

מניעת מסוכנות כעילה לשחרור ממעצר

מאת

אורן גזל-אייל* ושירה גור-אריה (עפרון)**

ככלל, כאשר בית המשפט נדרש להכריע בבקשת התביעה לעצור נאשם עד תום ההליכים – בקשה הנשענת לרוב על עילת המסוכנות – נוהג הוא להכריע בה על יסוד איזון בין הצורך לצמצם את מסוכנותו של הנאשם ובין זכותו לחירות ממעצר. הנחת המוצא היא כי מעצר עד תום ההליכים הוא הכלי המוצלח ביותר לצמצום מסוכנות. המאמר מבקש לערער על הנחה זו, ולטעון כי פעמים רבות, שחרור נאשם בתנאים או בפיקוח אלקטרוני צפוי לקדם את האינטרס הציבורי במניעת מסוכנות יותר מאשר המעצר עד תום ההליכים. לשחרור בערובה מספר יתרונות על המעצר. ראשית, שחרור נאשם בתנאים מגדיל משמעותית את התקופה בה הוא נמצא בפיקוח של רשויות המדינה – שירות המבחן, שב"ס ורש"א. שנית, שחרור נאשם בתנאים מגדיל את סיכוייו להשתלב בהליכי שיקום – התורמים לצמצום המסוכנות הנשקפת ממנו – הן במהלך ההליך הפלילי, הן בזמן כליאתו, והן לאחר שחרורו. שלישית, לנאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים סיכוי גבוה יותר להישלח למאסר קצר, שלו השפעה קרימינווגנית המגבירה את מסוכנותו של נאשם לאחר שחרורו. המסקנה המשתקפת מן המאמר היא כי הנוסחה שבית המשפט נוהג להחיל בקבעו האם להורות על מעצר נאשם עד תום ההליכים היא שגויה, ולכן יש מקום לצמצם את השימוש שנעשה במעצר עד תום ההליכים.

מבוא. א. מעצר עד תום ההליכים: המסגרת המשפטית. 1. התנאים למעצר עד תום ההליכים. 2. עילת המסוכנות. 3. שחרור בערובה ומעצר בפיקוח אלקטרוני. 4. ניכוי תקופת המעצר מעונש המאסר. **ב. היתרונות של שחרור בערובה ככלי לצמצום מסוכנות.** 1. עילת המסוכנות והשיקולים בהחלטות מעצר – פרשנות חוקתית. 2. הארכת תקופת הפיקוח. 3. הרחבת האופציות להליכי טיפול ושיקום. 4. השפעת מעצרים על המסוכנות והשיקום בתקופות של שחרור מנהלי מוגבר. **ג. סיכום.**

מבוא

מדי שנה בתי המשפט נדרשים להכריע באלפי בקשות של רשויות התביעה לעצור נאשמים עד תום ההליכים נגדם.¹

* פרופסור למשפטים באוניברסיטת חיפה, ראש (משותף) של המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, ו- Visiting Fellow, All Souls College, University of Oxford. ** דוקטורנטית בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד. המאמר זכה בפרס האגודה הישראלית למשפט פלילי למאמר מצטיין לשנת 2022. תודה למיכל טמיר, לנורית לביא ולניצן סילמן על הערות מועילות לגרסה מוקדמת יותר של מאמר זה. תודה למערכת **משפטים**, ובמיוחד לעורכים, חגי יעקובי וגיא כהן, על הערות מצוינות שהביאו לשיפור ניכר של המאמר.

¹ בשנת 2021 נדרש בית המשפט להכריע ב-13,537 בקשות מעצר עד תום ההליכים. ראו משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי 2021** 58 (2022).

רוב גדול מהבקשות נשען על עילת המעצר המעוגנת בסעיף 21(א)(1) (ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים) – עילת המסוכנות. במקרים אלו נדרש בית המשפט לאזן בין הצורך לצמצם את מסוכנותו של הנאשם לבין הזכות החוקתית של הנאשם, שחזקת החפות עדיין עומדת לו, לחירות ממעצר. לעיתים שיקולי החפות גוברים, והנאשם משוחרר בתנאים (או במקרים נדירים בלא תנאים). במקרים אחרים האינטרס הציבורי בצמצום המסוכנות גובר, והנאשם נעצר עד תום ההליכים. הנחת המוצא של הדיון השיפוטי היא כי מעצר עד תום ההליכים היא הדרך הטובה ביותר לצמצום המסוכנות. שחרור בערובה נקבע רק כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות הנאשם ולא כדי לצמצם מסוכנות.

במאמר זה אנו מבקרים תפיסה זו. במאמר נטען כי במקרים רבים שחרורו של הנאשם בתנאים יקדם את האינטרס הציבורי בצמצום המסוכנות והעבריינות יותר מאשר מעצרו. למעשה, פעמים רבות, גם אם בתי המשפט יתעלמו לחלוטין מזכויות הנאשם וישקלו רק את הצורך במניעת מסוכנות ובצמצום עבריינות, יהא עליהם להורות על שחרור הנאשם בתנאים חלף מעצרו. מקרים אלו רבים במיוחד בעבירות בחומרה קלה או בינונית, אשר העונש הצפוי בגינן לאחר הרשעה הוא כשנתיים מאסר או פחות מזה. כיוון שהרוב המכריע של המאסרים בישראל הוא פחות משנתיים,² התעלמותם של בתי המשפט מיתרונות השחרור בתנאים לצמצום המסוכנות והעבריינות עלולה לגרום הן לריבוי מעצרים והן לגידול בעבריינות.

כיצד ייתכן ששחרור בתנאים יסייע לצמצום המסוכנות והעבריינות יותר ממעצר עד תום ההליכים? לאחר שנעמוד בפרק א של מאמר זה על המסגרת העיונית הנוגעת למעצרים עד תום ההליכים, נציג בפרק ב כמה יתרונות של השחרור בתנאים על פני המעצר ככלי למניעת מסוכנות ולצמצום עבריינות: ראשית, שחרורו של נאשם בתנאים מאפשר הגדלה ניכרת של התקופה שבה הוא מצוי בפיקוח. כיוון שתקופת המעצר מקוזזת כעניין שבשגרה מתקופת המאסר, הרי שנאשם ששוחרר בתנאים יהיה נתון בפיקוח ובהגבלות בזמן ההליך המשפטי נוסף על הפיקוח ההדוק בזמן מאסרו אם יורשע, ואילו נאשם שנעצר ישוחרר מוקדם הרבה יותר, לאחר מאסר שקוזזה ממנו תקופת מעצרו; שנית, שחרור נאשם בתנאים מגדיל את סיכוייו להשתלב בהליכי שיקום – התורמים לצמצום המסוכנות הנשקפת ממנו – בכל אחד משלבי ההליך הפלילי: בשלב שלפני גזירת דינו של הנאשם, במהלך המאסר עצמו וכן לאחר השחרור ממאסר; שלישית, נאשמים אשר שוחררו בתנאים נדונים לעיתים קרובות לעונשים שאינם כוללים רכיב של מאסר, ואילו לנאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים סיכוי גבוה יותר להישלח למאסר, שלו השפעה קרימינווגנית המגבירה את מסוכנותו של נאשם לאחר שחרורו; רביעית, שחרור בערובה מפנה מקומות כליאה לאסירים אחרים שהסיכון שהם יוצרים לציבור גדול יותר. המסקנה הנגזרת מדיוננו היא כי הנוסחה שבית המשפט נוהג להחילה בקובעו אם להורות על מעצר הנאשם עד תום ההליכים היא שגויה, וכי יש מקום לצמצם את השימוש שנעשה במעצר עד תום ההליכים ככלי למזעור מסוכנות ולצמצום העבריינות.

² בשנת 2017 נדונו 83% מתושבי ישראל שנדונו למאסר בגין עבירה פלילית (לא ביטחונית) לתקופה שאינה עולה על שנתיים. בקרב תושבי השטחים והזרים שיעור הנדונים לתקופה הקצרה משנתיים הוא 97%.

א. מעצר עד תום ההליכים: המסגרת המשפטית

1. התנאים למעצר עד תום ההליכים

בית המשפט רשאי לצוות כי נאשם אשר הוגש נגדו כתב אישום יוחזק במעצר עד תום ההליכים המשפטיים. סמכות זו מעוגנת בסעיף 21(א) לחוק המעצרים. ככלל, מעצר עד תום ההליכים במתקן כליאה יעמוד בתוקפו עד לסיום ההליכים המשפטיים נגד הנאשם. אומנם החוק קובע כי אם חלפו תשעה חודשים וטרם נגזר דינו של הנאשם, ישוחרר הנאשם מן המעצר,³ אולם שופט בית המשפט העליון רשאי להאריך את המעצר ב-90 ימים נוספים בכל פעם, ובתנאים מסוימים אף ב-150 ימים,⁴ ובדרך כלל בקשות להארכת מעצר כאלו מתקבלות עד לתום ההליכים.⁵ נתונים משנת 2016 מלמדים כי בשנה זו התקבלו כמחצית מבקשות התביעה למעצר עד תום ההליכים, ובכ-34% מן הבקשות הורה בית המשפט על שחרור הנאשם בתנאים מגבילים ובערובה. ביתר המקרים הבקשה התייתרה.⁶ גם מספר העצורים (בשונה ממספר המעצרים) הוא גדול למדי, ושיעורו כארבעים אחוזים ממספר הכלואים בגין עבירות פליליות. כך, בתחילת נובמבר 2022, מתוך 10316 כלואים פליליים, 4091 היו עצורים ורק 6225 אסירים.⁷

היות שהפעלת סמכות המעצר פוגעת בחירות הנאשם בעוד עומדת לו חזקת החפות, הסמכות אינה בלתי מוגבלת. בית המשפט מוסמך להורות על מעצר עד תום ההליכים רק בהתקיים שלושה תנאים מצטברים.⁸ התנאי הראשון הוא קיומן של ראיות לכאורה להוכחת ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם.⁹ בפסק הדין בעניין זאדה נקבע כי די בקיום סיכוי סביר להרשעה, וכי אין צורך בראיות לכאורה אשר יוכיחו את אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר.¹⁰ מדובר ברף ראיתי נמוך למדי. למשל, כדי לעמוד ברף זה, די בכך שעד תביעה יפליל את הנאשם, ואין בשלב זה צורך לקבוע ממצא באשר למהימנות מוסר האמירה.¹¹ התנאי השני הוא קיומה של עילת מעצר.¹² לעניין זה חוק המעצרים מונה רשימה סגורה של עילות: עילת המעצר הראשונה נוגעת לשמירה על תקינות ההליך השיפוטי, והיא מתקיימת כאשר יש יסוד סביר לחשש שהנאשם יחמוק מלתת את הדין או ישבש את הליכי

³ ס' 61(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים).
⁴ שם, בס' 62.

⁵ ראו חיה זנדברג "הארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים" המשפט ט 365, 378–379 (2004), המתייחסת לשלושת התנאים המהותיים הללו ומוסיפה להם גם את התנאי הפרוצדוראלי של ייצוגו של הנאשם על ידי סניגור, שאינו מענייננו ברשימה זו.

⁶ גלי אביב ועמית מליאנקר **מעצרים פליליים – נתוני שנת 2016** (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, 2018). הבקשות התייתרו, מכמה סיבות: התקבלה הכרעה בתיק העיקרי וניתן גזר דין לפני הכרעה בבקשת המעצר; הצדדים הגיעו להסדר; ניתן צו אשפוז או התקבלה חוות דעת פסיכיאטרית.

⁷ נתונים שנמסרו משירות בתי הסוהר בעקבות בקשת חופש מידע של אחד המחברים.

⁸ חיה זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" **משפטים** לא 323, 324–325 (2000).

⁹ ס' 21(ב) לחוק המעצרים.

¹⁰ בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 151 (1996).

¹¹ שם, בעמ' 145. ראו גם: רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 268 (2011) (להלן: קיטאי סנג'רו **המעצר**).

¹² ס' 21(א)(1) לחוק המעצרים.

המשפט באמצעות העלמת ראיות, השפעה על עדים וכיוצא בזאת.¹³ עילת המעצר השנייה, אשר עומדת בליבו של מאמר זה, היא עילת המסוכנות.¹⁴ תכליתה של עילת המסוכנות היא להבטיח כי הנאשם לא יסכן את ביטחון הציבור בתקופת הזמן שבין הגשת כתב האישום ועד שהוא מתחיל לשאת את עונשו, אם יוטל עליו עונש.¹⁵ בעבירות שדינן מיתה או מאסר עולם; עבירות ביטחון חמורות; עבירות סמים חמורות; עבירות אלימות חמורות ואכזריות; עבירות שנעשו אגב שימוש בנשק; עבירות אלימות במשפחה – בכל אלה קובע החוק חזקה כי הנאשם מסוכן.¹⁶ לפיכך בעבירות אלו אין התביעה נדרשת להוכיח מסוכנות. לכאורה הנאשם יכול להפריך את חזקת המסוכנות, אולם נדיר שעולה בידו לעשות זאת, ובפועל נראה שביטחון המשפט מתייחס אליה כאל חזקה חלוטה. למעשה פרט למקרה אחד¹⁷ איננו מכירים מקרים שבהם חזקה זו הופרכה ומי שנאשם בעבירות אלו שוחרר בלא תנאים. במובנים רבים נראה כי אף שהחוק קובע במפורש אחרת, חזקת המסוכנות היא חזקה חלוטה.

לבסוף, התנאי השלישי קובע כי בית המשפט לא יורה על מעצר עד תום ההליכים כשניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ובאמצעות הטלת תנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה.¹⁸ זאת ועוד, גם אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה, רשאי בית המשפט להורות כי חלף החזקת העצור במקום מעצר הוא ימצא במקום שייקבע בפיקוח אלקטרוני.¹⁹ מעצר בפיקוח אלקטרוני נחשב מעצר (ולא שחרור בערובה), אולם כמו שחרור בערובה מטרתו היא להותיר את המעצר במתקן מעצר כחלופה אחרונה, רק כשאין כל דרך אחרת להשיג את מטרת המעצר באמצעי מידתי יותר. למרות ההבדל בין שתי החלופות למעצר בכלא, נתייחס ברשימה זו למעצר בפיקוח אלקטרוני עם שחרור בערובה יחד ובהנגדה למעצר במתקן כליאה.²⁰ טענתנו היא ששחרור בערובה ומעצר

¹³ שם, בס' 21(א)(1)(א).

¹⁴ שם, בס' 21(א)(1)(ב).

¹⁵ מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים 595, 549 (2004).

¹⁶ ס' 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים.

¹⁷ הכוונה למקרה בב"ש (שלום רח') 1051/08 מדינת ישראל נ' בלטה (נבו 25.3.2008) שתואר במאמר של מיכל טמיר "חלופות מעצר – האם הן תמיד לטובת נאשמים?" משפט וממשל 367, 386–387 (2016) (להלן: טמיר "חלופות מעצר").

¹⁸ ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים.

¹⁹ שם, בס' 22. לתנאים למעצר בפיקוח אלקטרוני ראו ס' ג' לחוק המעצרים. יוער כי קיימת "מקבילית כוחות" בין עוצמת הראיות לכאורה לבין מידת ההגבלה על חירותו של הנאשם. ככל שעוצמת הראיות קטנה יותר ובחינת חומר החקירה, אפילו בשלב הלכאורי, מעוררת ספקות וסתירות, כך תגדל הנכונות לשחרר לחלופת מעצר. ולהפך, ככל שהראיות לכאורה חזקות וחד-משמעיות יותר, ובהתקיים שאר התנאים להורות על מעצר, כך תקטן הנכונות להסתפק בחלופת מעצר. ראו למשל בבש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל, בפס"ד 4 (נבו 8.8.2011) ואת שלל ההפניות המובאות שם.

²⁰ על אף ההבדלים בין שחרור בערובה למעצר אלקטרוני, לשניהם מאפיין משותף אשר כפי שיתברר בהמשך המאמר, הופך אותם ממגוון טעמים שונים ליעילים יותר בצמצום המסוכנות הנשקפת מן הנאשם. כך, כאשר בית המשפט מורה על שחרור בערובה של נאשם או על מעצרו בפיקוח אלקטרוני, הוא אינו נוטה לקזז את תקופת המעצר מתקופת המאסר. כלומר, הן עבור עצורים בפיקוח אלקטרוני הן עבור משוחררים בערובה, תקופת המעצר אינה נחשבת חלק מתקופת המאסר שהוטל על הנאשם, בניגוד לנאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים, אז נהוג לקזז את תקופת מעצרו מתקופת מאסרו. מנגד, הן כשהנאשם משוחרר בתנאים והן כשהוא עצור בפיקוח אלקטרוני, הוא מוחזק במשמורת המדינה, ולכן יכול בקלות רבה יותר לבצע עבירות. להרחבה ראו פרק א.4.

בפיקוח אלקטרוני מצמצמים לעיתים מסוכנות ועבריינות יותר ממעצר במתקן כליאה. כיוון שאנו מתמקדים בעילת המסוכנות, נעבור לבחון עילה זו כעת.

2. עילת המסוכנות

עילת המסוכנות, העומדת במוקד מאמר זה, מתקיימת אם "קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה"²¹. עוד קובע החוק נסיבות מסוימות המקימות חזקה כי הנאשם מסוכן,²² חזקה שכמעט לעולם אינה נסתרת. עיון בהחלטות על מעצר מלמד כי כמעט כל ההחלטות על מעצר ושחרור בערובה לאחר הגשת כתב האישום נשענות על עילת המסוכנות, ורק מיעוטן נשען גם על עילות אחרות.²³ עילת המסוכנות היא אפוא העילה המרכזית למעצר עד תום ההליכים.

לצורך הערכת מסוכנותו של נאשם בית המשפט בוחן את טיב המעשה, את נסיבות ביצוע העבירה ואת טיבו של העושה.²⁴ עוד יודגש כי עניינה של עילת המסוכנות הוא בהערכת התנהגותו הצפויה של הנאשם האינדיווידואלי העומד לדין. קרי, המעצר מתמקד בהתנהגות הנאשם עצמו, ותכליתו אינה להרתיע אחרים מביצוע עבירות או להשפיע על אחרים בדרך אחרת.²⁵ עם זאת בית המשפט פירש את המונח "ביטחון הציבור" פירוש מרחיב, כזוהי הטומן בחובו לא רק סכנה מפני פגיעה פיזית בגופו של אדם אלא בתנאים מסוימים גם סכנה לפגיעה ברכוש,²⁶ ואף סכנה לפגיעה בשלומו הנפשי של נפגע העבירה.²⁷

אף שעילת המסוכנות מצויה – בגרסה מסוימת – בסדרי הדין הפליליים של מרבית מדינות העולם הדמוקרטיות,²⁸ נמתחה עליה ביקורת הן בספרות הן בפסיקה.²⁹ למשל: נטען

²¹ ס' 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים.

²² שם, בס' 21(א)(1)(ג).

²³ על הדומיננטיות של עילת המסוכנות ניתן ללמוד ממדגם שערכה פרופ' מיכל טמיר, הכולל 100 תיקי מעצר מבתי משפט השלום ועוד 100 מבתי המשפט המחוזיים מהשנים 2009–2010. עילת המסוכנות נטענה בכל אחד ממאתיים התיקים שבמדגם (100%), אך רק ב-17% מהתיקים הועלתה טענה לעילת מעצר אחרת. עילת החשש להתחמקות מהליכי שפיטה הופיעה עם עילת המסוכנות ב-15 החלטות שנדגמו, ועילת השיבוש ב-13 החלטות, כאשר 7 החלטות נוספות כללו את שלוש העילות. עילת המסוכנות הופיעה כאמור בכל 200 החלטות, כאשר ב-165 מהן היא הופיעה כעילה יחידה. המדגם הוכן לצורך המאמר טמיר "חלופות מעצר", לעיל ה"ש 17, בעמ' 387. מאגר המידע לא פורסם והוא הועבר למחברים באדיבותה של פרופ' מיכל טמיר.

