

בית המשפט העליון
בג"ץ 6964/19
לדרי שם טוב נ. בית משפט עליון
תאריך הגשה: 27/10/19

בבית משפט גבוה לצדק
ירושלים

העותרת: לורי שם טוב
במעצר בית ע"פ החלטת ביהמ"ש עליון בש"פ 2847/19 מיום 3/5/19

טל': 053-3588188



- נגד -

- המשיבים:
1. בית משפט עליון
 2. מדינת ישראל
 3. שר המשפטים
 4. הסנגוריה הציבורית
 5. הוועדה למינוי שופטים

עתירה מנהלית ציבורית נגד יישום הלכות

אשר אלמליח בש"פ 8178/09 ושלמה זאדה בש"פ 8087/95

1. מוגשת בזאת עתירה מנהלית כעותרת ציבורית וכנפגעת באופן אישי, נגד בית המשפט העליון עצמו **כמשיב 1**, אשר עוצר אנשים על סמך ראיות גולמיות וסתמיות, נגד מדינת ישראל (הפרקליטות הארצית) **כמשיבה 2** אשר מגישה בקשות למעצר אזרחים על סמך ראיות גולמיות וסתמיות וגורמת למעצרי שווא המוניים, עומס על המערכת ושיימינג נוראי לאזרחים, נגד שר המשפטים **כמשיב 3** אשר מציג עצמו כמי שפועל לריסון כוחו של המשיב 1 לייצר הלכות על דעת עצמו, ונגד הסנגוריה הציבורית, **המשיבה 4** כמי שאמורה לשמור על זכויות חשודים ועצורים חסרי יכולת כלכלית, ולא עושה שום דבר לנוכח המעצרים ההמוניים, והיישום הזדקוני של חוק המעצרים, תמיד לרעתו של האזרח, ונגד הוועדה למינוי שופטים, **המשיבה 5** כמי שממנה שופטים משורות הפרקליטות לתפקידי שיפוט בפלילים, כאשר אלה נוטים תמיד לטובת הפרקליטות ומשליטים אימה וטרור על החשודים והאזרחים, רק משום שרכשו השכלתם והכשרתם בפרקליטות, הידועה כמתפרת תיקים ועסקאות, אשר מגישה בקשות כוזבות למעצר אזרחים, על סמך מידע לא מבוסס, חומרים לא אמינים, מקורות לא קבילים וסיפורי בדים מדמיונה הפורה.
2. בית המשפט מתבקש לזמן את המשיבים לדין לבוא ולתת טעם מדוע לא תבוטל הלכת שלמה זאדה בש"פ 8087/95, ובמקומה תתקבל ותקום דעת המיעוט שבהלכת זאדה, מילה במילה כדבריה של כבוד השופטת דורנר, ומדוע לא תבוטל הלכת אשר אלמליח בש"פ 8178/09, בשל היותה פוגענית לאזרחים, מעניקה זכויות יתר לתביעה, ומשחררת שופטים מחובתם לסמן מעצרי שווא, מעצרים מיותרים, ומעצרים המבוססים על בלופים, מניפולציות ותחבולות של הפרקליטות הארצית, והפרקליטות במחוזות.
3. נושאי העתירה הם שניים: האם הלכת **אלמליח** איננה פוגעת יתר על המידה בזכויות נאשמים, בחוק כבוד האדם וחירותו, וביחסי השוויון הלכאורי בין התביעה להגנה, והשני, האם הלכת **זאדה** איננה פוגעת יתר על המידה בזכויות נאשמים, גורמת למעצרי שווא, נוגדת את השכל הישר ומציפה את בתי המשפט באין ספור ערעורים, תסקירים, והחלטות מעצר עד תום ההליכים שניתן למנוע אותם אילו תתקבל עמדת כבוד השופטת דליה דורנר בדעת מיעוט שבהלכת זאדה.

4. בקשה זו מוגשת הן לאור פרקטיקות של בתי המשפט קמא במשך שנים מאז ניתנה הלכת **זאדה** המאפשרת לעצור אנשים על סמך ראיות גולמיות, סתמיות, פוטנציאליות, ואף מופרכות וחסרות היגיון, אשר בפועל גורמת להכפלת המעצרים המיותרים פי 15, מקנה כוח עצום לתביעה אשר שולטת בראיות ומגישה לשופטים רק את מה שנוח לה, ומייצרת תהליכים דו שלביים מיותרים, לפיהם בשלב הגשת האישום התביעה נדרשת להגיש כתב אישום רק אם יש ראיות טובות מעבר לספק סביר, בשלב המעצר הרף הראייתי יורד כמעט לאפס, וכל חתיכת נייר או מזכר יכולה לשמש עילת מעצר, ובשלב הכרעת הדין שוב נדרשת התביעה לעמוד בדרישה שראיותיה יהיו חזקות דיין שאין כל ספק סביר בהן.
5. לא בכדי הוקמה ועדה למניעת הרשעות שווא בראשות כבוד השופט יורם דנציגר. אולם זה אינו פוטר את בית המשפט עצמו מלבחון את הפרקטיקות הנהוגות, הן לעניין **אלמליח**, והן לעניין **זאדה**, אשר גורמות ותורמות להרשעות שווא, שכן עצורים ונאשמים נוטים לסגור עסקאות גם אם הם חפים מפשע, רק בשל חוסר הגישה לראיות בכלא, ותנאי המעצר המחפירים במדינת ישראל, שאינם עומדים הסטנדרטים של מדינה מתוקנת.
6. את העתירה הזו הייתה אמורה להגיש המשיבה 4, הסנגוריה הציבורית, אשר תפקידה לדאוג לשמירה על זכויות חשודים ועצורים, ובמשך שנים לא רק שאינה עושה דבר לנוכח העוולות, המשיבה 4 גם מנחה את הסנגורים שהיא מעסיקה להסכים מראש לראיות לכאורה, גם בלי לשאול את הלקוח, ובכך לעשות לשופט חיים קלים, להשתתף בחגיגת המעצרים ההמוניים, ולהקנות את שמה כעלה תאנה להליך כאילו החשוד או העצור זכה למשפט הוגן, וליחס שוויוני בין התביעה לסנגוריה.
7. כך למשל במקרה האישי של העותרת בהליך בפני כבוד השופט אברהם הימן בבית המשפט המחוזי בתל אביב, תיק מ"ת 14280-04-17 בתאריך 10.9.2017 הסנגור שהסנגוריה שכרה עבור העותרת, עו"ד יונתן רבינוביץ, הונחה ע"י המשיבה 4 להסכים לראיות לכאורה, גם מבלי שנתבקש לכך, הן משום הנחיית הסנגוריה שלא להילחם על זכויות העצורים, והן כדי לחסוך כסף לסנגוריה.
8. בעניינה של העותרת כבוד השופט אברהם הימן התעלל בה, כתב עליה דברים שלא היו ולא נבראו בהחלטה לעצור אותה עד תום ההליכים, לחץ על בא כוחה להסכים לראיות כדי שלא יהיה כבול לראיות ויוכל להפליג בדמיונו הפרוע והמושחז. העותרת נעצרה בכלא נווה תרצה מתאריך 27.2.17 עד 3.5.19. כאשר שופט כזה מיישם את הלכות אלמליח וזאדה, לנאשם אין כל סיכוי להתמודד עם שופט כזה שאינו מוכן לשמוע על ראיות לא קבילות, ראיות לא אמינות, ראיות שהושגו במרמה ותחבולות, ראיות שלא מתיישבות עם השכל הישר, ואפילו שקרים בזויים שהפרקליטות ממצאה מראשה הקודח, ואין מה לעשות. זהו שופט המסתפק בכתובה חפיפניקית מ"מעוף הציפור", ואת כל טענות ההגנה הוא מנפנף בטענה שעל המבקש להמתין כמה שנים עד שישמעו ההוכחות בהליך העיקרי.
9. למרבה הצער, שופטי העליון, קרי המשיב 1 מגבים את הפרקטיקה הזו, ואף מעודדים את שופטי הערכאות הנמוכות להתעלל באזרחים, להמציא עליהם סיפורי בדים וסיפורי אלף לילה ולילה, והכל במטרה לחזק את הפרקליטות ולהבטיח פרנסה טובה לפרקליטות, לשופטים ולשב"ס.

רקע אישי לעתירה

10. בתאריך 11.11.2018 בש"פ 7235/18 נתן כבוד השופט פוגלמן החלטה בעניין העותרת שעניינה הלכות אלמליח וזאדה (בש"פ 8087/95, פד"י נ (2) עמ' 133. בית המשפט כתב שבגלל שהוא דן יחיד איננו יכול לסטות מפרקטיקות נהוגות.

11. אלא שהפרקטיקות הנהוגות גורמות עוול לנאשמים, ופוגעות בהם באופן בלתי מידתי. הלכת זאדה ("הלכת הראיות הגולמיות") הפכה למעשה בדיחה נלעגת, שכן אין חתיכת נייר שהתביעה יכולה להציג שלא יעבור את מבחן זאדה.
12. התוצאה היא עשרות אלפי עצורים על לא עוול בכפס, ואי יכולת של הסנגורים להגן על לקוחותיהם. לא נותר אלא להפנות להתראות שהתריעה כבוד השופטת דליה דורנר בהלכת זאדה עצמה.
13. כך גם לגבי הלכת אלמליח. נוצרה פרקטיקה שסנגורים מפעילים לחץ להסכים לראיות לכאורה, כי הם יודעים שאין סיכוי להתנגד לראיות לכאורה, כי כל נייר סתמי יכול לשמש ראיות לכאורה. בחוק עצמו החדס"פ לא נכתב שניתן לבקש עיון חוזר רק במקרים נדירים. להיפך, החוק מעודד עיון חוזר כדי למנוע מעצרי שווא.
14. יוצא ששתי ההלכות קשורות זו בזו בטבורן ומייצרות מציאות של בית משפט שזכויות הנאשמים בו הופכות למרמס. די בכך שבשלב המעצר עד תום ההליכים בית המשפט פטור מלבחון אמינות הראיות לכאורה, או את ההיגיון הפנימי של הראיות לכאורה, ושלמעשה כל מזכר גולמי יכול לשמש כלי בידי התביעה להרוס חיי אדם, ולתפור תיקים, בתקווה שהנאשם יקרוס ויודה.
15. הלכת אלמליח מעוררת שאלה נוספת, מדוע שופט בדין יחיד מפרש את סעי' 52 לחסד"פ כאילו הוא חל על מקרים נדירים שבנדירים, כאשר אין זכר לביטוי נדירים שבנדירים בחוק עצמו?
16. עצם העובדה שמונתה ועדה לבחינת ריבוי הרשעות השווא בראשות כבוד השופט בדימוס יורם דנציגר, איננה פוטרת את בית המשפט מלבחון את עצמו ואת הפרקטיקות שחוזרות על עצמן.
17. סירובו של בית המשפט העליון לבחון עצמו ואת הפרקטיקות שהוא מכשיר פעם אחר פעם מעורר מחאה בקרב הציבור, פעם אחר פעם.
18. העותרת נעצרה בגין כתבות מחאה פוליטיות נגד 25 שופטים, עשרת עובדים סוציאליים וכ- 10 פרקליטים ותובעים משטרתיים. העותרת נעצרה בתיק מ"ת 14280-04-17 מאז 27.2.2017 וב- 6.4.2017 הוגש כתב אישום בתיק ת"פ 14615-04-17 יחד עם בקשה למעצר עד תום ההליכים. לא צורפה לבקשה ראייה אחת, לכאורה או שלא לכאורה. את הראיות מסרה התביעה רק אחרי 3 חודשים. כך נוצרה פרקטיקה של הגשת כתבי אישום ללא ראיות וללא חומרי חקירה. כדי להכשיר את הפרקטיקה הלא חוקית של אי הצגת ראיות לכאורה יחד עם בקשת המעצר עד תום ההליכים הומצאה **הלכת שושני בש"פ 6190/98**, המאפשרת מעצר ביניים או מעצר ארעי עד שהתביעה תואיל בטובה למסור את הראיות, והסנגורים ילמדו אותם.
19. העותרת הייתה עצורה בכלא נווה תרצה בגלל הלכת שושני במעצר ביניים לא פחות מ- 9 חודשים, למרות שבחוק המעצרים אין כלל וכלל אסמכתא למעצר ביניים כל כך ארוך. בהעדר נתונים סטטיסטיים יש לשער שנשבר שיא ארצי של מעצר ביניים כה ארוך.
20. משהואילה התביעה למסור פעימה ראשונה של ראיות לכאורה וחומרי חקירה, קמה לתחייה פרקטיקה אחרת. השופט שאינו מעוניין לשבת ולסנן ולבדוק את הראיות לכאורה מאלץ את הנאשמת "להסכים" לראיות לכאורה. גם כאן המחוקק לא העלה בדעתו "מעצר על סמך הסכמה". מדוע שאדם יסכים לעצור את עצמו???
21. במקרה דנן, בתאריך 10.9.2017 הסנגור מטעם הסנגוריה, שאיננו מקבל שכר עבור לימוד החומר, אמר לבית המשפט שהוא חושב שיש ראיות לכאורה, והעותרת מתנגדת. בית המשפט, כבוד השופט אברהם

הימן הפך את אולמו לשוק טורקי, כאשר סחט מהעותרת הסכמה מאולצת לראיות שבכלל לא ראתה, תמורת הזמנת תסקיר. העותרת מפנה לפסיקות המרובות והמיותרות באיזה שלב יש להזמין תסקיר, ולעובדה שהזמנת תסקיר גורמת בעצמה למעצר שווא מיותר של לפחות חודש נוסף. דבר זה משרת את השב"ס אשר מקבל לקוחות בקבלנות.

22. השלב הבא הוא מבחני זאדה. יודע כל סנגור מתחיל כי על סמך דעת הרוב בהלכת זאדה, כל שטות וכל הבל יכולים לעמוד במבחן. כבוד השופט אברהם הימן כבר אמר שאפילו ראיות לא אמינות הן ראיות טובות וחזקות כדי לעצור אזרחים, כי הלכת זאדה פוטרת שופטים מבחינת אמינות הראיות.

23. כך גם לגבי ראיות חסרות היגיון. הלכת זאדה פוטרת את השופטים מהפעלת המוח וחיפוש ההיגיון. זאדה גם פוטר שופטים מלבדוק אם בכלל העבירות מגלות עילה. למעשה כדי לעבור את מבחן זאדה, די בכך שהשופט עושה העתק הדבק לטענות התביעה בבקשה למעצר עד תום ההליכים, וזו אכן הפרקטיקה הנהוגה.

24. בהחלטתו בש"פ 7235/18 מתאריך 11/11/18 כבוד השופט עוזי פוגלמן אמר כי הוא מהסס לפקפק בהלכת זאדה כיוון שהוא דן יחיד.

25. הגיעה העת לפקפק בהלכת זאדה, האם היא מתאימה לימינו או? ההלכה ישנה, ובדיעבד מתברר שהלכה זו גרמה רק נזק, הרס חיי חפים מפשע, שרבים מהם הורשעו רק בגלל שהתחננו לעסקה כדי לסיים את ייסוריהם במעצר, וכן וריבוי דיונים בלי סוף.

הפתרון המוצע

26. הפתרון המוצע בעתירה זו מאוד פשוט, לאמץ את דבריה החכמים של כבוד השופטת דליה דורנר בהלכת זאדה, ולדרוש מהתביעה ראיות שאין בהם כל ספק סביר, כלומר אותו סטנדרט שנדרש להרשעה.

27. אם תאומץ **ביטול** הלכת זאדה, אז גם הלכת אלמליח תיעלם מעצמה, שכן לא יהיה צורך לחזור לבית המשפט כדי לבטל הסכמות לראיות לכאורה כאשר מתגלה שהראיות הללו עומדות על כרעי תרנגולת. הלכת אלמליח היא עוד דוגמא למרמס זכויות חשודים ונאשמים. שופטים מוציאים מנאשמים הסכמות לראיות לכאורה בדרכים שונות (סחיטה, איומים, מתק שפתיים והבטחות שווא) וברגע שהמילה הסכמה יצאה מפי הסנגור, נועלים אותו להסכמה זו ויהי מה. למרות שהמחוקק קבע במפורש שתמיד ניתן לבקש עיון מחדש אם חולף הזמן או גילוי נסיבות חדשות, מי שפוגע באזרחים הוא בית המשפט שמציא פרשנויות חדשות (כמו ההמצאה שניתן לבטל הסכמה לכאורה רק ב"מקרים נדירים").

להלן ציטוט מדבריה של כבוד השופטת דליה דורנר:

1' מסכימה אני לדעתו של חברי, הנשיא ברק, כי בראיות המספיקות להעברת נטל הבאת הראיות לנאשם אין די לשמש ראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום הליכי המשפט. בכך שראיות התביעה אינן מופרכות אין אפוא כדי להשביע את הדרישה לראיות לכאורה לצורך מעצר. אכן, בשיטה השמה נר לרגליה את זכות היסוד של האדם לחירות, אין לעצור עד תום הליכי המשפט נאשם שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעתו, וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו.

עם זאת, בתשתית העובדתית שעל יסודה ביקשה התביעה להורות על מעצרו של העורר מובנה, כפי שפירט חברי, השופט בד', ספק. על-כן, לדעתי, יש לקבל את הערר ולהורות על שחרורו של העורר בערובה.

2. בהליך המעצר אפשרותו של הנאשם להתגונן היא מצומצמת. שמורה לו, בעיקר, האפשרות לטעון טענות. תיאורטית יכול נאשם גם להגיש ראיות בכתב, אך רובם המכריע של הנאשמים, שאינם מנהלים חקירה של עצמם, אינם עושים זאת. חומר הראיות שעל בסיסו נדונות אפוא בקשות המעצר הוא החומר הכלול בתיק החקירה המשטרתי.

חומר ראיות זה משמש תכלית משולשת:

ראשית, על פיו נקבעת מידת ההסתברות שהנאשם יימצא אשם. קביעה זו באה למנוע, ככל שהדבר אפשרי, את התוצאה הקשה של החזקתם במעצר, במשך חודשים רבים, של זכאים.

שנית, על-פי אותו חומר ראיות נקבע אם קיימת עילת מעצר. בעבירות שבעטיין אפשר להחזיק נאשם במעצר רק אם קיים חשש סביר ששחרורו יסכן את שלום הציבור (סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי), האינדיקאציה העיקרית למסוכנות היא נסיבות העבירה, כעולה מן החומר שבתיק החקירה. אף בעבירות חמורות הפוגעות בגוף האדם, שבהן חומרת העבירה כשלעצמה מקימה עילת מעצר (סעיף 21א(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי), חומר ראיות זה משמש להוכחתה של עילת המעצר. ראו דברי השופט מצא בדנ"פ גנימאת [1], בעמ' 613-614.

שלישית, החומר האמור משמש גם כראיה העיקרית שעל פיה מחליט בית המשפט אם אפשר להסתפק בחלופת מעצר.

3. אכן, התשתית הראייתית בהליך המעצר לא נועדה לקבוע את אשמתו של הנאשם או את חפותו, ומשמעות הקביעה כי חומר הראיות מספיק למעצרו של הנאשם אינה כי הרשעתו היא ודאית. בדומה, משחרור נאשם בערובה עקב חומר ראיות לכאורי לא מספיק לא נובע כי זיכוי הוא ודאי. ואולם, בכך שמטרתו של הליך המעצר אינה להכריע בסוגיית אשמת הנאשם או חפותו - והלוא חזקת החפות עומדת לנאשם גם בהיותו במעצר - ואף לא לגזור את דינו ולהענישו, אין כדי לגרוע מן החומרה הרבה שבהחלטה על מעצר ומפגיעתה הקשה בנאשם, המוכנס לכלא על יסוד חומר הראיות שאספה המשטרה.

ההגנה המעשית היחידה העומדת לנאשם בהליך זה כנגד חומר הראיות שאספה המשטרה היא בדרישה כי חומר ראיות זה יוכיח לכאורה את אשמתו.

4. עד לתיקונו בשנת 1988 לא התנה חוק סדר הדין הפלילי מעצר נאשם עד תום הליכי המשפט בקיומה של תשתית ראייתית, ואף לא הגדיר עילות מעצר. סעיף 20 לחוק הסמיך את בית המשפט לעצור עד תום ההליכים נאשם שהוגש נגדו כתב-אישום. הערכאות הראשונות סברו כי לאור נוסח הסעיף על בית המשפט להניח קיומו של חומר ראיות מספיק על יסוד הגשת כתב האישום.

בב"ש (ת"א) 105/74, 106(ת"פ (ת"א) 138/74 [21] כתבה השופטת ח' אבנור:

"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 - ד' ד')."

בערר לבית-משפט זה נהפכה הקערה על פיה, ונקבע כי תנאי למעצרו של נאשם הוא קיומן של ראיות לכאורה לביסוס אשמתו. וכך כתב מ"מ הנשיא זוסמן:

"...השופט יכול וצריך לעיין בהודעות שנגבו על-ידי המשטרה ולהתרשם מבדיקתן, אפילו היא שטחית, אם הראיות, בהנחה שיתקבלו בשעת הדיון, עשויות יהיו להוכיח את האישום. שאם לא תאמר כן, יהא די בהגשת כתב-האישום כדי לשמש עילה לעצור את הנאשם" (ב"ש 43/74, 44/74 קבטאן ואח' נ' מדינת ישראל [15], בעמ' 724).

אלא שהראיות שנדרשו בפסיקה לצורך מעצר עד תום הליכי המשפט היו זהות ל"ראיות לכאורה" (prima facia evidence) הדרושות לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי להעברת נטל הבאת הראיות אל הנאשם. ההלכה היא כי ראיות לכאורה במובן זה מתקיימות אם באה לפני בית המשפט עדות כלשהי, אף דלה ובסיסית, להוכחת יסוד מרכזי של העבירה, ובלבד שהראיות אינן מופרכות כדי כך ששום שופט בר-דעת לא היה נותן בהן אמון. ראו: ע"פ 28/49 [3], בעמ' 523-527; ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון ואח' [16], בעמ' 179-180.

...

"

6. ההלכה בעניין זה לא השתנתה גם לאחר שהתנאת המעצר בקיומן של "ראיות לכאורה" עוגנה בסעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי - שהוסף בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988 - שבו נכתב:

"לא יתן בית משפט צו מעצר... אלא אם נוכח לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה..."

ראו המשך הכתוב בפסק הדין בסעיפים 13-7 כולל.

14. חברי, הנשיא ברק, מטעים - ואף בכך דעתי כדעתו - כי באופיו "הדיוני" של הליך המעצר, ובכך שבשיטתנו אין נשמעות בו עדויות בעל-פה, אין כדי להמעט ממידת ההקפדה ותשומת הלב שעל בתי המשפט להקדיש לבדיקת הראיות בהליך זה. כפי שפורט בבש"פ גנימאת [17] (דברים שכתבתי בעמ' 379 ובדברי המשנה לנשיא ברק בעמ' 417-416) ובדנ"פ גנימאת [1] (דברי הנשיא ברק בעמ' 651 ודברים שכתבתי בעמ' 645-646), למעצרו של אדם עד תום הליכי משפטו השלכות חמורות, ובראש ובראשונה נטילת חירותו לתקופה ארוכה על-ידי כליאתו בתנאים קשים. נטילת חירות זו אינה הפיכה. אל לבית המשפט לגזור על נאשם

סנקציה קשה ובלתי הפיכה זו, אלא אם שוכנע, לאחר בדיקה קפדנית של חומר הראיות, כי אין מובנה בו ספק סביר באשמת הנאשם. בכך שבשלב זה לא מצויים ברשות בית המשפט כל הנתונים וכל הראיות, לרבות התרשמותו ממהימנותם של עדים, שיימצאו ברשותו עם סיום פרשת הראיות במשפט, אין כדי לגרוע מחובתו להקפיד בבדיקת אותו חומר הראיות המצוי בשלב זה. עלינו לזכור כי ענייננו הוא באחת החשובות שבזכויות היסוד של האדם - הזכות לחירות. אין זה מתקבל על הדעת כי חירותו של אדם תישלל על יסוד בחינה קפדנית פחות של הראיות מזו שעל יסודה מכריע בית המשפט, למשל, בתובענות אזרחיות בענייני ממון.

יהיה כאשר יהיה הדין בעניין מידת ההעמקה שעל בית המשפט לנקוט בבחינת הראיות בהליכי ביניים ככלל - במשפטים פליליים, אזרחיים, או מינהליים - אין להורות על מעצרו של אדם עד תום הליכי משפטו אלא לאחר בחינה יסודית של הראיות המצויות בעת הבדיקה.

