

מידע אמפירי ככלי לפיתוח המשפט הפלילי – סיפור הצלחה (יחסי)

מאת

אורן גזל-אייל*

מדוע נעשה שימוש נרחב יחסית במידע אמפירי במערכת המשפט הפלילית, בעוד שעל תחומי משפט אחרים, כמו המשפט החוקתי, קשה הרבה יותר להשפיע באמצעות נתונים ומחקרים אמפיריים? המאמר סוקר את המאפיינים שהפכו את המשפט הפלילי לפתוח יותר לטיעונים מחקריים ואמפיריים. בפרק א המאמר מבחין בין הסוגים של המידע האמפירי בהם נעשה שימוש במשפט הפלילי. בפרק ב והעיקרי, המאמר סוקר מספר מאפיינים ייחודיים של מערכת המשפט הפלילית, המבחינים אותה מענפי משפט אחרים, והופכים אותה לפתוחה הרבה יותר לשימוש במידע אמפירי. המאפיינים שנדונים במאמר הם: ריבוי השימוש בוועדות ציבוריות לקביעת מדיניות; המעורבות הגדולה של משפטנים מהאקדמיה בהליכי קבלת ההחלטות; קיומה של הקרימינולוגיה כתחום חקר מובחן; קיומם של גופים מרכזיים האוספים כדרך קבע נתונים; ריבוי מרחבי ההשפעה המשפטיים מחוץ לבתי המשפט; הפוליטיזציה הנמוכה יחסית של המשפט הפלילי; וקיומה של הסניגוריה הציבורית כגוף אופוזיציוני ייחודי במערכת השלטון. הסקירה מלמדת כי בהליכים משפטיים, בתוך בתי המשפט, המידע האמפירי לא זוכה למעמד משמעותי גם במשפט הפלילי. אבל במערכת המשפט הפלילית, לא רק ההכרעה המשפטית בדבר חוקיות המדיניות נקבעת בידי משפטנים אלא גם המדיניות עצמה. כשלמאפיין זה מצטרפות המעורבות הגדולה של אנשי מחקר וקרימינולוגים בעיצוב המדיניות והתחרות בין גופי שלטון שמביטים על המערכת מנקודות מבט מנוגדות – הסיכוי של טיעונים מבוססים עובדות, מחקר ונתונים להשפיע על קבלת ההחלטות גדל.

מבוא. א. איזה מידע אמפירי משמש את מקבלי ההחלטות? 1. תובנות המבוססות על מחקרים אמפיריים. 2. נתונים ומידע מקומי. 3. מחקרים ייעודיים על מערכת המשפט הישראלית. ב. מדוע נעשה שימוש נרחב במידע אמפירי במשפט הפלילי? 1. השימוש הנרחב בוועדות ציבוריות. 2. מעורבות אנשי אקדמיה בהליכי קבלת החלטות. 3. הקרימינולוגיה כתחום חקר מוכר. 4. גופים מרכזיים שאוספים נתונים. 5. ריבוי מרחבי השפעה משפטיים מחוץ לבתי המשפט. 6. פוליטיזציה נמוכה. 7. הסניגוריה הציבורית. ג. סיכום.

* פרופסור למשפטים באוניברסיטת חיפה, ראש מותף של המרכז לחקר פשיעה משפט וחברה ו-Visiting Fellow, All Souls College, University of Oxford. הדברים מבוססים על הרצאה שניתנה בכינוס "כלים אמפיריים במשפט החוקתי", שנערך בקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא

פרופסור נטע ברק-קורן ביקשה ממני להציג את ההצלחה של השימוש במידע האמפירי לפיתוח המשפט הפלילי כדי שאולי יהיה אפשר ללמוד מהסיפור גם למשפט החוקתי. האמת שהבקשה קצת הביכה אותי. סיפור הצלחה? לא ידעתי שהוא כזה. מייד סיפרתי לה על הפגישות הרבות שהיו לי בחודשים האחרונים במשרד המשפטים, במשרד לביטחון פנים, בפרקליטות, במשטרה ובכנסת – שבהן הצגתי נתונים איך-ספור המראים שהמדיניות שהם מאמצים כעת לצורך ויסות מדיניות הכליאה גורמת נזק – והתחושה שההשפעה של השיחות האלו הייתה שולית. אבל נטע דווקא ראתה בזה סיפור הצלחה, לפחות אנשי המשפט הפלילי מסתכלים על המידע, מקשיבים לטענות המבוססות עליו. במשפט החוקתי – לטענתה – גם זה אינו קורה.

אז במחשבה שנייה – אולי באמת מדובר בסיפור הצלחה (יחסי). אכן, קובעי המדיניות במשפט הפלילי נחשפים יותר ויותר לנתונים ולמחקרים אמפיריים בהליך קבלת ההחלטות, והמידע האמפירי הזה משפיע. אולי לא מספיק, אבל משפיע בהחלט. לפיכך אנסה במאמר זה לעמוד על המאפיינים הייחודיים של המשפט הפלילי שהפכו אותו לפתוח לטיעונים המבוססים על מידע אמפירי יותר ממערכות משפט אחרות. את הצעד הבא, לבחון אם ניתן להסיק מכל זה למשפט החוקתי או המנהלי, אשאיר למשתתפים האחרים בסימפוזיון.

א. איזה מידע אמפירי משמש את מקבלי ההחלטות?

לפני שאבחן את הסיבות לשימוש הנרחב יחסית של מערכת המשפט הפלילית במידע אמפירי כדאי לעמוד על הסוגים השונים של מידע אמפירי שעליהם מדובר. ניתן להבחין בשלושה סוגים עיקריים של מידע אמפירי, שההבחנה ביניהם אינה תמיד חדה, ולמרות זאת היא חשובה. בהקשרים מסוימים תיתכן הצלחה גדולה לשימוש בסוג מידע אמפירי אחד, ואילו הסוגים האחרים נדחים, ובהקשרים אחרים דווקא סוגי המידע האחרים יזכו לתשומת לב. גם הסיבות לשימוש במידע אמפירי במערכת המשפט הפלילית אינן בהכרח זהות בכל סוגי המידע.

1. תובנות המבוססות על מחקרים אמפיריים

הסוג הראשון של מידע אמפירי הוא ידע אקדמי המבוסס על מחקרים אמפיריים שבוצעו בעבר. ידע נצבר זה מלמד בדרך כלל על קשר בין משתנים שונים, ולכן מסייע בקבלת החלטות ובקביעת מדיניות. למשל, מחקרים רבים עוסקים בקשר שבין החמרה בענישה להרתעה כללית ובוחנים אם חומרת העונש משפיעה על ההרתעה הכללית ואם כן, באיזו מידה.¹ מחקרים אחרים בוחנים באיזו מידה חלופה שמפתחים לעונש (למשל עבודת

1 לסקירה, ראו Charyl M. Webster & Anthony N. Doob, *Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity*, in THE OXFORD HANDBOOK FOR SENTENCING AND CORRECTION 173 (John Petersilia & Kevin R. Reitz eds., 2012).

שירות) או להליך הפלילי (למשל הסדר מותנה) מחליפה את העונשים או את ההליכים ובאיזו מידה היא רק מרחיבה את רשת האכיפה למקרים שקודם טופלו בדרך אחרת.² בדומה לזה, מחקרים רבים בוחנים את ההשפעה של מעצר על תוצאות ההליך הפלילי.³ אלו שאלות כלליות שהמחקר האקדמי עוסק בהן והתובנות העולות ממנו חשובות לקביעת מדיניות במשפט הפלילי בישראל. למחקרים אלו יתרון גדול על פני מידע אמפירי אחר כי מדובר בידע נרחב שנבחן בכלים מחקרניים בדוקים ועבר שיפוט של עמיתים. לכן המסקנות ממנו מהימנות יחסית. מנגד, לא תמיד ניתן להקיש ישירות מהידע המחקרי הכללי הזה על ההשפעה של מהלך מסוים במערכת המשפט הישראלית. למדיניות דומה עשויה להיות השפעה שונה במקומות שונים ובהקשרים שונים.⁴ נוסף על זה, כלי המדיניות שמוצעים בארץ אינם זהים כלל וכלל לאלו שנחקרו באותם מחקרים. התובנות מהמחקר האקדמי צריכות לשמש את קובעי המדיניות, אך הן אינן יכולות להחליף כלי הערכה אחרים המותאמים טוב יותר למדיניות הנבחנת בישראל.

