

השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים

דליה דורנר*

- א. דיני המעצרים לפני קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: 1. כללי;
2. מעצר לפני הגשת כתב-אישום; 3. מעצר לאחר הגשת כתב-אישום.
ב. דיני המעצרים לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: 1. כללי;
2. ראיות-לכאורה; 3. עילות המעצר. ג. סיכום.

א. דיני המעצרים לפני קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. כללי
הענקת מעמד חוקתי לזכויות האדם משפיעה גם על המשפט הפלילי המהותי, כגון בתחומי עקרון התוקיות, דרכי הענישה והרשלנות הפלילית. אך עיקר השפעתה הוא על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. מתוכן אתמקד בזכות לחירות ובביטוייה בדיני המעצרים.
המשפט הפלילי המנדטורי, שנקלט במשפטנו מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הוריש לנו את עקרון-היסוד שעל-פיו אין להרשיע ולהעניש אלא את מי שאשמתו הוכחה מעל כל ספק סביר. עיקרון זה משתקף באימרה הידועה, כי מוטב שעשרה אשמים יזוכו מאשר חף מפשע אחד יורשע. מעיקרון זה נגזרת חוקת החפות, ובעקבותיה הגבלת המעצר למקרים שבהם הוא נדרש לקיום המשפט. מעיקרון זה נובעות גם הזכויות הדיוניות של הנאשם, המבטיחות לו משפט הוגן, וביניהן זכות השתיקה, החיסיון מפני הפללה עצמית, ופסילת הודאה שלא ניתנה מרצון חופשי.
הגם שבמדינת ישראל לא כוננה חוקה, חלה במשפטנו המינהלי מהפכה לעומת המשפט

* שופטת בית-המשפט העליון.

ההרצאה נישאה בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ב-2 במרס 1995. היא עודכנה על-ידי המחברת לקראת פרסומה במשפט וממשל.

המנדטורי. בית המשפט העליון בפסיקתו הנחיל לנו את זכויות האדם. נקבעה נוסחת איוון, שעל-פיה אין לפגוע בזכות-יסוד אלא אם מימושה יגרור פגיעה של ממש באינטרסים חשובים, והסתברות הפגיעה היא בדרגה של ודאות קרובה, או למצער אפשרות סבירה.

שיקול הדעת של הרשויות המינהליות הוגבל גם כאשר החוקים המסמיכים לא כללו כל הגבלה ואף דיברו בלשון "שיקול-דעת מוחלט". נפסק כי נוסף על חובת הרשות לפעול בגדר סמכויותיה ולשיקול שיקולים רלוונטיים, ושיקולים אלו בלבד, עליה להפעיל את שיקול-דעתה בשוויוניות ובסבירות.

גישת הפסיקה במשפט הפלילי היתה שונה. בתחום זה, באיוון בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי, ניתנה בפסיקתם של רוב שופטי בית המשפט העליון עדיפות בולטת לאחרון. חירותו של הנאשם האינדיווידואלי הוכפפה לעניין הציבורי להילחם בעבריינות. בבסיס גישה זו עמדו השינויים שחלו בחברה הישראלית. ידועה האימרה המיוחסת לביאליק, שמחכים אנו לגנב היהודי הראשון כדי שנהפך להיות ככל העמים. ציפייה זו התגשמה. צמת עולם תחתון, הפשיעה האלימה גברה ואף רבו עברייני "צווארון לבן" בקרב האליטות. בתי המשפט ראו אפוא צורך להילחם בפשיעה ולהגן על שלום הציבור, בין השאר על-ידי הרחבת האפשרות למעצרים לפני הגשת כתב-אישום ולאחר הגשתו, ולקבילות ראיות (לרבות הודאות נאשמים).

2. מעצר לפני הגשת כתב-אישום

החלטות בתי המשפט הנוגעות למעצרים לפני אישום אינן מגיעות בדרך כלל לבית המשפט העליון. אולם, נראה שהגישה הכללית של מרבית השופטים בבית-משפט זה, שהעדיפה כאמור את האינטרס הציבורי על-פני חירות הפרט, חילחלה להחלטותיהם של בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר, ובתגובת שרשרת אף השפיעה על פעולות המשטרה.

על-פני הדברים, החלטה על מעצר לפני אישום, לעיתים לתקופה בלתי מבוטלת, מתייבת בדיקה קפדנית של ארבעה אלה: (1) האם קיים יסוד סביר לחשד שלפיו החשוד עבר עבירה; (2) האם העבירה המיוחסת לחשוד היא חמורה במידה המצדיקה מעצר; (3) האם תסוכל החקירה או יפגע האינטרס הציבורי בדרך אחרת במידה שהחשוד לא ייעצר; (4) האם תקופת המעצר המתבקשת היא סבירה.

