

בבית המשפט העליון

[12.11.95]

לפני הנשיא לשעבר **מ' שמגר**, הנשיא **א' ברק** והשופטים **א' גולדברג**,  
**א' מצא**, **מ' חשין**, **ט' שטרסברג-כהן**, **ד' דורנר**

חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיף 413ב, פרק ז' - חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, סעיפים 21א, 21א(א), 21א(א)(1), 21א(א)(2), 21א(א)(3), 21א(ד), 21ב, 38ב(ב), פרק ג' - חוק סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 19], תשנ"ה-1995, ס"ח סעיף 3 - חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 1, 5, 8, 10, 11 - חוק לתיקון סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 9], תשמ"ח-1988, ס"ח 184 - פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, נ"ח 421, סעיף 10א - חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, סעיף 10 - הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), תשנ"ה-1995, ה"ח 306, סעיף 19(א)(1)ב.

דין נוסף על פסק-דין של בית המשפט העליון להורות על שחרורו בערובה, בתנאים מגבילים, של העורר, שהואשם בשני אישומים של גניבת כלי רכב. נושאו של הדין: פרשנות עילות המעצר המוגדרות בסעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. תשמ"ב-1982, והשלכותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דרך פרשנות הדינים בסוגיית המעצר.

בית המשפט העליון פסק:

אליבא דשופט א' מצא:

א. חוק סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 9], תשמ"ח-1988, העמיד בסיס נורמטיבי חדש לדין המעצר של נאשמים. חידושי התבטאו בשלושה נושאים עיקריים: ראשית, בהגדרתן הסטוטורית של עילות המעצר, שגיבושן בעבר נסמך על דיני המשפט המקובל וחידושי ההלכה הפסוקה. שנית, בצמצום ניכר ודווקני של המקרים שבהם חומרת העבירה, כשלעצמה, תוכל להוות עילה למעצר, ושלישית, בקביעת מתכונת דיונית המבטיחה בדיקה שיטתית, בין

הערת המערכת: הצדדים להליך הנוכחי מובאים כפי שהופיעו בהליך בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, שהוא נושא הדין הנוסף. עררו של העורר נתקבל בבש"פ 537/95, והוא, למעשה, המשיב בהליך הנוכחי.

= 590 =

היתר, של שתי השאלות הבאות: האם לאישום המיוחס לנאשם מצויה תשתית ראייתית לכאורית, וכלום את מטרות המעצר לא ניתן להשיג בדרך חלופית, שפגיעתה בחירותו של הנאשם היא חמורה פחות ממעצר. בכל אלה, כמכלול, יצר התיקון התשיעי איזון חדש, ולאין ערוך נכון יותר מבעבר, בין זכותו היסודית של הנאשם לחירות ממעצר לבין התכליות החברתיות שהמעצר מגן עליהן (611 ד-ו).

ב. (1) סעיף 21א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], שהוסף לחוק מכוח חוק סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 9], מונה ומדיר שלוש עילות אפשריות למעצרו של נאשם. ההבחנה בין שלוש העילות נסמכת על ראיונאל שונה להצדקת קיומה של עילת מעצר. סעיף-קטן (א)(1) עניינו במקרים שבהם הצידוק למעצר נובע מקיום חששות לסיכונים הכרוכים בנאשם: החשש שישבש את הליכי המשפט, החשש שיימלט מן הדין והחשש שישכן את שלומם וביטחונם של אחרים או את ביטחון המדינה. סעיף-קטן (א)(2) מעמיד צידוק למעצר במקרים שבהם העבירה המיוחסת לנאשם נמנית עם אחד מסוגי עבירות המתאפיינים בחומרה מיוחדת; וסעיף-קטן (א)(3) מעמיד עילה למעצר במקרים מיוחדים שבהם לא הומצאה ערובה שעליה הורה בית המשפט, או הופר תנאי מתנאיה של ערובה או נתקיימה עילה מוגדרת אחרת לביטול שחרורו בערובה של הנאשם (611 ו, 612 ז-ו).

(2) להשלמת המסגרת של עילות המעצר, ולהטעמת יתר של ההבחנה המתחייבת בין גדריה ותכליתה של כל אחת משתי עילות המעצר הראשונות, מורה סעיף 21א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. כי חומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף 21א(א)(2) (613 א).  
ג. (1) המבנה הניסוחי של סעיף 21א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] אינו מותיר מקום לספק שחומרת העבירה כשלעצמה מעמידה עילת מצר, במקרים המצויים בסעיף-קטן (א)(2). מטרתו של המעצר, מכוחה של עילה

ז, איננה מניעתו של חשש לשלום הציבור, אלא הפעלת אמצעי של הרתעת עבריינים בכוח, לשם הבטחת ההפעלה היעילה והאפקטיבית של המשפט הפלילי והבטחתו של אמונו הציבור באפקטיביות של המשפט הפלילי (613 ז-614 א).

(2) השימוש במעצר להשגתה של תכלית הרתעתית אינו נקי מקושי קונספטואלי. סביר להניח כי בעקבות **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, וההשפעה הנובעת לו על פרשנות הדין הקיים, יהיה על בית המשפט לחזור ולבחון, אם וכיצד יש לפרש את עילת המעצר הנסמכת על חומרת עבירתו של הנאשם באופן המתאים עם חוק היסוד; בלי לגרוע מתקפותה, מכוח הדין הקיים, של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בלבד (614 א-ג).

(3) המחוקק, בהיותו ער לחומרה הטבועה בתכליתה של עילת מעצר ז, הגביל את תחומי פריסתה לסוגי העבירות והמעשים המופלגים בחומרתם, והם רק אלה המפורטים בסעיף-קטן (א)(2) (614 ז-ד).

(4) בעקבות **בש"פ 4/95 [12]** קו פרשת המים עובר בין העבירות הפוגעות בגוף האדם לבין עבירות אחרות, ובכללן עבירות רכוש. הכלל שהבחנה בין שתי העילות מבטאת אותו הוא כי מעצר בשל חומרת העבירה כשלעצמה אפשרי רק לעניין עברות שתכליתן הגנה על הגוף, ואף זאת רק כאשר המעשה מושא האישום הוא חמור במיוחד (614 ד).

= 591 =

(5) במיון הזה דק המחוקק פורטא: בגדר העבירות המקימות עילה למעצר בכוח חומרתן המופלגת בלבד כלל רק מעשים פליליים שיש בהם פגיעה פיזית אלימה בזולת או העמדתו בחזקת סכנה מוחשית ישירה ומיידית. בגדר זה לא נכללו עבירות חמורות אחרות, בכללן עבירות שיש בהן כדי לסכן את שלום הציבור וביטחונו או את ביטחון המדינה, ודין של עבירות אלו, לעניין העמדתה של עילת מעצר, כדין של כל העבירות האחרות (614 ה-ו).

ד. (1) הנטל להוכיח את קיומה של עילת מעצר רובץ על התביעה. אך אמת המידה להתקיימות יסודותיה של כל אחת מעילות המעצר נלמדת מתכליתה של העילה.

השאלה אם קיימת עילה למעצר לפי סעיף-קטן (א)(1) לעולם תיבחן לעניין הנאשם המסוים: כלום החשש, שבעטיו מבוקש לעוצרו, אכן מתקיים לגביו? לא כן השאלה אם העבירה המיוחסת לו, עקב חומרתה, מעמידה עילה למעצרו לפי סעיף-קטן (א)(2). לאור התכלית ההרתעתית שביסוד העילה, המבחן להתקיימותה הוא בשאלה אם העבירה המיוחסת לנאשם משתייכת למשפחת העבירות החמורות, המנויות בסעיף-קטן (א)(2), ושרק הן, כמצוותו של סעיף 21א(ד), עשויות להקים עלה למעצר בשל עצם חומרתן (614 ו-615 א).

(2) אמת המידה להתקיימותה של עילת מעצר היא הגוזרת גם את רמת ההוכחה הדרושה לביסוסה. העמדת עילת מעצר לפי סעיף-קטן (א)(1) מותנית ב"קיום יסוד סביר" לאחד החששות המקימים את העילה (קרי, החשש שהנאשם, אם ישוחרר, ישבש את הליכי המשפט, ימלט מן הדין או יסכן את שלום הציבור וביטחונו); ועל התביעה להניח את דעת בית המשפט כי אכן קיים יסוד סביר לחשש הנטען על-ידיה. עול זה אינו קל, באשר הוא מטיל על התביעה חובת הוכחה לגבי קיום עובדות ונסיבות המצדיקות את הערכתה כלפי הצפוי. הנטל הרובץ על התביעה להוכחת קיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בלבד הוא קל לאין ערוך, שכן כאן בידי התביעה לסמוך על העובדות ביסוד האישום שלגביהן מצויות בידה, מטבע הדברים, ראיות לכאורה (615 א-ב).

ה. "מכת מדינה" אינה מהווה עילת מעצר העומדת על רגליה היא. גישה הפוכה יש בה כדי ליצור, בדרך של פרשנות, עילת מעצר שמטרתה הרתעת עבריינים, בגין עבירה אשר אינה נמנית עם העבירות אשר רק לגביהן הכיר החוק בעילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה (616 א).

ו. (1) יסודותיה של עילת המעצר, האמורה בסעיף 21א(א)(1) סיפה ל**חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]**, אינם שונים מיסודותיהן של עילות המעצר האמורות ברישתו של הסעיף. וכשם שעל המדינה רובץ הנטל להוכיח את קיומו של יסוד סביר לחשש, שאם ישוחרר ממעצר ישבש הנאשם את הליכי המשפט או ימלט מן הדין, כך מוטל עליה להוכיח כי קיים יסוד סביר לחשש שעם שחרורו ממעצר יסכן הנאשם במעשיו את שלום הציבור (617 א-ב).

(2) אין להסכים לגישה שלפיה כשהמדובר בעבירה שהפכה "מכת מדינה", נלמד קיומו של החשש לסיכון שלום הציבור מעצם מהותה של העבירה, ואין המדינה חייבת לבסס את קיומו על ראיה קונקרטית המתייחסת לנאשם המסוים. לאמור, אין להסכים שמהות העבירה מקימה חזקה ראייתית למסוכנותו של הנאשם, והנטל לסתור רובץ על הנאשם (617 א).

= 592 =

(3) בין שאר שיקולים וראיות שהיא מביאה לפני בית המשפט, במטרה לשכנעו בדבר קיום חשש לסיכון שלום הציבור, רשאית המדינה לסמוך גם על מהות העבירה, היותה "מכת מדינה" הפוגעת בשלום הציבור, וכן על הסיבות שבגדרן בוצעה העבירה על-ידי הנאשם. אך לא הרי הסתמכות מעין זו, המשתלבת במכלול של נתונים ושיקולים אחרים, כהרי העמדת חזקה לחובת הנאשם (617 ד-ה).

ז. (1) מעצרו של נאשם מהווה אמצעי חמור. לכן אין להשתמש בו אלא במקרים בהם הוא נחוץ. כך היה לפני תחילתו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** וכך הוא - בחינת קל וחומר - מאז תחילתו. עם זאת ברור, שבמקרים רבים מאוד אין מנוס ממעצר, וכי ההימנעות מן השימוש בו תפגע בשלום הציבור, בביטחונו ובערכים חיוניים מוגנים אחרים (618 ז-619 א).

(2) יש להיזהר מפני קביעת נוסחה שתכיר בלגיטימיות של אמצעי המעצר במקרים חריגים בלבד. יש להתגונן מפני

סכנות רבות וקשות; מפני אויבים שוחרי-רעה מחוץ ומפני מהרסים ומחריבים מבית; והעבריינות לענפיה, לרבות זו המלווה באלימות קשה, פושה וגואה. ההתמודדות כנגד כל אלה מוטלת על רשויות אכיפת החוק. ובנסיבות הקיימות אין מנוס גם מן השימוש באמצעי של מעצר (619 א-ב).

(3) בנסיבות הקיימות די בתפיסה המגובשת והמקובלת, שבאמצעי המעצר מוטל על בית המשפט להשתמש בזהירות ובתבונה, אך אין לקבוע שהשימוש בו חייב להיעשות במשורה (619 ב-ג).

ח. (1) אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): מבחינה פונקציונלית המעצר הוא אקט שיפוטי המכוון כלפי הנאשם; קרי, נוגעים לו הערכאה השיפוטית והנאשם.

אולם, מבחינת התכלית, נועדה הפעלת הסמכות לשרת אינטרס של הציבור כולו, ובתוכו של אלה הנפגעים, בפועל או בכוח, ממעשי עבירה, שמהותם והשלכותיהם רלוואנטיות לצורך יישום הסמכויות שסעיפים 21 ו-21ב לחוק [סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#) דנים בהם (619 ז-620 א).

(2) המעצר - שהוא בגדר הכרח בל-יגונה בתנאי שמשמשים בו באופן מושכל וזהיר - בא לשים מחסום מידי בפני מעשי עבירה נוספים ולהבטיח כי תמומש ההחלטה לקיים הליך משפטי, כביטוייה בכתב האישום. בכך משרת החוק את החברה ואת מרכיביה, שהם בני האדם מן השורה המבקשים להרחיק מעצמם, במידת האפשר, חרדה וחוסר ביטחון אישי. הזהירות הנדרשת ובדיקת הנתונים שמתחייבת מבקשות לצמצם את השימוש בסמכות האמורה במידת האפשר (620 ד-ה).

(3) העבריין האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המידי, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על-פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי. האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קורבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה; הכול בתקופת הביניים עד תום המשפט (620 ז-ט).

ט. (1) סוג עילות המעצר שענין חשש לשיבוש הליכי משפט או פגיעה בשלום הציבור מצביע

= 593 =

על כך כי שומה על בית המשפט לשקול מה תהיה המשמעות של שחרורו ממעצר של נאשם. במילים אחרות, מאחר שהוראות המעצר נועדו לסייע בהשלטת החוק, אין בוחנים רק את מעשה העבירה שכבר בוצע אלא גם את הצפוי מן הנאשם בתקופת הביניים בין הגשת כתב האישום למועד סיום המשפט (621 ד-ה).

(2) [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה. בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם (621 ו-ז).

י. (1) דיני המעצר הקיימים לא עוצבו תוך התעלמות מזכויות היסוד, כי אלו היוו חלק ממשפטנו גם לפני שנכללו בחוק היסוד. שני חוקי היסוד שהוחקו בשנת 1992 לא חידשו זכויות יסוד אלא העניקו להן מעמד סטטוטרי מיוחד, מוגן ומיוחס (622 א).

(2) אף לפני חקיקת חוקי היסוד הודרכה פרשנות החוק בדבר מעצר על-ידי התפיסות החוקתיות בעניין מהות זכויות היסוד של האדם והשפעתן על חוק.

דיני המעצר ביטאו מעיקרם איזון בין זכויותיו של הפרט, החשוד או הנאשם, לבין זכות של החברה והקורבנות שה, בפועל ובכוח, להיות מוגנים, ואף למנוע שיבוש הליכי משפט (622 א-ב).

(3) אין לשנות עתה את פרשנותו של [חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#) לאור חקיקתו בשנת 1992 של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). חוק היסוד, שעיגן את זכויות היסוד בחוק החרות, צריך להיות לנגד עיני בית המשפט, כפי שההקפדה על קיום חירויות הייתה נגד עיניו כאשר היו חלק מן המשפט הפוזיטיבי הבלתי חרות (622 ג-ד).

(4) לא מתחייב עתה שינוי גישה לדיני המעצר. כמקודם כן גם עתה, מתחייב איזון סביר וזהיר בין החובה לשמור על חירותו של הפרט לבין החובה להגן על ביטחון הציבור. אין לאשר מעצרים ללא צורך אמיתי; אולם, מאידך גיסא, אין גם להפוך את הברכה - שבחקיקת חוק היסוד - לפגיעה בחברה בכלל, ובפרטים שבה בפרט (622 ד-ה).

(5) מדאגים סימנים של שחיקה בהפעלה של סמכויות המעצר, שבעבר לא היה ספק בחיוניות הפעלתן לקיום שלום הציבור ולהגנתו. זאת דווקא בתקופה שבה העבריינות האלימה והסחר בסמים קשים הולכים וגואים (622 ה).

יא. (1) אם התביעה סבורה כי קיים יסוד סביר לחשש של שיבוש הליכי משפט או סיכון שלום הציבור או אחת מיתר העילות המפורטות בסעיף 21א(א) [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#), עליה לשכנע את בית המשפט שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, וכי יש יסוד סביר לחשש האמור המובע על-ידיה (624 א-ב).

(2) היותה של עבירה בגדר "מכת מדינה" יכול להיות אחד מן המרכיבים האפשריים של הוכחת קיומה של עילת מעצר. אולם בכל מקרה דרוש שכנועו של בית המשפט כי יש חשש שהשחרור של הנאשם הספציפי יסכן את שלום הציבור או את ביטחונו, או כי קיימת עילת מעצר אחרת (624 ב).

(3) גניבת מכונית היא ללא ספק "מכת מדינה", שהרי נגבנות למעלה מעשרים אלף מכוניות לשנה. אולם, מעבר לכך, דרוש בכל מקרה גם בירור של הנסיבות הקשורות לעבירה

= 594 =

ולעבריינים המסוים שעניינו מובא לפני בית המשפט (624 ב-ג).

(4) ככל שהעבירה שהיא מכת מדינה חמורה יותר, גדל "המשקל העצמי" של קיום חשש לסיכון שלום הציבור,

הנובע ממהות העבירה. יש סוג עבירות ועבריינים שהסיכון העולה מהם, בתקופת הביניים, קרי, בזמן ההליכים וכאשר הנאשם עדיין מקווה שניתן יהיה לבקש, במקרה הגרוע ביותר, צירוף עבירות, הוא רב וחמור במיוחד. זהו הניסיון בכגון דא שהצטבר בידי בתי המשפט (624 ג-ה).

יב. (1) העבירות המנויות בסעיפים 21א(2) ו-21ב(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] הן בגדר העבירות היחידות שמעצר עקב האשמה בהן הוא בסמכות בית המשפט עקב "חומרת העבירה" (סעיף 21א(ד) לחוק). אולם, גם לגבי העבירות המנויות בסעיף 21א(2) ניתן לבקש לשכנע את בית המשפט שהנחת היסוד, העולה מנוסחו של סעיף 21א(2), נסתרת על-ידי הנסיבות הסובבות את המקרה הספציפי (624 ז-ז).

(2) חומרת העבירה, כמרכיב בין המרכיבים השונים הנשקלים על-ידי בית המשפט, גם יכולה להיות מובאת בחשבון, למשל לצורכי בדיקת חשש פגיעה בשלום הציבור, כאמור בסעיף 21א(1) לחוק. כל שנובע מסעיף-קטן 21א(ד) הוא כי "חומרת העבירה" כשלעצמה היא טעם למעצר, רק אם מדובר בעבירות המנויות בסעיף 21א(2) ובסעיף 21ב. אולם, בהצטרפות לנתונים נוספים, רלוואנטי גם אופי העבירה לצורכי סעיף 21א(1) (624 ז-625 א).

(3) רשימת העבירות שבסעיף 21א(2) לחוק מבטאת, בין היתר, את ה"הן" ואת "לאו". משתמעת ממנה גם המגמה של המחוקק לשלול את מעצרו של נאשמים המואשמים בעבירות כלכליות ובעבירות רכוש ומימנה חמורות, שנעצרו בעבר בשל הטעם של "חומרת העבירה" בלבד, אלא אם כן קיימות הנסיבות הייחודיות שסעיף 21א(1) מונה אותן (625 א-ב).

יג. טרם הגיעה השעה לאמץ מדיניות שיפוטית שלפיה יש לעצור רק במקרים חריגים ומיוחדים (629 א-ב). יד. מדינה דמוקרטית המניחה את כבוד האדם וחירותו בראש סולם ערכיה החוקתיים, גם שוקדת לשם כך, כסמכותה על-פי סעיפים 21א(1) ו-21ב(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], על שלום והבטחת ביטחונם של הקורבנות הצפויים ממעשי העבירה הנוספים של נאשמים מסוימים (629 ה-ו).

טו. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) אם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן היה להעמיד את עילת המעצר שבסעיף 21א(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] על תכלית הרתעתית, לא ניתן עוד עתה, לאחר חוק היסוד, לאמץ גישה זו אף שהייתה לגיטימית בשעתה. מעצר אדם טרם משפט, אך ורק כדי להרתיע אחרים, לא יכול להתיישב עם חוק היסוד. שימוש כזה במעצר בבירור אינו עולה בקנה אחד עם יסודותיו של חוק היסוד. לפיכך, אין להסכים לדעה כי עילת המעצר שבסעיף 21א(2) לחוק - המבוססת על חומרת העבירה - מטרתה היא הפעלת אמצעי של הרתעת עבריינים בכוח (630 ז-631 א).

(2) כיום, לאחר חוק היסוד, אין מנוס מלהעדיף את הפרשנות הגורסת כי מטרת המעצר הינן לעולם אלו המנויות בסעיף 21א(1) לחוק, אלא שלעניינן של העבירות ה"חמורות"

= 595 =

אמר המחוקק להורות מן החוק עצמו - EX LEGE - כי בגופן של אותן עבירות טמונים אחד או יותר מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(1) (631 ב-ד).

טז. פרשנותו של סעיף 21א(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינה דוגמה טובה להשראתו של חוק היסוד על פרשנות חקיקה שקדמה לו. בעוד שקודם לחוק היסוד היה בידי הפרשן לבחור באחת מן הפרשנויות הלגיטימיות שנתן בית המשפט העליון לסעיף 21א(2), הרי שאחרי חוק היסוד אין עוד מקום להעדיף פרשנות המעמידה את עילת המעצר טרם הרשעה על הצורך במעצר הרתעתי, או על הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות של המשפט הפלילי. מרחב הבחירה הפרשנית שהיה לפרשן בעבר נצטמצם עתה מכורח חוק היסוד, ואין הוא חופשי עוד להעדיף פרשנות שרוח חוק היסוד אינה שורה עליה (631 ד-ה).

יז. (1) בכל הנוגע לעילת המעצר שבסעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], על המדינה מוטל הנטל לשכנע את בית המשפט שקיים יסוד סביר לחשש, שאם ישוחרר הנאשם ממעצרו ישוב ויבצע עבירות נוספות, ובכך יסכן את שלום הציבור או ביטחונו (631 ו).

(2) היות העבירה שבה הואשם נאשם בגדר "מכת מדינה" היא, כשלעצמה, אינה מעידה עדיין על קיום החשש האמור (631 ו).

(3) לא נפוצה של העבירה כשלעצמה היא זו שמעלה את החשש להישנותה אם ישוחרר הנאשם. כדי להשיב על השאלה אם "מכת מדינה" מקימה חשש כי הנאשם יפגע לאחר שחרורו בשלום הציבור, יש לרדת לשורש התופעה העבריינית, מניעה, שיעור טובת ההנאה בצדה לעברייני, ושיעור תפיסתם של עברייני אותה עבירה על-ידי המשטרה. ככל שקלה העבירה לביצוע; ככל שגדל הרווח הכלכלי המופק ממנה; וככל שיוודע הנאשם כי גדולים סיכוייו להצליח ולא להיתפס, כן יגדל הפיתוי לנאשם לנסות את מזלו שנית, בתקווה כי זה יאיר לו הפעם פנים (631 ז-632 א).

(4) אם הרימה המדינה את הנטל להוכיח כי "מכת המדינה" נמנית עם הסוג האחרון, כי אז הביאה ראייה בעלת משקל רב למסוכנותו של הנאשם לציבור אם ישוחרר מן המעצר. במקרה אשר כזה אין מדובר בחשש בעלמא למסוכנות הנאשם, אלא בחשש מוכח, המקים עילת מעצר לפי סעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (632 א-ב).

יח. (אליבא דשופט ט' שטרסברג-כהן): חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הציב בהצבה נורמטיבית על-חוקית את העיקרון המנחה שלאורו יש לפרש כל חוק ישן וחוק סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 9] בכלל זה. הוא קבע את נקודת המוצא שממנה יש לצאת ואת מרכז הכובד שאלי יש להתייחס כתשתית רעיונית לפרשנות ראויה של הוראות החוק המתוקן. אם קודם לחקיקתו עמד לנגד עיני הפרשן סעיף 21א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] שנקודת המוצא בו היא הסמכות של בית המשפט על מעצרו של נאשם, הרי שכיום עומד לנגד עיניו, קודם לכול, סעיף 5 לחוק היסוד הקובע את זכותו של כל אדם לחירות. אם קודם עמד לנגד עיני הפרשן במקרים המנויים בחוק המתוקן, בראש ובראשונה, האינטרס הציבורי המסמך הגבלת חירותו של אדם, עומדת כיום לנגד עיני הפרשן, קודם לכול, זכות יסוד לאדם לחירות שרק אינטרס ציבורי מובהק מצדיק להגבילה. סעיף 21א(א), המעניק לבית המשפט סמכות לשלול את החירות ולהורות על מעצרו של הנאשם בהתמלא

= 596 =

מתחת לזכות היסוד לחירות. החוק שינה את סדר העדיפויות. הוא שינה את האיזון בין זכותו של אדם לחירות לבין ממכותו של בית המשפט לשלול אותה ממנו (633 ה-ז).

יט. (1) עילת המעצר שבסיפה של סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], עניינה מסוכנותו של הנאשם, והיא מכילה יסוד אובייקטיבי ויסוד סובייקטיבי (634 ד-ה).

(2) לצורך העמדת העילה לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1) לחוק אין להתייחס רק לבדיקת מסוכנותו האישית של הנאשם, כפי שאין מקום להיתלות רק בנסיבות העבירה ובמהותה. יש לשקלל את שני המרכיבים גם יחד כדי להגיע למסקנה בדבר מסוכנותו של הנאשם. אילו די היה במסוכנותו של הנאשם כדי להעמיד את העילה לפי הסיפה הנ"ל, לא היה צורך בהוספת המילים "בשל נסיבות העבירה או מהותה" לנוסח הסעיף, ודי היה לו למחוקק לומר כי אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן חייו או ביטחונו של אחר, קמה עילת מעצר (634 ו-ז).

(3) מחמת הקושי להוכיח מסוכנות של נאשם, מחד גיסא, ומחמת החובה להגן על הציבור מפני סכנות האורבות לו מצד עבירות מסוכנות ומפני עבריינים מסוכנים, מאידך גיסא, הקל המחוקק בדרישותיו לעניין הוכחת עילת המעצר לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1), בכך שהכליל בעילה זו מרכיבים אובייקטיביים וסובייקטיביים המצטרפים זה לזה, אשר חלקם ניתנים להוכחה ביתר קלות ומשליכים על החלק הניתן להוכחה ביתר קושי. ככל שמדינה מצליחה יותר בהוכחת המסוכנות שבנסיבות העבירה ומהותה, כך יכולה היא להסתפק בהוכחה פחותה לגבי סיכון הנובע מהעברייני הספציפי, וההפך (635 א-ב).

(4) לעניין הוכחת המרכיבים האמורים יש להבחין בין נטל ההוכחה לבין מידת ההוכחה. נטל ההוכחה מוטל לולם על התביעה. חלק מהנטל להוכחת מסוכנותו של הנאשם מורם על-ידי הוכחת מהותה ונסיבותיה של העבירה. אין זה כל הנטל. הוכח הפן האובייקטיבי והורם בכך חלק מהנטל, עדיין על התביעה להוכיח את הפן הסובייקטיבי שהוא הצבעה על מסוכנותו של העברייני הספציפי שלפנינו. ככל שהוכחת החלק האובייקטיבי חזקה יותר ומבוססת יותר, כך קטנה מידת ההוכחה הדרושה להוכחת המרכיב הסובייקטיבי, וההפך (635 ב-ג).

כ. גם כאשר קמה עילת מעצר, יש לבדוק את החלופות לה ואת אפשרויות השחרור בתנאים, ורק בהיעדר חלופות שיש בהן כדי להשיג את תכלית המעצר, ייעצר הנאשם (635 ד-ה).

כא. (1) "מכת מדינה" כאינדיקציה לחומרת העבירה אינה מעמידה כשלעצמה עילת מעצר לפי סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], שכן אין היא נמנית עם העילות המנויות בסעיף 21א(א)(2), שרק הן מעמידות עילת מעצר בשל חומרתן בלבד (635 ו-ו).

(2) אין לקבל את הדעה ש"מכת מדינה" יוצרת חזקת מסוכנות שעל הנאשם להפריכה. אולם "מכת מדינה" מסתופפת תחת קורת גגן של "נסיבות העבירה או מהותה", ועליה לקבל את משקלה המלא וההולם כחלק מהפן האובייקטיבי של העילה. יש בה כדי להצביע על מסוכנות מצד מי שמבצע עבירה מאותו סוג. עדיין נשאר להוכיח שאותו אדם העומד לפני בית המשפט מסוכן לציבור לא רק מפאת מאפייני העבירה, אלא גם מפאת מאפייני העברייני (635 ו).

= 597 =

(3) בכל מקרה, בסופו של חשבון, צריכה הצטברות המסכת הראייתית, בשקלול מרכיבי העילה, לעלות כדי הוכחת חשש סביר למסוכנותו של הנאשם הספציפי העומד לפני בית המשפט (635 ו-ז).

כב. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) מטרת המעצר הינן לעולם אלו המנויות בסעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], אלא שלעניין של העבירות ה"חמורות" אמר המחוקק להורות מן החוק עצמו - EX LEGE - כי בגופן של אותן עבירות טמונים אחד או יותר מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1). בזאת ניפלו העבירות ה"חמורות" מכל שאר עבירות, שבעבירות ה"לא-חמורות" שומה על התביעה להוכיח במפורש ובמפורט קיומו של סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1), ורק כך יורה בית המשפט על מעצר. מנגד, לעניין של העבירות ה"חמורות" הוסיף המחוקק והורה כי אותם סיכונים, כולם או מקצתם, טמונים באישיותו של העברייני כמנחם מינה וביה מביצועה של העבירה ה"חמורה" (638 ז-639 א).