2. נתונים ומידע מקומי

הסוג השני של מידע אמפירי הדרוש לקבלת החלטות הוא נתונים. טיעונים אמפיריים שניתן לבסס בנתונים ניתן למצוא פעמים רבות בפסקי דין. לדוגמה, לא אחת בית המשפט מתרשם שחלה התגברות בתופעה עבריינית מסוימת, או קובע שהתופעה הפכה "מכת מדינה", ובהסתמך על התרשמות זו מחליט על החמרה בענישה המוטלת על מבצעי העבירות.⁵ במקרים אחרים הצעות חוק והנחיות מדיניות מסתמכות על הערכות אמפיריות כאלו כבסיס לשינוי מדיניות ענישה.⁶ לעיתים, כפי שאראה בהמשך, הטיעונים אינם מתבססים על הנתונים אף שאלו קיימים. אולם עצם הניסיון לטעון טענה אמפירית, גם אם אין מבססים טענה זו, מלמד כי נתונים נתפסים כשיקול רלוונטי בהחלטות רבות. נוסף על זה, נתונים רבים נדרשים לקבלת החלטות מדיניות אף אם קובעי המדיניות אינם מתייחסים אליהם. יתרונם של הנתונים הוא ברלוונטיות שלהם להליך קבלת ההחלטות המקומי. נתונים שנאספים בארץ, על הארץ, יכולים לשמש את מקבלי ההחלטות בארץ. מנגד, נתונים אינם

2 לסקירה, ראו למשל הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים **דין וחשבון** 62–63 (2015) <https://bit.ly/3u3Ujpv> (להלן: ועדת דורנר).

3 רינת קיטאי-סנג'רו **המעצר: שלילת חירות טרם הכרעת הדין** 22–23 (2011) (סוקרת מחקרים על השפעות המעצר על ההליך).

4 Leslie Sebba, *Is Sentencing Reform a Lost Cause? A Historical Perspective on Conceptual Problems in Sentencing Research*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 237 (2013) (מראה כי חלופה למאסר עשויה להצליח לצמצם מאסרים במדינה אחת ולהיכשל במדינה אחרת).

5 ראו למשל רע"פ 5584/03 **פינטו נ' עיריית חיפה**, פ"ד נט(3) 577, פס' 17 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1.12.2004) ("תופעת הבנייה הבלתי חוקית הפכה מכת-מדינה"); ע"פ 3160/12 **כריסטיאן נ' מדינת ישראל**, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו) 21.4.2013 ("בית המשפט המחוזי עמד על תופעה זו והתייחס אליה כאל 'מכת מדינה'. אין זה בלתי סביר כי מקום בו מזהה בית המשפט עליה משמעותית בפעילות עבריינית מסוג מסוים הוא ינקוט במענה עונשי הולם").

6 ראו למשל הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 96) (תקיפת קשיש), התשס"ח–2007 (הצעה לאמץ עונש חובה בעבירות של תקיפת קשיש כיוון שעבירה זו הפכה למכת מדינה).

מספרים את הסיפור השלם הדרוש לקבלת החלטות. למשל, נתונים שמראים כי מספר המעצרים גדל לאורך העשור הראשון של המאה⁷ וקטן לנקודת המוצא בעשור השני,⁸ או כי שיעור העבירות ביחס לגודל האוכלוסייה ירד בהתמדה בשני העשורים האחרונים⁹ – אינם יכולים, כשלעצמם, לומר אם היקף השימוש במעצרים גבוה מדי או להכריע בשאלה מה מסייע בצמצום העבריינות.

3. מחקרים ייעודיים על מערכת המשפט הישראלית

הסוג השלישי של מידע אמפירי הוא מחקרים שבוחנים קשר בין משתנים ספציפיים במערכת המשפט הישראלית. מחקרים אלו משלבים את היתרונות משני סוגי המידע הקודמים. הם נערכים על מידע מישראל ובוחנים סוגיה ישראלית, אך הבחינה אינה מתמצה בהצגת נתונים אלא נעשית אגב ניסיון להתחקות בשיטות מחקר מוכרות על הקשר בין פעולות שונות לתוצאות שהן מניבות.

כך, מחקר שבחן את ההשפעה של חלופה למאסר על הרחבת רשת האכיפה מצא כי שלא כמטרה המוצהרת של העונש, אימוץ האופציה לשאת מאסר בעבודת שירות הפחית רק במעט את מספר עונשי המאסר בכלא, והעונש החליף בעיקר עונשים קלים ממאסר.¹⁰ מחקר שבחן את השפעת המעצר על העונש מצא שמעצרו של אדם משפיע יותר מכל שיקול אחר על השאלה אם יוטל על הנאשם עונש מאסר בעבירות פריצה והתפרצות של נאשמים ללא עבר פלילי.¹¹ מחקר שבחן את הציות של שופטי בתי משפט השלום לתקדים מחייב בתחום הענישה מצא שהנחיה מפורשת של בית המשפט העליון להטיל עונשי מאסר על מי שהורשעו בעבירות של הלנה, העסקה והסעה של שוהים שלא כדין קוימה רק ב-30% מגזרי הדין בבתי משפט השלום.¹²

מחקרים מעין אלו שונים מהמידע האמפירי מהסוג הראשון, שאותו כיניתי תובנות העולות ממחקרים אמפיריים. תובנות כאלה עניינן במסקנות כלליות שאותן לא ניתן להסיק ממחקר אחד בלבד אלא בעיקר מניתוח של מספר רב של מחקרים ומטה-אנליזות שברוצעו על מקרים שונים בשיטות שונות. כאן כוונתי למחקר יחיד על מוסד ישראלי ספציפי, שממנו לא ניתן להסיק מסקנה רחבה, אך ניתן ללמוד ממנו נקודתית על המוסד הישראלי שנחקר

7 משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי לשנת 2010** 48 (2011) <https://bit.ly/3buBk18> (להלן: משטרת ישראל **שנתון 2010**) (מספר המעצרים גדל מ-46,000 ל-60,000 משנת 2001 לשנת 2010).

8 משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי לשנת 2020** 26 (2021) <https://bit.ly/39SAISx> (להלן: משטרת ישראל **שנתון 2020**) (מספר המעצרים פחת מ-60,000 לכ-46,000 בין השנים 2016 ל-2020).

9 ראו משטרת ישראל **שנתון 2010**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 48 (שיעור התיקים הפליליים ל-100,000 תושבים ירד מ-75 בשנת 2001 ל-50 בשנת 2011); משטרת ישראל **שנתון 2020**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 24 (הירידה בשיעור התיקים המשיכה עד שהיה 30 בלבד בשנת 2020, 60% פחות משיעורם בתחילת המאה).

10 בלהה שגיב **ריצוי מאסר בעבודת שירות – כמודל לחלופה למאסר** 126–127, 212–222 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1997).

11 יעל חסין ומרדכי קרמיניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" **משפטים** כב 533, 558 (1993).

12 Oren Gazal-Ayal, Hagit Turgeman & Gideon Fishman, *Do Sentencing Guidelines Increase Prosecutorial Power? An Empirical Study*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 131, 147 (2013)

ועל השפעותיו. כיוון שמדובר במחקר שבוחן את פעולת המוסד הישראלי בישראל, הוא יכול להעניק מידע אמפירי מצוין לקביעת מדיניות בתחום שבו הם עוסקים. מנגד, מחקרים כאלו יקרים לביצוע, ולכן לא כל פעולה יכולה להסתמך על נתונים ממחקרים כאלו. אחרי שהצגתי את סוגי המידע האמפירי השונים, את יתרונותיהם וחסרונותיהם, חשוב להבהיר כי כל שלושת סוגי המידע רלוונטיים לקבלת ההחלטות ויכולים לסייע בשיפורה. גם תובנות מחקריות כלליות וגם נתונים יכולים להיות רלוונטיים מאוד במקרים מסוימים, גם אם יש להיעזר בהם בזהירות במקרים אחרים. נראה שאכן השימוש שנעשה בשלושת סוגי המידע במשפט הפלילי נרחב מזה שנעשה בתחומים משפטיים אחרים. בפרק הבא אנסה לעמוד על הסיבות לכך.

ב. מדוע נעשה שימוש נרחב במידע אמפירי במשפט הפלילי?