המציאות היתה שונה. הגישה המקובלת על רוב השופטים היתה כי יש להניח למשטרה לערוך את החקירה על-פי הבנתה בתנאים אופטימליים, ואם לצורך כך נדרש לדעתה מעצר חשודים, לא דקדקו עימה. בהליכי המעצר נהוג להציג מידע מודיעיני לעיני השופט בלבד. מנסיוני אני יודעת כי מידע זה הוא לעיתים קרובות סתמי, ובידי השופט אין כלים לבדיקת אמינותו. בדרך-כלל, בלחץ הזמן, ולנוכח הגישה הכללית שתוארתני לאפשר למשטרה לחקור כהבנתה, לא נבדק אם תקופת המעצר המתבקשת נחוצה לביצוע החקירה. אף אם השופט לא אישר מראש את מלוא תקופת המעצר שנתבקשה, שבה המשטרה וביקשה כי המעצר יוארך, ובמרבית המקרים בקשתה נענתה. ואכן, מחקר שדה שנערך הראה כי שיעור השחרור בערובה בבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו בשנת 1991 הגיע

ל-18.8% בלבד.¹ אף הסתבר כי רק נגד כמתצית מכלל הנעצרים הוגשו כתבי-אישום.² מימצא זה כשלעצמו מראה כי השאלה אם אמנם היה יסוד סביר לחשד כי העצור עבר עבירה לא נבחנה כראוי.

ברו"ח מבקר המדינה צוין כי ברבע מן המעצרים הוחזקו החשודים במעצר בלי שנעשתה במהלכו כל פעולת חקירה, או שפעולות החקירה שבוצעו לא הצדיקו את פרק הזמן שבו הוחזק החשוד במעצר.³ ב-12.5% מן המקרים לא התקיימה עילה המצדיקה את המעצר, ובאסמכתות החתומות על-ידי קצין משטרה נרשם באופן סתמי "המשך חקירה" או "השלמת חקירה", ולא נעשה רישום כלשהו המראה כי אם ישוחרר החשוד, יחבל בחקירה.⁴

ממחקר השרה הנ"ל עלה כי בבקשת מעצר של חשוד שאינו מיוצג (וכך הדבר ברוב המקרים), אורך הדיון הוא פחות משבע דקות.⁵ לעומת זאת, כאשר החשוד מיוצג, אורך הדיון היה כ-15 דקות.⁶ במהלך דקות אלו הוקראה הבקשה על-ידי התובע המשטרתי, השופט עיין בחומר שלעיתים היה כאמור חסוי, הסניגור או החשוד הציגו את עמדתם, והשופט נתן את החלטתו. זאת ועוד: המחקר הצביע על כך כי מספר בקשות המעצר שהשופט דן בהן ביום דיונים לא הוגבל, והיה תלוי במספר החשודים שהובאו לדיון באותו יום; לפיכך ביום עמוס, הדיונים התקצרו.⁷

3. מעצר לאחר הגשת כתב-אישום

עד לתיקונו בשנת 1988 לא היתנה חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 (להלן: חוק הסדר הדין הפלילי), מעצר נאשם לאחר הגשת כתב-אישום ("עד תום הליכי המשפט") בקיומה של תשתית ראייתית ואף לא הגדיר עילות מעצר. כל שנאמר בסעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי היה כי בית-משפט רשאי לעצור נאשם שהוגש נגדו כתב-אישום. בפסיקה הותנה מעצר שכזה בקיומן של ראיות-לכאורה ונקבעו עילות מעצר.

(א) ראיות-לכאורה

הרף שנקבע בפסיקה לעוצמת הראיות הנדרשות למעצר עד תום הליכי המשפט היה נמוך. הגישה הבסיסית היתה כי הראיות הדרושות לצורך מעצר עד תום ההליכים זהות ל"ראיות-לכאורה" הדרושות, לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי, להעברת נטל הבאת הראיות לנאשם. הלכה זו מורה כי "ראיות-לכאורה" מתקיימות אם באה בפני בית-המשפט עדות

1. אבי פורג וגלאון קפלנסקי, "הליכי מעצר לפני הגשת כתב אישום בבית-משפט השלום - מחקר שדה", פלילים ג (תשנ"ג) 291 (להלן: פורג וקפלנסקי), עמ' 297.
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל, זכויות האדם בישראל - תמונת מצב 1996 (1996), 125.
3. הדו"ח השנתי של מבקר המדינה, תשנ"ה (45), 338-392.
4. שם, 385-388.
5. פורג וקפלנסקי (לעיל, הערה 1), 294.
6. שם, שם.
7. שם, 308.