(2) הבחנה זו שבין עבירות "חמורות" לבין עבירות אחרות, כוחה עמה אף לעניין חלופת המצר. לעניין מעצרו של נאשם באחת מן העבירות ה"לא חמורות" הנטל על התביעה הוא לשכנע את בית המשפט כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יקים סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1). מתוך כך, הנטל על התביעה הוא להוסיף ולהוכיח שלא ניתן להפיג את החשש לקיומו של סיכון כאמור בדרך שאינה מעצר. שונה דינן של העבירות ה"חמורות", שבעניין מתקיים - EX LEGE - סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1) לחוק. מכאן שלעניין העבירות ה"חמורות", הנטל על הנאשם הוא (ולו נטל של הבאת ראיות), כי בנסיבותיו המאוד מיוחדות של עניינו, אין מתקיים סיכון מן הסיכונים האמורים, וכי מתוך כך ראוי להורות בעניינו על חלופת מעצר (639 ב-ד).

כג. (1) "שמירת דינים", כלשון סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושמירת "תוקף" - כלשון הוראת חוק היסוד בגופו - פירושה הוא כפשוטו: מה שהיה הוא, כעיקרון, מה שהיה. תחום התפרסותו של החוק יהיה לאחר

היות חוק היסוד כהיותו לפני חוק היסוד. לשון של חוקה וחוקי יסוד - למצער בראשיתם - אין היא לשון של אנשי מקצוע. לשון בני-אדם מן היישוב היא.

והאמירה כי חוק היסוד יש בו "כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היוד", פירושה הוא בלשון בני-אדם: דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד ימשיך במהלך חייו כמימים ימימה (640 ה-ז).

(2) "תוקפו" של חוק עניינו ב"תוכנו" של חוק. בקובעו כי חוק היסוד אין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין קיים, כמו אמר המחוקק, שלעתיד לבוא, חוק יסוד זה הוא שיורה את הדרך. ואשר לעבר, גם אם יהיו סתירה או אי-התאמה בין חוק היסוד לבין דין של עבר, וגם אם ייצא כי חוק היסוד תובע איזוני אינטרסים שונים מן הדין הקיים, גם כך וגם כך, דין של עבר יישאר כשהיה (641 ו-ז).

כד. (1) שלום הציבור הוא ערך יסודי, ובלא שמירה עליו אין קיום לזכויות האדם בכלל ולזכויותיהם של קורבנות העבריינים בפרט. יש מקרים שבהם יגבר שלום הציבור על פני זכות היסוד של הנאשם לחירות, כך שנאשם המסכן את שלום הציבור יעצר. יתר-על-כן: כאשר הנזק הצפוי לשלום הציבור הוא ממשי ואינו דבר של מה בכך, נתונה עדיפות ברורה וחד-משמעית לשלום הציבור על פני חירות הנאשם. על-כן, כאשר על כפות המאזניים ניצבות, מצד אחד פגיעה ודאית בחירות הנאשם אם יעצר, ומצד שני

= 598 =

פגיעה ודאית בשלום הציבור אם הנאשם לא יעצר, תיסוג חירותו של הנאשם מפני שלום הציבור, והנאשם יעצר. המחוקק לא הסתפק בכך ונתן בידי בית המשפט שיקול-דעת להורות על מעצר נאשם, ובכך לפגוע באופן ודאי וחמור בחירותו, אף מקום שבו הפגיעה הצפויה בשלום הציבור אינה ודאית, אלא יש "יסוד סביר לחשש" כי הנאשם, אם לא יעצר, יפגע בשלום הציבור (644 ה-ז).

(2) כל אלה אינם שוללים את מעמדה של חירות האדם כזכות יסוד חוקתית. 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 (645 א-ב).

(3) בעוד שהפגיעה בזכות היסוד של נאשם שנעצר הינה ודאית, הרי שכלל אין זה בטוח כי ריבוי מעצרים מגן במידה משמעותית - אם בכלל - על שלום הציבור (646 ג-ז).

כה. (1) חובת בית המשפט הנגזרת מסעיף 11 ל-[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד - אינה מתבטאת רק במת פירוש דווקני לעילות המעצר המפורטות בחוק. על בית המשפט למלא את חובת הכיבוד גם על-ידי הפעלת שיקול-דעתו בקביעת העובדות המשמשות לפי החוק יסוד למעצר (לרבות הערכת הסיכונים הצפויים משחרור הנאשם), באופן שאמצעי המעצר לא יינקט אלא במידה המזערית הנדרשת (646 ו-ז).

(2) אין די במתן תשובה שלילית לשאלה אם עבירת רכוש שהפכה למכת מדינה היא עילה למעצר נאשם שהואשם בה. גם אם ייקבע כי מעצר עד תום הליכי המשפט על-פי סעיף 21א(א)(1) ל-[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#) מותר רק בהתקיים יסוד סביר לחשש כי הנאשם המסוים יסכן את שלום הציבור כאמור - יהיה פירוש זה חסר משמעות אם לא תידרש - כעניין של מדיניות מעשית, ולא רטוריקה בלבד - הוכחה של ממש למסוכנותו האינדיבידואלית של הנאשם (646 ז-647 א).

כז. [חוק סדר הדין הפלילי \[תיקון מס' 9\]](#) לא שינה מהותית את המדיניות השיפוטית שקדמה לו, ותוצאתו המעשית הייתה הוצאה מכלל הנעצרים לאחר אישום את עברייני הצווארון הלבן (647 ה-ו).

כח. מדיניות שיפוטית ראויה מחייבת להורות על מעצר רק כאשר אין מוצא אחר. בעניין זה אין נפקא מינה אם הנאשם משוחרר משום שנקבעה לו חלופת מעצר, או שהוא משוחרר בערובה בהיעדר עילת מצר (שחרור העשוי להיות שחרור בתנאים, כדי להבטיח את התייצבות הנאשם למשפט). זו הייתה המדיניות השיפוטית הראויה אף בהיעדר [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). לא כל שכן, מחויב בית המשפט להפעיל מדיניות כזאת משנתקבל חוק היסוד (648 ה-ז).

כח. אליבא דנשיא א' ברק: (1) "מכת מדינה" אינה עילת מעצר (648 ז).

(2) הנטל מוטל על המדינה - בגדריו של סעיף 21א(א)(1) ל-[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח\]](#)

= 599 =

[משולב](#) - לשכנע את בית המשפט כי קיים יסוד סביר לחשש כי אם הנאשם ישוחרר, הוא יסכן את שלום הציבור וביטחונו. המדינה אינה מרימה נטל זה על-ידי כך שהיא מצביעה על כך שהנאשם ביצע עבירה שהיא "מכת מדינה". על המדינה לשכנע את בית המשפט, כי קיים יסוד סביר לחשש כי הנאשם הספציפי - הוא ולא אחר - יוצר סיכון לביצוע עתידי על-ידי של עבירות שבהן הואשם והמסוכנות את שלום הציבור וביטחונו (648 ז-649 א).

(3) השאלה אם קיימת עילה למעצר לפי סעיף 21א(א)(1) לעולם תיבחן ביחס לנאשם מסוים. כלום החשש שבעטיי מבוקש לעוצרו, אכן מתקיים לגביו. מהותה של העבירה כמכת מדינה אינה יוצרת, כשלעצמה, חזקת סיכון, שיש בה כדי להעביר הנטל על שכם הנאשם (649 א-ב).

נט. (1) במדינה דמוקרטית, אשר הצבה בראש חוקתה את הצו כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (סעיף 1 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#)), מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג (649 ד-ג).

(2) מעצר לצורכי חקירה צריך להתקיים רק במקרים חריגים של חקירה. מעצר אינו אמצעי חקירה. מעצר הוא אמצעי למניעת שיבוש החקירה. בדומה, מעצר עד תום ההליכים צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. מעצר אינו תחליף לעונש ואינו מקדמה על חשבון עונש. הנאשם הוא בחזקת זכאי וזכותו להלך חופשי. רק במקרים מיוחדים ניתן במדינה דמוקרטית שוחרת חופש להצדיק מעצר עד תום ההליכים (649 ד-ה).

(3) ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה הם מעטים, שכן רמת הפשיעה נמוכה. בין שמדובר במקרים רבים ובין שמדובר במקרים מעטים, מדובר במקרים מיוחדים וחריגים (649 ה-ו).

(4) המיוחדות והחריגות אינן משקפות מספרים; הן משקפות מנטאליות, נקודת מוצא ותפיסה חוקתית. הן אינן משקפות תפיסה כמותית. הן מבטאות תפיסה איכותית. הן מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום להחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת על בית המשפט (649 ו).

(5) נדרש שינוי בגישה אל האדם ואל חירותו. מתבקש מצב נפשי חדש של השוטר והשופט. כל אלה מתבטאים בגישה כי החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג (650 ז-651 א).

ל. (1) זכויות האדם שעליהן מגן [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) הן זכויותיו של כל אדם באשר הוא אדם. על-כן יש להגן על הקורבן ועל הנאשם גם יחד (651 ז-ז).

(2) שניות זו מביאה לעתים להתנגשות בין כבוד הקורבן לכבוד הנאשם. התנגשות זו מחייבת איזון ראוי. איזון זה מצוי במשפט הפלילי המהותי והדיוני, כפי שהוא מתפרש מעת לעת על-ידי בתי המשפט (652 ג-ד).

= 600 =

(3) התנגשות כזו אינה קיימת כלל ועיקר בסוגיית המעצר עד תום ההליכים, מקום שלא נשקפת כלל סכנה מהנאשם לקורבן אם ישוחרר. כבודו של הקורבן אינו דורש לעצור נאשם שפגע בו אם לא נשקפת כלל סכנה מהנאשם אם יתהלך חופשי (652 ד-ה).

לא. (1) ממדו החוקתי של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. קרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן (653 ה).

(2) תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת הקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן מפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו (653 ה-ו).

(3) עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות אדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט הישראלי. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד (653 ז-ז).

(4) כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד (653 ז).

לב. (1) חלופת הזמן, ושינוי המציאות החברתית, מביאים מטבע הדברים לכך כי מבינים כיום את מה שהתרחש בעבר בשונה ממה שהובן בעבר (654 ב-ג).

(2) המקום הגיאומטרי לשינוי בהבנת הדין הישן הוא בתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה. תכלית זו משקפת את המטרות, הערכים והאינטרסים שאותם מבקש דבר החקיקה להגשים. זהו נתון אובייקטיבי, המשקף את תפיסות היסוד וערכי היסוד לחברה בזמן מתן הפירוש. בגדרה של תכלית אובייקטיבית זו נדרש לא פעם לאזן בין ערכי יסוד המתנגשים. נקודת האיזון משתנה עם שינוי במשקלם של הערכים והאינטרסים המתנגשים (654 ד-ז).

(3) כאן פועל [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) את פעולתו הפרשנית. מכוחו עשוי להינתן משקל שונה ממה שניתן בעבר לערכים ולאנטרסים הקבועים בו.

כתוצאה מכך עשויה להשתנות נקודת האיזון בין אינטרסים וערכים הקבועים את תכליתו האובייקטיבית של החוק. בעקבות זאת משתנה התכלית האובייקטיבית עצמה. בשל כך משתנה התכלית הסופית (פרי האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית) של דבר החקיקה. כך מתייצב דבר החקיקה הישן במובנו החדש. דבר החקיקה לא שונה, אך מובנו שונה.

נשמר תוקפו של הדין הישן, אך שונה היקף פריסתו (654 ה-ו).

(4) גישה עקרונית זו תופסת במלוא העוצמה לעניין הדין הפלילי. דין זה קשור מטבע הדברים בקשר אמיץ עם זכויות האדם. הוא מגן על זכותו של כל אדם לכבוד, לשלמות הגוף והרכוש. הוא עוסק בזכותו של הנאשם. נדרש בגדריו לא פעם איזון עין בין אינטרס הפרט לאינטרס הכללי; בין זכות הקורבן לבין זכות כנאשם. איזון זה נעשה על-פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים השונים. על משקל זה משפיע חוק היסוד. הוא מגביר את משקלו של הערך בדבר זכות הפרט, בין שזהו הקורבן ובין שזהו הנאשם.

= 601 =

כתוצאה מכך עשוי להתבקש שינוי בפרשנותם של דברי חקיקה פליליים ישנים (654 ו-ז).  
 (5) ברבים מהמקרים, הערכים שצריך היה לקחתם בחשבון בעבר ושיש לקחתם בחשבון עתה, הם אותם ערכים עצמם. לעתים קרובות ניתן היה לתת להם גם בעבר אותו משקל שמתבקש לתת להם עתה. במצב דברים זה, אין כל מקום לשינוי פרשני אם המשקל שניתן להם, הלכה למעשה בעבר, הוא גם המשקל המתבקש עתה. במקרים אלה, לא יחול כל שינוי פרשני בעקבות חוקי היסוד (655 א).  
 (6) לעתים ניתן לערכים המתנגשים בעבר משקל יחסי השונה מזה המתבקש עתה, למרות שניתן היה כבר אז ליתן את המשקל היחסי המתבקש כיום. במצבים אלה מתבקש השופט-הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר, ולבחון עצמו מחדש.  
 ביסוד בחינה מחודשת זו עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחודשת זו צריכה להיעשות מזווית הראייה החדשה, פרי ההפנמה של חוקי היסוד, וההכרה בשינוי העמוק הם הביאו למשפט ולחברה (655 א-ב).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן, פ"ד מג \(2\) 410.](#)
- [2] [בש"פ 279/89 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג \(1\) 573.](#)
- [3] [בש"פ 496/89 מדינת ישראל נ' יונה, פ"ד מג \(2\) 450.](#)
- [4] [בש"פ 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה \(3\) 645.](#)
- [5] [בש"פ 341/89 מדינת ישראל נ' ממון, פ"ד מג \(2\) 441.](#)
- [6] [בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו \(1\) 677.](#)
- [7] [בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו \(3\) 338.](#)
- [8] [בש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מה \(4\) 807.](#)
- [9] [בש"פ 4510/91 תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה \(5\) 573.](#)
- [10] [בש"פ 861/95 אבוקרינט נ' מדינת ישראל, פ"ד מח \(5\) 873.](#)
- [11] [בש"פ 2092/95 טלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט \(1\) 641.](#)
- [12] [בש"פ 4/95 - לא פורסם.](#)
- [13] [בש"פ 759/92 - לא פורסם.](#)
- [14] [ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד לא \(2\) 281. \[15\] \[בג"צ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם \\(מועצת הפירות\\), פ"ד ל \\(3\\) 645. \\[16\\] \\[בש"פ 6332/94 - לא פורסם.\\]\\(#\\)\]\(#\)](#)
- [17] [ב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא \(1\) 671.](#)
- [18] [ע"פ 379/83 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד לח \(4\) 466.](#)
- [19] [בש"פ 5537/94 - לא פורסם.](#)

= 602 =

- [20] [בג"צ 2419/94 - לא פורסם.](#)
- [21] [בג"צ 70/50 מיכלין ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד ד 319.](#)
- [22] [בש"פ 5399/94 - לא פורסם.](#)
- [23] [בש"פ 6787/95 - לא פורסם.](#)
- [24] [בש"פ 610/88 פדילה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב \(3\) 685.](#)
- [25] [בש"פ 6253/91 - לא פורסם.](#)
- [26] [בש"פ 4418/94 - לא פורסם.](#)
- [27] [ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח' בע"מ, פ"ד מט \(4\) 221.](#)
- [28] [בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.](#)

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [29] SLACK V. BOYLE 342 U. S. 1 (1951).
- [30] UNITED STATES V. SALERNO 481 U. S. 739 (1987).
- [31] UNITED STATES V. SALERNO 794 F. 2D 64 (1986).
- [32] SCHALL V. MARTIN 467 U. S. 253 (1984).

פסקי-דין קנדיים שאוזכרו:

- [33] R. V. MORALES [1992] 3 S. C. R. 711.
- [34] REGINA V. BRAY (1983) 40 O. R. (2D) 766.

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] בראשית, יא, א-ט.
- [ב] בראשית רבה, לח, י.
- [ג] תהילים, צא, ז.

דין נוסף על פסק-דינו של בית המשפט העליון (המשנה לנשיא א' ברק ושופטים מ' חשין, ד' דורנר) מיום 6.4.95 [בבש"פ](#)



537/95\*. לתוצאת הדיון הנוסף ראו גוף פסק הדין, פסקאות 1-2 שלאחר פסק-דינו של הנשיא א' ברק (עמ' 655).

ג' גלעד - בשם העורר;  
ד' ביניש, פרקליטת המדינה; ר' לוי-גולדברג, סגן בכיר א לפרקליט המדינה -  
בשם המשיבה.

-----  
\* פ"ד מט (3) 355.

= 603 =

#### פסק-דין

השופט א' מצא: ברש"פ 537/95\* פסק בית-משפט זה ברוב דעות (המשנה לנשיא ברק והשופט דורנר כנגד דעתו החולקת של השופט חשין) לקבל את עררו של העורר - שערכאות קמא פסקו שדינו להיעצר עד לתום בירור משפטו - ולהורות על שחרורו בערובה בתנאי מגביל. משום חשיבות הסוגיות שנתעוררו לפניו, ולנוכח חילוקי הדעות שנתגלעו בין השופטים בדבר הכרעתו, החליט הרכב בית המשפט, עם מתן פסק-דינו, שבית-משפט זה ידון בערר דיון נוסף. בעקבות ההחלטה קבע הנשיא שמגר, כי הדיון הנוסף יקיים לפני הרכב מורחב זה.

רקע עובדתי והשתלשלות דיונית

2. העורר (כבן 21) הוא תושב הכפר צוריף שבנפת חברון. באחד הלילות נטל העורר מכונית פרטית ממקום חנייתה בירושלים ונהג בה לכיוון חברון. משהגיע למחסום ונדרש לעצור, נטש את המכונית ונמלט. כעבור פחות מחודשיים הוסע על-ידי חברו במכונית פרטית אחרת, שסמוך קודם לכן נגנבה ממקום חנייתה בבית-שמש. בדרכם לכפר צוריף התקלקלה המכונית. גם הפעם הסתלק העורר לדרכו. אך חברו, שנשאר במקום, נעצר, ובעקבות חקירתו - נעצר גם העורר. בחקירתו, שנסבה על חלקו בשתי הפרשיות, הודה העורר בגניבת המכונית הראשונה. לדבריו, גנב מכונית זו במטרה להביאה לחברון ולמוכרה שם. מניעו לכך היה קשיי הפרנסה של משפחתו; אך את דבר המכירה לא תכנן מראש ואין הוא יודע למי היה מוכר את המכונית. מאידך גיסא, כפר העורר בחשד כי השתתף גם בגניבת המכונית השנייה תוך כוונה להציע גם אותה למכירה. את המכונית הזאת, טען, גנב חברו. אף שהמעשה בוצע בנוכחותו, הוא לא לקח בו חלק; ולנסיעה במכונית זו הצטרף רק במטרה להגיע לביתו.

3. בעקבות החקירה הואשם העורר לפני בית-משפט השלום בירושלים בשתי עבירות של גניבת רכב, בניגוד לסעיף 413ב לחוק העונשין, תשל"ז-1977. ועם הגשת כתב האישום נגדו עתרה המדינה למעצרו עד לתום ההליכים במשפטו. בבקשתה נטען, כי מן העבירות שיוחסו לעורר עולה, כי "נשקפת סכנה לשלום הציבור ולרכושו אם ישוחרר", וכי מעצרו מבוקש "בשל היותו(ו) מסוכן לציבור". סניגוריתו המלומדת של העורר כפרה בטענה ששחרור העורר טומן סיכון לציבור. עמדה זו סמכה הסניגורית על גילו הצעיר ועברו הנקי של העורר, שעד להאשמתו בפרשיות המדונות לא נזקפה לחובתו שום מעורבות פלילית קודמת. כן ציינה, שמן הראיות המצויות בידי התביעה לא עולה שלעורר, שעבד בקביעות בעבודות בניין, היו קשרים עברייניים כלשהם.

בית-משפט השלום (כבוד השופט א' כהן) נעתר לבקשת המדינה והורה שהעורר ייעצר עד תום בירור משפטו. בהתייחסו לטענות הסניגורית ציין השופט בהחלטתו, כי

-----  
\* גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355.

= 604 =

"מאז הפכו גניבות הרכב למכת מדינה ממש, נוטים בתי המשפט לעצור נאשמים עד תום ההליכים כאשר מדובר בעבירות הקשורות ברכב ולהעדיף את האינטרס הציבורי על פני שיקולים אישיים".

ולהלן, ברוח זו, הוסיף השופט לאמור:

"אין צריך לחזור ולאמור, כי המכה של גניבות רכב הפכה לנפוצה ביותר ואין לילה בו לא נעלמים כלי-רכב החונים ליד בתי הבעלים. אמצעי מרסן יכול להימצא בכך אם כל מי שעובר בצורה כלשהי עבירה הקשורה בגניבת רכב יידע שהוא צפוי לא רק לשנות מאסר ארוכות אם ייפס, אלא גם שיעצר עד תום ההליכים".

4. בית המשפט המחוזי, שלפניו ערר העורר כנגד ההחלטה לעצרו, דחה את עררו. בנימוקי החלטתו של כבוד השופט ע' קמא נאמר, בין היתר, כך:

"מקובלת עלי המדיניות השיפוטית שלפיה כשמדובר בעבירות לפי פרק י"א, סימן ה' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהמחוקק ראה לבטא את כוונתו בענישה חמורה של העבירה, צריך להיות ברור למי שביצע עבירה כאמור, ויש לגבוי ראיות לכאורה, שלא רק לעונש חמור הוא צפוי אלא גם לכך שייעצר עד גמר ההליכים נגדו... בענין זה של גניבות רכב ההגנה על האינטרס הציבורי צריכה לגבור בדרך כלל על הנסיבות האישיות. דוקא טענת המבקש שלפני (העורר - א' מ'), כי גניבת המכונית הראשונה נעשתה על ידו מטעמים של מקור פרנסה למשפחתו, היא שצריכה להדאיג עוד יותר כיון שפרנסת המשפחה, שעולה מונח על צוארו, כדבריו, אינה נפסקת עם גניבת הרכב הראשון, והנה באה לנו בענין זה דוקא עילת המעצר משום ההגנה על הציבור".

5. סיגוריתו של העורר, שהנמקה זו לא הניחה את דעתה, הגישה בשם העורר בקשת רשות ערר לבית-משפט זה (הצורך בבקשת רשות לערור נבע מהוראת סעיף 38(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, קודם לתיקונה, ביום 31.3.95, כאמור בסעיף 3 לחוק לתיקון סדר הדין הפלילי [תיקון מס' 19], תשנ"ה-1995).  
השופט דורנר, שבקשה זו נדונה לפניו, העניקה לעורר את הרשות המבוקשת. וכמצוות הדין שעמד אז בתוקפו (עד לתיקונה האמור של הוראת סעיף 38(ב) הני"ל), נדון הערר לפני הרכב של שלושה שופטים.

6. בסיכומו של הדין פסק בית המשפט לקבל את הערר והורה לשחרר את העורר כנגד הפקדת הערובות הבאות: עירבון, במזומנים או בערבות בנקאית, בסך 3,000 ש"ח וערבות צד ג' בסך 50,000 ש"ח. כן נקבע בהחלט, כי מעת שחרורו ממעצר (בהפקדת הערובות שפורטו) מוטל על העורר להימצא בכפר מגוריו, צורף, ונאסר עליו לצאת מגבולות הכפר. כמצוין בפתח הדברים, החלטה זו נתקבלה על דעת המשנה לנשיא ברק והשופט דורנר. השופט חשין, בדעת יחיד, הציע לקבל את הערר בחלקו ולקצוב את תקופת

= 605 =

מעצרו של העורר עד יום 28.3.95 (היום שנקבע על-ידי בית-משפט השלום לשמיעת ההוכחות במשפטו). על-מנת שבית המשפט שלפניו קבוע בירור המשפט ישוב בבוא העת וישקול, על-פי הנסיבות, אם להאריך את מעצרו של העורר או להורות על שחרורו בערובה.

עיקרי פסק הדין שלעורר

7. מעבר לצורך להכריע בצדקת החלטותיהן של ערכאות קמא להורות על מעצרו של העורר, הועמדו לפני בית המשפט שלעורר שלוש שאלות בעלות חשיבות כללית: ראשית, האם האשמת נאשם בעבירה שהפכה, עקב מאפייניה המיוחדים ונפיצותה היתרה, ל"מכת מדינה", יש בה, כשלעצמה, כדי להקים עילה למעצרו של הנאשם, בגדר סעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]? שנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בשלילה, כלום בהאשמת נאשם בעבירה שהיא "מכת מדינה" יש כדי להקים חזקה לחובתו, בדבר קיום יסוד סביר לחשש כי שחרורו ממעצר יסכן את שלום הציבור או ביטחונו, במשמעות האמורה בסעיף 21א(1) הני"ל? ושלישית, האם פרשנות דיני המעצר, לצורך ההכרעה בכל אחת משתי השאלות הללו, מושפעת - ואם כן, כיצד - מחוק סיד: כבוד האדם וחירותו.

8. בין השופטים לא התעוררה מחלוקת, כי הגניבות של כלי רכב התרבו מאוד בשנים האחרונות. אנשים רבים הפכו את גניבות הרכב למקור פרנסה. כלי הרכב הגנובים מופצים למכירה, בתחומי ישראל ומעבר לקו הירוק, לעתים תוך זיוף וטשטוש זהותם המקורית. כלי רכב רבים נגנבים לשם פירוק ועשיית שימוש בחלקיהם.  
מאפייניה הבולטים של תופעה עבריינית זו הם, שהמעורבים בה לרוב פועלים במסגרת כנופיות מאורגנות. החברים בכנופיה מחלקים ביניהם את העשייה העבריינית לשלביה.  
ביצוע העבירות איננו כרוך בקשיים מיוחדים, גם הסיכון הקשור בביצוען איננו מופלג, ואילו הרווח הצפוי למבצעים הוא אדיר. שילוב הגורמים הללו מעודד את העבריינות ואת המעורבים בה. מבחינתו של הציבור מהווה התופעה העבריינית הזאת צרה צרורה. היא מסבה נזקים קשים לקורבנותיה הישירים (באלה כלולים, זולת בעלי כלי הרכב שרכושם נשלל מהם, גם רוכשים תמימים של שלל הגניבות). הנזקים שהיא מצמיחה למשק הלאומי הם עצומים. כן טמונים בה סיכונים, ישירים ועקיפים, לבטיחות התנועה ועקב כך - אף לשלומם ולביטחונם של הציבור. בשל כלל המאפיינים הללו, ועקב נפיצותה היתרה, הפכה התופעה העבריינית הזאת ל"מכת מדינה". ודוק:  
איש מן השופטים אשר דנו בערר לא חלק על צדקת ההגדרה הזאת ועל החומרה הרבה הטמונה בתופעה העבריינית שאותה היא מייצגת.

9. על רקע הנחת מוצא מוסכמת זו נדונו בפסק הדין שלוש השאלות העקרוניות שניצבו לפני בית המשפט. לשאלה הראשונה - כלום בעצם היותה של העבירה הנדונה "מכת מדינה" יש כדי להקים עילת מעצר? - השיבו שופטי הרוב בשלילה. אך גם השופט חשין, בגדר דעת המיעוט שלו, הסכים, כי במישור העקרוני - להבדיל מבתחום היישום המעשי - אין הגדרתה של עבירה כ"מכת מדינה" מקימה עילה למעצר. התפלגות הדעות

= 606 =

בין שופטי ההרכב סבה את ציריהן של שתי השאלות הבאות. בעקבות זאת נחלקו גם בדבר ההכרעה שנתחייבה בעניינו של העורר. בכל אחת מן השאלות הללו עסקו השופטים בהרחבה רבה. לא אסתכן בניסיון לסקור באופן ממצה את טעמיו של מי מהם. לדידי, גם אין צורך בסקירה כזאת, שהלוא הטעמים מצויים. לפיכך אסתפק בסקירה תמציתית של עיקרי הדברים, שלטעמי הינם דרושים להבנת מוקדי המחלוקת. ואף להלן, בבואי להביע את דעת לגופן של השאלות, אדרש רק לאותם מן הנימוקים שנכללו בפסק הדין שאראה צורך להיאחז בהם או להתמודד עמם.

10. שופטי הרוב קבעו, כי הנטל להוכיח שקיים יסוד סביר לחשש, שאם ישוחרר ממעצרו ישוב הנאשם ויבצע עבירות נוספות מן הסוג שבו הואשם ויסכן במעשיו את שלום הציבור וביטחונו, רובץ על כתפי המדינה. המדינה, הוסיפו וקבעו, אינה יוצאת ידי חובת ההוכחה המוטלת עליה בהצביעה על קיומה של תופעה כללית, כי רוב המעורבים בעבריינות מסוג שהפך "מכת מדינה" נוטים, עם שחרורם ממעצר, לחזור לפעילותם העבריינית ולסכן בכך את שלום הציבור וביטחונו. חובתה היא לשכנע את בית המשפט, בדרגת ודאות מספקת, כי גם שחרורו של הנאשם הניצב לפניו טומן סכנה כזאת. זאת מוטל עליה לבסס על יסוד נסיבותיו הקונקרטיים של המקרה האינדיווידואלי העומד לביורו: עברו של הנאשם, נסיבותיו האישיות והנסיבות שבגדרן ביצע את העבירה שבעטייה הובא לדין. במקרה הנדון, סברו שופטי הרוב, לא הרימה המדינה נטל זה. לפיכך לא הוכיחה קיום עילה למעצרו של העורר.

