

עמ"ת 62556/01/14 - עדנאן אל סאנע נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע
עמ"ת 62556-01-14 אל סאנע (עציר) נ' מדינת ישראל

בפני העורר	כב' השופט מרדכי לוי
נגד המשיבה	עדנאן אל סאנע ע"י עו"ד אורי דייגי ועו"ד עמית דויטשר מטעם הסנגוריה הציבורית
	מדינת ישראל ע"י עו"ד דקלה סרן

החלטה

כללי

1. לפניי ערר על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט י' עטר) מיום 2/1/14, שבה נדחתה בקשה לעיון חוזר בהחלטת בית משפט השלום (כב' השופט ד' בן טולילה) מיום 9/9/13, שעל פיה נעצר העורר עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו.
2. לעורר מיוחסות בכתב האישום עבירות של התפרצות למקום מגורים, גניבה, הפרת הוראה חוקית וגניבת רכב.
3. בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה לבית המשפט קמא בקשה להאריך את מעצרו של העורר עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. הדיון בבקשה התקיים לפני כב' השופט בן טולילה, ובמהלכו חלק ב"כ העורר על קיומן של ראיות לכאורה. השופט בן טולילה קבע כי קיימות ראיות לכאורה ונימק את החלטתו בעניין זה, בין היתר, כדלהלן:

"מצאתי קיומן של ראיות לכאורה למיוחס למשיב. אין מחלוקת כי הראיות הקיימות בתיק הינן ראיות נסיבתיות הכוללות את מעתקי טביעות הנעל ואת הימצאות הרכב הגנוב, זמן קצר לאחר ההתפרצות, בסמוך לביתו של המשיב.

...הלכה פסוקה היא כי תשתית ראייתית לכאורית, אף שהיא מורכבת ממסכת של ראיות נסיבתיות, עשויה להוות תשתית מספקת לצורך מעצר עד תום ההליכים מקום שיש בה כדי לבסס סיכוי סביר להרשעת הנאשם בעבירות המיוחסות לו ...'

בעניינינו, ראיה ראשונה היא כבדת משקל, עניינה טביעות הנ"ל שנמצאו בתוך

הבית אליו התפרצו וממנו נלקחו המפתחות. ביחס לראיות אלו, הרי קביעתו של המומחה מטעם מז"פ הינה כי ישנה סבירות גבוהה מאוד שזוג הנעליים הנ"ל, אשר מיוחס לחשוד ... הותיר את העקבות הנ"ל. המדובר בדרגת מתאם גבוהה חמישית מבין שש אפשרויות ...

למעלה מן הצורך אציין, כי בשעה שמדובר בעקבות שאותרו בזירה, הן מנעל ימין והן מנעל שמאל, ובשעה שביחס לכל אחת מן הנעליים נמצאה התאמה, ברי כי ישנו 'אפקט מצטבר' להימצאותן של העקבות באותה זירה.

...

לו היה מדובר אך ורק בטביעות הנ"ל, או אז ניתן היה לדבר על חולשה ראייתית, וזאת בהינתן כך שעל דרך הכלל בתי משפט, לצורך הרשעה, אינם מסתפקים אך בטביעות נעל, אלא נדרשות ראיות לחיזוק.

בענייננו, מתווספת ראייה נסיבתית כבדת משקל, וזאת כאשר הרכב הגנוב נמצא בסמיכות לבית מגוריו של המשיב, פרק זמן קצר לאחר שהבית נפרץ. ...

הימצאות רכב גנוב, מס' שעות בסמוך לביתו של מי שעושה שימוש בנעליים שהותירו עקבות ברמת הסתברות גבוהה בבית שאליו התפרצו, די בו כדי להקים קיומן של ראיות לכאורה.

זאת ועוד, המשיב שותק בחקירתו ... שתיקה זו פועלת בשני מישורים. האחת, אין בה כדי להפריך או 'להלבין' את הימצאות טביעות נעליו של המשיב בבית אליו התפרצו, ומכאן משקלה של הראייה הנסיבתית נותר במלואו. מישור שני פועל באופן רחב יותר, במסגרת דיני הראיות, בשעה ששתיקת נאשם יש בה כדי לחזק את ראיות התביעה.

לאור האמור לעיל, הנני לקבוע קיומן של ראיות לכאורה".

[ההדגשות בקו הוספו ואינן במקור]

4. בעקבות פסק הדין שניתן בע"פ 1620/10 **מצגורה נ' מדינת ישראל** (3/12/13) (להלן: "**עניין מצגורה**") הגישו באי כוח העורר לבית המשפט קמא בקשה לעיון חוזר.

הדיון בבקשה לעיון חוזר התקיים לפני השופט עטר. בהחלטתו של השופט עטר, מושא הערר, ציין בית משפט קמא, בין השאר, כי:

"הלכה היא כי מקום שמתבקש עיון חוזר ביחס לקביעה בדבר קיומן של ראיות לכאורה, יש להצביע על 'מהפך דרמטי של ממש' בראיות.

במקרה דנן, אין המדובר במצב בו חל שינוי עובדתי כלשהו המכרסם בעוצמת הראיות, ועונה לאותה הגדרה של '**מהפך דרמטי**', אלא שבית המשפט העליון נדרש לטיבה של ראיה זהה לאחת מהראיות הנסיבתיות שעמדו בבסיס קביעתו של כב' השופט דניאל בן טולילה, כי קיימות ראיות לכאורה. בית המשפט העליון,

לא שינה את מעמדה של ראייה המבוססת על טביעת נעליים בכל הקשור לקבילותה, אלא, הציב מבחנים הנוגעים לבחינת משקלה, על בסיס נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

בשלב זה של בקשה למעצר עד לסיום ההליכים ובחינת ראיות לכאורה, הלכה היא כי בית המשפט אינו אמור להידרש לשאלה של מהימנות ומשקל.

סבורני כי בשים לב לעובדה שכב' השופט דניאל בן טולילה ביסס את החלטתו על מארג של ראיות נסיבתיות, תוך שהדגיש, ממילא כי לו מדובר היה בראיה דן כראיה יחידה, לא היה מגיע לאותה מסקנה בדבר קיומן של ראיות לכאורה ובעוצמה הנדרשת למעצר עד לסיום ההליכים; ובשים לב לכך שמקרה דן ישנו אותו צירוף של טביעות של שתי נעליים שונות, אשר שתיהן שייכות למבקש; ובשים לב לכך שגם לאחר יישום המבחנים שנקבעו בהלכת מצגורה עדיין יידרש בית המשפט הדן בתיק העיקרי לשאלת משקלן של הראיות המבוססות על טביעות הנעליים ... הרי שלא חל אותו 'מהפך דרמטי' בראיות שיש בו בכדי להצדיק **עיון מחדש בקביעתו של כב' השופט דניאל בן טולילה בדבר קיומן של ראיות לכאורה** כנגד המבקש.

סוף דבר - הבקשה נדחית"

[ההדגשות הוספו ואינן במקור]

עיקרי טענות הצדדים

5. בהודעת הערר המפורטת והמנומקת כדבעי טענו ב"כ העורר, בין היתר, כי דחיית הבקשה לעיון חוזר המבוססת על הנימוק שלפיו לא חל מהפך דרמטי של ממש בראיות, נעשתה מבלי שבית משפט קמא בחן תחילה האם כלל קמה עילה מבין העילות המנויות בסעיף 52(א) לחוק המעצרים לקיום עיון חוזר (אם נתגלו עובדות חדשות, השתנו נסיבות או חלף זמן ניכר מעת מתן ההחלטה). נימוקו האמור של בית משפט קמא רלוונטי אך לשלב השני בבחינת בקשה לעיון חוזר, שבו בוחנים האם יש מקום לתת לעורר את הסעד המבוקש במסגרת הבקשה לעיון חוזר (בשל משמעות העובדות החדשות או עוצמת שינוי הנסיבות).

