

חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?

מאת

חיה זנדברג*

חוק המעצרים החדש קובע כי חומרת העבירה אינה עוד עילה למעצרו של נאשמים לאחר הגשת כתב אישום. מטרתו של מאמר זה היא להציג את הגישה לפיה, על אף הוראתו האמורה של המחוקק, מן הראוי שבעירות מין ואלימות במשפחה יינתן משקל לחומרתה של העבירה. מתן משקל לחומרת העבירה פירושו, בהקשר זה, התחשבות בתחושותיו של קורבן העבירה ובתגובתו הצפויה להחלטה בדבר שחרור הנאשם ממעצר.

מבוא. א. מעצר לאחר הגשת כתב אישום. 1. המסגרת המשפטית; 2. ההיסטוריה המשפטית; 3. חומרת העבירה כעילת מעצר. 1. הגדרתה של עילת החומרה; 2. חומרת העבירה כעילת מעצר והחלופה למעצר; 3. הסודארה של חומרת העבירה כעילת מעצר קלסית; 4. המשפט הראוי בעבירות מין ואלימות במשפחה. 1. הפגיעה בקורבן העבירה; 2. הפסיקה בעבירות מין ואלימות במשפחה; 3. חומרת העבירה כעילת מעצר והחוקות הראיות. 1. חוקת המעצר; 2. הצדקתה של חוקת המעצר; 3. משפט משווה. 1. ארצות הברית; 2. אנגליה; 3. קנדה; 4. סיכום ומסקנות.

מבוא

חוק המעצרים החדש¹ קובע לכאורה כי חומרת העבירה אינה עוד עילה למעצרו של נאשמים לאחר הגשת כתב אישום². מטרתו של מאמר זה היא לבחון את נכונותה של

* ד"ר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. תודתי העמוקה נתונה לחברי מערכת משפטים על הערותיהם המעמיקות והמקיפות.

1 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן – חוק המעצרים). בשל חשיבותו הרבה של חוק המעצרים, מצאתי לנכון לציין כאן כי חוק זה התקבל בכנסת פה אחד על ידי ארבעת חברי הכנסת שנכחו בדיון. ראו ד"כ, הכנסת השלוש-עשרה, מושב חמישי, ישיבה תל"ה, י"ב באייר התשנ"ו, 1.5.96, עמ' 5885, 5886-5891.

2 ראו סעיף 21 חוק המעצרים, ובפרט הוראת סעיף 21(א)(1)(ג). מרבית הסיעונים שיועלו על ידי במאמר יפים גם לעניין מעצר לפני הגשת כתב-אישום, בו דן סעיף 13 לחוק המעצרים. אולם, בחרתי למקד את הדיון בשלב המעצר לאחר הגשת כתב-אישום, הוא המעצר המכונה "מעצר

קביעה לכאורית זו. טיעוני יהיה, בתמצית, כי למרות הוראתו האמורה של המחוקק, חומרת העבירה ממשיכה, בפועל, לשימש לעיתים כעילת מעצר לאחר הגשת כתב אישום, אף כי היא מוסווית ומתוארת כעילות מעצר אחרות. טיעוני הנוסף במאמר זה יהיה כי בעירות מין ואליומות במשפחה כך ראוי הוא שיהיה.

א. מעצר לאחר הגשת כתב אישום

1. המסגרת המשפטית

המסגרת המשפטית בסוגיית המעצר לאחר הגשת כתב אישום קבועה בסעיף 21 לחוק המעצרים³. העיון בסעיף מעלה כי קיימים ארבעה תנאים, שבהתקיימם מוסמך בית המשפט לצוות על מעצרו של נאשם, והם:

עדותם ההליכיים". עם זאת, ראוי לעמוד כאן על הבדל חשוב בין מעצר לפי סעיף 13 ובין מעצר לפי סעיף 21: בסעיף 21 מופיעה רשימה של חזקות ראיות, הנובעות מחומרתה של העבירה המיוחסת לנאשם. רשימה דומה של חזקות אינה מופיעה בסעיף 13 לחוק המעצרים. בעולה מדיוני וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, השמטה זו אינה מקרית. יסודה בכך שבמצר לפי סעיף 13 חומר הראיות חסוי מן התשוד. ראו פרוטוקול משיבת וועדת החוקה חוק ומשפט מיום י"ב באדר התשנ"ז (3.3.96), הכנסת השלוש-עשרה, המושב החמישי. הפרוטוקול מצוי בארכיון הכנסת, מיכל מס' 59, כך 2.

3. זו לשונו של סעיף 21 לחוק המעצרים בחלקים הנוגעים לענייננו:
- "(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המיפסטיים, אם נתקיים אחד מאלה:
- (1) בית המשפט סבור, על סכך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:
- (א) קיים יסוד סביר לחשש ששהרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;
- (ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה;
- (ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:
- (1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;
- (2) עבירה בטחון כאמור בסעיף 35(ב);
- (3) עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;
- (4) עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם;
- (5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.
- ...
- (ב) בית המשפט לא ייתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את

1. קיומן של ראיות לכאורה להוכחת ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם.
 2. קיומה של עילת מעצר, היינו קיומה של הצדקה למעצר.
 3. העדר חלופה למעצר (בדמות שחרור בערובה ותנאי שחרור).
 4. ייצוג על ידי סניגור (או ויתור על זכות הייצוג).
 לענייננו חשוב התנאי השני, שעניינו עילת מעצר. סעיף 21 לחוק המעצרים מכיר, על-פי לשונו, בשתי עילות מעצר בלבד, והן העילה של חשש לשיבוש הליכי משפט (סעיף קטן (א)(1)(א)) והעילה של חשש למסוכנות ולביצוע עבירות נוספות (סעיף קטן (א)(1)(ב)). שתי עילות אלו, שאינן שנויות במחלוקת בפסיקה ובספרות, והן מוכרות במשפט המשווה⁴, יכנונו על-ידי בשם "עילות מעצר קלאסיות".
 אשר לעילה של חומרת העבירה, עילה זו אינה מופיעה בחוק כעילת מעצר עצמאית. החוק מונה, אמנם, רשימה של עבירות חמורות (בסעיף קטן (א)(1)(ג)), והן – עבירות שדינן מיתה או מאסר עולם, עבירות בטחון חמורות, עבירות סמים חמורות, עבירות אלימות חמורות ואכזריות, עבירות שנגעשו תוך שימוש בנשק, ועבירות אלימות במשפחה – אולם המחוקק מבהיר כי גם בעבירות החמורות הללו עילת המעצר היא החשש למסוכנות ("חוקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב)", היא עילת המסוכנות) ולא חומרת העבירה כשלעצמה.

2. ההיסטוריה המשפטית

סעיף 21 לחוק המעצרים וההכרעה הקבועה בו, לפיה חומרת העבירה אינה עילת מעצר, הוא התוצאה הסופית, לעת עתה, של סדרה של תגובות שחלו בחקיקה ובפסיקה בסוגיית חומרת העבירה כעילת מעצר.

עד לשנת 1988 הוסדר נושא המעצר לאחר הגשת כתב-אישום בסעיף 21(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לשונו של סעיף 21(א) הייתה סתמית, והסעיף לא כלל כל פירוט שהוא ביחס לעילות המעצר על-פיו⁵. לאור זאת, פורטו

הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולעניין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

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

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

..."

4 להכרה בעילת השיבוש ובעילת המסוכנות כעילות מעצר בארצות-הברית, באנגליה ובקנדה ראו פרק ה. להלן.

5 זו לשונו של סעיף 21(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בחלקים הנוגעים לענייננו:

"הוגש כתב אישום, רשאי בית-המשפט שלפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם..."

התנאים והעילות למעצרו של נאשם בפסיקה. בפסיקה עצמה נתגלעו חילוקי דעות בשאלה האם מן הראוי כי תומרת העבירה תשמש עילה למעצרו של נאשמים. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בחיוב⁶. אולם, לצידה של דעת רוב זו ניצבה עמדת המיעוט של השופט אלון, לפיה אין מקום להכרה בעילת המעצר של תומרת העבירה⁷.

ב-1988 תוקן חוק סדר הדין הפלילי, כך שהוסף לו סעיף 21א. סעיף 21א נועד להכריע במחלוקת הפוסקים באשר לתומרת העבירה כעילת מעצר, וזאת באמצעות גישת ביניים בין שתי הגישות הנוגדות הללו⁸. לפי הוראת סעיף 21א האמורה, תומרת העבירה הוכרה לכאורה כעילת מעצר (סעיף קטן (ד)), אולם זאת אך ורק ביחס לרשימה סגורה ומוגדרת של עבירות חמורות במיוחד (עבירות סמים חמורות, עבירות אלימות ואכזריות, עבירות

סעיף 21א) הנ"ל הוא חליפו - הוזהר בלשונו - של סעיף 20 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965.

6 ראו למשל, כ"ש 290/76 ידלין נ' מ"י, פ"ד לא(1) 671; כ"ש 133/74 בן ציון נ' מ"י, פ"ד כח(2) 754; כ"ש 1044/82 מ"י נ' מולכו, פ"ד לו(1) 78.

7 ראו למשל, כ"ש 70/86 גינדי נ' מ"י, פ"ד מ(1) 449; כ"ש 1110/83 סגל נ' מ"י, פ"ד לח(1) 7.

8 וזו לשונו של סעיף 21א לחוק סדר הדין הפלילי בחלקים הנוגעים לעניינינו:
 "(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 המשפט 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 בטחונו או את בטחון המדינה;

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

...

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

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

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

(ג) ...

(ד) תומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף קטן (א)(2) "חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 184).

בשל חשיבותו של תיקון חוק זה, מבחינת השמירה על זכויות החשוד והנאשם, כונה התיקון לחוק על ידי השופט אלון בשם "התיקון התשיעי" (ראו בש"פ 335/89 מ"י נ' לבן, פ"ד מג(2) 410, 413-414), וכך הוא יכולה להלן גם על ידי.

בחסרי ישע, כמפורט בסעיף קטן (א)(2)⁹. בכך, מחד גיסא, נדחתה עמדת הרוב, שכן לא כל עבירה חמורה שהיא הוכרה כעילת מעצר, אלא רק העבירות החמורות המנויות ברשימה שהופיעה בחוק. לכן, למשל, עבירות "צווארון לבן" לא נתפסו עוד כעבירות שחומרתן בלבד מצדיקה מעצר. אולם, מאידך גיסא, גם עמדת המיעוט של השופט אלון לא נתקבלה במלואה. שכן חומרת העבירה הוכרה בכל זאת, לפחות לכאורה, כעילת מעצר בעבירות החמורות במיוחד שנמנו בחוק.

למרות לשונו האמורה של סעיף 21א לחוק סדר הדין הפלילי, מחלוקת הפוסקים נותרה בעינה. מרבית השופטים בבית המשפט העליון סברו כי חומרת העבירה היא עילת מעצר מוכרת, גם אם עילה זו מוגבלת לעבירות החמורות שהופיעו ברשימת העבירות החמורות שבסעיף 21א(א)(2) לחוק¹⁰. השופט אלון, לעומת זאת, בראש מחנה המיעוט, נותר דבק בעמדתו, לפיה חומרת העבירה אינה עילת מעצר. לגישתו, כוונת המחוקק ברשימת העבירות החמורות שהופיעה בחוק לא הייתה ליצור עילת מעצר עצמאית אלא אך ליצור חוקה ראייתית, לפיה קיימת עילה "קלאסית" למעצר. כלומר, לפי עמדתו של השופט אלון, בעבירות החמורות התביעה אינה נדרשת להוכיח בראיות עצמאיות (כמו עבר פלילי) את מסוכנותו של הנאשם או את החשש לשיבוש הליכי משפט על-ידו, אלא עצם ייחוסה של העבירה החמורה לנאשם (כאשר קיימות כנגדו ראיות לכאורה) יש בה כדי לבסס קיומה של עילה מעילות מעצר אלו. אולם, עדיין, הטעם למעצרו של נאשם בעבירה חמורה אינו חומרת העבירה כשלעצמה¹¹.

עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נראה כי החל להסתמן שינוי בפסיקה, ונראה כי יותר ויותר שופטים נטו לקבל את עמדתו של השופט אלון, לפיה חומרת העבירה אינה עילת מעצר עצמאית. שכן חוק היסוד מעגן בסעיף 5 את הזכות לחירות ממעצר:

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

9 בנוסף לעבירות החמורות שפורטו בסעיף 21א(א)(2), הכיר המחוקק בחומרת העבירה כעילת מעצר גם ביחס לעבירות החמורות במיוחד, שדינן מיתה או מאסר עולם (הכוונה כאן בעיקר לעבירות הרצח והריגול החמור). ביחס לעבירות אלו קבע המחוקק כי המעצר הוא חובה. וכך היא לשון סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי, שהוסף גם הוא בתיקון התשיעי:

"הוגש כתב אישום בשל עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם חובה או בשל עבירה לפי פרק ז' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שדינה מאסר עולם, יצווה בית המשפט על מעצרו של הנאשם אם נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שקיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה".

10 ראו, למשל, בש"פ 279/89 כהן נ' מ"י, פ"ד מג(1) 573; בש"פ 496/89 מ"י נ' יונה, פ"ד מג(2) 450; בש"פ 2611/91 מ"י נ' שם-טוב, פ"ד מה(3) 645; בש"פ 3717/91 מ"י נ' גולדין, פ"ד מה(4) 807.

11 ראו, למשל, פרשת לבן, לעיל הערה 8; בש"פ 341/89 מ"י נ' ממון, פ"ד מג(2) 441; בש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מ"י, פ"ד מה(5) 573; בש"פ 5700/91 אבידן נ' מ"י, פ"ד מו(1) 677; בש"פ 2169/92 מויסה נ' מ"י, פ"ד מו(3) 338.

סעיף 8 לחוק היסוד מוסיף וקובע, אמנם, כי ניתן לפגוע בזכות לחירות ממעצר בהתקיים התנאים הקבועים בו:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק החולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

אולם עדיין שאלה היא אם מעצרו של אדם מטעמים של חומרת העבירה בלבד עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8. בפרשת גנימאת¹² הביע השופט גולדברג במפורש את עמדתו לפיה –

אם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן היה להעמיד את עילת המעצר שבסעיף 21א(2) לחוק סדר הדין הפלילי, על תכלית הרתעתית, איני סבור כי ניתן עוד עתה, לאחר חוק-היסוד, לאמץ גישה זו אף שהייתה לגיטימית בשעתה¹³.

כלומר, לפי גישה זו, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועילת המעצר של חומרת העבירה אינם עולים בקנה אחד זה עם זה.

עם חקיקתו של חוק המעצרים נראה, לכאורה, כי הגענו לסוף הדרך: המחוקק קיבל במפורש, כאמור בראשיתם של דבריו, את עמדתו העקרונית של השופט אלון, לפיה חומרת העבירה אינה עילת מעצר עצמאית¹⁴; כאשר מיוחסת לנאשם עבירה חמורה, מן העבירות החמורות המנויות בהוק, קמה חזקה ראייתית – וחזקה ראייתית בלבד – בדבר מסוכנותו של הנאשם.