איני משוכנע שבידי להציג כאן ניתוח מלא ומקיף של הסיבות לשימוש הנרחב יחסית במידע אמפירי במשפט הפלילי לעומת המשפט החוקתי. מחקר אמיתי שינסה למצוא את הקשר בין משתנה אחד – התחום המשפטי (פלילי לעומת חוקתי) – לבין משתנה אחר (היקף השימוש של מקבלי ההחלטות במידע אמפירי) יצטרך להגדיר את המשתנים טוב יותר ולבנות מערך מחקר שינסה לבחון אם אכן א גורם ל"ב ובאיזה אופן. איני מכיר מערך כזה.

לכן במקום זאת אנסה, בהסתמך על ניסיוני האישי, ובמקום שבו ראיתי את השפעת המידע האמפירי על המשפט הפלילי, לגזור תובנות – אולי נכון יותר לומר השערות – באשר לסיבות שהופכות את המשפט הפלילי לנכון יותר לשימוש במידע אמפירי.

1. השימוש הנרחב בוועדות ציבוריות

ועדות ציבוריות משמשות כלי מרכזי בקביעת המדיניות במערכת המשפט הפלילית. למשל, רבות מהרפורמות המרכזיות שאומצו בשנים האחרונות היו תוצר של ועדות ציבוריות, כמו ועדת קרמניצר,¹³ שהובילה את שינויי החקיקה בתחום עבירות ההמתה, ועדת קנאי,¹⁴ שגיבשה את הרפורמה במידע הפלילי וועדת דורנר,¹⁵ שהובילה את הרפורמה במדיניות הענישה. נוסף על זה, זה עשרות בשנים שפועלת ועדה קבועה המייעצת לשרי המשפטים בנושאי סדר דין פלילי וראיות ומגבשת הצעות חוק בתחומים אלו. אלו רק דוגמאות מעטות. לאורך השנים גם אני כיהנתי כיו"ר, סיו"ר, חבר או מרכז של כעשר ועדות ציבוריות שונות לגיבוש מדיניות,¹⁶ בדומה לחוקרים רבים אחרים, ובהם מרדכי קרמניצר, רות קנאי, אהרון

13 הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין וחשבון** (2011) <http://bit.ly/2Gnrqg3>.

14 ועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 **דין וחשבון** (2010).

15 ועדת דורנר, לעיל ה"ש 2.

16 ועדת קרפ – הצוות להנהגת תיקונים במערכת הענישה הפלילי, 4-2002 (יועץ אקדמי) (אין בנמצא דוח של הוועדה שכן לא סיימה את עבודתה); ועדת דורנר – הוועדה לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים 2011-2015 (חבר ומרכז); ועדת ארבל – הוועדה המייעצת לשר המשפטים לסדר דין פלילי וראיות 2012-היום (חבר); ועדה לבחינת מדיניות התביעה בעבירות סמים בצה"ל, 2015-2016 (יו"ר

אנקר, דנה פוג'ן, באדי חסיסי ורכים אחרים שהשתתפו בוועדות ציבוריות שונות. מדובר בעשרות ועדות שפעלו לאורך השנים, ובכולן היו חברים אנשי אקדמיה ומחקר. כיוון שהוועדות הציבוריות כוללות כמעט תמיד אנשי מחקר אקדמי, שפעמים רבות גם עומדים בראשן, דרך החשיבה של אנשי האקדמיה משפיעה על דוחותיהן של הוועדות. שופטים ועורכי דין מתמקדים לא אחת בחקיקה קיימת, בפסיקה ובמשפט משווה כמקורות עיקריים להחלטות מדיניות; אנשי מחקר אקדמי מסתמכים הרבה יותר על מחקר, ובשנים האחרונות יותר ויותר על מחקר אמפירי. כך, מסקנות ועדת דורנר, שחלק גדול מחבריה היו אנשי מחקר, נשענו רובן ככולן על תובנות מהספרות המחקרית שבחנה את השפעותיה של מדיניות הענישה.¹⁷ גם דוחות הביניים של ועדת דנציגר מבוססים במידה רבה על ספרות מחקרית אמפירית.¹⁸ מניסיוני, ככל שבועדה אנשי אקדמיה רבים יותר, הדיונים ממוקדים פחות בשאלה מה קבע בית המשפט העליון בסוגיה ויותר בהשלכות של יישום עמדה כזו או אחרת על המציאות לפי הספרות המחקרית. כך למידע אמפירי ניתן משקל גדול יותר. אך השפעתן של הוועדות על המדיניות חורגת מהשפעתם הישירה של הדוחות של אותן ועדות. הסינרגיה בין אנשי האקדמיה לקובעי המדיניות בוועדות אלו משפיעה מאוד על דרכי החשיבה של קובעי המדיניות. אם בעבר לא היה הצורך בביסוס מחקרי או אמפירי לעמדות שונות מרכיב מרכזי בחשיבה של קובעי המדיניות, האינטראקציה עם אנשי האקדמיה בוועדות הפכה אותו למרכיב חשוב יותר. כדי לדבר בשפה דומה, גם אנשי המחלקה למשפט פלילי באגף ייעוץ וחקיקה, אנשי הפרקליטות ואנשי המשרד לביטחון פנים מציגים נתונים או מחקרים אמפיריים לביסוס עמדותיהם, וכך המחקר לעיתים מחליף, ולרוב משלים, את החשיבה המשפטית הקלאסית כשפה המשותפת של כל הגורמים המעורבים בהליך.

נוסף על זה, לא אחת ממליצות הוועדות הציבוריות להמשיך ולבצע מחקר אמפירי לצורך פיתוח המשך המדיניות. ועדת דורנר למשל המליצה על הקמת יחידה למחקר ומידע במשרד המשפטים שתפרסם נתונים ותפעל לביצוע מחקרים בתחום מערכת המשפט הפלילית, והמלצתה זו אומצה בהחלטת ממשלה.¹⁹ גם ההצעה להרחיב את השימוש

משותף); ועדה לבחינת מדיניות התביעה הצבאית בעניינם של עריקים ומשמטמים 2018–2020 (י"ר); חבר בפורום האקדמי המייעץ למפכ"ל המשטרה 2016–2017, הצוות לבחינת זכות הייצוג בהליכי דין משמעתי 2021–2022 (חבר); ועדת מררי – הוועדה לבחינת חלופות לעונש המאסר 2017–2022 (חבר); ועדת דנציגר – הוועדה למניעת הרשעות שווא ותיקונן 2018–2022 (סגן יו"ר). כמו כן הייתי מעורב בוועדות רבות נוספות, ובכלל זה בעריכת מחקר אמפירי על הרשעות בדעת רוב לוועדת אנקר – הוועדה לבחינת הרשעה בדעת רוב וערעור על זיכוי במשפט הפלילי 2010, וכמי שיזם את הפנייה שביקשה להקים את צוות למברגר – צוות התביעה לבחינת יישום דוח ועדת דורנר, צוות שעם תחילת עבודתו הופעתי לפניו ועוד.

17 ועדת דורנר, לעיל ה"ש 2.

18 ראו הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקונן **דוח ביניים בנושא ערויות ראייה שגויות וזיהוי מוטעה** (2019) (להלן: ועדת דנציגר – דוח זיהוי שגוי); הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקונן **דוח ביניים בנושא ראיות פורנויות** (2021) (להלן: ועדת דנציגר – דוח ראיות פורנויות).

19 ראו החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016). עד כה החלטה זו לא מומשה. עם זאת משרד המשפטים הקים יחידת מחקר קטנה יותר וכללית יותר שמבצעת בין היתר מחקרים על מערכת המשפט הפלילית.

