

הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת

מאת

מרדכי לוי*

המאמר בוחן שאלות שטרם הוכרעו וכן שאלות שהתשובות להן עדיין אינן בהירות דיין, במסגרת הסוגייה של הראיות לכאורה הנדרשות למעצרו של נאשם לאחר הגשת כתב אישום כנגדו. סוגייה זו אמנם נדונה אך לפני שנים אחדות בפני הרכב מורחב של בית המשפט העליון, בבש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל; אולם היא לא מוצתה: משמעותו של הרף של "סיכוי סביר להרשעה", אשר אושר על ידי שופטי הרוב, עדיין נתונה למספר פרשנויות אפשריות; ואילו שאלות נוספות כלל לא זכו להכרעה, באשר לא היה צורך להכריע בהן באותו עניין, כגון רף הראיות לכאורה הנדרש לצורך החלטה על חלופת מעצר. כמו כן, קיימות מחלוקות בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה אם יש צורך בקיומה של תוספת ראייתית לכאורה כבר בשלב המעצר, מקום שהיא נדרשת לצורך הרשעה; וכן בשאלה אם ניתן להסתמך בשלב המעצר לאחר אישום על ממצאים של בדיקת פוליגרף.

במאמר זה מציג המחבר תשובות לשאלות האמורות. לדעת המחבר, רף "הסיכוי הסביר להרשעה" משמעותו סיכוי העומד במאזן ההסתברויות, ורף זה הינו רף הסמכות התחתון הן להוראה על מעצר והן להוראה על חלופת מעצר. עם זאת, לא בכל מקרה שבו קמה סמכות למעצר קיימת הצדקה להורות על מעצר ממשי, וקיים מתחם של שיקול דעת שיפוטי, על פי נסיבותיו של כל מקרה קונקרטי. במסגרת שיקול דעת זה, על השופט הדין במעצר ליתן דעתו גם למשקלן של הראיות לכאורה, לרבות חולשות ובעיות המסתמנות כבר בשלב המעצר. במקרים ראויים, יכול השופט להסתייע, לצורך הערכת המשקל של הראיות לכאורה, גם בראיות בלתי קבילות ובמיוחד בממצאים של בדיקת פוליגרף. גם העדרה של תוספת ראייתית הנדרשת להרשעה, הינו שיקול משמעותי שיש להתחשב בו בעת הערכת סיכויי ההרשעה, הגם שאינו שולל את האפשרות שיימצא כי קיים בכל זאת סיכוי סביר להרשעה. עמדת המחבר היא, כי ההחלטה אם אין מנוס מלעצור נאשם, תלויה גם בטיבן של הראיות לכאורה ובעצמתן, כמו גם בעילת המעצר ובעצמתה, בכל מקרה ספציפי, תוך איוון ושקלול ראוי ביניהן לבין כל יתר הנסיבות של המקרה ושל הנאשם. כן מציג המחבר לשקול, במקרים שבהם אין מנוס ממעצר, אם יש מקום לקצוב את המעצר, במיוחד כשהראיות לכאורה הן בעייתיות.

* שופט בית הדין הצבאי לערעורים; מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לד"ר דן ביין, שענין בטיטת הרשימה ועודד אותי לפרסמה, ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת נתונה לעו"ד טובי הארט, שסייע לי רבות במחקר ובהכנה של רשימה זו.

א. מבוא. ב. הבסיס הנורמטיבי. 1. מהות הראיות לכאורה ועצמתן; 2. הדרך לבחינת הראיות לכאורה; 3. הקשר האפשרי בין עצמת הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת מעצר; ג. המשפט הישראלי. 1. סקירה היסטורית: התגבשות הדרישה לקיום ראיות לכאורה; 2. ראיות לכאורה למעצר בפסיקת בתי המשפט טרם בש"פ זאדה; 3. בש"פ זאדה; 4. פסיקת בתי המשפט לאחר בש"פ זאדה והנפקות של ראיות לכאורה "בעייתיות"; 5. המחלוקת אודות בחינת קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר; 6. ראיות בלתי-קבילות וממצאי פוליגרף; ד. משפט משורה. 1. המשפט האמריקני; 2. המשפט הקנדי; 3. המשפט האנגלי; 4. המשפט הקונטיננטלי; 5. המשפט העברי; ה. הליך המעצר עד תום ההליכים. 1. האיון בין הערכים המתנגשים; 2. השלבים השונים של ההליך הפלילי והרף הראייתי הנדרש בהם; 3. מהותו ומקומו של הליך המעצר עד תום ההליכים והשוואת הראיות הנדרשות בשלבים השונים בפלילים; ו. משפט רצוי – מסקנות. 1. הראיות הנבחנות בדיון המעצר ודרך בחינתן; 2. ראיות בלתי-קבילות וממצאי הפוליגרף; 3. הרף הראייתי המצדיק מעצר והרף המצדיק חלופת מעצר; 4. השקלול בין עצמת הראיות לכאורה לבין עילת המעצר; 5. הראיות לכאורה והתוספת הראייתית הנדרשת להרשעה; 6. עצמת הראיות לכאורה והמעצר הקצוב; ז. סיכום.

א. מבוא

סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"), כמו גם סעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ") שקדם לו, והוסף לחסד"פ במסגרת תיקון מס' 9¹ בשנת 1988, מציב את קיומן של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" כתנאי מוקדם לסמכות להורות על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים המשפטיים כנגדו.² כתוצאה מכך, בחינת התשתית הראייתית הקיימת נגד נאשם מהווה חלק חשוב – עניין של יום ביומו – בדיוני המעצר בבתי המשפט בישראל בעניין מעצרו של נאשמים עד תום ההליכים.

1 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 184 (להלן: "תיקון מס' 9 לחסד"פ").

2 התנאים הנוספים לסמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים הם: קיומה של עילת מעצר, כקבוע בסעיף 21א(א) לחוק המעצרים; היעדר אפשרות להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירות הנאשם פחותה (להלן: "חלופת מעצר"), כקבוע בסעיף 21(ב)(1); וייצוג הנאשם על ידי סניגור או הודעה של הנאשם כי ברצונו שלא להיות מיוצג על ידי סניגור, כקבוע בסעיפים 21(ב)(2) ו-21(ג). לצורך מאמר זה אניח כי התנאי בדבר ייצוג על ידי סניגור מתקיים וכי קיימת עילת מעצר. עם זאת, לקשר שבין עילת המעצר ועצמתה לבין קיומן של ראיות לכאורה – כמו גם לקשר שבין בעייתיות הראיות לכאורה לבין האפשרות לנקוט בחלופת מעצר – אדרש בהמשך הרשימה.

סוגיית הראיות לכאורה הנדרשות למעצר אמנם נדונה אך לפני שנים אחדות בפני הרכב מורחב של בית המשפט העליון, בבש"פ 8087/95 זאדה ג' מדינת ישראל³, אולם גם לאחר מתן פסק הדין האמור נותרו שאלות חשובות בסוגייה זו ללא מענה ברור.⁴ אמנם, מגישת הרוב ברור כי די בקיום "סיכוי סביר להרשעה" וכי אין צורך בראיות לכאורה מעבר לכל ספק סביר, אך משמעותו של רף "הסיכוי הסביר להרשעה" אינה נהירה דיה. זאת ועוד: בבש"פ זאדה ציינו השופטים במפורש כי אין הם דנים בחלק מהשאלות הכרוכות בסוגייה הנדונה, שלא היה צורך כי יכריעו בהן באותו עניין – לרבות רף הראיות לכאורה הדרוש לצורך החלטה על חלופת מעצר.⁵ למעשה, עד היום טרם מוצתה הסוגייה הנדונה בפסיקה⁶ ובמחקר,⁷ באשר היא טרם נבחנה בצורה

3 פ"ד נ(2) 133.

4 ראו, למשל, אריאל בנדור, "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיני", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 481, 505-513 (בעריכת אריאל רוזן-צבי, תשנ"ו), שם כתב, בעמ' 506: "בשנת המשפט האחרונה... התעוררו חילוקי-דעות עקרוניים בין שופטי בית-המשפט העליון... בשאלת כמות הראיות הנדרשת לצורך מעצר עד תום ההליכים. לצורך הכרעה בחילוקי-דעות אלה הועברה השאלה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון למושב של תשעה שופטים. אך למרבה הצער והאכזבה, לא ניצל בית-המשפט העליון הזדמנות זו – שספק אימתי, אם בכלל, תשוב – לגיבושה של הלכה ברורה בסוגיה מרכזית זו, העולה על שולחנם של בתי-המשפט פעמים רבות מדי יום". כן ראו דליה דורנר, "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", משפט וממשל ד 13, 22-23 (תשנ"ו): "...לאור חילוקי דעות אלו נדונה השאלה מהו המבחן הראוי על-ידי הרכב של תשעה שופטים... לצערי, לא הצלחנו לגבש הלכה ברורה... הוסכם כי יש להתנות מעצר עד תום ההליכים בקיום סיכוי סביר להרשעה, אך עצמת הראיות הדרושה לקיומו של הסיכוי הסביר לא הוכרעה... ואילו לדעתי... חברי לא קיבלו מבחן זה אך לא קבעו מהו הרף הראייתי הדרוש למעצר...". על עמדות השופטים בבש"פ זאדה ראו בפרק 3.ג. (א) להלן.

5 ראו דברי הנשיא אהרן ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 151: "אבקש להדגיש כי במספר שאלות שהועלו בטיעונים בעל-פה לא דנתי כלל. כך, למשל, לא דנתי בשאלת קבילותן של ראיות בשלב המעצר עד תום ההליכים, ובמעמדם של ראיות הסיוע והחזיון. כן לא בחנתי את היחס בין טיבן של הראיות לכאורה לבין הוכחת קיומו של חשש לפגיעה בתקינות ההליך ושמידת הסדר הציבורי, אם הנאשם לא ייעצר. למותר לציין שלא עסקתי בניתוח עילות המעצר עצמן, ולא בחנתי את מהותו של תחליף המעצר. פסק-דיני זה מתרכז כולו אך במהותן של ראיות לכאורה להוכחת אשמה. השאלות האחרות – אשר הכרעה בהן אינה צריכה לערר שלפנינו – תבאנה על פתרונן בזמן".

6 ראו, למשל, דברי השופט מישאל חשין בבש"פ 7854/01 מדינת ישראל ג' כליב (לא פורסם, 12.10.2001): "אינני סבור כי חובה עלי בעדר הנוכחי להכניס עצמי בעוביה של הסוגייה בדבר עוצמתן של הראיות כיסוד האוצל על נושא מעצרו של הנאשם".

7 ראו, למשל, בנדור, הערה 4 לעיל, שם; דן ביין, "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים", בתוך מגמות בפלילים, עיונים בתורת האחריות הפלילית 337 (בעריכת אלי לדרמן, תשס"א); רינת קיטאי, משמעות חוקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי 228-235 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א); וכן דברים שכתבתי בנושא: מרדכי לוי, "האם חומרת העבירה מהווה עילת מעצר בצבא? בחינה

אנליטית, ברורה ומקיפה. מכאן, שעדיין מתעוררות לגביה שאלות עקרוניות כלליות, שיוצגו להלן, וכן שאלות פרטניות נלוות שאין להן מענה ברור, כגון אם יש צורך בקיומה של תוספת ראייתית לכאורה כבר בשלב המעצר עד תום ההליכים, מקום שנדרשת תוספת כאמור לצורך ההרשעה,⁸ או אם ניתן להיעזר בראיות בלתי-קבילות או להסתמך על ממצאים של בדיקת פוליגרף לעניין המעצר לאחר הגשת כתב אישום.⁹ ראשית נשאלת השאלה המקדמית – מדוע נדרשות ראיות לכאורה כתנאי למעצר עד תום ההליכים? התשובה לכך היא, בתמצית, כי תכלית הדרישה האמורה היא למנוע פגיעת-שווא בזכויות הנאשם או להקטין את הפגיעה ככל האפשר; אך לשאלה זו אתייחס ביתר פירוט בהמשך הרשימה, עת אדון בערכים ובזכויות המתנגשים בסוגיית המעצר ובאיון הראוי כיניהם.¹⁰

לגופו של עניין: לעניות דעתי, עוד בטרם הבחינה אם במקרה הקונקרטי קיימות די "ראיות לכאורה" למעצר, בחינתו של תנאי זה ופרשנותו מחייבות מתן תשובה לארבע שאלות עקרוניות שונות, שאותן אחלק לשלוש קבוצות: ראשית, מהותן של ה"ראיות לכאורה" והרף התחתון של עצמת הראיות לכאורה, העונות על דרישת החוק בדבר "ראיות לכאורה להוכחת האשמה"; שנית, הדרך לבחינת עצמתן של הראיות לכאורה; ושלישית, האם, ובאילו תנאים, ישפיעו הראיות לכאורה – משקלן וטיבן – על בחינתה של חלופת מעצר, על אף שעצמתן עולה על הרף התחתון האמור.

העובדה שההבחנה הדידקטית בין חלק מהשאלות הכלליות שהוצגו לעיל לא הודגשה עד כה בפסיקה ובספרות, גורמת לכך שבהחלטות מעצר רבות לא ניתן לדעת מהי השאלה הספציפית שעמדה במרכז המחלוקת בפני השופט הדן בשאלת המעצר, או מה המשמעות המדויקת של החלטתו.¹¹ ההבחנה בין השלבים השונים ובין השאלות

מחרש של עילות המעצר בצבא לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"חוק המעצרים", משפט רצבא 15, 193, 260-263 (תשס"ב).

- 8 ראו על כך בפרק 5.2 ובעיקר בפרק 5.1 להלן, שם מוצעת גישת-ביניים חדשה בסוגייה זו.
- 9 על כך ראו בפרק 6.2 להלן, וכן ראו מסקנותי בעניין זה בפרק 2.1.
- 10 ראו על כך בפרק ה, במיוחד בפרק ה.1, וכן בפרק 1.1 להלן. כמו כן, על הקשיים של השופט – במיוחד על הקושי המוסרי והמצפוני – בבואו להכריע בשאלת מעצרו של נאשם, ראו בש"פ 9833/03 פבלוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.11.2003).
- 11 כך למשל, במקרים רבים לא ניתן לדעת בהחלטות למה התכוון שופט שקבע כי "אין ראיות לכאורה המספיקות למעצר": האם כוונתו שאין "סיכוי סביר להוכחת האשמה" ולכן אין סמכות למעצר (כמובהר בפרק ב.1 להלן) – או שמא כוונתו היא כי יש אמנם סיכוי סביר להרשעה, אלא שלדעת השופט, על פני המדרג, ראיות אלה אינן מצדיקות מעצר (כאמור בפרק ב.3 להלן). במקרים חריגים גם ייתכן שהכוונה היא לכך שהראיות אינן יכולות להוות לפי טיבן "ראיות לכאורה" (כאמור בפרק ב.1 רישא להלן). עם זאת יצוין, כי בחלק מהמקרים ניתן ביטוי מפורש לכוונת השופט, ובמקרים אחרים – ביטוי מכללא. כך, למשל, החלטה על שחרור נאשם ל"מעצר בית", כאמור בסעיף 48(א)(9) לחוק המעצרים, מעידה בדרך כלל על כך שמדובר ב"חלופת מעצר" (ולא ב"הטלת ערובה"), דהיינו: שהשופט סבר כי יש סיכוי סביר להרשעה וכי יש סמכות למעצר אך אין הצדקה אלא לחלופת מעצר, המשיגה את תכלית המעצר. היסק זה נובע מכך ש"מעצר בית" נועד

השונות דלעיל היא חיונית לקביעת הלכות ברורות ואחידות, ככל האפשר, בסוגיית הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים. הלכות אלה מתבקשות במיוחד נוכח הקושי הטמון במקרים רבים בהערכה של חומר החקירה. להלן אסקור אפוא בקצרה את השאלות הרלבנטיות ואת התשובות האפשריות להן כדי לתחום את הדיון בהמשך הרשימה; תחילה אנסה לעמוד על התשובות שניתנו לשאלות האמורות בספרות ובעיקר בפסיקה בתי המשפט בישראל, לפני ולאחר כש"פ זאדה.

אקדים ואציין: ראשית, בחינת הפסיקה מלמדת לדעתי על מגמה של הקשחת הדרישה בעניין הראיות לכאורה, דהיינו: הקפדה הן על עצם קיומן והן על דיות עצמתן, במיוחד טרם מעצר ממשי;¹² ושנית, למרות שבש"פ זאדה אינו מהווה קו גבול או מפנה בין הפסיקה שלפניו לזו שלאחריו – שהרי שופטי הרוב שם אך אישרו מחדש כי המשמעות של ראיות לכאורה לענייננו היא קיומו של "סיכוי סביר להרשעה" – בכל זאת מהווה פסק דין זה נקודת ציון חשובה בסוגייה, ואף חולייה מרכזית במסגרת המגמה האמורה של הקשחת הדרישה בעניין הראיות לכאורה. לאחר סקירת הספרות והפסיקה בארץ אבחן את המשפט המשווה; לבסוף אביא את מסקנותיי אודות המשפט הרצוי, ואציע תשובות לשאלות הפתוחות וכן "מודל" מובנה המתייחס לסוגייה הנדונה בכללותה.

ב. הבסיס הנורמטיבי

1. מהות הראיות לכאורה ועצמתן

התיבה "ראיות לכאורה" פירושה ראיות שטרם עברו את כור ההיתוך של ההליך השיפוטי. "ראיות לכאורה לאשמה" הן ראיות שאם תיוחס להן מלוא המהימנות, הרי שבתום ההליך הפלילי יהיה בהן כדי להביא להרשעת הנאשם.¹³ לפיכך, ראיות שאינן

בדרך כלל לקדם את פני מסוכנותו של הנאשם, ובהיעדר ראיות לכאורה, מסוכנותו של הנאשם אינה שיקול בקביעת תנאי השחרור בערובה. ראו על כך בפרק ג.2. (ד) ובפרק 3.1 להלן.

12 ראו על כך בסקירת הפסיקה בפרק ג להלן, ובמיוחד בפרק ג.4, בעניין הנפקות של ראיות לכאורה בעייתיות.

13 כדברי הנשיא אהרן ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 146-147: "קיים הבדל מהותי בין 'ראיה לכאורה' הדרושה למעצר עד תום ההליכים לבין 'ראיה רגילה' (או 'ראיה מוחלטת') הדרושה להרשעה או לזיכוי. 'ראיה לכאורה' 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... 'ראיה לכאורה', היא אפוא, ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי... פוטנציאל זה יוצא מהכוח אל הפועל במהלך ההליך השיפוטי, לאחר חקירה ראשית ונגדית, וקביעת אמינות ומשקל".

יכולות לתרום דבר להרשעתו של הנאשם – כגון ראיות בלתי-קבילות, ועברו הפלילי של הנאשם במרבית המקרים (מלבד כשעבר פלילי זה מהווה אחד מיסודות העבירה או מנסיבותיה המחמירות על-פי חיקוק) – כלל אינן עונות על ההגדרה של "ראיות לכאורה".

ניתן להיווכח כי הגדרה זו אינה טומנת בחובה באופן מובנה כל רף, נמוך או גבוה, לאותן ראיות לכאורה. אם כן, לכאורה, אף ראיות שקיים סיכוי קלוש בלבד כי יובילו להרשעה – כגון עדות מלאה סתירות של מעורער בנפשו שיש לו מגיע לטפול אשמת שווא על הנאשם – עונות על הגדרה זו, שכן אם תיוחס להן מלוא המהימנות בתום ההליך הפלילי, הן עשויות ליצור בסיס להרשעה על אף כל הקשיים. ברור כי לא לכך התכוון המחוקק הישראלי בהעמידו דרישה זו כתנאי לסמכות המעצר. גם אם יהיה די בקיומן של ראיות בסיסיות אלה כדי לעצור חשוד בשלבים הראשוניים של החקירה – במטרה להשלימה ולחפש ראיות נוספות,¹⁴ כדי לחייב נאשם בהפקדת ערכות שתבטיח כי לא יימלט מהדין¹⁵ או אולי אפילו כדי לחייב נאשם להשיב לאשמה¹⁶ – כיום אין חולק שלא די ברף זה לצורך מעצר עד תום ההליכים, המגביל מאוד את זכויות היסוד של הנאשמים.

לפיכך, לתוך הדרישה של הראיות לכאורה לעניין המעצר עד תום ההליכים, יש לקרוא בדרך פרשנית רף תחתון, שראיות בעצמה הנמוכה הימנו כלל לא יענו על ההגדרה של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה". רף תחתון זה הוא הבסיס לסמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים (כמו גם על חלופת מעצר).¹⁷ אם נתחום את גרדיו האפשריים של רף תחתון זה, ניתן לומר כי הוא גבוה מרף הראיות הדלות והבסיסיות שלפי ההלכה הקיימת די בהן כדי לחייב נאשם להשיב לאשמה,¹⁸ מצד אחד, אך נמוך מהראיות שמעבר לכל ספק סביר, הנדרשות להרשעה בפלילים,¹⁹ מהצד האחר. למעשה, שאלת הגדרתו של הרף התחתון לעצמת הראיות לכאורה היא השאלה העיקרית שניצבה בבסיס הדיון בבש"פ זאדה. אל עניין זאדה ואל ההלכות שניתן ללמוד ממנו אשוב ואדרש בהמשך.²⁰ אך אציין כאן כי, כאמור, לפי הכרעת הרוב, הרף הוא של ראיות לכאורה המקימות סיכוי סביר להרשעת הנאשם. אלא, שגם המונח "סיכוי סביר" אינו מחזורי די צורכו, והוא יכול להתפרש בכמה אופנים, וביניהם סיכוי משמעותי, סיכוי ממשי, כל סיכוי שאינו קלוש, שאינו תיאורטי או שאינו "בלתי סביר". עם זאת, כפי

14 בשלב זה די ב"חשד סביר", כאמור בסעיף 13(א) לחוק המעצרים; על כך ראו בפרק ה.2(א) להלן.

15 ראו סעיף 44(ב) לחוק המעצרים; כן ראו בפרק 3.1 להלן.

16 ראו סעיף 158 לחסד"פ, וכן בפרק ה.2(ג) להלן.

17 ראו הטקסט הסמוך להערה 64 להלן.

18 ראו על כך בפרק ה.2(ג) להלן. בעניין זה הייתה תמימות דעים בין כל השופטים בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 144-145 (הנשיא אהרן ברק), ובעמ' 164-165 (השופט דליה דורנר).

19 ראו על כך בפרק ה.2(ד) להלן, והשוו לרעת המיעוט של השופט דליה דורנר בבש"פ זאדה, כמפורט בפרק 3.3(א) להלן.

20 ראו בפרק 3.3 להלן.

שיפורט להלן, נראה לי כי הפרשנות הראויה של "סיכוי סביר" לעניינו היא של סיכוי העומד במאזן ההסתברויות, דהיינו: כי הסיכוי שהראיות לכאורה יביאו להרשעת הנאשם בתום ההליך הפלילי עולה על הסיכוי לזיכוי, או לפחות סיכוי להרשעה שאינו נופל מהסיכוי לזיכוי.²¹

2. הדרך לבחינת הראיות לכאורה

מקימו של רף תחתון לדרישת הראיות לכאורה נגזרת החובה לבחון בכל מקרה ומקרה את עצמתן של הראיות לכאורה כנגד הנאשם. לכאורה, שאלת הדרך לבחינת עצמתן של הראיות לכאורה מנותקת משאלת עצמתן של הרף התחתון, אך בפועל יש קשר הדוק בין שתי השאלות: ככל שהראיות נבחנות לעומק ובקפידה, ולא רק על פני הדברים, וככל שבחינה של עצמת הראיות השופט מתחשב בנתונים רבים יותר – כך גדלה, מצד אחד, האפשרות כי יימצא שהראיות לכאורה "בעייתיות" או אף כי אינן מספיקות ואינן עומדות ברף התחתון האמור; ומהצד האחר גדלה גם האפשרות שראיה שנראתה במבט ראשוני בלתי-חשובה, קלושה או בלתי-אמינה על פניה – תימצא לאחר בחינה מעמיקה כראיה מהותית ומבוססת לכאורה.

כדי לקבוע אם קיימות ראיות לכאורה בעצמה העולה על הרף התחתון האמור, יש לבחון את כל הראיות שבחומר החקירה, לרבות אלה התומכות בגרסת ההגנה, ולשקלל את עצמתן לפי חוש המומחיות של השופט וניסיון החיים.²² שני מבחני-משנה שונים עשויים להשפיע על עצמתן של הראיות לכאורה. המבחן הראשון עניינו הסיכוי שהראיה תימצא מהימנה בתום ההליך הפלילי. ניתן לבחון אם קיימות פרכות וסתירות, על פני הדברים, עד כדי "פגם גנטי", "ספק מובנה" או "קושי אינהרנטי",²³ מצד אחד, או שמא קיימות תמיהות או סתירות קלות, שסביר כי ניתן יהיה להסבירן במשפט גופו, מהצד האחר. ניתן גם לבחון גורמים אפשריים נוספים העשויים להקטין את הסיכוי להסתמך על הראיה: היותה עדות יחידה, סתירות בינה לבין עדויות אחרות, מניע של העד לשקר וכיוצא באלה. אמנם, ברור כי בשלב מוקדם זה לא ניתן לשקול שיקולי מהימנות כלליים, ובעיקר את אותות האמת או השקר העולים מהעדות, אך ניתן להעריך

21 ראו בפרק 2.ג.א), בפרק 3.ג.א) וכן בפרק 3.ו להלן. ודוק: הבחינה אינה אם הסיכוי שהנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו עומד במאזן ההסתברויות, אלא אם הסיכוי שיהיה ניתן להרשיעו בפלילים עומד במאזן ההסתברויות. את ההבדל בין שני המבחנים ניתן להמחיש בדוגמא הבאה: בדיקות מעבדה של ממצאים שנמצאו בזירת הפשע מעלים כי סביר יותר להניח שהנאשם הוא שביצע את הפשע, אך לא ניתן לקבוע זאת מעבר לכל ספק סביר. ראיה יחידה זו עומדת במאזן ההסתברויות לכך שהנאשם הוא שביצע את הפשע, אך ניתן להניח כי על סמך ראיה זו לבדה אין סיכוי סביר להרשעה. לפיכך, גם אם די בראיה זו כדי לחייב את הנאשם להשיב לאשמה, ספק אם די בה כדי להורות על מעצרו.

22 וראו על כך בפירוט בפרק 3.ג.ב) ובפרק 3.ג.ד) להלן.

23 כלשונו של הנשיא אהרן ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 148-151.

כיצד ישפיעו הבעיות המתגלות כבר עתה, על פני הדברים, על בחינת שיקולי המהימנות בסוף המשפט. המבחן השני עניינו מידת ההוכחה הנגזרת מהראיה לכאורה, אם תימצא מהימנה. ניתן לבחון אם מדובר בראיה נסיבתית או ישירה, אם יהיה צורך בתוספת ראייתית לאותה ראיה, שבלעדיה לא ניתן יהיה להרשיע את הנאשם²⁴ וכדומה. במילים אחרות: ניתן לומר כי המבחן הראשון מתמקד בקיומו של סיכוי סביר ליצירת בסיס להרשעה, והמבחן השני מתמקד בקיומו של בסיס ראייתי המקים סיכוי סביר להרשעה.

3. הקשר האפשרי בין עצמת הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת מעצר

ניתן להצביע על שתי גישות אפשריות שונות בעניין ההשפעה של קיום ראיות לכאורה על בחינתה של חלופת מעצר. גישה אחת מתמקדת בעילת המעצר. לפי גישה זו, משקיים סיכוי סביר להרשעה, השאלה היחידה שעל השופט לבחון בבואו להחליט על מעצר או על חלופת מעצר היא אם ניתן להשיג את תכלית המעצר באמצעות חלופת מעצר, בשים לב למהותה של עילת המעצר, לעצמתה, וכן לטיבה של החלופה המוצעת. גישה אפשרית אחרת – ועדיפה בעיני – גורסת כי יש להוסיף ולבחון, מעבר לאמור לעיל, גם את עצמתן של הראיות לכאורה. זאת, משום שקיומו של "סיכוי סביר להרשעה" מציב אמנם סמכות להורות על מעצר בהתקיים עילת מעצר, אך אין פירוש הדבר כי רף ראייתי זה מצדיק בהכרח מעצר, או כי החלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים היא ההחלטה הראויה בנסיבות העניין. לפי גישה זו, אף כשעילת המעצר נגד נאשם הייתה מצדיקה מעצר לו היו כנגדו ראיות לכאורה "מוצקות" – אם הראיות לכאורה הן "בעייתיות", יש מקום לשקול ביתר שאת להסתפק בחלופת מעצר.²⁵

במסגרת הגישה הבוחנת גם את עצמת הראיות לכאורה ניתן להעלות שתי גישות-משנה אפשריות: הראשונה היא גישת הרף הראייתי הקבוע, שלפיה יש להציב רף תחתון קבוע למעצר ממשי – הגבוה מהרף הנדרש לחלופת מעצר – שאינו משתנה בהתאם לטיב העילה ולעצמת העילה למעצר הנאשם. לפי גישה זו, אף אם עילת המעצר חזקה והסיכון העלול לנבוע מהנאשם הינו רב, לא יהא זה מוצדק להורות על מעצר

24 על כך ראו בפרק 5.2 ובפרק 5.1 להלן.

25 ראו על כך גם בעת האחרונה: בש"פ 11479/03 ביניאשוילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.1.2004); בש"פ 9218/03 בראט נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.10.2003); בש"פ 6506/03 צרפתי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.7.2003); בש"פ 4712/03 מוחאמידי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.6.2003); בש"פ 4453/03 זוהר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.6.2003); בש"פ 125/03 אבו שחאדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.1.2003); בש"פ 10191/02 שוקרון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.12.2002); בש"פ 10187/02 אל רחמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.12.2002); בש"פ 10178/02 חודיק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.2002); וכן ראו בפרק 4.2 ובמיוחד בהערות 105 ו-107 להלן. אף שכאן ובהמשך רשימה זו אתיחס בעיקר להערכת סיכויי ההרשעה בהתבסס על בחינתן של הראיות ולהשפעתן על החלטת המעצר, הרי שהדברים נכונים בעיקרם גם לשאלות משפטיות העולות בריון המעצר ויש להן השפעה על סיכויי ההרשעה – גם אם אינן נוגעות לראיות כגון הסיכוי שהנאשם יזוכה בשל העמדתו ב"סיכון כפול".

ממשי כל עוד עצמת הראיות לכאורה אינה מגיעה לרף מינימלי קבוע, שאם לא כן ניתן לכל היותר להורות על חלופת מעצר, גם אם זו אינה משיגה את תכלית המעצר. בעיני עדיפה גישת-המשנה השנייה, גישת הרף הראייתי האינדיבידואלי, שלפיה הרף הראייתי הנדרש להטלת הגבלות שונות על חירות נאשם מושפע גם ממהות העילה למעצר ומעצמתה בכל מקרה קונקרטי. ככל שהפגיעה בזכויות הנאשם רבה יותר, יש צורך בראיות לכאורה בעצמה גבוהה יותר; וככל שעילת המעצר – בהתאם למהותה ולעצמתה – חזקה יותר, יש מקום שלא להסתפק בחלופת מעצר, גם אם הראיות לכאורה הן בעייתיות (ובלבד שקמה סמכות למעצר, דהיינו: יש סיכוי סביר להרשעה). לפיכך, בראיות לכאורה המספיקות אך להוראה על חלופת מעצר אין די בהכרח לשם הוראה על מעצר, ובראיות לכאורה המספיקות להוראה על מעצר קצוב קצר, אין די בהכרח לשם הוראה על מעצר עד תום ההליכים.²⁶

ג. המשפט הישראלי

1. סקירה היסטורית: התגבשות הדרישה לקיום ראיות לכאורה

בתקופת המנדט קבעה פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה)²⁷ כי העמדה לדין בגין עבירת פשע טעונה ביצוע של חקירה מוקדמת על ידי שופט שלום והחלטה על "מסירה לדין" ("commit to trial").²⁸ החלטת שופט השלום בדבר "מסירה לדין" שימשה גם כפקודת מעצר,²⁹ אלא אם הורה השופט שניהל את החקירה המוקדמת, או נשיא בית המשפט המחוזי שלפניו נמסר הנאשם לדין, על שחרור בערובה.³⁰ לאחר הקמת המדינה נחקק החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958, שהעביר לפרקליט המחוז את הסמכות הבלעדית להורות על הגשת כתב אישום בגין עבירות שהעונש בגינן הוא עד עשר שנים; כן העביר החוק לפרקליט המחוז את הסמכות להורות על הגשת כתב אישום בגין עבירות שהעונש בגינן עולה על עשר שנים ("הודעת אישום"), אלא אם היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו,

26 שהינו, כידוע, לתקופה ממושכת של תשעה חודשים, כאמור בסעיף 61(א) לחוק המעצרים; ראו פרק 6.1 להלן.

27 חא"י כרך א (ע) 446.

28 "אם סבור הוא שיש עדות מספקת כדי להעמיד את הנאשם לדין, ימסרהו לדין...", סעיף 18(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה).

29 ראו בג"ץ 73/51 וויספיש נ' קצין בית הכלא של משטרת מחוז ירושלים, פ"ד ה 1083, שבו נקבע כי פרשנות המונח "מסירה לדין" היא מסירה לבית הסוהר לצורך העמדה לדין, שאם לא כן אין בחוק הישראלי מקור לסמכות להורות על מעצר לאחר תום החקירה המוקדמת ולפני ההעמדה לדין. כן ראו חנה אבנור, "מעצר לפני משפט וחופש הפרט", הפרקליט כו 520, 522 (תשל"ל).

30 פקודת הפרוצדורה הפלילית (שחרור בערבות), חא"י כרך א (ע) 442, סעיף 2 (א)(ii).

או הנאשם, ביקשו כי תיערך חקירה מוקדמת בפני שופט חוקר. מוסד החקירה המוקדמת בוטל ברובו בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.³¹ העולה מן האמור הוא שהרף הראייתי הנדרש כדי להורות על הגשת כתב אישום היה זהה לרף שנדרש להוראה על מעצר הנאשם עד תום ההליכים. עם זאת, הסמכות שהייתה נתונה בעבר לשופט להורות על העמדה לדין ועל מעצר עד תום ההליכים, פוצלה – הסמכות לפקח על איסוף הראיות ולהחליט כי קיימות די ראיות להורות על העמדה לדין הועברה לפרקליט המחוז; ואילו הסמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים נותרה בידי שופט. התעוררה, אם כן, השאלה, בידי מי הסמכות לקבוע כי יש די ראיות להורות על המעצר? עמדה אחת גרסה כי משהועברה סמכותו של שופט השלום בהקשר זה לפרקליט המחוז, על השופט הדין במעצר להניח כי נמצאו די ראיות לכאורה, ואין עליו לבחון שאלה זו כלל – שכן זה תפקידו של המחליט על הגשת כתב האישום.³² לעומתה הייתה גישה שסברה שהשופט רשאי ואף צריך לבחון את קיומן של ראיות לכאורה.³³ יש לזכור, כי באותה עת – קודם לתיקון מס' 9 לחסד"פ – סמכות המעצר לאחר אישום לא הייתה מותנית בחוק ברף ראייתי כלשהו, ולכן בחינת התשתית הראייתית לא נדרשה לקיום סמכות למעצר אלא לכל היותר לבחינת ההצדקה למעצר. עם הזמן השתרשה הגישה שלפיה יש לבחון את קיומן של ראיות לכאורה; עם זאת,

31 במסגרת תיקון עקיף בחוק זה תוקן שמו של החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958, לחוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958, וכן בוטלו בו סעיפים 1-18. מוסד החקירה המוקדמת בוטל למעט בהליכים לפי סעיפים 283-298 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, שאינם מיושמים למעשה, או בחקירות סיבות מוות לפי חוק השיפוט הצבאי, או לפי חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958, שסעיף 35 בו עורנו קובע כי הוראת שופט בדבר העמדה לדין כמוה כצו מעצר עד תום ההליכים, אם כי לא נשללת כמובן הסמכות להורות על שחרור בערובה.

32 זו עמדתה של השופטת תנה אבנור, כפי שבאה לידי ביטוי במאמרה, הערה 29 לעיל, וכן בהחלטתה בב"ש 105/74 מדינת ישראל נ' קבטאן (לא פורסם, 8.2.1974). ככל הנראה, החלטה זו משקפת, לפחות באופן חלקי, את הפרקטיקה שנהגה באותה תקופה – שלא לבחון בשלב המעצר את חומר הראיות לכאורה, שכן: "בית-המשפט בשלב זה לא יכול לבדוק את חומר הראיות ולקבוע אם קלוש אם לאו שכן זה דיון במשפט עצמו והשלב אינו שלב של דיון. משום כך חייב בית-המשפט לראות כאילו קיימות ראיות לכאורה מעצם עובדת הגשת כתב-האישום ושיקולו של פרקליט המחוז לגבי בקשתו [לצו-המעצר]". יצוין כי החלטה זו נהפכה על ידי מ"מ הנשיא (כתוארו אז) יואל זוסמן בב"ש 43/74 קבטאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 723. עוד יצוין, כי אף כשהחלטה על העמדה לדין הייתה של שופט חוקר, נשמעה הדעה כי השופט הדין במעצר יכול לבחון גם את התשתית הראייתית. ראו דברי הנשיא יצחק אולשן בב"ש 37/57 חיעניץ המשפטי לממשלה נ' חרות, פ"ד יא 797, 802 ("נאמר פעם ששופט הדין בשאלת שחרור בערבות יכול גם לשקול את טיב ההוכחות שהובאו נגד נאשם. אין בכך כוונה לומר שהוא צריך לשקול את מהימנותו. הכוונה היא למקרה נדיר ביותר שבו העברת דינו של נאשם הנח מבוססת על עדויות אשר קלישותן בולטת לעין").

33 ראו ב"ש חרות, שם; ב"ש קבטאן, שם, בעמ' 724; כן ראו מיכה לינדנשטראוס, מעצר ושחרור בערובה בצו בית משפט בישראל – לקט חקיקה ופסיקה 98-99 (תשל"ז).

כפי שנקבע בב"ש תומר,³⁴ לצורך בחינת קיומן אין בית המשפט נדרש לערוך דיון ממושך וממצה, מעין "קדם משפט"; למעשה, הפרקטיקה שנהגה, כפי שסיכם פרופ' דוד ליבאי בשנת 1978,³⁵ הייתה כי מקום שהסניגור טען נגד סבירות כתב האישום או נגד קיום ראיות מספיקות להוכחתו – בחן בית המשפט את הראיות באופן שטחי, והסתפק בכך שיש ראיות שאם תתקבלנה יהיה בהן די להרשעה.³⁶

2. ראיות לכאורה למעצר בפסיקת בתי המשפט טרם בש"פ זאדה

בפועל, לא ניתן למצוא לאורך השנים החלטות מעצר רבות (שפורסמו) העוסקות בשאלות שהוצגו לעיל, דהיינו: הרף הראייתי הנדרש למעצר, הדרך לבחון את עצמת הראיות לכאורה, והיחס בין עצמת הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת מעצר. להלן אסקור בקצרה את תמצית ההלכה הפסוקה בנוגע לשאלות אלה.