28. ראו גם מאמרה של דליה דורנר, "השפעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", משפט וממשל, כרך ד' תשנ"ז.

29. במאמרה כותבת כבוד השופטת דורנר בתסכול שעד כמה המחוקק ניסה להתערב בהלכות בית המשפט העליון הפוגעות באזרחים, ומי שהיה שר המשפטים אז דוד ליבאי אמר במפורש שהתיקון נועד לעצור את מגמת המעצרים הסיטונאית, שהייתה לפני תיקון 9 לחוק המעצרים. במאמרה אמרה כבוד השופטת דורנר כי הכנסת ביקשה לצמצם את הפגיעה באזרחים, ואילו חבריה השופטים התעקשו להמשיך ולפגוע:

הכנסת, ביוזמתה ובעידודה של הממשלה, התערבה פעם אחר פעם בפסיקה, שקיפתה לדעתן של רשויות אלה את זכויות החשודים והנאשמים, וזאת כדי לצמצם את שיקול-הדעת של בתי-המשפט לפגוע בהן.

היפוך זה כשלעצמו מעיד על האיזון השגוי שערכה הפסיקה בין זכות האדם לחירותו, שהיא מזכויות האדם החשובות ביותר, לבין שלום הציבור. עדות נוספת לכך הוא הפער שהיה בין הפסיקה בישראל בתחום זה לבין הפסיקה המקבילה במדינות שבהן מובטחות זכויות החשוד והנאשם בחוקה, כגון ארצות הברית, קנדה וגרמניה.

30. כבוד השופטת דורנר התריעה על כך שתיקון 9 לחוק המעצרים נעשה על רקע ביקורת חריפה של שר המשפטים ליבאי על העובדה שבית המשפט העליון מעודד את הערכאות הראשונות לעצור כמה שיותר אזרחים. אלא שגם לאחר התיקון בחוק, דבר לא השתנה:

אולם בתי-המשפט של הערכאות הראשונות הלכו - מטבע הדברים - אחר פסיקת הרוב בבית-המשפט העליון, ושיעור הנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים הלך וגדל, והגיע לכדי 54% מכלל הנאשמים שהגישו נגדם כתבי-אישום.¹⁶ על מגמה זו נמתחה ביקורת ציבורית חריפה. בעקבות ביקורת זו ולאורה קיבלה הכנסת את חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988 (להלן: תיקון מס' 9).¹⁷ בדיון בקריאה ראשונה של הצעת החוק אמר חבר הכנסת דוד ליבאי:

הצעת החוק שאנו דנים בה היא בעצם ההסתייגות שלנו, היושבים כאן, מהפסיקה של בית-המשפט העליון... אנחנו למעשה חולקים בגלוי, באופן חד משמעי, על עמדת בית-המשפט העליון בסוגיה שבה אנו דנים.¹⁸

31. חרף כל האמור ומטרתו הברורה של התיקון לחוק המעצרים לצמצם את המעצרים, דבר לא שינה את הלכות בית המשפט העליון, ודבר לא הקטין את המעצרים. להיפך, המעצרים התנפחו פי 15.

32. אמר כבוד השופט חשין כלפי תיקוני החקיקה, בזאדה עמ' 165-166:

ולאחר שהשאון נדם, האבק שכיסנו שקע, היס עמד מועפו והשקט בא על הארץ, מצאנו עצמנו עומדים באותו מקום שעמדנו כל השנים בו. והגלגל הוא אותו גלגל.³⁰

33. בתסכולה הרב מסכמת כבוד השופטת דורנר דבריה כך:

לדידי, השאלה העיקרית היא אם הרטוריקה של זכויות האדם תתבטא במדיניות שיפוטית הלכה למעשה, כך ששיעור הנאשמים שייעצרו יפתת במידה משמעותית. אחרת, מה בצע בביטול העילה ההרתעתית באישומי החמורים ובדרישה להוכחת הסכנה הצפויה משחרור הנאשם באישומים האחרים אם במציאות נאשמים שהיו נעצרים כעבר ייעצרו גם עתה? כמסקנת חברי, השופט חשין, שכתב "מצאנו עצמנו באותו מקום בו עמדנו כל השנים",³⁶ ונמצא כי המדיניות השיפוטית שהובילה לכך שהמעצר עד תום ההליכים הפך לאמצעי שיגרת - כלל, ולא יוצא מן הכלל - תימשך.

לדעתי, המחסום האפקטיבי למניעת מעצרי שווא, או למצער מעצרים מיותרים, מצוי בדרישה לחד-משמעיות של חומר הראיות שמציגה התביעה. כאמור, חומר ראיות זה הוא גם הבסיס העיקרי לקביעת צילת מעצר ואפשרות לחלופת מעצר, כך שהדרישה כי ככלל על התביעה להוכיח את מסוכנותו של הנאשם לא תמנע את המעצר במקום שהנסיבות המפורטות בכתב-האישום מצביעות על מסוכנותו מבלי שיהיה להן ביסוס מוצק בחומר הראיות שבידי התביעה.

34. הגיעה השעה שבית המשפט העליון יבחן הלכות ישנות, לאור הביקורת בציבור על בית המשפט העליון ואטימותו לזכויות עצורים, לאור הביקורת כי שופטים שרובם יוצאי פרקליטות מוטים לטובת התביעה, ולאור חלוף הזמן.

35. העותרת הייתה עצורה בתת תנאים קשים מנשוא בכלא נווה תרצה מיום 27/2/17 עד 3/5/19. במהלך תקופת מעצרה, הושלכה העותרת על לא עוול בכפה לבידוד (יום בחללית) לתקופות רצופות ארוכות מנשוא, של חודשיים ושמונה ימים, ללא הצדקה!!! בין היתר שב"ס סגר לעותרת את שיבר המים בצינוק, כך שהעותרת שחזרה מבית המשפט בשעות הערב, נותרה ללא מים במשך יומיים רצופים, ללא שהיא מתרחצת, מחליפה תחתונים, לא מצחצחת שיניים, ללא שסיפקו לה מים, בצינוק ללא מאוורר, בחום אימים כשהעותרת נצלת כמו עוף במיקרוגל. שב"ס מנע מהעותרת שעת טיול, שהגיעה לה במשך שמונה ימים רצופים, כך שהעותרת לא התאווררה, והייתה כלואה בצינוק 1.80 אורך על כ- 90 סמ' רוחב. העותרת הייתה כלואה בקבר. כשהסנגוריה משיבה 4 לא הגישה עתירה להוצאת העותרת מהגיהנום בו שהתה.

36. הגיעה השעה לזנוח את הלכת הראיות הגולמיות, הלכת זאדה, ולדרוש מהתביעה להציג ראיות טובות ברמה הדרושה להרשעה, כלומר שאין בהם כל ספק סביר. המחוקק מעולם לא התכוון לראיות גולמיות, ונראה כי בית המשפט העליון סילף את כוונת המחוקק.

37. הלכות זאדה ואלמליח אינן עולות בקנה אחד עם חוקי היסוד וזכויות היסוד של אזרחי ישראל. אלו הלכות שרירותיות, בלתי הגיוניות, לא סבירות, והן נוגדות את עיקרון השוויון בין ההגנה לתביעה, שכן התביעה מקבלת יתרונות טקטיים עצומים שמאפשרת לה להכניע חשודים באמצעות הג'וקים של שב"ס, מיטות הברזל החורקות של שב"ס, האוכל הרקוב והשמנוני של שב"ס, והיחס לעצור בשב"ס כאילו הוא חולדה מזוהמת. כך הפרקליטות מנצחת בתיקים, וכך בית המשפט העליון בישראל עוזר לפרקליטות "לנצח" תיקים בשיטות מחפירות ומזעזעות.

38. התוצאות בשטח: בתי מעצרים מפוצצים באזרחים, ותביעה שיכורה מכוח ללא גבולות וללא סייגים.

39. על יסוד כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפוך אותו למוחלט.

לורי שם טוב

לורי שם טוב

תאריך: 27/10/19

לודי שם טוב נ. בית משפט עליון
תאריך הגשה: 27/10/19

תצהיר זה אינו החלטה שיפוטית או
אישור של תצהיר זה אינו ראיה לכ...

ה י ר

02450623

אני שמעון

מצהיר 1: אני הח"מ

מספר זהות

שם משפחה

שם פרטי

מצהיר 2: אני הח"מ

מספר זהות

שם משפחה

שם פרטי

לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן מצהירה בזה בכתב כדלקמן:

אני מניין צדקה מנהל צדקה נשוי יוסף הולת
אלון יזמאית כש"ס 9878108 ואלונה אלונה כש"ס
195/087, מנהל ונציגה נוספת יוסף יוסף
תמצין שמ"מ תזכיק ואלונה "מ"מ ואלון אלון
כש האמור יעיל אלון ונניין
מתירה

חתימת מצהיר 2

חתימת מצהיר 1

תאריך 27/10/19

למילוי ע"י מורשה להזהיר על פני תצהיר

אני הח"מ _____
שם פרטי _____ שם משפחה _____ תפקיד _____ יחידה _____

מאשר בזה כי ביום 27/10/19 הופיעה בפניי בבית המשפט

מר/גב' _____ (מצהיר 1) _____ (מצהיר 2) שזיהיתי לפי

תעודת זהות שמספרה _____ (מצהיר 1) _____ (מצהיר 2)

ולאחר שהוזהרתי כי עליוה להצהיר אמת וכי יהיה/תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה/תעשה כן, אישר/ה את נכונות ההצהרה הנ"ל וחתם

שלמה שפירא, ע"ד
מדור בלתי מיוצגים
בבית המשפט העליון
חתימת המאשר

עליה
27/10
תאריך



בבית המשפט העליון

בש"פ 8178/09

בש"פ 8265/09

בפני: כבוד השופט י" דנציגר

המבקשת בבש"פ 8178/09: מדינת ישראל
העורר בבש"פ 8265/09: יהונתן אלמליח

נגד

המשיב בבש"פ 8178/09: יהונתן אלמליח
המשיבה בבש"פ 8265/09: מדינת ישראל

בקשה להארכת מעצר לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 וערר על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 30.9.09 בב.ש 1843/09 שניתנה על ידי כבוד השופט ע' עיילבוני

תאריך הישיבה: י" בחשון תש"ע (27.10.09)

בשם המבקשת בבש"פ 8178/09
והמשיבה בבש"פ 8265/09: עו"ד ר' זוארץ

בשם המשיב בבש"פ 8178/09
והעורר בבש"פ 8265/09: עו"ד ב' קניג

החלטה

לפניי דיון מאוחד בערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כבוד השופט ע' עיילבוני) מיום 30.9.2009 בב.ש. 1843/09, בה הוחלט שלא לשחרר את העורר לחלופת מעצר, ובבקשתה של המדינה לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1993 (להלן: חוק המעצרים), להארכת מעצרו של העורר בתשעים ימים נוספים החל מיום 28.10.2009 או עד למתן פסק דין בעניינו בת.פ. 69/09 בבית המשפט המחוזי בנצרת, לפי המוקדם מביניהם.

לשם הנוחות יכונה העורר להלן: העורר והמדינה תכונה להלן: המשיבה.

תמצית עובדות כתב האישום

1. בסוף שנת 2008 קשרו העורר ושלושה אחרים קשר לפיו ייבאו סמים מלבנון לישראל. העורר והאחרים נסעו לבחון נקודות שונות לאורך גדר הגבול המפרידה בין ישראל לבין לבנון ומצאו נקודה מתאימה לביצוע העברת הסמים. ביום 9.1.2009 נסע העורר עם שניים מהאחרים לאזור מטולה. העורר ירד מהרכב בו נסע יחד עם האחרים והחל לצעוד רגלית לעבר גדר הגבול, שם המתין לקבלת הסם. בסמוך לשעה 17:30, תוך תיאום טלפוני עם האחרים, נזרקו לעבר הנאשם, מצדה הלבנוני של גדר הגבול, שלוש חבילות אשר הכילו סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 1,014.88 גרם וסם מסוכן מסוג הירואין במשקל 2,000.78 גרם. העורר הרים את הסמים והסליקם בקרבת מקום. אז החל העורר לצעוד בציר נסתר לעבר נקודת מפגש על כביש מספר 90 בה קבע כי השניים האחרים שהסיעו אותו למטולה יאספו אותו. לאחר שהאחרונים אספו את העורר ברכבם, הם החלו לנסוע על כביש 90 לכיוון קרית-שמונה ובדרכם נעצרו על ידי המשטרה.

2. בשל מעשים אלו הועמד העורר לדין בגין: ייבוא סם מסוכן, עבירה לפי סעיף 13 בצירוף סעיף 19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה); החזקת סם שלא לצריכה עצמית בלבד, עבירה לפי סעיף 7(א) בצירוף סעיף 7(ג) רישא לפקודה; קשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); הסתייעות ברכב לשם ביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 43 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.

הליכי המעצר עד כה

3. עם הגשת כתב האישום כנגד העורר הוגשה בד בבד גם בקשה לעצרו עד תום ההליכים נגדו. הבקשה נתמכה בהודאת המשיב בחלק מן המיוחס לו, דו"ח תצפיתן משטרת וסרט תצפית. בבקשה נטען כי קמה עילת מעצר כנגד העורר בשל מסוכנותו הנלמדת מהיותו שותף לחבורה אשר תכננה בקפידה והוציאה אל הפועל עסקת ייבוא סמים מסוכנים בכמות גדולה. בדיון שהתקיים ביום 17.2.2009 טען העורר כי ישנו חומר חקירה נוסף שעל המשיבה להעביר לידיו ובכוונתו להגיש בקשה לקבלו לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). למרות זאת, הסכים העורר לקיומן של ראיות לכאורה וביקש מבית המשפט

להורות על הכנת תסקיר מעצר בעניינו. בית המשפט המחוזי קבע בהתאם להסכמת הצדדים את דבר קיומן של ראיות לכאורה והורה על עריכת תסקיר מעצר בעניינו של העורר.

4. בתסקיר המעצר שהוגש לבית המשפט ציין שירות המבחן למבוגרים כי התרשם שהעורר הוא אדם המנסה להרשים את הסוכבים אותו. גישתו מניפולטיבית ומטעה ואין הוא מחובר למצבו. שירות המבחן הטעים כי הוא נותר בתחושה שרוב הנסתר על הגלוי בכל הקשור להתנהלותו של העורר בחייו וכי קשה ליתן בו אמון. העורר הכחיש בפני שירות המבחן כל בעיה בתפקודו והשליך את האחריות למצבו על גורמים חיצוניים שאין לו שליטה עליהם. שירות המבחן העריך כי בעניינו של העורר ישנה סבירות גבוהה להישנות מעשים דומים בעתיד. לאור האמור לעיל ולאור עברו הפלילי של העורר נמנע שירות המבחן מליתן המלצה לשחרורו לחלופת מעצר. ביום 15.3.2009 ונוכח ממצאי תסקיר המעצר כמו גם טיב העבירות בגינן הועמד העורר לדין, הורה בית המשפט המחוזי על מעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו.

5. ביום 27.8.2009 הגיש העורר בקשה לעיון חוזר בהחלטה לעצרו עד תום ההליכים. בבקשה נטען כי העורר נמצא במעצר מזה שמונה חודשים אך משפטו טרם החל להישמע. עוד טען העורר כי לאחר שהועבר לעיונו חלק מהחומר המודיעיני בעניינו, הוא סבור כי יש מקום לבחון את שחרורו לחלופת מעצר, שכן מהחומר המודיעיני עולה כי עובר למעצרו הוא שימש כסוכן סמוי בידי המשטרה, הוא היה בקשר רציף עם מפעיליו ואף עדכן אותם לגבי כוונתם של האחרים להכריח סמים מלבנון לישראל. עדכונים כאמור נמסרו למשטרה הן בתקופה שקדמה לאירוע נשוא כתב האישום והן במהלך ביצוע העסקה עצמה כשהיה סמוך לגדר המערכת, אלא שהמשטרה לא הייתה ערוכה לפעולה מיידית ועל כן ניתנה לעורר הוראה לעזוב את המקום ולמעשה הוא הופקר לגורלו בשטח. לטענת העורר, לאור שיתוף הפעולה שלו עם גורמי אכיפת החוק ומחדליה של המשטרה אין להורות על מעצרו עד תום ההליכים נגדו. כמו כן טען העורר כי ממידעים מודיעיניים עולה שעקב מחדל משטרתי נודע לאחרים אודות היותו סוכן משטרתי וכתוצאה מכך חייו נתונים בסכנה לאחר שאויים בהיותו במשמורת שירות בתי הסוהר, ולכן גם בנתון זה יש להטות את הכף לשחרורו לחלופת מעצר. זאת ועוד, טען העורר כי חלקו בפרשה דומה יותר לחלקו של אחד האחרים אשר שוחרר לחלופת מעצר לאחר שבית משפט זה הורה על עריכת תסקיר מעצר בעניינו [החלטתו של השופט א' רובינשטיין בבש"פ 2486/09 חסארמה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) [1.4.2009)].

6. לאחר שהוגשו עיקרי טיעון בכתב, ביום 30.9.2009 דחה בית המשפט המחוזי את בקשתו של העורר לעיון חוזר. בית המשפט המחוזי קבע כי אין די בחלוף הזמן מאז ניתנה ההחלטה על מעצרו של העורר עד לתום ההליכים נגדו (שישה חודשים) כדי לבסס שינוי נסיבות אשר יצדיק עיון חוזר. פרק הזמן שחלף אינו כה ניכר ומעבר לכך אין הכרח שחלוף הזמן כשלעצמו ומבלי שהשתנו הנסיבות יאיין את מסוכנותו של העורר. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי בחומר המודיעיני שהועבר לעיונו של העורר אין כל תוכן חדש לעומת המסמכים שעמדו לרשותו בעת שהסכים לקיומן של ראיות לכאורה, ולכן לא חל שינוי נסיבות בעניינו המצדיק את קבלת בקשתו לעיון חוזר.

ההליכים בתיק העיקרי עד כה

7. ביום 18.2.2009 הוקרא כתב האישום לעורר. האחרון הודיע כי בכוונתו להגיש בקשה לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ולפיכך ביקש לדחות את המענה לכתב האישום. ביום 23.2.2009 הוגשה בקשתו של העורר לגילוי חומר חקירה. בדיון שהתקיים ביום 11.3.2009 הודיע העורר כי הגיש את הבקשה לגילוי חומר חקירה אולם המשיבה לא הגיבה לבקשה. בית המשפט נתן למשיבה אורכה להגיב לבקשה עד ליום 18.3.2009 וקבע מועד להקראת כתב האישום ליום 23.4.2009. דיון זה נדחה לבקשת המשיבה בהסכמת העורר ונקבע ליום 30.4.2009.

8. ביום 30.4.2009 התקיים בפני המותב בתיק העיקרי דיון בבקשה לגילוי חומר חקירה. במהלך הדיון הודיעו הצדדים כי הגיעו להסכמה בנוגע לרוב החומר המבוקש, אולם נותרה מחלוקת בקשר לתיק המודיעיני שבידי המשיבה. בית המשפט קבע כי המשיבה תעביר לעורר רשימה של המסמכים המצויים בתיק והאחרון יודיע אם הוא עומד על קבלת המסמכים. דיון תזכורת נקבע ליום 3.6.2009. בדיון שהתקיים ביום 3.6.2009 פירט העורר אלו מסמכים מרשימת המסמכים המצויים בתיק המודיעיני הוא מעוניין לקבל. המשיבה טענה כי חלק מהמסמכים חסויים וחלק אחר אינו בא בגדר "חומר חקירה". בית המשפט הורה למשיבה להגיש לעיונו את המסמכים שבמחלוקת ואת טיעוניה עד ליום 10.6.2009. מועד ההקראה נקבע ליום 6.7.2009. בדיון שהתקיים ביום 6.7.2009 הודיעו הצדדים כי חלק מהחומר המבוקש הועבר לידי העורר והוסכם כי תיק המודיעיני יועבר לעיונו של בית המשפט אשר יכריע לגבי יתר המסמכים שבמחלוקת. בהמשך היום ניתנה החלטה במסגרתה הוחלט כי לאחר עיון בתיק המודיעיני נמצא כי אין חומר נוסף שהמשיבה הייתה צריכה להעביר לעורר ולא עשתה כן ובית המשפט סיים את הדיון בבקשה.

9. בדיון שהתקיים ביום 16.9.2009 הודיע המשיב על החלפת ייצוג. בית המשפט המחוזי קבע מועד למתן תשובה לכתב האישום ליום 30.9.2009. לדיון שהתקיים ביום 30.9.2009 הגיע בא כוחו של העורר – עו"ד קניג – וביקש לדחות את הדיון לצורך לימוד החומר. ביום 13.10.2009 נערכה ישיבת גישור אך הצדדים לא הצליחו להסכים בסוגיות השנוניות במחלוקת. במהלך הדיון התקיימה הקראה והתיק נקבע להוכחות ליום 23.11.2009.

נימוקי העורר – בש"פ 8265/09

10. לטענת העורר – באמצעות בא כוחו, עו"ד בועז קניג – ההסכמה למעצרו עד תום הליכים נגדו ניתנה לפני בית המשפט המחוזי ביום 17.2.2009 בכפוף להסתייגותו, לפיה תיק המודיעין של העורר במשטרת ישראל טרם התקבל, ומשכך לא נחסמה בפניו הדרך לטעון לקושי ראייתי המצדיק עיון חוזר. בא כוחו של המשיב טוען כי עם נטילת הייצוג בתיק הוא הגיע לכלל מסקנה, לאור עיון במסמכים מתוך תיק המודיעין, כי אם לא יתקיים דיון מחודש לגופן של ראיות הרי שיגרם למרשו עיוות הדין. העורר שב ומדגיש כי אינו חוזר בו מהסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה, אך הוא גורס כי הסכמה זו אינה פוטרת את בית המשפט מלבחון את הקושי בראיות והחלל הראייתי בעניינו. מעבר לכך, לטענת העורר התיר לו בית המשפט המחוזי, בהחלטתו מיום 9.9.2009, לטעון לעניין הקושי בראיות ולעניין הקשרים שקיים עם מפעילו במשטרת ישראל לפני האירוע בו עוסק כתב האישום ובמהלכו, ובית המשפט אף הורה לצדדים להגיש עיקרי טיעון בכתב וכך נעשה. הוגשו מטעם הצדדים עיקרי טיעון מפורטים אשר מנתחים את הראיות והקושי העולה מהן. ואולם, טוען העורר כי למרות נכונותו הראשונית של בית המשפט המחוזי לבחון את הקושי הראייתי, בסופו של יום בית המשפט כלל לא בחן את חומר הראיות ואף התעלם לחלוטין מהראיות תוך שהוא נתפס לאמירה כי קיימת הסכמה לקיומן של ראיות לכאורה ומשכך אין לבחון את הראיות. העורר מדגיש כי עת ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי ביום 17.2.2009 בדבר קיומן של ראיות לכאורה, לא היה מונח על שולחנו של בית המשפט תיק המודיעין שלו במשטרת ישראל.