ב. חומרת העבירה כעילת מעצר

1. הגדרתה של עילת החומרה

עילת המעצר של חומרת העבירה מורכבת, למעשה, משתי עילות משנה, והן:
א. הרתעה של נאשמים פוטנציאליים אחרים מלבצע את העבירות המיוחסות לנאשם.

12 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355.

13 דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 2, בעמ' 630–631.

14 ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק המעצרים, בהם נאמר כי:

"בסוגית עילת המעצר עד תום ההליכים, המבוססת על חומרת העבירה, מוצע שינוי; השינוי הוא בהכרעה במחלוקת השופטים, בשאלת המעצר עד תום ההליכים בעילה של חומרת העבירה בלבד. הצעת החוק מצדיפה את גישתו של כב' השופט אלון במחלוקת שבינו לבין חלק משופטי בית המשפט העליון בשאלה זו" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה–1995, ה"ח 306, 308).

ב. שמירה על ארון הציבור במערכת המשפט.

התווית "חומרת העבירה" כעילת מעצר דבקה ככינוי בשתי עילות משנה אלו – שתכליתן הרתעה ושמירה על ארון הציבור – משום שבעבירות החמורות בולט במיוחד הצורך להרתיע עבריינים פוטנציאליים והצורך לשמור על ארון הציבור במערכת המשפט. הגדרתה של עבירה כעבירה חמורה, לצורך התווית האמורה, לא התבססה רק על העונש הצפוי למבצע העבירה, כהגדרתו של עונש זה בספר החוקים, אלא גם על נתונים נוספים, כגון שכיחותה של העבירה, נסיבות ביצועה, הנזק לקורבן, וכיוצא באלו נתונים¹⁵.

ייחודה של עילת המעצר של חומרת העבירה על שני ראשיה – הרתעה ושמירה על ארון הציבור – בהשוואה לעילות המעצר הקלאסיות של חשש לשיבוש הליכי משפט ושל חשש למסוכנות, נעוץ בכך שבעוד שעילות המעצר הקלאסיות צופות את פני התנהגותו של הנאשם הספציפי, האינדיבידואלי, שעניינו עומד לדיון בבית-המשפט, הרי עילת המעצר של חומרת העבירה צופה – במקרה של העילה ההרתעתית – את פני התנהגותם של עבריינים אחרים, שאינם הנאשם עצמו, ובמקרה של העילה שעניינה שמירה על ארון הציבור – את תגובתו של הציבור על החלטה לשחרר אדם ממעצר.

על-מנת לעמוד על מאפיין זה של עילת החומרה – מאפיין חוסר האינדיבידואליות – נסתייע בשתי דוגמאות. הדוגמא האחת לקוחה מפרשת טרודי¹⁶, והיא תמחיש לנו את ההבדל בין עילת המעצר הקלאסית של שיבוש הליכי משפט ובין העילה של חומרת העבירה. הדוגמא השנייה לקוחה מפרשת גנימאת, והיא תמחיש לנו את ההבדל בין עילת המעצר הקלאסית של מסוכנות ובין עילת המעצר של חומרת העבירה.

בעניין טרודי דובר בנאשמים, חיילי משמר הגבול, שהאשמו בכך שניסו להדיח עדי תביעה. עדי התביעה הללו אמורים היו להעיד בפרשה שעניינה היה נורמות חקירה פסולות של שוטרים ממחלק המיעוטים של מחוז ירושלים, נורמות שבאו לעולם בזמן המאבק המשטרתי כנגד פעילות חבלנית עוינת בעיצומה של תקופת האינתיפאדה במזרח ירושלים¹⁷. ענייננו כאן הוא בבקשה למעצרו של חיילי מג"ב, שהאשמו, כאמור, בהדחת העדים. בנסיבות המקרה, הייתה קיימת, אמנם, עילה קלאסית למעצרו של החיילים, היא העילה של חשש לשיבוש הליכי משפט. שכן העבירה בה הואשמו החיילים העידה על קיומו של יסוד סביר לחשש כי אם החיילים לא ייעצרו הם עצמם עשויים לשוב ולנסות להדיח עדים. אולם, התביעה בעניין טרודי לא ביקשה לעוצרו בשל חשש זה, היינו בשל החשש כי הם עצמם ישובו וינסו להדיח עדים¹⁸, אלא התביעה בעניין טרודי

15 השוו הגדרתו של הנשיא ברק לחומרת העבירה כשיקול להעמדה לדין של נאשם, בבג"צ 935/89, גנור ג' י"מ, פ"ד מד(2) 485, 510.

16 בש"פ 5890/91 טרודי ג' מ"י, פ"ד מו(1) 553.

17 על הפרשה בה אמורים היו עדי התביעה להעיד, ראו ע"פ 6702/95, 7326, 7461 טרודי ג' מ"י, פ"ד נא(4) 607.

18 התביעה שם לא ביקשה להסתמך על חשש זה, של חשש לשיבוש הליכי משפט מצידם של הנאשמים עצמם, כעילת מעצר משום שלחשש זה נמצא פתרון ברמות חלופת מעצר בבית הוריהם

ביקשה לעוצרם בשל החשש כי אם הם לא ייעצרו עשויים שוטרים אחרים לנסות ולהדיח את עדי התביעה בפרשה הרגישה, שעניינה נורמות החקירה הפסולות, פרשה שהסעירה בזמנו את שוטרי מתלק המיעוטים ואת המקורבים להם. התביעה טענה, אם כן, כי עילת המעצר הרלוונטית כאן היא העילה הקלאסית של חשש לשיבוש הליכי משפט, כשהחשש לשיבוש נובע, לגישת התביעה, מנאשמים פוטנציאליים אחרים ולא מהנאשם עצמו. אולם, השופט אלון דחה את טיעונה זה של התביעה, בהבהירו שהעילה הקלאסית, שעניינה חשש לשיבוש הליכי משפט, היא עילה הצופה את התנהגותו של הנאשם האינדיבידואלי (או מי מטעמו) ולא עילה הרתעתית – היא העילה של חומרת העבירה – הצופה התנהגותם של עבריינים אחרים בכוח.

באופן דומה לפרשת טרודי, העיון בפרשת גנימאת יבהיר לנו כי עילת המעצר הקלאסית של חשש למסוכנות היא עילה הצופה את התנהגותו של הנאשם האינדיבידואלי העומד לדין, בעוד העילה של חומרת העבירה היא עילה הרתעתית, הצופה התנהגותם של עבריינים פוטנציאליים אחרים. בפרשת גנימאת דובר בנאשם כבן 21, תושב חברון, שהואשם בשתי עבירות של גניבת כלי רכב מאזור ירושלים והובלתם לאזור חברון. העבירה של גניבת כלי רכב הינה, כידוע, "מכת מדינה", ולפיכך בדיון הראשון בפרשת גנימאת, ביקשה התביעה את מעצרו של הנאשם כדי להרתיע גנבי רכב פוטנציאליים אחרים, וכדי לשדר לשותפים בתעשיית גניבות הרכבים מסר ברור לפיו רשויות אכיפת החוק יעשו כל אשר לאל ידם כדי להלחם ב"מכת המדינה" האמורה¹⁹. אולם, על דעת כל שופטי ההרכב, נדחה ניסיון זה של התביעה להסוות²⁰ את עילת המעצר של חומרת העבירה ולהציגה כעילת מעצר של מסוכנות. השופטים הבהירו כי חשש המסוכנות פירושו חשש כי הנאשם האינדיבידואלי, גנימאת עצמו, ישוב ויגנוב מכוניות אם לא ייעצר, ולא החשש – לו טענה התביעה – כי נאשמים פוטנציאליים אחרים ישאבו עידוד משחרורו של גנימאת, ויגנובו אף הם מכוניות. ואכן, בדיון הנוסף בפרשת גנימאת חזרה בה המדינה מטיעונה ההרתעתי כטיעון המבסס את מעצרו של הנאשם, והבהירה כי מעצרו של גנימאת מתבקש על ידה רק בשל החשש כי גנימאת עצמו ישוב ויגנוב מכוניות אם לא ייעצר²¹.

של הנאשמים, המרוחק עד מאוד מביתם של עדי התביעה. ראו פרשת טרודי, לעיל הערה 16, בעמ' 557-558.

19 בש"פ גנימאת, לעיל הערה 12, בעמ' 374.

20 הצורך בהסוות העילה של חומרת העבירה נבע מכך שהעבירה של גניבות רכבים, שיוחסה לגנימאת, לא הופיעה ברשימת העבירות החמורות שבסעיף 21א(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי דאז.

21 ראו דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 12, בעמ' 610.

2. חומרת העבירה כעילת מעצר והחלופה למעצר

לכאורה, ניתן לטעון כי ההבדל בין הגישה המכירה בחומרת העבירה כעילת מעצר ובין הגישה המכירה בחומרת העבירה כחזקה ראייתית בלבד, הוא הבדל שהוא תיאורטי בעיקרו, שכן, לפי שתי הגישות, כאשר מיוחסת לנאשם עבירה חמורה, התוצאה הסופית תהיה מעצרו של הנאשם. אכן, ייתכן כי יש ממש בטיעון זה. אולם, אם בכל זאת קיים בין הגישות הבדל מעשי, נראה כי עיקרו של ההבדל הוא בנושא החלופה למעצר. אבהיר את דבריי.

סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים קובע כי החלופה למעצר צריכה "להשיג את מטרת המעצר". כאשר העילה למעצרו של הנאשם היא חומרת העבירה, מטרת המעצר היא הרתעה ושמירה על אמון הציבור. לכן, במקרים אלו כמעט לעולם לא תימצא חלופה למעצרו של הנאשם. שכן ביסודה של עילת מעצר זו מונח הרעיון כי עבריינים פוטנציאליים לא יורתעו אלא על ידי מעצר בפועל של הנאשם, וכי הציבור לא יבין החלטה שאינה החלטת מעצר בפועל. כלומר, לפי גישה זו, דינו של נאשם, לו מיוחסת עבירה חמורה, הוא, כמעט לעולם, מעצר. היטיב להבהיר נקודה זו, בזמנו, השופט ברק (כתוארו אז), גם אם על דרך הקיצוניות:

האם ניתן להשיג מטרה זו, העומדת ביסוד המעצר בשל חומרת העבירה, שלא בדרך מעצר בפועל? התשובה הינה, כי הדבר תלוי בנסיבות העובדתיות, המבססות את האישום. אכן, ברבים מהמקרים, לא ניתן יהיה להשיג את מטרות המעצר שלא בדרך מעצר... אך לא בכולם. ...היעילות של אכיפת החוק לא תפגע, אם מי שעבר לכאורה עבירה חמורה לא נעצר כיוון שהוא נמצא במצב של גסיסה...²²

כלומר, רק בנסיבות קיצוניות – כגון גסיסתו של הנאשם – בהן יש לצפות כי הציבור יבין מדוע הנאשם לא נעצר, רק בהן יש מקום לחלופת מעצר. לעומת זאת, כאשר עילת המעצר גם בעבירות החמורות היא אחת מן העילות הקלאסיות, אזי יש מקום, לעתים, לחלופת מעצר, ובלבד שחלופת המעצר תבטיח כי הנאשם האינדיבידואלי לא יסכן את בטחון הציבור ולא ישבש הליכי משפט²³. הנה כי כן, ההבדל המעשי בין הגישה הרואה בחומרת העבירה עילת מעצר עצמאית ובין הגישה הרואה בחומרת העבירה חזקה ראייתית בדבר חשש לשיבוש הליכים ולמסוכנות, ככל שהבדל כזה קיים, הוא בנכונות להיעתר ולבתון קיומן של חלופות מעצר.

22 פרשת גולדין, לעיל הערה 10, בעמ' 814.

23 ראו דבריו של השופט אלון בפרשת לבן, לעיל הערה 8. כן ראו דבריו של השופט חשין בבש"פ 2092/95 טלקר נ' מ"י, פ"ד מט(1) 644.

3. הסוואתה של חומרת העבירה כעילת מעצר קלאסית

כאמור בראשיתם של דברים, לטענתי, שופטים מסווים, לעתים, את העובדה שמעצרו של הנאשם מתבסס, לאמתו של דבר, על עילת המעצר של חומרת העבירה. נעיין בארבע החלטות מייצגות, בהן הסווה בית המשפט את עילת המעצר של חומרת העבירה והציגה כעילת מעצר אחרת, על-פי רוב כעילה של מסוכנות. שתיים מן החלטות אליהן אתייחס – ההחלטה בעניין ממון²⁴ וההחלטה בעניין שטרית²⁵ – הן החלטות שקדמו לחוק המעצרים, אולם הן ניתנו על ידי שופטים שסירבו להכיר בחומרת העבירה כעילת מעצר (השופטים אלון וחשין). שתיים מן החלטות – ההחלטה בעניין אברהם²⁶ וההחלטה בעניין צורני²⁷ – הן החלטות שניתנו לאחר חוק המעצרים.

ההחלטה בעניין ממון ניתנה, כאמור, על-ידי השופט אלון טרם חקיקתו של חוק המעצרים. בעקבות רצחתו של החייל אבי ספורטס ז"ל ובשעה שהוא הובא לקבורה, התלהטו היצרים, ובמסגרת זו, הנאשם ממון זרק, לכאורה, בקבוק תבערה אל עבר כלי רכב נוסעים מתוך כוונה לפגוע בערבים. התביעה ביקשה את מעצרו של ממון, אולם בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה, וציווה על שחרורו של ממון בתנאים. טעמו של בית המשפט המחוזי לכך היה שהשלכת בקבוק התבערה נעשתה בעת של סערת רגשות חד פעמית, ומכיוון שכך ניתן להסיר את החשש שהנאשם ישוב ויבצע עבירות באמצעות חלופת מעצר מתאימה: בית המשפט אכר על הנאשם להשתתף בהפגנות או בפעולות מתאחד עד לסיום משפטו. החלטתו של בית המשפט המחוזי לשחרר את ממון גרמה לסערה ציבורית, כאשר התקשורת הציגה את השופט, שציווה על השחרור, כמי שנגוע באפליה פסולה לרעתם של ערבים. המדינה עררה על החלטת השחרור, ועררה נתברר בפני השופט אלון. השופט אלון קיבל את הערר, וציווה על מעצרו של ממון.