(א) הרף הראייתי הנדרש למעצר

הפסיקה שעסקה ברף הראיות המספיק למעצר כינתה אותן, גם בתקופה זו, "ראיות לכאורה" או ראיות המקימות "סיכוי סביר" להרשעה.³⁷ כאמור, שני ביטויים אלה אינם משקפים בפני עצמם רף ראייתי ברור. גם תיקון מס' 9 לחסד"פ (או "התיקון התשיעי"), שהציב את קיומן של "ראיות לכאורה" כדרישת סף לסמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים, לא הביא עמו רף תחתון מוגדר למעצר ולא הביא להעלאה של רף הראיות.

34 ב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר, פ"ד כט(2) 19.

35 דוד ליבאי, דיני מעצר ושחרור 142-143 (תשל"ח).

36 יצוין כי פרופ' ליבאי הביע תמיכה בנוהגו של השופט דב לוין לקבל תמיד לעינו את חומר החקירה – נוהג שהיה בבחינת חריג לכלל, שהעיד על הכלל. בב"ש 73/79 מדינת ישראל נ' וייסברג, פ"ד לג(3) 673, ציין השופט (כתוארו אז) מאיר שמגר, כי כתב האישום משמש כהצהרה מטעם התביעה שיש בידה די ראיות לכאורה להוכיח את האמור בו, ובית המשפט אינו נכנס לפרטי הראיות אלא אם נטען שכתב האישום מופרך ואין קשר בינו לבין הראיות שנאספו. בב"ש 56/84 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 581, 584, צוין, כי על אף שהשופט אינו רשאי להתעלם מטיעוני הסנגור כי חומר הראיות רעוע ביותר, ההחלטה אם עליו לעיין בחומר הראיות עצמו או שדי בשמיעת טענות הצדדים נתונה לשיקול דעתו של השופט, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. אין זה ברור אימתי השתנתה הלכה זו, אך הפרקטיקה בוודאי השתנתה, כפי שכותב השופט יעקב קדמי בספרו: "הלכה למעשה, מוגש לבית-המשפט חומר החקירה במלואו; כאשר שני הצדדים סומכים עליו את טיעוניהם"; יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים – הדין בראי הפסיקה חלק ראשון 182 (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ז), חלק ראשון 207 (מהדורה מעודכנת, תשס"ג). וראו פרקים 2.1.1 (א), 2.1.2 (ב) וכן 1.1 להלן.

37 ככל שעלה בידי למצוא, המינוח "סיכוי סביר" (להרשעה) הופיע לראשונה בב"ש עמר, שם. עם זאת, במקצת ההחלטות מיוחס מינוח זה לב"ש 304/82 אלמוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 351, 355-356, שם נקבע כי בדרך כלל אין מקום לעצור נאשם על פי עילת המעצר של "חומרת העבירה" אם "סיכוייו של הנאשם לצאת זכאי בדינו נראים, לכאורה, מאוד סבירים".

ההשפעה של חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: "חוק היסוד"), שעיגן את הזכות לחירות והשפיע על נקודת האיוון בין מעצר לאי-מעצר,³⁸ הושארה אף היא בתחילה ב"צריך עיון" בלבד.³⁹

על אף השימוש במינוח דומה על ידי רוב השופטים, ניתן למצוא לצד המונחים "ראיות לכאורה" או "סיכוי סביר" גם ביטויים המעידים על דרישות ראייתיות בעצמה שונה:⁴⁰ מחד גיסא, מחלק מההחלטות ניתן להסיק – גם אם באופן משתמע – כי די בכך שסיכויי התביעה אינם "קלושים",⁴¹ ובהחלטות אחרות נערכה משוואה בין הראיות

38 להשפעה של "התיקון התשיעי" ובעיקר לזו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים ככלל, ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; כן ראו בפרק ה.1(ב) להלן, ובפרט בהערה 195 להלן ובטקסט הסמוך לה.

39 בש"פ 3703/94 רייש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.7.1994), בפסקה 17 להחלטה.

40 יצוין כי השופטת טובה שטרסברג-כהן, שנדרשה לשאלת הבדלי המינוח בין השופטים השונים, קבעה כי אין בשינוי הנוסח כדי ללמד על מגמה "מקלה" או "מחמירה" בדרישת רף הראיות לכאורה; ראו בש"פ רייש (איני סבורה שקיימים בפסיקה שני מבחנים שאחד מהם מחמיר יותר, בנושא זה... אין בפסיקה קביעה ברורה ומודעת של מגמה חדשה ומחמירה"), שם, בפסקה 15 להחלטה; בש"פ 1915/95 אבו עיסא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.4.1995). על כך שמעצם השימוש במינוח "ראיות לכאורה" או "סיכוי סביר" אין ללמוד על מבחן מחמיר או מקל, ניתן ללמוד גם מכך שבהחלטותיה האמורות של השופטת שטרסברג-כהן צוין כי מבחן "הסיכוי הסביר" הוא המבחן המחמיר, בעוד שהשופט יעקב קדמי בספרו על סדר הדין בפלילים – הדין בראי הפסיקה א 169 (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ג) דן באפשרות שדווקא מבחן "הראיה לכאורה" הוא המבחן המחמיר. שופטים נוספים שנדרשו לשאלה כתבו גם הם כי אין הבדל בין שני המונחים, ושניהם פירושים בחינה של ראיות בשלב המקדמי בלא הכרעה בשאלות מהימנות. ראו, למשל, דברי השופט תיאודור אור בבש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד מו(4) 136, 151: "על מנת להורות על מעצר עד תום ההליכים על בית המשפט להשתכנע שקיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של הנאשם בעבירה המיוחסת לו (או בניסוח אחר – שקיים סיכוי סביר להרשעתו)". לדעתי, אף שהבדלי הנוסח כשלעצמם אינם מעידים על מגמה "מחמירה" או "מקלה", שכן גם המונח "ראיות לכאורה" וגם המונח "סיכוי סביר" הם בגדר "רקמה פתוחה" וניתנים לפירוש "מחמיר" או "מקל", ניתן בכל זאת למצוא ביטוי לעמדות שונות ביחס לרף הראייתי הנדרש למעצר, כפי שאפרט בהמשך.

41 בכמה החלטות העוסקות בשאלה אימתי כתב אישום בגין רצח מקים מעצר חובה עד תום ההליכים, נאמר כי יש צורך בראיות המקימות "חשד סביר". ראו, למשל, ב"ש 172/81 מדינת ישראל נ' לובניוב, פ"ד לח(4) 780; ב"ש 1027/82 מדינת ישראל נ' עבאס, פ"ד לז(1) 110; בש"פ 5013/90 טורעני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.11.1990).

לעומת זאת, בב"ש עמר, הערה 36 לעיל, בעמ' 583-584, נאמר כי אין די ב"חשד סביר" למעצר עד תום ההליכים, אך גם הרף שהוצב שם אינו גבוה ("אין מניעה לכך שהסניגור ישמיע, כבר בשלב זה, טיעונים, שמטרתם להראות, כי אין לתביעה סיכוי סביר להביא להרשעת הנאשם על סמך מהותו של חומר הראיות שברשותה... להראות, כי חומר הראיות על פניו הינו רעוע ביותר, וכי סיכויי התביעה להשיג הרשעה קלושים בהתאם לכך. זהו טיעון לגיטימי, המכוון לשכנע את השופט, כי אין זה צודק לצוות על מעצרו הממושך של אדם, אשר קרוב לוודאי יצא זכאי בדינו", ההדגשות, כאן ולהלן, הוספו). כן ראו ב"ש 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לז(1) 78, 84 ("יש שלמות חומרת העבירה, אשר הייתה כשלעצמה מצדיקה את מעצרו של הנאשם עד תום

הנדרשות לחיוב נאשם להשיב לאשמה לבין הראיות המצדיקות את מעצרו עד תום ההליכים;⁴² מאידך גיסא מצויים דברי השופט יעקב קדמי בספרו משנת 1992, כי יש צורך בסיכוי העומד במאזן ההסתברויות שהנאשם אכן יורשע בתום ההליך הפלילי,⁴³ וכן החלטות אחדות שמהן עולה – או יכול להשתמע – כי זהו הרף הראייתי הנדרש למעצר.⁴⁴ הסבר אפשרי לכך הוא שלדעת חלק מהשופטים הסף התחתון שנקבע בחוק – "ראיות לכאורה" – אמנם זהו הרף של ראיות דלות ובסיסיות לעניין הטענה כי אין להשיב לאשמה, אלא שנעשתה הבחנה בין הסמכות למעצר לבין ההצדקה למעצר, ואף

ההליכים, גמעים בתי המשפט מלהורות כך, בהתחשב בעובדה, שהנאשם מכחיש את אשמתו בתוקף, ושחומר הראיות נראה לכאורה קלוש או מגלה על פניו סיכויים טובים מאוד לסניגוריה לזכות בדין"; בש"פ 1002/89 מדינת ישראל נ' אבו רמאדן (לא פורסם, 16.1.1990) ("לסברתי לא רק חשד כבד כנגד המשיבים צף ועולה מתוך ראיות אלה, אלא אפילו במידה מסוימת ראיות שאם תמצאנה אמינות ותוכלנה אולי להביא לכלל הרשעה"); בש"פ 60/91 מדינת ישראל נ' אבו סבייח (לא פורסם, 10.1.1991) (אין מקום לשחרור הנאשם עקב חולשת הראיות לכאורה, בגישת הערכאה קמא, שכן "אין המדובר בחומר חקירה שיסודותיו רעועים, עד כי בשלב זה ניתן לראות סיכוי קלוש בלבד שהמשיב יורשע על פיו...").

42 ראו, למשל, בש"פ 3940/93 אזולאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.8.1993) ובש"פ 4905/95 ויסמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.1995), שבהם נאמר כי יש לטעון כנגד עצמת הראיות לכאורה במסגרת טענת "אין להשיב לאשמה" ולא במסגרת עיון בשאלת המעצר, ואם כטענת הסניגורים הראיות לכאורה חלשות עד כדי להביא לשחרור ממעצר, הרי שבית המשפט הדין בחיוב יחליט על זיכוי מבלי שהנאשם יצטרך להשיב לאשמה; כן ראו דברי השופט יעקב קדמי בבש"פ 5248/95 סוסן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.8.1995), כי זהות המינוח "ראיות לכאורה" בשלב הטענה כי אין להשיב לאשמה ובחליכי המעצר, מעידה על כוונת המחוקק למשמעות דומה. השופט קדמי בספרו, הערה 40 לעיל, שם, אף דן באפשרות כי ראיות לכאורה הנדרשות לחיוב נאשם להשיב לאשמה, עולות בעצמתן על עצמת "הסיכוי הסביר" הנדרש למעצר; ראו גם דברי השופט דליה דורנר בבש"פ 1211/94 בונפטי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.3.1994).

43 קדמי, הערה 40 לעיל, בעמ' 159: "סיכוי סביר" – לאמור סיכוי העומד במאזן ההסתברויות – להרשעה. יצוין כי לא עלה בידי למצוא אסמכתא מפורשת שעליה נסמך המחבר באמירה זו. אין זה ברור כיצד מתיישבת הדרישה לסיכוי העומד במאזן ההסתברויות להרשעה, עם דברי המחבר על האפשרות כי המונח "ראיות לכאורה", בהקשר של טענת "אין להשיב לאשמה", הוא מחמיר יותר מהמונח "סיכוי סביר"; ראו הערות 40 ו-42 לעיל. לאור ההלכה הנוהגת, שלפיה די בראיות דלות ובסיסיות כראיות לכאורה הנדרשות לחיוב נאשם להשיב לאשמה, קשה להסביר כיצד ראיות דלות ובסיסיות אלה מקימות סיכויי הרשעה הגבוהים ממאזן ההסתברויות. אפשר שכוונתו של המחבר היא להתייחס לאותה רעה שלפיה "סיכוי סביר גרידא" אינו סיכוי העומד במאזן ההסתברויות; ייתכן גם שההתייחסות היא לסוג הראיות הנשקל, שכן כאשר סיכויי ההרשעה בהליך המעצר נסמכים על ראיות שאינן קבילות – דוגמת בדיקת פוליגרף – הרי שהרף הראייתי בטענה כי אין להשיב לאשמה מחמיר יותר, עקב חוסר-קבילותן של ראיות אלה.

44 ראו בעיקר בש"פ 4794/95 שאבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.8.1995); בש"פ סוסן, הערה 42 לעיל; והשוו לבש"פ 1863/92 זובייב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.5.1992); בש"פ 4525/92 עותמאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.9.1992).

כי ראיות דלות אלה הקימו סמכות למעצר, הן לא בהכרח הצדיקו מעצר.⁴⁵ מכל מקום, בהחלטות רבות שוחררו נאשמים ממעצר עקב חולשתן של הראיות לכאורה, על אף שהיה בהן כדי לחייבם להשיב לאשמה לפי ההלכה הנוהגת.⁴⁶

(ב) עמדתה של השופטת דורנר

נראה כי מבין הפרשנויות האפשריות שהובאו לעיל לרף הראייתי המקיים "ראיות לכאורה" לעניין מעצר עד תום ההליכים, תחילה אימצה השופטת דליה דורנר את הרף הגמון, הוזה לרף הנדרש לעניין טענת "אין להשיב לאשמה".⁴⁷ לדעתה, זו הייתה כוונת המחוקק בתיקון מס' 9 לחסד"פ וזו ההלכה שנהגה טרם בש"פ זאדה.⁴⁸ בהמשך, בבש"פ רחאל,⁴⁹ שינתה השופטת דורנר את גישתה זו. השופטת דורנר בחרה להעמיד מבחן חדש להצדקת מעצר, המציב רף הגבוה אף מהדרישה כי סיכויי ההרשעה יעמדו במאזן ההסתברויות, והוא:

בהיעדר אפשרות לקבוע ממצאי מהימנות – אם חומר הראיות הקיים, אם לא ייחלש או ייסתר במהלך המשפט, מוכיח מתוכו את האשמה מעבר לכל ספק סביר.⁵⁰

45 כך עולה, לדעתי, מדברים שכתב השופט דב לין, שהשווה בכמה החלטות בין הראיות הנדרשות בשלב הטענה כי "אין להשיב לאשמה" לבין הראיות הנדרשות למעצר (ראו, למשל, בש"פ אזולאי ובש"פ ויסמן, הערה 42 לעיל), על אף שבהחלטות אחרות הוא החליט לשחרר ממעצר על סמך חולשת הראיות לכאורה – גם כשהיה ברור כי אותן ראיות היו מביאות לחיוב הנאשם להשיב לאשמה. ראו גם דברי השופט יעקב קדמי בבש"פ סוסן, הערה 42 לעיל, שם הכיז כאמור את הדעה כי זהות המינוח "ראיות לכאורה" בשלב הטענה שאין להשיב לאשמה ובהליכי המעצר מעידה על כוונת המחוקק למשמעות דומה – ועם זאת קבע כי יש לשחרר ממעצר אם הכרסום בראיות לכאורה מביא לכך שסיכויי גרסת ההגנה שקולים לפחות לסיכויי גרסת התביעה. לדעתי, כך עולה גם מהחלטות אחרות שבהן נאמר כי יש ראיות לכאורה מבחינה פורמלית אך לא די בהן למעצר; על כך ראו בהרחבה בפרק ג.2(ד) להלן.

46 על ההלכה בעניין זה ראו בהרחבה בפרק ג.2(ג) להלן.

47 ראו דברי השופטת דורנר בבש"פ בונפייטי, הערה 42 לעיל, כי אין לבחון את קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר כשם שאין לבחון זאת בשלב הטענה כי אין להשיב לאשמה, וכן בבש"פ 5286/99 פתאלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.8.1999), שבו נאמר כי השינוי בהלכה האמורה מתחייב נוכח השוני בין שני ההליכים כפי שנקבע בבש"פ זאדה. כן השוו לב"ש (י-ם) 468/92 חיועץ המשפטי לממשלה נ' נתגזון (לא פורסם, 8.11.1992), שבו פידשה השופטת דורנר את המונח "ראיות לכאורה" הן בהקשר של בקשת הסגרה והן בהקשר של מעצר, בהתאם להלכות העוסקות בטענת "אין להשיב לאשמה". כן ראו בהמשך הדברים, לרבות הערות 48-49 להלן.

48 ראו דברי השופטת דורנר בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 158-161.

49 בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 221.

50 שם, בעמ' 226.

על מבחן חדש זה חזרה השופטת דורנר גם בהחלטות מאוחרות יותר.⁵¹ על אף השימוש בלשון "מעבר לכל ספק סביר", ברי כי אין כוונתה של השופטת דורנר לכך שיש להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר כבר בשלב המעצר. נראה שכוונתה היא שאם ברור שקיים בחומר החקירה, כבר בשלב המעצר, ספק סביר לכאורה, שבגינו לא ירשיע בית המשפט את הנאשם אף אם יבואו בפניו מלוא הראיות הקיימות בתיק, מבלי שייחלשו – אין זה ראוי לעצור את הנאשם. זהו אפוא "ספק סביר לכאורה". עם זאת, ככל הנראה, אין כוונת הדברים לכך שכאשר מדובר ב"גרסה מול גרסה" נוצר תמיד ומיניה וביה ספק סביר באשמת הנאשם, וכי לעולם אין לעצור נאשם במקרים מעין אלה; נראה שכוונת הדברים היא שכל מקרה צריך להיבחן לגופו, והכל תלוי בשיקולי ההיגיון ובסבירות הגרסה של ההגנה אל מול גרסת התביעה.⁵²

העולה מן האמור הוא כי השופטת דורנר הציעה מבחן חדש למעצר, המחמיר אף מהפרשנות הקפדנית ביותר למונח "ראיות לכאורה" שהועלתה עד אותו מועד.⁵³ יצוין, כי השופטת דורנר הדגישה שאינה חולקת למעשה על דרך בחינתן של הראיות לכאורה,⁵⁴ אלא על רף הראיות לכאורה הנדרש למעצר. על רקע המחלוקת בין השופטים בשאלה זו נקבע הרכב מיוחד בן תשעה שופטים לדיון בבש"פ זאדה.

51 ראו, למשל, בש"פ 2800/95 ג'אבר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.5.1995); בש"פ 3297/95 חלוואני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.5.1995); בש"פ 8121/95 ריסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 441; וכן ראו דורנר, הערה 4 לעיל, בעמ' 21-23.

52 ראו, למשל, בש"פ 7625/95 מדינת ישראל נ' עטייה, פ"ד מט(4) 184, והשוו לרבני השופט מישאל חשין בבש"פ 2182/95 מדינת ישראל נ' מהאג'נה, פ"ד מט(2) 227; בש"פ 2378/95 מדינת ישראל נ' סנדרוסי (לא פורסם, 13.4.1995); בש"פ 6787/95 מדינת ישראל נ' אלוג (לא פורסם, 1.11.1995).

53 על ההבדל שבין המבחן שהציעה השופטת דורנר לבין מבחניהם של יתר השופטים עמדה גם השופטת טובה שטרסברג-כהן בבש"פ אבו עיסא, הערה 40 לעיל. ראו גם המחלוקת בין השופטת דורנר לבין השופט דב לוין בבש"פ ויסמן, הערה 42 לעיל.

54 בכמה החלטות הדגישה השופטת דורנר כי חוסר-ודאות הנוגע למשקל זיהויו של נאשם אינו שאלה התלויה ב"מהימנותו" של המזהה, כי אם באפשרות של טעות בזיהוי, או בזיהוי שיתכן כי אינו מתייחס לעבירה נשוא פרט האישום. ראו בש"פ ג'אבר ובש"פ חלוואני, הערה 51 לעיל. אציין כי שותף אני לדעה שיש להתחשב בשלב המעצר בכך שזיהויו של הנאשם אינו ודאי; אך דעה זו לא הייתה מקובלת על הכל. ראו, למשל, בש"פ 1721/91 עטלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.5.1991). כן ראו הדברים שכתבה השופטת דורנר, קודם להחלטות האמורות, בבש"פ 1683/94 אוחנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.3.1994). לעומת זאת ראו, למשל, בש"פ 519/82 קדמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 218; בש"פ 843/83 עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 150; בש"פ 1001/93 אסדי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.3.1993). כן ראו ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 758, 729 וע"פ 611/85 חחיחאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 337, 342, שבהם נקבע כי השאלה אם ניתן לסמוך על זיהויו של עד את הנאשם אינה רק שאלה של מהימנות.

(ג) הדרך לבחינת הראיות לכאורה

ברי כי בשלב המעצר אין באפשרותו של השופט להתרשם ממהימנותם או מחוסר-מהימנותם של העדים שיעידו במשפט. עם זאת, פרטים מסוימים המצויים בחומר החקירה עשויים להשפיע על ממצאי השופט שידון במשפט גופו בכל הנוגע למהימנות העדים שיעידו בפניו. כך, למשל, גרסאות סותרות של עד במהלך החקירה עשויות להשפיע על הערכת מהימנותו. לפיכך, השאלה העולה היא באיזו מידה בוחן השופט הדין במעצר את הסיכוי שתמיהות העולות כבר בשלב המעצר יביאו לדחיית גרסתו של העד במשפט.⁵⁵

אמנם, השופט (כתוארו אז) מאיר שמגר כתב בב"ש וייסברג⁵⁶ כי בית המשפט אינו בוחן כלל את הראיות לכאורה, אלא אם נטען שכתב האישום מופרך ושאינו קשר בינו לבין הראיות שנאספו על ידי התביעה. אולם, ניסוח שונה מאוד ניתן למצוא בהחלטתו של השופט שמגר עצמו בב"ש אוהנה.⁵⁷ בהחלטה זו נקבע, כי אף שאין מכריעים בשאלות מהימנות, אין פירוש הדבר שכל העדויות הן בעלות משקל זהה; יש לבחון, בין היתר, אם העדות לקונית או מפורטת, אם יש לה נקודות אחיזה בראיות אחרות, אם יש בה סתירות או פרכות על פני הדברים, מהי הזיקה בין העד לבין הנאשם, וכן יש לבחון את הסיכון שהעדות מקורה בטעות אנוש או בהטעיה. בחינה זו נערכת הן באשר לראיות התביעה והן באשר לראיות ההגנה, והיא נסמכת על טביעת העין השיפוטית ועל ניסיון החיים. מטרתה של בחינה זו היא לבדוק האם אין בראיות השונות, על פניהן, כדי לשלול את סבירותה של גרסת התביעה, או לכרסם באופן מהותי במשקלן של ראיות התביעה. על הלכה זו, ככלל, לא קמו עוררים.⁵⁸ עם זאת, לאור הקשר בין דרך בחינתן של הראיות לכאורה לבין שאלת הרף הראייתי הנדרש למעצר, ניתן למצוא החלטות מעצר אחרות – אם כי מעטות – שבהן הובילה בחינה זו להכרעה כי אין די ראיות לכאורה למעצר;⁵⁹ מנגד, מהחלטות אחרות עולה כי לפגמים המתגלים בשלב המעצר

55 וראו על כך גם בפרק 3.3(ב) ובפרק 1.1 להלן.

56 הערה 36 לעיל.

57 ב"ש 322/80 מדינת ישראל נ' אוהנה, פ"ד לה (1) 359.

58 ראו, למשל, ב"ש 1110/83 סגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 6; ב"ש 399/86 נורי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.5.1986); ב"ש פ 397/88 אלנברי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד מב (2) 756; ב"ש פ 661/88 מדינת ישראל נ' דקן, פ"ד מב (3) 875. בב"ש עמר, הערה 36 לעיל, בעמ' 583, הוסיף השופט משה בייסקי כי מציאת הגבול בין ה"מותר" וה"מיותר", בכל הנוגע להצבעה על סתירות בדברי העדים, דורשת היגיון בריא ו"תחושת משפטן".

59 ראו, למשל, ב"ש 297/85 עבליני נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (1) 807; ב"ש 1144/85 מדינת ישראל נ' אבו ג'ומה (לא פורסם, 8.12.1985); ב"ש 203/86 מדינת ישראל נ' יקנין (לא פורסם, 19.3.1986); ב"ש 418/86 מושיאשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.6.1986); ב"ש פ 1168/95 מדינת ישראל נ' לוי (לא פורסם, 1.3.1995); ב"ש פ 4955/95 חזון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.1995); ב"ש פ 591/96 אבו שמיט נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.1.1996); והשוו לב"ש עותמאן, הערה 44 לעיל.

תהא השפעה רק אם יביאו להפחתה מהותית מאוד ממשקל הראיות לכאורה או אף ל"נטרולה" של גרסת התביעה.⁶⁰

(ד) הקשר בין הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת מעצר

לאחר החקיקה של תיקון מס' 9 לחסד"פ וטרם בש"פ זאדה ניתן למצוא החלטות אחדות שמהן עולה כי אף שקמה סמכות למעצר, בהתחשב בחולשת הראיות לכאורה יש להסתפק בחלופת מעצר.⁶¹ החלטות אלה מעידות על כך שעמידה בתנאי הסף הראייתי להוראה על מעצר לא תמיד הצדיקה מעצר, בין משום שרף ה"ראיות לכאורה" שנקבע לסמכות המעצר היה נמוך מאוד⁶² ובין משום שהרף היה גבוה יותר, אך לא חייב בהכרח מעצר.

יצוין, כי קודם לתיקון מס' 9 לחסד"פ כמעט לא ניתן למצוא בפסיקה שקבעה את קיומן של "ראיות לכאורה" כתנאי למעצר רמז לכך שזהו הרף שנדרש גם לחלופת מעצר. רק בבש"פ פרץ,⁶³ שנדון לפני הרכב בן שלושה שופטים, נקבע כי הפרשנות של הוראות תיקון מס' 9 לחסד"פ מחייבת שתימצאנה "ראיות לכאורה" גם כשההוראה היא על "חלופת מעצר".⁶⁴

60 ראו, למשל, ב"ש 727/83 מדינת ישראל נ' בודה, פ"ד לו(3) 501; ב"ש 383/86 בן יצחק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.5.1986); ב"ש 441/86 אבו סירחאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.6.1986).

61 כוונתי לשחרור בתנאים המיועדים לקדם את פני מסוכנותו של הנאשם דווקא, ולא לאותן החלטות שבהן שוחרר הנאשם בתנאים שבכוחם להבטיח כי יתייצב לדיון, שכן תנאים אלה אינם בהכרח בגדר "חלופת מעצר" וניתן להטילם אף מבלי שיהיו די "ראיות לכאורה". ראו, למשל, בש"פ 4315/90 אלטלקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.10.1990); בש"פ 5221/91 שקלאר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.11.1991); בש"פ 3414/92 אבו עבדון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.7.1992); בש"פ 781/93 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 12.2.1993); בש"פ 4657/93 מדינת ישראל נ' אזולאי (לא פורסם, 31.8.1993); בש"פ 7199/94 מדינת ישראל נ' פרידמו (לא פורסם, 4.1.1995). יצוין, כי למקרא ההחלטות עולה האפשרות שבחלק מהן נקבע למעשה שאין מתמלאת דרישת הראיות לכאורה, ובכל זאת שוחררו הנאשמים לחלופת מעצר שמטרתה להבטיח מפני מסוכנותם. אפשרות זו עולה בהתחשב בעובדה שמטרתה של הטלת ערובה בהיעדר סמכות להורות על מעצר נדונה במפורש רק בבש"פ 3611/93 פרץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 855. עם זאת יצוין, כי סוגייה זו עלתה אגב אורחא כבר בבש"פ 917/89 קדם נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 568, וכן כי בכמה החלטות קודמות נאמר שבהיעדר ראיות לכאורה אין להורות על מעצר בית, למשל: ראו, למשל, בש"פ 608/88 ראובן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.10.1988). כן ראו בפרק 4.ג. להלן.

62 ראו בפרק 2.ג. (א) לעיל.

63 הערה 61 לעיל.

64 על הלכה זו חזר בית המשפט העליון גם בהחלטות מאוחרות יותר; ראו, למשל, בש"פ 2864/95 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.5.1995); בש"פ 63/98 אדזיאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 160; בש"פ 22/99 ג'אבר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.1.1999); בש"פ 924/00 אבו אלכאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.2.2000).

באשר לקשר האפשרי בין עצמת הראיות לכאורה הנדרשת למעצר לבין עילת המעצר, הרי שמהחלטות אחדות של בית המשפט העליון עולה – לפחות לדעת חלק מהשופטים – שכאשר עילת המעצר אינה מן האיתנות (כגון העילה של חומרת העבירה לבדה, בשעתה), אף בעייתיות קלה יחסית בראיות לכאורה עשויה שלא להצדיק מעצר עד תום ההליכים.⁶⁵

3. בש"פ זאדה

כפי שעולה מהאמור לעיל, המחלוקת בין השופטת דורנר לבין יתר שופטי בית המשפט העליון התמקדה בשאלת הרף התחתון של עצמת הראיות לכאורה המצדיק מעצר עד תום ההליכים. לפיכך, אין תמה כי זו השאלה שהוצבה במרכז הדיון בבש"פ זאדה, ואילו הדרך לבחינת הראיות לכאורה נדונה רק אגב אורחא, בעוד ששאלת היחס בין עצמת הראיות לכאורה לבין חלופת מעצר לא נדונה כלל.⁶⁶ כאמור, בתשובה שניתנה לשאלה שהוצבה – כי יש צורך ב"סיכוי סביר" להרשעה – לא היה חידוש, וביטוי זה עדיין אינו מחזור כל צרכו.

עם זאת, בבש"פ זאדה נערך הדיון המקיף ביותר עד כה בנושא הראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום ההליכים, וניתן למצוא בו תשובות חלקיות לשאלות הרלבנטיות השונות שעליהן אעמוד להלן.

לא בכדי נחשב אפוא בש"פ זאדה לפסק הדין המנחה המרכזי בסוגייה שבה עסקינן; כאמור, חרף עמדת שופטי הרוב, שלא קיבלה את החידוש שהציעה השופטת דורנר, ניתן לראות את פסק הדין כחולייה חשובה במסגרת המגמה להקפיד על קיומן של הראיות לכאורה, ועל דיות עצמתן, טרם מעצרו של נאשם – ובמיוחד טרם מעצרו הממשי.⁶⁷

(א) פירוש המונח "ראיות לכאורה": העמדות השונות

הנשיא אהרן ברק בחר לנתח את המונח "ראיות לכאורה" בהתעלם מהמקור ההיסטורי ומההתפתחויות שחלו לגביו בפסיקה. לטעמו, "...הוראה זו אינה מקרינה, מלשונה שלה בלבד, פתרון לשאלה".⁶⁸ חלף זאת כהן הנשיא ברק את המונח על רקע הערכים

65 ראו דברי הנשיא יואל זוסמן בב"ש 139/79 הררי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 614, 615; כ"ש 693/84 מדינת ישראל נ' ליתן, פ"ד מ(1) 544, 551 (השופט מנחם אלון). מרף ראייתי גבוהה זה הסתייג אמנם השופט גבריאלי בך, אך גם לדעתו אין די ב"ראיות לכאורה" במובן הטכני לצורך מעצר כשעילת המעצר היחידה היא חומרת העבירה; ראו כ"ש 304/82 אלמוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 351, 355-356; כ"ש מולכו, הערה 41 לעיל. כן ראו דברי השופטת שושנה נתיניהו בב"ש עובדיה, הערה 54 לעיל, והשוו אל הדברים שכתבתי במאמרי: לוי, הערה 7 לעיל, שם.

66 ראו דברי הנשיא אהרן ברק, בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 151.

67 ראו על כך עוד במבוא לעיל, וכן בפרק 4.1 להלן, בעניין הנפקות של ראיות לכאורה בעייתיות.

68 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 143.

החברתיים המתנגשים ועל רקע מקומו בהליך הפלילי, וזאת בדומה לדרך שנקטה השופטת דורנר בבש"פ רחאל. לעומתו סקרה השופטת דורנר את הרקע ההיסטורי של המונח "ראיות לכאורה" ואת אזכורו לראשונה בהחלטות המעצר ובהחלטתה של השופטת אבנור.⁶⁹ בהמשך הסקירה יצאה השופטת דורנר מנקודת ההנחה כי הפרשנות בהלכה הנוהגת בפסיקה, כמו גם כוונת המחוקק בתיקון מס' 9 לחסד"פ, הייתה שקיימת זהות בין "ראיות לכאורה" למעצר עד תום ההליכים לבין "ראיות לכאורה" המחייבות נאשם להשיב לאשמה, דהיינו: די בראיות בסיסיות ביחס ליסודות העבירה המרכזיים – אף אם הן מעוררות ספקות, ובלבד שאינן מופרכות בעליל.⁷⁰ ברי, כי רף ראייתי זה הינו נמוך מכדי שיהווה רף ראוי למעצר, ועל כך קשה לחלוק. לפיכך, לדעת השופטת דורנר, חוק היסוד מחייב מתן פרשנות חדשה למונח "ראיות לכאורה" לעניין המעצר.

לעניות דעתי, הניתוח של המונח "ראיות לכאורה" בבש"פ זאדה אינו ממצה. אף כי המונח אינו מקרין מתוכו רף ראייתי, הוא שאוב מהפסיקה ומהחלטות המעצר ברבר הרף הראייתי המצדיק מעצר. נראה שכוונת המחוקק הייתה אך לעגן הלכה פסוקה זו בחוק. סקירת הפסיקה דלעיל מובילה, לדעתי, למסקנה שמונח זה שימש את מרבית השופטים במנותק משאלת הרף התחתון שהצדיק לדעתם מעצר, וכי הרף שהצדיק מעצר נע בין הסתפקות בכך שגרסת התביעה אינה קלושה לבין דרישה כי תעמוד במאזן ההסתברויות. כמו כן, המונח "ראיות לכאורה" כלל לא התייחס בראשית ימיו לכמות הראיות הנדרשת לחיוב נאשם להשיב לאשמה, אלא דווקא לכמות הראיות הנדרשת להגשת כתב אישום. מכל מקום, דרך הניתוח שבחר הנשיא ברק הובילה, כאמור, לבחינת המונח "ראיות לכאורה" במנותק מההקשר ההיסטורי, ובעיקר על רקע הערכים החברתיים המתנגשים⁷¹ ועל רקע מיקומו של שלב המעצר בהליך הפלילי. חשוב מכך: כפי שיובהר, הניתוח האמור לא הוביל להכרעה ברורה אודות משמעותו של "סיכוי סביר להרשעה" לצורך בחינת קיומן של ראיות לכאורה למעצר.

כפי שכתב הנשיא ברק, שלב המעצר עד תום ההליכים אינו דומה לשלב של טענת "אין להשיב לאשמה" – הן לאור הערכים המתנגשים השונים,⁷² והן לאור העובדה שאין בדחיית הטענה כי אין להשיב לאשמה, כשלעצמה, כדי לפגוע בחירותו של הנאשם. מאידך גיסא, שלב זה אינו דומה לשלב הכרעת הדין, שבו יש צורך בראיות מעבר לכל ספק סביר, אל נוכח המשמעויות החמורות של ההרשעה בהליך הפלילי. לפיכך, רמת ההוכחה הנדרשת בשלב זה מצויה בין שני הקטבים של הראיות בשלבים האמורים. על כך, למעשה, אין חולק.

69 ראו בפרק 1.1 לעיל.

70 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 161.

71 על ערכים מתנגשים אלה ראו בפירוט בפרק 1.1 להלן.

72 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 144-145.

לדעת הנשיא ברק, הרף התחתון של הראיות לכאורה, העונה על הדרישה של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה", הוא כדלקמן:

"ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הן איפוא ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיוון במהלך המשפט – תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל – יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. בכך מושג איזון ראוי בין הערכים החברתיים המתנגשים. אכן, אין זה ראוי לעצור נאשם אלא אם כן קיים סיכוי סביר שהראיות הקיימות נגדו, לאחר שיעברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי, יש בכוחן להוכיח את אשמתו. אם חומר החקירה אינו מטיב זה, אין זה ראוי לשלול את חירותו של הנאשם.⁷³

הנשיא ברק לא התייחס להחלטות מעצר קודמות שבהן נאמר כי יש צורך ב"סיכוי סביר" להרשעה, ולא הסביר בהמשך הדברים "סיכוי סביר" מהו – אלא תוך הדגמה במקרי קיצון, כפי שיפורט בהמשך. מכיוון שכך, אין זה ברור אם שופטי הרוב, ובראשם הנשיא ברק, תומכים בפרשנות המחמירה של המונח "סיכוי סביר", שלפיה הסיכוי קם כשהראיות לכאורה מלמדות שסיכויי ההרשעה עולים על סיכויי הזיכוי – כלומר: עומדים ב"מאזן ההסתברויות" – או לפחות אינם נמוכים ממנו.⁷⁴ מכל מקום, כפי שהדגיש הנשיא ברק, "סיכוי סביר" אינו קיים כשדבק בראיות לכאורה "פגם גנטי" או "ספק מובנה":

אכן, אם בראיות עליהן מבססת התביעה את האישום מובנה ספק הדבק בהן, מעין "פגם גנטי", שלא יוסר במהלך המשפט, שוב אין לראיות הכוח הראייתי הפוטנציאלי הדרוש להעמדת סיכוי סביר להוכחת האשמה.⁷⁵

בהתחשב בעמדותיו של המנחם "סיכוי סביר" לא נדרשה השופטת דורנר לחלוק על גישה זו של הנשיא ברק. היא הסכימה שהרף הראייתי הדרוש למעצר גבוה מהרף לחיוב הנאשם להשיב לאשמה ונמוך מהרף הנדרש להרשעתו בפלילים. היא אף ניאותה להסכים לנוסחה בדבר "סיכוי סביר" להרשעה, וכן לכך שאין ראיות לכאורה המספיקות למעצר כשקיים "ספק מובנה". עם זאת, השופטת דורנר כינתה את הראיות העומדות במבחן זה "ראיות חד משמעיות".⁷⁶ קשה להניח שלכך כיוון הנשיא ברק. ואכן,

73 שם, בעמ' 147; ההדגשות הוספו.

74 לעניין פרשנות מחמירה זו ראו, למשל, הדברים שכתב השופט אליעזר גולדברג בבג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1; וראו בפרק 2.2(ב) להלן; כן ראו הערות 43-44 לעיל והטקסט הסמוך להערות אלה. על גישתי בעניין זה – התומכת עקרונית בגישה המחמירה האמורה – ראו בפרק 3.1 להלן.

75 כש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 151.

76 שם, בעמ' 169.

השופטים אליעזר גולדברג וטובה שטרסברג-כהן עמדו על קיומו של שוני מהותי בין גישתם של הנשיא ברק ויתר שופטי הרוב לבין גישתה של השופטת דורנר.⁷⁷ נראה, לפיכך, כי המחלוקת בין שופטי הרוב לבין השופטת דורנר התייחסה לשתי שאלות הכרוכות זו בזו: ראשית, מהותו או עצמתו של הספק – "ספק מובנה" או ספק סביר גרידא – השולל את קיומן של ראיות לכאורה;⁷⁸ ושנית, כיצד נבחן "הספק המובנה".⁷⁹ כפי שציין השופט אליעזר גולדברג,⁸⁰ הנשיא ברק – בשונה מהשופטת דורנר – לא התמקד "בספק המובנה" אלא "בסיכוי הסביר", הנסמך על הראיות לכאורה.⁸¹

זה המקום להתייחס לעמדתו של השופט גבריאלי בך. הוא אמנם קיבל את "הפרופוזיציה המרכזית" ואת "הקונספציה הבסיסית" של הנשיא ברק בעניין המבחן של "הסיכוי הסביר להרשעה", אך הוא ציין במפורש כי אינו יכול להסכים לכל ניסוחיו כגון בעניין דרך בחינת הראיות. בפועל הגיע השופט בך לתוצאה שונה מזו שהגיעו אליה שופטי הרוב. לכאורה, מדובר אך במחלוקת אודות יישום המבחן המוסכם של הסיכוי הסביר להרשעה ביחס לנסיבות המקרה הקונקרטי, אולם אין להוציא מכלל אפשרות כי רף הראיות למעצר שהציב השופט בך גבוה במידה מסוימת מזה שהציבו שופטי הרוב, הגם שאינו מגיע לזה שהציבה השופטת דורנר.⁸²

77 שם, בעמ' 169-171.

