



(3) בהליך העיקרי, מידת ההוכחה הנדרשת להוכחת האשמה של נאשם בפלילים היא זו שמעל לכל ספק סביר. רק באמצעות רמת הוכחה גבוהה זו מרימה התביעה את הנטל הרובץ עליה להוכיח את אשמת הנאשם. רמת הוכחה זו היא פרי הכרעה שיפוטית המשקפת את מלוא התשתית הראייתית, כפי שגובשה במהלך המשפט. היא מעוצבת לאחר שנקבעו מהימנותם של העדים ומשקלן של הראיות. היא מיושמת בסוף ההליך הפלילי, והיא מהווה את שיאו (145 ה-146 א).

(4) 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 ראיתי גולמי שטרם עבר את העיבוד של ההליך הפלילי. התשתית הראייתית בוססת על ראיות אשר אספה המשטרה, תשתית המשקפת את עמדתה הראשונית של המדינה. חומר הראיות לא עבר את מסגרת החקירה הנגדית. עמדת ההגנה, באמצעות עדיה וראיותיה, לרוב טרם הוצגה (146 א-ב).

(5) שוני זה בין השלב העיקרי (שבו מוכרעות 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 (146 ב-ג).

ה. (1) קיים הבדל מהותי בין "ראיה לכאורה" הדרושה למעצר עד תום ההליכים לבין "ראיה רגילה" (או "ראיה מוחלטת") הדרושה להרשעה או לזיכוי (146 ו). (2) "ראיה לכאורה" היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של נאשם. 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 ראיתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי (146 ז-ו).

(3) 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 סיכוי הטמון בחיק העתיד להפיכתה לראיה רגילה. פוטנציאל זה יוצא מהכוח אל הפועל במהלך ההליך השיפוטי, לאחר חקירה ראשית ונגדית ולאחר קביעת אמינות ומשקל (146 ז-147 א).

(4) הראיה "הרגילה" אשר תישלף מהראיה לכאורה תיבחן על-פי מידת ההוכחה הדרושה במשפט הפלילי להוכחת אשמה או חפות, כלומר, הדרישה שהאשמה תוכח מעל לכל ספק סביר. כל עוד מצויים בשלב הלכאורי, בחינה שכזו אינה נעשית ואינה יכולה להיעשות. הראיה לכאורה נשאת ראיה גולמית. השאלה אשר בית המשפט מציב לגביה היא בדבר טיבה כראיה פוטנציאלית. השאלה שהשופט צריך לשאול עצמו, לעניין ראיות אלה, היא 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 (147 א-ג).

(5) "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיובודן במהלך המשפט - תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל - יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר (147 ג-ד).

(6) כך מושג איון ראוי בין הערכים החברתיים המתנגשים. אין זה ראוי לעצור נאשם אלא אם כן קיים סיכוי סביר שהראיות הקיימות נגדו, לאחר שיעברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי, יש בכוחן להוכיח את אשמתו. אם חומר החקירה אינו מטיב זה, אין זה ראוי לשלול את חירותו של הנאשם. 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 (147 ד-ה).

ו. (1) 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 (147 ה-ו).

(2) במרכזו של חומר זה עומדות 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 (147 ו).

(3) 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 כנדרש את אשמת הנאשם, אין כל צידוק לפגיעה בחירותו של הנאשם (147 ו-ז).

ז. (1) 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 המפלילי בלבד. עליו לפרוס לפניו את מלוא התשתית הראייתית כפי שזו מופיעה בחומר החקירה, לרבות "ראיות ההגנה". על השופט לבחון את מלוא הראיות שבתיק החקירה, הן אלה התומכות בגירסת התביעה והן אלה הנוגדות אותה (148 א, ב).

(2) 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. 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 (148 א-ב, ג).

ח. (1) ההסתכלות היכולת 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 בוחן את חומר החקירה "על פניו". הוא מתרשם מהפוטנציאל הטמון בחומר החקירה בתור שכזה (148 ה-1).

(2) הבחינה הראייתית אינה טכנית. בית המשפט אינו בוחן אך את השאלה אם קיימת ראייה גולמית העשויה להתפתח כעניין שבדוקציה לוגית לראיה מרשיעה. בית המשפט בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה. בית המשפט בוחן אפוא את הגיונם הפנימי של הדברים, את מידת הפירוט או ההכללה שבהם, 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 (148 ו-149 א).