²⁴ קיטאי סג'ר המעצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 286.

²⁵ זנדברג, לעיל ה"ש 8, בעמ' 336.

²⁶ לוי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 596.

²⁷ בש"פ 4196/21 מדינת ישראל נ' פלוני, פס" 6 (נבו 2021.6.21). אך ראו עמדה אחרת, של השופט שטיין בבש"פ 248/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פס" 35 (נבו 2020.2.2), שלפיו "הרעה במצבו הנפשי של קורבן העבירה לא יכולה לבדה להוות עילה לאי-שחרור הנאשם לחלופת מעצר" (ההדגשה אינה במקור).

²⁸ בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 406, 355 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת); קיטאי סג'ר המעצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 111.

²⁹ ראו למשל: בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 28, בעמ' 405; לריכוז כל טעמי ההתנגדות לעילת המסוכנות המופיעים בספרות ובפסיקה ראו: קיטאי סג'ר המעצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 116–141; Paul H. Robinson, Punishing Dangerousness: Cloaking Preventative as Criminal Justice, 114 HARV. L. REV. 1429 (2001); Jack F. Williams, Process and Prediction: A Return to a Fuzzy Model of Pretrial Detention, 79 MINN. L. REV. 325 (1994); Charles P. Ewing, Schall v. Martin: Preventive Detention and Dangerousness Through the Looking Glass, 34

כי קיים ספק באשר ליכולתו של בית המשפט לחזות מסוכנות עתידית;³⁰ כי מדובר בענישה מוקדמת אסורה בטרם התקיים משפט והוכחה אשמתו של הנאשם;³¹ כי הערכה של סכנה עתידית לביצוע עבירות נוספות אינה קשורה דווקא לסטטוס של אדם כחשוד או כנאשם ולקיומו של הליך פלילי בעניינו;³² כי עלית המסוכנות מכרסמת בחזקת החפות.³³

הקושי החוקתי בהסדרים המתירים מעצרו של נאשם שאשמתו עדיין לא נקבעה מתעצם נוכח התנאים הקשים במתקני המעצר. דוח מבקר המדינה משנת 2020 קובע כי אף שחזקת החפות עומדת להם, תנאי ההחזקה של עצורים גרועים מתנאי המחיה של אסירים.³⁴ גם דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2017–2018 מצביע על ליקויים חמורים בנוגע לשטח המחיה בבתי המעצר: צפיפות, ליקויים במתן טיפול רפואי, ניקיון ירוד ובעיות תחזוקה, והטלת מגבלות קשות על זכותו של העצור להיוועץ במומחים ולממש חירויות בסיסיות.³⁵ כאמור, הליקויים החמורים מטרידים במיוחד בשל התפיסה שיש להעניק לעצורים תנאים טובים מאלה של האסירים בשל חזקת החפות העומדת להם.³⁶

כפי שצינו לעיל, נוכח הקשיים שמעורר מעצרו של מי שלא הורשע והוא בחזקת חף מפשע,³⁷ נקבע כי בית המשפט לא ייתן צו מעצר אלא אם נוכח כי "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה".³⁸

BUFF. L. REV. 173 (1985); Charles P. Ewing, *Preventive Detention and Execution: the Constitutionality of Punishing Future Crimes*, 15 LAW & HUM. BEHAV. 139 (1991); David J. Rabinowitz, *Preventive Detention and United States v. Edwards*; Burdening the Innocent, 32 AM. UNIV. L. REV. 191, 201 (1982). יש גם ביקורות שאינן ייחודיות לעילת המסוכנות אך הן יפות להליך המעצר עד תום ההליכים ככלל. למשל, נטען כי מעצר מסוג זה צפוי להחמיר את הענישה שאפשר שתיגור על העצור ואף להגדיל את סיכויי הרשעתו, ולהגדיל את הסיכוי להודאות שווא. ראו: יעל חסין ומרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" **משפטים** כב 533, 558–559 (1993); קיטאי סנג'ור **המעצר**, לעיל ה"ש 11 בעמ' 22–23; Frank McIntyre & Shima Baradaran, *Race, Prediction and Pretrial Detention*, 10 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 741 (2013).

קיטאי סנג'ור **המעצר**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 119.

שם, בעמ' 127.

שם, בעמ' 133.

שם, בעמ' 138.

מבקר המדינה **דוח ביקורת שנתי 70** (2020) (להלן: דוח מבקר המדינה 2020).

על תנאי המעצר ראו: הסניגוריה הציבורית **תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של שירות בתי הסוהר בשנים 2017–2018** (2019).

מיכל טמיר וגרשון גונטובניק "החובה ליתן לעצורים יחס מיוחד ההולם את חזקת החפות – מבט נוסף על תנאי המעצר בישראל על רקע המשפט הבין-לאומי" **משפט ועסקים** כה 249 (2019).

חזקת החפות זכתה להגנה חוקתית בישראלית, ראו למשל: אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 23 (1996) ודן ביי "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 12 (1999). עם זאת השאלה אם חזקת החפות עשויה להיפגע בשלב המעצר שנויה במחלוקת. בית המשפט העליון האמריקני למשל קבע כי חזקת החפות אינה נפגעת בשלב המעצר, שכן תכלית המעצר אינה עונשית (*United States v. Salerno*, 481 U.S. (1987) 739). לעומת זאת בישראל נדמה כי הפסיקה מכירה בחזקת החפות גם בשלב המעצר: לוי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 600.

ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים.

התפיסה המקובלת היא כי מחד מעצרו של הנאשם יוכל למזער את המסוכנות הנשקפת ממנו ולצמצם את הסיכוי לעבריינות, ומאידך שחרורו, ולו בתנאים, יפגע פחות בזכויותיו החוקתיות. כפי שציין בית המשפט: "לעולם חלופת מעצר אינה מספקת את הביטחון ההרמטי שניתן להשיג באמצעות מעצר מאחורי סורג ובריח. על כן, אין לתור אחר חלופה המספקת מענה מוחלט למסוכנות הנשקפת מן הנאשם".³⁹ נקודת האיזון בין הצורך למנוע מסוכנות במעצר לבין זכות הנאשם לחירות ממעצר משתנה כתלות במשך הזמן שנאשם מוחזק במעצר, בקצב התקדמות ההליך המשפטי, בעוצמת הראיות שמבססות את אשמתו וכיו"ב.⁴⁰

לפי גישה זו, ככל שהמשקל שניתן לצורך במניעת המסוכנות גדול יותר, כן גדל הסיכוי שבית המשפט יורה על מעצרו של הנאשם. על רקע זה בבואם לדון בבקשות מעצר, עורכים בתי המשפט איזון בין הזכות לחירות ממעצר לבין האינטרס בצמצום המסוכנות הנשקפת מן העצור. ככל שגדל משקלה של הזכות של הנאשם, גדל הסיכוי שבית המשפט יורה על שחרורו בערובה.⁴¹

3. שחרור בערובה ומעצר בפיקוח אלקטרוני

כאמור, לאחר שנקבע כי יש ראיות לכאורה ועילה למעצר, בית המשפט נדרש לבחון אם "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה".⁴² כדי להכריע בשאלה זו בית המשפט הן בבקשת המעצר נדרש פעמים רבות להיעזר בתסקיר מעצר, שאותו עורכת קצינת מבחן. בתסקיר המעצר מפרטת קצינת המבחן את מכלול נסיבותיו האישיות של הנאשם, והוא כולל על פי רוב המלצה בדבר השחרור בערובה ואת התנאים שיכולים לאפשר שחרור כזה.⁴³ במרבית המקרים במהלך הדיונים שבהם בית המשפט מברר אם התקיימו התנאים למעצר עד תום ההליכים, ובכלל זה בזמן שמוקצב לקצינת המבחן להגיש את התסקיר, נדרש הנאשם לשהות במעצר ביניים או ב"מעצר עד החלטה אחרת".⁴⁴ יש מקרים שבהם המעצר עד החלטה אחרת נמשך חודשים רבים ואף יותר מתשעת החודשים הקצובים למעצר עד תום ההליכים.⁴⁵

³⁹ ראו בש"פ 6927/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10 (נבו 7.9.2009). לפסקי דין נוספים הקובעים כי יש לערוך איזון בין הצורך למנוע מסוכנות באמצעות מעצר לבין זכויות הנאשם ראו רון שפירא, איתי ברסלר-גונן ואילנית הלל הליכי מעצר מורה נבוכים 230 (2021).

⁴⁰ ראו שם, בעמ' 175-176 (לעניין השפעת עוצמת הראיות) וכן בעמ' 286-302 (לעניין השפעת קצב ההתקדמות ומשך הזמן). לביקורת על השפעת עוצמת הראיות על החלטת המעצר ראו טמיר "חלופות מעצר", לעיל ה"ש 17.

⁴¹ ראו למשל: בש"פ 397/15 מורדי נ' מדינת ישראל, פס' 18 (נבו 28.1.2015); בש"פ 5005/18 מדינת ישראל נ' שם טוב, פס' 12 (נבו 24.7.2018); בש"פ 8520/15 מדינת ישראל נ' בשתי, פס' 26 (נבו 14.1.2016); בש"פ 1087/18 מדינת ישראל נ' פוגל, פס' 19 (נבו 1.3.2018).

⁴² ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים.

⁴³ שם, בס' 21א.

⁴⁴ בש"פ 127/10 פיניאן נ' מדינת ישראל (נבו 19.1.2010).

⁴⁵ ראו לדוגמה בש"פ 2580/16 מדינת ישראל נ' וואהל (נבו 12.4.2016) (השוטפ זילברטל בבית המשפט העליון האריך ב-90 ימים מעצר שנמשך כבר שנה אף שעדיין לא נקבע אם יש ראיות לכאורה); בש"פ 3878/18 מדינת ישראל נ' כחלון (נבו 22.5.2018) (השוטפ אלרון הורה על הארכת מעצר ב-90 יום לאחר שהמשיבים שהיה במעצר כבר 17 חודשים עד החלטה אחרת, ועדיין לא הוכרע אם לעצור אותם עד תום ההליכים); בש"פ

לאחר קבלת מלוא הנתונים מכריע בית המשפט בדבר המעצר. בית המשפט בוחן אם יש תנאים שיצמצמו במידה מספקת את הסיכון הנשקף מהנאשם, את החשש שיימלט, שיפגע בראיות או שישבש את ההליכים. כתנאי לשחרור נאשם רשאי בית המשפט לדרוש, נוסף על ערבות כספית, שהנאשם יישאר במקום מגורים אחד ולא יצא ממנו ("מעצר בית") או לקבוע תנאים מקילים יותר (כמו מעצר בית חלקי, חובת התייצבות תדירה בתחנת משטרה, איסור על יצירת קשר עם אנשים מסוימים, אישור על שימוש בטלפון או באינטרנט ועוד).⁴⁶ בית המשפט רשאי גם להתנות את השחרור באמצעי פיקוח על קיום התנאים, כגון מינוי מפקחים שיתחייבו לדווח אם הנאשם מפר את התנאים, ושהתחייבותם תגובה בערובה.⁴⁷ נוסף על זה, רשאי בית המשפט להטיל על שירות המבחן לפקח על מי ששוחרר בתנאים.⁴⁸ זאת ועוד, לעיתים כחלק מתנאי השחרור מורה בית המשפט על השתתפות הנאשם בהליכי טיפול או גמילה שאושרו על ידי שירות המבחן,⁴⁹ או על קבלת טיפול מקצועי אחר בפיקוח קצין מבחן.⁵⁰ גם כלים אלו מסייעים בפיקוח על התנהגות הנאשם המשוחרר בערובה. ככלל, משך הפיקוח על ידי קצין מבחן מוגבל לשישה חודשים, אך בית המשפט רשאי להאריכו.⁵¹ קצין המבחן עשוי לחייב את הנאשם להתייצב לפניו אחת לכמה ימים או לבקר בעצמו את הנאשם ולוודא כי הוא עומד בתנאי השחרור.⁵² קצין המבחן רשאי לערוך גם ביקורי פתע.⁵³

גם אם נמצא כי אין בשחרור בתנאים כדי להגשים את מטרת המעצר,⁵⁴ על בית המשפט לשקול חלופה נוספת לכליאה – מעצר בפיקוח אלקטרוני. גם כאן בית המשפט רשאי להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני רק אם שוכנע כי בנסיבות המקרה יאפשר הפיקוח האלקטרוני את השגת תכלית המעצר, ובתנאי שניתנה הסכמת הנאשם.⁵⁵ בעבירות מסוימות לא יוטל מעצר בפיקוח אלקטרוני אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו.⁵⁶ מעצר בפיקוח אלקטרוני דומה במהותו למעצר בית, וניתן להתנותו בכל התנאים שניתן לקבוע במקרה של מעצר בית. אולם נוסף על התנאים האחרים הנאשם נדרש לענוד מתקן אלקטרוני. יציאת הנאשם מהתחום המאושר לו מכוח החלטת בית המשפט משודרת למרכז השליטה של שב"ס.⁵⁷ כאמור, אף

2151/12 מדינת ישראל נ' דרי (נבו 5.4.2012) (השופט זילברטל האריך מעצר בפעם השלישית ב-90 ימים, לאחר שהמשיבים עצורים שנה וחודש במעצר עד החלטה אחרת); לדוגמה נוספת להארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים כאשר עדיין לא התקבלה החלטה בבקשה המקורית למעצר עד תום ההליכים ראו בש"פ 4910/17 מדינת ישראל נ' סולמי (נבו 29.6.2017).

⁴⁶ ס' 48 לחוק המעצרים.

⁴⁷ ראו איתי מגן "שחרור למעצר בית – על אמות המידה הנדרשות לשחרור" ספר אורי קיטאי 180–181 (בועז סנג'רו עורך 2007) וכן ס' 22(2) לחוק המעצרים.

⁴⁸ ס' 48(א)(6) לחוק המעצרים.

⁴⁹ שם, בס' 48(א)(7).

⁵⁰ שם, בס' 48(א)(12).

⁵¹ שם, בס' 48(א)(6).

⁵² שם, בס' 48(א)(8).

⁵³ בש"פ 6149/16 מדינת ישראל נ' מנו, פס' 10 (נבו 21.8.2016).

⁵⁴ ס' 22(א)(2) לחוק המעצרים.

⁵⁵ שם, בס' 22(א)(1).

⁵⁶ שם, בס' 22(ב).

⁵⁷ נורית יכימוביץ כהן פיקוח אלקטרוני על עצורים ואסירים: חומר רקע ונתונים – עדכון (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2020).

שמעצר בפיקוח אלקטרוני נחשב, מבחינה פורמלית, למעצר ולא לשחרור בערובה, נתייחס אליו במאמר זה כמו לשחרור בערובה, במובחן ממעצר במתקן כליאה.

4. ניכוי תקופת המעצר מעונש המאסר

למעצר השפעה גדולה על משך שהותו של הנאשם במאסר לאחר גזר הדין. בית המשפט העליון קבע לא אחת כי "ראוי שהתקופה שבה שוהה נאשם במעצר עד להרשעתו וגזירת דינו ינוכו מעונש המאסר הסופי, על מנת להימנע מכפל ענישה. רק במקרים חריגים תהיה הצדקה שלא לנכות את תקופת המעצר מעונש המאסר".⁵⁸ ואכן, בתי המשפט מורים כעניין שבשגרה כי תקופת המעצר תיחשב לחלק מהמאסר שהוטל על הנאשם. כך פעמים רבות נכתב בגזר הדין הוראה כגון "מאסר בפועל לתקופת 28 חודשים, תחילת מאסרו מיום מעצרו"⁵⁹ או "אנו מעמידים את עונש המאסר בפועל בגין העבירות נושא כתב האישום המתוקן על 36 חודשים (חלף 28 חודשים), בניכוי תקופת מעצרו מאחורי סורג ובריח".⁶⁰

יובהר כי בית המשפט אינו גוזר על נאשם שהורשע מאסר שמשכו קצר יותר בשל תקופת המעצר, אלא מתייחס לתקופת המעצר כחלק מהמאסר (לעיתים המעצר שמוטל על הנאשם אף עולה באורכו על תקופת המאסר שנגזרה עליו).⁶¹ לגישה זו חשיבות רבה. למשל, נאשם שנדון לשנת מאסר אחרי ששהה שבעה חודשים במעצר עדיין ייחשב למי שנדון לשנת מאסר אחת (ולא לחמישה חודשים בלבד) אף שביום גזר הדין יתרת מאסרו היא חמישה חודשים בלבד. כיוון שכך, יהיה אפשר להורות על שחרורו על תנאי ממאסר ("הפחתת שלישי") כבר בחלוף חודש מגזר הדין, שכן בשלב זה הוא ייחשב כמי שנשא בשני שלישים מעונשו (שמונה חודשים מתוך שנה).⁶² נוסף על זה, תקופת השחרור המנהלי שהוא יזכה לה, שמשכה גדל ככל שתקופת המאסר ארוכה יותר, תהיה תלויה במלוא התקופה שנגזרה לו (שנה) ולא רק ביתרת מאסרו ביום גזר הדין.⁶³ למעשה, ביום גזר הדין הופך המעצר, רטרואקטיבית, למאסר, והנידון שהפך לאסיר מוצא עצמו עם יתרת מאסר קצרה בהרבה מהעונש שנגזר עליו.

לכללים אלו השפעה גדולה על תקופת המאסר. מדוח של מחלקת המחקר של הרשות השופטת עולה כי משך המעצר של נאשמים לאחר הגשת כתב אישום היה בשנת 2016 38% מסך ימי המאסר בפועל שנגזרו עליהם בממוצע (החציון היה 34%), ועבור 10% מהנאשמים הללו משך המעצר עלה על 75% ממשך המאסר שנקבע בגזר הדין.⁶⁴ מחקר אחר שפרס את הנתונים על גזרי הדין שהוטלו בשנת 2017 הציג תוצאה מתונה מעט יותר. עונש המאסר הממוצע שהוטל על עצורים באותה שנה היה כ-11 חודשים, ומתקופה זו קוזזו 95 ימי מעצר בממוצע (מעט יותר משלושה חודשים). אם מנכים מהנתונים את תושבי השטחים (שרבים

⁵⁸ ע"פ 5760/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 3.6.2015).

⁵⁹ ראו למשל ת"פ (מחוזי י-ם) 36909-07-20 מדינת ישראל נ' נורי, פס' 17 (נבו 10.5.2021).

⁶⁰ ראו ע"פ 4207/21 נורי נ' מדינת ישראל, פס' 12 (נבו 28.7.2021) (ההדגשה אינה במקור).

⁶¹ אלון הראל ודביר יוגב "הרהורים נוגים על מעצרים מיותרים" הסניגור 234, 21, 27, ה"ש 49 (2016).

⁶² ראו סעיפים 2 ו-3 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.

⁶³ ראו סעיף 368 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971. ראו גם התוספת הראשונה לפקודה. להשפעת השחרור המנהלי על המסוכנות ראו גם להלן, פרק ב.0.4. השפעת מעצרים על המסוכנות והשיקום בתקופת של שחרור מנהלי מוגבר.

⁶⁴ מעצרים פליליים – נתוני 2016, לעיל ה"ש 6, בעמ' 24.

מהם נדונים למאסר על עבירות של שהייה שלא כדין בישראל),⁶⁵ תקופת המאסר הממוצעת הייתה כ-17.2 חודשים שמתוכם קוזזו כ-5.3 חודשי מעצר במוצע. במילים אחרות, בשנת 2017 היה שיעורו של המעצר כ-30% מתקופת המאסר של מי שנדונו למאסר במהלך מעצרו.⁶⁶ מכל מקום, מאז עריכת המחקרים הללו מספר העצורים עלה, ומספר האסירים קטן, ולכן סביר להניח שכיום מקוזזים שיעור גבוה יותר מתקופת המאסר של מי שדינו נגזר בהיותו עצור.⁶⁷ יצוין כי מנתוני שנת 2017 עולה כי רק 2002 נאשמים נדונו למאסר נדחה (דהיינו כשהם אינם עצורים) מתוך 11,745 נאשמים שדינם נגזר למאסר בפועל באותה שנה.⁶⁸ כמעט כל האסירים נדונו למאסר בהיותם עצורים.

