

הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

1. הרמה הראייתית הנדרשת להוכחת ביצועה של עבירה

1.1 הרמה הראייתית הנדרשת לפני הגשת כתב אישום

הרמה הראייתית הנחוצה להוכחת ביצועה של העבירה משתנה בהתאם לשלב שבו מצוי ההליך הפלילי ולמידת הפגיעה בזכויות הפרט באותו שלב. חקירה פלילית נגד אדם המתחילה עם גילויה של עבירה, יכולה להתנהל, כמובן מאליו, בהסתמך על חשדות וראיות לביצוע עבירה פלילית, שאינם מבססים את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. מכיוון שמטרת החקירה היא לאסוף ראיות, היכולות לחזק או להחליש את הקשר של החשוד לביצועה של עבירה מסוימת, אין כל אפשרות לרתום את העגלה לפני הסוסים, ולדרוש מרשויות החקירה כי כבר בתחילת החקירה יהיו בידיהן ראיות, המבססות את אשמתו של החשוד מעבר לכל ספק סביר.¹ דרישה כזו תמנע, כמובן מאליו, כל אפשרות להפריך את חזקת החפות ולאכוף את הדין הפלילי. מאחר שרק בית משפט מוסמך לקבוע את אשמתו של אדם בתום ההליך המשפטי, מושג הספק הסביר אף אינו אפשרי ואינו ישים מחוץ למידת ההוכחה במשפט עצמו.²

כל חקירה פלילית פוגעת מעצם טבעה בזכויותיו של החשוד.³ עצם החשד כבר מטיל דופי בשמו הטוב של אדם.⁴ אדם יכול לחוש תחושות של חוסר ביטחון ותדהמה מעצם

- 1 כדברי בית המשפט העליון בהקשר זה בב"ש 42/73 מדינת ישראל נ' בן-מאיר, פ"ד כז(1) 499, 502 (1973); בב"ש 43/73 מדינת ישראל נ' לנדסברגר, פ"ד כז(2) 113, 118 (1973).
- 2 ERCÜMENT ELIBOL, DIE VERMUTUNG DER UNSCHULD IM DEUTSCHEN UND TÜRKISCHEN STRAFVERFAHREN 79 (1965); בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 146 (1996) ("...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"); בש"פ 2182/95 מדינת ישראל נ' מהאג'נה, פ"ד מט(2) 227, 232 (1995).
- 3 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 835-834 (1999); (24th ed., 1995) CLAUSE ROXIN, STRAFVERFAHRENSRECHT 212.
- 4 בג"ץ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 50, 54 (1996).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

ההתייחסות אליו כאל חשוד.⁵ "הלם ההחשדה" עלול לגרום לחשוד תחושות של חרדה ובושה.⁶ ההזמנה לחקירה כשלעצמה פוגעת בחופש תנועתו. הפעולה של הנעת ההליך הפלילי יכולה להיות בעלת השלכות קשות נוספות כלפיו.⁷ עם זאת, רשויות אכיפת החוק מוסמכות ואף חייבות לנקוט באמצעים הנחוצים לניהול החקירה. לא ניתן לשלול את ההכרח שבהפעלת אמצעי חקירה נגד חשוד, בכפוף לעקרון המידתיות. אמצעים אלה, היכולים לכלול את זימונו של החשוד לחקירה, חקירת אנשים אחרים על מעשיו, ביצוע מעקבים אחריו, חיפוש בחצריו, נטילת חפצים, כדוגמת מכתבים, לצורך בדיקתם, והאזנות סתר, פוגעים בזכויות החשוד.⁸ חרף זאת, נקודת המוצא היא, כאמור, כי ניתן לנהל חקירה נגד אדם בלא קיומן של ראיות, המצביעות על אשמתו מעבר לכל ספק סביר. הסיכון כי חף מפשע יזומן לחקירה הינו לכן בגדר סיכון מחושב, המתחייב מהצורך באכיפת החוק.⁹ סיכון זה גובר, ככל שמסכת החשדות נגד אדם קלושה יותר, למשל, בשל הימצאות החקירה בשלבים ראשוניים בלבד. כך, בהקשר לפרסום החשדות נגד אדם בכלי התקשורת אמר השופט אדמונד לוי את הדברים הבאים: "יודעים אנו, כי המחיר שגובה ההליך הפלילי מן

- HANS-ULLRICH PAEFFGEN, VORÜBERLEGUNGEN ZU EINER DOGMATIK DES 5
UNTERSUCHUNGSHAFT – RECHTS 103 (1986).
- בני שטיינברג "האם המשפט הפלילי הורג? על התאבדויות בהליך הפלילי ואפשרות מניעתן" 6
הסניגור 5, 6 (אוקטובר, 2006).
- וראו בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 782
(1996) בנוגע להגשת כתב אישום: "ואכן, 'המעמד' של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת
כתב האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי שממנו הוא נהנה מתערער. הוא
נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו ולילותיו אינם כתמול
שלשום"; Ewing v. Mytinger & Casselberry, 339 U.S. 594, 599 (1950).
- כך, למשל, האזנת סתר מפרה את פרטיותו של החשוד ועלולה לחשוף את סודותיו הכמוסים 8
ביותר של החשוד ושל בני שיחו. "האזנת סתר היא התערבות חריפה בזכותו של אדם להיות
עם עצמו. היא מהווה חדירה קשה לפרטיותו של האדם. היא שוללת מהאדם את מנוחת נפשו,
את ביטחונו בחופש רצונו. היא הופכת את מבצרו לכלאו", ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ'
נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353 (1995). אדם אף אינו מודע במצב כזה לחדירה לפרטיותו ואינו
מסוגל לכן להתגונן מפניה או לצמצמה.
- Detlef Krauss, *Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren*, in 9
STRAFRECHTSDOGMATIK UND KRIMINALPOLITIK 157 (Heinz Müller Dietz ed., 1971);
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 482 (1966); Davis v. Mississippi, 394 U.S. 721, 726
(1969); ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, 490 (1997): "נקודת המוצא
הראויה היא כי האינטרס הציבורי של אכיפת החוק והשלטתו, מחייבים העמדתו לדין של מי
שיש נגדו ראיות מספיקות כי פגע בנורמה הפלילית. בהגשמת אינטרס זה נחשף הפרט, הכהרס
בל יגונה, לפגיעה בזכויותיו. הסיכון כי נאשם ייחשף לפגיעות הכרוכות בניהול ההליך הפלילי
נגדו, ולבסוף יצא זכאי בדין, הובא בחשבון מראש, והינו בגדר סיכון מחושב. סיכון כזה
מתחייב מטיבו של המנגנון הפלילי, שרק בסופו מכריע בית המשפט באשמתו, או בחפותו, של
הנאשם. השלמת החברה עם סיכון כזה הינה תולדה של אינטרס ציבורי גובר, הוא הצורך
באכיפת החוק, כדי לקיים חברה תקינה."

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

המשמשים מושא לו, אינו מתמצה בעונש המוטל בגזר-הדין. חוק העונשין, המרחיב בתקופות מאסר ובעיצומים כספיים, אינו מדבר בפגיעה בשמו של אדם, במשפחתו, בחוג ידידיו, בנפשו ובפרנסתו, פגיעה שהיא מנת חלקו של כל חשוד עוד בטרם הוחלט על העמדתו לדין. תוצאה של גינוי ציבורי היא, של אות קלון המוטבע במצחו של אדם, אף שאינו אלא בגדר חשוד. וככל שמקדים משפט הציבור את ההעמדה לדין, כך מקדימה פגיעה זו ומכה בחשוד. ואימתי מתרחש הדבר? דווקא בשעה שהיקף הראיות שלחובתו הוא המצומצם ביותר.¹⁰

עם זאת, מקובל לדרוש קיומו של חשד הניתן להערכה אובייקטיבית כתנאי הכרחי לפתיחה בחקירה פלילית נגד אדם ולתיוגו כחשוד.¹¹ בית המשפט העליון האמריקני הדגיש כי אין לעצור אדם ללא חשד סביר רק לצורך חקירתו.¹² דרישה זו של חשד אובייקטיבי נובעת באופן רגיל מעקרון המידתיות, האוסר על פגיעה בזכויות אדם במידה העולה על הנדרש ודורש קשר של רציונליות ויחסיות בין האמצעי (חקירה) לבין המטרה (גילוי עבריינים). לכאורה מעיקרון זה עולה, כי בהיעדר חשד קונקרטי כלפי אדם מסוים, פגיעה בזכויותיו על ידי התייחסות אליו כאל חשוד, תעלה תמיד על הנדרש ולא תהיה יחסית, שכן ההנחה היא כי באופן רגיל ההסתברות לגילוי עבירה באמצעות חקירתו של אדם כזה תהיה קלושה ביותר.¹³

- 10 בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 69 (פורסם בנבו, 26.2.2008).
- 11 סעיף 67 המעצרים; סעיף 5(1)(c) לאמנה האירופית; באנגליה: (1944) *Dumbell v. Roberts*, 1 All E.R. 326, 329 (A.C.); *Hussien v. Chong Fook Kam*, (1970) 2 W.L.R. 441, 445 BVerfGE 82, (P.C.); סעיף 24(6) ל-1984 *The Police & Criminal Evidence Act*; בגרמניה: (1990) 106, 115. בארצות הברית נדרשת רמה ראייתית של "Probable Cause", אשר לפיה עובדות ונסיבות המקרה מספיקות כדי להצדיק את סברתו של אדם זהיר, כי פלוני ביצע עבירה: (1964) 379 U.S. 89, 91 *Beck v. Ohio*; (200) 442 U.S. *Dunaway v. New York*; (1979) 216. דרישת קיומו של חשד אובייקטיבי נתמכת בידי מלומדים: FRANCESCO CARRARA, *OPUSCOLI DI DIRITTO CRIMINALE* 17 (vol. 5, 1881); Walter Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *DIE GRUNDRECHTE* vol. 3 909, 987 (Karl August Bettermann et al. eds., 1959); H. H. Kühne, *Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangmassnahmen*, 13 NJW 617, 617-618 (1979) אמת המידה הבסיסית והראשונית לחוקיות של הנעת ההליך הפלילי והפעלת אמצעי החקירה); (40) 38 STV *Winfried Hassemer, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, (1984); A.A.S. Zuckerman, *Trial by Unfair Means - The Report of the Working Group on the Right of Silence*, CRIM. L. REV. 855, 856 (1989)
- 12 פרשת *Dunaway v. New York*, לעיל הערה 11, בעמ' 216; (590) 422 U.S. *Brown v. Illinois*; (1975) 605.
- 13 HELMUT FRISTER, *SCHULDPRINZIP, VERBOT DER VERDACHTSSTRAFE UND UNSCHULDSVERMUTUNG ALS MATERIELLE GRUNDPRINZIPIEN DES STRAFRECHTS* 117 (1988) (האומר כי באופן רגיל הפעלתם של אמצעי חקירה נגד אדם, שיש נגדו חשד לביצוע עבירה פלילית, נעשית מתוך הנחה כי ההסתברות לקידום החקירה באמצעותם גבוהה

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

עם זאת, דומה כי במצבים מסוימים עקרונות הסבירות והמידתיות לא יסייעו בהכרח לאדם שלא להפוך מושא לחקירה פלילית גם בהיעדר חשד סביר נגדו. כך, נראה כי עקרון המידתיות לא ימנע, לשם דוגמה, קיום מעקב אחר כל בעלי רכב מסוג מסוים, אשר שימש, על פי הנתונים, לביצוע שוד, כדי לנסות לגלות את מבצע השוד מביניהם. הוא לא ימנע במקרה של חקירת מעשה אונס לזמן לחקירה פלילית את כל המורשעים בעבר בעבירות מין, גם בהיעדר ראיה הקושרת אותם לאותו מעשה אונס קונקרטי, כדי לחקור על מעשיהם ביום ביצוע העבירה. על פי עקרון המידתיות, ניתן יהיה לעשות איזון אינטרסים בין חומרת העבירה, האינטרס בגילוי העברייך ובמניעת ביצוע של עבירות נוספות על ידיו ורמת המידע המצויה בידי המשטרה, מחד, לבין רמת החשד כלפי אדם מסוים ודרגת הפגיעה בו, מאידך. ככל שהאינטרס בגילוי העבירה גובר, ניתן להצדיק את הרחבת החקירה גם כלפי אנשים שאין נגדם חשד קונקרטי, כאשר למשטרה אין כלים טובים יותר להגיע לחקר האמת.¹⁴ כך, למשל, קבע בית המשפט העליון באחד המקרים כי "לצורך ביצוע חקירה משטרתית, די בקצה חוט של חשד לביצוע עבירה. אופיו של החשד ועוצמתו נגזרים מנסיבות העניין ומטיב הפרשה הנחקרת. מטבע הדברים, כאשר נחקר אירוע המוני אלים בעל חומרה מיוחדת ששותפים לו עשרות בני אדם, די בקצה חוט של נוכחות מחשידה במקום האירוע כדי להצדיק חקירה של הנוכח במקום".¹⁵ הפגיעה בזכויותיו של הפרט באותם מצבים אינה נחשבת כעולה על הנדרש לצורך גילוי העבירה ואינה נתפסת בהכרח כלא יחסית.

יש הסבורים כי קיים קשר בין עוצמת הפגיעה בפרט לבין הרמה הראייתית הנדרשת לביסוס החשד. פסק דין מרכזי בסוגיה זו הוא פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Terry v. Ohio*.¹⁶ פסק דין זה מבוסס על גישה של איזון אינטרסים.¹⁷ הוא מסתפק ביסוד סביר לחשד שאדם עוסק בפעילות עבריינית ויסוד לחשד שהוא חמוש בנשק כדי לממש את בגדיו החיצוניים במטרה למצוא נשק מוחבא, ולא רמה ראייתית של "probable cause" הנדרשת במשפט האמריקני לצורך מעצר.¹⁸ כך, הסטנדרד של "חשד סביר" במשפט האמריקני באופן כללי מצדיק רק פגיעה קצרה במשכה ומוגבלת בהיקפה על ידי רשויות

מההסתברות הקיימת בהפעלתם של אמצעי חקירה נגד אדם, שאין נגדו ראיות מפלילות);
Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648, 654-655, 659-661 (1979).

14 וראו בהקשר אחר חיוב של עובדי רכבת, שהיו מעורבים בתאונות או בהפרתם של כללי בטיחות, למסור בדיקות שתן ודם גם בהיעדר חשד קונקרטי לצריכת סמים: *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 624-629 (1989), וכן אישור לחייב עובדי מכס בתפקידים מסוימים למסור דגימת שתן לשם בדיקה של צריכת סמים כתנאי להעסקתם בהיעדר חשד קונקרטי: *Treasury Employees v. Von Raab*, 489 U.S. 656, 665-666 (1989).

15 בש"פ 6352/05 פלוני נ' מדינת ישראל, סעיף 8 (פורסם בנוב, 3.7.2005).

16 392 U.S. 1 (1968).

17 שם, בעמ' 21.

18 שם, בעמ' 26.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

אכיפת החוק.¹⁹ ככל שהפגיעה בפרט פחותה יותר, ניתן להתירה על סמך רמת חשד נמוכה יותר.²⁰ ואכן, גם סבירותו של החשד צריכה להיקבע לפי מידת הפגיעה בזכויות הפרט, לא הרי החשד הדרוש לעיכוב כהרי החשד הדרוש למעצר.²¹ גישה זו, שלפיה הרמה הראייתית הנדרשת צריכה להיקבע על פי מידת הפגיעה בזכויות הפרט, ננקטה על ידי בית המשפט העליון בפרשת זאדה.²² עקרון המידתיות במובנו הצר, או עקרון היחסיות, דורש קשר בין טיב הזכות הנפגעת לבין עוצמת הראיות הנדרשות לשם הצדקת הפגיעה בה: ככל שהזכות העומדת על הפרק חשובה יותר, יש צורך בראיות חזקות יותר לקיומו של אינטרס נגדי גובר כדי לפגוע בה.²³

הגם שככל שהעבירה חמורה, הנזק לשמו הטוב של הנחקר גדול יותר. ניתן לטעון כי במסגרת איזון אינטרסים לא מן הנמנע כי חומרת העבירה תשפיע על הרמה הראייתית הנדרשת לצורך חקירה ומעצר, באופן שניתן יהיה להסתפק ברמה ראייתית נמוכה יותר ככל שהאינטרס הציבורי בגילוי העבירה הוא רב יותר.

אולם חזקת החפות מגינה על אדם מפני עצם ההיקלעות למעמד של חשוד או של נאשם בהיעדר ראיות מפלילות נגדו לביצועה של עבירה קונקרטי. חזקת החפות כוללת גם פן עובדתי בנוגע לחפותו של אדם.²⁴ פן זה מניח כנקודת מוצא, כי אדם הוא שומר חוק. ההנחה העובדתית, המגולמת בחזקת החפות, ניתנת, כמובן מאליה, לסתירה ויכולה להתכרסם ולהתערער.²⁵ אולם ללא ראיות מפלילות, המטילות ספק בנכונותה, אשר יתנו

19 Sadiq Reza, *Privacy and the Criminal Arrestee or Suspect: In Search of a Right, in Need of a Rule*, 64 MD. L. REV. 755, 802 (2005). כך, למשל, ניתן לעכב אדם שקלסטרון פניו דומה לזה של אדם המבוקש על ידי המשטרה לפרק זמן קצר כדי לברר את זהותו: United States v. Hensley, 469 U.S. 221, 229-230 (1985).

20 United States v. Place, 462 U.S. 696, 706 (1983).

21 ראו גם: Murray v. United Kingdom, 19 Eur. H.R. Rep. 193, 223 (1994) (סבירות החשד לביצוען של עבירות טרור לא יכולה להימדד באותם סטנדרטים המיושמים לגבי פשע קונבנציונלי).

22 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 141-143.

23 וראו: Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 520-521 (1958); בג"ץ 987/94 יורונט קרוי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 425, 412 (1994); בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 696 (1995); רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 547 (1996); דברי השופט זמיר בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 352 (1997) (בהקשר של איסור הפליה בעבודה); ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח(3) 294, 308 (1994) (בהקשר של פגיעה בחופש ההתאגדות על ידי סירוב לרשום שם של עמותה עקב חשש להטעיית הציבור); בג"ץ 951/06 שטיין נ' רב ניצב קראדי, סעיף 21 (פורסם בנבו, 30.4.2006). בדומה, כאשר הפגיעה בפרט נתפסת כשולית, די יהיה בראיות קלושות כדי להתירה: United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543, 563-564 (1976).

24 ראו פרק שני, סעיף 2.5.

25 שם.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

יסוד לסברה כי אינה משקפת את המציאות, אין שום סיבה לנסות לבחון את אפשרות ערעורה של אותה הנחה על ידי ניהול חקירה או משפט. יש אפשרות לנסות להפריך את חזקת החפות רק אם יש אינדיקציה לכך, כי אינה משקפת את המציאות לגבי של אדם מסוים בהקשר ספציפי. בהיעדר ראיות מפלילות נגד אדם, אין היתר לפתוח נגדו בחקירה פלילית, שתכליתה לבדוק את אפשרות אשמתו. חזקת החפות דורשת אפוא קיומו של חשד, המבוסס על ראיות קונקרטיות, כתנאי להנעת ההליך הפלילי נגד אדם.²⁶ במצב שונה הייתה חירות האדם מצומצמת באופן משמעותי. ואכן, קיומן של ראיות קונקרטיות לביצועה של עבירה על ידי אדם פלוני מהווה תנאי סף לפתיחה בחקירה פלילית נגדו.

הפגיעה בחירות באמצעות מעצר הינה, כאמור, הפגיעה הקשה ביותר הנגרמת לחשודים ולנאשמים במהלך ההליך הפלילי. ההחלטה על מעצר מתקבלת בנקודת זמן מסוימת הקודמת להכרעת הדין, בטרם קבלת תמונה כוללת של חומר הראיות. חלקיות המידע בולטת ביתר שאת בשלב החקירה, כאשר רשויות אכיפת החוק טרם גיבשו את מלוא חומר הראיות. בשלב הראשוני פעמים רבות חומר הראיות עדיין לא נאסף במלואו, וקו ההגנה אינו ידוע.²⁷ בשלב החקירה, קיומו של חשד סביר למעורבותו של אדם בעבירה מהווה במשפט המצוי – הן בישראל הן במדינות נוספות – את הדרישה הראייתית המקובלת כתנאי סף הכרחי למעצר²⁸ וכמחסום מפני מעצר שרירותי.²⁹ על פי התפיסה המקובלת, הדרישה

JAVIER LLOBET RODRI'GUEZ, DIE UNSCHULDSVERMUTUNG UND DIE MATERIEN 26
VORAUSSETZUNGEN DER UNTERSUCHUNGSHAFT 88 (1995) (המדגיש כי דרישת החשד אינה
סותרת את חזקת החפות אלא נובעת ממנה); Peter Mrozynski, *Die Wirkung der
Unschuldsvermutung auf spezialpr ventive Zwecke des Strafrechts*, 33 JURISTENZEITUNG
(1978) R. v. Pearson, (1992) 3 S.C.R. 665, 685; 255, 256
חיפוש נובעת מחזקת החפות).