כלשהי, אף דלה ובסיסית, להוכחת יסודותיה המרכזיים של העבירה, ובלבד שהראיות אינן כה מופרכות עד ששום שופט ברידעת לא היה נותן בהן אמון.⁸
 בב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר,⁹ התקבל ערר כנגד החלטת בית-המשפט המחוזי לשחרר את הנאשם, אשר הסתמכה על טענות ההגנה שהתבססו על חומר הראיות שבתיק החקירה. השופט לנדוי הסביר כי הערכת הראיות בשלב זה מוגבלת לבדיקה אם הראיות שבידי התביעה אינן מופרכות על פניהן. מאוחר יותר נקבע אומנם כי ייבדקו גם ראיות ההגנה, ככל שישנן כאלה, וייבחן אף המשקל הלכאורי של ראיות התביעה,¹⁰ אך הרף הראיתי הנמוך שנדרש לצורך המעצר הושאר בעינו.

(ב) עילות המעצר

העילות למעצר עד תום הליכי המשפט נקבעו בפסיקה. לעילות שנקלטו מן המשפט האנגלי – שציקרן חשש לשיבוש הליכי המשפט ולסיכון שלומו של הציבור – הוספה עילת מעצר שיסודה בחומרת העבירה. מטרת המעצר על-פי עילה זו היא להרתיע עבריינים פוטנציאליים ולהבטיח את אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי. מכוח עילה זו, גם כאשר לא התקיימה סכנה לשלום הציבור או לשיבוש המשפט, נעצר נאשם בעבירות שוחר בשל "האפקט הציבורי של שחרור נאשם בעל מעמד כזה כעורר... [ה]מחייב... כי לא יתהלך נאשם כזה חופשי עד לביור דינו".¹¹ נאשם בעבירות גניבה מבנק שבו עבד נעצר משום שלמען "הבטחת האפקט ההרתעתי של [המאבק נגד הפשע במדינה שלמענו] חשוב הוא, כי הציבור יבחין, כי נאשם, המואשם העבירה חמורה במיוחד... לא יתהלך חופשי וימשיך לנהל את עסקיו, כאילו לא אירע דבר".¹² ונאשם בגניבת מכוניות לשם מכירתן נעצר בשל "טיבן של העבירות, ריבויין ונפיצותן לאחרונה".¹³

מבין שופטי בית-המשפט העליון החזיק השופט אלון לבדו ברעה כי יש לצמצם את עילת המעצר בשל חומרת העבירה לעבירות אלימות קשות שממילא ניתן להסיק מעצם מהותן סכנה לשלום הציבור אם ישוחרר הנאשם. דעתו של השופט אלון היתה כי בהעדר סכנה לציבור כתוצאה מן השחרור יהווה המעצר "מקדמה" פסולה על חשבון העונש. השופט אלון עמד על הקושי ליישב בין גישת הרוב כלפי הזכות לחירות אישית לבין העמדה הרווחת לגבי זכויות אדם אחרות. וכך כתב:

8. ראו ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504, עמ' 523-527; ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון ואח', פ"ד לב (1) 170, עמ' 179-180.
9. פ"ד כט (2) 19.
10. ראו דברי השופט שמגר בב"ש 322/80 מדינת ישראל נ' אוחנה, פ"ד לה (1) 359, עמ' 362-363.
11. ב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (1) 671, עמ' 672.
12. ב"ש 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לז (1) 78, עמ' 83.
13. ב"ש פ 369/83 מדינת ישראל נ' אלהליס ואח' (לא פורסם).