תקופת המעצר במתקן כליאה מקוזזת מעונשם של עצורים, אולם מי שמשוחרר בתנאים אינו זוכה להקלה דומה. תקופות של מעצר בית ואף תקופות מעצר בפיקוח אלקטרוני אינן מקוזזות מתקופות המאסר.⁶⁹ אומנם בית המשפט רשאי להתחשב בתקופות אלו בגזירת הדין,⁷⁰ אולם התחשבות זו מוגבלת ביותר. ראשית, ההתחשבות מוגבלת למתחם העונש ההולם, הנקבע רק על בסיס חומרת מעשה העבירה על נסיבותיו ואשמו של הנאשם. בית המשפט אינו רשאי לחרוג מהמתחם בשל משך השחרור בערובה. סבלו של הנאשם במהלך ההליך, ובכלל זה שהותו במעצר בית, אינו נסיבה הקשורה בביצוע העבירה, העשויה להשפיע על המתחם.⁷¹ שנית, אין חובה להתחשב במעצר הבית בכל מקרה ומקרה. בית המשפט העליון קבע כי "יש מקום להתחשבות בתקופה ארוכה של מעצר בפיקוח אלקטרוני"⁷² ולא בהכרח בכל מקרה, וגם אז ההתחשבות מוגבלת ומושפעת משיקולים אחרים. ואכן, במרבית גזרי הדין בית המשפט אינו מזכיר כלל את תקופות מעצר הבית או את תנאי השחרור כשיקול בגזירת הדין, ונראה שפעמים רבות לא ניתן לנסיבה זו כל משקל.

⁶⁵ רבים מתושבי השטחים נדונים למאסר בגין ביצוע עבירות של שהייה שלא כדין בישראל – עבירה ייחודית שחריגותה נובעת גם מכך שנאשמים בעבירה זו נעצרים לרוב עד תום ההליכים נגדם אף שמדובר בעבירת הסדר *mala prohibita*. נוסף על זה, פעמים רבות בתי המשפט מכירים בעצם המגורים בשטחים כנתון המבסס חשש להימלטות מן הדין. מטעמים אלו יש ערך לעיין בנתונים המתייחסים לתושבי ישראל בנפרד (יוער כי הדוח עצמו עורך הבחנה דומה).

⁶⁶ שירות בתי הסוהר **התפלגויות אורכי מאסר: דו"ח נשפטים לשנת 2017 ובחינת השפעת החוק המנהלי 3** (עדי תויאור וקתרין בן צבי 2018) (להלן: תויאור ובן-צבי).

⁶⁷ מנתונים שנמסרו לכותבים משירות בתי הסוהר עולה כי בתחילת שנת 2017 הוחזקו בשב"ס 8282 אסירים פליליים ו-3150 עצורים פליליים. בעת כתיבת שורות אלו בפברואר 2022 מוחזקים בשב"ס 5881 אסירים פליליים (ירידה של 29%) ו-3774 עצורים פליליים (עליה של 20%). שיעור העצורים מקרב הכלואים הפליליים עלה מ-27% ל-39%. לעלייה לאורך השנים בשיעור העצורים הכללי (פלילי וביטחוני) ראו גם דוח מבקר המדינה 2020, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1966.

⁶⁸ ראו תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 3.

⁶⁹ ראו ע"פ 7768/15 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 2016.20.4).

⁷⁰ שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ("הואיל ומעצר הבית בכל זאת טומן בחובו מגבלה מסוימת על חירותו של הנאשם, בית משפט זה הבהיר בעניין דקה כי אורכו של מעצר הבית מהווה נסיבה אותה יכולה הערכאה הדיונית להביא בחשבון שיקוליה בעת גזירת העונש, בהתאם לשיקול דעתה ולשאר נסיבות המקרה") מתחם העונש ההולם נקבע לפי חומרת מעשה העבירה על נסיבותיו ואשמו של הנאשם. נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כמו הנזקים שנגרמו לנאשם במהלך ההליך הפלילי, יכולות להשפיע על העונש רק בתוך המתחם האמור. ראו ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁷¹ עניין פלוני, לעיל ה"ש 69, בפסקה ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

שלישית, גם במקרים שבהם עונשו של הנאשם מופחת מעט בשל תנאי השחרור המכבידים שהוטלו עליו במהלך ההליכים, אין מדובר בקיזוז תקופות מעונש המאסר כפי שנעשה כשמדובר במעצר מאחורי סורג וברית, אלא בנסיבה אשר מצדיקה, במקרים המתאימים, הקלה בעונש. הטלת תקופת מאסר קצרה יותר על נאשם בשל הזמן שבו הוא היה נתון בתנאים כמשוחרר בערובה ממילא תביא גם לקיצור תקופות השחרור על תנאי ממאסר ולקיצור תקופות השחרור המנהלי – שתיהן תקופות הנגזרות מאורך המאסר כפי שנקבע גזר הדין. לפיכך השפעתה של תקופת השחרור בתנאים על משך המאסר בפועל פחותה בהרבה מהשפעת הקיזוז של ימי מעצר מאחורי סורג וברית.

על רקע התשתית המשפטית והאמפירית הזו נפנה כעת לטענתנו העיקרית ולפיה פעמים רבות שחרור נאשם בתנאים תורם לצמצום המסוכנות ולהגברת ביטחון הציבור יותר ממעצר עד תום ההליכים. ברשימה זו נבקש לטעון כי האיזון בין הזכות לחירות ממעצר לבין האינטרס בצמצום המסוכנות הנשקפת ממנו, שנערך כעניין של יום ביומו בבתי המשפט – שגוי. הטענה שנבקש לבסס כאן היא כי במקרים רבים שחרור בתנאים צפוי לצמצם את המסוכנות הנשקפת מן הנאשם יותר ממעצר, ואף עשוי לצמצם את הפגיעה שמקורה בעבריינים אחרים. אם טענתנו נכונה, הרי שלעיתים האינטרס בצמצום המסוכנות הנשקפת מנאשם עשוי להוביל למסקנה כי יש להורות על שחרור בתנאים חלף מעצר. במקרים אלו יש לשחרר את הנאשמים בערובה (או להורות על מעצרם בפיקוח אלקטרוני) כדי לצמצם את המסוכנות, ואף בלי להתחשב כלל בחזקת החפות ובזכות היסוד של הנאשם לחירות ממעצר.⁷³ במקרים אחרים התחשבות ביתרונות של שחרור בתנאים לצמצום מסוכנות אינה גוברת על יתרונות המעצר בצמצום מסוכנות, אולם כשיקול נוסף, בתוספת למשקלה של הזכות לחירות של מי שטרם הורשע, היא תוביל למסקנה כי יש להעדיף שחרור בתנאים חלף מעצר. במילים אחרות, מסקנתנו צריכה להוביל לשינוי ניכר בנקודת האיזון ובצמצום השימוש במעצרים עד תום ההליכים.⁷⁴ לביסוס טענה זו נפנה כעת.

ב. היתרונות של שחרור בערובה ככלי לצמצום מסוכנות

1. עילת המסוכנות והשיקולים בהחלטות מעצר – פרשנות חוקתית

עד כה סקרנו את כל ההסדרים הנוהגים בעניין מעצר עד תום ההליכים ועילת המסוכנות. בטרם נדון ביתרונות השונים של שחרור בערובה לעומת מעצר ככלי לצמצום מסוכנות, נעמוד תחילה על הגדרת המונח "מסוכנות" ועל האינטרס הציבורי שעליו מעצר המבוסס על עילת המסוכנות מבקש להגן.

בהקשרים משפטיים שונים מסוכנות משמעה "חשש לפגיעה באינטרס חברתי בדרגה כזאת שתצדיק הקניית סמכות לגוף משפטי או מינהלי לפעול במעשה או במחדל למניעת

⁷³ לזכות יסוד זו ראו ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

⁷⁴ במאמר מוסגר נדגיש כי טענתנו יפה לא רק לעילת המסוכנות. כפי שיוכל הקורא להיווכח בהמשך, לפי הטיעון אשר נפרסם בפרקים הבאים. ציווי על מעצר עד תום ההליכים מגביר את מסוכנותו של הנאשם לאחר ריצוי עונשו גם אם המעצר הוטל מכוח עילה אחרת. ברם אם המעצר הוטל מכוח עילה אחרת, אזי יש אינטרס נוסף המונח על כף המאזניים.

התממשות החשש או להגיב בדרך אחרת על יצירתו".⁷⁵ פרופ' דן ביין כתב במאמרו על המונח "מסוכנות" כי "מימוש החשש יכול ללבוש צורות מספר: האחת – האדם המדובר יתנהג בעצמו באופן שיביא למימוש החשש, האחרת – שהתנהגותו של האדם תגרום לפגיעה באינטרס חברתי בדרך של תהליך סיבתי פיזיקלי או פסיכולוגי".⁷⁶ עם זאת בהקשר של דיני המעצרים לשון החוק מפנה למסוכנות המתממשת בשל התנהגותו של הנאשם בלבד.⁷⁷ מטעם זה הרתעת הרבים לא תוכל לשמש עילה למעצר.⁷⁸ אף שגם מעצר הרתעתי נועד למנוע סיכון, אין מדובר בסיכון הנשקף מן הנאשם.

מוסכם שהמסוכנות המקימה עילת מעצר היא מסוכנות הנשקפת מהנאשם, אולם לא ברור לחלוטין מה טווח הזמן שבו יש לבחון מסוכנות זו. מקובל לסבור כי המסוכנות הרלוונטית היא רק זו הנשקפת מן הנאשם בתקופת הזמן שבין הגשת כתב האישום לסיום המשפט.⁷⁹ אלא שלגישתנו, הגדרה צרה זו של המונח "מסוכנות" – כזו שמביאה במניין השיקולים רק את מסוכנות הנאשם בטווח הקצר ומתעלמת ממסוכנותו לחברה בטווח הבינוני ובטווח הארוך – אינה הכרחית מבחינה לשונית ואינה מגשימה את התכלית העיקרית שבבסיס דיני מעצרים – הגנה על שלום וביטחון הציבור ומניעת ביצוע של עבירות נוספות. נסביר.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".⁸⁰ פגיעה בזכות יסוד מוגנת זו מותרת רק אם היא מקדמת אינטרס ציבורי ראוי. צמצום המסוכנות שהנאשם יבצע עבירות נוספות הוא אינטרס ראוי שכזה. אולם התחשבות רק בסיכון המיידי והתעלמות מהסיכון העתידי סותרות הן את האינטרס הציבורי בצמצום עבריינות והן את החובה החוקתית להימנע ממעצר כאשר המעצר אינו מקדם אינטרס ציבורי זה.⁸¹ אם מעצרו של אדם יקטין את הסיכוי שתבוצע עבירה מסוימת בחצי השנה הקרובה אך יגדיל את הסיכוי שאותה עבירה תבוצע בעוד כשנה, אין אינטרס ציבורי בקיום המעצר. לא ניתן להצדיק, מבחינה חוקתית, מעצרו של אדם אם מעצר זה ימנע ביצוע עבירה בעוד חצי שנה אך יגרום לביצוע שתי עבירות דומות בעוד שנה. מדיניות המתירה מעצרים כאלו במצב היציב (steady state)⁸² אינה משנה את רמת

⁷⁵ דן ביין "מבוא לדיני המסוכנות במשפט הפלילי והמינהלי" **מחקרי משפט** כ 73, 73 (2003). שם.

⁷⁶ ס' 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים ("קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה").

⁷⁷ ראו דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, מט(4) 617, 589 (1995) (להלן: דנ"פ **גנימאת**).

⁷⁸ ראו דנ"פ לעיל ה"ש 75, בעמוד 88-89.

⁷⁹ ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁸⁰ ראו דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 617 (יש להשתמש בסמכות המעצר רק כאשר היא נחוצה למניעת פגיעה בשלום הציבור, בבטחונו ובערכים חיוניים מוגנים אחרים).

⁸¹ המצב היציב מוגדר כמצב שבו ההסתברות להתרחשות אירוע נשאר יציבה לאורך זמן. בהקשר הנוכחי, אם מדיניות המעצרים תשתנה ויורחב השימוש בחלופות למעצר, הרי שבטווח הקצר יותר נאשמים ישוחררו ממעצר, ומנגד ההשפעה של הארכת תקופות הפיקוח עדיין לא תבוא לידי ביטוי, ולכן מספר העבירות עלול לגדול. אך זה יהיה שינוי זמני שאינו יציב. בחלופת תקופה קצרה תיכנס המערכת למצב יציב חדש, כשמספר האנשים המצויים בפיקוח מערכת המשפט מתייצב על רמה גבוהה מזו שהייתה לפני השינוי, ולכן מספר העבירות ליחידת זמן מתייצב על רמה נמוכה מזו שהייתה לפני השינוי. מספר זה נותר יציב (אם אין שינויים אחרים). המצב היציב מתייחס להיקף הפעילות (בעניינינו מספר העבירות ביחידת זמן) לאחר שההשפעה הזמנית של השינוי חלפה, ולכן רק ההשפעה הקבועה (היציבה) שלו באה לידי ביטוי.

הפשיעה ואת היקף הפגיעה באינטרסים המוגנים אך מגדילה מאוד את מספר העצורים. לפיכך מעצרים כאלו אינם עומדים במבחן החוקתי. אם כן, אימוץ פרשנות צרה למונח "מסוכנות" – וראייתו ככזה הטומן בחובו רק את המסוכנות קצרת הטווח הנשקפת מן החשוד – עשוי, לעיתים, שלא להגשים בצורה הטובה ביותר את תכליות המעצר, שכן גם מסוכנות ארוכת טווח עשויה לסכן את שלום הציבור ואת ביטחונו. במילים אחרות, אימוץ פרשנות צרה זו עשוי להוביל למצב שבו שופט יורה על מעצרו של אדם כדי לאיין את מסוכנותו המיידית הגם שבטווח הבינוני או בטווח הארוך מעצרו עשוי להגדיל את מספר העבירות ולהטיל איום כבד יותר על שלום הציבור. פרשנות זו אינה רצויה, והיא כמובן אינה מתיישבת עם התכליות שבבסיס המעצר.

אף אם נקבל את העמדה שלפיה המסוכנות שאליה מתייחס סעיף 21 לחוק המעצרים נוגעת רק למסוכנות המיידית הנשקפת מן הנאשם, מסקנתנו לא הייתה משתנה. גם במקרה כזה בית המשפט חייב לשקול את ההשלכות השליליות של המעצר על העבריינות, השלכות אשר יתוארו בהרחבה בהמשך מאמר זה, שבתי המשפט מתעלמים מהן כיום. כפי שיפורט להלן, התעלמות מהשלכות אלו גורמת לבתי המשפט להורות על מעצרים המגדילים את היקפי העבריינות והפגיעות בביטחון האדם והציבור. אם שחרורו של אדם בערובה יביא לצמצום במספר העבירות והנפגעים, הרי שהמעצר אינו רק לא יעיל – הוא גם לא חוקתי. במקרה כזה הפגיעה בחירות ממעצר לא תוכל לצלוח את מבחן המידתיות הראשון – קיומו של קשר רציונלי בין המטרה (צמצום הפגיעה בביטחונם של אנשים, בביטחון המדינה ובביטחון הציבור) לבין האמצעי.⁸³ אם מעצר שנועד לצמצם את מספר הפגיעות בביטחונם של אנשים אינו עושה זאת, ובייחוד אם הוא מגדיל את הסיכון לפגיעות כאלו, הרי שהמעצר אינו חוקתי. גם מטעם זה חובה על בית המשפט לבחון את כלל ההשלכות של המעצר על הסיכון לביטחונם של אנשים ושל הציבור בבואו לאזן בין הסיכון הזה לבין הפגיעה בזכות החוקתית.

זאת ועוד, בתי המשפט קבעו פעמים רבות כי על אינטרסים אחרים, אפילו כאלו שאינם קשורים לזכויות החוקתיות של הנאשם ולצורך במניעת עבריינות, להשפיע על ההחלטה בדבר המעצר. למשל, בתי המשפט שוקלים את השלכת המעצר על בני משפחתו ועל ילדיו של הנאשם. שיקול זה יכול להכריע בזכות שחרור בערובה.⁸⁴ בדומה לזה, בתי המשפט שוקלים את רצונה של נפגעת העבירה בשחרור הנאשם אף שגם שיקול זה אינו מוזכר בחוק המעצרים.⁸⁵ גישה שיפוטית זו מוצדקת. כשנשקלת פגיעה בחירות ממעצר, בתי המשפט נדרשים לשקול, למול התועלת הישירה מהמעצר, גם את הזכות החוקתית של הנאשם אך גם את מכלול התועלות והאינטרסים שייפגעו אם הוא ייעצר, כדי להימנע מהכרעה הפוגעת הן

⁸³ למבחן הקשר הרציונלי ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 373–389 (2010).

⁸⁴ ראו למשל בש"פ 268/20 **מוסא נ' מדינת ישראל**, פס' 9 (נבו 20.1.2020) ("עניינם של הקטינים מטה את הכף לחלופה של מעצר באיזוק אלקטרוני והשיקול של טובת הילדים אינו שיקול זר להליכי המעצר"); בש"פ 1785/19 **שראיעה נ' מדינת ישראל**, פס' 16 (נבו 25.3.2019) ("בית משפט זה עמד בעבר על כך שבמסגרת מכלול השיקולים שיש לבחון בהחלטה על מעצר עד תום הליכים, יש להתייחס גם להשלכות המעצר על ילדי הנאשם, ובפרט, לקיומה של מסגרת מתאימה עבורם בתקופת המעצר").

⁸⁵ ראו בש"פ 3821/11 **מימוני נ' מדינת ישראל**, פס' 13 (נבו 20.6.2011) ("ולא ניתן לזלזל ברצונותיה, אף אם הם עשויים להיראות למסתכל מן הצד כמוקשים, לכאורה").

בזכות החוקתית והן באינטרסים הציבוריים. מקל וחומר יש לשקול את האינטרס הציבורי בצמצום העבריינות המסכנת את ביטחון האדם והציבור, אינטרס שהקשר שלו לדיני המעצרים ישיר, אם התחשבות בו תצמצם את הפגיעה בחירות הנאשם. לאור שיקולים אלו נסקור בפרק זה כמה יתרונות שיש לשחרור בערובה לעומת מעצר, ככלי לצמצום הסיכון לציבור מעבריינות. כיום יתרונות אלו אינם נשקלים בהחלטות על מעצר, ולכן לעיתים החלטות אלו מגדילות את מסוכנותו של הנאשם (ושל אחרים) לציבור. בפרק זה נטען ראשית כי שחרור בערובה מאריך את התקופה שבה מבצע העבירה נמצא בפיקוח ולכן מצמצם את מסוכנותו. שנית, לעומת מעצר עד תום ההליכים, שחרור בערובה מעלה את הסיכוי שהנאשם יוכל להשתתף בהליכי טיפול ושיקום המקטינים את מסוכנותו בזמן ההליך הפלילי, במהלך מאסרו בכלא ולאחר השחרור ממאסר. שלישית, השחרור בערובה מסייע עוד יותר לצמצום המסוכנות בתקופה שבה אסירים משוחררים בשחרורים מנהליים בשל הצפיפות בבתי הסוהר. להלן נציג השלכות אלו בפירוט.