78 את המחלוקת בשאלה זו ניתן להמחיש בדוגמא הבאה: ישנן תמיהות וסתירות שעולות על פני הדברים וניתן להעריך כי מבלי שיינתן להן הסבר במשפט גופו, לא יוכל בית המשפט להתעלם מהן ויזכה את הנאשם. במובן זה, הראיות הקיימות עתה אינן "חד-משמעיות", ודבק בהן "ספק סביר". עם זאת, התמיהות והסתירות אינן מהותיות עד כי אין סיכוי שיימצאו להן הסברים סבירים, וייתכן לפיכך שהראיות הקיימות יביאו ככל זאת להרשעת הנאשם. במצב דברים זה נראה כי לשיטת השופטת דורנר, עד להסרת הספק על ידי המצאת אותם "הסברים סבירים", אין די ראיות לכאורה, שכן אין סיכוי סביר שהראיות הקיימות כעת, ללא תוספת, יביאו להרשעה, ולפיכך אין לעצור את הנאשם. לגישת הנשיא ברק, רק כשהספק גורם לכך שעל פני הדברים סיכויי ההרשעה אינם סבירים, אין לעצור את הנאשם; אך אם יש "סיכוי סביר" כי במהלך המשפט יימצא ההסבר לתמיהות ולסתירות – מתמלאת דרישת הראיות לכאורה.

79 לשאלה שניה זו אחזור בהמשך, וכעת אסתפק בכך שאזכיר שכלל שפרטים מהותיים פחות נבחנים גם הם, כך גדל הסיכוי כי יימצא שהספק המובנה הוא בעל עצמה רבה יותר.

80 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 169-170.

81 אם כוונת שופטי הרוב היא ל"סיכוי סביר" העומד במאזן ההסתברויות, הרי שאמירתו של השופט מישאל חשין כי "מצאנו עצמנו עומדים באותו מקום שעמדנו כל השנים בו. והגלגל הוא אותו גלגל", שם, בעמ' 176, אינה מדויקת, לעניות דעתי, וזאת לאור אותן החלטות הנזכרות לעיל שקדמו לבש"פ זאדה, ושבחן רף הראיות לכאורה הנדרש הוצב כנמוך מסיכוי העומד במאזן ההסתברויות להרשעה. מכל מקום, לדעתי, כאמור, בש"פ זאדה מהווה חולייה מרכזית במגמה של הקשחת הדרישה בעניין הראיות לכאורה.

82 יש לזכור, כאמור, שלאור עמימותו של מבחן "הסיכוי הסביר להרשעה" הייתה מוכנה גם השופטת דורנר לאמצו, לו הייתה מתקבלת עמדתה כי יש לפרשו כדורש ראיות חד-משמעיות מעבר לספק סביר לכאורה.

השופט בך עצמו ציין כי "ייתכן" שההבדלים בין דעתו לבין דעתם של שופטי הרוב הם הבדלים ניסוחיים "סמאנטיים בעיקרם", כלשונו,⁸³ והוא אף נוטה לכך; עם זאת מעניין לציין, כי לדעתו חומר הראיות באותו מקרה הוא "פרובלמטי מאוד"⁸⁴ וכי זהו "מקרה בולט" של היעדר סיכוי סביר להרשעה,⁸⁵ שכן באותו מקרה קיים "סיכוי סביר מאוד" לזיכוי.⁸⁶ חשוב מכך: השופט בך הדגיש כי אסור לשכוח שלשם זיכוי נאשם די בכך שיתעורר ספק סביר – ולדעתו קשה לראות כיצד חומר הראיות "לא יותיר לפחות ספק סביר באשמת העורר".⁸⁷ השופט בך לא הסתפק בכך אלא בחר לנסח את גישתו הכללית "בשפה יום-יומית פשוטה", כך:

אם מתוך עיון בחומר הראיות המצוי בתיק בשלמותו, ועל פי מומחיותו כמשפטן ("the expert feel of lawyers") ונסיונו השיפוטי, חש השופט שה'case' של התביעה הינו 'חלש' עד כדי העדר קיומו של סיכוי סביר שהמשפט יסתיים בהרשעת הנאשם, כי אז אין לפני השופט ראיות לכאורה מספיקות המצדיקות את מעצרו בפועל עד תום ההליכים.⁸⁸

מכל מקום, בולט הדבר כי השופט בך ייחס חשיבות מיוחדת ל"חולשת" הראיות ול"פרובלמטיות" שלהן,⁸⁹ כמו גם להערכת המשקל של הראיות – כמובן, על פי ההיגיון והניסיון השיפוטי.

(ב) דרך הבחינה של עצמת הראיות לכאורה

כאמור לעיל, דרך הבחינה של הראיות לכאורה לא עמדה במרכז המחלוקת בין השופטים, ולפיכך לא זכתה לדיון מעמיק. למעשה, הנשיא ברק חזר על ההלכה שנקבעה בעניין זה בב"ש אוהנה.⁹⁰ מדבריו של הנשיא ברק עולה בבירור כי על עצמתן

83 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 152-153.

84 שם, בעמ' 152. ההדגשות כאן ובהמשך הפסקה – הוספו.

85 שם, בעמ' 157.

86 שם, בעמ' 153-154.

87 שם, בעמ' 157.

88 שם, בעמ' 153. מעניין לציין כי משנדרחתה גישתה, מצאה השופטת דורנר לנכון לצטט בהסכמה את דבריו האמורים של השופט בך ולהסתמך עליהם; ראו בש"פ 5140/98 בורקש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.9.1998); בש"פ 1838/02 אשתיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.3.2002).

89 על הנפקות של ראיות לכאורה בעייתיות ראו בפרק 4.2 ובפרקים 3.1-4.1, וכן בפרק 6.1 להלן.

90 הערה 57 לעיל: "נקודת המבט של השופט, המכריע בשאלת המעצר עד תום ההליכים, היא כוללת. עליו לעיין בחומר החקירה כולו, לרבות חומר החקירה התומך בעמדת הנאשם. אין עליו לצמצם עצמו לחומר הראיות המפליל בלבד. עליו לפרוס בפניו את מלוא התשתית הראייתית כפי שזו מופיעה בחומר החקירה, לרבות 'ראיות ההגנה'... ההסתכלות הכוללת על חומר הראיות אינה מכריעה כמהימנותם של העדים. הכרעה זו נעשית בהליך הפלילי העיקרי. אין מקומה בהליך הביניים שעניינו מעצר הנאשם עד תום ההליכים נגדו. שופט המכריע בשאלת המעצר עד תום ההליכים בוחן את חומר החקירה 'על פניו'. הוא מתרשם מהפוטנציאל הטמון בחומר החקירה

של הראיות לכאורה משפיעים שני גורמים: הסיכוי שהראיה תימצא מהימנה, ואם תימצא מהימנה – הסיכוי כי תשמש בסיס להרשעה:

אכן, לעתים מובנה בתוך חומר החקירה ספק, באופן שמתוך מכלול החומר ניתן להסיק כבר עתה כי אין סיכוי שיינתן אמון במוסר האימרה. לעתים ניתן לומר כבר עתה, כי גם אם יינתן אמון במוסר האימרה, אין סיכוי סביר להוכחת האשמה. מצב דברים זה מחייב כבר עתה את המסקנה כי לא קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה.⁹¹

לכאורה, מדרך ניסוח הדברים של הנשיא ברק ניתן היה להסיק, כי יש להתחשב בסיכוי שהראיה לא תימצא מהימנה רק כשאין כל סיכוי שראיה זו תימצא מהימנה;⁹² אך נראה כי לא לכך התכוון הנשיא ברק. אין זה סביר שכאשר קיים סיכוי כלשהו לקבלת ראיה כמהימנה, קלוש ככל שיהא, מתמלאת דרישת הראיות לכאורה.⁹³ גם שופטים אחרים קבעו, בכמה החלטות, כי יש לשחרר נאשמים לאור הסיכוי כי הראיות נגדם לא תימצאנה מהימנות גם כשלא ניתן לומר שאין כל סיכוי לקבלן כמהימנות.⁹⁴ נראה, אפוא, שהנשיא ברק כיוון בדבריו לשני מצבי קיצון, לשם המחשת הדברים: מחד גיסא, כשאין סיכוי שהראיה המפלילה תימצא מהימנה – שאז בוודאי לא מדובר בראיה לכאורה המקימה סיכוי סביר להרשעה, ומאידך גיסא, כשהשופט הדין במשפט עשוי שלא להרשיע על סמך ראיה, לאור שיקולי מהימנות שאיננו יכולים לנבא בשלב זה – אזי מתקיימת דרישת הראיות לכאורה. בין שני מצבי קיצון אלה המבחן הוא זה שהוזכר לעיל, דהיינו: קיומו של "סיכוי סביר" לכך שהראיה תימצא מהימנה. קיומן של

בתור שכזה... בית המשפט בוחן, על כן, את הגיונם הפנימי של הדברים, את מידת הפירוט או ההכללה שבהן, את נקודות האחיזה שבהם, את השתלבותם של הדברים אלה באלה. מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט תמונה כללית באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה..."; בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 148.

שם, בעמ' 149; ההדגשות הוספו.

כך עולה, לכאורה, הן מהבדלי הניסוח ("אין סיכוי" באשר לסיכוי כי הראיה תמצא אמינה, ואילו "אין סיכוי סביר" באשר לסיכוי כי הראיה תביא להרשעה), והן מהמשך הדברים: "על כן, אם מכלול הראיות שבתיק החקירה הוא כזה, שההרשעה או הזיכוי הם אך פונקציה של מידת האמון שהשופט בחליף הפלילי העיקרי יתן להם, כי אז קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה", שם.

כפי שכבר הוזכר, על מבחן מעין זה יכולה לכאורה לענות גם עדות יחידה ומלאת סתירות של מעורער בנפשו שיש לו אינטרס ברור להעליל על הנאשם ואפילו כבר עשה זאת בעבר, שכן גם עדות זו יכולה להוות בסיס להרשעה אם תיוחס לה אמינות מלאה, וכל הפגמים המובנים משפיעים אך על הסיכוי כי אכן תיוחס מהימנות מלאה באמור. מבחן מעין זה דומה במהותו למבחן שהוצב בטענת "אין להשיב לאשמה", שאותו דחה הנשיא ברק במפורש.

ובכללם השופט גבריאל בך (ראו, למשל, בש"פ שקלאר ובש"פ פלוני, הערה 61 לעיל) והשופט יעקב קדמי (ראו הדברים שכתב בבש"פ סוסן, הערה 42 לעיל), שהיו בין שופטי ההרכב המורחב בבש"פ זאדה. יצוין, כי השופט קדמי כלל לא נדרש לשאלה זו, ואילו השופט בך הסתייג כאמור מדרך ניסוחו של הנשיא ברק, אך הגדיר את החבדל בין דבריהם כהבדל ניואנסי-ניסוחי בלבד; בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 153.

סתירות ושל גרסה מול גרסה אינם שוללים מראיות התביעה את אופיין כ"ראיות לכאורה להוכחת האשמה";⁹⁵ אך אין פירושו של דבר כי דרישת הראיות לכאורה מתמלאת גם אם כתוצאה מאותן סתירות הסיכוי שתיוחס לראיות אלה מהימנות מספקת להרשעת הנאשם נופל מסיכוי סביר. אמנם, אין באפשרותו של השופט הדין במעצר לבחון שאלות מהימנות בשלב זה, אך "עליו להעריך סיכויים" ו"להניח הנחות באשר לאמון ולמשקל".⁹⁶ אם כך הם פני הדברים, נראה כי גם עמדת השופטת דורנר כנקודה זו אינה שונה באופן מהותי.⁹⁷

(ג) היחס בין הלכת זאדה לבין רף הראיות לכאורה לחלופת מעצר

כאמור לעיל, שאלת היחס בין עצמת הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת מעצר כלל לא הוצבה לדיון בבש"פ זאדה. לפיכך, לא ניתן ללמוד לעניין זה מכך שפסק הדין אינו מבחין בין ראיות לכאורה הנדרשות למעצר לבין ראיות לכאורה הנדרשות לחלופת מעצר. יצוין, כי הנשיא ברק כלל לא נדרש להתמודד עם העמדה שהובעה בטיעוני הצדדים ובהחלטות שקדמו לבש"פ זאדה, שלפיה יש מקרים שבהם יש להעדיף חלופת מעצר עקב בעייתיות בראיות לכאורה. למעשה, הנשיא ברק כתב מפורשות בסוף פסק דינו כי אין הוא דן (גם) בשאלה זו.⁹⁸

עם זאת, אפשר שהנשיא ברק דן בשאלת הרף התחתון לקיום סמכות למעצר. אם אמנם כך, "הסיכוי הסביר להרשעה" שאליו התייחס הנשיא ברק אינו רף תחתון ל"מעצר ממש" דווקא, אלא, שבהיותו רף הסמכות הוא גם רף תחתון ל"חלופת מעצר". במילים אחרות: לא זו בלבד שאין סמכות לעצור נאשם כשאין סיכוי סביר להוכחת אשמתו – אין גם סמכות להורות על חלופת מעצר במצב דברים זה.

שונים הם פני הדברים, ככל הנראה, כאשר למבחן שהציעה השופטת דורנר. נראה כי היא לא התכוונה לכך שהרף הגבוה של הראיות לכאורה הנדרש, לדעתה, למעצר, נחוק גם לחלופת מעצר. מסקנה זו עולה, בין היתר, מהשאלה שהציבה השופטת דורנר הן בבש"פ רחאל והן בבש"פ זאדה, והיא עצמת הראיות לכאורה הנדרשת למעצר עד תום

95 שם, בעמ' 151.

96 שם, בעמ' 150.

97 השופטת דורנר נסמכה אף היא על האמור בב"ש אוחנה, הערה 57 לעיל. עם זאת, לדעתי, עולה מנוסח הדברים ("סתירות פנימיות בעדות המתלוננת לגבי זהות האנס, תמיהות בגרסתה" (ולעניין זה אין מניעה מלהתחשב בסבירותה הפנימית של גרסת הנאשם)), או ראיות אובייקטיביות כי הנאשם היה בעת ביצוע האונס במקום אחר, עשויים להעלות ספק סביר בעדות המתלוננת, בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 166) כי לדעת השופטת דורנר יש להתחשב בגורמים המשפיעים על הסיכוי שהראיה תימצא מהימנה, אף אם אינם מוליכים לכך שהסיכוי שתימצא בלתי-מהימנה יעלה על הסיכוי שתימצא מהימנה.

98 ראו הערה 5 לעיל, וכן ראו פרק 4.1 ופרקים 3.1 ו-4.1 להלן.

ההליכים דווקא.⁹⁹ אם אכן כך, הרי שלפי עמדתה של השופטת דורנר – במנותק משאלת הראיות לכאורה המספיקות לחלופת מעצר – יש צורך ברף גבוה יותר של ראיות, שבהיעדרו אין מקום למעצר ממשי, תהא עילת המעצר אשר תהא. רף זה הוא הרף התחתון המצדיק מעצר ממשי, והוא גבוה מהרף לסמכות הקבוע בחוק, המתייחס גם לחלופת מעצר.¹⁰⁰

אם אמנם כך הם פני הדברים, כי אז ההבדלים בין עמדתו של הנשיא ברק לזו של השופטת דורנר אינם גדולים, שכן הם אינם מדברים בהכרח במישור אחד: הנשיא ברק מדבר על סמכות המעצר – ולכן אפשר שהרף שלו לצורך מעצר ממשי הינו גבוה יותר; ואילו השופטת דורנר דנה ברף התחתון למעצר ממשי – ועל כן סביר שהרף שלה לחלופת מעצר הינו נמוך יותר. אם אכן כך, מתקרבות עמדותיהם זו לזו.

(ד) היישום הלכה למעשה

היישום הלכה למעשה של הניתוח דלעיל ביחס לעניין זאדה נוגע אך בפן חלקי ביותר של המחלוקת העיונית שהוצגה לעיל. אין חולק כי לעברו הפלילי של נאשם אין חשיבות בבחינת קיומן של ראיות לכאורה, שכן אין מדובר ב"ראיה לכאורה" במובן הבסיסי של המונח. נוסף על כך, הבעייתיות של הראיות לכאורה נגעה במקרה זה אך להערכת הסיכוי כי ראיות אלה יביאו לביסוס הרשעה בעבירה המיוחסת – ולא התייחסה כלל לדרך בחינתן, שכן באותו מקרה היו ראיות נסיבתיות שכלל הנראה לא היו נחלשות במהלך המשפט.¹⁰¹

שופטי הרוב, שהצטרפו לדעתו של הנשיא ברק, העריכו כי יש "סיכוי סביר" להרשעתו של זאדה.¹⁰² לעומתם סבר השופט בך כי אין "סיכוי סביר" להרשעה. קשה לדעת אם מחלוקת זו בין השופט בך לבין שופטי הרוב נובעת אך מהערכה שונה

99 המסקנה האמורה עולה גם מההשוואה שערכה השופטת דורנר בין הדין הקיים בישראל לבין הדין בארצות-הברית (ראו פרק 1.7 להלן) ולעמדתו של המלומד אלשולר (Alschuler). כפי שיפורט בהמשך, הרף הראייתי הנדרש לחלופת מעצר בארצות-הברית בהתאם לעמדתו של אלשולר אינו גבוה כמו הרף הראייתי הנדרש למעצר; וראו בפרק 3.1 להלן.

100 יצוין כי הבחנה זו בין רף הראיות המקיים "סמכות" למעצר לבין רף הראיות "המצדיק" מעצר עולה בקנה אחד עם דברי השופטת דורנר, לפיהם רף הסמכות שנקבע בחוק אינו ראוי והוא נמוך מהרף המצדיק מעצר.

101 לעובדה כי הנאשם ושותפו טוענים שהנאשם אינו שותף לעבירת הסמים אין השפעה של ממש בהקשר זה, שכן בוודאי שאין בה כשלעצמה כדי "ספק מוכנה" בראיות התביעה. במובן זה ניתן לומר, כי ההכרעה בדבר קיומו של "סיכוי סביר" קלה יותר כשמדובר בראיות נסיבתיות שמהימנותן אינה מוטלת בספק; ראו דברי השופט מישאל חשין בבש"פ 1977/94 אוהנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.4.1994): "אכן, כדברי באי כוח העוררים, הראיות נגד מרשיהם אינן אלא ראיות נסיבתיות בלבד, אך גם זאת ידענו, כי ראיות נסיבתיות – להבדיל מראיות ישירות מפיו של עד – לעולם אין הן משקרות: וזו מעלה יתירה שיש בראיות נסיבתיות ואשר אין היא דבקה תמיד בעדות מפיו של עד".

102 ראו בפרק 3.3(א) סיפא לעיל.

מצדו ביישום עמדת הרוב במקרה הקונקרטי, או שמא מדובר גם במחלוקת משפטית מהותית.

4. פסיקת בתי המשפט לאחר בש"פ זאדה והנפקות של ראיות לכאורה "בעייתיות"

למעשה, השאלות שלא זכו לדיון ולהכרעה בבש"פ זאדה נותרו פתוחות עד היום. המבחן שאושר בבש"פ זאדה – מבחן "הסיכוי הסביר להרשעה" – הוא המבחן המשמש גם כיום לעניין המעצר, מבלי שנעשה ניסיון ממצה להבהיר מהו רף זה. יתרה מזו: אף שאין חולק עוד על מבחן זה, קיימים גם היום הבדלי ניסוח בין השופטים ביישומם, ואין זה ברור אם בהבדלי ניסוח סמנטיים בלבד מדובר, או שמא בפרשנות שונה המעידה על המשך המחלוקת בעניין הרף הראייתי.¹⁰³

עם זאת, בסוגייה אחת נראה שקיימת היום הסכמה רחבה בין השופטים של בית המשפט העליון, או לפחות בין רובם, והיא היחס בין עצמת הראיות לכאורה לבין בחינתה של חלופת המעצר. כאמור לעיל,¹⁰⁴ עוד קודם לבש"פ זאדה ניתנו החלטות שבהן שוחררו נאשמים לחלופת מעצר בגין בעייתיות בראיות לכאורה; והחלטות דומות ניתן למצוא גם לאחר בש"פ זאדה.¹⁰⁵ לעמדה זו ניתן ביטוי מפורש, בין היתר בדבריו

103 והשוו אל ההבדלים בין דעותיהם של הנשיא ברק ושל השופט כץ בבש"פ זאדה, כמצוין בפרק ג.3 (א) סיפא לעיל. כך, למשל, השאלה שהציבה השופטת דליה דורנר (לאחר בש"פ זאדה) היא "אם על-פי חומר הראיות שבידי התביעה סביר כי יעלה בידה לעמוד בנטל להוכיח את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר"; בש"פ 2689/98 מדינת ישראל נ' רביע (לא פורסם, 6.5.1998). כן ראו בש"פ 4192/97 חסין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.7.1997); בש"פ 4713/97 סביחא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.8.1997); בש"פ בורקש, הערה 88 לעיל; בש"פ פתאלי, הערה 47 לעיל; בש"פ 5241/99 מדינת ישראל נ' ג'מהור (לא פורסם, 5.8.1999). לעומת זאת, השופט יעקב קרמי בחן אם הסיכוי להשיג הרשעה מצוי ב"מתתם הסבירות"; ראו בש"פ 1156/98 נעאמנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.2.1998); בש"פ 825/98 מדינת ישראל נ' דחלה, פ"ד נב(1) 625. ואילו מדרך ניסוחה של השופטת אילה פרוקצ'יה עולה, לכאורה, כי די בכך שהאפשרות שתועדף הגרסה המרשיעה אינה "משוללת סיכוי"; ראו בש"פ 10192/01 קאסם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.1.2002) ("למותר לומר כי לא יחא זה נכון להעריך עתה, אף בהסתברות, את גישתו הצפויה של בית המשפט בבואו לשקול את הגרסאות זו מול זו; די לומר כי האפשרות לפיה בסופו של דבר, יעדיף את גרסת הזיהוי הראשונית של המתלונן על פני עדותו במשפט אינה משוללת סיכוי").

104 בפרק ג.2(ד) לעיל.

105 ראו, למשל, בש"פ 3812/96 אלקובי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.6.1996) (השופט צבי טל); בש"פ 4194/96 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.6.1996) (השופט גבריאל כץ); בש"פ 231/97 מדינת ישראל נ' אבוזמיל (לא פורסם, 15.1.1997) (השופט תיאודור אור); בש"פ 2637/97 האשם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.5.1997) (השופט דורית ביניש); בש"פ 5460/97 דנגור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.9.1997) (השופט תיאודור אור); וכן ראו הערה 25 לעיל והערה 107 להלן.

של השופט אליהו מצא עוד בבש"פ 327/98 אלגאוזי נ' מדינת ישראל:

המסקנה המתגבשת היא שאמנם יש נגד העורר ראיות לכאורה, אך אלו מקיימות רק באופן "טכני" את הדרישה לקיום ראיות לכאורה. עוצמת הראיות הקיימות אינה כזאת שתצדיק מעצר עד תום ההליכים. אינני מתעלם מכך שהעורר הוא עבריין שיש לחובתו הרשעות קודמות בביצוע עבירות שוד ובעבירות נוספות ושהעבירות אשר בגינן הובא לדין הפעם בוצעו, לפי הנטען, בהיותו אסיר ברשיון. עם זאת, ומשום ההתרשמות הבלתי נוחה מן הראיות הקיימות, נראה לי נכון להסתפק לגבי בחלופת מעצר.¹⁰⁶

בשנים האחרונות נוספו על החלטות אלה החלטות רבות של רוב שופטי בית המשפט העליון, שבהן נקבע כי יש לשקול ביתר שאת להסתפק בחלופת מעצר במקרים שבהם בשל חולשה או בעייתיות ממשית של הראיות לכאורה, עצמתן אינה מצדיקה מעצר ממשי. למעשה, ניתן לומר שכיום זו הדעה הרווחת,¹⁰⁷ על אף שעצמת הראיות לכאורה

106 (לא פורסם, 23.1.1998); ההדגשות הוספו.

107 נוסף על הפסיקה הנזכרת בהערות 25 ו-105 לעיל, ראו והשוו בש"פ 4277/98 מדינת ישראל נ' מילאד (לא פורסם, 20.7.1998); בש"פ 8123/98 עיאש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.1.1999) (השופט טובה שטרסברג-כהן); בש"פ ג'אבר, הערה 51 לעיל (השופט יצחק זמיר); בש"פ 991/99 מדינת ישראל נ' קנילסקי (לא פורסם, 17.2.1999) (השופט דורית ביניש); בש"פ 1267/99 מדינת ישראל נ' אבוקסאסה (לא פורסם, 3.3.1999) (השופט יצחק אנגלרד); בש"פ 5128/99 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 1.8.1999) (השופט מנחם אילן); בש"פ 6287/99 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.9.1999) (השופט אליהו מצא); בש"פ 8270/00 מדינת ישראל נ' אביטל (לא פורסם, 16.11.2000) (השופט טובה שטרסברג-כהן); בש"פ 8913/00 דוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.12.2000) (השופט אליעזר ריבלין); בש"פ 9581/00 קקיאשוילי נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 4.1.2001) (השופט אליהו מצא); בש"פ 1918/01 מדינת ישראל נ' אבו כף (לא פורסם, 8.3.2001) (השופט טובה שטרסברג-כהן); בש"פ 2901/01 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.4.2001) (השופט יצחק אנגלרד); בש"פ 4530/01 מדינת ישראל נ' רובין (לא פורסם, 8.6.2001) (השופט דליה דורנר); בש"פ 6476/01 זניד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.8.2001) (השופט אליעזר ריבלין); בש"פ 6853/01 מדינת ישראל נ' אוקנין (לא פורסם, 6.9.2001) (השופט אליהו מצא); בש"פ 8131/01 אבו גרדוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.10.2001) (השופט טובה שטרסברג-כהן). יש לציין כי חלקן של החלטות אלה ניתן על ידי שופטים שהיו שותפים להכרעת הרוב בבש"פ זאדה. אשר לעמדתה של השופטת דורנר בשאלה זו, מחד גיסא היא הדגישה כי אם אין די ראיות לכאורה למעצר אין גם סמכות לקבוע חלופת מעצר הנשענת על עילת מעצר; ראו, למשל, בש"פ אבו ג'ומעה, הערה 64 לעיל ("במקרה שלפניי החליט בית-המשפט המחוזי על חלופת מעצר שתתאים למטרת המעצר, כלומר, תבטיח כי הנאשם לא ימשיך בפעילותו הפלילית. דא עקא שבהיעדר ראיות מספיקות להוכחת האשמה שיוחסה לנאשם – כלומר, שאין די ראיות להוכיח שהנאשם עוסק בפעילות פלילית המסכנת את הציבור – לא היה בית-המשפט מוסמך לעוצרו (סעיף 21א(ב)). ממילא בית-המשפט לא היה מוסמך להגביל את חירותו של הנאשם כתחליף למעצר"); בש"פ 687/99 טורכ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.2.1999); בש"פ אבו אלכאס, הערה 64 לעיל. מאידך גיסא ניתן למצוא כמה החלטות של

עולה על הרף התחתון הנדרש לסמכות המעצר.¹⁰⁸

עם זאת, הדברים אינם חד-משמעיים. אף כי לא ניתן למצוא אמירה מפורשת של שופט בית המשפט העליון השוללת את המגמה להעריך חלופת מעצר בגין חולשת הראיות לכאורה, עדיין אין זה ברור אם עמדה זו מוסכמת על כולם.¹⁰⁹ לא ניתן גם לומר בוודאות שבכל ההחלטות שהוזכרו לעיל – שעל פיהן שוחררו נאשמים לחלופת מעצר

השופט דורנר שבהן שוחררו נאשמים בתנאים שנועדו לקדם את פני מסוכנותם, עקב חולשת הראיות לכאורה, תוך שהוטעם בחלקן כי לצורך כך די בראיות לכאורה כבטענת "אין להשיב לאשמה"; ראו, למשל, בש"פ 4041/97 איסקוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.7.1997) (שחרור ל"מעצר בית" על אף ש"חומר הראיות אינו ודאי איפוא במידה המספקת למעצר"); בש"פ 4388/97 מדינת ישראל נ' אבו גרודר (לא פורסם, 16.7.1997) (שחרור לחלופה "המסירה את החשש כי עלולים הם (=המשיבים) להמשיך בפעילות פלילית", על אף ש"אכן, התשתית הראייתית שהציגה התביעה מספיקה להעברת נטל הבאת הראיות על הנאשם, ובמובן זה קיימות "ראיות לכאורה הדרושות להוכחת האשמה..." ואולם, כידוע, ראיות המספיקות לצורך סעיף 158 לחוק אינן מספיקות למעצר"); בש"פ 5174/99 חאלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 289 (שחרור ל"מעצר בית", על אף ש"גם אם מכלול הראיות שהציגה התביעה עובר את הסף של ראיות לכאורה על-פי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הרי שלא ניתן לייחס להן עוצמה המספקת למעצר עד תום ההליכים"); בש"פ 5199/99 בן גביר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.8.1999) (הגבלת הכניסה לתחומי העיר העתיקה של מי שנאשם כי הפיץ כרוזים באזור זה, בהם נכתבו דברי שבח למעשי אלימות העלולים לגרום למות אדם או לחבלה בו, תוך קביעה כי "להבדיל ממעצר, שמחייב תשתית ראייתית בעוצמה העולה על ראיות לכאורה, על-פי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הרי שלצורך שחרור בערובה בתנאים, די בראיות לכאורה מן הסוג האחרון, שעליהן נאמר כי אף עדות דלה ובסיסית מספיקה להן. נראה לי, כי הראיות שהציגה התביעה וודאי עומדות בדרישה זו").

108 שאלמלא כן, כאמור, אין סמכות להורות אף על חלופת מעצר; ראו הטקסט הסמוך להערה 64 לעיל.

109 ראו דברי השופט מישאל חשין בבש"פ כליב, הערה 6 לעיל. כן ראו והשוו להחלטת המשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים, תא"ל (כתפקידו וכדרגתו אז) מנחם פינקלשטיין, בע"מ/4/99 טור' שרמן נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 10.1.1999), שבה כתב כי "מנוסח הוראת החוק עולה, כי נקטת חלופת המעצר מותנית בקיומן של ראיות לכאורה... החוק אינו מחלק בין ראיות לכאורה 'חזקות' עד כדי מעצר עד תום ההליכים לבין ראיות לכאורה 'חלשות' הטובות 'רק' לשחרור בערובה ולתנאי שחרור. כך גם עולה, לדעתי, מפסק הדין העקרוני בעניין זאדה... מהלכת זאדה משתמעת אפוא הכוונה שלא להכיר – לעניין חלופת מעצר – בסוג חדש של 'ראיות לכאורה', שאינן 'חזקות' דיין. יצירת סוג חדש, כאמור, תביא למצב, שבו יוסמך בית משפט לנקוט דרך ביניים של שימוש בחלופת מעצר באותם מקרים (לא מעטים), שבהם עולים ספיקות בחומר הראיות – ספיקות שאינם שוללים לפי ההלכה המבוססת את קיומן של 'ראיות לכאורה'. בכך נראה, כי תסוכל כוונת חוק המעצרים – כפי שפורשה בהלכת זאדה, לגבי התנאי של 'ראיות לכאורה להוכחת האשמה'". אך ראו ע"מ/24/99 טור' שעבאן נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 24.6.1999), שבו הושארה עמדה זו בצריך עיון; וכן ראו פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים מן העת האחרונה, שבה אומצה הגישה החדשה דלעיל; ראו, למשל, ע"מ/11/02 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בנישו (לא פורסם, 10.4.2002). כן ראו הדברים שכתבתי במאמרי, לוי, הערה 7 לעיל, שם.

לאור חולשת הראיות לכאורה – לא דובר בחולשה ראייתית שאמורה הייתה להביא לשחרור בערובה או אף לשחרור מלא, ולא לשחרור לחלופת מעצר. כמו כן, אין בהחלטות אלה התייחסות מפורשת לשאלות העקרוניות שהעליתי לעיל, כגון אם הרף הנדרש למעצר ממשי הינו רף קבוע או אינדיבידואלי, המשתנה גם בהתאם לעילת המעצר. לפיכך, גם עניין זה טעון ליבון נוסף.

5. המחלוקת אודות בחינת קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר

סוגייה נוספת ונלווית עניינה בחינת קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר. סוגייה זו עוררנה שנויה במחלוקת. למעשה, דעתם בעניין זה של אחדים משופטי בית המשפט העליון לא באה לידי ביטוי בהחלטות המאוחרות לבש"פ זאדה.¹¹⁰ חלק מהשופטים מחזיקים – או נוטים להחזיק – בדעה כי אין לקיומה או לאי-קיומה של תוספת ראייתית כל השפעה על שלב המעצר, וכי אין לבחון זאת בשלב זה. יצוין כי מרבית ההחלטות שבהן באה לידי ביטוי עמדה זו קדמו לבש"פ זאדה,¹¹¹ אך גם אחריו ניתנו כמה החלטות דומות.¹¹² עמדה זו נטמכת, בין היתר, על הקושי בהערכת עצמתה של התוספת הראייתית הנדרשת בטרם בחינת מהימנותה של העדות הטעונה תוספת ראייתית,¹¹³ ועל האפשרות כי התוספת הראייתית הנדרשת תימצא במהלך המשפט – אם בבחירתו של הנאשם שלא להעיד ואם במהלך חקירתו הנגדית, אם יבחר להעיד.¹¹⁴ חלק אחר מהשופטים סבורים – או נוטים לדעה – כי יש לבחון את קיומה של תוספת ראייתית כבר בשלב המעצר,¹¹⁵ אם כי ככל הנראה גם לפי עמדה זו הבחינה היא

110 ראו, למשל, ב"ש 385/86 זכריה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.5.1986) (השופט שושנה נתניהו); בש"פ 599/88 מדואל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.10.1988) (השופט שלמה לוי); בש"פ 3361/90 כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.8.1990) (השופט מיכאל בן-יאיר); בש"פ 4994/91 אסרף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.11.1991) (השופט דב לוי); בש"פ בונפטי, הערה 42 לעיל (השופט דליה דורנר, שלדעתה ההלכה בעניין זה השתנתה לאחר בש"פ זאדה); בש"פ 2311/94 מוסרתי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.4.1994) (השופט מישאל חשין).

111 ראו, למשל, בש"פ 4811/97 משה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 817 (השופט יעקב קדמי); בש"פ 2565/01 מדינת ישראל נ' קובי (לא פורסם, 1.4.2001) (השופט מישאל חשין).

112 "את משקלה של העדות הבסיסית, הטעונה תמיכה, בוחנים בתום הבאת ראיות, ועל-פי בחינה זאת קובעים את מידת התמיכה הנדרשת ואת משקלה. ממילא, בחינה זאת של הראיה התומכת אינה נעשית בשלב המעצר עד תום ההליכים"; בש"פ כהן, הערה 110 לעיל.

113 "סיוע" כאמור, יכול שימצא בפרשת ההגנה ואפשר שיצמח מבחירתו של הנאשם שלא להעיד במשפט; ודי – לשיטתי – בשניים אלה, כדי לתמוך בגישה האמורה"; בש"פ משה, הערה 111 לעיל, בעמ' 823.

114 ראו, למשל, ב"ש 276/86 מדינת ישראל נ' סידה, פ"ד מ(2) 161 (השופט גבריאל כץ); ב"ש 824/86 אדרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.10.1986), בש"פ 70/90 צדוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 250 (השופט יעקב מלץ); בש"פ 2781/94 רז נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.6.1994) (השופט יצחק זמיר); בש"פ רייש, הערה 39 לעיל, (השופט טובה שטרסברג-כהן); בש"פ 2929/95 מדינת ישראל נ' סרחאן (לא פורסם, 16.5.1995) (השופט אליעזר גולדברג);

לכאורית בלבד.¹¹⁵ שופטים אחרים נמנעו מלהביע עמדה במחלוקת זו.¹¹⁶ מחלוקת דומה קיימת גם בספרות המשפטית.¹¹⁷ אפשר שהמחלוקת בשאלה האמורה נובעת, במידה זו או אחרת, מעמדות משפטיות שונות באשר לעצמת הראיות לכאורה הנדרשת לצורך מעצר עד תום ההליכים, או באשר לדרך בחינת הראיות לכאורה ולהערכת הסיכוי הסביר להרשעה; לכך, ולגישה שאותה אני מציע בעניין זה, אשוב ואדרש בהמשך הרשימה.¹¹⁸

6. ראיות בלתי-קבילות וממצאי פוליגרף

השאלה אם ניתן להיעזר בראיות בלתי-קבילות – כגון "עדות שמיעה"¹¹⁹ או ראיות שהושגו בדרך בלתי-כשרה¹²⁰ – כשיקול לעניין המעצר לאחר אישום, נתונה אף היא במחלוקת.¹²¹ המחלוקת מתעוררת בעיקר לגבי ממצאים של בדיקת פוליגרף. מחלוקת זו

בש"פ 4169/95 אדוואשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.7.1995) (השופט גבריאלי בך); בש"פ פתאלי, הערה 47 לעיל (השופטת דליה דורנר). ראו גם ההחלטות הנזכרות בהערה 115 להלן.

115 ראו, למשל, בש"פ 2580/97 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 415; בש"פ 7315/03 אלג'רושי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.9.2003) (השופטת דורית ביניש); בש"פ 7194/97 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 403 (השופטת טובה שטרסברג-כהן); בש"פ זוהר, הערה 25 לעיל (השופט אליהו מצא); ולאחרונה בש"פ 975/04 אברגיל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.2.2004) (השופטת אסתר חיות).

116 ראו, למשל, בש"פ 4061/90 מדינת ישראל נ' אחיעם, פ"ד מד(4) 244 (השופט תיאודור אור); כן ראו הערה 5 לעיל.

117 ראו קדמי, הערה 36 לעיל, בעמ' 197-198 במהדורת תשנ"ז ובעמ' 227 במהדורת תשס"ג, הסבור כי אין בוחנים קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר עד תום ההליכים, וכי זו הדעה הרווחת. מנגד ראו קדמי, שם, בעמ' 197 במהדורת תשס"ג, כי המגמה היא להצביע על ראיית סיוע, במקום שנדרש כזה, בשלב המעצר עד תום ההליכים; כן ראו צבי נה, דיני מעצר ושחרור – חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) א 258 (תש"ס), הכותב כי יש מקום לדעה שקיום התוספת הראייתית ייבדק כבר בשלב המעצר, וכי מסתמן רוב שופטים התומך בדעה זו; כן ראו משה שלגי וצבי כהן, סדר הדין הפלילי 152 (מהדורה שנייה, תשס"א), המציינים כהלכה כי אם נדרש סיוע הוא נדרש גם בשלב המעצר, אלא שדי כי יהיה "לכאורי".