(3) 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 אמו במוסר האמרה, אין סיכוי סביר להוכחת האשמה. מצב דברים זה מחייב כבר עתה את המסקנה כי לא קיים סיכוי סביר להוכחת האשמה. 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 (149 א-ב).

ט. (1) היעדר מימצא בדבר מהימנות מוסר האמרה אינו מוביל למסקנה כי כל האמרות הן שוות מעמד ושוות משקל. קיומה של אמרה המבססת את גירסת התביעה וקיומה של אמרה השוללת גירסה זו, אין בהם כדי להביא מניה וביה למסקנה שאין סיכוי סביר להרשעה. 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 (149 ג-ד).

(2) הבחינה הראייתית אינה "טכנית" ואינה "סכמטית". 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"עיסוד" שחומר "גולמי" זה יעבור במהלך המשפט. על יסוד כל אלה עליו להחליט, אם קיים כיום סיכוי סביר להוכחת האשמה בסוף המשפט. בשלב המעצר עד תום ההליכים אין השופט קובע מימצאים בטוחים. כל שבידו אינו אלא להעריך סיכויים סבירים (149 ד-ה, 150 ד-ה).

י. חשוב הוא כי הבחינה בין שלב המעצר עד תום ההליכים לבין ההליך הפלילי העיקרי תישמר לא רק במישור הנורמטיבי, אלא גם במישור המעשי. שלב המעצר עד תום ההליכים אינו "קדם משפט פלילי". אל לו לשופט להביע עמדתו שלו באשר למשקל הראיות ולאמינות העדים. 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 (150 ו-ז).

יא. (1) 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 (151 א).

(2) 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 בסיוע המשפט יהא בכוחו להוכיח את אשמת הנאשם כנדרש במשפט פלילי (151 א-ב).

(3) לעתים קרובות חומר החקירה הקיים אינו כליל השלמות. אין בכך בלבד כדי לשלול את ערכו כ"ראיות לכאורה להוכחת האשמה". 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 אותו חומר - לאחר שיעבור את כור ההיתוך של המשפט עצמו - יוכל לשמש בסיס להרשעת הנאשם. אם יש בו פוטנציאל ראייתי זה, כי אז הוא מהווה "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" (151 ב-ד).

יב. פירוש הדיבור "ראיות לכאורה" בסעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] חל הן לעניין המעצר עד תום ההליכים על-פי סעיף 21א(א)(1) לחוק והן לעניין המעצר עד תום ההליכים לפי סעיף 21א(א)(2) לחוק (151 ה-ו).

יג. (אליבא דשופט ט' שטרסברג-כהן): השיטה המקומית בנושא המעצר עד תום ההליכים איננה נופלת - מבחינת הדאגה לזכויות היסוד של האדם -

משיטותיהן המשפטיות של ארצות נאורות ודמוקרטיות אחרות, והמבחן לקביעת קיומן של ראיות לכאורה לצורך מעצר, הנקוט בארץ, דומה מהותית לזה הנקוט באותן ארצות (171 ה-ו).

יד. (דעת מיעוט - השופט ג' בך): אם מתוך עיון בחומר הראיות המצוי בתיק בשלמותו, ועל-פי מומחיותו כמשפטן וניסיונו השיפוטי, חש השופט שה "case" של התביעה הינו "חלש" עד כדי היעדר קיומו של סיכוי סביר שהמשפט יסתיים בהרשעת הנאשם, כי אז אין לפני השופט ראיות לכאורה מספיקות המצדיקות את מעצרו בפועל עד תום ההליכים (153 ו-ז).

טו. (דעת מיעוט - השופט ד' דורנר): (1) 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 (157 ה-ו).

(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 (157 ז).

(3) 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 שעטיין אפשר להחזיק נאשם במעצר רק אם קיים חשש סביר ששחרורו יסכן את שלום הציבור, האינדיקאציה העיקרית למסוכנות היא נסיבות העבירה, כעולה מן החומר שבתיק החקירה. אף בעבירות חמורות הפוגעות בגוף האדם, שבהן חומרת העבירה כשלעצמה מקימה עילת מעצר, חומר ראיות זה משמש להוכחתה של עילת המעצר. שלישיית, החומר האמור משמש גם כראיה העיקרית שעל פיה מחליט בית המשפט אם אפשר להסתפק בחלופת מעצר (158 א-ג).