2. הארכת תקופת הפיקוח

שחרורו של נאשם בערובה או מעצרו בפיקוח אלקטרוני מאריכים במידה ניכרת את התקופה שבה אותו נאשם נמצא בפיקוח, לעומת נאשם שנעצר עד תום ההליכים.⁸⁶ לכן שני טעמים: ראשית, אומנם עצור שהורשע יימצא בפיקוח מרבי (מעצר) במהלך ההליך הפלילי, אולם לאחר שייגזר דינו תקווז תקופת המעצר מתקופת מאסרו. לפיכך אותו עצור יימצא בפיקוח תקופה השווה למשך המאסר שנגזר עליו. מנגד, נאשם ששוחרר בתנאים, כמו למשל למעצר בית או למעצר בפיקוח אלקטרוני, ישהה בתנאים אלו במהלך ההליך, ויהיה נתון בפיקוח שיצמצם את מסוכנותו, ואחר כך יישא במלוא תקופת המאסר ההולמת את חומרת מעשיו מרגע מתן גזר הדין. בזמן מאסרו הוא יהיה נתון שוב ברמת הפיקוח המרבית. נאשם זה יימצא בפיקוח תקופה השווה לתקופת מאסרו נוסף על משך ההליך הפלילי. תקופת הפיקוח תהיה אפוא ארוכה יותר כשהנאשם יהיה משוחרר בתנאים לפי משך התקופה שבה הוא יהיה משוחרר בתנאים או עצור בפיקוח אלקטרוני.

להמחשה נבחן תיק ממוצע של עצור. על פי נתוני 2017, נאשמים ישראלים שנדונו ל-12 עד 18 חודשי מאסר⁸⁷ היו עצורים קודם לכן במשך כחצי שנה בממוצע.⁸⁸ לפיכך עצור שדינו

⁸⁶ Stephen Shute, *Does Parole Work? The Empirical Evidence from England and Wales*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 315, 321-322 (2004). לפסיקה העוסקת בזיקה בין מסוכנות הנאשם או האסיר לאמצעי הפיקוח המתאים ראו: בש"פ 4513/16 דומראני נ' מדינת ישראל (נבו 22.6.2016); בש"פ 7129/15 מדינת ישראל נ' גפני (נבו 28.10.2015); בש"פ 6613/16 ברלנד נ' מדינת ישראל (נבו 15.9.2016); בש"פ 8389/15 אבו כאטר נ' מדינת ישראל (נבו 27.12.2015); בש"פ 1791/16 קופר (קופרשמיד) נ' מדינת ישראל (נבו 13.3.2016); בש"פ 27/15 יונס נ' מדינת ישראל (נבו 15.1.2015); בש"פ 1495/17 מדינת ישראל נ' זאודי (נבו 21.2.2017); בש"פ 4120/11 דדוש נ' מדינת ישראל (נבו 6.6.2011); בש"פ 5113/14 מדינת ישראל נ' אדינייב (נבו 31.12.2014); בש"פ 1409/17 מדינת ישראל נ' קדיליץ (נבו 3.4.2017).

⁸⁷ מנתוני 2017 עולה כי העונש הממוצע שנגזר על ישראלי שהיה עצור בעת גזר הדין היה כ-17 חודשי מאסר. תיאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 3.

⁸⁸ ראו שם, בעמ' 8 (נאשמים ישראלים שנדונים כעצורים למאסר של 12 עד 18 חודשי מאסר נדרשים לשאת רק 278 ימי מאסר בממוצע (כ-9 חודשים) אחרי גזר הדין, כשיתר הזמן (כ-6 חודשים) מקווז בגין מעצרו).

נגזר ל-15 חודשי מאסר ישוחרר בחלוף 15 חודשים בממוצע מיום מעצרו ולא מיום גזר דינו ואז הוא ישוחרר בלא תנאי ובלא פיקוח נוסף. לעומתו, נאשם שביצע עבירה דומה בנסיבות דומות אך הוחלט לעוצרו בפיקוח אלקטרוני או להורות על שחרורו למעצר בית במהלך המשפט, יהיה בפיקוח הן במהלך ההליך הפלילי והן בזמן מאסרו. בדוגמה לעיל הוא יהיה בפיקוח (כמשוחרר בערובה או עצור בפיקוח אלקטרוני) חצי שנה ואחר כך כאסיר במשך 15 חודשים נוספים. לפיכך תקופת הפיקוח עליו תהיה 21 חודשים במקום 15 בלבד.

שנית, ככלל, ההליכים המתנהלים נגד נאשמים שמשוחררים בתנאים ארוכים במידה ניכרת מההליכים המתנהלים נגד נאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים. ניתוח מחודש של נתוני מדגם מייצג של תיקים פליליים שהוכרעו בשנים 2010–2011 מעלה כי בתיקים שהסתיימו בעונש מאסר של 12 עד 18 חודשים, משך ההליך הממוצע של מי שהיו עצורים ביום גזר דינם היה 174 ימים בממוצע (כחצי שנה, בדומה לממצא שעלה מהמחקר של שב"ס שבחן את נתוני 2017). לעומת זאת הליכים נגד מי שהיו משוחררים בתנאים ביום גזר דינם נמשכו 385 ימים בממוצע, דהיינו 121% יותר.⁸⁹ ניתן לייחס זאת, לפחות חלקית, לכך שחלופות מעצר המוטלות על נאשמים אינן מוגבלות למשך זמן מרבי, בשונה מן המעצר, ולכן בתי המשפט נותנים עדיפות לתיקי מעצר.⁹⁰

לפיכך משך ההליך הממוצע נגד נאשם כזה המשוחרר בתנאים יהיה כ-13 חודשים (120% יותר מנאשם עצור). באותם 13 חודשים יהיה הנאשם משוחרר בתנאים ואחר כך הוא יהיה אסיר במשך 15 חודשים נוספים. במילים אחרות, ניתן להעריך כי שחרורו של הנאשם ממעצר היה מגדיל את תקופת הפיקוח עליו מ-15 חודשים ל-28 חודשים, כמעט כפליים. בדומה לזה, מנאשם ישראלי שנדון, כעצור, ל-27 חודשי מאסר מקוויזים בממוצע 8 חודשים עבור מעצרו.⁹¹ בהנחה שההליכים נגד נאשמים המשוחררים בתנאים נמשכים בממוצע 120% יותר מהליכים נגד עצורים, משך הפיקוח על נאשם כזה גדל בכ-18 חודשים אם הוא משוחרר

⁸⁹ הניתוח בוצע על הנתונים המובאים במאמר של מחלקת המחקר של הרשות השופטת: אורן גול-אילי, קרן וינשל-מרגל וענבל גלון **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** 29 (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, הנתונים זמינים באתר מחלקת המחקר של הרשות השופטת (2012), <https://www.gov.il/he/departments/topics/datasets>). במחקר המקורי דווח כי בבתי משפט השלום נמשכו הליכים שהתנהלו נגד מי שלא היו עצורים בזמן ההליך זמן הארוך פי 4.5 מהליכים שהתנהלו נגד עצורים, ואילו בבית המשפט המחוזי הליכים נגד משוחררים ארכו בממוצע כ-75% יותר מאשר הליכים שנהלו כשהנאשמים במעצר. אולם נתונים אלו משווים עצורים למי שאינם עצורים וכוללים נאשמים רבים שלא הוגשה בעניינם בקשת מעצר, ולכן היו משוחררים בלא תנאים. כמו כן הניתוח שם לא השווה נאשמים שנדונו לתקופות מאסר דומות – השוואה הנדרשת בשל השונות באופי התיקים לפי מידת החומרה שלהם. יצוין כי גם ההערכה שכאן באשר להשפעת השחרור על משך ההליכים אינה מדויקת, שכן יש להניח כי תיקים נגד משוחררים בערובה שונים גם במאפיינים אחרים מתיקים נגד עצורים. ראו גם את הנתונים המובאים במאמר של קנת מן "היקף מעצר עד תום ההליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" **עיוני משפט** יב 517, 543 (1987) (להלן: מן "היקף המעצר").

⁹⁰ ע"פ 1626/91 **דקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 76, 80 (1991); יורם שחר "סדר-דין פלילי" **ספר השנה של המשפט בישראל**, 375, 420–425 (אריאל רוזן-צבי עורך התשנ"ב).

⁹¹ ראו תיאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 8 (נאשמים ישראלים שנדונים כעצורים למאסר של 24 עד 30 חודשי מאסר נדרשים לשאת רק 567 ימי מאסר בממוצע (כ-19 חודשים) אחרי גזר הדין, כשיתר הזמן (כ-8 חודשים) מקוויז בגין מעצרו).

בערובה ולא עצור.⁹² לפיכך נאשם המשוחרר בתנאים או עצור בפיקוח אלקטרוני יהיה בפיקוח של רשויות האכיפה תקופה ארוכה בהרבה מנאשם שנעצר עד תום ההליכים. ניתן להעלות כמה טענות נגד ניתוח זה: ראשית, ניתן לטעון כי גם אם תקופת הפיקוח ארוכה יותר, הרי שהפיקוח על נאשמים המשוחררים בערובה הדוק פחות מהפיקוח על העצורים. אולם יש לזכור כי בהנחה שהנאשמים יורשעו ודינם ייגזר לפי חומרת המעשה, התקופה שבה הם יהיו בפיקוח מלא במתקן כליאה לא תשתנה בשני המקרים, אלא שלתקופת הכליאה תתווסף תקופה ארוכה של פיקוח כמשוחררים בתנאים או כעצורים בפיקוח אלקטרוני. במילים אחרות, הנאשם שנשלח למעצר יהיה בפיקוח של 15 חודשים במתקן כליאה כעצור, ואילו הנאשם ששוחרר לחלופת מעצר יהיה בפיקוח של 15 חודשים במתקן כליאה כאסיר, **ונוסף על זה** בפיקוח של שירות המבחן ושל הערבים כמשוחרר בתנאים.⁹³

שנית, ניתן לטעון כי בשל ההתחשבות בתקופת השחרור בתנאים בגזירת הדין יהיה עונשו של נאשם שהיה משוחרר בתנאים קל מעונשו של מי שנעצר (ותקופת מעצרו מקוזזת במלואה ממאסרו). אולם כפי שראינו לעיל,⁹⁴ היקף ההתחשבות בתקופת השחרור בתנאים מוגבל מאוד, ולכן גם אם עונשו לא יהיה 15 חודשים כמו עונשו של העצור, אין לצפות שהעונש יהיה קל בהרבה בשל תנאי השחרור רק בשל התחשבותו של בית המשפט בסבל שנגרם לו בשל תנאי השחרור בערובה.

שלישית, וזו הביקורת החשובה ביותר על החישוב המוצג לעיל: ייתכן שתוצאת ההליך תהיה שונה אם הנאשם ישוחרר בתנאים כיוון שנאשם שאינו עצור צפוי להשיג תוצאה טובה יותר. מחקרים מראים כי סיכויי הזיכוי של נאשם שאינו עצור גדולים מסיכוייו של עצור, וכן כי העונש המוטל על מי שאינו עצור פעמים רבות קל מהעונש המוטל על עצור, בהיעדר הבדלים אחרים.⁹⁵ למעשה, פעמים רבות נאשם עצור יידון למאסר בפועל, ואילו נאשם דומה שלא נעצר יזכה לעונש קל יותר (למשל עבודות שירות). הבדלים אלו בתוצאות ההליכים נגד משוחררים בתנאים לעומת עצורים נובעים הן מהקושי של עצורים לנהל את הגנתם מתא המעצר הן מכיוון שעצורים מסכימים לא אחת, בהסדר טיעון, לעונש כבד מהעונש

⁹² לפער בין משך ההליכים נגד נאשמים עצורים לבין משכם נגד נאשמים שאינם עצורים ראו מן "היקף המעצר", לעיל ה"ש 89, בעמ' 543–544.

⁹³ לדיון בטענה שהצורך לכלוא נאשם ולהרחיקו מן הציבור בשל מסוכנותו הוא ממשי יותר בשלב המעצר, ראו עמ' 14 למאמר.

⁹⁴ ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 69–70.

⁹⁵ קיטאי סג'רו **המעצר** לעיל ה"ש 11, בעמ' 22–23; אורן גזל-אייל "פרק כ: סדר הדין הפלילי" **הגישה הכלכלית למשפט 1063**, 1092 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012); William M. Landes, *Legality and Reality*; 3 J. OF LEGAL STUD. 287, 334–335 (1974); *Some Evidence on Criminal Porcedure*; HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL*; 558 בעמ' 29, לעיל ה"ש 29, בעמ' 558; SANCTION 214 (1968); Marc Miller & Martin Guggenheim, *Pretrial Detention and Punishment*, 75 MINN. L. REV. 335, 416 (1990); Daniel Kiselbach, *Pre-Trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence*, 31 CRIM. L. Q. 168, 194 (1989); Craig Ethan Allen, *Pretrial Detention and the Loss of Innocence*, *United States v. Salemo*, 11 HAMLIN L. REV. 331, 343 (1988); Paul Heaton et al. *The Downstream Consequences of Misdemeanor Pretrial Detention*, 69 STAN. L. REV. 711 (2017).

שהמשוחררים מסכימים לו, והן מכיוון שבתי המשפט נוטים להחמיר עם עצורים ומתקשים פחות לשלוח אותם למאסרים ממושכים, הגם שמבחינה חוקית אין מקום להבחנה כזו.⁹⁶ כך, יעל חסין ומרדכי קרמניצר, שבחנו תופעה זו בהקשר של עבירות פריצה והתפרצות בישראל, הראו שמעצר לפני משפט הוא המשתנה שהשפעתו היא החזקה ביותר על סוג העונש המוטל, וייחסו זאת לכך שהרשעה והטלת מאסר מאשררות קבלת החלטה שיפוטית קודמת בדבר המעצר.⁹⁷ זיכוי הנאשם בהקשר זה כמוהו כהודאה בטעות שיפוטית, שכן האשמה אשר על בסיסה נעצר הנאשם לא הוכחה;⁹⁸ הזיכוי משמיע אפוא כי הנאשם היה כלוא בבית המעצר – לעיתים תקופה ארוכה ביותר – על לא עוול בכפו.⁹⁹ על כן מופעל על שופטים לחץ סמוי להרשיע נאשמים אשר שהו במעצר עד תום ההליכים ולהטיל עליהם עונש מאסר שאורכו ישתווה לכל הפחות לתקופת הזמן שבה שהו במעצר.¹⁰⁰ עוד מסבירים חסין וקרמניצר כי מנקודת מבט שיפוטית קשה להטיל עונש הכרוך במעבר מחירות לאי-חירות יותר משקשה להטיל עונש שאינו כרוך בכך. כך, כאשר הנאשם כבר חווה חוויית מעצר, "עוקץ" המאסר קשה יותר.¹⁰¹ אם עונשם של העצורים כבד מעונשם של המשוחררים בשל הסיבות שנמנו לעיל (למשל עונש מאסר לעומת עונש של עבודות שירות), ניתן לטעון כי איכות הפיקוח על נאשמים משוחררים בערובה תפחת גם בתקופת השחרור בערובה וגם לאחר מכן בעת נשיאת העונש שצפוי להיות קל יותר, ובכך תגבר מסוכנותם.

עם זאת מרבית הסיבות שמנינו עד כה להחמרה בענישה כלפי נאשמים עצורים אינן ענייניות או לגיטימיות, ולפיכך אין בהן כדי להצדיק ענישה של נאשמים עצורים החמורה מזו של משוחררים בערובה. בנסיבות שבהן נאשם זוכה (גם אם ניתן לזקוף את הזיכוי ליכולתו לנהל טוב יותר את הגנתו בשל שחרורו ממעצר), הרי שגם בדיעבד אין הצדקה למעצרו (שהחבסס בין היתר על ההנחה כי הוא ביצע את העבירות המיוחסות לו). דברים אלו נכונים, בשינויים המחויבים, גם כשמדובר בנאשם אשר לאחר ששוחרר בערובה הוטל עליו עונש שאינו כולל מאסר, או הכולל מאסר לתקופה קצרה. אם לאחר הבירור העובדתי המלא, כולל בירור הנסיבות לעונש, בית המשפט מגיע למסקנה שהעונש אינו אמור לכלול כליאה, ייתכן שההנחה שהנאשם מסוכן הופרכה, ומכל מקום, אין הצדקה לכליאתו, ומכאן – להארכת התקופה שבה הוא מצוי בפיקוח. במילים אחרות, באותם המקרים שבהם המאסר הוטל רק בשל המעצר – ולא מסיבה הנוגעת לנסיבות ביצוע העבירה או לטיבו של העושה – הרי שהמאסר ככל הנראה לא היה מוצדק, ולכן אין לראות בהיעדרו, ובהיעדר הפיקוח הנלווה לו, חיסרון.

יובהר כי טענתנו כאן אינה רק טענה נורמטיבית שלפיה לא צודק להאריך את כליאתו של אדם רק משום שהוחלט על מעצרו. הטענה היא גם טענה פוזיטיבית, ולפיה אין סיבה להניח כי הארכת תקופת הכליאה במקרים אלו תסייע לצמצום המסוכנות והעבריינות. ההחלטה על

⁹⁶ נאשמים המשוחררים בערובה נדונים פעמים רבות יותר לעונש שאינו כולל מאסר בפועל גם מכיוון ששחרורם מאפשר להם לבסס סיכוי של ממש לשיקום. לשיקול זה נתייחס בהמשך; ראו טקסט בסמוך לה"ש 167 להלן.

⁹⁷ חסין וקרמניצר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 558–559.

⁹⁸ מן "היקף המעצר", לעיל ה"ש 89, בעמ' 544; קיטאי סנג'רו המעצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 23.

⁹⁹ מן "היקף המעצר", לעיל ה"ש 89, בעמ' 545.

¹⁰⁰ שם.

¹⁰¹ קיטאי סנג'רו המעצר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 23.

מעצר מתקבלת בהליך מהיר יחסית, על בסיס ראיות לכאורה וברור עובדתי מוגבל, ואילו העונש מוטל לאחר הליך מקיף יותר, כשהעובדות מבוססות יותר, והטיעונים לעונש נבחנו לעומקם. במסגרת זו, נוסף על שיקולי ההלימה, בוחן בית המשפט את האפקטיביות של העונש על שיקומו של הנאשם, על ההגנה על הציבור מפניו ועל הרתעתו. פעמים רבות הוא נעזר בתסקיר מבחן – תסקיר מקיף בהרבה מתסקיר המעצר שבוחן בעיקר את החלופות למעצר. אם בהליך זה הובהר שההאשמות נגד הנאשם היו, כולן או חלקן, לא מבוססות, ולכן אין מקום לעונש מאסר בעניינו, הרי שיכול להיות שהחלטה מוקדמת יותר על מעצרו אינה ניתנת להצדקה משיקולי מסוכנות. מכיוון שכליאתו בלא הצדקה של אדם עלולה להגדיל בטווח הארוך את מסוכנותו, למעצר המיותר עלולה להיות השלכה שלילית על מסוכנותו. בדומה לזה, אם ההליך שהתנהל בזמן שהוא אינו עצור אפשר לו להוכיח שהוא ראוי לעונש שיקומי, כליאתו והוויתור על השיקום עלולים להגדיל את המסוכנות הנשקפת ממנו.

נבהיר זאת באמצעות שתי דוגמאות: ראשית, נניח שנאשם מסוים נעצר, ובעקבות מעצרו הורשע ונדון לשנת מאסר. נניח שלו אותו נאשם היה יכול לנהל את הגנתו כמשוחרר בתנאים, הוא היה מזוכה. ייתכן שהתקופה שבה היה כלוא נוכח מעצרו הייתה מגבילה את יכולתו לבצע עבירות. אולם בשל העובדה שהבסיס למעצרו היה הראיות לכאורה נגדו, ואלו התבררו כלא מהימנות מספיק, ייתכן שהמעצר לא היה דרוש כלל למניעת המסוכנות. נוסף על זה, לשנת הכליאה, בייחוד של אדם שברור מעמיק היה מוביל לזיכוי, השפעה קרימינולוגית שיש בה כדי להגביר את מסוכנותו.¹⁰² אותו אדם, אלמלא נעצר, לא היה נכלא, ולכן הכליאה לא הייתה מגבירה את נטייתו לעבריינות. כמו כן התקופה שבה הוא היה משוחרר בערובה או עצור בפיקוח אלקטרוני, אלמלא נעצר, הייתה מקטינה את החשש שהוא יבצע עבירה, גם אם במידה פחותה ממעצרו. לפיכך לא ברור כלל אם המעצר בסיטואציה זו אכן צמצם מסוכנות, וייתכן מאוד שהוא הגדיל אותה, נוסף על השלכתו השלילית (הנורמטיבית) על יכולתו של הנאשם להציג ראיות שיובילו לזיכוי.

