

## חלופות מעצר – האם הן תמיד לטובת הנאשמים?

מיכל טמיר\*

הרפורמות שנעשו בדיני המעצרים בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על-ידי הפסיקה ועל-ידי הכנסת בחוק המעצרים משנת 1996, מתבטאות בכך שעילות המעצר כיום הן מניעתיות בלבד. בהתאם לכך, מטרת המעצר עד תום ההליכים היא למנוע את הנאשמים המסוימים מלשבש מהלכי משפט או מלסכן את הציבור. חומרתה של העברה כשלעצמה אינה עילת מעצר. אכן, קיימות עברות חמורות היוצרות חזקת מסוכנות, אך חזקה זו אינה מוחלטת, והיא ניתנת להפרכה. החוק דורש כי לצורך המעצר יתקיימו שני תנאים מצטברים: **תשתית עובדתית**, דהיינו, ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של הנאשם; **ועילת מעצר**, המתבטאת ביסוד סביר לחשד ששחרור הנאשם יוביל לשיבוש הליכי משפט או לסיכון בטחונם של אדם, של הציבור או של המדינה. אם התקיימו שני תנאים אלה, בית-המשפט חייב לבחון אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של **חלופות מעצר**. רפורמות אלה תרמו לשימוש רב יותר של בתי-המשפט בחלופות מעצר שפגיעתן בחירות פחותה. אלא שאליה וקוף בה – דומה כי קיומן של חלופות למעצר מוביל לעיתים את בית-המשפט לפסיחה על השאלות המקדמיות בדבר קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר. **ראיות מוחלטות** מובילות להעדפת חלופה במצבים שבהם עוצמת הראיות אינה אמורה להספיק למעצר, והקשיים הרבים הכרוכים בהערכת **מסוכנות מובילים** לוותר על דיון אמיתי בשאלת העילה. מאמר זה מנסה להאיר את הסוגיה באמצעות בדיקה אמפירית-כמותנית, שכן רק בחינה כזו –

---

\* פרופסור-חבר, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. רעיון ראשוני ביותר של המחקר הוצג בכנס הביין-לאומי הראשון של האגודה הישראלית למשפט וחברה (ILSA), שנערך בירושלים בדצמבר 2008. אני מודה למשתתפי המושב *Criminal Law and Social Constraints: Comparative Perspective and Israeli Context*. המחקר זכה במענק ממרכז מינרבה לזכויות האדם. אני מודה למרכז מינרבה, אשר בלא תמיכתו לא היה המחקר מתאפשר. תודה גם לעוזרי-המחקר אורלי אורן, אורי גולדשטיין, איל קארו ושלומית שטיין, וכן לאבנר לושי ולעמוס תלם על תובנות מועילות. תודה לפרופ' הדר אבירם, לפרופ' אריאל בנדור, לפרופ' אורן גזל-אייל ולפרופ' יוסף ויילר, אשר קראו טיוטות של המאמר והעירו הערות מועילות. תודה מיוחדת לסטטיסטיקאי ד"ר אלכס קליין על סבלנות אינסופית.

להבדיל מניתוח של החלטה זו או אחרת – יכולה לזהות את הגורמים המשפיעים ביותר על החלטות בדבר מעצר עד תום ההליכים, ובכלל זה על החלטות להטיל חלופת מעצר. הממצאים מגלים אינדיקציות לכך שחלופת מעצר משמשת פתרון למצבים שבהם קיימת חולשה באחד התנאים המוקדמים להטלת מעצר; לכך שחזקת המסוכנות היא חזקה כמעט חלוטה, אשר הפרכתה במקרים המועטים מובילה לכל-היותר לחלופת מעצר; ולרתיעתם של בתי-המשפט מהחלטה קיצונית של שחרור מוחלט, הגם שהחלטה זו מתחייבת לעיתים מהוראות החוק. המאמר מנסה לתת הסברים לתופעה הנחזית. הסברים אלה מובנים הן במסורת המשפטית והן בפסיכולוגיה של שופטים כמקבלי החלטות.

**מבוא. א. מעצר לאחר הגשת כתב אישום: 1. ראיות לכאורה; 2. עילת מעצר; 3. העדר חלופה. ב. חלופת מעצר כביטוי לעקרון המידתיות. ג. היפותזת המחקר – אליה וקוץ בה: 1. ראיות מוחלשות; 2. קשיים בהערכת מסוכנות. ד. מתודולוגיה. ה. ממצאים: 1. תוצאות; 2. מסקנות. ו. הסברים מוצעים: 1. הסברים מבניים – שיטת המשפט בישראל; 2. הסברים פסיכולוגיים – שופטים כמקבלי החלטות. ז. משפט משווה: 1. ארצות-הברית; 2. קנדה. ח. סיכום. נספח – טבלאות סטטיסטיות.**

“על הקשר בין עוצמת הראיות לחלופת מעצר וקווים לדמותו של שופט המעצרים”.

השופט יצחק עמית, בש"פ 5564/11 פלוני  
נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.8.2011)

## מבוא

האם בתי-המשפט מיישמים את הוראות חוק המעצרים,<sup>1</sup> בדבר התנאים שבהם ניתן לעצור נאשמים עד תום ההליכים, באופן המגשים את ייעודו של החוק להבטיח כי הפגיעה בזכויות הנאשמים תיעשה רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש? האם השימוש שבת-המשפט עושים בחלופות מעצר מגשים את מטרת החוק, שלפיה חלופות אלה יהוו אמצעי מידתי יותר שיש לשקול במצבים שבהם מתקיימים התנאים להטלת מעצר מוחלט? האם חזקת החפות – כערך מוסרי וחברתי – זוכה בהגנה שהיא ראויה לה במדינה יהודית ודמוקרטית? מאמר זה מנסה להאיר את הסוגיה באמצעות בדיקה אמפירית-כמותנית, שכן רק בחינה כזו – להבדיל מניתוח של החלטה זו או אחרת – יכולה לזהות את הגורמים המשפיעים ביותר על החלטות בדבר מעצר עד תום ההליכים, ובכלל זה על החלטות להטיל חלופת מעצר.

1 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים).