ANDREW ASHWORTH, THE CRIMINAL PROCESS – AN EVALUATIVE STUDY 169 (1994) 27
Kudla v. Poland, 35 ; סעיף 5(1)(c) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות בסיסיות; 28
James Stribopoulos, ; Criminal Code ל-1)495 סעיף : בקנדה; E.H.R.R. 198, 226 (2002)
Unchecked Power: The Constitutional Regulation of Arrest Reconsidered, 48 MCGILL
Police & Criminal Evidence Act ל 25-ו 24 סעיפים : סעיפים 14(1) L.J. 225, 237-238 (2003)
; Prevention of Terrorism (Temporary Provisions Act) 1989-ל 14(1) וכן סעיף 13
בישראל: סעיף 13(א) לחוק המעצרים; ב"ש 56/84 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 581,
583 (1984); ב"ש 411/85 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד לט(2) 107, 108 (1985); פרשת בן-
מאיר, לעיל הערה 1, בעמ' 502; פרשת לנדסברגר, לעיל הערה 1, בעמ' 117; בש"פ 8019/05
סינהרסקו נ' משטרת ישראל, פ"ד נט(2) 951, 946 (2005). חשד סביר מהווה אף תנאי להטלת
הגבלות הפחותות ממעצר על חשוד: בש"פ 2712/96 הרשקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2)
709, 705 (1996).

Fox, Campbell & Hartley v. U.K., 13 E.H.R.R 157, 167 (1991); Gerstein v. Pugh, 420 29
U.S. 103, 112 (1975); R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607, section 28
בלא צו על ידי שוטר: עילות המעצר "עיוני משפט ב 341, 348 (1972); דוד ליבאי "מעצר
המשטרה לעכב חשודים ועדים" קרימינולוגיה, משפט פלילי ומשטרה 31, 33 (1972/1973).

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

של חשד סביר מהווה את המשקל הראייתי המינימלי הנחוץ להפרת שיווי המשקל החברתי בין המדינה לבין הפרט.³⁰ דרישתן של ראיות מפלילות נועדה להגן על הפרט מפני פגיעה לא סבירה בפרטיותו ומפני האשמות לא מוצדקות.³¹ בארצות הברית הדרישה של "probable cause", המעוגנת בתיקון הרביעי לחוקה האמריקנית, מהווה תנאי חוקתי למעצר.³² על פי סטנדרד זה, אדם סביר צריך להאמין לנוכח העובדות והנסיבות כי החשוד ביצע את העבירה המיוחסת לו.³³ הרמה הראייתית הנדרשת במשפט האמריקני לשם מעצר גבוהה מזו של חשד סביר הנדרשת לצורך עיכוב גרידא,³⁴ או לצורך מעצרו של נוסע בשדה התעופה בחשד לכך שהוא נושא סמים בגופו.³⁵ בית המשפט העליון האמריקני עמד על כך ש" The rule of probable cause is a practical, nontechnical conception affording the best compromise that has been found for accommodating these often opposing interests. Requiring more would unduly hamper law enforcement. To allow less would be to leave law-abiding citizens at the mercy of the officers' whim or caprice"³⁶ בגרמניה³⁷ ובצרפת³⁸ נדרשות ראיות רציניות לאשמה גם בשלב הראשוני. החשד הסביר מכיל שני מרכיבים שהתקיימותם נדרשת במצטבר: מרכיב סובייקטיבי – אמונתו האישית של השוטר בדבר קיומו של חשד סביר לביצוע עבירה – ומרכיב אובייקטיבי.³⁹ חשד סביר צריך להיות חשד אובייקטיבי וקונקרטי. הוא צריך להיות כזה

- Barry C. Feld, *Criminalizing Juvenile Justice: Rules of Procedure for the Juvenile Court*, 69 MINN. L. REV. 141, 217 (1984) 30
- פרשת *Gerstein v. Pugh*, לעיל הערה 29, בעמ' 112. 31
- שם, בעמ' 111. 32
- שם. 33
- Dana M. Van Beek, *United States v. Bloomfield: Handcuffing Law Enforcement in Performing Its Duties and Preventive Crime*, 40 S.D. L. REV. 102, 113 (1995) 34
- האבחנה בין reasonable suspicion לבין probable cause ראו גם: *United States v. Montoya de Hernandez*, 473 U.S. 531, 541 (1985) 35
- שם, שם. 36
- פרשת *Gerstein v. Pugh*; *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 176 (1849) 36
- 29, בעמ' 112. 37
- Kühne, לעיל הערה 11, בעמ' 618; Frieder Dünkel, UNTERSUCHUNGSHAFT UND UNTERSUCHUNGSHAFTVOLLZUG / WAITING FOR TRIAL 132-133 (Frieder Dünkel & Jon Vagg eds., 1994); BVerfGE 35, 185 (1973) 37
- 38
- 37, Vogler, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE* (John Hatchard, Barbara Huber & Richard Vogler eds., 1996) (יש צורך בראיות רציניות לאשמה כדי שהתובע יורה על הארכת מעצרו של חשוד מ-24 שעות ל-48 שעות, אם כי בפועל בדיקת הראיות מתבצעת באופן שטחי). 38
- 39
- 26, *Stribopoulos*, לעיל הערה 28, בעמ' 237-238; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, para. 26. 39

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

שיביא אדם בר דעת רגיל לחשוד שאדם כלשהו עבר עבירה.⁴⁰ השוטר צריך להיות מסוגל להסביר את התנהגותו, ולא רק להסתמך על "חוש המומחיות" שלו, על השערה או על אינטואיציה שאין להם אחיזה עובדתית.⁴¹ חשד סביר יכול להתבסס על מידע שהשוטר קלט באחד מחושיו, אך גם על מידע אמין לכאורה, על פי התרשמותו של השוטר, שקיבל מצד שלישי.⁴² המידע המקנה יסוד סביר לחשד צריך להיות עדכני.⁴³ קיימת מחלוקת האם מידע שנמסר על ידי מודיע אנונימי מבסס חשד סביר.⁴⁴ הערכת סבירותו של החשד צריכה להיבחן על בסיס הנתונים שהיו קיימים בעת הפעלת הסמכות ולא על בסיס הנתונים הידועים בדיעבד.⁴⁵ קיומו של חשד סביר נקבע אד הוק בהתאם לנסיבות האינדיווידואליות של כל מקרה. לגבי עבר פלילי בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע נכונה כי הרשעה בעבר בעבירת טרור אינה מבססת חשד סביר לנטילת חלק בפעולות טרור בהווה.⁴⁶ עם זאת, עברו הפלילי של החשוד יכול אף הוא להשליך על סבירותו של החשד.⁴⁷ יכולה להתעורר שאלה האם "פרופיל" עברייני מסוים, היינו קביעת מאפיינים מסוימים המתקיימים לגבי עבריינים מסוימים, כגון סוחרי סמים, יוצר חשד סביר.⁴⁸ אך מובן כי יש להישמר מפני "פרופילים"

- 40 בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 351, 337 (1975); פרשת *Fox, Campbell & Hartley*, לעיל הערה 29, בעמ' 167.
- 41 פרשת דגני, לעיל הערה 40, בעמ' 353.
- 42 שם, בעמ' 352-353; ע"פ 702/77 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 135, 139-140; *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143, 147 (1972).
- 43 ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 370, 365 (1984).
- 44 באנגליה מידע שנמסר על ידי מודיע אנונימי יחיד יוצר חשד סביר; Raymond J. Toney, *English Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights: Implications for Custodial Interrogation Practices*, 24 Hous. J. Int'l L 411, 464 (2002). בארצות הברית מידע אנונימי באופן רגיל אינו מבסס חשד כזה, אלא אם כן יש אינדיקציות למהימנותו: *Florida v. J.L.*, 529 U.S. 266, 268 (2000). מפסקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם עולה שמידע אנונימי קונקרטי ומוצלב מבסס את הרמה הראייתית של "חשד סביר": *O'hara v. United Kingdom*, 34 E.H.R.R. 812, 825 (2002).
- 45 פרשת *Montoya de Hernandez*, לעיל הערה 34, בעמ' 559.
- 46 פרשת *Fox, Campbell & Hartley*, לעיל הערה 29, בעמ' 169.
- 47 פרשת בן-מאיר, לעיל הערה 1, בעמ' 503.
- 48 ראו בפירוט על סוגיה זו: Charles L. Becton, *The Drug Courier Profile: "All Seems Infected That Th' Infected Spy, As All Looks Yellow to the Jaundic'd Eye"*, 65 N.C.L. Rev. 417 (1987). כך, השימוש בפרופילים כמכשיר לאכיפת החוק הולך וגובר; Becton, שם, בעמ' 423. בארצות הברית הפרופיל השכיח ביותר שבו נעשה שימוש הוא זה של נושא סמים: WAYNE R. LAFAVE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* (3rd ed. 1996) Becton; 166-175, section 9.4(e) (3rd ed. 1996), שם, בעמ' 426. לתאור חלק מהמאפיינים ראו Becton, שם, בעמ' 431 (הגעה ממקום או נסיעה למקום הידוע כמקום של אספקת סמים; אי-נסיעה של מזוודה או נשיאה של מטען קל או כמויות גדולות של מזוודות ריקות; נשיאה של כמויות רבות של כסף מזומן; רכישה של כרטיס הטיסה בכמויות רבות של כסף מזומן "קטן"; התנהגות עצבנית באופן חריג). חלק רב ממאפייני הפרופיל אכן מבוסס מבחינה

המבוססים על גורמים שלנאשם אין שליטה עליהם, כגון השתייכותו לקבוצה מסוימת; ומפני "פרופילים" שהסתברות התקיימותם גם בקרב שומרי חוק היא גבוהה יחסית. חשד סביר אינו צריך להספיק מבחינת קבילותו או משקלו כדי לבסס כתב אישום נגד אדם, ויכול להסתמך גם על ראיות, שאינן קבילות בהליך העיקרי, כדוגמת עדות שמיעה, מידע מודיעיני בדבר מעורבותו של החשוד וכן תוצאות של בדיקת פוליגרף.⁴⁹ חשד סביר אינו דורש אפילו הנחה שהאשמה יותר מסתברת מהחפות.⁵⁰ בפועל, האבחנה בין חשד "סתם" לבין חשד סביר היא דקה מאוד ואף בלתי מורגשת.⁵¹ בית המשפט העליון עמד על בעייתיות זו באומרו כי "בסוף-כל-הסופות, דומה שנסכים כולנו כי ראיות – וכוונתנו עתה היא לראיות קודם הגשת כתב-אישום – קשה עד-למאוד לשוקלן בפלס ובמאזניים כדי לידע אם עלו כדי 'חשד סביר' כהוראתו בסעיף 13(א) לחוק. אכן, ההכרעה יש בה הרבה מן האינטואיציה השיפוטית המושכלת, ובוודאי כן הם פני הדברים בתינתנו דעתנו לכך שעיקרן של הראיות בא לידיעת בית-המשפט בלא שניתנת אפשרות לחשוד ולבא-כוחו להגיב עליהן."⁵² לתביעה קל למדי לעבור את המשוכה הראייתית של חשד סביר. רמת החשד הנדרשת נמוכה דיה, כדי לאפשר מעצר לשם קידום החקירה באמצעות השגת מידע נוסף.⁵³ כאשר קיים חשד סביר כלפי החשוד, המשטרה

אמפירית: Becton, שם, עמ' 426. זאת, הגם שחלק מהמאפיינים שנויים במחלוקת, ומאפיינים סותרים מוצגים לעתים במסגרת תיאור הפרופיל: Becton, שם, בעמ' 442. אי-התאמה זו יכולה להפוך את כולם, כפי שהציע אחד מבתי המשפט בארצות הברית באופן אירוני, לחשודים: Becton, שם, בעמ' 447. יש הסבורים כי התאמתו של אדם לפרופיל מסוים יכולה לדרבן חקירה, אך אינה יוצרת חשד סביר אובייקטיבי לעיכובו של אדם: Becton, שם, בעמ' 471.

49 סעיף 15(ו) לחוק המעצרים ("לשם החלטותיו בבקשת מעצר, רשאי השופט להיוקק לראיות אף אם אינן קבילות במשפט"); פרשת *Fox, Campbell & Hartley*, לעיל הערה 29, בעמ' 163; פרשת *Hussien v. Chong Fook Kam*, לעיל הערה 11, בעמ' 445; פרשת *Murray*, לעיל הערה 21, בעמ' 226-225; *Draper v. United States*, 358 U.S. 307, 311-312 (1959); בג"ץ 732/80 בן-מאיר, לעיל הערה 1, בעמ' 502; פרשת דגני, לעיל הערה 40, בעמ' 351; בג"ץ 316/81 פיקרז' נ' אדרי נ' משטרת ישראל, מחוז השרון, פ"ד לה (1) 499, 501 (1980); ב"ש 316/81 פיקרז' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 692, 694 (1981); פרשת ביטון, לעיל הערה 28, בעמ' 108; בש"פ 6350/97 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.1997); בש"פ 7063/01 מלמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 289, 294 (2001).

50 Andrew D. Leipold, *How the Pretrial Process Contributes to Wrongful Convictions*, 42 Am. Crim. L. Rev. 1123, 1160 (2005); *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730, 742 (1983).

51 James Stribopoulos, *A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later*, 41 ALBERTA L. REV. 335, 339 (2003).

52 פרשת רוזנשטיין, לעיל הערה 49.

53 וראו פרשת אדרי, לעיל הערה 49, בעמ' 501-502 ("מן הראוי לזכור, שמדובר כאן במעצר ראשון, שנועד לתת למשטרה שהות-מה להמשיך בחקירות הדרושות, וקנה המידה במעצר כזה אינו צריך להיות כה דווקני כמו במקרים כשהמעצר נמשך תקופה ארוכה יותר"). למצב זה

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

אינה מחויבת להמשיך לבסס את המידע לפני מעצרו של החשוד כדי לבחון את חוזקו של החשד.⁵⁴ עם זאת, במסגרת האיזון בין צרכי אכיפת החוק לבין השמירה על זכויות החשוד, עוצמת החשד הנדרשת כדי להצדיק הארכת מעצרו של חשוד, במיוחד ככל שתקופת המעצר נמשכת, צריכה להיות בעלת משקל רב יותר מהמידע אשר יכול להצדיק מעצר ראשוני, כאשר החקירה נמצאת בתחילתה.⁵⁵

פעמים רבות, הראיות המשמשות בפועל בסיס לכתב האישום נאספו לראשונה רק בעת המעצר.⁵⁶ כך, נקבע כי עצם הימצאותם של אנשים על גג בית הכנסת בעת פינוי כפר דרום יוצר חשש סביר למעורבותם בעבירות אלימות, ולפיכך קיימת בעניינם הרמה הראייתית הנדרשת למעצרו, זאת, הגם שבאותו שלב המשטרה טרם פענחה את סרטי הווידאו, ולא יכלה לעמוד על חלקן של כל אחד מהאנשים שהתבצרו על גג בית הכנסת.⁵⁷ בנוסף, בית המשפט העליון קבע כי אין לדון באופן מפורט בסוגיות המשפטיות המתעוררות לצורך קביעת קיומו של חשד סביר לביצועה של עבירה.⁵⁸

תפיסה, המתירה לנקוט במעצר כהליך ראשון של חקירה פלילית, אינה נותנת את המשקל הראוי לחירותו של הפרט ולחזקת החפות.⁵⁹ כל עוד המשטרה יכולה להמשיך ולברר את מסכת הראיות נגד החשוד ללא מעצרו, יש לבחור בדרך הפוגעת פחות בפרט.⁶⁰

- באנגליה ראו: Gordon Van Kessel, *The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches*, 38 HASTINGS L.J. 1, 137 (1986).
- 54 Mohammed-Holgate v. Duke, (1984) Q.B. 209, 215-216; Alberto B. Lopez, *\$ 10 and A Denim Jacket? A Model Statute for Compensating the Wrongfully Convicted*, 36 GA. L. REV. 665, 692 (2002) (בהתייחס לרמה הראייתית הנדרשת בארצות הברית של "probable cause"; המשטרה יכולה לבחור בין מעצר לבין המשיך ביסוס המידע עובר למעצר: פרשת *Hussien v. Chong Fook Kam*, לעיל הערה 11, בעמ' 445.
- 55 פרשת ביטון, לעיל הערה 28, בעמ' 109; פרשת סינהרשקו, לעיל הערה 28, בעמ' 950; פ"פ 1186/06 מדינת ישראל נ' סמאדה, סעיף ד(3) (פורסם בנבו, 7.2.2006); דליה דורנר "אמות מידה למעצר" הסניגור 23, 3, 5 (פברואר, 1999).
- 56 VAUGHAN BEVAN, KEN LINDSTONE, A GUIDE TO THE PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 103; POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984, & 5.03 (1985).
- 57 פרשת סינהרשקו, לעיל הערה 28, בעמ' 951. לביקורת על פסיקה זו ראו: בועז סנג'רו "ההינתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: דמוקרטיה מתגוננת או דמוקרטיה מגומדת? על טיפולן של רשויות אכיפת החוק – המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט – בהתנגדות להינתקות" ספר אורי קיטאי 193, 225-228 (בועז סנג'רו עורך, 2007).
- 58 ב"פ 5610/06 פדרמן נ' מדינת ישראל, סעיף 10 (פורסם בנבו, 25.7.2006). אולם ראו ב"פ 26/78 מדינת ישראל נ' משולם, פ"ד לב(1) 652, 653 (1978): "השאלה, אם היה בעובדות הנטענות בכתב-אישום כדי להוות את העבירה שבה הואשם הנאשם אם לאו – ודאי שהיא שאלה רלוונטית גם לגבי ההחלטה, אם יש או אם אין לעצור את החשוד בשל עבירה זו".
- 59 וראו גם PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 76.
- 60 George C. Thomas III, *Book Review: Miranda's Illusion: Telling Stories in the Police Interrogation Room* Miranda's Waning Protections. By Welsh S. White, 81 TEX. L. REV.

ככלות הכול, "...המעצר אינו אמור להוות אמצעי חקירתי, אלא תוצאה של הליך חקירתי".⁶¹ יש לזכור כי הלם המעצר קשה יותר בתחילתו. מעצר על סמך חשד קלוש אינו נותן את המשקל הראוי לזכויותיו הבסיסיות ביותר של הפרט.⁶² נראה אמנם ברור למדי כי דרישה של ודאות גבוהה להוכחת האשמה כתנאי למעצר הינה מופרזת בשלבי החקירה הראשוניים ועלולה לפגוע באופן קשה ביכולת לאכוף את החוק.⁶³ לעניין זה נראה כי יש לאמץ את מבחן הביניים של הסיכוי הריאלי להרשעה, אולם לבדקו בהתחשב בשלב שבו נמצא תיק החקירה.⁶⁴ בכל מקרה, אין להסתפק בראיות חלשות, אשר אינן נותנות יסוד סביר לחשוב כי החשוד ביצע את העבירה המיוחסת לו. יש צורך בהירות רבה יותר בטרם פגיעה בזכויות יסוד ככל שהראיות נמצאות בשלב ראשוני יותר.⁶⁵

1.2 הרמה הראייתית הנדרשת לאחר הגשת כתב אישום

הפגיעה באדם מוחמרת, מטבע הדברים, כאשר מתקבלת החלטה על מעצרו עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו, היכול להתמשך תקופה ארוכה של חודשים ושנים. הסטנדרט הראייתי הנדרש בנסיבות אלו צריך להביא בחשבון את חומרת הפגיעה הנגרמת לפרט עקב החלטת המעצר.⁶⁶ ישנן השקפות שונות בנוגע לרמה הראייתית הנדרשת לביסוס האשמה בעבירה המיוחסת לצורך מעצר זה.⁶⁷ חוק המעצרים דורש "ראיות לכאורה" להוכחת

- 1091, 1120 (2003) (יש הסבורים כי כאשר קיימות בנמצא ראיות מדעיות, כגון בדיקת ד.נ.א., אין מקום לחקור באופן רגיל את החשוד עד להיוודען של התוצאות).
61 דן ביין "ריני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 337, 366 (אלי לדרמן עורך, 2001).
62 וראו גם: דורנר, לעיל הערה 55, בעמ' 5 (אין זה ראוי לשלול את חירותו של אדם בהתבסס על מידע מודיעיני או מידע בלתי קביל אחר).
63 PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 78, 194; פרשת *Gerstein v. Pugh*, לעיל הערה 29, בעמ' 112.
64 ASHWORTH, לעיל הערה 27, בעמ' 170-171.
65 וראו לעניין זה: פרשת הרשקוביץ, לעיל הערה 28, בעמ' 712.
66 הסטנדרט הראייתי הנדרש לצורך מעצר הוא מחמיר יותר מהסטנדרט הנדרש לצורך הגשת כתב אישום: בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 35-36 (1997).
67 בארצות הברית, ברמה הפדרלית נדרשת רמה ראייתית של "probable cause": פרשת *Gerstein v. Pugh*, לעיל הערה 29, בעמ' 111; לצורך מעצר דורש סעיף 3142(g) ל-Bail Reform Act 1984 להביא את משקל הראיות הקיימות כאחד השיקולים בהחלטת המעצר. הנוסחה בדבר הרמה הראייתית הנדרשת לצורך מעצר שונה בארצות הברית ממדינה למדינה, ונעה מדרישה של ראיה ממשית לאשמתו של הנאשם ועד לסיבה להאמין, כי הנאשם ביצע את העבירה: Stanislaw Frankowski, Henry Luepke, *Pre-trial Detention in the U.S.*, in PREVENTIVE DETENTION 74 (Stanislaw Frankowski & Dinah Shelton eds., 1992); בכמה מדינות נדרש חשד חזק לצורך מעצר: בגרמניה: (1965) 19, 343, 350 *BVerfGE*, Kühne; לעיל הערה 11, בעמ' 618; בכמה ארצות באמריקה הלטינית כדוגמת בוליביה, ניקרגואה ופנמה:

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

העבירה כתנאי למעצר עד תום ההליכים.⁶⁸ בית המשפט העליון עמד על כך ש"הדרישה של 'ראיה לכאורה' כתנאי להחזקת נאשם במעצר מיועדת להבטיח שחירותו של אדם לא תישלל ממנו, בשל עצם הגשת כתב-האישום נגדו..."⁶⁹. פרשנות הדרישה של "ראיות לכאורה" עמדה במרכז הדיון שקיים בית המשפט העליון בפרשת זאדה.⁷⁰ בפסק דין זה, אשר נדון בהרכב מורחב של תשעה שופטים, בית המשפט דרש להראות סיכוי סביר להרשעת הנאשם כתנאי הכרחי למעצרו.⁷¹ סיכוי סביר זה יכול להתייחס אף לעבירה שאינה מוזכרת בכתב האישום, אם זו עולה מהעובדות הנזכרות בו ונתמכת בתשתית ראייתית מתאימה.⁷² לדעת מרדכי לוי, יש לפרש סיכוי סביר כמצב שבו אפשרות ההרשעה נראית מסתברת יותר מאפשרות הזיכוי.⁷³ בהקשר לראיות הנדרשות להגשת כתב אישום הדגישה השופטת ביניש שהסיכוי הלכאורי להרשעה צריך לעלות על הסיכוי הלכאורי לזיכוי.⁷⁴ ישנה הסכמה מחד כי הרמה הראייתית לצורך מעצר צריכה להיות גבוהה יותר מזו הנדרשת מהתביעה כדי להתגבר על טענת "No case no answer", ומאידך כי הליך המעצר לא נועד לקבוע חפות או אשמה.⁷⁵

ישנן שאלות לא פתורות הנוגעות לאופן ההערכה של סיכויי ההרשעה. כך, אין הכרעה ברורה בשאלה האם ניתן להסתייע בראיות לא קבילות לאחר הגשת כתב אישום לצורך

RODRIGUEZ, לעיל הערה 26, בעמ' 82; Javier, אצל Dünkel & Vagg, לעיל הערה 37, בעמ' 371; בשווייץ: Andrea Baechtold, אצל Dünkel & Vagg, שם, בעמ' 603; בארגנטינה: Alejandro D. Carrio', Alejandro M. Garro, *Argentina* 8, in *CRIMINAL PROCEDURE A WORLDWIDE STUDY* (Craig M. Bradley ed., 2nd ed. 2007). גם בין מלומדים אין הסכמה על הדרישה הראייתית הראויה לצורך מעצר: יש הסבורים כי יש לדרוש הסתברות גבוהה להרשעה ולעונש מאסר כתנאי למעצר: Richard S. Frase, *Defining the Limits of Crime Control and Due Process*, 73 CALIF. L. REV. 212, 243 (1985); Michael J. Eason, *Eighth Amendment - Pretrial Detention: What Will Become of the Innocent?*, 78 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1048, 1071 (1988). אחרים סבורים כי בתנאי אי-ודאות, יש לדרוש דרגת

ביניים של חוזק הראיות: PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 77. סעיף 21(ב) לחוק המעצרים אשר לא שינה בעניין זה את סעיף 21א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, שקדם לו.

69 בש"פ 825/98 מדינת ישראל נ' דחלה, פ"ד נב(1) 625, 630 (1998). ראו גם: ב"ש 43/74 קבטאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 723, 724 (1974).

70 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 147. 71 שם. לדרישת הסיכוי הסביר להרשעה ראו גם: בש"פ 2512/96 מדינת ישראל נ' נסאסרה, פ"ד נ(2) 101, 105 (1996).

72 בש"פ 414/01 אלקובי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 559, 563 (2001).

73 מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד 614, 549 (2004).

74 פרשת פלונית (א), לעיל הערה 10, סעיף 21.

75 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 141-143.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

החלטת המעצר.⁷⁶ באופן רגיל כדי להעריך את סיכויי ההרשעה יש צורך להתבסס על הראיות הקבילות בלבד.⁷⁷ אולם יש מקרים שבהם שאלת קבילותה של הראיה אינה ברורה בשלב הדיון במעצר עד תום ההליכים.⁷⁸ בית המשפט אינו שולל אפשרות להסתמך במקרים מתאימים גם על ראיות בלתי קבילות כדוגמת ממצאים של בדיקת פוליגרף לשם הערכת מהימנותה של הגרסה.⁷⁹ לדעת מרדכי לוי, יש להעניק לבית המשפט שיקול דעת להיעזר בממצאים של בדיקת פוליגרף וכן בראיות לא קבילות אחרות, בפרט לטובת הנאשם.⁸⁰ קיימת מחלוקת בפסיקה האם יש צורך בהימצאות תוספת ראייתית בחומר החקירה, כאשר זו נדרשת לשם הרשעה, כתנאי למעצר עד תום ההליכים, או שמא אין לדרשה בשלב זה, מכיוון שניתן לדלותה במהלך המשפט מפרשת ההגנה כגון משתיקת הנאשם, משקריו או מראיות הגנה המאשרות את גרסת התביעה.⁸¹ שופטים הביעו את דעתם כי העובדה שאין בידי התביעה ראיית סיוע (או כל תוספת ראייתית אחרת) היא בעלת רלוונטיות בהיותה

- 76 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 578.
- 77 שם, בעמ' 613.
- 78 מרדכי לוי "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה ועל ראיות לכאורה בעייתיות לעניין מעצר עד תום ההליכים – בעקבות רצח החייל אולג שחייט ז"ל" הסניגור 87, 5, 10 (יוני, 2004).
- 79 למשל: ב"ש 120/83 שבתאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 220, 222 (1983) (באותו מקרה המשטרה לא אפשרה לנאשם בדיקת פוליגרף. בית המשפט אינו שולל את האפשרות שנאשם יוכל להציג בדיקת פוליגרף מטעמו, אם כי, לדבריו, אין לייחס לתוצאות כאלה משקל רציני כנגד הראיות לכאורה שמציגה התביעה); ב"ש 358/85 מדינת ישראל נ' זעוררה, פ"ד לט(2) 23, 24 (1985) (באשר לבקשתו של נאשם להציג תוצאות של בדיקת פוליגרף אומר בית המשפט: "מוכן אני לצאת מההנחה, כי מותר לבית המשפט לעיין בתוצאת בדיקת פוליגרף בעת שמיעת בקשה להורות על מעצרו של נאשם או על שחרורו בערובה..."); בש"פ 1000/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385, 393-395 (2005) (ניתן להתחשב בתוצאות בדיקת פוליגרף שמציג הנאשם לאור העובדה כי מדובר בחומר ראיות היולי; יש לאפשר לנאשם להתגונן בדיון בהליכי המעצר באמצעות בדיקת פוליגרף על ידי מתן אפשרות להכניס את מכשיר הפוליגרף לבית המעצר). לתמיכה באפשרות זו ראו: לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 613. ראו גם: ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 493 (1993); דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1, 7 (1996).
- 80 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 613.
- 81 בש"פ 975/04 אברג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 775, 779 (2004); בש"פ 2557/04 מדינת ישראל נ' בן ציון, פ"ד נח(4) 83, 92 (2004); בש"פ 10306/05 ותד נ' מדינת ישראל, סעיף 6 (פורסם בנוב, 27.11.2005); אסף הרדוף אין להשיב לאשמה 229-235 (2005). לעמדה המצדיקה מעצר גם בהיעדר ראיית סיוע ראו: ב"ש 205/73 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 111, 112 (1973) (בית המשפט אומר כי ייתכן שנאשם משותף יעיד נגד חברו אם תובטח לו חסינות; יצוין כי באותה פרשה זוכה הנאשם כבר בגמר ראיות התביעה בטענה של "אין להשיב לאשמה": ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 803, 804 (1975)); בש"פ 4811/97 משה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 817, 823 (1997) (יש לבחון את קיומה של ראיית סיוע בשלב הכרעת הדין, שכן סיוע יכול להישאב מפרשת ההגנה).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

מצביעה לכאורה על סיכוי רב לזיכוי של הנאשם.⁸² העמדה הרווחת כיום בפסיקה דורשת סיוע גם בשלב המעצר, "אולם, סיוע זה הוא לכאורי וברמה הראייתית הנדרשת בשלב זה של ההליכים".⁸³ לדעת מרדכי לוי, היעדרו של סיוע משליך על הערכת הסיכוי להרשעה, אולם אינו צריך להכריע את הכף לכיוון קביעה שלפיה אין סיכוי סביר להרשעה, שכן יהיו מקרים, שיתנו יסוד לסבור כי הנאשם ישתוק במשפטו או יסתבך בשקרים מהותיים, באופן שיימצא הסיוע הדרוש להרשעה.⁸⁴ עם זאת, דומה כי מקרים כאלה יהיו נדירים, וכי באופן רגיל ללא סיוע או ללא תוספת ראייתית אחרת לא ניתן לקבוע שקיים סיכוי סביר להרשעה.⁸⁵ בנוסף, כעניין עקרוני לא ראוי כי התביעה תגיש כתב אישום תוך השלכת יתרה על גרסת ההגנה.⁸⁶

בית המשפט הדגיש כי הליך הדיון במעצר עד תום ההליכים אינו בבחינת משפט כפול, וכי השופט אינו צריך לבדוק באופן מעמיק את חומר הראיות בדומה לבדיקה הנדרשת במשפט עצמו.⁸⁷ הוא לא אמור להכריע בסוגיה משפטית.⁸⁸ בבחינת הסוגיות העובדתיות בית המשפט בוחן אך את הראיה בכוח, היינו את הכוח ההוכחתי הטמון בה,⁸⁹ תוך בחינה כוללת של חומר הראיות.⁹⁰ בית המשפט אינו אמור בשלב זה להכריע במשקל הראיות.⁹¹ כפועל יוצא מסדרי הדין הנוהגים, ובעיקר מאי-שמיעת עדים ומאי-העמדת עדותם במבחן החקירה הנגדית, לבית המשפט אין הכלים להכריע בשלב הדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים בשאלת מהימנותם של העדים.⁹² לפיכך, מהימנות הראיות לא נשקלת, אלא אם כן

- 82 ב"ש 276/86 מדינת ישראל נ' סיידה, פ"ד מ(2) 161, 167 (1986); בש"פ 70/90 צדוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 250, 251 (1990).
- 83 בש"פ 2580/97 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 415, 421 (1997); בש"פ 7194/97 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 403, 409 (1997); פרשת אברג'ל, לעיל הערה 81, בעמ' 779. זוהי גם עמדת הפרקליטות: בש"פ 6206/05 נאצר נ' מדינת ישראל, סעיף 14 (פורסם בנבו, 21.8.2005).
- 84 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 622.
- 85 צבי נח דיני מעצר ושחרור: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) כרך ראשון, 258. למעשה, גם לוי מעריך שזה יהיה המצב באופן רגיל: לעיל הערה 78, בעמ' 10.
- 86 רינת קיטאי-סנג'ור "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא יח 31 64 (2005).
- 87 פרשת עמר, לעיל הערה 28, בעמ' 583; ב"ש 359/85 מדינת ישראל נ' חן, פ"ד לט(2) 53, 55 (1985); בש"פ 5890/91 טרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 553, 556 (1992).
- 88 כעולה מבש"פ 617/88 האדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 724, 727 (1988).
- 89 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 147; פרשת דחלה, לעיל הערה 69, בעמ' 630.
- 90 ב"ש 322/80 מדינת ישראל נ' אוחנה, פ"ד לה(1) 362, 359 (1980); פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 148.
- 91 בש"פ 661/88 מדינת ישראל נ' דגן, פ"ד מב(3) 875, 879 (1988).
- 92 ב"ש 323/78 מדינת ישראל נ' חשש, פ"ד לב(3) 801, 802 (1978) ("בשלב הדיוני בו אנו מצויים עתה אין באפשרותו של בית-המשפט להיכנס לבירור אמינותן של העדויות וכל בחינה היא על-כן רק בחינה של סבירותם של דברים, על פניהם ושל בחינת המאזן הכולל של הראיות

מדובר בראיות קלושות על פניהן, או כאשר קיימים סתירות, פרכות וליקויים בסיסיים גלויים על פניהם בחומר הראיות.⁹³ כך, למשל, קובע בית המשפט בנוגע לסתירות ותהיות הקיימות בין שתי עדויות שנגבו מפי המתלונן, כי "שלב זה של דיון במעצר עד תום ההליכים אינו השלב בו יש ליישב סתירות אלו".⁹⁴ באחד המקרים נזף בית המשפט העליון בשופט מכיוון ש"הוא נתן לפרקליטים, ובמיוחד לפרקליט הנאשם, לגלוש בטענותיהם הרבה מעבר לדרוש לצורך בירור תקין של הבקשה ונכנס גם לתחום של שקילה מפורטת למדי של ראיות וטענות שבעלי-הדין עומדים להביאן במשפט, אלה כנגד אלה, עד שההליך הפך למה שאינו צריך להיות – מעין חזרה כללית לקראת המשפט עצמו... הנסיון לבירור מוקדם ולו שטחי בלבד, של טענות ומענות כאלה, תוך העלאת ספקות לכאן או לכאן, אין מקומו יכירנו בשלב זה. הוא עלול להביא להסקת מסקנות, שהן עצמן שטחיות ובלתי מבוססות כדבעי. יתר-על-כן, גוזלת צורת בירור זאת ללא צורך מזמנו של בית-המשפט...".⁹⁵ הכלל לעניין זה הוא כי "...חזקת החפות חלה על כל נאשם, ואילו מהימנות הראיות נשקלת ונקבעת רק בתום ההליך השיפוטי".⁹⁶

בית המשפט העליון עמד על כך כי "...על בית המשפט הדין במעצרו של אדם להלך על חבל דק. מצד אחד, אל לו לעסוק במלאכה שמקומה הראוי בשלב הכרעת הדין. מהעבר האחר, שומה עליו לבדוק את התמונה הראייתית כמכלול, לאו דווקא באופן טכני גרידא".⁹⁷ אין אף כלל נוקשה באשר לשאלה האם השופט רשאי להסתפק בטיעוני הצדדים באשר

לכאן או לכאן, על מנת להיווכח אם יש ראיות לכאורה התומכות בגרסת התביעה); "ב"ש 82/79 מגרילישיולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 240, 239 (1979); פרשת אוחנה, לעיל הערה 90, בעמ' 362; ב"ש 304/82 אלמוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 355, 351 (1982); ב"ש 897/83 מדינת ישראל נ' פלח, פ"ד לו(4) 172, 169 (1983); פרשת עמר, לעיל הערה 28, בעמ' 583; ב"ש 1110/83 סגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 6, 10 (1983); פרשת חן, לעיל הערה 87, בעמ' 55; ב"ש 397/88 אלנברי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד מב(2) 756, 757 (1988); פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 148; ב"ש 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 225, 221 (1995); פרשת מהאג'נה, לעיל הערה 2, בעמ' 229; ב"ש 6616/95 מדינת ישראל נ' שאהין, פ"ד מט(4) 802, 796 (1995); פרשת כהן, לעיל הערה 83, בעמ' 405; ב"ש 1127/03 מדינת ישראל נ' אלפרון, פ"ד נח(2) 412, 406 (2003).

93 ב"ש 37/57 היועץ המשפטי נ' חרותי, פ"ד יא 802, 797 (1957); ב"ש 73/79 מדינת ישראל נ' וייסברג, פ"ד לג(3) 676, 673 (1979); פרשת אוחנה, לעיל הערה 90, בעמ' 362; פרשת סגל, לעיל הערה 92, בעמ' 10-11; פרשת דנן, לעיל הערה 91, בעמ' 879; פרשת אלנברי, לעיל הערה 92, בעמ' 757; ב"ש 368/89 מדינת ישראל נ' בנימין, פ"ד מג(2) 434, 430 (1989); ב"ש 5824/91 אלטורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 629, 631 (1992); פרשת כהן, לעיל הערה 83, בעמ' 405-406.

94 ב"ש 9245/02 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2002).

95 ב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר, פ"ד כט(2) 19, 21 (1975).

96 ב"ש 295/80 יצחקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 213, 216 (1980).

97 ב"ש 10349/09 מדינת ישראל נ' פלוני, סעיף 3 (פורסם בנבו, 4.1.2010).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

לקיומן או לאי-קיומן של ראיות לכאורה או שמא עליו לעיין באופן מלא או חלקי בחומר הראיות המוצג לו.⁹⁸ בבחינת הראיות לכאורה על בית המשפט "להשתמש, ככל האפשר, בחוש המשפטן, בניסיון החיים ובשיקול הדעת השיפוטי".⁹⁹ "בית המשפט בוחן... את הגיונם הפנימי של הדברים, את מידת הפירוט או ההכללה שבהם, את נקודות האחיזה שבהם, את השתלכותם של הדברים אלה באלה".¹⁰⁰ בחינה זו אינה טכנית.¹⁰¹ על בית המשפט לבחון את הסבירות הכללית של הטענות ואת סיכוני הטעות הלכאוריים.¹⁰² מחדלי חקירה, כמו אי-בדיקה של טענות הנאשם בחקירה, יכולים להצדיק שחרור של נאשם במקרים מתאימים.¹⁰³ בית המשפט צריך להתייחס גם לגרסת ההגנה ולתת את דעתו על טענותיה.¹⁰⁴ הסנגור רשאי להשמיע טיעונים שמטרתם להראות כי אין לתביעה סיכוי סביר להביא להרשעת הנאשם על בסיס חומר הראיות שברשותה.¹⁰⁵ עם זאת, על ההגנה להראות "בקע של ממש בתשתית הראיות, בקע שמאפשר כבר בשלב זה להעריך כי גם לאחר שתעובדנה הראיות במסגרת ההליך הפלילי, הסבירות כי הן תובלנה להרשעה אינה גבוהה", כדי לערער את התשתית הראייתית שמציגה התביעה נגד הנאשם.¹⁰⁶ גרסת ההגנה צריכה להיות כזו שתנטרל את גרסת התביעה באופן שלא יהיה די בה לשם הרשעה.¹⁰⁷ מטעם זה אין גם מקום לשחרר נאשם ממעצר רק בשל העובדה שנתגלו סתירות בעדותו של אחד מעדי התביעה, וזאת בטרם נשמעו ראיות משמעותיות נוספות מטעם התביעה.¹⁰⁸ בית המשפט קבע כי "בית המשפט רואה את כתב האישום כהצהרה על מכלול הראיות לכאורה אשר מצוי בידי התביעה הכללית ואינו נכנס לפרטי הראיות כל עוד איננה עולה הטענה כי כתב האישום מופרך ואין קשר בינו לבין הראיות שנאספו על ידי התביעה".¹⁰⁹ קביעה כזאת יוצרת, הלכה למעשה, חזקת אשמה לצורך מעצר.