(4) 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 ומפגיעה הקשה בנאשם, המוכנס לכלא על יסוד חומר הראיות שאספה המשטרה (158 ג-ה).

(5) הרף הראייתי שנקבע בעבר למעצר עד תום הליכי המשפט - לרבות לעניין סיכויי ההרשעה, מסוכנות הנאשם ואי-הסתפקות 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 (161 ד-ה).

(6) הרף הראייתי שנדרש בישראל עד עתה למעצר עד תום ההליכים - הנמוך במידה ניכרת מן המקובל במדינות דמוקרטיות אחרות - אינו משקף איוון 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**, ובוודאי אין הוא יכול עוד לנהוג משנתקבל חוק היסוד. חובת הכיבוד של זכויות המעוגנות בסעיף 11 לחוק היסוד מחייבת את בית המשפט לשוב ולבחון את הפסיקה הקיימת, כדי לברר אם הולמת היא את הוראת חוק היסוד (163 ג-ו).

(7) 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 משפיעה על עוצמת הראיות המצביעות על אשמתו. בהליך זה נקבע משקל הראיות המרשיעות 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 (166 א-ב).

(8) 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 (166 ה-ו).

(9) במקרים אלה, 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 (167 א).

(10) אל לבית המשפט לגזור על נאשם סנקציה קשה ובלתי הפיכה של מעצר, 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. המדובר 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 (167 ג-ד).

(11) 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 (167 ד-ה).

(12) בהליך המעצר, שבו זכות הנאשם להתגונן מוגבלת בעיקרה להשמעת טענות, המחסום ההגנתי הראייתי היחיד מפני מעצר היא הדרישה לחד-משמעיות של חומר הראיות שמציגה התביעה. דרישה זו משקפת את האיוון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין האינטרס שבשמירה על שלום הציבור, ועליה אין לוותר (169 ג-ד).

(13) 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 (168 ה-ו).

(14) אפשר כי שלום הציבור היה נשמר טוב יותר אילו נאשם בעל עבר פלילי, שמחומר 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 מעצרו או מאסרו של נאשמים כאלה הוא מחיר שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו, שכן משמעותו היא כי גם חפים יהיו נתונים במעצר במשך חודשים רבים (168 ז).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589.
- [2] בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (2) 221.
- [3] ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 504.
- [4] ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (4) 221.
- [5] ע"פ 20/51 פורמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1.187.
- [6] בש"פ 2182/95 מדינת ישראל נ' מהאג'נה, פ"ד מט (2) 227.
- [7] ב"ש 765/84 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מא (4) 396.
- [8] ב"ש 1915/95 - לא פורסם.
- [9] ב"ש 322/80 מדינת ישראל נ' אוחנה, פ"ד לה (1) 359.
- [10] בש"פ 3703/94 - לא פורסם.
- [11] בש"פ 5248/95 - לא פורסם.
- [12] בש"פ 307/92 - לא פורסם.
- [13] בש"פ 661/88 מדינת ישראל נ' דנן, פ"ד מב (3) 875.
- [14] ב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר, פ"ד כט (2) 19.
- [15] ב"ש 44,43/74 קבטאן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 723.
- [16] ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון, פ"ד לב (1) 170.
- [17] בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355.
- [18] ע"פ 4667/93 - לא פורסם.
- [19] ע"פ 153/54 בריליאנט נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 1315.
- [20] בש"פ 243/95 סבאח נ' מדינת ישראל, תקדין 95(1) 1.611.