11. השופט דורנר, ראשונת הדוברים בפסק הדין, ציינה בפתח חוות-דעתה כי "החירות ממעצר היא בישראל זכות יסוד של האדם", וכי חרף כלל שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו** (ולאור האמור בסעיף 11 לחוק היסוד) "מחויבות כל רשויות השלטון - לרבות בית המשפט - לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק היסוד, ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות...". אך את הכרעתה בסוגיה הפרשנית, שאותה עוררו שתי השאלות הראשונות, ביססה על פרשנות מכלול הוראותיו של סעיף 21א(א) לחוק **סדר הדין הפלילי** [נוסח משולב].

תחילה התייחסה השופטת דורנר לטענת באת-כוחה של המדינה, כי סוג עבירות שהפך ל"מכת מדינה" (וכאלה, כאמור, הן העבירות של גניבת כלי-רכב) מקים, כשלעצמו, חשש לשלום הציבור שהוא עילת מעצר על-פי סעיף 21א(א)(1). בדחותה טענה זו קבעה, כי אין ליצור, בדרך של פרשנות, עילת מעצר שמטרתה הרתעת עבריינים, בגין עבירות אשר אינן נמנות עם העבירות המנויות בסעיף 21א(א)(2) לחוק, ואשר רק לגביהן הכיר המחוקק בקיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בלבד. עילת מעצר "הרתעתית", המושתתת על חומרת העבירה כשלעצמה, מוגבלת לעבירות הפוגעות בגוף האדם. בעבירות אחרות, והעבירות של גניבת רכב בכלל זה, אין כדי להעמיד עילת מעצר המתבססת על חומרת העבירה בלבד. כדי להביא למעצרו של נאשם בעבירה כזאת מוטל

\* שם, בעמ' 375.  
\*\* שם.

= 607 =

על התביעה לשכנע את בית המשפט בדבר קיום יסוד סביר לחשש כי שחרור הנאשם יסכן את שלום הציבור. שכנוע זה חייב להתבסס על בדיקה אינדיווידואלית של כל נאשם ונאשם, על נסיבותיו האישיות ונסיבות ביצוע העבירה המיוחסת לו, ואין הוא יכול להיות פרי מסקנה המוסקת מסוגה של העבירה ואיפיונה כעבירה נפוצה וחמורה. אמנם, גם חומרתה של העבירה - לרבות חומרה הנובעת מהיותה של העבירה "מכת מדינה" - מהווה נסיבה רלוואנטית לבחינת השאלה אם שחרור הנאשם טומן חשש לשלום הציבור. אך אין זהות בין חומרת העבירה כעילת מעצר לבין חומרת העבירה כאחד השיקולים שעל בית המשפט להביאם בחשבון בבחינת קיומו של חשש לשלום הציבור במקרהו של הנאשם המסוים הניצב לפניו.

להכרעה פרשנית זו, הטעימה השופטת דורנר, הייתה מגיעה גם אלמלא **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. ברם, גם אם קודם לתחילתו של חוק היסוד אפשר וניתן היה להגיע להכרעה אחרת, הרי שלנוכח חיוביו המיוחדים של חוק היסוד, הכרעה אחרת שוב אינה יכולה להתקבל. הנטל הרובץ על התביעה, להוכיח את מסוכנותו של נאשם מסוים (להבדיל מן הסכנה המסתברת מעצם האשמתו בעבירה שהיא "מכת מדינה"), אמנם איננו נטל קל, אך זו המשמעת המתחייבת מן ההכרה שהחירות ממעצר היא זכות יסוד. במקרה נושא הערר, סברה השופטת דורנר, לא נשאה התביעה את הנטל שרובץ עליה. ממה שהובא לפני בית המשפט עלה כי העורר עבד לפרנסתו בעבודות בניין, ומחומר הראיות נובע כי הוא לא היה קשור לכנופיה שעיסוקה בגניבת כלי רכב. מכאן שלא קמה עילה למעצרו.

12. המשנה לנשיא ברק, שהסכים לכל טעמיה של השופטת דורנר ולמסקנתה, הוסיף והרחיב בדבר השפעתו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** על פרשנותם של הדינים הקיימים בכלל ושל דיני המעצר בפרט. בחוות-דעתו נסקרה התפתחות דיני המעצר, עד התמורה שחולל בהם המחוקק בחידושי **החוק לתיקון סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9)**, תשמ"ח-1988, ולאחריה. להלן קבע, שעם תחילתו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, שהעלה את הזכות לחירות ממעצר למדרגה של זכות חוקתית, נפתחה תקופה חדשה בקורותיהם של דיני המעצר. תוקפם של דיני המעצר, כדינים קיימים, אמנם נשמר, כמצוות סעיף 10 לחוק היסוד. אך בכפוף לשמירת תוקפם, כאמור, יש לחוק היסוד לפחות שתי השלכות חשובות על פרשנותם של דיני המעצר: בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דיני המעצר מחייב חוק היסוד ליתן משקל מוגבר לזכויות יסוד שנקבעו בו; והפעלת שיקול הדעת השלטוני חובה ליתן משקל מוגבר לזכויות האדם שעוגנו בחוק היסוד. הפועל היוצא הוא איזון חדש בין זכויות הפרט לבין טובת הכלל. איזון כזה הופעל גם בעבר, תוך מתן פרשנות תכליתית ומאוזנת לדיני המעצר

עצמם. אלא שההסדר החוקתי מכתוב עתה איזון חדש, המתחייב מן הנורמה החוקתית. וכל עוד כללי הפרשנות הרגילים מאפשרים פירוש דיני המעצר הקיימים באופן המגשים את תכליתו החוקתית ושיאנו מפר את היציבות המשפטית, אין בית המשפט בן-חורין לפרש את דיני המעצר כדרך שעשה לפני תחילתו של חוק היסוד. השפעתו הפרשנית של חוק היסוד על מעצרו של נאשמים תוביל בהכרח להפחתה ניכרת במספר המעצרים. בהשפעתו תתגבש מדיניות חדשה, שתצדיק מעצר רק במקרים שבהם מתקיים צורך חיוני במעצר, לשם הבטחת

= 608 =

ניהולו התקין של ההליך השיפוטי או לשם שמירה על שלום הציבור, וכשאינן להשיג את מטרת המעצר באמצעים אחרים. הניסיון שנצבר בהפעלת המדיניות שנהגה בעבר - התארכות המעצרים של נאשמים, התנאים הקשים שבהם מוחזקים נאשמים כאלה וחוסר הוודאות בדבר אשמתו של נאשם הנתון במעצר - גם הוא תומך באימוץ מדיניות שיפוטית חדשה, "העוצרת נאשם לאחר אישום רק במקרים חריגים ומיוחדים". בסוף דבריו הטעים המשנה לנשיא, כי מדיניות שיפוטית כזאת הינה יאה למדינה דמוקרטית, המניחה את כבוד האדם וחירותו בראש סולם ערכיה החוקתיים:

"זוהי מדיניות שהייתה ראויה בעבר (בטרם הוחקו חוקי היסוד החדשים). זוהי מדיניות ראויה שבעתים עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים".\*\*

13. השופט חשין העמיד על מכונם את שני צירי המחלוקת. פסק-דינו, כעולה מתוכו, נכתב כשתי חטיבות נפרדות ובשני מהלכים. תחילה, בעוד רק חוות-דעתה של השופטת דורנר מונחת לפניו, פרס את עמדתו החולקת בדבר מהות הנטל הרובץ על התביעה בבואה להעמיד עילה למעצר נאשם בגניבת כלי רכב, במסגרת סעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. משהונח לפניו פסק-דינו של המשנה לנשיא, הוסיף ופרס עמדה חולקת גם בדבר השפעתם של חוקי היסוד על פרשנות הדינים שקדמו להם ומתוך כך - גם בדבר השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותם של דיני המעצר.

באשר לשאלה הראשונה הסכים השופט חשין, שכדי שתקום עילה למעצרו של נאשם בגניבת כלי רכב, על בית המשפט להיווכח, למצער, כי שחרורו של הנאשם מקיים יסוד סביר לחשש שהוא יסכן את שלום הציבור או ביטחונו, במשמעות האמורה בסעיף 21א(1) סיפה. אלא שאת יומו של חשש כאמור, כשהמדובר בעבירה שהפכה "מכת מדינה", אין התביעה חייבת לבסס - ובדרך כלל אף אין בידה יכולת מעשית לעשות כן - על ראייה קונקרטית המתייחסת במישרין לנאשם המסוים. קיומו של החשש עשוי להילמד גם מהיותה של העבירה "מכת מדינה", שכן "מהותה של העבירה בתורת שכנו, ושכיחותה בחיינו, מלמדות - כשהן לעצמן - על סבירות (החשש - א' מ') כי הגונב רכב יאמר לחזור על מעשיו".\*\* בכך עובר הנטל לשכמו של הנאשם להראות, שמקרהו שלו הינו בבחינת יוצא מן הכלל. ואם יעלה בידו להניח את דעת בית המשפט, כי בנסיבותיו המיוחדות אין יסוד סביר לחשש ששחרורו יסכן את שלום הציבור וביטחונו, תישמט העילה הנתענת למעצרו ובית המשפט יורה על שחרורו. במקרה הנדון, הוסיף השופט חשין, לא עלה בידי העורר "להוציא את עצמו מגדרי החשש שמא יחזור למעשיו הרעים".\*\*; שכן, משהואשם בשני מעשים של גניבת רכב, שוב לא ניתן לומר עליו כי עשה מה שעשה בשל רוח שטות שנכנסה בו.

\* שם, בעמ' 440.

\*\* שם.

\*\*\* שם, בעמ' 381-382 \*\*\*\* שם, בעמ' 385.

= 609 =

השופט חשין חלק על דעתו של המשנה לנשיא, של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נודעת השפעה על פרשנותו של סעיף 21א(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] וכפועל יוצא מכך - על קביעת היקפה של עילת המעצר לפי סעיף זה. הוראת סעיף 10 לחוק היסוד, המקיימת בעינה את תוקפם של הדינים הקיימים, אינה מתירה, לדעתו, גריעה כלשהי גם מתוכנם, תחומי פריסתם ואיזוניתם של דינים קיימים. תוקפו הנורמטיבי של דין כלשהו מותנה בקיום תוכנו, תחום פריסתו והאיזונים המהווים חלק מן הנורמה המוכתבת בו. וכל שינוי באיזה מאלה, לרבות קביעת אמות מידה חדשות להפעלתו, משנה גם את תוקפו (משמע, פוגע בתוקפו) של הדין הקיים. דיני המעצר הקיימים, סבור השופט חשין, מגלמים את האיזון הראוי בין הצורך להגן באמצעות המעצר על אינטרסים חיוניים הקשורים בשלומם וביטחונם של הציבור לבין ההכרה בחשיבות זכותו הטבעית של הפרט לחירות ממעצר. עיגונה של הזכות לחירות אישית בחוק היסוד אינו משנה את מהותה ותוכנה של הזכות. ההתבטאויות בפסיקה עד כה, אשר גרסו שלחוקי היסוד נודעת השפעה על פרשנותם של הדינים הקיימים, אינן מבטאות יותר מהבדלי הדגשים בתחום הרטוריקה; שכן בפועל, אמר, לא נמצא לו גם מקום אחד שבו קבע בית המשפט, בגדר פירושו לדין קיים, כי חוק היסוד הוביל אותו להכרעה שונה מזו שהיה מגיע אליה אלמלא חוק היסוד. מנייה וביה חלק השופט חשין על דעת המשנה לנשיא בדבר הצורך בגיבוש מדיניות שיפוטית חדשה בתחום דיני המעצר.

לנוכח מסקנת שופטי הרוב, כי בענייננו לא נתקיימה עילת מעצר, לא ראה השופט חשין להתעמק בדינה של חלופת מעצר. ואף שלגופה של ההכרעה הנדרשת לא ראה מנוס מאישור צו המעצר שניתן נגד העורר בערכאות קמא, הציע (כמבואר

בפתח הדברים) לקצוב את משך המעצר. טעם ההבחנה הוא, כי אף ששחרורו של העורר לאלתר מקים חשש לסיכון שלום הציבור, אפשר כי משקלו של החשש האמור יפחת ויילך עם התמשכות מעצרו. ועל הצורך לחזור ולבחון את הצורך בהמשך המעצר מן הראוי, בנסיבות המקרה, להורות מראש במסגרת שיקולי הוצאתו של צו המעצר, ואין להניחו לשקילה בדיעבד במסגרת עיון חוזר, שהנטל לבקשו ולהוכיח שהתקיימו התנאים המצדיקים את שינוי הצו ירבץ על העורר.

גדר הדין הנוסף

14. עניינו העיקרי של דיון נוסף זה הוא בפרשנות יסודותיה של עילת המעצר המוגדרת בסעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. אקדים ואומר, כי בדבר הכרעתה של שאלה זו הנני מזדהה עם גישתם של שופטי הרוב בדיון המקורי.

וכמו השופט דורנר, בפסק-דינה, אף אני סבור, כי הפרשנות שניתנה על-ידי שופטי הרוב ליסודותיה של עילת המעצר האמורה היא הפרשנות המתחייבת גם מן "הדין הקיים", אף ללא השראתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, פסק הדין שלעזר עסק בהרחבה גם בשאלה, אם לחוק היסוד נודעת השפעה על הדינים הקיימים, ובכלל זה - על דיני המעצר. בשאלה זו, שהיא בעלת חשיבות כללית, מקובלת עליי, במלואה, עמדתו של המשנה לנשיא. עם זאת, ולנוכח מסקנתי כי גם על יסוד פרשנותו של הדין הקיים יש

= 610 =

לאשר את עמדת שופטי הרוב בדבר פרשנות יסודותיה של עילת המעצר האמורה, אינני רואה צורך לשוב ולהרחיב, גם במסגרת הדין הנוסף, בשאלת השפעתו של חוק היסוד. כן אמנע מעיסוק בשאלה (אשר אינה מתעוררת בפרשנותו) בדבר השפעתו של חוק היסוד על פרשנות יסודותיה של עילת מעצר אחרות (כגון, ובעיקר, עילת המעצר המוגדרת בסעיף 21א(א)(2) לחוק).

מאידך גיסא, אינני תמים דעים עם עמדתם של שופטי הרוב בדבר אופן הכרעתם בערר גופו. כן אין לבי שלם עם הערת המשנה לנשיא על אודות הצורך בגיבוש מדיניות שיפוטית שתגביל את השימוש במעצרים ל"מקרים חריגים ומיוחדים".

המפנה בעמדת המדינה

15. בשלב הדין הנוסף חל מפנה בעמדת המדינה לגבי הסוגיה הפרשנית הניצבת לפנינו. חשוב להקדים ולהביא את הדברים, שכן גישתה החדשה של המדינה מסייעת לנו, לטעמי, להכריע בסוגיה זו על יסוד הנמקתם של שופטי הרוב בדיון המקורי. אפתח אפוא בהבאת עמדתה החדשה של המדינה. כפי שיוברר, המדינה אינה חולקת על צדקת הכרעתם של שופטי הרוב, למעט בשני עניינים, המיוחסים להשפעתו הפרשנית של חוק היסוד על דיני המעצר: רמת ההוכחה הנדרשת לקיום יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יסכן את שלום הציבור, והמדיניות השיפוטית הראויה להפעלתה של עילת המעצר האמורה.

16. לפני הערכאות קמא טענה המדינה, כזכור, כי האמור בסעיף 21א(א)(1) לחוק עשוי וראוי להתפרש כמעמיד עילה למעצרו של נאשם בשל כך (ורק בשל כך) שהעבירה שבה הוא מואשם משתייכת לתופעה עבריינית המהווה "מכת מדינה". ועמדה זו חזרה וביטאה גם הפרקליטה המלומדת שטענה למדינה בשלב הדין המקורי בערר לפני בית-משפט זה. ואולם בטיעונה לפנינו, במסגרת הדין הנוסף, הבהירה פרקליטת המדינה המלומדת, כי עמדה זו שוב אינה מקובלת על המדינה. לפנים, אמרה, אכן שררה התפיסה כי עבירה המהווה "מכת מדינה" מקימה עילה למעצר. אך תפיסה זו שוב אינה קיימת, וכשמדברים כיום על "מכת מדינה" אין מתכוונים אלא לעבירה שיש בה אינדיקציה למסוכנות.

זאת ועוד: המדינה אף אינה טוענת, כי עצם ביצועה של עבירה מן הסוג האמור מקם חזקה לחובת הנאשם, ששחרורו ממעצר עלול לסכן את שלום הציבור. אדרבא, פרקליטת המדינה הודתה - ובמפורש - כי הנטל להוכיח ששחרור הנאשם ממעצר יסכן את שלום הציבור רובץ על כתפיה. כן הסכימה, כי רמת ההוכחה הנדרשת מן המדינה, והנלמדת מלשון הסעיף, היא של קיום "יסוד סביר לחשש"; וכי בדיקת השאלה אם אכן קיים יסוד סביר לחשש, כאמור, חייבת להיות אינדיווידואלית ולהתייחס למקרה הקונקרטי העומד להכרעה. לא זו אף זו: חרף העולה מלשון הסעיף, שאת קיומו של חשש למסוכנות הנאשם ניתן להסיק מ"נסיבות העבירה או מהותה", מודה פרקליטת המדינה, כי ב"מהות" בלבד לא סגי, אלא דרושות גם "נסיבות".

= 611 =

עד לכאן, כמסתבר, מקבלת המדינה את הכרעת הרוב בפסק הדין שלעזר ואינה מבקשת לחלוק עליה. לא כן בשאלת השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותם של דיני המעצר. כאן ביקשה פרקליטת המדינה להבחין בין עילת המעצר השונות.

לחוק היסוד, אמרה, נודעת השפעה על מדיניות המעצרים באותם מקרים שבהם עילת המעצר סומכת על חומרת העבירה בלבד. מאידך גיסא, אין זה ראוי שמכוח חוק היסוד יוכבד על המדינה נטל ההוכחה לעניין היותו של נאשם מסוכן לציבור. נטל זה, אמרה, ממילא אינו קל; שהוא כדי להעמיד עילה למעצר מוטל על המדינה לבסס את טענתה שקיים יסוד סביר

לחשש שאם ישוחרר ממעצרו יסכן הנאשם את שלום הציבור. ואם, בהשפעתו של חוק היסוד, תיזדרש המדינה להוכיח את מסוכנותו של הנאשם בדרגת ודאות גבוהה יותר, יש חשש שהמדינה לא תעמוד בנטל. אם כך יקרה, עלולים להיפגע אינטרסים חיוניים כשלום הציבור וביטחונו. זאת ועוד: גיבושה של מדיניות מעצרים חדשה שתאפשר מעצר "רק במקרים חריגים ומיוחדים", ברוח הצעתו של המשנה לנשיא בפסק-דינו בדיון המקורי, מותנה בשינוי נסיבות וכן בהיערכות מוקדמת של רשויות אכיפת החוק, לרבות - ובעיקר - בתי המשפט. בתנאים הקיימים אין השעה כשרה לגיבושה של מדיניות חדשה כזאת, ואם זו אכן תונהג הלכה למעשה, עלולה המדינה להיקלע לקשיים שבגללם תתקשה למלא את חובתה כלפי הציבור.

המסגרת המשפטית

17. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9) (להלן - התיקון התשיעי, ככינויו בפי המשנה לנשיא אלון בבש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' לבן [1], בעמ' 412, ובפרשיות רבות נוספות) העמיד בסיס נורמטיבי חדש לדיני המעצר של נאשמים. חידושו של התיקון התשיעי התבטאו בשלושה נושאים עיקריים: ראשית, בהגדרתן הסטטוטורית של עילות המעצר, שגיבשו בעבר נסמך על דיני המשפט המקובל וחידושי ההלכה הפסוקה. שנית, בצמצום ניכר ודווקני של המקרים שבהם חומרת העבירה, כשלעצמה, תוכל להוות עילה למעצר. ושלישית, בקביעת מתכונת דיונית המבטיחה בדיקה שיטתית, בין היתר, של שתי השאלות הבאות: האם לאישום המיוחס לנאשם מצויה תשתית ראייתית לכאורית, וכלום את מטרת המעצר לא ניתן להשיג בדרך חלופית, שפגיעתה בחירותו של הנאשם היא חמורה פחות ממעצר. בכל אלה, כמכלול, יצר התיקון התשיעי איזון חדש, ולאין ערוך נכון יותר מבעבר, בין זכותו היסודית של הנאשם לחירות ממעצר לבין התכליות החברתיות שהמעצר מגן עליהן.

18. סעיף 21א(א) (שהוסף לחוק המקורי מכוח התיקון התשיעי), מונה ומגדיר שלוש עילות אפשריות למעצרו של נאשם. וכך הוא קובע:

"מעצר לאחר 21א. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש, אישום לצוות על מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה:  
(1) בית המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו, כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לידי שיבוש הליכי המשפט או שהנאשם ימלט מן הדין, או

= 612 =

שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחונו, את שלום הציבור או בטחונו או את בטחון המדינה;  
(2) הנאשם הואשם בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש עצמי בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי, או שהואשם בעבירה שנעשתה באלימות או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר או באש, או בנסיון לעבור עבירה כאמור, או שהואשם בעבירה שנעברה בקטין או תוך ניצול מצב המונע התנגדות מהקורבן, או תוך ניצול ליקוי נפשי או שכלי של הקורבן;  
(3) בית המשפט ציווה על מתן ערובה לפי סעיף 33(ב) והערובה לא ניתנה, להנחת דעתו של בית המשפט, או שהופר תנאי מתנאי הערובה או שנתקיימה עילה לביטול שחרור בערובה לפי סימן ב' לפרק זה".

19. הנה כי כן, בית המשפט שלפניו הוגש כתב-אישום, מוסמך להורות על מעצרו של הנאשם. הסמכות הנתונה לבית המשפט לפי סעיף 21א היא סמכות שבשיקול-דעת (להבדיל מסמכות לפי סעיף 21ב, החל על עבירות שבהן המעצר הוא חובה, ובלבד שיש ראיות לכאורה לאשמת הנאשם). גדרן של שלוש עילות המעצר, המנויות בסעיפים-קטנים (א)(1), (א)(2) ו-(א)(3), הוא התוחם את גבולה של הסמכות, וממילא גם את גבול שיקול-דעתו של בית המשפט לעשיית שימוש בסמכותו. לכל אחת משלוש העילות יסודותיה שלה, ובית המשפט רשאי להורות על מעצרו של נאשם בהתקיים אחת העילות: כלשון סעיף 21א(א) סיפה-דרישה: "...אם נתקיים אחד מאלה...". אכן, בכל אחת מן העילות מנויות חלופות אחדות. ואולם בהעמדת עילה למעצר דינה של כל אחת מהחלופות כדין חברותיה לאותה עילה. משמע, כי שכלולה של עילת מעצר, לפי כל אחת מן החלופות, מותנה בהתקיימות יסודותיה ותנאיה של העילה המסוימת.

ההבחנה בין שלוש העילות נסמכת על ראציונאל שונה בהצדקת קיומה של עילת מעצר. סעיף-קטן (א)(1) עניינו במקרים שבהם הצידוק למעצר נובע מקיום חששות לסיכונים הכרוכים בנאשם: החשש שישבש את הליכי המשפט, החשש שיימלט מן הדין והחשש שייסכן את שלומם וביטחונם של אחרים או את ביטחון המדינה. סעיף-קטן (א)(2) מעמיד צידוק למעצר במקרים שבהם העבירה המיוחסת לנאשם נמנית עם אחד מסוגי עבירות המתאפיינים בחומרה מיוחדת; וסעיף-קטן (א)(3) מעמיד עילה למעצר במקרים מיוחדים שבהם לא הומצאה ערובה שעליה הורה בית המשפט, או הופר תנאי מתנאיה של ערובה או נתקיימה עילה מוגדרת אחרת לביטול שחרורו בערובה של הנאשם. הנה כי כן: השוני העיקרי בין עילות המעצר מתבטא בתכליות השונות שכל אחת מן העילות מיועדת להגשים.

= 613 =

20. להשלמת המסגרת של עילות המעצר, ולהטעמת יתר של ההבחנה המתחייבת בין גדריה ותכליתה של כל אחת משתי עילות המעצר הראשונות, מורה סעיף 21א(ד) לחוק כי

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

זכור, סביב פירושה של הוראה זו נתגלעה בעבר, בין שופטי בית-משפט זה, מחלוקת פוסקים ידועה בשאלה אם חומרת העבירה, כשלעצמה, אכן מעמידה עילת מעצר. השופט בר, שהשיב לשאלה בחיוב, קבע שבגין המקרים המנויים בסעיף-קטן (א)(2), שענינם בעבירות המתאפיינות בחומרה מופלגת, קמה עילת מעצר המבוססת על חומרת העבירה. כן פסק, כי תכלית המעצר במקרים הללו היא הרתעית; משמע, שהעילה למעצר מתקיימת גם אם בניסבותיו של המקרה האינדיווידואלי אין מתעורר כל חשש שאם הנאשם ישוחרר ממעצרו עלול הוא לבצע עבירות חמורות נוספות ולסכן את שלום הציבור (ראה לדוגמה: [בש"פ 279/89](#) כהן נ' מדינת ישראל [2]; [בש"פ 496/89](#) מדינת ישראל נ' יונה [3]; [בש"פ 2611/91](#) מדינת ישראל נ' שם טוב [4]). המשנה לנשיא אלון, שחלק על גישה זו, סבר, כי התיקון התשיעי העביר מן העולם לחלוטין את עילת המעצר, שגובשה בשנים עברו על-ידי הפסיקה, ושמוכה הוכרה סמכותו של בית המשפט להורות על מעצרו של נאשם, להשגתה של תכלית הרתעית, בהתבסס על חומרת העבירה בלבד. ברוח זו פסק, כי גם אישום בעבירה חמורה, מסוגי העבירות המנויות בסעיף-קטן (א)(2), אינו מקים, מחמת עצם חומרתו, עילה למעצרו של הנאשם. לשיטתו, גם בעבירות החמורות אין מתקיימת עילה למעצרו של הנאשם אלא בגדר אחת מחלופותיו של סעיף-קטן (א)(1). את הוראת סעיף-קטן (א)(2), שלדעתו אינה מעמידה עילת מעצר עצמאית, יש, לטעמו, לקרוא ביחד עם הוראת סעיף 21א(ד) הנ"ל; וכל שהצירוף הזה נועד להשמיעו, הוא, כי בעוד שבאשר לכלל העבירות האחרות, הנטל להוכיח שקמה עילה למעצרו של הנאשם (לפי אחת מחלופותיו של סעיף-קטן (א)(1)) מוטל על שכמה של התביעה, הרי משהואשם הנאשם בעבירה הנמנית עם סוגי העבירות החמורות, המנויים בסעיף-קטן (א)(2), קמה חזקה לכאורה נגד הנאשם כי אם ישוחרר ממעצרו יסכן במעשיו את שלום הציבור. חזקה זו, אם אינה נסתרת על-ידי הנאשם, תקים עילה למעצרו, אך אם יעלה בידו הנאשם לסתור את החזקה, תישמט העילה למעצרו (ראה, בעיקר: [בש"פ 341/89](#) מדינת ישראל נ' ממן [5]; [בש"פ 5700/91](#) אבדן נ' מדינת ישראל [6]; [בש"פ 2169/92](#) סוויסה נ' מדינת ישראל [7]). השופט בר והמשנה לנשיא אלון היו בעלי הפלוגתא הראשונים בסוגיה זו. לימים נצטרפו שופטים נוספים לחולקים מזה ומזה (ראה בעיקר את החלטת השופט ברק [בבש"פ 3717/91](#) מדינת ישראל נ' גולדין [8], שבה נימק בהרחבה את תמיכתו בעמדת השופט בר; ומאידך גיסא ראה את החלטת השופטת נתניהו [בבש"פ 4510/91](#) תרתור נ' מדינת ישראל [9], שבה הקדישה אימרת אגב נרחבת להסברת תמיכתה בגישתו של המשנה לנשיא אלון).