עוד טענו באי כוח העורר כי המבחנים שאליהם התייחס בית משפט קמא, בדבר הצורך להראות כי חל מהפך דרמטי של ממש בראיות, אינם רלוונטיים לתיק זה. במקרה דן אין המדובר בראיות חדשות שנוספו לראיות הקיימות אלא מדובר במשמעות שיש לייחס לראיות הקיימות משניתנה הלכה מקיפה של בית המשפט העליון לגבי משקלן המשפטי של אותן ראיות. לטענת באי כוח העורר, פסק הדין בעניין **מצגורה**, המנתח ומבקר את ראיית טביעת הנעל, ואשר שינה באופן משמעותי את מעמדה של ראיית טביעת הנעל במשפט הישראלי, מהווה בהחלט שינוי נסיבות.

באי כוח העורר הדגישו כי בשל הזהות הכמעט מוחלטת בין מאפייניה של ראיית טביעות הנעליים במקרה דן לבין מאפייניה של ראיית טביעת הנעל בעניין **מצגורה**, ברור שהחלת המבחנים שנקבעו בעניין **מצגורה** תוביל למסקנה כי משקלה של ראיית טביעות הנעליים במקרה דנא הינו אפסי, כפי שהיה בעניין **מצגורה**. כמו כן, לטענת באי כוח העורר, אין בכוחן של הראיות הנסיבתיות הנוספות הקיימות, לכאורה, נגד העורר, כדי להוביל למסקנה לכאורית ברורה בדבר סיכויי ההרשעה, כי אם ההיפך הוא הנכון.

על כן, ביקשו באי כוח העורר לקבל את הערר, לקבוע כי אין ראיות לכאורה נגד העורר ולהורות על שחרורו ממעצר.

6. במהלך הדיון בערר הוסיפו באי כוח העורר, כי "ראוי לדבוק במבחן הרבה יותר מקל מזה של מהפך דרמטי בתשתית הראייתית הלכאורית. באיזון בין האינטרסים, הנזק שייגרם מזה שבית המשפט דן עוד פעם לבין הנזק שייגרם לעורר, נוטה לטובת העורר, לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחזקת החפות". כמו כן, ביקשו באי כוח העורר, לחלופין, כי אם בית המשפט יקבל את הערר באופן חלקי ויורה לבית משפט קמא לערוך עיון חוזר בהחלטה על מעצרו של העורר עד תום ההליכים, כי ההחלטה תינתן בהקדם האפשרי, בשים לב לכך שמשפטו של העורר בבית משפט קמא קבוע לשלב הבאת הראיות ליום 10/2/14.

7. מנגד, ב"כ המשיבה ביקשה לדחות את הערר, מהנימוקים המפורטים בהחלטה מושא הערר. באת כוח המשיבה טענה, בין השאר, כי אין לעניין **מצנורה** כל נפקות על המקרה דנא. לדעת ב"כ המשיבה, לא חל כל שינוי ראייתי בעניינו של העורר, ובוודאי לא חל מהפך דרמטי בתשתית הראייתית הלכאורית, כנדרש על פי הפסיקה.

דיון והכרעה

8. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, הגעתי לכלל דעה כי יש לקבל את הערר באופן חלקי, והכל כפי שיובהר להלן. אקדים ואציין כי משהערכאה הדיונית לא בחנה בהחלטה מושא הערר את התשתית הראייתית הלכאורית בעקבות הבקשה לעיון חוזר, אין מקום כי ערכאת הערעור תעשה כן כערכאה ראשונה - גם כדי לאפשר ביקורת של ערכאת הערעור על ההחלטה שתתקבל על ידי הערכאה הדיונית בעקבות קבלת הערר באופן חלקי. **אתמקד, אפוא, בהחלטה זו בהיבטים העקרוניים והכלליים הנוגעים לבקשות לעיון חוזר בכלל ובבקשות לעיון חוזר בהחלטות על מעצר עד תום ההליכים שבהן נקבע קיומן של ראיות לכאורה בפרט.**

עיון חוזר - אימתי?

9. על פי סעיף 52(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק המעצרים**"):

"עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בענין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה".

אקדים ואציין, **באורח אנגב**, כי נכון נהג בית משפט קמא (כב' השופט עטר) כאשר קיים דיון בבקשה לעיון חוזר **במעמד** הצדדים, הגם שבסופו של דיון הגיע למסקנה כי אין מקום לערוך עיון חוזר, באשר כאמור, לדעתו, לא חל אותו מהפך ראייתי בראיות שיש בו כדי להצדיק עיון חוזר בהחלטה בדבר קיומן של ראיות לכאורה נגד העורר (על

החובה, ככלל, לקיים דיון בבקשה לעיון חוזר **במעמד הצדדים**, ראו סעיף 57 לחוק המעצרים וכן: בש"פ 7797/99 **כרים נ' מדינת ישראל** (22/11/99); בש"פ 1259/03 **רשק נ' מדינת ישראל** (11/2/03); בש"פ 2586/13 **אלרואי נ' מדינת ישראל** (24/4/13). זאת, למעט במקרים חריגים, שבהם הבקשה לעיון חוזר הוגשה בטרם יבשה הדיו על ההחלטה מושא הבקשה, וברור וגלוי כי לא חל כל שינוי בנסיבות ולא נתגלתה כל עובדה חדשה למן מתן ההחלטה: בש"פ 1026/03 **ראני נ' מדינת ישראל** (9/2/03).

10. בבש"פ 1990/03 **חסון נ' מדינת ישראל** (9/3/03) הובהר שהנטל להצדיק שינוי בהחלטה המקורית מושא הבקשה לעיון חוזר הוא על כתפי מגיש הבקשה לעיון חוזר.

11. כאמור, על פי סעיף 52(א) לחוק המעצרים, עיון חוזר מותנה באחת משלוש חלופות: אם התגלו עובדות חדשות; אם השתנו נסיבות; או אם חלף זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.

מתעוררת אפוא שאלת הפרשנות של שלוש החלופות הנ"ל (על פרשנות החלופה השלישית, של חלוף זמן ניכר, כפונקציה של הנסיבות הקונקרטיות של המקרה, ראו למשל בש"פ 5825/06 **גולדבלט נ' מדינת ישראל** (29/8/06)).

בענייננו רלוונטית בעיקר הפרשנות של שתי החלופות הראשונות של סעיף 52(א) סיפא לחוק המעצרים, דהיינו - גילוי עובדות חדשות או שינוי נסיבות.

אמנם, על פני הדברים, על פי פרשנות מילולית, דווקנית וצרה, ספק אם ניתן לומר כי במקרה דנא נתגלו עובדות חדשות או נשתנו הנסיבות. זאת, שכן למעשה לא התגלתה כל עובדה חדשה או ראייה חדשה, ולא היה כל שינוי בנסיבות של המקרה או בנסיבות של העורר עצמו.

אף על פי כן, כידוע, (גם) הוראת חוק יש לפרש פרשנות תכליתית, בשים לב לתכלית של ההוראה (על הפרשנות התכליתית בפלילים, ראו למשל: אהרון ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, בעמ' 254 (2003); אהרון ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347 (2002); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים!?" **עלי משפט** ג 165 (2002); מרדכי קרמיניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה - על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403 (2002). כמו כן, ראו והשוו אל הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שלפיה "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"; וכן ראו והשוו אל הוראת סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, שלפיה "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחקיקה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק").

לטעמי, על פי פרשנות תכליתית של הוראת סעיף 52(א) לחוק המעצרים, קיימת זכות לעיון חוזר כל אימת שלאחר ההחלטה שביסוד הבקשה לעיון חוזר, חל שינוי משמעותי בנסיבות **המקרה** (ולאו דווקא בנסיבות העבירה או הנאשם), או אם התגלתה עובדה חדשה או ראייה חדשה, או אם התחדש דבר ממשי (ולאו דווקא עובדה חדשה), שהם רלוונטיים, ושסביר להניח שאילו היו ידועים במועד מתן ההחלטה שעמדה ביסוד הבקשה לעיון חוזר (במקרה דנא, ההחלטה בדבר קיום ראיות לכאורה נגד העורר), ההחלטה האמורה הייתה עשויה להיות שונה.