לדעתי, החלטה זו של השופט אלון יסודה בצורך לשמור על אמון הציבור במערכת המשפט, כלומר מעצרו של ממון התבסס על עילת המעצר של חומרת העבירה. אמנם כן, השופט אלון הקפיד להשתמש ברטוריקה של מעצר בשל מסוכנותו של הנאשם לציבור, היינו בשל החשש כי ממון עצמו ישוב ויבצע עבירות אם לא ייעצר. אולם לצד רטוריקה זו, אמר השופט אלון גם את הדברים הבאים, מהם משתמע השיקול ההרתעתי במעצר והשיקול שעניינו שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט:

וגדול החשש שמי שכבר התפתה יחזור ויתפתה וימצא אחרים שיתפתו
לעשות דין לעצמם ולהגיב על מעשים אלה שלא באמצעות השלטון

- | | |
|----|--|
| 24 | בש"פ 341/89 מ"י נ' ממון, פ"ד מג(2) 441. |
| 25 | בש"פ 2224/94 מ"י נ' שטרית, תק-על 94(2) 1653. |
| 26 | בש"פ 4563/98 אברהם נ' מ"י, תק-על 98(2) 74. |
| 27 | בש"פ 4077/98 מ"י נ' צורני ואח', תק-על 98(2) 237. |

והגורמים המוסמכים המופקדים על כך; ונמצא שלטון החוק נפגע ואיש את רעהו חיים בלעו.²⁸

בנוסף, העיון בהחלטה מגלה כי השופט אלון לא בחן כלל האם קיימת חלופה למעצרו של ממן, והאם ניתן להבטיח, למשל באמצעות "מעצר בית", כי ממן עצמו לא ישוב ויבצע עבירות מעין אלו שיוחסו לו, והרי נכונות זו מבטאת, כאמור, את ההבדל המרכזי בין עילת החומרה ובין עילות המעצר הקלאסיות. על כן דעתי היא כי אפילו השופט אלון הכיר, בפועל, בחומרת העבירה כעילת מעצר, גם אם הכרה זו צומצמה על ידי השופט אלון למקרה שעורר סערה ציבורית כה עזה, דוגמת המקרה של ממן. באופן דומה, בעניין שטרית הכיר השופט חשין, בפועל, בעילת המעצר של חומרת העבירה. השופט חשין, בדומה לשופט אלון, נמנה על השופטים שסברו עוד קודם לחוק המעצרים כי אין מקום להכרה בעילת המעצר של חומרת העבירה. במיוחד ידועה בהקשר זה החלטתו של השופט חשין בעניין טלקר, שם הבהיר השופט חשין בהרחבה את עמדתו האמורה.²⁹ בכל זאת, בעניין שטרית הכיר השופט חשין, כאמור, בעילת החומרה. בעניין שטרית דובר בנאשמים, חיילי משמר הגבול, שהתעללו בערבי, בשעה שידיו היו כבולות. בית המשפט המחוזי שחרר את הנאשמים ל"מעצר בית". ערר שהגישה המדינה על החלטת השחרור נתקבל על ידי השופט חשין, אשר ציווה על מעצרים של הנאשמים. בהחלטתו השתמש השופט חשין ברטוריקה מובהקת של חומרת העבירה, תוך שהוא מתעלם לחלוטין, מעשית, מבחינתן של חלופות מעצר:

מה לנו שמדברים אנו בכבוד האדם וחירותו כזכות יסוד של האדם; מה לנו שמדברים אנו על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, וכי יש לכבד כל אלה ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל; מה לנו שמדברים אנו על איסור פגיעה בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם. כל מלים אלו – המבטאות ערכי יסוד של חברה, של עם ושל אדם – יינשאו ברות ויפוצו אל-כל-עבר אם ניטול היתר לעצמנו לעבור אל יום המחרת על מעשים אלה הנעשים נגד עינינו, ולא נאמר דברינו צלול וברור. עם ישראל מצוי עתה בתקופה קשה של חייו. אירועים שיבואו אפשר יקשו עלינו ואולי אף יקשו במאוד-מאוד. בתוך כל אלה מחובתנו הראשונה היא לשמור על צלם-האנוש שבנו, שארועים שסביבנו לא יפגעו בנו ובטפנו ויהפכו אותנו לחיית-יער... ענייננו בעבירה שאם תפשה במחנה תביא להרס החברה בה חיים אנו, להתפוררות מוסדי שלטון. מה לי אסכולה מקילה מה לי אסכולה מחמירה. אם כך ייפרעו פרעות בישראל, לא תיכון ממלכה ולא תישמר מדינה... יצא הקול וילך מקצה הארץ ועד קצה: יישמע וידעו הכל, כי לא נשקוט ולא

28 פרשת ממן, לעיל הערה 24, בעמ' 448 (ההדגשה הוספה).

29 פרשת טלקר, לעיל הערה 23.

ננוח עד אשר ירפא לנגע ויהודי לא יתעלל באדם, לא ביהודי, לא בערבי ולא בכל האדם.³⁰

הנה כי כן, גם לפני חוק המעצרים, בנסיבות קיצוניות, שופטים שכרגיל סירבו להכיר בעילת המעצר של חומרת העבירה, הכירו בעילה זו בפועל.

הוא הדין לאחר חוק המעצרים. למרות לשונו הברורה של המחוקק, מצאנו החלטות שמשתמשות ברטוריקה של חומרת העבירה. כך היה בעניין אברהם. דובר שם בנאשם, שהואשם בדקירה שאירעה במסגרת קטטה בכניסה לפאב. השופט שטרסברג-כהן, שאישר את מעצרו של הנאשם, אמר שם את הדברים הבאים:

האירוע משקף פרשיה עגומה שלצערנו, חוזרת ומתרחשת במקומותינו, כאשר אנשים צעירים, בעלי סף גירוי נמוך, פותרים סכסוכים ולו הקלים ביותר, באלימות, בכוחנות, ללא ריסון עצמי ובת-תרבות הסכין ומסכנים חייהם שלהם וחייהם של אחרים... המעשים שמיוחסים לעורר [הנאשם] מעמידים חזקת מסוכנות והמסוכנות היא מסוכנות של ממש המאיימת על שלומו, רווחתו, שלמות גופו וחייו של הזולת. יש להרחיק את העורר ושכמותו מן הציבור ומיחידיו בגין מסוכנותם ואין להמעית בערך ההרתעה גם בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים, בגין מעשים מסוג זה. ידע העורר וידעו אחרים כי מי שמעורב בעימותים אלימים בהם משתמשים בנשק חם או קר, ירחק מרחובה של עיר ומקרבתם של קורבנות פוטנציאליים.³¹

כלומר, בצד איזכורה של עילת המסוכנות, נעשה שימוש מובהק ברטוריקה של עילת חומרת העבירה, שעניינה בצורך להרתיע עבריינים פוטנציאליים אחרים.

בדרך דומה הלך השופט זמיר בעניין צורני. דובר שם בבקשתה של התביעה להאריך את מעצרו של הנאשם – שהואשמו בעבירות של "פרוטקשן" – מעבר לתשעה חודשים. הנאשם טען כי בשל התמשכות המשפט, יש מקום לשחררו בתנאים

30 פרשת שטרית, לעיל הערה 25, בסוף ההחלטה. עם זאת, אעיר, למען שלמות התמונה, כי ההחלטה בפרשת טלקר ניתנה על ידי השופט חשין לאחר ההחלטה בעניין שטרית.

31 פרשת אברהם, לעיל הערה 26, בפסקה 4 להחלטה (ההדגשות דוספו). כן ראו, ברוח זו, דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בבס"פ 4556/98 מ"י נ' חמיים, תק"על 2)98.55. דובר שם בנאשם, תושב השטחים, שהואשם בקבלת רכב גנוב. השופטת שטרסברג-כהן, בשעה שציוותה על מעצרו, אמרה את הדברים הבאים:

"מתן הזדמנות למשיב [הנאשם] להתחמק מלתת את הדין על עבירות שביצוען בישראל מיוחס לו, מעביר מסר שלילי למשיב ולכל המתגוררים בשטחים השולחים יד ב'תעשיית' גניבת כלי רכב בישראל וסחר בהם ומסיר מעליהם את מוראו של תחוק. יש בכך אור ירוק למשיב ולשכמותו להמשיך במעשים המיוחסים להם, ללא חשש מפני הצורך לתת את הדין על מעשיהם" (שם, בפסקה 10 להחלטה. ההדגשות דוספו).

מגבילים, שיסירו את החשש למסוכנות. אולם, השופט זמיר דחה טענה זו, וקיבל את בקשת המדינה להארכת מעצר באומרו את הדברים הבאים:

ההערכה שלי לגבי המסוכנות של המשיבים שונה [מהערכתו של הסניגור]... דרך זאת [דרך ה"פרוטקשן"] מייצגת סוג חדש של עבריינות הפושה בישראל כמו נגע, זאת העבריינות של סחיטת דמי חסות. סוג זה של עבריינות טומן בחובו סכנה חמורה, כפי שניתן ללמוד מן הגסיון במדינות אחרות, בהן שימשה עבריינות כזאת בסיס להתפתחות של ארגוני פשע מסוכנים. ארגונים כאלה, גם אם הם פועלים תחילה כשולי העולם העברייני, בעיקר בתחום הזנות וההימורים, נוטים לגלוש לתחומים נוספים, עד כדי איום על מוסדות השלטון ויסודות החברה. לכן, המסוכנות הנובעת מן המשיבים אינה מוגבלת לסכנת פגיעה במנהלים אלה או אחרים של מכונים לנערות ליווי, ואף לא רק לסכנת השפעה על עדים במשפטם, אלא טמונה בה סכנה, כמו בגידול ממאיר, של שלוחות לאברים אחרים של גוף החברה. ואין בית המשפט אמור להתעלם מסכנה זאת. כאשר סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) קובע כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים, בין היתר, בשל חשש לבטחון הציבור, אין הוא מחייב את בית המשפט לבחון את החשש רק במעגל צר של סכנה לאדם זה או אחר, אלא הוא מאפשר לבית המשפט לבחון את החשש גם במעגל רחב של סכנה לציבור הרחב. זוהי סכנה הנובעת מסוג העבירה. פוטנציאל הסכנה הטמון בסוג העבירה, לא רק למי שעלול להיפגע באופן אישי ממעשה העבירה, אלא גם לציבור שעלול להיפגע באופן עקיף, עד כדי שיבוש אורחות החיים, עשוי להוסיף משקל למסוכנות המיידית של הנאשם. תוספת המשקל עשויה להשפיע על האיזון הנדרש בין השיקול של מסוכנות לציבור לבין השיקול של חירות האדם.³²

הוא שאמרנו. בצד הרטוריקה שעניינה עילת המסוכנות, מופיעה רטוריקה שעניינה חומרת העבירה, כשיקול עזר, שיש בו, לעתים, כדי להכריע את הכף לטובת מעצר.

ג. המשפט הראוי בעבירות מין ו אלימות במשפחה

1. הפגיעה בקורבן העבירה

ראינו כי קיימת בפסיקה נטייה להסוות, במקרים מתאימים, את עילת החומרה ולהציגה כעילת מעצר קלאסית. הצורך בהסוואתה של עילת החומרה נובע מההתנגדות הנרחבת

32 פרשת צירני, לעיל הערה 27, בעמ' 239.

שיש לעילת מעצר זו, התנגדות שהביאה לביטולה של עילת התומרה בחוק המעצרים. יסודה של התנגדות זו כפגיעה הקשה שעילת התומרה פוגעת בחזקת החפות מפשע. שכן עילת התומרה, בפן ההרתעתי שלה, היא עילה הצופה פני התנהגותם של עבריינים פוטנציאליים אחרים, ולא עילה הצופה פני התנהגותו של הנאשם האינדיבידואלי. מכאן הקושי המושגי והעקרוני הטמון בעילת מעצר זו: עילה זו מבקשת, למעשה, "להעניש" את הנאשם, שהוא בחזקת חף מפשע, על מנת לכונן התנהגותם של אחרים. בפן שעניינו שמירה על אמון הציבור, צופה העילה של חומרת העבירה את תגובתו של הציבור על ההחלטה לשחרר את הנאשם, וגם כאן טמון קושי מושגי ועקרוני: תגובתו המסתייגת של הציבור מהחלטה שלא לעצור נאשם מסוים, יסודה, לאמתו של דבר, בכך שהציבור לא הפנים את חזקת החפות מפשע. כלומר, הציבור סבור – למרות חזקת החפות מפשע – כי הנאשם אשם בעבירה שיוחסה לו, ולכן הציבור אינו מסוגל להבין את ההחלטה שלא לעצרו. ההכרה בעילת מעצר המתחשבת כאמונו זה של הציבור עשויה, אם כן, לתת משנה תוקף לחוסר ההפנמה של חזקת החפות מפשע.

למרות שיש טעם רב בהתנגדות העקרונית לעילת התומרה, ראינו כי בנסיבות קיצוניות שופטים מתקשים להתעלם מעילת התומרה. לדעתי, אותה אבקש מיד לבסס, בנסיבות המיוחדות הנוצרות כאשר מיוחסת לנאשם עבירה מין ו אלימות במשפחה, כך ראוי הוא שיהיה. שכן, עבירות מין ו אלימות במשפחה מתייחדות בכך שמדובר בהן בקורבן רגיש במיוחד. רגישותו המיוחדת של קורבן העבירה בעבירות מין ו אלימות במשפחה נעוצה במסר הכפול שהחברה והמשפחה משדרים אל קורבן העבירה, כשמהד גיסא, החברה מוקיעה, אמנם, את מבצע העבירה, אולם מאידך גיסא, ובה בעת, חלקים אחרים בחברה, וכן המשפחה והקורבן עצמו חשים שהקורבן הוא שמסב נזק לאיש מאנשי המשפחה, כביכול הקורבן הוא האשם³³. תעצומות נפש עזים נדרשים, אפוא, מקורבן

33 ראו, בעניין המלכוד בו מצוי קורבן העבירה בעבירות מין במשפחה, דבריו המרגשים של השופט אלון בע"פ 490/89 פלוגי ג' מ"י, פ"ד כה(4) 93, לעניין ענישתו של אב שאנס את בתו: "הקסינה נקלעה, איפוא, למצב בלתי נסבל... מצד אחד, מבקשת היא להשתחרר ממעשיו הנפשעים של אביה כלפיה, אך מצד שני, רצון זה הולך ונמוג, עקב חוסר תמיכה של משפחתה, ולא זו בלבד, אלא גם מפני 'האשמות' גלויות ונסתרות מצד אמה ומשפחתה, שבגלל דבריה באו כל הצרות והבושות על המשפחה, 'ובגללה' ייאסר אבי המשפחה לתקופה ארוכה ומהמשפחה יכרת מסה לתמה. הקסינה כמעט והיתה לנאשמת במקום למאשימה, שהרי אילו הבליגה ושחקת, 'הכל היה בא על מקומו בשלום'. דו-צדדיות אכזרית זו, תחתיה כורעות כתפיה הרכות של הקסינה – שהיא גם קרוב התעללות מצד אביה וגם קרוב האשמה מצד אמה ויתר בני משפחתה – נעשית יותר קשה ויותר אכזרית ככל שמתארכת תקופת המאסר שבה מצוי אביה, הן מצד האשמותיהם של בני משפחתה והן מצד מצוקתה הנפשית-פנימית של הבת, שנדמה לה שאולי היא זו הגורמת את הסבל למשפחתה ואולי אף לאביה (שעם חלוף הזמן 'לומדת' היא לסלוח לו ומתגברים בה רגשות רחמים ואהבה של בת כלפי אביה)".

כן ראו הספרות המקרית המצוטטת על ידי השופט אלון, שם, בעמ' 97–100.