דוגמה שנייה: נניח שלאחר התלבטות הוחלט לעצור נאשם במתקן כליאה במקום בפיקוח אלקטרוני (או במקום לשחררו בערובה). נניח עוד כי לו אותו אדם לא היה נעצר, הוא היה מצליח במהלך ההליך להשתקם או להוכיח כי יש סיכוי של ממש שהוא ישתקם אם יוטל עליו עונש לפי שיקולי שיקומו. במקרה כזה אף אם העונש ההולם הוא עונש מאסר, רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם למטרת שיקום.¹⁰³ גם בדוגמה זו ההחלטה לעצור את הנאשם מובילה לכך שהוא יאסר בתום ההליך. אולם המאסר ימנע את ההליך השיקומי, שכאמור יש סיכוי של ממש שיצליח, ולכן החשש שיחזור לבצע עבירות לאחר נשיאת עונשו יקטן. נוסף על זה, כאמור, תקופת הפיקוח על הנאשם, לו היה משוחרר, הייתה ארוכה בהרבה, הן מכיוון שההליך הפלילי היה ממושך מההליך נגד עצור והן מכיוון שהפיקוח היה נמשך גם לאחר גזר הדין, במהלך נשיאת העונש שהוטל לפי שיקולי השיקום, כמו צו מבחן, צו טיפול או עבודת שירות. לכן גם במצב כזה רב הסיכוי שהשחרור בערובה או בפיקוח אלקטרוני יצמצם את המסוכנות, אף שתקופת הכליאה הכוללת של הנאשם קצרה יותר.

ראו על כך בהרחבה בתת פרק 3(ו) להלן.

¹⁰² סעיף 40 לחוק העונשין קובע כי בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקום אם הנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם.

ייתכן כמובן שאם הנאשם ישוחרר בתנאים או ייעצר בפיקוח אלקטרוני, הוא יפר את התנאים. ייתכן שנוסף על ההפרה הוא גם יבצע עבירה במהלך השחרור בתנאים. במקרה זה, בניגוד לשתי הדוגמאות הקודמות, נראה שהשחרור בתנאים הגביר מסוכנות. עם זאת נאשם כזה כנראה היה מבצע עבירה גם לאחר שחרורו מהמאסר הקצר שהיה מוטל עליו. הסיכוי להיתפס מבצע עבירה במהלך שחרור בתנאים גבוה בהרבה מהסיכוי להיתפס מבצע עבירה לאחר השחרור ממאסר, שכן על משוחררים ממאסר אין פיקוח. מי שנתפס מבצע עבירה כשהוא משוחרר בתנאים מוחזר למעצר, ולרוב עונשו מוחמר בשל ההפרה. לפיכך גם כשמדובר במי שחוזר ומבצע עבירות, תוחלת תקופת כליאתו לא בהכרח קטנה בעקבות השחרור בתנאים.

באין סיבה להניח שהמעצר יצמצם מסוכנות ועבריינות, אין סיבה לוותר על היתרונות האחרים של השחרור בערובה.

רביעית, ניתן לטעון כי הצורך לכלוא נאשם ולהרחיקו מן הציבור בשל מסוכנותו הוא ממשי יותר בשלב המעצר, שכן לרוב המסוכנות הנשקפת מן הנאשם מתפוגגת בחלוף הזמן. לפי טענה זו, בשלב המעצר יש לאמץ את רמת הפיקוח המרבית ואין להסתפק בפיקוח אלקטרוני או בשחרור בתנאים. אכן, טענה זו עשויה להיות נכונה בכל הנוגע לאסירים המרצים עונשי מאסר ארוכים שבמסגרתם עברו תהליכי שיקום עמוקים אשר הביאו לשינוי בדפוסי התנהגותם. ניתן להעלות על הדעת גם מקרים שבהם המסוכנות אשר נשקפה מן הנאשם במהלך המעצר התפוגגה במהלך תקופת מאסר קצרה, למשל במקרים שבהם מסוכנות הנאשם נוגעת להיבט הקשור בניהול ההליך המשפטי (לדוגמה, מסוכנות הנגזרת מן החשש כי הנאשם יבצע עבירות המופנות כלפי עדי המשפט), או מקרים שבהם יש צורך מידי בהרחקת נאשם, ויש סיבה להניח שבחלוף הזמן הצורך יפחת (כמו למשל בחלק מתיקי האלימות במשפחה).

אולם ככלל, המסוכנות הנשקפת מנאשם אינה מתפוגגת לאחר תקופת מאסר קצרה. ייתכן אף שבמרבית המקרים ההפך הוא הנכון. מחקרים רבים מעידים שסיכויי המועדות במהלך השנה שאחרי השחרור מן המאסר הם הגבוהים ביותר.¹⁰⁴ נתונים מארצות הברית מחזקים את המסקנה שמשוחררים בערובה מסוכנים פחות מאסירים משוחררים.¹⁰⁵ גם בישראל עצורים ששוחררו בערובה ממעצר ומפוקחים על ידי שירות המבחן מבצעים עבירות מעטות

¹⁰⁴ מדוח שערך השב"ס עולה כי בשנים 2004–2019 16% מן האסירים חזרו לכלא בתוך שנה מיום שחרורם (שירות בתי הסוהר ורצדיביזם בישראל 2014 - 2019 6 (יוחנן ועקנין וקתרין בן צבי 2021)). ניתן להעריך כי שיעור האסירים אשר **ביצעו עבירות** במהלך השנה העוקבת לשחרורם הוא גבוה בהרבה, שכן בהיעדר פיקוח הדוק לא כל עבירה מתגלית, וגם אם העבירה מתגלית, היא אינה מובילה בהכרח למאסר.

¹⁰⁵ שיעור המעצר של אסירים בשל עבירה חדשה שבוצעה בשנה הראשונה לשחרורם ממאסר הוא 44% (MARIEL ALPER ET AL., BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, U.S. DEPT OF JUSTICE,) 2018 UPDATE ON PRISONER RECIDIVISM: A 9-YEAR FOLLOW-UP PERIOD (2005-2014) 1, ולעומת זאת שיעור המעצר של משוחררים בתנאים המואשמים בעבירות פשע (Fellony) הוא 17% בלבד בשנה הראשונה לאחר שחרורם בתנאים (U.S., REEVES .A BRIAN & COHEN .H THOMAS) 7. JUST OF T'DEP , PRETRIAL RELEASE OF FELONY DEFENDANTS IN STATE COURTS (2007), אף שיש להניח שהפיקוח על משוחררים בערבות הדוק יותר, ולכן הסיכוי שהם ייתפסו אם יבצעו עבירה גדול יותר.

משמבצעים אסירים משוחררים.¹⁰⁶ כשמדובר במפוקחים בפיקוח אלקטרוני, החשש קטן עוד יותר. כך, בשנים 2016–2019, מתוך כמעט 4,000 עצורים בפיקוח אלקטרוני, רק 31 מפוקחים ברחו ממקום הפיקוח.¹⁰⁷ אף אם נניח כי כל בריחה נעשתה לשם ביצוע עבירה, מדובר בשיעור נמוך מאוד.¹⁰⁸ שיעורי החזרה לכלא של אסירים שנדונו לתקופות מאסר קצרות גבוהים בהרבה.¹⁰⁹

אכן, נתונים אלו לא בהכרח מוכיחים שהשחרור בערובה הוא הגורם לצמצום העבריינות. ייתכן, כפי שאנו מניחים, שהפיקוח על משוחררים בערובה מקטין את מסוכנותם, או שתקופות הכליאה הקצרות של מי שנכלאו ונאסרו מגדילות את נטייתם של הנעצרים לעבריינות, אולם ייתכן שהפער נובע מכך שמי שבתי המשפט החליטו לשחררו בערובה לכתחילה מסוכן פחות ממי שנכלא למאסר קצר, וכי הקשר בין השחרור בערובה לצמצום העבריינות אינו סיבתי.

אולם מחקרים בעולם הראו שהקשר בין שחרור בערובה לצמצום המועדות הוא קשר סיבתי ולא רק מתאמי. למשל, מחקר אחד נצל את ההבדל בין שופטי מעצרים שנוהגים להתנות את השחרור בסכומי כסף גדולים לשופטים שאצלם סכומי הערובה הנדרשים קטנים, ובכך מאפשרים לנאשמים רבים יותר להשתחרר בערובה. נמצא כי רמת המועדות לעבריינות חוזרת של אלו שהשתחררו בערובה כיוון שזכו בשופט מקל יותר, הייתה נמוכה מזו של אלו שעניינם נדון לפני השופטים המחמירים ושלא יכלו להפקיד את הערובה הנדרשת, ולכן נעצרו.¹¹⁰ גם מחקרים אחרים הראו כי שחרור בערובה מקטין רצידיביזם.¹¹¹ תוצאות אלו אינן מפתיעות. ראשית, נאשמים המשוחררים בערובה נתונים כאמור לעיל בפיקוח הדוק, ואילו ככלל, אסירים משוחררים לא.¹¹² שנית, לכליאה השפעה קרימינוגנית.¹¹³ הכליאה פוגעת

¹⁰⁶ משרד הרווחה והביטחון החברתי **סקירת השירותים החברתיים: סקירת העשור 2009 – 2018** פרק 4 חלק ב' 25 (2019) (להלן: דוח שירות המבחן למבוגרים) ("בשנת 2015 נפתחו תיקים חדשים ל-4.4% מעוברי החוק שהיו נתונים בצו. בשנת 2016 נפתחו תיקים חדשים ל-4% מעוברי החוק שהיו נתונים בצו. ובשנת 2017 נפתחו תיקים חדשים ל-3% מעוברי החוק שהיו נתונים בצו. הנתונים מלמדים כי במהלך הצו וההתערבות, מרבית המטופלים ממעטים לבצע עבירות ושומרים על גבולות הצו").

¹⁰⁷ דוח מבקר המדינה 2020, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1993.

¹⁰⁸ במהלך התקופה היו 560 מפוקחים פעילים בממוצע בכל רגע נתון, וכאמור כשמונה ניסיונות בריחה בשנה, ושיעור ניסיונות הבריחה הוא אפוא 8/560 (1.4%) ניסיונות לכל שנת פיקוח, שיעור נמוך בהרבה משיעור החזרה לכלא של אסיר משוחרר בשנה הראשונה לשחרורו (16%).

¹⁰⁹ ראו שירות בתי הסוהר **דו"ח רצידיביזם בישראל 2013 – 2018** 9 (יוחנן ועקנין וקתרין בן-צבי 2019) (45.4% מהאסירים שנדונו למאסרים של שנה עד שנתיים חזרו לכלא בתוך חמש שנים, 45% מתוכם (20.43% מסך המשוחררים) חזרו לכלא בתוך שנה).

¹¹⁰ Arpit Gupta, Christopher Hansman & Ethan Frenchman, *The Heavy Costs of High Bail: Evidence from Judge Randomization*, 45 J. LEGAL STUD. 471 (2016)

¹¹¹ PATRICK LIU, RYAN NUNN & JAY SHAMBAUGH, HAMILTON PROJECT, *THE ECONOMICS OF BAIL AND PRETRIAL DETENTION* 12–13 (2018).

¹¹² אכן, אסירים אשר שוחררו **בשחרור מוקדם** נתונים לפיקוח מסוים, אולם מדובר בתקופת פיקוח מוגבלת בלבד ורק באסירים שוועדת שחרורים החליטה שהסיכון הנשקף מהם מאפשר שחרור מוקדם כאמור.

¹¹³ ראו משרד המשפטים **הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון** 26 – 28 (2015) (להלן – דוח ועדת דורנר). ועדת דורנר המליצה לשקול לאמץ מנגנוני ענישה שיהיו חלופה לעונשי המאסר הקצרים; פרקליטות המדינה **צוות התביעה לבחינת יישום דו"ח דורנר** (דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים) 18, 41 (2018), (להלן: דוח צוות למברגר).

ביכולתם של נאשמים להתפרנס באופן חוקי והיא מחזקת אצלם דפוסי חשיבה והתנהגות עבריינית, ולכן החשש שאדם יבצע עבירות לאחר שהיה כלוא גדול יותר. לכן במרבית המקרים אין סיבה להניח שמסוכנותו של הנאשם היא בעלת אופי זמני, או שלאחר מעצר שיצמצם את מסוכנותו המיידית היא תתפוגג. מטעמים אלו אין בסיס להשערה כי מעצרו של אדם בזמן ההליך הפלילי יעילה במניעת עבריינות ממאסר שמשכו דומה, המתחיל רק לאחר גזר הדין.

חמישית, ניתן לטעון כי אף שהשחרור בערובה מצמצם את המסוכנות באמצעות הגדלת תקופת הפיקוח, מהלך כזה פוגע בנאשמים יתר על המידה. לפי טענה זו, הפיקוח על הנאשמים לאורך תקופת המעצר והמאסר טומן בחובו פגיעה לא מבוטלת בחירותם בזמן שהם בחזקת חפים מפשע, ועל כן יש לשאוף כי תקופת זו תהא מצומצמת ככל הניתן. כשהם עצורים, משך הפיקוח מצטמצם. לכך נשיב כי הבחירה היא לעולם בידי הנאשם, שכן שופט אינו רשאי להורות על מאסר בפיקוח אלקטרוני או על שחרור בתנאים אלא אם ניתנה הסכמת הנאשם.¹¹⁴ לנאשם, שנועץ לשם כך בסנגור מיומן, נתון אפוא שיקול דעת רחב, והוא רשאי לכלכל את צעדיו לפי הערכתו את סיכוייו וסיכוייו בהליך. למשל, נאשם אשר סבור כי הסיכוי להרשעתו הוא גבוה, עשוי לסרב לשחרור בתנאים או למעצר בפיקוח אלקטרוני כדי לזרז את ההליך המתנהל נגדו וכדי לקצר את התקופה שבה הוא נתון לפיקוח. לעומת זאת נאשמים אחרים עשויים להעדיף להשתחרר בתנאים או לשהות במעצר בפיקוח אלקטרוני כדי להתכונן למשפט אשר צפוי להתנהל נגדם, או לשם השתלבות בהליכי שיקום אשר עשויים להגדיל את הסיכוי כי יזכו בעונש קל יותר. אכן, ייתכן שהחלטת הנאשם תתברר בדיעבד כשגויה. מדובר בהחלטה המתקבלת בתנאים של סיכון וחוסר ודאות, בדומה להחלטות טקטיות אחרות, כמו החלטה על הסדר טיעון. למרות זאת הנאשם מצוי במצב הטוב ביותר להעריך את הסיכויים והסיכונים של כל החלטה. הוא (בסיוע הסנגורית שלו) מכיר את הראיות של התביעה ואת הראיות שבידיו, וגם יודע אם בכוונתו להודות, לעשות הסדר טיעון או לנהל הליך משפטי מלא. בהיעדר סיבה טובה להניח שנאשמים טועים בשיטתיות, לא ניתן להצדיק עמדה פטרנליסטית השוללת מהם את האפשרות להשתחרר בערובה, מן הטעם שבשל חוסר הוודאות בנוגע למשך הפיקוח הצפוי, מוטב להם להיעצר לתקופה קצרה יותר.¹¹⁵

לסיכום, לשחרור בערובה ולמעצר בפיקוח אלקטרוני יתרונות על פני מעצר במתקן כליאה, ככלים למניעת מסוכנות. יובהר שוב כי איננו טוענים ששחרור בערובה תמיד יצמצם את המסוכנות של הנאשם לעומת מעצר עד תום ההליכים. לעיתים, כפי שציינו לעיל, העונש הצפוי לנאשם הוא ממושך, ואז המעצר יהיה לרוב אפקטיבי יותר במניעת מסוכנות. גם במקרים אחרים מעצר עשוי לצמצם מסוכנות יותר מהחלופה. למשל, לעיתים המסוכנות המיידית מן הנאשם גדולה, והיא צפויה להתפוגג בחלוף הזמן, ולכן דחיית שחרורו עד לאחר

¹¹⁴ ס' 222(א1) לחוק המעצרים; ס' 42 לחוק המעצרים.

¹¹⁵ השוו לעניין זה הדיון על הלגיטימיות של החלטות נאשמים בהסדרי טיעון המתקבלים גם הם בתנאים של סיכון ואי-ודאות Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L. J. 1309 (1992); Thomas W. Church Jr., *In Defence of "Bargain Justice"*, 13 LAW & SOC. REV. 509 (1979). לזכות הנאשם לקבל החלטות בהסדר טיעון ראו גם אורן גזל **ענישה בהסכמה: חלופות להליכי משפט בפלילים** 158–165 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002).

מאסרו עדיפה. לפעמים הנאשם אינו יכול להציג חלופה שתפחית במידה רבה את הסיכון הנשקף ממנו, ואז ערכו של הפיקוח בתקופת השחרור בערובה נמוך מאוד.¹¹⁶ לפיכך טענתו אינה כי בכל מקרה שחרור בערובה יצמצם את המסוכנות, אלא רק כי יש יתרונות לשחרור בערובה על פני מעצר מבחינת צמצום המסוכנות, ויתרונות אלו אינם נשקלים כלל בבתי המשפט כיום.

להשלכות השיקום על האינטרס הציבורי בשחרור ממעצר נפנה כעת.

3. הרחבת האופציות להליכי טיפול ושיקום

מחקרים ודוחות רבים מראים כי כליאת אדם לחודשים או לשנים מעטות בלא הליך של טיפול או שיקום רק מגדילה את המסוכנות הנשקפת ממנו.¹¹⁷ בהיעדר הליך טיפולי משמעותי, לכליאה בעיקר השפעה קרימינוגנית, דהיינו הסיכוי שאדם שנשלח למתקן כליאה לתקופה לא ארוכה (חודשים או שנים בודדות) בלי לעבור הליך טיפולי יחזור לבצע עבירות גדול מהסיכוי שאותו אדם יבצע עבירות אלמלא הכליאה.¹¹⁸ מטעם זה כלי מרכזי לצמצום המסוכנות מצוי בהליכי טיפול ושיקום שבהם משתתף מבצע העבירה.¹¹⁹ לשחרור בתנאים השפעה כפולה על קיום הליכי השיקום: ראשית, שחרור בתנאים מאפשר הליכי טיפול ושיקום במהלך ההליך הפלילי (קרי כבר בשלב הקודם לגזר הדין), ואף מתמרץ את הנאשמים לשתף איתם פעולה, ואילו מעצר מונע הליכים כאלו; שנית, השחרור בתנאים מגדיל במידה ניכרת את הסיכוי שהנאשם יוכל להשתתף בהליכי טיפול לאחר גזר הדין ויוצר תמריץ לשיתוף פעולה של הנאשם עם הליכים אלו, בין שגזר הדין כולל מאסר ובין שלא. נפרט להלן.

(א) חשיבות הליכי השיקום למניעת מסוכנות

מערכת המשפט הפלילי מייחסת משקל הולך וגדל לצורך בטיפול ובשיקום של עוברי חוק. האינטרס בשיקום נאשמים עוגן בשנת 2012 כשיקול ענישה מרכזי, היחיד שנקבע בחוק כמצדיק הטלת עונש קל מהנדרש לפי עקרון ההלימה.¹²⁰ על פי חוק העונשין, בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם ולהטיל על הנאשם עונש לפי שיקולי שיקומו אם הנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שהוא ישתקם.¹²¹ בעשור האחרון הורחבו מאוד התקציבים

¹¹⁶ יש מקרים שבהם המעצר דרוש גם מעילה אחרת – למשל כדי למנוע חשש מהימלטות או משיבוש הליכי משפט. במקרים אלו – החורגים ממוקד המאמר, הוא עילת המסוכנות – ייתכן שמעצר עדיף משחרור בערובה.