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>2</sup> מגן, בין היתר, על הזכות לכבוד<sup>3</sup> ועל הזכות לחירות,<sup>4</sup> ואף מטיל חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על כבודו של אדם.<sup>5</sup> חוק-היסוד אינו מגן מפורשות על הזכות להליך הוגן של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, אך הגישה השלטת היא שרוב ההגנות הדיוניות המקובלות בחוקות בעולם<sup>6</sup> נקלטו אף הן בארץ מכוח חוק-היסוד.<sup>7</sup> דיני המעצרים משקפים מצב ייחודי שבו הפגיעה בכבוד האדם ובחירותו נעשית על-פי הוראות החוק. אין מדובר בפגיעה בזכויות שהיא תוצאת פעולה לא כדין של בעלת סמכות, אלא במצב שבו החוק מכיר בכך שמעצר בטרם הוכחה אשמתו של אדם הוא פגיעה בחזקת החפות ואף על-פי-כן מאפשר את המעצר על-מנת להגן על אינטרסים אחרים, כגון שלום הציבור וקיום ההליך השיפוטי. עם זאת, על-מנת להבטיח כי תכלית המעצר תהיה ראויה ועל-מנת למנוע שרירותיות – כלומר, מעצר של אנשים (או הטלת חלופת מעצר עליהם) על-פי שיקול-דעת בלתי-מובנה של שופטת זו או אחרת – החוק מתווה כללים ברורים למעצר, ובהתאם לכך אף לחלופת מעצר.

היה זה אך טבעי אפוא שהגישה שלפיה חוק-היסוד מגן על הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי, יחד עם הוראת חוק-היסוד המטילה חובה על כל רשויות השלטון לכבד את הזכויות המוגנות,<sup>8</sup> הובילו לרפורמה בדיני המעצרים.<sup>9</sup> שיאה של הרפורמה היה בחקיקת חוק המעצרים בשנת 1996. חוק זה נועד, בין היתר, לתת מענה לביקורת קשה שנמתחה על נוהגי המעצרים

- 2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-היסוד).
- 3 ס' 2 לחוק-היסוד: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".
- 4 ס' 5 לחוק-היסוד: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".
- 5 ס' 4 לחוק-היסוד: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".
- 6 כך, למשל, החוקה האמריקאית והחוקה הקנדית קובעות במפורש את הזכות להליך "הוגן" או "צודק", בהתאמה. ראו U.S. CONST. amends. V & XIV; Canadian Charter of Human Rights, § 7, 1982. לצד הוראה כללית זו קיימות בחוקות אלה זכויות פרטניות הנוגעות בהליך הפלילי. כך, למשל, ההוראות הנוגעות במעצר מצויות בתיקון הרביעי לחוקה האמריקאית ובס' 10 לחוקה הקנדית.
- 7 ראו, למשל, אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 21–25 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155, 156 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם, הפרקליט מב 64, 80–82 (1995); אסף הרדוף אין להשיב לאשמה 179–181 (2005).
- 8 ס' 11 לחוק-היסוד: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לתחולת הסעיף על רשויות האכיפה ראו Eliahu Harmon, *The Impact of the Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence*, 33 ISR. L. REV. 678, (1999) 683–684.
- 9 תחילתה של הרפורמה הייתה בהלכה שקבעה הפסיקה שלפיה חובת הרשויות לכבד את כל הזכויות המנויות בחוק-היסוד חלה גם על פירושם של חוקים קיימים שכוחם נשמר ועל הפעלת שיקול-הדעת מכוחם. ראו את עמדתו של המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995) (להלן: בש"פ גנימאת).

בארץ, ובפרט על כך שהמעצרים רבים מדי וארוכים מדי.<sup>10</sup> כחוק שנחקק לאחר חוק-היסוד, נועד חוק המעצרים לאפשר את המעצרים, אך בדרך חוקתית העומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד, דהיינו, בחוק אשר הולם את ערכיה של מדינת-ישראל ומיועד לתכלית ראויה, ותוך הקפדה על כך שהפגיעה בזכויות שלפי חוק-היסוד תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>11</sup>

זאת ועוד, ההנחה היא כי תכליתו של חוק המעצרים, כתכליתו של כל דבר חקיקה, היא להגשים את ערכי-היסוד של השיטה.<sup>12</sup> אחד הערכים של שלטון החוק הוא חזקת החפות, אשר משמשת עקרון-יסוד במשפט הפלילי והחוקתי, ומקובלת כמובנת מאליה בכל המדינות הדמוקרטיות.<sup>13</sup> חזקת החפות הולמת אף את ערכי המדינה כיהודית, שכן קיימים מהלכים לדעה כי חזקה זו הוכרה כבר במשפט העברי.<sup>14</sup> חזקת החפות מעגנת עיקרון מוסרי שלפיו זכותו של אדם לצאת זכאי בדינו אם אשמתו לא הוכחה מעל לכל ספק סביר, דהיינו, זכותו לא להיות מורשע אלא אם כן נוצרה מידה כזאת של ודאות בלבב השופט בדבר אשמתו עד כדי כך שאין היא רואה שום מנוס מהרשעתו.<sup>15</sup> כפועל יוצא מכך, חזקה זו היא חלק מתורת מוסר פוליטי המגבילה את כוחה של המדינה להעניש אדם בטרם הורשע.<sup>16</sup> על-כן כל הוראות החוק מוחזקות כבאות להגשים את חזקת החפות, ובוודאי הוראות חוק העוסקות בשלבים מוקדמים של המשפט הפלילי.<sup>17</sup> יש לראות אפוא את הרפורמה בדיני המעצרים כבאה להגן הן על זכויותיו של הפרט – הנאשם העומד לדין – והן על הערך המוסרי של החברה בכללותה.<sup>18</sup> אחד מביטויי הרפורמה הוא הפיכת עילות המעצר למניעתיות בלבד. מטרת המעצר היא למנוע את החשודים או הנאשמים המסוימים מלשבש מהלכי משפט, מלהתחמק ממשפט או