במקרה דנא, אמנם לא התגלתה כל עובדה חדשה או ראייה חדשה ולא חל כל שינוי בנסיבות העבירות המיוחסות לעורר או בנסיבות העורר עצמו; אולם, לאחר מתן ההחלטה בדבר מעצרו של העורר עד תום ההליכים, שבה נקבע קיומן של ראיות לכאורה כנגדו בין היתר על סמך טביעות נעליים, ניתן פסק הדין בעניין **מצגורה**, אשר מתייחס

למשקל של ראיית טביעת נעל, ואשר לאורו אפשר כי לו היה פסק הדין בעניין **מצגורה** עומד לנגד עיניו של בית משפט קמא בעת מתן ההחלטה בדבר מעצרו של העורר עד תום משפטו, לא היה בית משפט קמא מגיע למסקנה כי קיים סיכוי סביר להרשעת העורר, או שבית משפט קמא היה מגיע למסקנה כי אף שקיימות ראיות לכאורה נגד העורר, יש חולשה ממשית בתשתית הראייתית הלכאורית. על ההשלכה של חולשה ממשית בתשתית הראייתית הלכאורית אעמוד להלן, בהמשך הדברים.

אך קודם לכן, אעמוד על המבחן שנקבע בפסיקה לעניין קיומן של ראיות לכאורה, כאחד מהתנאים המצטברים ההכרחיים לצורך מעצר עד תום ההליכים, ולאחר מכן אעמוד על הגישות השונות בדבר המבחן לקיום עיון חוזר בעניין התשתית הראייתית הלכאורית, מקום שכבר נקבע כי קיימות ראיות לכאורה.

אימתי קיימות ראיות לכאורה לעניין מעצר עד תום ההליכים?

12. כידוע, אחד התנאים למעצר עד תום ההליכים הוא קיומן של ראיות לכאורה, לצד קיום עילת מעצר והעדר אפשרות להסתפק בחלופת מעצר שפגיעתה בחירותו של הנאשם היא פחותה (ראו סעיף 21 לחוק המעצרים).

המבחן לעניין קיום ראיות לכאורה הוא מבחן **הסיכוי הסביר להרשעה**, כפי שנקבע (או אושר מחדש) בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133 (להלן: עניין **זאדה**).

בעניין **זאדה** נדחתה על ידי שופטי הרוב דעת היחיד של השופטת ד' דורנר, אשר סברה כי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש מקום לקבוע כי הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים הן ראיות לכאורה מעבר לספק סביר. שופטי הרוב חזרו וקבעו, כי המבחן לקיומן של ראיות לכאורה נותר בעינו, קרי קיום סיכוי סביר להרשעה. הנשיא א' ברק, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית של דעת הרוב, הטעים כי ראיות לכאורה הן ראיות אשר טמון בהן פוטנציאל ראייתי המקים סיכוי סביר להוכחת האשמה. הנשיא ברק הבהיר כי אל לו לשופט להביע, בשלב זה, את עמדתו באשר לאמינות העדים, אם כי עליו לבחון את חומר החקירה כולו, לרבות חומר החקירה התומך בעמדת הנאשם. **הבחינה הראייתית איננה טכנית, כי אם מהותית**. אין די בספק סביר לכאורה כדי לשלול קיומן של ראיות לכאורה. לעומת זאת, אם קיימים "ליקויים בסיסיים" בחומר החקירה, או אם יש בו "ספק מובנה", "פגם גנטי" או "קשיים שהם אינהרנטיים", באופן השולל את קיומו של סיכוי סביר להרשעה, כי אז אין מצויות ראיות לכאורה. עם זאת, הנשיא ברק הבהיר כי הוא לא דן "במספר שאלות שהועלו..." וביניהן סוגיית חלופת המעצר.

על ההלכה שנקבעה בעניין **זאדה** חזר בית המשפט העליון פעמים רבות מאז ועד היום.

המבחן לעיון חוזר בדבר קיום ראיות לכאורה - הגישות השונות

13. בענייננו, קיימות בפסיקה **לפחות שתי גישות שונות** בנוגע למבחן לקיום עיון חוזר בתשתית הראייתית הלכאורית, מקום שנקבע בהחלטה קודמת כי קיימות ראיות לכאורה: **הגישה המקובלת**, מחד גיסא, **וגישת השופט טירקל**, מאידך גיסא; עם זאת, בין שתי הגישות האמורות ניתן למצוא בפסיקה **מעין גישת ביניים**

שלישית, שבה דוגלים השופטת ע' ארבל ואפשר גם שופטים נוספים בבית המשפט העליון; והכל, כפי שיפורט להלן.

14. יחד עם זאת, אקדים ואציין כי לכל הדעות, אין די בכרסום של מה בכך, או בשינוי בלתי משמעותי או בלתי מהותי, בתשתית הראייתית הלכאורית כדי להצדיק עיון חוזר, מקום שכבר נקבע קיומן של ראיות לכאורה.

הגישה המקובלת

15. הגישה המקובלת בפסיקה של בית המשפט העליון לעניין ההכרעה בבקשות לעיון חוזר בהחלטות שבהן נקבע קיומן של ראיות לכאורה, היא כי נדרש "**מהפך דרמטי**" בתשתית הראייתית הלכאורית עד כדי **הפיכת הקערה על פיה** (ראו למשל והשוו: בש"פ 8332/00 **מדינת ישראל נ' שרפוב**, פ"ד נד(5) 241 (2000); בש"פ 2159/03 **חזיזה נ' מדינת ישראל** (25/3/03); בש"פ 1955/05 **פלדמן נ' מדינת ישראל** (4/4/05); בש"פ 9001/03 **איסקוב נ' מדינת ישראל** (16/10/03); בש"פ 770/10 **מדינת ישראל נ' פלוני**, בפסקה 13 (11/3/10); להלן: "**הגישה המקובלת**").

16. למעשה, **שורשיה ההיסטוריים של הגישה המקובלת** נעוצים בהחלטה שניתנה עוד לפני כשני עשורים, בבש"פ 4794/95 **שאבי נ' מדינת ישראל** (6/8/95), דהיינו **לפני חקיקתו של חוק המעצרים**. באותה החלטה ציינה השופטת ט' שטרסברג-כהן כי "על מנת שתקום עילה לשחרור ממעצר במהלך משפט לאחר שנמצא בשלב קודם שקיימות הוכחות לכאורה להרשעת הנאשם, יש להצביע על שינוי דרמטי במערכת ראיות התביעה, ועל כרסום מהותי ומשמעותי בה. צריך להיות בשינוי שחל, כדי להפוך את הקערה על פיה, עד כדי הטיית הכף לזכות הנאשם באופן שהסיכויים לזיכוי עולים על הסיכונים להרשעתו. מהפך זה צריך להסתבר מניה וביה מתוך העדויות..." (בפסקה 6).

17. כזכור, חוק המעצרים נחקק בשנת תשנ"ו-1996 - שנים אחדות לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: "**חוק היסוד**").

בבש"פ 3153/00 **שלומוב נ' מדינת ישראל** (9/5/00) הבהירה השופטת א' פרוקצ'יה כי "חוק המעצרים החדש אשר נחקק על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא לשינוי בהערכת האיזונים הראויים בין זכות הפרט לחירות אישית, לבין עניינו של הציבור בשמירת ביטחונו ובמיצוי הליכי המשפט, תוך שהושם דגש מיוחד על ערך חירות הפרט. לשינוי האמור בנקודת האיזון השלכה על היבטים שונים הכרוכים בהליך המעצר ובכלל זה על היבט חלופת המעצר... כדברי הנשיא ברק בפרשת גנימאת (דנ"פ 2316/95): 'הכלל הוא החירות. המעצר הוא החרגי. המעצר עד תום ההליכים הוא אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון...' (בפסקה 4).

כפי שהוטעם בבש"פ 10203/05 **סיטרין נ' מדינת ישראל** (15/11/05) על ידי השופט א' לוי, חוק המעצרים "שם לו למטרה לכבד ולקיים את זכותו של נאשם להתהלך חופשי כל עוד לא הוכרע דינו, ועל כן שימוש ב'נשק המעצר' ייעשה רק מקום שהדבר הכרחי ולא ניתן להשיג את מטרותיו בדרך אחרת (בש"פ 5070/01 מדינת ישראל נ' הרוש)".