ובוא וראה כמה זהירים אנו, וכמה חוששים אנו, שלא לפגוע, חס וחלילה, באף אחת מהחירויות למיניהן - חירות הביטוי, חופש הדעות, חופש ההפגנה וכיוצא בהן - לא בכולן ולא במקצתן, ומחמירין אנו עם כל מי שבא לפגוע בהן, אם פגיעת ודאי ואם פגיעת ספק, ושוקלים אנו היטב היטב איזון האינטרסים שבין חירויות-ערכים אלה לבין ערכי יסוד של בטחון, של שלום הציבור וכיוצא באלה. והרי חירות האדם בגופו - אביהן מולידן של כל חירויות אלה הוא הכלל הגדול שבמערכת משפטנו ובעולמה של יהדות, כי כל אדם חף מפשע עד שלא יורשע בדין, וכי כל אדם בחזקת כשרות...¹⁴

כאשר ביקשה המדינה מעצרו של נאשם בויוף דולרים, משום שעבירה זו הפכה "למכת המדינה" והמעצר דרוש כדי להתגבר על מכה זו, אמר השופט אלון כי "אין אנו - כרשות השופטת - רשאים לשלול זכות יסוד של חירות האדם בדרך 'החקיקה השיפוטית'".¹⁵ אולם בתי-המשפט של הערכאות הראשונות הלכו - מטבע הדברים - אחר פסיקת הרוב בבית-המשפט העליון, ושיעור הנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים הלך וגדל, והגיע לכדי 54% מכלל הנאשמים שהגישו נגדם כתבי-אישום.¹⁶ על מגמה זו נמתחה ביקורת ציבורית חריפה. בעקבות ביקורת זו ולאורה קיבלה הכנסת את חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), תשמ"ח-1988 (להלן: תיקון מס' 9) בדיון בקריאה ראשונה של הצעת החוק אמר חבר הכנסת דוד ליבאי:

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

וכך נאמר בסעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי, שהוסף בתיקון מס' 9:

(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית-המשפט שלפניו הוגש, לצוות על מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה:

14. ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור, פ"ד מ (1) 706, עמ' 713; ב"ש 16/87, 6, 1, דננאשוילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (2) 281, עמ' 288-289.
15. שם, 289.
16. על-פי נתונים פנימיים של פרקליטות המדינה.
17. ס"ח תשמ"ח 184.
18. ד"כ 108 (תשמ"ח) 3456.

(1) בית־המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו, כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לידיר שיבוש הליכי המשפט או שהנאשם יימלט מן הדין, או שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחוננו, את שלום הציבור או בטחוננו או את בטחון המדינה;

(2) הנאשם הואשם בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש עצמי בסם או להתחזקת סם לשימוש עצמי, או שהואשם בעבירה שנעשתה באלימות או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר או באש, או בניסיון או באיום לעבוד עבירה כאמור, או שהואשם בעבירה שנעברה בקטין או תוך ניצול מצב המנוע התנגדות מהקורבן, או תוך ניצול ליקוי גפשי או שכלי של הקורבן;

(3) בית־המשפט ציווה על מתן ערובה לפי סעיף 33(ב) והערובה לא ניתנה, להגנת דעתו של בית־המשפט, או שהופר תנאי מתנאי הערובה או שנתקיימה עילה לביטול שחרור בערובה לפי סימן ב' לפרק זה.

(ב) לא ייתן בית־המשפט צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם נוכח לאחר ששמע את הצדדים שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולעניין סעיף קטן (א) (1) ו-(2) לא יצווה בית־משפט כאמור אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

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

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

... (ג)

(ד) חומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף קטן (א) (2).

השפעת תיקון מס' 9 היתה מצומצמת למדי. חלה ירידה בשיעור של כ-20% בלבד במספר המעצרים¹⁹ כך שגם כיום נעצרים למעלה משליש מן הנאשמים עד תום הליכי המשפט.

19. ראו לעיל, הערה 16.

(ג) ראיות-לכאורה לאחר תיקון מס' 9

הרף הראייתי הנדרש למעצר עד תום הליכי המשפט לא השתנה גם לאחר שהתניית המעצר בקיומן של ראיות-לכאורה עוגנה בחוק כאמור.

פעם נוספת נפסק כי השימוש בביטוי "ראיות לכאורה להוכחת האשמה" מסעיף 21א(ב) הנ"ל, המופיע כאמור גם בסעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי, מלמד כי המחוקק ביקש לתת לביטוי זה משמעות דומה בשני הסעיפים.²⁰ השופט חשין הטעים כי רק "כרסום" אשר יש בו לפעור חללים המפוררים הודעתו של עד והמביאים אותה אל מתחת לקו הקרוי 'ראיות-לכאורה להוכחת האשמה' ייחשב באי-עמידה ברף הראייתי הנדרש מן התביעה בבקשה למעצר עד תוך ההליכים.²¹