- 98 פרשת עמר, לעיל הערה 28, בעמ' 584.
- 99 פרשת בנימין, לעיל הערה 93, בעמ' 434. וראו גם: פרשת אוחנה, לעיל הערה 90, בעמ' 363; בש"פ 463/88 מדינת ישראל נ' קראעין, פ"ד מב(3) 163, 165 (1988).
- 100 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 148.
- 101 שם, בעמ' 149.
- 102 פרשת אוחנה, לעיל הערה 90, בעמ' 362-363; פרשת אלנברי, לעיל הערה 92, בעמ' 758-757.
- 103 בש"פ 2949/91 כיסראוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 221, 224 (1991) (במקרה זה נקבע כי אין לכך מקום לנוכח הראיות החזקות נגד הנאשם).
- 104 פרשת אוחנה, לעיל הערה 90, בעמ' 362; פרשת אלנברי, לעיל הערה 92, בעמ' 757-758; פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 148.
- 105 פרשת עמר, לעיל הערה 28, בעמ' 583-584.
- 106 בש"פ 10638/05 גבוע נ' מדינת ישראל, סעיף 5 (פורסם בנבו, 28.11.2005).
- 107 ב"ש 727/83 מדינת ישראל נ' ברדה, פ"ד לז(3) 501, 503-504 (1983).
- 108 ב"ש 189/87 מדינת ישראל נ' בוכריס, פ"ד מא(3) 80, 83 (1987).
- 109 פרשת וייסברג, לעיל הערה 93, בעמ' 676.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

ניתן אמנם למצוא פסקי דין שבהם השופט מנתח בפירוט את חומר הראיות, ואף מגיע למסקנה כי אין להורות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים בשל קלישותו של חומר הראיות.¹¹⁰ באחד המקרים קבע בית המשפט העליון כי התשתית הראייתית שהוגשה נגד הנאשם באשר לסחר בסמים אינה מספיקה שכן "בענייננו, בדרך שבה התנהלה החקירה, כל נדבכי ההוכחות רופפים הם".¹¹¹ בפסקי דין אחרים קבע בית המשפט העליון כי התשתית הראייתית שהוצגה אינה מספיקה לשם מעצר עד תום ההליכים.¹¹² בפרשת קוזלי קיבל בית המשפט את בקשת הנאשמים ברצח לשחרור בערובה לאחר שבקשתם למשפט חוזר התקבלה לאחר ריצוי 15 שנות מאסר בעומדו על כך כי "...מעצר עד תום ההליכים עשוי (במקרה של זיכוי) להאריך את כליאת השווא, שכבר היום היא... חמש עשרה שנים".¹¹³ עם זאת, יכולתו של הנאשם להצביע על סיכויי זיכוי היא מוגבלת ביותר. לאור סדרי הדין הנוהגים בבקשת המעצר עד תום ההליכים, התביעה עוברת בנקל את המשוכה הראייתית של הוכחת סיכוי סביר להרשעה כתנאי למעצר. וכמו שמסכם בית המשפט בפרשת זאדה, הרי כעניין עובדתי, "...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".¹¹⁴ אין תימה, לאור הלכות אלו, כי בבחינת הראיות לכאורה "...מצבה של התביעה – הסומכת עצמה על חומר הראיות הגולמי שלה – הוא לרוב הטוב ביותר"¹¹⁵ וכי בהליך המעצר "...זכות הנאשם להתגונן מוגבלת בעיקרה להשמעת טענות...".¹¹⁶

מרדכי לוי סבור כי במקרים מסוימים יש לקצוב את תקופת המעצר, ולאחריה להעריך מחדש את סיכויי ההרשעה, למשל, לאחר הכרעה בשאלת קבילותה של ראייה או לאחר

- 110 וראו: פרשת אלמוני, לעיל הערה 92, בעמ' 353-354; ב"ש 765/84 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מא(4) 396, 400 (1984) (ביחס לעבירת רצח); בש"פ 5284/91 לויאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 156, 161 (1991).
- 111 ב"ש 519/82 קדמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 218, 221 (1982).
- 112 ב"ש 1027/82 מדינת ישראל נ' עבאס, פ"ד לז(1) 110, 112 (1982) (באותו מקרה הוחלט על שחרור ללא ערובה של נאשם ברצח, שכן לא הייתה אז אפשרות לשחרר נאשם בעבירת רצח בתנאים מגבילים); ב"ש 843/83 עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 150, 152 (1983); ב"ש 980/84 סופר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 167, 168 (1984); ב"ש 297/85 עבליני נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 807, 809-810 (1985); בש"פ 719/89 מדינת ישראל נ' פארס, פ"ד מד(3) 840, 842 (1989); בש"פ 406/05 גור אריה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2005) (בית המשפט קובע במקרה זה כי "חזקת החפות במקרה דנן גוברת על חזקת המסוכנות"); וראו את דרך ניתוחו של השופט כך בפרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 152-157, אשר סבר כי חומר הראיות נגד הנאשם אינו מצביע על סיכוי סביר להרשעתו.
- 113 בש"פ 2074/99 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 553, 561 (1999).
- 114 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 149.
- 115 שם, בעמ' 147.
- 116 שם, בעמ' 169.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

שמיצתה של עדות מרכזית.¹¹⁷ הצעה כזו תחייב התייחסות רצינית יותר לבחינת משקלן של הראיות המפלילות.

באופן כללי, קיימות שתי השקפות מרכזיות ביחס לרמה הראייתית הנדרשת להוכחת האשמה לצורך מעצר עד תום ההליכים. שתיהן יכולות להתפשט כבעייתיות באספקלריה של חזקת החפות.

מחד, הנמכת הדרישה הראייתית יוצרת חשש לשלילת חירותו של אדם חף מפשע.¹¹⁸ שלילת חירות היא פגיעה רצינית, ויש צורך בטעמים כבדי משקל לכך.¹¹⁹ שופטת המיעוט בפרשת זאדה, השופטת דורנר, עמדה על הצורך בתשתית ראייתית חזקה כדי להצדיק שלילת חירות של אדם בטרם הרשעה עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו לנוכח פגיעתו הקשה של המעצר בפרט.¹²⁰ לדבריה, "העוצמה הדרושה לראיות לכאורה כתנאי למעצר עד תום ההליכים היא פועל יוצא מן העיקרון החוקתי שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שלא נותר ספק סביר באשמתו. עיקרון חוקתי זה חל, בשינויים המחויבים, גם כאשר למעצר עד תום ההליכים."¹²¹ יש לבדוק "אם חומר הראיות הקיים, אם לא ייחלש או ייסתר במהלך המשפט, מוכיח מתוכו את האשמה מעבר לכל ספק סביר."¹²² לדבריה, אין לעצור נאשם אם בחומר הראיות "מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעתו."¹²³ על פי דעה זו, יש לבדוק בשלב הדיון במעצר עד תום ההליכים האם הראיות המובאות מבססות את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר, תוך לקיחה בחשבון שאותן ראיות עוד לא עמדו במבחן החקירה, ובעיקר החקירה הנגדית. לאחר קביעת ממצאים בדבר מהימנות הראיות, ראיות שלכאורה מבססות את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר ומספיקות לכן לצורך מעצרו יכולות להתגלות כמופרכות. מנגד, גם ראיות, היוצרות לכאורה ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם, יכולות להתגלות במהלך המשפט כחזקות ביותר וכמספיקות להרשעה.¹²⁴ השופט חשין עמד על כך ש"חיזיון נפרץ הוא שבתיק חקירה תימצא הודעה

117 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 625.
118 פרשת קדמי, לעיל הערה 111, בעמ' 221; ע"פ 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לז(1) 78, 84 (1983); פרשת עמר, לעיל הערה 28, בעמ' 584; קנת מן "הרף ההוכחתי הנדרש להעמדה לדין לעומת הרף הנדרש למעצר עד תום ההליכים" הסניגור 3, 4, 5 (יוני, 1997).
119 ASHWORTH, לעיל הערה 27, בעמ' 169; עמדתה של השופטת דורנר בפרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 167.
120 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 164; וראו גם: פרשת רחאל, לעיל הערה 92, בעמ' 225.
121 בש"פ 8121/95 מדינת ישראל נ' ויסמן, פ"ד מט(5) 441, 445 (1996). ראו גם: פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 165; דליה דורנר "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 13, 22.
122 פרשת רחאל, לעיל הערה 92, בעמ' 226. ראו גם: פרשת ויסמן, לעיל הערה 121, בעמ' 445.
123 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 157. וראו גם: פרשת רחאל, לעיל הערה 92, בעמ' 225.
124 פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 163, 166; פרשת רחאל, לעיל הערה 92, בעמ' 226; פרשת ויסמן, לעיל הערה 121, בעמ' 445.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

כנגד הודעה¹²⁵. אולם השופט דורנר אינה מציעה בחינה טכנית של חומר הראיות¹²⁶. היא עומדת על כך שלא די בהכחשת הנאשם כדי לעורר ספק סביר באשמתו¹²⁷. יש לבחון את סבירותן של עדויות התביעה הן כשלעצמן הן באמצעות השוואתן לראיות אחרות, כאשר "סתירות פנימיות בעדויות המרשיעות או בינן לבין ראיות אובייקטיביות עשויות לגרוע ממשקלן של העדויות המרשיעות ולהטיל בהן ספק סביר"¹²⁸. כך, לעתים חומר החקירה עצמו מעלה תמיהות ביחס למהימנותו של העד, למשל, כאשר זה מסר גרסאות שונות בחקירה¹²⁹.

מאידך, מובן מאליה כי עד לשמיעת כל העדויות במהלך המשפט לא ניתן לקבוע האם אשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לכל ספק סביר. הגם שהראיות התגבשו בשלב זה לכלל כתב אישום, ניתן לקבוע רק ממצאים לכאוריים על פיהן¹³⁰. למעשה, כפי שעומד על כך השופט חשין, ללא הכרעה בממצאי מהימנות, השימוש במושג "ראיות מעבר לכל ספק סביר" אינו מתאים¹³¹. קביעה שלפיה אשמתו של אדם הוכחה מעבר לכל ספק סביר עוד בטרם שמיעת מלוא ראיות התביעה, ההגנה וטענותיהן יכולה להתפרש כחורצת את גורל הנאשם, כמאיינת את חזקת החפות הנתונה לו וכמייצרת את ניהול המשפט¹³². אף קביעה, שלפיה קיימות ראיות חזקות נגד אדם, גם בהיעדר קביעה שלפיה ראיות אלו מבססות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר, יוצרת חשש מפני קפיצה מחשבתי, שלפיה יש בהן כדי להעיד על אשמתו, ולפיכך אין קושי לצוות על שלילת חירותו¹³³. ואכן, יש הסבורים כי דרישה של ראיות חזקות לצורך מעצר יכולה ליצור מראית עין של ענישה¹³⁴, וכי "במקרה של בקשה לשחרור בערבות מצד נאשם שטרם הורשע, יש להימנע ככל האפשר מלפרט

125 פרשת מהאג'נה, לעיל הערה 2, בעמ' 230.

126 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 563.

127 בש"פ 7625/95 מדינת ישראל נ' עטייה, פ"ד מט(4) 184, 187 (1995); פרשת זאדה, לעיל

הערה 2, בעמ' 166.

128 שם, בעמ' 166.

129 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 564.

130 ILIAS G. ANAGNOSTOPOULOS, HAFTGRÜNDE DER TATSCHWERE UND DER

WIEDERHOLUNGSGEFAHR (§§112 Abs.3, 112A StPO) 109 (1984); הנשיא ברק בפרשת

זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 147-146; פרשת יצחקי, לעיל הערה 96, בעמ' 216: "מובן מאליה,

שאסור לקבוע בשלב זה מסמרות, וקיימת תמיד האפשרות שגרסה הנשמעת דמיונית או קשה

לשכנוע מתאמתת לאחר דיון משפטי מקיף. אולם אין אלה שיקולים היפים לשלב הדיון

במעצר עד תום ההליכים."

131 פרשת מהאג'נה, לעיל הערה 2, בעמ' 232.

132 וראו פרשת יצחקי, לעיל הערה 96, בעמ' 216: "אחרי ככלות הכול חזקת החפות חלה על כל

נאשם, ואילו מהימנות הראיות נשקלת ונקבעת רק בתום ההליך השיפוטי."

133 GARY TROTTER, THE LAW OF BAIL IN CANADA 85 (1992).

134 Laurence H. Tribe, *An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John*

Mitchell, 56 Va. L. Rev. 371, 381-382 (1970).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

בהחלטה נימוקים היכולים להיות קשורים בעובדות העומדות להתברר בבית המשפט שבפניו עומד המבקש לדין; וזה, כדי למנוע השפעה כלשהי של הדברים הנאמרים בהחלטה על מהלך המשפט, או על האווירה מסביב למשפט.¹³⁵ בית המשפט מדגיש כי "אין זה מן הראוי ומן הנכון, במיוחד מבחינת טובתו של הנאשם, לקבוע בשלב זה עמדה ולהתייחס לכל טענה וטענה שנטענה".¹³⁶ נשמעה אף טענה כי עצם בחינת חוזקן של הראיות נגד אדם לצורך שאלת מעצרו מהווה פגיעה בחזקת החפות.¹³⁷ יש הסבורים כי כדי לשמור על חזקת החפות הנתונה לנאשם יש להתמקד בהוכחתה של עלילת המעצר – היינו, בנוק העתידי העלול להיגרם על ידי הנאשם – תוך התעלמות מהאשמה המיוחסת לו.¹³⁸

נראה כי התשתית הראייתית להוכחת ביצועה של העבירה צריכה להשתנות בהתאם לעילת המעצר העומדת על הפרק. הגם שהמחוקק ובתי המשפט אינם מבחינים תמיד בין עילות המעצר השונות לעניין הדרישה הראייתית הנחוצה לביסוס החשד בתיק העיקרי נגד החשוד או הנאשם, דומה כי דרישה זו צריכה להיות מינימלית למדי בכל הנוגע לעילת המעצר של שיבוש הליכים. חזקה של התשתית הראייתית לביצוע עבירה אינו מכריע בכל הנוגע לעילת המעצר של מניעת שיבוש הליכי חקירה ומשפט וכן בכל הנוגע להפעלת סמכויות שונות העומדות לרשותן של רשויות אכיפת החוק, כדי למנוע מהחשוד או הנאשם לשבש את הליכי החקירה או המשפט בעניינו. לצורך מעצר למניעת שיבוש של הליכי חקירה ומשפט ניתן להסתפק בסטנדרד הראייתי הנדרש לשם ניהול ההליך, של חשד סביר בשלב החקירה או של ראיות לכאורה לאשמתו של הנאשם לאחר הגשת כתב האישום. קיימת הצדקה שלא לשלול את חירותו של חשוד או נאשם בעילה זו אם אין נגדו חשד סביר בשלב החקירה או "ראיות לכאורה" במובן של "no case to answer", משום שאדם כזה אינו צפוי באופן ודאי להרשעה על בסיס חומר הראיות הקיים. אולם בכל מקרה אחר, גם אם הראיות המפלילות נגד החשוד או הנאשם אינן חזקות במיוחד, וסיכויי לצאת זכאי בדינו טובים (אם כי, כמובן, אינם בטוחים), מוטלת עליו חובה להתייצב לחקירתו או למשפטו ולהימנע משיבושו בכל דרך אחרת. קשה לתמוך בעמדה שלפיה נאשם, שסיכויי זיכוי

- 135 ב"ש 49/57 חרותי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 1136, 1137 (1957).
- 136 פרשת בנימין, לעיל הערה 93, בעמ' 436. וראו לעניין זה גם: פרשת סגל, לעיל הערה 92, בעמ' 10; פרשת אלטורי, לעיל הערה 93, בעמ' 631; בש"פ 1363/93 י.צ. (קטיין) נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 71, 74 (1993).
- 137 Una Ni Raifeartaigh, *Reconciling Bail Law with the Presumption of Innocence*, 17 (1997) 1, 5; TROTTER; OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 5 (1997), לעיל הערה 133, בעמ' 101-98.
- 138 Joseph L. Lester, *Presumed Innocent, Feared Dangerous: The Eighth Amendment's Right to Bail*, 32 N. KY. L. REV. 1, 45 (2005); עמדת בית המשפט העליון של Newfoundland בקנדה: R. v. Samuelson, (1953) 109 C.C.C. 253 (Nfld. S. C.) (בעילת המעצר של סיכון שלום הציבור, הדגש צריך להיות מושם על הסכנה העתידית, היכולה להילמד, למשל, מעברו הפלילי של הנאשם ולפיכך אין נפקות רבה לחזקת הראיות הנוגעות לעבירה המיוחסת לו).

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

נראים גבוהים, אך עדיין קיימות נגדו ראיות לכאורה, המצדיקות את ברור שאלת אשמתו, רשאי לחמוק ממשפטו. סיכוי סביר לזיכוי יכול אמנם להוביל את השופט להחלטה שלפיה אין זה צודק להורות על מעצרו של הנאשם וזאת בהסתמך על עקרון היחסיות, אשר על פיו יש ליצור יחס סביר בין הנזק הצפוי לציבור כתוצאה משחרורו של הנאשם למול הנזק הצפוי לנאשם עקב שלילת חירותו.¹³⁹ עם זאת, אם הראיות לשיבוש הליכים מצד הנאשם הן חזקות ומשכנעות, לגיטימי למנוע מנאשם כזה לממש את כוונתו.

בניגוד לעילת המעצר, שתכליתה מניעת שיבושו של ההליך המשפטי, עילת המעצר, שתכליתה מניעת ביצוען של עבירות המסכנות את ביטחון הציבור, יוצאת מנקודת מוצא של אשמה. עילת מעצר זו מבוססת על תפיסה של מעין הגנה על החברה. לפיכך, לשם מעצר בעילה זו יש להראות כי מתקיימות נסיבות המבססות סיטואציה של סכנה מיידית וברורה לביטחון הציבור. מאחר שעילת המסוכנות נסמכת על מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם, ומבוססת על הנחת אשמה, יש צורך להראות באופן רגיל כי קיים סיכוי גבוה שאדם ביצע עבירה.¹⁴⁰ אמת המידה של סיכוי סביר להרשעה אינה הולמת סיטואציה כזו.

גישה אפשרית אחרת קושרת בין הרמה הראייתית הנדרשת להוכחת העבירה לבין הרמה הראייתית הנדרשת להוכחת עילת המעצר: ככל שהראשונה נמוכה יותר, יידרשו ראיות כבדות יותר להוכחתה של עילת המעצר. כך, בית המשפט קבע כי "כאשר מדובר בחקירה פלילית, להבדיל מהליך תלוי ועומד בבית משפט... אין להסתפק ברף של יסוד סביר לחשש כי החשוד יימלט מהארץ ויש צורך להראות לפחות אפשרות סבירה... כי החשוד יימלט מהארץ או כי החקירה תשובש".¹⁴¹

בדומה, מרכזי לוי סבור כי צריך להיות קשר בין עוצמתן של הראיות לכאורה להוכחת העבירה לבין עוצמת הראיות לקיומה של עילת מעצר. ככל שהראיות לקיומה של עילת מעצר חזקות יותר, ניתן לדרוש ראיות להוכחת העבירה בעוצמה פחותה יותר, ובלבד שטיבן ועוצמתן של הראיות יעברו את הסף ההכרחי למעצר.¹⁴² לדעתו, דווקא כאשר נשקפת סכנה חמורה לביטחון הציבור, תוצאתה יכולה להיות קשה וחמורה יותר מסכנה לבריחה או לשיבוש הליכים, באופן שנטילת סיכון לגביה לא תהיה סבירה גם אם קיימת בעייתיות בראיות לכאורה (ובלבד שעברו את הסף המקנה סמכות למעצר).¹⁴³ ואכן, אין לשלול מצב שבו מכוח עקרון ההגנה על ביטחון הציבור, מסוכנות עתידית חמורה ומובהקת יכולה להכריע את הכף לכיוון מעצר, במצב שבו אשמתו של הנאשם נחזית גבוהה בעליל מחפותו. יצוין כי גם בהליך אזרחי נפסק שלצורך מתן סעד זמני קיים קשר בין שני השיקולים

139 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 589-590.

140 ביין, לעיל הערה 61, בעמ' 352.

141 בש"פ 5851/00 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 666, 670 (2000).

142 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 557, 615.

143 שם, בעמ' 618, הערה 270.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

המרכזיים – סיכויי הזכייה בתיק ומאזן הנוחות – וששני השיקולים משפיעים האחד על השני.¹⁴⁴ כך, למשל, אומר בית המשפט כי "...הואיל ובנסיבות שלפנינו נוטה מאזן הנוחות באופן בולט לטובת המשיבה 1, הרי שדי בכך כדי לחפות על חולשה אפשרית באשר לטענתה של המשיבה 1 בעניין הזכות לכאורה".¹⁴⁵ בבחינת "מאזן הנוחות" בהליך הפלילי יש לזכור, כמובן, כי מעצר גורם נזק רציני וודאי.

באופן רגיל, דרישה של ראיות חזקות לביצועה של עבירה לצורך מעצר למניעת ביצוען של עבירות המסכנות את ביטחון הציבור מתחייבת מחשיבותן של חזקת החפות ושל הזכות לחירות פיזית.¹⁴⁶ הסכנה של שלילת החירות היא אחת הסיבות המרכזיות לנטל ההוכחה הגבוה הנדרש לצורך הרשעה.¹⁴⁷ רמה ראייתית נמוכה יתר על המידה אינה מעניקה את החשיבות הראויה לאופייה של הפגיעה בפרט ולחומרתה. הנמכה של רמת החשד הנדרשת כתנאי למעצר יכולה להביא לפגיעה בלתי רצויה בחפים מפשע רבים יותר וכן לתחושת התמרמרות בקרב אשמים בשל חריצת הדין המוקדמת. צמצום מקסימלי של גורם אי-הוודאות בשאלת אשמתו של הנאשם יקטין את החשש לפגיעה בחפים מפשע ובאשמים כאחד. מעצם מהותו של ההליך הפלילי, המכוון לבחינתה של שאלת החפות או האשמה, יש לדחות תפיסה השוללת את הקשר שבין עוצמת הראיות לבין מידת הפגיעה בזכויות הפרט בהתבסס על חזקת החפות.¹⁴⁸ הרמה הראייתית הנדרשת לצורך פגיעה בזכויות הפרט במהלך החקירה והמשפט, מבטאת את מידתה של הטעות, שהחברה מוכנה לסבול ביחס לפגיעה בזכויות אלו, ואת סוגה.¹⁴⁹ ככל שהפגיעה בזכויות הפרט חמורה יותר, יש לדרוש תשתית ראייתית גבוהה יותר לביצועה של עבירה פלילית על ידי הנאשם.¹⁵⁰ חוזקה של התשתית הראייתית לביצועה של עבירה פלילית אינו מכריע, כאמור, רק כשמדובר בהפעלת אמצעים הנחוצים למניעת שיבוש של הליכי החקירה והמשפט מצד החשוד או הנאשם (ובלבד שעברו את הסף הראייתי הנדרש של חשד סביר או ראיות לכאורה), הגם שרמה ראייתית נמוכה יותר צריכה להשפיע על טיב האמצעים הננקטים לצורך זה.

- 144 בר"ם 2870/06 עבדו נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 20.4.2006).
- 145 רע"א 10509/05 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בגס, סעיף 4 (פורסם בנבו, 25.12.2005).
- 146 Jeff Thaler, *Punishing the Innocent: The Need for Due Process and the Presumption of Innocence Prior to Trial*, 1978 Wis. L. Rev. 441, 469-474 (1978); John B. Howard, *Note: The Trial of Pretrial Dangerousness: Preventive Detention after United States v. Salerno*, 75 VA. L. Rev. 639, 666-667 (1989) (בהתייחס לזכות לחירות); השופטת דורנר בפרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 163-164.
- 147 ASHWORTH, לעיל הערה 27, בעמ' 196.
- 148 RODRI'GUEZ, לעיל הערה 26, בעמ' 88.
- 149 David J. Rabinowitz, *Preventive Detention and United States v. Edwards: Burdening the Innocent*, 32 AM. U. L. REV. 191, 220 (1982).
- 150 לוי, לעיל הערה 73, בעמ' 609.