118 ראו במיוחד בפרק 5.1 להלן.

119 אשר לעדות שמיעה יש לציין כי לעתים קיים סיכוי שעד המשפט גופו יהא סיפק להביא את העדות העיקרית, ועדות השמיעה מובאת בשלב המעצר אך באופן זמני; ראו בש"פ 2871/94 פרץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.6.1994); כן ראו והשוו בש"פ 6651/97 מרציאשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.11.1997); בש"פ אלקובי, הערה 105 לעיל; בש"פ אדוואשווילי, הערה 114 לעיל.

120 ראו והשוו ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד לז(2) 738; ב"ש 688/84 מדינת ישראל נ' קורטאם, פ"ד מ(1) 253.

121 להבדיל מההלכה – שאינה שנויה במחלוקת – כי אין מגיעה להסתמך על ראיות בלתי-קבילות, לרבות ממצאי בדיקת פוליגרף, לעניין מעצר לפני אישום; ראו, למשל, בש"פ 6350/97 רוזנשטיין

החלה עוד קודם לתיקון מס' 9 לחסד"פ¹²² והיא עודנה פתוחה,¹²³ שכן בהבדל מראיות בלתי-קבילות אחרות – שפעמים הן שוליות או טפלות – בדיקת הפוליגרף מתייחסת לרוב למהימנות הנאשם, המתלונן או המפליל, ועל כן, אם ניתן להיעזר בה יכולה להיות לה משמעות חשובה. לפיכך אתמקד בשאלה זו.

למעשה, גם ביחס למחלוקת בעניין ממצאי הפוליגרף ניתן להבחין בין שתי גישות. לפי גישה אחת, מכיוון שתוצאה של בדיקת פוליגרף אינה ראייה קבילה במשפט גופו,¹²⁴ לא ניתן להסתמך עליה כאשר לראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום ההליכים; לפי הגישה האחרת, גם בשלב הדיון במעצר לאחר אישום, ניתן להתחשב בממצאים של בדיקת הפוליגרף – אם כי התחשבות מוגבלת לעניין הערכת חומר הראיות לכאורה.¹²⁵ גם לשיטתם של חסידי גישה זו טרם הובהר אימתי יהא ניתן להסתייע בממצאי הפוליגרף בשלב המעצר.

נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.10.1997); ולעניין בדיקת פוליגרף – בג"ץ 732/80 אדיר נ' משטרת ישראל, פ"ד לה(1) 499; בש"פ 2949/91 כיסראוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 221, 223; בש"פ 7063/01 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 289, 294; וראו טעיף 15(1) לחוק המעצרים וכן הערה 213 להלן והטקסט הסמוך לה.

122 ראו, למשל, כ"ש 353/82 חנוך נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 701; בש"פ 358/85 מדינת ישראל נ' זעזורה, פ"ד לט(2) 23.

123 ראו, למשל, בש"פ כיסראוי, הערה 121 לעיל; בש"פ 7836/99 נתן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.1999) ("נכון הוא כי בשלב הדיון במעצר אפשר להתחשב גם בתוצאות בדיקת הפוליגרף; אולם בדרך כלל אין די בבדיקת פוליגרף כשהיא לעצמה, כדי לסתור ראיות לכאורה"); בש"פ מלמד, הערה 121 לעיל, בעמ' 294-295 ("עשויה לעלות טענה לפיה ראוי להחזיר התייחסות לממצאי פוליגרף גם כהליך מעצר עד תום ההליכים כתנאים מתאימים בהינתן העובדה כי חומר ראיות התביעה נכון לאותו שלב הינו היולי בלבד וטרם עמד במבחן העיבוד והליכון הצפוי להיעשות במשפט גופו במסגרת החקירות הנגדיות. בתנאים אלה, אפשר והתייחסות לתוצאות הפוליגרף עשויה לתרום תרומה מסוימת להערכת חומר ראיות ראשוני תוך ייחוס משקל ראוי לנתוני הבדיקה כמתבקש בנסיבות העניין"); בש"פ 7895/01 בורקאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.10.2001) ("כשאני לעצמי, ספק בעיניי אם אומנם בדיקת פוליגרף עשויה לבוא כשיקול לזכותו או לחובתו של נאשם בהקשר בקשה לעצרו עד תום ההליכים... משעולה נושא המעצר לפני בית-משפט, קשה בעיני כי ראייה אשר על-פי הנחת המרצא אינה עשויה להבשיל כלל להייתה ראייה כשרה, כי ראייה מעין-זו יהיה נודע לה משקל בנושא המעצר"); בש"פ 3982/02 מצרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.5.2002) ("נוטה אני לדעה כי ממצאיה של בדיקת פוליגרף אינם בגדר הנתונים שניתן להסתמך עליהם, כאשר נבחנת השאלה בדבר קיומן של ראיות לכאורה לצורכי בקשה למעצר עד תום ההליכים").

124 ראו, למשל, דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטובל, פ"ד נא(2) 1, 7; יעקב קדמי, על הראיות חלק שני 925-927 (מהדורה משולבת ומעורכנת, תשנ"ט) והמקורות הנוספים הנזכרים שם; וראו גם רע"פ 7755/01 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 913, 922; ע"פ 4364/02 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 634, 639.

125 ראו, למשל, בש"פ נתן, הערה 123 לעיל; בש"פ מלמד, הערה 121 לעיל. על הגישה הנגדית ראו, למשל, בש"פ בורקאן ובש"פ מצרי, הערה 123 לעיל, וכן לאחרונה בש"פ 696/04 סביח נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.2004).

אפשר כי גם מחלוקת זו – שכאמור, טרם הוכרעה בפסיקה – משקפת חילוקי דעות מהותיים באשר לדרך בחינת הראיות לכאורה ואף באשר לרף הראייתי הנדרש למעצר. גם לכך אשוב ואדרש בהמשך, בפרק המסקנות.¹²⁶

ד. משפט משווה

1. המשפט האמריקני

כידוע, במשפט האמריקני, זכויותיהם של חשודים ושל נאשמים מוסדרות בחוקה. הרף הראייתי הנדרש למעצר קבוע בתיקון הרביעי לחוקה, שבו נאמר, בין היתר, כי אין לפגוע בחירותו של אדם מבלי שנמצאה לפגיעה זו "עילה סבירה" ("probable cause").¹²⁷ נוסחו של ה-Bail Reform Act of 1984¹²⁸ (להלן בפרק זה: "חוק הערבות"), שבו מוסדרים דיני המעצר הפדרליים בארצות-הברית,¹²⁹ מוביל אף הוא למסקנה כי הזכות לשחרור בערבות היא הכלל, ואילו המעצר עד תום ההליכים הוא חריג הכפוף לתנאים נוקשים.

לפי הוראות חוק הערבות, משקל הראיות נגד נאשם הוא אחד הנתונים שבהם יש להתחשב לעניין המעצר.¹³⁰ עם זאת, הוראות חוק הערבות אינן מציבות במפורש, כתנאי

126 ראו בעיקר בפרק 2.1 להלן.

127 יצוין גם, כי התיקון השישי לחוקה קובע את זכותו של נאשם למשפט מהיר ("speedy trial"). ואילו התיקון השמיני לחוקה קובע שאין להטיל ערובה מופרזת ("excessive bail").

128 18 U.S.C. § 3141-3156 (1988 & Supp. II 1990).

129 עיקר החידוש של חוק זה בהענקת סמכות מפורשת לשופט לשקול את "מסוכנותו" של נאשם לצורך מעצרו. ביסודו של החידוש עמדו בעיקר החשש מפני ריבוי עבירות שמבצעים משוחררים בערבות, וההכרה שיש לתת בידי השופטים כלים נאותים להתמודד עם חשש זה; ראו *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 741-742 (1987); Jack F. Williams, "Process and Prediction: A Return to a Fuzzy Model of Pretrial Detention," 79 *Minn. L. Rev.* 325, 331-332 (1994). זאת, חלף הוראתו של החוק הקודם. Bail Reform Act of 1966, Pub. L. No. 89-465, § 80 Stat. 214 (1966) (18 U.S.C. § 3141-3151 (1982)). שאפשר לשקול רק את החשש כי הנאשם יימלט מן הדין. חידוש זה התבסס על הכרעתו של בית המשפט העליון האמריקני כי "מסוכנות" הינה שיקול חוקתי בהחלטה על מעצר, כאשרו את חוקתיות התיקון לחוק הערבות במחוז קולומביה [District of Columbia Court Reorganization Act of 1970, Pub. L. No. 91-358, § 84 Stat. 473 (1970)] (להלן: "התיקון במחוז קולומביה"). תיקון זה העניק סמכות לשקול את מסוכנותו של הנאשם, וראו *United States v. Edwards*, 430 A.2d 1321 (D.C. 1981). בקשת רשות ערעור נדחתה ב-*Edwards v. United States*, 455 U.S. 1022 (1982). חוקתיותו של חוק הערבות נדונה ואושרה ברוב דעות בפסק הדין בעניין *Salerno*. § 3142 (g)(2). יתר הנתונים הם: (1) אופי העבירה המיוחסת לנאשם, ותאם היא קשורה באלמות או בסמים; (2) עברו הפלילי ומצבו הנפשי של הנאשם; (3) מהות הסיכון שנוצר כתוצאה משחרורו של הנאשם ועצמתו.

לסמכות המעצר, כל רף ראיתי תחתון כי הנאשם אכן ביצע את המיוחס לו.¹³¹ לפיכך, וכפי שנקבע בפסק-דין *Gerstein v. Pugh*¹³² עוד קודם לחקיקת חוק הערבות, בהעדר רף הקבוע במפורש בחוק, הרף הראיתי התחתון שנקבע בחוק הרביעי לחוקה לכל פגיעה בזכויות הנאשם – "העילה הסבירה" – הוא גם הרף הראיתי המינימלי למעצר לפני משפט.

אשר לעצמת הראיות לכאורה, המונח "עילה סבירה" – בדומה למונח "סיכוי סביר" – הוא עמום. בפסק-דין *Gerstein* נאמר כי הדרישה בדבר "עילה סבירה" מתמלאת כשיש די עובדות ונסיבות המביאות אדם זהיר להאמין כי הנאשם ביצע עבירה.¹³³ ניתן להיווכח כי השוני העיקרי בין רף זה לבין רף הסיכוי הסביר שנקבע במשפט הישראלי הוא בכך שהתמקדותו של מבחן זה אינה בסיכויי ההרשעה אלא בסיכוי כי הנאשם אשם.¹³⁴

131 הדרישה כי תימצא "עילה סבירה" קיימת מפורשות בהוראות חוק הערבות רק באשר לחוקת מסוכנות, כשקיימת עילה סבירה להאמין שהנאשם ביצע עבירה סמים או עבירה הקשורה בנשק שהעונש בגינה הוא 10 שנים או יותר (§ 3142 (e)). הרף הראיתי הנדרש לשם הוכחה של היעדר חלופת מעצר מתאימה, לעומת זאת, הינו ראייה "ברורה ומשכנעת" ("clear and convincing") (§ 3142 (f)). בכך שונות הוראותיו של חוק הערבות מהוראות החוקן במחוז קולומביה, הקובעות שהרף הראיתי הנדרש למעצר הינו קיום "סיכוי מהותי" ("substantial probability") שהנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו; רף ראיתי זה פורש כגבוה מרף העילה הסבירה; ראו פסק-דין *Edwards*, הערה 129 לעיל, בעמ' 1339. שינוי מכוון זה נבע מהקושי שעמד לפני התביעה לעמוד ברף הראיתי הגבוה בשלבים המוקדמים של ההליך הפלילי; ראו Albert. W. Alschuler, "Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process," 85 Mich. L. Rev. 510, 518-519, 566-567 (1986); John. B. Jr. Howard, "The Trial of Pretrial Dangerousness: Preventive Detention after United States v. Salerno," 75 Va. L. Rev. 639 (1989) שוליים 169. כן ראו את דברי הוועדה המשפטית של הסנאט בעניין זה: "for good reason the bill does not incorporate, as a precondition of pretrial detention, a finding that there is a 'substantial probability' that the defendant committed the offense for which he is charged," S. Rep. No. 225, 98th Cong., 1st Sess. 18 (1923).

132 420 U.S. 103 (1975).

133 לדברי המלומד אלשולר, לדרישת העילה הסבירה ניתן הפירוש כי די ב"סיכוי סביר" ("fair probability") לאשם או "בסיס מוצק" ("substantial basis") לאמונה שהנאשם אשם; Alschuler, הערה 131 לעיל, בעמ' 559. יצוין, שכאשר נדון רף "העילה הסבירה" הנדרשת להוצאת צו חיפוש, נקבע כי רף זה נמוך אף ממאזן ההסתברויות; ראו *Gramenos v. Jewel Cos.*, 797 F.2d 432, 438 (7th Cir. 1986) ("less than a rule of more-likely-than-not, but how much less depends on the circumstances").

134 יצוין כי הדין בארצות-הברית אינו מכיר ב"מעצר לצורכי חקירה", ולפיכך נאמר בפסק דין *Gerstein*, הערה 132 לעיל, בעמ' 120, כי רף העילה הסבירה הוא הרף הראיתי הנדרש הן להוצאת צו מעצר ראשוני (כמו גם להוצאת צו חיפוש ("search and seizure")), והן להחלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים. משוואה זו בין הרף הראיתי הנדרש להוצאת צו מעצר ראשוני לבין הרף הראיתי הנדרש למעצר עד תום ההליכים, הובילה לדחיית הטענה כי יש לפרש את דרישת

בשלבים הראשונים של ההליך הפלילי, קיומה של עילה סבירה נבחן בעת המעצר הראשוני – על ידי השופט המורה על המעצר או על ידי השוטף המבצע מעצר ללא צו; ובעת הגשת כתב אישום – על ידי תובע או על ידי חבר מושבעים גדול. ההחלטות בשלבים אלה מתקבלות בדרך כלל שלא בנוכחות נאשם; לנאשם אין אפשרות להציג את טיעוניו או להציג ראיות מטעמו; אין לו זכות לעורך-דין וכללי הראיות אינם חלים.¹³⁵ אולם, על אף האופן שבו נבחנות הראיות בהחלטות אלה, נקבע בפסק-דין *Gerstein* כי בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים יכול השופט הדין במעצר להסתפק בכך שהתקבלה בעבר החלטה של שופט על הוצאת צו מעצר ראשוני, או החלטה של חבר מושבעים גדול על הגשת כתב אישום.¹³⁶ – וזאת, אפוא, הפרקטיקה הנוהגת.¹³⁷ להלכה, שמורה לכל נאשם שנעצר הזכות ל"דיון עילה סבירה" ("probable cause hearing")¹³⁸ תוך עשרה ימים מיום מעצרו,¹³⁹ שבו על השופט להשתכנע בקיומה של עילה סבירה.¹⁴⁰ למעשה, "דיון עילה סבירה" מתקיים אך במקרים מעטים במערכת

העילה הסבירה כמעמדה רף ראיתי גבוה יותר; ראו *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983). עם זאת יצוין, כי הפסיקה האמריקנית הכירה בכך שהרף הראיתי הנדרש מתפרש באופנים שונים, בהתאם למהות ההליך ולזכויות האדם הנפגעות בו; ראו *Alschuler*, הערה 131 לעיל, בעמ' 566-565 והמקורות הנזכרים שם.

135 על התובע אף אין חובה להציג בפני חבר המושבעים הגדול ראיות מזכות כלשהן; ראו *Williams*, הערה 129 לעיל, בטקסט הסמוך להערת שוליים 379, המפנה אל *United States v. Williams*, 112 S. Ct. 1735 (1992). יצוין עוד, כי ספק אם חלה על התביעה חובה לגלות לחבר המושבעים הגדול כי החלטתו תשמש בסיס לא רק להגשת כתב אישום אלא גם למעצר; שם, בהערת שוליים 384.

136 פסק-דין *Gerstein*, הערה 132 לעיל, בהערת שוליים 19. זאת, לאור הקביעה כאמור כי אין הכרח של ממש בין הרף הראיתי בהליך המעצר עד תום ההליכים לבין הרף הראיתי הנדרש בהליכים הקודמים. עם זאת יצוין, כי בפסק הדין נקבע שיש צורך בהחלטת גורם שיפוטי אובייקטיבי בדבר קיומה של עילה סבירה, ולכן אין להסתפק בכך שהשוטר שעצר את הנאשם סבר שקיימת עילה סבירה למעצר חשוד, או כי תובע סבר שקיימת עילה סבירה להגשת כתב אישום. מטעם זה נקבע באותו עניין כי החוק של מדינת פלורידה אינו חוקתי, שכן לא הציב חובה לערוך דיון שיפוטי בשאלת קיומה של עילה סבירה למעצר נאשמים עד תום ההליכים, גם כשכתב האישום הוגש על ידי תובע מבלי שקיבל אישור חבר מושבעים גדול.

137 ראו את *Williams*, הערה 129 לעיל, בטקסט הסמוך להערת שוליים 381. להערכת המלומד אלשולר, רק נאשם אחד מתוך תשעה זוכה לריגור בעצמת הראיות לכאורה נגדו בעת ההחלטה על המעצר; *Alschuler*, הערה 131 לעיל, בעמ' 558.

138 הידוע גם כ-"preliminary hearing", "preliminary examination", או "bindover hearing".
139 Wayne. R. LaFave, Jerold. H. Israel & Nancy J. King, *Criminal Procedure* (3d ed., 2000), בעמ' 710.

140 דיון זה אינו נוגע למעצרו של הנאשם דווקא, ומטרתו לבחון אם יש בידי התביעה די ראיות לכאורה להצדקת כתב האישום ולהמשך ההליכים נגד הנאשם. עם זאת, אך מובן שאם יימצא כי הראיות לכאורה שבידי התביעה אינן מקיימות את דרישת העילה הסבירה, יוביל הדבר לכיטול האשמות נגד הנאשם, וכפועל יוצא מכך – לשחרורו המידי מהמעצר. כמו כן, בחלק ממדינות ארצות-הברית משמש לעיתים דיון זה גם לבקשת הקלה בתנאי השחרור בערובה או בסכום הערבות

הפרדלית, וזאת בשל האפשרות העומדת לתובע לעקוף הליך זה על ידי קבלת אישור של חבר מושבעים גדול להגשת כתב האישום, או על ידי קביעת מועד לתחילת המשפט לפני המועד של דיון העילה הסבירה.¹⁴¹

כאשר מתקיים דיון בשאלת הראיות לכאורה בשלב דיון המעצר עד תום ההליכים או בשלב דיון העילה הסבירה, התביעה אינה חייבת להציג בפועל את הראיות לפני השופט או להעיד עדים כלשהם, אף כי נתונה לה האפשרות לעשות כן, ובדרך כלל די בעדות חוקר המעיד על מהלך החקירה. בפסיקה נקבע, כי במקרים רבים די בכך שהתובע יודיע ("proffer") לבית המשפט אילו ראיות ברשותו ואילו ראיות הוא מתכוון להציג במהלך המשפט, ואם כך יעשה – אין בידי הנאשם אפשרות לזמן עדים לחקירה נגדית.¹⁴² עם זאת, בית המשפט נדרש להתחשב גם בשאלת מהימנותה של העדות, ויש לקבוע בכל מקרה ומקרה אם לקבל את דבריו של תובע או חוקר באשר לעדות מסוימת, על אף שהם מהווים למעשה עדות שמועה, או אם לייחס להם משקל.¹⁴³

יצוין עוד, כי מנוסחו של חוק הערבות עולה שעצמת הראיות לכאורה הינה אחד הנתונים שבהם יש להתחשב לצורך ההחלטה בדבר מעצרו של נאשם עד תום ההליכים, והיא משוקללת, בין היתר, עם סוג הסיכון הנובע מהנאשם ועם עוצמתו של סיכון זה. עם זאת, אופי הדיון בקיומה של עילה סבירה, עם הוצאת צו המעצר הראשוני או עם החלטה של חבר מושבעים גדול על הגשת כתב אישום, וההסתמכות על ההכרעות בדיונים הקודמים גם בדיון בדבר מעצר עד תום ההליכים – מביאים לכך שבחינת הראיות לכאורה נעשית במקרים רבים באופן שטחי בלבד. על הלכה זו נמתחה בארצות-הברית ביקורת רבה.¹⁴⁴

שנקבעו קודם לכן, בטרם היה סיפק בידי השופט להתוודע אל עובדות המקרה הקונקרטי; שם, בעמ' 708. מנגד, אם יימצא שקיימת עילה סבירה ויש להמשיך במשפט, יישאר הנאשם במעצר עד תום ההליכים מבלי שתידון פעם נוספת שאלת מעצרו.

שם, בעמ' 710.

ראו Thomas E. Scott, "Pretrial Detention under the Bail Reform Act of 1984: an Empirical Analysis," 27 *Am. Crim. L. Rev.* 1, 34-36 (1989); Michael Harwin, "Detaining for Danger under the Bail Reform Act of 1984: Paradoxes of Procedure and Proof," 35 *Ariz. L. Rev.* 1091, 1099-1103 (1993).

נדרשות ראיות שאדם זהיר סומך עליהן בהחלטות חשובות; ראו W. R. LaFave, J. H. King, *Criminal Procedure* 4 747 (1999). כאמור, ניתן להעיד את העד עצמו בשלב המעצר.

לדעת וויליאמס הלכה זו אינה ראויה, ופרשנות חוק הערבות מחייבת כי יתקיים דיון בפני השופט הדין במעצר בדבר עצמת הראיות לכאורה, וכי לא יהיה באפשרותו להסתמך על החלטת חבר מושבעים גדול בדבר הגשת כתב אישום: Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 381-383. גם ההסתפקות של בית המשפט ב"הודעת תובע" בדבר חומר הראיות שברשותו ("proffer") ספגה ביקורת רבה. לדברי הרוזין, כתוצאה מהצגת העדויות בדרך זו, וכתוצאה מכך שהחלטת חבר מושבעים גדול מספיקה במקרים מסוימים להקמת עילה סבירה, כמו גם חזקת מסוכנות, הרי שבמקרים רבים החלטת המעצר נסמכת על ראיות רופפות ולא מדויקות. לדבריו, בפועל די להביעה

במדינות של ארצות-הברית דיני המעצר שונים במידה זו או אחרת מהוראות החוק הפדרלי, ורף הראיות לכאורה למעצר במדינות השונות, כשהוא נדרש, אינו אחיד: הוא נע בין קיום "עילה סבירה" לבין "סיכוי מהותי" להרשעה, ומגיע אף לרף גבוה מזה בחלק מן המדינות.¹⁴⁵ גם אופיו של דיון העילה הסבירה משתנה בין

לטעון במשך חמש דקות כי בידיה ראיות שהנאשם אשם בפשע מאורגן, והדרך היחידה העומדת בפני הנאשם להימנע ממעצר תהא לשכנע את השופט כבר בשלב זה כי לא ביצע את העבירה המיוחסת לו; Harwin, הערה 142 לעיל, בעמ' 1110-1117, והדוגמאות המובאות שם. לדעתו, התוצאה היא שמעצרו של מי שנאשם בעבירות מסוימות הוא למעשה "אוטומטי", מבלי להתחשב בטענותיו, ומעצר מעין זה אינו חוקתי. לפי הפתרון שהוא מציע על התביעה להציג את הראיות עצמן, מלבד במקרים נדירים כגון כשיש חשש לביטחון העדים. בעמדה דומה מחזיק סקוט, הסבור שבכל מקרה שבו הצגת הראיות בדרך האמורה מגלה מחלוקת מהותית בין הצדדים, על השופט לדרוש את יישוב המחלוקת באמצעות עדות ראשית וחקירה נגדית (מלבד במקרים נדירים, כאמור). לדעתו, ראוי לשקול מחדש את האפשרות כי "חזקת המסוכנות" לא תבוסס על ראיות שהוצגו בדרך זו. כפי שציין סקוט, הצגת הראיות בדרך האמורה אושרה ככלל בפסיקה, והיא נפוצה מאוד בשל קיצור משך הדיון הנגזר ממנה וההקלה על עומס העבודה הרב. עם זאת, לדבריו, קיימת מחלוקת עקרונית אם נתונה לתביעה הזכות להסתפק בהודעה בדבר העדויות שהיא מתעתדת להציג מבלי להציגן, או שמא זכות זו נתונה לנאשם בלבד. לדעתו, על רקע מחלוקת זו ניתן לבחון מחדש את האפשרות להסתפק בהצגת ראיות בדרך זו; Scott, הערה 142 לעיל, שם.

לדעתי, מכל האמור לעיל ניתן להיווכח כי ההליך לבחינת הראיות לכאורה במשפט האמריקני אינו מהווה הגנה ממשית מפני האפשרות של פגיעת-שווא בזכויות נאשם עקב מעצרו עד תום ההליכים. עם זאת יש לזכור, כי המשפט האמריקני מציב כמה מנגנוני הגנה נוספים בפני מעצר נאשם: ראשית, היקפה של חזקת המסוכנות מצומצם באופן יחסי (e) § 3142 (חוק הערבות). פירושו של דבר הוא שכאשר נאשם מואשם בעבירה המקימה חזקת מסוכנות במשפט הישראלי אך אינה מקימה חזקה דומה במשפט האמריקני, תהא על התביעה בארצות-הברית חובה להביא ראיות נוספות ל"מסוכנות" הנאשם אם תבקש את מעצרו בגין עילה זו; שנית, שלילתה של חלופת מעצר אפשרית רק כשיש ראיות "ברורות ומשכנעות" שאין כל צירוף אחר של תנאים שיביטיח באופן סביר כי הנאשם לא ימלט מן הדין ולא יסכן את הציבור (f) § 3142; ושלישית, משך המשפט הפלילי מוגבל באופן משמעותי על ידי ה-Speedy Trial Act, 18 U.S.C. § 3161-3174 (1988 & Supp. II 1990) לפרק זמן מרבי של 90 יום. עם זאת יצוין כי בחוק נקבעו חריגים רבים העוזרים את מרוץ 90 הימים, וכתוצאה מכך במקרים מסוימים מגיע משך המעצר עד לשלושה או אף לחמישה מונים מהתקופה האמורה; ראו Floralynn Einesman, "How Long Is Too Long? When Pretrial Detention Violates Due Process," 60 Tenn. L. Rev. 1 (1992). מכל מקום, קיומם של מנגנוני הגנה אלה, המקטינים את החשש מפני מעצר ממושך – שבסופו ההליך עלול להתברר כי היה לשווא – מפצה במידה מסוימת על הדרך שבה נבחנות הראיות לכאורה.

145 בכמחצית מהמדינות אין מגיעה שנאשם ייעצר על סמך עילת המסוכנות; ראו LaFave, Israel & king, הערה 143 לעיל, בעמ' 766 ואילך. בתשע מהמדינות אין זכות חוקתית לשחרור בערבות, למעט האיסור על ערבות מוגזמת; שם, בהערת שוליים 30; וב-17 מהמדינות מעוגנת בחוקה הזכות לשחרור בערבות, למעט חריגים; שם, בהערת שוליים 36. בחלק מהמדינות אין למעשה כל דרישה מובנית לרף ראייתי כלשהו כתנאי לסמכות; לפי החוק בהוואי, למשל, די בכך שהאישום הוא בעבירה חמורה ושקיים סיכון רציני כי הנאשם ימלט מן הדין או יסכן ביטחון של אדם או את ביטחון החברה; HAW. REV. STAT. § 804-3 (1985 & Supp. 1987). לפי החוק בוירג'יניה, אין כל רף סמכות חתון למעצר למעט "עילה סבירה" כי הנאשם ימלט מן הדין או כי שחרורו

VA. CODE. ANN. § 19.2-120 (1983 & Supp. 1988). החוק בג'ורג'יה משאיר הלכה למעשה עניין זה לשיקול דעתו של השופט; Michael. W. Youtt, GA. CODE. ANN. § 17-6-1(a)-c(2) (1986). יצוין, כי לדעת יוט (Michael. W. Youtt, "The Effect of *Salerno v. United States* on the Use of State Preventive Detention Legislation: A New Definition of Due Process," 22 *Ga. L. Rev.* 905 (1988)), בעקבות פסק-דין *Salerno*, חוק מדינתי שאינו מציב לפחות את קיומה של עילה סבירה כתנאי למעצר אינו חוקתי. יש לציין, עם זאת, כי גם במדינות אלה ייבחן קיומה של עילה סבירה במסגרת דיון עילה סבירה. בחלק אחר מהמדינות נדרשת עילה סבירה, בדומה לחוק הפדרלי, ואילו במחוז קולומביה נדרש, כאמור, "סיכוי מהותי" להרשעה. בחוקות של יתר המדינות בארצות-הברית מצויה ההוראה, שהייתה מקובלת בעבר, ולפיה כל נאשם זכאי לשחרור בערבות לפני משפט מלבד בפשעים שדינם מוות (בחלק מהמדינות אלה הורחב החריג גם לפשעים שדינם היה בעבר מוות וכיום דינם מאסר עולם, או לפשעים הנכללים ברשימה סגורה של עבירות חמורות במיוחד; ראו LaFave, Israel & King, הערה 143 לעיל, בהערות שוליים 33-35 ובטקסט שם), כאשר "ההוכחה ברורה על פניה או ההנחה גדולה" ("the proof is evident, or the presumption great") (שם, בעמ' 767). העילה היחידה למעצר בגין יתר העבירות היא החשש כי הנאשם יימלט מן הדין. דרך הדיון בשאלת המעצר במדינות אלה משתנה בהתאם לסוג העבירה; כאשר מדובר בעבירה שניתן לשלול בגינה שחרור בערבות, מתקיים דיון בעצמת הראיות לכאורה ובסיכויי ההרשעה. בשלב זה אין די בכך שחבר מושבעים גדול אישר הגשת כתב אישום, והתביעה נדרשת להציג ראיות לקיום של סיכויי הרשעה כנדרש – שם, בעמ' 795-797; Jeffrey A. Thaler, "Punishing the Innocent: the Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial," 1978 *Wis. L. Rev.* 441, 445-446 (1978). לרף הראייתי האמור (כאשר "ההוכחה ברורה על פניה או ההנחה גדולה") ניתנה פרשנות שונה במדינות שונות; בניו-ג'רזי נקבע כי יש צורך ב"סיכוי סביר" ("fair likelihood") להרשעה בעבירה החמורה; *State v. Konigsberg*, 164 A.2d 740, 745 (1960); בטקסס נקבע כי נדרשת "אינדיקציה חזקה" ("strongly indicates") לכך שהנאשם יורשע ויגזר עליו דין מוות; *Ex Parte Wilson*, 527 S.W.2d 310, 311 (1975); ואילו באיווה נקבע כי יש צורך ב"ראיות חזקות ברורות ומשכנעות" ("strong, clear and convincing"), ה"שוללות כל סיכוי סביר" ("exclude all reasonable probability") לתוצאה אחרת; *Ford v. Dilley*, 156 N.W. 513, 532 (1916). ניתן להיווכח שכל המבחנים האמורים מתייחסים מפורשות אל סיכויי ההרשעה. כמו כן, אין די ב"הודעת" התביעה בדבר הראיות שבכוונתה להציג: בשלב זה, ובכל מקרה ומקרה יש לקבוע עד כמה ניתן לסמוך על ראייה זו או אחרת. בעבירות אחרות, ככלל אין מתקיים דיון בשאלת סיכויי ההרשעה, אם כי עצמת הראיות לכאורה הינה אחד השיקולים לעניין קביעת שיעור הערבות הנדרשת; Thaler, שם, בעמ' 446-448. לדבריו, כתוצאה מהיעדרו של דיון בסיכויי ההרשעה בעבירות אלה, דווקא נאשם בעבירות פחות חמורות עלול להיוותר במעצר בשל חוסר-יכולתו להפקיד את סכום הערבות שנקבע, אף אם הסיכוי כי יורשע אינו גבוה. כמו כן, לדבריו, גם במדינות בארצות-הברית שבהן החוק אינו מסמך לשקול את מסוכנותו של הנאשם בקביעת הסכום לשחרורו בערבות, עלולים חלק מהשופטים לקבוע סכום ערבות גבוה במטרה שנאשם – שלדעתם הינו מסוכן – יוותר במעצר, וזאת, כאמור, מבלי שנערך דיון בסיכויי הרשעתו.

146 LaFave, Israel & King, הערה 139 לעיל, בעמ' 703-728. במרבית המדינות הרף הנדרש הוא רף העילה הסבירה. יש שלוש גישות כאשר לדרך יישומו של רף זה: הראשונה מתמקדת בכך שרף

2. המשפט הקנדי

בקנדה, הזכות לשחרור בערובה מעוגנת בסעיף 11(e) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות.¹⁴⁷ הקובע כי אין למנוע שחרור בערובה בשיעור סביר, ללא עילה מוצדקת ("just cause"). הקוד הפלילי הקנדי משנת 1985 (להלן: "הקוד הפלילי") קובע כי עצמת הראיות נגד הנאשם היא נתון רלבנטי לעניין החלטת המעצר, ובמיוחד ככל שהן מעידות על סיכויי הרשעתו.¹⁴⁸ עם זאת, אין הוא קובע במפורש רף ראייתי תחתון כלשהו כתנאי למעצר. למעשה, שאלת הרף הראייתי המינימלי הנדרש למעצר כמעט לא זכתה להתייחסות בפסיקה הקנדית, המסתייגת מהאפשרות שעצמת הראיות לכאורה תשמש שיקול רלבנטי לצורך מעצר נאשם בגין "מסוכנותו"; זאת, בהתחשב בתפקיד שמילאה עצמת הראיות לכאורה בהחלטות מעצר בעבר.¹⁴⁹

זה נמוך משמעותית מרף ההוכחה מעבר לכל ספק סביר; השנייה מתמקדת בסוג הראיות הנדרש, ולפיה די בכך שיוצגו ראיות בסיסיות שאדם סביר יכול להסיק מהן שהתמלאו כל רכיבי העבירה; ואילו השלישית משווה בין הרף הנדרש למעצר ראשוני לרף הנדרש כהלך זה, והיינו: די כי יהיו ראיות שיביאו אדם סביר להאמין כי בוצע פשע וכי הנאשם הוא שביצע אותו; שם, בעמ' 714-715. בחלק מהמדינות הרף הנדרש בשלב זה זהה לרף הנדרש להעברת הכרעת הדין אל המושבעים, דהיינו: ראיות שלאורן החלטת מושבעים בדבר הרשעה אינה בלתי-סבירה; שם, בעמ' 715. במיעוט המדינות מתקיים מעין "מיני משפט" שבו התביעה מוגבלת ככלל להצגת ראיות קבילות וההגנה רשאית לפרוס את מלוא הראיות מטעמה; שם, בעמ' 715-716. הרף הראייתי במדינות אלה אינו גבוה מאשר במדינות אחרות, אך יישומו בפועל מושפע מיכולתו של השופט להעריך באופן עצמאי את מהימנותם של העדים. יצוין, כי כל בתי המשפט הכירו בסמכותו של השופט הדין במעצר להתחשב בשיקולי מהימנות הראיות, אך היקפו של שיקול דעת זה נתון במחלוקת; במדינות שבהן מתקיים "מיני משפט" ניתן שיקול דעת רחב לשופט להתחשב בשיקולי מהימנות, ואילו ביתר המדינות נקבע כי מהימנות הראיות היא שאלה הנתונה להכרעת המושבעים, ואל לו לשופט להתערב ולהכריע בה, למעט במקרים חריגים; שם, בעמ' 716-717. סוגייה נוספת שעשויה להיות לה השפעה רבה היא האפשרות העומדת בפני תובע לעקוף את דיון העילה הסבירה, בדומה לאפשרות הקיימת במערכת הפדרלית. יצוין כי במדינת קליפורניה הכריע בית המשפט שהדיון האדברסרי בדיון העילה הסבירה חיוני לשמירה מרבית על זכויות הנאשם, ולכן נפסק כי ניסיון לעשות שימוש באישור של חבר מושבעים גדול כדי לעקוף את דיון העילה הסבירה אינו חוקתי. יתר בתי המשפט קבעו, ככלל, כי מדובר בהחלטה הנתונה לשיקול הדעת של התביעה ובית המשפט לא יתערב בה (אלא אם ההחלטה מבוססת על טעמים פסולים, דוגמת הפליה פסולה); שם, בעמ' 710-713.

Can. Const. (Constitution Act, 1982) pt. I (Canadian Charter of Rights and Freedoms) R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44 147

Canadian Criminal Code, R.S.C., ch. C-46, § 518(1)(c) (1985) 148

עילות המעצר שנקבעו בקוד הפלילי (שם, § 515(10) הן, ראשית, החשש כי הנאשם ימלט מן הדין, ושנית, הצורך להגן על "טובת הציבור" (public interest) או על ביטחון הציבור. אין חולק במשפט הקנדי כי עצמת הראיות לכאורה היא שיקול רלבנטי לעניין מעצר בגין החשש מהימלטות מן הדין. שכן, ככל שהסיכוי להרשעת נאשם גבוה יותר כך סביר יותר להניח כי יבקש להימלט מאימת הדין. ראו Gary T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* 84-85 (1992). כך פורש שיקול זה במשפט המקובל; ראו להלן בפרק 3. עם זאת, הקשר שבין עצמת הראיות

בפסק-דין *R. v. Pearson* נקבע כי אין לעצור נאשם מבלי שיהיו נגדו ראיות המקימות "סודות סבירים" ("reasonable grounds") לביסוס האשמה.¹⁵⁰ כמו כן, יש בסיס לדעה כי "חולשת הראיות" עשויה להיות שיקול רלבנטי לטובת נאשם בהחלטה שלא לעצרו.¹⁵¹

אשר לאופן בחינת הראיות בדיון המעצר, הקוד הפלילי מאפשר, ככלל, לקבל כל ראיה רלבנטית, ובלבד שהיא "ראויה לאמון" ("Credible or Trustworthy").¹⁵² בדרך

לכאורה לבין מעצר בגין טובת הציבור או ביטחון הציבור שנוי במחלוקת; ראו *Trotter*, שם, בעמ' 101-97. בכמה החלטות מעצר שניתנו בעבר באה לידי ביטוי העמדה, כי עצמת הראיות וסיבויי ההרשעה מקימים עילת מעצר העומדת בפני עצמה, הנובעת מ"טובת הציבור". עמדה זו התבססה על החשש מפני פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט, אם ישוחרר נאשם שניתן להניח כי יורשע: שם, בטקסט הסמוך להצעת שוליים 66, ובמקורות הנזכרים שם. ניתן להבחין כי עילה זו דומה במהותה לעילה של "חומרת העבירה" שהייתה מקובלת בשעתה במשפט הישראלי, אלא שהיא מתמקדת בעצמת הראיות לכאורה חלק ההתמקדות בחומרת העבירות המיוחסות לנאשם. (השוו חיה זנדברג, "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?", משפטים לא 323, 328-329 (תשס"א); לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 246). מנגד, בכמה החלטות נקבע כי עצמת הראיות לכאורה רלבנטית אך ורק למעצר בגין חשש מפני הימלטות מן הדין, וכי ההתחשבות בכך לעניין מעצר בגין עילה אחרת נוגדת את חזקת החפות. ראו שם, בעמ' 99-100. עם זאת נקבע, כי עצמת הראיות היא שיקול רלבנטי גם במעצר בגין "טובת הציבור", אולם, רק כשיקול אחד מיני אחדים – שם, בעמ' 100-101. יצוין, כי בשנת 1992 פסל בית המשפט הקנדי בפסק-דין *R. v. Morales*, את עילת המעצר של "טובת הציבור" כבלתי-חוקתית: 3 S.C.R. 711 [1992]; נקבע כי הפסקה בדבר "טובת הציבור" סותרת את סעיף 11(e) האמור, מכיוון שהיא עמומה ולא מדויקת מכדי שניתן יהיה להסתמך עליה בהחלטה שיפוטית. יצוין כי באותו פסק דין אושרה בדעת רוב חוקתיותה של עילת המעצר של "ביטחון הציבור". כפרעל יוצא מכך, נשללה הסמכות להתחשב במסגרת החלטת המעצר בפגיעה העשויה להיגרם לאמון הציבור במערכת המשפט כתוצאה משהחרור נאשם שקיימות נגדו ראיות לכאורה בעצמה רבה. לאור הכרעה זו תוקנו עילות המעצר בחוק, והוספה להן עילת מעצר שלישית – "כל סיבה מוצדקת, לרבות שמירת האמון במערכת הצדק": *Criminal Law Improvement Act, S.C., ch. 18* (1997). עילת מעצר זו מבוססת על מכלול נסיבות המקרה, וביניהן עצמת הראיות (the apparent strength of the prosecution's case), טיב האשמות, והאפשרות כי ייגזר על הנאשם מאסר ממושך. עילה שלישית זו נדונה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון הקנדי בפסק הדין *R. v. Hall* [2002] S.C.R. 64, שבו הוחלט – ברוב דעות של חמישה שופטים נגד ארבעה – כי העילה של "שמירת האמון במערכת הצדק" הינה חוקתית ותקפה, אך לא כן העילה בדבר "כל סיבה מוצדקת", בשל כלליות-היתר שלה.