העבירה בעבירות מין ואללימות במשפחה כדי לתקוף את קרובי-הנאשם, ושחרור הנאשם ממעצר עשוי להתפרש בעיני הקורבן – גם אם לא בצדק – כמתן לגיטימציה מצידה של החברה ומצידו של בית המשפט להתנהגותו של הנאשם כלפי הקורבן. בכך עשוי שחרורו של הנאשם ממעצר להפר את האיזון העדין בו מצוי הקורבן ממילא³⁴, ולגרום לקורבן לחזור בו מעדותו. כלומר, עניין לנו, במובן מסויים, בחשש לשיבוש הליכי משפט, אך המדובר בחשש מסוג מיוחד: החשש הוא לא מכך שהנאשם האינדיבידואלי, במעשה כלשהו שיעשה עם שחרורו, יגרום לקורבן לחזור בו מעדותו, אלא החשש הוא שעצם השחרור של הנאשם ישבש את הליכי המשפט, בשל הפרשנות שייתן הקורבן להחלטת השחרור. כמו־כן עניין לנו, במובן המסויים האמור, בחשש למסוכנות ולגרימת נזק לקורבן, אך, שוב, המדובר בחשש למסוכנות מסוג מיוחד: החשש אינו מהתנהגותו הצפויה של הנאשם האינדיבידואלי אלא מהנזק שייגרם לקורבן בשל הפירוש השגוי שייתן להחלטת השחרור.

לדעתי, יש מקום להתחשב בחשש מיוחד זה לשיבוש הליכי משפט ולגרימת נזק לקורבן. נכון הוא שהתחשבות זו פירושה, למעשה, התחשבות בחומרת העבירה, שכן עילת החומרה פירושה, בין היתר, כי ניתן להתחשב בשלב המעצר בצורך לשמור על אמון הציבור באפקטיביות של מערכת אכיפת החוק, וכאן טענתי היא כי בעבירות מין ואללימות במשפחה, ניתן להתחשב בצורך לשמור על אמונו של קורבן העבירה באפקטיביות של מערכת אכיפת החוק. אולם, עדיין, לדעתי, התחשבות זו ראויה היא, שכן התעלמות מתחושותיו של הקורבן עלולה, כאמור, הלכה למעשה, לשבש את הליכי המשפט, ובכך לסכל את היכולת של מערכת אכיפת החוק להיאבק בעבירות המין והאללימות במשפחה. וכן ההתעלמות האמורה מסבה לקורבן, בפועל, נזק, ועל־כן היא אינה הוגנת כלפיו.

אמנם כן, לכאורה, ניתן היה לטעון כי לעמדותי זו חשיבות תיאורטית בלבד, שכן, על־פירוב, כאשר מיוחסת לנאשם עבירה מין ואללימות במשפחה קיימת ממילא עילה

34 והשוו דבריו של השופט אלון שם, בעמ' 100, לעניין הצורך בענישה מחמירה של עברייני מין במשפחה:

"לא אחת מודגש, בנושא דיוננו, כי הענישה מהווה חלק הכרחי גם מההיבט הטיפול. יש בה משום מסר ברור וחד משמעי כי מעשה גילוי העריות הוא מעשה אסור הראוי לגינוי מוחלט, המהווה עבירה פלילית שעונשה בצידה. מסר זה דרוש הוא לקורבן העבירה הווקק ל'אישור מן החוק' כי אין הוא 'אשם' בביצוע מעשים אסורים שנעשו בו. הענישה דרושה גם ליתר המעורבים בענין, שאר בני המשפחה והעברין עצמו, כדי להעמיד דברים באורם הנכון, על משמעותם העובדתית, המוסרית והחוקית, של מעשים אשר בשום פנים ואופן אין להבליג על ביצועם".

ערה אני לכך כי דבריו אלו של השופט אלון נאמרו, כאמור, לעניין ענישתו של מי שהורשע בדיון, ואילו אני מדברת במי שסרס והרשע, והוא בחזקת חף מפשע. עדיין, למרות הקושי שבכך, יש, לדעתי, בדבריו של השופט אלון כדי להשליך לענייננו, היינו כדי ללמד על הצורך לשדר מסר ברור לקורבן העבירה, לפיו הוא אינו ה"אשם".

מעילות המעצר הקלאסיות למעצרו. אולם, נראה כי אין הדבר כן, וזאת בשל הצורך להידרש לנושא החלופה למעצר³⁵: במקרים לא מעטים, כאשר מתגלה קיומן של עבירות מין ואלימות במשפחה, קורבן העבירה מוצא מבית המגורים המשותף, ומועבר למעון חסוי, שהנאשם אינו יודע היכן הוא ממוקם. בנסיבות אלו, קיים לעתים משקל נכבד לטיעון שקיימת חלופה למעצר בדמות "מעצר בית" בבית המגורים. שכן, קורבן העבירה אינו שווה יותר בבית המגורים, ועל כן אין הוא צפוי לפגיעתו החוזרת של הנאשם ולניסיונותיו של הנאשם להדיחו מעדותו. בנסיבות האמורות, רק ההתחשבות בתחושותיו של קורבן העבירה, כלומר רק שקילת שיקולים שיסודם בחומרת העבירה, יכולה למנוע את שחרורו של הנאשם בתנאים. לדעתי, כך ראוי הוא לנהוג. שכן, נחשוב לרגע על ילדה קטנה, קורבן לעבירת מין או אלימות במשפחה, שאזרה עוז ויצאה כנגד אביה מולידה, וכעת היא "מוגלית" מבית המשפחה, בעוד אביה (אם היה עצור) חוזר לשם על פי צו בית המשפט. הלוא אך טבעי הוא שהילדה תסבור, גם אם בטעות, שאביה זכה ל"הכשר" מבית המשפט, בעוד היא "נענשת", כביכול, על כך שיצאה נגדו. ומדוע שמערכת המשפט תיתן יד לפגיעה זו בקטינה? לדעתי, כאמור, כאשר קיימת תשתית ראייתית איתנה, הקושרת את האב אל ביצוע העבירה, זכותה של הילדה לכבוד גוברת על חזקת החפות מפשע של אביה. ונזכור: זכותו של קורבן העבירה לכבוד מוגנת אף היא על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדבריו של הנשיא שמגר בעניין גנימאת:

מרביתם לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עימו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת הגולית החברתית, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם, תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העבריינים האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המיידי, התדיר והאפקטיבי על הקרבן 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. במלים 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 קרבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה; הכל בתקופת הביניים עד תום המשפט.³⁶

35 השווה הדיון בפרק ב.2. לעיל.

36 דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 12, בעמ' 620. עוד על זכויות הקורבן, ראו אליהו הרנון "עסקות סיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראוייה שבין התביעה לבית המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כו 543, 579 ואילך (תשנ"ז); Leslie Sebba "Will the 'Victim Revolution' Trigger a Reorientation of the Criminal Justice System" 31 *Israel L. Rev.* 379 (1997). כן ראו את

2. הפסיקה בעבירות מין ואליומות במשפחה

ואכן, כבר עתה ניתן למצוא בפסיקה התחשבות בחומרת העבירה כעילת מעצר בעבירות מין ואליומות במשפחה, התחשבות שיסודה ברגישותו המיוחדת של קורבן העבירה בעבירות אלו. להתחשבות זו שני ביטויים: האחד, יצירתה של חוקת שיבוש הליכים בעבירות מין ואליומות במשפחה. השני, נכונות מפורשת להתחשב בתחושותיו של קורבן העבירה ובנזק שנגרם לו כתוצאה מקבלתה של החלטה שיפוטית, המורה על שחרורו של הנאשם מן המעצר. נעניין בשני ביטויים אלו מקרוב.

(i) חוקת השיבוש. סעיף 21 לחוק המעצרים קובע כי נאשם, שמיוחסת לו עבירת אליומות במשפחה, חזקה היא כי הוא מסוכן לציבור. באה הפסיקה ויצרה חוקה נוספת, ולפיה, כאמור, מי שמיוחסת לו עבירת מין או אליומות במשפחה חזקה היא, בשל רגישותו המיוחדת של קורבן העבירה, ששחרורו של הנאשם עלול לשובש הליכי משפט³⁷. היגיונה של הפסיקה שיצרה את החזקה האמורה הוא זה: בעבירות מין ואליומות במשפחה מערכת היחסים בין קורבן העבירה ובין הנאשם היא הדוקה וסבוכה, והנאשם עשוי בקלות רבה להטות את הקורבן מעדותו. וכן, קורבן העבירה נתון במצב רגיש ופגיע, ושחרורו של הנאשם עשוי להוסיף לפגיעותו זו. מכאן החשש הטבוע לשיבוש הליכי משפט, חשש שאינו טעון הוכחה בראיות עצמאיות. לדעתי, חזקה זו – חוקת השיבוש – ראוייה היא, ומבטאת היא נכונה את החשש האמיתי מפני שיבוש הליכי משפט. אך בנוסף יש בה, בחזקה זו, משום מעטה לרצון – שהוא בעיניי ראוי – להתחשב בתחושותיו של קורבן העבירה.

(ii) הגזק הנפשי לקורבן. במספר החלטות, ניתן לגלות התחשבות מפורשת בתחושותיו של קורבן העבירה ובנזק הנפשי הנגרם לו מן השחרור כטעם לדחייתה של חלופת מעצר. נעניין בשתי החלטות מייצגות: החלטתה של השופטת שטרסברג-כהן בבש"פ 1696/95³⁸ והחלטתה של השופטת דורנר בבש"פ 3142/99³⁹.

בבש"פ 1696/95 דובר באדם, שהואשם בסדרה של עבירות מין חמורות, שביצע לכאורה במשך תקופה של כשש שנים בבתו הקטינה. בעקבות גילויים של המעשים הללו, הוצאה הבת מבית המגורים, היא שהתה בפנימייה, וכל מגע בינה ובין הוריה נאסר. לפיכך, עלתה בנסיבות המקרה – ובעוצמה – השאלה של קיומה של חלופת

ספרו המקיף של פרופ' סבה בתחום: *Leslie Sebba Third Parties – Victims and the Criminal Justice System* (1996).

37 להלן מספר החלטות מייצגות, בהן הוכר החשש הטבוע לשיבוש הליכי משפט: בבש"פ 665/97 מ"י ג' פלוגי, תק-על (1)97:88; בבש"פ 2415/95 פלוגי ג' מ"י, תק-על (2)95:119; בבש"פ 3423/91 אלמוגים ג' מ"י, תק-על (3)91:2750. הפסיקה המשיכה להכיר בחוקת השיבוש בעבירות מין ואליומות במשפחה גם לאחר חקיקתו של חוק המעצרים. ראו, למשל, בבש"פ 1334/98 פלוגים ג' מ"י, תק-על (1)98:221; בבש"פ 964/99 מ"י ג' פלוגי, תק-על (1)99:768.

38 בבש"פ 1696/95 מ"י ג' פלוגי, תק-על (1)95:925.

39 בבש"פ 3124/99 פלוגי ג' מ"י, תק-על (2)99:500.

מעצר. שכן, כפי שעמדנו על כך, ניתן היה, לכאורה, לשחרר את הנאשם ל"מעצר בית" בבית המגורים המשפחתי, כאשר בשל הימצאותה של הבת בפנימייה ניתן היה לצפות לכך שהיא לא תגיע אל הבית, ולא תימצא בסכנה מטעם האב. למרות האמור לעיל, דחתה השופטת שטרסברג-כהן את האפשרות לשחרר את הנאשם ל"מעצר בית", והיא ציוותה על מעצרו, בין היתר, בשל החשש מפני הפרשנות השגויה שהקטינה עשויה לתת להחלטת השחרור:

שחרור ממעצר ולו בתנאים, מעביר מסר שלילי לקורבן העבירה, שבעניינו, הוא קטינה העומדת מול משפחתה וצריכה לגלות אומץ לב מיוחד כדי לעמוד בגילוי המעשים הנקלים שנעשו בה.⁴⁰

באופן דומה נהגה השופטת דורנר בבש"פ 3142/99. דובר שם באדם, שהואשם בכך שבמשך ארבע וחצי שנים ביצע מעשי אונס ומעשים מגונים בבתו החורגת הקטינה. הנאשם היה משוחרר בערובה בשלב החקירה, אולם לאחר הגשת כתב האישום ציווה בית המשפט המחוזי על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים. בעררו לבית המשפט העליון ביקש הנאשם להשתחרר בחלופת מעצר, תוך שהוא עומד על כך כי בינתיים הוא ואמה של הקטינה נתגרשו. אולם השופטת דורנר דחתה את הערר, וזאת, בין היתר, בשל הנזק הנפשי שעלול להיגרם לקטינה כתוצאה משחרורו של הנאשם ממעצר. ונדגיש: השופטת דורנר התחשבה בנזק האמור אף על פי שהמדובר בנזק שאינו נובע מהתנהגותו הצפויה של הנאשם האינדיבידואלי עם שחרורו אלא מדובר בנזק הנובע מעצם ההחלטה בדבר שחרורו של הנאשם ממעצר. כדבריה:

אף את טענתו של העורר [הנאשם] לפיה ראוי להיזקק בעניינו לחלופת מעצר יש לדחות. שכן, אל מול זכותו של העורר לחירותו ניצב החשש לשלום הציבור ולבטחונו. חשש זה משתרע אף על פגיעה נפשית העשויה להיגרם לקרבן העבירה כתוצאה משחרור הנאשם, והוא קיים בעיקר לגבי קורבן עבירה מינית... חשש זה מתחזק לאור גילה הצעיר של המתלוננת והוא עולה כדי וודאות עת המדובר, כמו במקרה מן הסוג שבפניי, בקורבן עבירה מין בתוך המשפחה.⁴¹

40 בש"פ 1696/95 פלוני, לעיל הערה 38, בפסקה 4 להחלטה. דבריה אלו של השופטת שטרסברג-כהן נאמרו, אמנם, לפני כניסתו לתוקף של חוק המעצרים, בתקופה בה ממילא ניתן היה, לכאורה, להתחשב בחומרת העבירה כעילת מעצר, אולם הדברים צוטטו בהסכמה על ידי השופטת ביניש גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק המעצרים (ראו דברי השופטת ביניש בבש"פ 665/97 פלוני, לעיל הערה 37, בפסקה 3 להחלטה).

41 בש"פ 3124/99 פלוני, לעיל הערה 39, בעמ' 500-501. וראו עוד בבש"פ 8977/96 פלוני ג' מ"י, תק-על 96(4) 42; בש"פ 2978/99 פלוני ג' מ"י, תק-על 99(2) 1263; בש"פ 5248/99 פלוני ג' מ"י, תק-על 99(3) 451; בש"פ 2840/99 פלוני ג' מ"י, תק-על 99(2) 789; בש"פ 2614/99 מ"י ג' פלוני, תק-על 99(2) 83.

3. חומרת העבירה כעילת מעצר והחזקות הראייתיות

1. חזקת המעצר

עמדתי על כך שלדעתי בעבירות מין ואליומות במשפחה, מן הראוי ליתן משקל לחומרת העבירה בשלב המעצר. כן הראיתי כי בפועל הפסיקה מעניקה משקל לחומרת העבירה בעבירות אלו. עם זאת, ערה אני לכך כי ההתחשבות בחומרת העבירה כעילת מעצר, שהיא בעיניי הדין הראוי בעבירות מין ואליומות במשפחה, אינה עולה, לכאורה, בקנה אחד עם לשונו של חוק המעצרים. בכל זאת, פתח הצלה מסויים לעמדתי ימצא גם עליפי חוק המעצרים, וזאת בעזרתן של החזקות הראייתיות הקבועות בחוק.