11. לטענת העורר לא יתכן כי ביקש להערים על משטרת ישראל לאחר שהיה בקשר עם מפעילו בשבועות האחרונים עובר לאירוע בו עוסק כתב האישום, תוך שהוא מיידע ומכין את מפעילו לאירוע זה. כמו כן טוען העורר כי תיק המודיעין מעלה שהוא יצר קשר עם מפעילו מיד עם הגיעו לגדר הגבול ואף בשעה 16:20 ניהלו שיחה בת שבע דקות, וגם בשל כך לא יתכן כי ביקש להערים על המשטרה. זאת ועוד, טוען העורר כי

אם רצה להערים על המשטרה לא היה מוסר למפעילו ידיעות מהימנות לגבי פעילותו עם האחרים. כמו כן טוען העורר כי אם תכנן להבריח סמים בהיקף ניכר מן הסתם היה עליו להביא תיק גדול בו יוכל הוא לשאת את הסם. בנוסף לכך טוען העורר כי ממזכר המתעד את תפיסת הסם לא נאמר כי הסם הוטמן, אלא נאמר בו שהסם הונח מתחת לסלע וניתן היה להבחין בו מייד עם התקרבות כוחות המשטרה לשטח, כך שאם רצה העורר להחביא את הסם הוא היה מטמינו היטב. מעבר לכך, טוען העורר למחדל חקירתי לפיו מפעילו במשטרת ישראל כלל לא הוזמן לראותו מיד עם מעצרו ולא בוצע ביניהם עימות למרות שהעורר עמד על כך. לטענת העורר המשטרה כלל לא טרחה לברר בזמן אמת את טענותיו לפיהם הוא מקור משטרתי. כך, טוען העורר כי הודעה ממפעילו נגבתה בדיעבד ורק בחלוף שבועיים מיום המעצר, וגם בכך יש להצביע על נסיבותיה התמוהות של הפרשה. לטענת העורר הסיבה בגינה הוא לא התקשר למפעילו סמוך לאחר "נחיתת" שקי הסם הייתה היעדר קליטה בוואדי בו הוא נמצא ולא ניסיון מצדו להערים על המשטרה. אכן ישנו מזכר משטרתי לפיו ישנה קליטה באיזור בו התבצעה עסקת הסמים, אך נציג המשטרה לא צעד בכל נקודה בוואדי ובדק את מצב הקליטה לאורכו ולכן אין זה מן הנמנע כי בנקודה הספציפית בה היה העורר לא הייתה קליטה. כמו כן טוען העורר כי מראשית הדרך גרסתו עקבית וברורה והוא לא ניסה להתחמק ממתן תשובות לשאלות שהופנו אליו. גרסתו לא הופרכה על ידי המשיבה ומנגד אין לאחרונה כל חיזוק ראייתי התומך בטענותיה. מוסיף העורר וטוען כי הסרט שהמשיבה גורסת כי הנציח את פעולותיו משובש ולא ניתן לראות בו דבר, וכן הוא מטיל ספק האם בית המשפט המחוזי צפה בסרט זה, שכן לאחר שהזמין את בית המשפט לצפות בסרט באולם הדיונים בקשתו נדחתה.

12. באשר לטענתה של המשיבה, לפיה החל משעה 17:46 העורר ביצע מספר שיחות יוצאות ממכשיר הטלפון הנייד שניתן לו על ידי האחרים, הרי שהסרט המשובש אינו תומך בטענה זו משום שלא ניתן להבחין בזמן הצפייה בו כי העורר ביצע שיחות כאמור. מעבר לכך טוען העורר כי על פי מחקרי התקשורת השיחות התבצעו על ידו רק לאחר 17:46, שעה שהעורר כבר היה בדרכו חזרה, ברכב בחברתם של האחרים, או למצער המתין להם שיאספו אותו, ולכן השיחות הללו אינן קשורות לעסקת הסמים נשוא כתב האישום.

13. עוד טוען העורר כי בעניינו חלוף הזמן מהווה עילה לעיון חוזר שכן העורר עצור מזה כתשעה חודשים, ומאז התקבלה ההחלטה לעצרו עד תום ההליכים כשבעה חודשים, אולם טרם החל משפטו, לא הועבר לידי מלוא חומר החקירה וטרם התקיים דיון בחומר החקירה החסוי. כמו כן, שב העורר וטוען כי חלוף הזמן מטה בנסיבות

העניין את הכף לשחרורו לחלופת מעצר נוכח העובדה כי אחד המעורבים בפרשה נעצר ושחרר לחלופת מעצר לאחר שבית משפט זה הורה על עריכת תסקיר מעצר בעניינו.

14. בשל הטעמים שלעיל טוען העורר כי יש לשחררו לחלופת מעצר ולחילופין להחזיר את הדיון בעניינו לבית המשפט המחוזי לשם בחינת חלופת המעצר המוצעת לגופו של עניין. העורר מצביע על אחריו, תובע משטרתי בתפקידו, אשר מוכן לשמש מפקח, ולטענתו לא ניתן לטעון כי מדובר בחלופה שאינה ראויה.

תגובת המשיבה

15. לטענת המשיבה – באמצעות באת כוחה, עו"ד רחל זוארץ-לוי – הבקשה לעיון חוזר שהגישה העורר לבית המשפט המחוזי הסתמכה בעיקרה על הטענה כי תיק המודיעין שהועבר לעיונו מצביע על קושי ראייתי, לאחר שנחשפה עובדת היותו מקור משטרתי לרבות בעסקה נשוא כתב האישום, ולכן יש מקום לשחררו לחלופת מעצר. כך הובן ראש זה של הבקשה על ידה ועל ידי בית המשפט כפי שנכתב בעמוד 9 להחלטתו של בית המשפט המחוזי. בעמוד 12 לאותה החלטה, קבע בית המשפט המחוזי כי לאחר שעייין בתיק המודיעין הוא לא מצא שקיים שינוי נסיבות המצדיק את שחרורו לחלופת מעצר. יוצא אפוא, כך טוענת המשיבה, כי טענתו של העורר לפיה בית המשפט המחוזי התעלם מהחומר הראייתי ולא בחן אותו, אינה מבוססת וזאת בלשון המעטה. בית המשפט עיין בתיק המודיעין והגיע למסקנה כי אין בו לגלות מידע חדש שיוצר שינוי נסיבות. המשיבה טוענת כי העורר מנסה לאחוז את החבל משני קצותיו, כאשר מצד אחד הוא טוען כי אינו חוזר בו מהסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה אך מצד שני מציג הן בפני בית המשפט המחוזי והן בפני בית משפט זה את כל הראיות מחדש, ואין לעשות כן בערר על החלטה בבקשה לעיון חוזר.

16. באשר לתיק המודיעין של העורר, המשיבה כלל אינה מכחישה כי העורר היה מקור משטרתי שסיפק ידיעות לרבות לעניין העסקה הספציפית נשוא כתב האישום ואודות היערכותה של משפחת אבו-ג'ומעה לעסקת יבוא סמים מלבנון. יתר על כן, המשיבה כלל אינה חולקת על כך שהעורר התקשר למקור שלו גם בזמן שהיה סמוך לגבול. ואולם, בזכ"ד המצוי בחומר החקירה, מצהיר המפעיל של העורר כי אמר לעורר מפורשות, מבעוד מועד, כי אין לו "כיסוי משטרתי". יתר על כן, העורר הוזהר על ידי מפעילו שלא לעלות לגבול עם בני משפחת אבו-ג'ומעה ונאמר לו מפורשות כי אסור לו ליטול חלק בפעילות בלתי חוקית וכל שעליו לעשות הוא לאסוף חומר "מרחוק". למרות אזהרות אלה החליט העורר לעלות לגבול עם בני משפחת אבו-ג'ומעה. העורר

התקשר ממקום הימצאו ליד הגבול למפעיל שלו והאחרון אמר לו מפורשות שוב כי הוא פועל ללא "כיסוי משטרתי", עליו לעזוב את המקום מיידית ואסר עליו ליטול חלק בפעילות בלתי חוקית. לכן, טוענת המשיבה אין לקבל את טענתו של העורר לפיה כאשר כבר הגיע לגבול והיה מעורב בעסקה לא הייתה לו ברירה והיה חייב לבצעה. כך טוענת המשיבה כי משהוזהר העורר מראש פעמיים לא ליטול חלק בעסקה היה עליו להתנער מפעילות זו ולו להעמיק בה, אולם מעורבותו הישירה והמרכזית בעסקה מעידה על אשמתו לכאורה ועל היותו "סוכן כפול".

17. עוד טוענת המשיבה כי בשעה 17:14 התקשר רכז המודיעין לעורר והאחרון הודיע לרכז כי הוא עזב את הגבול משום שהעסקה נדחתה והיא תתקיים רק למחרת היום. למרות אמירה זו ובניגוד גמור אליה העורר לא עזב את המקום. עובדה זו עולה לא רק מהסרטון אלא גם מדו"ח התצפיתן שכתב שהוא רואה את העורר על נ"ג 433 א' ובתנועה לכיוון הגדר כשהוא מדבר בטלפון, כאשר בין 17:25-17:26 נזרק הסם מצדו הלבנוני של הגבול, לאחר שב- 17:14 טען העורר בפני מפעילו כי הוא עזב את המקום. יתר על כן, ביצוע השיחות היוצאות על ידי העורר לאחר השעה 17:14 נתמך בפלטי השיחות. בנוסף לכך, טוענת המשיבה כי אילו באמת סבר העורר בשעה 17:14 כי העסקה נדחתה ליום המחרת, אך נשאר במקום וראה כי העסקה מתבצעת הרי שיכול היה לפחות לנסות ליצור קשר עם המפעיל שלו, והראיה לכך שהדבר היה אפשרי היא העובדה שבשעה 17:46 החלו להתבצע ממכשיר הטלפון הנייד שהיה ברשותו שיחות יוצאות, כאשר באותה שעה היה העורר עדיין בוואדי ולא הגיע לרכבם של האחרים כפי שהוא טוען, שכן מזכ"ד משטרתי עולה שרק בשעה 18:07 נכנס העורר לרכבם של האחרים. כל אלה מצביעים כי העורר היה לכאורה סוכן כפול שניסה ליהנות משני העולמות.

18. כמו כן, טוענת המשיבה כי אין כל שחר לטענתו של העורר לפיה בקשתו לבדוק את עובדת היותו מקור משטרתי נתקלה בסירוב, שכן כפי שעולה מזכ"דים מיום 10.1.2009 ומיום 15.1.2009, פקד שי פלג הבטיח לעורר כי טענותיו יבדקו. טענות אלה אכן נבדקו, וכפי שנמסר לעורר ביום 15.1.2009, הבדיקה שנערכה בעניינו חיזקה את החשדות נגדו. מעבר לכך, טוענת המשיבה כי בטרם הגשתו של כתב אישום כנגד מקור מודיעיני היא שוקלת בכובד ראש ובוחנת היטב את תשתית הראיות, שכן העמדה לדין של מקור משטרתי פוגעת בפעילות הרשות החוקרת, חושפת את שיטות הפעולה שלה, ולמעשה מכשילה את רשויות אכיפת החוק. ואולם, בעניינו של העורר לאחר שנערכה בדיקה מעמיקה בפרקליטות המחוז נמצא כי אין מנוס מלהעמידו לדין בגין מעשיו כמתואר בכתב האישום.

בתגובה לטענותיה של המשיבה טען העורר כי אין די בזכ"דים הנ"ל מיום 10.1.2009 ומיום 15.1.2009 להצביע על קיומה של בדיקה מצד חוקריו של העורר אודות טענתו כי הוא מקור משטרת, שכן בדיקה שכזו צריכה להיתמך בראיות של ממשך כגון זכ"ד של המפעיל לפיו הוא נשאל על ידי חוקריו של העורר אודות טיב קשריו עם האחרון. מכל מקום טוען העורר כי היה מקום לערוך פעולת חקירה פשוטה והיא עימות בינו לבין מפעילו והדבר לא נעשה.

נימוקי הבקשה – בש"פ 8178/09

19. לטענת המשיבה שמיעת הראיות כמשפטו של העורר אמנם טרם החלה, אולם הדבר נבע מרצון ההגנה למצות את הליך גילוי חומר החקירה בטרם תינתן תשובה לכתב האישום, וכן מבקשתו של העורר להחליף את ייצוגו. עוד טוענת המשיבה כי נקבע מועד קרוב לתחילת שמיעת ההוכחות. עוד טוענת המשיבה, כי העורר היווה חלק מחולייה שתכננה ייבוא סם מסוכן בכמויות גדולות מלבנון לישראל. חוליה זו אף ערכה מספר סיורים מקדימים לצורך הכשרת הקרקע לשם הוצאת תוכניתה אל הפועל. העורר היה חלק מרכזי בעסקה והוא אשר קיבל לידיו את הסמים והחביאם בשטח. מכאן נלמדת מסוכנותו של העורר אשר אף מתעצמת נוכח עברו הפלילי ולנוכח האמור בתסקיר המעצר. לפיכך, טוענת המשיבה כי אין תחליף ראוי למעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו. בשל כך, מבקשת המשיבה להיעתר לבקשתה ולהורות על מעצרו של העורר כמפורט לעיל.

20. בתגובה לטענותיה של המשיבה טען העורר כי הימשכות ההליכים בעניינו אינה נעוצה בו אלא רובצת על שכמה של המשיבה אשר לא העבירה את החומר המודיעיני הקריטי שעה שהוגש כנגדו כתב אישום. לטענת העורר, עמידתו על קבלת תיק המודיעין שלו במשטרת ישראל הייתה חיונית שכן יש בו כדי להצדיק את שחרורו לחלופת מעצר. כמו כן טוען העורר כי שמיעת הראיות לא תושלם בתקופת ההארכה המבוקשת שכן נקבעה ישיבת הוכחות אחת בלבד בעוד רשימת העדים ארוכה. משכך, ובהמשך לטענותיו בערר, גורס העורר כי יש לשחררו לחלופת מעצר ראויה תחת פיקוח אחיו.

21. לאחר שעיינתי בהודעת הערר ובנספחים לה, ולאחר ששמעתי את טענות הצדדים בדיון שנערך לפניי ועיינתי בחומר החקירה שהועבר לעיוני, לרבות בתיק המודיעין, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערר להידחות. לא מצאתי כל יסוד לטענתו של העורר לפיה בית המשפט המחוזי התעלם מעיקרי הטיעון בכתב שהגיש ולא עיין בראיות, שכן בהחלטתו של בית המשפט המחוזי נאמר באופן מפורש ושאינו משתמע לשני פנים, כי בית המשפט עיין במסמכים שהוגשו לעיונו, לרבות בתיק המודיעין, והגיע לכלל מסקנה על בסיס עיון כאמור כי אין בתיק המודיעין להצביע על גילוי ראיה חדשה, שכן אף על פי שתיק המודיעין עצמו לא נמסר לבא כוחו של העורר במועד הגשת כתב האישום, הרי שתוכנו היה ידוע כבר אז. גם בדיון שנערך לפניי לא הכחיש העורר כי התוכן של תיק המודיעין היה ידוע לבא כוחו עוד קודם לכן. משכך לא נפל כל פגם בקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה האקט הטכני של העברת תיק המודיעין לעורר אין בה כשלעצמה להצדיק עיון חוזר, מקום בו תוכן התיק היה ידוע שעה שניתנה הסכמתו של העורר לקיומן של ראיות לכאורה.

22. נדמה כי למרות הסכמתו של העורר בעבר לקיומן של ראיות לכאורה, עם החלפת ייצוגו הוא ניסה לפתוח מחדש את הדיון בשאלת קיומן של ראיות לכאורה. ככלל, למעט במקרים חריגים בהם הנסיבות המיוחדות מחייבות זאת, סבור אני כי אין ליתן יד להתנהלות בגדרה בעל דין מנסה לחזור בו מהסכמתו על דרך של בחינת מסכת הראיות לכאורה מחדש במסגרת בקשה לעיון חוזר. היעדרות לניסיון זה מקנה לבעל דין אפשרות ל"מקצה שיפורים", באופן שהופך את הבקשה לעיון חוזר למעין "ערר" על קביעת קיומן של ראיות לכאורה. משנתן העורר את הסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה, ומשלא הגיש ערר על קביעת בית המשפט המחוזי אודות קיומן של ראיות לכאורה, אין לאפשר לו בדיעבד ובחלוף הזמן את פתיחת הדיון מחדש כאילו לא היו דברים מעולם וכאילו הדיון עתה מתנהל במנותק מכל מה שאירע עד כה בתיק. לא אתכחש לכך שלעיתים עם חלוף הזמן מתגלות ראיות נוספות אשר עשויות לגרום לכרסום ראייתי המצדיק בנסיבות המתאימות שחרור לחלופת מעצר, אך לא זה המקרה שלפניי בו לא נתחדש דבר וחצי דבר. חשיפת תיק המודיעין לא גרמה להצגת מידע חדש שלא היה ידוע לעורר כשנתן הסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה, שכן כבר כשנתן הסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה היה ידוע לכל כי העורר היה מקור משטרתי ובמובן זה תיק המודיעין אינו מגלה נסתרות.

23. די היה בדברים האמורים בכדי להביא לדחיית הערר. ואולם, על מנת שלא להותיר את העורר בתחושה כי נגרם לו עיוות הדין, עיינתי אף אני בתיק המודיעין. המסקנה אליה הגעתי היא כי לא נפל כל פגם בהחלטתו של בית המשפט המחוזי לפיה אין בתיק המודיעין לשנות את הקביעה אודות קיומן של ראיות לכאורה. וממה נפשך? ! תיק המודיעין מצביע על כך שהעורר היה מקור מודיעיני של משטרת ישראל, לרבות לעניין העסקה נשוא כתב האישום. ואולם, המשיבה כלל אינה מתכחשת לכך ואף מודה בעובדות אלה. יתר על כן, המשיבה אף מודה בכך שהתנהלו שיחות טלפוניות בין המפעיל לבין העורר, לרבות ביום בו התרחשה העסקה תוך שהעורר נמצא ליד הגבול.

ברם, המחלוקת בין הצדדים אינה מתמקדת בטיב קשריו של העורר עם מפעילו או בשאלת היותו מקור מודיעיני כפי שהדברים מקבלים ביטוי בתיק המודיעין. הקושי עליו מצביעה המשיבה נובע מההתרחשויות שאירעו לאחר שיחת הטלפון בין המפעיל לבין העורר, שנערכה בשעתה 14:17, ואשר נתמכות בראיות לכאורה חיצוניות לתיק המודיעין: הגעתו של העורר לגבול לאחר שהוזהר לכאורה על ידי מפעילו שלא להגיע לשם; הישארותו של העורר בסמוך לגבול והשלמת עסקת הסמים לאחר שאמר למפעילו לכאורה כי יעזוב את המקום וכי העסקה נדחתה למחרת היום; העורר לא ניסה להתקשר למפעילו לאחר שנוכח לדעת כי העסקה תתבצע בכל זאת באותו יום, בעוד שהוכח לכאורה כי הדבר לא היה בלתי אפשרי, בין היתר נוכח העובדה כי העורר עצמו ביצע לכאורה שיחות יוצאות כשהיה ליד הגבול כמו גם לאור המזכר המשטרתי אודות קיומה של קליטה באיזור זה. תמיהות אלה ואחרות אודות התנהלותו של העורר כפי שעולה מההתרחשויות כאמור לא זכו למענה מניח את הדעת מצדו. יתר על כן, תמיהות אלה שמעלה המשיבה מסתמכות על הסרט, דו"ח התצפיתן ומחקר תקשורת, ראיות לכאורה שלבטח היו בידי העורר עת נתן הסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה. לכן, אין בתיק המודיעין להשפיע על תוקפה של ההחלטה אודות קיומן של ראיות לכאורה.

24. אשר על כן, הערר נדחה.

בש"פ 8178/09 – בקשה להארכת מעצר בתשעים ימים

25. לאחר שעיינתי בבקשה ובנספחים לה ולאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים בדיון שנערך לפניי, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להתקבל. לא מצאתי כי ניתן לתלות את האחריות לעיכובים בהתנהלות משפטו של העורר בצד זה או אחר. העיכובים נבעו מטעמים מוצדקים ובהם חילופי ייצוג מטעם העורר ורצונם של באי כוחו לקבל את מלוא חומר החקירה על מנת לייצג את מרשם נאמנה. גם המשיבה לא

אחראית לעיכובים בהתקדמות המשפט שכן עסקינן בחומר חקירה רגיש הנוגע למקורות משטרתיים ולאופן הפעלתם, ולכן חשיפתו עלולה הייתה לגרור נזקים קשים להתנהלותן של רשויות אכיפת החוק בעתיד. ואולם עתה, משהתקבלה הכרעה שיפוטית לעניין העברת חומר החקירה ומירב החומר נמצא ברשות בא כוח העורר ומשנקבע מועד לדיון הוכחות ואף תוגש על ידי המשיבה בקשה לקביעת מועדים נוספים כפי שהאחרונה עדכנה בדיון, יש לקוות כי משפטו של העורר יתנהל מכאן ואילך בקצב משביע רצון. ואולם, אין די בחלוף הזמן על מנת להביא לשחרורו של נאשם לחלופת מעצר כאשר מוגשת בקשה לפי סעיף 62 לחוק המעצרים, שכן אחד השיקולים החשובים לצד קצב התקדמות המשפט הוא האם חלוף הזמן איין את מסוכנותו של הנאשם.

26. כנגד העורר קיימות ראיות לכאורה לסחר בסמים מסוכנים בהיקף נרחב. עבירות אלה מעידות על מסוכנותו הרבה לציבור אשר נראה כי לא ניתן לאיינה וספק אם ניתן להפחיתה בחלופת מעצר [ראו למשל: בש"פ 10208/08 מדינת ישראל נ' משלטי (לא פורסם, 9.12.2008) סעיף 17]. יודגש כי העבירות המיוחסות לעורר מקימות נגדו עילת מעצר סטטוטורית לפי סעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק המעצרים. עילת מעצר זו מקימה מסוכנות אינהרנטית שככלל, ולמעט מקרים חריגים, אין אפשרות לאיינה באמצעות שחרור הנאשם לחלופת מעצר [ראו למשל: בש"פ 8087/09 מדינת ישראל נ' מידברג (לא פורסם, 20.10.2009) סעיף 8; בש"פ 8139/09 מדינת ישראל נ' עומר (לא פורסם, 22.10.2009) סעיף 18]. זאת ועוד, עברו הפלילי של העורר אף הוא מגביר את המסוכנות הנשקפת ממנו לציבור. לבסוף, תסקיר שירות המבחן בעניינו של העורר שלילי, גורם שיש בו להטות את הכף להארכת מעצרו, שכן ככלל בית המשפט יטה שלא להתעלם מהמלצה שלילית של שירות המבחן אלא מנימוקים מבוססים וכבדי משקל [ראו למשל: החלטתה של השופטת א' חיות בבש"פ 3286/07 מדינת ישראל נ' בן אליעזר עמר נתנאל (לא פורסם, 16.4.2007) סעיף 5; החלטתו של השופט ע' פוגלמן בבש"פ 3386/07 מדינת ישראל נ' אשד (לא פורסם, 18.4.2007) סעיף 13].

27. אשר על כן, הבקשה מתקבלת. לפיכך, הנני מורה על הארכת מעצרו של העורר כמבוקש.

ניתנה היום, י' בחשון תש"ע (28.10.2009).

ש ו פ ט

בבית המשפט העליון

בקשות שונות פלילי מס' 8087/95

השופטים:

כבוד הנשיא א' ברק,
 כבוד השופט ג' בד',
 כבוד השופט א' גולדברג,
 כבוד השופט ת' אור,
 כבוד השופט א' מצא,
 כבוד השופט ח' חשין,
 כבוד השופט י' קדמי,
 כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן,
 כבוד השופטת ד' דורנר,

העורר:

שלמה זאדה

ע"י ב"כ עו"ד ב' נהרי, ב"כ עו"ד ד' פוש, ב"כ עו"ד א' פלדמן, ב"כ עו"ד
 א' פרוסט

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד נ' בן-אור, מנהלת המחלקה לעניינים פליליים בפרקליטות
 המדינה, ב"כ עו"ד י' למברגר, עוזר לפרקליט המדינה, ב"כ עו"ד א' פטר,
 עוזר לפרקליט המדינה

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט א' ביזר) מיום 17.12.95 בב"ש
 2367/95.

פסק-דין

הנשיא א' ברק: [חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#), תשמ"ב-1982 (להלן – [חוק סדר](#)

[הדין הפלילי](#)), מסמיך את בית המשפט להורות על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים נגדו. החוק
 קובע (סעיף 21 א(ב)) כי:

"לא יתן בית המשפט צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם נוכח לאחר
 ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה..."

השאלות הניצבות לפנינו הינן: מה היקף פריסתו של הדיבור "ראיות לכאורה להוכחת
 האשמה" בהקשרו של [סעיף 21 א\(ב\) לחוק סדר הדין הפלילי](#) ובעיקר, מהו טיב ההוכחה הנדרשת,
 בשלב המעצר עד תום ההליכים, לעניין "ראיות לכאורה" אלה?