¹¹⁷ ראו לעיל ה"ש 113.

¹¹⁸ דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 62; דוח צוות למברגר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 27.

¹¹⁹ על מידת ההצלחה של תוכניות השיקום שמפעיל השב"ס ראו מחקרים שנערכו במחלקת המחקר בשב"ס: יחידת המחקר, שירות בתי הסוהר **תעסוקת אסירים ככלי שיקומי** (2011); שירות בתי הסוהר **הערכת התכנית שיקום קבוצתי: מחקר הערכת תכניות תקון בשב"ס** (2014) (להלן: הערכת שיקום קבוצתי); שב"ס – יחידת המחקר **הערכת תכניות לגמילה מסמים ומאלכוהול: מחקר הערכת תכנית תקון בשב"ס** (2016); שירות בתי הסוהר **הערכת תכניות להכשרה מקצועית: מחקר להערכת תכנית תקון בשב"ס** (2017) (להלן: הערכת הכשרה מקצועית); שירות בתי הסוהר **הערכת תכניות השיקום התורני: מחקר הערכת תכנית תקון בשב"ס** (2018).

¹²⁰ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ה"ח 102.

¹²¹ ס' 40 ד' לחוק העונשין. ראו יניב ואקי ויורם רובין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב 413, 445 (2013); אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" **ספר דורית ביניש** 539, 546 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים) (2018).

המופנים להליכי שיקום שונים. תיקון 42 לפקודת בתי הסוהר עיגן לראשונה את שיקום האסיר כמשימה מרכזית של השב"ס. תקציבים רבים הופנו מאז לקידום מטרה זו.¹²² בעקבות המלצות דוח ועדת דורנר גדל תקציבה של הרשות לשיקום האסיר במהלך העשור האחרון ביותר מ-300%.¹²³ סכום של 50 מיליון ש"ח הוקצה ליישום ההמלצות של צוות התביעה ליישום המלצות ועדת דורנר,¹²⁴ ותקציבים נוספים הופנו לשירות המבחן למבוגרים.¹²⁵ המחוקק הישראלי רואה בשיקום אפוא אינטרס חברתי-כלכלי ראשון במעלה. התכלית המרכזית המונחת ביסוד ההשקעה בשיקום היא שילובו של עובר החוק בחברה כאזרח שומר חוק לאחר שחרורו.¹²⁶ מתוך הנחה ששילוב האסיר בחברה יפחית את רמת המסוכנות הנשקפת ממנו וימזער את הסיכוי כי עובר החוק ישוב ויבצע עבירות נוספות.¹²⁷ השאלה אם תוכניות טיפוליות ושיקומיות מפחיתות את המועדות של אסירים לאחר שחרורם מעסיקה מלומדים זה שנים רבות.¹²⁸ לאורך השנים חלו תמורות בתשובה המקובלת לשאלה זו, אם כי כיום קיימת הסכמה רחבה שתוכניות שיקום מסוימות טומנות בחובן פוטנציאל לצמצם את מסוכנותם של אסירים משוחררים.¹²⁹

¹²² ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 171 ג19 (2021) (להלן: דוח מבקר המדינה, 2021) (בשנים 2016–2018 קיבל שב"ס 86 מיליון ש"ח עבור יישום תיקון 42 לפקודה). שירות בתי הסוהר היבטים בשיקום אסירים – דו"ח שנתי 164 ג503 (2014); שלי מזרחי ואורי טל תוכניות לשיקום אסירים – רקע וסקירה משווה 4 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010); טלי חרותי-סובר וז'נאן בסול "מניעת חזרה של אסיר לפשע חוסכת למדינה 3.1 מיליון שקל" *TheMarker* (31.5.2016) <https://www.themarker.com/career/1.2960334>.

¹²³ דוח מבקר המדינה, 2021, לעיל ה"ש 122, בעמ' 517.
¹²⁴ ראו החלטה 3595 של הממשלה ה-34 "שדרוג מערך הכליאה והרחבת מרחב המחיה בבתי הסוהר" (25.2.2018).

¹²⁵ ראו החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016). ראו דוח מבקר המדינה 2020, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1976 וכן שחר אילן "יש סיכום: תקציב משרד הרווחה יגדל במיליארד שקל" *כלכליסט* (1.8.2021) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/sy11f9dekf.

¹²⁶ מזרחי וטל, לעיל ה"ש 122, בעמ' 2.
¹²⁷ שם; הרשות לשיקום האסיר סיכום שנת עבודה 2010 13 (2011); עדו אבגר שיקום אסירים קטינים 17 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2016).

¹²⁸ חגית לרנאו הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (משרד המשפטים, מיזם שורשים במשפט 2019).

¹²⁹ שם. ראו למשל: יואב סנטו וגיוורא רהב מסיימי תכניות השיקום והגמילה בבית סוהר חרמון 9-8 (המשרד לביטחון הפנים, לשכת המודען 2008); טליה אתגר וקרן גנות-פרגר "טיפול קבוצתי בעברייני מין מתבגרים - כלא אופק" צוהר לבית הסוהר: סקירות ומחקרים חדשים בתחומי הכליאה והאסירים בישראל 10, 30 (2006); אורי תימור "שיקום עבריינים בישיבות ובקיבוצים - הבנית תפיסת עולם בלתי-עבריינית והקניית דפוסי התנהגות נורמטיביים" מגמות מד, 507 (2006); Francis T. Cullen, *The Twelve People Who Saved Rehabilitation: How the Science of Criminology Made a Difference - The American Society of Criminology 2004 Presidential Address*, 43 *CRIMINOLOGY* 1 (2005); Mia Bird & Ryken Grattet, *Policy Change and Recidivism: The Effects of California's Realignment and Local Implementation Strategies on Rearrest and Reconviction*, 28 *CRIM. JUST. POL'Y REV.* 601 (2017).

בישראל עוסקים בשיקום עוברי חוק מבוגרים שלושה גופים עיקריים: שירות בתי הסוהר (השב"ס), הרשות לשיקום האסיר (רש"א) ושירות המבחן.¹³⁰ השב"ס הוא הגוף העיקרי שעוסק בשיקום בזמן הכליאה, רש"א היא הגוף העיקרי שעוסק בשיקום אחרי שחרור האסיר,¹³¹ ושירות המבחן מופקד על הטיפול בעוברי חוק המשוחררים בתנאים בעת ניהול ההליך הפלילי ובמסגרת גזרי דין שאינם כוללים מאסר. מחקרים שנערכו בישראל הצביעו על קשר הדוק בין חלק מהליכי השיקום ובין ירידה בשיעור המועדות. מחקרים שבחנו את התוכניות של שב"ס העלו למשל כי השתתפות בתוכנית השכלה להשלמת 12 שנות לימוד הפחיתה את הרצידיביזם ב-40.9%¹³², והשתתפות בתוכנית שיקום קבוצתית הפחיתה את הרצידיביזם ב-23.5%¹³³. עוד נמצא כי בקרב אסירים שהשתתפו בתוכנית הכשרה מקצועית הסיכון למאסר חוזר לאחר השחרור היה נמוך יחסית ונמצא מובהק סטטיסטית לעומת הסיכון בקבוצת ההשוואה בכל שנות המעקב.¹³⁴ מחקרים אחרים הצביעו על תרומתן של התוכניות שמפעילה הרשות לשיקום האסיר בצמצום שיעורי המועדות. למשל: מחקר אחד הראה כי מועדותם של המשתתפים בתוכנית לשיקום תורני של רש"א נמוכה במידה ניכרת ממועדותם של אסירים יהודים שלא השתתפו בתוכנית (14.8% לעומת 34.1%, בהתאמה);¹³⁵ מחקר אחר חשף את התועלת הרבה שבתוכניות השיקום שכוללת דגש תעסוקתי.¹³⁶ מחקרי הערכה של שירות המבחן למבוגרים מוכיחים גם הם יעילות לא מבוטלת של תוכניות טיפול שונות שעליהן מופקד השירות.¹³⁷

¹³⁰ ראו דוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב' בעמ' 3–4 ("יעודו [של שירות המבחן] הוא להפחית את הסיכון לחברה באמצעות התאמה והמלצה על חלופות ענישה ומעצר, לשקם עוברי חוק ולפקח עליהם לצורך שילובם בחברה, ולפעול לצמצום עקבי של הרצידיביזם"). מזרחי וטל, לעיל ה"ש 122, בעמ' 4.

¹³¹ שירות בתי הסוהר **הערכת תכניות השכלה: מחקר הערכת תכניות תוקן בשב"ס (2014)**.

¹³² שירות בתי הסוהר **הערכת שיקום קבוצתי**, לעיל ה"ש 119.

¹³³ ש.ם. ראו גם גלעד נתן **שיקום תעסוקתי לאסירים ולאסירים משוחררים** 4 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010) (שיעור הרצידיביזם בקרב אסירים שטופלו במסגרות שיקומיות של השב"ס הנוגעות לאלימות במשפחה, מין הוא 8%–9% בלבד). למחקרים נוספים המתפרסמים מטעם ענף המחקר של שירות בתי הסוהר ואשר בוחנים את תרומתן של תוכניות השיקום של השב"ס בצמצום שיעורי המועדות ראו:

¹³⁴ <https://www.gov.il/he/Departments/Guides/mamrim?chapterIndex=13>

¹³⁵ מיכל מורג ואלי תימן "שיקום תורני: האם השתתפות בתוכנית דתית לאחר השחרור מהכלא מפחיתה רצידיביזם, והאם יש תועלות נוספות בשילוב אסירים משוחררים במסגרות דתיות?" **צוהר לבית הסוהר – עבירות ועונשים בישראל, תיאוריה ויישום** 19, 10, 16 (2018).

¹³⁶ נמצא כי אסירים ששחררו בתוכניות אלו בין השנים 2007 ו-2019 נטו לחזור למאסר לאחר שחרורם פחות מאסירים שלא השתתפו בהליך זה: נמצא כי 93% מן האסירים שהשתתפו בהליך לא חזרו למאסר בשנה הראשונה לאחר השחרור; 87% לא חזרו למאסר במשך שנתיים; 82% לא חזרו במשך שלוש שנים; 79% לא חזרו במשך ארבע שנים. לעומתם, 83% אסירים שלא השתתפו בתוכניות האמורות לא חזרו למאסר בשנה הראשונה לשחרורם; 72% לא חזרו למאסר במשך שנתיים; 64% במשך שלוש שנים; 61% לא חזרו למאסר במשך ארבע שנים. רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם, לוצ'י קוז'וקרו וגדעון ביאלר "תעסוקה משלבת – השתלבות בתעסוקה וחדילה מעבריינות בקרב אסירים משוחררים בפיקוח" **צוהר לבית הסוהר – עבירות ועונשים בישראל, תיאוריה ויישום** 19, 32, 42 (2018); ראו גם: אורי טל-ספירו **נתונים בנושא שיקום אסירים 6–7** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2011).

¹³⁷ ראו דוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב' בעמ' 14. לסקירת מחקרי ההערכה של תוכניות השירות ראו נספח 1 לדוח.

כפי שוועדת דורנר ציינה, גם תוכניות טיפול בכלא יכולות לסייע בצמצום מועדות, אולם לתוכניות שיקום בקהילה יש סיכויים גדולים יותר.¹³⁸ אם כן, ניתן לצמצם את מסוכנותם של עוברי חוק באמצעות תוכניות גמילה, טיפול ושיקום בכלא, ועוד יותר מכך באמצעות שילובם בתוכניות כאלו מחוץ לכלא. טענתנו היא כי שחרור בערובה מגדיל במידה רבה את הסיכוי שאותם נאשמים יעברו הליכי טיפול ושיקום משמעותיים. לביסוס טענה זו נפנה כעת.

(ב) שחרור בערובה ככלי לשיקום ולטיפול בזמן ההליך הפלילי

ככלל, עצורים אינם זוכים להשתתף בהליכי טיפול ושיקום בכלא. מטבע הדברים מצב זה אינו רצוי, אך הוא תוצאה של כורח הנסיבות: ראשית, לפני הכרעת הדין העצור טרוד בעיקר בהליכים הפליליים האינטנסיביים ובניסיון לסיים את תקופת מעצרו, והוא אינו פנוי רגשית להליך טיפולי מעמיק; שנית, מרבית תוכניות הטיפול והשיקום נמשכות כחצי שנה, ויש תוכניות שאף דורשות יתרת מאסר של שנה.¹³⁹ בזמן המעצר עדיין לא ידוע מה משך הכליאה הצפוי של הנאשם,¹⁴⁰ ולכן יש קושי לשלבו בהליך טיפולי כזה; שלישית, תקופת המעצר יציבה הרבה פחות כשעצורים יוצאים פעמים רבות לדיונים וחוזרים לבית המעצר, ולכן שילובם בתוכניות טיפול קבוצתי המחייבות תהליך ורצף טיפולי סבוך; רביעית, תחלופת הכלואים במתקני המעצר גבוהה מבאגפי השיקום בבתי הסוהר, ולכן קשה יותר לפתוח מחוזרים של טיפול קבוצתי ולמלאם בעצורים שיתחילו את הטיפול בבית המעצר ושגם צפויים לסיימו שם. למרות כל זאת לאחרונה פיתח שירות בתי הסוהר פרויקטים להכנה של עצורים להליכים שיקומיים כדי לאפשר להם להשתלב בהליכים כאלו במהירות לאחר מתן גזר הדין, אולם למעט הליכים מקדמיים אלו, אין משתפים עצורים בתוכניות טיפול ושיקום במהלך מעצרו.

מנגד, למשוחחררים בתנאים ניתן להציע מענים שיקומיים בזמן ההליך המשפטי. במהלך הדיון בבקשה למעצר בית המשפט רשאי להפנות את העצור לשירות המבחן לצורך אבחון התאמתו לחלופה בשחרור בתנאים מגבילים.¹⁴¹ עצורים אשר הופנו לשירות המבחן נפגשים עם קצין מבחן. בפגישה בוחן הקצין, בין היתר, את נכונותו ואת התאמתו של העצור להשתלב במסגרת שיקומית עוד לפני גזר הדין. בכלל זה בוחן הקצין אם יש מקום לשלב את העצור בתוכניות הקבוצתיות הכלליות שמפעיל שירות המבחן שמתרן לתמוך בעצורים ובמשפחותיהם ולסייע להם בהתמודדות עם אתגרי מעצר הבית; בתוכנית פרטנית המותאמת לצרכיו האישיים של העצור; או בתוכניות טיפול מחוץ לשירות המבחן בליווי, פיקוח ומעקב של קצין מבחן.¹⁴²

¹³⁸ דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 113, בעמ' ג'.

¹³⁹ לפי ס' 5 לתקנות הרשות לשיקום האסיר (ועדה להכנת תכניות שיקום), התשמ"ז-1987, הוועדה להכנת תוכניות שיקום לאסיר תכין תוכנית כאמור רק בעבור אסיר שתקופת מאסרו עולה על חצי שנה.

¹⁴⁰ אומנם משך ההליך אינו ידוע גם כשמדובר בנאשמים המשוחחררים בתנאים, אולם כיוון שההליכים נגד נאשמים שאינם עצורים נמשכים זמן רב יותר, כיוון שנאשמים המשוחחררים בתנאים פנויים יותר רגשית להליכי טיפול ושיקום, וכיוון שנאשמים אלו מעוניינים להוכיח עצמם לשירות המבחן כדי לקבל תסקיר מבחן חיובי, שירות המבחן – בשונה משירות בתי הסוהר – מספק מענים שיקומיים וטיפוליים גם לנאשמים לפני שדינם נגזר. ראו טקסט בסמוך לה"ש 143 עד 150 להלן.

¹⁴¹ ס' 21א לחוק המעצרים.

¹⁴² הצוות הבין-משרדי לבחינת חלופות לעונש המאסר דין וחשבון 48 (2021) (להלן: דו"ח ועדת מררי).

משקבע בית המשפט – על יסוד התסקיר שהוגש מטעם שירות המבחן – כי העצור נמצא מתאים לשחרור בתנאים, וכי יש מקום לשלבו במסגרת שיקומית, יטיל בית המשפט על העצור צו פיקוח מעצר.¹⁴³ במסגרת צו פיקוח המעצר קצין המבחן מטפל בתהליכי הטיפול של העצור, מלווה אותם ומפקח עליהם. הליכי השיקום מתבצעים אפוא בצילו של צו שיפוטי ובצילו של "איום" כי אם לא ישתף פעולה, הנאשם עשוי לשוב למעצר.¹⁴⁴ מדובר במאפיין חשוב של חלופות המעצר השיקומיות, שכן הוא מאפשר לשירות המבחן להשתמש בצו השיפוטי כמנוף לרתימת העצור להליך השיקומי.

במאמר מוסגר יוער כי הגם שבהחלטה בעניין סויסה קבע השופט עמית כי ככלל העיתוי הראוי לבחינת שילוב נאשם בהליך שיקומי שיסייע בגמילתו מסמים או מאלכוהול הוא בשלב גזר הדין, וכי בית המשפט יורה על שחרור בשלב המעצר לחלופה שיקומית רק בהתקיים תנאים מסוימים,¹⁴⁵ הרי שהלכת סויסה נשחקה עם השנים, ויש אף מי שטוען כי "החריג הפך לכלל" בעניין זה.¹⁴⁶ ואכן, בפועל פסיקת בית המשפט המאוחרת לעניין סויסה מצביעה לכל הפחות על ריכוך ביישום התנאים המצדיקים להורות על שחרור נאשם לחלופה שיקומית בשלב המעצר.¹⁴⁷

על פי נתוני שירות המבחן למבוגרים, בשנים 2016–2018 השתתפו כ-30% מכלל העצורים שהוצא להם צו פיקוח בקבוצות הטיפוליות שמפעיל שירות המבחן.¹⁴⁸ חלק נוסף מן העצורים מופנים למסגרות שיקומיות אחרות שאינן מופעלות על ידי שירות המבחן.¹⁴⁹ מחקרי הערכה שונים שערך שירות המבחן מעידים ששילוב נאשמים בהליכי שיקום כבר בשלב חלופת המעצר תורם לצמצום שיעורי הרצידיביזם; מגביר את נכונותם של נאשמים לחדול מפשיעה; מעלה את האמון ואת הכבוד שרוכש הנאשם למערכת אכיפת החוק; מחזק את מערכות היחסים שבין הנאשם לקרוביו ועוד.¹⁵⁰

לסיכום תת-פרק זה, הרי היות שמעצרים של נאשמים מונע את השתתפותם בהליכי טיפול ושיקום בזמן ההליך הפלילי, שחרור בערובה מגדיל במידה ניכרת את הסיכוי שאותם נאשמים יעברו הליכי טיפול ושיקום משמעותיים.

(ג) שיקום במהלך המאסר

לא רק שמעצרים של נאשמים מונע את השתתפותם בהליכי טיפול ושיקום בזמן ההליך הפלילי, המעצר מונע גם השתתפות בהליכים כאלו במהלך המאסר עצמו. הרוב המכריע של העצורים נדונים למאסר. אך כדי לשלבם במסגרות הטיפול בכלא יש צורך לוודא שיתרת

¹⁴³ דוח מבקר המדינה 2020, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1979.

¹⁴⁴ דוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב' עמ' 11.

¹⁴⁵ בש"פ 1981/11 מדינת ישראל נ' סויסה פ"ד (3) 101 (2011).

¹⁴⁶ ואסים דאהר ואלעד בלעיש "שחרור בערובה לחלופת מעצר טיפולית: החריג שהפך לכלל" הסניגור 4, 290 (2021).

¹⁴⁷ ראו למשל: בש"פ 4336/19 ביאדגלין נ' מדינת ישראל (נבו) 4.7.2019; בש"פ 1152/17 דרבה נ' מדינת ישראל (נבו) 20.2.2017; בש"פ 4930/20 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 26.7.2020; בש"פ 4950/20 אלחמידי נ' מדינת ישראל (נבו) 26.7.2020; בש"פ 8767/20 מדינת ישראל נ' פסטושנקוב (נבו) 21.12.2020.