כאמור, בסעיף 21 לחוק המעצרים מופיעה רשימה של עבירות חמורות. כאשר העבירה המיוחסת לנאשם היא עבירה מן העבירות החמורות הללו (וקיימות נגדו ראיות לכאורה), קובע הסעיף כי קיימת חזקה, ניתנת לסתירה, לפיה הנאשם מסוכן לציבור. ברשימת העבירות החמורות המנויות בסעיף נזכרות גם "עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות"⁴² ו"עבירת אלימות בבן משפחה"⁴³. עבירות מין ואליומות במשפחה עונות, על-פירוב, על ההגדרות האמורות⁴⁴, ועל כן ניתן לומר כי בעבירות מין ואליומות במשפחה קיימת באופן טיפוסי חזקת מסוכנות. אולם, כפי שנראה מיד, הפסיקה הוסיפה וקבעה כי בצידה של חזקת המסוכנות קיימת גם חזקת מעצר, כלומר קיימת חזקה כי מי שמוחסת לו עבירה מן העבירות החמורות המנויות בחוק (וקיימות נגדו ראיות לכאורה) אזי מן הדין לעצרו ואין מקום לחלופת מעצר. לדעתי, חזקת המעצר עשויה להיות פתח ההצלה לעמדתי המתוארת, לפיה ניתן להתחשב בחומרת העבירה בעבירות מין ואליומות במשפחה. נעמוד על הדברים מקרוב, תוך עיון בהחלטה המנחה בנושא חזקת המעצר, היא החלטתו של השופט זמיר בעניין קורמן⁴⁵.

קורמן שימש כרכז הביטחון של היישוב הדר-בית"ר. במסגרת תפקידו זה, ובעקבות יידי אבנים ביישוב, רדף קורמן אחרי הילד חילמי שושה, כבן 11. לפי האמור בכתב

42 סעיף 21(א)(1)(ג)(4) לחוק המעצרים.

43 סעיף 21(א)(1)(ג)(5) לחוק המעצרים.

44 כאן המקום להביע תמיהה על כך, שהמחוקק בסעיף 21 לחוק המעצרים, כאשר קבע את רשימת העבירות החמורות היוצרות חזקת מסוכנות, כלל – ובדין – ברשימה זו את עבירות האלימות במשפחה (ראו, כנזכר, סעיף 21(א)(1)(ג)(5) לחוק המעצרים), אך הוא לא ראה לכלול ברשימה זו את עבירות המין במשפחה. והלא יוכל שיימצא מי שיסען שלא כל עבירת מין במשפחה היא עבירה המבוצעת באלימות. ראו בעניין זה דנ"פ 6008/93 מ"י נ' פלוגי, פ"ד מח(5) 845; בש"פ 5612/98 דיאב נ' מ"י, תק"על 98(3) 1131; בש"פ 2090/98 קורן נ' מ"י, תק"על 98(2) 15, בפסקה 9 להחלטה; בש"פ 4273/98 פלוגי נ' מ"י, תק"על 98(2) 122; בש"פ 2648/98 פלוגי נ' מ"י, תק"על 98(2) 1502; ב"ש (חיפה) 1085/98 מ"י נ' פלוגי, תק"מח 98(1) 76.

45 בש"פ 8638/96 קורמן נ' מ"י, פ"ד ג(5) 200.

האישום, במהלך המרדף תפס קורמן את הילד, הפילו ארצה, ובשעה שהילד שכב על הארץ הכה קורמן בראשו באקדח. כתוצאה מכך נפטר הילד, וקורמן הואשם בהריגתו. נסיבותיו האישיות, האינדיבידואליות, של קורמן היו, לדעתי, כאלה שלימדו שקורמן פעל מתוך אובדן שליטה חד-פעמי, וכי על כן חלופת מעצר יכולה הייתה למנוע מקורמן, אישית, להמשיך ולבצע עבירות: לקורמן לא היו הרשעות קודמות (למעט הרשעה קודמת ישנה); הוא מילא בנאמנות את תפקידו כרכז בטחון; וגם באירוע, לאחר שהתעשת, הוא ניסה כמיטב יכולתו להחיות את הילד שנפגע ולהזעיק עזרה כדי להצילו⁴⁶. עדיין, למרות נסיבות אישיות אלו, נראה היה כי בנסיבות המקרה הציבור לא יוכל להבין החלטה המשחררת את קורמן שהמית, לכאורה, את הילד חילמי שושה, והוא בן 11 בלבד. השופט זמיר, כאשר אישר את מעצרו של קורמן, יצר את חזקת המעצר הנזכרת. כלשונו של השופט זמיר שם:

לדעתי, חזקת המסוכנות, שלא הופרכה, גוררת אחריה חזקה נוספת, לפיה המסוכנות מצדיקה מעצר בפועל, להבדיל מחלופת מעצר. שהרי אם חומרת העבירה יוצרת חזקת מסוכנות, המהווה עילת מעצר, היא גם יוצרת מאליה, לפי ההגיון, חזקה כי שחרור מן המעצר כרוך בסכנה, וחזקה כזאת פועלת נגד חלופת מעצר⁴⁷.

כלומר, לגישתו של השופט זמיר, כאשר קיימת כנגד הנאשם חזקת מסוכנות שלא הופרכה – חזקה הנוצרת כתוצאה מחומרתה של העבירה המיוחסת לנאשם – הכלל הוא שאין מקום לחלופת מעצר, היינו קיימת חזקת מעצר⁴⁸. לדעתי, חזקת המעצר עשויה להיות פתח לשקילת שיקולים שיסודם בחומרת העבירה, שכן חוסר הנכונות לבחון חלופות מעצר הוא בדיוק הקריטריון המבחין, הלכה למעשה, בין חומרת העבירה כעילת מעצר ובין חומרת העבירה כראייה למסוכנות בלבד⁴⁹.

ואכן, כך אירע, לדעתי, בעניין קורמן, ועובדה זו – עובדת שקילתם של שיקולים שיסודם בחומרת העבירה – בולטת לאור סירובו של השופט זמיר לאפשר לקורמן להפריך את החזקה הראייתית של המסוכנות, שעלתה מן העבירה שיוחסה לו, וזאת בהתבסס על שתיקתו של קורמן במשטרה. כלשונו של השופט זמיר:

חומרת העבירה המיוחסת לעורר [הנאשם]... יוצרת חזקת מסוכנות. אם כך, הנטל רובץ על העורר להציג בפני בית המשפט ראיות וטענות שיש

46 שם, בעמ' 204.

47 שם, בעמ' 206.

48 השופט זמיר חזר על עמדתו זו בבש"פ 2126/98 דהן נ' מ"י, תק"על (2) 98. לעמדה זו הצטרפו גם השופט גולדברג בבש"פ 6955/97 מ"י נ' דאדשב, תק"על (3) 97; השופט ביניש בבש"פ 2222/97 מ"י נ' חוסאם, תק"על (2) 97. 230. למעשה, גם השופט חשין דוגל בעמדה המכירה בחזקת המעצר, כעולה כבר מהחלטתו בפרשת טלקר, לעיל הערה 23.

49 השווה הדיון בפרק ב.2. לעיל.

בהן כדי להפריך חזקה זאת... כאן באה שתיקת העורר ועומדת לו לרועץ. וכי כיצד נאמר שהעורר הרים את הנטל הרובץ עליו, להפריך את חזקת המסוכנות, אם הוא שותק? כשהוא שותק, הנטל אינו זו, אלא ממשיך לרבוץ במקומו... בדרך כלל, נאשם שיש נגדו ראיות לכאורה בדבר ביצוע עבירה חמורה... אינו יכול ליהנות משני העולמות בעת ובעונה אחת: גם לשתוק, על אף הנטל הרובץ עליו להפריך את חזקת המסוכנות, וגם להשתחרר מן המעצר על אף שהוא נותר בחזקת מסוכן.⁵⁰

בעיניי, שתיקת הנאשם במשטרה, ככל שהיא יכולה לשמש ראיה לחובתו⁵¹, נוגעת להוכחת קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האישום המיוחס לנאשם, והיא אינה נוגעת כלל ועיקר לעילת המעצר המיוחסת לנאשם ולהפרכת החזקה הראייתית לפיה הנאשם מסוכן לציבור. שתיקה במשטרה לחוד, והפרכתה של חזקת המסוכנות – הפרכה שיכולה להתבצע במהלך הטיעון בפני בית המשפט הדן בבקשת המעצר – לחוד. ככלל, הנאשם יכול להפריך⁵² את חזקת המסוכנות אם הוא מוכיח כי העבירה המיוחסת לו הייתה בבחינת מעידה חד-פעמית מצידו, מעידה שאינה מאפיינת את התנהגותו בדרך-כלל. את חד-פעמיותה של מעידתו יכול הנאשם להוכיח תוך הסתמכות על נסיבות שאינן עולות מדרך ביצוע העבירה כמו גם תוך הסתמכות על נסיבות ביצוע העבירה, וזאת ללא קשר

50 פרשת קורמן, לעיל הערה 45, בעמ' 205–206.

51 על שתיקת הנאשם במשטרה כראיה לחובתו, סוגיה שאינה נקיה מספקות, ראו סעיף 28(א) לחוק המעצרים וע"פ 475/87 מגדלפרוסט נ' מ"י, פ"ד מג(1) 818, מהם עולה כי ניתן להסתמך על שתיקת הנאשם במשטרה לפחות בנסיבות של "שתיקה רועמת", המעידה על תחושת אשמה של הנאשם, ועל-כן כמות כ"ראשית הודאה". אבל ראו עמדתה השונה של השופטת דורנר בבש"פ 5286/99 פתאלי נ' מ"י, תק"על (3) 135, בפסקה 5 להתלטה, לפיה "אין אני סבורה, כי בחירה בזכות השתיקה עשויה לשמש דבר לחיזוק".

52 למען הדיוק אעיר כי בכל הדוגמאות, שיובאו על ידי להלן כדוגמאות להפרכתה של חזקת המסוכנות (ראו הערות 53–55), ציווה בית-המשפט על שחרורם של המסיבים בתנאים ולא על שחרורם ללא כל תנאי שהוא. מכיוון שבהעדר עילה למעצר לא רק שלא ניתן לצוות על מעצרו של הנאשם אלא לא ניתן גם לצוות על שחרורו בתנאים (ראו סעיף 21(ב) לחוק המעצרים לעומת סעיף 44 לחוק המעצרים. כן ראו בש"פ 2864/95 אבו ג'ומעה ואח' נ' מ"י, תק"על (2) 95; 568; בש"פ 5870/96 אבו מנה נ' מ"י, תק"על (3) 1024; בש"פ 2637/97 האשם נ' מ"י, תק"על (2) 292; בש"פ 3704/98 אנדרייב ואח' נ' מ"י, תק"על (2) 98; 526; בש"פ 2094/97 הורוביץ נ' מ"י, תק"על (2) 97; 156; בש"פ 5955/99 מ"י נ' שורץ, תק"על (3) 1538, הרי ניתן לכאורה לטעון כי הדוגמאות שיובאו על ידי אינן דוגמאות למקרים בהם הופרכה חזקת המסוכנות, כי אילו החזקה הייתה מופרכת, לכאורה לא היה מקום גם לצוות על שחרור בתנאים. עדיין, לדעתי, הדוגמאות שיובאו על ידי בכל זאת מסייעות לענייננו. שכן, לא עלה בידי לגלות ולו החלטה אחת, בה יוחסה לנאשם עבירה חמורה (ונקבע כי קיימות ראיות לכאורה ביחס אליה) ובכל זאת הנאשם שוחרר ללא כל תנאי שהוא. לכאורה, ניתן לטעון כי לא קיימת ולו החלטה אחת בה הפריך הנאשם את חזקת המסוכנות. אך נראה כי לא כך הוא. אלא הפסיקה רואה בהפרכתה של עילת המסוכנות משום טעם לשחרור בתנאים.

הכרחי לשאלה אם הנאשם שמר או לא שמר על זכות השתיקה במשטרה. כך, למשל, הנאשם יכול להסתמך על נסיבות שאינן עולות מדרך ביצוע העבירה, כגון הסתמכות על כך שהוא אינו בעל עבר פלילי ושהוא עובד לפרנסתו בעבודה מסודרת⁵³. וכך, למשל, הנאשם יכול להסתמך על הנסיבות העולות מביצוע העבירה, כגון שהנאשם היה שותף זוטרי ונגרר לביצוע העבירה⁵⁴, או שמעשהו של הנאשם היה תגובה לנסיבות קיצוניות וחד פעמיות שהקורבן יצר⁵⁵, או – כפי שעלה מן הראיות בפרשת קורמן – שהנאשם התעשת לאחר ביצוע המעשה, וניסה להושיט עזרה למנות.

אמנם כן, לעתים, כאשר הנאשם שומר במשטרה על זכות השתיקה, הנסיבות האופפות את ביצוע העבירה – ואשר היו יכולות לסייע לנאשם אילו לא שמר על זכות השתיקה – אינן בהירות דיין. אולם, פעמים אחרות נסיבות ביצוע העבירה יכולות להתברר, לפחות בחלקן, גם כאשר הנאשם שומר על זכות השתיקה, וכאלו היו הנסיבות בפרשת קורמן עצמה. לפיכך, לדעתי, הסתמכותו של השופט זמיר על שתיקתו של קורמן במשטרה כטעם לסירובו לאפשר לקורמן להפריך את חזקת המסוכנות אינה אלא מסווה לעילת המעצר האמיתית: תומרת העבירה.

2. הצדקתה של חזקת המעצר

ראינו כי חזקת המעצר יכולה לשמש מסווה לעילת תומרת העבירה, כפי שאכן אירע, לדעתי, בעניין קורמן. כאמור, בעיניי, כשמדובר בעבירות מין ואליומות במשפחה, אין

53 ראו, למשל, בש"פ 3969/98 זפרני נ' מ"י, תק"על (2) 503, שם ציווה השופט זמיר על שחרורו בתנאים של הנאשם, שהאשם בדקירה, בשל גילו הצעיר של הנאשם (בן 17), בשל כך שהנאשם היה ללא עבר פלילי, ובשל כך שתסקיר המעצר קבע כי הנאשם הוא לרוב "בעל נורמות חיוביות"; בש"פ 4598/97 מ"י נ' אלחורטי, סרס פורסם, שם אישרה השופטת דורנר את ההחלטה לשחרר בתנאים של הנאשם, שהאשם בהחזקת כהצי ק"ג הירואין, וזאת לאור גילו הצעיר של הנאשם (בן 19), העדר עבר פלילי, והיותו של הנאשם בעל מקום עבודה קבוע.