- 
- 10 ראו חגית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" מחקרי משפט כד 123, 124 (2008).
- 11 ס' 8 לחוק-היסוד.
- 12 ראו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329–330 (1988).
- 13 ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405, 408 (2003) (להלן: קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית").
- 14 ראו אריאל בנדור "עבר פלילי ללא הרשעה (בעקבות בג"ץ 4668/01 שריד ואח' נ' ראש הממשלה ואח') "משפט וצבא 16, 95, 97–98 (2002) והאסמכתאות המובאות שם (עמדתו של השופט חיים כהן); קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 408–409 והאסמכתאות המובאות שם (עמדתו של השופט מנחם אלון).
- 15 ראו חיים ה' כהן המשפט 120 (מהדורה שנייה, 1999).
- 16 לחזקת החפות כנגזרת מתורת מוסר פוליטי ראו קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 13, 439–443.
- 17 התפיסה הברורה במדינת-ישראל היא שחזקת החפות קיימת גם לחשוד, לנאשם ואפילו למי שברור כי יש לו עבר פלילי. ראו שם, בעמ' 434 והאסמכתאות המובאות שם. למהות הערכים שמעצר עד תום ההליכים מגן עליהם ראו בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 פס' 7–9 לפסק-דינו של הנשיא אהרן ברק (1996).
- 18 זוהי דוגמה למצב שבו המשפט והמוסר חופפים במידה מסוימת, שכן המשפט כופה חובה מוסרית, הגם שהיקפה של החובה המשפטית אינו תואם בהכרח את היקפה של החובה המוסרית. ראו כהן המשפט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 95.

מלסכן את הציבור. על-כן חומרתה של העברה כשלעצמה אינה עילת מעצר. קיימות אומנם עברות חמורות היוצרות חזקת מסופנות, אך חזקה זו אינה מוחלטת, והיא ניתנת להפרכה.<sup>19</sup> ברוח זו החוק דורש כי לצורך מעצר נאשמים עד תום ההליכים יתקיימו כמה תנאים מצטברים:<sup>20</sup> תשתית עובדתית, דהיינו, ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של הנאשם;<sup>21</sup> הנאשם מיוצג בהליך; ועילת מעצר, המתבטאת ביסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יוביל לשיבוש הליכי משפט או לסיכון בטחונם של אדם, של הציבור או של המדינה.<sup>22</sup> אך גם אם התקיימו שלושה תנאים מצטברים אלה (ראיות, ייצוג ועילה), על בית-המשפט לבחון אם מתקיים תנאי נוסף, והוא שאי-אפשר להשיג את מטרת המעצר בדרך של חלופות מעצר.<sup>23</sup> רפורמות אלה תרמו לשימוש רב יותר של בתי-המשפט בחלופות מעצר שפגיעתן בחירות פחותה. אלא שאלה וקוץ בה – דומה כי קיומן של חלופות למעצר מוביל לעיתים את בתי- המשפט להקלה בשאלות המקדמיות בדבר קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר. "ראיות מוחלשות" מובילות להעדפת חלופה במצבים שבהם עוצמת הראיות אינה אמורה להספיק למעצר, והקשיים הרבים הכרוכים בהערכת מסופנות מובילים לויתור על דיון אמיתי בשאלת העילה. יתרה מזו, גם סנגורים חוטאים לעיתים ב"קפיצה" לטיעון בדבר יעילותה של חלופת מעצר – אשר ייתכן שנתפסת בעיניהם כפשרה אשר מיטיבה עם הלקוח או כלל-הפחות אינה מרעה את מצבו – אף שייתכן שהיה אפשר להוכיח כי לא קיימות כלל ראיות לכאורה או עילה למעצר.<sup>24</sup>

נגמרות אלה עלולות להתחזק כיום, עם הגברת השימוש באמצעי של איזוק אלקטרוני, אשר מקנה לבית-המשפט יתר ביטחון בשחרור למעצר-בית.<sup>25</sup> אלא שאין להקל ראש גם במעצר-בית – עם איזוק אלקטרוני או בלעדיו. בחלופת מעצר כזו מובנית, ראשית, פגיעה בחירותו של האדם וביכולתו להתגונן כראוי במשפט. מעצר-בית – אם אינו כולל אפשרות ליציאה לעבודה

19 לסקירות מקיפות ראו חיה זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" משפטים לא 323 (2000) (להלן: זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר"); רינת קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט 282 (2002) (להלן: קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות לבין חוק-היסוד").

20 ס' 21 לחוק המעצרים.

21 ס' 21(ב) לחוק המעצרים.

22 ס' 21(א) לחוק המעצרים.

23 ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים.

24 הסבר נוסף שמופיע בספרות הוא נוחיותם של חלק מהסנגורים (דווקא מקרב הידועים והטובים שביניהם), הנוטלים על עצמם במקביל הגנה על מספר רב של נאשמים. השו"דן ביין "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים" מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 337, 369 (אלי לדרמן עורך, 2001).

25 הגם שיש התייחסות בפסיקה לחסרונה של שיטה זו, הנובע מפרק-הזמן הארוך יחסית שחולף עד שחברת האיזוק מעבירה למשטרה את הדיווח על-אודות הפרת תנאי המעצר. ראו, למשל, ב"ש מחוזי ב"ש) 22195/08 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 24.11.2008).