2. הרמה הראייתית הדרושה להוכחתה של עילת המעצר

2.1 כללי

כאשר מיוחסת לחשוד או לנאשם כוונה עתידית לשבש את הליכי החקירה או המשפט או לבצע עבירה המסכנת את ביטחון הציבור, יש צורך לבסס, כתנאי להטלת מעצר או חלופות מעצר, בנוסף לקיומן של ראיות מפלילות לביצועה של העבירה המיוחסת לו, גם את קיומה של עילת מעצר בעניינו.

עילות המעצר של שיבוש הליכי חקירה ומשפט וכן של סיכון ביטחון הציבור מייחסות לחשוד או לנאשם כוונה עתידית. הערכה כזו מתקבלת בהכרח בתנאי אי-ודאות, וצפויה מעצם טבעה לא-ידיוקים. הדרשה ההסתברותית לקיומה של עילת המעצר מבטאת את האיזון בין האינטרסים העומדים על הפרק. דרישה ראייתית נמוכה מדי תחשוף, כמובן מאליו, את הפרט לסיכון בלתי סביר.¹⁵¹

2.2 עילת המעצר של שיבוש הליכים

סעיף 21(א)(1) (א) לחוק המעצרים דורש סביר לחשש לשיבוש הליכים. בפסיקה נקבע באמרת אגב כי "...לא די בחשש גרידא מפני סיכול הליכי הדיון. נדרשת רמת ודאות ממשית, אשר יש בה כדי להצדיק שלילת חירותו של נאשם".¹⁵² עילת המעצר של שיבוש הליכים צריכה להיות מוכחת באופן קונקרטי וממשי.¹⁵³ אין אף מקום לעצור אדם כנקמה על שיבוש הליכים בעבר, ואין די להוכיח שיבוש הליכים בעבר, אלא יש צורך להוכיח כוונה עתידית כזו, הגם שקיימת הסתברות פסיכולוגית מסוימת כי האדם לא שינה את דרכו, וכי העבר מלמד בנקודה זו על העתיד.¹⁵⁴ אולם הגם ששיבוש הליכים בעבר יכול לשמש אינדיקציה לשיבוש הליכים בעתיד, אינדיקציה זו אינה מובנת מאליה אלא תלויה במכלול

151 PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 181.
152 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 405 (1995).
153 ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ(1) 716, 706 (1986); בש"פ 54/87 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 141, 145-146 (1987); בש"פ 562/89 ועקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 849, 846 (1989); פרשת טרודי, לעיל הערה 87, בעמ' 557; בש"פ 1339/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 873, 865 (2000); E. Schmidt-Lechner, *Untersuchungshaft und Kleine*; (1961) 204 NJW 337, 338 *Strafprozessreform* (האפשרות האבסטרקטית לשיבוש הליכים קיימת כמעט תמיד, שכן אין כל אפשרות לדעת מראש האם אדם יפעל לשיבוש הליכים בעת היותו חופשי, אולם אפשרות זו כשלעצמה אינה יכולה להצדיק מעצר).
154 PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 95; פרשת לוי, לעיל הערה 153, בעמ' 146; פרשת ועקנין, לעיל הערה 153, עמ' 848; פרשת טרודי, לעיל הערה 87, בעמ' 557.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

הנסיבות.¹⁵⁵ אין מקום להתבסס רק על עובדות כתב האישום, המתארות אירועים שאירעו בעבר, שכן מעצר נועד למנוע התנהגות עתידית.¹⁵⁶

חרף הדרישה להוכחה קונקרטי של כוונת שיבוש, בית המשפט העליון קבע בכמה החלטות כי השופט אינו חייב בהכרח לנמק מאלו עובדות הוא מסיק על קיומה של סכנה לשיבוש הליכים: "...אין המדינה חייבת בהכרח להצביע על עד מסוים שהמשיבים עלולים להשפיע עליו, או על טיב הראייה שהם עלולים לבדות. די בחשש הסביר שיעשו כל שביכולתם כדי לעזור לחבריהם להימלט מן העונש. הדרכים לכך יכולות להיות שונות ולעתים אין כל אפשרות לחזותן מראש",¹⁵⁷ וניתן לעצור בעילה זו אף אם "קשה לקבוע בוודאות ובמדויק באיזו דרך עלול העורר לנסות ולשבש את הליכי המשפט אם ישוחרר".¹⁵⁸ בית המשפט העליון מנה כמה אינדיקציות לסכנה לשיבוש הליכים: הרשעה קודמת בעבירה הקשורה לשיבוש הליכים, כגון מתן עדות שקר או מתן הודעות סותרות;¹⁵⁹ ניסיונות קודמים להשפיע שלא כדין על עדים,¹⁶⁰ אופיו האלים של החשוד או הנאשם, היותם של העדים נתונים להשפעתו או למרותו של החשוד או הנאשם;¹⁶¹ מכתב ששלח הנאשם לבני משפחתו הכולל הנחיות לפעולה ולהידברות עם עדי התביעה;¹⁶² ניסיון של קרובים לנאשם ליצור קשר עם עדי התביעה;¹⁶³ תחכום רב ודמיון בביצוע מעשה העבירה.¹⁶⁴ הגם שבמקרים מסוימים בית המשפט בחן באופן קונקרטי את נסיבות ביצועה של העבירה המיוחסת לנאשם,¹⁶⁵ בית המשפט לומד על חשש לשיבוש הליכים גם מטבחן

- 155 פרשת לוי, לעיל הערה 153, בעמ' 146; פרשת ועקנין, לעיל הערה 153, עמ' 848.
- 156 אורי סלוניס, נתן שמחוני "מעצר עד תום ההליכים בעבירות צווארון לבן: תיקון החוק – מהפכה או איפכא?" עיוני משפט טו 569, 579 (1990).
- 157 ב"ש 298/80 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד לה (1) 276, 267 (1980).
- 158 ב"ש פ 471/88 חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 353, 356 (1988).
- 159 פרשת לוי, לעיל הערה 157, בעמ' 274.
- 160 ב"ש 187/77 לוזון נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 504, 502 (1977); ב"ש 460/82 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 504, 503 (1982); פרשת פלח, לעיל הערה 92, בעמ' 172; ב"ש 1062/84 קוסטין נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (4) 810, 806 (1984); ב"ש פ 211/90 מדינת ישראל נ' בן עטא, פ"ד מד (3) 799, 798 (1990); פרשת טרודי, לעיל הערה 87, בעמ' 556; ב"ש פ 1883/92 מדינת ישראל נ' ברכה, פ"ד מו (3) 487, 485 (1992).
- 161 דן ביין "הערות לתפקיד בית-המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" הפרקליט כח 69, 82 (1972).
- 162 פרשת לוי, לעיל הערה 153, בעמ' 148.
- 163 ב"ש 215/73 מדינת ישראל נ' סלימאן, פ"ד כח (1) 248, 246 (1973).
- 164 פרשת קוסטין, לעיל הערה 160, בעמ' 811.
- 165 ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 460, 449 (1986) (אבחנה בין סחיטה או איום על עדים לבין מעשים אחרים של שיבוש הליכי משפט; גם אם הנאשם זייף מסמך, כאשר כל הראיות מצויות בידי המשטרה, לא סביר להניח שהנאשם זייף מסמכים נוספים, שלא יהיו בוודאי מהימנים על בית המשפט); פרשת צור, לעיל הערה 153, בעמ' 716-715 (בחינת השאלה מי יזם את השיחה שבעטייה הוגש נגד הנאשם כתב אישום על הדחה בחקירה); ב"ש

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

של העבירות המיוחסות לנאשם כגון עבירות מתוכננות של זיוף וקבלת דבר במרמה,¹⁶⁶ סחיטה באיומים, הדחת עדים והטרדתם.¹⁶⁷ כך, למשל, אומר בית המשפט כי "אדם שאיים על בעלי חוב לארגון וגרם להם לעשות כרצונו, ברי כי עולה חשש שלא יהסס להפעיל את השפעתו המאיימת גם לצורך הנאת עדים מלהעיד נגדו ונגד שותפיו לארגון".¹⁶⁸ כמו כן, הפסיקה מניחה חזקת שיבוש לגבי עבירות מסוימות. כך, למשל, "טיב העבירה של השתייכות לארגון טרוריסטי... הוא כזה שמטבע הדברים מתבקשת ההנחה כי מצד אנשי הארגון ייעשה כל מאמץ להפריע למשטרה בחקירותיה".¹⁶⁹ בית המשפט קובע אף כי קיים חשש טבוע לשיבוש הליכי משפט בעבירות מין ואליומות במשפחה, בשל מערכת היחסים הסבוכה הקיימת בין המתלונן לבין הנאשם ובשל פגיעותו הרבה של הקרבן,¹⁷⁰ וכן בעבירות של סחיטה באיומים המקימות חשש אינהרנטי להטלת מורא על קרבן האיומים.¹⁷¹ יתרון המידע והטכנולוגיה שיש לנחקר על פני החוקרים יוצר אף הוא חשש סביר לשיבוש הליכי חקירה ומשפט.¹⁷² הנה כי כן, רבים הם המקרים שבהם נוטה בית המשפט לייחס לנאשמים כוונה לשבש את הליכי המשפט.

בשלב המשפט בית המשפט מצא בדברים הבאים אינדיקציות לבריחה אפשרית: קיומה של תשתית כלכלית איתנה המאפשרת בריחה,¹⁷³ הימצאות מקום מגוריו של הנאשם או מקום מגוריה של המשפחה בחו"ל או הימצאות מרכז החיים או מרכז העסקים בחו"ל,¹⁷⁴

- 1134/85 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט (4) 502, 501 (1985) (שחרור נאשם למרות הגשת כתב אישום בגין הטרדת עד).
- 166 ב"ש 82/86 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 732, 729 (1986); פרשת חיים, לעיל הערה 158, בעמ' 356.
- 167 פרשת וייסברג, לעיל הערה 93, בעמ' 677; פרשת סגל, לעיל הערה 92, בעמ' 13; ב"ש פ 597/93 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד מז (1) 340, 344-345 (1993); ב"ש פ 819/93 מדינת ישראל נ' סורוצקי, פ"ד מז (1) 371, 372 (1993); פרשת נמרודי, לעיל הערה 153, בעמ' 874-873; פרשת אלפרון, לעיל הערה 92, בעמ' 410.
- 168 ב"ש פ 3232/06 מדינת ישראל נ' גבאי, סעיף 10 (פורסם בנבו, 17.5.2006).
- 169 פרשת חרותי, לעיל הערה 93, בעמ' 804.
- 170 ראו לעניין זה סקירתה של חיה זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" משפטים לא 323, 339 (2000).
- 171 ב"ש פ 7415/03 מדינת ישראל נ' אבו מוך, פ"ד נז (6) 77, 81 (2003).
- 172 ב"ש פ 6340/05 מדינת ישראל נ' בללי, סעיף 10 (פורסם בנבו, 30.6.2005).
- 173 ב"ש פ 6057/01 צ'ורני נ' מדינת ישראל, סעיף 8 (פורסם בנבו, 12.8.2001); ב"ש פ 625/05 מדינת ישראל נ' מיכאלי (פורסם בנבו, 31.1.2005).
- 174 ב"ש פ 2569/97 מדינת ישראל נ' אוחנונה, פ"ד נא (1) 327, 331 (1997); פרשת רבינוביץ, לעיל הערה 141, בעמ' 671; פרשת צ'ורני, לעיל הערה 173, סעיף 9; ב"ש פ 11367/03 מורדכוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (3) 607, 612 (2004); Trotter, לעיל הערה 133, בעמ' 86-85 (2002); 34 E.H.R.R. 948, 962 (2002). Bafruss v. Czech Republic. כך, מעביר סעיף Criminal Code ל-515(6)(b) בקנדה את נטל הראיה להיעדר חשש בריחה על כתפי הנאשם, אשר מקום מגוריו הקבוע מצוי מחוץ לקנדה.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

יכולתו של הנאשם להשיג דרכונים זרים,¹⁷⁵ שיתוף פעולה עברייני עם גורמים מחוץ לתחומי המדינה,¹⁷⁶ העלמת סכומי כסף גבוהים היכולים לשמש לשם בריחה מהארץ,¹⁷⁷ ניסיון קודם לשבש הליכי משפט תוך הסתייעות בקשרים מחוץ לארץ,¹⁷⁸ ניסיון בריחה קודם,¹⁷⁹ שהייה בארץ באופן לא חוקי ובזהות בדויה,¹⁸⁰ מעשי זיוף והיכולת להשיג מסמכים מזויפים,¹⁸¹ חומרת העונש הצפוי במקרה של הרשעה,¹⁸² התועלת שאדם יכול להפיק מבריחה – לנוכח העונש הצפוי לו וסכומי הכסף המועלמים המיוחסים לו,¹⁸³ השלב שבו מצוי ההליך הפלילי.¹⁸⁴ ואכן, רבות הן הנסיבות הפועלות לרעתם של הנאשמים בכל הכרוך במעצר ובהטלת הגבלות אחרות למניעת שיבוש. באחד המקרים הורה בית המשפט העליון על מעצרו של הנאשם בפסקו כי "הפקדת דרכונו של נאשם אינה מבטיחה במידה מספקת שאדם זריו מחשבה וקל תנועה כמוהו (הוא גרוש וגר עם בתו הקטנה אצל הוריו) העמוס חובות בארץ, לא ינסה ולא יצליח להימלט מאימת הדין".¹⁸⁵ לעניין מקום מגורים בשטחים נקבע כי עובדת היותו של הנאשם תושב השטחים המוחזקים הינה בעלת נפקות לעניין גובה הערובה ותנאיה, אך אינה יכולה כשלעצמה למנוע את שחרורו בערובה.¹⁸⁶ לעומת זאת, בפסק דין מאוחר יותר קבע בית המשפט העליון כי התגוררות הנאשם באזור שאינו בשליטתה של מדינת ישראל יוצרת חשש להימלטות מאימת הדין.¹⁸⁷ העמדה הרווחת בהקשר זה בפסיקה היא כי מגורים בשטחים – לנוכח קשיי האיתור של נאשמים באזורים שאינם נתונים לשליטה ולפיקוח של משטרת ישראל והקלות היחסית של ההתחמקות – הוא שיקול לגיטימי להערכת החשש לבריחה, ויש להביאו בחשבון בעת בחינתן של חלופות המעצר המוצעות, הגם שאין בו משום עילת מעצר עצמאית.¹⁸⁸ בעניין זה אין להניח הנחות גורפות, אלא יש לבחון באופן פרטני את נסיבותיו של הנאשם.¹⁸⁹

- 175 פרשת צ'ורני, לעיל הערה 173, סעיף 12.
176 פרשת אנג'ל, לעיל הערה 83, בעמ' 422.
177 בש"פ 9075/96 טופול נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 635 (1997).
178 בש"פ 6606/02 צברי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 625, 629 (2002).
179 בש"פ 11136/03 מדינת ישראל נ' איטח, פ"ד נח(5) 337, 341 (2003).
180 בש"פ 5142/99 מורוזובה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 643, 664 (1999).
181 פרשת מורדוכוביץ, לעיל הערה 174, בעמ' 612; פרשת איטח, לעיל הערה 179, בעמ' 341.
182 פרשת צברי, לעיל הערה 178, בעמ' 629; פרשת מורדוכוביץ, לעיל הערה 174, בעמ' 612.
183 פרשת רבינוביץ, לעיל הערה 141, בעמ' 671.
184 פרשת צברי, לעיל הערה 178, בעמ' 629.
185 פרשת תומר, לעיל הערה 95, בעמ' 22.
186 בש"פ 2282/90 ג'אבור נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 100, 101 (1990).
187 בש"פ 2148/97 רבאיעה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 279, 285 (1997).
188 בש"פ 11109/03 שקארנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 357, 350 (2004); בש"פ 11040/03 חאסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 145, 148-149 (2004).
189 בש"פ 260/05 סביח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2005).

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

בארצות הברית נבחנים שיקולים המתייחסים למשקל הראיות, קשרי משפחה, עבודה, אופי, עבר פלילי, עבר קודם באשר להתייצבות, מצב בריאותי ואורך תקופת השהות בקהילה.¹⁹⁰ על בית המשפט לדעת, בין היתר, נתונים הנוגעים למידת התערותו של הנאשם בארץ ולמקום עבודתו. נישואין, תעסוקה, בעלות על בית וקשרים חזקים בקהילה נתפסים כגורמים המפחיתים באופן משמעותי את החשש לבריחה.¹⁹¹ בית המשפט העליון אצלנו עמד על כך שבאופן כללי, ככל שזיקתו של אדם לארץ הדוקה יותר, חשש ההימלטות מהדין פוחת.¹⁹²

יכולות להיות נסיבות השוללות חשש לשיבוש הליכים: למשל, כאשר עדי התביעה הם שוטרים, שאינם ידידים של הנאשם. העובדה כי נאשמים, שבקשתם למשפט חוזר התקבלה, יצאו לחופשות סדירות ממאסר ולא נמלטו, מהווה גורם השולל באופן סביר סכנת בריחה מצדם.¹⁹³

בית המשפט עמד על כך שככלל, ככל שהראיות חזקות יותר וככל שההליך הפלילי מצוי בשלב מתקדם יותר, גובר הצורך לנקוט אמצעים נגד הימלטות מהדין.¹⁹⁴ לאחר הרשעה בעבירה חמורה נקודת האיזון ביחס לחשש להימלטות מאימת הדין משתנה.¹⁹⁵ עם זאת, יש להוכיח גם במקרה כזה קיומה של עילת מעצר. השופט מנחם אלון הדגיש כי "הזכות לחירות מצויה וקיימת גם בידי מי שהורשע ודינו טרם נגזר, שהרי שלילת החירות – היינו מאסר בפועל – היא אחד העונשים האפשריים אך לא ההכרחיים".¹⁹⁶ הדיון צריך להיעשות

190 Esmond Harmsworth, *Bail and Detention: An Assessment and Critique of the Federal and Massachusetts Systems*, 22 N.E. J. Oo CRIM. & CIV. CON. 213, 233 (1996); Caleb Foote, James P. Markle & Edward A. Woolley, *Appearance in Court: Administration of Bail in Philadelphia*, in STUDIES ON BAIL 8 (Caleb Foote ed., 1966); Joshua Houy, "Shall" Means Shall: *state v. Janklow*, 50 S.D. L. REV. 529, 538 (2005).

191 Marq R. Ozanne, Robert A. Wilson & Dewaine L. Gedney, *Toward a Theory of Bail Risk*, 18 CRIMINOLOGY 147, 156 (1980); John W. Roberts & James S. Palermo, *A Study of the Administration of Bail in New York City*, in STUDIES ON BAIL 76 (Caleb Foote ed., 1966).

192 פרשת צ'ורני, לעיל הערה 173, סעיף 15.

193 פרשת קוזלי, לעיל הערה 113, בעמ' 564. החלטתו של בית המשפט המחוזי על קבילותו של ההודאות במשפט זוטא אינה הופכת את סכנת הבריחה לסבירה: בש"פ 8486/00 ג'נאמה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 293, 297 (2000).

194 פרשת רבינוביץ, לעיל הערה 141, בעמ' 670.

195 בש"פ 678/05 צרפתי נ' מדינת ישראל, סעיף ט(2) (פורסם בנבו, 24.1.2005); בש"פ 10177/07 לוינשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.2007). וראו גם: בש"פ 1147/01 מדינת ישראל נ' בדיר, פ"ד נה(3) 485, 481 (2001) (לקראת סיום המשפט גדלה אימת הדין ועמה גם חשש הבריחה).

196 ב"ש 183/80 שרעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 519, 517 (1980). וראו לעניין זה גם: ב"ש 695/85 תוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 837, 836 (1985) (יצוין כי בכל אותם מקרים הזמין השופט תסקיר של שירות המבחן, אשר נתן יסוד לסברה כי השופט לא שלל אפשרות

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

במסגרת שיקולי המעצר ולא במסגרת שיקולים הנוגעים לעונשו של הנאשם כשלעצמו.¹⁹⁷ הרשעה בעבירה מהווה אך שיקול במכלול השיקולים הרגילים והמקובלים בשאלת מעצרו של אדם,¹⁹⁸ אם כי יש הרואים בה "שיקול כבד ורציני" המחזק באופן משמעותי את השיקולים האחרים, כאשר אלה קיימים.¹⁹⁹ אולם גם אם הנאשם שהורשע בעבירה חמורה, צפוי לעונש מאסר ממושך בפועל, לאדם יש זכות שלא להיות נתון בסטטוס של עצור, המייחס לו אף מעשה לא ראוי בעתיד, בהיעדר עילה לכך.