וטל בוכניק (להלן - טל) שכרו דירה כשבועיים לפני האירוע נושא כתב האישום. יום לפני האירוע הצטרף אליהם העורר. ביום האירוע שהו בדירה העורר ושמעון. שוטר נכנס לחדר המדרגות בבניין שבו מצויה הדירה. הוא חיפש את הדירה שבה גרו שמעון והעורר. הוא דפק בדלת הדירה שבה הם שהו. הוא לא הזדהה כשוטר. מישהו 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 העורר. שני גברים נכנסו לחדר המדרגות. בידי אחד מהם היה תיק אפור. כעבור כשעה נכנסו השוטרים שוב לבניין. השוטר שוב עלה לדירה שבה שהו שמעון והעורר. הוא האזין למתרחש בתוכה. הוא שמע שני גברים משוחחים ביניהם. הוא שמע הזזת דברים. הוא שמע מספר רב של צלולי 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 במישהו 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 אפור 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. העורר נחקר למחרת היום. הוא ציין כי אנו 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. העורר הכחיש כל קשר לסמים. בית המשפט הורה על הארכת מעצרים לשבעה ימים. בתוך תקופה זו הוגש כתב האישום נגד השניים. השניים וטל הואשמו בהחזקת סם שלא לצריכה עצמית (עבירה על [סעיף 7\(א\)](#) ו-[7\(ג\)](#)) רישה [לפקודת הסמים המסוכנים](#) [נוסח חדש], תשל"ג-1973). במקביל נתבקש מעצרים של שמעון ושל העורר עד תום ההליכים. בעת הדיון במעצר עד תום ההליכים הודה שמעון כי כל הסמים שהיו בדירה שייכים לו. הוא הוסיף שטל והעורר אינם קשורים כלל בסמים. הוא הסכים למעצרו עד תום ההליכים. העורר חזר על גירסתו, ולפיה אין לו דבר עם הסמים.

5. בית המשפט המחוזי (השופט א' בייזר) הורה על מעצרו של השניים עד תום ההליכים נגדם. אשר לעורר, נקבע בהחלטה כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהוא מחזיק בסמים שנמצאו בדירה. חיזוק לכך מצא בית המשפט בכך שהעורר 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 ראיות 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, ראיה היא החומר אשר בית המשפט מקבלו כהוכחה לעניין האשמה של הנאשם (ראה א' הרנון, דיני ראיות (הדפוס האקדמי, כרך א, תש"ל) 18). ראיה 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 58 (th. Ed., by m 14, london. (1990, n. Howard and others). 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 הנורמטיבי 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 לעצור עד שיוכרע משפטו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (להלן - דנ"פ גנימאת [1])). במדינה דמוקרטית שוחרת חופש מוצדק הוא לעצור נאשם, אם קיים יסוד סביר לכך שנשקפת מנו 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 (להלן - פרשת רחאל [2])). 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] 343 Crim. L. Rev 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 דיוני. כאשר הטענה נדחת, 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 [3], בעמ' 525-526).

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 שקלים 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 [4], 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 [5]). 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 ראיתי שעבר עיבוד במהלך המשפט,

ואשר נבחן במסגרת של 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 ועובדה 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 מסגרת 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 [6]). עמד על כך נשיא בית המשפט העליון של קנדה, השופט למר (lamer), בציינו: "The prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt. This" procedural and evidentiary rule has no application at the bail stage R. V. Pearson of the criminal process, where the guilt or innocence of the [27] 688, at " not determined and where punishment is not imposed. (accused is (1992) 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 ראייה 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 בחומר 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 ולן 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 שיעברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי, יש בכוחן להוכיח את אשמתו. אם חומר החקירה אינו מטיב זה, אין זה ראוי לשלול את חירותו של הנאשם. 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 ונתון 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 כנדרש 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 עלי 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 [7], 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](#) [8]). 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 בציינו כי בשלב המעצר עד תום ההליכים, בית המשפט -

"...יבחן בין היתר, אם אין סתירות או פירוכות גלויות 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 (להלן - פרשת אוחנה [9]), בעמ' 362).

אכן, אם קיימים "ליקויים בסיסיים" בחומר החקירה, אם יש בו קשיים שהם אינהרנטיים 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 בוחן את חומר החקירה "על פניו". הוא מתרשם מהפוטנציאל הטמון בחומר החקירה בתור שכזה. עם זאת, הבחינה הראייתית אינה טכנית (ראה [בש"פ 3703/94](#) [10]). אין בית המשפט בוחן אך את השאלה אם קיימת ראיה גולמית העשויה להתפתח כעניין שבדדוקציה לוגית לראיה מרשיעה. בית המשפט בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה. בית המשפט בוחן אפוא את הגיונם הפנימי של הדברים, את מידת הפירוט או ההכללה בהן, 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 [9]), 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](#) [11]). 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 ראייתי 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 כיום סיכוי סביר להוכחת האשמה בסוף המשפט. דוגמה יפה לדרך ניתוח זה עשויה לשמש [בש"פ 307/92](#) [12]. העורר הועמד לדין בגין סחר בסם מסוכן. חומר החקירה כלל עדות של סוכן משטרת 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 תקבל עדות מומחית התביעה, משמע שלא ניתן יהיה לייחס להקלטות כל ערך, ועדותו של הסוכן הסמוי תעמוד לבדה כעדות נגד העורר. מאידך גיסא, אם תקבל 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 המאיינת 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 מפליגה, 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 בסיים 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 בסיים 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 [13]).