העובדות

2. מתיק החקירה המשטרית עולה התמונה הבאה: שמעון אוזלבו (להלן – שמעון) וטל בוכניק (להלן – טל) שכרו דירה כשבועיים לפני האירוע נושא כתב האישום. יום לפני האירוע הצטרף אליהם העורך. ביום האירוע שהו בדירה העורך ושמעון. שוטר נכנס לחדר המדרגות בבניין שבו מצויה הדירה. הוא חיפש את הדירה שבה גרו שמעון והעורך. הוא דפק בדלת הדירה שבה הם שהו. הוא לא הזדהה כשוטר. מישוהו הציץ בעינית הדלת. הוא לא פתח את הדלת. השוטר צלצל מספר פעמים בפעמון. הוא דפק בדלת. הוא שמע הזזה של חפצים. האיש מבפנים המשיך להציץ, אך לא פתח את הדלת. השוטר עזב את המקום. אחד משני האנשים ששהו בדירה הסתכל אותה עת מהחלון החוצה בעצבנות לכל הצדדים. מקובל על הצדדים שאיש זה היה העורך. שני גברים נכנסו לחדר המדרגות. בידי אחד מהם היה תיק אפור. כעבור כשעה נכנסו השוטרים שוב לבניין. השוטר שוב עלה לדירה שבה שהו שמעון והעורך. הוא האזין למתרחש בתוכה. הוא שמע שני גברים משוחחים ביניהם. הוא שמע הזזת דברים. הוא שמע מספר רב של צלצולי טלפונים. תריסי הדירה נסגרו. אותה עת נכנסו שני גברים נוספים לחדר המדרגות. הם נעצרו על-ידי המשטרה. הדבר עורר רעש בחדר המדרגות. אותה עת הבחין השוטר שוב במישוהו המציץ בעינית הדלת. השוטר שמע שוב הזזת חפצים ודיבורים בין שני הגברים. הוא שמע הורדה של מים בבית השימוש. צוות אחד של שוטרים סתם את הביוב. עם ירידת המים באסלת בית השימוש הוא תפס במים היורדים חבילת סמים אשר זוהו לאחר מכן כהירואין. הוא מסר על כך לצוות השני. עם קבלת מידע זה דפק הצוות השני על הדלת. הפעם הם הודיעו שהם שוטרים. הם ביקשו שהדלת תיפתח להם. הדלת נפתחה, והשוטרים נכנסו לדירה. הם מצאו על חלון ההזזה בסלון שתי שקיות של סם מסוכן מסוג "גרסי". הם תפסו בתוך רמקול שהיה בסלון תיק אפור, דומה לתיק שהיה בידי אחד משני הגברים שנכנסו לחדר המדרגות. בתיק היה סם מסוכן מסוג "גרסי". שמעון אמר כי התיק שייך לו. כן נמצא בחדר השינה של שמעון אפוד צבאי ובתוכו סם מסוכן מסוג מריחואנה.

3. השניים נלקחו לחקירה. בו ביום נחקר שמעון. הוא הודה כי ה"גרסי" שייך לו וציין כי אמר זאת לשוטרים בדירה. הוא הודה גם שהתיק שבו נמצאו סמים שייך לו. העורך נחקר למחרת היום. הוא ציין כי אינו יודע למי שייכים הסמים שנתפסו בדירה וכי לא ראה סמים בדירה. הוא מסר כי שמע דפיקות בדלת ופתח אותה. הוא הוסיף כי הוא לא הוריד את המים באסלה.

4. השניים הובאו לפני שופט להארכת מעצרים. שמעון הודה בהחזקת המריחואנה לשימוש עצמי. הוא לא הודה בהחזקת ההירואין. העורך הכחיש כל קשר לסמים. בית המשפט הורה על הארכת מעצרים לשבעה ימים. בתוך תקופה זו הוגש כתב האישום נגד השניים. [וטל הואשמו בהחזקת סם שלא לצריכה עצמית \(עבירה על סעיף 7\(א\) ו-7\(ג\) רישא לפקודת הסמים המסוכנים \[נוסח חדש\], תשל"ג-1973\).](#) במקביל נתבקש מעצרים של שמעון ושל העורך עד תום ההליכים. בעת הדיון במעצר עד תום ההליכים הודה שמעון כי כל הסמים שהיו בדירה שייכים לו. הוא הוסיף שטל והעורך אינם קשורים כלל בסמים. הוא הסכים למעצרו עד תום ההליכים. העורך חזר על גירסתו, ולפיה אין לו דבר עם הסמים.

5. בית המשפט המחוזי (**השופט א' בייזר**) הורה על מעצרים של השניים עד תום ההליכים נגדם. אשר לעורך, נקבע בהחלטה כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהוא מתזיק בסמים שנמצאו בדירה. חיזוק לכך מצא בית המשפט בכך שהעורך הוא זה שהציץ מהחלון, ונתן כנראה אות

לחברו להוריד את הסמים באסלה. הכחשתו הראשונית של שמעון בהחזקת ההירואין מחזקת את הראיות כנגד העורר. בית המשפט עיין בעברו הפלילי של העורר. הוא קבע שיש לו מספר הרשעות בעבירות סמים. תלויים ועומדים נגדו שני מאסרים-על-תנאי בני הפעלה אם יורשע העורר בעבירת סמים. על רקע זה ציין בית המשפט כי "ניתן גם להבין מדוע (שמעון – א' ב') הוא זה שהודה בהחזקת הסמים, שכן אין לו עבר פלילי בניגוד (לעורר – א' ב'). על החלטתו של **השופט בייזר** הוגש ערר לבית-משפט זה. השופט התורן (**השופט דורנר**) הגיע למסקנה כי השאלות המתעוררות בערר זה ראויות להידון לפני הרכב. לאור חשיבותן של שאלות אלה הוריתי על הרחבת ההרכב. השאלות המתעוררות הן שתיים: **האחת**, מה טיבן של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" אשר קיומן נדרש לשם מעצר עד תום ההליכים; **השנייה**, האם בעניין שלפנינו מתקיימות אותן ראיות לכאורה. אפתח בשאלה הראשונה.

"ראיות לכאורה"

6. בית המשפט רשאי להורות על מעצרו של נאשם, אם הוא נוכח לדעת "שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה" (**סעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי**). לעניין זה, ראייה היא החומר אשר בית המשפט מקבלו כהוכחה לעניין האשמה של הנאשם (ראה **א' הרנון, דיני ראיות (הדפוס האקדמי, כרך א, תש"ל 18)**). הראיה מקיימת את דרישת ה"לכאורה" אם יש בכוחה לקיים את טיב ההוכחה הדרושה לעניין הוכחת האשמה בשלב המעצר עד תום ההליכים (השווה: S. L. Phipson, *On Evidence* (London, 14th Ed., by M. N. Howard and others, 1990) 58). השאלה היא, מהו טיב ההוכחה הנדרשת בשלב המעצר עד תום ההליכים להוכחת האשמה של הנאשם? תשובה על שאלה זו עלינו לשאוב מהדיבור "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" שבהוראת **חוק סדר הדין הפלילי**. דא עקא, שהוראה זו אינה מקרינה, מלשונה שלה בלבד, פתרון לשאלה. אכן, כבכל עניין אחר, עלינו לפרש את הוראת החוק על-פי התכלית המונחת ביסודה. מהי התכלית המונחת ביסוד ההוראה, שלפיה מתן צו מעצר עד תום ההליכים אפשרי רק אם בית המשפט נוכח לדעת כי קיימות "ראיות לכאורה להוכחת האשמה"? לשם איתור תכלית החקיקה עלינו לעמוד על הערכים החברתיים שהמעצר עד תום ההליכים על-פי העילה שבסעיף 21א(א)(1) **לחוק סדר הדין הפלילי** מגשים אותם ועל הערכים החברתיים שעילה זו פוגעת בהם. כן יש לבחון את השלב הדיוני שבו מתעוררת השאלה ואת מאפייניו הטיפוסיים. כל אלה יסייעו לנו בהבנת המטרה המונחת ביסוד הוראת החוק. על רקע מטרה זו נוכל לקבוע את תוכנו של ההסדר הנורמאטיבי הקבוע בו.

מהות הערכים

7. מהם הערכים החברתיים אשר מעצר עד תום ההליכים על-פי **סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי** נועד להגשימם? מהם הערכים החברתיים שבהם הוא פוגע? הערך החברתי אשר המעצר עד תום ההליכים נועד להגשים הוא הבטחת קיומו התקין של ההליך הפלילי ושמירה על שלום הציבור. אכן, לעתים עולה מהחומר המוצג לשופט, כי קיים יסוד סביר לחשש כי שחרור הנאשם יביא לשיבוש הליכי המשפט או שהנאשם יימלט מן הדין, או שהנאשם ימשיך בביצוע עבירות בהיותו משוחרר ובכך יסכן את שלום הציבור. חברה דמוקרטית רשאית להגן על עצמה

כנגד פגיעה בתקינותו של ההליך הפלילי וכנגד הסיכון של פגיעה בשלום הציבור. קיומו התקין של ההליך הפלילי הוא מרכזי לקיומה התקין של חברה דמוקרטית. שמירה על שלום הציבור היא חיונית לקיומה של חברה. אכן, מדינה השומרת על זכויות האדם צריכה לעתים לפגוע בזכויות האדם, כדי לקיים זכויות אדם. כאשר נשקפת מנאשם סכנה כי אם יתהלך חופשי ימשיך לבצע עבירות, מוצדק הוא לעוצרו עד שיוכרע משפטו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (להלן – דנ"פ גנימאת). במדינה דמוקרטית שוחרת חופש מוצדק הוא לעצור נאשם, אם קיים יסוד סביר לכך שנשקפת ממנו סכנה לזולתו, או אם קיים חשש סביר של פגיעה בתקינותו של ההליך הפלילי – אם בשל החשש להימלטות הנאשם, אם בשל חשש לאי-התייבבותו להליך הפלילי, ואם בשל חשש לגרימת שיבוש בהליכי משפט, ובכלל זה השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת.

8. שמירה על קיומו התקין של ההליך הפלילי והבטחת שלום הציבור פוגעות, מטבע הדברים, בחירותו של הנאשם. אכן, הכרעה שיפוטית, כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה, עשויה לגרור אחריה את המסקנה כי קיימת עילה למעצרו של הנאשם. משמעותה של מסקנה זו עשויה להיות – אם יוכחו שאר המרכיבים הנדרשים להחלטה על מעצר עד תום ההליכים – שלילת חירותו של הנאשם. חירותו של הנאשם היא הערך המרכזי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן עליו, אשר המעצר עד תום ההליכים פוגע בו. פגיעה זו בחירות היא חמורה ביותר, שכן הנאשם הוא בחזקת זכאי. פגיעה זו קשה במיוחד בישראל, וזאת בשל התקופה הארוכה יחסית שבה שוהים עצורים במעצר עד שמסתיים משפטם (ראה בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 221 (להלן – פרשת רחאל)). הוסף על כך את תנאי המעצר הקשים – אשר ברגיל עולים הם בחומרתם על תנאי המאסר – ותמצא עד כמה קשה פגיעתו של המעצר עד תום ההליכים בחירותו של הנאשם.

9. הערכים המונחים ביסוד המעצר עד תום ההליכים משפיעים על מובנו של הדיבור "ראיות לכאורה להוכחת האשמה". שינוי בערכים אלה עשוי ליתן מובן שונה לביטוי זה. טול, למשל, את הוראת סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי. הוראה זו קובעת את הדין באשר לטענה "אין להשיב לאשמה". נקבע בה כי אם "נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם...". הוראה זו – בדומה להוראת סעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי – בוחנת הוכחה לכאורה של האשמה. היא נועדה למנוע מהנאשם את הצורך להציג את עמדתו שלו במשפט. היא באה אפוא לחזק את זכות השתיקה של הנאשם (ראה G. Williams, "The Application for a Directed Verdict" [1965] Crim. L. Rev. 343, 346). אין היא קשורה בשיקולים של תקינות ההליך הפלילי, שמירה על שלום הציבור או חירותו של הנאשם. גם אם הטענה בדבר "אין להשיב לאשמה" תידחה, לא יהא בכך בלבד כדי להשפיע על חירותו של הנאשם. אכן, הטענה ש"אין להשיב לאשמה" היא במהותה בעלת אופי דינוני. כאשר הטענה נדחית, מועבר הנטל להביא ראיות (להבדיל מנטל השכנוע) על שכם הנאשם:

"אי קיום חובה זו, פירושו רק שהנאשם לא שם לב לאזהרה, שעתה הגיע השלב בו עליו להשתמש בזכותו לסתור את גירסת הקטיגוריה, אם ברצונו למנוע את הסכנה, שבית המשפט ימצא אותו אשם על סמך

ההוכחות של הקטיגוריה. אולם עדיין אפשרי ולא מן הנמנע – אף על פי שהנאשם לא הביא, מצדו, עדות כלשהי – שיצא זכאי בדין” (השופט אגרנט בע”פ 28/49 זרקא נ’ היועץ המשפטי, פ”ד ד 504, בעמ’ 526-525).

אך טבעי הוא – לאור השוני בתכלית המונחת ביסוד ההוראה – שטיב ההוכחה הנדרש לתביעה בשלב זה יהא שונה מטיב ההוכחה שעל התביעה להביא בשלב המעצר עד תום ההליכים.

מהות השלב

10. השלב הדיוני שבו מתעוררת השאלה בדבר טיב ההוכחה הנדרשת למעצר עד תום ההליכים הוא שלב ביניים. שלב ביניים זה מצוי בין שלב תחילת ההליך הפלילי לבין שלב סיומו. הוא נערך לפני שופט שלרוב אינו שומע את ההליך העיקרי, שעניינו החפות או האשמה. הוא נקבע בהליך נפרד ועצמאי, הניזון ממערכת ראיות בכתב המוגשות במסגרתו. עלינו להבחין אפוא בין ההליך העיקרי שבו נקבעות החפות או האשמה, לבין הליך הביניים שבו מוכרעת שאלת המעצר עד תום ההליכים. בהליך העיקרי, מידת ההוכחה הנדרשת להוכחת האשמה של נאשם בפלילים היא זו שמעל לכל ספק סביר:

”על-פי תפיסותינו המשפטיות והחברתיות, איננו שוקלים הרשעה בדין או זיכוי רק על-פי נטיית מאזן ההסתברות לטובת צד אחד. המשמעויות של הרשעה בדין פלילי הן, בדרך כלל, חמורות יותר מן הזכייה או ההפסד בהתדיינות אזרחית. לכן נקבעו במשפט הפלילי קריטריונים ייחודיים ומחמירים בעניין חובת ההוכחה ומידתה. אין הרשעה בדין אלא אם כן הוסרו כל הספקות הסבירים” (ע”פ 347/88 דמיאניוק נ’ מדינת ישראל, פ”ד מז (4) 221, בעמ’ 644).

מידה זו מהווה את “...אבן היסוד של המשפט הפלילי ודרכי הפעלתו” (שם, בעמ’ 645). היא משקפת את תפיסות היסוד החוקתיות והחברתיות של המשפט הישראלי (ראה ע”פ 20/51 פודמסקי נ’ היועץ המשפטי, פ”ד ה 1187). רק באמצעות רמת הוכחה גבוהה זו מרימה התביעה את הנטל הרובץ עליה להוכיח את אשמת הנאשם. רק מכוחה של רמת הוכחה זו ניתן להתגבר על חזקת החפות. הנה כי כן, רמת הוכחה זו קשורה בקשר הדוק לשאלת האשמה או החפות עצמה. היא פרי הכרעה שיפוטית המשקפת את מלוא התשתית הראייתית, כפי שגובשה במהלך המשפט. היא מופעלת על חומר ראייתי שעבר עיבוד במהלך המשפט, ואשר נבחן במסגרת את החקירה הנגדית. היא מעוצבת לאחר שנקבעו מהימנותם של העדים ומשקלן של הראיות. היא מיושמת בסוף ההליך הפלילי, והיא מהווה את שיאו. היא משקיפה על מלוא התשתית הראייתית, כפי שגובשה ועוצבה בהליך השיפוטי.

11. שונים פני הדברים בהליך הביניים שעניינו מעצר עד תום ההליכים. בגדרו של הליך זה לא נקבעות חפותו או אשמתו של הנאשם. חזקת החפות לא נסתרת בו. ההכרעה נעשית על

בסיס תשתית ראייתית המונחת במיוחד לעניין הליך זה. הבחינה היא של חומר ראייתי גולמי שטרם עבר את העיבוד של ההליך הפלילי. התשתית הראייתית מבוססת על ראיות אשר אספה המשטרה, תשתית המשקפת את עמדתה הראשונית של המדינה. חומר הראיות לא עבר את מסננת החקירה הנגדית. עמדת ההגנה, באמצעות עדיה וראיותיה, לרוב טרם הוצגה. שוני זה בין השלב העיקרי (שבו מוכרעת החפות או האשמה) לבין שלב הביניים (שבו מוכרעת שאלת המעצר עד תום ההליכים) מחייב את המסקנה כי טיב ההוכחה הנדרש בהליך העיקרי, ואשר קובע את דין האשמה או החפות, אינו יכול לחול בהליך הביניים, שעניינו מעצר עד תום ההליכים (ראה [בש"פ 2182/95 מדינת ישראל נ' מהאג'נה, פ"ד מט \(2\) 227](#)). עמד על כך [נשיא בית המשפט העליון של קנדה, השופט למר \(Lamer\)](#), בצינו:

"... the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt. This procedural and evidentiary rule has no application at the bail stage of the criminal process, where the guilt or innocence of the accused is not determined and where punishment is not imposed" (R. v. Pearson [1992] 3 S. C. R. 665, at 688).

אכן, אין כל אפשרות להשתכנע מעל לכל ספק סביר באשמת נאשם, בלא שנפרסת התשתית הראייתית כולה, בלא שנקבע האמון שניתן לעדים, ובלא שמוכרעת שאלת המשקל שיש ליתן לראיות השונות.

"ראיות לכאורה להוכחת האשמה"

12. 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 את חפותו של נאשם. מידות ההוכחה הרגילות – בין זו (האזרחית) של עודף ראיות או נטייה של מאזן ההסתברות ובין זו (הפלילית) של שכנוע מעבר לכל ספק סביר – אינן תופסות בה. "ראיה לכאורה" היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי. בעוד שראיה "רגילה" נבחנת בסיום ההליך השיפוטי, מתוך הסתכלות מן ההווה אל העבר, הרי הראיה "לכאורה" נבחנת בתחילת ההליך השיפוטי או במהלכו, מתוך הסתכלות מן ההווה אל העתיד. הערכתה מבוססת על הסיכוי הטמון בחיק העתיד להפיכתה לראיה רגילה. מהותה של הראיה לכאורה היא אפוא בפוטנציאל ההוכחתי הטמון בה. פוטנציאל זה יוצא מהכוח אל הפועל במהלך ההליך השיפוטי, לאחר חקירה ראשית ונגדית ולאחר קביעת אמינות ומשקל. הראיה ה"רגילה" אשר תישלף מהראיה לכאורה תיבחן על-פי מידת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי להוכחת אשמה או חפות, כלומר, הדרושה שהאשמה תוכח מעל לכל ספק סביר. כל עוד אנו מצויים בשלב הלכאורי, בחינה שכזו אינה נעשית ואינה יכולה להיעשות. הראיה לכאורה נשארת ראיה גולמית. השאלה אשר בית המשפט מציב לגביה היא

בדבר טיבה כראיה פוטנציאלית. ודוק: גם במסגרת הראיות לכאורה, בית המשפט צריך לקבוע מימצאים. מימצאים אלה הם לכאורה, ואין עניינם הכוח הראייתי האקטואלי הטמון בחוקר החקירה. מימצאים אלה עניינם הכוח הראייתי הפוטנציאלי הטמון בחומר החקירה. אכן, "ראיות לכאורה" מחייבות תמיד הערכת סיכויים בדבר התפתחות עתידה, וזאת על רקע המכלול הקיים כבר עתה, ובעיותיו המובנות. על-כן, השאלה שהשופט צריך לשאול עצמו, לעניין ראיות אלה, הינה אם טיבה של הראיה – על רקע מכלול הראיות כולן המצוי בשלב זה – הוא כזה שקיים סיכוי סביר לכך שאותה ראיה תהפוך בסוף ההליך הפלילי לראיה רגילה אשר על פיה, היא לבדה או בהצטרפה לראיות פוטנציאליות אחרות, ניתן יהיה לקבוע כנדרש את אשמתו של הנאשם. "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הן אפוא ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעבודן 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 יעברו 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. מסקנה זו נותנת ביטוי לאופיו המיוחד של ההליך אשר במסגרתו מתקבלת ההחלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים בהתבסס על ראיות לכאורה. על-כן אינה נבחנת הוכחת אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר, אלא רק הכוח ההוכחתי הפוטנציאלי האצור בחומר החקירה.

13. החלטתו של השופט, לעניין קיומן של ראיות לכאורה, מבוססת בעיקרה על חומר החקירה כפי שהוא מצוי בתיק המשטרה המוצג לבית המשפט והנתון לעיון הנאשם ובא-כוחו (על-פי [סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי](#)). במרכזו של חומר זה עומדות, כמובן, הראיות של התביעה. אם על-פי ראיות אלה עצמן אין סיכוי סביר להוכחת האשמה בתום המשפט, אין מקום לעצור את הנאשם עד תום ההליכים ולשלול ממנו את חירותו. אכן, בהיעדר חקירה נגדית ובהיעדר תמיכה לעמדת הנאשם מראיות ההגנה, מצבה של התביעה – הסומכת עצמה על חומר החקירה הגולמי שלה – הוא לרוב הטוב ביותר. אם גם במצב דברים זה אין סיכוי סביר לכך שעל בסיס חומר ראיות זה ניתן יהיה בסוף המשפט להוכיח את אשמת הנאשם, אין כל צידוק לפגיעה בחירותו של הנאשם. כמובן, עשויות להיות התפתחויות בלתי צפויות במהלך המשפט. ייתכן כי ראיות ההגנה ישלימו את שחסר היה בראיות התביעה. ייתכן כי בסוף המשפט הפלילי יורשע הנאשם בדינו. ייתכן גם כי יוטל עליו עונש מאסר. בכל אלה אין כדי להצדיק מעצר עד תום ההליכים כיום, כאשר הפוטנציאל ההוכחתי הטמון בחומר החקירה שבידי התביעה אינו מצביע על סיכוי סביר להוכחת האשמה.

14. 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 לפניו את מלוא התשתית הראייתית כפי שזו מופיעה בחומר החקירה, לרבות ראיות ההגנה (ראה **ב"ש 765/84 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מא (4) 396, בעמ' 399**). אם על יסוד חומר החקירה הכולל – כפי שהוא נתפס בשלב המעצר עד תום ההליכים – אין סיכוי סביר להוכחת האשמה בסיום המשפט, אין בסיס להיווצרותה של עילת מעצר. אכן, על השופט לבחון את מלוא הראיות שבתיק החקירה, הן אלה התומכות בגירסת

התביעה והן אלה הנוגדות אותה. על יסוד בחינה כוללת זו, עליו להשתכנע כי חומר החקירה הכולל מקים סיכוי סביר להוכחת האשמה (ראה **בש"פ 1915/95 – לא פורסם**). על-כן, אם עולה מתוך מכלול חומר החקירה כי קיים כבר עתה כירסום של ממש בגירסת התביעה, באופן שאין סיכוי סביר להרשעת הנאשם בסוף המשפט, לא מתקיימת הדרישה בדבר קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה. עמד על כך **השופט שמגר** בצינו כי בשלב המעצר עד תום ההליכים, בית המשפט –

"...יבחן בין היתר, אם אין סתירות או פירוכות הגלויות על פניהן, או אם אין ליקויים בסיסיים בהצגת הדברים ובהגיונם, שיש בהם כדי להפחית באופן מהותי ממשקלם הלכאורי של הראיות..." (ב"ש 322/80 מדינת ישראל נ' אוחנה, פ"ד לה (1) 359 (להלן – פרשת אוחנה), בעמ' 362).

אכן, אם קיימים "ליקויים בסיסיים" בחומר החקירה, אם יש בו קשיים שהם אינהרטיים לו, באופן שחומר החקירה הגולמי כפי שהוא נתפס כיום לא יוכל, גם לאחר "עיבודו" בעתיד והעברתו בכור המבחן של ההליך הפלילי, להקים תשתית ראייתית אשר יש סיכוי סביר שניתן יהא לבסס עליה את הרשעת הנאשם, כי אז אינן מצויות "ראיות לכאורה להוכחת האשמה", ואין מקום למעצר עד תום ההליכים.