¹⁴⁸ דוח מבקר המדינה 2020, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1981.

¹⁴⁹ שם.

¹⁵⁰ לפירוט על המחקרים האמורים וממצאיהם, ראו נספח 1 לדוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב'.

מאסרם מספיקה להשתלבות בהליכים אלו. אולם בשל תקופות המעצר הארוכות יחסית לצד תקופות המאסר הקצרות יחסית, קיזוז תקופת המעצר מהמאסר מותרת יתרת מאסר קצרה לנאשמים אחרי הרשעתם וגזר דינם. כיוון שמרבית תוכניות הטיפול והשיקום בשב"ס דורשות יתרת מאסר של שישה חודשים לפחות, חלק מהעצורים אינם יכולים להשתתף בתוכניות אלו לאחר הרשעתם. לפי הערכה שנעשתה בשב"ס, בשנת 2017, רק כ-46.3% מהאסירים תושבי ישראל נדונו לתקופות שבקיזוז מעצרו מספיקות להליכי שיקום.¹⁵¹

זאת ועוד, גם כאשר יתרת המאסר בקיזוז המעצר גדולה מחצי שנה, המעצר עשוי למנוע את הליך השיקום. הליך השיקום והטיפול אפקטיבי רק אם האסיר משתף בו פעולה. שיתוף הפעולה, כפי שציינו לעיל, מגיע פעמים רבות מתוך אינטרס חיצוני.¹⁵² האינטרס שמוביל אסירים רבים להצטרף להליכי טיפול ושיקום הוא רצונם בשחרור מוקדם ממאסר. אבל פעמים רבות, לאחר קיזוז תקופת המעצר, האסיר יוכל לסיים את תוכנית הטיפול רק לקראת תום תקופת מאסרו, הרבה אחרי שיחלפו שני השלישים מתקופת המאסר, ולכן הוא לא יספיק להציג לוועדת השחרורים את הצלחתו בסיום הליך שיקומי. מצב זה פוגע מאוד בתמריצים של האסירים להשתתף בהליכי הטיפול בשב"ס, ולפיכך אסירים רבים יותר משתחררים כשהם מסוכנים יותר מאחר שלא עברו הליך כזה במהלך המאסר. כך, גם נאשם שנדון ל-15 חודשי מאסר לא יספיק לסיים הליך טיפולי לפני חלוף שני השלישים מתקופת מאסרו אם הוא שהה כעצור במשך כחצי שנה (תקופת מעצר ממוצעת לגזר דין כזה). ואכן, שיעור האסירים אשר נדונו בשנת 2017 לתקופת מאסר שבקיזוז המעצר ושליש ממאסרם הספיקה להליך שיקום, היה 33.7% בלבד.¹⁵³ לפיכך מעצר עד תום ההליכים מונע ממרבית האסירים את האפשרות להשלים הליך שיקום לקראת הדיון בוועדת השחרורים.

מנגד, כיוון שאין קיזוז של תקופת השחרור בתנאים מעונש המאסר, לנאשם שנדון ל-15 חודשים ייוותרו 15 חודשי מאסר ביום כניסתו לכלא, זמן מספק במרבית תוכניות הטיפול של שב"ס. במרבית המקרים נאשם כזה יוכל גם לסיים את תוכנית הטיפול לפני חלוף שני השלישים מתקופת מאסרו, עובדה שתתמרץ אותו להשתלב בתוכניות הטיפול. זאת ועוד, כיוון שיכול שאותו נאשם ישוחרר שחרור מוקדם בתנאים, אחרי שחרורו הוא יהיה כפוף, במרבית המקרים, לתוכנית של הרשות לשיקום האסיר, שגם היא מיועדת לסייע בשיקומו. כך, השחרור בערובה ממעצר מגדיל מאוד את הסיכוי שהנאשם יעבור הליך טיפולי הן במהלך ההליך הפלילי, הן בזמן המאסר והן לאחר שחרורו מהמאסר.

הקושי גדול במיוחד כשמדובר באסירים שנדונו למאסרים לתקופה קצרה. לפי הגדרות שב"ס, הצורך הטיפולי המרכזי של אסירים שנשפטים לתקופות מאסר של עד שנה אחת הוא הכנה לקראת שחרור. גם אם לאותם אסירים צורך טיפולי נוסף, הרי שבשל קוצר הזמן הדגש

¹⁵¹ תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 3. יודגש כי הערכה זו התבצעה לפני כניסתו לתוקף של התיקון לפקודת בתי הסוהר לקיצור מנהלי, שלפיו הורחבה תקופת הקיצור המנהלי, אשר הוביל לירידה נוספת בשיעור האסירים הפוטנציאליים לטיפול.

¹⁵² לפי דוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב' תפסת השיקום של שירות המבחן למבוגרים מושתתת על הערך של "טיפול סמכותי" המשקף "הכרה בכך כי המופנים לשירות המבחן אינם פונים מרצון וכי תהליך השיקום מבוצע באמצעות צווים שיפוטיים. מומחיותו של קצין המבחן היא להשתמש בסמכות בית המשפט כדי לגייס את עובר החוק להיענות ולהשתלב בתהליך השיקום, שסייע לו לנהל אורח חיים נורמטיבי" (שם, בעמ' 11-12).

¹⁵³ תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 10.

בעניינים הוא בהכנה לשחרור. למרות זאת מחקר של שב"ס מצא כי רק 22.5% מהאסירים הללו מקבלים סיוע בהכנה לשחרור (ולעיתים הסיוע מסתכם בסדנה חד-פעמית). הסיבה העיקרית לכך היא יתרת המאסר. מחקר של שב"ס מראה שכיוון שחלק גדול מתקופת המאסר היה האסיר עצור, הרי שלאחר גזר דינו נותר זמן קצר מאוד להפנייתו להליך הטיפולי האמור.¹⁵⁴

אולם גם באשר לחלק ניכר מהאסירים שנדונו לתקופות ארוכות יותר, התקופה שבה הם היו עצורים מקטינה מאוד את יתרת מאסרם, ולרבים מהם אין יתרת מאסר מספקת לטיפול בשל מעצרים.¹⁵⁵ יתרת המאסר הממוצעת – לאחר קיזוז תקופת המעצר ושליש ממאסרם – הייתה בשנת 2017 כ-191.3 ימים בלבד (כ-6.3 חודשים),¹⁵⁶ כאשר ל-53% מן האסירים יתרת מאסר הקטנה משישה חודשים.¹⁵⁷ לפיכך יתרת המאסר עשויה שלא להספיק לטיפול גם לחלק גדול מהאסירים שנדונו למאסרים לתקופה של שנה עד שנתיים. תופעה זו החמירה מאוד בעקבות הרחבת השחרור המנהלי בשנת 2019 כפי שנראה בהמשך.¹⁵⁸

(ד) שיקום לאחר השחרור מהמאסר

הקושי המתואר לעיל רלוונטי גם לתוכניות השיקום המופעלות מטעם רש"א לאחר השחרור ממאסר. כפי שעולה מדוח ועדת דורנר¹⁵⁹ ומדוח רש"א,¹⁶⁰ הרשות לשיקום האסיר מתקשה בבניית תוכניות שיקום לאסירים השפוטים למאסרים קצרים בשל פרק הזמן הדרוש לשם יצירת תהליך שיקומי משמעותי. ככלל, לשם בניית תוכנית שיקום המותאמת למאפייניו האישיים של אסיר, יועץ שיקום מטעם רש"א נוהג לערוך שלושה מפגשים עם האסיר, והראשון שבהם מתקיים לכל המאוחר כשלושה חודשים לפני תום שני שלישים מתקופת מאסרו.¹⁶¹ כפי שעולה מדוח מבקר המדינה, אסירים רבים אינם זוכים כלל להשתלב בהליך שיקומי לאחר שחרורם, מכיוון שפרק הזמן המוקדש לאבחון מידת התאמתו של אסיר לתוכנית השיקום ולגיבוש תוכנית השיקום הוא ארוך מפרק הזמן שנותר עד לשחרורם ממאסר.¹⁶² למעשה, יועצי רש"א הספיקו לפגוש בשנת 2019 רק 40% מהאסירים תושבי ישראל שהשתחררו בשנת 2019, אף שהם קיבלו תקציבים נוספים כדי להגיע לשיעור מיועצים של 90%.¹⁶³ התופעה חמורה במיוחד כשמדובר באסירים שנדונו לתקופות מאסר שאינן עולות על שנה – רק כתמישית מהם הופנו לרשות לשיקום האסיר לצורך בניית תוכנית שיקומית בשנת 2019.¹⁶⁴ אך כאמור הקושי אינו מוגבל לקבוצת אסירים זו.

¹⁵⁴ ראו עדי תויאור וקתרין בן צבי סקר צרכים ומענים טיפוליים של אסירים 26 (שב"ס, ענף המחקר 2020) (להלן: סקר צרכים ומענים).

¹⁵⁵ ראו תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 9.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 8.

¹⁵⁷ שם, בעמ' 13.

¹⁵⁸ ראו פרק 4, "השפעת מעצרים על המסוכנות והשיקום בתקופות של שחרור מנהלי מוגבר"; תויאור ובן צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 3.

¹⁵⁹ דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 113, בעמ' 59.

¹⁶⁰ הרשות לשיקום האסיר סיכום שנת עבודה 2010 39 (2016) (להלן: דוח הרשות לשיקום האסיר).

¹⁶¹ ראו הרשות לשיקום האסיר סיכום שנת 2020 8 (2021).

¹⁶² דוח מבקר המדינה, 2021, לעיל ה"ש 122, בעמ' 529.

¹⁶³ שם, בעמ' 530.

¹⁶⁴ ראו סקר צרכים ומענים, לעיל ה"ש 154, בעמ' 26.

זאת ועוד, פעמים רבות ועדות השחרורים מתנות את השחרור המוקדם בהשלמת תוכנית טיפול בכלא.¹⁶⁵ כאמור, כדי שהאסיר ישלים תוכנית כזו הוא זקוק ליתרת מאסר של חצי שנה לפחות לאחר גזר הדין ועד למועד השחרור המוקדם (דהיינו עד לחלוף שני שלישים ממאסרו). לפי דברינו שלעיל שלפיהם במקרים אלה האסיר נטול תמריץ להשתתף בתוכנית השיקום, והוא גם לא יצליח להשתחרר שחרור מוקדם, משמעות הדבר תהיה גם פגיעה בסיכויי שילובו בתוכניות הטיפול שלאחר המאסר.

חשבו למשל על הדוגמה הזאת: כאמור, משך המאסר הממוצע של תושב ישראל שנדון למאסר הוא 15 חודשים. אם האסיר לא היה עצור במהלך משפטו, הוא יוכל להשתלב בתוכנית טיפולית בכלא זמן לא רב אחרי קליטתו כאסיר, להשלים את התוכנית בתוך חצי שנה, ובכך להוכיח שהוא ראוי לשחרור, ובחלוף 10 חודשים מיום כניסתו לכלא להשתחרר על תנאי ממאסר עם תוכנית טיפול ופיקוח של רש"א. מנגד, אם אסיר כזה היה עצור שישה חודשים לפני גזר דינו (תקופת מעצר ממוצעת למי שנדון ל-15 חודשי מאסר). יתרת מאסרו ביום גזר הדין היא תשעה חודשים בלבד. אם יוצע לו בחלוף חודש מכניסתו לכלא כשפוט להצטרף לתוכנית טיפולית של חצי שנה, ספק אם הוא יבחר לעשות זאת. לאחר סיום התוכנית ייוותרו לו רק חודשיים, ובהנחה שההליכים שלפני ועדת השחרורים לא יהיו מידיים, הוא יזכה לשחרור מוקדם של שבועות ספורים אם בכלל. לפיכך האסיר עשוי לוותר על הטיפול. גם אם הוא ישלים את הטיפול, לא יהיה אפשר להעניק לו טיפול משמעותי לאחר שחרורו כחלק מתנאי השחרור בשל תקופת הרישיון הקצרה.¹⁶⁶

(ה) שיקום לאחר גזר דין שאינו כולל מאסר

בשני תתי-הפרקים הקודמים הנחנו כי גזר הדין המוטל על הנאשם אינו מושפע מן השאלה אם הנאשם נעצר עד תום ההליכים או שוחרר בערובה. אולם כפי שהראינו לעיל, ההחלטה על המעצר עשויה להשפיע גם על גזר הדין. גם בהיעדר הבדלים אחרים, הסיכוי שיוטל עונש מאסר בפועל על מי שהיה עצור בזמן גזר הדין גבוה במידה ניכרת מהסיכוי שיוטל עונש כזה למי שהגיע לשמיעת גזר הדין מביתו.¹⁶⁷ לעיתים אף יש לכך הצדקה בדין. לא אחת נאשם ששוחרר בפיקוח שירות המבחן יוכל להוכיח כי הוא השתקם או כי יש סיכוי של ממש שהוא ישתקם. במקרה כזה בית המשפט רשאי להטיל עליו עונש לפי שיקולי שיקומו אף אם הדבר נעשה בחריגה ממתחם העונש ההולם.¹⁶⁸

בין שיש לכך הצדקה בשיקולי הענישה הקבועים בחוק ובין שלא, פעמים רבות יוטל על נאשם שקיים את תנאי שחרורו עונש שאינו כולל מאסר בפועל. לרוב עונש זה יערב מרכיבים טיפוליים.¹⁶⁹ כך במסגרת צו מבחן רשאי בית המשפט לקבוע תנאים שיסייעו להבטיח את שלומו הנפשי והגופני של הנבחן, את שיקומו החברתי ואת חינוכו להתנהגות טובה, וכן

¹⁶⁴ ראו תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 9.

¹⁶⁵ מיה רוזנפלד ורחלי נח "ועדת (א) שחרורים? מבט אמפירי אל עבר השחרור המוקדם בישראל בראי המגמה לצמצום שיעור הכליאה" חוקים טו 79, 116 (2021).

¹⁶⁶ תקופת הרישיון מתייחסת לתקופה שבה מחויב המשוחרר לתנאים מסוימים שבהם הותנה שחרורו.

¹⁶⁷ חסין וקרמניצר, לעיל ה"ש 29. ראו גם את המקורות המופיעים בה"ש 95.

¹⁶⁸ ראו סעיף 40ד' לחוק העונשין.

¹⁶⁹ דו"ח ועדת מררי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 46.

צווים שיסייעו למנוע מן הנבחן לשוב ולעבור עבירות.¹⁷⁰ בגזר הדין ניתן לקבוע גם צו לטיפול בקהילה – כגון צו לטיפול במשתמש בסמים או צו לטיפול באלימות במשפחה – ובדרך זו לסייע בשיקומו של הנאשם.¹⁷¹ צווי מבחן, ובכלל זאת צווי טיפול, נפוצים למדי. לפי דוח שערך שירות המבחן למבוגרים, במהלך שנת 2017 בוצעו 7,247 צווי מבחן למיניהם, ומתוכם 3,241 צווים חדשים שנוספו באותה שנה.¹⁷²

גם עונשים אחרים כוללים מרכיב טיפולי. למשל, צו שירות לתועלת הציבור "מפגיש את עובר החוק עם אוכלוסייה נזקקת, ומאפשר לו להתחבר לכוחות שלו וליכולותיו לתרום לחברה ולפצות על הנזק ועל הפגיעה בה".¹⁷³ גם צווים אלו נפוצים למדי. במהלך שנת 2017 בוצעו בסך הכול 10,980 צווי שירות; 5,281 מתוכם הם צווים חדשים.¹⁷⁴ לעונש של מאסר לנשיאה בעבודת שירות לתקופה של יותר משישה חודשים נלווית מכוח חוק תוכנית ליווי ושיקום שנקבעת בידי קצין מבחן.¹⁷⁵ אם תאומץ המלצת הצוות הבין-משרדי לבחינת חלופות לעונש המאסר, ייקבע בקרוב עונש של משמורת בקהילה – שגם במסגרתו שירות המבחן יפקח על הנידון, והנידון יידרש לעמוד בתוכנית שעליה יופקד השירות.¹⁷⁶ משוחררים בערובה, בעיקר כאלו שהוכיחו עצמם בתקופת השחרור בתנאים, מופנים פעמים רבות לעונש שיקומי במקום למאסר. תוכניות הטיפול והשיקום הללו מסייעות בצמצום הרצידיביזם ולכן מקטינות את המסוכנות הנשקפת מאותם נידונים. גם בדרך זו הבחירה בחלופה למעצר מסייעת לשיקום עוברי חוק ולצמצום המסוכנות הנשקפת מהם.

לעומת זאת עצורים שביצעו עבירות דומות יידונו לרוב לעונשי מאסר קצרים שיכללו את תקופת מעצרם. כפי שהראינו לעיל, מאסרים קצרים אלו, שמהם מקוזזת תקופת המעצר, אינם יכולים לכלול מרכיב טיפולי משמעותי. נוסף על זה, לתקופות הכליאה הקצרות הללו יש אפקט קרימינוגני – ההפוך מהשפעת השיקום – שמגדיל את הסיכון שעם שחרורו יחזור הנאשם לבצע עבירות.¹⁷⁷

(ו) השפעתם הקרימינוגנית של המעצרים

לכליאה השפעה קרימינוגנית, דהיינו השהות במתקן כליאה מגבירה את הנטייה לעבריינות חוזרת. לתופעה זו גורמים רבים, ובהם החשיפה לאלימות בכלא, הצורך לאמץ דפוסי התנהגות עברייניים כדי לשרוד בתקופת המאסר והתפתחות רשת חברתית עבריינית, לצד התיוג החברתי השלילי של אסירים משוחררים.¹⁷⁸ כשמדובר במאסרים ארוכים, יש גורמים המקוזזים את ההשפעה הקרימינוגנית של המאסר. במאסרים ארוכים השהות בכלא יכולה להיות מלווה בטיפול. כמו כן הרחקת הנאשם מן החברה מסייעת בצמצום עבריינות. אולם

¹⁷⁰ ס' 5(2) לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

¹⁷¹ ס' 82 ו-86 לחוק העונשין.

¹⁷² דוח שירות המבחן למבוגרים, לעיל ה"ש 106, בפרק 4 חלק ב' עמ' 29.

¹⁷³ שם, בעמ' 30.

¹⁷⁴ שם.

¹⁷⁵ ראו ס' 51ג(ג) לחוק העונשין.

¹⁷⁶ דו"ח ועדת מררי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 12.

¹⁷⁷ ראו למבט כללי: דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 113.

¹⁷⁸ ראו שם, בעמ' 26.