ז. עילות המעצר לאחר תיקון מס' 9

אף שעילת המעצר בתיקון מס' 9 שהושתתה על חומרת העבירה הוגבלה לעבירות הנוגעות לפגיעה בגוף האדם, בעוד שלגבי שאר העבירות נקבע כי העילה היא פגיעה בשלום הציבור, הרי שניתנה משמעות רחבה מאוד לפגיעה בשלום הציבור. נפסק כי גם עבירות שאינן של אלימות מקימות חוקה שהנאשם מסכן את שלום הציבור, אם בשל היותן "מכת המדינה" ואם משום הסכנה הטמונה באופיין, כגון נהיגה ללא רישיון וזיוף רישיון. בעבירות אלו נקודת המוצא היתה החשש שהנאשם ימשיך במעשיו הרעים אם לא יעצר.²² אומנם היו שופטים (השופט אלון, השופטת נתניהו) אשר נתנו לעילת המעצר בשל חומרת העבירה פירוש מצמצם. לפי הפירוש המצמצם, מקימה עילה זו רק חוקת מסוכנות ובהתקיים נסיבות מתאימות ניתן גם בעבירות אלו לשחרר את הנאשם ולמנוע את הסכנה לשלום הציבור באמצעות חלופות מעצר.²³ אך זו היתה דעת מיעוט. דעת הרוב ראתה בעילה זו הרתעה, המתחייב מעצר גם אם אין נשקפת סכנה מן הנאשם האינדיווידואלי, ומטרתה להרתיע עבריינים פוטנציאליים ולהבטיח את אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי.²⁴

בתאריך 1 במאי התקבל בכנסת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) תשנ"ו-1996 (להלן: החוק המתקן), שתחילתו בתאריך 12.5.97. החוק המתקן, בצד

20. ראו דברי השופט קדמי בבש"פ 5248/95 סוסן נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: בש"פ סוסן); דברי השופט חשין בבש"פ 2182/95 מדינת ישראל נ' מהאג'נה, פ"ד מט (2) 227 (להלן: בש"פ מהאג'נה).

21. בש"פ מהאג'נה, שם, 229.

22. ראו בש"פ 88/610 פדילה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (3) 685, עמ' 691; בש"פ 6253/91 אלון נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 4418/94 עגלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

23. השופט אלון בבש"פ 341/89 מדינת ישראל נ' ממון, פ"ד מג (2) 441; השופטת נתניהו בבש"פ 4510/91 תרתור נ' מדינת ישראל, מ"ד מה (5) 573, עמ' 580.

24. השופט בך בבש"פ 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה (3) 645; השופט ברק בבש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' גולדין ואח', פ"ד מה (4) 807.

הגבלות על סמכויות המעצר על-ידי המשטרה וקביעת עילות מעצר לפני אישום, ביטל את העילה ההרתעתית של מעצר בשל חומרת העבירה. עילת המעצר בשל "קיום יסוד סביר לחשש לשלום הציבור" הוחלפה ב"קיום יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה" (סעיף 21(א)(1) ו-21(א)(2) בסעיף 1(ג) לחוק נקבעו עבירות שהאישום בהן מקים חוקת מסוכנות, הניתנת לסתירה על-ידי הנאשם.

נוצר אפוא היפוך מפתיע במקבילית הכוחות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. הרשות המחוקקת (ולא כל שכן הרשות המבצעת) נוטה מטבעה להגשמתה של טובת הכלל. לעומתה, בית-המשפט, בדוגו בענייניהם של בני-אדם אינדיזינדיאליים, נוטה יותר להתחשב בזכויות הפרט ולאזן כנגד האינטרס הציבורי. והנה, בעניינינו, הכנסת, ביוזמתה ובעידודה של הממשלה, התערבה פעם אחר פעם בפסיקה, שקיפחה לדעתן של רשויות אלה את זכויות החשודים והנאשמים, וזאת כדי לצמצם את שיקול-הדעת של בתי-המשפט לפגוע בהן.

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

ב. דיני המעצרים לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. כללי

כיום אין עוד בית-המשפט - ואף לא המחוקק - חופשי כבעבר לבחור את נקודת האיזון בין זכויות החשוד והנאשם לבין שלום הציבור. מעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם השתנה עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק-היסוד). אכן בהוראות חוק-היסוד אין כדי לפגוע בתוקפם של חיקוקים שהתקבלו לפניו (סעיף 10 לחוק-היסוד). עם זאת, מחויבות כל רשויות השלטון, לרבות בית-המשפט, לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים שעל-יסודם הן פועלות (סעיף 11 לחוק-היסוד). בית-המשפט נדרש לקיים את הוראות סעיף 11 הן על-ידי פירוש דווקגי להוראות חוק הפוגעות בחירותו של אדם, והן בהפעלת שיקול-דעת שניתן לו לפגוע בחירות, באופן שזו לא תיפגע אלא במידה שאינה עולה על הנדרש. חובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק-היסוד, חלה ללא ספק גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 והפעלת שיקול-דעת מכוחם.