עם זאת, גם בעניין ההשפעה של חוק המעצרים ניתן להיווכח בגישות שונות בקרב השופטים של בית המשפט העליון. כך, למשל, השופט מ' חשין ציין, בהתייחסו לחוק המעצרים, כי "... אני מסכים אף לכך, שבשנים האחרונות ערים בתי המשפט ביתר לזכויותיהם של נאשמים לעניין מעצר עד תום ההליכים. ואולם, אחרי כל אלה אין לי אלא

לחזור על דברים שאמרתי בבש"פ זאדה: 'והגלגל הוא אותו גלגל'. לשון אחר: השיקולים העיקריים המנחים את בתי המשפט הם אותם שיקולים, גם אם בתי המשפט מזוהרים את עצמם ביתר תוקף ..." (בש"פ 3126/97 סניאנה נ' **מדינת ישראל** (27/5/97). ברוח זו הטעים השופט מ' חשין, בבש"פ 445/98 **מדינת ישראל** נ' **הוכברג** (27/1/98), כי "...דומני כי השינוי שנתחולל במשפט המעצרים בישראל לא היה אלא שינוי כמותי בלבד. אכן, כל שינוי כמותי - בכל עניין שהוא ובענייננו בכלל אלה - מביא מעצמו לשינוי 'איכותי' כלשהו. ואולם לא נמצא לי כי בענייננו-שלנו נתחולל שינוי 'איכותי' ...".

18. נמצא, אפוא, כי הגישה המקובלת נסמכת על הגישה שהותוותה בבש"פ **שאבי** הנ"ל, אשר קדם לחקיקתו של חוק המעצרים; בפועל, לחוק המעצרים לא הייתה כל השפעה על הגישה המקובלת בסוגיה הנדונה, הגם שהיא נוגעת לזכות היסוד לחירות ולמשך תקופת המעצר עד תום ההליכים, כפי שיפורט להלן; ולמעשה, בניגוד לאמור בפסיקה, כגון בבש"פ **שלומוב** הנ"ל, בסוגיה הנדונה לא השתנתה נקודת האיזון לאחר חקיקת חוק המעצרים, ככל שהדבר נוגע למבחן לקיום עיון חוזר בתשתית הראייתית הלכאורית, על פי הגישה המקובלת מאז (לפני חוק המעצרים) ועד היום.

גישת השופט טירקל

19. עם זאת, כבר לפני כעשור, ושנים אחדות לאחר חקיקת חוק המעצרים, הציע השופט א' טירקל גישה שונה בסוגיה הנדונה של המבחן לקיום עיון חוזר בתשתית הראייתית הלכאורית, באשר לטעמו, הגישה המקובלת היא מחמירה יתר על המידה עם הנאשם.

לדעת השופט טירקל, "יש מקום לשחרר נאשם שנעצר עד תום ההליכים על פי ראיות לכאורה להוכחת אשמתו אם התקעקע מכלול הראיות כך שלא ניתן היה **מלכתחילה לצוות על מעצרו של הנאשם על פיו**" (בש"פ 4326/04 **מדינת ישראל** נ' **מקייטן**, פ"ד נט(2) 385, 388 (2004) [ההדגשה היא במקור]).

על גישתו זו חזר השופט טירקל הן בבש"פ 4255/04 **חונדאשויילי** נ' **מדינת ישראל** (1/7/04) והן בבש"פ 8204/04 **מדינת ישראל** נ' **מחאג'נה** (13/10/04), שם ציין, בפסקה 3, כי "...לא מקובלת עליי הגישה שלפיה יש להצביע על **שינוי דרמטי** במערכת ראיות התביעה ועל **כרסום מהותי ומשמעותי** בה ... שיש בו כדי להפוך את הקערה על פיה, עד כדי הטויית הכף לזכות הנאשם, באופן שהסיכויים לזיכוי עולים על הסיכויים להרשעתו' ... גישה זאת מחמירה, יתר על המידה, עם הנאשם" [ההדגשה היא במקור]; להלן: "**גישת השופט טירקל**".

20. אוסיף כאן כי השופט א' רובינשטיין הזכיר את גישת השופט טירקל בבש"פ 3138/05 **חסידי** נ' **מדינת ישראל**, בפסקה ט.7 (3/5/05), בציינו כי:

"באשר לעוצמת הראיות, ציין בית משפט זה לא אחת, כי מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר ...; עניין זה כמובן צריך להיבחן בכל מקרה לנסיבותיו, ואני ער לדברי השופט טירקל בבש"פ 4326/04 **מדינת ישראל** נ' **מקייטן** ... , וכן ראו בבש"פ 8204/04 **מדינת ישראל** נ' **מחאג'נה** (השופט טירקל). אינני רוצה לומר כלל, כי בענייננו נחלשה מערכת הראיות עד כדי אמירה שמלכתחילה לא ניתן היה לצוות על מעצר עד תום ההליכים, כלשונו של השופט טירקל, אך מכל מקום, השאלות שהועלו, בהצטרפן לחלופי הזמן, דיין, לדעתי, להצדיק הידרשות לחלופה. אל"מ מרדכי לוי, שופט בית

הדין הצבאי לערעורים ("הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים - בחינה נוספת". **משפטים** לד תשס"ה, 549) סבור, כי לעוצמת הראיות לכאורה קשר לענין שקילתה של חלופת מעצר: הרף של "סיכוי סביר להרשעה" (ראו בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133) "מציב אמנם **סמכות** להורות על מעצר בהתקיים עילת מעצר, אך אין פירוש הדבר כי רף ראייתי זה **מצדיק** בהכרח מעצר, או כי החלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים היא ההחלטה **הראויה** בנסיבות העניין" ... דברים אלה ראויים לעיון] [ההדגשות הן במקור].

עוד יצוין כי גם השופטת ע' ארבל הזכירה את גישת השופט טירקל, בבש"פ 10512/05 **פינר נ' מדינת ישראל**, בפסקה 5 (24/11/05):

כאשר מדובר בבקשה לעיון חוזר בהחלטה לעצור נאשם עד תום ההליכים, בטענה כי חל כרסום בראיות כנגדו, הגישה המקובלת הינה כי על מנת שתקום עילה לשחרורו של העורר ממעצר, לאחר שבשלב הקודם נקבע כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו, יש להצביע על 'שינוי דרמטי במערכת ראיות התביעה שיש בו כדי לכרסם בה כרסום מהותי ומשמעותי' (דברי השופטת פרוקצ'יה בבש"פ 1955/05 **פלדמן נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 4.4.05). וראו עוד: בש"פ 6398/01 **איסקוב נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 26.8.2001); בש"פ 4794/95 **שאבי נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 6.8.95)). בפסיקת בית משפט זה הובעה גישה מקלה יותר עם הנאשם בעניין קבלת בקשתו לעיון חוזר, אך גם לפיה 'לא די, בדרך כלל, בשינוי של מה בכך או בהתערעורת כלשהי של מכלול הראיות כדי לקעקע את מכלול הראיות הלכאוריות עד כדי ביטול החלטת המעצר', אלא יש מקום לשחרר את הנאשם רק אם 'התקעקע מכלול הראיות כך שלא ניתן היה מלכתחילה לצוות על מעצרו של הנאשם על פיו' (דברי השופט טירקל בבש"פ 8204/04 **מ"י נ' מחאג'נה** (לא פורסם, ניתן ביום 13.10.04). עוד יש להוסיף, כי כרסום בתשתית הראייתית המעלה סימני שאלה ביחס לעוצמת הראיות, גם אם אין הוא בעוצמה כזאת המביאה לקביעה כי על-פי חומר הראיות לא ניתן היה מלכתחילה לעצור את הנאשם, עשוי להביא לשחרורו לחלופת מעצר (בש"פ 3138/05 **חסיד נ' מ"י** (לא פורסם, ניתן ביום 3.5.05); מ' לוי, "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים - בחינה נוספת", **משפטים** לד (תשס"ה) 549, 574-576).