בעבודות שירות, אומצה כהוראת שעה אשר יישומה מלווה במחקר אמפירי, כפי שהמליצה הוועדה.²⁰ בדומה לזה, ועדת דנציגר המליצה על הקמת גוף רגולציה למדע פורנזי שימשיך את המעקב אחרי המחקרים האמפיריים ויסתייע באקדמיה הלאומית למדעים לצורך ביסוס המדיניות בתחום ואסדרתה.²¹

2. מעורבות אנשי אקדמיה בהליכי קבלת החלטות

זאת ועוד, גם בלי קשר לוועדות ציבוריות, אנשי מחקר מעורבים פעמים רבות בעיצוב מדיניות החקיקה במשפט הפלילי. פרופ' באסי חסיסי עובד בקשר ישיר עם אנשי הפרקליטות על מיזמים שונים לטיפול בפשיעה בחברה הערבית.²² פרופ' דיוויד ויסבורד מייעץ בקביעות למשטרה בהחלטות על מדיניות שיטור.²³ גם אני השתתפתי בעשרות פגישות או שיחות, שלא במסגרת ועדות, עם אנשי פרקליטות המדינה, המשטרה, הייעוץ המשפטי לממשלה, משרד האוצר, שב"ס ועוד. חלק מאותן פגישות הובילו לרפורמות נרחבות. כך, ההסדר המותנה אומץ בידי היועץ המשפטי לממשלה ושר המשפטים בשנת 2006 לאחר שהצגתי את הצעת החוק בשתי פגישות איתם, והם החליטו לאמץ אותה כהצעת חוק ממשלתית.²⁴ הצוות בתביעה בראשות מומי למברגר, שהוביל לשינוי ניכר ביחס התביעה להליכי שיקום, הוקם בעקבות פגישה שערכתי עם היועץ המשפטי לממשלה, ובה הוצגו נתונים אמפיריים רבים על היקפי המעצרים והמאסרים כמו גם מחקרים על השלכות הגידול בהיקפי הכליאה.²⁵ כשמשדר המשפטים ביקש מפרופ' קנאי וממני להכין הצעה לעונשי מוצא בכמה עבירות ובניית מתודולוגיה לקביעת עונשי המוצא, הפנייה אלינו עצמה הובילה לכך שהקביעה תיעשה גם בהסתמך על ניתוח אמפירי של רמות הענישה כחלק מהמתודולוגיה.²⁶

ושוב, מעורבותם של אנשי המחקר האקדמי במפגשים האלו משפיעה על השיח – גם על השיח הפנימי שמתנהל אחרי שהחוקרים עוזבים את החדר. כיוון שחוקרים מורגלים

20 שם; מטרת המחקר המלווה היא לבחון אם התיקון הביא לצמצום הכליאה או בעיקר להרחבת רשת האכיפה. בשל עיכוב בביצוע המחקר הוחלט להאריך את הוראת השעה, והמחקר המלווה נעשה בימים אלו על ידי יחידת המחקר במשרד המשפטים. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 133 – הוראת שעה) (תיקון) (הארכת תוקף), התשפ"א-2021, ה"ח הממשלה 464.

21 ועדת דנציגר – דוח ראיות פורנזיות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 36–43.

22 רוני זינגר "הפיילוט הסודי שהוריד את רמת הפשיעה ב-75% בשנתיים" **שומרים** (28.4.2021) <https://bit.ly/3NoJYLV>.

23 יהושע (ג'וש) בריינר "מומחה ישראלי ניצב בחזית המאבק נגד פשיעה בעולם – האם ייעזרו בו גם בארץ?" **הארץ** (20.10.2019) <https://bit.ly/3QR6TSK>.

24 עידו באום "לא תאמינו מי התנגד לחוק שייעל את התביעה הפלילית" **TheMarker** (1.8.2012) <https://bit.ly/3QPtLSD>. להצעה שכתבתי כנספה במאמר אחר, ראו אורן גול-אייל "הסדר ענישה: הצעה להליך חדש" **עיוני משפט** לו 125, 175–187 (2006). לתיקון שהתקבל בעקבות ההצעה, ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב-2012.

25 צוות התביעה לבחינת יישום דוח דורנר **דין וחשבון** 16 (2018) (להלן: ועדת למברגר). להקמת הצוות ולמידע האמפירי שהיה ברקע הקמתו, ראו אורן גול-אייל והילה אייזנבנד "האינטרס הציבורי בצמצום מאסרים – על חובות התביעה בעקבות דוח ועדת דורנר" **משפט מפתח** 5, 18 (2019).

26 אורן גול-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא" **חוקים** ג 155 (2011).

בשימוש במידע אמפירי לביסוס הטענות, דרך החשיבה הזאת מחלחלת גם לקובעי מדיניות אחרים שבעבר אולי נתנו משקל גדול יותר לסוג אחר של טיעונים.²⁷

3. הקרימינולוגיה כתחום חקר מוכר

הסבר אפשרי שלישי לשימוש הנרחב במידע אמפירי אצל קובעי מדיניות במשפט הפלילי מצוי בקיומה של דיסציפלינה מחקרית העוסקת במערכת המשפט הפלילית – הקרימינולוגיה. המחקר הקרימינולוגי עוסק זה מאות בשנים בהערכה אמפירית של מערכת המשפט הפלילית, ומדי שנה מתפרסמים אלפי מחקרים הבוחנים אמפירית את פעולתם של בתי המשפט, התביעה, הסנגוריה, המשטרה ואת השלכת עבודתם על העבריינות, על נפגעי עבירה ועוד.²⁸

אכן, גם מושאי המחקר של המשפט החוקתי נבחנו לא אחת באקדמיה, למשל ביחידות למדע המדינה. אולם נראה שהקשר בין הקרימינולוגים למשפטים קרוב בהרבה מהקשר שבין חוקרי מדע המדינה לקובעי המדיניות במשפט החוקתי. כך, חלק מהחוגים לקרימינולוגיה מצויים בתוך הפקולטות למשפטים, לחלק גדול מהחוקרים ביחידות אלו יש הכשרה משפטית, וחלק מהעוסקים במשפט פלילי עסקו או עוסקים במחקר קרימינולוגי. נוסף על זה, מרבית השאלות שקרימינולוגים וקובעי מדיניות במשפט הפלילי שואלים דומות מאוד, ואילו במדע המדינה המחקר עוסק הרבה יותר בהכרעות של גורמים שאינם חלק מהמערכת המשפטית. לדוגמה, מחקרים בקרימינולוגיה הבוחנים אילו עונשים מקדמים הרתעה או מה השלכה של החקירה על נפגעי עבירה משמשים בסיס להחלטות בדבר הנחיות לתובעים או חקיקה שעליה אמונים המשפטים במחלקה הפלילית של ייעוץ וחקיקה. מנגד, מחקרים במנהל ציבורי, יחסים בין-לאומיים או כלכלה פוליטית, גם אם הם נתפסים כרלוונטיים בקרב קובעי המדיניות, השפעתם אינה דווקא על המשפטים ועל ההכרעות המשפטיות. פעמים רבות המחקרים הללו רלוונטיים להכרעות של אנשי הכלכלה במשרד האוצר, של הדיפלומטים במשרד החוץ וכיו"ב. מובן שלעיתים יש לאותם מחקרים השלכה גם על סוגיות משפטיות. לדוגמה: מחקרים בבריאות הציבור או בחינוך שעניינם השוואת צעדים שונים בעלי השלכה הן על הבריאות והחינוך והן על זכויות משפטיות. אבל גם במקרים כאלו ההשלכה המשפטית מוגבלת יותר. זאת ועוד, מקבלי ההחלטות הנעזרים במחקרים אלו, אנשי משרד החינוך או הבריאות, אינם בהכרח משפטים. נוסף על זה, אפילו כאשר למחקר יש מרכיב משפטי מרכזי – לדוגמה מחקר שעוסק באופן שבו ייעשה שימוש במידע רפואי בשל הזכות לפרטיות – ואפילו אם היועצים המשפטיים של המשרדים המקצועיים (בדוגמה שלנו – משרד הבריאות) עשויים להפיק תועלת מהמחקר, גישתם של אותם יועצים משפטיים למחקר תהיה מוגבלת יותר. קובעי מדיניות במשפט הפלילי מודעים לקשר הישיר בין השאלות שהם שואלים לבין המחקר הקרימינולוגי, כיוון שהמחקר הקרימינולוגי משליך על החלטות רבות שהם מקבלים. מנגד, אנשי המערך המשפטי

27 כך למשל ועדת למברגר (לעיל ה"ש 25) שאומנם הוקמה בעקבות פנייה מהאקדמיה, אך לא היו חברים בה אנשי מחקר. למרות זאת הדוח מתייחס בהרחבה למחקרים אמפיריים שהובאו בדוח ועדת דורנר (לעיל ה"ש 2), ולנתונים אמפיריים על מערכת המשפט הפלילית שחלקם נאספו על ידי הוועדה.