– פוגע ביכולתו הכלכלית של הנאשם,<sup>26</sup> ולעיתים, כפועל יוצא מכך, גם ביכולתו להשיג ייצוג הולם.<sup>27</sup> מעצר כזה אף עלול להיות גורם המפעיל לחץ לכיוון של עסקת-טיעון.<sup>28</sup> שנית, בחלופת מעצר כזו מובנית פגיעה בכבודו של הנאשם, על היבטיה השונים של זכות זו.<sup>29</sup> אומנם, חלופת מעצר מונעת את הפגיעה בצלם האדם,<sup>30</sup> אשר מיוחסת לעיתים לשיבה בבתי-מעצר בישראל,<sup>31</sup> אך היא פוגעת בהדרת-כבודו (honor) של הנאשם, שהיא רכוש היקר ביותר, משום שהיא מבטאת את ערכו החברתי.<sup>32</sup> מעצר-בית מסמל את אי-עמידתו של הנאשם בנורמות חברתיות מקובלות, ומטיל את אות-הקלון גם על קרובי-משפחתו.<sup>33</sup> מעצר כזה אף פוגע בכבוד-המחיה של הנאשם (respect), משום שהוא מונע את מימוש הפוטנציאל העצמי שלו כפרט ולעיתים אף כחבר בקבוצה.<sup>34</sup> המשמעות של מעצר-בית יכולה להיות ישיבת נאשם בביתו או בביתם של קרובי-משפחתו במשך חודשים ואף שנים, תוך הוצאתו ממעגל החיים הרגיל, מעבודתו, ולפעמים אף ממשפחתו הגרעינית.<sup>35</sup> חלופות מעצר, כגון מעצר-בית, פוגעות

- 26 השוו לדבריה של השופטת עדנה ארבל בבש"פ 6860/07 גולדבלט נ' מדינת ישראל, פס' 10 להחלטה (פורסם בנבו, 27.8.2007): "כאשר אדם שוהה במעצר בית ללא היתר לצאת לעבודה, מחריף מצבו הכלכלי ביחס ישר לאורך התקופה בה אינו עובד".
- 27 ראו *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention 23* (Open Society Institute 2010), [http://www.unrol.org/files/Socioeconomic%20impact%20of%20PTD\\_Sept%2010%202010\\_Final.pdf](http://www.unrol.org/files/Socioeconomic%20impact%20of%20PTD_Sept%2010%202010_Final.pdf).
- 28 השוו אורן גול "הסדר טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1 (2005) (דיון בסכנה של הרשעת חפים מפשע, אשר מודים בהסדר-טיעון, בין היתר, כתוצאה מהלחצים השונים של ההליך הפלילי).
- 29 לכבוד האדם יש משמעויות והיבטים שונים. ראו חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היוכל 9, 32 (1993); אליעזר וינריב "כבוד האדם – שני מובנים" שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 71–80 (יוסף דוד עורך, 2006); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).
- 30 זהו כבוד האדם במובן הגרעיני, דהיינו, "הכבוד שהוא היפוכם של חילול, של ביזוי, של הלבנת פנים, של בושת ועלבון, של פגיעה בצלם". ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 137 (1995).
- 31 ראו רינת קיטאי-סנג'ור "תנאי כליאתם של עצורים – בין חזקת החפות לכבוד האדם" ספר אורי קיטאי 293, 295–302 (2008). לעניין תנאי המעצר ראו בג"ץ 7082/97 הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 16.11.1998); דברי השופט שמואל ברוך בת"פ (שלום רמ') 3516/03 מדינת ישראל נ' אלעזרה (פורסם בנבו, 26.11.2003).
- 32 ראו אורית קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם 11, 19 (2004).
- 33 כלשונה של אורית קמיר: "כתם של בושה הדבק בהדרת-כבודו של אדם מטיל את צלו גם על הדרת-כבודם של מי שמוגדרים כמקורביו ובעלי-בריתו". שם, בעמ' 22.
- 34 כבוד-מחיה הוא אותו פן של המושג "כבוד" המביע סובלנות כלפי כל אדם, על תכונותיו וצרכיו הייחודיים כפי שהוא עצמו מגדיר אותם. שם, בעמ' 34–35.
- 35 תחקיר של עיתון הארץ גילה כי תוכנית האיזוק אומנם מקטינה את הצפיפות בבתי-הכלא וחוסכת את עלות החזקתו של העציר, אך היא גם יוצרת בעיות. בין היתר הועלתה הבעיה שההליכים מתארכים ללא הגבלה. כך, למשל, אדם שהורשע באונס, לאחר שהתחזה לפני בחורה לרווק יהודי וקיים איתה יחסי מין בהסכמה, היה נתון במעצר-בית עם אזיק אלקטרוני כמעט שנתיים. ראו ליאל קיזר "הניסוי שמשחרר עבריינים ללא פיקוח ראוי" הארץ 27.8.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1186672.html?more=1](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1186672.html?more=1).

גם בכבוד הסגולי של הנאשם (dignity),<sup>36</sup> משום שיש בהן כדי לחתור תחת חזקת החפות ותחת תביעתו של הפרט לשוויון התייחסות מכוחה.<sup>37</sup>

מחקר זה בחן באמצעים אמפיריים-כמותניים מהם הגורמים המשפיעים ביותר על מעצר עד תום ההליכים, וכן את נכונותה של הטענה כי חלופת מעצר משמשת לא רק למטרתה המקורית – אמצעי מידתי יותר במקרים המובהקים שבהם ניתן להטיל מעצר מלא – אלא גם לחלופה המועדפת במצבים שבהם קיימות חולשות במרכיבים המוקדמים המאפשרים הטלת מעצר (ובעקבות זאת שקילת חלופת מעצר). המקרים המעניינים הם אלה המגיעים להחלטה שיפוטית, בהעדר הסכמה בין הצדדים, שכן הללו מאפשרים לבחון את דרך קבלת ההחלטות של השופטים.<sup>38</sup> לכאורה היה אפשר להסתפק בניתוח הלכותיו של בית-המשפט העליון בצירוף ההנחה כי הערכאות הנמוכות פועלות על-פי הלכות אלה. אלא שרק אמצעים כמותניים יכולים להצביע על ממדיהן של תופעות, כגון היקף השימוש בדוקטרינת "הראיות המוחלשות", ועל שיעור המקרים שבהם חלופת מעצר משמשת למטרות שאינן עולות מלשונו המפורשת של החוק.