גישת הביניים

21. בבש"פ 6838/07 **דחלה נ' מדינת ישראל** (15/8/07; להלן: "**עניין דחלה**") ציינה השופטת ארבל כי:

הפסיקה דרשה כי בכדי שתקום עילת שחרור ממעצר לאחר שנקבע כבר כי קיימת תשתית ראייתית לכאורית לצורך החלטה על מעצר עד תום ההליכים, נדרש "שינוי דרמטי" בראיות התביעה, "מהפך ראייתי של ממש, בבחינת הפיכת הקערה על פיה, כך שהכף תיטה, לאור השינוי שחל, לעבר זיכויו של הנאשם על פני הרשעתו בדין" ... אציין, כי לטעמי משמעותה של דרישה זו אינה כי נשמט מניה וביה הבסיס הראייתי הלכאורי לאישום, אלא כי חל

שינוי מהותי ומשמעותי במסד הראייתי הלכאורי. מקובלות עלי טענותיה של באת כוח המדינה לפיהן בלתי אפשרי לדון בשינוי משמעותי כגון דא כאשר חלק מן המערך הראייתי אודותיו נטען כי הוא מטה את הכף לטובת זיכוי של העורר, איננו מהווה חלק מן התשתית הראייתית עליה התבססה ההחלטה על המעצר ולא חל בו למעשה כל שינוי [ההדגשות הוספו ואינן במקור]."

22. כאן המקום להוסיף כי את דבריה הנ"ל של השופטת ארבל בעניין **דחלה**, כמצוטט לעיל, הזכירו בשנים האחרונות שופטים אחדים של בית המשפט העליון: השופט (כתוארו אז) י' אלון בבש"פ 7136/07 **רגבי** נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 3 (27/8/07); השופט י' עמית בבש"פ 770/10 הנ"ל (שם, בפסקה 13 סיפא); והשופט ע' פוגלמן בבש"פ 6432/10 **אבו אחמד** נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 5 (8/9/10). עם זאת, האזכורים האמורים נעשו אגב חזרה בהסכמה על הגישה המקובלת, ללא אזכור של גישת השופט טירקל, וללא הסתייגות מהגישה המקובלת.

23. למעשה, גם הדברים שציינה השופטת ארבל בעניין **דחלה**, אשר צוטטו לעיל, נכתבו על ידה לאחר אזכור הגישה המקובלת, תוך מתן פרשנות משלה למשמעות של הגישה המקובלת, בעיניה של השופטת ארבל.

לטעמי, ניתן לומר כי דברי השופטת ארבל בעניין **דחלה** אינם מהווים פרשנות גרידא של הגישה המקובלת, כי אם יותר מכך; ויש בהם למעשה ביטוי למעין **גישת ביניים** (להלן: "**גישת הביניים**"), בין הגישה המקובלת לבין גישת השופט טירקל. זאת ועוד, לעניות דעתי, **יש שוני משמעותי בין הגישות השונות ואין מדובר בהבדלים סמאנטיים** גרידא.

מהי ההלכה הפסוקה - לאור הגישות השונות?

24. לטעמי, **אין הלכה פסוקה ומחייבת בסוגיה זו** של המבחן לקיום עיון חוזר, מקום שנקבע כי קיימות ראיות לכאורה. זאת, שכן **הגישות השונות** דלעיל של שופטי בית המשפט העליון **הובעו** כולן **בהחלטות** שנדונו כל אחת **בפני דן יחיד**; וככל הידוע, **לא הייתה הכרעה בין הגישות השונות בסוגיה זו, בפסק דין**, על ידי הרכב **של בית המשפט העליון**, בהבדל למשל מההכרעה בפסק הדין שניתן בעניין **זאדה**, בנוגע למבחן לקיומן של ראיות לכאורה, כפי שצוין לעיל.

כידוע, על פי סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, שכותרתו "הלכה פסוקה":

"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

מכאן שרק הלכה שנקבעה בבית המשפט העליון, בפסק דין שניתן בהרכב, היא הלכה מחייבת. לעומת זאת, החלטות שניתנו על ידי שופטים אחדים בבית המשפט העליון, כל אחד כדן יחיד - אינן בגדר הלכה פסוקה ומחייבת.

לסיכום, בסוגיה הנדונה קיימות, כאמור, לפחות שתי גישות שונות בפסיקה של בית המשפט העליון, ללא הלכה פסוקה ומחייבת, באשר אין הכרעה בין שתי הגישות השונות, הגם שכאמור אחת משתי הגישות היא הגישה המקובלת על ידי שופטים אחדים בבית המשפט העליון (על השאלה כיצד תנהג הערכאה הדיונית מקום שבפסיקה קיימות גישות שונות, ראו והשוו: אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון, תורת הפרשנות הכללית, 582-579 (1992);

בש"פ 4994/91 אסרף נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 4 (19/11/91).

חסרונות הגישה המקובלת ויתרונות גישת השופט טירקל

25. לעניות דעתי, הגיעה העת לזנוח את הגישה המקובלת או לשנותה, ככל שהיא מהווה תנאי-בלעדיו-אין לעיון חוזר בהחלטות על קיומן של ראיות לכאורה, וחלף זאת לטעמי יש לאמץ את גישת השופט טירקל, או את גישתה של השופטת ארבל ("**גישת הביניים**").

לטעמי, המבחן שבבסיס הגישה המקובלת יכול אמנם להוות תנאי מספיק, אך אינו צריך להוות תנאי הכרחי לעיון חוזר, מקום שנקבע קודם לכן קיומן של ראיות לכאורה.

אכן, לכל אחת משתי הגישות דלעיל (הגישה המקובלת וגישת השופט טירקל) יתרונות וחסרונות משלה; אלא שבעוד שיתרונותיה של הגישה המקובלת הם מעשיים-פרגמטיים מובנים, חסרונותיה הם מהותיים, והיא אף עלולה לגרום, במקרים מסוימים, להתמשכות של המעצר עד תום ההליכים במידה העולה על הנדרש, תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות היסוד לחירות ובזכויות יסוד נוספות כמו זכות היסוד לכבוד וכן בזכויות נלוות נוספות וכן בחזקת החפות - בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; והכל, כפי שיוטעם להלן.

לעומת זאת, הגם שיש חסרונות מעשיים הן לגישת השופט טירקל והן לגישת הביניים, שכן שתיהן עלולות לגרור ריבוי דיונים בבקשות לעיון חוזר - יתרונותיהן הם איכותיים והם עולים באופן מהותי על חסרונותיהן. חשוב מכך, לעניות דעתי, הן גישת השופט טירקל והן גישת הביניים מתיישבות טוב יותר עם היותן של הזכויות לחירות ולכבוד, זכויות יסוד חוקתיות, ויש בגישות האמורות כדי למנוע מצבים אפשריים של התמשכות בלתי מוצדקת של המעצר עד תום ההליכים ושל פגיעה במידה העולה על הנדרש בזכויות היסוד החוקתיות לחירות ולכבוד ובזכויות נלוות. זאת, בכל אותם מקרים שבהם אמנם אין מהפך דרמטי בתשתית הראייתית הלכאורית והקערה אינה נהפכת על פיה, אך חל כרסום ממשי או שינוי מהותי ומשמעותי במסד הראייתי הלכאורי - **בין אם** כאשר בעקבות השינוי המהותי **נשלל** קיומו של סיכוי סביר להרשעה, כך שנשמטת הקרקע מתחת לקביעה הקודמת בדבר קיומן של ראיות לכאורה, באופן המחייב שחרור הנאשם ממעצרו; **ובין אם** כאשר קיימת אך **פגיעה ממשית בעוצמתן של הראיות לכאורה**, במידה ובאופן שאינם מצדיקים עוד המשך מעצר ממשי (אלא לכל היותר שחרור לחלופת מעצר), או במידה המחייבת לשקול מחדש, והפעם ביתר שאת, להסתפק בחלופת מעצר, כפועל יוצא מחולשת הראיות לכאורה, והכל כפי שיוטעם להלן.