15. ההסתכלות הכוללת על חומר הראיות אינה מכריעה במהימנותם 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 בוחר את חומר החקירה "על פניו". הוא מתרשם מהפוטנציאל הטמון בחומר החקירה בתור שכזה. עם זאת, הבחינה הראייתית אינה טכנית (ראה **בש"פ 3703/94 – לא פורסם**). אין בית המשפט בוחר את השאלה אם קיימת ראייה גולמית העשויה להתפתח כעניין שבדדוקציה לוגית לראיה מרשיעה. בית המשפט בוחר את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה. בית המשפט בוחר אפוא 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 כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה, כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר חקירה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם (ראה פרשת **אוחנה, בעמ' 362**). בית המשפט אינו מסתפק בכך שטכנית קיימת בחומר החקירה עדות, אשר אם תימצא אמינה, ניתן יהיה לבסס עליה מימצא מרשיע. בית המשפט צריך לבחון עניינית אם מתוך מכלול חומר הראיות, ובסיום ההליך השיפוטי, יהא בכוחה של עדות זו, בהשתלבותה ביתר הראיות, להעמיד סיכוי סביר להוכחת האשמה. אכן, לעתים מובנה בתוך חומר החקירה ספק, באופן שמתוך מכלול החומר ניתן להסיק כבר עתה כי אין סיכוי שיינתן אמון במוסר האמרה. לעתים ניתן לומר כבר עתה, כי גם אם יינתן אמון במוסר האמרה, אין סיכוי סביר להוכחת האשמה. מצב דברים זה מחייב כבר עתה את המסקנה כי לא קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה. על-כן, אם מכלול הראיות שבתיק החקירה הוא כזה, שההרשעה או הזיכוי הם

אך פונקציה של מידת האמון שהשופט בהליך הפלילי העיקרי ייתן להם, כי אז קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה.

16. היעדר מימצא בדבר מהימנות מוסר האמרה אינו מוביל למסקנה כי כל האמרות הן שוות מעמד ושוות משקל. על-כן, קיומה של אמרה המבססת את גירסת התביעה וקיומה של אמרה השוללת גירסה זו, אין בהם כדי להביא מניה וביה למסקנה שאין סיכוי סביר להרשעה (ראה בש"פ 5248/95 – לא פורסם). נהפוך הוא: במצב דברים זה, ואם יינתן אמון בגירסת התביעה, ניתן יהא להרשיע את הנאשם. על-כן, ניתן לקבוע כבר עתה, כי קיים חומר ראיות לכאורה להוכחת אשמתו. כך, למשל, אם בחומר החקירה מצויות אמרה של מתלוננת כי הנאשם אנס אותה ואמרה של הנאשם כי אינו מכיר כלל את המתלוננת, אין במצב ראיתי זה, כשלעצמו, כדי לשלול סיכוי סביר להוכחת האשמה, שכן אם גירסת המתלוננת תימצא אמינה, יהא בכוחה להביא להרשעת הנאשם, אכן, הבחינה הראייתית אינה "טכנית" ואינה "סכמאטית". בית המשפט צריך לבחון את הפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה. הוא צריך לבחון את מהותן הפנימית של הגירסאות ואת מידת הסתירות הפנימיות המצויות בהן. הוא צריך להעריך את ה"עיבוד" שחומר "גולמי" זה יעבור במהלך המשפט. על יסוד כל אלה עליו להחליט, אם קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה בסוף המשפט. דוגמה יפה לדרך ניתוח זה עשויה לשמש בש"פ 307/92 – לא פורסם. העורר הועמד לדין בגין סחר בסם מסוכן. חומר החקירה כלל עדות של סוכן משטרה סמוי, שלפיה מכר סם מסוכן לעורר. הסוכן הקליט את העיסקה. בתיק החקירה מצויה הייתה חוות-דעת של מומחית המשטרה, ולפיה בשל האיכות הגרועה של ההקלטה, אין לזהות את הקולות. כן מצויה הייתה בתיק החקירה חוות-דעת של מומחה מטעם ההגנה, לפיה בשתיים מההקלטות לא נשמע קולו של העורר. בית המשפט המחוזי קבע כי אינו מתייחס ברצינות לחוות-דעת המומחה מטעם ההגנה, שכן זה עשה השוואת קולות על-פי שמיעה בלבד. **השופט גולדברג** מתח על כך ביקורת והוסיף:

"... אין לומר כי חוות הדעת של מומחה ההגנה משוללת יסוד על פניה, ומידת מומחיותו ומהימנות מימצאו, ראוי להם שיתבררו במהלך הדיון, לאחר חקירה, שרק על פיה יהא בידי בית המשפט להגיע למסקנה בדבר משקל העדות.

אולם גם אם אין מקום לשלול על הסף את עדות המומחה בשלב זה, עומדת כנגדה עדותה של מומחית התביעה, ולא ניתן לומר בשלב זה איזו עדות מבין השתיים תהיה מקובלת על בית המשפט. אם תתקבל עדות מומחית התביעה, משמע שלא ניתן יהיה לייחס להקלטות כל ערך, ועדותו של הסוכן הסמוי תעמוד לבדה כעדות נגד העורר. מאידך גיסא, אם תתקבל עדות המומחה, יהא בכך לפגוע במהימנותו של העד העיקרי. אולם, לא ניתן לקבוע כבר עתה כי עדות מומחה ההגנה מכרסמת בעדותו של העד העיקרי. כשנגד עדות מומחה ההגנה עומדת עדות מומחית התביעה המאינת אותה לכאורה... יהא על בית המשפט להכריע בעת הדיון בשני מישורים, האחד, קביעת עמדה

במחלוקת שבין שני המומחים, כשקביעה זו תשפיע על המישור האחר, והוא קביעת מהימנותו של הסוכן הסמוי. כיוון שאין בידי לקבוע בשלב זה דבר לגבי העדפת מי מן המומחים, כי אז נותרה כראיה מפלילה, לכאורה, עדותו של הסוכן הסמוי, אשר די בה כדי לאשר את החלטתו של בית המשפט המחוזי."

זוהי דרך הניתוח הראויה לבחינתה של הראיה לכאורה. השופט הבוחן אותה אינו קובע מימצאים מרשיעים או מזכים על פיה. אין הוא עוסק בסיכום הראיות והכרעה באשמה. הוא קובע את סיכוייה בסיום המשפט. הוא בוחן את ערכה הראיית הגולמי, את הפוטנציאל הראייתי הטמון בה ואת אפשרויות התפתחותה בעתיד. הוא עוסק אפוא בהערכת הסיכויים הגלומים בראיה. על בסיס כל אלה הוא קובע, אם ישנו סיכוי סביר לכך כי בסיום המשפט תיהפך הראיה הגולמית לראיה רגילה, אשר על פיה ניתן לקבוע את אשמת הנאשם. אכן, בשלב המעצר עד תום ההליכים אין השופט קובע מימצאים בטוחים. כל שבידו אינו אלא להעריך סיכויים סבירים (ראה **בש"פ 661/88 מדינת ישראל נ' דגן, פ"ד מב (3) 875**).

17. עמדתי על השוני המהותי בין שלב המעצר עד תום ההליכים לבין ההליך הפלילי העיקרי. חשוב הוא כי הבחנה זו תישמר לא רק במישור הנורמטיבי, אלא גם במישור המעשי. שלב המעצר עד תום ההליכים אינו חזרה כללית לקראת המשפט הפלילי עצמו (ראה **ב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר, פ"ד כט (2) 19, בעמ' 21**). אין זה "קדם משפט פלילי". זהו הליך נפרד ומיוחד, שבו נבחנת שאלת הראיות לכאורה. אל לו לשופט להופכו לחלק מהמשפט הפלילי עצמו. אל לו לשופט להביע עמדתו שלו באשר למשקל הראיות ולאמינות העדים. אל לו לנקוט עמדה בשאלה אם על יסוד חומר החקירה הוא היה מרשיע את הנאשם או מזכה אותו. עליו להעריך סיכויים. עליו להניח הנחות באשר לאמון ולמשקל. עליו להיות מודע לאופי הלכאורי של החלטתו. בדיקתו היא מטבע הדברים כללית וכוללנית. עם זאת, עליו להיות רגיש לאפקט הממשי של פסקו. הוא שולח למעצר אדם שאשמתו לא הוכחה, ואשר חזקת החפות עומדת לו. הבחינה הנדרשת מהשופט בשלב המעצר עד תום ההליכים היא לכאורית. אל לה להיות שטחית.

18. עמדתי על מהותן של "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" כראיות (בעלות מטען פוטנציאלי לכך) שקיים לגביהן סיכוי סביר שהן תהפוכנה בסוף ההליך הפלילי לראיות (רגילות) אשר על פיהן ניתן יהא לקבוע את אשמתו של הנאשם. ציינתי כי ראיות אינן מקיימות מבחן זה, בין השאר, באותם מקרים בהם ניתן להסיק כבר עתה (בשלב המעצר עד תום ההליכים) כי אין סיכוי שהראיות תוכלנה בסיום המשפט לבסס את הרשעת הנאשם. אכן, אם בראיות שעליהן 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. ודוק: השאלה אינה אם חומר הראיות המצוי בידי התביעה מוכיח "לכאורה" את אשמת הנאשם מעבר לספק הסביר. המבחן הינו אם בחומר החקירה שבידי התביעה מצוי פוטנציאל ראייתי אשר בסיום המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי. אכן, לעתים קרובות חומר החקירה הקיים אינו כליל השלמות. גירסאות העדים, שעליהן סומך האישום, לעתים קרובות אינן תואמת זו לזו. אפשר אף שיש בו עדויות סותרות. לעתים העדויות

ניתנות לפירושים שונים. לא פעם תתעוררנה שאלות שהעדויות אינן משיבות עליהן. אין בכל אלה בלבד כדי לשלול את ערכן כ"ראיות לכאורה להוכחת האשמה". אמת, בשל אותן סתירות ושאלות ייתכן כי קיים עתה ספק סביר באשמת הנאשם, אך קיומו של ספק סביר עכשווי באשמת הנאשם אינו שולל מהראיות את אופיין הלכאורי. השאלה הינה אם אותן סתירות ושאלות – לאחר יעברו את כור ההיתוך של המשפט עצמו – יוכלו לשמש בסיס להרשעת הנאשם. אם יש בהן פוטנציאל ראייתי זה, כי אז הן מהוות "ראיות לכאורה להוכחת האשמה".

19. בטרם אסיים את הדיון הנורמטיבי, 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 ובמעמדן של ראיות הסיוע והחיזוק. כן לא בחנתי את היחס בין טיבן של הראיות לכאורה לבין הוכחת קיומו של חשש לפגיעה בתקינות ההליך ושמירת 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 – תבואנה על פתרון בזמנן. עם זאת אציין כי פסק-דיננו זה, המפרש את הדיבור "ראיות לכאורה" [בסעיף 21א\(ב\) לחוק סדר הדין הפלילי](#), חל הן לעניין המעצר עד תום ההליכים על-פי [סעיף 21א\(א\)\(1\) לחוק סדר הדין הפלילי](#) והן לעניין המעצר עד תום ההליכים לפי [סעיף 21א\(א\)\(2\) לחוק סדר הדין הפלילי](#). אעבור עתה לבחינת השאלה השנייה המונחת ביסוד ערר זה, ואשר עניינה הוא אם במקרה שלפנינו קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמת העורר.

מן הכלל אל הפרט

20. האם קיים חומר ראיות לכאורה לאשמת העורר? שאלה זו אינה פשוטה. הנמקתו של בית המשפט המחוזי לקיומו של חומר ראיות לכאורה אינה עומדת לפני הביקורת. בית המשפט המחוזי הניח כי ההצצה של העורר מהחלון והורדת המים באסלה נעשו בו זמנית, ולא היא. ההצצה מהחלון הקדימה בלמעלה משעה את הורדת המים באסלה. זאת ועוד: השימוש שעשה בית המשפט המחוזי בעברו הפלילי של העורר הוא ראוי לעניין כבחינת הסיכון הקיים בשחרור העורר אם קיימת הוכחה לכאורה לאשמתו. עבר פלילי זה אינו יכול להצביע על ההתפתחות האפשרית במהלך המשפט הפלילי עצמו, שכן עברו של העורר אינו נתון שבית המשפט המחוזי יידע עליו בטרם הכריע בדין.

21. לגופן של ראיות, דומה שאין מקום להנחה כי העורר החזיק בסם משום שהחזיק בדירה כאחד מדייריה. כפי שעולה מחומר הראיות הגולמי, העורר נכנס לגור למקום יום אחד לפני האירועים נושא כתב האישום. קשה יהיה לבסס על נוכחות קצרה זו הנחה בדבר חזקה. זאת ועוד: לא נתפס כל סם בחדרו של העורר. הסם כולו נתפס בסלון, שעיקר הנוכחות בו היה לשמעון.

22. חרף כל זאת, נראה לי כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהעורר שיתף פעולה עם שמעון בכל הנוגע להסתרת הסם בדירה ולהורדת הסם באסלה, ובכך נעשה שותף להחזקת הסם. אפילו יאמין בית המשפט במשפט הפלילי לגירסתו האחרונה של שמעון כי הסם כולו הוא שלו – ועניין

זה אינו פשוט כלל ועיקר לאור הגירסאות השונות שהעלה שמעון בעניין זה – הונחה תשתית ראייתית מספקת לכך שהעורר ושמעון עסקו בהחבאת הסם ובניסיון להיפטר ממנו. במסקנה זו תומכים דבריו של השוטר, ולפיהם הגברים בחדר שוחחו ביניהם והזיזו דברים בחדר; חרף העובדה שהוא צלצל (בפעם הראשונה) בדלת, השניים לא פתחו אותה. בפעם השנייה שבה עלה השוטר לדירה הציץ אחד מהשניים מעינית הדלת והשני הוריד בו זמנית את המים באסלה. כל אלה – יחד עם ההצצה העצבנית של העורר מחלון הדירה החוצה ועצם העובדה שהעורר נשאר במקום במשך כל התקופה ולא פתח את הדלת עם הישמע הצלצול – עשויים לבסס בסוף המשפט הפלילי מימצא, שלפיו שיתף עצמו העורר בהחבאת הסם והעלמתו, ובכך עשה עצמו שותף להחזקת הסם, וזאת אפילו ייקבע כי הסם שייך לשמעון וכי שמעון הוא זה שהוריד את המים באסלה. על בסיס מימצא זה ניתן לבסס בסוף המשפט את אשמתו של העורר. כמובן, ייתכן כי בסוף המשפט הפלילי ייתן בית המשפט אמון בגירסתו של העורר ויזכה את העורר בשל כך. אין בכך כדי לשלול את קיומן של ראיות לכאורה בדבר אשמתו.

מטעמים אלה, דין הערר להידחות.

השופט ג' בך: 1. נאלץ אני לחלוק על התוצאה שאליה הגיע חברי הנכבד, **הנשיא**, בערר זה. כשלעצמי סבורני, כי חומר הראיות הקיים נגד העורר הינו לכאורה פרובלמטי מאוד, ואינו מצדיק מתן צו למעצרו של העורר עד תום ההליכים במשפטו.

2. מקובלת עליי הפרופוזיציה המרכזית של **הנשיא**, היינו, שהמבחן לקיום "הוכחה לכאורה" לעניין מעצרו של הנאשם הוא אם הפוטנציאל ההוכחתי הטמון בחומר החקירה שבידי התביעה מצביע על סיכוי סביר להוכחת אשמתו של הנאשם.

3. עם זאת, אינני משוכנע שאוכל להסכים לכל ניסוחיו על חברי. ייתכן כי המדובר בהבדלים סמאנטיים בעיקרם. כך קובע חברי, בפסקה 17 לחוות-דעתו: "אל לו לשופט להביע עמדתו שלו באשר למשקל הראיות ולאמינות העדים". מסכים אני, כי בית המשפט לא יוכל לקבוע בשלב זה את עמדתו הסופית והמחייבת לעניין מהימנות העדויות ומשקלן. דבר זה ייעשה רק בפסק הדין הסופי, לאחר שמיעת כל העדויות ולאחר חקירת העדים בחקירה ראשית ונגדית.

אך אם השופט חייב לבדוק שמא חל על פני הדברים משום כירסוס בראיות המפלילות של התביעה, ואם עליו לבחון, כדברי **השופט שמגר** בפרשת **אוחנה**, שצוטטו על-ידי חברי, **הנשיא ברק**, "אם אין סתירות או פירוכות הגלויות על פניהן, או אם אין ליקויים בסיסיים בהצגת הדברים ובהגיונם, שיש בהם כדי להפחית באופן מהותי ממשקלם הלכאורי של הראיות..." (שם, **בעמ' 362**; ההדגשה שלי – ג' ב'), אזי בהכרח לא יכול השופט שלא להיכנס לתחום של משקל העדויות ומהימנותן. הנני מדגיש שוב כי המדובר כמובן רק בערכה לכאורית. אך אם השופט מגיע למסקנה כי עדות מסוימת, אם כי מפלילה היא לכאורה את הנאשם, אין היא עונה על דרישות ההיגיון הבריא או ניסיון החיים, או שהיא מהווה עדות כבושה ללא הסבר סביר, או שהיא עומדת בסתירה מהותית לאמרות אחרות של אותו עד, או שקיימת ראיה בדבר הבעת כוונתו של עד התביעה המרכזי להעליל עלילה על הנאשם, והשופט מגיע על סמך כל אלה למסקנה כי אין סיכוי

סביר להוכחת האשמה, כי אז נקבעת עמדתו זו על סמך שיקולים הנוגעים להערכתו הלכאורית בדבר "משקל הראיות ואמינות העדים".

יצוין כי גם חברי הנכבד, הנשיא, עצמו כותב, בפסקה 15 לחוות-דעתו, כי "לעתים מובנה בתוך חומר החקירה ספק, באופן שמתוך מכלול החומר ניתן להסיק כבר עתה כי אין סיכוי שיינתן אמון במוסר האמרה". סבורני כי אין הבדל מהותי בין קביעה מעין זו ובין הבעת עמדתו הלכאורית של השופט באשר למשקל הראיות ואמינות העדים.

אך, כאמור, אלה הם הבדלים בניואנסים ניסוחיים, שאינם פוגעים בקונצפציה הבסיסית בנדון, אשר לגביה ישנה תמימות דעים בינינו.

4. אוסיף עוד, כי בסופו של דבר ניתן להגדיר את הדברים גם בשפה יום-יומית פשוטה

כך:

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

5. מכאן ליישום העקרונות האמורים למקרה שלפנינו. לאחר עיון בחומר הראיות ושמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים הגעתי למסקנה, כי מן הדין לאפשר לעורר להשתחרר בערובה, שכן קיים לדעתי סיכוי סביר מאוד שהשופט אשר ישמע את המשפט לגופו לא יוכל להשתכנע באשמת העורר בעבירה המיוחסת לו במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי.

6. להלן השיקולים, אשר במשקלם המצטבר הניעוני לנקוט עמדה זו:

(א) בעת החיפוש שערכו השוטרים בדירה הנדונה היו שם שני אנשים, העורר שלמה זאדה ושמעון. שמעון טוען עתה בצורה חד-משמעית, ומן הסתם יעיד במשפט, שכל הסמים שנמצאו בעת החיפוש שייכים לו, ושלעורר אין כל קשר לעניין זה.

(ב) סם המריחואנה נמצא בדירה עצמה בתוך תיק, ושמעון מסר מיד, והוא מודה באופן עקבי, כי תיק זה שייך לו בלבד.

(ג) אמנם תחילה הכחיש שמעון שהחזיק גם בסם ההירואין, אשר נשטף מהאסלה שבחדר השימוש בדירה ונמצא על-ידי השוטרים בתוך מערכת הביוב, אך לאחר מכן, בעת הדיון במעצר החשודים, הודה שמעון בפה מלא כי גם סם מסוכן זה היה שייך לו באופן בלעדי. אומר על כך חברי, הנשיא: "הכחשתו הראשונית של שמעון בהחזקת ההירואין מחזקת את הראיות כנגד העורר". אינני שותף להערכה זו. אין זה מקרה נדיר, שחשוד מודה באשמתו, ומאמת את החשדות נגדו, באופן הדרגתי. בהחזקת סם המריחואנה, שנמצא בדירתו, הודה שמעון מיד. תחילה חשב אולי, שיצליח לעורר ספק בדבר החזקת ההירואין שנתגלה בביתו של הבית, אך כאשר נוכח לדעת

מהן הראיות שבידי המשטרה לעניין סם ההירואין, הודה בצורה חד-משמעית גם בעבירה זו בתור מבצעה היחיד.

זאת ועוד. מוכח לכאורה בבירור, וחוקרי המשטרה שותפים להערכה זו, ששמעון הוא אשר שטף את ההירואין דרך אסלת בית השימוש.

בעת הדיון לפני בית-המשפט השלום אמר נציג המשטרה:

"יש דו"חות המפרטים כי ברגע שהורדו המים בשירותים בדירתם, זאדה עמד בחלון".

ובתשובה לשאלות בא-כוחו של העורר אמר בא-כוח המשטרה לבית המשפט:

"אם אתה אומר חשוד 2 (היינו העורר – ג' ב') לא היה יכול לדבריי לזרוק את הסמים מתוך הביוב, מאחר שאמרתי כי חשוד זאדה היה בלון ותיצפת, ואם הוא עשה זאת הוא לא יכול היה להיות בשירותים, אני משיב, נכון".

גם חברי הנכבד, הנשיא, מוכן לצאת מההנחה ששמעון הוא שהוריד את סם ההירואין עם המים מבית השימוש. איש אינו טוען, ולא נרמז, כי העורר הוא שעשה כן.

אם כך, איך העובדה ששמעון הודה בהחזקת ההירואין רק כעבור מספר ימים, יכולה לחזק את הראיות נגד העורר?

ד) שמעון הוא שוכר הדירה, והוא התגורר בה כבר כשבועיים לפני האירוע. העורר רק נכנס לדירה יום אחד לפני האירוע, כאשר שכר כנראה חדר אחד בדירה משמעון בשכירות משנה. גם חברי הנכבד, הנשיא, מסכים כי "דומה שאין מקום להנחה כי העורר החזיק בסם משום שהחזיק בדירה כאחד מדייריה". וחברי ממשית:

"כפי שעולה מחומר הראיות הגולמי, העורר נכנס לגור למקום יום אחד לפני האירועים נושא כתב האישום. קשה יהיה לבסס על נוכחות קצרה זו הנחה בדבר חזקה. זאת ועוד: לא נתפס כל סם בחדרו של העורר. הסם כולו נתפס בסלון, שעיקר הנוכחות בו היה לשמעון".

ה) מה נשאר אפוא כראיה לכאורה להפלת העורר בהחזקת הסמים המסוכנים? יוצא, כי החשד נגד העורר מבוסס למעשה אך ורק על דו"חות השוטרים בדבר החיפוש בבית ביום האירוע. קראתי, וחזרתי וקראתי, את החומר הרלוואנטי לעניין זה, ועליי להודות כי לא מצאתי בו כל דבר של ממש אשר יכול לשמש הוכחה לכאורה נגד העורר בדבר החזקת הסם המסוכן על-ידיו.

מדגיש חברי, הנשיא, שתחילה דפקו השוטרים בדלת הדירה וצלצלו בפעמון, ולא פתחו להם את הדלת. אך עולה מעיון בדו"חות שהשוטרים, שלא ידעו באיזו דירה מתגורר החשוד שמעון שאותו חיפשו, דפקו לא רק בדלת דירתו של שמעון, אלא בדלתות של כל הדירות בבית במספר קומות. צוין בדו"ח שלהם, כי הם לא רק נמנעו באותו שלב מלהציג את עצמם כשוטרים, אלא שאמרו בקול רם לשכנים שפתחו את דלתם כי הם מחפשים דירה העומדת להשכרה.

בנסיבות אלה, האם זה מוזר שדירתו של שמעון, שלכל הדעות לא הייתה פנויה להשכרה, לא נפתחה בפניהם באותו שלב? ומצד שני, אחר כך, כאשר צלצלו השוטרים בדלת הדירה והציגו עצמם כשוטרים, נפתחה הדלת מיד. מכל מקום, אפילו נצא מההנחה שלא התנדבו לפתוח את הדלת מפני ששמעון בוודאי ידע, והעורר אולי ידע, שישנם סמים בדירה, איך זה יכול להוכיח כי הייתה לעורר שליטה על אותם סמים ושהחזיק בהם? עוד נאמר בדו"ח המשטרה, שצוטט על-ידי חברי, כי השוטרים שמעו שני גברים משוחחים בתוך הדירה. האם זה שאנשים הגרים באותה דירה משוחחים ביניהם, מחשיד בדרך כלשהי?