21. אני, בכל הכבוד, סבור כי המבנה הניסוחי של סעיף 21א(א) - שעליו עמדת לעיל - אינו מותיר מקום לספק שהדין במחלוקת פרשנית זו היה (ועודנו) עם השופט בר והמטפרים לגישתו. באחת הפרשיות, שבה דבתי בערר כנגד מעצרו של נאשם בניסיון לאינוס, הזדמן לי להתייחס ליסודותיה של עילת מעצר הסומכת על חומרת העבירה

= 614 =

כשלעצמה, והטעמתי כי "מטרתו של המעצר, מכוחה של עילה זו, איננה מניעתו של חשש לשלום הציבור, אלא הפעלת אמצעי של הרתעת עבריינים בכוח, לשם הבטחת ההפעלה היעילה והאפקטיבית של המשפט הפלילי" ולשם הבטחתו של אמן הציבור באפקטיביות של המשפט הפלילי" ([בש"פ 861/95](#) אבוקרינט נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 878-877). דעה אחרת בסוגיה זו הביע השופט חשין (ראה [בש"פ 2092/95](#) טלקר נ' מדינת ישראל (להלן - פרשת טלקר [11])). אכן, אין לכחד כי השימוש במעצר להשגתה של תכלית הרתעית אינו נקי מקושי קונספטואלי. הלוא הרתעת עבריינים נמנית עם מגמות הענישה של עבריינים שהורשעו בדינם, ולא עם מטרתיו המקובלות של מעצר נאשמים שדינם טרם הוכרע. לא מן הנמנע - ולדידי, אף קרוב להניח - כי בעקבות **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, וההשפעה הנודעת לו על פרשנות הדין הקיים, יהיה על בית המשפט לחזור ולבחון, אם וכיצד יש לפרש את עילת המעצר הנסמכת על חומרת עבירתו של הנאשם באופן המתיישב עם חוק היסוד; וזאת, כמובן, בלי לגרוע מתקפותה, מכוח הדין הקיים, של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בלבד. אך שאלה זו, כפי שרמזתי לעיל (בפיסקה 14), אינה מתעוררת בפרשתנו, ולכן אני, כמתחייב מגישתי הפרשנית לדין הקיים, כי מעצר הנסמך על חומרת העבירה כשלעצמה אינו מגשים תכלית אחרת זולת תכלית הרתעית. עם זאת, לא לומר להדגיש כי המחוקק, בהיותו ער לחומרה הטבועה בתכליתה של עילת מעצר זו, הגביל את תחומי פריסתה לסוגי העבירות והמעשים המופלגים בחומרתם, והם רק אלה המפורטים בסעיף-קטן (א)(2). בצדק ציינה השופטת דורנר, בהבחינה בין עבירות שבעצם חומרתן יש כדי להקים עילה למעצר לבין עבירות אחרות, כי "קו פרשת המים עובר בין העבירות הפוגעות בגוף האדם לבין עבירות אחרות, ובכללן עבירות רכוש" וכי הכלל שהבחנה בין שתי העילות מבטאת אותו הוא "כי מעצר בשל חומרת העבירה כשלעצמה אפשרי רק לעניין עבירות שתכליתן הגנה על הגוף, ואף זאת רק כאשר המעשה מושא האישום הוא חמור במיוחד" (ראה [בש"פ 4/95](#) [12]; והשווה דבריה בפסק הדין נושא הדין הנוסף\*). אכן, נראה כי במין הזה דק המחוקק פורטא: בגדר העבירות המקימות עילה למעצר בכוח חומרתן המופלגת בלבד כלל רק מעשים פליליים שיש בהם פגיעה פיזית אלימה בזולת או העמדתו בחזקת סכנה מוחשית ישירה ומיידית. בגדר זה לא נכללו עבירות חמורות אחרות, בכללן עבירות שיש בהן כדי לסכן את שלום הציבור וביטחונו או את ביטחון המדינה, ודין של עבירות אלו, לעניין העמדתה של עילת מעצר, כדין של כל העבירות האחרות.

22. הנטל להוכיח את קיומה של עילת מעצר רובץ על התביעה. אך אמת המידה להתקיימות יסודותיה של כל אחת מעילות המעצר נלמדת מתכליתה של העילה. השאלה אם קיימת עילה למעצר לפי סעיף-קטן (א)(1) לעולם תיבחן לעניין הנאשם

המסוים: כלום החשש, שבעטיו מבוקש לעוצרו, אכן מתקיים לגביו? לא כן השאלה אם העבירה המיוחסת לו, עקב חומרותה, מעמידה עילה למעצרו לפי סעיף-קטן (א)(2). לאור התכלית ההרתעתית שביסוד העילה, המבחן להתקיימותה הוא בשאלה אם העבירה המיוחסת

-----  
\* שם, בעמ' 378-379.

= 615 =

לנאשם משתייכת למשפחת העבירות החמורות, המנויות בסעיף-קטן (א)(2), ושרק הן, כמצוותו של סעיף 21א(ד), עשויות להקים עילה למעצר בשל עצם חומרותן. זאת ועוד:

אמת המידה להתקיימותה של עילת מעצר היא הגוזרת גם את רמת ההוכחה הדרושה לביסוסה. לאמור: העמדת עילת מעצר לפי סעיף-קטן (א)(1) מותנית ב"קיום יסוד סביר" לאחד החששות המקימים את העילה (קרי, החשש שהנאשם, אם ישוחרר, ישבש את הליכי המשפט, יימלט מן הדין או יסכן את שלום הציבור וביטחונן); ועל התביעה להניח את דעת בית המשפט כי אכן קיים יסוד סביר לחשש הנטען על-ידיה. עול זה איננו קל, באשר הוא מטיל על התביעה חובת הוכחה לגבי קיום עובדות ונסיבות המצדיקות את הערכתה כלפי הצפוי. אין צריך לומר, כי הנטל הרובץ על התביעה להוכחת קיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה בלבד הוא קל לאין ערוך, שכן כאן בידי התביעה לסמוך על העובדות שביסוד אישום שלגביהן מצויות בידה, מטבע הדברים, ראיות לכאורה.

"מכת מדינה" ומסוכנות לשלום הציבור

23. לא טרחתי בכל אלו אלא כדי להראות, כי דיני המעצר שנתחדשו בגדר התיקון התשיעי מהווים מסגרת נורמטיבית סדורה וקוהרנטית. בכלל הוראותיו מקיים התיקון התשיעי מידה של איזון ראוי בין זכותו היסודית של האדם לחירות ממעצר לבין הצורך להגן על אינטרסים חברתיים חשובים וחיוניים, כהגנה על גופו, כבודו ורכושו של הזולת, שלומו וביטחונן של הציבור, הבטחת תקינותם של הליכים שיפוטיים, ועוד. על רקע הדברים הללו נקל להסביר על שום מה, לדעתי, צדקו שופטי הרוב בפרשנותם ליסודות עילת המעצר שעל פיה ביקשה המדינה מביית-משפט השלום לצוות על מעצרו של העורר, ומדוע השקפתם הפרשנית של שופטי הרוב מתחייבת מן הדין הקיים (התיקון התשיעי), ככתבו וכרוחו, ואינה מותנית בהשראתו הפרשנית של חוק היסוד.

24. העורר הואשם בעבירות של גניבת רכב. בבקשתה למעצרו טענה המדינה, כי מן העבירות שיוחסו לעורר עולה כי "נשקפת סכנה לשלום הציבור ולרכושו אם ישוחרר". על יסוד אותה תשתית נטען כי העורר "מסוכן לציבור". בכך תמכה המדינה את יתדות בקשתה בעילת המעצר הקבועה בסעיף-קטן (א)(1), סיפה, לאמור:

"בית המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו... שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחונן, את שלום הציבור או בטחונן...".

הנטל להוכיח את יסודותיה של עילת המעצר האמורה חל על המדינה. בנשיאת נטל זה היה בידי המדינה להסתמך, בין היתר, גם על מהותן וחומרותן של העבירות אשר יוחסו לעורר, אך חובתה הייתה להראות כי שחרורו של העורר ממעצרו יסכן את שלום הציבור. אלא שבהליכים שהתקיימו לפני ערכאות קמא, ואף לפני בית-משפט זה בשלב הדין המקורי, ביקשה המדינה להתפרק מנטל זה בעזרת הטענה, כי משהיו גניבות הרכב ל"מכת מדינה", די בחומרותן, כשלעצמה, כדי להקים עילה למעצר. טענה זו נתקבלה על-ידי בית-משפט השלום. אך גם בית המשפט המחוזי (אף שנימק את דחיית עררו של העורר גם

= 616 =

בטעם נוסף וענייני) סמך עליה את ידיו. כיום הכול מסכימים שטענה זו דינה היה להידחות. בדין אמר המשנה לנשיא בפסק הדין נושא הדין הנוסף, כי "מכת מדינה" אינה מהווה עילת מעצר העומדת על רגליה היא". בצדק אמרה השופטת דורנר, כי בטענתה האמורה ביקשה המדינה ליצור, בדרך של פרשנות, עילת מעצר שמטרתה הרתעת עבריינים, וזאת בגין עבירה אשר אינה נמנית עם העבירות אשר רק לגביהן הכיר החוק בעילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה.

יצוין, כי גישה זו ביטאה השופטת דורנר גם [בבש"פ 4/95](#) [12] הנ"ל, שבאה לפני לפניה לפני פרשתו של העורר ושאלה בה נדון עניינו של נאשם בגניבת כלי רכב, ונטען כי יש לעוצרו מאחר שהואשם בעבירות שהפכו ל"מכת מדינה". גישה דומה ביטאתי, בשעתו, [בבש"פ 759/92](#) [13]. לנאשם במקרה ההוא יוחסו תשע עבירות של גניבת מכוניות פרטיות, זיוף זהותן ומכירתן. בית המשפט המחוזי אשר ציווה על מעצרו נימק את החלטתו בשני טעמים: האחד, כי לנוכח חומרת העבירות, שהפכו ל"מכת מדינה", יש לעצור את הנאשם "להבטחת אמונו של הציבור בעילות הפעלתה של הנורמה העונשית"; והשני, כי בשל הסכנה לציבור הטמונה בעבירות הללו קמה עילה למעצרו. ובהחלטתי לדחות את הערר הבחנתי בין שני הטעמים:



"טעמו הראשון של השופט... איננו נראה לי, וגם באת-כוחה המלומדת של המדינה הודתה בפני כי טעם זה אינו מתקיים. די לעניין זה לציין, כי העבירות המיוחסות לעורר - חמורות ככל שהינן - אינן נמנות עם סוגי העבירות המנויים בסעיף 21א(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. התשמ"ב-1982, שרק הם עשויים להעמיד עילה למעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה... אך מקובל עלי טעמו השני של השופט. העבירות המיוחסות לעורר, לפי מהותן, אכן טומנות סכנה מוחשית, ישירה ועקיפה, לשלום הציבור. ונסיבות ביצוע העבירות (ריבויין, השיטה בה בוצעו והתפקיד הפעיל והמגוון שמילא בהן העורר) מניחות יסוד סביר לחשש, שהעורר יסכן את שלום הציבור בביצוע עבירות דומות נוספות. ודי בטעם זה כדי להעמיד עילת מעצר".

כעולה מן המובא, הרי במקרה דהתם הודתה באת-כוח המדינה, כי הטעם הראשון למעצרו של הנאשם אינו מתקיים. כך ראוי היה למדינה לנהוג גם במקרה דהכא: לשכנע את בית המשפט, כי העבירות שביצע העורר, לאור מהותן ונסיבותיהן, מעמידות יסוד סביר לחשש כי שחרורו יסכן את שלום הציבור.

25. השופט חשין, בפסק-דינו בדיון המקורי, לא חלק על השקפת שופטי הרוב, שאת בקשתה למעצר נאשם בגניבת כלי רכב חייבת המדינה לייסד על עילת מעצר בגדר סעיף-קטן (א)(1) לחוק. כן הודה שעילה למעצרו של נאשם כזה אינה קמה אלא משוכנע בית המשפט, למצער, כי שחרורו של הנאשם ממעצר מקים יסוד סביר לחשש שהוא יסכן

-----  
\* שם, בעמ' 425.

= 617 =

את שלום הציבור. אלא שלדעתו, כשהמדובר בעבירה שהפכה "מכת מדינה", נלמד קיומו של החשש האמור מעצם מהותה של העבירה, ואין המדינה חייבת לבסס את קיומו על ראיה קונקרטית המתייחסת לנאשם המסוים. לאמור, שמהות העבירה מקימה חזקה ראייתית למסוכנותו של הנאשם, והנטל לסתור רובץ על הנאשם.

לעמדה זו אין בידי להסכים. יסודותיה של עילת המעצר, האמורה בסעיף-קטן (א)(1), סיפה, אינם שונים מיסודותיהן של עילות המעצר האמורות ברישתו של הסעיף. וכשם שעל המדינה רובץ הנטל להוכיח את קיומו של יסוד סביר לחשש, שאם ישוחרר ממעצר ישבש הנאשם את הליכי המשפט או יימלט מן הדין, כך מוטל עליה להוכיח כי קיים יסוד סביר לחשש שעם שחרורו ממעצר יסכן הנאשם במעשיו את שלום הציבור. לא למותר להוסיף, ולוא לשם המחשה, כי ההשקפה שמביע השופט חשין, בדבר יסוד חזקה למסוכנותו של הנאשם על מהות עבירתו בלבד, מחמירה את דינו מעבר לכל אשר נעשה בעבר. שהלוא גם לשיטתו של המשנה לנשיא אלון, הכופר בקיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה והמונה את כל עילות המעצר בגדרו של סעיף-קטן (א)(1), קמה חזקה למסוכנות רק אם העבירה המיוחסת לנאשם נמנית עם העבירות המופלגות בחומרתן והמנויות בסעיף-קטן (א)(2). ואילו לשיטתו של השופט חשין, גם עבירה שאין בה חומרה יתרה, אם יוברר לגביה כי הפכה ל"מכת מדינה", תקים חזקה שהנאשם מסוכן ותפטור את התביעה מחובתה להראות כי שחרורו ממעצר יסכן את שלום הציבור. גם המדינה, כעולה מטיעונה בדיון הנוסף של פרקליטת המדינה המלומדת, שוב אינה טוענת לקיומה של חזקה כזאת.

זאת ועוד: אף עלי מקובל, כי בין שאר שיקולים וראיות שהיא מביאה לפני בית המשפט, במטרה לשכנעו בדבר קיום חשש לסיכון שלום הציבור, רשאית המדינה לסמוך גם על מהות העבירה, היותה "מכת מדינה" הפוגעת בשלום הציבור, וכן על הנסיבות שבגדרן בוצעה העבירה על-ידי הנאשם. אך לא הרי הסתמכות מעין זו, המשתלבת במכלול של נתונים ושיקולים אחרים, כהרי העמדת חזקה לחובת הנאשם. העמדת חזקה מעין זאת הינה בעלת נפקות זרה להכרה בקיומה של עילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה. ולכך שעילת מעצר כזאת אינה עומדת למדינה, מסכים גם השופט חשין.

26. השופט חשין סבור, שאם יוטל על המדינה להוכיח את היסוד לחששה מפני שחרורו של הנאשם, לא יהיה בידה לעשות כן. גם מכך אינני מוטרד. כאשר אין בידי המדינה להצביע על יותר מחשש ערטילאי, ממילא אין בכך כדי להקים עילה למעצר.

ואילו מקום שבו החשש לסיכון שלום הציבור הוא ממש, לרוב יהיה בידי המדינה להצביע על נסיבות המבססות אותו. ונסיבות כאלה התקיימו, כמדומה, גם בפרשתנו. לפיכך, בכל הנוגע לגוף ההכרעה בערר, אין לבי שלם עם החלטת שופטי הרוב בדיון המקורי.

ההכרעה בערר

27. בדיון נוסף זה איננו נדרשים לשוב ולהכריע הכרעה אופראטיבית, זהה לזו שנפלה

= 618 =

בדיון המקורי או שונה ממנה, בדבר מעצרו או שחרורו של העורר. ההכרעה לשחרר את העורר ממעצרו נפלה בדיון

המקורי, העורר שוחרר לדרכו, ובמועד שמיעת הטענות בדיון הנוסף נאמר לנו כי גם משפטו קרוב להסתיים. אך במישור המשפטי ההכרעה בעניינו של העורר מעוררת, לטעמי, שני קשיים, ולאלה אבקש להתייחס בשתי הערות קצרות.

ההערה הראשונה מתייחסת לקביעת שופטי הרוב, כי בנסיבות העניין לא עלה בידי התביעה להראות קיום יסוד סביר לחשש ששחרור העורר יסכן את שלום הציבור. מטעם זה קבעו שופטי הרוב שלא קמה עילה למעצרו. מסקנה זו אני מתקשה לקבל. לעורר, כמסתבר, יוחסו שתי עבירות של גניבת רכב, שלפי הנטען בוצעו על-ידיו בסמיכות זמנים. העורר אמנם הודה רק בביצוע אחת העבירות הללו, אך לא מציתי קביעה שבידי התביעה אין ראיות לכאורה לביסוס אשמתו בעבירה השנייה שבה הואשם. ריבוי מעשים מעיד, כפי שמציין השופט חשין בצדק, כי העורר לא נכשל באורח חריג של רוח שטות שנכנסה בו, וכי לגבי מי שביצע יותר מעבירה אחת מסוג זה קם גם חשש שהוא עלול לחזור לסורו. גם העובדה שהעורר עבד בקביעות, והיעדר ראיה להיותו בעל קשרים עברייניים, לא שללו חשש זה, מה גם שהעורר הודה כי גנב את המכונית במטרה להציעה למכירה. דעתי היא, כי בנסיבות אלו מן הדין היה לקבוע שהתביעה הוכיחה קיום עילה למעצרו של העורר. עם זאת, היה מקום לבחון אם בנסיבות העניין ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעים חלופיים, וכשלעצמי, הנני מקבל שלנוכח גילו הצעיר ועברו הנקי של העורר אכן ראוי היה להורות על שחרורו של העורר בערובות ממשיות ובתנאי שחרור שיהיה בהם כדי למתן את החשש לסיכון שלום הציבור.

כך אמנם, בפועל, פסק בית המשפט, עת הורה שהעורר ישוחרר ממעצרו בהפקדת ערובות ובתנאי שמעת שחרורו לא ייצא מגבולות כפר מגוריו, ולתנאי מגביל אחרון זה מכוונת הערתי השנייה. אם אכן נוכח בית המשפט כי לא הונחה עילה למעצרו של העורר - משמע כי אין יסוד סביר לחשש כי אם ישוחרר יסכן את שלום הציבור - כי אז לא היה טעם מוצדק להגביל את חופש תנועתו. אלא שבקביעתה של מגבלה זו גילה בית המשפט את דעתו, שהיא נחוצה להבטחת שלום הציבור; וממילא אין קביעת בי המשפט בדבר שלילת קיומה של עילת מעצר יכולה לעמוד.

מדיניות מעצרים

28. בשולי פסק-דין בדיון המקורי עומד המשנה לנשיא על הצורך בגיבוש מדיניות מעצרים אשר תפנים את ערכי חוק היסוד. מגמה זו בוודאי מתייבט מהשפעתו המחדשת של חוק היסוד. אך מטרידה אותי אמירתו של המשנה לנשיא, כי מדיניות מעצרים ראויה היא זו שתאפשר מעצר "רק במקרים חריגים ומיוחדים"\*. מאמירה זו אבקש, בכל הכבוד, להסתייג. הכול מסכימים, כמובן, שמעצרו של נאשם מהווה אמצעי חמור. לכן אין להשתמש בו אלא במקרים שבהם הוא נחוץ. כך היה לפני תחילתו של חוק היסוד, וכך הוא - בחינת קל וחומר - מאז תחילתו. עם זאת ברור, שבמקרים רבים מאוד אין מנוס

\* שם, בעמ' 440.

= 619 =

מעצרו, וכי ההימנעות מן השימוש בו תפגע בשלום הציבור, בביטחון ובערכים חיוניים מוגנים אחרים. לכן הייתי נזהר מפני קביעת נוסחה שתכיר בלגיטימיות של אמצעי המעצר במקרים חריגים בלבד. יש, כמובן, לשאוף ולייחל לימים שבהם הנהגתה של נורמה אידיאלית כזאת תהא אפשרית. אך זמנם של ימים כאלה טרם הגיע, ונראה שהחברה הישראלית טרם הכשירה את עצמה לקראתם. עדיין מוטל עלינו להתגונן מפני סכנות רבות וקשות; מפני אויבים שוחררי-רעה מחוץ ומפני מהרסים ומחריבים מבית;

והעבריינות לענפיה, לרבות זו המלווה באלימות קשה, עודה פושה וגואה. ההתמודדות כנגד כל אלה מוטלת על רשויות אכיפת החוק. ובנסיבות הקיימות אין, למרבה הצער, מנוס גם מן השימוש באמצעי של מעצר. גריעת השימוש באמצעי זה תחליש את כוחה של האכיפה ותעודד את מפרי החוק לסוגיהם. מפני התרחשות מסוכנת כזאת קיים הכרח להתגונן. לפיכך טרם הגיעה השעה שנכשיר את השימוש במעצר רק במקרים חריגים.

בנסיבות הקיימות די לי בתפיסה המגובשת והמקובלת, שבאמצעי המעצר מוטל על בית המשפט להשתמש בזהירות ובתבונה, אך לא הייתי קובע שהשימוש בו חייב להיעשות במשורה. החיוב שלא להשתמש במעצר אלא במקום שהדבר הוא הכרחי ובמידה הראויה בלבד הינו חלק משיטתנו המשפטית, ואין צריך לומר כי חוק היסוד אך מגביר, ביתר שאת, את המודעות לחיוב זה. עלינו לסמוך על חוש מידתם של השופטים, כי בהפעלת סמכותם למעצרו של נאשמים לא יחרגו מן המידה הראויה. הערובה לכך טמונה הן בקיום חיוביו, המהותיים והדינוניים, של התיקון התשיעי, והן בהכרת מחויבותו של בית המשפט לזכותו החוקתית של הנאשם לחירות אישית.

29. בנתון להערות אלו, ובלי להתערב בהכרעה האופראטיבית, נחה דעתי כי יש לקיים את ההלכה שנפסקה, על דעת הרוב, בפסק הדין שניתן בדיון המקורי.

הנשיא לשעבר מ' שמגר: הנושא - רקע כללי

1. שניים הנושאים שסביבם סובב דיון נוסף זה: הנושא הראשון עניינו העילות למעצר על-פי דין של מי שהוגש נגדו כתב-אישום, והשני עניינו השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על אופן פרשנותן של הוראות החוק הקיימות בענייני מעצר. שניים אלה הם למעשה אחד, כי השאלה המשולבת היא מה הדרך בה ינהג בית המשפט, בעת הזאת, לגבי נאשמים, בכל הנוגע להפעלת סמכויות המעצר שהחוק הקנה לו.

2. אקדים ואומר כהערה כללית, כי סמכויות המעצר אשר על טיבן ומהותן עוד אעמוד, אינן מצטמצמות, מבחינת תכליתן, משמעותן והשלכותיהן, למערכת היחסים שבין הערכאה השיפוטית לבין החשוד או הנאשם. הסמכויות הללו - שמכוון מושם פלוני במעצר או משוחרר בערבות אשר באה להבטיח כי יקיים תנאים פלוניים - נולדו ועוצבו מתוך מבט על הציבור בכללותו, שהרי בתוכו כלולים גם אלה המושפעים, ולעתים אף נרדפים, מושפלים ונפגעים, עקב מעשי העבירה שסעיפים 21א ו-21ב לחוק [סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#) מעניקים סמכויות לגבי מעצר בעקבות האשמה בהם. במילים אחרות, מבחינה פונקציונלית המעצר הוא אקט שיפוטי המכוון כלפי הנאשם; קרי, נוגעים לו הערכאה השיפוטית והנאשם. אולם, מבחינת התכלית, נועדה הפעלת הסמכות לשרת

= 620 =

אינטרס של הציבור כולו, ובתוכו של אלה הנפגעים, בפועל או בכוח, ממעשי העבירה, שמהותם והשלכותיהם רלוואנטיות לצורך יישום הסמכויות שסעיפים 21א ו-21ב הנ"ל דנים בהן.

עצם המעצר של נאשם מעורר שאלה מקדמית קשה: הרי המדובר באדם שטרם הורשע. הוא בחזקת חף מפשע, וניסיונו מלמד כי הנחת החפות איננה רק תיאורית, אלא מוסיפה ומתאמתת לא אחת, כאשר הנאשם מזוכה בדינו. מול כל אלה ניצב הצורך להגן על החברה ועל הפרטים שבה מפני מעשים שהם בגדר סיכול ההליך השיפוטי או אשר הם בגדר עבירות חוזרות ונשנות מאותו סוג בו מואשם הנאשם, או עבירות אחרות שהנסיבות מולידות לא אחת דווקא בשלב האמור שבין הגשת כתב האישום לבין תום המשפט. כדי למנוע תופעות כאמור, מאפשר החוק מעצר אף לפני תום המשפט כאשר תוצאת המשפט עדיין בלתי ידועה.

האיזון בין נתוני היסוד שהוצגו לעיל מחייב זהירות מרבית בשימוש בסמכות: על-כן דורש החוק כי יוצגו לפני בית המשפט ראיות לכאורה בקשר להאשמות שהועלו, כי תקינים זכות הטיעון, וכי השכנוע בקיום ההכרח במעצר יהיה מהותי, סביר ואמין. אסור מכל קום לראות במעצר אמצעי לענישה מקדמית; גם אין לראות בו אמצעי הרתעתי בלבד.

באופן כללי ניתן לכן לקבוע כי המעצר - שהוא בגדר הכרח בלי-גונה בתנאי שמשמשים בו באופן מושכל וזהיר - בא לשים מחסום מידי בפני מעשי עבירה נוספים ולהבטיח כי תמומש ההחלטה לקיים הליך משפטי, כביטוייה בכתב האישום. בכך משרת החוק את החברה ואת מרכיביה, שהם בני האדם מן השורה המבקשים להרחיק מעצמם, במידת האפשר, חרדה וחוסר ביטחון אישי. הזהירות הנדרשת ובדיקת הנתונים שמתחייבת מבקשות לצמצם את השימוש בסמכות האמורה במידת האפשר.

נקודה אחרונה זו ראויה להדגשה נוספת: מרבים לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עמו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת "גולית" החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העברין האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המידי, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על-פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי. במילים אחרות, האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קורבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה; הכול בתקופת הביניים עד תום המשפט.

אל לנו לשכוח, למשל, שסעיף 10א לפקודת הראיות [\[נוסח חדש\]](#), תשל"א-1971, לא הוחק כפועל יוצא מהצלחתן המרובה של הרשויות המופקדות על אכיפת החוק לקיים

= 621 =

הליכים משפטיים ולהבטיח העדת עדים, אלא בגדר ויתור על כלל ראייתי מקובל, עקב חוסר האונים של החברה מול תופעות של אימים ואלימות כלפי עדים.

הוראות החוק

3. הוראות הדין בעניין מעצר לאחר אישום מובאות בסעיפים 21א ו-21ב לחוק [סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#). העילות נחלקות באופן כללי לשלושה חלקים עיקריים:  
(א) סעיף 21א(1) מביא פירוט נסיבות, שהן בעיקרן חיצוניות לעבירה, הקשורות לחשש של שיבוש עשיית משפט, הימלטות הנאשם, סיכון אדם, שלום הציבור או ביטחונו או סיכון ביטחון מדינה, בתקופה שאחרי הגשת כתב האישום.  
(ב) סעיפים 21א(2) ו-21ב מונים שורה של עבירות אשר מהות האישום שבהן יוצרת את התשתית להענקת הסמכות להורות על מעצר. העבירות שנמנו בסעיפים 21א(2) ו-21ב הן ברובן בעלות מאפיין זהה: פרט לעבירות הסמים, כל היתר הן בעלות יסוד של אלימות.

(ג) סעיף 21א(א)(3) דן בעניין אי-קיום תנאי שחרור בערובה, ואין צורך שדון בכך כאן.

הסוג הראשון של העילות - שעניין, בקליפת אגוז, חשש לשיבוש הליכי משפט או פגיעה בשלום הציבור - מצביע על כך כי שומה על בית המשפט לשקול מה תהיה המשמעות של שחרורו ממעצר של הנאשם; במילים אחרות, מאחר שהוראות המעצר נועדו לסייע בהשלטת החוק, אין בוחנים רק את מעשה העבירה שכבר בוצע, אלא גם את הצפוי מן הנאשם בתקופת הביניים בין הגשת כתב האישום למועד סיום המשפט. זהו שיקול רלוואנטי ולגיטימי, כי ההתייחסות בהקשר זה למרכיבים אחרים של החברה, פרט לנאשם - קרי: הקורבן, העדים ואובייקטים בכוח לעבירות חוזרות או נוספות - היא נושא שהופקד בידי בית המשפט, ואין הוא יוצא ידי חובתו אם לא שקל עניין זה כדבעי.

כאן גם לטעמי הנקודה המקשרת בין סמכויות המעצר לחוק היסוד הנ"ל. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים הגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות ולהשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו. זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר. אין באמור כאן כדי להפחית כחול זה מן החובה להקפיד באופן דווקני על כך שזכויות הנאשם בשלב הטרם-שיפוטי יוגנו ויובטחו, אולם אין בהקפדה זו בלבד כדי למצות את החובות הקמות ועולות מתוך חוק היסוד.

הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקורבן.

= 622 =

4. במסגרת הבקשה למעצר והדיון הנוסף שבה ועלתה, כאמור, שאלת פרשנותם של דיני המעצר לאור חוק היסוד, ובין היתר סעיף 10 שבו. יזכר בהקשר זה כי דיני המעצר הקיימים לא עוצבו תוך התעלמות מזכויות היסוד, כי אלו היוו חלק ממשפטנו גם לפני שנכללו בחוק היסוד (ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' [14], בעמ' 295 מול אות השוליים א). שני חוקי היסוד שהוחקו בשנת 1992 לא חידשו זכויות יסוד אלא העניקו להן מעמד סטטוטורי מיוחד, מוגן ומיוחד.

אולם אף לפני חקיקת חוקי היסוד ודרכה פרשנות החוק בדבר מעצר על-ידי תפיסותינו החוקתיות בעניין מהות זכויות היסוד של האדם והשפעתן על החוק (דעת המיעוט שלי בבג"צ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' מועצה לייצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות) [15], בעמ' 653). דיני המעצר דהאידינא ביטאו מעיקרם איזון בין זכויותיו של הפרט, החשוד או הנאשם, לבין הזכות של החברה והקורבנות שבה, בפועל ובכוח, להיות מוגנים, ואף למנוע שיבוש הליכי משפט.

לטעמי, אין לשנות עתה את פרשנותו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] לאור חקיקתו בשנת 1992 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין ספק שחוק היסוד, שעיגן את זכויות היסוד בחוק החרות, צריך להיות לנגד עינינו, כפי שההקפדה על קיום החירויות הייתה נגד עינינו כאשר היו חלק מן המשפט הפוזיטיבי הבלתי חרות.

אינני סבור כי מתחייב עתה שינוי גישה לדיני המעצר. כמקודם כן גם עתה, מתחייב איזון סביר וזהיר בין החובה לשמור על חירותו של הפרט לבין החובה להגן על ביטחון הציבור. שני הנושאים מסורים לאחריותו של בית המשפט, כי אין הענקת סמכות ללא הטלת אחריות. מכאן כי אין לאשר מעצרים ללא צורך אמיתי; אולם, מאידך גיסא, אין גם להפוך את הברכה - שבחקיקת חוק היסוד - לפגיה בחברה בכלל, ובפרטים שבה בפרט.