החירות ממעצר מהווה בישראל זכות-יסוד של האדם. כיום היא מעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע:

אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

פגיעה בחירות ממעצר, כמו בשאר זכויות-היסוד המעוגנות בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, מותרת רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסכמה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק-היסוד). זכות-היסוד זו אף טובה לכבד "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1 לחוק-היסוד).

פירוש התחיקה הקיימת לאור הוראות חוק-היסוד מחייב לשנות את נקודת האיוון בין זכויות היסוד של האדם, ובתוכן הזכות לחירות ממעצר, לבין צורכי הכלל.

כיום, לדעתי, מחויבים שופטי המעצרים לשנות את נקודת האיוון לאור עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עליהם לבחון אם חשש המשטרה כי החשוד עבר עבירה הוא סביר ולחקור ולדרוש בדבר; עליהם לברר אם מעצר החשוד דרוש לניהול החקירה, ולבדוק אם תקופת המעצר המבוקשת היא סבירה ואם לא ניתן לקיים את החקירה בתקופה קצרה יותר.

שינוי נקודת האיוון קיבל ביטוי בפסיקתם החדשה של חלק משופטי בית-המשפט העליון המתייחסת למעצר עד תום הליכי המשפט. ההלכות הישנות – ככל שאינן מתיישבות עם הוראות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו – שוב אינן צריכות לשמש בפרשנות של הדין.²⁵ פסיקה חדשה זו מחמידה בתנאים הנדרשים למעצר.

2. ראיות-לכאורה

ראש וראשון לתנאים אלו הוא קיומן של ראיות-לכאורה, שהן הבסיס להצדקת שלילת החירות. ודוק: חומר הראיות שעל בסיסו מתבקש המעצר לא נועד רק לקבוע את מידת ההסתברות שהנאשם יימצא אשם בדינו, אלא על-פיו גם נקבע אם קיימת עילת המעצר של "יסוד סביר לחשש למסוכנות הנאשם" ואם ניתן להסתפק בחלופות מעצר. שכן האינדיקציה העיקרית למסוכנותו של הנאשם היא נסיבות העבירה כעולה מן החומר שבתיק החקירה. מצב משפטי זה לא יהשתנה גם לאחר כניסתו לתוקף של החוק המתקן, וחומר ראיות זה ישמש גם כעת הבסיס העיקרי שעל-פיו יחליט בית-המשפט אם קיימת עילת מעצר על-פי החוק המתקן ואם אפשר להסתפק בחלופות מעצר.

בהחלטה בבש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל,²⁶ שניתנה על-ידי, הועלה הרף הנדרש לעוצמת הראיות לצורך מעצר עד תום הליכי המשפט. נפסק כי בכך שבשלב הדיון בבקשת המעצר עומדות לרשות בית-המשפט ראיות-לכאורה בלבד, שאינן מאפשרות לקבוע מימצאי מהימנות, אין כדי לגרוע מן החומרה שבמעצר. למרבית הצער, הליכים פליליים עלולים להתמשך על-פני חודשים לא מועטים, והחוקת נאשם במעצר במשך תקופה זו פוגעת קשות בחירותו. הפגיעה בחירות, העשויה להיגזר מהרשעה במשפט פלילי, אפשרית רק אם חומר הראיות הכולל אינו מעלה ספק סביר בדבר אשמתו של

25. ראו דברי המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (להלן: בש"פ גנימאת).

26. פ"ד מט (2) 221.