150 663, 668 3 S.C.R. [1992]. כן הובהר כי רף זה נמוך מהרף של הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

151 וזאת, בלא תלות באישומים המיוחסים לו; ראו *Trotter*, הערה 149 לעיל, בעמ' 99. כאמור, לאור הקשר בין עצמת הראיות לכאורה לבין עילת המעצר בגין מסוכנות, השנויה במחלוקת, מסתייגים המלומדים (שם, בעמ' 101-97; *Tim Quigley, Procedure in Canadian Criminal Law* (1997) 201-202) והפסיקה הקנדיים משאלת היחס בין עצמת הראיות לכאורה לבין מעצר בגין עילה זו, ושיקול זה נתפס, ככלל, כבלתי-רלבנטי לעניין מעצר לפי העילה האמורה.

152 § 518(1)(e).

כלל סוקר התובע על פה את הראיות בתיק.¹⁵³ אם מתעוררת מחלוקת עובדתית בין הצדדים, ניתן במקרים רבים לפתור אותה בשמיעת עדותו של החוקר המטפל בתיק. קיימות כמה גישות בפסיקה באשר לדרך הנכונה בה יש לנקוט כשלא ניתן לפתור את המחלוקת בדרך האמורה: לפי גישה אחת, לא ניתן לקבל עדות השנויה במחלוקת מבלי שניתנה לנאשם אפשרות לחקירה נגדית;¹⁵⁴ לפי גישה נוגדת, דברי התובע הם ככלל ראיה "ראויה לאמון" בפני עצמה, ולפיכך ניתן לבסס עליהם כשלעצמם החלטת מעצר.¹⁵⁵ גישת ביניים גורסת כי מחד גיסא יש מקום לחקירה ראשית ולחקירה נגדית של עדים בשלב המעצר במקרה של מחלוקת עובדתית מהותית בנושא מרכזי, אך מאידך גיסא אין להפוך את דיון המעצר למעין "קדם-משפט".¹⁵⁶ יצוין עוד, כי לפי הקוד הפלילי הנאשם רשאי להעיד מיוזמתו ולהציג את גרסתו לאירועים במסגרת דיון המעצר, ומשעשה כן הוא נתון גם לחקירה נגדית.¹⁵⁷

3. המשפט האנגלי

במשפט האנגלי – שבו, כידוע, אין חוקה או חוקי יסוד – קובע ה-Bail Act 1976¹⁵⁸ (להלן: "חוק הערבות האנגלי") כי נאשם שנעצר על ידי המשטרה והוגש נגדו כתב אישום – יוחזק במהלך מעצרו ב-Remand; ה-Remand יכול שיהא במעצר (Custody) או בשחרור בערובה (Bail). שחרור בערובה יכול שיהא מותנה (Conditional Bail) או ללא תנאי (Unconditional Bail), ועל הנאשם מוטלת חובה להתייצב למשפטו במועד ובמקום שייקבעו (סעיף 3 לחוק הערבות האנגלי).

סעיף 4 לחוק הערבות האנגלי קובע, ככלל, שנאשם זכאי להשתחרר בערובה, למעט לפי ההוראות שבתוספת 1 לחוק (להלן: "התוספת"). על פי סעיף 2 לתוספת, לא ישתחרר נאשם בערובה אם שוכנע בית המשפט שקיים בסיס מהותי להאמין

153 ראו Trotter, הערה 149 לעיל, בעמ' 148-146, Quigley, הערה 15 לעיל, בעמ' 198-199.

154 Trotter, שם, בעמ' 148-145.

155 שם.

156 Trotter, שם, בעמ' 148-149. הדוגמה הניתנת ליישומה של דרך ביניים זו היא כי על בית המשפט להימנע בדרך כלל מלזמן לעדות קורבן של עבירת מין, למשל. מנגד, כאשר אמינות העדות שנבנתה מפוקפקת (למשל, כשמדובר בעד נוגע בדבר, במודיע משטרה, בשותף לעבירה, בעד בעל אופי מפוקפק וכיוצא באלה), אין להסתפק בעדותו של החוקר שגבה את העדות אלא יש להעמיד את העד לחקירה נגדית או, לחלופין, לייחס משקל נמוך לעדות במסגרת ההחלטה על המעצר.

157 § 518(1)(b). בעבר קבע החוק כי הנאשם אינו רשאי להעיד בדיון המעצר, אולם נקבע כי יש בכך כדי לפגוע בזכויותיו של הנאשם המבקש להציג את גרסתו לאירועים; ראו Trotter, הערה 149 לעיל, בעמ' 151-154, Quigley, הערה 151 לעיל, בעמ' 199-200.

158 Bail Act 1976, ch. 63. וכן ראו Human Rights Act 1998, ch. 42, אשר אימץ חלק מהוראות האמנה האירופית בדבר השמירה על זכויות האדם וחירויות היסוד, לרבות הוראות הפרק החמישי באמנה; על כך ראו הערות 163-165 להלן והטקסט הסמוך להן.

(substantial grounds for believing) כי אם ישוחרר בערובה הוא יימלט מהדין, יבצע עבירה נוספת בעת השחרור בערובה¹⁵⁹ או ישבש מהלכי משפט. כמו כן, לא ישוחרר נאשם בערובה אם העבירה לכאורה בוצעה בתקופת היותו משוחרר בערובה בגין עבירה אחרת (סעיף 2A לתוספת).

סעיף 9 לתוספת קובע כי לצורך קבלת ההחלטה אם אין לשחרר נאשם בערובה לפי סעיפים 2 ו-2A לתוספת, על בית המשפט להביא במניין שיקוליו – נוסף על מהות העבירה, על חומרתה ועל אופיו ועברו של הנאשם – גם את עצמת הראיות (the evidence strength of) המעידות על ביצוע העבירה,¹⁶⁰ וכל שיקול רלבנטי אחר. המבחן המכריע לעניין עצמת הראיות בשלב המעצר הוא מבחן הסיכוי להרשעה. בשלב הדיון במעצר על בית המשפט להעריך את עצמת הראיות, ובמקרים בהם אפשר לזהות חולשה של הראיות, הנטייה תהא שלא לקבוע כי מתקיים חריג לכלל בדבר שחרור בערובה. עם זאת, יש לאון בין נטייה זו לבין חומרת הסיכונים הנשקפים משחרורו של הנאשם בערובה.¹⁶¹

למעשה, עצמת הראיות לכאורה שימשה נתון רלבנטי בהחלטת מעצר גם על פי המשפט המקובל, והיא יושמה בעבר במרבית מדינות המשפט המקובל ובהן קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד. להלכה, חשיבותו של נתון זה נובעת מהחשש שהנאשם יבקש להימלט מן הדין, חשש הגובר ככל שהסיכוי שיורשע ממשי יותר; אולם, בפועל, עצמת הראיות לכאורה עשויה להשפיע על שיקולי השופט הדין במעצר גם בגין עילה אחרת, זולת הימלטות מהדין. כך, גם בעילה שכזו, הוא עשוי להכריע שאין זה צודק להשאיר

159 חשש זה אינו מוגבל לעבירות חמורות או לעבירות המסכנות את ביטחונו של אדם או את ביטחון הציבור דווקא; ראו Nicola Padfield, "The Right to Bail: A Canadian Perspective," *Crim. L. Rev.*, 510, 513-514 (1993). יצוין, כי אחת ממטרות חקיקתו של חוק הערבות הייתה ליצור "חוקת שחרור בערבות" למניעת מעצר בגין עבירות קלות; ראו Kurt X. Metzmeier, "Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, England, Canada and Other Common Law Nations," 8 *Pace Int'l L. Rev.* 399 (1996) בפרק IV.

160 כפי שציין קור וולכובר בספרם, Neil Corre & David Wolchover, *Bail in Criminal Proceedings* 30 (1999), בבחינת עצמת הראיות צפוי בית המשפט להתחשב, בין היתר, גם בנתונים הבאים: (1) האם נטען כי הנאשם הודה; (2) האם יש בעיית זיהוי; (3) האם יש ראיות מדעיות הקושרות את הנאשם לעבירה; (4) האם הנאשם נתפס בעת ביצוע העבירה או לאחר חקירה; (5) האם העדים מהימנים, או האם הם צפויים להיות עוינים.

161 ראו: The Magistrates' Courts Criminal Practice 2000 (David Brewer Editor, 2000), John Sprack, Part I, Procedural Guidelines to Bail Act 1976, Pt. 1, para 9(d); והשוו: John Sprack, *Criminal Evidence and Procedure: The Essential Framework* 199 (2d ed., 1999); Emmins on Criminal Procedure 88 (7th ed., 1997); Stephen Seabrooke & John Sprack, *Criminal Evidence and Procedure: The Essential Framework* 199 (2d ed., 1999).

נאשם במעצר אם "סביר כי יזוכה בסופו של דבר".¹⁶²

4. המשפט הקונטיננטלי

הפרק החמישי באמנה האירופית בדבר השמירה על זכויות האדם וחירויות היסוד¹⁶³ עוסק בזכות לחירות, וקובע מהם התנאים להגבלתה. סעיף 1(c) לפרק זה באמנה קובע כי ניתן לעצור אדם במטרה להביאו בפני הרשויות השיפוטיות אם קיים "חשד סביר" ("reasonable suspicion") שבוצעה עבירה, או אם המעצר נדרש באופן סביר למניעת ביצוע עבירה או למניעה של הימלטות לאחר ביצוע עבירה.¹⁶⁴ יצוין עוד, כי סעיף 3 לפרק האמור באמנה קובע שמי שנעצר יהא זכאי למשפט תוך זמן סביר או לשחרור קודם משפטו בתנאים המיועדים להבטיח את התייצבותו למשפט. אמנה זו הינה בעלת עדיפות נורמטיבית על פני החוקים הפנימיים של מדינות רבות באירופה.¹⁶⁵ לפיכך, התנאים שנקבעו בה הם הרף התחתון לסמכויות המעצר על פי חוק. רף "החשד הסביר" האמור הוא הרף הנדרש למעצר ראשוני,¹⁶⁶ אך עם התקדמות החקירה ואישושו או הפרכתו של חשד זה לא יהיה בו בהכרח די להמשך המעצר.¹⁶⁷

162 Metzmeier, הערה 159 לעיל, בפרק II ובפרק IV. כן ראו Corre & Wolchover, הערה 160 לעיל, שם; Seabrooke & Sprack, שם.

163 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

164 רשימה זו של עילות אינה רשימה סגורה, והפסיקה הכירה בעילות מעצר נוספות, ובעיקר בחשש מפני פגיעות שונות בהליך השיפוטי. יצוין עוד כי מנוסח הסעיף עולה לכאורה שכאשר המעצר נועד למניעת ביצוע עבירות נוספות או למניעת הימלטות הנאשם, אין צורך ב"חשד סביר" למעצרו, אך הפרשנות שניתנת לסעיף היא כי בכל מקרה יש צורך ב"חשד סביר"; ראו Francis G. Jacobs & Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights* 85 (2d ed., 1996); Pieter van Dijk & Godefridus J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 355-356 (3d ed., 1998).

165 ראו Nathalie Gadola-Duerler & Jennifer E. Payne, "The Different Interdependencies and Connections in Criminal Procedure Law, Specifically Between Pretrial Detention and Bail From a Civil and a Common Law Point of View: A Swiss and American Comparative Law Analysis," 3 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 205, 206 (1996) וכן ראו הערה 158 לעיל.

166 רף זה פורש כך שיש די עדויות וראיות שישכנעו משקיף אובייקטיבי כי ייתכן שהחשוד ביצע עבירה; ראו van Dijk & van Hoof, הערה 164 לעיל, בעמ' 357. לא די ב"חשד סתם" או באמונה סובייקטיבית באשמת הנאשם, אך אין צורך שכבר בראשית החקירה יהיו די ראיות שיספיקו להגשת כתב אישום או לסתירת חזקת החפות; ראו Jacobs & White, הערה 164 לעיל, בעמ' 86; Mark W. Janis, Richard S. Kay & Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law – Text and Materials* (2d ed., 2000).

167 van Dijk & van Hoof, הערה 164 לעיל, בעמ' 357; Janis, Kay & Bradley, שם; Jacobs & White, הערה 164 לעיל, בעמ' 91.

בהתאם לשיטת המשפט הקונטיננטלית, החשוד יובא לאחר מעצרו בפני שופט חוקר שינהל חקירה וישמע עדויות שונות נגד הנאשם ומטעמו. בתום החקירה יחליט השופט החוקר אם יש מקום להמשיך בהליכים נגד הנאשם או שיש מקום לבטל את ההאשמות נגדו, וכפועל יוצא מכך לשחררו מן המעצר. ניתן להיווכח, אם כן, כי לפי שיטת משפט זו, הרף הראייתי התחתון הנדרש להמשך המעצר לאחר תום החקירה הוא הרף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום על ידי השופט החוקר. יצוין, כי רף זה אינו קבוע, והוא משתנה בין המדינות השונות.¹⁶⁸

5. המשפט העברי

המשפט העברי מכיר בחשיבותה הרבה של הזכות לחירות,¹⁶⁹ אך עם זאת הוא מכיר בכך שבנסיבות מסוימות יש מקום למעצרם של חשודים ושל נאשמים בטרם משפט עד לכיצוע גזר דינם.¹⁷⁰ העילה העיקרית למעצר נאשם על פי המשפט העברי היא להבטיח שאם הנאשם ימצא אשם הוא יישא בעונשו.¹⁷¹ עילת מעצר נוספת בה הכיר המשפט העברי, היא כאשר "אין ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאים ונותנים בדינו".¹⁷²

168. לפרוצדורות הפליליות של רבות ממדינות אירופה לעניין העמדה לדין ומעצר, ראו Maurice Sheridan & James Cameron, *EC Legal Systems – An Introductory Guide* (1992). כעולה מסקירתן של Gadola-Duerler & Payne, הערה 165 לעיל, בעמ' 213-214, הרי שבשווייץ, בעוד שבתחילת החקירה די באינדיקציות או ברמזים קונקרטיים המצביעים על כך שהנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו, עם תום החקירה ותחילת המשפט, על דאיות אלה להיות מספיקות להרשעה מעבר לכל ספק סביר.

169. ראו דברי השופט מנחם אלון בב"ש 1/87 דנאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281-290. 170. ראו ב"פרשת המגרף", ויקרא כ"ד, י"ב וב"פרשת המקושש", במדבר ט"ו, ל"ד, שבשתיהן הוזכר הנאשם במשמר עד שיתברר עונשו. כן ראו ספרי, במדבר, קי"ד: "ויניחו אותו במשמר, מגיד שכל חייבי מיתות נחבשים", וכן מכילתא, משפטים, ו', בנוגע למי שפצע אחר ואין יודעים אם ישאר בחיים: "ונקה המכה. שומע אני יתן ערבים ויטייל בשוק? ת"ל אם יקום והתהלך בחוץ – מגיד שחובשין אותו עד שמרפא".

171. "שהרי העובר אם יראה שיתחייב ברין מידו ברוח יברח... ולא מצוין לקיומי ביה ובערת הרע מקרבך", שו"ת הריב"ש, רל"ו.

172. שם. יצוין כי לדעת השופט מנחם אלון, עילה זו עניינה החשש כי הנאשם יבצע עבירות נוספות או ישבש מהלכי משפט ולא "חומרת העבירה"; ראו מנחם אלון, "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט הפלילי", מחקר משפט יג 27, 46-51 (תשנ"ו). אך יש גם הסבורים אחרת; ראו למשל: עינת בר-אילן-קיץ, מעצר עד תום ההליכים בצבא 272-273 (תבור לקבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תשנ"ז).

כפי שציין השופט מנחם אלון בכמה החלטות, גם לפי המשפט העברי, תנאי הכרחי לקיומו של מעצר הוא שתימצאנה ראיות לכאורה.¹⁷³ דרישה זו נלמדת מדברי התלמוד הירושלמי, הקובע כי אין להורות על מעצר לפני משפט על סמך "קול בעלמא" שהנאשם ביצע את המיוחס לו, אלא על בית הדין לוודא כי קיימים עדים שיבואו ויעידו נגד הנאשם במשפט גופו.¹⁷⁴ אשר לעצמת הראיות הנדרשות למעצר, נאמר בתשובתו של ר' יצחק בר ששת כי המבחן הוא אם "יש ממש בדברי התובע".¹⁷⁵ אשר לדרך בחינתן של הראיות לכאורה נראה שקיימת מחלוקת, הנובעת מהפרשנות שיש לתת לסוגיית התלמוד הירושלמי שהוזכרה לעיל: לפי פירושו של ר' משה מרגלית, די בכך שניתן להצביע על העדים שיעידו כנגד הנאשם;¹⁷⁶ לעומתו פירש ר' ניסים גירונדי כי יש לעצור את הנאשם רק לאחר שהעידו העדים נגדו, אף כי בטרם נערכה לעדים "חקירה ודרישה".¹⁷⁷

ה. הליך המעצר עד תום ההליכים

1. האיזון בין הערכים המתנגשים

ברי כי בסוגיית המעצר קיימת התנגשות בין זכויות לערכים: בין זכויות הנאשם לחירות, לכבוד ולהליך הוגן, על כל הזכויות הנלוות להן, וחזקת החפות, מצד אחד, לבין זכות

173 ראו, למשל, ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 240; בש"פ 299/89 משי-זהב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 720. כן ראו: מנחם אלון, "המאסר במשפט העברי", בתוך ספר יובל לפנחס רוזן 171 (בעריכת חיים כהן, תשכ"ב-1962).

174 ירושלמי, סנהדרין, פרק ז, הלכה ח. התלמוד לומד מדברי המשנה כי "בכל יום דנין את העדים", כי הדין מתקיים גם כשעדיין קיים ספק באשמת הנאשם. תחילה סבר התלמוד כי ניתן ללמוד מכך כי: "היך עבידא פלוני הרג את הנפש יהא נידון עד שיבואו עדיו"; כלומר: אם יש קול בעלמא כי פלוני הרג את הנפש, תופסים אותו עד שיבואו עדיו ויגמרו דינו (ראו: פני משה, שם, ד"ה "פלוני הרג את הנפש"). ותמה על כך רבי יוסי: "ותפשין בר נשא בשוקא ומבזין ליה? אלא כיני פלוני הרג את הנפש והרי עדיי שהרג את הנפש יהא תפוש עד שיבואו עדיו"; כלומר, האם תופסים אדם בשוק ומבזים אותו על סמך קול בעלמא?! אלא יש להצביע על עדים שיוכלו להעיד על כך שהרג את הנפש, ורק אז ניתן לעוצרו.

175 "ולכן אם ראו בית דין שיש ממש בדברי התובע, ושם יתברר הדבר שיהיה העובר חייב בגופו אין נותנין אותו בערבים"; שו"ת הריב"ש, הערה 171 לעיל. יצוין כי השופט מנחם אלון בב"ש אבוקסיס, הערה 173 לעיל, בעמ' 250, נתן למונח זה את הפירוש הגיטת למונח "חשד סביר" דווקא.

176 "אנו שומעים ממחני" (=מהמשנה) אם יש עדים שהרג את הנפש אע"פ שעדיין לא חקרו ודרשו להעדים תופסין אותו עד שיבואו עדים לפני הב"ד ובודקין אותו", פני משה, הערה 174 לעיל, שם, ד"ה "אלא כיני".

177 "נראה מתוך הירושלמי שמכיון שבאו העדים ואמרו לפני בית דין פלוני גרף (=קילל את השם) אף על פי שלא קבלו עדותם (=טרם קיבלו עדותם) חובשין אותו. אבל אם לא באו העדים לפנינו אינו בדין לחבשו ולבזותו הנם", חידושי הר"ן, סנהדרין ג"ו, א, ד"ה "בכל יום דנים את העדים".

הציבור לשמירה על ביטחונו ורכושו ולהגנה על תקינות ההליך הפלילי, מהצד האחר, כפי שאפרט להלן.

על פי ניתוחו של פרופ' הרברט פאקר (Herbert L. Packer),¹⁷⁸ בבסיסו של ההליך הפלילי בכלל ושל כל שלב בו בפרט, מצויים שני מודלים המבוססים על אינטרסים מנוגדים, היוצרים קונפליקט ערכי מתמיד. המודל הראשון הוא "מודל הפיקוח על הפשיעה" ("The Crime Control Model"), המבוסס על האינטרס הציבורי בשמירה על החוק. מודל זה מכתיב את הצורך במערכת משפטית יעילה שתפקח על הפשיעה, תצמצם את היקפה באופן אפקטיבי ותגן על ביטחון הציבור ועל רכושו. המודל השני הוא "מודל ההליך הראוי" ("The Due Process Model"), המבוסס על חזקת החפות ועל האינטרס להגן על האזרח מפני הפעלה של כוחות השלטון בעצמה רבה מדי. מודל זה מכתיב את הצורך במערכת משפטית זהירה, שתציב לעצמה בקרות ואיזונים כדי להבטיח את אמינות ההרשעות וכדי להקטין את שיעור הטעויות העוללות להתרחש במערכת המשפט.

שני מודלים מנוגדים אלה מתקיימים בו-זמנית בכל מערכת משפט ובכל שלב משלבי ההליך הפלילי, וההבדל בין מערכות המשפט השונות ובין השלבים השונים הוא בנקודת האזיון בין שני המודלים. יש לזכור, שככל שנקודת האזיון תמנע באופן טוב יותר טעות הפוגעת במודל אחד, היא תגביר את הסיכון לטעות הפוגעת במודל האחר.¹⁷⁹

כידוע, גם כשמדובר בזכות יסוד – ואף בזכות יסוד מן המעלה הראשונה כגון הזכות לחירות – לעולם אין מדובר בזכות מוחלטת. עם זאת, לא ניתן לפגוע בזכות יסוד אלא אם מימושה יגרור פגיעה של ממש באינטרסים או בערכים חשובים, והסתברות הפגיעה היא בדרגה של ודאות קרובה או לפחות של אפשרות סבירה.¹⁸⁰ במקרה של התנגשות כאמור נערך איזון בין הערכים והזכויות המתנגשים, בהתאם למהותם ולמשקלם בכל מקרה לגופו.

תכלית הדרישה לקיומן של ראיות לכאורה בטרם מעצר היא להקטין את ההסתברות לפגיעת-שווא בזכויות הנאשם. בראש ובראשונה, מטרתה לנסות לזהות בשלב המעצר את המקרים שבהם לא יתאפשר להוכיח את אשמתו של הנאשם ולכן מעצרו יהיה לשווא; שנית, היא מאפשרת לבחון את עצמת האינטרס של הנאשם להימלט מהדין, שכן אינטרס זה עלול להתחזק עם עצמת הסיכון כי יורשע, בעיקר כשמדובר בעבירות חמורות במיוחד; לבסוף, מטרתה לבחון אם – ועד כמה – ניתן להסתמך על פרטי כתב האישום לניבוי מסוכנותו של הנאשם.

178 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968). לכינוי שניתן למודלים שלהלן, ראו בעמ' 153. כן ראו יובל אלבשן, "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש", עיוני משפט כב, 87, 95-96 (תשנ"ט).

179 ראו והשוו Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 337.

180 ראו, למשל, והשוו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36-55; דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 740-741; דורנר, הערה 4 לעיל, בעמ' 14.

הדרישה לקיומן של ראיות לכאורה מהווה, למעשה, איזון בין הערכים המתנגשים כאמור.

להלן אסקור אפוא בקצרה את האינטרסים ואת הערכים המתנגשים בענייננו, תוך השוואתם לאלו המתנגשים בשלבים אחרים של ההליך הפלילי: אבקש להשוות בין נקודות האיוון הנדרשות בכל אחד מהשלבים, ובפרט בשלב המעצר לאחר אישום.

(א) ההגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי ועל ביטחונם של הציבור ושל המדינה

הליך המעצר עד תום ההליכים עשוי להגשים אינטרסים ציבוריים רבים כגון הרחעת הרבים מפני ביצוע עבירות "בנות מעצר",¹⁸¹ שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט¹⁸² והבעת גינוי כלפי הנאשם.¹⁸³ אולם, מערכות משפטיות שונות הכירו בכך, שכלל, הליך המעצר עד תום ההליכים אינו ההליך המתאים ליישום אינטרסים אלה. במשפט הישראלי באה הכרה זו לידי ביטוי בשעתה במסגרת מחלוקת השופטים אודות נוקפה וחוקתיותה של עילת המעצר של חומרת העבירה,¹⁸⁴ ולאחר מכן – בהגדרתן

181 ראו, למשל, דברי השופטת טובה שטרסברג-כהן: "יש להרחיק את העורר ושכמותו מן הציבור ומיחידיו בגין מסוכנותם ואין להמעט בערך ההרחקה גם בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים, בגין מעשים מסוג זה"; בבש"פ 4563/98 אברהם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.7.1998). ההרגשה הוספה.

182 ראו והשוו ונדברג, הערה 149 לעיל, ותוכן הערה 149 לעיל.

183 השוו קנת מן, "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים", פלילים ג' 284 (תשנ"ג). להשפעת החוק הפלילי והענישה ככלל ראו: יוהנס אנדאס, "ההשפעה המוסרית או החינוכית של החוק הפלילי", משפטים ה' 209 (תשל"ג).

184 ראו על כך הסקירה במאמרי; לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 198-203. עילת המעצר של חומרת העבירה הוכרה לראשונה כעילה עצמאית בב"ש 57/74 מגדלבאום נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 757, אף כי הוכרה כשיקול רלבנטי למעצר עוד קודם לכן; ראו בר-אילן-קיץ, הערה 172 לעיל, בעמ' 96 ואילך; בב"ש 28/52 חירעץ המשפטי לממשלה נ' קיץ, פ"ד ו(1) 707; בב"ש 30/53 פרוינד נ' חירעץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז(1) 516; בב"ש 91/70 מדינת ישראל נ' פולוק, פ"ד כד(2) 17. כן ראו קנת מן, "היקף המעצר עד תום ההליכים בבית המשפט המחוזי בתל-אביב", עיוני משפט יב' 517, 529 (תשמ"ז); ששי גז ועדי אזור, "מעצר עד תום ההליכים בשל חומרת העבירה – ענישה ללא משפט", הפרקליט לו 398, 399-398 (תשמ"ו). דעת המיעוט שהוביל השופט מנחם אלון התנגדה להיזקקות לחומרת העבירה כעילת מעצר; ראו בב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ(1) 706; בב"ש סגל, הערה 58 לעיל; בב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 449. עם חקיקתו של תיקון מס' 9 לחסד"פ, שקבע לראשונה את עילות המעצר בחוק, סברה דעת הרוב כי גישתו של השופט אלון התקבלה אך בחלקה; ראו בבש"פ 279/89 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 573; בבש"פ 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה(3) 645; בבש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מה(4) 807; בבש"פ 831/92 מדינת ישראל נ' עוזר (לא פורסם, 17.2.1992); קנת מן, "סדר דין פלילי", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 334, 339-338 (תשנ"ב). אך השופט מנחם אלון המשיך להחזיק בדעתו כי חומרת העבירה לבדה אינה עילת מעצר ראויה, ואל דעתו הצטרפו שופטים נוספים; ראו, למשל, בבש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן, פ"ד מג(2) 410; בבש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 573 (השופטת שושנה נתיניהו); בבש"פ 2092/95

המפורשת של עילות המעצר בחוק המעצרים. בהגדרה זו הביע המחוקק את דעתו כי רשימת העילות למעצר היא סגורה, וכי אין להורות על מעצר בהסתמך על יתר האינטרסים. כיום באים לידי ביטוי בעילות המעצר שני אינטרסים: שמירה על תקינות ההליך השיפוטי (סעיף 21(א)(1)) ושמירה על ביטחונם של הזולת, הציבור והמדינה (סעיף 21(א)(1)(ב)) (להלן: "עילת המסוכנות").¹⁸⁵

לעילה של שמירה על תקינות ההליך השיפוטי שתי מטרות. ראשית – למנוע אפשרות שהנאשם יימלט מהדין ובכך יסכל את האפקטיביות של ההליך השיפוטי, ושנית – למנוע את האפשרות שהנאשם או מי מטעמו ישבש הליכי משפט, ישפיע על עדים או יעלים ראיות, ובכך יביא לתוצאה לא נכונה בתום ההליך השיפוטי. חשיבותה של עילה זו קיימת עד תום הדיון המשפטי (כשהחשש הוא לשיבוש הליכי משפט) או עד תחילת ריצוי העונש (כשהחשש הוא להימלטות מן הדין), והיא אינה שנויה במחלוקת. האפשרות כי מי שנתפס בביצוע מעשים פליליים יתחמק מלתת את הדין, או שהרשעתו תסוכל על ידי שיבוש הליכי המשפט, עלולה לפגוע אנושות בכל ניסיון לפקח על הפשיעה.¹⁸⁶

תכליתה של עילת המסוכנות היא, ראשית לכל, להבטיח כי הנאשם לא יסכן את הזולת או את הכלל עד לדיון במשפטו או עד לריצוי עונשו, אם וכאשר ימצא אשם. עם זאת, יש בסיס לדעה כי במשפט הישראלי עילה זו אינה מוגבלת למסוכנות אישית "צרה" בלבד (חשש כי הנאשם יסכן את גופו של הזולת), ועניינה גם במסוכנות "רחבה", כלומר: כאשר שחרור הנאשם ממעצר עלול לגרום לפגיעה באינטרס חברתי בדרך של הליך סיבתי, בעקבות מעשי הנאשם, כגון פגיעה נפשית בקורבן העבירה¹⁸⁷ או

טלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 641 (השופט מישאל חשין). מחלוקת השופטים באה לידי ביטוי ביתר עוז בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, ובדיון הנוסף שבא בעקבותיו, דג"פ גנימאת, הערה 38 לעיל, אך זכתה להכרעה רק עם חקיקת חוק המעצרים וביטולה של חומרת העבירה כעילת מעצר עצמאית.

185 קביעתן של עילות מעצר אלה, ואלה בלבד, אינה משותפת לכל שיטות המשפט האנגלו-אמריקני. במשפט הקנדי, כאמור, הוספה עילת מעצר של שמירה על אמון הציבור במערכת הצדק; ראו בפרק 2. לעיל; ואילו בחלק ממדינות ארצות-הברית, החשש מפני הימלטות הנאשם מן הדין עודנו השיקול היחיד במניעת שחרור בערבות; ראו בפרק 1. לעיל.

186 השוו אל דברי השופטת טובה שטרסברג-כהן בבש"פ 4556/98 מדינת ישראל נ' חמיים (לא פורסם, 17.7.1998): "מתן הזדמנות למשיב להתחמק מלתת את הדין על עבירות שביצוען בישראל מיוחס לו, מעביר מסר שלילי למשיב ולכל המתגוררים בשטחים השולחים יד ב'תעשיית' גניבת כלי רכב בישראל וסחר בהם ומסיר מעליהם את מוראו של החוק. יש בכך אור ירוק למשיב ולשכמותו להמשיך במעשים המיוחסים להם, ללא חשש מפני הצורך לתת את הדין על מעשיהם...".

187 ראו זנדברג, הערה 149 לעיל, בעמ' 339-340. כן ראו, למשל, בש"פ 1696/95 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 19.3.1995); בש"פ 665/97 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.2.1997); בש"פ 3124/99 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.5.1999); בש"פ 5248/99 אמיר נ' מדינת

פגיעה אחרת בציבור בכללותו.¹⁸⁸ עילה זו אינה מוגבלת אפוא לחשש מפני פגיעה גופנית באדם, והיא חלה גם על חשש מפני ביצוע עבירות נוספות על ידי הנאשם כגון עבירות סמים חמורות¹⁸⁹ או עבירות רכוש בהיקף ניכר.¹⁹⁰ כאמור, הפיקוח על הפגיעה הינו מטרת יסוד בהליך הפלילי. אמנם, נמתחה ביקורת לא מעטה על עילה זו ועל דרך הפעולה,¹⁹¹ אולם, חרף הביקורת, עילת המסוכנות ממלאת תפקיד חשוב במרבית שיטות המשפט.

ניתן לטעון, כי נוסף על אינטרסים אלה קיים שיקול "נסתר" – השיקול "המערכתי". לכאורה, השמירה על האינטרסים הציבוריים דלעיל אינה מחייבת הגבלה על זכויות הנאשם בדרך של מעצרו עד תום ההליכים דווקא. כך, למשל, הוספת תקציבים ותקנים לשופטים, לתובעים ולסניגורים ציבוריים הייתה עשויה לאפשר קיומו של דיון שיפוטי ארוך ומעמיק יותר בעניין המעצר, שהיה בו כדי להקטין את הסיכון של פגיעת-שווא בזכויות הנאשם כתוצאה ממעצר ממושך. כמו כן ניתן היה להגדיל את תקציב המשטרה, כך שתוכל לפקח ביתר יעילות על משוחררים בערובה ותקטין את הסיכון שינסו להימלט מן הדין, לסכל את ההליך השיפוטי או לבצע עבירות נוספות. למעשה, אפשרות זו מוגבלת, במידה זו או אחרת, על ידי השיקול "המערכתי" האמור, המושפע

ישראל (לא פורסם, 25.8.1999); בש"פ 8643/99 מדינת ישראל נ' מרציאנו (לא פורסם, 15.12.1999); בש"פ 6051/00 מור חי (מזרחי) נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.9.2000).

188 ראו, למשל, והשוו דן ביין, "מבוא לדיני מסוכנות במשפט הפלילי והמנהלי", מחקרי משפט כ 73, 74-73 (תשס"ג); בש"פ 4077/98 מדינת ישראל נ' צירני, פ"ד נב(3) 241 (השופט יצחק זמיר); בש"פ 7230/97 סעד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.12.1997) (השופט טובה שטרסברג-כהן); בש"פ 3379/98 כהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.6.1998) (השופט יצחק זמיר); בש"פ 4746/98 אלבו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.8.1998) (השופט חנוך אריאל).

189 ראו סעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק המעצרים.

190 ראו, למשל, בש"פ 5431/98 פרנקל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(4) 268; בש"פ 5464/97 סלאמה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.10.1997); בש"פ 7636/97 מדינת ישראל נ' מסרי (לא פורסם, 31.12.1997); בש"פ 955/98 יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.2.1998); בש"פ 2089/98 מדינת ישראל נ' בלולו (לא פורסם, 31.3.1998); בש"פ 5705/98 פשרל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.9.1998); בש"פ 17/99 גברילוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.1.1999). אך ראו דברי ביין, הערה 7 לעיל, בעמ' 349, כי ספק אם זו הייתה כוונת המחוקק כשהחליף את הביטוי "שלום הציבור" בביטוי "בטחון הציבור".

191 ביקורת זו, שנמתחה בעיקר על ידי מלומדים אמריקנים, מבוססת על הקושי שב"גיבוי" מסוכנות, וכן על כך ששאלת המסוכנות אינה מוגבלת לנאשמים דווקא, שכן גם מי שאינו נאשם וכן מי שנמצא זכאי בתום משפטו עשויים להיות מסוכנים לציבור, ולכן אין זה ברור מדוע דיון המעצר הוא הדיון המתאים לקביעת ממצאים בנוגע למסוכנות נאשם; ראו Williams, הערה 129 לעיל; Paul H. Robinson, "Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice," 114 Harv. L. Rev. 1429 (2001); רינת קיטאי, "הניגוד שבין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט 282 (תשס"ג).

במידה רבה ממגבלות התקציב.¹⁹²

(ב) הזכות לחירות, הזכות לכבוד, זכויות נגזרות וחזקת החפות

אין זה מדויק להציב אל מול האינטרסים דלעיל את הפגיעה בזכויות האדם כתוצאה מהמעצר. לנאשמים שאין ספק באשמתם, אין ספק כי יורשעו בתום ההליך הפלילי ואין ספק כי אם ישוחררו ממעצרם יפגעו בהליך המשפטי או יסכנו את הציבור – אין "זכות" שלא להיעצר, כשם שלמי שהורשע בדינו אין "זכות" שלא להיאסר.¹⁹³ נכון יותר, אפוא, להציב זה אל מול זה את החשש מפני הפגיעה באינטרסים האמורים ואת החשש מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשמים. פגיעת-שווא כאמור עלולה לבוא לידי ביטוי באחד משני אופנים: ראשית, במעצר של מי שיתברר בדיעבד כי לא ביצע את המיוחס לו או, למצער, כי לא ניתן להרשיעו; ושנית, מעצר של מי שניתן אמנם להרשיעו בביצוע המיוחס לו, אך הוא לא היה מסכל את ההליך השיפוטי או מסכן את בטחון הציבור לו היה משוחרר. אמנם, בחלק מהמקרים פגיעה אחרונה זו אינה חמורה, שכן בדרך כלל מנכים את תקופת המעצר מתקופת המאסר בפועל; אולם בחלק אחר של המקרים יש חשש כי אלמלא המעצר היה העונש שנגזר על הנאשם שהורשע קל מזה שהוטל בפועל. מכל מקום, בעקבות המעצר נפגעות זכויות חשובות אחרות של הנאשם מלבד הזכות לחירות, ועליהן אעמוד בקצרה להלן.

הזכויות העלולות להיפגע לשווא כתוצאה מהמעצר כוללות בראש ובראשונה את הזכות לחירות, המעוגנת כיום במשפט הישראלי בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בזכות לחירות קדמה לחקיקת חוק היסוד;¹⁹⁴ אולם עיגונה המפורש

192 עם זאת חשוב לזכור, כי גם מעצרו של מי שאין צורך של ממש כי ישוה במעצר מכביד לשווא על משאבי המערכת; השווה אל Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 379.