54 ראו, למשל, בש"פ 5093/97 אסלאן ואח' נ' מ"י, תק"על (3) 198, שם ציווה השופט קדמי על שחרורם בתנאים של סניי מן הנאשמים, שהאשם ברצח, שאירע בעקבות תגרה אלימה בין שתי חמולות, וזאת לאחר שמן הראיות האובייקטיביות עלה כי הנאשמים הללו לא נטלו חלק פעיל במעשה הרצח, שבוצע ברובה, אלא "הסתפקו" בידוי אבנים; בש"פ 4529/97 ששון נ' מ"י, תק"על (3) 1008, שם ציווה השופט דורנר על שחרורו בתנאים של הנאשם, שהאשם בעבירה של שוד מזוין ואלים, לאחר שקבעה כי אחיז של הנאשם, שהאשם עמו, הוא שהיה המבצע העיקרי של מעשה הסוד; בש"פ 4385/97 איליאייב נ' מ"י, תק"על (2) 315, שם ציווה השופט דורנר על שחרורו של הנאשם, שהאשם בעבירות שעניינן החזקת קרוב ל"ג אפיוס וביצוע עיסקה בהם, לאחר שמן הראיות האובייקטיביות עלה כי חלקו של הנאשם בביצוע העבירה היה משני.

55 ראו, למשל, בש"פ 2646/97 עודה נ' מ"י, פ"ד נא (1) 523, שם ציווה השופט ביניש על שחרורה בתנאים של הנאשמת, שהאשמה ביחד עם אחרים ברציחתו של אדם שאנסה בצעירותה, וזאת לאחר שעלה מן הראיות (הודעות השותפים למעשה) כי הנאשמת פעלה מתוך חשש לגידוי חברתי ומתוך לחץ שלחצו עליה בעלה ובני משפחתה.

בהסוואה זו כל פסול. עם זאת, מכיוון שקיים ספק אם הסוואה זו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק המעצרים ועם הדרישה למידתיות הפגיעה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אני מבקשת עתה לנסות ולהצדיק את חוקת המעצר בעבירות מין ואלימות במשפחה על-פי הגישה שאינה מכירה בחומרת העבירה כעילת מעצר.

כנזכר, נימוקו של השופט זמיר ליצירתה של חוקת המעצר היה כי חוקת המסוכנות "יוצרת מאליה, לפי ההגיון" חוקה נוספת והיא חוקת המעצר⁵⁶. אם ננסה לבאר נימוק זה בעזרת הגישה לפיה חוקת המעצר אינה הסוואה של עילת החומרה אלא היא ביטוי לעילת המסוכנות, נוכל לומר כי הגיונו של השופט זמיר הוא זה: שאלת המסוכנות ושאלת החלופה למעצר הן, אמנם, שתי שאלות שונות מבחינה עיונית. שאלת המסוכנות עוסקת בחשש שהנאשם ימשיך ויבצע עבירות. לעומתה, שאלת החלופה למעצר עניינה מידת האמון שניתן לתת בנאשם, שאם ישוחרר בתנאים, אזי יעמוד הוא בקיומם של תנאים אלו, וימנע מביצוען של עבירות נוספות⁵⁷. אולם, אף כי שאלת המסוכנות ושאלת מתן האמון בנאשם הן, כאמור, שתי שאלות שונות מבחינה עיונית, עדיין קיימת ביניהן זיקת גומלין מבחינה מעשית:

ראשית, מבחינה פרשנית ניתן לטעון כי קביעתו של המחוקק כי קיימת עילה למעצרו של נאשם, שהוא מסוכן לציבור, כמוה כקביעה שאם הנאשם לא ייעצר, הוא יסכן את הציבור, היינו כי הדרך להסרת מסוכנותו של הנאשם היא דרך המעצר⁵⁸.

56 ראו לעיל בסקסט הצמוד להערה 47.

57 בש"פ 2955/91 דנינו נ' מ"י, פ"ד מה(3) 832, 836; בש"פ 1250/92 מ"י נ' עזרא, תק"על (1)92; 1765; בש"פ 2402/98 פלוני נ' מ"י, תק"על (2)98; 59; בש"פ 2312/98 גרנות נ' מ"י, תק"על (2)98; 799; בש"פ 5532/97 מ"י נ' בן ארי (לרנר), תק"על (3)97; 572; בש"פ 1064/92 מ"י נ' ארזי, תק"על (1)92; 1768; בש"פ 3625/97 מ"י נ' פלוני, תק"על (2)97; 59.

58 טיעון פרשני זה שלי אינו בקי מקשיים. ראשית, מבחינת מהותם של דברים, קיומה של עילת מעצר הוא תנאי הכרחי לא רק למעצרו של אדם, אלא זהו תנאי הכרחי גם להסלת תנאי שחרור בערובה על אותו אדם (ראו לעיל הדיון בהערה 52). נמצא כי קביעתו של המחוקק בדבר קיומה של עילת מעצר אינה זהה, בהכרח, לקביעה בדבר חוקת המעצר.

שנית, מבחינה לשונית, ביחס לעילת המסוכנות (להבדיל מעילת השיבוש) קיים קושי בקישור ההכרחי, כביכול, בין חוקת המסוכנות ובין חוקת המעצר. שכן, ביחס לעילת המעצר של השיבוש אומר המחוקק בסעיף 21(א)(1) (א) לחוק המעצרים את הדברים הבאים:

"קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת" (וההדגשה הוספה).

לעומת זאת, ביחס לעילת המעצר של המסוכנות מסתפק המחוקק בדברים הבאים בסעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים:

"קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה".

כלומר, בעוד שביחס לעילת השיבוש יצר המחוקק עצמו את הקישור בין קיומה של העילה ובין הצורך במעצר, הרי ביחס לעילת המסוכנות – שהוגדרה על ידי המחוקק בסמיכות לעילת השיבוש

שנית, מבחינת הגיונם של דברים, מסוכנות פירושה חשש לביצוע עבירות נוספות על ידי הנאשם, כלומר חשש להפרת החוק על ידו, ומי שעתיד להפר את החוק עתיד, מן הסתם, להפר גם את צווי בית-המשפט, ולכן אין ליתן בו אמון ואין לשחררו בתנאים⁵⁹. ושלישית, מסוכנות לציבור, פירושה פעמים רבות כי ביצוע עבירות הפך לנאשם כמעט ל"טבעו השני". כך, למשל, כאשר מיוחסת לנאשם עבירה אכזרית, פירוש הדבר הוא כי אין לו, לנאשם, לכאורה את המחסומים הנפשיים המונעים בדרך-כלל מאנשים לבצע עבירות, ובפרט עבירות אכזריות⁶⁰. כך הוא כאשר מיוחסת לנאשם עבירה, שביצועה הוא חלק מעסקו ומעיסוקו של הנאשם, כגון עבירות הסמים החמורות והעבירות ה"תעשייתיות" של גניבות הרכבים⁶¹. כך הוא כאשר הנאשם מכור לסמים, והעבירות מבוצעות על ידו לשם מימון רכישת הסמים⁶². וכך הוא כאשר הנאשם הוא בעל עבר פלילי מכביד⁶³. בכל המקרים הללו כולם, ביצוע עבירות הפך, למעשה, לחלק מאישיותו של הנאשם, ולכן, הנאשם לא יוכל, פשוטו כמשמעו, להפסיק לבצע עבירות, ככל תנאי שהוא התלוי ברצונו שלו, ומכל מקום אין ליתן בו אמון שיעשה כן, אלא מן ההכרח הוא לכפות עליו בדרך של כפייה חיצונית – היא דרך המעצר – להימנע מביצוען של עבירות.

דברים אלו, בדבר "טבעו השני" של הנאשם כמבצע עבירות, נכונים במיוחד ביחס לעבירות מין ואלימות במשפחה, שבהן מערכת היחסים הסבוכה והמורכבת בין הקורבן לנאשם נמשכת פעמים רבות עת ארוכה, ודפוס ההתנהגות האלים הופך לחלק בלתי נפרד מהתנהגותו של הנאשם ביחס לקורבן. על-כן, כאמור, דעתי היא כי ניתן לבסס את חזקת המעצר לא רק על עילת החומרה אלא גם על עילת המסוכנות. לחיזוקה של טענתי זו, נעיין במשפט המשווה.

- לא ראה המחוקק לנכון ליצור את הקישור האמור. עם זאת, לא עלה בידי למצוא הסבר להבדל לכאורה זה בין הגדרת העילות, וספק בעיניי אם יש ליתן לו משמעות מרחיקת לכת, ובפרט כאשר משמעות מרחיקת לכת זו אינה מתיישבת עם שיקולים שבהיגיון.
- 59 מסעם מעין זה מקובל כי אין ליתן אמון בנאשם, שביצע לכאורה עבירה בשעה שהיה תלוי ועומד נגדו מאסר-על-תנאי ברי-הפעלה, ועל-כן, ככלל, אין לשחרר נאשם כזה בתנאים. ראו, למשל, בש"פ 3059/98 ירושלמי נ' מ"י, תקעל (2)98; 1420; בש"פ 3096/98 דיין נ' מ"י, תקעל (2)98; 674; בש"פ 2588/98 בן לולו נ' מ"י, תקעל (2)98; 1803; בש"פ 7636/97 מ"י נ' מסרי, תקעל (4)97. 38.
- 60 ראו בעניין זה בש"פ 5222/97 פטשניק נ' מ"י, פ"ד נא(4) 702, 707–706; בש"פ 5321/97 פלוני נ' מ"י, תקעל (3)97; 318; בש"פ 7355/97 גוב נ' מ"י, תקעל (4)97. 92.
- 61 ראו, בהקשר של עבירות גניבות הרכבים, הדיון בפרשת גנימאת, לעיל הערה 12, ב"תעשייה" זו.
- 62 ראו, למשל, בש"פ 2419/97 מירילשווילי נ' מ"י, תקעל (2)97; 487; בש"פ 1329/98 מ"י נ' הייב, תקעל (1)98; 558; בש"פ 5333/97 ירמייב נ' מ"י, תקעל (3)97. 636.
- 63 ראו, למשל, בש"פ 3347/98 מ"י נ' יעיש, תקעל (2)98; 1943; בש"פ 2395/98 מרקוביץ נ' מ"י, תקעל (2)98; 784; בש"פ 2179/98 אלמקייס נ' מ"י, תקעל (2)98; 216; בש"פ 1967/98 מ"י נ' אלהדד, תקעל (1)98. 37.

ה. משפט משווה

1. ארצות הברית

בארצות-הברית עילת החומרה אינה מוכרת כעילת מעצר. ובכל זאת, קיימת בארצות-הברית רשימה של עבירות חמורות, לגביהן קיימת חוקת מעצר. כוונתי כאן להוראה הקבועה ב־3142(e) ל־Bail Reform Act, 1984⁶⁴. לפי הוראה זו, כאשר מיוחסת לנאשם עבירה מן העבירות החמורות המנויות שם – עבירת סמים שעונשה יותר מ־10 שנות מאסר; עבירה שנעשתה תוך שימוש בנשק; עבירות טרור – כי אז חזקה היא, הניתנת לסתירה, כי אין בנמצא כל תנאי שיכול להבטיח כי הנאשם יתייצב לדיון וכי הנאשם לא יסכן אדם אחר או את הציבור. כלומר, חזקה היא כי דינו של נאשם, לו מיוחסת עבירה חמורה, הוא להיעצר^{65,66}, כאשר החזקה הראייתית האמריקאית יסודה,

64 18 U.S.C. §§ 3141-3156, Pub. L. 98-473, 98 Stat. 1985.

65 זו לשון 18 U.S.C. § 3142(e) בחלקים הנוגעים לענייננו:

“(e) Detention. If... the judicial officer finds that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of any other person and the community, such judicial officer shall order the detention of the person before trial... Subject to rebuttal by the person, it shall be presumed that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as required and the safety of the community if the judicial officer finds that there is probable cause to believe that the person committed an offense for which a maximum term of imprisonment of ten years or more is prescribed in the the Controlled [עבירות סמים], Controlled Substances Act (21 U.S.C. 801 et seq.) the Substances Import and Export Act (21 U.S.C. 951 et seq.) [ייצוא וייבוא סמים], the Maritime Drug Law Enforcement Act (46 U.S.C.App. 1901 et seq.) [הובלת סמים] or an offense under section 924(c), 956(a), or 2332b of title 18 of [והחוקתם בספינות], the United States Code” [עבירות שנעשו תוך שימוש בנשק; פגיעה ברכוש של מדינה ידידותית; פעולות טרור].

66 למען שלמות התמונה אציין כי בסעיף־קטן e קבועה חזקה ראייתית דומה, ולפיה מי שמיוחסת לו עבירה חמורה (עבירה של אלימות; עבירה שעונשה או הוא עונש מאסר עולם או מיתה; עבירת סמים שעונשה יותר מ־10 שנות מאסר), ובנוסף הוא הורשע בעבר הלא־רחוק בביצועה של עבירה חמורה, כי אז חזקה היא כי דינו להיעצר. וזו לשון החזקה האמורה:

“(e) ...In a case described in subsection (f)(1) of this section, a rebuttable presumption arises that no condition or combination of conditions will reasonably assure the safety of any other person and the community if... judicial officer finds that-

(1) the person has been convicted of a Federal offense that is described in subsection (f)(1) of this section...;

כאמור, בעילות המעצר הקלאסיות, והן החשש שהנאשם לא יתייצב לדיון והחשש שהנאשם יסכן אדם אחר או את הציבור. עם זאת, מן הראוי להעיר כי השאלה האם החזקה הראייתית האמורה תעמוד בארצות-הברית במבחנים חוקתיים היא שאלה שאינה נקיה מספק⁶⁷. בארצות-הברית הזכות לשחרור בערובה מעוגנת בתיקון השמיני לחוקה⁶⁸, והשאלה היא, אם כן, האם הפגיעה בזכות לשחרור מערובה, הנוצרת כתוצאה מן החזקה הראייתית האמורה, היא פגיעה שתעמוד במבחנים חוקתיים. שאלה זו לא נדונה עדיין בפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי⁶⁹, אולם קיימת התייחסות לכך בפסיקתן של הערכאות הנמוכות יותר, כפי שנעמוד על כך להלן.

(2) the offense described in paragraph (1) of this subsection was committed while the person was on release pending trial for a Federal, State, or local offense; and
(3) a period of not more than five years has elapsed since the date of conviction, or the release of the person from imprisonment, for the offense described in paragraph (1) of this subsection, whichever is later. ...

(f) ...

(1) ...in a case that involves-

(A) a crime of violence;

(B) an offense for which the maximum sentence is life imprisonment or death;

(C) an offense for which a maximum term of imprisonment of ten years or more is prescribed in the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 801 et seq.), the Controlled Substances Import and Export Act (21 U.S.C. 951 et seq.), the Maritime Drug Law Enforcement Act (46 U.S.C.App. 1901 et seq.) or למיניהן];

(D) any felony if the person has been convicted of two or more offenses described in subparagraph (A) through (C) of this paragraph...".

לא ראיתי לנכון להרחיב את הדיבור ביחס לחזקה זו, שכן חזקה זו אינה מסתפקת רק בכך שלנאשם מיוחסת עבירה חמורה, אלא בנוסף קיימת דרישה מרכזית לכך שלנאשם הרשעות קודמות בעבירות חמורות. על כן נראה כי עיקרה של חזקה זו הוא, אכן, בהתחזקת אחר מסוכנותו של הנאשם. עוד על ההבדלים בין שתי החזקות הקבועות בסעיף-קטן e, ראו Susan M. Marcella, "When Preventive Detention is (Still) Unconstitutional: The Invalidity of the Presumption in the 1984 Federal Bail Statute" 61 S. Cal. L. Rev. 1091 (1988).