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 [14], 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 (עלות 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 תואמות 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 שיעברו 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 והחזיון. 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 בזמן. 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 בחינת 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 שבת המשפט המחוזי יידע עליו בטרם הכריע בדיון.

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 לשמרון.

22. חרף כל זאת, נראה לי כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהעורר שיתף פעולה עם שמרון בכל הנוגע להסתרת הסם בדירה ולהורדת הסם באסלה, ובכך נעשה שותף להחזקת הסם. אפילו יאמין בית המשפט במשפט הפלילי לגירסתו האחרונה של שמרון כי הסם כולו הוא שלו - ועניין זה אינו פשוט כלל ועיקר לאור הגירסאות השונות שהעלה שמרון בעניין זה - הונחה תשתית ראייתית מספקת לכך שהעורר ושמרון 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 ובהעלמתו, ובכך עשה עמו שותף להחזקת הסם, וזאת אפילו ייקבע כי הסם שייך לשמרון וכי שמרון 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 והחייבת 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 כירסום בראיות המפלילות של התביעה, ואם עליו לבחון, כדברי השופט שמגר בפרשת אוחנה [9], שצוטטו על-ידי חברי, הנשיא ברק, "...אם אין סתירות או פירכות גלויות 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 בהערכה לכאורית. אך אם השופט מגיע למסקנה כי עדות מסוימת, אם כי מפלילה היא לכאורה את הנאשם, אין היא עונה על דרישות ההיגיון הבריאי או ניסיון החיים, או שהיא מהווה עדות כבושה ללא הסבר סביר, או שהיא עומדת בסתירה מהותית לאמרות אחרות של אותו עד, או שקיימת ראייה 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".

ציון 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 ("expert feel of lawyers the") 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 לדעי 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 בביוב 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-משפט 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 בחלון 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 ממשין:

"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-ידי.

מדגיש חברי, הנשיא, שתחילה דפקו השוטרים בדלת הדירה וצלצלו בפעמון, ולא פתחו להם את הדלת. אך עולה מעיון בדו"חות השוטרים, 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 אמרו 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, הר 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. להפך, 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-ידיו, 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 לו 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 נחבקש 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 בשני אנשים קשורים בפשע שלי. נאשמים 2-3 לא קשורים לתיק. 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 תבררנה 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 חמר 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.

#### השופט 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 בך, 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 מל 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 ימצא 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), האינדיקציה 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' 614-613.

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 facie 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 [3], בעמ' 527-523; ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון ואח' [16], בעמ' 179-180.

יסודה של הלכה זו במשפט האנגלי. כך, למשל, בפסק הדין האנגלי המנחה r. V. Galbraith, כתב נשיא בית המשפט לערעורים, הלורד פיין (lord pane), את הדברים הבאים: Where , taken at its highest, ...'how then should the judge approach a submission of 'no case' is such that a jury properly directed could the judge comes to the conclusion that the prosecution evidence . Not properly convict upon it, it is his duty, upon a r. V. Shippley (1988) [26] - "being made, to stop the case and others- Must assess ...Taking the prosecution case at its highest did not mean picking out" Contradictory- witnesses' .the plums and leaving the duff behind [the judge]the 33and out of reason and all commonsense then such evidence is evidence was self and suffering from inherent weakness "and if the .tenuous evidence and if the 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 (1947) At, *curley v. United states*, [22], 233-232. כתב השופט פרטימן (prettyman), בהטעימו כי אף בהקשר זה על השופט לשוות לנגד עיניו את העיקרון בדבר הוכחה מעל כל ספק סביר *upon motion for directed verdict of acquittal, must determine whether Determine a "credibility, weigh the evidence, and draw justifiable upon the evidence, giving full play to the right of the jury to Beyond a reasonable doubt. If he concludes that upon Or, to the evidence inferences of fact, a reasonable mind might fairly conclude guilt state it another way, if there is no evidence upon which there must be such a doubt in a reasonable mind, he must grant the; motion , a reasonable mind might fairly conclude guilt beyond reasonable doubt* ("the motion must be granted" ד' ד').