193 וזאת אף על פי שעודנה עומדת לו הזכות לחירות; ראו והשוו בנדור, הערה 4 לעיל, בעמ' 500. כן השווה ע"פ 1111/99 א שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 273-274.

194 חשיבותה של הזכות לחירות הוכרה עוד קודם לחקיקת חוק היסוד. כך כבר במגילת העצמאות: "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". ראו בעניין זה סעיף 1 סיפא לחוק היסוד, וכן: אליקים רובינשטיין, "הכרזת העצמאות כמסמך יסוד של מדינת ישראל", משפט רצבא 13, 11 (תשנ"ט). כך גם בפסיקה: "חכמינו הורונו: 'חביב אדם שנברא בצלם' (אבות, ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות הוא התשתית, לב לבו של עקרון חירות האדם. חביבותה של חירות כל יחיד ויחיד, של חופש כל אדם באשר הוא אדם, ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה. מתוך מכלול החירויות שאנו מצווים על שמירתן, ההגנה הראשית והראשונה היא זכותו של היחיד הבודד וה'אפור', שהריבים, לעתים קרובות, אדישים כלפיו, והוא נשכח במאבקו, שלא תישלל חירותו ושלא ייפגע חופשו; שמירת זכות זו קודמת – ובבחינת תנאי-בל-יעבור – לזכות חירות הביטוי של היוצר והאמן ולחופש ההפגנה של בעלי דעה פוליטית והשקפת עולם, שהציבור חש בקיומם ועוקב אחר פעילותם ולא ייתן להם להישחק מהעין הרואה ולהיעלם מהיד הכותבת. חביב אדם שנברא בצלם – כל אדם, כקטן כגדול, כנעלם וכמפורסם; ועל מכלול זכויותיו מצווים אנו להגן ולשמור, ואף אם סולדים אנו ממששים שעשה..." ב"ש דנאשוילי, הערה 169 לעיל.

בחוק היסוד (ובחוק המעצרים) נתפס כמשנה את נקודת האיזון שבינה לבין כל דבר סמכות אחר, ובכלל זה סמכות המעצר.¹⁹⁵ הפסיקה הכירה בכך שהזכות לחירות חשובה ממרבית הזכויות האחרות וכי השמירה עליה היא תנאי הכרחי למימושן.¹⁹⁶ ואכן, הפגיעה בחירות בדרך של מעצר גוררת עמה פגיעה בזכות היסוד לכבוד,¹⁹⁷ במיוחד כשתנאי המעצר אינם מיטביים, בלשון המעטה, ולעתים קרובות אף גורעים מאלה של אסירים.¹⁹⁸ נפגעת גם הזכות לשם טוב, שכן המעצר, מעצם טיבו, מטיל "סטיגמה" על העצור כמשתייך ל"תת-קבוצה" חברתית של עבריינים או של "מסוכנים

195 ראו, למשל, דברי השופט טובה שטרסברג-כהן בדנ"פ גנימאת, הערה 38 לעיל, בעמ' 633: "חוק היסוד הציב בהצבה נורמטיבית על-חוקית את העיקרון המנחה, ולאורו עלינו לפרש כל חוק ישן והתיקון התשיעי בכלל זה. הוא קבע את נקודת המוצא שממנה יש לצאת ואת מרכז הכובד שאליו יש להתייחס כתשתית רעיונית לפרשנות ראויה של הוראות התיקון התשיעי. אם קודם לחקיקתו עמד לנגד עינינו סעיף 21א(א) שנקודת המוצא בו היא הסמכות של בית המשפט לצוות על מעצרו של נאשם, הרי שכיום עומד לנגד עינינו, קודם לכל, סעיף 5 לחוק היסוד הקובע את זכותו של כל אדם לחירות. אם קודם עמד לנגד עינינו במקרים המנויים בתיקון, בראש ובראשונה, האינטרס הציבורי המסמיך הגבלת חירותו של אדם, עומדת כיום לנגד עינינו, קודם לכל, זכות יסוד של אדם לחירות, שרק אינטרס ציבורי מובהק מצדיק להגבילה. סעיף 21א(א), המעניק לבית המשפט סמכות לשלול את החירות ולהורות על מעצרו של הנאשם בהתמלא תנאים מסוימים, ניצב בפירמידת מתחת לזכות היסוד לחירות. חוק היסוד שינה את סדר העדיפויות. הוא שינה את האיזון בין זכותו של אדם לחירות לבין סמכותו של בית המשפט לשלול אותה ממנו". כן ראו בש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 166; בש"פ 1644/98 מדינת ישראל נ' דרבאס (לא פורסם, 12.3.1998); בש"פ פרנקל, הערה 190 לעיל; בש"פ 3153/00 שלמובר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.5.2000). מנגד, הובעה בכמה החלטות הדעה כי עם חקיקתם של חוק היסוד וחוק המעצרים לא התחולל שינוי מהותי; ראו בש"פ 3126/97 סניאנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.5.1997); בש"פ 445/98 מדינת ישראל נ' הוכברג (לא פורסם, 27.1.1998); או כי השפעת השינוי מוגבלת למקרי גבול; ראו בש"פ 2206/99 פדרו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.4.1999). לעומת זאת ראו והשוו דונר, הערה 4 לעיל, וראו עוד חיה זנדברג, פירוש לחוק המעצרים – חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 חלק א' 7 ואילך (תשס"א).

196 "החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות... רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין... המסקנה היא, שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראויה להגנה מיוחדת..." בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261.

197 על הזכות לכבוד ראו, למשל, אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא 271 (תשנ"ד); דניאל סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט כד 541 (תשס"א). וכן ראו הערה 203 לחלק והטקסט הסמוך לה.

198 ראו דברי הנשיא אהרן ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 144; כן ראו בנדור, הערה 4 לעיל, בעמ' 492; קיטאי, הערה 191 לעיל, בעמ' 305.

לציבור".¹⁹⁹ תנאי המעצר גם מלווים בפגיעה בפרטיותו של הנאשם. נוסף על כך, שלילת החירות מונעת את האפשרות לממש כמה זכויות נוספות – הזכות לעבוד, הזכות לקיים משפחה וכדומה.²⁰⁰

כמו כן, בספרות ובמחקר הובעה הדעה כי יש בעצם מעצרו של נאשם כדי להקשות על הכנת הגנתו כנדרש,²⁰¹ כדי להגדיל את הסיכון שיימצא אשם בדינו, וכדי להשפיע על העונש הסופי שייגזר עליו אם יימצא אשם.²⁰² לפי דעה זו, המעצר פוגע גם בזכות שלא להשתתף לקבוצה המצויה בסיכון גבוה יחסית כי הנמנים בה יורשעו וייגזרו עליהם עונשים חמורים. זכות זו הינה חלק מהזכות להליך הוגן, המהווה, גם לדעתי, זכות יסוד חוקתית, בהיותה מעוגנת בזכות לכבוד וזכות לחירות.²⁰³

נוסף על כך, מעבר לפגיעה בזכויות הנאשם יש לציין את האינטרס החברתי החשוב במניעה של מעצרי-שווא של אזרחים, במיוחד של אלה החפים מכל פשע.

אל נוכח האינטרס החברתי האמור והפגיעה בזכויות הנאשם כתוצאה מהמעצר, ברורה מאליה חשיבותה של האפשרות לקבוע כי הנאשם ישוחרר, גם אם לחלוף מעצר. אף הפגיעה הקשה ביותר בזכויות הנאשם במקרים של חלופת מעצר – הגבלה

199 ראו מן, הערה 183 לעיל ("השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים"); קיטאי, הערה 191 לעיל, בעמ' 304-305; Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 358. הזכות לשם טוב הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד; ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך שלישי 427 (תשנ"ד); כן ראו, למשל, רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 48; והשוו לבג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3) 721.

200 ראו והשוו Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 358.

201 ראו, למשל, ליבאי, הערה 35 לעיל, בעמ' 218-219; קיטאי, הערה 191 לעיל, בעמ' 306 ובהערה 125 שם; הקשיים של עצור בהכנת הגנתו נובעים הן מהמגבלות הנלוות למעצר – אם לעניין חיפוש ראיות מזכות, אם לעניין הפרכת ראיות מפלילות ואם לעניין עצם יצירת קשר עם הסנגור ללא הגבלה – והן מהמשמעות הכלכלית של המעצר על השתכרותו בתקופת מעצרו, לעתים אף כדי אבדן מקום עבודתו, ובעקבות כך על האפשרות לשכור שירותיו של סנגור מתאים.

202 ראו, למשל, גז ואור, הערה 184 לעיל, בעמ' 402-404; קיטאי, שם וכן בהערה 126 שם. כאמור, בחלק מהמקרים יש חשש כי אלמלא המעצר, היה העונש שהיה מוטל על הנאשם קל מזה שהוטל עליו בפועל; כך, למשל, כשמזוכה נאשם מחלק ניכר מהעבירות שבהן הואשם ומוטל עליו עונש החופף את תקופת מעצרו הארוכה, קיים לעתים חשש שאלמלא היה עצור עונש המאסר היה קצר מתקופת מעצרו.

203 ראו, למשל, ברק, הערה 199 לעיל, בעמ' 432; יורם שחר, "סדר דין פלילי", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב – תשנ"ג 375, 398-403 (תשנ"ד); בר-אילן-קיץ, הערה 172 לעיל, בעמ' 39-45; בעז אוקון ועודד שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטניים", המשפט ג 265 (תשנ"ו); אסף פורת, "ההגנה מן הצדק בעידן החוקתי", קריית המשפט א 381, 384 (תשס"א). וכן ראו ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767; מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 375, 354; בש"פ 2379/01 פרידמן נ' משטרת ישראל (לא פורסם, 2.7.2001). כמו-כן, ראו הערה 197 לעיל.

מלאה על היציאה מביתו – אינה מתקרבת בעצמתה לפגיעה הנובעת ממעצר.²⁰⁴ ההגבלה על חירותו קלה יותר, תנאי החלופה אינם פוגעים במידה רבה בכבודו, הסטיגמה המוטלת עליו אינה כה קשה, נשמרת זכותו לקיים משפחה, קל לו יותר לסייע בהכנת הגנתו וכיוצא באלה.

כפי שכבר נרמז לעיל, זכויות אלה קשורות קשר הדוק אל חזקת החפות.²⁰⁵ ושלובות בה. נראה, שכתוצאה מהקשר האמין בין הזכות לחירות לבין חזקת החפות זכתה גם חזקת החפות להגנה חוקתית במשפט הישראלי.²⁰⁶ הגם שהיא הוכרה עוד קודם לחקיקת חוק היסוד.²⁰⁷ משמעותה העיקרית של חזקת החפות היא שאין להרשיע נאשם אלא אם הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר, ותכליתה היא למנוע הרשעה מוטעית של חף מפשע. לפיכך, עם ההכרעה כי הנאשם אשם וסתירתה של חזקת החפות, אין לנאשם עוד "זכות" שלא יוטל עליו עונש מאסר כדין.²⁰⁸

בריון המעצר, לעומת זאת, שאלת החפות או האשמה אינה מוכרעת. לפיכך, קיימות כמה גישות באשר לשאלה אם יש לחזקת החפות רלבנטיות בהליך המעצר.²⁰⁹ בית המשפט העליון האמריקני, למשל, קבע בפסק-דין *Salerno* כי חזקת החפות אינה נפגעת בהליך המעצר, שכן המעצר אינו "עונשי".²¹⁰ לעומת זאת, מכמה החלטות שניתנו בישראל בעשר השנים האחרונות לערך, נראה לכאורה כי עמדת הפסיקה בישראל מכירה בחזקת החפות גם בשלב המעצר – אם כי באופן מסויג, באשר חזקת החפות אינה נסתרת כידוע בשלב המעצר – ומשלבת בינה לבין הזכות לחירות. פירושם של דברים הוא שהזכות לחירות עומדת לנאשם כל עוד עומדת לזכותו חזקת החפות,

204 ראו והשוו: בש"פ 2982/91 עוזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 485. כן השוו: שחר, שם, בעמ' 420 ואילך.

205 על חזקת החפות ראו קיטאי, הערה 7 לעיל; וכן ראו המשך הדברים ובעיקר הערות 206 ו-209-211 להלן.

206 אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג 5, 23 (תשנ"ו); דן ביין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", עיוני משפט כב 11, 12 (תשנ"ט); השוו גם: מיכה לינדנשטראוס, "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (תשנ"ט).

207 ראו, למשל, בש"פ אל תרתור, הערה 184 לעיל, בעמ' 582-583.

208 ראו הערה 193 לעיל.

209 ראו: Una N. Raifeartaigh, "Reconciling Bail Law with the Presumption of Innocence," 17 *Oxford J. of Legal Stud.* 1 (1997) המציינת שלוש גישות אפשריות לבחינת שאלה זו: ראשית, גישה צרה, שלפיה אין כל תחולה לחזקת החפות בשלב המעצר מכיוון שאין נקבעת בשלב זה אשמתו או חפותו של הנאשם; שנית, גישה רחבה, שלפיה כל הכרעה על מעצר או אף על חלופת מעצר סותרת את חזקת החפות, וזאת מכיוון שבקשת המעצר נסמכת למעשה על כתב האישום שהוגש נגד הנאשם ועל ראיות לכאורה נגד מי שטרם הוכרע דינו; ושלישית, גישת ביניים, שלפיה חזקת החפות אמנם חלה גם בשלב המעצר אך היא מונעת רק הפעלה של אמצעי "ענישה", ואם המעצר אינו בגדר "ענישה" אזי אין נפגעת חזקת החפות. כן ראו ביין, הערה 7 לעיל, בעמ' 343-344.

210 *Salerno*, הערה 129 לעיל, בעמ' 746-748; Raifeartaigh, שם, בעמ' 15.

ומכיוון שכך – על השופט להקפיד הקפדה יתרה, בשולחו נאשם למעצר, כי יוכחו בפניו קיומן של ראיות לכאורה ושל עילת מעצר וכן היעדרה של חלופת מעצר מתאימה.²¹¹

2. השלבים השונים של ההליך הפלילי והרף הראייתי הנדרש בהם

כידוע, מצוי שלב המעצר עד תום ההליכים בין שלב האישום לבין שלב הכרעת הדין. למעשה הוא מתקיים, בדרך כלל, בסמוך לאחר הגשת כתב האישום ובטרם החל להתנהל המשפט לגופו; מכאן גם שהוא קודם לשלב שבו נדרש נאשם להשיב לאשמות. לפני הגשת כתב האישום נבחנות הראיות שבחומר החקירה על ידי התביעה, כדי לברר אם די בהן להעמדה לדין. כאשר מועלית במהלך המשפט, בתום פרשת התביעה, טענה של נאשם כי אין עליו להשיב לאשמה – נבחנות הראיות על ידי בית המשפט, כדי להחליט אם מצויות ראיות לכאורה המצדיקות את תשובת הנאשם אם לאו. מאליהן עולות אפוא השאלות בדבר מהותו ומקומו של הליך המעצר עד תום ההליכים במסגרת השלבים השונים של ההליך הפלילי, ובעיקר בדבר היחס בין הרף הראייתי הנדרש בכל אחד משלבים אלו. על שאלות אלה אעמוד בקצרה להלן.

(א) מעצר בטרם אישום

כפי שנקבע בחוק המעצרים, הרף הראייתי התחתון להוצאת צו מעצר בטרם הגשת כתב אישום הוא קיומו של "חשד סביר", ולמעצר בידי שוטר ללא צו – קיום "יסוד סביר לחשד".²¹² בהתחשב בשלב הראשוני של החקירה שבו עשוי להתבצע מעצר זה,

211 בעניין זה נראה שקיימים הבדלים בין גישתו המסויגת של הנשיא ברק – ראו דברי הנשיא בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 146 ו-150 – לבין גישתה של השופטת דורנר; ראו בש"פ זאדה, שם, בעמ' 158; דורנר, הערה 4 לעיל; וכן ראו בין, הערה 7 לעיל, בעמ' 343-344 ובהערה 32 שם; קיטאי, הערה 191 לעיל, בעמ' 303 ו-305; בש"פ 7542/03 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 22.8.2003) (השופטת דורית ביניש); בש"פ 5142/99 מורוזובה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 643 (הרכב של שבעה שופטים בראשות הנשיא אהרן ברק). כן ראו בש"פ 4655/99 מדינת ישראל נ' זכור (לא פורסם, 21.7.1999) (השופט יצחק אנגלרד); בש"פ 8976/96 מדינת ישראל נ' הזימה (לא פורסם, 19.12.1996) (השופטת טובה שטרסברג-כהן); בש"פ 1212/93 עומר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.3.1993) (המשנה לנשיא מנחם אלון).

212 סעיפים 13(א) ו-23(א) בהתאמה. נראה כי אין הבדל מהותי בין שני ביטויים אלה; קדמי, הערה 36 לעיל, בעמ' 48 (מהדורת תשס"ג). מונחים אלה החליפו את המונח "יסוד סביר להניח", שהוצב בעבר בסעיף 21 לחסד"פ ובסעיף 3(2) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחניפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, נ"ח 284. אף אם ייתכן כי מילולית המונח "יסוד סביר להניח" דורש רמת ודאות גבוהה יותר מהמונח "יסוד סביר לחשד" (קדמי, שם), אין כל אינדיקציה לכך שכוונת המחוקק הייתה להצבת רף ראייתי השונה באופן ממשי; נח, הערה 117 לעיל, בעמ' 45. יצוין כי בסעיף 23(א)(1) הוצב, בעיקר מסיבות היסטוריות, רף ראייתי גבוה יותר – כי העבירה בוצעה בפני השוטר

סבירותו של החשד אינה יכולה להיבחן על רקע הסיכוי שהנאשם יורשע או אף על רקע הסיכוי כי יוגש נגדו כתב אישום, והיא נבחנת בעיקר על רקע מקורות המידע שעליהם מבוסס החשד. מכיוון שמטרת החקירה היא לאסוף די ראיות לביסוס החשד ולהגשת כתב אישום (או להפריך את החשד), ניתן להסתמך בשלב זה גם על ראיות חסרות או בלתי-קבילות.²¹³ עם זאת, החשד אינו יכול להיות סתמי, ועליו לעלות באופן סביר מן הראיות הקיימות.²¹⁴ בעוד שבשלב המעצר עד תום ההליכים יש לבחון את הראיות המעידות על אשמת הנאשם ואת אלה המעידות על חפותו, כדי להעריך אם קיים סיכוי סביר להרשעה, הרי שבשלב ראשוני זה יש לבחון את הראיות והנתונים המחשידים את החשוד בביצוע עבירה ואת אלה העומדים מולם, מבלי להתעלם משאלת מהימנותם,²¹⁵ ולהחליט אם עולה מהם חשד סביר.²¹⁶

האינטרסים הציבוריים העומדים ביסודו של הליך זה הם במהותם אותם אינטרסים העומדים ביסודו של הליך המעצר עד תום ההליכים, תוך מתן אפשרות למשטרה לאסוף ראיות שתספקנה לשם הגשת כתב אישום (ולמעצר עד תום ההליכים) או להחליטה בדבר סגירת תיק החקירה. זהות האינטרסים ניכרת גם בדמיון בין עילות המעצר בשני השלבים;²¹⁷ אך יש לזכור כי חזקת החפות של חשוד, שטרם גובשה החלטה על העמדתו לדין, הינה בעלת עצמה גדולה יותר מזו של נאשם שהוחלט לעוצרו עד תום ההליכים. כן יש לזכור כי, כידוע, מבחינה סטטיסטית, ברוב המקרים בהם הוגשו כתבי אישום הנאשמים הורשעו, בעוד שרבים מאוד מהתיקים הנפתחים נגד חשודים נסגרים ללא הגשת כתב אישום – אם מחוסר אשמה, אם מחוסר ראיות ואם בגין היעדר עניין לציבור. מנגד, נוכח ההבדל המשמעותי בין משך המעצר בטרם אישום לבין משך

או זה מקרוב; ראו בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד (1) 337; קדמי, שם, בעמ' 49-50; נח, שם, בעמ' 46.

213 סעיף 15(א)(2)(ג), 15(ה)-(ז) לחוק המעצרים; קדמי, שם, בעמ' 49 ו-146. אך ראו דעתו של נח, שם, בעמ' 66-67, 70-71, כי אף שמידע מודיעיני או חסוי עשוי להספיק לפתיחת חקירה משטרתית יזומה, אין די בו למעצרו של חשודים.

214 בג"ץ דגני, הערה 212 לעיל, בעמ' 353; כן ראו בש"פ 529/96 דהרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1996.1.19); בש"פ 2712/96 הרשקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 705, 709. כמו כן אין מקום למעצרו של חשוד לצורכי חקירה במטרה שאותה חקירה תבסס את "החשד הסביר"; ראו רע"א 4299/90 דוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.10.1990).

215 ראו בג"ץ דגני, הערה 212 לעיל, בעמ' 353; בש"פ 777/89 ברק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.10.1989).

216 ניתן להשוות בין שלב זה לבין ההחלטה על חקירת סיבות מוות ועל ניתוח גופה במהלך חקירה זו, שהמבחן הראייתי להן הוא "יסוד סביר לחשש", לפי סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות וסעיף 9 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953. השוואה מעין זו נערכה בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית משפט השלום ברמלה מר א' כיוזר, פ"ד לה(4) 337, 345.

217 חשש מפני פגיעה בהליך השיפוטי (סעיף 13(א)(1) לחוק המעצרים), וחשש מפני מסוכנות הנאשם (סעיף 13(א)(2)).

המעצר עד תום ההליכים,²¹⁸ הפגיעה בזכויות החשוד כתוצאה מהמעצר היא חמורה פחות. האיזון בין אינטרס ציבורי זה מצד אחד, לבין פגיעה קלה יותר בזכויות האדם מהצד האחר, מצדיק רף ראייתי נמוך יותר למתן החלטה על מעצר קצר לצרכי חקירה. עם זאת, ככל שמתארכת החקירה וככל שמתארך המעצר, לרוב לא יהא די באותו "חשד סביר" שהצדיק את מעצרו הראשוני של החשוד כדי להצדיק את המשך המעצר.²¹⁹

(ב) הגשת כתב אישום

מאז ביטולו של מוסד החקירה המוקדמת,²²⁰ ההחלטה על הגשת כתב אישום בשיטת המשפט הישראלית – בניגוד למרבית ההחלטות בהליך הפלילי – אינה נתונה לבית המשפט כי אם לרשויות התביעה. כפועל יוצא מכך, מעטה היא הפסיקה המתייחסת לרף הראייתי הנדרש לצורך הגשת כתב אישום, ולרוב היא נוגעת לאחד משני הליכים: הראשון הוא תקיפה ישירה של החלטת רשויות התביעה על העמדה או אי-העמדה לדיון. בהקשר זה קבע בית המשפט העליון, בשורה של פסקי-דין, כי נתון ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת רחב ביותר בהערכת עצמתן של הראיות לכאורה נגד הנאשם, וכי רק במקרים יוצאי-דופן יתערב בית המשפט בהחלטתו.²²¹ ככל הנראה, עד כה מעולם לא התערב בית המשפט העליון בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום עקב היעדר תשתית ראייתית מספקת.²²² ההליך השני הוא במסגרת בקשה לקבל החזר של הוצאות הגנה או פיצוי על מעצר (או מאסר) לאחר זיכוי, לפי סעיף 80(א) לחוק העונשין,²²³ כשנטען כי מלכתחילה "לא היה יסוד לאשמה".²²⁴

218 סעיפים 17 ו-59 לחוק המעצרים לעומת סעיפים 61-62.

219 ראו, למשל, ב"ש 411/85 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד (2) 107, 109. כן ראו: ב"ש"פ ברק, הערה 215 לעיל; ב"ש"פ רוזנשטיין, הערה 121 לעיל. במקרים מסוימים יהא די בחשד סביר אף בשלבים מתקדמים יותר של החקירה, וזאת לנוכח עצמת העילה למעצר; ראו ב"ש"פ 429/89 מדינת ישראל נ' עמר (לא פורסם, 22.6.1989). ודוק: הדרישה כי עם התמשכות המעצר בטרם אישום יוצבו ראיות בעצמה רבה יותר, היא שונה ונפרדת מהדרישה כי זמן המעצר ינוצל בצורה מיטבית על ידי המשטרה, וכי החקירה לא תתארך יתר על המידה.

220 ראו בפרק 1.1 לעיל.

221 קדמי, הערה 36 לעיל, בעמ' 616-619 (מהדורת תשס"ג); כן ראו, למשל, בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356; בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423; בג"ץ יחב, הערה 74 לעיל; בג"ץ 4869/01 פלוגית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944, 954; בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 19.8.2004); וכן ראו בהמשך הדברים.

222 ראו, למשל, דברי השופט אליעזר ריבלין בבג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה (לא פורסם, 9.2.2000).

223 וראו גם סעיף 490 לחוק השיפוט הצבאי, המקביל לסעיף 80 לחוק העונשין.

224 ראו, למשל, ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73; ע"פ 303/02 חמדאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 550.

הרף הראייתי שנקבע בחוק להגשת כתב אישום הוא כי "הראיות מספיקות לאישום".²²⁵ ניתן להסיק מפסקי הדין שקדמו לבג"ץ יהב²²⁶ כי אף שבמסגרת ההחלטה על הגשה של כתב אישום יש לשקול את סיכויי ההרשעה בכלל ואת הסיכוי כי הראיות לכאורה תימצאנה מהימנות בפרט, החלטתן של רשויות התביעה להימנע מהגשת כתב אישום מהטעם של היעדר תשתית ראייתית מספקת היא מוצדקת רק אם סיכויי ההרשעה נמוכים מאוד,²²⁷ ודי שתובע יסבור כי יש בידו ראיות שתספקנה כדי לעבור את השלב של טענת "אין להשיב לאשמה".²²⁸ בבג"ץ יהב הוצב למעשה מבחן חדש, שונה במידה ניכרת, והוא מבחן "האפשרות הסבירה להרשעה", שבמסגרתו נבחן אם קיים "סיכוי סביר להרשעה".²²⁹ מבחן זה אומץ גם בפסיקה מאוחרת יותר.²³⁰ עם זאת, שיקול הדעת של רשויות התביעה בהכרעה אם הראיות במקרה זה או אחר עומדות ברף הראייתי הנדרש, עורנו רחב ביותר.²³¹

הדמיון בין מבחן זה לבין המבחן שנקבע לרף הראייתי הנחוץ למעצר עד תום ההליכים אינו מקרי, שכן בבג"ץ יהב השווה השופט אליעזר גולדברג מפורשות בין הרף

225 סעיף 62 לחסד"פ.

226 הערה 74 לעיל.

227 ראו, למשל, בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לו(4) 216, 223-222 ("ברור לתובע שהנאשם יזוכה"); בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 309 ("סיכויי ההרשעה נראים, על פני הדברים, מועטים"), ודג"ץ 4742/93 פרייברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 359, 367-368 ("אם הסיכוי לכך [להרשעה] הוא קלוש" או אם "ניתן בנקל להגיע למסקנה שהראיה היא מפוקפקת והסיכוי להרשעה הוא אפסי"); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1, 10 ("סיכויי ההרשעה על פי החומר שברשותו מועטים המה").

228 ראו, למשל, ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 803; ע"פ 870/81 טטוראשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 445; ע"פ 1524/93 מיכאלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 650.

229 בג"ץ יהב, הערה 74 לעיל, בעמ' 12-10, 31. יש לציין כי העמדה שלפיה על רשויות התביעה לבסס החלטתן על הערכה של סיכויי הצלחת התביעה, להבדיל מהסיכוי כי הנאשם אכן ביצע את המיוחס לו, אינה ייחודית לשיטת המשפט הישראלי. סיכויי ההרשעה הינם שיקול מרכזי בהחלטות תובעים גם בארצות הברית; ראו רות גביוון, שיקול-דעת מינוחלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם 186-185 (תשנ"א); LaFave, Israel & King, הערה 143 לעיל, Vol. 5, בעמ' 7-6, שמדבריהם עולה כי במקרים מסוימים עשויים תובעים בארצות-הברית להגיש כתב אישום רק על סמך ראיות המקימות סיכויי הרשעה העולים באופן ניכר על הסיכוי לזיכוי; ובאנגליה – ראו גביוון, שם, בעמ' 175; וכן במדינות נוספות דוגמת בלגיה ודנמרק – ראו: Sheridan & Cameron, הערה 168 לעיל, בפרקים העוסקים במדיניות אלה.

230 ראו, למשל, בג"ץ 1476/98 בן-עזרא נ' שר התעשייה והמסחר (לא פורסם, 21.9.1999); בג"ץ 4736/98 מעריב הרצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659, 666; כש"פ 2305/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 289; בג"ץ התנועה למען איכות השלטון, הערה 221 לעיל.

231 בג"ץ יהב, הערה 74 לעיל, בעמ' 27-24, 30-32. כן, ראו הטקסט הסמוך להערה 221 לעיל; בג"ץ התנועה למען איכות השלטון, שם.

הנדרש בשני השלבים. עוד עולה מדבריו, כי רף זה פירושו שהסיכוי להרשעת הנאשם עולה על הסיכוי לזיכוי או אינו נמוך ממנו.²³² עם זאת, חשוב לשים לב לכך שאין משתמע מדרך ניסוחו של השופט גולדברג כי קיומו של סיכוי להרשעה העולה על הסיכוי לזיכוי הוא תנאי לסמכות להגשת כתב אישום – אלא רק, שככלל, אין זה ראוי להגיש כתב אישום אם רף זה אינו מתקיים. כמו כן, כפי שציין השופט אליהו מצא בבקשה לדיון הנוסף בעניין זה,²³³ ההכרעה בבג"ץ יחב אינה נסמכת על עניין זה בלבד אלא גם, ובמידה רבה, על שיקול הדעת הרחב המסור כאמור לרשויות התביעה בהערכה של סיכויי ההרשעה. לפיכך, לדעתי, לא ניתן לומר באופן חד-משמעי כי לפי פסיקת בית המשפט העליון הרף הנדרש בשני השלבים הינו זהה.

מכל מקום, אינני סבור כי השוואה מוחלטת בין הרף הראייתי הנדרש בשני השלבים היא ראויה. האינטרס הציבורי העיקרי, העומד בבסיס ההחלטה האם להעמיד אדם לדין, הוא מיצוי הדין.²³⁴ אמנם, הגשת כתב אישום כשלעצמה אינה מיועדת לשרת את האינטרסים של הגנה מפני פגיעה בהליך השיפוטי או מפני מסוכנות הנאשם, אך הגשת כתב האישום מאפשרת להניע את הליך המעצר עד תום ההליכים שנועד, כאמור, להשיג מטרות אלה. מנגד, הפגיעה בזכויות הנאשם מתבטאת בפגיעה בפרטיותו, בשמו הטוב (כתוצאה משיכוו לתת-הקבוצה החברתית של נאשמים) ובקניינו (לאור הנטל הכלכלי שעשוי להיות מוטל עליו למימון הוצאות הגנתו, שברוב המקרים לא יוחזרו לו במלואן אף אם יזוכה).²³⁵ ההשוואה בין האינטרסים המתנגשים בשלב ההחלטה על הגשת כתב אישום, לבין אלה המתנגשים בשלב ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים, מחייבת, לדעתי, שהרף הראייתי התחתון הנדרש להחלטה על הגשת כתב אישום יהיה נמוך מהרף הראייתי התחתון המקיים סמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים,²³⁶ כפי

232 "הגשת כתב אישום, על אף שהתובע עצמו מעריך כי רב הסיכוי שהנאשם יזוכה על הסיכוי שיוורשע בדין, איננה מצב תקין ורצוי"; בג"ץ יחב, שם, בעמ' 11. השופטת דליה דורנר, בדעת מיעוט, השוותה גם היא בין הרף הנדרש בשני ההליכים, ולדבריה: "הרף הראייתי הגבוה ביותר האפשרי לשם החלטה בדבר הגשת כתב-אישום אינו יכול לעלות על הרף שנקבע בבש"פ זאדה". אך לגישתה, המבחן שאימצה דעת הרוב בבג"ץ יחב בנוגע להגשת כתב אישום מחמיר מהמבחן שהוצב בבש"פ זאדה למעצר עד תום ההליכים; שם, בעמ' 36 ואילך.

233 דג"ץ 3865/97 יחב נ' פרקליטת המדינה (לא פורסם, 8.5.1998).

234 ראו סעיף 62 לחסד"פ וכן בג"ץ 935/89 גנור נ' חיועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מר(2) 485, 509; ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 518-519.

235 השוו אל דברי הנשיא ברק בע"פ יוסף, שם, בעמ' 517-518: "אין חולק, כי עצם ההעמדה לדין מהווה פגיעה בחלק ניכר מזכויות היסוד של הפרט. פתיחת ההליך הפלילי פוגעת בפרטיותו של הנאשם... יש בה, לרוב, כדי להביא לפגיעה בקניינו ולעתים אף לפגיעה בחופש העיסוק שלו... אכן, העמדה לדין היא עניין רציני. יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו".

236 השוו גביוון, הערה 229 לעיל, בעמ' 103; דברי השופטת דליה דורנר בבג"ץ יחב, הערה 74 לעיל; וכן קנת מן, "הרף ההוכחתי הנדרש להעמדה לדין לעומת הרף הנדרש למעצר עד תום-ההליכים", הסניגור 3, 4 (1997).

שאפרט בהמשך הדברים.²³⁷

(ג) טענת "אין להשיב לאשמה"

סעיף 158 לחסד"פ קובע: "נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם...". על פי פסיקה רבת-שנים של בית המשפט העליון, בשלב זה די בכך שהתביעה הציגה ראיות "דלות ובסיסיות" המתייחסות לכל אחד מפרטי העבירה.²³⁸ ניתן אמנם להתייחס גם למהימנות הראיות כבר בשלב זה, אך זאת רק במקרים נדירים שבהם אף בית משפט סביר אינו יכול לתת אמון בראיות התביעה.²³⁹ כמו כן, אין צורך לבחון בשלב זה קיומה של תוספת ראייתית.²⁴⁰ יצוין, כי בכמה פסקי דין המאוחרים לחקיקת חוק היסוד – וביניהם בש"פ זאדה – חזר בית המשפט העליון על הלכה זו באמרות אגב, ללא דיון לגופה של הלכה.²⁴¹

הצבתו של רף ראייתי נמוך זה היא חריגה משתי בחינות: ראשית, ביתר השלבים – דהיינו: שלב המעצר הראשוני, שלב הגשתו של כתב האישום, שלב המעצר עד תום ההליכים ושלב הכרעת הדין – ככל שמדובר בשלב מאוחר יותר בהליך הפלילי כן נדרש רף ראייתי גבוה יותר. לעומת זאת, כדי להשיב לאשמה נדרש רף הנמוך מהרף הנדרש להגשת כתב האישום או למעצר עד תום ההליכים. שנית, בעבר ניתן תיאור דומה לרף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום, למעצר עד תום ההליכים, וכדי להשיב לאשמה ("ראיות לכאורה" להוכחת האשמה). אולם, בעוד שהרף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום הועלה בבג"ץ יחב, והרף הראייתי הנדרש למעצר עד תום ההליכים הועלה עם השנים, כמפורט לעיל – הרף הראייתי הנדרש לדחיית הטענה כי אין להשיב לאשמה כמעט לא השתנה במשך השנים. למעשה, כאמור, הרף הנדרש לא הועמד לדיון ממצה לאחר חקיקת חוק היסוד, ואף לא לאחר בש"פ זאדה ובג"ץ יחב.

ההנמקה שניתנה אגב אורחא לקביעתו של רף ראייתי נמוך זה התבססה על האינטרסים העומדים ביסודו של שלב התשובה לאשמה. יצוין, כי האינטרס הציבורי בשלב זה זהה לאינטרס הציבורי בשלב הגשת כתב האישום. כמו כן, השיקול

237 בפרק ה.3. להלן.

238 ראו, למשל, ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 504; ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון, פ"ד לב(1) 170; ע"פ 405/80 מדינת ישראל נ' שדמי, פ"ד לה(2) 757; ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט(3) 596.

239 ע"פ כחלון, שם; ע"פ שדמי, שם.

240 ראו ע"פ 638/85 מדינת ישראל נ' בוטרוס, פ"ד מ(2) 658; והשוו אל פרקים ג.5, לעיל, 5.1. להלן.

241 ראו דברי הנשיא ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 144-145, וכן דברי השופטת דורנר בבש"פ רחאל, הערה 49 לעיל, בעמ' 225-226; בבש"פ ויסמן, הערה 51 לעיל, בעמ' 445; ובבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 164-165; כן ראו בש"פ דחלה, הערה 103 לעיל; ע"פ 8418/99 ישפאר חברה אלקטרונית למסחר בע"מ נ' אל-רז ג'ניס מסחר (1992) בע"מ (לא פורסם, 22.12.1999). כך גם בית הדין הצבאי לערעורים, בהסתמך על פסיקת בית המשפט העליון; ראו ע/124/00 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אברמוב (לא פורסם, 22.10.2000).

"המערכת", שחייב זהירות מסוימת בהחלטה אם להעמיד לדין במטרה למנוע עלויות מיותרות, קטן – שכן חלק ניכר מאותן עלויות הוצא בשלבים הקודמים לשלב זה. מנגד, בכל הנוגע לנאשם, לא זיהתה הפסיקה זכויות מהותיות שלו העלולות להיפגע בשלב זה, וראתה בזכות שלא להשיב לאשמה – מקום שהאשמה לא הוכחה אף לכאורה – זכות דיונית (להבדיל ממהותית) בלבד.²⁴² האיוון בין אינטרס ציבורי חזק מצד אחד לבין אינטרס חלש של הנאשם מהצד האחר הביא להצבת רף ראייתי נמוך למדי.

לא זה המקום להרחיב בסוגייה זו; עם זאת, ספק בעיני אם זו ההלכה הראויה, ולדעתי יש מקום לבחון אותה מחדש. אמנם, בחלק מהמקרים הפגיעה בזכויות הנאשם כמעט אינה מתעצמת כתוצאה מחיובו להשיב לאשמה – כך, למשל, במשפטו של נאשם שאינו עצור, ומשפטו עתיד להסתיים תוך זמן קצר אף אם יידרש להשיב לאשמה. אולם, במקרים רבים אחרים, המשמעות של ההחלטה כי על הנאשם להשיב לאשמה היא שהדיון השיפוטי ימשך עוד זמן רב, ועמו גם תקופת הזמן שבה משתייך הנאשם אל תת-הקבוצה של נאשמים; כן גדלים הוצאות הגנתו של הנאשם והנטל הכלכלי הרובץ עליו; עלולה להיפגע זכות השתיקה שלו; ואם הנאשם עצור עד תום ההליכים – ייתכן שיקשה עליו להשתחרר מהמעצר כל עוד לא נקבעה חפותו, וזאת בשל הדרך השונה שבה בוחן בית המשפט הדין במעצר את הראיות נגד הנאשם. פירושו של דבר הוא, כי אף שמבחינת בית המשפט ההחלטה אם על הנאשם להשיב לאשמה היא טכנית-דיונית בעיקרה, אין להתעלם מכך שכרוכה בה אפשרות של פגיעה נוספת בזכויות הנאשם. עליית חשיבותן של זכויות אלה בעקבות חוק היסוד מחייבת, לדעתי, בחינה מחודשת של הרף הראייתי הנדרש לשם חיובו של נאשם להשיב לאשמה – בדומה לבחינה הנוספת באשר לרף הראיות הראוי להגשת כתב אישום ולרף הראיות הנדרש למעצר עד תום ההליכים, כפי שצינתי לעיל.