28 חגית לרנאו עבריינות ואכיפת החוק: תיאוריה, מדיניות, ביקורת (2016).

במשרדים המקצועיים, כמו משרד החינוך או הבריאות, עשויים להיזקק למחקר אמפירי מסוים שלו השלכה משפטית, אך אין ענף מחקרי הקשור ישירות לעבודתם היום-יומית כיועצים משפטיים במשרדי הממשלה. לעומת הקרימינולוגים שמערכת המשפט הפלילית והשלכות פעולתה הם אחד ממושאי המחקר העיקריים שלהם, הקשר בין המשפטים בתחומים אחרים לבין המחקרים שנעשים בתחומם רופף בהרבה.

לפיכך קשה לדמיין דיון במדיניות הענישה בלא התבססות מעמיקה על מאות שנים של מחקר קרימינולוגי. בדומה לזה, קשה לערוך דיון רציונלי במדיניות המעצרים, בהליכים חלופיים למשפט הפלילי או בזכויות נפגעי עבירה – תחומים שבהם המשפט מבקש להשיג תוצאה מסוימת – בלי להיעזר במחקרים על מעצרים ועל צדק מאחה או מחקרים בתחום הוויקטימולוגיה. מניסיוני, ועדות ציבוריות רבות שכינתו בהן, ובכללן הוועדה למניעת הרשעות שווא והוועדה לבחינת מדיניות הענישה, התמקדו לביסוס המלצותיהן במחקר קרימינולוגי הרבה יותר מאשר במחקר משפטי.²⁹

4. גופים מרכזיים שאוספים נתונים

גורם נוסף היכול להסביר את ההיקף הנרחב של שימוש במידע אמפירי במערכת המשפט הפלילית הוא ריבוי הרשויות האוספות נתונים בתחום זה. למשל: משטרת ישראל, המנהלת את המידע הפלילי, אוספת ומפרסמת מידע רב על היקפי הפשיעה ומאפייניה, על המעצרים, על התלונות על ביצוע עבירות ועל מבצעי העבירות;³⁰ שירות בתי הסוהר אוסף ומספק מידע סטטיסטי נרחב על אלו הכפופים למרותו;³¹ הסניגוריה הציבורית מוציאה מאז שנת 1999 דוחות שנתיים;³² בשנת 2015 הצטרפה גם הפרקליטות לרשימת הגופים הללו והחלה להוציא דוחות שנתיים מלאי נתונים סטטיסטיים;³³ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משלימה לא אחת את המידע בסקרים שהיא עורכת, כמו סקרי נפגעי עבירה, ובריכוז נתונים מהגורמים השונים.³⁴

ניתן לטעון כי גם מחוץ למערכת המשפט הפלילית נאספים נתונים רבים. משרד החינוך אוסף מידע רב על בתי הספר ועל הישגי התלמידים, משרד הבריאות הוכיח בתקופת משבר הקורונה כי ביכולתו לספק מידע מקיף על בריאות הציבור ועוד. אבל המידע שנאסף במערכת המשפט הפלילית ממוקד הרבה יותר בהחלטות הגופים המשפטיים ובתוצאותיהן, ולכן אנשי המשפט מכירים אותו טוב יותר ורגילים יותר להיעזר בו. נוסף על זה, המידע

29 ראו למשל הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקונן דוח ביניים בנושא עדויות ראיה שגויות וזיהוי מוטעה (2019) <https://bit.ly/3by2Evd>; ועדת דנציגר – דוח ראיות פורנויות, לעיל ה"ש 18; ועדת דורנר, לעיל ה"ש 2; הצוות הבין-משרדי לבחינת חלופות לעונש המאסר דין וחשבון (5.7.2021) <https://bit.ly/3xYNasJ> (ועדת מרר).

30 משטרת ישראל שנתון 2020, לעיל ה"ש 8.

31 שירות בתי הסוהר דין וחשבון שנתי 2020 (2021).

32 הסניגוריה הציבורית "דוחות פעילות שנתיים" משרד המשפטים (13.1.2021) <https://bit.ly/3OKn7ey>.

33 "הדו"ח השנתי של הפרקליטות" משרד המשפטים (31.10.2021) <https://bit.ly/3NoUiDo>.

34 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה סקר ביטחון אישי 2020 (2020) <https://bit.ly/3QPbB3r>.

נאסף מתוך מטרה לסייע לאנשי מערכת המשפט הפלילית – שכאמור רוב ראשיה הם אנשי משפט – וגם מטעם זה הוא מותאם יותר לצורכי המערכת. אין פירושו הדבר שמקבלי החלטות תמיד מכירים היטב מידע זה ומשתמשים בו. זכורה לי במיוחד פגישה אחת שקיימתי לפני כמה שנים עם בכירים במערכת המשפט הפלילי שבה הופתעתי לגלות שהם לא היו מודעים כלל לנתוני המשטרה שהראו עלייה גדולה בהיקף המעצרים וירידה גדולה בהיקפי הפשיעה. אך כמו במקרים אחרים, ואולי גם בשל מעורבותם של אנשי מחקר בהליכי קביעת המדיניות, הנחות אמפיריות שגויות נחשפות, וקובעי המדיניות לומדים בחלוף השנים שעליהם להכיר מידע זה, ולו כדי שבדיונים בכנסת או בוועדות הם לא יופתעו על ידי גופים שמציגים אותו כחלק מטיעוניהם. כך, המידע האמפירי הרב הופך לבסיס הכרחי יותר ויותר בכל החלטות מדיניות. זאת ועוד, ריבוי הגופים האוספים מידע מסייע לא רק לשימוש בנתונים אמפיריים אלא גם לעשיית מחקרים אמפיריים בישראל. כך, מחקרים רבים נסמכים על המידע שנאסף, בעיקר במשטרה ובשב"ס, ובוחנים את האפקטיביות של חקיקה או של מדיניות אחרת בהשגת המטרות שהוצבו לה, באמצעות ניתוח של המידע הקיים.³⁵ לעיתים גורמי האכיפה עצמם, שלהם גופי מחקר פנימיים, מובילים מחקרים כאלו או משתפים פעולה עם אנשי אקדמיה בעריכתם, ותוצרי המחקרים משפיעים על החלטות משפטיות.³⁶

5. ריבוי מרחבי השפעה משפטיים מחוץ לבתי המשפט

הבדל חשוב נוסף בין המשפט הפלילי למשפט החוקתי מצוי במרחבי ההשפעה השונים על המשפט. תפיסות היסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הן כי המשפט קובע את המותר והאסור, אך ההכרעות העיקריות אינן בידי המשפטנים. עקרונות משפטיים כמו סבירות או מידתיות מותירים מרחב שיקול דעת רחב לרשויות השלטון שאינן משפטיות, והמשפט רק אמור לתחום את מגוון ההחלטות האפשריות.

מערכת המשפט הפלילית שונה. הגופים העיקריים המקבלים החלטות פרטניות כמו גם החלטות מדיניות הם גופים משפטיים. פרקליטות המדינה, חטיבת התביעות במשטרה, הסניגוריה הציבורית הארצית – כולם גופים המורכבים ממשפטנים שמקבלים החלטות משפטיות. גם במשטרה לאנשי משפט משקל גדול מאוד בקביעת המדיניות, לפחות בתחומים הרלוונטיים יותר לענייננו כמו אלו שאגף החקירות עוסק בהם. כך, השפעה של מידע אמפירי על גופים אלו היא חלק אינטגרלי מהשפעתו של המידע האמור על המשפט הפלילי. גם אם משרד החינוך נעזר במידע אמפירי בקבלת ההחלטות, הכרעותיו אינן משפטיות בעיקרן. מנגד, החלטות של תובע, הנחיות של פרקליט המדינה, או מדיניות שנקבעת בשירות בתי הסוהר, הן פעמים רבות הכרעות משפטיות. כשאלו מסתמכות על מידע אמפירי – המידע האמפירי משפיע על מערכת המשפט הפלילית ועל המשפט.

35 האפשרות לקבל מידע פלילי לצורך מחקר מוסדרת בתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (מסירת מידע לחוקר מדעי), התשמ"ו-1986.