בדו"ח המצוטט מוזכר גם, שנשמע מהדירה רעש של הזזת רהיטים. דבר זה יכול היה אולי להיות בעל משמעות מסוימת, לו היה מתגלה אחר כך שהסמים הוסתרו מתחת למרצפות בדירה או מאחורי ספה או בתוך כורסה. אך שום דבר כזה לא אירע. הסמים נתגלו בסלון, ובתוך תיק, ובתוך בגדים צבאיים (השייכים לאדם אשר גר בדירה בעבר). ההסתרה היחידה הייתה בהורדת ההירואין על-ידי שטיפת המים בבית השימוש על-ידי שמעון. אם מישהו מבין שני הנוכחים הזיז כיסא או רהיט אחר, הרי לכאורה אין הדבר קשור כלל לפרשת החזקת הסמים.

ו) גם העובדה שהעורר הציץ מהחלון כאשר השוטרים הסתובבו ליד הבית, ואפילו עשה כן בעצבנות כנטען (דבר שבוודאי לא קל לקובעו), אין בה משמעות מפלילה לעניין החזקת הסם. להיפך, מסתבר כי השוטרים הסיקו מכך שלא העורר, אלא שמעון, הוא שגרם לשטיפת הסם בבית השימוש באותה עת.

ז) עולה מדברי חברי הנשיא, כי לדעתו קיים חשד כלשהו שהעורר אולי הזהיר את שמעון ובכך סייע בידו להסתיר את הסם. על כך אעיר שתי הערות:

(1) קשה לראות באמור לעיל משום תשתית ראייתית, אף לכאורה, לביסוס החשד האמור עד כדי הצדקת קביעת מימצא בכיוון זה.

(2) אפילו הזהיר העורר את שמעון בראותו אנשים בחוץ שאולי חשד בהם שהם שוטרים, גם אז אין בכך עדיין משום הוכחה לכאורה על ביצוע עבירה של החזקת סמים על-ידי, לבדו או ביחד עם שמעון. ואין לשכוח כי רק בכך הואשם, ורק בשל אישום זה נעצר.

ח) יש להוסיף, בהדגשה, כי לכל הדעות טעה השופט כאשר ביסס את החלטתו בדבר קיום ראיות מספיקות נגד העורר, במידה רבה, על עברו הפלילי של הלה, גורם שאסור היה להתחשב בו בעת בוחנו אם יש בחומר הראיות משום הוכחה לכאורה מספקת לביסוס האישום.

ט) כפי שכבר הזכרתי לעיל, מסכים גם חברי, הנשיא, כי בנסיבות המקרה דנן אין להסיק מסקנה נגד העורר מעצם העובדה שהוא התגורר באותה דירה; זאת כאשר שמעון הוא השוכר, והעורר נכנס לדירה רק יום לפני האירוע, ולא נמצא כל סם בחדר שנמסר בדירה לרשותו. לכך יש עוד להוסיף את העובדה, כי מסתבר ששמעון שכר את הדירה ביחד עם חברתו, סטודנטית בשם טל. טל זו לא הייתה בדירה בעת החיפוש, אך גם נגדה הוגש אישום בגין החזקת אותם סמים. עם זאת, לגביה לא נתבקש צו למעצרה עד תום ההליכים, והתביעה נימקה זאת בכך "שיש בעיה לגביה בנושא של השליטה בסם".

עם כל הכבוד נראה לי כי אותה "בעיה" קיימת גם לגבי העורר, אשר לרוע מזלו היה בדירה בעת עריכת החיפוש.

י) אך המשקל המכריע נודע להודאתו הברורה של שמעון, שוכר הדירה האמורה. בעת הופעתו לפני בית המשפט המחוזי, בקשר לבקשות המעצר, הצהיר שמעון:

**"כל הסמים שהיו בדירתי שייכים רק לי... אני מרגיש ממש לא בסדר
ששני אנשים קשורים בפשע שלי. נאשמים 2 ו-3 לא קשורים תיק.
אני אשם".**

זו תהיה מן הסתם הגירסה המשותפת של כל הנאשמים, ואין לפנינו תשתית ראייתית למסקנה כי שמעון סטה מהאמת כאשר לקח על עצמו את האחריות הבלעדית להחזקת הסמים בדירתו.

מוכן אני לצאת מההנחה, כי איש מהנאשמים לא יעשה רושם הכי טוב ואמין בזמן הופעתו לפני בית המשפט. אך אין בכך כדי לנטרל את האפקט של הודאת שמעון ולמנוע לפחות קיומו של ספק סביר באשמת העורר.

6. נראה לי, כי לאור העקרונות שנקבעו על-ידינו, זהו מקרה בולט להסקת המסקנה כי לכאורה חומר הראיות אינו מגלה סיכוי סביר להרשעת העורר בעבירה של החזקת סמים מסוכנים. כמובן, אין לשלול את האפשרות שבמהלך המשפט תתבררנה עובדות נוספות או תחול התפתחות, אשר בעטיין ישתכנע בית המשפט באשמת העורר. אך, כפי שהובהר בחוות-דעתו של חברי הנכבד, הנשיא, אין באפשרות תיאורטית כזו כדי להוסיף לחומר הראיות הקיים ולהופכו לכאורה לבעל סיכוי סביר להביא להרשעת הנאשם.

במקביל אומר חברי, הנשיא, בסיפה של החלטתו, כי "כמובן, ייתכן כי בסוף המשפט הפלילי ייתן בית המשפט אמון בגירסתו של העורר ויזכה את העורר בשל כך". בעניין זה עליי להעיר, שאסור לנו לשכוח כי לשם מתן פסק-דין מזכה אין צורך שהשופט "ייתן... אמון בגירסתו של העורר", ודי בכך שיתעורר בלבו ספק בנדון, ושיקבע שלא ניתן לשלול את אמיתות הודאתו של

שמעון במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי. לכאורה קשה לראות איך חומר הראיות הקיים עתה בתיק זה לא יתיר לפחות ספק סביר באשמת העורר.

7. אשר-על-כן, לו דעתי נשמעה, היינו מקבלים את הערר ומאפשרים לעורר להשתחרר בערובה, בתנאים שנקבעו.

השופטת ד' דורנר: הכלל

1. מסכימה אני לדעתו של חברי, **הנשיא ברק**, כי בראיות המספיקות להעברת נטל הבאת הראיות לנאשם אין די לשמש ראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום הליכי המשפט. בכך שראיות התביעה אינן מופרכות אין אפוא כדי להשביע את הדרישה לראיות לכאורה לצורך מעצר. אכן, בשיטה השמה נר לרגליה את זכות היסוד של האדם לחירות, אין לעצור עד תום הליכי המשפט נאשם שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעתו, וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו.

עם זאת, בתשתית העובדתית שעל יסודה ביקשה התביעה להורות על מעצרו של העורר מובנה, כפי שפירט חברי, **השופט בד**, ספק. על-כן, לדעתי, יש לקבל את הערר ולהורות על שחרורו של העורר בערובה.

2. בהליך המעצר אפשרותו של הנאשם להתגונן היא מצומצמת. שמורה לו, בעיקר, האפשרות לטעון טענות. תיאורטית יכול נאשם גם להגיש ראיות בכתב, אך רובם המכריע של הנאשמים, שאינם מנהלים חקירה משל עצמם, אינם עושים זאת. חומר הראיות שעל בסיסו נדונות אפוא בקשות המעצר הוא החומר הכלול בתיק החקירה המשטרתי.

חומר ראיות זה משמש תכלית משולשת:

ראשית, על פיו נקבעת מידת ההסתברות שהנאשם יימצא אשם. קביעה זו באה למנוע. ככל שהדבר אפשרי, את התוצאה הקשה של החזקתם במעצר, במשך חודשים רבים, של זכאים.

שנית, על-פי אותו חומר ראיות נקבע אם קיימת עילת מעצר. בעבירות שבעטיין אפשר להתזיק נאשם במעצר רק אם קיים חשש סביר ששחרורו יסכן את שלום הציבור ([סעיף 21א\(א\)\(1\)](#)) [לחוק סדר הדין הפלילי](#), האינדיקאציה העיקרית למסוכנות היא נסיבות העבירה, כעולה מן החומר שבתיק החקירה. אף בעבירות חמורות הפוגעות בגוף האדם, שבהן חומרת העבירה כשלעצמה מקימה עילת מעצר ([סעיף 21א\(א\)\(2\)](#)) [לחוק סדר הדין הפלילי](#), חומר ראיות זה משמש להוכחתה של עילת המעצר. ראו דברי **השופט מצא בדנ"פ גנימאת, בעמ' 613-614**.

שלישית, החומר האמור משמש גם כראיה העיקרית שעל פיה מחליט בית המשפט אם אפשר להסתפק בחלופת מעצר.

3. אכן, התשתית הראייתית בהליך המעצר לא נועדה לקבוע את אשמתו של הנאשם או את חפותו, ומשמעות הקביעה כי חומר הראיות מספיק למעצרו של הנאשם אינה כי הרשעתו היא ודאית. בדומה, משחרור נאשם בערובה עקב חומר ראיות לכאורי לא מספיק לא נובע כי זיכויו הוא ודאי. ואולם, בכך שמטרתו של הליך המעצר אינה להכריע בסוגיית אשמת הנאשם או חפותו – והלוא חזקת החפות עומדת לנאשם גם בהיותו במעצר – ואף לא לגזור את דינו ולהענישו, אין כדי לגרוע מן החומרה הרבה שבהחלטה על מעצר ומפגיעתה הקשה בנאשם, המוכנס לכלא על יסוד חומר הראיות שאספה המשטרה.

ההגנה המעשית היחידה העומדת לנאשם בהליך זה כנגד חומר הראיות שאספה המשטרה היא בדרישה כי חומר ראיות זה יוכיח לכאורה את אשמתו.

4. עד לתיקונו בשנת 1988 לא התנה [חוק סדר הדין הפלילי](#) מעצר נאשם עד תום הליכי המשפט בקיומה של תשתית ראייתית, ואף לא הגדיר עילות מעצר. סעיף 20 לחוק הסמיך את בית המשפט לעצור עד תום ההליכים נאשם שהוגש נגדו כתב-אישום. הערכאות הראשונות סברו כי לאור נוסח הסעיף על בית המשפט להניח קיומו של חומר ראיות מספיק על יסוד הגשת כתב האישום.

בב"ש (ת"א) 105/74, 106 (ת"פ (ת"א) 138/74) – לא פורסם כתבה השופטת ח' אבנור:

"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 – ד' ד')".

בערר לבית-משפט זה נהפכה הקערה על פיה, ונקבע כי תנאי למעצרו של נאשם הוא קיומן של ראיות לכאורה לביסוס אשמתו. וכך כתב מ"מ הנשיא זוסמן:

"...השופט יכול וצריך לעיין בהודעות שנגבו על-ידי המשטרה ולהתרשם מבדיקתן, אפילו היא שטחית, אם הראיות, בהנחה שיתקבלו בשעת הדיון, עשויות יהיו להוכיח את האישום. שאם לא תאמר כן, יהא די בהגשת כתב-האישום כדי לשמש עילה לעצור את הנאשם" [\(ב"ש 43/74, 44/74 קבטאן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח \(1\) 723, בעמ' 724\).](#)

אלא שהראיות שנדרשו בפסיקה לצורך מעצר עד תום הליכי המשפט היו זהות ל"ראיות לכאורה" (prima facia evidence) הדרושות לפי [סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי](#) להעברת נטל הבאת הראיות אל הנאשם. ההלכה היא כי ראיות לכאורה במונח זה מתקיימות אם באה לפני בית המשפט עדות כלשהי, אף דלה ובסיסית, להוכחת יסוד מרכזי של העבירה, ובלבד שהראיות אינן

מופרכות כדי כך ששום שופט בר-דעת לא היה נותן בהן אמון. ראו: [ע"פ 28/49](#), בעמ' 523-527; [ע"פ 732/76](#) מדינת ישראל נ' כחלון ואח', פ"ד לב (1) 170, בעמ' 179-180.

R. v. Galbraith (1981) 73 Cr. App. Rep. 124, at 127 כתב נשיא בית המשפט לערעורים, הלורד פיינ (Lord Pane), את הדברים הבאים:

"How then should the judge approach a submission of 'no case'...Where the judge comes to the conclusion that the prosecution evidence, taken at its highest, is such that a jury properly directed could not properly convict upon it, it is his duty, upon a submission being made, to stop the case".

בפסק-דין מאוחר יותר – *R. v. Shippley and others* [1988] Crim. L. Rep. 767 – הסביר השופט טרנר (Turner) כי אין להתעלם מן הפרכות בעדויות המרשיעות. וכך כתב:

"...taking the prosecution case at its highest did not mean picking out the plums and leaving the duff behind. [The judge] must assess the evidence and if the 33 witnesses' evidence was self-contradictory and out of reason and all commonsense then such evidence is tenuous and suffering from inherent weakness".

אף הפסיקה האמריקנית קובעת כי על השופט לזכות נאשם לאחר תום פרשת התביעה (Directed Verdict of Acquittal). אם שום אדם סביר לא היה יכול להגיע למסקנה כי האשמה הוכחה. כך, למשל, בפסק הדין המנחה *Curley v. United States* 160 F. 2d 229 (1947), at 232-233 כתב השופט פריטימן (Prettyman) בהטעימו כי אף בהקשר זה על השופט לשוות לנגד עיניו את העיקרון בדבר הוכחה מעל כל ספק סביר:

"The true rule, therefore, is that a trial judge, in passing upon a motion for directed verdict of acquittal, must determine whether upon the evidence, giving full play to the right of the jury to determine credibility, weigh the evidence, and draw justifiable inferences of fact, a

reasonable mind might fairly conclude guilt beyond a reasonable doubt. If he concludes that upon the evidence there must be such a doubt in a reasonable mind, he must grant the motion; or, to state it another way, *if there is no evidence upon which a reasonable mind might fairly conclude guilt beyond reasonable doubt, the motion must be granted*" (ההדגשה שלי – ד' ד').

5. בישראל הוחלו אמות מידה אלה גם לעניין מהות הראיות לכאורה הנדרשות לצורך מעצר עד תום ההליכים. **בב"ש 33/75** התקבל ערר כנגד החלטת בית המשפט המחוזי לשחרר את הנאשם שהתבססה על טענות הגנה שעלו מחומר הראיות. וכך כתב **השופט לנדוי, בעמ' 21**:

"תפקידו (של השופט – ד' ד') בהערכת הראיות בשלב זה מוגבל לבדיקה, אם הראיות שבידי התביעה אינן מופרכות על פניהן, ואם יש בהן כדי להוכיח את האישום לכאורה, בהנחה שבית-המשפט שיברר את המשפט יתן בהן אמון".

בפסיקה שלאחר מכן הועלה הרף במידת מה. נקבע כי ייבדקו גם ראיות ההגנה, ככל שישנן כאלה, וייבחן אף משקלן הלכאורי של ראיות התביעה. וכך כתב **השופט שמגר** בפרשת **אוחנה, בעמ' 362-363**:

"...למרות שבית המשפט איננו מתייחס לאמינותם של עדים, הרי יבחן בין היתר, אם אין סתירות או פירכות הגלויות על פניהן, או אם אין ליקויים בסיסיים בהצגת הדברים ובהגיונם, שיש בהם כדי להפחית באופן מהותי ממשקלן הלכאורי של הראיות, גם אם לא מתייחסים לאמינותו של עד זה או אחר.

...בית המשפט איננו צריך להתעלם מראיות (הסותרות גירסת ההגנה – ד' ד')... ולהסתפק בהסתכלות על הראיות לכאורה של התביעה בלבד. חובה עליו לתת דעתו לראיות האחרות והסותרות הללו כדי להגיע להערכה כוללת של הנתונים שבפניו...

... ראשית יבדוק (בית המשפט – ד' ד') אם יש ראיות לכאורה המבססות טענות התביעה, ולאחר מכן יבחן כאמור באיזו מידה יש בעדויות הסותרות כדי לשלול את סבירותה של גרסת התביעה או לכרסם בה".

6. ההלכה בעניין זה לא השתנתה גם לאחר שהתנאת המעצר בקיומן של "ראיות לכאורה" עוגנה [בסעיף 21א\(ב\) לחוק סדר הדין הפלילי](#) – שהוסף [בחוק סדר הדין הפלילי](#) (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988 – שבו נכתב:

"לא יתן בית משפט צו מעצר... אלא אם נוכח לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה...".

אף נפסק כי השימוש בביטוי "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" בסעיף 21א(ב) הנ"ל, ביטוי המופיע גם [בסעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי](#), מלמד כי המחוקק ביקש לתת לביטוי משמעות דומה בשני הסעיפים. וכך כתב השופט קדמי בבש"פ 5248/95:

"...אין בכוחם של 'ספקות סבירים' גרידא, כדי לשלול מן הראיות שבחומר החקירה את כוחן לשמש 'הוכחה לכאורה' כאמור. התיבה 'הוכחה לכאורה' מוכרת לנו מהוראותיו של [סעיף 158 לחסד"פ](#) (נ"מ), כמבטאת עמידה בחובת הראיה המוטלת על התביעה בפרשתה. יש להניח כי משנקט המחוקק באותה מטבע לשון בסעיף 21א(ב) הנ"ל, ביקש לבטא משמעות דומה".

7. מן האמור לעיל עולה כי הרף הראייתי שנקבע למעצר עד תום הליכי המשפט – לרבות לעניין סיכויי ההרשעה, מסוכנות הנאשם ואי-הסתפקו בחלופת מעצר – היה נמוך ביותר. גם ראיות שעוררו ספק אף בטרם ניתנה להגנה ההזדמנות להעמידן במבחן של חקירה נגדית ולסותרן על-ידי ראיות משלה עברו רף זה, ובלבד שהן התייחסו ליסודות העבירה המרכזיים ולא היו מופרכות בעליל.

8. במדינות דמוקרטיות, שאנו שואבים השראה ממשפטן, הגישה היא שונה. בארצות-הברית (בתיקון שמיני של החוקה) ובקנדה (בסעיף 11 (e) למגילת הזכויות והחופשים (Charter of Rights and Freedoms)) נתונה לנאשם זכות חוקתית להשתחרר בערבות. עם זאת, תחיקה המתירה מעצר עד תום ההליכים כאשר מוכח כי הנאשם יסכן את שלום הציבור אם ישוחרר ממעצרו אושרה, אם ניתנו בה ערבויות פרוצדורליות הולמות להבטחתן של זכויות הנאשם.

בארצות-הברית נקבע ב-1984 Bail Reform Act, (להלן – B.R.A) כי על התביעה המבקשת כי נאשם ייעצר עד תום הליכי המשפט להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות (clear and convincing evidence) את מסוכנותו. לנאשם עומדת הזכות לחקור את עדי התביעה חקירה נגדית, וזכאי הוא אף להביא עדים מטעמו. בקביעה זו מתחשב בית המשפט במשקל הראיות. רמת ההוכחה הנדרשת של עצם ביצוע העבירה היא פחותה – probable cause.

חוק זה אושר ברוב דעות בפסק הדין *United States v. Salerno* 481 U. S. 739 (1987). בפסק הדין של הרוב, שניתן מפיו של נשיא בית המשפט, השופט רנקוויסט

(Rehnquist), נקבע כי ההגנה הפרוצדורלית הניתנת לנאשם בהליך המעצר – ובמקרה זה העידו במסגרת ההליך שני עדי התביעה העיקריים – מבטיחה מפני שלילה מוטעית של חירותו. וכך הוא כתב, שם, בעמ' 750:

"In a full-blown adversary hearing, the Government must convince a neutral decisionmaker by clear and convincing evidence that no conditions of release can reasonably assure the safety of the community or any person".

ובהמשך, בעמ' 751-752:

"The judicial office... is guided by statutorily enumerated factors, which include the nature and the circumstances of the charges, the weight of the evidence, the history and characteristics of the putative offender, and the danger to the community. The government must prove its case by clear and convincing evidence".

ובעמ' 755:

"In our society liberty is the norm, and detention prior to trial or without trial is the carefully limited exception. We hold that the provisions for pretrial detention in the Bail Reform Act of 1984 fall within that carefully limited exception".

יצויין כי מדינות טקסס וג'ורג'יה חוקקו חוקים המחייבים מעצר עד תום ההליכים בעבירות חמורות במיוחד, אך זאת בתנאי שחומר הראיות המבסס את האישום הוא חד-משמעי.

ראו: Tex. Const., Art. I, sec. 11.; Code of Ga., 17-6-1 (1990)

בקנדה אישר בית המשפט העליון את תוקפו של סעיף 10)515(ל-1985, Criminal Code,

המאפשר במקרים מסוימים מעצר עד תום ההליכים. ראו: *Pearson; R. v. Morales* [1992] 3 : S. C. R. 711.

נפסק כי נדרשת הוכחה כי הנאשם מסוכן לציבור ברמת ודאות של substantial likelihood. בפסק הדין האמור בעניין *Pearson* הדגיש נשיא בית המשפט, השופט למר (Lamer), כי בהליך המעצר עומדת לזכות הנאשם חזקת החפות, החייבת לעמוד לעיני בית המשפט בהכריעו בשאלה אם מוצדק לעצור את הנאשם, וכך הוא כתב, שם, בעמ' 690:

"In my view, the presumption of innocence is an animating principle throughout the criminal justice process. The fact that it comes to be applied in its strict evidentiary sense at trial pursuant to s. 11(d) of the Charter, in no way diminishes the broader principle of fundamental justice that the starting point for any proposed deprivation of life, liberty or security of the person of anyone charged with or suspected of an offence must be that the person is innocent".

באנגליה על בית המשפט לשקול את עוצמת הראיות שעליהן האישים מבוסס (The strength of the evidence of his having committed the offence). ראו: Criminal Justice and Public Order Act, 1994, s. 28; Police and Criminal Evidence Act, 1984, s. 2A; A. W. Alschuler., "Preventive Pretrial Detention and The Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process" 85 *Mich. L. Rev.* (1986-87) 510, 566

9. לדעתי, הרף הראייתי שנדרש בישראל עד עתה למעצר עד תום ההליכים – הנמוך, כאמור, במידה ניכרת מן המקובל במדינות דמוקרטיות אחרות – אינו משקף איזון ראוי בין זכות היסוד של האדם לחירותו לבין האינטרס שבשמירה על שלום הציבור. רף ראייתי נמוך זה לא היה ראוי עוד בטרם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), ובוודאי אין הוא יכול עוד לנהוג משנתקבל חוק היסוד. בעניין זה כתבתי בדנ"פ גנימאת, בעמ' 646:

"חובת בית המשפט הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד – אינה מתבטאת רק במתן פירוש דווקני לעילות המעצר המפורטות בחוק. על בית המשפט למלא את חובת הכיבוד גם על-ידי הפעלת שיקול-דעתו בקביעות העובדות המשמשות לפי החוק יסוד למעצר (לרבות הערכת הסיכונים הצפויים משחרור הנאשם), באופן שאמצעי המעצר לא יינקט אלא במידה המזערית הנדרשת".

חובת הכיבוד על-פי סעיף 11 לחוק היסוד מחייבת אותנו לשוב ולבחון את הפסיקה הקיימת, כדי לברר אם הולמת היא את הוראת חוק היסוד. עמד על כך **המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (להלן – בש"פ גנימאת)**, בעמ' 411-410:

"...לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן... פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שמר על תוקפה (validity) של החקיקה הישנה. הוא לא שמר על מובנה (meaning).".

וראו גם דברים שכתבתי, שם, בעמ' 376-374.

עמדה זו, שעליה חלק השופט חשין, נבחנה בדנ"פ גנימאת ונמצא לה רוב מכריע. ראו: דברי השופט מצא, בעמ' 610-609; דברי השופטת שטרסברג-כהן, בעמ' 632; דברי השופט גולדברג, בעמ' 631-630. על פגמיה של הגישה הקיימת בסוגיית המעצר ועל חובתנו לשנותה עמד בדנ"פ גנימאת הנ"ל הנשיא ברק, בעמ' 650-649:

"...במדינת ישראל עוצרים יותר מאשר במדינות דמוקרטיות מערביות. קיימת אצלנו מנטאליות, ולפיה קודם כול מבקשים לעצור ואחר כך מבקשים לחקור..."

"...קודם כל מבקשים מעצר ורק בלית ברירה מסכימים לחלופת מעצר. ממנטאליות זו היינו צריכים להשתחרר מזמן. עתה ניתנה לנו הזדמנות טובה לכך. אכן, נדרש שינוי בגישה אל האדם ואל חירותו. מתבקש מצב נפשי חדש של השוטר והשופט..."

אכן, כדברי הנשיא ברק, בעמ' 414 לבש"פ גנימאת –

"...גילו שופטים ישראל לדורותיהם נאמנות רבה לזכויות האדם ונכונות להכיר בהן כערכי יסוד האופפים את הטקסט החקוק והמעניקים לו מובן. לא היינו מגיעים כיום לעוצמת מעמדן של זכויות האדם בישראל לולא הבסיס האיתן שהניחו להם השופטים אשר קדמו לנו..."