אוסף עוד, בקצרה, כי לדעתי הרף הראייתי הנדרש בשלב זה צריך להיקבע תוך התחשבות בפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם. יתרה מזאת: יש להתחשב גם בכך שבשלב זה של הדיון השיפוטי, לאחר תום פרשת התביעה, עומדת בפני בית המשפט אפשרות טובה יותר להעריך את סיכויי ההרשעה מאשר בשלב המעצר, טובה יותר גם מזו שעמדה בפני רשויות התביעה כשהחליטו על ההעמדה לדין.²⁴³ אמנם, אין מקום

242 ראו דברי השופטת דורנר בבש"פ רחאל, הערה 49 לעיל, בעמ' 225: "ראיות לכאורה" על-פי סעיף 158 לחוק משפיעות על סדר הדין הפלילי בלבד, במובן זה שקיומן מעביר לנאשם את נטל הבאת הראיות, אך אינו מעביר על שכמו את נטל השכנוע, הנותר תמיד על התביעה... לנוכח ההשלכה המוגבלת של 'ראיות לכאורה' על הכרעת הדין, נקבע כי די בראיות דלות ובסיסיות, כי משקלן אינו רלוואנטי, וכי הראיות אינן מאבדות מערכן הלאור גם אם בחומר שהובא בפרשת התביעה קיימות ראיות המחלישות את הראיות המרשיעות או סותרות אותן; וכן דברי הנשיא ברק בבש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 145: "אכן, הטענה שאין להשיב לאשמה היא במהותה בעלת אופי דיוני...".

243 אמנם, גם בשלב זה נאלץ בית המשפט להסתפק בהערכה בנוגע לראיות שתבואנה במסגרת פרשת ההגנה ולסיכוי כי תימצאנה מהימנות, ועדיין אין עליו לגבש עמדה בנוגע למהימנותן של ראיות

שהשופט יגבש עמדה סופית בנוגע למהימנות של ראיות התביעה בטרם הסתיים המשפט,²⁴⁴ ובחלק גדול מהמקרים קיים קושי להעריך את סיכויי ההרשעה בטרם הוצגה פרשת ההגנה; אך במקרים רבים יכול השופט להעריך אם העדות שהובאה בפניו מהימנה אם לאו גם מבלי לגבש עמדה סופית בסוגייה זו. העולה מן האמור הוא שיש לאפשר לשופט, הדין בטענה כי אין להשיב לאשמה, להתחשב בשיקולי מהימנות ומשקל גם במקרים בהם לא מדובר בראיות כה בלתי-מהימנות עד שאף בית משפט סביר לא היה סומך עליהן,²⁴⁵ וכי יש להעלות במידה מסוימת את הרף הראייתי הנדרש לחיוב הנאשם להשיב לאשמה – מעבר לרף הנמוך ביותר שנקבע, כאמור, בפסיקה.

(ד) הכרעת הדין

מקובל כי הרף הראייתי הנדרש בשלב הכרעת הדין אינו שנוי במחלוקת, ולפיכך לא ארחיב בנוגע אליו. הכרעת הדין היא שיאו של ההליך הפלילי, וכל השלבים הקודמים לה במשפט מיועדים לכך שתיתן הכרעה דין מדויקת ככל האפשר. האינטרס הציבורי בשלב זה מחייב את הרשעת האשמים ואת ענישתם, לאור כל מטרות הענישה ושיקוליה.²⁴⁶ מנגד, הרשעה מוטעית של חף מפשע היא הפגיעה הקשה ביותר בזכויותיו, שכן שמו הטוב, חירותו, כבודו וזכויות נוספות שלו נפגעים במידה העולה באופן משמעותי על הפגיעה בהם בשלבים הקודמים של ההליך הפלילי.

- התביעה. עם זאת, ידועה בשלב זה התשובה לשאלות רבות אחרות שקודם לכן היו נתונות להערכה בלבד: בית המשפט אינו נדרש עוד להעריך האם עד יחזור על עדותו במשטרה או יסרב להעיד; כאשר ישנן כמה גרסאות, ניתן לדעת מאחורי איזו מהן עומד העד; ניתן לדעת האם ניתן הסבר הגיוני לסתירות בעדות, או שמא נותרו סתירות רבות ללא הסבר וכיוצא באלה.
- 244 גיבוש "עמדה סופית" מעין זו אף עשוי להביא לפסולות של השופט, אך אין בכך כדי למנוע מהשופט מלהתירם או מלגבש עמדה מתפתחת כאשר לראיות שבאו בפניו, או מלהביע עמדה לכאורית כאשר להן; ראו, למשל, ע"פ 344/99 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 599, 614; ע"א 4072/99 מ.ל. השקעות ופיתוח בע"מ נ' כלילי (לא פורסם, 6.10.1999).
- 245 אמנם, גם בשיטת המשפט האנגלי ההלכה היא שבשלב הטענה שאין להשיב לאשמה נשקלים שיקולי מהימנות רק אם אף בית משפט סביר אינו יכול להרשיע על סמך הראיות הקיימות; ראו John F. Archbold, *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice* 428-429 (P. J. Richardson, 2001). הלכה דומה קיימת בחלק ממדינות ארצות-הברית בכל הנוגע לרף הראיות הנדרש בדיון "העילה הסבירה"; ראו הערה 146 לעיל. הלכה זו בשיטת המשפט האנגלי-אמריקני נובעת במידה רבה מהשיטה של משפט המושבעים ומהיחס שבין תפקיד השופט לבין תפקידם של המושבעים; מכיוון ששאלות מהימנות ככלל, גם בתום המשפט, אינן נתונות להכרעת השופט כי אם להכרעת המושבעים, על השופט להמתין להכרעת המושבעים – אלא אם אף חבר מושבעים סביר לא יוכל להרשיע את הנאשם על סמך ראיות התביעה. רציונל זה אינו מתקיים בשיטת משפט ללא מושבעים.
- 246 לשיקולי הענישה השונים ראו, למשל, יעקב בזק, הענישה הפלילית 56-90 (תשמ"א); דו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (בראשות השופט אליעזר גולדברג התשנ"ח). וראו גם פסקי הדין הנזכרים בהערה 272 להלן, וכן ע"פ 3004/98 מדינת ישראל נ' שבתאי, פ"ד נה(3) 577, 581-582.

האיזון בין האינטרסים המתנגשים האמורים הביא להצבת רף ההוכחה "מעבר לכל ספק סביר".²⁴⁷ שיטת משפטנו מבוססת על התפיסה כי מוטב שיוזכו עשרה אשמים משיוורשע חף מפשע אחד.²⁴⁸ נוסף על הרף הראייתי הגבוה שהוצב לעניין שלב זה, מידת הדיוק המושגת בהכרעת הדין היא הגבוהה ביותר והחשש מפני טעות בשלב זה הוא הנמוך ביותר – באשר ההליך הפלילי מיועד להביא לכך שבתום המשפט יהיו בפני השופטים כל הראיות הקבילות והרלבנטיות, כמו גם אותות האמת שלפיהם ניתן לקבוע את מהימנותן של ראיות אלה.

3. מהותו ומקומו של הליך המעצר עד תום ההליכים והשוואת הראיות הנדרשות בשלבים השונים בפלילים

השוואת הרף הראייתי הנדרש בשלבים השונים של ההליך הפלילי, על פי האינטרסים המתנגשים העומדים ביסוד כל אחד מהם, מעלה תמונה ברורה: ככל שהפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם רבה יותר, הרף הראייתי הנדרש לכך הינו כפועל גבוה יותר.²⁴⁹ מבחינה זו ניתן לומר כי שלב המעצר עד תום ההליכים מצוי בין שלב ההגשה של כתב האישום לבין השלב של הכרעת הדין. מובן, לפיכך, מדוע רף הראיות לכאורה בשלב המעצר כולל את הרף הראייתי הנדרש להגשת כתב אישום, וצריך להיות גבוה ממנו.²⁵⁰

מכל מקום, ראוי, לדעתי, כי בכל אחד משלבי ההליך הפלילי יהא אמנם רף ראייתי תחתון לסמכות – אך מעבר לו יוצב מתחם סבירות מסוים, שבמסגרתו יהיה לגורם המוסמך שיקול דעת בהפעלת סמכותו, בשם לב לעצמתם של האינטרסים המתנגשים במקרה הקונקרטי, למהות העניין ולנסיבותיו, כמו גם לרצינות האשמה.

247 ראו סעיף 34(א) לחוק העונשין ("מעבר לספק סביר"). למשמעותו של רף זה ראו, למשל, קדמי, הערה 124 לעיל, חלק שלישי, בעמ' 1232 ואילך; ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 644 ואילך; דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עבד, פ"ד נא(1) 736, 818-817, 859-858.

248 ראו והשוו רמב"ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ: "ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי אחד יום אחד". כן ראו קיטאי, הערה 7 לעיל, בעמ' 55 ואילך; ע"פ 6508/02 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.2.2003) – בחוות דעתו של השופט יעקב טירקל.

249 השוו קיטאי, שם, בעמ' 229. עם זאת, יש לציין כי ייתכן שבמקרים מסוימים העלאת הרף הראייתי תבוא לידי ביטוי בעיקר בבחינה קפדנית יותר של הראיות בטרם הכרעה, אם הן עומדות ברף הנדרש. ניתן להשוות זאת לראיות הדדושות להכרעה במשפט פלילי ובמשפט אזרחי, באשר ככל הנראה יש לרצינות העניין במשפט השפעה על הראיות הנדרשות, בין אם לפי הדעה הגורסת כי נדרש רף ראייתי שונה ובין אם בהתאם לגישה שלפיה מדובר ברצינותן של הראיות הנדרשות לביסוסו של הרף הראייתי הרגיל; ראו קדמי, הערה 124 לעיל, חלק שלישי, בעמ' 1314 ואילך.

250 ראו בפרק ה.2(ב) לעיל. יוצא-דופן במידה מסוימת הוא השלב של הטענה כי "אין להשיב לאשמה", ועל כך עמדתי בפרק ה.2(ג) לעיל.

כך, למשל, יש כאמור לקבוע כי הרף התחתון לסמכותן של רשויות התביעה להגיש כתב אישום יהא נמוך במידה זו או אחרת מהרף הנדרש למעצר עד תום ההליכים, וכי במקרים מסוימים ראוי להגיש כתב אישום גם כשהתובע מעריך כי סיכויי הזיכוי עולים במידה מסוימת על סיכויי ההרשעה – ובלבד שגם הם סבירים. אולם, כאשר האינטרס הציבורי אינו בעל עצמה גבוהה, ואילו הפגיעה בנאשם קשה במיוחד, לא יהא זה ראוי להגיש כתב אישום אלא אם התובע סבור כי הסיכוי להרשעה עולה על הסיכוי לזיכוי או אינו נופל הימנו. גם מידת ההקפדה הנדרשת בבחינת הראיות לכאורה עשויה להשתנות ממקרה למקרה; כך, אין ספק כי החלטה על העמדה לדין בגין עבירת רצח או אונס דורשת מהתובע בחינה קפדנית של תיק החקירה, ובכלל זה לראיין מראש את העדים העיקריים, בעוד שבדיקה קפדנית מעין זו אינה נדרשת כשמוגש כתב אישום בגין עבירה קלה. מסיבה דומה מוענקת כיום, כידוע, במקרים מסוימים, זכות שימוע לחשוד בטרם תתקבל ההחלטה אם להגיש נגדו כתב אישום – במטרה לבחון ביתר קפידה את הסיכוי שגרסתו תתקבל במשפט.²⁵¹

באופן דומה, בשלב הטענה כי אין להשיב לאשמה ראוי, כאמור, שבית המשפט יבחן במסגרת שיקוליו אם לחייב את הנאשם להשיב לאשמה, נוסף על סיכויי ההרשעה, גם את הפגיעה העלולה להיגרם לנאשם המסוים אם יחויב להשיב לאשמה, וכן את הפגיעה העלולה להיגרם לאינטרס הציבורי אם יזוכה הנאשם מבלי שיידרש להשיב לאשמה: ככל שהפגיעה בנאשם רבה יותר, יש לשקול אם לדרוש רף ראייתי גבוה יותר – והכל במסגרת המתחם הסביר לעניין זה. להלן אעמוד על הדרך שבה יש, לדעתי, ליישם "משוואה" זו בשלב המעצר עד תום ההליכים.

ו. משפט רצוי – מסקנות

1. הראיות הנבחנות בדיון המעצר ודרך בחינתן

כעולה מן האמור לעיל, בחינת הראיות לכאורה מיועדת להקטין את החשש מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשם, וזאת על ידי הערכה מדויקת ככל הניתן של הסיכוי כי הנאשם יורשע בתום ההליך הפלילי.²⁵² לא למותר להזכיר, כי האפשרות להגיע להערכה

251 וראו סעיף 60א לחסד"פ, כפי שתוקן בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28), התש"ס-2000, ס"ח 242, הקובע זכות שימוע לחשוד בעבירת פשע, בכתב או אף על פה, בהתאם להחלטת רשות התביעה.

252 ברי כי קיים סיכוי גדול יותר למנוע פגיעת-שווא כאמור בשיטת משפט המתמקדת בסיכויי ההרשעה, דוגמת שיטת המשפט הישראלי, מאשר בשיטת משפט המתמקדת בעיקר באפשרות כי הנאשם ביצע את המיוחס לו, דוגמת שיטת המשפט האמריקני. בחינת האפשרות כי הנאשם אשם, בהתעלם מהסיכוי כי יזוכה בדינו בכל זאת, מביאה בהכרח לפגיעת-שווא בזכויותיהם של נאשמים

מדויקת כאמור מותנית במידת הקפידה שבה נבחנות הראיות לכאורה. מסיבה זו נקבע כי אל לבחינת הראיות להיות שטחית.²⁵³

אכן, בשלב המעצר לא ניתן לגבש עמדה סופית אודות משקלן של הראיות; ובלא לשמוע עדות, ברי כי לא ניתן להעריך את מהימנותה. עם זאת, אין חולק כי לעתים קיימים בחומר החקירה פגמים או ליקויים בסיסיים בגרסת התביעה – "קשיים אינהרנטיים", "ספק מובנה" או "פגם גנטי", כלשונו של הנשיא ברק בבש"פ זאדה.²⁵⁴ במקרים אלה נשלל קיומו של סיכוי סביר להרשעה ואין ראיות לכאורה המספיקות למעצר. על כן, למעשה, קיימת תמימות דעים.

חשובה יותר היא השאלה אם על השופט לבדוק את משקלן ואת עצמתן של הראיות לכאורה גם כשקיים סיכוי סביר להרשעה. לעניות דעתי, התשובה לכך חיובית: על השופט להיעזר בניסיונו השיפוטי ובמומחיותו המשפטית, כמו גם בשיקולי ההיגיון, כדי להעריך את עצמתן של הראיות לכאורה; עליו לשאול את עצמו מה הן הערכות ותחושותיו בדבר סיכויי ההרשעה אל מול סיכויי הזיכוי. גישה שלפיה יש להתחשב בחולשת הראיות רק כשנשלל סיכוי סביר להרשעה עלולה להביא להערכה מוטעית של הסיכוי להרשעת הנאשם, ולגרור פגיעת-שווא בזכויותיו.²⁵⁵ ואמנם, כאמור, מקובלת כיום בפסיקה הגישה כי גם כשקיימות ראיות לכאורה יש לשקול ביתר שאת להסתפק בחלופת מעצר אם הראיות לכאורה הן בעייתיות או חלשות באופן ממשי.²⁵⁶

מכיוון שהמטרה היא להגיע להערכה מדויקת ככל הניתן של סיכויי ההרשעה, יש להבחין בשלב המעצר בין ראיות המוסיפות לדיוק בהערכה של סיכויי ההרשעה לבין ראיות שאינן תורמות לכך.

בקבוצה השנייה מצויות לדעתי אותן ראיות שבשלב המעצר כלל לא ניתן להעריך כיצד ישפיעו על הכרעת הדין. במה דברים אמורים? כידוע, בחלק גדול מהמשפטים הפליליים ניתן למצוא בדברי העדים השונים סתירות קלות – במסגרת אותה עדות או

שניתן להעריך כבר בשלב הדיון במעצר כי סביר להניח שיזכרו בתום משפטם, אף אם זיכוי זה יהיה מחמת הספק בלבד. בעמדה זו מחזיק גם המלומד אלשולר, הסבור כי חלף בחינת קיומה של "ראייה ברורה ומשכנעת" כעת, עדיף לבחון את סיכויי ההרשעה, שכן זו המטרה הניצבת ביסוד הדרישה כי תימצא עילה סבירה למעצר; ראו Alschuler, הערה 131 לעיל, בהערת שוליים 247. לטעמי, גישה זו נגזרת מן הכלל שלפיו אין מקום למעצר של מי שכבר זוכה בדינו, אף כשסביר להניח כי ביצע את העבירות המיוחסות לו. יצוין, כי הערכת סיכויי ההרשעה עדיפה על פני הערכת הסיכוי כי הנאשם אשם, הן באשר לעילת המסוכנות – שכן במרבית המקרים אין די במסוכנות לבדה למעצר אדם כאשר אין ניתן להרשיעו בביצוע עבירה קונקרטית – והן באשר לעילת החשש מפני פגיעה בהליך השיפוטי – שכן האינטרס של הנאשם לפגוע בתקינות ההליך השיפוטי מושפע מהסיכון כי יורשע בדינו, ואינו מותנה בשאלה אם ביצע בפועל את המיוחס לו.

253 בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 150.

254 שם, בעמ' 148, 151.

255 ראו והשוו אל דברי השופט כן בבש"פ זאדה. על ההבדל בין גישתו לבין גישת הנשיא ברק, ראו בפרק 3.1 (א) סיפא לעיל.

256 על כך ראו בפרק 4.2 לעיל.

בין עדות אחת לבין עדויות אחרות. במקרים רבים, מקורן של סתירות אלה בשכחה הנובעת מחלוף זמן, בנקודת מבט שונה על האירועים, בחוסר הבנה בין החוקר לבין העד וכיוצא באלה. עקב ריבוי המקרים שבהם קיימות סתירות קלות מעין אלה, וריבוי הגורמים האפשריים להן, ומכיוון שאין בהם לרוב כדי להעיד על חוסר מהימנותן של העדויות – בפועל, בהכרעות דין רבות כמעט שאין השפעה לאותן סתירות קלות. לפיכך, גם בשלב המעצר, זיהוי של סתירות או של תמיהות קלות אינו יכול לרוב לסייע בהערכת הסיכוי שהנאשם יורשע בדינו. שופט שבכל זאת יתחשב בהן עלול להיגרר, לפחות בחלק מהמקרים, להערכה מוטעית כי סיכויי ההרשעה נמוכים מכפי שהם בפועל.

האמור נכון במקרים רבים גם כשהנאשם הכחיש בחקירתו את המיוחס לו. לנאשם יש אינטרס טבעי להרחיק את עצמו מן העבירה, ולמותר להזכיר כי במקרים רבים מורשעים נאשמים על אף כפירתם באשמות. הודאה של נאשם בחקירה משמעותה לרוב שקיימות ראיות לכאורה טובות כנגדו; אך גם במקרים שבהם לא הודה הנאשם במיוחס לו, אין משמעו של דבר כי נפגעים הסיכויים להרשעתו אף אם אין בגרסתו חלקים שאינם סבירים לכאורה. אל נוכח הכחשת הנאשם יועבר המשקל בבחינת קיומן של ראיות לכאורה אל יתר ראיות התביעה, תוך עימותן עם גרסת הנאשם. גם במקרה זה, מתן משקל-יתר לעובדה שהנאשם הכחיש את המיוחס לו, או התמקדות בכך שמדובר בגרסה מול גרסה, עלולים להביא להערכה מוטעית של סיכויי ההרשעה.²⁵⁷

שונים פני הדברים ככל שקיימות סתירות או תמיהות מהותיות בין העדויות השונות, וככל שהן רבות יותר או נוגעות לעניינים מרכזיים יותר. במקרים אלה ניתן להעריך כי השופט הדן במשפט גופו לא יוכל להתעלם מסתירות אלה בהכרעת דינו – אף אם ימצא בסופו של דבר כי גרסת עדי התביעה היא מהימנה – ולפיכך ניתן להעריך שקיומן של סתירות ותמיהות שכאלה מפחית מהסיכוי להרשעת הנאשם.²⁵⁸ כאמור, יש מקום להתחשב בהפחתה זו בסיכויי ההרשעה גם אם היא אינה שוללת קיומו של סיכוי סביר להרשעה.

257 כך גם לשיטת השופטת דורנר, שכן "בהעדר אפשרות לקביעת מימצאי מהימנות על-יסוד התרשמות מהופעת עדים, גירסה מכחישה של נאשם, כשלעצמה אינה משפיעה על עוצמת הראיות המצביעות על אשמתו", בש"פ זאדה, הערה 3 לעיל, בעמ' 166.

258 אמנם, אי-דיוקים, אי-התאמות וסתירות הם בגדר חזון נפרץ בעדויותיהם של עדים ושל קרבנות, ואין בהם בהכרח כדי לפגוע במהימנות העדויות; אך זאת – כל עוד הם נוגעים לפרטים משניים ואינם יורדים לשורשו של עניין או כשיש להם הסבר המניח את הדעת; ראו סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; וכן ראו והשוו ע"פ 100/55 מאיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט(2) 1218, 1224; ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, 90; ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 317; ע"פ 993/00 שלמה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 220.

2. ראיות בלתי-קבילות וממצאי הפוליגרף

הערכת סיכויי ההרשעה מתבססת בראש ובראשונה על ראיות קבילות, שכן אין הרשעה אלא על סמך ראיות קבילות, וראיות שאינן כאלה אינן עשויות, בדרך כלל, לסייע בהערכת סיכויי ההרשעה. עם זאת, במקרים מסוימים אין זה ברור בשלב המעצר אם ראיה היא קבילה אם לאו, ושאלת קבילותה אמורה להתברר רק במשפט עצמו. כמו כן, לעתים אין לנאשם בשלב המעצר אפשרות להסתמך על ראיה קבילה, ותחת זאת הוא מבקש להיעזר באופן זמני בראיה בלתי-קבילה כגון "עדות שמיעה". במקרים אלה אין להתעלם כליל מהראיות הבלתי-קבילות, ויש לשקול את הסבירות שבמקומן תובאנה ראיות קבילות במשפט גופו, או שבמהלך המשפט ייקבע כי מדובר בראיות שהן קבילות.²⁵⁹

במקרים מיוחדים, גם ראיות שאינן קבילות כשלעצמן עשויות לתרום או לסייע בהערכתן של הראיות הקבילות. זהו הדין הראוי, לעניות דעתי, גם ביחס לממצאי בדיקת הפוליגרף. למעשה, עוד בדו"ח הוועדה לעניין פוליגרף (1981), בראשות הנשיא יצחק כהן, הומלץ להכיר בממצאי הפוליגרף כראיה בהליכי מעצר; יצוין, כי בדו"ח לא נעשתה הבחנה בין נאשמים לחשודים.²⁶⁰

כפי שכבר נזכר לעיל, ממצאי הפוליגרף אינם ראיה קבילה במשפט גופו. לפיכך, אם מתברר כי ללא ממצאי הפוליגרף אין די ראיות לכאורה ואין סיכוי סביר להרשעה, אין בכוחם של ממצאי הפוליגרף כדי לשנות מסקנה זו.²⁶¹ אולם, אם נמצא כי מתמלאת דרישת הראיות לכאורה – במקרים המתאימים יש בכוחם של ממצאי הפוליגרף כדי לסייע בהערכת משקלן של הראיות לכאורה הקיימות.²⁶² כך, כשנאשם מסר בחקירתו גרסה מכחישה שאינה בלתי-סבירה לכאורה, ולאחר מכן הסכים (או אף ביקש) לעבור בדיקת פוליגרף ונמצא כי הוא דובר אמת, אזי ניתן להעריך בסבירות גבוהה כי הנאשם יבחר להעיד ולמסור את גרסתו גם במשפט, וכן כי הסבירות שיסתבך בשקרים או שיימצא כי עדותו אינה מהימנה היא נמוכה יחסית. במקרה ההפוך – כשהנאשם בחר בחקירתו בזכות השתיקה, או אם גרסתו בחקירה הינה תמוהה או בלתי-עקבית, ובבדיקת הפוליגרף נמצא כי הוא דובר שקר – ניתן להעריך שקיימת סבירות גבוהה יותר כי יימנע מלהעיד במשפט, או כי אם יעיד הוא עלול להותיר רושם בלתי-מהימן או אף להסתבך בשקרים. לפיכך, כשניתן להעריך כבר בשלב המעצר שגורלו של המשפט ייחתך במידה רבה על סמך ממצאי השופטים באשר למהימנותה או לחוסר-מהימנותה של עדות הנאשם, יש בממצאי הפוליגרף, בשילוב עם גרסתו של הנאשם

259 ראו וחסו ב"ש עליה; ב"ש קורטאם, הערה 120 לעיל; ב"ש פרץ, הערה 119 לעיל; ב"ש אדזיאוויילי, הערה 114 לעיל.

260 ראו ספר יצחק כהן 29, 49 ו-84 (בעריכת מנחם אלון, תשמ"ט); ההמלצה הרלבנטית נכללת בסעיף 43ב(1) שהציעה הוועדה להוסיף לפקודת הראיות.

261 השוו לב"ש פרץ, הערה 119 לעיל.

262 השוו לב"ש חנוך, הערה 122 לעיל, בעמ' 705.

בחקירה או עם שתיקתו בה, כדי לסייע בהערכת הסיכויים שעדותו של הנאשם תימצא מהימנה.

במילים אחרות: ממצאי הפוליגרף, אף כי אינם יכולים להקים את ה"יש" (דהיינו: את הסיכוי הסביר להרשעה), הם יכולים במקרים מסוימים לחזק את הערכת ה"יש" (אם הממצא הוא כי הנאשם דובר שקר) או להחלישה (אם הממצא הוא כי הנאשם דובר אמת) – אם כי לא במישרין וכשלעצמם אלא בעקיפין, כנתון רלבנטי נוסף היכול להשליך על סבירות הסיכוי להרשעה. עם זאת, באותם מקרים שבהם קיימות ראיות לכאורה למכביר, וניתן להעריך כי הסיכוי להרשעת הנאשם הוא גדול ללא קשר לתוכן גרסתו, אין בכוחו של ממצא פוליגרף שלפיו הוא דובר אמת כדי לגרוע מהערכה זו; מנגד, כאשר עדות מהימנה (או בלתי-מהימנה) של הנאשם במשפטו עשויה להכריע את הכף – כגון כשהראיות נגדו הן נסיבתיות, כשקיימת נגדו אך עדות יחידה, או כשיש סתירות או תמיהות ממשיות העולות מעדויות התביעה – ניתן וראוי לייחס משקל לממצאי הפוליגרף בהערכת סיכויי ההרשעה, בשים לב גם לסבירותה של גרסת הנאשם, לעקיבותה, ולכלל נסיבות המקרה. האמור נכון, בשינויים המחויבים, גם באשר לבריאות פוליגרף שנערכו לעדים מרכזיים אחרים, מטעם התביעה או מטעם הנאשם.²⁶³

3. הרף הראייתי המצדיק מעצר והרף המצדיק חלופת מעצר

לגישתי, קיומו של סיכוי סביר להרשעה הינו רף הסמכות התחתון למעצר ולחלופת מעצר כאחד. הפרשנות הראויה, לדעתי, של "סיכוי סביר להרשעה", אינה של אפשרות סבירה גרידא, שמירת סבירותה יכולה להיות נמוכה, כי אם של אפשרות להרשעה שסבירותה עולה על סבירות האפשרות לזיכוי – בדומה למאזן ההסתברויות האזרחי – או מכל מקום, שהיא לפחות שקולה לה ואינה נופלת הימנה. כמצוין לעיל, לפרשנות זו יש תימוכין מסוימים בפסיקה ובספרות אף קודם לחקיקתם של חוק היסוד ושל חוק המעצרים. פרשנות זו מתחזקת, לטעמי, לאור ביצור מעמדם של זכויות היסוד של הפרט ושל חזקת החפות לאחר חוק היסוד וחוק המעצרים, ולאור השינוי הנובע מכך בנקודת האיזון בין הזכויות והערכים המתנגשים, כנוכח לעיל.

כמו כן, לגישתי יש להבחין בין הרף המינימלי המקיים סמכות (למעצר ולחלופת מעצר כאחד, כאמור) לבין הרף המצדיק מעצר ממשי (או אף חלופת מעצר חמורה כגון "מעצר בית מלא").

כאמור, לדעתי, יש מקום להחיל את "המשוואה" שבין עצמת האינטרסים המתנגשים לבין הרף הראייתי הנדרש גם על ההחלטות המתקבלות במסגרת דיוני המעצר. כפי שהובהר לעיל, ההגבלה על זכויות הנאשם כתוצאה ממעצר היא החמורה ביותר מבין ההליכים הקודמים לשלב פסק הדין. ההגבלה על זכויות הנאשם בחלופת מעצר הינה

263 השוו לבש"פ 6612/95 פחימה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.10.1995); וכן ראו ע"מ/35/03 רב"ט סלובסקי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 14.8.2003).

קלה במידה ניכרת מההגבלה הנובעת מהמעצר, אף כי אין להקל ראש במידת ההגבלה הנובעת מ"מעצר בית מלא", למשל. כפועל יוצא מכך מתחייבת לדעתי, המסקנה כי ראיות שדי בהן לחלופת מעצר לא בהכרח די בהן למעצר. האמור נכון גם באשר ליחס בין עצמת הראיות לכאורה הנדרשות לבין כל אחת מן ההגבלות האפשריות על זכויות הנאשם, כחלק מחלופת המעצר – בהתאם למידת פגיעתה בזכויות הנאשם.

עמדה דומה לעמדתי ניתן למצוא גם בדבריהם של מלומדים אמריקנים.²⁶⁴ מלומדים אמריקנים רבים סבורים כי אין די ברף "העילה הסבירה" למעצר עד תום ההליכים, וכי יש להעלות את הרף הראייתי האמור אף כשקיימות עילות "חזקות" למעצר הנאשם. אולם, יש לשים לב לכך שמלומדים אלה מתמקדים בפגיעה הקשה בזכויות הנאשם, הנובעת ממעצר ממשי עד תום ההליכים דווקא, וביקורתם אינה נוגעת להצבת רף העילה הסבירה כרף ראייתי שדי בו להוראה בדבר חלופת מעצר.²⁶⁵ עוד ראוי להזכיר, כי עמדתה של השופטת דורנר בבש"פ זאדה – שלפיה יש להעלות את הרף הראייתי הנדרש למעצר – נסמכה, בין היתר, על מלומדים אלה.

בהקשר זה מתעוררת גם שאלת היחס בין הרף הראייתי הנדרש לחלופת מעצר לבין הרף הראייתי הנדרש ל"הטלת ערובה". כאמור בסעיף 48(א) לחוק המעצרים, לשחרור בערובה ניתן להוסיף תנאים מגבילים כפי שימצא בית המשפט לנכון, ובין התנאים האפשריים המפורטים שם, מצוי התנאי שהנאשם יחויב להימצא במקום מסוים שייקבע (מעצר בית).²⁶⁶ כאמור בסעיף 44(ב) לחוק, בית המשפט מוסמך לצוות על נאשם ליתן ערובה אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו. האם פירושו של דבר כי במסגרת תנאי שחרור בערובה ניתן להורות על "מעצר בית מלא", למשל, גם כשאין ראיות לכאורה המקימות סיכוי סביר להרשעה?²⁶⁷

264 ראו בהערה 268 להלן; על המשפט האמריקני ראו בפרק 1.1 לעיל.

265 המלומד אלשולר ציין מפורשות שכל שהפגיעה בזכויות האדם קשה יותר, כך ניתנת לדרישת העילה הסבירה פרשנות המעמידה רף ראייתי גבוה יותר; ראו הערה 131 לעיל. דברים אלה מתמקדים אמנם בדרישה כי יוצב רף ראייתי גבוה יותר למעצר עד תום ההליכים מאשר למעצר ראשוני, אך הדברים יפים לדעתי גם לענייננו. כאמור, הביקורת מתמקדת בהצבת רף העילה הסבירה כרף המספיק למעצר, ואינה נוגעת כלל לרף הראייתי הנדרש לחלופת מעצר לפי חוק הערבות. עמדה דומה עולה מדבריו של המלומד ת'אלר, שהציע להחליף את "מודל העילה הסבירה" ב"מודל האשמה הסבירה". על פי המודל המוצע, בהליך המעצר הראשוני יהיה על המדינה להראות כי על פי מאזן ההסתברויות ביצע הנאשם את העבירה המיוחסת לו (וכן להוכיח קיומה של עילת מעצר כנדרש), ונאשם שנותר במעצר יהא זכאי לאחר זמן קצר לדיון "אשמה סבירה" (probable guilt hearing); לדברי ת'אלר, על אף שלכאורה גם הפגיעה בזכויות הנאשם כתוצאה מחלופת מעצר מצדיקה קיום דיון "אשמה סבירה", הרי שלאור זאת שפגיעה זו קלה באופן ניכר מן הפגיעה הנובעת ממעצר, אין חובה כי אכן יתקיים דיון מעין זה מקום שהנאשם לא נעצר; Thaler, הערה 145 לעיל, בעמ' 483.

266 סעיף 48(א)(5) לחוק המעצרים.

267 ניתן למצוא כמה החלטות של בית המשפט העליון שבהן הושמו נאשמים במעצר בית, על אף שנמצא כי אין די ראיות לכאורה נגדם. זאת, על אף שכאמור (בסקסט להערה 64 לעיל), בהיעדר

לטעמי, אין להבדיל בין הרף הראייתי הנדרש ל"חלופת מעצר" לבין הרף הנדרש ל"הטלת ערובה", כשהערובה המוטלת דומה או זהה בפועל לחלופת מעצר. מבחינת הנאשם, כלל אין זה משנה מדוע עליו להימצא ב"מעצר בית" או מכוח איזה סעיף חוק; לכאורה, הקריטריונים המשפיעים על הרף הראייתי הנדרש אמורים להיות זהים בשני המקרים, דהיינו: עצמת הפגיעה בזכויות הנאשם מצד אחד, ועצמת העילה לחלופת המעצר או להטלת הערובה מהצד האחר, כפי שיפורט בהמשך. ברוב המקרים, תנאי חלופת מעצר המיועדים לקדם פני מסוכנות (הגבלת תנועה) הם קשים יותר מתנאי ערובה המיועדים להבטיח את התייצבות הנאשם למשפטו (הפקדת דרכון וערובה כספית). באותם מקרים יש הצדקה לכך שהרף הראייתי הנדרש להטלת ערובה, המיועדת להבטחת התייצבות למשפט, יהיה נמוך מהרף הראייתי הנדרש לקביעת חלופת מעצר, המיועדת לקדם פני מסוכנות. לפיכך, קיימים מקרים שבהם נכון להורות כי הנאשם יפקיד את דרכונו או יפקיד ערובה כספית להבטחת התייצבותו למשפט, אף אם אין "סיכוי סביר" להרשעתו. נוסף על כך יש לזכור, כי יש מקרים שבהם קיים חשש מפני המלטות מן הדין גם כשאין סיכוי סביר להרשעה – שכן גם חף מפשע עלול להימלט מן הדין, וכך גם מי שסיכויי הרשעתו קטנים אך הסיכון הטמון עבורו בהרשעה הינו גדול. מלבד הבחנות אלה אין, לדעתי, הצדקה ליצירת הבדל בין הרף הראייתי הנדרש ל"מעצר בית" כ"הטלת ערובה" לבין הרף הראייתי הנדרש ל"מעצר בית" כ"חלופת מעצר". היעדר קביעה של רף ראייתי מפורש בחוק כתנאי לסמכות להורות על "מעצר בית" במסגרת הטלת ערובה אינו גורע ממסקנתי זו, שכן, כאמור, גם הרף הראייתי התחתון שנקבע למעצר אינו מצדיק בהכרח מעצר.

העולה מהמקובץ לעיל הוא, לגישתי, כי רף "הסיכוי הסביר להרשעה" הוא הרף התחתון לסמכות להורות הן על מעצר והן על חלופת מעצר, למעט הטלת ערובה בתנאים קלים יותר, המיועדים אך להבטיח התייצבות הנאשם למשפטו. ראיות לכאורה המקימות "סיכוי סביר" בלבד להרשעה עשויות לעתים להצדיק אך חלופת מעצר, ולהיות בלתי-מספיקות להוראה על מעצר. מעל לרף הסיכוי הסביר קיים מתחם של שיקול דעת שיפוטי בין מדרג של הגבלות אפשריות על זכויות הנאשם. הנתונים העיקריים המשפיעים על שיקול דעת זה הם עצמת הראיות לכאורה וכן עצמת העילה, כפי שיפורט להלן. מכאן, שלצורך הצדקה של מעצר (ממשי) – להבדיל מחלופת מעצר – עשוי להידרש רף ראיות גבוה יותר מרף הראיות התחתון של סיכוי סביר להרשעה, והכל בשים לב למהות הראיות לכאורה ולטיבן, למהות העילה ולעצמתה, למהות העבירה ולנסיבותיה, לעברו של הנאשם ועוד, תוך שקלול ואיזון ראוי ביניהם, כפי שיבואר בהמשך.

ראיות לכאורה אין לעצור נאשם או אף לשחררו לחלופת מעצר. מכאן, לכאורה, כי לפי החלטות אלה ניתן להורות על מעצר בית כחלק מ"הטלת ערובה" אף בהיעדר ראיות לכאורה; ראו, למשל, בש"פ חזק, הערה 59 לעיל; בש"פ איסקוב, בש"פ חאלדי, הערה 107 לעיל; ובש"פ אבו אלכאס, הערה 64 לעיל.

4. השקול בין עצמת הראיות לכאורה לבין עילת המעצר

לעיל ניסיתי לבסס את העמדה כי ראוי שחאה לעצמת הראיות לכאורה השפעה על הבחירה בין מעצר לחלופת מעצר וכן בין חלופות המעצר השונות. מדברים אלה נגזר, שכאשר העילה למעצרו של הנאשם אינה חזקה במיוחד, אזי אף אם היה בה די למעצר לו היו כנגד הנאשם ראיות בעצמה גבוהה, אין הדבר בהכרח כך אם הראיות לכאורה הן בעייתיות, גם אם קיים סיכוי סביר להרשעתו; נראה לי, שבאותם מקרים יהא מוצדק לשקול ביתר שאת להורות לכל היותר על חלופת מעצר. במילים אחרות: ראוי כי רף הראיות לכאורה המצדיק מעצר כשעילת המעצר אינה חזקה, אף שהיא קיימת, יהיה גבוה מרף הסיכוי הסביר אשר הוצב בבש"פ זאדה.