5. בישראל הוחלו אמות מידה אלה גם לעניין מהות הראיות לכאורה הנדרשות לצורך מעצר עד תום ההליכים. בב"ש 33/75 [14] 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 [9], בעמ' 362-363:

"... למרות שבית המשפט איננו מתייחס לאמינותם של עדים, הרי 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 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** [11]:

"... 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 שקבע למעצר עד תום הליכי המשפט לרבות לעניין סיכויי ההרשעה, מסוכנות הנאשם ואי-הסתפקות 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 השמיני של החוקה) ובקנדה (בסעיף **E11**) 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 הנדרש של עצם ביצוע העבירה היא פחותה -

#### Probable cause

חוק זה אושר ברוב דעות בפסק הדין [23] (1987) *United States v. Salerno*. 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: *Blown adversary hearing, the government must convince a-in a full "neutral decisionmaker by clear and convincing evidence That no conditions of release can reasonably assure the safety of the" community or any person and the history and 752: the judicial officer... Is guided by statutorily -751 Characteristics enumerated factors" which include the nature and the circumstances of of the putative offender, and the danger to the the charges, the weight of the evidence, Community. The government must prove its case by clear".and 755: In our society liberty is the norm, and detention prior 'convincing evidence and without trial is the carefully limited exception 1984bail reform act of hold that the provisions for pretrial detention in the*

#### "limited exception

יצוין 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: (1990) 17-1-6, *code of ga; ...*, *11tex. Const., art. I, sec* בקנדה אישר בית המשפט העליון את תוקפו של סעיף 515(10) ל *criminal* -, *code1985, R. V.; [27]pearson [28]* (1992), *substantial* morales. נפסק כי נדרשת הוכחה כי הנאשם מסוכן לציבור ברמת ודאות של *likelihood*. בפסק הדין האמור בעניין [27] *pearson* החייבת לעמוד לעיני 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*

Of the charter, in no way applied in its strict evidentiary sense at trial pursuant to s Of 11 principle of fundamental justice that the starting point(D)diminishes the broader the person of anyone charged with or suspected of an offence must be for any על המשפט לשקול את עוצמת הראיות שעליהן האישום מבוסס ( ) that the person is innocent the strenght of the evidence of his . "proposed deprivation of life, liberty or security . 28, S 1994,criminal justice and public order act ; ; ראו : (having committed the offence . 1sch(D)1976, bail act;A. 2, S 1984, police and criminal evidence act failure preventive pretrial" .,balancing approaches a. W. Alschuler-detention and the 9. Mich. L. Rev 85".to due process (87-1986)566, 510 of interest שגורש 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 ברם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - חוק היסוד), ובוודאי אין הוא יכול עוד לנהוג משנתקבל חוק היסוד. בעניין זה כתבתי בדנ"פ גנימאת [1], 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 בקביעת 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 [17]), בעמ' 410-411:

"...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' 374-376.

עמדה זו, שעליה חלק השופט חשין, נבחנה בדנ"פ גנימאת [1] ונמצא לה רוב מכריע.

ראו: דברי השופט מצא, בעמ' 609-610; דברי השופט שטרסברג-כהן, בעמ' 632; דברי השופט גולדברג, בעמ' 630-631. על פגמיה של הגישה הקיימת בסוגיית המעצר ועל חובתנו לשנותה עמד בדנ"פ גנימאת [1] הנ"ל הנשיא ברק, בעמ' 649-650:

"... 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' 414ל"בש"פ גנימאת [17] -

"... גילו שופטי 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 לנאשם, 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 [2], בעמ' 225-226:

"... אין זהות בין 'הראיות הדרושות להוכחת האשמה' על-פי סעיף 158 לחוק, שעניינו זיכוי בשל היעדר הוכחה 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 טל 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 ההשלכה 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 דוקנני 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 תוצאת 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 כך עמדתי בפרשת רחאל [2], 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 אם 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 משפיעה על עוצמת הראיות המצביעות על אשמתו. בהליך זה נקבע משקל הראיות המרשיעות, כפי שהוסבר על-ידי השופט שמגר כבר בפרשת אוחנה [9], 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 פוגעת כשלעצמה בעוצמת ראיות התביעה. לעומת זאת, סתירות פנימיות בעדות המתלוננת לגבי זהות הנאשם, 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 הסבר 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 [9], 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 שנאשמים 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 בבש"פ גנימאת [17] (דברים שכתבתי בעמ' 379 ובכ"פ המשנה לנשיא ברק בעמ' 416-417) ובדנ"פ גנימאת [1] (דברי הנשיא ברק בעמ' 651 ובדברים 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.