אמנם, במקרים רבים, ואולי אף בחלק גדול מהמקרים, התוצאות של יישום כל הגישות דלעיל עשויות להיות זהות, שכן כאמור, לכל הדעות אין די בכרסום של מה בכך, או בשינוי שאינו מהותי או משמעותי, בתשתית הראייתית הלכאורית, לעריכת העיון חוזר.

אף על פי כן, **בחלק ניכר מהמקרים יכולה להיות נפקות מעשית ממשית להבדלים בין הגישות השונות**, באופן שייטה את הכף לטובת שחרור הנאשם מהמעצר, אם בערובה מקום שנשלל קיומן של ראיות לכאורה, ואם לחלופת מעצר מקום שנפגעת באופן ממשי העוצמה של הראיות לכאורה, כפי שאנסה להבהיר ולהמחיש להלן.

26. להלן **אמחיש, אפוא, את דבריי, בעזרת חמש קטגוריות עיקריות של מקרים**, שאינן בגדר רשימה ממצה, שבהן עשויה להיות השלכת רוחב **מעשית** והטיית הכף לאפשרות של שחרור הנאשם ממעצרו, בעקבות בקשה לעיון חוזר שממנה יעלה כי אכן חל כרסום ממשי, או שינוי מהותי או משמעותי, בתשתית הראייתית

הלכאורית, שאינם מגיעים כדי מהפך דרמטי במסד הראייתי הלכאורי וכדי הפיכת הקערה על פיה (כנדרש על פי הגישה המקובלת) - אם תאומץ גישת השופט טירקל או גישת הביניים של השופטת ארבל:

א. **כאשר הייתה לכתחילה הסכמה של ההגנה בדבר קיום ראיות לכאורה**, ובעקבות כך נקבע (בהסכמה) כי קיימות ראיות לכאורה; ולאחר מכן ההגנה מבקשת לחזור בה מהסכמתה האמורה, בין אם בעקבות עדויות שהושמעו (או ראיות אחרות שהובאו) במהלך המשפט ובין אם בעקבות שינוי בהלכה הפסוקה ביחס לאחת מהראיות המפליליות, או אף בעקבות הערכה מחדש של הראיות לכאורה מצד ההגנה, או בעקבות טעות של ההגנה (שהתגלתה במהלך המשפט) עת הסכימה לקיומן של ראיות לכאורה.

ב. כאשר **הראיות לכאורה הן ראיות נסיבתיות**, כמו במקרה דנא.

כידוע, כאשר מדובר בראיות נסיבתיות, בית המשפט בוחן האם **מכלול** הראיות הנסיבתיות מוכיח מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של הנאשם. מקום שכל הראיות הן נסיבתיות, על הראיות להצביע על כך שאשמתו של הנאשם היא האפשרות הסבירה האחת והיחידה (ראו, למשל: ע"פ 5793/02 דוד נ' **מדינת ישראל**, בפסקה 6 (27/10/03); ע"פ 1888/02 **מדינת ישראל** נ' **מקדאד**, פ"ד נו(5) 221, 227-228 (2002); ע"פ 346/02 **אגבריה** נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נז(5) 828 (2003); ע"פ 9372/03 **פון וייזל** נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 754, 745 (2004); ע"פ 10771/08 **בוחניק** נ' **מדינת ישראל**, בפסקאות 5 ו-9 (15/12/09)).

ג. כאשר הראיות לכאורה נסמכות על **עדות יחידה**, **ובמיוחד כאשר מדובר בעדות יחידה הטעונה תוספת ראייתית** לשם הרשעה - אם מסוג דבר לחיזוק (כשמדובר בעדות שותף לדבר עבירה) ואם **ובעיקר מסוג סיוע** (כשמדובר בעדות של עד מדינה או בעדות של ילד לפני חוקר ילדים).

כידוע, ככלל, ניתן להרשיע נאשם בפלילים על פי עדות יחידה, מלבד במקרים החריגים המנויים בחוק החרות (בעיקר בסעיף 54א לפקודת הראיות - עדות שותף לדבר עבירה הטעונה דבר לחיזוק, או עדות עד מדינה הטעונה סיוע) ואם בהלכה הפסוקה (כגון דבר-מה או דבר לחיזוק עדותו של מעורב בדבר עבירה, או ראייה המתקרבת לסיוע לעדות של עד מדינה לשיטתו).

כמו כן, כידוע, כיום אין עוד צורך בסיוע לעדות של מתלונן/ת בעבירת מין, אך בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של מתלונן/ת בעבירת מין בלא שיפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו (סעיף 54א(ב) לפקודת הראיות).

לצורך המחשה אתמקד להלן בעיקר במקרים שבהם מדובר בעדות יחידה של עד מדינה, הטעונה כאמור סיוע לצורך הרשעה.

אקדים ואציין כי בפסיקה הובעו **שתי גישות מנוגדות** בעניין **השאלה האם נדרשת תוספת ראייתית לכאורית** לעדות הטעונה תוספת ראייתית כלשהי, כתנאי לקיומן של ראיות לכאורה, מקום שנדרשת תוספת ראייתית לצורך הרשעה (על הגישות השונות ראו בדברים שכתבתי בשעתם ובאסמכתאות הנזכרות שם: מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים - בחינה נוספת" **משפטים** לד(3) 549, בפרק 5.ג ובפרק 5.ו (תשס"ה); להלן: "**לוי, הראיות לכאורה, משפטים לד**"; וכן ראו למשל: בש"פ

2975/06 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (7/5/06); בש"פ 3601/11 שווקי נ' מדינת ישראל, בפסקה 23 (23/5/11).

בבש"פ 6206/05 נאצר נ' מדינת ישראל (21/8/05) נקבע, בהסכמת המדינה, כי כאשר מדובר בעדות יחידה של עד מדינה, יידרש סיוע לכאורה לעדות של עד המדינה כתנאי למעצר הנאשם עד תום ההליכים נגדו (ראו גם בש"פ 10306/05 ותד נ' מדינת ישראל (27/11/05)). בכך אומצה למעשה הגישה אשר דוגלת בקיומה של תוספת ראייתית לכאורית כבר בשלב המעצר עד תום ההליכים, מקום שנדרשת תוספת ראייתית לצורך הרשעה - לפחות בכל הנוגע למקרים של עדות יחידה של עד מדינה.

כידוע, ראיית סיוע צריכה לעמוד בשלוש דרישות מצטברות: היותה ראייה ממקור נפרד ועצמאי מהעדות הטעונה סיוע; היותה נוגעת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים; ובעיקר, היותה מסבכת, או לפחות נוטה לסבך, את הנאשם בעבירה המיוחסת לו (ראו למשל: ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ד(1) 145, 165 (2000); ע"פ 7832/04 פלוני נ' מדינת ישראל (4/5/06), בפסקה ה(3) לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל (31/7/07), בפסקה 56 לחוות דעתה של השופטת ד' ברלינר; יעקב קדמי על הראיות, בעמ' 264-280).

כמו כן, כפי שנקבע בפסיקה, שקרי נאשם, בין בחקירתו ובין בעדותו (בשונה מחוסר מהימנות גרידא של העדות), יכולים אף להגיע כדי ראיית סיוע, מקום שנדרש סיוע לשם הרשעה, אם הם עומדים בתנאים מצטברים אחדים שנקבעו בפסיקה: השקרים הם בעניינים מהותיים; השקרים הם ברורים וחד-משמעיים; השקרים מוכחים מתוך ראיות חיצוניות אחרות; השקרים נעשו בזדון ועל מנת להעלים את האמת מבית המשפט; מקורם בתחושת אשם והם אינם נובעים מעילה שאינה רלוונטית לצורך בחינת האשמה (ראו: ע"פ 161/72 סרסור נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 203, 219-221 (1974); ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113, 140-141 (1980); דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עביד, פ"ד נא(1) 736, 802 (1998); ע"פ 7752/03 חלאילה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 259, 265 (2004); ע"פ 7477/08 גץ נ' מדינת ישראל (14/11/11)).