עם זאת, עם חילופי הדורות, ובמיוחד עתה, משנתקבל חוק היסוד, שומה עלינו לשוב ולבחון את פסיקתנו ואת אמות המידה המשפטיות הנותנות ביטוי לעקרונות היסוד שהעניקו לנו קודמינו.

10. מהי אפוא עוצמת הראיות הנדרשת למעצר עד תום הליכי המשפט?

חברי, הנשיא ברק, מבקש להבחין בין עוצמת הראיות הנדרשת להעברה של נטל העברת הראיות לנשם, על-פי [סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי](#), לבין עוצמת הראיות הנדרשת למעצר עד תום ההליכים. ובלשון הנשיא בסעיף 9 לפסק-דינו:

”אך טבעי הוא – לאור השוני בתכלית המונחת ביסוד ההוראה [\(סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי – ד' ד'\)](#) – שטיב ההוכחה הנדרש לתביעה בשלב זה יהא שונה מטיב ההוכחה שעל התביעה להביא בשלב המעצר עד תום ההליכים.”

בעניין זה דעתי כדעתו, ונתתי לה ביטוי בפרשת רחאל, בעמ' 225-226:

”...אין זהות בין 'הראיות הדרושות להוכחת האשמה' על-פי סעיף 158 לחוק, שעניינו זיכוי בשל היעדר הוכחת לכאורה, לבין 'ראיות לכאורה להוכחת האשמה', על-פי סעיף 21א(א) לחוק, שהן תנאי הכרחי למעצר עד תום ההליכים.”

'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. הנאשם לא יורשע בדין אלא אם כן בסוף המשפט יתברר, כי משקל הראיות שהובאו נגדו מספיק להוכחת אשמתו מעבר לכל ספק סביר. על-כן, נאשם עשוי להיות מזוכה בדינו אף אם התביעה עמדה בנטל הבאת הראיות והנאשם לא הביא מצדו ראיות לסתור את ראיות התביעה, וזאת אם היה בראיות התביעה כדי להותיר ספק סביר באשמת הנאשם. לנוכח השלכה המוגבלת של 'ראיות לכאורה' על הכרעת הדין, נקבע כי די בראיות דלות ובסיסיות...

השלכה זו של קיום ראיות לכאורה, המוגבלת כאמור להיבט הדיוני של המשפט הפלילי, כלל אינה דומה להשלכת קיומן של ראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום ההליכים. במקרה האחרון עשוי קיומן של ראיות לכאורה לאשמת הנאשם להוביל למעצרו למשך חודשים רבים. במקרה זה, אופייה של הזכות לחירות, שאינה מתעוררת באופן ממשי בהקשר של העברת נטל הראיות, דורש כי יינקט מבחן דווקני יותר, אשר ימנע מעצר של נאשם אשר מן הראיות בעניינו עולה ספק סביר באשמתו.”

ענייננו שלנו מהווה דוגמה יפה למצב שבו, לדעת הכול, ראיות המספיקות לצורך סעיף 158 לחוק אינן מספיקות למעצר. אכן, בהיות העורר דייר בדירה שבה נמצאו הסמים יש – לכאורה – כדי להעביר אליו את נטל העברת הראיות על-פי סעיף 158. לעומת זאת, בנסיבות העניין אין בעצם מגוריו בדירה – כפי שציין חברי, **הנשיא ברק**, בסעיף 20 – כדי להוות יסוד ראיתי מספיק לצורך מעצרו עד תום ההליכים.

לדעת **הנשיא ברק** יש להתנות מעצר עד תום ההליכים בקיום סיכוי סביר להרשעה. אף לכך אני מסכימה. אך מובן כי בהליך המעצר אי-אפשר לחזות בוודאות את תוצאות המשפט הפלילי. כל שניתן הוא לקבוע אם קיים סיכוי סביר להרשעה, כלומר: האם על-פי חומר הראיות שבידי התביעה סביר כי יעלה בידיה לעמוד בנטל להוכיח את אשמת הנאשם מעל כל ספק סביר?

לדברי **הנשיא**, סיכוי סביר להרשעה יישלל מקום בו קיים "ספק מובנה" בחומר החקירה. אף עיקרון זה מקובל עליי. עם זאת, יש להבהיר כי על הספק המובנה – שבשלב זה הוא, כמובן, לכאורי – להיות סביר. על עמדתי בפרשת **רחאל**, שם כתבתי, **בעמ' 225**:

"...עקרון יסוד חוקתי במשפטנו הפלילי הוא שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. עיקרון חוקתי זה חל – בשינויים המחויבים – גם באשר למעצר עד תום ההליכים".

11. מהו אפוא אותו ספק סביר מובנה בחומר הראיות השולל מעצר עד תום ההליכים?

קיומו של ספק סביר במשפט עצמו נקבע לאחר שנשמעו עדי התביעה וההגנה ונחקרו. בית המשפט קובע על סמך חומר הראיות המלא, שעמד במבחן החקירה הנגדית, מימצאי מהימנות, ויכול הוא לקבוע את גירסת ההגנה ראויה לאמון או, למצער, מעלה ספק סביר. בהליך המעצר נבחן המשקל הלכאורי של הראיות שבתיק החקירה. בהיעדר אפשרות לקביעת מימצאי מהימנות על יסוד התרשמות מהופעת עדים, גירסה מכחישה של נאשם, כשלעצמה, אינה משפיע על עוצמת הראיות המצביעות על אשמתו. בהליך זה נקבע משקל הראיות המרשיעות, כפי שהוסבר על-ידי **השופט שמגר** כבר בפרשת **אוחנה**. על-פי סבירות של עדויות התביעה כשלעצמה ועל סמך השוואתן עם ראיות אחרות, סתירות פנימיות בעדויות המרשיעות או בינן לבין ראיות אובייקטיביות עשויות לגרוע ממשקלן של העדויות המרשיעות ולהטיל בהן ספק סביר. לדוגמה, בהליך המעצר, הכחשת נאשם באונס את דברי המתלוננת, אינה פגועת כשלעצמה בעוצמת ראיות התביעה. לעומת זאת סתירות פנימיות בעדות המתלוננת לגבי זהות האנס, תמיהות בגירסתה (ולעניין זה אין מניעה מלהתחשב בסבירותה הפנימית של גירסת הנאשם) או ראיות אובייקטיביות כי הנאשם היה בעת ביצוע האונס במקום אחר, עשויים להעלות ספק סביר בעדות המתלוננת.

אכן, אפשר כי לאחר שמיעת העדויות במשפט יתברר כי למתלוננת הסביר סביר לסתירות, כי גירסתה שנראתה מלכתחילה תמוהה היא מהימנה וכי בראיות האובייקטיביות נפלה טעות. הספק הסביר ייעלם אפוא והנאשם יורשע בדינו.

ואולם, השאלה העומדת לפנינו היא אם נאשם שהראיות נגדו מסופקות, ייעצר עד שיתברר אם לפרכות יש הסבר, או שמא כל עוד לא יוסר הספק לא ייעצר הנאשם.

12. כאמור, דרכי הבדיקה של חומר הראיות בהליך המעצר פורטו בהרחבה עוד בפרשת **אוחנה**, שבה נפסק לפני כ-20 שנה. השאלה העומדת לפנינו בערר זה אינה כיצד ייבדקו הראיות בהליך המעצר, אלא מהו הרף הראייתי הדרוש למעצר. אכן, השוני בין אופי הראיות בהליך המעצר לבין אופיין במשפט עצמו נובע מן ההבדל בין דרכי הבדיקה של הראיות בשני סוגי ההליכים. לעומת זאת, אין כל מקום לאי-התאמה בין רמת ההוכחה הדרושה במשפט פלילי לבין רמת ההוכחה – הלכאורית – הדרושה למעצר עד תום ההליכים. קביעה כי לצורך מעצר די בכך שהראיות המרשיעות לא יהיו מופרכות בעליל, בעוד שלצורך הרשעה נדרש כי לא יתעורר ספק סביר, עלולה להביא לתוצאה קשה. נאשם עלול להיות נתון במעצר חודשים רבים, משום שראיות התביעה לא היו מופרכות בעליל, ואז לצאת זכאי במשפטו – משום שאותן ראיות עצמן מעוררות ספק סביר שהתקיים כבר בעת הליך המעצר.

13. תוצאה קשה זו של הגישה שהייתה מקובלת עד עתה אינה תיאורטית. כבר היו דברים מעולם, ואירע שהנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים זוכו בשל ספקות שהיו קיימים כבר בעת הליכי המעצר. כל המעיין בכרכי פסקי הדין לא יתקשה למצוא דוגמות למקרים כאלה (ואין אני מוציאה מכלל אפשרות כי גם אני, בשבתי בבית המשפט המחוזי, נכשלתי במעצרים כאלה).

במקרים אלה כולם, מעצר נאשמים למרות ספק שעלה כבר מחומר הראיות שהציגה התביעה בהליך המעצר היה תוצאה של אי-התאמה בין מידת ההוכחה הדרושה להרשעה במשפט הפלילי למידת ההוכחה הלכאורית שנדרשה לצורך המעצר. נדרשת אפוא קביעה של אמת מידה חדשה שתבטל אי-התאמה זאת, שתוצאתה הייתה מעצרים מיותרים, לפרקי זמן ניכרים, של נאשמים שאשמתם מסופקת.

14. חברי, **הנשיא ברק**, מטעים – ואף בכך דעתי כדעתו, כי באופיו "הדיוני" של הליך המעצר, ובכך שבשיטתנו אין נשמעות בו עדויות בעל-פה, אין כדי להמעט ממידת ההקפדה ותשומת הלב שעל בתי המשפט להקדיש לבדיקת הראיות בהליך זה. כפי שפורט ב**בש"פ גנימאת** (דברים שכתבתי **בעמ' 379** ודברי **המשנה לנשיא ברק בעמ' 417-416**) ו**בדנ"פ גנימאת** דברי **הנשיא ברק בעמ' 651** ודברים שכתבתי **בעמ' 646-645**), למעצרו של אדם עד תום הליכי משפטו השלכות חמורות, ובראש ובראשונה נטילת חירותו לתקופה ארוכה על-ידי כליאתו בתנאים קשים. נטילת חירות זו אינה הפיכה. אל לבית המשפט לגזור על נאשם סנקציה קשה ובלתי הפיכה זו, אלא אם שוכנע, לאחר בדיקה קפדנית של חומר הראיות, כי אין מובנה בו ספק סביר באשמת הנאשם. בכך שבשלב זה לא מצויים ברשות בית המשפט כל הנתונים וכל הראיות, לרבות התרשמותו ממהימנותם של עדים, שיימצאו ברשותו עם סיום פרשת הראיות במשפט, אין כדי לגרוע מחובתו להקפיד בבדיקת אותו חומר הראיות המצוי בשלב זה. עלינו לזכור כי ענייננו הוא באחת החשובות שבזכויות היסוד של האדם – הזכות לחירות. אין זה מתקבל על הדעת כי חירותו

של אדם תישלל על יסוד בחינה קפדנית פחות של הראיות מזו שעל יסודה מכריע בית המשפט, למשל, בתובענות אזרחיות בענייני ממון.

יהיה כאשר יהיה הדין בעניין מידת ההעמקה שעל בית המשפט לנקוט בבחינת הראיות בהליכי ביניים ככלל – במשפטים פליליים, אזרחיים, או מינהליים – אין להורות על מעצרו של אדם עד תום הליכי משפטו אלא לאחר בחינה יסודית של הראיות המצויות בעת הבדיקה.

מן הכלל אל הפרט

15. במקרה שלפנינו פירט חברי, **השופט בך**, את הפרכות שבתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום. ניתוח הראיות על-ידיו מקובל עליי במלואו. אסתפק אפוא בהערות ספורות.

העורר הואשם בהחזקת סם מסוכן. כידוע, כדי לבסס הרשעה בעבירה זו על התביעה להוכיח את החזקה הטכנית (פוססיה) של הנאשם בסם. בעניין זה קיימת חזקה שבעובדה כי חפץ המצוי במקום הנמצאת בשליטתו של אדם – וזוה הוא מקום מגוריו – מצוי בהחזקתו. עוצמת החזקה תלויה כמובן בנסיבות המקרה. יש שהנסיבות עצמן מעוררות ספק סביר לכאורי לגבי תחולת החזקה (ראו דברי **השופט זמיר בע"פ 4667/93 – לא פורסם**).

בענייננו, מגוריו של העורר בדירה שבה הוחזק הסם מקימים חזקה עובדתית כי הסמים היו בהחזקתו. ואולם, מן הנסיבות העולות מחומר הראיות עולה כי חזקה עובדתית זו נעדרת בענייננו עוצמה של ממש. כאמור, הדירה נשכרה על-ידי השותף לכתב האישום וחברתו, המואשמת אף היא בעבירה של החזקת סמים, ואילו העורר עבר לגור בה יממה בלבד לפני החיפוש. הסמים נתפסו בחדר שבו התגוררו השותף וחברתו. שני חשודים שנעצרו בדרכם לדירה העידו כי באו לבקר את השותף. לבסוף, ובכך העיקר, השותף עצמו הצהיר בהליך המעצר כי הוא החזיק בסמים לבדו, בלא ידיעת חברתו ובלא ידיעתו של העורר.

להימצאות העורר בדירה בעת עריכת החיפוש ניתן הסבר תמים – מגוריו בדירה. ואילו דו"חות השוטרים אינם מבססים, לדעתי, אף לא לעניין [סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי](#) ולא כל שכן לעניין המעצר, את הטענה כי העורר היה שותף להחזקת הסמים המסוכנים שנתפסו בחיפוש.

כפי שהראה חברי, **השופט בך**, דו"חות השוטרים אף אינם מבוססים עבירה של סיוע (שלא בעטייה התבקש המעצר), ובוודאי לא בעוצמה הדרושה למעצר.

16. בהליך המעצר מוצג לפני בית המשפט, בנוסף לחומר החקירה, גם גיליון הרשעותיו הקודמות של הנאשם. כאמור, בענייננו, בית המשפט המחוזי ראה בעברו הפלילי של העורר חלק מחומר הראיות, והוא שהכריע את הכף בהחלטתו לעוצרו. אין חולק כי בכך שגה בית המשפט המחוזי. בשיטתנו איננו מכירים במעצר מניעתי, זולת אם קיימות ראיות לכאורה כי הנאשם ביצע את אותה העבירה שבעטייה מתבקש המעצר. המידע לגבי העבר הפלילי עלול להשפיע על הערכת חומר הראיות גם אם אין אליו התייחסות מפורשת בהחלטה, וראוי להיזהר מפני כך. השווה

לדברי השופט גויטיין **בע"א 153-54 בריליאנט נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 1315, בעמ' 1315-1316**.

אכן, גם בהליך המעצר נקודת המוצא חייבת להיות שהנאשם הוא חף מפשע, ועל חומר הראיות להיבדק על סמך הנחה זו. חזקת החפות עומדת גם לבעל עבר פלילי, ועל האינטרס שבשמירה על שלום הציבור, כאשר קיים חשש סביר כי הנאשם עלול לפגוע בו, לסגת אם הראיות המבססות את האישום אינן חד-משמעיות, גם כאשר לנאשם עבר פלילי.

אכן, אפשר כי שלום ציבור היה נשמר טוב יותר אילו נאשם בעל עבר פלילי, שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק סביר, היה נעצר עד אשר יוכרע דינו. הוא הדין בנאשם כזה חסר עבר פלילי, כמו גם נאשם שבמשפטו הוכחה אשמתו על-פי מאזן ההסתברויות, אך לא מעל כל ספק סביר, אך מעצרים או מאסרים של נאשמים כאלה הוא מחיר שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו, שכן משמעותו היא כי חפים יהיו נתונים במעצר במשך חודשים רבים. עמד על כך **השופט מרשל (Marshal)** בפסק הדין בעניין **Salerno, בעמ' 767**:

"Honoring the presumption of innocence is often difficult; sometimes we must pay substantial social costs as a result of our commitment to the values we espouse. But at the end of the day the presumption of innocence protects the innocent; the shortcuts we take with those whom we believe to be guilty injure only those wrongfully accused and, ultimately, ourselves".

ובאותו עניין כתבתי בדנ"פ **גנימאת, בעמ' 645**:

"לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי..."

... במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור".

כאמור, בהליך המעצר, שבו זכות הנאשם להתגונן מוגבלת בעיקר להשמעת טענות, המחסום ההגנתי הראייתי היחיד מפני מעצר היא הדרישה לחד-משמעיות של חומר הראיות שמציגה התביעה. דרישה זו משקפת את האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין האינטרס שבשמירה על שלום הציבור, ועליה אין לוותר.

כאמור, לדעתי, במקרה שלפנינו התשתית הראייתית המבססת את האישום אינה חד-משמעית, ומובנה בה ספק סביר. על-כן, אין סיכוי סביר להרשעתו של העורר. אשר-על-כן, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את הערר ומורים על שחרורו של העורר בערובה.

השופט א' גולדברג: אני מסכים לחוות-דעתו של חברי, **הנשיא**, ובכלל זה לנוסחת ה"ראיות לכאורה להוכחת האשמה", המובאת על-ידי. על-כן, לא הייתי מוסיף דבר על חוות-דעתו, אלמלא חוות-דעתה של חברתי, **השופטת דורנר**, המחייבת לדעתי הבהרה.

על פני הדברים נראה מחוות-דעתה של חברתי כי היא מסכימה לנוסחתו של **הנשיא**, אולם כפי שמובנים לי דבריו ודבריה, נקודת המוצא של שניהם שונה. נקודת המוצא של **הנשיא** היא אם "קיים סיכוי סביר שהראיות הקיימות נגדו (נגד הנאשם – א' ג'), לאחר שיעברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי, יש בכוחן להוכיח את אשמתו". הדגש הוא על "הכוח ההוכחתי הפוטנציאלי האצור בחומר החקירה". על השופט "להשתכנע כי חומר החקירה הכולל מקים סיכוי סביר להוכחת האשמה". לפי מבחן זה אין על השופט לבחון כלל אם חומר החקירה מעורר ספק בדבר אשמתו של הנאשם. שאלה זו עומדת לדיון במשפט גופו. ואילו השאלה ששואלת חברתי, **השופטת דורנר**, היא: "מהו אפוא אותו ספק סביר מובנה בחומר הראיות השולל מעצר עד תום ההליכים?". נמצא, כי שני חבריי מדברים בשתי לשונות: **הנשיא** – על קיומו של "סיכוי סביר", שהראיות יביאו להרשעת הנאשם, ו**השופטת דורנר** מדברת על "ספק סביר" שמעורר חומר החקירה, שבעטיו אין לעצור את הנאשם.

התוספת בדבריו של **הנשיא**, המדגימה כי "לעתים מובנה בתוך חומר החקירה ספק, באופן שמתוך מכלול החומר ניתן להסיק כבר עתה כי אין סיכוי שיינתן אמון במוסר האמרה" (ההדגשות שלי – א' ג'), אינה משנה את התיזה הבסיסית שעליה מבוססת חוות-דעתו. על-כן, מבחנו של **הנשיא** אינו מבחן "הספק הסביר המובנה", כדברי **השופטת דורנר**.

לפיכך מצטרף אני לדעת **הנשיא**, הן במבחן שקבע והן בתוצאה שהגיע אליה.

השופט ת' אור: אני מסכים לפסק-דינו של חברי, **הנשיא**, על נימוקיו, וכן להערותיו של חברי, **השופט גולדברג**.

השופט א' מצא: אני מסכים לפסק-דינו של חברי, **הנשיא**, ולהערותו של חברי, **השופט גולדברג**.

השופטת ט' שטרסברג-כהן: מצטרפת אני לחוות-דעתו של חברי, **הנשיא**, במישור העקרוני, ולתוצאה שהגיע אליה במקרה דנן. כמו כן מקובלות עליי הערותיו של חברי, **השופט גולדברג**, המתייחסות לחוות-דעתה של חברי, **השופטת דורנר**, וברצוני להעיר מספר הערות:

א. המבחנים לקביעת קיומן של ראיות לכאורה

1. המבחן לקביעת קיומן של ראיות לכאורה לצורך מעצר עד תום הליכים, שנקבע על-ידי **הנשיא ברק**, שונה במהותו מזה שנקבע על-ידי **השופטת דורנר**. לשיטתו של **הנשיא** "ראיות

לכאורה להוכחת האשמה' הן אפוא ראיות גולמיות אשר לגביהן **קיים סיכוי סביר** שעובדן במהלך המשפט – תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל – יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר" (סעיף 12 לחוות-דעתו – ההדגשה שלי – ט' ש' כ'); וכן "...עליו (על השופט – ט' ש' כ') להשתכנע כי חומר החקירה הכוללת מקים **סיכוי סביר להוכחת האשמה**" (סעיף 14) (ההדגשה שלי – ט' ש' כ'); ושוב, "...כל שבידו (של השופט – ט' ש' כ') אינו אלא להעריך סיכויים סבירים (סעיף 16). השיקולים לאימוץ מבחן זה, תשתיתו הרעיונית ומנגנון ההכרעה השיפוטית להפעלתו פורטו, נותחו והובהרו בחוות-דעתו של הנשיא, ולא אוסיף.

2. אל מול אלה הציבה **השופטת דורנר** – בשתי החלטות קודמות ובחוות-דעתה בתיק זה – מבחן שונה. לדירה, "על בית המשפט הדן בבקשה למעצר עד תום הליכי המשפט לבחון לא רק אם חומר הראיות שעליו מבוסס האישום מוכיח לכאורה את אשמתו של הנאשם, אלא גם אם מחומר זה לא עולה ספק סביר בדבר אשמתו (פרשת רחאל), בעמ' 225; ההדגשה שלי – ט' ש' כ'), וכן "המבחן שעל יסודו על בית המשפט להכריע בשאלת קיומן של ראיות לכאורה המספיקות למעצר עד תום ההליכים הוא – בהיעדר אפשרות לקבוע ממצאי מהימנות – אם חומר הראיות, הקיים, אם לא ייחלש או ייסתר במהלך המשפט, מוכיח מתוכו את האשמה מעבר לכל ספק סביר" (שם, בעמ' 226; ההגשות שלי – ט' ש' כ'). על דברים אלה חזרה **השופטת דורנר בבש"פ 243/95 סבאח נ' מדינת ישראל, תקדין 95 (1) 1611**.

3. בחוות-דעתה של **השופטת דורנר** מוצאים אנו גם אמירה ולפיה מצטרפת היא למבחן שהציב הנשיא באומרה:

"לדעת הנשיא ברק יש להתנות מעצר עד תום ההליכים בקיום סיכוי סביר להרשעה. אף לכך אני מסכימה..." (סעיף 10 לחוות-דעתה).

אולם קריאת חוות הדעת במלואה מעמידה אותנו על כך שדעתה נשארה כפי שהייתה בהחלטות הנ"ל, שכן בהמשך חוות-דעתה מצטטת היא בהסכמה את דבריה בהחלטתה בפרשת רחאל, שם קבעה, כי גם במעצר עד תום הליכים יש להחיל – בשינויים המחויבים – את העיקרון החוקתי שלפיו אין להרשיע ולהעניש אלא מישהו שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. עוד קובעת **השופטת דורנר**, כי "אין כל מקום לאי-התאמה בין רמת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי לבין רמת ההוכחה – הלכאורית – הדרושה למעצר עד תום ההליכים" (סעיף 12 לחוות-דעתה), וקוראת היא לביטול אי ההתאמה "בין מידת ההוכחה הדרושה להרשעה במשפט פלילי למידת ההוכחה הלכאורית שנדרשה לצורך המעצר" (סעיף 13).

4. המבחן המוצב על-ידי הנשיא וזה המוצב על-ידי **השופטת דורנר** אינם עולים בקנה אחד. המבחן הנקבע על-ידי הנשיא, שאליו מצטרף רוב חברי הרכב זה, מבטא את הקו המנחה של פסיקת בית-משפט זה לאורך הדרך, ומשקף הוא את ההלכה לאור עקרונות היסוד המקבלים ביטוי גם בסעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי ולאור חוק היסוד.