36 ראו לדוגמה "מחקרים ופירושים" שירות בתי הסוהר (9.6.2021) <https://bit.ly/3y10nfS>

זאת ועוד, גם המחלקה למשפט פלילי באגף ייעוץ וחקיקה, זו המופקדת על פיתוח החקיקה הפלילית, פועלת אחרת ממחלקות אחרות באגף ייעוץ וחקיקה, ככל שאני מתרשם מהעבודה עימם. בתחומים אחרים החלטות מדיניות המעלות סוגיות חוקתיות או סוגיות משפטיות אחרות מתקבלות במשרדי ממשלה אחרים, והמחלקה הרלוונטית באגף ייעוץ וחקיקה אמורה בעיקר לקבוע אם המדיניות שבחברה בה הרשות הרלוונטית עומדת בכללי הדין, או לבקש התאמות שיהפכו אותה לכזו. בדומה לזה, היוזמה לחקיקה בתחומים האחרים (כמו חינוך, ביטחון או בריאות) נעשית במשרדי הממשלה האחרים, לפי צורכי אותו משרד. כך, המידע האמפירי המשפיע על החלטות הגופים המתווים את המדיניות משפיע בדרך כלל על סוגיות שאינן בהכרח משפטיות, או לפחות אינן בעיקרן משפטיות. מנגד, חקיקה פלילית ומדיניות של מערכת המשפט הפלילית מתגבשות פעמים רבות מלכתחילה במחלקה הפלילית של ייעוץ וחקיקה. בתחום המשפט הפלילי משרד המשפטים הוא גם הגוף שמתווה מדיניות וגם הגוף המשפטי האחראי להתאמת המדיניות לדין. לכן המחלקה לא רק בוחנת את הלגיטימיות של המדיניות או של הצעת החוק של הגוף המקצועי אלא גם יש לה חלק מרכזי הרבה יותר בגיבוש המדיניות והחקיקה. כשמדובר במערכת המשפט הפלילית, שימוש במידע אמפירי לגיבוש מדיניות משפיע על המשפט.

ומה בנוגע לבתי המשפט? בית המשפט הוא מרחב ההשפעה המשותף לכל ענפי המשפט. האם גם במרחב זה השפעתו של מידע אמפירי על המשפט הפלילי גדולה מזו שבמשפט החוקתי? נושא זה עדיין לא נחקר, אולם על פני הדברים, אין אינדיקציות למעמד מיוחד שמקבל המידע האמפירי בהחלטות שיפוטיות במשפט הפלילי. אומנם יש מקרים ספורים שמהם ניכר שבתי המשפט נעזרו במחקרים אמפיריים בהחלטותיהם. למשל, בעניין **אלהרוש** הפך בית המשפט העליון את המדיניות שנקבעה בכמה בתי משפט מחוזיים לענישת מי שביצעו עבירה של שהייה שלא כדין לצורכי פרנסה.³⁷ בתי המשפט המחוזיים קבעו בין היתר כי המדיניות הנוהגת היא להטיל על נאשמים אלו עונש מאסר בפועל, ולפיכך קבעו שמתחם העונש ההולם לעבירה זו מחייב מאסר בפועל. בהסתמך בין היתר על מחקר אמפירי שפרסמתי במהדורת **משפטים על אתר** מצא בית המשפט העליון כי קביעה זו אינה מבוססת, והוא קבע כי הרף התחתון של מתחם העונש ההולם הוא מאסר על תנאי.³⁸ להכרעה זו הייתה השלכה עצומה על גזרי הדין של אלפי נאשמים שהורשעו בשהייה שלא כדין.

מנגד, במקרים אחרים בית המשפט העליון דווקא מתעלם, כמעט במפגיע, מהמחקר האמפירי, לעיתים אף שהמחוקק הניח את היסודות להכרעה אחרת. כך, בשל הידע המחקרי הנרחב שלא מצא קשר חזק בין חומרת העונש להרתעה הכללית, המליצה ועדת גולדברג

37 רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (נבו 9.12.2014).

38 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן. למחקר האמפירי שעליו הסתמך בית המשפט, ראו אורן גול-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אתר** 1 ו 1 (2018).

להקטין את המשקל של שיקול ההרתעה בענישה.³⁹ בהתבסס על המלצה זו ועל המחקר האמפירי בנושא החליטה הכנסת, בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, לקבוע כי החמרה בעונש למטרות הרתעה מותרת רק אם הוכח סיכוי של ממש כי ההחמרה תקדם הרתעה, וגם אז היקף ההחמרה הוגבל.⁴⁰ חלק מבתי המשפט המחוזיים אימצו הנחיה זו ונמנעו מהסתמכות על שיקול ההרתעה בקביעת העונש כשלא הוכח לפנייהם שההחמרה תקדם הרתעה,⁴¹ ובית המשפט העליון מתעלם מדרישה זו בלי נימוק. בעשרות החלטות מציין בית המשפט העליון את שיקול ההרתעה כשיקול להחמרה בעונש בלי להזכיר כל דרישה להוכחת סיכוי של ממש שההחמרה תקדם הרתעה במקרה שלפניו.⁴² מדיניות זו נמשכת גם לאחר שוועדת דורנר קבעה, בהסתמך על מחקרים קרימינולוגיים רבים, כי "אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר".⁴³

- 39 הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין **דין וחשבון** 12 (1997) (להלן: ועדת גולדברג) ("שאלת האפקטיביות של ההרתעה נבחנה במחקרים אמפיריים, אולם תוצאותיהם אינן חד משמעיות, וקיימות בנדון דעות שונות").
- 40 ראו הדיון בסוגיה, אגב התייחסות למחקרים הרלוונטיים, בפרוטוקול ישיבה 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010). בדיון השתתפו פרופ' לסלי סבה, פרופ' רות קנאי ואנוכי, וכולנו הצגנו לוועדה את המחקר המדעי בנושא זה.
- 41 ראו למשל גזר דינו של השופט דוד רוזן בפרשת הולילנד (ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 **מדינת ישראל נ' צ'רני**, פס' 14 (נבו 13.5.2014)): "על-פי תיקון החוק בנוסחו דהיום, ההרתעה הינה בבחינת אחד מהשיקולים לקביעת העונש (להבדיל מקביעת מתחם העונש ההולם). אבל, זאת רק, משהוכח, או יש בסיס לקביעה על-ידי בית-משפט, כי קיים סיכוי של ממש, שהטלת העונש תביא להרתעה. האם באמת בכוחה של המאשימה להוכיח, בשלב הטיעונים לעונש, כי הטלת העונש המבוקש על-ידיה תביא להרתעת הנאשם? ! האם באמת ניתן לצפות בכיטחון כי העונש המסוים או ההחמרה בעונש יובילו להרתעת הרבים? ! התשובה נתונה בגוף השאלה". ראו גם פסק דינו של סגן הנשיא (כתוארו אז) שפירא בעפ"ג (מחוזי חי') 53142-12-16 **רחמימוב נ' מדינת ישראל** (נבו 17.5.2017) ("ראוי להביא בחשבון, במסגרת מכלול השיקולים, את ההמלצות שפורטו בדו"ח [ועדת דורנר] המלצות המבוססות, בין היתר, על מחקרים בתחום הקרימינולוגיה. עניינו של דו"ח הוועדה בנתונים שיש להביא בחשבון לצור מימוש עקרונות הבניית שיקול הדעת לקביעת הענישה הראויה בהתאם להוראות חוק העונשין. דו"ח ועדת דורנר קובע כי אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר"). כן ראו פסק דינה של השופטת שרון נתנאל בע"פ (מחוזי חי') 41013-04-13 **כרמון נ' מדינת ישראל** (נבו 4.7.2013).
- 42 ראו למשל ע"פ 8641/12 **סער נ' מדינת ישראל**, פס' 36 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 5.8.2013); ע"פ 2814/18 **מנור נ' מדינת ישראל**, פס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 27.2.2019); ע"פ 4406/19 **מדינת ישראל נ' סובח**, פס' 22 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו 5.11.2019) (דוגמאות לפסקי דין שבהם בית משפט התחשב בשיקולי הרתעת הרבים אף שלא הוכח סיכוי של ממש שההחמרה אכן תקדם את ההרתעה). כן ראו ע"פ 1859/22 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת וילנר (נבו 6.8.2022); ע"פ 9201/18 **גורבאן נ' מדינת ישראל**, פס' 95 לפסק דינו של השופט שוחט (נבו 8.6.2022); ע"פ 5813/21 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 31.5.2022) (במקרה זה, בנוסף להרתעת הרבים, מזכיר בית המשפט את הרתעת היחיד והוא מסיק שזו דרושה במיוחד כיוון שעונש מאסר קודם לא הרתיע את הנאשם. אין ניסיון להסביר מה מגבש סיכוי של ממש שהמאסר הממושך יסייע בהרתעה, אף שמאסר קודם לא הרתיע); ע"פ 292/22 **מדינת ישראל נ' חליל**, פס' 11 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 29.5.2022) (כאן מניח השופט סולברג שהחמרה בענישה תקדם הרתעה בעבירות שנעשות על רקע אידאולוגי, מבלי לבסס את הטענה).
- 43 ועדת דורנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 22.