האם גם כשעילת המעצר היא איתנה ניתן לכל היותר להורות על חלופת מעצר כשהראיות לכאורה הן בעייתיות? כאמור, עמדתם של מלומדים שונים התומכים בהעלאת הרף הראייתי הנדרש למעצר היא שנדרש רף גבוה יותר למעצר, אף כשעילת המעצר חזקה ביותר.²⁶⁸ נראה, כי לעמדה זו הייתה שותפה גם השופטת

268 זו היא ככל הנראה עמדתו של המלומד אלשולר, אשר לדעתו, רף העילה הסבירה אשר הוצב במשפט האמריקני, אין די בו למעצר בגין מסוכנות. כתוצאה מכך, לדעתו, חוק הערבות אשר לא קבע רף גבוה יותר למעצר אינו חוקתי, אלא אם תקרא אל החוק בדרך פרשנית דרישה להצבת רף גבוה יותר למעצר, אך לדעתו פרשנות מעין זו אינה סבירה; Alschuler, הערה 131 לעיל, בהערת שוליים 252. יצוין כי ויליאמס שותף לעמדה זו בעיקרה, אך לדעתו ניתן לקרוא בדרך פרשנית את הדרישה לעצמת ראיות הגבוהה מרף העילה הסבירה, אל תוך הקריטריון של עצמת הראיות בהחלטה על המעצר, תוך מתן משקל מכריע בלעדיו אין לקריטריון זה; Williams, הערה 129 לעיל, בעמ' 386. כאמור, אלשולר מציע, כי אם יבחן הסיכוי שהנאשם אשם, יש לדרוש כי תוצג ראיה "ברורה ומשכנעת" ("clear and convincing") לאשמת הנאשם, ולחלופין, אם יבחן הסיכוי כי הנאשם יורשע, יש לדרוש הצגת די ראיות קבילות המקימות "סיכוי חזק" ("strong probability") להרשעת הנאשם; הערה 252 לעיל. יצוין כי הרף הראייתי של "ראיה ברורה ומשכנעת", המצוי בין רף ההוכחה של מאזן ההסתברויות לבין רף ההוכחה מעבר לכל ספק סביר, משמש במשפט האמריקני במספר תחומים, והוא מתפרש כראיות המקימות סיכוי העולה על 75%; ראו: קיטאי, הערה 7 לעיל, בעמ' 38 הערת שוליים 4, בעמ' 232-233 הערת שוליים 52, והמקורות הנזכרים שם; וכן ע"א 4902/91 גודמן נ' ישיבת שם בית מדרש גבוה להוראה וריניות, פ"ד מט(2) 441, 456. רף זה מיושם גם במשפט הישראלי; ראו והשוו, למשל, לעצמת הראיות הנדרשת לתיחום איזור מגורים: בג"צ 7015/02 עגוזי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 372. יודגש כי הצבת רף זה מתייחסת במפורש גם לעילות מעצר חזקות. בעמדה דומה מחזיקים מלומדים נוספים: ראו למשל: Howard, הערה 131 לעיל, בעמ' 666-667, הסבור כי עולה מדברי השופטים בפסק דין Salerno, כי אם תמצא רק "עילה סבירה" למעצר הנאשם, יתכן שהפעלת חוק הערבות תהיה בלתי חוקתית; Youtt, הערה 145 לעיל, בעמ' 833, אשר מציע כי בחוקי מדינות ארצות הברית יוצבו תנאי מינימום למעצר הגבוהים מאלה שנקבעו בפסק-דין Salerno, וזאת על מנת להבטיח כי החוקים, כמו גם יישומם הפרטני, ימצאו חוקתיים בעתיד; ובין היתר הוא גם מציע, כי יידרש רף ראיות הגבוה מעילה סבירה, בדומה לדרישה בחוק במחוז קולומביה, אשר שימש כבסיס לחוק הערבות, ואשר בו נדרשה כאמור הוכחת "substantial probability" להרשעת הנאשם; Thaler, הערה 145 לעיל, בעמ' 474, אשר הציע

דורנר בבש"פ זארה.²⁶⁹

דעתי בעניין זה שונה. לגישתי, יש להכיר בקיומה של זיקה הדוקה בין עצמת הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום המשפט לבין עילת המעצר, על מהותה ועצמתה, ויש להבחין בין עילות המעצר השונות לסוגיהן.²⁷⁰ יש לבחון את עצמתה של העילה בכל מקרה קונקרטי בהתאם לעצמת החשש נשוא העילה ולסבירותו, ובשים לב לגסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה לגופו. יש להבחין בין עילת מעצר איתנה לבין עילת מעצר פחותה ממנה, הן לפי טיבה והן לפי עצמתה, בגסיבות הקונקרטיות של כל מקרה. הדבר משפיע הן על דיות הראיות לכאורה, הן על העצמה של הראיות לכאורה הנדרשות למעצר, והן על השאלה אם ניתן להסתפק בחלופת מעצר.

אמנם, ניתן לטעון כי גם המבחנים המוצעים כאן הם עמומים במידה מסוימת, ושיש קושי ליישם באופן אחיד ושוויוני, אולם על כך, לדעתי, יש להשיב כי לצד החשיבות של בהירות המונחים "ראיות לכאורה" ו"סיכוי סביר להרשעה" לעניין סוגיית המעצר, יש חשיבות רבה גם לכך שההחלטה בשאלת מעצרו או שחרורו של כל נאשם קונקרטי תהיה אינדיבידואלית ותצריך "תפירה ידנית",²⁷¹ בהתאם לגסיבות של כל מקרה ושל כל נאשם – לרבות עצמת הראיות לכאורה, סוג העילה ועצמתה, עברו של הנאשם ומהות החלופה המוצעת, תוך שקלול כל הנתונים הרלבנטיים ותחירה למציאת האיזון הראוי ביניהם. למעשה, לשם כך נתון שיקול דעת שיפוטי, המופעל על פי ניסיונו השיפוטי וחוש מומחיותו של השופט, כמו גם על פי ניסיון החיים וכללי ההיגיון והשכל הישר.

כאמור כי כל נאשם שנעצר יהא זכאי לדיון "אשמה סבירה", הסבור כי התביעה תדרש להוכיח בדיון זה "סיכוי ממשי" ("substantial likelihood") להרשעת הנאשם.

269 ראו הטקסט הסמוך להערה 99 לעיל.

270 יש הסוברים כי מוצדק לדרוש רף ראיתי גבוה יותר למעצר בגין עילת המסוכנות, מאשר בגין העילה של הפגיעה בתקינות ההליך השיפוטי. עמדה זו נסמכת על כך שמטרת המעצר היא בראש ובראשונה הבטחת תקינות ההליך השיפוטי; ראו ביין, הערה 7 לעיל, בעמ' 352; קיטאי, הערה 7 לעיל, בעמ' 234. מנגד, ניתן לסבור כי דווקא עילת המסוכנות הינה "חזקה" יותר, בשל חומרת התוצאה אם יתממש הסיכון, ובמיוחד אם מדובר בסכנה לביטחון המדינה, למשל. לדעתי, יש לבחון את מהות העילה בגסיבות כל מקרה לגופו. יש להכיר בכך שסכנה לביטחון המדינה חמורה מסכנה לביטחון אדם, החמורה מסכנה לרכוש. כמו כן, סכנה כי הנאשם ינסה לפגוע בביטחונם של המתלונן או של עדים אחרים חמורה לרוב מסכנה כי ינסה להימלט מן הדיון. המסקנה היא שבמקרים מסוימים עילת המסוכנות תקים חשש נה כבד, עד שכל נטילת סיכון באשר אליו תהיה בלתי-סבירה, ולפיכך לא יהיה מקום להסתפק בחלופת מעצר על אף בעייתיות הראיות לכאורה; לעומת זאת, במקרים אחרים האמור יהיה נכון דווקא באשר לחשש כי הנאשם יפגע בתקינות ההליך השיפוטי בעניינו.

271 ראו בש"פ 7686/03 רפיב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.9.2003), בפסקה 15; בש"פ 6504/03 מדינת ישראל נ' חביב (לא פורסם, 17.7.2003); וכן ראו קיטאי, הערה 191 לעיל, בעמ' 293 (על "זכות העצור לבחינה אינדיבידואלית של 'התאמתו' לשחרור").

זאת, ברומה, למשל, לשיקול הדעת השיפוטי בעניין הענישה של מי שהורשע בדינו, שאף היא, כידוע, אינדיבידואלית.²⁷²

ודוק: אין אני בא לחלוק על הצבתו של רף הסיכוי הסביר כרף תחתון לסמכות המעצר, או על כך שבמקרים מסוימים יהא די ברף ראייתי זה למעצרו של נאשם. כפי שהראיתי לעיל, הרף התחתון לסמכות המעצר שהוצב במדינות אחרות אינו גבוה יותר. כאמור, כאשר הראיות לכאורה הן בעייתיות, יש מקום לשקול ביתר שאת את האפשרות להימנע ממעצר הנאשם או להסתפק בחלופת מעצר; אך אפשרות זו מותנית במהותה של עילת המעצר ובעצמתה: בנקיטת חלופת מעצר ניטל סיכון מסוים כי האינטרסים שביסוד עילת המעצר ייפגעו; וכשמדובר במקרים שבהם אינטרסים אלה אינם כה חזקים – נטילת סיכון זה תהא מוצדקת לאור החשש המוגבר מפני פגיעה בזכויות הנאשם לשווא. מנגד, קיימים מקרים שבהם האינטרסים שביסוד מעצרו של נאשם הם כה איתנים, עד שכל נטילת סיכון באשר אליהם תהיה בלתי-סבירה. במקרים כאלה לרוכ אין למעשה חלופת מעצר מתאימה שיהא בה כדי להגשים באופן סביר את מטרות המעצר. כאשר לפנינו מקרה מעין זה, פעמים אין מנוס ממעצרו של הנאשם, על אף בעייתיות הראיות לכאורה ועל אף החשש מפני פגיעת-שווא בזכויותיו – אם כי אפשר בהחלט שיהיה מקום לקצוב מעצר זה, כפי שיפורט בהמשך.²⁷³

כאשר בוחנים אם ניתן להסתפק בחלופת מעצר, או שמא מדובר בעילת מעצר כה חזקה ובנסיבות שבהן אין חלופת מעצר היכולה להשיג את מטרות המעצר, יש לזכור כי אין לדרוש שחלופת המעצר תאייץ לחלוטין את הסיכון הנובע משחרורו של הנאשם. ברוב המקרים, הסיכון כי הנאשם יסכל את מטרות המעצר כשהוא משוחרר לחלופת מעצר הוא גבוה מהסיכוי האמור אם היה מצוי במעצר ממשי, תהא חלופת המעצר אשר תהא, ואפילו בתנאי "מעצר בית מלא". האפשרות לנקוט חלופת מעצר תלויה תמיד ביכולת של בית המשפט ליתן אמן בכך שהנאשם לא יפר את תנאי החלופה.²⁷⁴ על השופט הדן במעצר להעריך את עצמת הסיכון, תוך התחשבות במידת ההסתברות כי יתממש ובהומרת התוצאה אם יתממש,²⁷⁵ ולהשוות סיכון זה אל מול הסיכון לפגיעת-שווא בזכויות הנאשם, הנובע מבעייתיות הראיות לכאורה כנגדו. ככל שהראיות לכאורה

272 לעניין האינדיבידואליות של הענישה ראו, למשל, ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 423; ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174-175; ע"פ 5106/99 אבו-ניג'מה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 350, 354-355; רע"פ 402/01 אבו גנאם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 138, 143.

273 בפרק 6.1 להלן.
274 ראו, למשל, כש"פ 2982/91 עוזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 485, 488; כש"פ 5612/96 בן גביר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.8.1996); כש"פ 6262/98 אגיסון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.10.1998); כש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 385; נח, הערה 117 לעיל, בעמ' 514.

275 השוו לבש"פ 3/99 מדינת ישראל נ' פקוביץ (לא פורסם, 10.1.1999): "די בסכנה קטנה אם התוצאה נוראה".

אינן מוצקות – הגם שהן מקימות סיכוי סביר להרשעה – וככל שעילת המעצר אינה חזקה במיוחד, כך יש לשקול במשנה-תוקף הסתפקות בחלופת מעצר. מנגד, ככל שהראיות לכאורה ברורות ומשכנעות יותר וסיכויי ההרשעה גבוהים יותר, וככל שעילת המעצר איננה יותר והחשש העומד ביסודה חמור יותר, כך תפחת הנטייה להסתפק בחלופת מעצר, אלא אם קיימת חלופה מתאימה ומשביעת-רצון המשיגה במידה רבה את חכלית המעצר, ובית המשפט מאמין כי הנאשם לא יפר את תנאיה של החלופה. נוסף על כך, כאשר הראיות לכאורה נגד הנאשם הן בעייתיות, הרי שבהערכת הסיכון הנובע מהנאשם יש ליתן משקל נמוך יותר לסיכון העולה מתוך כתב האישום או לחזקת המסוכנות, ויש ליתן משקל רב יותר להערכת הסיכון הנשקף מהנאשם – שלא על בסיס כתב האישום. לפיכך, ראוי להסתמך במקרים אלה בעיקר על עברו של הנאשם. כך, למשל, אם בעבר ביצע עבירות בזמן שחרור בערבות, או אם הפר את תנאי השחרור בערובה, ניתן להעריך כי ההסתברות כאמור להתממשות הסיכון הינה גבוהה יותר.

ה"מורל" המוצע ליישום "המשוואה" שתיארתי לעיל²⁷⁶ הוא אפוא כדלקמן: הרף הראייתי התחתון לקיום סמכות להורות על מעצר, כמו גם על חלופת מעצר, הוא רף הסיכוי הסביר להרשעה, שהוא, כאמור, סיכוי להרשעה שאינו נמוך מהסיכוי לזיכוי. מעבר לרף זה קיים מדרג של הגבלות אפשריות, בעצמות שונות, על זכויות הנאשם – החל בשחרור מלא תוך התחייבות אישית שלא לבצע עבירות נוספות, למשל, וכלה במעצר עד תום ההליכים. בבחירה בין החלופות השונות יש לשקול, במסגרת דיון המעצר, את האינטרסים העומדים ביסוד המעצר, דהיינו: את סוג העילה ואת עצמתה, בשים לב למהות העבירה ולנסיבותיה, מצד אחד, ואת הסיכון לפגיעת-שווא בזכויות הנאשם, כפועל יוצא גם מעצמת הראיות לכאורה ומעברו של הנאשם – מהצד האחר. ככל שהאינטרסים העומדים ביסודה של עילת המעצר הם חזקים יותר, וככל שהסיכון מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשם הינו נמוך יותר, לאור קיומן של ראיות לכאורה איתנות – כן מוצדק להקטין את הסיכון הנובע מהנאשם על ידי הגבלה חריפה יותר של זכויותיו. מנגד, ככל שהאינטרסים העומדים ביסודה של עילת המעצר הם חלשים יותר, וככל שהסיכון מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשם הוא גבוה יותר, כאשר הראיות לכאורה נגדו בעייתיות – כן יש מקום, לכל היותר, להגבלה קלה יחסית של זכויותיו.²⁷⁷

276 בפרק ה.3 סיפא לעיל.

277 לכאורה, גישה המשקללת בין עצמת האינטרסים העומדים ביסוד עילת המעצר לבין רף הראיות לכאורה, עשויה להוביל למסקנה שכאשר הסיכון הנובע מהנאשם גבוה ביותר (למשל, נאשם אשר כתב האישום מייחס לו כמה מעשי רצח או כמה מעשי אונס), יש מקום למעצרו גם על סמך ראיות אשר אינן מקימות סיכוי סביר להרשעתו (כל עוד די בהן להגשת כתב אישום). טיעון זה מביא, למעשה, להתמקדות בסיכוי כי הנאשם אשם (ולכן נשקף ממנו סיכון רב), ולא בסיכוי כי יורשע בתום ההליך הפלילי. התשובה לטיעון האמור היא כי בית המשפט הדן בשאלת מעצרו של נאשם עד תום משפטו – בהבדל ממעצר מנהלי – אינו הגוף המתאים להורות על מעצר מטעם זה; למעשה, החשש כי נאשם אשם במיוחד לו וכי הוא יסכן את החברה בביצוע מעשים דומים אינו פוחת גם לאחר שזוכה בדינו מחמת הספק; אך אין זה מתפקידו של בית המשפט, במסגרת ההליך

למעשה, ההחלטה אם לעצור נאשם, לשחררו או להסתפק בחלופת מעצר זו או אחרת בעניינו, היא פועל יוצא של תהליך תלת-שלבי: בשלב הראשון נבחנת דיות הראיות לכאורה, דהיינו: קיומו של סיכוי סביר להרשעה; בשלב השני נבחן קיומה של עילת מעצר. שני אלו הם, כידוע, תנאים הכרחיים – אך לא מספיקים – למעצר (ולחלופת מעצר כאחד). בהתקיים שני התנאים האמורים צריכה להיבחן, בשלב השלישי, השאלה אם ניתן להשיג את תכלית המעצר על ידי חלופת מעצר. לרוב שלב שלישי זה אינו פשוט, משום שרק במקצת המקרים קיימת חלופת מעצר "אופטימלית" היכולה להשיג באופן מלא את תכלית המעצר, ואזי ברי כי יש להסתפק בה; לעומת זאת, ברוב המקרים לא קיימת חלופת מעצר מיטבית כאמור. במקרים אלה יש לבחון אפוא האם מוצדק להורות על מעצר – או שמא ראוי, בכל זאת, להסתפק בחלופת מעצר, על אף שאין בה כדי להשיג את תכלית המעצר במלואה. בחינה זו יש לעשות לאורם של כל השיקולים שהוצעו לעיל, תוך איוון הולם ביניהם, לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

5. הראיות לכאורה והתוספת הראייתית הנדרשת להרשעה

כפי שניתן להסיק מהאמור לעיל,²⁷⁸ קיים לדעתי קשר בין רף הראיות לכאורה הנדרשות למעצר ודרך בחינתן לבין שאלת הצורך לבחון את קיומה של תוספת ראייתית עוד בשלב המעצר. כאמור, בעניין זה קיימות למעשה שתי אסכולות מנוגדות. האחת היא שיש לבחון את קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר, ולכל הפחות את קיומה "לכאורה", וכי אם אין בנמצא תוספת ראייתית כנדרש – אין סיכוי סביר להרשעה, ועל כן אין סמכות להורות על מעצר או על חלופת מעצר; לפי האסכולה האחרת אין מקום לבחון את קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר, אף לא לכאורה, וגם בהיעדרה קמה סמכות למעצר. לעניות דעתי, הגישה הראויה שונה משתי הגישות האמורות.

הפלילי, להגן על החברה מפני סיכונים אלה, כל עוד לא הוכח כנדרש כי הנאשם אשם. באופן דומה, אין זה תפקידו להגן על החברה מפני הסיכון כי הנאשם אשם וכי יחזור על המעשים המיוחסים לו, כאשר הסיכוי כי יעלה בידי התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם קטן מהסיכוי כי יזוכה, ולו מחמת הספק. השיטה המשפטית הנוהגת מחייבת כי מנקודת המבט של בית המשפט בהליך הפלילי, הסיכון הנובע מנאשם שזוכה מחמת הספק אינו גדול מהסיכון הנובע מנאשם שזוכה ויכוי מלא, וכן, הסיכון הנובע מנאשם שהסיכוי להוכחת אשמתו קטן מהסיכוי לזיכוי, אינו גדול מהסיכון הנובע ממי שהוא חף מפשע. מסוכנות לבדה אין די בה למעצר עד תום ההליכים. יודגש, כי הדברים אמורים באשר לעילת המסוכנות, ואינם נכונים בהכרח באשר ליתר עילות המעצר שכן, כאמור, אף שההנחה היא שמי שהינו חף מפשע אינו צפוי לבצע עבירות אחרות, גם חף מפשע עלול לנסות להימלט מן הדין או לשבש מהלכי משפט. מכל האמור נובעת, לדעתי, גם המסקנה שאין מקום להורות על הפקדת ערבות או על הגבלת תנועה כשאלה מיועדות אך להבטיח אי-ביצוע עבירות דומות, אם אין סיכוי סביר להוכחת אשמת הנאשם – אף אם היה מקום להורות על שחרור בתנאים דומים לצורך הבטחת ההיצבות למשפט, למשל.

278 ראו בעיקר בפרק 5.1 סיפא לעיל.

אין חולק כי מבחן "הסיכוי הסביר להרשעה" מחייב להעריך את הסיכויים להרשעת הנאשם או לזיכוי. כאמור, בעת הערכה זו יש להתחשב בכל הראיות התורמות לדיוק של ההערכה האמורה. לדעתי, אין ספק שלקיומה או לאי-קיומה של תוספת ראייתית שתידרש להרשעה יש השפעה ישירה על מידת הסיכוי להרשעתו של הנאשם, וניתן בנקל להעריך כי הסיכוי להרשעתו של מי שמצויה בחומר הראיות הלכאורי תוספת ראייתית לראיות נגדו, גדול מהסיכוי להרשעתו של מי שקיימות נגדו אותן ראיות אך ללא תוספת ראייתית כאמור. לפיכך, הערכת הסיכויים להרשעה של הנאשם בהתעלם מנתון זה עלולה להיות בלתי-נכונה או בלתי-מדויקת.

עם זאת, לגישתי, אין בהיעדרה של תוספת ראייתית כדי להכריע בהכרח את הכף. ראשית ייאמר, כי די בכך שהראיה המהווה תוספת ראייתית תיבחן באופן "לכאורי" – דהיינו: ייבחן הסיכוי שדי יהיה בה כדי לשמש תוספת ראייתית מספקת שתביא להרשעת הנאשם – וודאי שאין הצדקה לבחון כבר בשלב המעצר את התוספת הראייתית כפי שהיא נבחנת בתום המשפט. כאשר אין בחומר הראיות כל תוספת ראייתית, ולו לכאורית, אזי בחלק מהמקרים יעיד היעדרה של תוספת ראייתית כאמור על כך שהסיכוי לזיכוי של הנאשם גדול מהסיכוי להרשעתו, דהיינו: אין סיכוי סביר להרשעה. כך, למשל, יהיה אם קיימת עדות יחידה של עד מדינה אל מול גרסה של נאשם הנראית סבירה לכאורה. מנגד, קיימים מקרים שבהם התייחסות רק לכך שלא קיימת בחומר החקירה הלכאורי תוספת ראייתית כנדרש להרשעה, תוך התעלמות מהסיכוי שתוספת כאמור תימצא במסגרת פרשת ההגנה, עלולה להביא להערכה מוטעית כי הסיכוי להרשעת הנאשם קטן מכפי שהוא למעשה. כך, למשל, יהיה אם אמנם אין בחומר החקירה "סיוע" כנדרש אך הנאשם שתק בחקירתו. כידוע, שתיקה בחקירה אינה יכולה לשמש כשלעצמה "סיוע",²⁷⁹ וקשה לומר ששתיקה בחקירה היא "סיוע לכאורי"; אך עקב שתיקה זו ניתן לעתים להעריך שקיים סיכוי סביר להיווצרות "סיוע" במסגרת פרשת ההגנה, בין אם הנאשם יבחר לשתוק במשפטו²⁸⁰ ובין אם יבחר להעיד וייתפס בשקרים מהותיים, העונים על התנאים שנקבעו בפסיקה כממלאים את דרישת הסיוע.²⁸¹ לא למותר לציין, שהסיכוי למציאת תוספת ראייתית הוא לרוב גדול

279 ראו, למשל, והשוו קדמי, הערה 124 לעיל, חלק ראשון 221-222; ע"פ 224/63 בן-עמי נ' חיועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225, 235; בש"פ 70/90 צדוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 250. עם זאת, יש בשתיקה בחקירה כדי חיוק לראיות התביעה; ראו, למשל, ע"פ 475/87 מנדלפרוסט נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 818, 823-824; ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 577, 589 בפסקה 8 (I).

280 ראו, למשל, קדמי, שם, בעמ' 221-223; והוראת סעיף 162 לחסד"פ וכן ההוראה המקבילה שבסעיף 366א לחוק השיפוט הצבאי.

281 ראו, למשל, קדמי, שם, בעמ' 214-220; ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203, 219-221; דנ"פ אל עבד, הערה 247 לעיל, בעמ' 802.

יותר ככל שהתוספת הראייתית הנדרשת היא קלה יותר.²⁸² הגישה המוצעת מהווה למעשה גישת ביניים, השונה משתי הגישות הנוגדות שהובעו עד כה בפסיקה ובספרות, ועליהן עמדתי לעיל. ביסודה של כל אחת משתי גישות הקיצון האמורות עומד רציונל שאין להתעלם ממנו – אך גם אין בו כדי להכריע את הכף לזכות גישה זו או אחרת. אימוצה של כל אחת מהגישות הקיצוניות עלול להביא לתוצאות לא רצויות במקרים מסוימים – בין אם בשל אי-מעצרו של נאשם המסוכן מאוד לציבור עקב היעדרה של תוספת ראייתית לכאורית, כשברור מראש שהיא עשויה להימצא במהלך המשפט, ובין אם בשל מעצרו של נאשם בהתעלם מהיעדרה של תוספת ראייתית לכאורית, כשמראש היה ברור שאין סיכוי סביר שהתוספת תימצא גם במהלך המשפט, ולפיכך סיכויי ההרשעה היו בלתי-סבירים עוד בשלב המעצר.

לעניות דעתי, הגישה המוצעת היא הגישה הראויה. על פיה, בחינת קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר כמוה כבחירתו של כל נתון רלבנטי אחר, שיש בו כדי להשפיע על הערכת הסיכויים להרשעת הנאשם. לפעמים יוביל היעדרה של תוספת ראייתית למסקנה שאין סיכוי סביר להרשעת הנאשם, ולפיכך אין מקום למעצרו או אף לחלופת מעצר; פעמים, חרף היעדרה של תוספת ראייתית, ניתן יהיה להעריך כי הסיכוי להרשעת הנאשם עודנו סביר, ובהיעדר חלופת מעצר שיש בה כדי להגשים את מטרות המעצר – יש מקום לעוצרו; ופעמים אחרות, היעדרה של תוספת ראייתית יביא למסקנה כי הראיות לכאורה הן בעייתיות, על אף שהן עונות על רף הסיכוי הסביר להרשעה, ולפיכך הנטייה צריכה להיות – וביתר שאת – לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר, כפי שפורט לעיל, גם אם אין בנמצא חלופת מעצר אופטימלית.

בקטגוריה זו של מקרים – שבהם נדרשת תוספת ראייתית לצורך הרשעה, שאינה קיימת בשלב המעצר – ניתן וראוי להתחשב בממצאים של בדיקת פוליגרף, אם קיימים כאלה, קודם להתלטה אם לעצור נאשם עד תום משפטו. כאמור לעיל, העמדה שלפיה אין חובה לבחון קיומה של תוספת ראייתית בשלב המעצר מבוססת במידה רבה על האפשרות שתוספת ראייתית כאמור תימצא במהלך המשפט – אם בבחירתו של הנאשם שלא להעיד ואם במהלך חקירתו הנגדית, אם יבחר להעיד ויסתכן בשקרים. בהערכת הסיכויים שאפשרות זו אכן תתממש ניתן להיעזר בממצאי הפוליגרף. נאשם שמסר גרסה סבירה ועקיבה בחקירתו, ונמצא דובר אמת בבדיקת פוליגרף שנערכה לו – קיים סיכוי רב יותר כי יבחר להעיד במשפטו ולא ייתפס בשקרים שיהיה בהם כדי להוות תוספת ראייתית כנדרש.²⁸³ מנגד, כאשר גרסתו של הנאשם בעייתית והוא נמצא דובר

282 כך, למשל, כשיש הודיות רבות ומפורטות של הנאשם, שיש להן לכאורה משקל פנימי רב, אך אין בחומר החקירה הלכאורי "דבר מה נוסף": קיימת, כידוע, זיקת גומלין בין משקל ההודיה לבין משקל ה"דבר מה", וככל שגדול המשקל הפנימי של ההודיה, קטן המשקל הנדרש ל"דבר מה". ראו, למשל, דנ"פ אל עביד, הערה 247 לעיל, בעמ' 795-796; ע"פ 774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 234; והשוו לקדמי, שם, בעמ' 105, 239.

283 ראו הערה 281 לעיל והטקסט הסמוך לה; וכן ראו: ע"מ/28/03 רב"ט אל דמע נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 15.7.2003).

שקר בבדיקת הפוליגרף, קיים סיכוי גדול יותר שתימצא תוספת ראייתית במהלך המשפט. גם במקרה זה אין בממצאי הפוליגרף כדי ליצור את ה"יש", אך יש בהם כדי לסייע בהערכת עצמתם של סיכויי ההרשעה.

6. עצמת הראיות לכאורה והמעצר הקצוב

באיזון העדין שבין הרצון להימנע מפגיעת-שווא בזכויות הנאשם, במיוחד אם הראיות לכאורה הן בעייתיות או גבוליות, לבין הרצון להבטיח כי לא ייפגעו האינטרסים העומדים ביסודה של עילת המעצר, יש לשקול – אם לא ניתן להסתפק בחלופת מעצר – את האפשרות לנקוט מעצר קצוב. אין ספק שניתן היה להגיע למידת דיוק מרבית של הערכת סיכויי ההרשעה לו היה מתקיים לעניין זה מעין "משפט מוקדם", לפני כל החלטת מעצר שבמסגרתה עולה שאלת עצמתן של הראיות לכאורה. אמנם, האינטרס "המערכתי" אינו מאפשר קיומו של "משפט מוקדם" כאמור – גם עקב "העלויות" הרבות והחסרונות האחרים של דיון מעין זה (במיוחד אם הוא מלווה בשמיעת עדים), אך פעמים ניתן וראוי להשיג תוצאה קרובה במהותה באמצעות קציבת המעצר.²⁸⁴ כידוע, השופט מישאל חשין הציע כבר בבש"פ גנימאת²⁸⁵ – ובדנ"פ גנימאת²⁸⁶ שבעקבותיו – לנקוט את דרך המעצר הקצוב כדי להקטין ככל האפשר את הפגיעה בנאשמים במעצר. בעניין זה התייחס השופט חשין בעיקר לעילת המעצר, הנחלשת עם חלוף הזמן.²⁸⁷ לעניות דעתי, דרך זו ראויה במשנה-תוקף כאשר חרף בעייתיות ממשית

284 יצוין, כי בבש"פ 5632/00 מציעי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.8.2000), החליט השופט יצחק אנגלרד, בעקבות בקשת המדינה, להעביר להרכב מורחב את הדיון בשאלה העקרונית של סמכות בית המשפט לקצוב את המעצר, וכן – בהנחה שהסמכות קיימת – בשיקולים שידריכו את בית המשפט בהפעלת סמכות זו. אלא, שערר המדינה נמחק לפי בקשתה, וממילא נמנע הדיון בשאלות אלה. ראו בש"פ 5815/00 מדינת ישראל נ' מציעי (לא פורסם, 8.11.2000). נראה אפוא כי אין חולק כי לבית המשפט סמכות להורות על מעצר קצוב, מה עוד שסעיף 21(ה) לחוק המעצרים קובע במפורש כי "צו מעצר לפי סעיף זה יעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת...", והשאלה היא אך אימתי מן הראוי לנקוט דרך זו של מעצר קצוב. לעניין זה ראו גם הדברים שכתבתי במאמרי, לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 263-264; כן ראו בש"פ 442/00 עבאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.1.2000); בש"פ 2739/02 צבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 926; בש"פ 3651/03 איאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.4.2003).

285 הערה 184 לעיל, בעמ' 386-388. כן ראו בנדור, הערה 4 לעיל, בעמ' 504-505. לעומת זאת, ראו והשוו בש"פ 3020/00 שקד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.5.2000).

286 הערה 38 לעיל, בעמ' 643-644.

287 כך, למשל, כאשר עילת המעצר היא החשש מפני שיבוש מהלכי משפט, הרי שככל שמתקדם המשפט, נחלש חשש זה; ואם החשש הוא מפני הטרדת עד או הדחתו, ראוי לקצוב את המעצר עד למתן עדותו של העד הרלבנטי. אולם, גם במקרים אחרים, עם חלוף הזמן משתנה נקודת האיזון בין עילת המעצר לבין זכויות הנאשם; ראו, למשל, בש"פ 4586/97 מדינת ישראל נ' עואודה (לא פורסם, 5.8.1997); בש"פ 6454/97 מדינת ישראל נ' מירילאשוילוי (לא פורסם, 23.11.1997); בש"פ צ'ורני, הערה 188 לעיל, בעמ' 243. יצוין כי יש מקום לדעה, שגם בבחינת חלוף הזמן

של הראיות לכאורה אין מנוס ממעצרו של נאשם.²⁸⁸ במקרים אלה במיוחד, יש לעשות כל שניתן כדי להקטין את הסיכון מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשם. לפיכך, כאשר בשלב המעצר ההערכה היא שהראיות לכאורה הן בעייתיות באופן ממשי, או שקשה להעריך את עצמתן (ובלבד, כאמור, שיש סיכוי סביר להרשעת הנאשם), ומראש נראה כי לאחר שמיעת ראיות חלקיות מסוימות ניתן יהיה להעריך ביתר דיוק את סיכויי ההרשעה – אם לא ניתן להימנע ממעצר, ראוי לשקול את קציבתו בין אם לפרק זמן מסוים ובין אם עד לסיום שמיעתה של עדות חשובה (או עד למתן החלטה בשאלת קבילותה של עדות כאמור, שקבילותה שנויה במחלוקת), בתוך פרק זמן קצר ככל הניתן.²⁸⁹ כך, למשל, כשאין זה ברור אם ראיה כאמור תהא קבילה במשפט; כשגרסתו של עד מרכזי אינה ברורה דיה; כשאין זה ברור אם עד תביעה מהותי יוכל להסביר תמיהות וסתירות ממשיות העולות מחקירתו; כשלא ידוע אם תתוסף, במהלך פרשת ההגנה, ראיה שיהיה בה כדי לשמש תוספת ראייתית וכיוצא באלה. בכל המקרים האמורים, אם יוחלט על מעצרו של הנאשם, ראוי לשקול את קציבת המעצר לפרק זמן קצר ומתאים, שבמהלכו ניתן יהיה לשמוע את העדויות הרלבנטיות. במקרים אלה ראוי לעשות מאמץ מיוחד לנהל את המשפט תוך פרק זמן קצר ככל שניתן, או לפחות לשמוע את העדויות הרלבנטיות בהקדם, לפני תום תקופת המעצר הנקצבת, בהתחשב בחשש המוגבר מפני פגיעת-שווא בזכויות הנאשם.

ז. סיכום

המבחן שנקבע בפסיקה – לרבות בדעת הרוב בבש"פ זאדה – לקיומן של ראיות לכאורה למעצר עד תום ההליכים, אינו ברור דיו. כפועל יוצא מכך, ומכיוון שבבש"פ זאדה לא נדונו שאלות עקרוניות ונלוות הקשורות לסוגיית המעצר לאחר אישום, וכן מכיוון שגם שאלות שנדונו בפסיקה לפני הלכת זאדה ולאחריה טרם הוכרעו – הסוגייה הנדונה טעונה בחינה נוספת.

ראשית, ראוי להבהיר שקיומו של סיכוי סביר להרשעה הינו דף הסמכות התחתון למעצר ולחלופת מעצר כאחד; שנית, ראוי שייקבע באופן ברור כי רף זה מתקיים כשהסיכוי להרשעה גדול מהסיכוי לזיכוי – בדומה למבחן מאזן ההסתברויות האזרחי –

והשפעתו כאמור, נורעת חשיבות לעצמתן של הראיות לכאורה; השווה, למשל, בש"פ 6240/95 מדינת ישראל נ' חמד (לא פורסם, 15.10.1995); בש"פ 3154/96 ישראלשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.5.1996).

288 ראו והשוו לעניין זה בש"פ 752/02 מסעודין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.1.2002); בש"פ 1339/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 865; לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 263-264.

289 כגון עדותו של מפליל, הלוקה באי-בהירות, או עדותו של שותף או של עד מדינה, או של עד חשוב אחר, שיש חשש סביר כי יאיים על ידי מי מטעמו של הנאשם; ראו והשוו בש"פ 6670/98 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.11.1998); בש"פ נמרודי, שם.

ומכל מקום אינו נופל הימנו; שלישית, קיים מתחם – שהרף התחתון שלו הוא הסיכוי הסביר להרשעה – שבמסגרתו יש שיקול דעת שיפוטי להחליט אימתי אין מנוס ממעצר (ממשי) ובאילו מקרים ניתן וראוי להסתפק בחלופת מעצר; רביעית, מוצע לאמץ את הגישה שלפיה על שופט הדן במעצר לבחון גם את משקלן ועצמתן של הראיות לכאורה – גם כשהן קיימות, דהיינו: את אמינותן לכאורה של העדויות שבכתב ואת הבעיות והחולשות המסתמנות בראיות כבר בשלב המעצר – על פי ניסיונו השיפוטי, מומחיותו ושיקולי ההיגיון. לעניין זה יש מקום להסתייע גם בראיות בלתי-קבילות ובמיוחד בממצאי פוליגרף, במקרים מתאימים ומיוחדים. כמו כן, לדעתי יש מקום להכריע במחלוקת שבין הגישות השונות בסוגיית התוספת הראייתית, ולאמץ את גישת-הביניים המוצעת, שלפיה אין אמנם הכרח בקיומה של תוספת ראייתית כתנאי למעצר, אך היעדרה של תוספת כאמור מהווה שיקול משמעותי שיש להתחשב בו בשלב הדיון במעצר לעניין הערכתם של סיכויי ההרשעה, סבירותם ועצמתם.

חשוב במיוחד להכיר בכך שקיימת זיקה הדוקה בין דיות הראיות לכאורה הנדרשות למעצר ממשי ועצמתן לבין מהותה של עילת המעצר ועצמתה. ההחלטה אם אין מנוס מלהורות על מעצר – עד תום ההליכים או לפרק זמן קצוב – או אם להסתפק בחלופת מעצר, כשקיימות ראיות לכאורה – אינה פשוטה, שכן לעתים קרובות אין זה ברור אם ניתן להשיג את תכלית המעצר באמצעות חלופת מעצר, בהתחשב בעילת המעצר הקונקרטית. החלטה זו ראוי שתתקבל לאור התמונה הכוללת, תוך מבט רחב על מכלול השיקולים הרלבנטיים, וזאת בשים לב גם למהותן של הראיות לכאורה, לטיבן ולעצמתן, תוך איזון וסקלול ראוי בין עצמתן של הראיות לכאורה לבין עילת המעצר, על פי מהות העילה ועצמת החשש שביסודה, ובהתאם לכל יתר הנסיבות של המקרה הקונקרטי, לרבות מהות העבירה לכאורה ונסיבותיה, הנסיבות האישיות של הנאשם, עברו, והצפי של משך המעצר עד תום המשפט. כאשר אין מנוס ממעצרו של נאשם, יש לשקול אם ואימתי ראוי לקצוב את המעצר, וזאת במיוחד אם הראיות לכאורה הן בעייתיות במידה ממשית.

השאלות שהצגתי ברשימה זו עולות באופן תדיר בדיוני המעצר. חשיבותן של שאלות אלה, השפעותיהן וריבוי המקרים שבהם הן מתעוררות, מצדיקים לטעמי כי יימצא המקרה (או כי יימצאו המקרים) שבו ראוי לדון ולהכריע בהן, או לפחות בעיקריות שביניהן – בפני הרכב מתאים של בית המשפט העליון, בהקדם האפשרי, כדי לקבוע הלכה ברורה ואחידה, כמידת הניתן, בסוגייה שבה עסקינן. לדעתי, עד שתהא הלכה ברורה כאמור יש בניתוח דלעיל כדי לתרום, ולו במקצת, לליבון הסוגייה הנדונה, על היבטיה השונים.