מן הכלל אל הפרט

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

העורר הואשם בהחזקת סם מסוכן. כידוע, כדי לבסס הרשעה בעבירה זו על התביעה להוכיח את ההחזקה הטכנית (פוססיה) של הנאשם בסם. בעניין זה קיימת חזקה שבעובדה כי חפץ המצוי במקום הנמצא בשליטתו של אדם - וכזה 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 [18]).



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 היקר, 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 מבססים 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. השוו לדברי השופט גויטיין בע"א 153/54 בריליאנט נ' היועץ המשפטי [19], 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 הציבור 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 מעצרו או מאסרו של נאשמים כאלה הוא מחיר שחברה דמוקרטית אינה מוכנה לשלמו, שכן משמעותו היא כי גם חפים יהיו נתונים במעצר במשך חודשים רבים. עמד על כך השופט מרשל (marshal) בפסק הדין בעניין [23] salerno, בעמ' 767:

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

645: בעמ' [1], גנימאת [1], 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 בעיקרה 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, והשופטת 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 השופט 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.

השופט 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 חברתי, 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 שעיובודן 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 הכולל 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. לדידה, "על בית המשפט הדין 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 [2], 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; ההדגשות שלי - ט' ש' כ'). על דברים אלה וזה השופט דורנר בבש"פ 243/95 סבאח נ' מדינת ישראל [20].

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 [2], שם קבעה, כי גם במעצר עד תום הליכים יש להחיל - בשינויים המחוייבים

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 השוואתי 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 act מסמך 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 ,and the nature and seriousness of the danger posed the "by ( salerno[23]743- 742, at). arrestee, the arrestee's background and characteristics the suspect's release 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 Conditions of release can reasonably assure "the safety of ( 750ibid., at). decisionmaker by clear and convincing evidence that no the community or any person ...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 believe. "probable cause to believe" סקירת הפסיקה שם מלמדת כי ניתנה לביטוי זה פרשנות מצמצמת.

במילון המשפטי (1990, th ed 6, st. Paul) a. H. Black, law dictionary 1201 מוגדר הביטוי A . Having more evidence than against; reasonable cause;probable cause" A .reasonable ground for belief in certain alleged facts Considerations which set of probabilities grounded in the factual and prtcal

Prudent persons and is more than mere suspicion but less govern the decisions of 121, reasonable and "than the quantum of evidence required for conviction "probable cause": In dealing with probable cause, however, as the very name implies, we"; these are not technical Everyday life on which reasonable and prudent men, not they .deal with probabilities are the factual and practical considerations of "legal technicians, act the fact of the case.9. ההבחנה בין דרגת ההוכחה הגבוהה - מעל לכל ספק סביר - לעניין אשמו של נאשם בסיומו 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 The senate judiciary committee, probability' that the defendant committed the offence (for which he is charged .(225s. Rep. No) " .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 1984hearing on Act nor any other federal law gurantees the defendant a 559: בעמ' whether he has done anything wrong. The fourth amendment neither the It, demands only a 'fair probability' of guilt or 'substantial standard of probable cause, as the 1984the principle that proof of voluntary supreme court has interpreted , act wrongdoing is necessary basis' for believing a defendant guilty. In short, under the . To deprive responsible adults of their liberty is"respected only nominally 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.



is necessary to Plausible reasons to suspect the person has committed a crime, or to believe that [detention] prevent him from

(1- 5 article(C". Committing a crime, or to prevent him from fleeing thereafter new 1990, oxford,) the "seeming reasonable or probable" - (ראה) - "apparently true or reasonable" - concise oxford dictionary of current english (ed dictionary of (new york, ed. By v S. Tatcher the new webster encyclopedic)d. Kinley, the european convention and e 1971, mcintosh) english language on human rights( 1993, dartmouth)57- 56. עולה מן המקובץ, כי אין מקום לאמירה הגורפת של השופט דורנר, כי רף נמוך זה של ראיות הנקוט 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 שבתקופת היותם חופשיים חזרו ועברו עבירות וספות 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 תפקוד 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, לדבריה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן. ולאחר שהשאון נדם, האבק



שכיסנו שקע, הים עמד מזעפו והשקט בא על 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).

[הודעה למגויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)