פרק א יסקור את הוראות חוק המעצרים בנוגע למעצר עד תום ההליכים. פרק ב יסביר מדוע חלופת מעצר היא ביטוי לעקרונות המידתיות, החולש כיום על שיטת המשפט. פרק ג יסביר את היפותזת המחקר, שלפיה שכרם של נאשמים (חלופת מעצר) יוצא פעמים רבות בהפסדם (אי-שחרורם המוחלט ממגבלות המוטלות על חירותם). השערת המחקר היא כי הסיבה לכך היא אי-הקפדה על הדרישות הקודמות לבחינת חלופת מעצר, ושקלול תמורות המתבצע בין הראיות לעילה. פרק ד יסביר את המתודולוגיה של המחקר. פרק ה יציג את תוצאות המחקר ולאחר-מכן את המסקנות הנגזרות מהן. הממצאים מעלים אינדיקציות לכך שחלופת מעצר משמשת פתרון למצבים שבהם קיימת חולשה באחד התנאים המוקדמים להטלת מעצר (כגון מצב של "ראיות מוחלשות"); לכך שחזקת המסופנות היא חזקה כמעט חלוטה, אשר הפרכתה במקרים המועטים מובילה לכל-היותר לחלופת מעצר; ולרתיעתם של בתי-המשפט מהחלטה קיצונית של שחרור מוחלט, הגם שהחלטה זו מתחייבת לעיתים מהוראות החוק. פרק ו ינסה לתת הסברים לתופעה הנחזית. הסברים אלה מובנים הן במסורת המשפטית והן בפסיכולוגיה של

36 כבוד סגולי נועד לסמן קו אדום ביחסי אנוש שאין לחצותו בשום מקרה. הוא נועד לבטא את המחויבות הרעיונית לכך שיש אופני התייחסות לבני-אדם שהם בבחינת טבו מוחלט. קמיר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 27.

37 השוו קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 442 הערה 187 והאסמכתאות המובאות שם.

38 המחקר מנסה להתחקות אחר קבלת ההחלטות של השופטים ואחר האופן שבו הם מפעילים את החלופות שבחוק המעצרים, ועל רקע זה לבחון אם מטרותיו של חוק המעצרים בדבר מידתיות הפגיעה בחירותם של נאשמים, כמו-גם הערך האינהרנטי שבחזקת החפות, מקבלים את משקלם הראוי. על-כן לא מתעוררת כאן הבעייתיות המכונה "הטיית הבחירה", הקיימת בכל מחקר הנסמך על תוצאות של החלטות שיפוטיות. השוו Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, *Do Case Outcomes Really Reveal Anything About the Legal System? Win Rates and Removal Jurisdiction*, 83 CORNELL L. REV. 581, 584 (1997-1998): "Thus, notwithstanding the ubiquitous interpretive problem of case selection, carefully analyzed win-rate data can convey useful information about the legal system".

שופטים כמקבלי החלטות. פרק ז יבחן את המצב המשפטי בארצות-הברית ובקנדה – שתי מדינות שבהן הזכות לשחרור בערובה מעוגנת בחוקה. נמצא כי במדינות אלה, בניגוד לישראל, הדגש אינו בהוכחת ראיות לאשמתו של הנאשם, אלא בעילה למעצר. כמו-כן שיקול-הדעת של השופטים והיחס בין ערובות, מעצר-בית ומעצר מוחלט – מובנים יותר. פרק ח, הפרק המסכם, יהרהר בשאלה אם פרשנות אחרת של חוק המעצרים, שתעמוד על הוראותיו של חוק המעצרים באופן דווקני, אכן תיטיב עם נאשמים או שמא היא תוביל רק לשינוי הרטוריקה של בית-המשפט ולמעצרים מוחלטים גם במצבים שבהם הראיות מוחלשות או הופרכה חזקת המסופנות. הגם שעיקרו של המחקר בהצבעה על התופעה, להבדיל ממתן פתרונות נורמטיביים, אנסה להציע כיוונים ראשוניים לשינוי.

## א. מעצר לאחר הגשת כתב אישום

- סעיף 21 לחוק המעצרים מורה כי על-מנת לצוות על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, צריכים להתקיים ארבעה תנאים מצטברים:
1. תשתית עובדתית – ראיות לכאורה לאשמתו של הנאשם, דהיינו, לכך שהוא ביצע את העבירה שבגינה בית-המשפט מורה על מעצרו;
  2. עילת מעצר – אשר מהווה את ההצדקה למעצר;
  3. העדר חלופת מעצר – שחרור בערובה ו/או בתנאים מגבילים אינו יכול להשיג את מטרת המעצר;
  4. ייצוג – לנאשם יש סנגור או שהוא ויתר על זכות הייצוג.

### 1. ראיות לכאורה

דרישה זו טומנת בחובה רף תחתון, אשר ראיות בעוצמה הנמוכה ממנו לא יענו על ההגדרה של "ראיות לכאורה להוכחת אשמה", ולא יקימו את הבסיס לסמכות להורות על מעצר עד תום ההליכים.<sup>39</sup> על-פי ההלכה בישראל, הרף הוא "ראיות לכאורה המקימות סיכוי סביר להרשעת הנאשם". ראיות אלה צריכות לעבור את מבחן "כור ההיתוך": "ראיות לכאורה" המספקות את התשתית הראייתית למעצר עד תום ההליכים הן ראיות גולמיות שקיים לגביהן סיכוי סביר שעיובודן במהלך המשפט, תוך בחינתן בחקירות וקביעת אמינותן ומשקלן, יוביל לראיות רגילות שיבססו הרשעה מעל לכל ספק סביר.<sup>40</sup> אם לא קיים סיכוי כזה, אין בסיס להיווצרותה של עילת מעצר.

39 מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד 554, 549 (2004).