על-כן, מדאיגים סימנים של שחיקה בהפעלה של סמכויות המעצר, שבעבר לא היה ספק בחיוניות הפעלתן לקיום שלום הציבור ולהגנתו - וזאת דווקא בתקופה שבה העבריינות האלימה והסחר בסמים קשים הולכים וגואים. כך שוחרר, למשל, בערבות נהג שנאשם בכך שאסף צעירה לרכבו ואנס אותה, וזאת בשל כך שלא היה לו עבר פלילי; לטעמי היה די באישום באונס עצמו בנסיבות כמתואר בהחלטה, כדי להצביע על הסיכון לשלום הציבור הצפוי מן הנאשם בעבירה כגון זו (ראה בש"פ 6332/94 [16] והשווה בהקשר זה דברי חברי הנכבד, השופט מצא, בבש"פ 861/95 [10] ודברי חברי הנכבד, השופט חשין, בפרשת טלקר [11]). הוא הדין במקרים אחרים בנאשמים שהחזיקו בכמויות גדולות של סם קשה. יישום כמתואר של חוק היסוד אינו מקובל עליי, כי אין הוא מתחייב מן החוק ואינו תואם את המגמה של הבטחת כבוד וחירות לכל אדם.

פירוט הוראות סעיף 21א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]

5. מן הכלל אל הפרט. אלו עיקרי הוראותיו של פרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]:

= 623 =

(א) יש מעצר שהוא בגדר חובה, ויש מעצר שהוא בגדר שיקול-דעת שיפוטי. סעיף 21ב לחוק הנ"ל מונה מקרים שבהם

חובה על בי המשפט להורות על מעצר; אלו המקרים שבהם נוכח בית המשפט אחרי שמיעת הצדדים כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמה בעבירה שדינה מיתה או מאסר עולם חובה או בעבירה לפי פרק ז' לחוק העונשין (הדן בביטחון המדינה, ביחסי חוץ ובסודות רשמיים), שדינה מאסר עולם. נדגיש כי הבסיס להחלטת בית המשפט הוא אפוא קיומן של ראיות לכאורה, כאשר במצוות המחוקק אין להסיק מסקנה זו אלא אחרי שמיעת הצדדים.

(ב) כמוזכר כבר, בכל יתר המקרים החלטה בדבר מעצר היא בגדר סמכותו של בית המשפט, אך נתונה לשיקול-דעתו.

העילות נחלקות לאלה שעניינן הנסיבות - לרבות החששות - לאחר הגשת האישום, ולא להשיג ראיות במהות העבירה הכלולה באישום. למוטר להוסיף כי גם כאשר שוקלים את הנסיבות הקיימות לאחר הגשת האישום, יכול שתהיה משמעות למהות של העבירה המצוינת בכתב האישום; יש בעבירה שבוצעה, ביסודותיה ובנסיבותיה כדי ללמד לא אחת על הסיכונים לעתיד. אגב, הוא הדין בהיפוכו של דבר, על-אף האמור בסעיף 21א(א)(2); היינו: על-אף העובדה שעבירה היא בין המנויות בסעיף האמור, יכול שבית המשפט ישתכנע כי הנסיבות העניינין אין צורך במעצר.

העילות שעניינן הנסיבות הקיימות לאחר הגשת האישום (סעיף 21א(א)(1) הן כל אחת מאלה:

(1) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לשיבוש הליכי משפט;

(2) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם ימלט מן הדין;

(3) קיים יסוד סביר לחשש, בשל נסיבות העבירה או מהותה, שהנאשם יסכן את חייו של אדם או את ביטחונו, את שלום הציבור או את ביטחונו או את ביטחון המדינה.

(ג) סעיף 21א(א)(1) לחוק הנ"ל דורש קיומו של יסוד סביר לחשש כי השחרור בערבות יביא לאחת מן התוצאות שפורטו לעיל. הוא קובע שבית המשפט יגיע למסקנתו על סמך חומר שהוגש לו. הווי אומר, ההחלטה בדבר מעצר איננה נופלת על יסוד עיון באישום בלבד, אלא מותנית בקיומן של נסיבות היוצרות בסיס למסקנה שיפוטית בדבר קיום חשש מבין החששות המפורטים לעיל.

(ד) סעיף 21א(ב) לחוק הנ"ל מוסיף, כי אין נותנים צו מעצר אלא אם בית המשפט נוכח לדעת שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, וכי לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה, בכפיפות לתנאים שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות.

אך מובן כי "ראיות לכאורה" בשלב הגשת כתב האישום אינן זהות ושוות-משקל לראיות לכאורה במהלך המשפט בשלב גמר עדויות התביעה, כי בשלב המעצר טרם העידו העדים. על-כן ההסתמכות היא על האמור בתיק החקירה. עיין האמצעים החלופיים "שפגיעתם

= 624 =

חמורה פחות" טעון, כמובן, בחינה ושקילה מושכלים וזהירים. כך, למשל, קשה להניח שהגבלתו של פלוני הנאשם לשהייה במקום, שבו אין כל ביקורת או ביקור משטרתיים, היא חלופה סבירה.

(ה) מן האמור לעיל נובע כי אם התביעה סבורה כי קיים יסוד סביר לחשש של שיבוש הליכי משפט או סיכון שלום הציבור או אחת מיתר העילות שפורטו לעיל, עליה לשכנע את בית המשפט שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, וכי יש יסוד סביר לחשש האמור המובע על-ידיה. היותה של עבירה בגדר "מכת מדינה" יכול להיות אחד מן המרכיבים האפשריים של הוכחת קיומה של עילת מעצר. אולם, בכל מקרה דרוש שכנועו של בית המשפט כי יש חשש שהשחרור של הנאשם הספציפי יסכן את שלום הציבור או את ביטחונו, או כי קיימת עילה אחרת מבין המנויות לעיל.

גניבת מכונית היא ללא ספק "מכת מדינה", שהרי נגנבות למעלה מעשרים אלף מכוניות בשנה. אולם, מעבר לכך, דרוש בכל מקרה גם בירור של הנסיבות הקשורות לעבירה, ולעברייני המסוים שעניינו מובא לפני בית המשפט. יש להוסיף כי ככל שהעבירה שהיא מכת מדינה חמורה יותר, גדל "המשקל העצמי" של קיום חשש לסיכון שלום הציבור, הנובע ממהות העבירה. כאשר מובא עניינו של פורץ לפני בית המשפט (וגם הפריצות הן מכת מדינה), יש בדרך כלל משקל כבד לעניין קיומו של חשש כנ"ל, העולה ממהותה של העבירה שבה מואשם הנאשם. הניסיון השיפוטי מלמד כי יש מקום לחשש כבד שאם ישוחרר פורץ בעל פלילי, יבצע פריצות נוספות, ויהיה זה, למשל, כדי לרכוש סם, אשר צריכתו מהווה כיום מעיקרה עילה תדירה לביצוע פריצות.

במילים אחרות, יש סוג עבירות ועבריינים שהסיכון העולה מהם, בתקופת הביניים, קרי, בזמן ההליכים וכאשר הנאשם עדיין מקווה שניתן יהיה לבקש, במקרה הגרוע ביותר, צירוף עבירות, הוא רב וחמור במיוחד. זהו הניסיון בכגון דא שהצטבר בידי בתי המשפט.

(ו) כמוזכר כבר, סעיפים 21ב ו-21א(א)(2) מונים שורה של עבירות, שעצם קיומן של ראיות לכאורה לגבי ביצוען (ראה לעיל בעניין משמעותו של מושג זה בהקשר שלפנינו) מהווה תשתית מכוח הדין למתן צו מעצר; לגבי סעיף 21ב הדבר בגדר חובה;

לגבי העבירות המנויות בסעיף 21א(א)(2) המדובר בסמכות שבשיקול-דעת. העבירות המנויות בסעיפים אלה, משותפת

להן תכונה אחת והיא חומרתן בעיני המחוקק. יש בכלן, למעט עבירות הסמים, מרכיב של אלימות.

העבירות המנויות בסעיפים 21א(2) ו-21ב הן בגדר העבירות היחידות שמעצר עקב האשמה בהן הוא בסמכות בית המשפט עקב "חומרת העבירה" (ראה סעיף 21א(ד)).  
אולם גם לגבי העבירות המנויות בסעיף 21א(2) ניתן לבקש לשכנע את בית המשפט שהנחת היסוד, העולה מנוסחו של סעיף 21א(2), נסתרת על-ידי הנסיבות הסובבות את המקרה הספציפי.

חומרת העבירה, כמרכיב בין המרכיבים השונים הנשקלים על-ידי בית המשפט, גם יכולה להיות מובאת בחשבון, למשל לצורכי בדיקת חשש פגיעה בשלום הציבור, כאמור

= 625 =

בסעיף 21א(1). כל שנובע מסעיף-קטן 21א(ד) הוא כי "חומרת העבירה" כשלעצמה היא טעם למעצר, והייתי מוסיף - טעם לכאורה - רק אם מדובר בעבירות המנויות בסעיף 21א(2) (וכמובן גם סעיף 21ב). אולם, בהצטרפות לנתונים נוספים, רלוואנטי גם אופי העבירה לצורכי סעיף 21א(1).

אגב - ובלי לרצות ולמצות את תיאור התיקונים לעניין סמכויות המעצר שנתקבלו (התיקון התשיעי) - יש מקום להזכיר כי רשימת העבירות שבסעיף 21א(2) מבטאת, בין היתר, את ה"ה"ן" ואת ה"לאו". משתמעת ממנה גם המגמה של המחוקק לשלול על-ידי התיקון התשיעי לחוק ה"ל" את מעצרו של נאשמים המואשמים בעבירות כלכליות ובעבירות רכוש ומירמה חמורות, שנוצרו בעבר בשל הטעם של "חומרת העבירה" בלבד (ראה ב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל [17], בעמ' 672), אלא אם כן קיימות הנסיבות הייחודיות שסעיף 21א(1) מונה אותן. בכך ביטא המחוקק את הסתייגותו מן הכללים שאומצו לעניין סוגיה זו לפני התיקון התשיעי בבית-משפט זה ואשר הייתי שותף לה.

(ז) סיכומו של דבר, הנלמד מן ה"ל" הוא שגניבת רכב יכול שתהיה, אם בכלל, עילה למעצר רק במסגרת סעיף 21א(1) ה"ל". כן סבור אני כי היותה של עבירה "מכת מדינה" יכול להיות אחד מן הנושאים הנשקלים על-ידי בית המשפט, בין יתר הנתונים, בבואו לבחון קיומה של עילה מבין העילות שסעיף 21א(1) מפרט אותן, וכי יש עבירות, כגון התפרצות, שבהן מלמדת העבירה ברוב המקרים, לאור אופייה ונסיבותיה, על קיום יסוד סביר לחשש לשלום הציבור, הווי אומר, לחשש מפני ביצוע עבירות דומות, בתקופה בין הגשת כתב האישום לבין מועד מתן פסק הדין. יכול גם שתתגבש בנסיבות מסוימות מסקנה דומה לגבי מי שגנב וחזר וגנב רכב, ועולה חשש סביר שישוּב ויבצע אותה עבירה. הרי ביצועה קל יחסית והיא רבת פירות בתוצאותיה.

דינים זרים - השוואה

6. לא נוכל להקדיש במסגרת זו מקום נרחב לבדיקה השוואתית ממצה לדיניהן של ארצות, הקרובות לנו מבחינת תפסתן המשפטית והחוקתית, ואשר אף הן אמונות על כיבוד זכויות האדם. על-כן נביא כאן רק תמצית דברים. הבדיקה תעלה כי כיוון המחשבה של המחוקק במערכות השיפוט הזרות דומה לזו שמתווה בסעיפים 21א ו-21ב לחוק ה"ל".

7. ארצות-הברית: קו פרשת המים בסוגיית המעצר עד תום ההליכים בארצות-הברית היווה התיקון לחוק השחרור בערובה (BAIL REFORM ACT, 1984) (להלן - B.R.A.) (התפרסם כ-3150-81 U.S.C.). בתקופה שקדמה לתיקון נקטה הפסיקה הפדרלית גישה, ולפיה מטרת המעצר עד תום ההליכים הינה אך ורק הבטחת הופעתו של הנאשם למשפטו (ראה: PREVENTIVE DETENTION: A COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE (DORDRECHT, BOSTON, LONDON, ED. BY S. FRANKOWSKI AND D. SHELTON, 1992) 79). החזקתו של נאשם במעצר ללא שחרור בערובה ושלא לצורך הבטחת התייצבותו למשפט, נתפרשה כנוגדת את התיקון השמיני לחוקה, הקובע כי להבטחת התייצבותו של נאשם למשפטו על השופט לקבוע ערבות סבירה ("REASONABLE BAIL") כתנאי לשחרורו ממעצר. ערבות נחשבה

= 626 =

למפורזת ("EXCESSIVE"), כאשר הסכום שנקבע היה גבוה מהדרוש באופן סביר להבטחת התייצבות הנאשם למשפטו (SLACK V. BOYLE (1951) [29], AT 5).

הלכה למעשה, השתרש בפסיקה הנוהג של השתת ערבות בלתי סבירה על נאשמים כדי למנוע את שובם לקהילה (ראה למשל, W. R. LAFAVE, CRIMINAL PROCEDURE (ST. PAUL, 1984) (VOL. 2, AT 129)). פראקטיקה זו השתרשה בבתי המשפט במיוחד במקרים שבהם עלה החשש כי שחרורו של נאשם מסוים ממעצרו יסכן שלומו של אדם אחר או את שלום

הקהילה. התיקון שהוכנס על-ידי ה-B.R.A., שינה מדעיקרא את תכליתו של המעצר עד לביור המשפט: החקיקה החדשה נועדה לעצור את גלי הפשיעה שביצעו נאשמים לאחר שיחרורם בערבות. עילות המעצר שונות והוכרה הרלוואנטיות של החשש לשלום הציבור, אם ישוחרר הנאשם ממעצרו.

שינוי הגישה בא גם לידי ביטוי בדברים שהובאו לפני הקונגרס בעת הצגת הצעת החוק:

"THE CHANGES REFLECT THE DETERMINATION THAT FEDERAL BAIL LAWS MUST ADDRESS THE ALARMING PROBLEM OF CRIMES COMMITTED BY PERSONS ON RELEASE AND MUST GIVE THE COURTS ADEQUATE AUTHORITY TO MAKE RELEASE DECISIONS THAT GIVE APPROPRIATE RECOGNITION TO THE DANGER A PERSON MAY POSE TO OTHERS IF RELEASED. THE ADOPTION OF THE CHANGES MARKS A SIGNIFICANT DEPARTURE FROM THE 1966 ACT (S. REP. NO. 225, 98TH CONG., 1ST SESS.).

ה-B.R.A. קובע, בין השאר, כי נאשמים מסוימים עלולים להיעצר עד תום ההליכים ללא שחרור בערובה, אם ערכאה שיפוטית תקבע, לאחר ששמעה את הצדדים ועל בסיס ראיות מוצקות, כי אין כל חלופות שעשויות להבטיח את שלום הציבור או שלום

של אדם סעיף 3142(D)(2). ה-B.R.A. גם קובע כי לגבי מספר עבירות המפורטות בסעיף-קטן (F)(1) שבו, קיימת חזקה (הניתנת לסתירה), כי שחרור בערובה של נאשם טומן בחובו, כשלעצמו, את החשש לשלום הציבור. העבירות המפורטות בסעיף-קטן

(F)(1) כוללות, בין השאר, עבירות בעלות מרכיב של אלימות ((F)(1)(A)); עבירות שעונשן מאסר עולם או מוות ((F)(1)(B)); עבירות סמים שעונשן עשר שנות מאסר ומעלה ((F)(1)(C)); או כל עבירה שבוצעה על-ידי הנאשם אשר הורשע כבר בדין בשתי עבירות קודמות המפורטות בפסקאות ((A)-(C)) לעיל ((F)(1)(D)). הפסיקה פירשה את ההוראות החדשות באופן רחב: בפסק הדין המנחה UNITED STATES V. SALERNO [30] (1987), קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי מעצר בטרם משפט בהתאם ל-B.R.A. אינו מהווה הפרה של זכויות חוקתיות הנובעות מהתיקון החמישי והשמיני לחוקה; הרקע העובדתי היה כדלהלן: SALERNO נחשד בהשתייכות למאפיה (LA COSA NOSTRA), ובביצוע עבירות שונות, כגון סחיטה, הימורים ומירמה. בהסתמך על דברי עדים והאזנות סתר הורה בית המשפט המחוזי לעצור את החשוד עד לביור משפטו בלא שניתן לו האפשרות להשתחרר בערבות. על החלטה זו ערער SALERNO לבית המשפט לערעורים (SECOND CIRCUIT) בטענה להפרה של זכויותיו החוקתיות (UNITED STATES V. SALERNO (1986) [31]). המדינה השיבה בדין, כי הגם

= 627 =

שמעצר עד תום ההליכים אינו יכול להתבסס על נימוקים ענישתיים, הרי אין לומר כי הינו בלתי חוקתי, שכן הוא מהווה אמצעי רגולטיבי לשמירת אינטרס המדינה בקיום שלום הציבור. בית המשפט לערעורים דחה את טענות המדינה, בקובעו כי המעצר המניעתי נוגד זכויותיהם של עצורים להליך ראוי ("DUE PROCESS") בהתאם לתיקון החמישי לחוקה, והורה על שחרור בערבות. המדינה ערערה לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה וקבע מפי השופט REHNQUIST (הנשיא דהיום), כי המעצר לפי ה-B.R.A. עד לביור המשפט אינו מעשה ענישתי אלא מניעתי, ומהווה אמצעי סביר לשמירת שלום הציבור. בצטטו את פסק הדין בעניין [32] SCHALL V. MARTIN (1984) קבע בית המשפט העליון כי הגנה על הקהילה מפני עברייני מסוכנים משמשת רגולציה לגיטימית שאינה עומדת בסתירה לזכויות חוקתיות של אלו אשר מפניהם מתבקשת ההגנה.

על פסק-דין [30] SALERNO ועל התיקון הנ"ל ל-A.R.B. נמתחה ביקורת (ראה M. J. EASON, EIGHTH AMENDMENT - PRETRIAL: DETENTION: WHAT WILL BECOME OF THE THE INNOCENT? 78 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY (1987-88) 1048, 1060). הביקורת מתמקדת בבעייתיות הכרוכה בחיזוי התנהגות עבריינית של הנאשם לאחר שחרורו ממעצר.

טענות אלו נסמכות בעיקר על מחקרים אמפיריים אשר קבעו כי שיעור השגיאה של ניסיונות לחיזוי פשיעה עתידית נע בין 51%-95% (ראה C. P. EWING, PREVENTIVE DETENTION AND FUTURE CRIMES - THE CONSTITUTIONALITY OF PUNISHING LAW 139, 140 (1991) & HUM. BEHAV.). בית המשפט העליון סבר, לעומת זאת, כי התנהגות העבריינית של הנאשם ניתנת לצפייה ולחיזוי במרבית המקרים. כך, למשל, דברי השופט REHNQUIST בפסק הדין [32] SCHALL הנ"ל, בעמ' 278-279:

"OUR CASES INDICATE... THAT FROM A LEGAL POINT OF VIEW THERE IS NOTHING INHERENTLY UNATTAINABLE ABOUT A PREDICTION OF FUTURE CRIMINAL CONDUCT. SUCH A JUDGMENT FORMS AN IMPORTANT ELEMENT IN MANY DCISIONS, AND WE HAVE SPECIFICALLY REJECTED THE CONTENTION, BASED UPON THE SAME SORT OF SOCIOLOGICAL DATA RELIED UPON BY APPELLEES AND THE DISTRICT COURT, 'THAT IT IS IMPOSSIBLE TO PREDICT FUTURE BEHAVIOR AND THAT THE QUESTION IS SO VAGUE AS TO BE MEANINGLESS'".

סיכומו של דבר, בתחום השיפוט הפדרלי בארצות-הברית ניתן עתה לעצור נאשם עד תום ההליכים על יסוד החשש לשלום הציבור. מעצר כאמור אינו נחשב לבלתי חוקתי ואינו מהווה הפרה של זכויות חוקתיות. ההליך נתפס כרגולאטיבי ולא ענישתי, ועל-כן מהווה איזון נאות בין זכותו הבסיסית של נאשם לשחרור בערובה לבין השאיפה לשמור על הקהילה מפני מעשים פליליים העלולים להתבצע על-ידי נאשמים טרם הרשעתם.

8. בקנדה, נקודת המוצא היא כי נאשם זכאי לשחרור בערובה, מכוח הנחייתו של

= 628 =

סעיף E(11) לצ'רטר הקנדי (THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS) (CONSTITUTION ACT, 1982 PART 1). סעיף זה מקביל במהותו לתיקון השמיני לחוקה האמריקנית.

בסעיף 515(10) ל-CRIMINAL CODE מפרט המחוקק באילו מקרים רשאי בית המשפט לנהוג בדרך המעצר:

"(FOR THE PURPOSES OF THIS SECTION, THE DETENTION OF AN ACCUSED I )10 CUSTODY IS JUSTIFIED ONLY ON EITHER OF THE FOLLOWING GROUNDS:

(A) ON THE PRIMARY GROUND THAT HIS DETENTION IS NECESSARY TO ENSURE HIS ATTENDANCE IN COURT IN ORDER TO BE DEALT WITH ACCORDING TO LAW; AND

(B) ON THE SECONDARY GROUND (THE APPLICABILITY OF WHICH SHALL BE DETERMINED ONLY IN THE EVENT THAT AND AFTER IT IS DETERMINED THAT HIS DETENTION IS NOT JUSTIFIED ON THE PRIMARY GROUND REFERRED TO IN PARAGRAPH (A)) THAT HIS DETENTION IS NECESSARY IN THE PUBLIC INTEREST OR FOR THE PROTECTION OR SAFETY OF THE PUBLIC, HAVING REGARD TO ALL THE CIRCUMSTANCES INCLUDING ANY SUBSTANTIAL LIKELIHOOD THAT THE ACCUSED WILL, IF HE IS RELEASED FROM CUSTODY, COMMIT A CRIMINAL OFFENCE OR AN INTERFERENCE WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE"

(ההדגשה שלי - מ' ש').

בית המשפט העליון של קנדה פסק כי מעצר בשל "אינטרס ציבורי" (PUBLIC INTEREST) כמצוטט לעיל נוגד את סעיף 11 לצ'רטר. אולם מעצר בשל "ביטחון הציבור" (PUBLIC SAFETY) הוא חוקתי: [33] (1992) R. V. MORALES.

כן נפסק כי העברת נטל ההוכחה במקרי מעצר עקב אישום ברצח, אינה בלתי חוקתית. REGINA V. BRAY (1983) [34], AT 769.

הווי אומר, בית המשפט רשאי לשקול, בגדר עילת מעצר, כי אם ישוחרר בערבות עלול הנאשם לבצע עבירה נוספת או לשבש הליכי משפט. בכך דומה האמור בסעיף 515(10) של [חוק העונשין](#) הקנדי למה שנאמר בסעיף 21א(1) [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#) שלנו.

9. באנגליה נקבע כי נאשם זכאי לשחרור בערבות (סעיף 4 ל-BAIL ACT, 1976). אולם זאת בכפיפות לכללים הקבועים בתוספת הראשונה לחוק האמור, הכוללת, בין המקרים שבהם ניתן להימנע משחרור בערבות, מקרה שבו שוכנע בית המשפט, להנחת דעתו, שיש סיבות מהותיות לחשש שהנאשם יבצע עבירה בעת היותו משוחרר בערבות או ישבש הליכי משפט על-ידי השפעה על עדים או בדרך אחרת.

THE CRIMINAL JUSTICE AND PUBLIC ORDER ACT, 1994 קבע שש הוראות חדשות, המצמצמות את היקף השחרור בערבות, למשל, מקרים של אישום באונס או בניסיון אונס

= 629 =



על-ידי בעלי הרשעות קודמות. המגמה המוסברת היא להבטיח שלא יוחלט על שחרור בערבות אם החלטה כאמור תיטול סיכון לציבור.

סיכום

10. נשוב לענייננו : שתי שאלות מחייבות מענה. האחת כללית והשנייה סבה סביב עניינו של המשיב בדיון נוסף זה, שהיא עתה תיאורטית לבד כי משפטו כבר נסתיים.

הראשונה עניינה אמירה של חברי הנכבד הנשיא, בפסק-דין [בבש"פ 537/95\\*](#), ולפיה ראוי שתאומץ מדיניות שיפוטית "העוצרת נאשם לאחר אישום רק במקרים חריגים ומיוחדים" (ההדגשה שלי - מ' ש'). לצערי טרם הגענו לימים טובים כאלה שבהם ניתן לנקוט גישה כמתואר. הנני סבור שהמציאות שאנו חיים בה אינה מאפשרת נקיטת מדיניות כאמור. אגב, היא אף אינה מאומצת במדינות בעלות שיטת משפט ותפיסות חוקתיות דומות לשלנו. הפשיעה לצורתיה היא מרובה, וחומרת ביטויה גוברת ואינה פוחתת. בית המשפט אינו מופקד רק על עיצוב המשפט; הוא גם נושא באחריות כלפי האדם, שנפגע בפועל או בכוח מן העבריינות לצורתיה ופגיעותיה, לרבות זו המבוצעת על-ידי נאשמים מסוימים הממתינים לדינם. כבוד האדם וחירותו הם גם מזכויותיו של האזרח מן השורה שנפגע, נפצע, נדרס, נאנס ונסחט. מבטו של בית המשפט חייב להיות מקיף ומאוזן, ואל לו להיות מכוון לגיזרה אנושית אחת בלבד.

מדיניות אנושית בענייני מעצר היא ראויה ורצויה, אולם אל לה לזנוח יחס ראוי לרובו של הציבור, שלגביו קמות ועולות הסכנות שסעיף 21 לחוק הנ"ל דן בהן. החוק מבקש להושיט הגנה נאותה לקטינים שאליהם שבים ומתאכזרים או שבהם שבים ומבצעים פגיעות מיניות, לנשים מוכות, למי שנפגעים על-ידי אותם אוחזים בהגה שנוהגים בתקופות, בחוסר התחשבות ובפזיזות, לנסחטים ולמאוימים. אי-הפעלת הכוחות והסמכויות שהמחוקק העמיד לרשות בית המשפט כדי לנסות ולהבטיח, על-פי סמכותו לפי סעיף 21 לחוק הנ"ל, מניעת עבירות חוזרות אינה מאפשרת מסקנה כי משיגים את המטרה בדבר שמירת כבוד האדם וחירותו.

מדינה דמוקרטית המניחה את כבוד האדם וחירותו בראש סולם ערכיה החוקתיים, גם שוקדת לשם כך, כסמכותה על-פי סעיפים 21א(1) ו-2(2) לחוק הנ"ל, על שלומם והבטחת ביטחונם של הקורבנות הצפויים ממעשי העבירה הנוספים של נאשמים מסוימים. לצערי, במציאות שלנו אלה אינם מקרים "חריגים ומיוחדים".

אשר למקרה הקונקרטי שלפנינו, הרי הייתה בהסבריו של המשיב היתממות גלויה וברורה; הוא גנב ושב וגנב רכב, ובית המשפט רשאי היה להניח בנסיבות העניין, לאור העובדות שלפניו, שהמשיב ישוב ויעשה כן. לטעמי, לא היה במקרה דנן מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי, ודעתי לעניין זה כדעת המיעוט [בבש"פ 537/95\\*](#).

-----  
\* פ"ד מט (3) 355.  
\*\* שם, בעמ' 440.

= 630 =

הערות לדברי חברי הנכבדים

11. אחרי כתיבת פסק-דיני קראתי את דבריהם של חברי הנכבדים, הנשיא ברק והשופטת דורנר. ציינתי כבר לעיל כי בנקודה מרכזית - אשר סביבה סבב דיון נוסף זה - לא ראיתי להסכים עם דעתם: לפי התיזה המוצגת על-ידיהם, מעצר אחרי הגשת כתב-אישום "צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים". חברי הנשיא מוסיף הפעם מעבר לאמור בפסק הדין [בבש"פ 537/95\\*](#), שעליו נסב דיון נוסף זה, כי "ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו" (ההדגשות שלי - מ' ש'). דומה, עם כל הכבוד, כי יש כאן סתירה פנימית. אם המקרים רבים הרי אינם חריגים ומיוחדים.

מה שמתחייב לטעמי היא בדיקה עניינית של כל מקרה, לגופו, על-פי העקרונות הברורים המותווים בחוק, ומתן הסימנים הרטוריים, כביטויה של השופטת דורנר, אין בו כדי להוסיף או לגרוע. אין כלל מי שסבור כי מעצר הוא מעשה שיגרה או כי העיקרון הנקוט בדינו - או שהיה אי פעם נקוט בדינו - הוא קודם כול מעצר ורק במקרה "חריג ומיוחד" שחרור ממעצר. הבהרתי בפסק-דיני את עמדתי בעניין דרכי ההוכחה, מידתה וקביעת הנטל, וחבל שדבריי הוארו באור אחר.

אוסף רק זאת; כאשר התייחסתי לאיזון בין הזכויות של הנאשם לבין הקורבן והדגמתי זאת על-ידי הפניה למקרי אינוס, לא היה בכך כדי ללמד על כך שניתן לעצור את מישוהו "בלי שנשקפת ממנו כל סכנה". לא רק שהדבר לא נאמר, אלא הודגש היפוכו של דבר. אולם היו נגד עיניי, בין היתר, המקרים הרבים, ובהם היו ניסיונות נמרצים וקשים של השפעה על קורבן האינוס לחזור בה מהודעתה, והיה אף לא אחת שהקורבן הובלה אחר כבוד, על-ידי הנאשם וחבריו, למשרדו של עורך-דין כדי לאלצה לחתום על תצהיר שבו היא חוזרת בה מהודעתה למשטרה; והדברים ידועים. אגב, היה גם מי שהורשע באינוס, ובעת חופשתו מן הכלא שב ואנס את קורבנו הקודם ([ע"פ 379/83](#) אלמליח נ' מדינת ישראל [8]).