67 על הספקות בשאלה זו, ראו שם.

68 זו לשונו של התיקון השמיני לחוקה בחלקו הרלוונטי:

"Excessive bail shall not be required..."

69 בפסק-הדין המנחה בעניין *Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), *United States v. Salerno*, נדונה, אמנם, חוקתיותו של חלק מסעיף-קטן e ל-3142, Bail Reform Act 1984, 18 U.S.C. ראו שם, בעמ' 742, אולם הדיון שם סב כביב ההכרה בעילת המסוכנות. חוקתיותו של החזקות הראייתיות לא נדונה שם.

עוד בעניין *Carlson v. Landon*⁷⁰ פסק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי למרות הוראת התיקון השמיני לחוקה, האוסרת על ערבות מופרזת, המחוקק מוסמך לקבוע כי אין מקום לשחרור בערובה בעבירות שעונשן מוות. כלשונו של השופט Reed שם:

The Eighth Amendment has not prevented Congress from defining the classes of cases in which bail shall be allowed in this country. Thus in criminal cases bail is not compulsory where the punishment may be death. Indeed, the very language of the Amendment fails to say all arrest must be bailable.⁷¹

ואכן, במרבית מדינות ארצות-הברית קיימת הוראה, לפיה כאשר מיוחסת לנאשם עבירה שעונשה מוות, דינו של הנאשם להיעצר⁷². לדעתי, עצם ההכרה בכך שבעבירות מסוימות – עבירות שעונשן מוות – קיימת חובת מעצר, יש בה כדי לבטא הכרה (ולו הכרה מוגבלת) בחומרת העבירה כעילת מעצר. אמנם נכון הוא כי בעבירות שעונשן מוות, קיים לנאשם תמריץ חזק ביותר להימלט מאימת הדין, וכן מדובר בהן, בדרך-כלל, בנאשמים מסוכנים, אולם עצם קביעתה של חובת מעצר, ללא כל אפשרות לשקול שיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לנאשם המסויים⁷³, פירושה הכרה מסוימת בעילת החומרה⁷⁴.

70 *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1951).

71 שם, בעמ' 545–546. למען הדיוק, הדברים שנאמרו בסוגייתנו בעניין *Carlson v. Landon* היו בבחינת אמרת אגב. שכן בעניין *Carlson v. Landon* נדונה השאלה מה דין חוסר הנכונות לשחרר אדם בערובה כאשר מדובר באדם שממתין לגירוש מן הארץ (כשל חברותו בתנועה הקומוניסטית); ולא דובר שם, כמו בענייננו, באדם שממתין לדינו הפלילי. עדיין, מקובל לראות בדברים אלו, שנאמרו בעניין *Carlson v. Landon*, בבחינת הלכה מחייבת בכל הנוגע ליכולתו של המחוקק למנוע שחרור בערובה בעבירות שדינן מוות. וראו דברי הנשיא Rehnquist בעניין *Salerno*, הערה 69 לעיל, בעמ' 753.

72 לדבריהם של LaFave, Kamisar ו־Israel ב־40 ממדינות ארצות-הברית קיימת הוראה מעין זו ביחס לעבירות שעונשן מוות. ראו Israel H. Jerold, Wayne R. LaFave & Yale Kamisar, *Modern Criminal Procedure* 874 (8th ed., 1994).

73 כדוגמא למקרה בו ייתכן ששקילת השיקולים האינדיבידואליים מובילה לשחרור הנאשם בתנאים בעבירת הרצח, אזכיר את פרשת ויסמן, שם הואשמה אשה בת 76 ברציחת בתה בנסיבות מתמיהות. להחלטות בעניינה של ויסמן ראו בש"פ 2884/95 ויסמן ג' מ"י, תק"על 95(2) 1764; בש"פ 4905/95 ויסמן ג' מ"י, תק"על 95(3) 136; בש"פ 8121/95 מ"י ג' ויסמן, פ"ד מט(5) 441; בש"פ 9049/96 ויסמן ג' מ"י, תק"על 97(3) 59; ע"פ 1961/96 ויסמן ג' מ"י, תק"על 98(2) 351. כן ראו פרשת עודה, לעיל הערה 55.

74 מעניין להשוות וטראות אלו להוראה שהייתה קיימת בזמנו כסעיף 221 לחוק סדר הדין הפלילי, שהוסף גם הוא בתיקון התשיעי לחוק, ואשר זו לשונו:

"מעצר חובה

הוגש כתב אישום בשל עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם חובה או בשל עבירה לפי פרק ז'

מכל מקום, בעקבות ההכרה בעניין *Carlson v. Landon* בכך שאין פגם חוקתי בהוראה הקובעת חובת מעצר בעבירת רצח, הלך המחוקק במדינת נברסקה וקבע כי כאשר מיוחסת לנאשם עבירת מין חמורה, הנאשם אינו זכאי להשתחרר בערובה⁷⁵. בעטייה של הוראה זו נעצר עד לתום ההליכים אדם בשם *Hunt*⁷⁶, אשר הואשם בארבעה אישומים שעניינם עבירות מין חמורות. האנט תקף את חוקתיותה של ההוראה, שחייבה את מעצרו, ובית-המשפט הפדרלי לערעורים קיבל (בדעת רוב) את טענתו, וקבע כי ההוראה הקובעת כי קיימת חובת מעצר ביחס לנאשמים, שמיוחסות להן עבירות מין חמורות, היא הוראה הסותרת את התיקון השמיני לחוקה⁷⁷. נעניין בהנמקות בית המשפט לערעורים בעניין *Hunt*, ונבחן האם משמעותה של החלטה זו עשויה להיות שהחוקה הראייתית הקבועה בסעיף 3142(e) ל-*Bail Reform Act, 1934* היא חוקה שלא תעמוד במבחן חוקתי.

העיון בהנמקת בית-המשפט מעלה, כמדומה, שהתשובה על השאלה שהצגתי היא שלילית; פסילתה בעניין *Hunt* של החוקה החלוטה של מדינת נברסקה, שקבעה חובת מעצר בעבירות מין, אין בה כדי להוביל, בהכרח, לפסילתה של החוקה הניתנת לסתירה

לחוק העונשין, תשל"ו-1977, שדינה מאסר עולם, יצווה בית המשפט על מעצרו של הנאשם אם נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שקיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה". על ההוראה בדבר חובת מעצר בעבירת הרצח (שעונשה הוא, כידוע, מאסר עולם חובה) אמר השופט אלון את הדברים הבאים, מהם עולה כי גם לגישתו הוראה זו יסודה, בין היתר, בתורת העבירה:

"תומרת עבירת הרצח כשלעצמה... יש בה כדי למנוע שחרורו של מי שהואשם בה, ואין צורך בכל נימוק נוסף של חשש השפעה על עדים, קיומן של הרסעות קודמות, הגנה על שלום הציבור וכיוצא באלה שיקולים, המובאים בחשבון סיקול הדעת לעניין מעצרו של חשוד או נאשם בעבירות אחרות. נראה כי הנימוק לכך הוא, כי מי שהואשם בעבירה כה חמורה – 'אין ראוי שילך ויסייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונוסאין ונותנין בדינו' (מדברי הריב"ש בדינו בבעיית שחרור בערובה בדרך כלל – שו"ת הריב"ש, רלו) (ב"ש 172/81 מ"י ג' לובניוב, פ"ד לה (4) 780, בפסקה 6 להחלטה).

הוראת סעיף 221 לחוק סדר הדין הפלילי בוטלה בחוק המעצרים, וכיום, כאשר מיוחסת לנאשם עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם, אין עוד חובת מעצר, אולם קיימת חוקה ראייתית לפיה הנאשם מסוכן לציבור, כקבוע בסעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

75 זו לשון הוראת Art. I, § 9 לחוקת נברסקה, כפי שהיא מובאת בפסק-הדין בעניין *Hunt*, *Hunt v. Roth*, 648 F. 2d 1148, 1151 (8th Cir., 1981).

"All persons shall be bailable by sufficient sureties, except for treason, sexual offenses involving penetration by force or against the will of the victim, and murder, where the proof is evident or the presumption great".

76 שם.

77 רשויות התביעה בארצות-הברית לא השלימו עם ההחלטה של בית המשפט לערעורים, והן פנו לבית-המשפט העליון של ארצות-הברית. אולם, פנייתן נדחתה בשל כך שממילא האנס הורשע בינתיים ודינו נגזר לשנות מאסר ארוכות. ראו *Murphy v. Hunt*, 455 U.S. 478 (1982).

שבסעיף 3142(e), בדבר המעצר בעבירות חמורות. ואלו דברי בית המשפט בדעת הרוב בעניין *Hunt*:

There has long been legal debate as to whether bail may be denied where the judicial officer finds that the individual poses a danger to the community...⁷⁸ However, even under this legislation, an individual is afforded procedural safeguards and the government must prove that the individual's behavior presents a risk to the community.⁷⁹

...

The fatal flaw... is that the state has created an irrebuttable presumption that every individual charged with this particular offense is incapable of assuring his appearance by conditioning it upon reasonable bail or is too dangerous to be granted release.⁸⁰

כלומר, הטעם המרכזי לפסילתה של החוקה של מדינת נברסקה, אשר חייבה מעצרו של נאשמים בעבירות מין חמורות, הוא חוסר האינדיבידואליות שבחוקה זו, חוסר אינדיבידואליות המביא ליצירתה של חוקה חלוטה בדבר חובת מעצר⁸¹. אולם, כאמור, החוקה שבסעיף 3142(e) שונה היא; היא אינה חוקה חלוטה, והיא מאפשרת לנאשם האינדיבידואלי לסתור אותה.

ואכן, בפסק-דין מאוחר יותר אישר בית המשפט הפדרלי לערעורים את חוקתיותה של החוקה שבסעיף קטן (e) ל-3142, *Bail Reform Act, 1984, 18 U.S.C.* תוך שהוא דוחה את האנלוגיה לעניין *Hunt*; בית המשפט הבהיר שם כי בעוד החוקה שנדונה בעניין *Hunt* הייתה חוקה חלוטה, הרי החוקה שבסעיף-קטן e היא חוקה הניתנת לסתירה, ועל כן היא עומדת במבחנים חוקתיים⁸². עם זאת, עדיין, כפי שציינתי, לא יצאה הלכה בעניין זה מבית המשפט העליון של ארצות-הברית.

78 פסק-הדין בעניין *Hunt v. Roth* ניתן לפני שנחקק ה-*Bail Reform Act, 1984* ולפני שנפסקה ההלכה בעניין *Salerno*, הלכה שהביאה לקיצום את חילוקי הדעות – אליהם מתייחס בית המשפט בעניין *Hunt v. Roth* – בשאלה האם מסוכנות היא עילת מעצר ראוייה. גם מטעם זה ייתכן שהדברים שנפסקו בעניין *Hunt v. Roth* אינם צריכים להתפרש כאסמכתא לחוסר חוקתיותה, כביכול, של החוקה שבסעיף-קטן e ל-3142, *Bail Reform Act, 1984, 18 U.S.C.*

79 *Hunt v. Roth*, הערה 75 לעיל, בעמ' 75, בעמ' 1163 (ההדגשות במקור).

80 שם, בעמ' 1164 (ההדגשה הוספה).

81 מעניין להשוות הנמקה זו של בית המשפט, בדבר חוסר האינדיבידואליות של החלטת המעצר, להגדרתו את המאפיין של חומרת העבירה כעילת מעצר: מאפיין חוסר האינדיבידואליות, דאז דיוונו לעיל בפרק ג.1.

82 אלו הם דברי בית המשפט לערעורים בארצות-הברית בעניין *Portes*:

"The *Hunt* court found the fatal flaw of the Nebraska statute was the fact that it

כללם של דברים, אף-על-פי שבארצות הברית עילת המעצר של חומרת העבירה אינה מוכרת, לאור המיגבלות החוקתיות הקיימות שם, עדיין נראה כי חזקת מעצר הניתנת לסתירה בעבירות החמורות תעמוד שם במבחנים חוקתיים, בהתבסס על עילות המעצר הקלאסיות.

2. אנגליה

באנגליה העילות המוכרות כעילות למעצרו של אדם הן, בעיקרם של דברים, עילות המעצר הקלאסיות, היינו חשש לשיבוש וחשש למסוכנות⁸³. עם זאת, בצד ההכרה בעילות מעצר אלה, קיימת באנגליה הוראת חוק – היא הוראת סעיף 9A לתוספת הראשונה ל-1976 Bail Act – לפיה בעבירות החמורות (שהן רצח, הריגה ואונס) הכלל הוא מעצר, והחלטה אחרת של בית-המשפט טעונה הנמקה⁸⁴. כלומר, שוב אנו רואים

created an *irrebuttable* presumption that all sex offender should be detained pending trial... By contrast, the Bail Reform Act creates only a rebuttable presumption... The rebuttable presumption... is neither arbitrary nor unreasonable... The Bail Reform Act... does not violate the Eighth Amendment" (*U.S. v. Portes*, 786 F.2d 758, 766 (7th Cir., 1985).

83 זו לשון § 2, Schedule 1, Bail Act 1976:

"The defendant need not be granted bail if the court is satisfied that there are substantial grounds for believing that the defendant, if released on bail (whether subject to conditions or not) would-

- (a) fail to surrender to custody,
- (b) commit an offence while on bail, or
- (c) interfere with witnesses or otherwise obstruct the course of justice, whether in relation to himself or any other person".

84 זו לשון § 9A, Schedule 1, Bail Act 1976:

"(1) If-

- (a) the defendant is charged with an offence to which this paragraph applies; and
- (b) representations are made as to any of the matters mentioned in paragraph 2 of this Part of this Schedule; and

(c) the court decides to grant him bail,
the court shall state the reasons for its decision and shall cause those reasons to be included in the record of the proceedings.

(2) The offences to which this paragraph applies are-

- (a) murder;
- (b) manslaughter;
- (c) rape;
- (d) attempted murder; and
- (e) attempted rape".

הכרה בחזקת מעצר בעבירות החמורות, כאשר נראה כי הכרה זו יסודה בהתחשבות בחומרת העבירה כראייה לקיומן של עילות המעצר המוכרות, הקלאסיות. זאת ועוד, מן הראוי לעמוד כאן על כך כי החל מאפריל 1995 חל באנגליה לעניין שחרור בערובה בעבירות חמורות סעיף 25 ל-Criminal Justice and Public Order Act 1994. סעיף זה אוסר על שחרור בערובה בעבירות החמורות (רצח, הריגה ואונס) אם לנאשם קיימת הרשעה קודמת בעבירה מן העבירות החמורות הללו⁸⁵. כלומר, כאשר קיים שילוב של השיקול שעניינו חומרת העבירה ושל השיקול של מסוכנות, המתחייבת מן העבר הפלילי, הנאשם חייב להיעצר⁸⁶. ונדגיש: המדובר כאן בחובת מעצר – או בחזקה חלוטה בדבר מסוכנות – ללא כל מקום לשיקולים אינדיבידואליים של הנאשם המסויים⁸⁷.