ישנם הסבורים באופן מובן מאליה כי חומרת העבירה יוצרת פיתוי להימלטות מן הדין.²⁰⁰ השופט מנחם אלון עמד על כך כי אדם המואשם בעבירה חמורה "...חשש סביר קיים לגביו, שמא יימלט מאימת הדין, וניתן אף לומר בביטחון – ואך אנושי וטבעי הוא – שמחשבות הימלטות על נפשו מתרוצצות במוחו; ומכל שכן שכך הוא, אם הוא נמצא גם במצוקה כלכלית או נפשית".²⁰¹ אולם לשם מעצר, הוסיף השופט אלון, לא די בכך, אלא יש להראות חשש סביר ממשי המגובה בראיות קונקרטיות.²⁰² השופט מנחם אלון הדגיש כי חומרת העבירה יכולה לשמש שיקול להוכחת חשש סביר לשיבוש הליכי משפט, אולם זאת באופן חלקי בלבד.²⁰³ כמו כן, הקשר בין חומרת העבירה לבין סכנת בריחה יכול להתבטא בקיומו של אינטרס ציבורי גדול יותר בקיום המשפט במקרים אלה.²⁰⁴ בית הדין האירופי לזכויות אדם ראה בעונש המאסר הצפוי לנאשם במקרה של הרשעה אחת האינדיקציות לכוונת בריחה, אולם לא אינדיקציה בלעדית.²⁰⁵ מנגד, ישנם ממצאים אמפיריים המעידים על כך שחומרת העבירה אינה מהווה אמת מידה אמינה להערכתה של סכנת הבריחה,²⁰⁶

- של הימנעות מהטלת עונש של מאסר); בש"פ 531/98 רומנובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) (1998) 430, 425.
- 197 פרשת שרעבי, לעיל הערה 196, בעמ' 519; פרשת רומנובסקי, לעיל הערה 196, בעמ' 431-430.
- 198 פרשת תוהמי, לעיל הערה 196, בעמ' 837.
- 199 פרשת שרעבי, לעיל הערה 196, בעמ' 519; פרשת רומנובסקי, לעיל הערה 196, בעמ' 430.
- 200 Note, *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, 70 YALE L.J. 966, 974 (1961); מובא אצל Lester, לעיל הערה 138, בעמ' 20; בש"פ 5806/10 מריסאת נ' מדינת ישראל, סעיף י"א (פורסם בנבו, 11.8.2010).
- 201 פרשת גינדי, לעיל הערה 165, בעמ' 457.
- 202 שם, בעמ' 457-458. על הצורך להראות אפשרות סבירה להימלטותו של חשוד ראו: פרשת רבינוביץ, לעיל הערה 141, בעמ' 670.
- 203 פרשת צור, לעיל הערה 153, בעמ' 714; בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן, פ"ד מג(2) 410, 416 (1989).
- 204 ASHWORTH, לעיל הערה 27, בעמ' 198.
- 205 פרשת Bafress, לעיל הערה 174, בעמ' 962; W. v. Switzerland, 17 EHRR 60, 80 (1993).
- 206 ABRAHAM S. GOLDSTEIN, LEONARD ORLAND, CRIMINAL PROCEDURE 461 (1974).

בכמה מקומות אף נמצא כי שיעור ההתייצבות היה גבוה יותר דווקא בעבירות חמורות.²⁰⁷ ככל שהעבירה חמורה יותר, ישנו סיכוי גדול יותר לפעולת חיפוש נחושה ומוצלחת במקרה של בריחה.²⁰⁸ נאשמים בעבירות חמורות נמנעים מבריחה מתוך מודעות למוטיבציה הרבה יותר לתפסם.²⁰⁹ דווקא עבירה קלה יכולה ליצור תמריץ להתחמק, מתוך ידיעה כי במקרה כזה המשטרה לא תשקיע מאמצים רבים בחיפוש הנאשם.²¹⁰ נראה כי חומרת העונש הצפוי לנאשם במקרה של הרשעה אינה יכולה לשמש מדד בלעדי לכוונת בריחה.²¹¹ ואכן, בנדור מציין, בצדק, כי "עצם המניע הכללי אינו הוכחה, בוודאי לא לעניין פגיעה בזכות-יסוד של האדם".²¹² פירוש אחר משמעותו הוא הכנסתה של עילת המעצר של חומרת העבירה ב"דלת האחורית".²¹³ הנוהג הסמוי במקומות אחרים לעצור חשודים ונאשמים בשל חשש למסוכנות או בשל חומרת העבירה, במסווה של חשש לבריחה, מצביע על הסכנה הטמונה בניצול לרעה של עילת מעצר זו.²¹⁴

יש לזכור כי ישנם גורמים רבים שאינם ניתנים לבדיקה: אופיו של אדם, מידת נכונותו לקחת סיכונים, מידת הילחצותו מההליך הפלילי ומתוצאותיו. כך, גם בעל משפחה יכול להעתיק את כל משפחתו למקום אחר. קיומם של אמצעים כספיים אינו מהווה אף הוא אינדיקציה ליכולת הימלטות, שכן כל אדם יכול להסתלק מביתו ולהתחבא בבית חברים.²¹⁵ ביחס לכוונה לשבש הליכים באופן אחר מאשר בריחה, הגם שיהיו מקרים שבהם ההערכה בדבר כוונה עתידית לשבש הליכי חקירה מצד החשוד לא תהיה שנויה במחלוקת, ללא ספק, הצורך להוכיח חשש קונקרטי לשיבוש הליכי חקירה עלול להציב קשיים רציניים למדי בפני רשויות אכיפת החוק. שיבוש הליכי חקירה קל יותר משיבוש הליכי משפט, משום שבעת המשפט חומר הראיות כבר מצוי בידי התביעה, לאחר שעדי התביעה כבר

- 207 Foote, Markle & Woolley, לעיל הערה 190, בעמ' 8; PRUE OXLEY, REMAND AND BAIL ; DECISIONS IN A MAGISTRATE'S COURT 81 (1979).
- 208 Foote, Markle & Woolley, לעיל הערה 190, בעמ' 8.
- 209 Roberts & Palermo, לעיל הערה 191, בעמ' 76.
- 210 Frase, לעיל הערה 67, בעמ' 241.
- 211 Neumeister v. Austria, (1968) 1 E.H.R.R. 91, 127-128; Letellier v. France, (1991) 14 E.H.R.R. 83, 103.
- 212 אריאל בנדור "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 481, 522 (1997).
- 213 סלונים ושמחוני, לעיל הערה 156, בעמ' 585.
- 214 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 27; PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 4; כך, בגרמניה, מרבית המעצרים מנומקים בחשש לבריחה, כנראה בניסיון להסתמך על עילת מעצר הנתפסת כפחות בעייתית: J.M. JEHL, UNTERSUCHUNGSHAFT ZWISCHEN HASEMER; UNSCHULDVERMUTUNG UND WIEDEREINGLIEDERUNG 50 (1985), לעיל הערה 11, בעמ' 39.
- 215 Caleb Foote, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, in STUDIES ON BAIL 266 (Caleb Foote ed., 1966).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

מסרו את גרסתם במשטרה, כך שפוטנציאל השיבוש פוחת, ולתביעה יש כלים טובים להתמודד עם מצב של הדחת עדים, כגון באמצעות בקשה מבית המשפט להעדיף את הודעתם במשטרה על פני עדותם בבית המשפט.²¹⁶ בשלב החקירה, לעומת זאת, קשה בהרבה לתקן את הנזק שנגרם למהלך החקירה עקב מסירת גרסה כוזבת מלכתחילה בפני המשטרה על ידי עד מודח, עקב העלמת ראיות בלתי ידועות או עקב תיאום עדויות על ידי שותפים לעבירה. האפשרות האבסטרקטית לשיבוש הליכים קיימת כמעט תמיד, שכן אין כל אפשרות לדעת מראש האם אדם יפעל לשיבוש הליכים בעת היותו חופשי. קשה מאד להוכיח באופן נגטיבי כי העצור לא ישבש את החקירה אם ישוחרר.²¹⁷ כמעט בכל חקירה קיים חשש, שהחשוד ינסה לשבש את מהלכיה, בעיקר כאשר יש לו יכולת השפעה על עדים פוטנציאליים או יכולת להעלים ראיות. החשוד עצמו קרוב במקרים רבים לזירת האירוע, ויודע מי הם העדים הרלוונטיים, בעוד שהמשטרה יכולה להגיע למידע כזה רק כעבור זמן. על כן, יש הטוענים כי קיים חשש אינהרנטי לשיבוש חקירה מצד חשודים.²¹⁸ אולם כל עוד החשוד אינו נתפס בניסיון ממשי לשבש את החקירה, קשה יהיה להצביע על נסיבות קונקרטיות, המבססות כוונה עתידית כזו מצדו. המתנה למידע נוסף, מאידך, אשר יאשש באופן קונקרטי כוונה כזו מצד החשוד, עלולה להתגלות כמאוחרת ולהסב פגיעה בלתי הפיכה לחקירה.²¹⁹ יש הסבורים, לכן, כי אין מנוס מלהשלים עם מקרים של מעצר בשל סכנה פוטנציאלית לשיבוש הליכים, עד להסרתה האובייקטיבית.²²⁰ הלכה למעשה, במקרים רבים קובע בית המשפט כי חשש לשיבוש החקירה מתקיים מעצם הצורך לגבות עדויות מכמה חשודים במעורבות בעבירה או מעדים נוספים, גם כאשר לא מוכח כל ניסיון מצד החשוד ליצור עמם קשר, או מעצם הצורך לתפוס ראיות נוספות.²²¹ בית המשפט מסתפק לעתים גם בהשערה לא מוכחת הנשענת על סכנה אבסטרקטית. כך, למשל, בעניינו של מנהל סניף בנק שהואשם בגניבת כספים מהבנק אומר בית המשפט: "אין להתעלם גם מן האפשרות, ולו אך דרך השערה שאינה בלתי מסתברת, כי המסמכים להוכחת אשמתו, שהמשיב הודה בהשמדתם, כלל לא הושמדו, אלא נמצאים אי-שם, וכי אם ישתחרר, עלול הוא להשמידם. ייתכן, דרך משל, שקיימים מסמכים נוספים, הנוגעים לחקירה שעודנה

216 ביין, לעיל הערה 161, בעמ' 82; וראו גם: ב"ש 34/57 ברטי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 723, 724-725 (1957); בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, סעיף 10 (פורסם בנבו, 4.9.2005).

217 Jeffrey Kahn, *Russian Compliance with Articles Five and Six of the European Convention of Human Rights As a Barometer of Legal Reform and Human Rights in Russia*, 35 U. MICH. J.L. REF. 641, 673 (2002).

218 Krauss, לעיל הערה 9, בעמ' 172-167.

219 PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 198-197.

220 שם, בעמ' 87-86.

221 פרשת שקארנה, לעיל הערה 188, בעמ' 357.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

נמשכת, וכי הוא עשוי או להשמיד את אלה או להשפיע על עדים אם יימצאו. הסניגור המלומד טוען, שסכנה של השמדת מסמכים בעתיד אינה קיימת, והראיה, שבחיפוש שנערך בדירתו לא נמצאו כל מסמכים, משמע, שאכן הושמדו. אין, לדעתי, כל ביטחון, שביתו שימש לו מקום מסתור למסמכים הללו.²²² ובאופן מפורש יותר, באשרו את עיכוב יציאתו של החשוד במעורבות ברשת של הברחות, קובע בית המשפט כי "אכן, בידי המשיבה אין ראיות קונקרטיות לשיבוש בפועל או בכוח של הליכי חקירה על ידי העורר. אולם במקרים מסוג זה, כמו במקרים רבים אחרים, החשש לשיבוש הליכי חקירה הוא חשש מובנה העולה מעצם טבעה ואופייה של החקירה, שלא ניתן להוכיחו באמצעות ראיות קונקרטיות בדבר השיבוש הצפוי".²²³ יתרה מכך, בית המשפט העליון קבע בהקשר לאירועי כפר דרום, אשר בהם שהו מתנגדים להינתקות על גג בית הכנסת וחלקם תקפו את כוחות הביטחון על ידי השלכת חפצים, כי "כאשר מעורבים אנשים כה רבים בביצוע עבירות, ויש חשד כי הייתה התארגנות מראש לביצוען, קיים חשש טבוע לאפשרות של שיבוש הליכים".²²⁴ זאת, הגם שהראיה המרכזית נגד החשודים היו סרטי הווידאו שתיעדו את האירוע,²²⁵ כך שעל פניו סכנת השיבוש הייתה קלושה ביותר. בית המשפט לא הסביר כלל, על כל פנים, כיצד יכולה סכנת השיבוש לבוא לידי ביטוי. ניתן לראות אפוא כי במקרים רבים בית המשפט מוותר על הוכחה קונקרטית כלשהי של סכנת שיבוש.

ויתור על הוכחה קונקרטית של סכנת שיבוש אינו ראוי. בשל רוחבה של עילת מעצר זו וחוסר ודאותה, קל לנצלה באופן בלתי ראוי לשם מעצר לצורך הפעלת לחץ.²²⁶ בנוסף, כאשר אדם נשלח למעצר מבלי שמוכחת עילת מעצר בעניינו על סמך הנחה אוטומטית, כי יפעל לשבש את החקירה ולמנוע את הוכחת עבירתו, נפגעת חזקת החפות, שכן חירותו של אדם נשללת, בלא שהוכחה כוונה מצדו למנוע שלא כדין מרשויות אכיפת החוק לקבוע לגביו ממצא של אשמה. מבחינה נורמטיבית, יש צורך להראות הסתברות גבוהה לכוונתו של החשוד או הנאשם לשבש את הליכי החקירה או המשפט בעניינו כתנאי להטלת הגבלות עליו. רק סטנדרד ראייתי גבוה לכוונתו של החשוד או הנאשם למנוע שלא כדין קביעת ממצא של אשמה לגביו יכול להשתיק מלהסתמך על חזקת החפות הנתונה לו כנגד שלילת חירותו. צריכה להיות קיימת דווקא חזקה, כי באופן רגיל אדם אינו מתכוון לברוח או לשבש את ההליכים בעניינו.²²⁷

222 ב"ש 421/81 מדינת ישראל נ' רפפורט, פ"ד לו(1) 164, 166 (1981).

223 בש"פ 9032/04 ספר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2004).

224 פרשת סינהרשקו, לעיל הערה 28, בעמ' 951. לביקורת על החלטה זו ראו: סנג'רו, לעיל הערה 57, בעמ' 225-228.

225 בש"פ 8028/05 הורוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2005).

226 Toyoji Saito, *Preventive Detention in Japan*, אצל Frankowski & Shelton, לעיל הערה 67, בעמ' 182.

227 Thaler, לעיל הערה 146, בעמ' 473.

2.3 הוכחת מסוכנות עתידית

לגבי הוכחתו של יסוד המסוכנות לצורך הטלת מעצר או חלופות מעצר לשם מניעת ביצוען של עבירות, בנסיבות רגילות שופט הדין בבקשת המעצר צריך בתוך פרק זמן קצר לקבל הערכה בדבר מידת מסוכנותו העתידית של החשוד או הנאשם. הערכת המסוכנות צריכה כמובן להיות אינדיווידואלית, ולהתייחס לנסיבותיו הקונקרטיות של החשוד או הנאשם הספציפי.²²⁸ סוגיה זו עלתה על הפרק בפרשת גנימאת, שבה הבהיר בית המשפט כי "הנתון הסטטיסטי על ריבוי העבירות אינו מספיק להרים חשש לגבי נאשם ספציפי. יש להצביע על נתוניו המיוחדים של אותו נאשם ועל הסיכון שהוא מהווה לציבור. סטטיסטיקה פלילית אינה בסיס למעצר. נתון סטטיסטי על גידול בתנאי עבירה פלונית אינו בסיס מספיק להנחה כי נאשם פלוני, שלגביו הוגש כתב-אישום בגין ביצוע אותה עבירה פלונית בעבר, יבצע אותה גם בעתיד".²²⁹ "הבחינה היא אינדיווידואלית. לא תכונותיה של העבירה אלא תכונותיו של העבריין הן העומדות ביסוד הבדיקה. השאלה אינה אם העבירה היא חמורה, או אם היא מהווה מכת מדינה. השאלה הינה אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם הספציפי העומד לדין ישוב ויבצע עבירות אם יתהלך חופשי".²³⁰ אין לטעון מסוכנות עתידית בעלמא. כך, למשל, קיבל בית המשפט העליון את עררו של נאשם בהתפרצות על ההחלטה לעצרו עד תום ההליכים המשפטיים, באומרו כי "הנימוק היחיד ששמעתי מפי בא-כוח התביעה הכללית הוא כי ישנה סכנה כי בהיותו משוחרר בערבות יכול המבקש לבצע עבירות נוספות מכיון שרווחת דעה בין עבריינים כי כדאי לנהוג כך, מפני שלאחר מכן בלאו הכי נוהגים בתי-המשפט להטיל ענשים חופפים".²³¹ במקרה אחר, לגבי של נאשם בעבירות מרמה, אמר בית המשפט: "אילו הואשם המבקש רק בעבירה אחת מהסוג של העבירות המיוחסות לו, ולא בשורה של מעשים במשך תקופה ארוכה, לא הייתי נוטה לקבל את טענותיו של פרקליט המדינה המלומד. מה שנוגע לטענה הראשונה בדבר החשש שהוא עלול להמשיך במעשים האלה אם ישוחרר בערבות – הרי דבר זה אפשר לטעון בכל מקרה של בקשה למתן צו לשחרור בערבות...".²³² בהערכת המסוכנות יש לבחון ככלל את טיב המעשה ואת טיבו של העושה.²³³ בית המשפט רואה אינדיקציות למסוכנות עתידית בגורמים הבאים: רשעות ואכזריות בביצוע העבירה המיוחסת לנאשם אשר עלולות להעיד

W. SCHUBERT, DER HAFTGRUND DER WIEDERHOLUNGSGEFAHR - EINE HISTORISCHE UND RECHTSDOGMATISCHE UNTERSUCHUNG UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES GELTENDEN §112a StPO 232-233 (1983)

הנשיא ברק בבש"פ גנימאת, לעיל הערה 152, בעמ' 429.

שם, בעמ' 435.

המ' 110/57 אל-בהטימי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 669, 670 (1957).

פרשת ברטי, לעיל הערה 216, בעמ' 724.

בש"פ 5222/97 פטשניק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 702, 705-706 (1997); בש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 833, 841 (2005).

לכאורה על הנאשם כי "...המידות הטבעיות של אנושיות ושל רחמים המשמשות בלם ומעצור אצל רוב הבריות, אינן בולמות את הדחפים העבריינים המניעים אותו";²³⁴ הצהרתם של הנאשמים כי ימשיכו במעשיהם;²³⁵ נסיבות ביצועה של העבירה: שיטתיות בביצוע עבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום;²³⁶ היותה של העבירה מתוכננת;²³⁷ ביצוע העבירה בתעוזה ובמקצועיות;²³⁸ ביצוע העבירה על ידי כמה מבצעים;²³⁹ שימוש באלים או באיומי נשק;²⁴⁰ קיומו של מניע אידיאולוגי;²⁴¹ מעשה המעיד על חוסר שליטה עצמית²⁴² ועל "התנהגות אובססיבית, לא רציונלית";²⁴³ עבר פלילי²⁴⁴ – במיוחד כאשר מדובר בעבר פלילי מאותו סוג או בעבר פלילי בעבירות אחרות המעיד "על כך שהוא מזלזל באיסורי החוק";²⁴⁵ קיומו של קרבן ספציפי שיש להרחיק ממנו את הנאשם;²⁴⁶

- 234 פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 706.
- 235 פרשת מלכה, לעיל הערה 233, בעמ' 841.
- 236 פרשת ברטי, לעיל הערה 216, בעמ' 725; פרשת רבאייעה, לעיל הערה 187, בעמ' 284-285.
- 237 בש"פ 341/89 מדינת ישראל נ' ממן, פ"ד מג(2) 441, 446-447 (1989).
- 238 פרשת אנג'ל, לעיל הערה 83, בעמ' 422.
- 239 פרשת רבאייעה, לעיל הערה 187, בעמ' 284-285; פרשת חאסן, לעיל הערה 188, בעמ' 148; בש"פ 6989/05 עובד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 871, 874 (2005); בש"פ 8437/04 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 104, 109 (2004).
- 240 פרשת אנג'ל, לעיל הערה 83, בעמ' 422; פרשת רבאייעה, לעיל הערה 187, בעמ' 284-285; בש"פ 2116/97 שהין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 680, 685 (1997).
- 241 פרשת הרשקוביץ, לעיל הערה 28, בעמ' 714; בש"פ 7684/05 מדינת ישראל נ' דיניו, פ"ד נט(2) 917, 920 (2005); בש"פ 6552/05 עבידאת נ' מדינת ישראל, סעיף 12 (פורסם בנבו, 17.8.2005).
- 242 פרשת ממן, לעיל הערה 237, בעמ' 447.
- 243 להלכה זו ראו גם: בש"פ 8332/00 מדינת ישראל נ' שרפוב, פ"ד נד(5) 241, 244 (2000).
- 244 ע"פ 466/88 מדינת ישראל נ' ללוציאשוילי, פ"ד מב(3) 159, 161 (1988); פרשת שהין, לעיל הערה 240, בעמ' 685; בש"פ 2179/99 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 187, 192 (1999). פרשת אלקובי, לעיל הערה 72, בעמ' 564; בש"פ 10028/03 אלקריף נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 577, 582 (2003); פרשת איטח, לעיל הערה 179, בעמ' 341; בש"פ 4326/04 מדינת ישראל נ' מקייטן, פ"ד נט(2) 385, 390 (2004). בעוד שעבר פלילי הינו אינדיקציה למסוכנות, היעדרו של עבר פלילי אינו מלמד בהכרח על היעדר מסוכנות: פרשת אנג'ל, לעיל הערה 83, בעמ' 422. הובעה דעה כי בעבירות של סחר בסמים היעדרו של עבר פלילי אינו מכריע בהערכת המסוכנות: בש"פ 3899/55 מדינת ישראל נ' ג'מאל, פ"ד מט(3) 164, 170 (1995).
- 245 נח, לעיל הערה 85, כרך ראשון, בעמ' 369; פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 706. בית המשפט הדגיש, עם זאת, כי עבר פלילי הוא נתון ראוי לעניין הערכת המסוכנות הנשקפת מהנאשם, אך אינו רלוונטי להערכת הראיות הקיימות בעניינו בהיות נתון זה נסתר מהשופט הדן בתיק העיקרי: פרשת זאדה, לעיל הערה 2, בעמ' 152.
- 246 פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 706.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