12. חברי הנכבד, השופט מצא, כותב כי:

"...מטרידה אותי אמירתו של המשנה לנשיא, כי מדיניות מעצרים ראויה היא זו שתאפשר מעצר 'רק במקרים חריגים ומיוחדים'. מאמירה זו אבקש, בכל הכבוד, להסתייג".

זו גם דעתי.

השופט א' גולדברג: 1. אם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן היה להעמיד את עילת המעצר שבסעיף 21א(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] על תכלית הרתעתית, איני סבור כי ניתן עוד עתה, לאחר חוק היסוד, לאמץ גישה זו אף שהייתה

-----  
\* פ"ד מט (3) 355.

= 631 =

לגיטימית בשעתה. מעצר אדם טרם משפט, אך ורק כדי להרתיע אחרים, לא יכול להתיישב עם חוק היסוד. לדעתי, אין לראות את השימוש במעצר להשגתה של תכלית הרתעתית, רק ככזה ש"אינו נקי מקושי קונספטואלי" (כדברי חברי השופט מצא). שימוש כזה במעצר בבירור אינו עולה בקנה אחד עם יסודותיו של חוק היסוד. לפיכך, לא אוכל להסכים לדעת חבריי, השופטים דורנר ומצא, כי עילת המעצר שבסעיף 21א(א)(2) לחוק - המבוססת על חומרת העבירה - מטרתה היא הפעלת אמצעי של הרתעת עבריינים בכוח.

2. כיום, לאחר חוק היסוד, אין מנוס מלהעדיף את הפרשנות שנתן חברי, השופט חשין, לסעיף 21א(א)(2) בבש"פ 2092/95 [11]. דהיינו, כי:

"...מטרות המעצר הינן לעולם אלו המנויות בסעיף 21א(א)(1) לחוק, אלא שלעניינין של העבירות ה'חמורות' (שבסעיף 21א(א)(2) - א' ג') אמר המחוקק להורותו מן החוק עצמו - EX LEGE - כי בגופן של אותן עבירות טמונים אחד או יותר מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1) ... בזאת אפוא נפילו העבירות ה'חמורות' מכל שאר עבירות, שבעבירות ה'לא-חמורות' שומה על התביעה להוכיח במפורש ובמפורט קיומו של סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1), ורק כך יורה בית המשפט על מעצר. מנגד, לעניינין של העבירות ה'חמורות' הוסיף המחוקק והורנו כי אותם סיכונים, כולם או מקצתם, טמונים באישיותו של העבריין כמוכח מיניה וביה מביצועה של העבירה ה'חמורה'" (שם, בעמ' 646).

3. דומני, כי פרשנותו של סעיף 21א(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינה דוגמה טובה להשראתו של חוק היסוד על פרשנות חקיקה שקדמה לו. בעוד שקודם לחוק היסוד היה בידי הפרשן לבחור באחת מן הפרשנויות הלגיטימיות שנתן בית-משפט זה לסעיף 21א(א)(2), הרי שאחרי חוק היסוד אין עוד מקום להעדיף פרשנות המעמידה את עילת המעצר טרם הרשעה על הצורך במעצר הרתעתי, או על הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות של המשפט הפלילי. מרחב הבחירה הפרשנית שהיה לפרשן בעבר נצטמצם עתה מכורח חוק היסוד, ואין הוא חופשי עוד להעדיף פרשנות שרוח חוק היסוד אינה שורה עליה.

4. מקובל עליי כי בכל הנוגע לעילת המעצר שבסעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], על המדינה מוטל הנטל לשכנע את בית המשפט שקיים יסוד סביר לחשש, שאם ישוחרר הנאשם ממעצרו ישוב ויבצע עבירות נוספות, ובכך יסכן את שלום הציבור או ביטחונו. היות העבירה שבה הואשם נאשם בגדר "מכת מדינה" היא, כשלעצמה, אינה מעידה עדיין על קיום החשש האמור. כך, על דרך הדוגמה, לא תקום עילת מעצר בעבירת שוחד, אף אם זו תהיה "מכת מדינה", כשמובן הוא כי הנאשם, שלא יוחזר לעבודתו, לא יסכן עוד את הציבור לכשישוחרר מן המעצר - בביצוע עבירה נוספת. לא נפוצותה של העבירה כשלעצמה היא אפוא זו שמעלה את החשש להישנותה אם ישוחרר הנאשם. כדי להשיב על השאלה אם "מכת מדינה" מקימה חשש כי הנאשם יפגע לאחר שחרורו בשלום הציבור, עלינו לרדת לשורש התופעה העבריינית, מניעה, שיעור

= 632 =

טובת ההגנה שבצדה לעבריין ושיעור תפיסתם של עברייני אותה עבירה על-ידי המשטרה. ככל שקלה העבירה לביצוע; ככל שגדל הרווח הכלכלי המופק ממנה; וככל שיודע הנאשם כי גדולים סיכוייו להצליח ולא להיתפס, כן יגדל הפיתוי לנאשם לנסות מזלו שנית, בתקווה כי זה יאיר לו הפעם פנים.

מכאן, שאם הרימה המדינה את הנטל להוכיח כי "מכת המדינה" נמנית עם הסוג האחרון, כי אז הביאה ראייה בעלת משקל

רב למסוכנותו של הנאשם לציבור אם ישוחרר מן המעצר. במקרה אשר כזה אין מדובר בחשש בעלמא למסוכנות הנאשם, אלא בחשש מוכח, המקים עילת מעצר לפי סעיף 21א(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

5. כפי שציין חברי, השופט מצא, ביצוע העבירות של גניבת כלי רכב -

"איננו כרוך בקשיים מיוחדים, גם הסיכון הקשר בביצוע איננו מופלג, ואילו הרווח הצפוי למבצעים הוא אדיר. שילוב הגורמים הללו מעודד את העבריינות ואת המעורבים בה".

משמע, כי הוכח כדבעי החשש להישנות העבירה על-ידי הנאשם. על אחת כמה וכמה כשנוספה גם העובדה כי הנאשם הואשם בשני מעשים של גניבת רכב.

העולה מן המקובץ, כי על-פי תפיסתי קמה עילה לעצור את הנאשם. השאלה, אם היה מקום בנסיבות המקרה לקבוע תחליף מעצר, הינה שאלה נפרדת החורגת מתחום דיוננו. אומר רק את המובן מאליו, כי קיומה של עילת מעצר עדיין אינה מחייבת מעצר. טרם שישלול בית המשפט את חירותו של הנאשם באמצעי הקשה של מעצר, עליו להשתכנע כי אין מנוס מכך, וכי מטרת המעצר לא תושג בדרך חלופית.

השופט ט' שטרסברג-כהן: מצטרפת אני לדעת הרוב במישור העקרוני ככל שהדבר מתייחס לנושא השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותם של חוקים ישנים בכלל ועל דיני המעצר בפרט, וברצוני להוסיף ולהעיר הן בנושא זה והן בעניין מהותה של עילת המעצר לפי סעיף 21א(א)(1) סיפה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (להלן - החוק).

1. מאחר שבעת הדיון לפנינו הודיעונו כי הנאשם הורשע בדיון והושת עליו עונש מאסר כמשך תקופת המעצר עד לגזירת דינו וכי עונשו כבר רוצה, לא דרושה עוד הכרעה במקרה האינדיווידואלי של העורר, שהסתיים. על כל פנים, ככל שיש מקום להבעת דעה בעניינו של העורר, דעתי היא כי קמה עילת מעצר נגדו לפי סעיף 21א(א)(1) וכי, עם זאת, היה מקום לשחררו בתנאים כפי ששוחרר.

אעיר אפוא את הערותיי במישור העקרוני בשתי סוגיות: האחת - השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - חוק היסוד) על פרשנותם של דיני המעצר. השנייה - עילת המעצר בשל מסוכנותו של הנאשם לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1) לחוק.

חוק היסוד ומעצר נאשם

2. לעניין השלכותיו של חוק היסוד על פרשנותם של חוקים ישנים בכלל ועל התיקון

= 633 =

התשיעי בפרט, חלוקות דעותיהם של חבריי השופטים. במחלוקת זו מצטרפת אני - במישור העקרוני - לדעתם של חבריי השופט ברק והשופטת דורנר, שמצאה ביטוי בפסק-דינם של העורר. על נושא זה הרחיב השופט ברק שם, ואין מקום אלא למספר הערות מצדי.

3. זכות האדם לחירות המעוגנת כיום בחוק היסוד, הייתה מאז ומתמיד עקרון-על במדינת ישראל, עיקרון זה עוגן על-ידי בית-משפט זה בפסקיו, שעמדו על משמר ההגנה עליו כעל ציפור הנפש של המשטר הדמוקרטי במדינתנו. זכות זו מעוגנת כיום בחוק היסוד, הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (סעיף 5) וכי פגיעה זו מותרת רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...". (סעיף 8).

4. חוקיות התיקון התשיעי אינה עומדת - בענייננו - במבחן חוקיותו אלא במבחן השפעת חוק היסוד על פרשנותו של חוק ישן. התיקון העמיד בסיס נורמטיבי חדש לדיני המעצר. יש בו איזונים בין זכויות היסוד של הנאשם כאדם לבין אינטרס ההגנה על הציבור ונתינת הדעת לקורבן העבירה. סעיף 21א(א), כסעיפיו של כל חוק שהוא, אינו עונה מתוך עצמו ועל פניו על כל שאלה העשויה להתעורר לצורך יישומו.

הוא מצריך פרשנות. מה לנו יותר מאשר חילוקי הדעות בין שופטי בית-משפט זה באשר לפרשנות הראויה לסעיף-קטן (2) שבו, כאשר המשנה לנשיא, השופט אלון, שאליה הצטרפה השופטת נתיניהו, סבורים כי חומרת העבירה כשלעצמה איננה מעמידה עילת מעצר לפי סעיף זה, ואילו אחרים, והשופט בך בראשם, סבורים כי היא אכן מעמידה כזו. הפרשנות השונה נובעת מגישה שונה, מתפיסה שונה ומהתייחסות שונה לתכלית המעצר, לתכלית התיקון וליחס בין האינטרסים שבעטיים מוענקת הסמכות להורות על מעצר, לבין הזכות לחירות הנשללת מן הנאשם.

5. חוק היסוד הציב בהצבה נורמטיבית על-חוקית את העיקרון המנחה, ולאורו עלינו לפרש כל חוק ישן והתיקון התשיעי בכלל זה. הוא קבע את נקודת המוצא שממנה יש לצאת ואת מרכז הכובד שאליה יש להתייחס כתשתית רעיונית לפרשנות ראויה של הוראות התיקון התשיעי. אם קודם לחקיקתו עמד לנגד עינינו סעיף 21א(א) שנקודת המוצא בו היא הסמכות של בית המשפט לצוות על מעצרו של נאשם, הרי שכיום עומד לנגד עינינו, קודם לכול, סעיף 5 לחוק היסוד הקובע את זכותו של

כל אדם לחירות.  
אם קודם עמד לנגד עינינו במקרים המנויים בתיקון, בראש ובראשונה, האינטרס הציבורי המסמיך הגבלת חירותו של אדם, עומדת כיום לנגד עינינו, קודם לכול, זכות יסוד של אדם לחירות, שרק אינטרס ציבורי מובהק מצדיק להגבילה. סעיף 21א(א), המעניק לבית המשפט סמכות לשלול את החירות ולהורות על מעצרו של הנאשם בהתמלא תנאים מסוימים, ניצב בפירמידה מתחת לזכות היסוד לחירות. חוק היסוד שינה את סדר העדיפויות. הוא שינה את האיזון בין זכותו של אדם לחירות לבין סמכותו של בית המשפט לשלול אותה ממנו.

6. נראה לי, כי גם קודם לחוק היסוד, וקל וחומר לאחריו, עלינו להציב כנר לרגלנו

= 634 =

את זכות האדם לחירות, המעוגנת בחוק היסוד. עלינו לפרש את הוראות התיקון לאורה של זכות זו לאור חוק היסוד, ועלינו להשיג את האיזון הראוי בינה לבין האינטרס הציבורי על-פי התפיסה החוקתית, בכך שנפעיל את סמכויות המעצר שבידינו במידה הראויה בכל מקום בו הדבר הוא דרוש והכרחי.

7. תוך נתינת הדעת לעמדתנו בנושא השפעת חוק היסוד על פרשנות דיני המעצר, אבהיר עמדתנו לעניין פרשנותו של סעיף 21א(א)(1) סיפה, לתיקון. מפאת חשיבותו, יצוטט הסעיף כלשונו:

"21א. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש, לצוות על מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה:

(1) בית המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו, כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לידי שיבוש הליכי משפט או שהנאשם יימלט מן הדין, או שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחון, את שלום הציבור או בטחון המדינה;" (ההדגשה שלי - ט' ש' כ').

8. הסעיף מכיל שלוש עילות מעצר. עילת המעצר לצורך הדיון כאן מצויה בסיפה של אותו סעיף, ועניינה מסוכנותו של הנאשם. שתי העילות הראשונות - קיומו של יסוד סביר לחשש של שיבוש הליכי משפט או הימלטות מהדין - הן על-פי מהונו בעלות מרכיב סובייקטיבי בלבד. ואילו השלישית - זו שלענייננו, שהיא קיומו של חשש סביר למסוכנותו של הנאשם, מכילה שני מרכיבים: אובייקטיבי וסובייקטיבי. עילה זו שונה משתי קודמותיה על-פי נוסח הסעיף המגלם את התפיסה שמאחוריו. המילים "שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש..." (ההדגשה שלי - ט' ש' כ'), המוצמדות רק לעילת מסוכנותו של הנאשם, לא בכדי נחקקו. משמעותן היא, שנסיונות העבירה או מהותה מהוות מרכיב ממרכיבי מסוכנותו של הנאשם, לא כך לעילות החשש לשיבוש הליכי משפט או להימלטות מהדין.

אינני מתעלמת מכך שגם ל"נסיבות העבירה" פן סובייקטיבי, שכן עניין לנו בעבירה ספציפית שבוצעה על-ידי נאשם ספציפי, אלא שהדגש במילים הנ"ל הוא על העבירה ולא על העבריין.

9. לצורך העמדת העילה לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1) אין להתייחס רק לבדיקת מסוכנותו האישית של הנאשם, כפי שאין מקום להיתלות רק בנסיבות העבירה ובמהותה. יש לשקול את שני המרכיבים גם יחד כדי להגיע למסקנה בדבר מסוכנותו של הנאשם. אילו די היה במסוכנותו של הנאשם כדי להעמיד את העילה לפי הסיפה הנ"ל, לא היה צורך בהוספת המילים "בשל נסיבות העבירה או מהותה" לנוסח הסעיף, ודי היה לו למחוקק לומר כי אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן חייו או בטחון של אחר, קמה עילת מעצר. החשיבות של תוספת זו ומתן משקל מלא למשמעותה אינם נובעים מגישה פרשנית המדקדקת במילות החוק, אלא נעוצים הם בתפיסה שמאחורי המילים.

= 635 =

מחמת הקושי להוכיח מסוכנותו של נאשם, מחד גיסא, ומחמת החובה להגן על הציבור מפני סכנות האורבות לו מצד עבירות מסוכנות ומפני עבריינים מסוכנים, מאידך גיסא, הקל המחוקק בדרישותיו לעניין הוכחת עילת המעצר לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1), בכך שהכליל בעילה זו מרכיבים אובייקטיביים וסובייקטיביים המצטרפים זה לזה, אשר חלקם ניתנים להוכחה ביתר קלות ומשליכים על החלק הניתן להוכחה ביתר קושי. ככל שהמדינה מצליחה יותר בהוכחת המסוכנות שבנסיבות העבירה ומהותה, כך יכולה היא להסתפק בהוכחה פחותה לגבי סיכון הנובע מהעבריין הספציפי, וההפך.

10. לעניין הוכחת המרכיבים האמורים יש להבחין בין נטל ההוכחה לבין מידת ההוכחה. נטל ההוכחה מוטל לעולם על התביעה. בכך אין התביעה כופרת, אלא שחלק מהנטל להוכחת מסוכנותו של הנאשם מורם על-ידי הוכחת מהותה ונסיבותיה של העבירה. אין זה כל הנטל. הוכח הפן האובייקטיבי והורם בכך חלק מהנטל, עדיין על תביעה להוכיח את הפן הסובייקטיבי שהוא הצבעה על מסוכנותו של העבריין הספציפי שלפנינו. ככל שהוכחת החלק האובייקטיבי חזקה יותר ומבוססת יותר, כך קטנה מידת ההוכחה הדרושה להוכחת המרכיב הסובייקטיבי, וההפך. רוצה לומר, אם העבירה על-פי מהותה היא כה חמורה או כה אכזרית או כה נפוצה עד כי טומנת היא בחובה סכנה של ממש לחייו או לביטחון של אדם או

לשלום הציבור, והעבריינין ביצע אותה באופן ובנסיבות המלמדים על מידת החומרה שבה, דרוש פחות כדי להוכיח שהעבריינין הספציפי שלפנינו מסוכן הוא לציבור. אם, לעומת זאת, העבריינין הוא בעל עבר פלילי עשיר בעבירות מאותו סוג, הרי גם אם מהות העבירה ונסיבות ביצועה אינן בעלות מאפיינים חמורים במיוחד כשלעצמם, עדיין - בשקלול בין שני היבטי העילה - תקום עילה למעצר. מובן שגם כאשר קמה עילת מעצר, שומה עלינו לבדוק את החלופות לה ואת אפשרויות השחרור בתנאים, ורק בהיעדר חלופות שיש בהן כדי להשיג את תכלית המעצר, ייעצר הנאשם.

11. מקובל עליי - ודומה שאין הדבר שנוי עוד במחלוקת - כי "מכת מדינה" כאינדיקציה לחומרת העבירה אינה מעמידה כשלעצמה עילת מעצר לפי סעיף 21א(א)(1), שכן אין היא נמנית עם העילות המנויות בסעיף 21א(א)(2), שרק הן מעמידות עילת מעצר בשל חומרתן בלבד. אין אני שותפה לדעה כי "מכת מדינה" יוצרת חזקת מסוכנות שעל הנאשם להפריכה. עם זאת, סבורה אני כי "מכת מדינה" מסתופפת תחת קורת גגן של "נסיבות העבירה או מהותה", ועליה לקבל את משקלה המלא וההולם כחלק מהפן האובייקטיבי של העילה. יש בה כדי להצביע על מסוכנות מצד מי שמבצע עבירה מאותו סוג. עדיין נשאר להוכיח שאותו אדם העומד לפנינו מסוכן לציבור לא רק מפאת מאפייני העבירה, אלא גם מפאת מאפייני העבריינין. בכל מקרה, בסופו של חשבון, צריכה הצטברות המסכת הראייתית, בשקלול מרכיבי העילה, לעלות כדי הוכחת חשש סביר למסוכנותו של הנאשם הספציפי העומד לפנינו.

12. לעניין רמת ההוכחה הדרושה לקיומו של יסוד סביר לחשש, אין התביעה נדרשת להוכיח ודאות מוחלטת או קרובה למוחלטת בדבר מסוכנותו של הנאשם, אין התביעה נדרשת להוכיח חשש ודאי או קרוב לוודאי, אלא די בהוכחת קיום יסוד סביר לחשש.

= 636 =

בנוסח זה של התיקון, כמו בנוסח של הסיפה לסעיף 21א(א)(1), יש כדי להצביע על דאגת המחוקק לאינטרס של הגנת הציבור, המורידה את רמת ההוכחה הנדרשת להוכחת מרכיבי המסוכנות.

13. אשר להערות חברי, השופט מצא, לעניין סעיף 21א(א)(2), שעניינו חומרת העבירה כשלעצמה כעילת מעצר, הרי מאחר שעניינו אינו בא בגדרו של סעיף זה, מוצאת אני להשאיר את פרשנותו של סעיף זה - שפורש רבות בפסיקה קודם לחקיקת חוק היסוד, ולא תוך תמימות דעים - בצריך עיון.

14. סוף דבר, במישור העקרוני מצטרפת אני לדעת הרוב ב**פ"פ 537/95\*** ככל שהדבר נוגע לשינוי שהביא חוק היסוד בתפיסת דיני המעצר. לעניין עילת המעצר לפי הסיפה של סעיף 21א(א)(1) לחוק, אף אני סבורה ש"מכת מדינה" אינה מעמידה כשלעצמה עילת מעצר. "מכת מדינה" מהווה חלק מ"נסיבות העבירה או מהותה", ומשכך, מהווה היא מרכיב ממרכיבי עילת המעצר לפי אותו סעיף, שעילתו היא מסוכנותו של הנאשם.

אשר למקרה הקונקרטי, סבורה אני, כאמור, כי קמה עילת מעצר נגד הנאשם, וכי היה מקום לשחררו בתנאים כפי שהחליט בית המשפט שלערעור.

השופט מ' חשין: מונחות לפני חוות הדעת שכתבו חבריי, הנשיא שמגר, השופט גולדברג, השופט מצא והשופט שטרסברג-כהן. דבריי שלי ייקראו לאחר דבריהם.

2. בשבתנו לדיון בעררו של עימאד גנימאת (להלן אכנה אותו - העורר), עמדה לפנינו - המשנה לנשיא ברק, השופט דורנר ואנוכי - שאלה עיקרית אחת, והיא בנושא עילת המעצר. לאמור: האם בנסיבות הוכחו קמה ונהייתה עילת מעצר לחובתו של העורר. לא נדרשנו לשאלות נוספות, אף לא לשאלה של חלופת מעצר (ראו פסיקה 14 לחוות-דעתי בערר\*\*). באי-כוח בעלי הדין טענו בשאלת קיומה - או אי-קיומה - של עילת מעצר, בשאלה זו אמרנו להכריע, ובשאלה זו נחלקנו בדעותינו. חבריי, המשנה לנשיא ברק והשופט דורנר, סברו כי בנסיבות העניין לא קמה עילת מעצר, ואילו אני - בדעת מיעוט - סברתי כי בנסיבות העניין קמה ונהייתה עילה למעצר. לסופו של דיון החלטנו על קיומו של דיון נוסף "לנוכח חשיבות הסוגיות שהתעוררו בפסק-דין זה וחילוקי הדעות שנתגלעו בינינו\*\*\*". החלטתנו על קיומו של דיון נוסף נסבה, כמסתבר, גם על דברים שאמר המשנה לנשיא ואמרתי אנוכי בנושא השפעתו של חוק היסוד על החקיקה שקדמה לו. המדובר הוא אפוא בשתי שאלות שונות, הגם ששלושתן הן זו בזו. נדון אפוא בשאלות אלו, אחת לאחת, כסדרן.

\* פ"ד מט (3) 355.  
\*\* שם, בעמ' 388.  
\*\*\* שם, בעמ' 440.

= 637 =

לשאלת קיומה - או אי-קיומה - של עילת מעצר

3. שאלת קיומה - או אי-קיומה - של עילת מעצר נגזרת היא מהוראות החוק ומנסיבותיו של כל עניין ועניין, לרבות ממהותה של העבירה שבה מדובר. מה היו "נסיבות העניין" שהוכחו בערר, אותן נסיבות אשר לדעת הרוב לא הקימו עילת מעצר ולדעת המיעוט הקימו גם הקימו עילת מעצר? חברי, השופט מצא, מתאר בחוות-דעתו את רקע העובדות, ודומה עליו כי עיקרי הדברים יתמצו בארבעה אלה: אחד, מעשי גניבת מכוניות הפכו בימינו מגפה - מגפה-מידי-אדם ו"מכת מדינה": "המכה האחת-עשרה" כפי שכונתה התופעה באחת ההחלטות (בש"פ 5537/94 [19]). שניים, נאספו ראיות על דבר היותו של העורר מעורב בשני מעשי גניבה של מכוניות. שלושה, לא הוכח שהעורר היה חבר בכנופיה של גונבי מכוניות. ארבעה, העורר עשה את שעשה כדי לפרנס את משפחתו. האם ארבעה יסודות אלה, בהצטרפם זה אל זה, יצרו - או שמא לא יצרו - עילת מעצר?

אוסוף ואדגיש: איש מבינינו השלושה שישבנו בערר לא סבר כי "מכת מדינה" - באשר היא - בכוחה להעמיד עילת מעצר. השאלה שעמדה לפנינו לא הייתה אלא זו: האם בנסיבות העניין בכללן - לרבות נסיבות הרקע של אותה "מכת מדינה" - נוצרה ונתקיימה עילת מעצר על-פי חוק? ובדברנו על עילת מעצר כיוונו דברינו להוראת סעיף 21א(א)(1) לחוק שלפיה רשאי בית-משפט לצוות על מעצרו של נאשם (לאמור: מתקיימת עילת מעצר) אם סבור הוא, על סמך החומר שהוגש לו, "שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן... את שלום הציבור או בטחונו...". חבריי השיבו לשאלה בשלילה: בנסיבות העניין לא קמה, לדעתם, עילת מעצר. אנכי השבתי בחיוב.

כך היה בערר. כך הגענו לדיון הנוסף.

4. על רקע כל אלה קראתי את חוות הדעת שכתבו חבריי, הנשיא שמגר והשופטים גולדברג, מצא ושטרסברג-כהן. קראתי, ונמצא לי כי כולם, כל אחד מהם בדרכו ובסגנונו - שהרי שופטים כנביאים לא ישפטו בסגנון אחד - סוברים אף הם, כסברתי אני בפסק הדין בערר, כי בנסיבות העניין קמה ונהייתה עילה למעצרו של העורר. ביתר דיוק ופירוט: כי הוכח כדבעי "שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן... את שלום הציבור או בטחונו...". משידענו כך, שוב אין צורך ואין מקום שאוסוף בפרוטרוט על דברים שנאמרו. אין לי אלא לחזור על דברים שאמרתי בערר, ואיני חוזר בי מדעתי. אוסף, שאני מסכים לעיקרי דבריהם של חבריי, הנשיא שמגר והשופט גולדברג, ולאמיתם של דברים, גם לדבריהם של חבריי, השופטים מצא ושטרסברג-כהן, ככל שהמדובר הוא בהקמתה של עילת מעצר בעניינינו או בעניין הדומה לו. אני מקווה שישולח לי אם אומר כי ההבדלים בינינו אינם אלא הבדלי סמאנטיקה, הבדלי גוון קלים שאין בהם כדי לשנות ממהות. להשלמה אחזור על כמה שורות שכבתי בחוות-דעתי שבערר (בפיסקה 9 לפסק הדין\*):

\* שם, בעמ' 385-386.

= 638 =

"בבואי לסקור את ענייניו של העורר, לא נמצא לי כי עלה בידו להוציא את עצמו מגדרי החשש שמא יחזור על מעשי הרעים. מעשה גניבה אחד, ניתן לומר עליו: רוח שטות נכנסה בו בפלוני ועשה מעשה שעשה. ואולם, מעשה גניבה שני שבא לאחר מעשה ראשון, מלמד שני לא אך על עצמו אלא על ראשון אף הוא - סוף מעשה במחשבה תחילה - והרי שני המעשים לא רוח שטות יש בהם אלא רוח רעה יש בהם. ומי שעשה מעשה שני, נתקיים בו חשש סביר שמא ישוב ויעשה מעשה. אם כך ככלל, לא כל שכן שלטענת העורר עשה את הגניבה לפרנס את משפחתו... משפחתו של העורר נדרשת לפרנסתה גם כיום, ומאליו מתקיים חשש שמא יתפתה לחזור על מעשהו הרע".

עד כאן - לשאלה אם נתקיימה עילת מעצר בענייניו של העורר.

5. אגב פירושה של הוראת סעיף 21א(א)(1) לחוק - והיא שהייתה לעניינינו - נדרשים מקצת מחבריי לפירושה של הוראת סעיף 21א(א)(2) אף היא, אותה הוראה המעסיקה עצמה בעבירות ה"חמורות". כידוע, בתיקון התשיעי לחוק טרח המחוקק ומנה עבירות העשויות להקים, כשהן לעצמן, עילת מעצר (עניינינו שלנו אינו נסב על עילת מעצר מאלו). והשאלה הנשאלת היא: כיצד יש וראוי לפרש את דבר המחוקק, התולה קיומה של עילת מעצר בחומרתה של עבירה בלבד? בהקשר זה מזכיר חברנו, השופט מצא, דעה, כי המטרה של הרתעת עבריינים והתכלית של קיום אמון הציבור במנגנון המשפט הפלילי, שתי אלו בכוחן לתמוך בקיומה של עילת מעצר בעבירות ה"חמורות". חלקתי בעבר ואני חולק גם כיום על דעה זו, ומתוך שנזדמן לי להביע דעתי במקום אחר, אחזור על מקצת דברים שאמרתי. וכה כתבתי בפרשת טלקר [11], בעמ' 646:

"כשאני לעצמי, אודה כי המטרה של הרתעת עבריינים בכוח, ועימה המטרה של קיום אמון הציבור במנגנון המשפט הפלילי, שתי מטרות אלו היו תמיד קשות בעיני ועוררו בי אי-נוחות ואי-נחת. מטרות אלו, באשר הן, טובות הן ויפות במקום שבת-משפט עומד לגזור עונשו של מי שהורשע בדינו. ואולם מה עניינה של הרתעה ומה עניינה של אמון הציבור במקום בו מתבקש מעצרו של נאשם לאחר הגשת כתב-אישום? האומנם נכון וראוי הוא לעצור נאשם לחודשים ארוכים - בעוד נהנה הוא, לכאורה, מחזקת החפות - אך כדי להרתיע עבריינים בכוח או כדי שהציבור לא יאבד אמונו בבתי המשפט? האם בפירוש זה לחוק אין אנו מזריקים כוונה זרה לדברי המחוקק? קשה להשתחרר מהתרשמות כי מעצרו של נאשם מטעמים של הרתעה או קיום אמון הציבור במערכת המשפט, שקול לאמיתם של דברים כנגד עונש ממש, אם תרצה: מקדמה על חשבון העונש שיבוא (ואפשר לא יבוא). ראה, למשל: [ב"ש 691/82](#)

סורה נ' מדינת ישראל, בעמ' 13.