הנאשם. שכן, עקרון יסוד חוקתי במשפטנו הפלילי הוא שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר. עיקרון חוקתי זה חל – בשינויים המחויבים – גם באשר למעצר עד תום ההליכים. המבחן שעל יסודו על בית-המשפט להכריע בשאלת קיומן של ראיות-לכאורה המספיקות למעצר עד תום ההליכים הוא – בהעדר אפשרות לקבוע מימצאי מהימנות – אם חומר הראיות הקיים, אם לא ייתלש או ייסתר במהלך המשפט, מוכיח מתוכו את האשמה מעבר לכל ספק סביר. אכן, כשם שבמהלך המשפט עשוי להתעורר ספק סביר שלא נתגלה בראיות-לכאורה, אפשר גם כי ספק סביר הקיים בראיות-לכאורה ייעלם עם שמיעת העדים במהלך המשפט. אך כל עוד ספק כזה קיים – אין לפגוע בחירותו של אדם. אולם דעתי היתה דעת יחיד, והיו שופטים שאף הסתייגו במפורש ממבחן הספק הסביר.²⁷ לאור חילוקי דעות אלו נדונה השאלה מהו המבחן הראוי על-ידי הרכב של תשעה שופטים בבש"פ 95/8087 זאדה נ' מדינת ישראל.²⁸ לצערי, לא הצלחנו לגבש הלכה ברורה.

הכול הסכימו – ואף בכך אני רואה התפתחות בכיוון הרצוי – כי בראיות-לכאורה המספיקות על-פי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי להעברת נטל הבאת הראיות לנאשם, לא די לשמש ראיות-לכאורה לעניין מעצר עד תום הליכי המשפט. וכך כתב הנשיא ברק:

אך טבעי הוא – לאור השוני בתכלית המונחת ביסוד ההוראה [סעיף 158 לחוק] – שטיב ההוכחה הנדרש לתביעה בשלב זה יהא שונה מטיב ההוכחה שעל התביעה להביא בשלב המעצר עד תום ההליכים.²⁹

כמו כן, הוסכם כי יש להתנות מעצר עד תום ההליכים בקיום סיכוי סביר להרשעה, אך עוצמת הראיות הדרושה לקיומו של הסיכוי הסביר לא הוכרעה. השופט חשין הביע דעתו כי פסק-הדין לא שינה את ההלכה, שכאמור בגידרה נקבע מבחן המופרכות, ובלשונו:

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

27. ראו דברי השופט חשין בבש"פ מהאג'נה (לעיל, הערה 19); השופט קדמי בבש"פ סוסן (לעיל, הערה 19).

28. פ"ד 1 (2) 133 (להלן: בש"פ זאדה).

29. שם.

30. שם, 175-176.

ואילו לדעתי – שנתתי לה ביטוי בבש"פ רחאלי³¹ – סיכוי סביר להרשעה המספיק למעצר מתקיים רק אם חומר הראיות הלכאורי אינו מעלה מתוכו ספק סביר. לדידי, אם חומר הראיות שעל בסיסו הוגש כתב־האישום אינו מספיק להרשעה במצבו החזק ביותר – לפני שעמד במבחן החקירה הנגדית ובטרם נשמעו ראיות הנאשם – אין הוא יכול לשמש בסיס לשלילת חירותו של אדם. להשקפתי, חייבת להיות התאמה בין רמת ההוכחה הנדרשת להרשעה לבין רמת ההוכחה הנדרשת למעצר. אף הבעתי דעתי כי העדר התאמה גרם בפועל למעצרים מיותרים, בכך שהנאשמים זוכו אחרי חודשי מעצר ארוכים על סמך ספק שעלה מחומר הראיות הגולמי שעל יסודו נעצרו. וכך, בין השאר, כתבתי בפסק־דיני בבש"פ זאדה:

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

... תוצאה קשה זו של הגישה שהייתה מקובלת עד עתה אינה תיאורטית. כבר היו דברים מעולם, ואירע שנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים זוכו בשל ספקות שהיו קיימים כבר בעת הליכי המעצר. כל המעיין בכרכי פסקי־הדין לא יתקשה למצוא דוגמות למקרים כאלה.³²

חברי לא קיבלו מבחן זה, אך לא קבעו מהו הרף הראייתי הדרוש למעצר שעצמתו עולה על "ראיות־לכאורה" על־פי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי.

3. עילות המעצר

בבש"פ 95/4 עיסא ואח' נ' מדינת ישראל³³ פסקתי כי לנוכח חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו יש לפרש את העילות שנקבעו בתיקון מס' 9 בדווקנות ואין לעצור נאשם מטעמים של הרתעה. השאלה שעל בית־המשפט לבחון אינה כיצד ישפיע שחרורו של

31. ראו לעיל, הערה 26.

32. ראו לעיל, הערה 28, 166.

33. לא פורסם.