מקום שמדובר בראיות הנסמכות על עדות יחידה, בין אם עדות יחידה של מתלונן/ת בעבירת מין, ובעיקר אם מדובר בעדות יחידה של עד מדינה - במקצת המקרים, לאחר שמיעתה של העדות היחידה, מתגלות סתירות ותמיהות ממשיות, העולות באופן ברור וגלוי מתוך העדות, ללא צורך להיזקק לשיקולי מהימנות.

אמנם, ככלל, אי-התאמות וסתירות קלות בעדויותיהם של עדים הן בגדר חזון נפרץ; ובאופן טבעי, כל עד רואה את האירוע מנקודת המבט שלו. כמו כן, הדיוק אינו תמיד אפשרי כשמדובר בשחזור אירוע שהתרחש משך זמן קצר, במיוחד כשהמעורבים בו היו נתונים בסערת רגשות, וזאת בשים לב גם למגבלות הזיכרון האנושי. לפיכך, אין באי-התאמות קלות בעדות, או בין העדויות של עדים שונים, כדי למנוע מבית המשפט ליתן אמון באותן עדויות. אולם, כל זאת ובלבד שאין מדובר בסתירות מהותיות שאין להן הסבר מניח את הדעת (ראו והשוו: סעיף 57 לפקודת הראיות; ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 317 (1993); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205, 220 (2002); ע"פ 7874/04 חסיד נ' מדינת ישראל, בפסקה 5 (16/2/05); ע"פ 9908/04 נסראלדין נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (31/7/06); ע"פ 682/09 מדינת ישראל נ' פלוני (12/5/11); ע"פ 9806/05 פלוני נ' מדינת ישראל (8/1/07)).

ד. קטגוריה נוספת של מקרים להמחשה: כאשר אחת הראיות לכאורה לחובת הנאשם, או אחת מראיות הסיוע לכאורה לעדות היחידה הטעונה סיוע, היא **שקר/ים נטען/ים של נאשם**, שבמהלך המשפט, בין בעדות של עד תביעה ובין בעדות הנאשם, **ניתן** לשקר/ים הנטען/ים **הסבר סביר**, וברי (או אף מוסכם) כי אין השקר/ים הנטען/ים מהווים עוד ראיה מפלילה או סיוע לכאורה נגד הנאשם.

ה. **כאשר הנאשם העיד**, לא נחקר חקירה נגדית של ממש, או לא עלו מעדותו שקרים, או סתירות מהותיות לדברים שמסר בחקירתו ולדברים שמסרו עדי תביעה, **והוא מסר** גירסה עקבית, שיש בה כדי הסבר סביר לראיות המפלילות נגדו, או כדי **הסבר סביר לדברים שנכתבו באמרתו או לתמיהות שעלו מאמרתו, אשר נזקפו לחובתו בהחלטה שבה נקבע קיומן של ראיות לכאורה.**

עוצמת הראיות לכאורה והנפקות של חולשה ממשית בראיות לכאורה

27. בפסיקה הובהר, בשורה של החלטות שניתנו ע"י שופטי בית המשפט העליון, כי גם מקום שקיימות ראיות לכאורה במובן הטכני, על בית המשפט לבחון את **משקלן** ואת **עוצמתן**, באופן שכאשר קיימת בעייתיות של ממש או **חולשה ממשית בראיות לכאורה**, או כשיש כרסום ממשי בראיות לכאורה, יש לשקול **ביתר שאת** לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר (ראו למשל והשוו: בש"פ 2871/05 **חסידי נ' מדינת ישראל**, בפסקה ט'(7) (3/5/05); בש"פ 8402/07 **בהלקר נ' מדינת ישראל**, בפסקה 7 (24/10/07); בש"פ 3710/08 **אזרזר נ' מדינת ישראל**, בפסקאות 6 ו-7 (14/5/08); והשוו לדברים שכתבתי בשעתם: לוי, הראיות לכאורה, משפטים לד, בעמ' 574-575, הנזכרים (בחלקם) גם בבש"פ 5564/11 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 4 להחלטתו של השופט י' עמית (8/8/11); בבש"פ 3526/13 **כיאל נ' מדינת ישראל** (27/5/13), בפסקה 7 להחלטתו של השופט י' דנציגר; ובבש"פ 6573/13 **מדינת ישראל נ' אביתר**, בפסקאות 16-17 ו-20 להחלטתו של השופט א' שהם (10/10/13)).

לשון אחרת, כאשר מתברר כי יש שינוי מהותי או כרסום ממשי בתשתית הראייתית הלכאורית, שאינם מגיעים לכדי מהפך דרמטי במסד הראייתי ואינם שוללים קיומן של ראיות לכאורה, אמנם קיימות ראיות לכאורה במובן הטכני; אולם, בשל הכרסום או החולשה הממשיים בתשתית הראייתית הלכאורית, עוצמת הראיות לכאורה אינה מספקת עוד למעצר ממשי, ויש לשקול **ביתר שאת ובמשנה תוקף** להסתפק בחלופת מעצר, גם אם אין מדובר בחלופת מעצר מיטבית או משביעת רצון - לאור **זיקת הגומלין** בין עוצמתן הנמוכה של הראיות לכאורה לבין החובה לבחון אם ניתן להסתפק בחלופת מעצר.

למעשה, על בית המשפט **לשקלל, אפוא, את מכלול השיקולים והנסיבות הרלוונטיים, לרבות עוצמת הראיות לכאורה** (מקום שהן קיימות) וכן את מהותה של עילת המעצר ועוצמתה - בטרם ההחלטה אם יש מקום להסתפק בחלופת מעצר או שמא אין מנוס מלהורות על מעצר עד תום ההליכים.

השלכות הרוחב האפשריות אם תשונה הגישה המקובלת

28. כידוע, השאיפה שהביע הנשיא א' ברק בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995), כי המעצר יהווה חריג ובעיקר כי המעצר עד תום ההליכים יוגבל ל"**מקרים חריגים ומיוחדים**" - לא

התממשה, ומספר המעצרים אף גדל; זאת, כנראה בראש ובראשונה בשל הגאות בפשיעה, אך אפשר שאחת הסיבות לאי-שחרורם ממעצר של חלק מהנאשמים שנעצרו עד תום ההליכים, הוא פועל יוצא של הגישה (המחמירה) המקובלת לעניין עיון חוזר בקיומן של ראיות לכאורה, גם כשחל כרסום ממשי או שינוי מהותי בתשתית הראייתית הלכאורית במהלך המשפט - כל עוד לא חל **מהפך דרמטי** במסד הראייתי הלכאורי, שהינו מטבע הדברים **רף קשה ובלתי עביר ברוב רובם של המקרים**.

כמו כן, שאיפת המחוקק עם חקיקת חוק המעצרים כי המעצר עד תום ההליכים יקוצר משנה לשנה חודשים - התבררה עד מהרה כבלתי מעשית; ולאחר תקופה קצרה יחסית תוקן חוק המעצרים כך שמשך המעצר עד תום ההליכים הוארך והועמד על תשעה חודשים.

אלא שבפועל, במקרים רבים נדרשת הארכה של תקופת המעצר מעבר לתשעה חודשים, על ידי שופט בית המשפט העליון, ובמקרים לא מעטים, חמורים או מורכבים במיוחד, שבהם קיימת עילת מעצר בעלת עוצמה, נדרשות הארכות אחדות, חוזרות ונשנות, של המעצר, מקום שההליכים נמשכים תקופה ארוכה (מעבר לשנה).

אמנם, כאמור, נראה כי ריבוי המעצרים עד תום ההליכים הוא בראש ובראשונה פועל יוצא של הגאות בפשיעה החמורה. אולם, לטעמי יש להמשיך לשאוף לצמצם את מספר המעצרים עד תום ההליכים, לקצר את משך המעצר עד תום ההליכים ולשחרר ממעצר אותם נאשמים שבמהלך משפטם חל כרסום ממשי או שינוי מהותי בתשתית הראייתית הלכאורית נגדם, תוך עיון חוזר בתשתית הראייתית העדכנית, ותוך שקילה חוזרת של האפשרות להסתפק בחלופת מעצר הולמת בעניינם, בהתקיים אחת העילות לעיון חוזר (אם בחלוף זמן ניכר, אם בשל שינוי נסיבות או בשל גילוי עובדות חדשות) - גם אם לא חל מהפך דרמטי במסד הראייתי הלכאורי.