ב. משפט השוואתי

5. עיון במשפט ההשוואתי מלמד, כי שיטתנו המשפטית בנושא המעצר עד תום ההליכים איננה נופלת – מבחינת הדאגה לזכויות היסוד של האדם – משיטותיהן המשפטיות של ארצות נאורות ודמוקרטיות אחרות, וכי המבחן לקביעת קיומן של ראיות לכאורה לצורך מעצר, הנקוט בידינו, דומה מהותית לזה הנקוט במדינות בארצות-הברית, בקנדה ובאנגליה. חזקת החפות היא יסוד מוסד בשיטתנו.

סעיף 21א(ב) קובע כי לא יצווה בית המשפט על מעצרו של מי שהוגש כתב-אישום נגדו, אלא אם נוכח לאחר ששמע את הצדדים, שיש **ראיות לכאורה להוכחת האשמה**. סעיף 21א(ב)(1) קובע כי לא יצווה בית המשפט על מעצר כאמור, אלא אם כן לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות. כל אלה מעוגנים בעקרונות היסוד בדבר זכותו של אדם לחירות ולכבוד, שהם יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית מאז ומתמיד וקיבלו משנה תוקף ומשקל בחוק היסוד. הגם שיש מקום לבדיקה מחודשת מתמדת, עדיין ניצבים אנו בשורה אחת עם הנאורות שבדמוקרטיה.

ארצות-הברית

6. התיקון השמיני לחוקה האמריקנית מכיר בזכותו (היחסית) של נאשם לשחרור בערבות. ה-Federal Bail Reform מסמיך את בתי המשפט הפדראליים להורות על מעצר הנאשם עד תום ההליכים. החוק מפרט את השיקולים, אותם מצווה השופט לשוות לנגד עיניו בבואו לפסוק בעניין שחרור הנאשם בערובה:

"These factors include the nature and seriousness of the charges, the substantiality of the government's evidence against the arrestee, the arrestee's background and characteristics, and the nature and seriousness of the danger posed by the suspect's release" (Salerno, at 742-743).

7. נטל ההוכחה המוטל על התביעה הוא כפול. עליה להוכיח כי קיימת סיבה אפשרית להאמין (probable cause to believe) שהנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו, ועליה להוכיח בראיות ברורות ומשכנעות (clear and convincing evidence), ששום תנאי שחרור לא די בהם כדי להבטיח את שלום הציבור:

"The government must first of all demonstrate probable cause to believe that the charged crime has been

committed by the arrestee, but that is not enough... the Government must convince a neutral decisionmaker by clear and convincing evidence that no conditions of release can reasonably assure the safety of the community or any person" (*ibid.*, at 750).

מסכת כפולה זו אינה דורשת אותה רמת הוכחה. הראיות הדרושות להוכיח שהנאשם עבר את העבירה צריכות להעמיד "...probable cause to believe that the charged crime has been committed by the arrestee..." (*ibid.*) ואילו הראיות הדרושות לצורך שחרור בערובה צריכות להיות ברורות ומשכנעות, ולהוכיח כי אין בכוחם של תנאי שחרור כדי להבטיח בצורה ברורה את ביטחון הציבור.

8. מאחר שבמהותן של "ראיות לכאורה" עסקינן (ולא בתנאים לשחרור בערובה), ראוי להתייחס למשמעות שניתנה בארצות-הברית לביטוי "probable cause to believe" סקירת הפסיקה שם מלמדת כי ניתנה לביטוי זה פרשנות מצמצמת.

במיליון המשפטי 1201 (*A. H. Black, Law Dictionary (St. Paul, 6th ed., 1990)*) מוגדר הביטוי כדלקמן:

"Probable cause: Reasonable cause; having more evidence than against. A reasonable ground for belief in certain alleged facts. A set of probabilities grounded in the factual and practical considerations which govern the decisions of reasonable and prudent persons and more than mere suspicion but less than the quantum of evidence required for conviction".

בפסק הדין *Gerstein v. Pugh 420 U. S. 103 (1975), at 121*, אומר בית המשפט בהקשר לביטוי "probable cause":

"In dealing with probable cause, however, as the very name implies, we deal with probabilities. These are not technical; they are the factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men, not legal technicians, act".

9. ההבחנה בין דרגת ההוכחה הגבוהה – מעל לכל ספק סביר – לעניין אשמו של נאשם בסימו של ההליך הפלילי לבין דרגת ההוכחה הפחותה לעניין ראיות לכאורה במעצר עד תום ההליכים, טעמיה עמה. בהקשר לדרגת ההוכחה הפחותה במעצר עד תום ההליכים אומרת הוועדה המשפטית של הסנאט:

"For good reason the bill does not incorporate, as a precondition of pretrial detention, a finding that there is 'substantial probability' that the defendant committed the offence for which he is charged" (The Senate Judiciary Committee, S. Rep. No. 225).

10. סקירה מקפת של המצב המשפטי בארצות-הברית מובאת בהרחבה **במאמרו הנ"ל** של המלומד Alschuler, הנזכר על-ידי חברתי בחוות-דעתה. במאמרו, סוקר המלומד את המצב המשפטי המצוי ומטיח בו ביקורת באומרו, בעמ' 518:

"The Bail Reform Act requires no finding of probable guilt or convictability as a prerequisite to detention...".

ובהמשך, בעמ' 559:

"Neither the 1984 Act nor any other federal law guarantees the defendant a hearing on whether he has done anything wrong. The fourth amendment standard of probable cause, as the Supreme Court has interpreted it, demands only a 'fair probability' of guilt or 'substantial basis' for believing a defendant guilty. In short, under the 1984 Act, the principle that proof of voluntary wrongdoing is necessary to deprive responsible adults of their liberty is respected only nominally".

אין בביקורת המוטחת על-ידי המלומד אלשולר כדי לשנות את העובדה כי המבחן בארצות-הברית הוא כמובהר לעיל, וכי רמת ההוכחה הדרושה לעניין מעצר פחותה מזו הדרושה להרשעת הנאשם.

קנדה

11. מגילת הזכויות והחירויות קובעת בסעיף 11(E) כי אין למנוע מן הנאשם את הזכות לשחרור בערובה ללא סיבה מוצדקת (without just cause). הוראה חוקתית זו פורשה כמאפשרת לעצור את הנאשם עד תום ההליכים רק במקרים שבהם המעצר חיוני לשם הבטחת התייצבותו למשפט ולשם הגנה על שלום הציבור (ראה **N. Padfield, "The Right to Bail: A Canadian Perspective" [1933] Crim. L. Rev. 510**).

פסק הדין *Pearson, at 688* שאלו מפנים הנשיא והשופט דורנר, קובע, כי לשם סתירת חזקת חפותו של נאשם לצורך שחרורו בערובה יש להוכיח ברמת הסתברות סבירה (ולא מעל לספק סביר) כי הנאשם ביצע את העבירה אשר בה הוא נאשם:

"In general, one who proposes to lay an information must believe, on reasonable grounds, that an offence has been committed... The principle does not necessarily require anything in the nature of proof beyond reasonable doubt, because the particular step in the process does not involve a determination of guilt... This procedural and evidentiary rule has no application at the bail stage of the criminal process, where the guilt or innocence of the accused is not determined and when punishment is not imposed"

(ההדגשות שלי – ט' ש' כ').

אנגליה

12. סוגיית המעצר עד תום ההליכים ושחרור בערובה הוסדרה באנגליה באמצעות Bail Act (להלן – החוק). החוק קובע חזקה לטובת הנאשם, לפיה הוא זכאי להשתחרר בערובה, זולת במקרים המנויים בו, בהם מתקיימת עילת מעצר. עילות המעצר עד תום ההליכים המנויות בחוק הינן, בין השאר, מניעת התחמקותו מהדין, מניעת ביצוע עבירה, שיבוש הליכים משפט והצורך להגן על הנאשם מפני פגיעה בו. החוק מכיל רשימת שיקולים מנחים לעניין מעצר או שחרור בערובה, וביניהם: אופיו ונסיבותיו האישיות של הנאשם, קשריו החברתיים, עברו הפלילי והתנהגותו במקרים קודמים שבהם שוחרר בערבות במשפטים פליליים ומשקל הראיות המצביעות על אשמתו.

משפט בינלאומי

13. באמנת שטרסבורג 1950 (האמנה האירופית לשמירה על זכויות האדם), המהווה חלק מהדין הפנימי של רבות ממדינות אירופה (ישראל אינה חתומה עליה), נדונה סוגיית המעצר שלפני משפט ונקבע כי לצורך מעצר עד תום ההליכים דרושה סיבה סבירה לחשוד (plausible reason to suspect) שהנאשם עבר עבירה פלילית:

"Plausible reasons to suspect the person has committed a crime, or to believe that [detention] is necessary to prevent him from committing a crime, or to prevent him from fleeing thereafter" (article 5-1 (c)).

הדיבור "plausible" פורש כ-"seeming reasonable or probable" (ראה *The Concise Oxford Dictionary of Current English (Oxford, New ed., 1990)* וכ-"apparently true or reasonable" (ראה *The new Webster Encyclopedic Dictionary of English Language* (New York, ed. By V.S. Tatcher and E. McIntosh, 1971) וראה גם *D. Kinley, The European Convention on Human Rights (Dartmouth, 1993) 56-57*).

עולה מן המקובץ, כי אין מקום לאמירה הגורפת של **השופט דורנר**, כי רף נמוך זה של ראיות הנקוב בשיטתנו המשפטית איננו מקובל במדינות דמוקרטיות. דומה שהכללים הנקוטים בידינו עולים בקנה אחד עם אלה הנקוטים בשיטות משפטיות של ארצות דמוקרטיות אחרות.

ג. יישום המבחן הלכה למעשה

14. אשר לאותם מקרים ספורים שבהם זוכו נאשמים שהיו נתונים במעצר עד תום הליכים, ייאמר: לא יקשה להצביע על מקרים שבהם הורשעו נאשמים שלא נעצרו עד תום הליכים, והיו אף כאלה שתקופת היותם חופשיים חזרו ועברו עבירות נוספות ופגעו בקורבנות נוספים. מקרים חריגים משני הסוגים – אף שמצדדים הם ויש לעשות כל שניתן כדי למונעם – אינם מצביעים על שיטה שגויה או לקויה. אומר פרופ' קנת מן, לגבי קבוצת מקרים זו:

"...לא נותר ספק, כי מבחינת התוצאה הסופית, חלה טעות בשליחתם למעצר עד תום ההליכים. ברם, אין לומר, כי מבחינת תיפקוד המערכת, מייצגים מקרים אלה מקרים בהם נתקבלו החלטות שגויות. הנחת-יסוד של כל הליך המאפשר מעצרים צריכה להיות, כי יתקבל אחוז מסוים של החלטות אשר יוכחו בסופו של הליך כבלתי-נכונות"... (ק' מן, **"היקף מעצר עד תום ההליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 517, 544**).

אין ספק, כי שיטתנו, ככל שיטה חיה ומתפתחת, מחייבת בדיקה ושקילה מתמדת, וכי כל מקרה ומקרה ראוי לבחינה מדוקדקת וזהירה בנושא המצוי בגרעין הקשה של זכויות היסוד של האדם, שהן ציפור הנפש של חברתנו. המבחן שמציע חברי, הנשיא, הולם תפיסה זו ומבטיח שמירה על זכויות האדם הנאשם והקורבן כאחד, איזון הולם ביניהן, הבטחת שלום הציבור וביטחוננו והגנה על קורבנות פוטנציאליים.

השופט מ' חשין: אני מסכים לפסק-דינו של חברי, הנשיא ברק, להערוותיו של חברי, השופט גולדברג, ולדבריה של חברי, השופטת שטרסברג-כהן. ולאחר שהשאון נדס, האבק שכיסנו שקע, הים עמד מזעפו והשקט בא אל הארץ, מצאנו עצמנו עומדים באותו מקום שעמדנו כל השנים בו. והגלגל הוא אותו גלגל.

השופט י' קדמי: מסכים אני לפסק-דינו של חברי, הנשיא, להערוותיו של חברי, השופט גולדברג, ולדבריה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן.

הוחלט, ברוב דעות, לדחות את הערר.

ניתן היום, כ"ו בניסן תשנ"ו (15.4.96).

א' ברק, ג' בד, א' גולדברג, ת' אור, א' מצא, ח' חשין, י' קדמי, ט' שטרסברג-כהן, ד' דרונו



בבית המשפט העליון

בש"פ 7235/18

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן

העוררת: לורי שם טוב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט א' הימן) במ"ת 14280-04-17 מיום 3.10.2018

בשם העוררת: בעצמה

בשם המשיבה: עו"ד מירי קולומבוס; עו"ד אלירן גלילי

החלטה

לפניי ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט א' הימן) מיום 3.10.2018 בעניין בקשה של העוררת לחזור בה מהסכמה לקיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמות המיוחסות לה.

1. עניינה על העוררת מפורט בהרחבה בהחלטות שונות של בית משפט זה (ראו למשל החלטת כב' הרשמת ש' עבדיאן בבש"פ 7235/18 שם טוב נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (23.10.2018), והמקורות שמאזכרים שם). אביא את עיקרי הדברים שדרושים לבקשה שלפניי. ביום 6.4.2017 הוגש כתב אישום נגד העוררת ושניים נוספים בגין עבירות נגד עובדי ציבור. בד בבד עם הגשת כתב האישום ביקשה המשיבה לעצור את העוררת עד לתום ההליכים נגדה. בדיון מעצר ביום 10.9.2017 הודיע בא כוחה דאז של העוררת מטעם הסנגוריה הציבורית כי הוא והעוררת חלוקים בשאלה אם קיימות ראיות לכאורה, כדעתו, אם לאו, כדעתה. במהלך הפסקה בדיון התייעצו העוררת והסנגור, ולאחר מכן הודיע הסנגור כי העוררת מסרה את הסכמתה לכך שקיימות ראיות לכאורה. ביום 26.10.2017 הורה בית המשפט המחוזי (כב' השופט א' הימן) לעצור את העוררת עד לתום ההליכים נגדה, בהתבסס על קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר של

מסוכנות. מאז האריך בית משפט זה פעמים מספר את מעצרה מעבר לתשעה חודשים (לאחרונה בהחלטה של כב' השופט נ' סולברג בבש"פ 6589/18 מדינת ישראל נ' שם טוב (9.10.2018) (להלן: בש"פ 6589/18)).

2. ביום 23.8.2018 ביקשה העוררת לחזור בה מההסכמה שקיימות ראיות לכאורה, לקיים דיון לגופן של הראיות, לקבוע שאין עילת מעצר נגדה ולשחרר אותה מהמעצר. לטענת העוררת, הסנגור נתן לה עצה משפטית כי הסכמה היא שיקול נכבד לשחרור ממעצר, והיא הסכימה בעקבות שידול ולחץ. היא הוסיפה כי לא עיינה בראיות עצמן קודם לכן, וכי בית המשפט נזף בה במהלך הדיון. העוררת טענה עוד באשר לראיות ולעילת המעצר. בית המשפט המחוזי הורה ביום 18.9.2018 לשחרר את הסנגוריה הציבורית מייצוג העוררת בבקשה זו. ביום 3.10.2018 דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה. צוין כי אילו הייתה העוררת עומדת על דעתה שאין ראיות לכאורה, היו טענותיה נשמעות. בית המשפט הוסיף כי במעמד ההסכמה הוא הבהיר לסנגור ובאוזני העוררת שלא ייערך דיון מחדש בשאלת הראיות לכאורה לאחר ההסכמה לקיומן. בית המשפט דחה את הטענה ללחץ מצידו וציין כי הסנגור פעל במסירות לטובת העוררת, ואם הוא סבר שקיימות ראיות לכאורה – הרי שעשה זאת לאחר שקילה ובחינה. בית משפט קמא התייחס בתמצית גם להיבטים מסוימים בטענות העוררת בדבר הראיות לכאורה עצמן ונגד קיומה של עילת מעצר. נקבע שאין בטענות אלה כדי להביא לעיון חוזר בשאלת המעצר.

3. מכאן הערר שלפניי. בהודעת הערר ובדיון בעל פה שבה העוררת על בקשותיה. היא טוענת כי יש להתיר לה לשוב מהסכמתה בשל כמה טעמים: ראשית, היא הסכימה כי קיימות ראיות לכאורה, רק בשל לחץ שהפעילו עליה. שנית, לאחר ההסכמה לקיומן של ראיות לכאורה לא התקיים דיון בראיות עצמן, ויש מקום לדון בהן כעת בפעם הראשונה. שלישית, בשלב המעצר בוחנים ראיות גולמיות ולא סופיות, ולכן אין בהן להוכיח את האשמה. רביעית, יש לבטל את ההלכה שנקבעה בבש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996) (להלן: הלכת זאדה), ולקבוע כי אם עולה מחומר הראיות ספק באשמה, אין ראיות לכאורה להוכחת האשמה. העוררת מעלה טענות גם בעניין הראיות לכאורה לגופן ועילת המעצר. המשיבה מבקשת לדחות את הערר מטעמיו של בית משפט קמא. היא מציינת כי השופט שדחה את הבקשה לחזור מההסכמה, הוא השופט שישב בדין בדיון שבו ניתנה ההסכמה, והוא זכר את התנהלות הדברים ודחה את טענות העוררת בדבר לחץ וכפייה.

4. לאחר שעיינתי בהודעת הערר ובנספחיה ושמעתי את טיעוני הצדדים, החלטתי לדחות את הערר. הלכה היא כי, למעט במקרים חריגים, אין נאשם רשאי לחזור בו מהסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה:

”משנתן העורר את הסכמתו לקיומן של ראיות לכאורה, ומשלא הגיש ערר על קביעת בית המשפט המחוזי אודות קיומן של ראיות לכאורה, אין לאפשר לו בדיעבד ובחלוף הזמן את פתיחת הדיון מחדש כאילו לא היו דברים מעולם וכאילו הדיון עתה מתנהל במנותק מכל מה שאירע עד כה בתיק” (בש”פ 8178/09 מדינת ישראל נ’ אלמליח, פסקה 22 (28.10.2009) (להלן: עניין אלמליח). ראו גם בש”פ 4786/15 טליביא נ’ מדינת ישראל, פסקה 4 (16.7.2015)).

העוררת הסכימה למעצרה לאחר שנועצה בסנגורה. בית משפט קמא, שמודע היטב לכל פרטי ההליך, קבע כי הסנגור גילה מיומנות מקצועית ו”עשה הכול על מנת לסייע למבקשת... המבקשת נתנה את הסכמתה הנדונה לאחר שקיבלה את המלצת בא כוחה ולאחר שזה בחן את חומר הראיות שנמסר לעיונו וכאמור עשה כן לפי מיטב הבנתו ומקצועיותו”. בית המשפט המחוזי אף דחה את התיאורים של העוררת בדבר לחץ, ולא מצאתי עילה להתערב במסקנתו. נוסף על כך, בחנתי את השתלשלות העניינים עד כה בהליך, כאמור בעניין אלמליח. מאז הדיון שהעוררת הסכימה בו לקיום ראיות לכאורה, ועד להגשת הבקשה הנדונה חלפה כשנה והתקיימו דיונים רבים בשאלת המעצר של העוררת. לא נטען כי אותו לחץ לכאורה המשיך גם בהם. על אף זאת לא העלתה העוררת טענות בעניין הסכמתה האמורה באיזה מדיונים אלו. על כן יש לדחות את הטעם הראשון שהעלתה העוררת בבקשתה.

5. אעבור לטעם השני שהעוררת העלתה. הסכמתה בדבר קיומן של ראיות לכאורה מספיקה לקבוע שהן אכן קיימות בתיק, כפי שהסכמה של נאשם בדבר קיום עובדה מספיקה לקבוע את הוכחת העובדה במשפט פלילי. אף שטרם נערך דיון מלא בשאלת הראיות לכאורה נגד העוררת, נדרש טעם חזק דיו שיצדיק לפתוח מחדש את הדיון בשאלה זו. כאמור, העוררת לא הציגה טעם כזה לגופו של עניין.

6. שני הטעמים הנוספים של העוררת לקבלת עררה עוסקים בסוגיות כלליות ולא בעניינה הפרטני. אשר לטעם השלישי, שבשלב המעצר בוחנים ראייה גולמית ולא מעובדת, הדבר נובע מטיב הליך המעצר ומכך שהוא מתקיים לפני שלב ההוכחה במשפט (ראו הלכת זאדה, בעמ’ 146–147). אולם אין די בכך שהתביעה הציגה ראייה בשלב המעצר. בית המשפט בוחן מה הכוח הראייתי האפשרי שהראיה תקבל במשפט,

ומה הסיכויים בדבר התפתחותה לראיה שתשמש כפועל להוכחת האשמה (הלכת זאדה, בעמ' 147. ראו לאחרונה בש"פ 5612/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.8.2018)). בתי המשפט עושים זאת דבר יום ביומו, וחזקה על הסנגור כי ידע להעריך את הראיות נגד העוררת לפי אמת מידה זו. בעניין הטעם הרביעי של העוררת, לא זה המקום להידרש לנכונותה של הלכת זאדה. הלכה ותיקה זו קבע בית המשפט בהרכב מורחב של תשעה שופטים. לא מצאתי עילה לעיין בה מחדש (בוודאי לא במותב יחיד). מאחר שההסכמה של העוררת לקיומן של ראיות לכאורה נותרת על כנה, די בכך כדי לקבוע את קיומן, ואין מקום להידרש לשאלות החורגות מנושא זה.

7. בשל כל האמור לעיל לא מצאתי עילה להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי שלא ראה להתיר לעוררת לחזור בה מהסכמתה לקיומן של ראיות לכאורה. ממילא אין מקום להידרש בשלב זה לגופן של הראיות לכאורה. אשר לעילת המעצר שעניינה מסוכנות, אזכיר כי בית משפט זה קבע כי היא מתקיימת בהינתן האישומים שמיוחסים לעוררת (ראו למשל בש"פ 2525/18 מדינת ישראל נ' שם טוב, פסקה 21 (17.4.2018)). בצד האמור אזכיר את החלטת השופטת ע' ברון שאפשרה את מעצרה של העוררת למעצר בפיקוח אלקטרוני בשל התארכות ההליכים נגדה (בש"פ 5005/18 מדינת ישראל נ' שם טוב (24.7.2018)). העוררת עמדה על שחרור מלא ממעצר, ועל כן היא עודה במעצר מאחורי סורג ובריה (ראו בש"פ 6589/18). בדיון לפני טענה העוררת כי יש קשיים מעשיים בתנאים שנדרשים כדי שתעבור למעצר בפיקוח אלקטרוני. סוגיה זו חורגת מהמסגרת הדיונית של ערר זה, והעוררת רשאית להעלות את טענותיה בהקשר זה בהליך מתאים.

הערר נדחה אפוא.

ניתנה היום, ג' בכסלו התשע"ט (11.11.2018).

ש ו פ ט



בית המשפט העליון
THE SUPREME COURT OF ISRAEL

21.11.18

לכבוד

לורי שם טוב ת.ז. 024506230

כלא נווה תרצה

באמצעות פקס: 08-9193322

שלום רב,

הנדון: פנייתך בעניין "בקשה לדיון נוסף בהרכב מורחב" בש"פ 7235/18

פנייתך שבנדון הגיעה למדור בלתי מיוצגים בתאריך 21.11.18 באמצעות חפיקס (עמ' 13) ולא נתקבלה למרשם התיקים.

אין לי אלא לחזור על האמור במכתבי משעות הבוקר:

מעיון בפנייתך נראה כי הנך מבקשת לפתוח בהליך "דיון נוסף" בהרכב מורחב של שופטים, על החלטת כבוד השופט פוגלמן מ- 11.11.18 בהליך בש"פ 7235/18.

פנייתך אינה בהתאם לתקנות, לסדרי הדין ולהנחיות הנשיאה.

כתב בית הדין שביקשת להגיש אינו מציין את סדר בעלי הדין כפי שהם מופיעים בהליך בש"פ 7235-18

פנייתך נקטעה בעמ' 6 ונראה כי היא לא הגיע בשלמות וחסרה.

הליך "דיון נוסף" מתקבל למרשם בהתאם לסי' 30 לחוק בתי המשפט התשנ"ד-1984 ובתאם לתקנות סדר הדין בדיון נוסף, התשמ"ד-1984.

בהתאם לסי' 30 לחוק ולתקנות לא ניתן לעתור לדיון נוסף על עניין שפסק בו בית המשפט בדין יחיד.

על כן, לא ניתן לקבל למרשם הליך בקשה לדיון נוסף על החלטה אשר נתנה בדין יחיד.

לאור האמור פנייתך לא התקבלה למרשם התיקים.

בכבוד רב,

שלמה שפירא, עו"ד

מדור בלתי מיוצגים