85 זו לשון § 25 Criminal Justice and Public Order Act 1994:

"(1) A person who in any proceedings has been charged with... an offence to which this section applies in circumstances to which it applies shall not be granted bail in those proceedings.

(2) This section applies, subject to subsection (3) below, to the following offences, that is to say-

- (a) murder;
- (b) attempted murder;
- (c) manslaughter;
- (d) rape; or
- (e) attempted rape.

(3) This section applies to person charged with... any such offence only if he has been previously convicted by or before a court... of any such offence or of culpable homicide..." (emphases added).

86 והשווה החזקה הראייתית הקיימת בארצות-הברית, לפיה, כאשר לנאשם בעל עבר פלילי מיוחסת עבירה חמורה, הכלל הוא מעצר, לעיל בהערה 66, אם כי בארצות-הברית מדובר בחזקה הניתנת לסתירה.

87 נכון הוא כי קשה לחשוב על דוגמא, שבה מיוחסת לנאשם עבירה חמורה וננוסף בעברו הפלילי קיימת הרשעה בעבירה חמורה, ובכל זאת נאמר כי הנאשם האינדיבידואלי אינו מסוכן לציבור. ובכל זאת, חשבתי על הדוגמא הבאה: נניח נאשם, שמיוחסת לו עבירת אינוס. כמו כן, הנאשם הורשע כבר בעבר בביצועה של עבירת אינוס. אולם, הנאשם טוען כי ביצוען של העבירות הללו על-ידי יסודו בבעיה מינית שהיתה לו, ובינתיים הוא עבר טיפול רפואי לדיכוי היצר המיני, טיפול ששולל את מסוכנותו. באנגליה, טיעון מעין זה של הנאשם לא יוכל כלל להיסקל על ידי בית המשפט, שכן לבית המשפט, כאמור, אין כל שיקול דעת בעניין.

להעלאו של טיעון מעין זה (טיעון הטיפול הרפואי לדיכוי היצר) בשלב העונש, ראו ת"פ (ת"א) 2268/95 מ"י נ' סימוני, תק"ש 95(3) 771; ת"פ (ת"א) 1153/96 מ"י נ' צור, תק"ש 96(2) 744; ע"פ 901/85 בוזגלו נ' מ"י, תק"ע 88(2) 219.

3. קנדה

בקנדה, כמו בארצות־הברית ובאנגליה, העילות המוכרות למעצרו של אדם הן עילת השיבוש ועילת המסוכנות⁸⁸. עם זאת, גם בקנדה קיימת חוקת מעצר בעבירות החמורות (ולא רק חוקת מסוכנות), ושתיים הן הוראות החוק הקובעות חוקה שכזו: האחת היא הוראת סעיף 515 (6) ל־Criminal Code, והשנייה היא הוראת סעיף 522 ל־Criminal Code. סעיף 515 הוא הסעיף שעוסק בקנדה בשחרור בערובה ובמעצר בעבירות ה"רגילות". סעיף 522 הוא הסעיף שעוסק בקנדה במעצר בעבירות החמורות במיוחד, והן, בעיקרם של דברים, עבירות הבגידה, ההמרדה, הרצח, והעבירה של מתן שוחד לרשות השופטת⁸⁹. כאמור, בשני ההקשרים – גם בהקשר של העבירות ה"רגילות" וגם בהקשר של העבירות החמורות במיוחד – ראה המחוקק הקנדי לנכון ליצור חוקת מעצר. כך, בסעיף 515 קיימת, בסעיף־קטן 6, רשימה של חזקות ראיות, אשר בהתקיימן הכלל הוא מעצר, וזאת אם הוכיח הנאשם כי יש מקום לשחררו בערובה. רשימת החזקות האמורה כוללת מקרים בהם הנאשם ביצע עבירה בהיותו משוחרר בערובה; מקרים בהם הנאשם אינו תושב קנדה; ומקרים – המפורטים בסעיף־קטן d, והם החשובים לענייננו – בהם מיוחסת לנאשם עבירת סמים חמורה⁹⁰. באופן דומה, סעיף 522 קובע בסעיף־קטן

88 ראו Criminal Code, § 515(10), אשר קובע כי:

"For the purposes of this section, the detention of an accused in 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... 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 released from custody, commit a criminal offence or an interference with the administration of justice".

נעיר כאן כי בית־משפט העליון בקנדה פסק כי העילה שעניינה שמירה על "טובת" הציבור ("the public interest") אינה עומדת בביקורת חוקתית. ראו R. v. Morales [1992] 3 S.C.R. 711.

89 העבירות החמורות, כפי שפורטו לידי, בעיקרם של דברים, בגוף הסקסט, הן העבירות המוגדרות ב־Criminal Code, § 469.

90 זו לשון ה־Criminal Code, § 515 (6)(d):

"Notwithstanding any provision of this section, where an accused is charged...

(d) with having committed an offence under section 4 or 5 of the *Narcotic Control Act* or the offence of [סעיפים אלה עוסקים בסחר, בייבוא ובייצוא של סמים] conspiring to commit an offence under section 4 or 5 of that Act, the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law, unless the accused... shows cause why his detention is not justified, but where the

(2) כי הכלל בעבירות החמורות במיוחד בהן דן הסעיף, הוא מעצר, וזאת אם הוכיח הנאשם כי, לאור עילות המעצר הקלאסיות, מעצרו אינו מוצדק⁹¹. כלומר, שוב אנו רואים הכרה בחוקת מעצר, שניתנת לסתירה, ואשר יסודה בעילות המעצר הקלאסיות ולא בעילת החומרה.

זאת ועוד, בקנדה עמדה החוקה הראייתית הקבועה בסעיף 515(6)(d) בביקורת חוקתית. יש לזכור כי בקנדה, כמו בארצות-הברית, החזקות הראייתיות שהוכרנו כפופות לביקורת חוקתית, לאור הוראת סעיף 11(e) לצ'ארטר הקנדי, הקובע כי אדם זכאי לכך שזכותו להשתחרר בערובה לא תישלל ממנו ללא סיבה מוצדקת⁹². והנה, בעניין *Pearson*⁹³ פסק בית-המשפט העליון של קנדה כי החוקה הראייתית הקבועה בסעיף 515(6)(d) עומדת, כאמור, בביקורת חוקתית. דובר שם בנאשם, שהואשם בעבירות של סחר בסמים, ולכן חלה בעניינו החוקה שבסעיף 515(6)(d) ל-Criminal Code, ולפיה הוא נעצר. הנאשם תקף את חוקתיותה של החוקה האמורה, אולם, טיעוניו נדחו על ידי בית-המשפט העליון של קנדה, כאשר הגנת המוצא של בית-המשפט הייתה כי הבסיס לחוקה הראייתית נעוץ בעילות המעצר הקלאסיות (ולא בעילת החומרה). נעניין בהנמקתו של בית-המשפט.

הנשיא Lamer נזקק שם לפרשנותו של סעיף 11(e) לצ'ארטר הקנדי, אשר קובע, כאמור, כי אדם זכאי לכך, שזכותו להשתחרר בערובה לא תישלל ממנו ללא סיבה מוצדקת. הנשיא מבהיר כי הסעיף מעניק לנאשם שתי זכויות, והן: הזכות לערובה סבירה ("reasonable bail"), והזכות לכך שהערובה לא תישלל ללא "סיבה מוצדקת" ("just cause"). הזכות הראשונה עניינה תנאיה וסבירותה של הערובה המושתת על נאשם, בהנחה שערובה כזו אכן הושתתה על הנאשם. לעומתה הזכות השנייה עניינה עצם הזכות להשתחרר בערובה⁹⁴. החוקה הקבועה בסעיף 515(6)(d) ל-Criminal Code פוגעת – לדברי הנשיא Lamer – בזכות השנייה, הזכות לשחרור בערובה, ועל-כן השאלה הנשאלת היא האם פגיעה זו היא "מסיבה מוצדקת", כדרישת סעיף 11(e) לצ'ארטר הקנדי. על שאלה זו משיב הנשיא Lamer בחיוב, ובכך הוא מאשר את חוקתיותה של

justice orders that the accused be released, he shall include in the record a statement of his reasons for making the order."

91 זו לשון ה-Criminal Code, § 522 (2): בחלקים הנוגעים לעניינו:

"Where an accused is charged with an offence listed in section 469, a judge... shall order that the accused be detained in custody unless the accused... shows cause why his detention in custody is not justified within the meaning of section 515(10)".

92 זו לשון הוראת סעיף 11(e) לצ'ארטר הקנדי The Canadian Charter of Rights and Freedoms בחלקים הנוגעים לעניינו:

"Any person charged with an offence has the right... not to be denied reasonable bail without cause."

93 *R. v. Pearson* [1992] 3 S.C.R. 665

94 שם, בעמ' 689.

החזקה האמורה. מבין הטעמים שמביא הנשיא Lamer כדי להבהיר מדוע הפגיעה כאן היא "מסיבה מוצדקת", חשוב להזכיר שניים. ראשית, העובדה שהחזקה הקבועה בסעיף 515(6)(d) אינה חזקה חלוטה, אלא הנאשם יכול להפריכה:

...s. 515(6)(d) does not deny bail for all persons who are charged with these offences, but rather denies bail only when these persons are unable to demonstrate that detention is not justified...⁹⁵

ושנית, מאפייניהן המיוחדים של עבירות הסמים החמורות – וכאמור החזקה הקבועה בסעיף 515(6)(d) מוגבלת לעבירות סמים חמורות – שהן חלק ממארג כלכלי רחב ושיטתי⁹⁶.

לעומת החזקה הראייתית האמורה שבסעיף 515(6)(d), הרי שאלת חוקתיותה של החזקה הראייתית הדומה, הקיימת בסעיף 522(2), ואשר עניינה הוא העבירות החמורות במיוחד של בגידה, רצח ומתן שוחד לרשות השופטת, עדיין לא נדונה על-ידי בית-המשפט העליון של קנדה. יתכן בהחלט לטעון כי מהלכת *Pearson* נגזר כי החזקה הראייתית הדומה שבסעיף 522(2) תעמוד גם היא במבחנים חוקתיים. עם זאת, יש להעיר כי קיימת פסיקה סותרת של בתי המשפט לערעורים בסוגיה זו, אם כי פסיקה סותרת זו כולה ניתנה לפני שניתן פסק-הדין בעניין *Pearson*⁹⁷.

הנה כי כן, נראה כי בדומה למצב בארצות-הברית, גם בקנדה, על אף המיגבלות החוקתיות הקיימות שם ועל אף העדר ההכרה בעילת החומרה כעילת מעצר, חזקת מעצר בעבירות החמורות נחשבת לחוקתית, וזאת בהתבסס על עילות המעצר הקלאסיות. עם זאת, התנאי להכרה בחוקתיותה של חזקת המעצר הוא כי החזקה האמורה תהיה חזקה הניתנת לסתירה, וכי העבירות החמורות, המקימות את החזקה, תהיינה כאלו שאכן טבוע בהן החשש לקיומן של עילות המעצר הקלאסיות.

1. סיכום ומסקנות

הדין הראוי בעיניי הוא כי בעבירות מין ואליומות במשפחה יינתן משקל לתומרתה של העבירה, במובן זה שבית-המשפט יתהשב בתחושתו של קורבן העבירה ובתגובתו הצפויה להחלטה בדבר שחרור הנאשם ממעצר. במאמר זה ניסיתי לבסס את טיעוני זה. כן ניסיתי להראות כי בפועל בתי-המשפט ממשיכים לשקול שיקולים של חומרת העבירה

95 שפ, בימ' 694.

96 שם, בעמ' 695. והשוו דברים שאמרנו לעניין אופיין המיוחד של העבירות המקימות בישראל את חזקת המסוכנות וחזקת המעצר, לעיל במרק ג.2.

97 לדעה שהחזקה, המצוייה כיום בסעיף 522(2), היא חוקתית, ראו *Bray v. R.* [1983] 2 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.). לדעה שהחזקה האמורה אינה חוקתית, ראו *Pugsley v. R.* [1982] 2 C.C.C. (3d) 266 (Nova Scotia C.A.). בשני המקרים הללו דובר בנאשמים שהאשמו ברצח.

הן בעבירות מין ואלימות במשפחה⁹⁸ והן בעבירות חמורות אחרות⁹⁹, אם כי לעתים בתי המשפט מסווים את פעולתם זו. כפי הנראה, יש בכך ביטוי לתחושות הלב של השופטים בדבר הדין הראוי.

עם זאת, כל עוד חוק המעצרים מנוסח כפי שהוא מנוסח כיום, קיים ספק האם ניתן לשקול את חומרת העבירה בשלב המעצר, לרבות בעבירות מין ואלימות במשפחה. ספק זה מתחזק לאור העמדה שהובעה בפרשת גנימאת, לפיה עילת החומרה אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובפרט לא עם הדרישה למידתיות הפגיעה, גם אם עמדה זו היתה שם בבחינת דעת יחיד¹⁰⁰. לאור הספק האמור, ניסיתי לבסס את הגישה, לפיה בעבירות מין ואלימות במשפחה הכלל הוא מעצר בפועל דווקא, גם בעזרת העמדה שאינה תומכת בעילת החומרה.

ואכן, טעמים שבהיגיון מובילים למסקנה כי מי שביצע לכאורה עבירה מין ואלימות במשפחה עלול לשבש הליכי משפט ועלול לסכן את בטחונם של בני משפחתו. כן מובילים טעמים שבהיגיון למסקנה הנוספת, והיא כי בעבירות מין ואלימות במשפחה, נטייה זו לשיבוש ולמסוכנות טבועה כה עמוק בטבעו של הנאשם ובטבעה של מערכת היחסים בין הנאשם לקורבן, עד שאין ליתן בנאשם אמון כי יוכל לעמוד בייצרו ומן ההכרח לעצרו בפועל דווקא¹⁰¹.

העיון במשפט המשווה אישר את מסקנתנו בדבר חוקתיותה של חוקת המעצר, המתבססת על עילות המעצר הקלאסיות, וזאת גם במדינות הכפופות למיגבלות חוקתיות, ואשר בהן עילת החומרה אינה מוכרת¹⁰². עם זאת, קיימות שתי מיגבלות להכרה בחוקתיותה של חוקת המעצר במשפט המשווה, והן: האחת, היא שהחוקה האמורה ניתנת לסתירה. השנייה, שהעבירה האמורה, שתביא ליצירת החזקה, תהיה כזו שאכן יהיה טבוע בה החשש לקיומן של עילות המעצר הקלאסיות. חוקת מעצר, ניתנת לסתירה¹⁰³, בעבירות המין והאלימות במשפחה, עומדת בשתי המיגבלות האמורות.

98 ראו הדין בפרק ג.2.

99 ראו הדין בפרק ב.3. ובפרק ד.1.

100 ראו עמדת השופט גולדברג בפרשת גנימאת, כפי שהובאה לעיל בסקסט הצמוד להערה 13.

101 ראו הדין בפרק ג.

102 ראו הדין בפרק ה.

103 ראו לשונו של סעיף 21(א)(1) לחוק המעצרים, המורה כי חוקת המסוכנות הקבועה בו, קיימת "אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת".