לטעמי, **שינוי המבחן** לקיום עיון חוזר כמוצע לעיל, תוך אימוץ גישה השופט טירקל או גישה הביניים, **יכול לתרום** למגמות אלו, **מבלי לפגוע באינטרס הציבורי**. זאת, שכן אם במהלך העיון החוזר יגיע בית המשפט למסקנה כי היה מקום למעצר עד תום ההליכים (גם) לפי גישה השופט טירקל או לפי גישה הביניים, ממילא לא יהיה מקום לשחרור הנאשם מהמעצר.

לעומת זאת, אם בדיעבד יתברר, במהלך העיון החוזר, כי לו התשתית הראייתית הייתה לכתחילה (בעת ההחלטה בדבר קיומן של ראיות לכאורה ובדבר המעצר עד תום ההליכים) כפי שהיא במועד העיון חוזר, לא היה בית המשפט ככל הנראה מורה לכתחילה על מעצר הנאשם עד תום ההליכים - לא תהיה סיבה מהותית שלא לשחרר את הנאשם מהמעצר; יתרה מזו, במקרה שכזה לא תהיה לטעמי הצדקה להמשך המעצר, בהיותו פוגע במידה העולה על הנדרש בזכויות היסוד לחירות ולכבוד ובזכויות נלוות, בניגוד לחוק היסוד.

מן הכלל אל הפרט

29. מכאן לנסיבות הערר שלפניי.

כזכור, קביעת בית המשפט קמא (כב' השופט בן טולילה) בדבר קיומן של ראיות לכאורה נגד העורר התבססה, בין היתר, גם על טביעות הנעליים שנמצאו בזירת ההתפרצות המיוחסת לו, אשר תואמות לכאורה את טביעות נעליו של העורר, כראיה נסיבתית לחובת העורר, לצד ראיות נסיבתיות נוספות (תפיסת הרכב שנגנב בסמוך לביתו של העורר ושתיקת העורר בחקירתו).

הגם שהראיה לכאורה בדבר טביעות הנעליים איננה הראיה הנסיבתית היחידה נגד העורר, היא הגדרה על ידי

השופט בן טולילה כ"ראיה כבדת משקל", בהחלטתו בדבר קיום ראיות לכאורה ובדבר מעצרו של העורר עד תום משפטו.

כאמור, כאשר הראיות נגד נאשם הן נסיבתיות, על **מכלול** הראיות הנסיבתיות להוביל למסקנה הגיונית אחת ויחידה בדבר אשמתו של הנאשם.

למעשה, כאשר מדובר בראיות נסיבתיות, לפנינו מעין פסיפס, או פאזל, כאשר נטילת חלק **משמעותי** מבין מכלול חלקיו, עלולה לפגוע בתמונה הראייתית כולה, בבהירותה ובמשמעות שניתן לייחס ליתרת החלקים הנותרים של הפסיפס הראייתי.

30. **במקרה דנא**, בעקבות פסק הדין בעניין **מצגורה**, שניתן לאחרונה, לאחר ההחלטה בדבר מעצרו של העורר עד תום ההליכים - מתבקשות לטעמי, בהתאם לפרשנות התכליתית הנזכרת לעיל של הוראת סעיף 52 לחוק המעצרים, **מסקנות הביניים** הבאות:

ראשית, כאמור, כי יש עילה לעיון חוזר בהחלטה בדבר קיומן של ראיות לכאורה נגד העורר.

שנית, כי יש מקום לבחון מחדש את **המשקל והעוצמה** של הראיה לכאורה בדבר טביעות הנעליים, לאורה של ההלכה החדשה בעניין **מצגורה**.

שלישית, כי יש לבחון מחדש האם **מכלול הראיות הנסיבתיות** לכאורה אשר נגד העורר עדיין מקים סיכוי סביר להרשעתו, בשים לב גם להערכה מחדש של משקל ראיות טביעות הנעליים כמצוין לעיל.

רביעית, גם בהנחה שאין נשלל קיומן של ראיות לכאורה נגד העורר, יש לבחון מחדש את **העוצמה של מכלול הראיות לכאורה**, בשים לב כאמור גם לעניין **מצגורה**.

חמישית, ובהנחה כאמור שלא יישלל קיומן של ראיות לכאורה נגד העורר, יש לבחון האם יש **חולשה ממשית בתשתית הראייתית הלכאורית במידה אשר מצדיקה לבחון ביתר שאת שחרורו של העורר לחלופת מעצר**, כפועל יוצא מהחולשה האמורה גם אם אין חלופת מעצר מיטבית.

סוף דבר

31. סוף דבר, הערר מתקבל באופן חלקי, כך שהדיון מוחזר לבית משפט השלום, אשר מתבקש לקיים דיון, בהקדם ככל האפשר, בבקשה של העורר לעיון חוזר, **לגופה** של הבקשה, לאור האמור לעיל בעניין המסד הראייתי הלכאורי הקיים נגד העורר.

תשומת לבו של בית משפט קמא מופנית לכך שדיון ההוכחות במשפטו של העורר קבוע ליום 10/2/14.

בשולי ההחלטה

32. בשולי ההחלטה, ארשה לעצמי להוסיף הערות אחדות, בקצרה: כי יש לקוות שלא ירחק היום שבו יימצא המקרה המתאים, בין אם המקרה דנא ובין אם מקרה אחר, שבו יידרש בית המשפט העליון **להכריע בין הגישות השונות** דלעיל של שופטי בית המשפט העליון בעניין **המבחן לקיום עיון חוזר בתשתית הראייתית**

הלכאורית, מקום שנקבע קודם לכן קיומן של ראיות לכאורה.

כמו כן, במאמר מוסגר אוסיף כי, כאמור לעיל, קיימות **גישות שונות** של שופטי בית המשפט העליון גם בסוגיות מעשיות נוספות הנוגעות למעצר עד תום ההליכים, לרבות בעניין **השאלה אם נדרשת תוספת ראייתית לכאורה כתנאי למעצר עד תום ההליכים**, מקום שנדרשת תוספת ראייתית לשם הרשעה, **כאשר אין מדובר בתוספת ראייתית מסוג סיוע** שלגביה הייתה הכרעה בבש"פ **נאצר** הנ"ל; וכן שקיימות **גישות שונות** של שופטי בית המשפט העליון גם בשאלה אם בית המשפט הדין בבקשה למעצר עד תום ההליכים רשאי **להסתייע** בממצאי בדיקת **פוליגרף**, שלכל הדעות אינם בגדר ראיה קבילה במשפט ומכאן שלכל הדעות אינם יכולים להוות ראיה לכאורה, וזאת **אך ככלי עזר בידי בית המשפט להערכת עוצמתן של הראיות לכאורה, מקום שקיימות ראיות לכאורה בעייתיות וקיימים בחומר החקירה ממצאי פוליגרף, בעיקר לצורך החלטה בשאלה אם יש להסתפק בחלופת מעצר אם לאו** (על כך ראו הדברים שכתבתי בשעתם: לוי, ראיות לכאורה, משפטים לד', בפרק ג.6 וכן בפרק ו.2; מרדכי לוי "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה ועל ראיות לכאורה בעייתיות לעניין מעצר עד תום ההליכים - בעקבות חקירת רצח החייל אולג שייחט ז"ל" **הסניגור** 87 5 (2004); בש"פ 3138/05 הנ"ל בעניין **חסידי**, בפסקה י(3); ע"פ 3399/11 **פלוני** נ' **מדינת ישראל**, באמרות האגב של השופטים ע' ארבל ונ' הנדל (27/2/12)).

המזכירות מתבקשת להעביר העתקים של החלטה זו גם לפרקליט מחוז דרום וכן לסניגור הציבורי הארצי ולסניגורית הציבורית המחוזית - בנוסף לעותקים לצדדים.

ניתנה היום, ד' אדר תשע"ד, 04 פברואר 2014, בהעדר הצדדים.