אכן, סבורני כי מטרת המעצר הינן לעולם אלו המנויות בסעיף 21א(א)(1) לחוק, אלא שלעניינן של העבירות ה'חמורות' אמר המחוקק להורותנו, מן

= 639 =

החוק עצמו - EX LEGE - כי בגופן של אותן עבירות טמונים אחד או יותר מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1). ראה, למשל: פרשות אל-תרתור ו-עזאזמי. בזאת אפוא ניפלו העבירות ה'חמורות' מכל שאר עבירות, שבעבירות 63 ה'לא-חמורות' שומה על התביעה להוכיח במפורש ובמפורט קיומו של סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1), ורק כך יורה בית המשפט על מעצר. מנגד, לעניינן של העבירות ה'חמורות' הוסיף המחוקק והורנו כי אותם סיכונים, כולם או מקצתם, טמונים באישיותו של העבריין כמוכח מיניה וביה מביצועה של העבירה ה'חמורה'.

הבחנה זו שבין עבירות 'חמורות' לבין עבירות אחרות, כוחה עמה אף לעניין חלופת המעצר. לעניין מעצרו של נאשם באחת מן העבירות ה'לא-חמורות' נאמר כך: הנטל על התביעה הוא לשכנע את בית המשפט כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יקים סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1). מתוך כך נוסף ונאמר, כי הנטל על התביעה הוא להוסיף ולהוכיח שלא ניתן להפיג את החשש לקיומו של סיכון כאמור בדרך שאינה מעצר. שונה דינן של העבירות

ה'חמורות', שבעניינן מתקיים EX LEGE סיכון מן הסיכונים המנויים בסעיף 21א(א)(1) לחוק. מכאן שלעניין העבירות ה'חמורות', הנטל על הנאשם הוא (ולו נטל של הבאת ראיות), כי בנסיבותיו המאד מיוחדות של עניינו, אין מתקיים סיכון מן הסיכונים האמורים, וכי מתוך כך ראוי להורות בעניינו על חלופת מעצר."

זו הייתה דעתי לעת שכתבתי את החלטתי בפרשת טלקר [11]. זו דעתי גם כיום. דרך אגב: ההחלטה בפרשת טלקר [11] היא מיום 9.4.95, ואילו פסק הדין בערר נושא הדיון הנוסף ניתן שלושה ימים לפניו, ביום 6.4.95. לדידי, ההחלטה בפרשת טלקר [11] הייתה לאחדים עם חוות-דעתי בערעור נושא הדיון הנוסף.

אסיים באומרי כי פירושי שלי לחוק אינו תולה עצמו - מעיקרו - בחוק היסוד. חירות וכבוד היו גם לפני היות חוק יסוד זה, ואותם חירות וכבוד די היה בהם, לדעתי, די והותר, כדי להעמיד עילות מעצר - על דרך העיקרון - רק על התכליות המנויות בסעיף 21א(א)(1) לחוק.

ההוראה על דבר שמירת דינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

6. ואשר לשאלת השפעתו של חוק היסוד על דברי חוק שהיו לפניו. כתבתי דברים שכתבתי בחוות-דעתי שבערר. קראתי דברים אלה שוב ואמרת לי אל לבי מה לי שאוסיף והייתי לטורח. ואולם מתוך שחברי מדברים גם בשאלה זו, נפנית ליצר והוריתי את עטי לומר דברים אחדים.

שפה ולשון, כל שפה וכל לשון - שפה ולשון במובנן הרחב - הטבע והאדם יצרו אותן, ויעודן לשמש אמצעי קשר בין אדם לרעהו. כך אצל החיה, העוף, ושוכן המים וכך אצל האדם. ולא שכחנו את מגדל בבל:

= 640 =

"ויהי כל-הארץ שפה אחת ודברים אחדים: ויהי בנסעם מקדם וימצאו בקעה בארץ שנער וישבו שם: ויאמרו איש אל-רעהו הבה נבלנה לבנים ונשרפה לשרפה ותהי להם הלבנה לאבן והחמר היה להם לחמר: ויאמרו הבה נבנה-לנו עיר ומגדל וראשו בשמים ונעשה-לנו שם פן-נפוץ על-פני כל-הארץ: וירד ה' לראת את-העיר ואת-המגדל אשר בנו בני האדם: ויאמר ה' הן עם אחד ושפה אחת לכלם וזה החלם לעשות ועתה לא יבצר-מהם כל אשר יזמו לעשות: הבה נרדה ונבלה שם שפתם אשר לא ישמעו איש שפת רעהו: ויפץ ה' אותם משם על-פני כל-הארץ ויחדלו לבנת העיר: על-כן קרא שמה בבל כי-שם בבלל ה' שפת כל-הארץ ומשם הפיצם ה' על-פני כל הארץ:" (בראשית, יא, א-ט [א]).

וכדבר האגדה (מדרש רבה - מפורש בידי א. א. הלוי - בראשית רבה, פרשה לח, סימן י [ב]):

"היה אחד מהם אומר לחברו: 'הבא לי מים', והוא מביא לו עפר. היה מכהו ופוצע את מחו. 'הבא לי קרדום', והוא היה נותן לו מגרפה, היה מכהו ופוצע את מחו. זהו שכתוב: 'ונבלה שם שפתם'..."

שפה נועדה לקשר בין אדם לרעהו. ואולם שפה היא גם תרבות, גם היסטוריה, גם אופני מחשבה; היא הנפש היא האדם. ובנתק שפה יימוג עם ותאבד ממלכה.

7. דבר המחוקק (יש אומרים: דבר המכונן) בסעיף 10 לחוק היסוד הוא ברור ומפורש:

"שמירת  
דינים"

10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

ענייננו חג-סב את פירוש הדיבור "תוקפו" של דין. "תוקף" זה - מה הוא? דיברה תורה כלשון בני אדם, ואם תורה כך - חוק יסוד לא כל שכן. דעתי היא זו, ש"שמירת דינים" (כלשון הערת השוליים) ושמירת "תוקף" - כלשון חוק היסוד בגופו - פירוש הוא כפשוטו: מה שהיה הוא, כעיקרון, מה שהיה. "יפל מצדך אלף ורובה מימינך אליך לא יגש" (תהילים, צא, ז [ג]). תחום התפרסותו של החוק יהיה לאחר היות חוק היסוד כהיותו לפני חוק היסוד. כך יבין את החוק האיש ברחוב יפו. כך אבין אותו אני. ואם אמרנו כי חוקה וחוקי יסוד נועדו לחינוך הנער והבוגר: לחינוך, ללימוד, לשינון: "והגית בו יומם ולילה" - ואכן כך נאמר - האם לא ייגזר מאן כדבר הלמד מעניינו כי "תוקף" פירושו אינו אלא תחום פריסה? ששמירת תוקף פירושה הוא כי תחום פריסה שהיה הוא גם תחום פריסה שהיה? והרי זו לשון בני אדם. לשון של חוקה וחוקי יסוד - למצער בראשיתם - אין היא לשון של אנשי מקצוע.

לשון בני אדם היא, בני אדם מן היישוב. והאמירה כי חוק היסוד אין בו "כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד", פירושה הוא בלשון בני אדם: דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד ימשיך במהלך חייו כמימים ימימה.

8. "תוקף" בלשון בני אדם ובהקשר ענייננו כאן, אין פירושו אך להיות או לחדול,

= 641 =

כמו אמר המחוקק לשמר תוקפו של דין קיים אך לא את תחום פריסתו. "תוקף" הוא גם קיום, גם מובן, גם פירוש. תוקף ותחום פריסה אין הם, לענייננו, אלא שניים שהם אחד. האמירה הנוגדת, כי רשאים אנו לשנות תחום פריסה, לשנות "איזונים" של חוק קודם - תוך שאנו כורעים ומשתחווים לפני חוק היסוד - פירושה אינו אלא ביטול מעט של תוקף. שכן "תוקף" פירושו הוא פרט ועוד פרט ועוד פרט. ואם האבדנו פרט, כמו ביטולו תוקף באורח חלקי. זאת אסר עלינו המחוקק, שכן גם

לביטול חלקי (ביטול PRO TANTO) ביטול ייקרא. המחוקק הורנו **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** כי אין בדעתו לפגוע בתוקפו של דין קיים, וכשאינו לעצמי סבורי שכוונתו כפשוטה היא, שלענין דין קיים כל שהיה הוא שהיה. על כל אלה הארכנו בחוות-דעתנו בעבר, והקורא יידע. ובתמצית שבתמצית:

"לדידי, האמירה כי חוק היסוד אין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין קודם, פירושה הוא: לא תהא כל פגיעה שהיא בדין קודם, בין פגיעה השקולה כנגד ביטול, בין פגיעה השקולה כנגד גריעה או צמצום חלות (או צמצום שיקול-דעת): בין פגיעת מוות בין פגיעת פציעה. לענייננו עתה, לא נמצאה לי הבחנה של ממש בין 'תוקף' מזה ובין 'תוכן' או 'מובן' או 'תחום פריסה' מזה. 'תוקף' - לענייננו - הוא 'תוכן' או 'מובן' או 'תחום פריסה', ואתקשה לקבל פירוש אחר להוראה על דבר שמירת הדין הקיים... אכן, לענין שמירת דינים (בענייננו), לא ידעתי מה בין ביטולו של דין מכול וכול ובין ביטולו של דין באורח חלקי בלבד, ביטול המתקרא שינוי 'תוכן' או שינוי 'מובן' או שינוי 'תחום פריסה'. בהקשר ענייננו כאן, יחסיהן של נורמות - בינן לבין עצמן - נקבעים הם, ואמורים הם להיקבע, על-פי 'תוכן' של הנורמות, על-פי 'מובן' של הנורמות, על-פי 'תחום התפרסותן' של הנורמות. מאן נדע, כי פגיעה בכל אחד מאלה - ב'תוכנה' של נורמה, ב'מובנה' של נורמה או ב'תחום פריסתה' של נורמה - הינה פגיעה ב'תוקפה' של הנורמה היא עצמה. ומשהורנו המחוקק כי **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** אין בו כדי לפגוע ב'תוקפו של דין קיים', שקולה הוראתו כנגד אמירה כי אין בו בחוק כדי לפגוע לא בתוכנו של דין קיים, לא במובנו של דין קיים ולא בתחום התפרסותו של דין קיים. זה פירוש החוק לדעתי...".\*

או אחרת: "תוקפו" של חוק עניינו, למיטב הבנתי, ב"תוכנו" של חוק. ובקובעו כי חוק היסוד אין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין קיים, כמו אמר לנו המחוקק כך:

הנה זה נתתי לכם היום חוק יסוד והוא על מכונו. לעתיד לבוא, חוק יסוד זה הוא שיורה אתכם הדרך, וכמוהו כעמוד האש וכעמוד הענן. ואשר לעבר, נעמיד את חוק היסוד אל מול דין של עבר, חוק יסוד אל מול חוק, תוכן אל מול תוכן. גם אם יהיו סתירה או אי-התאמה בין חוק היסוד לבין דין של עבר; וגם אם ימצא לנו כי חוק היסוד תובע איזוני אינטרסים שונים מן הדין הקיים; גם כך וגם כך, דין של עבר יישאר כשהיה. גבולות ממלכת הדין הישן יישארו כשהיו.

\* שם, בעמ' 398-399.

= 642 =

9. מבחן הלקמוס לדוקטרינת שינוי האיזונים יבוא מקום ש"פירושו" של דין קודם - על דרך ה"איזון מחדש" - יחרוג אל מעבר למעגלות שהתווה הדין הקודם.

ובענייננו שלנו: האם חשוד, שהיינו מורים על מעצרו על-פי החוק קודם היות חוק היסוד, נורה כיום על שחרורו בערובה אך באשר כך מחייב אותנו חוק היסוד? אליבא דידך, אסר עלינו המחוקק לשנות כך "איזונים". הדעה הנוגדת את דעתי ניתנת להתפרש כמתירה כך "לפרש" חוק קודם. לא עוד אלא שחובה מוטלת עלינו כך לפרשו.



ואולם על דרך זו דומה עליי כי חורגים אנו אל מעבר לממלכת הפירוש; מפקיעים אנו את מושג ה"פירוש" מתחומי הלגיטימיים; עושים אנו מעשה מחוקק במסווה של "פירוש". זאת לא הותרנו לעשות. בדרך זה לא ראוי לנו שנלך, תהיינה כוונותינו טובות ורצויות ככל שתהיינה.

10. הוראה על דבר שמירת תוקף דין קודם תימצא לנו גם בסעיף 10 לחוק-יסוד: [חופש העיסוק](#), הקובע וזו לשונו:

"הוראת 10. הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה... היו תקפות ערב שעה תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה..."

מה פירושה של שמירת תוקף זו? אמר על כך חברנו, השופט ש' לוי, ב**בג"צ 2419/94** [20]:

"...דינה של טענת המשיבים להידחות כבר כאמור בסעיף 10 לחוק ([חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) - מ' ח') המשאיר בתקפן הוראות חיקוק שהיו תקפות ערב תחילתו של חוק היסוד לתקופה של שנתיים... החיקוק שבו מדובר אינו ממשיך להיקלט בשיטתנו המשפטית כשהוא 'מקולף' מהפרשנות המשפטית שניתנה לו בעבר..."

לשון אחר: חוק מן העבר יבוא אלינו שמור כמות שהוא, ראשו על כרעיו ועל קרבו. ולנד בראשו, נוסף ונאמר: אך מובן הוא, כי לאחר היות [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) ניתן לשנות פירושו של חוק מן העבר - ללא כל זיקה לחוק היסוד - אם ניתן היה לשנות את הפירוש גם בעבר, לפני היות חוק היסוד. שימורו של דין עבר כולל, כדבר הלמד מעניינו, שימור של הפוטנציאל שהיה גזוז בו, לרבות מיתחם הפירוש הלגיטימי שהיה בו קודם היות חוק היסוד. להיקש השונו נא [בג"צ 70/50](#) מיכלין ואח' נ' שר הבריאות ואח' [21].

11. תכליתה של שמירת התוקף מגלה עצמה בבירור: המחוקק חשש ממהפכות סמויות, משינויים בלתי צפויים, מ"התאמות דין" בלתי נראות. את כל אלה לא שיער ואת שיעורם לא מדד ולא שקל. כדי להבטיח את יציבות הדין - אם תרצה: את יכולתו לשלוט בדין מראש - קבע המחוקק הוראה שעניינה שמירת תוקף. ואם אמנם ביקש המחוקק לשמר דין של עבר כמות שהוא (על הכוח לשנותו מתוכו ובו) - ונראה בבירור כי זו הייתה כוונתו - מה יכול היה לעשות עוד, לומר עוד, ולא עשה ואמר? ואנו, את החוק נכבד ולדברו נישמע.

= 643 =

12. ובצד כל אלה נוסף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי יזכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו. ואולם לעולם ננוע באותם מעגלות שהוצבו בדין הקודם:

"ודברנו הוא על דרך של ממה נפשך: או שהחוק הקודם ניתן לכמה פירושים - אם תרצה: 'לאיזונים' שונים - או שלא ניתן הוא לפירושים שונים. אם ניתן הוא החוק הקודם לפירושים שונים, יכול ורשאי הוא בית המשפט לשנות מדרכו - כשם שהיה יכול לעשות כן בעבר - אך כך יעשה בהסתמך על החוק הקודם ועל תחומי פריסתו המקוריים, בתתו דעתו, כבעבר, לזכויות היסוד. בעשותו כן יפעל בית-המשפט בגדרי סמכותו, תוך שהוא נוטל על עצמו אחריות למעשהו ובלא שינסה לתלות עצמו בפירוש הכפוי עליו, כביכול, בחוק היסוד. על נושא דומה (בהיפוך משהו) אמרתי [בבג"צ 1520/91](#) וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', בעמ' 519:

'בית-משפט זה שאנו בו על מושבו, הוא הוא הנושא בנטל ובאחריות, ואם לא נאמר את דברינו צלול וברור, לא נוכל להינקות בהטלת האחריות על זולתנו תוך שאנו נתלים בכוונת המחוקק. אנו הם הערבים - ומידנו יבקשו חוק" (מתוך פסקה 2 לחוות-דעתי בערר\*).

לעניינה של מדיניות המעצרים

13. לאחר שכתבתי דברי שלמעלה קראתי את חוות-דעתם של חברי, הנשיא ברק והשופט דורנר. חברי אלה קוראים לנו לחולל מהפכה במדיניות המעצרים הנוהגת בבתי המשפט, ואת עיקר דבריהם סומכים הם להוראות חוק היסוד. פירוש שמציעים חברי לחוק מוליך אותם, בין השאר, למסקנה כי בעניינו של העורר לא עלה בידי המדינה להצביע על עילה למעצרו. הנשיא ברק והשופט דורנר אינה מקובלת על מרבית חברי מותב זה. דעת חמשת חברי המותב האחרים - ובהם אנוכי - אינה כדעת הנשיא ברק והשופט דורנר, ומכאן אף מסקנת הרוב כי בעניינו של העורר קמה ונהייתה עילת מעצר. ואולם לא בזאת עיקר עתה.

חברי, הנשיא ברק והשופט דורנר, מוטרדים ממעצרי יתר של חשודים בעבירות פליליות, וטרדה זו מוליכה אותם למסקנות שהם מסיקים. על כך אומר, כי טרדת מעצר אינה נחלתם של חברי אלה בלבד. גם שופטים אחרים טרדה אוחזת בהם בנושא המעצרים, ולא כרטוריקה וכמס שפתיים בלבד. ואולם טרדת הנפש אינה חייבת להוליכנו בהכרח אל מסקנות חברי, הנשיא ברק והשופט דורנר. יכול אדם שיהיה מוטרד ממעצרי יתר, ובכל זאת לא יסיק כורח לחולל מהפכה בנושא המעצרים. נתן למצוא גם דרכי ביניים, דרכים שתקלנה עם חשודים בעבירות ובה בעת תבאנה במניין את טובת הציבור. בחוות-דעתי בערר הצבעתי על דרך ביניים אפשרית. הדרך היא, בקיצור-לשון: מעצר

-----  
\* שם, בעמ' 397-398.

= 644 =

לתקופות מדודות ומוגבלות, ובדיקה מעת לעת אם יש הצדק להמשכו של המעצר. ראו דבריי בפיסקאות 11 עד 13 לחוות-דעתי שבערר\*. דרך זו - הניתנת לגיוון בווריאציות מווריאציות שונות - נראית ראויה בעיניי. בשמי שלי אומר, כי בשבתי לדין בהליכי מעצרים אני מהלך בה, ורווח לי. ראו, למשל: [בש"פ 5399/94](#) [22]; [בש"פ 6787/95](#) [23]. כשאני לעצמי אומר, כי אמשיך בדרכי, מכל מקום כל עוד לא תימצא הדרך בלתי ראויה.

השופטת ד' דורנר: 1. לדידי, ביסודו של דיון נוסף זה ניצבת השאלה אם הרטוריקה של זכויות האדם תתבטא במדיניות השיפוטית הלכה למעשה, כך ששיעור הנאשמים שייעצרו יפחת במידה משמעותית, או שמא - על יסוד רטוריקה זו או אחרת - ימשיך מעצר עד תום ההליכים להיות אמצעי שיגרת - הכלל, ולא יוצא מן הכלל. בהתייחסו להשפעת החוק על המדיניות השיפוטית כתב המשנה לנשיא ברק בפסק הדין נושא הדין הנוסף\*\*:

"אין לעצור אדם, אלא אם הדבר הוא חיוני. שיטת משפט דמוקרטית נאורה משתחררת ממנטאליות של מעצר כאמצעי ראשון. מדינה שערכיה דמוקרטיים מאמצת מנטליות של מעצר כאמצעי אחרון. לדעתי, אנו, בישראל, מרבים מעבר למידה הראויה במעצר לאחר אישום.... תקופת המעצר הארוכה, תנאיה הקשים וחוסר הוודאות בדבר אשמתו של הנאשם - עם כל תוצאות הלוואי שהם גורמים לנפשו של האדם וליכולתו להתגונן כראוי במשפט - מצדיקים גם הם אימוץ מדיניות שיפוטית העוצרת נאשם לאחר אישום רק במקרים חריגים ומיוחדים. זוהי מדיניות אנושית וראויה. זוהי מדיניות מחויבת במדינה דמוקרטית המניחה את כבוד האדם וחירותו בראש סולם ערכיה החוקתיים. זוהי מדיניות שהייתה ראויה בעבר (בטרם הוחקו חוקי היסוד החדשים). זוהי מדיניות ראויה שבעתים עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים".

לדברים אלה אני מצטרפת.

2. אכן, שלום הציבור הוא ערך יסודי, ובלא שמירה עליו אין קיום לזכויות האדם בכלל ולזכויותיהם של קורבנות העבריינים בפרט. על-כן אין חולק כי יש מקרים שבהם יגבר שלום הציבור על-פני זכות היסוד של הנאשם לחירות, כך שנאשם המסכן את שלום הציבור ייעצר. יתר-על-כן: כאשר הנזק הצפוי לשלום הציבור הוא ממשי ואינו דבר של מה בכך, נתונה עדיפות ברורה וחד-משמעית לשלום הציבור על פני חירות הנאשם. על-כן, כאשר על כפות המאזניים ניצבות, מצד אחד פגיעה ודאית בחירות הנאשם אם ייעצר, ומצד שני פגיעה ודאית בשלום הציבור אם הנאשם לא ייעצר, תיסוג חירותו של הנאשם מפני שלום הציבור והנאשם ייעצר. המחוקק לא הסתפק בכך - ובדין לא הסתפק - ונתן בידי בית המשפט שיקול-דעת להורות על מעצר נאשם, ובכך לפגוע באופן ודאי וחמור בחירותו, אף מקום בו הפגיעה הצפויה בשלום הציבור אינה ודאית, אלא יש "יסוד סביר לחשש" כי הנאשם, אם לא ייעצר, יפגע בשלום הציבור.

-----  
\* שם, בעמ' 386-399.

\*\* שם, בעמ' 439-440.

= 645 =

אך כל אלה אינם שוללים את מעמדה של חירות האדם כזכות יסוד חוקתית. לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. מקום שבו למימוש של אינטרס אין כל מחיר, אין משמעות לעיגון 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 ענינו של הפרט אלא של החברה כולה, והיא הקובעת את דמותה של החברה.

אכן, אפשר כי מעצר מניעתי של אדם שעדיין לא ביצע עבירה, ביטולה של חזקת החפות והחלפת מידת ההוכחה המחמירה הנהוגה במשפט הפלילי במידה המקובלת במשפטים האזרחיים היו מקטינים את ממדי העבריינות ותורמים תרומה ניכרת להגנה על שלום הציבור. אך במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור. נאשם יוצא זכאי בדינו גם אם בית המשפט מוצא כי מאזן ההסתברות נוטה לטובת הגירסה המרשיעה. שכן, עקרון יסוד חוקתי במשפטנו הפלילי הוא שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר, אף שמשמעות הדבר היא זיכום ושחרורם של נאשמים שכלל הנראה ביצעו את העבירות המיוחסות להם, ובעקבות זאת פגיעה בשלום הציבור.

זאת ועוד: הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של "שלום הציבור", שעליה רומז חברי, הנשיא שמגר, עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיבידואליים. עניינה של

תורת זכויות היסוד של האדם, ועניינו של חוק היסוד, הם באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צורכי הציבור. בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרה.

3. המעצר פוגע קשות בזכויות היסוד של העצירים ובאינטרסים בסיסיים אחרים שלהם. בכך שברטוריקה המקובלת בפסיקה מודגש כי המעצר אינו מיועד להעניש את הנאשם ואף אין הוא בגדר מקדמה לעונש, אין כדי לשנות את המציאות ולגרוע מן החומרה של המעצר ומפגיעתו בנאשם. למרבית הצער, ההליכים הפליליים נמשכים לעתים קרובות חודשים רבים. כל אותו זמן העצירים מוחזקים כלואים בתנאים קשים יותר מאלה שבהם מוחזקים אסירים. עצירים אינם זכאים לחופשות ולטיפול שיקומי. ניתוקם מקשה עליהם להכין את הגנתם. עמד על כך לורד וינדלסהם (WINDLESHAM):

"...THE ADULT DETAINEE IS TYPICALLY HELD IN THE SAME PRISON, ALTHOUGH IN A DIFFERENT PART OF IT, GUARDED BY THE SAME PRISON OFFICERS, AND SUBJECT TO WHAT IN MOST ESSENTIALS IS THE SAME SYSTEM OF REGULATION... IN SOME RESPECTS HIS PLIGHT IS EVEN WORSE THAN THAT OF PRISONERS CONVICTED OF THE MOST SERIOUS OFFENCES, FOR HE WILL OFTEN BE HELD IN THE LOCAL PRISONS WHERE OVERCROWDING IS MOST ACUTE... THE OPPORTUNITIES FOR WORK AND TRAINING ....

= 646 =

ARE... VIRTUALLY NON-EXISTENT. ABOVE ALL, THE DETAINEE IS SUBJECT TO UNCERTAINTY; HE CANNOT PLAN AHEAD, OR MAKE FRIENDS, OR SETTLE DOWN TO SERVING A FINITE TERM OF IMPRISONMENT WITH THE PROSPECT OF PROGRESSING TO CONDITIONS OF LESSER SECURITY, PERHAPS EVEN AN OPEN PRISON" (LORD WINDLESHAM, "PUNISHMENT AND PREVENTION: THE INAPPROPRIATE PRISONERS" [1988] CRIM L. REV. 140, 146).

אין צריך לומר כי הפגיעה בעצירים שיצאו זכאים בדינם היא חמורה ביותר, ואולם גם המורשעים נפגעים. שיקול הדעת של בית המשפט בקביעת העונש הראוי להם נפגע, שכן, משנעצר נאשם לאחר הגשת כתב האישום, מטיל עליו בית המשפט ברוב המקרים עונש מאסר, אף שיתכן כי היה נמנע מלהטיל עונש זה לו הנאשם לא היה עצור. ואכן, מחקרים הוכיחו כי נאשמים שנעצרו עד תום הליכי המשפט נענשו ביתר חומרה מנאשמים באותן עבירות ובנסיבות דומות, שהתמזל מזלם ושוחררו בערובה.

ראו: ק' מן, "היקף מעצר עד תום הליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 517, 546-544, B. GIBSON, BAIL (WINCHESTER, 1993) 71 P. CAVADINO.

4. בעוד שהפגיעה בזכות היסוד של נאשם שנעצר הינה, כאמור, ודאית, הרי שכלל אין זה בטוח כי ריבוי מעצרים מגן במידה משמעותית - אם בכלל - על שלום הציבור. עמדתה של פרקליטת המדינה, כי הפחתה משמעותית של מעצרים לאחר אישום תפגע בשלום הציבור, מבוססת על סברה בלבד, שנכונותה אינה מובנת מאליה. שיעור הנאשמים ששוחררו בערובה לאחר אישום אשר המשיכו בפעילות פלילית בתקופת משפטם ניתן לבדיקה. בהיעדר בדיקה כזו אין לקבל סברה כללית זו של פרקליטת המדינה ולהשתית עליה מדיניות שיפוטית של הגברת הפגיעה בזכויות יסוד של האדם.

בעניין זה ראוי לציין כי במקרה שלפנינו יודעים אנו היום כי המשיב לא המשיך בפעילות פלילית לאחר ששוחרר ממעצרו על-פי החלטת בית-משפט זה, ולא עוד אלא שנידון לעונש מאסר שחפף את התקופה שבה הספיק להיות עצור טרם שחרורו. כלומר, קביעת הרוב כי נסיבות העבירה והעברייני אינן מעלות חשש ממשי כי המשיב ימשיך בפעילותו הפלילית נמצאה נכונה, ואילו המשך מעצרו, כדעתו של שופט המיעוט, היה גורם לו עוול קשה של מעצר שווא שהיה עשוי להתמשך למצער חמישה שבועות.

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

על-כן, אין די במתן תשובה שלילית לשאלה אם עבירת רכוש שהפכה למכת מדינה היא עילה למעצר נאשם שהואשם בה. שכן, גם אם ייפסק כי מעצר עד תום הליכי המשפט על-פי סעיף 21א(א)(1) לחוק (כפי שהוסף בתיקון התשיעי) מותר רק בהתקיים יסוד סביר

לחשש כי הנאשם המסוים יסכן את שלום הציבור אם ישוחרר ממעצרו, ואף אם תידחה ההשקפה כי עבירה המהווה מכת המדינה מקימה חזקה כי הנאשם יסכן את שלום הציבור כאמור - יהיה פירוש זה חסר משמעות אם לא תידרש - כעניין של מדיניות מעשית, ולא רטוריקה בלבד - הוכחה של ממש למסוכנותו האינדיווידואלית של הנאשם.

6. והנה, על סמך פסיקת רוב שופטי בית-משפט זה, שבעקבותיה הלכו הערכאות הראשונות, שיעור הנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים הלך וגדל, ומגמה זו לא השתנתה מהותית גם לאחר שהממשלה והכנסת התערבו, והתקבל התיקון התשיעי. אכן, עילת המעצר בתיקון התשיעי שהושתתה על חומרת העבירה הוגבלה לעבירות חמורות שעניינן פגיעה בגוף האדם, ואילו לגבי שאר העבירות נקבע בתיקון כי עילת המעצר היא קיום יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את שלום הציבור. דא עקא, שלדרישה לקיום יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את שלום הציבור ניתנה על-ידי בתי המשפט פרשנות מרחיבה מאוד.