היותה של העבירה בגדר משלח יד לכאורי של הנאשם;²⁴⁷ טיבה של העבירה יכול אף הוא ללמד על מסוכנות: סחיטת דמי חסות;²⁴⁸ השתתפות בארגון פשיעה;²⁴⁹ פעילות עבריינית לכאורה בשליחותם של אחרים החולשים על מבנה עברייני מורכב, גם אם אינו מוגדר כ"ארגון פשיעה".²⁵⁰ הנה כי כן, רבות מספור הן הנסיבות שאותן רואים השופטים כאינדיקציות למסוכנות עתידית. בנוסף, בית המשפט עומד על כך כי עובדות כתב האישום יכולות ללמד על מסוכנות הנאשם ללא צורך "בהכרח בראיות חיצוניות נוספות...".²⁵¹ בעבירות הברחה, סחר או החזקה של סמים בכמויות גדולות ההנחה היא כי במקרה הרגיל נשקפת סכנה מוחשית מהנאשם המצדיקה מעצר.²⁵² הנחה כזו קיימת גם לגבי רצח²⁵³ אונס אקראי,²⁵⁴ סחר בנשים,²⁵⁵ עבירות של סרסרות לזנות בנסיבות מחמירות,²⁵⁶ סחיטה

- 247 בש"פ גנימאת, לעיל הערה 152, בעמ' 379; בש"פ 4077/98 מדינת ישראל נ' צ'ורני, פ"ד נב(3) 241, 245 (1998).
- 248 פרשת צ'ורני, לעיל הערה 247, בעמ' 245.
- 249 בש"פ 6249/07 זוארץ נ' מדינת ישראל, סעיף 19 (פורסם בנבו, 5.8.2007). עם זאת, במקרים מתאימים ניתן לשקול חלופת מעצר: בש"פ 10689/08 קנפו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2008) (התפרצות לדירה במסגרת "התארגנות פשיעית").
- 250 פרשת ותד, לעיל הערה 81, סעיף 8.
- 251 בש"פ 610/88 פדילה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 685, 692 (1988).
- 252 פרשת נסאסרה, לעיל הערה 71, בעמ' 106; בש"פ 2092/95 טלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 641, 647 (1995); בש"פ 280/05 שטרית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.1.2005); בש"פ 348/05 בריק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2005); בש"פ 3791/92 אוטמזגין נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 186, 189-190; בש"פ 5715/06 אברהם נ' מדינת ישראל, סעיף 5 (פורסם בנבו, 16.7.2006).
- 253 בש"פ 2646/97 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 523, 526-527 (1997) ("אכן, רק במקרים נדירים ביותר ויוצאי דופן, ניתן יהיה להסתפק בחלופה למעצרו של מי שמואשם בעבירה של רצח בכוונה תחילה, שהיא החמורה שבעבירות. מטבע הדברים, אדם המסוגל לבצע רצח, מסוכן הוא לביטחון הציבור, וקשה ביותר להפריך חזקת מסוכנות זו. אדם שאינו בוחל אף בפגיעה בערך הבסיסי והאוניברסלי של קדושת החיים, אינו ראוי לאמון שהחברה נותנת באדם המשוחרר בערובה – שיקיים את תנאי שחרורו. מקום בו לכאורה הנאשם רצח אדם – אין להניח כי צווי בית-המשפט יהיה בהם להטיל עליו מורא". יצוין כי באותו מקרה הורה בית המשפט על תנאים מגבילים של נאשמת בעבירת רצח בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה). על נסיבות חריגות המצדיקות שחרור בערובה של נאשם בעבירת רצח ראו גם: פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 705 (נאשם ברצח אשתו בן 90 חולה סרטן; ילדי אשתו המנוחה העידו על התעללותה הנפשית הממושכת בבעלה).
- 254 בש"פ 8298/96 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 177, 179 (1996); בש"פ 2222/97 מדינת ישראל נ' חוסאם, פ"ד נא(1) 109, 113 (1997).
- 255 בש"פ 7544/03 רחימוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 193, 197 (2003); פרשת מורדכוביץ, לעיל הערה 174, בעמ' 611; בש"פ 11383/03 מדינת ישראל נ' חמדי, פ"ד נח(5) 16, 19 (2003).

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

באימים, 257 ועבירות הקשורות בנשק. 258 מנגד, התגרות יוצאת דופן מצדו של הקרבן או עוינות ממושכת עמו מפחיתה את הסכנה הנשקפת לציבור בכללותו. 259 בית המשפט בוחן האם מדובר במעידה חד-פעמית של אדם ישר דרך. 260 יש הסבורים כי ככל שהסכנה הנשקפת מהחשוד או הנאשם גבוהה יותר, די יהיה בהסתברות נמוכה יותר להתממשותה. 261 השופטת שטרסברג-כהן עמדה על כך כי ככל שהמדינה מצליחה להוכיח את הפן האובייקטיבי של המסוכנות, הנסמך על נסיבות העבירה ומהותה, כך יכולה היא להסתפק במידת הוכחה פחותה יותר לגבי הפן הסובייקטיבי – הסיכון הנשקף מהעברייני הספציפי, ולהיפך. 262

גם לגבי הערכת המסוכנות צריך לחול הכלל שלפיו כדי להסיג זכות יסוד מפני אינטרס ציבורי מתגנש, יש להביא נתונים בדוקים ומשכנעים להתרחשות התוצאה, שאותה מבקשים למנוע. בארצות הברית החוק הפדרלי דורש "clear and convincing evidence" להוכחת מסוכנות עתידית לצורך ההחלטה על מעצר. 263 בית המשפט העליון האמריקני עמד על כך שבדרישת החשש הסביר לסיכון ביטחון הציבור "...יש כדי להצביע על דאגת המחוקק לאינטרס של הגנת הציבור, המורידה את רמת ההוכחה הנדרשת להוכחת מרכיבי המסוכנות". 264 עדיין, יש לבסס ברמת ודאות גבוהה ככל הניתן את הסימנים, המעידים על התנהגותו העתידית של החשוד או הנאשם. 265 יש לחתור לרמת דיוק גבוהה ככל הניתן באמצעות אימוץ מנגנונים, אשר יסייעו להתגבר על החוסר במידע תוך הכרה בחוסר היכולת לגבש קריטריונים ברורים להערכת המסוכנות. 266 כך, למשל, תסקיר מעצר יכול לספק מידע נחוץ לצורך הערכת מסוכנותו של הנאשם. 267 יש הסבורים כי כאשר קיימת סכנה לביצועה

- 256 פרשת רחיימוב, לעיל הערה 255, בעמ' 197; בש"פ 1991/04 איליצנקו נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 481, 484-485 (2004) (השופט חשין מבקר את גישתה המקלה לטעמו של השופט דורנר ביחס לעבירות אלו).
- 257 פרשת אלפרון, לעיל הערה 92, בעמ' 410.
- 258 בש"פ 5672/02 חטיני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 389, 391-392 (2002); פרשת אלקריף, לעיל הערה 244, בעמ' 582 (רק במקרים נדירים תופרך חזקת המסוכנות).
- 259 פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 706.
- 260 ש.ס.
- 261 Raifeartaigh, לעיל הערה 137, בעמ' 20 (מעלה את שאלת הקשר בין ההסתברות לביצוע עבירה לבין הערכת חומרתה לצורך חיזוי מסוכנות).
- 262 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 635 (1995).
- 263 Frankowski & Shelton אצל Frankowski & Luepke, לעיל הערה 67, בעמ' 83.
- 264 דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 262, בעמ' 636.
- 265 PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 197.
- 266 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 47.
- 267 ראו, למשל, בש"פ 6426/09 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 2009).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

של עבירת אלימות, הרוב יעדיפו לטעות, באופן מובן, לטובת הזהירות.²⁶⁸ מנגד, הספק צריך לפעול לטובת החשוד או הנאשם בעת בחינתה של עילת המעצר למרות שלא ניתן ליישם כפשוטו את נטל ההוכחה של מעבר לכל ספק סביר בהליכי מעצר.²⁶⁹ הנמכת יתר של נטל ההוכחה ומעצר חשודים ונאשמים, שלא נשקפת מהם סכנה לציבור, פוגעים בעקרון המידתיות.²⁷⁰ חזקת החפות נפגעת אף היא, כאשר לא מוכחות כדבעי נסיבות של סכנה לביטחון הציבור, אשר רק בהן יש כדי להצדיק שלילת חירות בטרם הרשעה בעילה זו.

3. ההוכחה הנדרשת לצורך הטלת תנאים מגבילים

בית המשפט עמד על קיומו של קשר בין הרמה הראייתית הנדרשת להוכחת העבירה לבין טיב האמצעים המגבילים שניתן להטיל על חשודים ונאשמים. כך, בית המשפט קבע כי היעדרו של חשד סביר לביצוע עבירה לצורך מעצר אינו מונע את שחרורם של חשודים בתנאים מגבילים.²⁷¹ כמו כן, ראיות שאינן חזקות דיין כדי להצדיק מעצר עד תום ההליכים, עשויות להצדיק שחרור בתנאים מגבילים.²⁷² קיים אף קשר בין משקל הראיות לבין טיב ההגבלה שניתן להטיל. כך, מציין בית המשפט באחד המקרים כי "במצב זה של התשתית הראייתית ספק גדול בעיניי, אם מקום היה לעצור את העורר אף במעצר בית, ודי היה בשחרור בערבות ותנאים נוספים שיאפשרו עיקוב אחר הליכות העורר ויבטיחו התייצבותו למשפט".²⁷³

באשר להוכחתה של עילת המעצר, יש להראות אפשרות סבירה לשיבוש הליכי חקירה ומשפט לשם עיכוב יציאתם מהארץ של חשודים ונאשמים.²⁷⁴ עם זאת, השופט חשין קבע כי כדי להורות על עיכוב יציאתו של הנאשם מהארץ, "אין להטיל על המדינה נטל מיוחד להוכיח חשש לשיבוש הליכי המשפט על דרך הבאתן של ראיות ספציפיות, ורשאית

Jeffrey Manns, *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*, 26 268
CARDZO L. REV. 1947, 1969 (2005).
H. Dreves, *Der dringende Tatverdacht im Haftbefehl*, DRiZ 368, 370 (1966) 269
PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 115. 270
פרשת סמאדה, לעיל הערה 55, סעיף ד(4). 271
פרשת קבטאן, לעיל הערה 69, בעמ' 725; בש"פ 5280/02 מירפולוסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד 272
נו(5) 363, 361 (2002) (ראיות שאינן בעלות עוצמה מספקת, הגם שהן עומדות בסף הראייתי הנדרש למעצר, יכולות להצדיק חלופת מעצר); פרשת איליצנקו, לעיל הערה 256, בעמ' 483.
וראו שחרורו של נאשם בתנאים מגבילים חרף קביעה שאין ראיות לכאורה בעניינו ברמה הנדרשת לצורך מעצר: פרשת רחאל, לעיל הערה 92, בעמ' 226.
בש"פ 299/89 משי-זהב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 720, 726 (1989). 273
סעיף 48(ב)(1) לחוק המעצרים. ראו גם: ב"ש 1064/86 הארכיהגמון אג'מיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 83, 84 (1986). 274

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

התביעה לסמוך טיעוניה לעבירה גופה ולנסיבותיה הכלליות.²⁷⁵ אפשרות סבירה לבריחה יכולה להילמד מעצם חומרת העבירה והעונש הצפוי לנאשם במקרה של הרשעה, ואין צורך כי התביעה תוכיח בראיות ספציפיות כוונה כזו כאשר עומד על הפרק עיכוב יציאה מהארץ, שכן אותו מבחן עצמו יכול להיות מיושם באופן שונה על פי משקלה של הזכות הנפגעת.²⁷⁶ ככל שהגבלה המוטלת על הנאשם פחותה יותר בחומרתה, נטל ההוכחה של סכנה לשיבוש הליכים קטן יותר.²⁷⁷ בעבר בית המשפט העליון אף הרחיק לכת בקובעו כי גם אם אין חשש ספציפי שהחשוד לא יחזור לביורר דינו, השאלה אינה שאלה אישית אלא עקרונית,²⁷⁸ וככלל, "לכאורה... כשהמדובר הוא בעבירה שהיא פשע, הכלל הוא שהמשוחרר בערובה צריך לשבת בארץ ולהמתין לדינו, ולא ייתכן לאפשר לו לצאת לחוץ-לארץ ולחייב את רשויות השיפוט להמתין לבואו חזרה כדי לקיים את משפטו", אלא אם כן הגשת כתב האישום מתעכבת מעבר לסביר.²⁷⁹ השופט מנחם אלון עמד על כך שחשש סביר, המתבסס על חומרת העבירה ומלווה במצוקה כלכלית של הנאשם, יכול להספיק לנקיטת אמצעי מניעה כמו עיכוב יציאה מהארץ, אך לא לשם מעצר.²⁸⁰

לגבי נאשמים, התביעה אינה צריכה, למעשה, לבסס עילת מעצר של בריחה, אלא יכולה לפנות ישירות לבית המשפט בבקשה לעשות שימוש בסמכותו להטיל ערובה על נאשם להבטחת התייצבותו למשפט גם ללא עילת מעצר מכוח סעיף 44(ב) לחוק המעצרים. בית המשפט העליון עמד על כך כי גם בהיעדר עילת מעצר, הרי שלצורך עיכוב יציאתו של נאשם מן הארץ, "...לא די בטענה כי הוגש כתב-אישום. יש להראות כי קיים חשש – שמגדר טענה גרידא יצא ולגדר חשש סביר המצדיק מעצר עד תום ההליכים לא הגיע – כי הנאשם לא יתייצב לדינו."²⁸¹

הפסיקה, הפוטרת את התביעה מהוכחה ספציפית של יסוד הכוונה לעזוב את הארץ, פוגעת בחזקת החפות בהיותה מייחסת לפרט מעשה לא ראוי ללא הוכחה ובהיותה מאפשרת הטלת מגבלות על חשודים ונאשמים ללא שהוכחו ההצדקות להן.²⁸²

- 275 בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133, 144 (1994).
- 276 פרשת עמר, לעיל הערה 275, בעמ' 144-146.
- 277 שם, בעמ' 146.
- 278 ב"ש 210/75 מדינת ישראל נ' שפר, פ"ד כט(2) 698, 699 (1975).
- 279 שם, בעמ' 700.
- 280 פרשת גינדי, לעיל הערה 165, בעמ' 457.
- 281 בש"פ 5767/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מו(1) 394, 396 (1992). לעניין זה ראו גם: בש"פ 2094/97 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 697, 702 (1997).
- 282 ראו גם: בנדור, לעיל הערה 212, בעמ' 518-527.

4. חזקת מסוכנות

במדינות מסוימות קיימת חזקה סטטוטורית, אשר לפיה חומרת העבירה מעידה על קיומה של סכנה לשיבוש של הליכי חקירה או משפט או לביצוע עבירות נוספות.²⁸³ סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים קובע חזקת מסוכנות ביחס לנאשמים בעבירות שדינן מיתה או מאסר עולם, עבירות בטחון, עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי, עבירות שנעברו באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם וכן עבירות אלימות בן משפחה.²⁸⁴ חומרת העבירה לבדה יוצרת חזקה לקיומה של עילת מעצר ללא התחשבות בנסיבות ביצועה של העבירה הקונקרטי, ²⁸⁵ בחלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה, וכן בעברו הקודם ובנסיבות אישיות אחרות, כגון מצבו הפיזי והנפשי. בעבירות היוצרות חזקת מסוכנות הנטל להוכיח אי-מסוכנות רובץ על הנאשם.²⁸⁶ הוא חייב אף בהבאת ראיות כדי להפריך את חזקת המסוכנות, ואין די בהעלאת טענות מצדו.²⁸⁷ לגבי נאשם בעבירות סמים, הפסיקה קבעה כי ככלל עבירות של סחר בסמים מחייבות את מעצרו של הנאשם וכי הנאשם לא ישוחרר בערובה, אלא אם כן קיימות בעניינו נסיבות מיוחדות.²⁸⁸

הגם שחזקת המסוכנות מחייבת על פי לשון החוק לבחון לגופה את אפשרות קיומה של חלופת מעצר ולא לשללה אפריורית בשל סוג העבירה נשוא כתב האישום גם כאשר חזקת המסוכנות לא נסתרה,²⁸⁹ יש הסבורים כי חזקת המסוכנות יוצרת גם חזקה בדבר אי-יכולתן

283 כך, בדין הפדרלי בארצות הברית: 18 U.S.C. §3142(e) + 3142(f)(1); בקנדה: סעיף 515(6)(d) ל-Criminal Code יוצר חזקה של בריחה ומסוכנות לגבי עבירות רצח וכן סחר בסמים. במדינות מסוימות קיימת חזקת בריחה, המבוססת על חומרת העבירה. בשבדיה: Nelson, אצל Frankowski & Shelton, לעיל הערה 67, בעמ' 125-126; באוסטריה: Miklaw et al אצל Frankowski & Shelton, שם, בעמ' 140; במרבית מדינות אמריקה הלטינית: RODRÍGUEZ, לעיל הערה 26, בעמ' 113-114.

284 סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

285 וראו דעת המיעוט בפרשת Pearson, לעיל הערה 26, בעמ' 703-710 (חזקה, אשר אינה מבחינה בין נאשמים בסחר כבד בסמים לנאשמים, אשר נתנו לחבר מריחואנה מתוך נדיבות, היא בלתי חוקתית).

286 סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

287 פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 705.

288 פרשת טלקר, לעיל הערה 252, בעמ' 647; פרשת אוטמזגין, לעיל הערה 252, בעמ' 189-190; בש"פ 11219/05 פתאלי נ' מדינת ישראל, סעיף 5 (פורסם בנבו, 21.12.2005); פרשת שטרית, לעיל הערה 252; פרשת בריק, לעיל הערה 252; פרשת אברהם, לעיל הערה 252, סעיף 5.

289 בש"פ 4190/97 אבוקסיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 651, 653 (1997); פרשת פטשניק, לעיל הערה 233, בעמ' 705.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

של חלופות המעצר להפיג את הסכנה הנשקפת מהנאשם,²⁹⁰ וכי בעבירות חמורות מוטל על הנאשם הנטל להוכיח כי קיימת לגביו חלופת מעצר יעילה.²⁹¹ קיימים טיעונים חזקים לטובת העמדה שלפיה חזקה בדבר קיומה של עילת מעצר, הנסמכת על חומרת העבירה, אינה חוקתית.²⁹² חזקה המעבירה אל כתפי הנאשם את הנטל להוכיח כי לא מתקיימת בעניינו עילת מעצר פוגעת בחזקת החפות.²⁹³ לנוכח מעמדו של הנאשם כחף מפשע, המדינה המבקשת לשלול את חירותו, צריכה להראות כי יש לכך הצדקה, וכי מתקיימת לגביו עילת מעצר.²⁹⁴ כמי שמבקשת לשנות מצב קיים, המדינה צריכה לשאת בנטל להוכחת קיומה של עילת מעצר.²⁹⁵ נאשם אינו צריך לשאת בנטל להוכיח, כי אין בכוונתו לבצע עבירות מסוכנות בעתיד או לפעול לשיבוש הליכי חקירה או משפט. ההנחה צריכה להיות כי אדם, הנחשב חף מפשע, אינו צריך להימצא מאחורי סורג ובריח. צריכה להתקיים חזקה לטובת חירותו של אדם חף מפשע ולטובת ההנחה, כי אינו מתכוון להפר את החוק או לפעול באופן בלתי תקין. אדם אינו צריך להישלח למעצר, אם המדינה אינה מוכיחה הצדקה לכך.²⁹⁶ כאשר

290 בש"פ 8638/96 קורמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 200, 206 (1996); פרשת חוסאם, לעיל הערה 254, בעמ' 113; פרשת חסן, לעיל הערה 254, בעמ' 179; פרשת משה, לעיל הערה 81, בעמ' 824.

291 פרשת טלקר, לעיל הערה 252, בעמ' 646.

292 Susan M. Marcella, *When Preventive Detention is (still) Unconstitutional: The Invalidity of the Presumption in the 1984 Federal Bail Statute*, 61 S. CAL. L. REV. 1091 (1988); R. DECKERS, *DIE VORSCHRIFT DES §112 Abs. 3 StPO, sogenannter "Haftgrund der Tatschwere"* 33 AnwBL 420, 422 (1983) (הסבור כי פירושו של בית המשפט בגרמניה לעילת המעצר בגין חומרת העבירה אינו חוקתי).

293 Trotter, *Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence*, 31 CRIM. L.Q. 168, 177, 191, 194-195 (1989); Donald W. Price, *Crime and "Regulation": United States v. Salerno*, 48 LA. L. REV. 743, 757 (1988).