הנאשם על עבריינים בכוח ועל הציבור, אלא אם בנסיבות העניין עולה חשש כי האיש ימשיך במעשיו הפליליים. אכן, חומרת העבירה (ועבירה שהפכה ל"מכת מדינה" יש בה חומרה) היא נסיבה רלוונטית גם לצורך בחינת השאלה אם קיים חשש לשלום הציבור. אולם אין לזהות בין חומרת העבירה כעילת מעצר לבין חומרת העבירה כשיקול שממנו ניתן ללמוד על התנהגותו הצפויה של הנאשם בעתיד. בעניין האחרון, חומרת העבירה אינה אלא אחד השיקולים להוכחת החשש לפגיעה בשלום הציבור, וגורם זה עשוי לאבד את כוחו המשכנע בשל גורמים השוללים את החשש.

אולם הלכת עיסא לא היתה מקובלת על כל השופטים, וניתנו החלטות סותרות. המחלוקת הגיעה להכרעה בבש"פ גנימאת,³⁴ שנדון על-ידי הרכב של שלושה שופטים. ברוב דעות המשנה-לנשיא ברק ודעתי, כנגד דעתו החולקת של השופט חשין, נפסק כי יש לפרש את התחיקה שנשמרה מכוח סעיף 10 לחוק-היסוד לאור הוראות חוק-היסוד ולבחון אם הפסיקה הקיימת הולמת את עקרונותיו. כן נקבע בדעת הרוב כי מעצר נאשמים על-פי סעיף 21א(א)(1) בשל סוג העבירה שבה הואשמו היה מוטעה עוד בטרם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובוודאי שאין הוא יכול לעמוד עם חקיקת חוק-היסוד. נפסק אפוא שיש לערוך בדיקה אינדיווידואלית בעניינו של הנאשם, ורק אם קיים בחומר הראיות יסוד סביר לחשש כי אותו נאשם יסכן את הציבור אם ישוחרר, מתקיימת עילת מעצר. בעניין זה אין לקבוע חוקות המבניסות בדלת האחרות עילת מעצר הרתעתית, וגם בהתקיים עילת מעצר של מסוכנות, על המדינה להראות שבאמצעים חמורים פחות לא ניתן לשלול את הסכנה.

בשל חילוקי הדעות העקרוניים שנפלו בין השופטים הוחלט על קיום דיון נוסף. בדנ"פ 95/2136 גנימאת נ' מדינת ישראל,³⁵ אושרה ההשקפה כי עצם הפיכתה של עבירה ל"מכת המדינה" אינה מהווה עילה למעצר. אף נפסק ברוב מכריע כי חובת הכיבוד של זכויות האדם על-פי סעיף 11 לחוק-היסוד מחייבת את בתי-המשפט לשוב ולבחון את הפסיקה הקיימת כדי לברר אם היא הולמת את הוראות חוק-היסוד.

ג. סיכום

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

34. לעיל, הערה 25.

35. פ"ד מט (4) 589 (לעיל, דנ"פ גנימאת).

36. לעיל, הערה 30.

אכן, גם היום אין כדי להמעיט מחשיבותה הרבה של השמירה על שלום הציבור, שבלעדיה גם לא ניתן לשמור על זכויות האדם. שלום הציבור גובר על זכות האדם לחירותו לא רק כאשר הנזק לשלום הציבור הוא ודאי, אלא גם כאשר קיים יסוד סביר לחשש לקיום נזק כזה. אולם בכך אין כדי לשלול את מעמדה של חירות האדם כזכות יסוד. מעמד זה בא לביטוי במחיר שהחברה מוכנה לשלם תמורת השמירה על זכות האדם. בעניין זה כתבתי בדנ"פ גנימאת את הדברים הבאים:

לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגונו בזכות, ולא כל שכן בזכות יסוד חוקתית. הערך שבזכויות הציבור והקורבנות ככלל הוא קולקטיבי, ולמולו ניצבות זכויותיו של הנאשם הבודד. ללא הכרה בזכויותיו של הנאשם, אין קיום לזכויותיהם של הקורבנות הפוטנציאליים, העלולים למצוא עצמם, בנסיבות אחרות, כנאשמים. השמירה על זכויות היסוד של האדם אינה רק עניינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה.³⁷

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

עם זאת, אני מאמינה כי הלכת גנימאת³⁸ תביא להפחתת מעצרים כעניין שבמדיניות שיפוטית. זו היתה המדיניות הראויה אף לפני קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך משהתקבל חוק־היסוד חייב בית־המשפט לאמצה ולהפעילה. לדידי, זו התוצאה החשובה ביותר של חוק־היסוד.

37. לעיל, הערה 35, 645.

38. כ"פ גנימאת (לעיל, הערה 25); דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 35).