נפסק, כי עבירות מסוימות, אם בשל היותן מכת מדינה ואם משום הסכנה הטמונה בהן לשלום הציבור (כגון נהיגה ללא רישיון, זיוף רישיון נהיגה וגניבת רכב), שאינן בגדר העבירות המפורטות בתיקון התשיעי כמקומות יסוד למעצר בשל חומרתן, עשויות להצדיק מעצר, בהקימן חזקה שהנאשם מסכן את שלום הציבור. בעבירות אלו נקודת המוצא של הפסיקה הייתה כי קם החשש שהנאשם ימשיך במעשיו הרעים. ראו: [בש"פ 610/88 פדילה נ' מדינת ישראל \[24\]](#), בעמ' 691; [בש"פ 6253/91 \[25\]](#); [בש"פ 4418/94 \[26\]](#).

זאת ועוד: עילת המעצר על-פי סעיף 21א(א)(2), המבוססת על חומרת העבירות המפורטות בו, פורשה כעילה "הרתעתית", שסודה לא בסיכון הצפוי מן הנאשם, אלא בחשש כי שחרורו יפגע באמון הציבור בהליך הפלילי ויעודד עבריינות. ראו:

[בש"פ 2611/91 \[4\]](#); [בש"פ 3717/91 \[8\]](#), בעמ' 813, 814. אך מיעוט מבין שופטי בית-משפט זה, ובראשם השופט אלון, נתנו פירוש מצמצם לעילת המעצר בשל חומרת העבירה, ופסקו כי חומרת העבירה רק מקימה חזקת "מסוכנות", ומעבירה על שכמ הנאשם את הנטל להראות כי לא יסכן את שלום הציבור אם ישוחרר ממעצרו. ראו: דברי השופט אלון [בבש"פ 341/89 \[5\]](#); דברי השופט נתניהו [בבש"פ 4510/91 \[9\]](#), בעמ' 580.

7. הנה כי כן, התיקון התשיעי לא שינה מהותית את המדיניות השיפוטית שקדמה לו, ותוצאתו המעשית הייתה הוצאה מכלל הנעצרים לאחר אישום את עברייני הצווארון הלבן. עמד על כך הנשיא שמגר בפסק-דינו בדיון נוסף זה (בסעיף 5):

"...רשימת העבירות שבסעיף 21א(א)(2) מבטאת, בין היתר, את ה'ה' ואת ה'לאו'. משתמעת ממנה גם המגמה של המחוקק לשלול על-ידי התיקון התשיעי לחוק הנ"ל את מעצרו של נאשמים המואשמים בעבירות כלכליות ובעבירות רכוש ומרמה חמורות, שנעצרו בעבר בשל 'חומרת העבירה' בלבד (ראה [ב"ש 270/76 ידלון נ' מדינת ישראל \[17\]](#), בעמ' 672), אלא אם כן קיימות הנסיבות הייחודיות שסעיף 21א(א)(1) מונה אותן. בכך ביטא המחוקק את הסתייגותו מן הכללים שאומצו לפני התיקון התשיעי בבית-משפט זה ואשר הייתי שותף לה".

והנה, גם הפעם התערבה הממשלה במגמה לצמצם את הפגיעה בזכויות הנאשמים. בהצעת חוק שגובשה לאור זכותו החוקתית של הנאשם לחירות הצע איזון חדש בין ההגנה על שלום הציבור לבין זכות אדם לחירות השונה מן האיזון שבו דגלו רוב שופטי בית-משפט זה. הצעת הממשלה היא לבטל את עילת המעצר בשל חומרת העבירה כשלעצמה, ובשורה של עבירות חמורות לקבוע שאישום בהן מקים חזקה - הניתנת להפרכה - כי שחרור הנאשם יסכן את שלום הציבור. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור), תשנ"ה-1995, סעיף 19(א)(1)(ב). בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר:

"נקבע הסדר חדש למעצר בעילה של חומרת העבירה. אומצה גישתו של כבוד השופט אלון במחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון כמפורט לעיל והשיקול של הבטחת אימון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי בדרך של מניעת העברייני להסתובב חופשי בשוק, משום "מה יאמרו הבריות", לא יהיה עוד עילת מעצר. במעצר בעניין עבירות חמורות, המפורטות בסעיף, מועבר נטל ההוכחה לנאשם, להראות שאין צפוי ממנו סיכון אם ישוחרר" (שם, בעמ' 312).

8. נוצר אפוא היפוך במקבילית הכוחות בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מחד גיסא לבין הרשות השופטת מאידך גיסא. בעוד שמתבע הדברים הרשות המחוקקת, ולא כל שכן הרשות המבצעת, נוטות לתת משקל מכריע לאינטרס הציבורי הכללי (לרות זכויותיהם של הקורבנות הפוטנציאליים), הרי שהרשות השופטת, הדנה באדם האינדיווידואלי, מקפידה על שמירת זכויות היסוד שלו, כמובן תוך איזון ראוי עם אינטרס הכלל. והנה, בענייננו, נטו בתי המשפט להעדיף באופן בולט מה שנראה כעניין הציבורי הכללי תוך המעטת משקלן של זכויות היסוד של הפרט, והיה על הממשלה, ובעקבותיה הכנסת, להתערב בפסיקה פעם אחר פעם כדי למנוע פגיעת יתר בזכויות הנאשם.

9. לשיטתי, מדיניות שיפוטית ראויה מחייבת להורות על מעצר רק כאשר אין מוצא אחר. בעניין זה, לדידי, אין נפקא מינה

אם הנאשם משוחרר משום שנקבעה לו חלופת מעצר, או שהוא משוחרר בערובה בהיעדר עילת מעצר (שחרור העשוי להיות, כפי שנעשה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, שחרור בתנאים, כדי להבטיח את התייצבות הנאשם - המתגורר בשטחים - למשפט). זו הייתה המדיניות השיפוטית הראויה אף בהיעדר חוק היסוד. לא כל שכן, בית המשפט מחויב להפעיל מדיניות כזאת משנתקבל חוק היסוד.

דעתי היא אפוא כי יש לקיים את פסיקתו של בית-משפט זה בפסק הדין המקורי.

הנשיא א' ברק: 1. מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, השופט מצא. כמוהו אף אני סבור - כפי שכתבתי בפסק הדין נושא דיון נוסף זה - כי "מכת מדינה אינה עילת מעצר; כמוהו אף אני סבור כי הנטל מוטל על המדינה - בגדריו של סעיף 21א(א)(1) לחוק - לשכנע את בית המשפט כי קיים יסוד סביר לחשש כי אם הנאשם ישוחרר, הוא

= 649 =

יסכן את שלום הציבור וביטחונו, וכי המדינה אינה מרימה נטל זה על-ידי כך שהיא מצביעה על כך שהנאשם ביצע עבירה שהיא "מכת מדינה". על המדינה לשכנע את בית המשפט, כי קיים יסוד סביר לחשש כי הנאשם הספציפי - הוא ולא אחר - יוצר סיכון לביצוע עתידו על-ידי של עבירות שבהן הוא הואשם והמסכנות את שלום הציבור וביטחונו. "השאלה אם קיימת עילה למעצר לפי סעיף-קטן (א)(1)" - כותב חברי, השופט מצא - "לעולם תיבחן לעניין הנאשם המסוים: כלום החשש, שבעטיו מבוקש לעוצרו, אכן מתקיים לגביו?". זו אף גישתי. מהותה של העבירה כמכת מדינה אינה יוצרת, כשלעצמה, חזקת סיכון, שיש בה כדי להעביר הנטל על שכם הנאשם. מטעם זה, מצטרף אני לעמדתו - היא גם עמדתן של השופטות שטרסברג-כהן ודורנר - כי בדין החלטתנו, בפסק הדין נושא דיון נוסף זה, להורות על שחרורו של הנאשם.

על מדיניות המעצרים

2. חברי, הנשיא שמגר והשופט מצא, מתחו ביקורת על דבריי בפסק הדין נושא דיון נוסף זה כי יש לעצור נאשם עד תום ההליכים "רק במקרים חריגים ומיוחדים".\*  
איני חוזר בי מדבריהם אלה, ומבקש אני להסבירם ולחזקם. במדינה דמוקרטית, אשר הציבה בראש חוקתה את הצו כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." (סעיף 1 לחוק היסוד). מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג. כך לגבי כל מקרה של שלילת חירות וחופש ללא משפט והרשעה. על-כן, מעצר לצורכי חקירה צריך להתקיים רק במקרים חריגים של חקירה. מעצר אינו אמצעי חקירה. מעצר הוא אמצעי למניעת שיבוש חקירה. בדומה, מעצר עד תום ההליכים צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים.  
מעצר אינו תחליף לעונש ואינו מקדמה על חשבון עונש. הנאשם הוא בחזקת זכאי, וזכותו להלך חופשי. רק במקרים מיוחדים ניתן במדינה דמוקרטית שוחרת חופש להצדיק מעצר עד תום ההליכים. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה הם מעטים, שכן רמת הפשיעה נמוכה. בין שעניין לנו במקרים רבים ובין שעניין לנו במקרים מעטים, עניין לנו במקרים מיוחדים וחריגים. המיוחדות והחריגות שעליהן אני עומד אינן משקפות מספרים; הן משקפות מנטאליות, נקודת מוצא ותפיסה חוקתית. הן אינן משקפות תפיסה כמותית. הן מבטאות תפיסה איכותית. הן מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום לתחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת עלינו. אפילו מוצדק הוא לפגוע בחירות, הפגיעה לעולם אינה צריכה להיות מעבר לנדרש. משוכנעני כי בסופו של דבר, ולאחר הבדיקות הראויות, תבוא גם הקטנה במספר המעצרים עד תום ההליכים. הפראקטיקה בשטח תתאים עצמה לרטוריקה מהספרים.

3. כפי שהראיתי בפסק-דיני נושא דיון נוסף זה, במדינת ישראל עוצרים יותר מאשר

-----  
\* שם, בעמ' 440.

= 650 =

במדינות דמוקרטיות מערביות. קיימת אצלנו מנטאליות, ולפיה קודם כול מבקשים לעצור ואחר כך מבקשים לחקור; מדו"ח מבקר המדינה לשנת 1994 עולה תמונה עגומה ביותר של מדיניות המעצר לצורכי חקירה בישראל. כותבת מבקרת המדינה:

"במסגרת מילוי התפקידים המוטלים על המשטרה הוענקה לה סמכות לעצור אדם לצורך חקירה, ולפי הצורך לבקש את הארכת מעצרו מבית המשפט. סמכות זו, המאפשרת לשלול חירות מאדם, היא אמצעי חשוב במלחמה בפשיעה. עם זאת, הואיל ומדובר בשלילת זכות יסוד המעוגנת אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השימוש בסמכות המעצר צריך להיות זהיר ושקול, ובמינימום האפשרי. שלילת החירות מוצדקת רק כאשר היא מוכתבת מערך חשוב ממנה, כגון שמירה על ביטחונו ושלומו של הציבור או מניעת שיבוש הליכי משפט.

הליקויים שהועלו בבדיקה - מעצרים בלתי חוקיים, בלתי מוצדקים ובלתי מנוצלים - מעידים שפעמים רבות משתמשת המשטרה בסמכות המעצר בלי שהפעילה שיקול דעת מעמיק באשר לחיוניות המעצר. לעתים נראה, לכאורה, שאף פעולה בפזיזות.

הועלה, שלעתים עוצרת המשטרה חשודים גם אם כל פעולות החקירה הסתיימו. במקרים אלה אין הצדקה למעצר, כיוון שלא מתקיימת בו אפילו אחת מן העילות המצדיקות אותו. במעצרים רבים אין עושים את פעולות החקירה שלשמן נועד המעצר, או שפעולות החקירה נמשכות פרק זמן בלתי סביר. במקרים אלה, גם אם המעצר נעשה בסמכות והיתה לו הצדקה, הרי שבדיעבד שלילת החירות היתה לשווא. יש לראות בחומרה יתרה מקרים שבהם ביקשה המשטרה מבית המשפט, ואף קיבלה, הארכת מעצר לצורך פעולות חקירה מסוימות, ולאחר מכן לא ביצעה אותן.

היקף הליקויים וחומרתם מחייבים פעולה נמרצת ויסודית לשינוי המצב הקיים. השינוי צריך שיתבטא לא רק בשינוי ההוראות, הקפדה על ביצוען והעמקת הפיקוח והבקרה, אלא בעיקר בשינוי דפוסי התנהגות ונורמות פעולה של שוטרים לעניין השימוש באמצעי המעצר. על המשטרה לעקור מן השורש נורמות פעולה לפיהן שוטרים עוצרים אזרחים בלא סמכות או שעוצרים בסמכות אבל אפשר לקיים את החקירה בהיות החשוד משוחרר. פעולה כזו במישור האכיפה ובמישור החינוכי כאחד, תביא להפסקת הפגיעה בזכותו היסודית של כל אדם לחירות" (דו"ח מבקר המדינה 45 (1995) 392-393).

כך לגבי מעצר לצרכי חקירה. התמונה אינה שונה באשר למעצר עד תום ההליכים. קודם כול מבקשים מעצר ורק בלית ברירה מסכימים לחלופת מעצר. ממנטאליות זו היינו צריכים להשתחרר מזמן. עתה ניתנה לנו הזדמנות טובה לכך. אכן, נדרש שינוי בגישה אל האדם ואל חירותו. מתבקש מצב נפשי חדש של השטר והשופט. כל אלה מתבטאים בגישה

= 651 =

כי החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג. אין עוד מדינה דמוקרטית מודרנית שאליה נרצה להשתוות, העוצרת נאשם עד תום ההליכים אך בשל חומרת העבירה בלבד ובלא שנשקפת ממנו כל סכנה. אילו הכנסת הייתה מחוקקת כיום הוראה שכזו, ספק רב בעיניי אם זו הייתה מקיימת את דרישותיה של פסיקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק היסוד.

4. מעמדתי זו לא מתבקש כי אין מקום עוד בישראל למעצר עד תום ההליכים. רחוק אני מכך. מדינה השומרת על זכויות האדם צריכה לעתים לפגוע בזכויות האדם, כדי לקיים זכויות אדם. כאשר נשקפת ממנו כל סכנה, כי אם יתהלך הנאשם חופשי הוא ימשיך לבצע עבירות, מוצדק הוא לעוצרו עד שיוכרע משפטו. אך לשם כך לא מספיק להראות (בגדרי סעיף 21א(1)) שהוא ביצע עבירה מסוכנת. לשם כך צריך להראות שהוא מסוכן. ושוב: במקום שבו מוכחת הסכנה מנאשם, יש לעוצרו; ואם סכנה כזו נשקפת מרבים, יש לעצור רבים. אך אין להפוך את המעצר לשיטה ולדבר מובן מאליו. המעצר צריך תמיד להיתפס כאירוע מיוחד וחריג, שהרי שוללים חירותו של אדם אשר חזקת החפות עומדת לו. מקובלת עליי אפוא עמדתו של חברי, השופט מצא, כי אין להשתמש באמצעי של מעצר "אלא במקרים שבהם הוא נחוץ". לא מקובל עליי כי "במקרים רבים מאוד אין מנוס ממעצר". המצב במדינות אחרות אינו מצביע על מגמה כזו; גם אצלנו, לאחר התיקון התשיעי הייתה ירידה ניכרת במספר המעצרים, ולא הוצגה לפניי כל סטטיסטיקה שבשל כך חלה עלייה בפשיעה אשר המשוחררים ביצעו. לא שוכנעתי - ולא הובאו לפניי כל נתונים - שמעצר היה הכרחי בלמעלה מחמישים אחוזים מהמקרים שבהם הוגש כתב-אישום ב-1983 בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. זהו שיעור כפול מהמקובל בארצות-הברית ובאנגליה. מצב זה הוא חמור במיוחד, לאור אורכה של תקופת המעצר. כפי שצינתי בפסק-דיני נושא עתירה זו, למעלה מעשרים וחמישה אחוזים מהנאשמים עצורים קרוב לשמונה חודשים. מחצית הנאשמים נעצרים לפחות לארבעה חודשים. בארצות-הברית התקופה היא כשישים יום. הוסף על זה את תנאי המעצר הקשים ואת אלה היוצאים זכאים בדינם, והינך מגיע למצב שמחייב הפעלה של מדיניות מעצרים מרוסנת, המופעלת רק במקרים מיוחדים וחריגים שבהם המעצר נחוץ והכרחי. ושוב: אילו הובאו נתונים כי בחברתנו הפשיעה חמורה יותר ממדינות דמוקרטיות נאורות, וכי דבר זה מצדיק את תמונת המעצרים אצלנו, הייתי מסכים כי יש לעצור בישראל יותר מאשר בארצות אלה. גם אז הייתי סבור כי המעצר הוא חריג ומקרה מיוחד. אך נתונים כאלה אינם בנמצא, ואינני סבור כי זהו הדין. ודאי שהיועץ המשפטי לממשלה והממשלה אינם סבורים כך. בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - עיכוב, מעצר ושחרור) ביקשה הממשלה להקל עם נאשם בעבירות אלימות ולקבוע אך חזקה של מסוכנות.

5. חברי, הנשיא שמגר, מציין כי כבוד האדם שאותו יש לקחת בחשבון אינו רק כבודו של הנאשם, אלא גם כבודו של הקורבן. לכך אני מסכים. זכויות האדם שעליהן מגן חוק היסוד הן זכויותיו של כל אדם באשר הוא אדם. על-כן יש להגן על הקורבן ועל הנאשם גם יחד. אלה הם פני יאנוס של זכויות האדם, שעליהם עמדה גב' קרפ, בציניה:

"... המשפט הפלילי כמגן זכויות אדם, מתאפיין בשניות שבו. ראשו ראש יאנוס: שני פנים לו והוא צופה דרכים נוגדות המוליכות אל שער המשמר. מן

= 652 =

הצד האחד עומד המשפט הפלילי מעצם מהותו, באיסוריו ובמגבלות שהוא מטיל, בסתירה לעקרונות החירות. שהרי כל איסור שלו פוגע בחופש לפעול ומגביל את האוטונומיה של הרצון האישי, וכל עיצום האמור בו פוגע בזכויות היסוד של העברייני, בין בחירותו, בין בגופו, בין ברכושו ובין בשמו הטוב. מן הצד השני - מגלם המשפט הפלילי את בשורת מימושן של זכויות האדם, בכך שהוא מתווה הן את קו הגבול, שמעבר לו מובטח האדם בחירותו מפני חשש לתגובה חברתית ולעיצומים בעקבותיה, והן את השדה שבו נחלצת החברה לעזור לפרט לממש את זכויות האדם שלו ולנהוג חירות בשלו כנגד חירותו של זולתו לנהוג כרצונו. ואולי באמת עניי לנו בארבעה הפנים שלראשו של יאנוס, הפונים אל ארבע רוחות: שניים הצופים אל המתח הנמשך מן החוק הפלילי, הפוגע בזכויות אדם, אל החוק הפלילי המגן עליהן, ושניים הצופים אל המתח הנמשך מן החוק הפלילי 'למאגנה כארטה' של הנאשם אל החוק הפלילי כמגן זכויות האדם של הקרבן. ושער המשמר הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (י' קרפ, "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-נ"ו) 76).

שניות זו מביאה לעתים להתנגשות בין כבוד הקורבן לכבוד הנאשם. התנגשות זו מחייבת איזון ראוי. איזון כזה מצוי במשפט הפלילי המהותי והדיוני, כפי שהוא מתפרש מעת לעת על-ידי בתי המשפט (ראה ד' בין, "השינויים בנקודת האיזון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינסוס לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב (תשנ"ה-נ"ו) 281). התנגשות כזו אינה קיימת כלל ועיקר בסוגיית המעצר עד תום ההליכים, מקום שלא נשקפת כלל סכנה מהנאשם לקורבן אם ישוחרר. מדוע דורש כבודו של הקורבן לעצור נאשם שפגע בו אם לא נשקפת כלל סכנה מהנאשם אם יתהלך חופשי? כותב חברי, הנשיא לשעבר שמגר:

"קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים הגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם".

אכן, כל אדם תמים דרך זכאי להגנה על כבודו ועל חירותו מפני פחד, אימה ופגיעה. אך במדינה דמוקרטית שוחרת חופש מותר וצריך לעצור אדם אשר הוגש נגדו כתב-אישום בגין פגיעה באזרח תמים דרך, רק אם קיים יסוד סביר לכך שנשקפת ממנו סכנה לזולתו. ממשיך חברי וכותב:

"זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר".

דברים אלה נכונים הם ויפים רק אם נשקפת סכנה מאותו נאשם, כי אם יהיה חופשי יחזור לסורו. דברים אלה אינם נכונים אם סכנה כזו אינה נשקפת מהנאשם.

על השפעתו הפרשנית של חוק היסוד על החקיקה הישנה

6. דומה שרוב השופטים של הרכב זה סבורים - מי כמרכז פסיקתו ומי באימרת אגב

= 653 =

- כי "חוק ישן" יש לפרש ברוח הוראות שבחוק היסוד. דברים מפורשים בעניין זה נאמרו (בסעיף 10) לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הדבר מתחייב כמסקנה פרשנית בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם בלא הוראה מפורשת. הטיב להביע זאת פרופ' אנגלרד, בציינו:

"...שינוי מהותי ביותר במישור הפרשני נתחולל על-ידי חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם מצויה בחוק-יסוד הוראה השומרת על הדין הקיים (סעיף 10 לחוק-היסוד), הרי עצם מציאתן של זכויות-יסוד חוקתיות בעלות תוקף על-חוקי מטילה על הפרשן את התפקיד להשקיף על הדין הקיים מתוך אספקלריה שונה. עליו להשתדל לתת מהלכים לזכויות-היסוד באמצעות הדין הקיים. בהקשר שלנו משמעות הדבר היא, כי יש לפרש את הוראות חוק הכשרות המשפטית מתוך מאמץ להגשים את תכליתו של חוק-היסוד, שהיא הגנה על כבוד האדם וחירותו, גם אם יש בכך משום סטייה מסוימת מכוונתו המקורית של חוק הכשרות המשפטית" (י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפורופסות, תשכ"ב-1962" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, מהדורה 2, תשנ"ה) 14).

ואם כך לעניין דיני הכשרות המשפטית של המשפט הפרטי, על אחת כמה וכמה כך לעניין סדר הדין הפלילי, הנוגע ישירות לחירות האדם.

7. לפני שלושה ימים החלטנו כי חוק היסוד הוא חוק חוקתי על-חוקי; כי הוא מהווה נורמה עליונה במדרג הנורמטיבי של מדינת ישראל וכי הוא חלק מחוקתה של מדינת ישראל (ראה ע"א 6821/93, רע"א 1968/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח' [27]). מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין

הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על-כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני הביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד.

= 654 =

8. גישה זו אינה חדשה עמנו. תמיד גרסנו כי המפרש חוק אחד מפרש את החוקים כולם; כי כל דבר חקיקה - אפילו אינו ברמה חוקתית - משפיע על פרשנותם של דברי החקיקה האחרים. בוודאי כך, כאשר דבר החקיקה החדש הוא ברמה חוקתית על-חוקית. זאת ועוד: תמיד גרסנו, כי שינויים חברתיים ומשפטיים משפיעים על מובנם של חוקים שנתקבלו בעבר. על-כן פסקנו כי את החקיקה המנדטורית יש לפרש עתה בשונה מהפירוש שניתן לה בתקופה המנדטורית; ובאופן דומה, כי את החקיקה שלפני המהפיכה החוקתית יש לפרש לאור המהפיכה החוקתית.

9. מהי האנטומיה של השפעת חוקי היסוד על פירוש הדין הישן? ודאי שחוקי היסוד אינם משנים את לשונו של החוק הישן. הלשון על מכוונה עומדת. הטקסט אינו משתנה. השינוי האפשרי הוא אך בהבנתו אותו. גם התכלית הסובייקטיבית אינה משתנה. היא פרי נתון פסיכולוגי-היסטורי באשר לכוונתם של יוצרי הטקסט. כוונה זו היא "עובדה" שאינה משתנה. יוער כבר כאן, כי חלוף הזמן, ושינוי המציאות החברתית, מביאים מטבע הדברים לכך כי אנו מבינים כיום את מה שהתרחש בעבר בשונה ממה שהיינו מבינים אותו בעבר. כלום יכולים אנו להבין את כוונתם של מחברי מגילת העצמאות באותו אופן שהם הבינו אותה? יהא עניין זה כאשר יהא, המקום הגיאומטרי לשינוי בהבנת הדין הישן הוא בתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה.

תכלית זו משקפת את המטרות, הערכים והאינטרסים שאותם מבקש דבר החקיקה להגשים. זהו נתון אובייקטיבי, המשקף את תפיסות היסוד וערכי היסוד של החברה בזמן מתן הפירוש. בגדרה של תכלית אובייקטיבית זו נדרש לא פעם לאזן בין ערכי יסוד המתנגשים. נקודת האיזון משתנה עם שינוי במשקלם של הערכים והאינטרסים המתנגשים. כך, למשל, האיזון בין חופש הביטוי לשלום הציבור, לעניין פירוש הדיבור "עלול להיפגע" בפקודת העיתונות לפני הקמת המדינה ולאחריה, הוא שונה (ראה בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים [28]). וכאן פועל חוק היסוד את פעולתו הפרשנית. מכוחו עשוי להינתן משקל שונה ממה שניתן בעבר לערכים ולאנטרסים הקובעים בו. כתוצאה מכך עשויה להשתנות נקודת האיזון בין אינטרסים וערכים הקובעים את תכלית האובייקטיבית של החוק. בעקבות זאת משתנה התכלית האובייקטיבית עצמה. בשל כך משתנה התכלית הסופית (פרי האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית) של דבר החקיקה. כך מתייצב לפנינו דבר החקיקה הישן במובנו החדש. דבר החקיקה לא שנה, אך מובנו שונה. נשמר תוקפו של הדין הישן, אך שונה היקף פריסתו.

10. גישה עקרונית זו תופסת במלוא העוצמה לעניין הדין הפילי. דין זה קשור מטבע הדברים בקשר אמיץ עם זכויות האדם. הוא מגן על זכותו של כל אדם לכבוד, לשלמות הגוף והרכוש. הוא עוסק בזכותו של הנאשם. נדרש בגדריו לא פעם איזון עדין בין אינטרס הפרט לאינטרס הכללי; בין זכות הקורבן לבין זכות כנאשם. איזון זה נעשה על-פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים השונים. על משקל זה משפיע חוק היסוד. הוא מגביר את משקלו של הערך בדבר זכות הפרט, בין שזהו הקורבן ובין שזהו הנאשם. כתוצאה מכך עשוי להתבקש שינוי בפרשנותם של דברי חקיקה פליליים ישנים (ראה: קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 115; M. KREMNITZER, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND CRIMINAL LAW 27 ISR. L. REV. (1993) 84).

= 655 =

11. ברבים מהמקרים, הערכים שצריך היה לקחתם בחשבון בעבר ושיש לקחתם בחשבון עתה הם אותם ערכים עצמם. לעתים קרובות ניתן היה לתת להם גם בעבר אותו משקל שמתבקש לתת להם עתה. במצב דברים זה, אין כל מקום לשינוי פרשני אם המשקל שניתן להם, הלכה למעשה בעבר, הוא גם המשקל המתבקש עתה. במקרים אלה, לא יחול כל שינוי פרשני בעקבות חוק היסוד. אך לעתים ניתן לערכים המתנגשים בעבר משקל יחסי השונה מזה המתבקש עתה, למרות שניתן היה כבר אז ליתן את המשקל היחסי המתבקש כיום. במצבים אלה מתבקש השופט-הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר ולבחון עצמו מחדש. ביסוד בחינה מחודשת זו עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחודשת זו צריכה להיעשות מזווית הראייה החדשה, פרי ההפנמה של חוקי היסוד, וההכרה בשינוי העמוק שהם הביאו למשפט ולחברה בישראל. אכן, חוקה אינה רק משפט. היא חברה, היא היסטוריה, והיא מבט מחודש על החיים ועל המשפט.

כאמור, מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, השופט מצא.



אשר על-כן הוחלט כדלקמן:

1. הוחלט פה אחד:

"מכת מדינה", כשהיא לעצמה, איננה מעמידה עילת מעצר לפי סעיף 21א(א)(1) [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#). אולם יכולה היא להוות שיקול בין שיקולים לעניין העמדתה של עילת מעצר.

2. הוחלט ברוב דעות:

א. נגד העורר קמה עילת מעצר לפי סעיף 21א(א)(1) [לחוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\]](#).

ב. בנסיבות העניין, היה מקום לשחרר את העורר בתנאים שבהם שוחרר על-ידי בית משפט זה בערר. לדעת הנשיא לשעבר שמגר לא היה מקום לחלופת מעצר. לדעת השופט גולדברג נושא חלופת המעצר לא עמד כלל לדין בדיון הנוסף. לדעת השופט חשין לא היה מקום להחליט בשאלת חלופת המעצר, הואיל ושאלה זו לא עמדה כלל לדין לא בערר ולא בדיון הנוסף.

ג. [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) נודעת לו השפעה על פרשנותם של דיני המעצר הקיימים, ובכלל זה על פרשנות יסודותיה של עילת המעצר הנדונה. לדעת השופט חשין יש לפרש חקיקה קודמת [לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) בהשראת חוק היסוד.

ניתן היום, י"ט בחשוון תשנ"ו (12.11.95).