40 בש"פ זאדה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 148–149. בפסיקה קיימת גם דעת יחיד של השופטת דליה דורנר, שלפיה צריכה להיות התאמה בין רמת ההוכחה הנדרשת להרשעה לבין רמת ההוכחה הנדרשת למעצר, ולכן סיכוי סביר להרשעה המספיק למעצר מתקיים רק אם חומר הראיות



הבדיקה אם קיימות ראיות לכאורה מבוססת בעיקרה על חומר החקירה כפי שהוא מצוי בתיק המשטרה אשר מוצג לבית המשפט ונמסר לעיונם של הנאשם ובא-כוחו.<sup>41</sup> מאחר שהסתיימה החקירה ולתביעה אמור להיות כל החומר שעל בסיסו היא מתכוונת להרשיע את הנאשם, הראיות שיבססו את התשתית הראייתית חייבות להיות קבילות.<sup>42</sup> ההלכה היא כי כאשר ברור על פני הדברים כי ראיה מסוימת הינה בלתי-קבילה, אזי אם הוכחת האשמה תלויה בראיה כזאת, נשמט היסוד למעצר.<sup>43</sup> לעומת זאת, אם יש פנים לכאן ולכאן בשאלת קבילותה של ראיה, השאלה תוכרע בעת הברור המשפטי, ולכן ניתן להתחשב בה בשלב הדין במעצר.<sup>44</sup>

## 2. עילת מעצר

סעיף 21 לחוק המעצרים הנוכחי מכיר, על-פי לשונו, בשתי עילות מעצר בלבד: חשש לשיבוש הליכי משפט או להתחמקות מהליכים; וחשש למסוכנות ולביצוע עברות נוספות. חומרת העברה שימשה בעבר עילת מעצר, שתכליתה הייתה הרתעה של נאשמים-בכוח ושמירה על אמון הציבור. ייחודה ביחס לעילות המעצר הקלסיות של "שיבוש" ו"מסוכנות" נעוץ בכך שבעוד עילות המעצר האחרות צופות את התנהגותו של הנאשם המסוים, העילה של "חומרת העברה" צופה את התנהגותם של עבריינים אחרים, שאינם הנאשם עצמו, ואת תגובתו של הציבור על ההחלטה לשחרר אדם ממעצר. העילה של חומרת העברה שנויה במחלוקת קשה, שכן למרות נחיצותה של ההרתעה והחשיבות של אמון הציבור ביעילותה של מערכת אכיפת החוק, הרתעה כללית של עבריינים-בכוח והתייחסות לרגשותיו של הציבור מניחות את אשמתו של האדם, חותרות תחת חזקת החפות, ולמעשה משרתות תכלית עונשית. מעצר, לעומת זאת, אמור לשרת תכלית מניעתית – סיכול פעולות עתידיות של נאשמים אשר חותרות תחת אכיפת החוק או מְסַפְּנוֹת את בטחון הציבור.<sup>45</sup>

כיום חומרת העברה אינה מופיעה בחוק המעצרים כעילת מעצר עצמאית, וזאת כתוצאה מסדרה של תנודות שחלו בחקיקה ובפסיקה:

עד שנת 1988 הוסדר הנושא על-ידי חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982. סעיף 21(א) קבע כי אם הוגש כתב אישום, "רשאי בית המשפט שלפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם". הסעיף נוסח בלשון סתמית ללא פירוט עילות מעצר, ולפיכך פותחו עילות אלה על-ידי הפסיקה.<sup>46</sup> דעת הרוב בבית-המשפט העליון הייתה כי

הלכאורי אינו מעלה מתוכו ספק סביר. ראו בש"פ 153/95 רחאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 221 (1995).

41 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: החסד"פ).

42 להבדיל ממעצר לפני הגשת כתב אישום, שלגביו החוק קובע מפורשות כי ניתן להיזקק גם לראיות לא-קבילות. ראו ס' 15(1) לחוק המעצרים.

43 ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד לז(2) 738 (1983).

44 בש"פ 2871/94 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.6.1994).

45 ראו קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות לבין חוק-היסוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 285–291.

46 זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 326.

חומרת העברה, כשלעצמה, היא עילת מעצר גם ללא בחינת מסוכנות ספציפית.<sup>47</sup> לעומת זאת, דעת המיעוט של השופט מנחם אלון הייתה כי מן הראוי שחומרת העברה לא תהיה שיקול עצמאי ש"בזכותו" ייעצר הנאשם עד תום ההליכים, אלא רק אינדיקציה לקיום חשש לשיבוש הליכי משפט או למסוכנות.<sup>48</sup>

תיקון מס' 9 לחסד"פ משנת 1988 – בתיקון זה<sup>49</sup> הוסף סעיף 21א, שקבע כי חומרת העברה תשמש עילת מעצר רק בהתייחס לרשימה מוגדרת וסגורה של עברות המנויות בסעיף.<sup>50</sup> סעיף 21ב התייחס באופן ספציפי לעברות שעונש-החובה שלהן הוא מאסר-עולם, וקבע כי בית-המשפט חייב לצוות על מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים נגדו אם קיימות ראיות לכאורה לכך שהוא ביצע עברה כזו. דהיינו, מצד אחד נדחתה עמדת הרוב שקדמה לתיקון, שכן לא כל עברה חמורה הוכרה כעילת מעצר, אלא רק העברות החמורות המנויות ברשימה שהופיעה בחוק המתוקן (עברות סמים חמורות, עברות אלימות ואכזריות, עברות כלפי חסרי-ישע); ומצד אחר, גם עמדת המיעוט של השופט אלון לא התקבלה במלואה, משום שחומרת העברה הוכרה בכל-זאת כעילת מעצר בעברות החמורות שנמנו מפורשות בחוק.<sup>51</sup> אכן, רוב השופטים, קיבלו את הוראת סעיף 21א כפשוטה, וקבעו כי חומרת העברה היא עילת מעצר ככל

47 ראו, למשל, את דבריו של השופט יואל זוסמן בב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 671 (1976): "כשהמדובר הוא בעבירות של אלימות ויש בידי המדינה ראיות לכאורה לביסוס האישום, הלכה מלפני בית-משפט זה היא אמנם שמן הדין לעצור את הנאשם. במקרים אלה חזקת הזכאות מפשע נסוגה בפני משקל חומר הראיות שבידי המדינה והצורך להתגבר על גל עבירות האלימות הגואה".

48 ראו, למשל, ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 449 (1986).

49 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 184.