במאסרים קצרים יש קושי לעבור הליך טיפולי וההרחקה מן החברה מוגבלת לזמן קצר בלבד. מטעם זה מאסרים קצרים, לעומת עונשים אחרים, עשויים להגביר עבריינות.¹⁷⁹ כפי שראינו לעיל, שחרורו של נאשם בערובה מקטין מאוד את הסיכוי שיוטל עליו בתום ההליך עונש מאסר.¹⁸⁰ לעומת זאת כאשר נאשם נעצר עד תום ההליכים, בתי המשפט כמעט תמיד יבחרו בעונש מאסר שיתקף את תקופת המעצר של הנאשם, גם אם ניתן להבטיח עונש הולם בלא מאסר.¹⁸¹ נוסף על זה, כפי שהראינו לעיל, המעצר מקטין את הסיכוי שהנאשם יוכיח שיש סיכוי של ממש שישתקם אם יוטל עליו עונש לפי שיקולי שיקומו, ולכן מקטין את הסיכוי שבית המשפט יחרוג ממתחם העונש ההולם ויימנע מהטלת מאסר לצורכי שיקום.¹⁸² כיוון שכך, נאשמים שלא נעצרו נדונים פעמים רבות לעונשים שאינם כוללים מאסר, ואילו אלו שנעצרו עד תום ההליכים בגין עבירה דומה נדונים לתקופות מאסר קצרות. בשל ההשפעה הקרימינוגנית של הכליאה, כליאתם הקצרה של העצורים מגדילה לא אחת את מסוכנותם לציבור. וכך מעצרים עד תום ההליכים מובילים את בתי המשפט להטיל על המורשעים עונשים המגדילים את המסוכנות הנשקפת מהם. גם למעצר עד תום ההליכים כשלעצמו יש השפעה קרימינוגנית. כמה וכמה מחקרים שנערכו בארצות הברית העידו שבטווח הארוך שיעורי המועדות של נאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים הם גבוהים משיעורי המועדות של נאשמים אשר שוחררו בערבות או בתנאים אחרים, וייחסו הבדלים אלה להשפעה הקרימינוגנית של המעצר עצמו (בשונה מן המאסר).¹⁸³ מחקר אחד ייחס את שיעורי המועדות הגבוהים של נאשמים אשר נעצרו עד תום ההליכים לקושי של עצורים להשתלב בשוק העבודה לאחר שחרורם מן המעצר.¹⁸⁴ המעצר משבש את שגרת החיים של הנאשם ועשוי להוביל לאיבוד עבודתו, ואובדן מקום העבודה צפוי להעלות את הסיכוי שהנאשם יבצע עבירות נוספות לאחר שחרורו.¹⁸⁵ כך או כך, גם במחקרים אלה יש כדי לבסס את הטענה כי מעצר עד תום ההליכים מגביר את מסוכנות הנאשם.

4. השפעת מעצרים על המסוכנות והשיקום בתקופות של שחרור מנהלי מוגבר

עד כה התעלמנו כמעט לגמרי מגורם מרכזי נוסף המשפיע על תקופות המאסר בישראל – השחרור המנהלי. בתקופות שבהן אסירים זוכים לשחרור מנהלי, השפעת המעצרים על המסוכנות גדולה בהרבה, כפי שנראה להלן. כיוון שעל מכלול ההשלכות השליליות של

¹⁷⁹ ראו גם שם, בעמ' 56–59.

¹⁸⁰ ראו טקסט בסמוך לה"ש 95–100 לעיל.

¹⁸¹ ראו גם אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1, 12, 23 (2013).

¹⁸² ראו סעיף 140 לחוק העונשין.

¹⁸³ Will Dobbie, Jacob Goldin & Crystal S. Yang, *The Effects of Pretrial Detention on Conviction, Future Crime, and Employment: Evidence from Randomly Assigned* ,Gupta, Hasnman & Frenchman ; *Judges*, 108 AM. ECON. REV. 201 (2018) לעיל ה"ש

Stevenson & Mayson, Heaton ; 110 לעיל ה"ש 95.

¹⁸⁴ Dobbie, Goldin & Yang, לעיל ה"ש 183, בעמ' 234–235.

¹⁸⁵ שם.

השחרור המנהלי עמד אחד מאיתנו במקום אחר,¹⁸⁶ נציג בפרק זה את ההשלכות האמורות בתמצית בלבד.

בשל הצפיפות בבתי הסוהר עוגן בשנת 1990 בפקודת בתי הסוהר מנגנון לשחרור מוקדם של אסירים המופעל כאשר מספר הכלואים עולה על תקן הכליאה.¹⁸⁷ סעיף 68ג(א) לפקודה הסמיך את נציב שירות בתי הסוהר להורות על שחרור מנהלי של אסירים כשמספר האסירים חורג מתקן הכליאה השנתי אשר נקבע בידי השר לביטחון פנים.¹⁸⁸ בסוף שנת 2018, לאחר שבג"ץ הורה על הקלת הצפיפות בבתי הסוהר,¹⁸⁹ הורחבו עד מאוד תקופות השחרור המנהלי לאסירים פליליים.¹⁹⁰ בנובמבר 2018 אישרה הכנסת את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה), התשע"ט–2018, שלפיו מי שנדון לעונש העולה על חצי שנה ואינו עולה על שנת מאסר יוכל להשתחרר בשחרור מנהלי כשלושה חודשים לפני מועד השחרור שנקבע בגזר דינו; עונש של עד שנה וחצי מאסר יכול שיקוצר בכארבעה חודשים, ומעונש של שנה וחצי עד שלוש שנים עשויים להיות מופחתים כחמישה חודשים.¹⁹¹ בעקבות התיקון לחוק השתחררו ביום 20.12.2018 כ-926 אסירים, ומאז כמעט מדי יום משתחררים אסירים רבים חודשים ארוכים לפני תום התקופה שנקבעה להם בגזר הדין. לאחרונה צומצמו תקופות השחרור המנהלי למי שנדונו על עבירות מין, אלימות חמורה ואלימות במשפחה, וקוצרו מעט גם התקופות לאסירים שנדונו למאסרים של יותר משנה וחצי,¹⁹² אך מרבית האסירים הפליליים עדיין זוכים להשתחרר בשחרור מנהלי זמן רב לפני התקופה שנקבעה בגזר דינם. היקף השחרור המנהלי תלוי במספר הכלואים ובתקן הכליאה, אולם בעת כתיבת שורות אלו, כמו גם בתקופות רבות מאז שנות התשעים, תקן הכליאה היה נמוך ממצבת הכלואים, ולכן כל האסירים זוכים לשחרור מנהלי לתקופה המרבית האפשרית או לתקופה הקרובה לה. בשל הקושי שיצרה הנחיית בג"ץ להקל את הצפיפות בבתי הכלא, יש להניח שגם בעתיד הנראה לעין יהיו השחרורים המנהליים רבים.

בעקבות השחרור המנהלי פעמים רבות ישוחרר אסיר שנדון ל-15 חודשי מאסר (כאמור, עונש ממוצע לאסיר תושב ישראל) אחרי 11 חודשים בלבד, ומי שנדון לשנתיים מאסר ישוחרר אחרי כשנה ושמונה חודשים.¹⁹³ זאת ועוד, כיוון שניתן לצרף לתקופות השחרור המנהלי גם שחרור מוקדם, ובלבד שהאסיר לא ישתחרר לפני שנשא מחצית מתקופת מאסרו,

¹⁸⁶ ראו אורן גול אייל ופאדי מרוזוק-מקלדה "מהפכת השחרור המנהלי - ממדיניות כליאה מבוססת ביקוש למדיניות מבוססת היצע" **עיוני משפט** מז 57 (2023).

¹⁸⁷ סי' ט לפקודת בתי הסוהר.

¹⁸⁸ שם, בס' 68ג(א).

¹⁸⁹ בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (נבו 13.6.2017) (להלן: בג"ץ צפיפות הכליאה).

¹⁹⁰ חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 54 והוראת שעה), התשע"ט–2018, ס"ח 44.

¹⁹¹ שם.

¹⁹² חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 57 והוראות שעה), התשפ"ב–2021, ס"ח 480 (להלן: התיקון משנת 2021).
¹⁹³ משך השחרור המנהלי משתנה כתלות בהוראות השעה שקובעת הכנסת, בתפוסת האסירים ובהחלטת נציבת שב"ס אם להפעיל את סמכותה להוסיף שבועיים לשחרור המנהלי לפי סעיף 68ה) לפקודת בתי הסוהר. נכון למאי 2022, אסירים פליליים רגילים שנדונו למאסרים של שנתיים ולא שוחררו קודם לכן על ידי ועדת שחרורים, שוחררו בחלוף כשנה ושמונה חודשים בשחרור מנהלי.

ועדות השחרורים רשאיות לשחרר אסירים שנדונו למאסרים של עד כשלוש שנים כבר אחרי מחצית מתקופת מאסרם.¹⁹⁴

כיוון ששחרור מנהלי מקצר את תקופת המאסר אך אינו משפיע על משך המעצר, מאז התיקון לפקודה המעצרים נוגסים בחלק גדול בהרבה מתקופות המאסר, ולכן שיעור העצורים שיתרת מאסרם לאחר גזר הדין מספיקה להליך טיפולי בכלא, קטן עוד יותר. נבחן שוב אסיר שנדון ל-15 חודשי מאסר אחרי ששהה שישה חודשים במעצר. אם אסיר זה ישוחרר בשחרור מנהלי לאחר 11 חודשי מאסר בלבד, יתרת מאסרו ביום גזר הדין היא חמישה חודשים, וזו אינה מספיקה להליך טיפולי בכלא. אסיר זה ישוחרר בלא טיפול חמישה חודשים אחרי גזר דינו. אם הוא היה משוחרר בערובה במהלך ההליכים, הוא היה יכול להשתלב לאחר גזר דינו בהליך טיפולי, ואם ההליך היה מצליח, גם להשתחרר בשחרור מוקדם להמשך הטיפול במסגרת רש"א.

השחרור המנהלי מקטין עד מאוד גם את מספר האסירים שהיו עצורים אשר יכולים להשלים הליך טיפולי בכלא לפני שעניינם נדון בוועדות שחרורים.¹⁹⁵ לכאורה, ועדת שחרורים יכולה לשחרר את מי שנדון לשנתיים מאסר כבר בחלוף שנה (כיוון שצירוף תקופת השחרור המנהלי והשליש עולה על מחצית מתקופת המאסר). ואולם אם היא תימנע משחרורו, הוא יידרש לשאת עונש של כשנה ושמונה חודשים עד לשחרורו המנהלי. אם אותו אסיר היה עצור במשך יותר מחצי שנה (ומרבית העצורים שנדונים לשנתיים מאסר עצורים יותר מחצי שנה לפני גזר דינם) הוא לא יספיק להשלים הליך טיפולי לפני המועד המוקדם ביותר לדין בוועדת השחרורים, ולכן סיכויי שחרורו קטנים.

אומנם ייתכן שאסיר כזה ישלים הליך שיקומי בכלא כדי להשתחרר בשחרור מוקדם גם אם לא במועד המוקדם ביותר האפשרי, אולם ייתכן מאוד שהוא יעדיף שלא לעשות זאת. נניח שהוא יכול להשתחרר בתנאים בחלוף שנה וארבעה חודשים מיום מעצרו. במקרה כזה הוא יהיה אסיר ברישיון וכפוף לכמה תנאים עד למועד שחרורו הסופי בחלוף שנתיים – דהיינו למשך 8 חודשים. מנגד, אם הוא יותר על השחרור המוקדם, הוא יזכה לשחרור מנהלי שלושה חודשים מאוחר יותר. שלא כשחרור ברישיון, אשר לשחרור מנהלי אין מוטלות מגבלות ולא נקבעים תנאים, ולכן דחיית השחרור תאפשר לו להשתחרר בלא תנאי, בלא טיפול ובלא פיקוח. אסירים רבים מעדיפים חלופה זו (כתלות בתנאי הפיקוח שהם צופים שיוטלו עליהם, במשך תקופת הרישיון הצפויה ובמשך השחרור המנהלי). כל הקשיים הללו נפתרים אם הנאשם משוחרר במהלך ההליך נגדו. נאשם כזה, אם ייגזר עליו מאסר, יספיק להשתלב בהליך טיפולי ולסיימו לפני מחצית תקופת מאסרו, וכך להגיע במועד לוועדת השחרורים.¹⁹⁶

השחרור המנהלי גורם לקיצור נוסף של משך הפיקוח על אסיר שהיה עצור. למשל, האסיר בדוגמה לעיל היה בפיקוח 11 חודשים בלבד. מנגד, אם הוא היה משוחרר בערובה, הייתה

ראו ס' 68ג(א) לפקודת בתי הסוהר.

¹⁹⁴ ראו תויאור ובן-צבי, לעיל ה"ש 66, בעמ' 13–15; דו"ח ועדת מררי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 5.
¹⁹⁵ לכאורה אם הנאשם נדון למאסר לתקופה של פחות משנה, הוא לא יספיק להשלים הליך טיפולי גם אם אין מקומו את תקופת המאסר מתקופת מעצרו. אולם כשמדובר במאסרים של שנה ומטה, הליך השחרור המוקדם נערך ביחידה לשחרור ממאסרים קצרים ולא בוועדת השחרורים, והיחידה לשחרור ממאסרים קצרים אינה עומדת על השלמת הליך טיפולי בכלא בדרך כלל. ראו: ס' ג' לחוק שחרור על-תנאי ממאסר.
¹⁹⁶

תקופת הפיקוח עליו כוללת הן את משך ההליך הפלילי לפני גזר הדין (בזמן השחרור בערובה) הן את מאסרו, ובהנחה שבזכות הטיפול הוא גם היה משתחרר בשחרור מוקדם, גם את התקופה שבה הוא משוחרר ברישיון. אם נניח שההליך בעניינו נמשך שנה, תקופת הפיקוח עליו תהיה שנה (כמשוחרר בערובה) ועוד 7.5 חודשים (כאסיר) ועוד 7.5 (כמשוחרר ברישיון), ובסך הכול – שנתיים ושלושה חודשים (במקום 11 חודשים בלבד על העצור). ניתן לטעון כי התחשבות בהשלכות השחרור המנהלי בהחלטות מעצר עלולה ליצור פער שרירותי בין נאשמים שעניינם מובא בתקופה שבה נוהגים שחרורים מנהליים לנאשמים שנדונים בתקופות אחרות. אולם שיקול זה אינו יכול להצדיק החזקת נאשם במעצר בתקופה של שחרורים מנהליים אף שהמעצר מגדיל את הסיכוי שהוא יבצע עבירות מסוכנות, משתי סיבות: ראשית, החלטה בדבר מעצר היא תמיד מושפעת גם ממשתנים אקראיים וכזו אינה שוויונית. למשל, יכול שנאשם תושב ישראל ישוחרר בערובה בזמן שתושב שטחים שביצע עבירה דומה ייעצר עד תום ההליכים, בשל החשש מהימלטות השונה ממקרה למקרה.¹⁹⁷ זאת ועוד, ייתכן שבתקופות שבהן המצב הביטחוני טוב יותר הנאשם תושב השטחים ישוחרר בערובה, ובאחרות הוא ייעצר, וההחלטה בדבר מעצרו אפוא תלויה שרירותית בנסיבות התקופה שבה הוא נעצר.¹⁹⁸ נוסף על זה, נאשם שיכולותיו הכספיות מאפשרות הצגת ערבויות מתאימות לשחרור בערובה ישוחרר גם אם נאשם אחר לא יוכל להציג חלופה הולמת.¹⁹⁹ דיני המעצרים אינם מתירים החזקת אדם במעצר רק מן הטעם ששחרורו יפגע בעקרון השוויון, אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בחלופה;²⁰⁰ שנית, השחרור המנהלי יוצר אי-שוויון מובנה בין מי שנכלא בתקופות שבהן העומס על מערכת הכליאה מחייב שחרור מנהלי למי שנכלא בתקופות אחרות. נוכח מצוקת הכליאה והצורך להבטיח לכל אסיר מרחב מחיה ההולם את כבוד האדם, הפגיעה בעקרון השוויון (אם יש כזו) מותרת.²⁰¹

בדיון שערכנו לעיל ביקשנו להראות כי פעמים רבות, ובייחוד במקרים שבהם העונש הצפוי הוא בן שנתיים לכל היותר, שחרור נאשם בתנאים או בפיקוח אלקטרוני יקדם את האינטרס הציבורי במניעת מסוכנות יותר מאשר המעצר. עמדנו על כך שהמעצר עד תום ההליכים – היות שהוא מקטין את תקופת הפיקוח הכוללת על הנאשם; מקטין את הסיכוי לשילובו בהליכי שיקום; מגדיל את הסיכוי כי ייגזר עליו עונש קצר – בסופו של דבר, ובניגוד להנחה הרווחת, מגביר את מסוכנותו של הנאשם בטווח הבינוני ובטווח הארוך, ומגדיל את הסיכוי לעבריינות חוזרת.

¹⁹⁷ ראו בש"פ 6781/13 קונדוס נ' מדינת ישראל (נבו 4.11.2013).

¹⁹⁸ שם, בפס' 13.

¹⁹⁹ ראו בש"פ 1811/06 מדינת ישראל נ' מולנר (בנבו 2.3.2006) ("אין לנו אלא להשלים עם העובדה כי יתקיים אי שוויון בהקשר זה וכי נאשם אשר יוכל להציג חלופת מעצר הולמת, גורלו ייגזר עליו מגורלו של נאשם שניתן להורות על חלופה בעניינו, אך אין בידו להציג חלופה קונקרטית").

²⁰⁰ שם.

²⁰¹ למצוקת הכליאה, לתנאי הכליאה ולצורך בצמצום הכליאה כדי להבטיח את כבוד האדם של האסירים ראו בג"ץ **צפיפות הכליאה**, לעיל ה"ש 189.

נדגיש כי אין אנו מבקשים לטעון כי לעולם אין לעצור נאשמים עד תום ההליכים. במקרים שבהם המסוכנות המיידית הנשקפת מן הנאשם היא גדולה במיוחד, והתועלת אשר עשויה לצמוח מן מהפער באיכות הפיקוח בין עצור למשוחרר בערובה או עצור בפיקוח אלקטרוני עולה על השיקולים העומדים מצידו השני של המתרס – המסוכנות ארוכת הטווח של הנאשם לצד הפגיעה בזכויותיו – ייתכן שתקום הצדקה להורות על מעצרו עד תום ההליכים. טענתנו היא רק כי על בית המשפט לשקול את התועלת האמורה מהשחרור בערובה – שלא כמצב כיום שבו בתי המשפט כמעט שאין נותנים לה משקל.

ג. סיכום

סוגיית המעצר עד תום ההליכים זכתה להתייחסות מעמיקה בספרות המשפטית המקומית. אולם מרבית המאמרים דנו בקשיים החוקתיים שהמעצר עד תום ההליכים מעורר. לעומת זאת מאמר זה ביקש לערער על הנחה המושרשת היטב בדיני המעצרים, ולפיה המעצר עד תום ההליכים הוא הכלי האפקטיבי ביותר לצמצום המסוכנות הנשקפת מן הנאשם. תחת זאת טענו כי פעמים רבות שחרור נאשם בתנאים או בפיקוח אלקטרוני יקדם את האינטרס הציבורי במניעת מסוכנות יותר משהמעצר יקדם אותו. הראינו כי שחרור בתנאים מאריך את התקופה שבה נמצא הנאשם בפיקוח של רשויות המדינה, כי שחרורו בתנאים מגדיל את הסיכוי לשילובו בהליכי שיקום העשויים לצמצם את מסוכנותו הן במהלך ההליך הפלילי, הן במהלך המאסר עצמו והן לאחר השחרור ממאסר. עוד הטעמנו כי כליאה לתקופות קצרות יוצרת אפקט קרימינווגני המגדיל את הסיכון שנשקף מעובר החוק, והשחרור בתנאים מקטין את הסיכוי שהנאשם ייכלא לתקופה קצרה כאמור, ולכן מצמצם את המסוכנות הנשקפת ממנו. לניתוח שהוצע במאמר נפקויות מעשיות חשובות. מסקנתנו מלמדת כי נוסחת האיזון שבית המשפט נוהג להחיל בקובעו אם להטיל על נאשם מעצר היא שגויה. דומה כי אין מדובר בערכים נוגדים בהכרח כפי שנהוג לסבור, והערכים משני צידי המתרס – האינטרס בדבר צמצום המסוכנות הנשקפת מן הנאשם וזכותו לחירות – עשויים להוביל למסקנה זהה, שלפיה יש להורות על שחרור הנאשם בתנאים חלף מעצרו עד תום ההליכים. מטעם זה הצידוק למעצר עד תום ההליכים במקרים רבים נחלש. מסקנתו מלמדת גם שהלכת סויסה, שלפיה יש להימנע משליחת נאשמים להליכי טיפול חדשים כחלופה למעצרים, פוגעת באינטרס הציבורי בצמצום המסוכנות.²⁰² במסקנתנו יש אפוא כדי להטות את נקודת האיזון בין שני הערכים כאמור, ולהביא להרחבת השימוש בשחרורים בערובה או במעצרים בפיקוח אלקטרוני במקום מעצרים במתקני כליאה.

²⁰² לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. והטקסט שסמוך להערה.