294 Kiselbach, לעיל הערה 293, בעמ' 195; דעת המיעוט בפרשת *Pearson*, לעיל הערה 26, בעמ' 708; השופט אלון בהמ' 118/79 רכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 45, 46 (1979): "כל אדם, גם החשוד בביצוע עבירה, בחזקת כשר ובחזקת זכאי הוא, ומן הסתם אין לפגוע בזכותו היסודית לחירות ולחופש אלא אם כן קיים חשש סביר של הפרעה בחקירת העבירה, שהחשוד לא יעמוד לדין, של סכנה לציבור מחשש של ביצוע עבירות נוספות וכיוצא באלה, וכן תלוי הדבר בחומרתה של העבירה ובמידת ההוכחות לכאורה המצויות בידי התביעה... ובכל אלה על התביעה הראיה, שהרי היא באה להוציא מחזקת הכשרות של החשוד", פרשת שרעבי, לעיל הערה 196, בעמ' 519.

295 Thaler, לעיל הערה 146, בעמ' 475.

296 Price, לעיל הערה 293, בעמ' 758; Kiselbach, לעיל הערה 293, בעמ' 183.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

עצם הגשת כתב האישום מביא להפיכת נטל ההוכחה, נפגעת חזקת החפות.²⁹⁷ העובדה כי מיוחסת לאדם עבירה חמורה אינה צריכה לגרוע מההגנות הפרוצדורליות הנתונות לו לעומת נאשמים אחרים.²⁹⁸ הטלת הנטל על הנאשם להוכיח כי אין בכוונתו לבצע עבירות בעתיד מהווה גם פגיעה בזכויותיו במידה העולה על הנדרש. אין שום סיבה לפטור את התביעה מנטל ההוכחה של עילת המעצר, לבד משיקולים הקשורים ליעילות ההליך. אולם שיקולי יעילות כשלעצמם אינם יכולים להביא לפגיעה בזכויותיו הבסיסיות של הפרט. וכפי שמדגיש בנדור, "כל תובע במשפט אזרחי – ולו הפעוט ביותר בערכו (לרבות בהליכי-ביניים) – נדרש להביא ראיות להוכחת תובענתו. האם המדינה, כאשר היא מבקשת לפגוע בזכות-יסוד של האדם, פטורה מכל נטל ראיתי?".²⁹⁹

גם על פי אמות המידה המקובלות להעברת נטלים ביחס לאי-קיומו של יסוד מיסודות העבירה, השוואת הקושי של הנאשם להוכיח שלא קיימת בעניינו עילת מעצר לעומת קשיי התביעה להוכיח קיומה של עילת מעצר פועלת אף היא נגד העברתו של נטל ההוכחה בשאלת קיומה של עילת המעצר מהמדינה לנאשם.³⁰⁰ נאשם, במיוחד בעבירות קשות, עלול להתקשות להוכיח כי לא ישוב עוד לבצע עבירה או כי לא יפעל לשיבוש הליכי החקירה או המשפט.³⁰¹ הגם ששתיקה במשטרה אינה צריכה להשליך על האפשרות להפריך את חזקת המסוכנות על ידי הצבעה על, למשל, נסיבות ביצוע העבירה (אפילו על פי המיחוס לנאשם על ידי התביעה) וניהול אורח חיים נורמטיבי,³⁰² בית המשפט העליון קבע כי אם נאשם בוחר לממש את זכות השתיקה הנתונה לו, לא יצליח, בדרך כלל, להפריך את חזקת המסוכנות.³⁰³

297 Lester, לעיל הערה 138, בעמ' 42.

298 Price, לעיל הערה 293, בעמ' 758.

299 בנדור, לעיל הערה 212, בעמ' 523.

JAMES C. MORTON, SCOTT C. HUTCHISON, THE PRESUMPTION OF INNOCENCE 122 300 (1987).

301 Tribe, לעיל הערה 134, בעמ' 393 (האומר באופן כללי כי נאשם בעל עבר פלילי אינו יכול להציע יותר מאשר הבטחה כללית לכוונותיו הטובות); דעת המיעוט בפרשת Pearson, לעיל הערה 26, בעמ' 709-708; פרשת עודה, לעיל הערה 253, בעמ' 526 (ביחס לעבירות קשות). לדעה אחרת שלפיה בכוחו של הנאשם לסתור את קיומה של עילת מעצר בעניינו ללא קשיים יתרים ראו: R. v. Bray, (1983) 40 O.R. (2d) 766, 769-770 (C.A.). במקרים נדירים קבע בית המשפט העליון כי הנאשם הצליח להפריך את חזקת המסוכנות: פרשת אבוקסיס, לעיל הערה 289, בעמ' 653 (האלימות הרבה של הנאשם נגד השוטרים שבאו לעצור את אחיו הייתה חריגה. הנאשם הינו איש משפחה, עובד במקום עבודה קבוע ובעל עבר נקי).

302 זנדרברג, לעיל הערה 170, בעמ' 343-344.

303 United States. v. Perry, 788 F.2d 100, 114-115 (3rd Cir., 1986); פרשת קורמן, לעיל הערה 290, בעמ' 206-207 (בית המשפט שואל באופן ריטורי: "וכי כיצד נאמר שהעורר הרים את הנטל הרובץ עליו להפריך את חזקת המסוכנות, אם הוא שותק?", שם, בעמ' 206. כמו כן, לעתים, נסיבות ביצועה של העבירה עשויות כשהן לעצמן להפריך את החזקה, אולם...")

לעומת זאת, אין מחלוקת כי המדינה צריכה להוכיח קיומה של עילת מעצר בעבירות שלגביהן לא קיימת חזקת מסוכנות או שיבוש הליכים, וכי בדיקה זו "...חייבת להיות אינדיווידואלית ולהתייחס למקרה הקונקרטי העומד להכרעה".³⁰⁴ אכן, "עול זה איננו קל, באשר הוא מטיל על התביעה חובת הוכחה לגבי קיום עובדות ונסיבות המצדיקות את הערכתה כלפי הצפוי".³⁰⁵ אך זו משמעותה של זכות יסוד, וזו משמעותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שניתן להטיל על חירותו של אדם את המגבלה הקשה ביותר – שכן ענייננו בהגבלת חירות של אדם שלא הורשע... רק במקרים שבהם עמדה המדינה בנטל הכבד להוכיח כי שחרורו של אותו אדם יעמיד בסכנה של ממש את שלום הציבור".³⁰⁶ "אמת, בכך מוטל נטל לא קל על המדינה, המבקשת לעצור נאשם לאחר אישום. היא עשויה להתקשות בהבאת ראיות שלפיהן הנאשם הספציפי יסכל בעתיד את הליכי הדיון או יסכן את שלום הציבור בביצוע עבירות בעתיד אם יתהלך חופשי. אין בכך ולא כלום. במדינה דמוקרטית, אשר זכויות האדם בה מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין... '... אין עוצרים אדם לאחר אישום, אלא אם כן ניתן לשכנע את בית המשפט, במידת הוודאות הדרושה, כי הוא – הוא ולא אחרים – מהווה סכנה לסיכול הליכי הדיון או לביצוע עבירות בעתיד".³⁰⁷ אולם אין גם להפריז בקושי המוטל על התביעה, שכן "...מקום שבו החשש לסיכון שלום הציבור הוא ממשי, לרוב יהיה בידי המדינה להצביע על נסיבות המבססות אותו".³⁰⁸ אולם אם המדינה מסוגלת להגן על הציבור בכל סוגי העבירות האחרות בלי להזדקק להעברתו של נטל ההוכחה, אזי היא מסוגלת לעשות כן מכוח קל וחומר גם ללא סיועה של חזקת המסוכנות לגבי נאשמים בעבירות חמורות.³⁰⁹ ביטול החזקה לקיומה של עילת מעצר לא יציב נטל בלתי סביר על המדינה.³¹⁰ אין לגרוס, בכל אופן, כי לנאשם (ובוודאי לנאשם הטוען לחפותו) קל יותר לשלול כוונה מצדו לבצע עבירות נוספות מאשר לתביעה להוכיח כוונה כזו באופן פוזיטיבי.³¹¹

נאשם בוחר בזכות השתיקה ומשאיר את רשות הדיבור למעשה בעצמו ולבדו, עלול הנאשם להתקשות מאוד בניסיון להפריך את חזקת המסוכנות" (שם, בעמ' 207). ראו לעניין זה גם: בש"פ 7511/03 פס' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 721, 723 (2003).

- 304 דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 262, בעמ' 610.
 305 שם, בעמ' 615.
 306 בש"פ גנימאת, לעיל הערה 152, בעמ' 379.
 307 שם, בעמ' 429-430.
 308 דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 262, בעמ' 617; Frankowski & Luepke & אצל Frankowski Shelton, לעיל הערה 67, בעמ' 90-91 (הסבורים כי קל לעמוד בדרישה זו כשלנאשם עבר פלילי).
 309 MORTON & HUTCHISON, לעיל הערה 300, בעמ' 121.
 310 Kiselbach, לעיל הערה 293, בעמ' 195.
 311 TROTTER, לעיל הערה 133, בעמ' 138.

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

ישנה טענה שלפיה העברתו של נטל ההוכחה ביחס להיעדר קיומה של עילת מעצר אף אינה עומדת באמת המידה של קשר הגיוני בין שתי עובדות, שכן שיעור הרצידיביזם הכללי אינו מבסס מסקנה, כי נאשם בעבירה מסוימת ישוב ויבצע עבירה נוספת עד לסיום משפטו.³¹² נטען כי חזקת המסוכנות היא נטולת בסיס עובדתי, והיא מנוגדת לחזקת החפות ולתפיסתו של האדם כפרט אוטונומי היכול לשלוט על התנהגותו.³¹³ הבסיס העובדתי לחזקה כזו נחלש, כמובן, ככל שהראיות חלשות יותר, שהרי בשלב זה האשמה טרם נקבעה.³¹⁴ מנגד, יש המצביעים על נטייה רבה יותר למועדות בסוגים מסוימים של עבירות כגון עבירות מין, סמים, רכוש או תרמית.³¹⁵ כך, השופט Lamer בפסק דין *Pearson* סבר, כי עבירות סמים מהוות עבור העבריין לעתים קרובות עיסוק ודרך חיים.³¹⁶ עם זאת, גם כאן "לגבי מידת המסוכנות, יש לבחון כל מקרה לגופו. לא הרי סוחר סמים גדול המפעיל רשת סוכנים כהרי המפיץ הזוטר, שבתמורה למכירת מנות סם אחדות מקבל חינם מנת סם לשימוש הוא".³¹⁷ כמו כן, היגיון זה בדבר עברייונות כאורח חיים בוודאי לא חל על מכלול העבירות החמורות, ובכללן עבירות של אלימות. יש הסבורים כי מותר להניח מסוכנות ביחס לעברינים סדרתיים ובכלל זה ביחס לראשי הפשע המאורגן, וכן ביחס לאנשים המונעים מדחף של נקמה.³¹⁸ טיעונים הנוגעים לסכנת הרצידיביזם צריכים, בכל אופן, להתבסס על מחקרים אמפיריים, כדי שיקבלו היבט רציונלי ולא רגשי ספקולטיבי בלבד.³¹⁹ אולם אף אם תוכח באופן אמפירי סכנה מובהקת לרצידיביזם בסוגים מסוימים של עבירות,

- 312 Robert S. Natalini, *Preventive Detention and Presuming Dangerousness Under the Bail* 292, 292 (1985), *Marcella; Reform Act of 1984*, 134 U. PA. L. REV. 225, 247-250 (1985), לעיל הערה 292, בעמ' 1102; Kiselbach; לעיל הערה 293, בעמ' 183 (קריטריונים, המתייחסים לכתב האישום, אינם מנבאים טובים למסוכנות); PAEFFGEN, לעיל הערה 5, בעמ' 115 (רצידיביזם אינו בבחינת תופעת לוואי אף לגבי רוצחים, והסכנה הנטענת מבוססת, פעמים רבות, על מעמדו של אדם כנאשם); Artur Angel et al., *Preventive Detention: An Empirical Analysis*, 6 (1971), *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, HARV. C.R.-C.L. L. REV. 300, 317 (1971), וראו גם: 355 (1972) (מרבית הרוצחים מנהלים חיים נורמטיביים לחלוטין עם שחרורם מהכלא).
- 313 Mordechai kremnitzer, Doron Menashe and Khalid Ghanayim, *The Use of Lethal Force by Police*, 53 CRIM. L. Q. 67, 88 (2007) (באשר לחזקה כזו בהקשר להפעלת כוח קטלני נגד עצור נמלט).
- 314 שם, בעמ' 88-89 (בהתייחס להפעלת כוח קטלני למניעת בריחתו של עצור נמלט).
- 315 כפי שטענו מתנגדי הכוונה המקורית שלא להכליל את עילת המעצר של מסוכנות בחוק הפרוצדורה הגרמנית משנת 1964: ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 35.
- 316 פרשת *Pearson*, לעיל הערה 26, בעמ' 669; לקביעה דומה ראו: *United States v. Aiello*, 598 F. Supp. 740, 744 (S.D.N.Y. 1984).
- 317 איתן מגן "מוסד גמילה כחלופת מעצר" הסניגור 3 29 (אוגוסט, 1999).
- 318 kremnitzer, Menashe & Ghanayim, לעיל הערה 313, בעמ' 92 (הדברים נאמרו בהקשר להפעלת כוח קטלני למניעת בריחתו של עצור נמלט).
- 319 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 36.

מעצר של אדם על סמך השתייכותו לקבוצה של נאשמים בעבירה מסוימת ללא בחינת נסיבותיו האישיות כפרט עצמאי, שולל את זכותו להיתפס כתכלית בפני עצמה.³²⁰ כך, למשל, במקרה של עבריינים סדרתיים אין צורך בחזקת מסוכנות, אלא ניתן להוכיח מסוכנות קונקרטיה בנסיבות המקרה.

אם נאשם אינו עומד בנטל להוכיח כי אין לגביו עילת מעצר, הוא עלול להישלח, כאמור, למעצר בלא שהוכחה עילת המעצר נגדו. טלו, לדוגמה, את המקרה של מאיר בנימין. הנאשם היה קצין משטרה ועמד בראש יחידה המופקדת על גבול לבנון. במסגרת תפקידו הוא היה אחראי על מבצע שבמסגרתו היו אמורים להיות מוחדרים לישראל מלבנון סמים בצורה מבוקרת. לפי עובדות כתב האישום, הנאשם ניצל את המבצע להחדרת כמויות נוספות של סמים. בית המשפט העליון הורה על מעצרו עד תום ההליכים בהתבסס על חזקת המסוכנות: הסכנה לשלום הציבור "קיימת מאליה בסוג ובטיב של העבירה המיוחסת למשיב".³²¹ אולם האם באמת ניתן לסבור כי יש סבירות ממשית שהנאשם, שאינו משמש כבר בתפקידו, נפל מאגרא רמא לבירא עמיקתא, ומתמודד עם משפט שבו הוא טוען לחפותו, אכן יבריח סמים בפרק זמן זה? כמו כן, חזקה בדבר קיומה של עילת מעצר בהתבסס על חומרת העבירה גורמת לטשטוש הגבולות בין עילות המעצר השונות.³²² ישנו חשש כי חזקה כזו נועדה לבטא את תחושת התיעוב הכללית של הציבור מביצוע עבירות חמורות או להשיג הרתעה כללית. ואכן, החלטת מעצר המתבססת על חזקת המסוכנות מערבת שיקולים של מסוכנות, גמול והרתעה ללא אבחנה. כך, למשל, קובע בית המשפט בקבלו את ערר המדינה על החלטה לשחרר בערובה נאשמים ביודוי אבנים בתנאים מגבילים: "ידעו צעירים בישראל, צעירים ומבוגרים כאחד, כי היודה אבנים בשוטר הבא להשליט סדר במקום של התפרעויות, מעלה על עצמו כי מסוכן הוא לשלומו של אדם ולשלום הציבור... אכן, אדם שהוכיח עצמו כי בכוונת-מכוון מרים הוא אבן על איש אשר החברה שלחה אותו להשליט משטר וסדר, חלופת מעצר לא תסכון למונעו מעשות שוב מעשה שעשה".³²³ וביתר שאת: "אכן, בזמנים של שקט ושלווה בערינו וברחובותינו, ראוי היה לנהוג בקטין שכזה באורך רוח ובמידת הרחמים, ובוודאי שראוי היה שלא לכלוא אותו עם העבריינים. אולם, בזמנים שבהם לוחשות עדיין הגחלים והאש עלולה להתלקח מחדש

320 Kenneth Frederick Berg, *The Bail Reform Act of 1984*, 34 EMORY L. J. 685, 737-738 (1985) (המדבר על פגיעה בזכותו של עצור לניתוח אינדיווידואלי של התאמתו לשחרור); RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 13 (1977). על זכותו של אדם להתייחסות אינדיווידואלית בעת בחינת הראיות בעניינו ראו Alex Stein, *An Essay on Uncertainty, and Fact - Finding in Civil Litigation, with Special Reference to Contract Cases*, 48 U. TORONTO L. J. 299, 301 (1998).

321 פרשת בנימין, לעיל הערה 93, בעמ' 440.

322 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 58 (ביחס למסוכנות).

323 בש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' חאמד, פ"ד נד(4) 729, 732 (2000).

המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין

בערינו וברחובותינו, יש לאחוז במידת הזהירות היתירה. יותר משהעבריינין צריך לכך, הציבור צריך לכך, השעה צריכה לכך".³²⁴ לפיכך, ביטול חזקת המסוכנות יבהיר באופן חד משמעי מהן עילות המעצר החוקיות, ולא יכניס "בדלת האחורית" את חומרת העבירה כעילת מעצר באופן מוסווה.³²⁵ אם רוצים לעצור אדם בשל עילות מעצר לגיטימיות ומתאימות למציאות, אין כל מקום לחזקה אודות קיומן. חזקה כזו יכולה להותיר בעינם חלק גדול מהקשיים שבהתבססות על חומרת העבירה המיוחסת לאדם לצורך מעצרו.³²⁶ חזקה בדבר קיומה של עילת מעצר יכולה להביא לפרקטיקה שיטתית של מעצר בגין חומרת העבירה.³²⁷ כאשר בשל הפיכתו של נטל ההוכחה מושגות מטרות, הזרות לתפקיד המעצר, כגון ענישה לשם גמול עוד לפני ההרשעה, נפגעת חזקת החפות.³²⁸ שלילת חירותו של אדם ללא עילת מעצר לגיטימית ומוכחת פוגעת בחזקת החפות והופכת את המעצר לעונשי.³²⁹

5. סיכום

כדי לשלול או להגביל את חירותם של חשודים ונאשמים במהלך ההליך הפלילי תוך התגברות על חזקת החפות הנתונה להם יש להוכיח הצדקה לכך. רמת ההוכחה הן לראיות המצביעות על אשמתו של הפרט בעבירה המיוחסת לו, הן לקיומה של עילת מעצר בעניינו צריכה באופן רגיל להיות משמעותית. הוכחה משמעותית צריכה להיות אינדיווידואלית, ואינה יכולה להסתייע בחזקות ובהנחות כלליות כגון הסתמכות כמעט מוחלטת על שיקול הדעת של התביעה, הנחת שיבוש של החקירה לנוכח הצורך לגבות עדויות נוספות, חזקת המסוכנות לגבי עבירות מסוימות או הנחה בדבר הקשר שבין חומרת העבירה לבין סכנת

- 324 בש"פ 7406/00 אגבריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 740, 745 (2000). וראו לעניין זה גם: בש"פ 8831/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(5) 789, 791 (2000).
- 325 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 20-21, 31-32 (העומד על החשש כי נטל כזה ישמש מסווה למעצר בעילה לא לגיטימית כדוגמת חומרת העבירה); RODRI'GUEZ, לעיל הערה 26, בעמ' 118-119; וראו פרשת חסן, לעיל הערה 254, בעמ' 179 (המרתה של עילת המעצר של חומרת העבירה בחזקת מסוכנות לגבי עבירות אונס אינה משפיעה על הכלל, הדורש באופן רגיל מעצרו של נאשם כזה בלא חלופת מעצר). וראו גם פרשת טלקר, לעיל הערה 252, בעמ' 647 בדבר ההנחה כי נאשם באונס הוא מסוכן, וכי ניתן לשחררו בתנאים מגבילים רק "בנסיבות יחידות-מיוחדות נער יספרן".
- 326 ANAGNOSTOPOULOS, לעיל הערה 130, בעמ' 31-32.
- 327 שם, בעמ' 31 (המציג את הביקורת שנמתחה על פסק דינו של בית המשפט החוקתי בגרמניה בנוגע לעילת המעצר בגין חומרת העבירה). ואכן, קביעתה של חזקת מסוכנות "...הינה בעלת נפקות זהה להכרה בקיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה", דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 262, בעמ' 617.
- 328 RODRI'GUEZ, לעיל הערה 26, בעמ' 132-133.
- 329 שם, בעמ' 118.

פרק עשירי: הראיות המפלילות הנדרשות לצורך מעצר

ברייחה. ללא הוכחה ברורה שאדם מתכוון לשבש את ההליך הפלילי בעניינו ולפגוע בחקר האמת, לא מתקיים הרציונל שלפיו אדם כזה מושחק מלהסתמך על חזקת החפות הנתונה לו. ללא הערכה ספציפית שלפיה נשקפת מאדם סכנה לביטחון הציבור, אין כל הצדקה לכרסם בחזקת החפות הנתונה לו תוך איזונה מול אינטרסים אחרים. על בית המשפט לבחון את הראיות הקיימות נגד החשוד או הנאשם הן להוכחת העבירה הן לקיומה של עילת מעצר באופן מעמיק ככל הניתן בהליך המעצר.