50 וזה נוסח הסעיף: "(א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש, לצוות על מעצרו של הנאשם אם נתקיים אחד מאלה: (1) בית המשפט סבור, על סמך החומר שהוגש לו, כי קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם יביא לידי שיבוש הליכי המשפט או שהנאשם יימלט מן הדין, או שבשל נסיבות העבירה או מהותה קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את חייו של אדם או בטחונו, את שלום הציבור או בטחונו או את בטחון המדינה; (2) הנאשם הואשם בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש עצמי בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי, או שהואשם בעבירה שנעשתה באלימות או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר או באש, או בנסיון או באיום לעבור עבירה כאמור, או שהואשם בעבירה שנעברה בקטין או תוך ניצול מצב המונע התנגדות מהקורבן, או תוך ניצול ליקוי נפשי או שכלי של הקרבן; (3) בית המשפט צווה על מתן ערובה לפי סעיף 33(ב) והערובה לא ניתנה, להנחת דעתו של בית המשפט, או שהופר תנאי מתנאי הערובה או שנתקיימה עילה לביטול שחרור בערובה לפי סימן ב' לפרק זה. (ב) לא יתן בית משפט צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם נוכח לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א) ו-(2) לא יצווה בית משפט כאמור אלא אם כן נתקיימו גם אלה: (1) לא ניתנה להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות; (2) לנאשם יש סניגור או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור. (ג) ... (ד) חומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף קטן (א) ו-(2)".

51 זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 326-327.

שמדובר בעברות שהסעיף מונה.<sup>52</sup> השופט אֶלון, לעומת זאת, פירש את הרשימה כיוצרת חזקה ראייתית בדבר מסופנות, אשר ניתנת להפרכה.<sup>53</sup>

**חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992** – חוק-היסוד מאפשר לפגוע בזכויות המנויות בו, אשר אחת מהן היא החירות ממעצר,<sup>54</sup> רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>55</sup> לנוכח זאת היו שופטים שסברו כי אף שהתכלית ההרתעתית של מעצר הייתה מקובלת בעבר, בעקבות חוק-היסוד אי-אפשר עוד להצדיק את מעצרו של אדם מטעמים של חומרת העברה בלבד. כך, למשל, העובדה שגנבת רכב היא "מכת מדינה" ונדרשת הרתעה של גנבים-בכוח אינה מהווה עילת מעצר כשלעצמה, אלא יכולה לשמש רק אינדיקציה לקיומן של עילות אחרות, כגון שיבוש הליכי משפט או מסופנות ספציפית.<sup>56</sup>

**חקיקת חוק המעצרים בשנת 1996** – בחוק זה התקבלה העמדה שלפיה חומרת העברה אינה עילת מעצר עצמאית. עם זאת, אם מיוחסת לנאשם אחת העברות המנויות בסעיף 21(א)(1)(ג), קמה חזקה ראייתית בדבר מסוכנותו של הנאשם. חזקה זו ניתנת להפרכה, שכן הנאשם רשאי להוכיח כי בנסיבות המקרה ובנסיבותיו האישיות המיוחדות, מסופנות זו אינה מתקיימת.

### 3. העדר חלופה

אם נמצא כי יש ראיות לכאורה לביצוע העברה ומתקיימת עילת מעצר, על בית-המשפט לקבוע אם ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעות חלופה, דהיינו, באמצעות שחרור בערובה וקביעת תנאי שחרור. על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, בדיקת חלופת מעצר נעשית בשני שלבים: בחינת השאלה אם יש מקום לחלופת מעצר, ולאחר-מכן בחינת החלופה עצמה.<sup>57</sup> חלופת מעצר אמורה להשיג את מטרת המעצר. לכן, אם עילת המעצר היא חומרת העברה – דהיינו, המטרה היא הרתעה ושמירה על אמון הציבור – כמעט לא תימצא חלופה הולמת. לעומת זאת, כאשר מדובר רק בחזקה ראייתית, ועילת המעצר גם בעברות החמורות היא אחת

52 ראו, למשל, את דבריו של השופט בך בבש"פ 279/89 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 573, פס"כ 3 (1989): "בקשר לעבירות מהסוג הנדון קיימת עילה למעצרו הנמשך של הנאשם, אף אם אין בית המשפט משתכנע, שיש בשחרורו בערובה של הנאשם כדי לסכן במישרין את שלום הציבור".

53 ראו, למשל, בש"פ 341/89 מדינת ישראל נ' ממן, פ"ד מג(2) 441, פס"כ 5 (1989): "לעניין עבירות אלה... קיימת מאליה הנחה – הנובעת ממהותן ומטיבן... – בדבר קיומם של החששות האמורים, אם הנאשם ימשיך להתהלך חופשי... אלא אם לפי הנסיבות והתנאים שבהם נעברה העבירה אין להסיק מהם על קיומו של חשש לשלום הציבור ולביטחוננו במידה המחייבת לעוצרו עד תום ההליכים... נסיבות ותנאים אלה משתנים הם מעניין לעניין וממקרה למקרה, ואשר-על-כן ישקול השופט, ויחזור וישקול בכל עניין ובכל מקרה, באיזו מידה יש בהם, בנסיבות ובתנאים אלה, כדי להפחית מהסכנה לשלום הציבור ולביטחוננו עד כדי אפשרות שחרורו של הנאשם ממעצרו עד תום ההליכים".

54 ראו ס' 5 לחוק-היסוד.

55 ס' 8 לחוק-היסוד.

56 דעת הרוב בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת).

57 ראו, למשל, בש"פ 9198/04 אבדולייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2004).

העילות הקלסיות של שיבוש או מסוכנות במקרה הפרטני, אזי יש מקום לעיתים לשימוש בחלופה, ובלבד שהיא תבטיח כי הנאשם המסוים לא יסכן את בטחון הציבור ולא ישבש הליכי משפט.<sup>58</sup> לפיכך הכרעתו של חוק המעצרים בעד הגישה הרואה בחומרת העברה רק חזקה ראייתית לקיום עילת מעצר – חזקה הניתנת לסתירה – משמעותה יתר נכונות של בתי-המשפט לבחון קיומן של חלופות מעצר.