נוסף על זה, בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, מוכן לקבל טיעונים אמפיריים שלא בוססו אף אם ניתן לבססם. למשל, בעניין **כאברי נקבע** כי בתי המשפט הדנים בעניינים פליליים רשאים לקבוע כי חלה עלייה בהיקפה של תופעה עבריינית מסוימת אף אם לא הובאו לפנייהם נתונים על כך, בהסתמך על "התרשמותם" על רקע התיקים הנדונים לפנייהם⁴⁴ או על "חוש המומחיות של בית המשפט".⁴⁵ מחקרית, התרשמות מסוג זה הנשענת על ניסיון שאינו מבוקר, היא מקור לא מהימן לקביעות אמפיריות.⁴⁶ שופטי בית המשפט העליון, בהחליטם לאפשר לעצמם להסתמך על תחושות באשר לתופעות אמפיריות מדידות, שהמדינה יכולה לבססן בנתונים, מראים כי ההעדפה שלא להטיל על הטוענים נטל לבסס טענות אמפיריות אינה מהלך רשלני אלא מהלך מכוון. כמו במשפט הפלילי גם במשפט החוקתי ניתן למצוא הכרעות הנעזרות במידע אמפירי ואחרות שלא עושות זאת, כפי שהראתה פרופ' נטע ברק-קורן ברשימתה בגיליון זה.⁴⁷ על השאלה אם שימושם של בתי המשפט במידע אמפירי בהליכים פליליים נרחב מזה שבדיונים חוקתיים, יהיה אפשר להשיב רק באמצעות מחקר נפרד ומקיף. עם זאת נראה כי המידע האמפירי משפיע על מערכת המשפט הפלילית יותר משהוא משפיע על המשפט החוקתי, לאו דווקא בזכות השפעתו על בתי המשפט, אלא בעיקר בזכות השפעתו על מקבלי החלטות אחרים במשפט.

6. פוליטיזציה נמוכה

מערכת המשפט הפלילית תמיד הייתה מקור למחלוקת פוליטית. מחלוקות נסבו על מדיניות הענישה, על המעשים שאותם ראוי להפליל ועל האיזון הראוי בין זכויות חשודים ונאשמים לבין האינטרס הציבורי בצמצום הפשיעה. אולם במרבית המקרים המחלוקות האלו לא תאמו את קווי המחלוקת הפוליטיים בין ימין לשמאל או בין קואליציה לאופוזיציה. מנגד, קו השבר במחלוקות חוקתיות תואם פעמים רבות את קווי השבר הפוליטיים האחרים בחברה. למשל: מחלוקות סביב זכויות המיעוט הערבי או החרדי ומחלוקות חוקתיות הנוגעות לענייני דת ומדינה או למעמד השטחים המוחזקים בהחזקה לוחמתית מחלוקות את המערכת הפוליטית במידה רבה לפי אותם קווי חלוקה המחלקים את הגושים הפוליטיים הגדולים. בדומה לזה, הכרעה בסוגיות משפטיות חוקתיות הנוגעות לסמכויות

44 ע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל**, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנציג (נבו 1.5.2013).

45 שם, פס' ב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין. באותו מקרה התרשמו השופטים שחל גידול בהיקף העבריינות בעבירות שוד טלפונים, אף שלא הובאו נתונים לביסוס התרשמות זו. המשטרה אינה מפרסמת בנפרד את מספר העבירות של שוד טלפון, אולם מנתוני המשטרה עולה כי חלה ירידה בכמה עבירות השוד מבוצעות באופן כללי בשנים שקדמו לביצוע העבירה הנדונה. ראו משטרת ישראל **שנתון סטטיסטי לשנת 2011** 22 (2012) <https://bit.ly/3QTk3if> (מספר עבירות השוד קטן מכ-4,500-4,300 עבירות בשנה בשנים 2003-2005 לכ-2,900 בשנים 2010-2011).

46 Berndt Brehmer, *In One Word: Not from Experience*, 45 ACTA PSYCHOLOGICA 223 (1980).

47 נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" **משפטים על אתר יט** (2023). לדוגמה נוספת לשימוש במידע אמפירי בהחלטות חוקתיות של בג"ץ, ראו למשל בג"ץ 6732/20 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת**, פס' 37-39 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 1.3.2021). (שימוש במידע אמפירי מגוון להכרעה בדבר מידתיות הפגיעה הנגרמת משימוש בכלי מעקב של השב"כ במשבר הקורונה).

רשויות השלטון – הכנסת והממשלה – לא אחת מתקבלת בשמחה בצד אחד של המפה הפוליטית – לעיתים הקואליציה ולעיתים האופוזיציה – ובאכזבה בצד השני. ייתכן שהרגישות הפוליטית של המחלוקות החוקתיות מפחיתה את המשקל שניתן למידע אמפירי. גם אם את השאלה המשפטית ניתן לנסח באופן התלוי בממצאים אמפיריים, ייתכן שמקבלי ההחלטות במערכת המשפט לא תמיד יהיו קשובים לסוג זה של ניסוח, ולא בהכרח יתחשבו בתוצרי אותו ניסוח. למשל, מידע אמפירי שיחזק את המסקנה כי מדיניות ענישה מסוימת תקדם טוב יותר את האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות ישיפע ככל הנראה על מקבלי ההחלטות בלי קשר לעמדה הפוליטית שממנה מגיעים השרים המופקדים על המדיניות. מנגד, הכרעה בשאלה אם להקים בית ספר ערבי בנוף הגליל,⁴⁸ או אם לחייב תלמידי ישיבות בשירות צבאי,⁴⁹ נתפסת כהכרעה פוליטית וערכית, ולכן ייתכן שהיא תושפע פחות מטיעונים אמפיריים, גם אם אלו רלוונטיים מבחינה משפטית. לנפיצות הפוליטית של המחלוקת יכולה להיות השפעה – לא רק על בעל התפקיד שמקבל את ההחלטה המקורית אלא גם על המשפטנים. ככל שההכרעה שנויה יותר במחלוקת פוליטית – במובן המפלגתי-גושי של מונח זה – כך גם אנשי המשפט במחלקת הייעוץ והחקיקה או בפרקליטות עשויים לתת משקל גדול יותר לעמדת הגופים הפוליטיים ובהתאם משקל קטן יותר לממצאים האמפיריים. זאת ועוד, ייתכן שגם בית המשפט יעדיף להכיר במרחב שיקול דעת (deference) רחב יותר של הרשויות בהכרעות אלו, ולכן להתייחס להכרעות יותר כאל הכרעות פוליטיות או ערכיות ופחות כאל הכרעות אמפיריות. אם כך הדבר, המשקל שניתן למידע האמפירי בהחלטות בתחום המשפט החוקתי יקטן.

7. הסניגוריה הציבורית

בשונה מהמשפט החוקתי והמנהלי – במערכת המשפט הפלילי פועלים שני גופים שלטוניים המייצגים בבתי המשפט את שני צידי המתרס. הסניגוריה הציבורית, מאז הקמתה, לא הסתפקה במעמד שניתן לה בחוק לייצג חשודים ונאשמים אלא הפכה עצמה גם לגוף ידע מקצועי המעורב מעורבות עמוקה בהליכי פיתוח המדיניות במשפט הפלילי. רבים מהסניגורים שכיחנו לאורך השנים בהנהלת הסניגוריה הארצית היו בעברם אנשי מחקר באקדמיה – משפטנים או קרימינולוגים. הסנגור הציבורי הארצי, פרופ' קנת מן, הגיע לסניגוריה מהפקולטה למשפטים בתל אביב. ד"ר חגית לרנאו עבדה במחלקה לקרימינולוגיה באוניברסיטה העברית בירושלים, ואף כתבה את אחד הספרים החשובים בקרימינולוגיה בישראל.⁵⁰ גם לפרופ' יואב ספיר, ד"ר ענת הורוויץ, ד"ר קרין מרידור-פאר ולרבים אחרים שכיחנו או מכהנים בסניגוריה הציבורית רקע מחקרי. הרקע המחקרי שלהם סייע לפיתוח האופי של הסניגוריה הארצית כגוף בעל מומחיות בתחום מדיניות המשפט הפלילי. הסניגוריה יצרה קשר מוסדי עם האקדמיה, הקימה קליניקות בפקולטות למשפטים והקימה כתב עת.⁵¹ חבריה השתתפו בכינוסים אקדמיים ואף נסעו לכינוסים בין-לאומיים,

48 ע"מ 7058/19 סלום נ' עיריית נוף הגליל (נצרת עילית) (נבו 20.4.2021).

49 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 12.9.2017).

50 לרנאו, לעיל ה"ש 28.

51 ירחון הסניגור בשיתוף עם סקירה משפטית.

וכתבו מאמרים אקדמיים. נציגי הסניגוריה הביאו את הידע ואת החשיבה המחקרית לדיונים בכנסת שעסקו בחקיקה פלילית, ובתוך זמן קצר גם הוזמנו להשמיע עמדתם מוקדם יותר, בעת גיבוש החקיקה במשרד המשפטים. לאחר הקמת הסניגוריה הציבורית כללה כל ועדה ציבורית שהוקמה ועסקה במדיניות של מערכת המשפט הפלילית נציג מהסניגוריה. לאחרונה הפרקליטות גם מעבירה לעיתים לסניגוריה הציבורית טיוטות של הנחיות פרקליט מדינה להצרות מוקדמות.

קיומו של גוף שלטוני בעל נקודת מבט שונה מזו של הפרקליטות ובעל מומחיות מחקרית בתחומי המשפט והקרימינולוגיה אתגר את ההגמוניה של הגופים הכפופים ליועץ המשפטי לממשלה – אגף ייעוץ וחקיקה והפרקליטות. גופים אלו, שעד לאותו שלב הצטיינו במומחיות משפטית, אך לא בהכרח במומחיות מחקרית במדיניות אכיפת חוק, נדרשו יותר ויותר להתמודד עם טיעונים שחלקם הגדול היה מבוסס על מידע אמפירי, בדיונים הפנימיים בהשתתפות הסניגוריה, בוועדות הציבוריות ובוועדות הכנסת. מטבע הדברים, לצורך זה, גם גופים אלו החלו לתת משקל גדול יותר למחקר ולמידע אמפירי, ובכלל זה לאסוף נתונים בצורה סדורה, להעמיק את ההיכרות עם הספרות המחקרית בתחום אכיפת החוק, ולתת משקל גדול יותר למדיניות מבוססת עובדות. בחלוף הזמן גם הפרקליטות הוציאה דוח שנתי⁵² וכתב עת משלה.⁵³ בשנת 2019 גם אגף ייעוץ וחקיקה הוציאה לראשונה דוח שנתי⁵⁴ בסיכומו של דבר, הסניגוריה הציבורית הובילה לחשיבה מבוססת עובדות הן מכיוון שהיא יצרה בתוכה ידע מחקרי אמפירי, והן מכיוון שהיא גוף שלטוני מיוחד שהציב עצמו לא אחת למול קובעי המדיניות הוותיקים, השתמש במידע אמפירי בהתמודדות עימם ואתגר אותם להתמודד עם הסוג החדש של הטיעונים. בתחום המשפט החוקתי אין בדרך כלל יחידה שלטונית דומה שמאתגרת בקביעות את קובעי המדיניות בפרקליטות (בעיקר מחלקת הבג"צים) ובמחלקת ייעוץ וחקיקה. אומנם יש גופי מחקר חיצוניים, כמו המכון הישראלי לדמוקרטיה, שהשפעתם ניכרת, אולם כיוון שהם אינם גוף שלטוני הם אינם זוכים לאותו מעמד מיוחד סביב השולחן בהליך קבלת ההחלטות. נוסף על זה, גופים אלו לא תמיד מייצגים את העמדה הנוגדת את עמדת הפרקליטות, ואילו הסניגוריה, כמי שממונה על עורכי הדין העומדים מול הפרקליטות בבית המשפט, מביאה לשולחן בדרך כלל נקודת מבט מנוגדת לזו של הפרקליטות. מטעם זה הצורך להתמודד עם מידע אמפירי לביסוס עמדה במשפט החוקתי והמנהלי קטן יותר.

ג. סיכום

שלושת סוגי המידע האמפירי משמשים לא אחת את קובעי המדיניות במערכת המשפט הפלילית. אומנם פעמים רבות גם החלטות מדיניות נשענות על טענות אמפיריות שאינן מבוססות, אך מעורבות אנשי אקדמיה ואנשי הסניגוריה בהליכי קבלת ההחלטות, ריבוי

52 לדוחות שנתיים שהחלו להתפרסם החל משנת 2015, ראו לעיל ה"ש 33.

53 כתב העת **משפט מפתח** שיוצא לאור משנת 2013.

54 חן מענית "לראשונה: מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מפרסמת דוח שנתי" **גלובס** (11.8.2019). <https://bit.ly/3A6fafX>

הנתונים הזמינים וקיומו של מחקר קרימינולוגי ענף גורמים שהדיונים סביב טענות שניתן לבסס אמפירית הם פעמים רבות יותר דיונים מבוססי מידע. עם זאת בבתי המשפט המידע האמפירי עדיין אינו זוכה למעמדו הראוי. בית המשפט העליון מתיר לשופטים להשתמש בהתרשמותם ובחוש המומחיות שלהם כדי לקבוע טענות שניתן לבסס בנתונים זמינים. מחקרים קרימינולוגיים וידע מחקרי אחר אינם זוכים למעמד, ובתי המשפט מעדיפים להסתמך על תחושותיהם באשר להשלכות האפשריות של החלטותיהם. ההתעלמות מהנתונים ומהמחקר מובילה את בתי המשפט, לא אחת, לתוצאות שגויות. ברי כי לא כל טענה ניתן לבסס במחקר אמפירי או בנתונים. באין אפשרות להיעזר במידע אמפירי, על בתי המשפט להמשיך ולהיעזר בשכל הישר ככלי להערכת הטענות וההשלכות הצפויות של החלטותיהם. אולם אם מידע אמפירי יהווה בסיס להחלטות, מקום שבו הוא זמין ורלוונטי, אפשר שנראה גם גידול בייצור הידע של מידע כזה, באקדמיה וברשויות הציבוריות. שיפור כזה ניתן להשיג אם ייקבע, כקביעה משפטית, כי טענה שניתן לבסס במידע אמפירי לא תתקבל בלא ביסוס כזה. הרחבת ההסתמכות על מידע אמפירי בבתי המשפט תשפיע, יש להניח, על כל ענפי המשפט, ולא רק על המשפט הפלילי.

הצגתי כמה וכמה מאפיינים המבדילים בין מערכת המשפט הפלילית למשפט החוקתי והמנהלי ומעודדים שימוש במידע אמפירי במערכת המשפט הפלילית. לא התיימתי להוכיח ברשימה זו את הקשר בין המאפיינים האלו לבין התוצאה. מדובר בהערכה באשר להשפעת המאפיינים הללו של מערכת המשפט הפלילית, ואפשר להציע הערכה אחרת בנוגע להשפעת כל אחד מהמאפיינים האמורים. זאת ועוד, אין מדובר בגורמים נפרדים. יש קשר בין הגורמים שצינתי, וודאי שיש חפיפה חלקית בין הטענות.

בבסיס מרבית המאפיינים קיימת ייחודיותה של מערכת המשפט הפלילית, שבה לא רק ההכרעה המשפטית בדבר חוקיות המדיניות נקבעת בידי משפטנים אלא גם המדיניות עצמה. כשלמאפיין זה מצטרפות המעורבות הגדולה של אנשי מחקר וקרימינולוגים בעיצוב המדיניות והתחרות בין גופי שלטון שמביטים על המערכת מנקודות מבט מנוגדות – הסיכוי של טענות מבוססות עובדות, מחקר ונתונים להשפיע על קבלת החלטות גדל.