בהעדר ראיות לכאורה או עילת מעצר, אי-אפשר – ואין כלל צורך – להגיע לבחינה של חלופת המעצר. כלומר, לא רק שאי-אפשר לצוות על מעצרו של הנאשם, אלא גם אי-אפשר לצוות על שחרורו בתנאים. הדבר עולה במפורש מנוסח סעיף 21(ב) ומן ההבדל הברור בינו לבין סעיף 44, אשר מאפשר שחרור בערובה – אף אם לא התקיימו התנאים של סעיף 21 – לצורך התייצבות למשפט.<sup>59</sup> מדובר בשני מסלולים מקבילים שהציב המחוקק לעניין שחרור בערובה של מי שהוגש נגדו כתב אישום.<sup>60</sup> נאשם שבית-המשפט "אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי סעיף 21", שעליו מדובר בסעיף 44(ב), הוא, בהכרח, אחד משניים: נאשם שאין ראיות לכאורה להאשמתו; או נאשם... שאין עילה למעצרו.<sup>61</sup> על-כן, בהעדר בסיס ראייתי למעצר או עילת מעצר, אף אין בסיס לחלופת מעצר, ובכלל זה "מעצר-בית".

בהקשר של חלופת מעצר יש לציין שני חידושים נוספים של חוק המעצרים. האחד, ביטול חובת המעצר שהייתה נהוגה בעברות שדינן מאסר-עולם. בעבר לא היה בית-המשפט רשאי לשקול חלופת מעצר לנאשם ברצח כאשר היו ראיות לכאורה לביסוס האשמה נגדו.<sup>62</sup> כיום עברת רצח מקימה חזקת מסוכנות, אשר יכולה להיסתר, אם כי בנסיבות נדירות.<sup>63</sup> החידוש האחר הוא עיגון סמכותו של בית-המשפט להורות על עריכת תסקיר מעצר.<sup>64</sup> תסקיר מעצר נערך על-ידי קצין מבחן, והוא כולל את נסיבותיו האישיות של הנאשם, את משמעות המעצר לגביו, את החלופות למעצר ולשחרור, או המלצה בדבר תנאים מיוחדים לשחרור בערובה והפיקוח עליהם.

## ב. חלופת מעצר כביטוי לעקרון המידתיות

עקרון המידתיות נתפס כיום כאחד ההיבטים החשובים של עקרון שלטון החוק.<sup>65</sup> העיקרון משקף את התובנה כי פרט שנפגע מהחלטה או מפעולה מסוימת אינו צריך לשאת בנטל כבד

- 58 זנדברג "חומרת העבירה כעילת מעצר", לעיל ה"ש 19, בעמ' 331.
- 59 לביקורת על כך שהסעיף מאפשר לבית-המשפט לצוות על נאשם להמציא ערובה לשם הבטחת התייצבותו למשפט גם בהעדר סמכות מעצר, ראו רינת קיטאי-סנג'רו "ביקורת הדרישה להמצאת ערובה כתנאי לשחרור ממעצר" הפרקליט – ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 393 (2009).
- 60 ראו בש"פ 2094/97 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 697 (1997).
- 61 ראו בש"פ 63/98 אדזיאשווילי (בנג'ו) נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 163, 160 (1998).
- 62 לשעבר ס' 21 לחסד"פ.
- 63 ראו, למשל, בש"פ 2646/97 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 523 (1997).
- 64 ס' 21 לחוק המעצרים.
- 65 ראו DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 36-158 (2004).

יותר מהנדרש לשם הגשמת המטרה שביסוד ההחלטה או הפעולה.<sup>66</sup> המידתיות התפתחה בישראל כעילת ביקורת שיפוטית על מעשיהן של רשויות ציבוריות, אשר מהווה עילת-מסגרת נוספת לצד עילת הסבירות. במסגרת עילת הסבירות בית-המשפט מאזן בין השיקולים השונים, על-מנת לבדוק אם האיזון שעשתה הרשות הוא בגדר "מתחם הסבירות". המידתיות, לעומת זאת, בוחנת אם האמצעי שננקט להגשמת אותו איזון הוא האמצעי הראוי.<sup>67</sup> החובה לפעול באופן מידתי התפרשה כעוסקת ביחס בין התכלית לבין האמצעים הננקטים להגשמתה.<sup>68</sup> על-כן, לאחר שהוכשרה התכלית, יש לבחון במסגרת דרישת המידתיות שלושה מבחני-משנה:<sup>69</sup> מבחן ההתאמה, הדורש קשר רציונלי בין האמצעי שבחירה הרשות לבין השגת התכלית שביסוד הפעולה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, המורה כי מבין האמצעים החלופיים העשויים לקדם את הגשמת התכלית יש לנקוט את האמצעי שמידת פגיעתו בזכויות המוגנות היא הפחותה; ומבחן המידתיות במונח הצר, שדורש יחס סביר בין הפגיעה בפרט לבין היתרון החברתי הצומח ממנה.<sup>70</sup> מבחן המידתיות נחשב כיום אחד הכלים העיקריים לביקורת שיפוטית על רשויות המנהל, בהיותו אמצעי יעיל למניעת שימוש לרעה בכוח.<sup>71</sup> כיום הוא מהווה בראש ובראשונה תנאי חוקתי, בהיותו חלק מפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו, חלק מהתנאים שחוק חייב לעמוד בהם על-מנת שייחשב חוקתי למרות פגיעתו בזכות-יסוד.<sup>72</sup> סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי –

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

- 66 לסקירת מהותו של העיקרון והרעיון שביסודו ראו Michal Tamir, *Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review*, 12 TEX. J. C.L. & C.R. 43, 66–70 (2006) והאסמכתאות המצוינות שם.
- 67 בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 17 (1995).
- 68 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 57 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 64 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).
- 69 ראו, למשל, בג"ץ 5667/91 ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מו(1) 858, 860 (1992); בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217, 219 (1993); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 435 (1994); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53–54 (1997).
- 70 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 777 (2010).
- 71 ראו Itzhak Zamir, *Unreasonableness, Balance of Interests and Proportionality, in PUBLIC LAW IN ISRAEL* 327, 333 (Itzhak Zamir & Allen Zysblat eds., 1996). למידתיות כעילה מנהלית וכתנאי חוקתי ראו דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).
- 72 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010). לפירוט מרכיבי העילה החוקתית ראו שם, בעמ' 373–454.

עקרון המידתיות אומץ מפורשות גם בחוק המעצרים. ראשית, ברמה ההצהרתית, סעיף 1(ב) לחוק קובע כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". ברמה המעשית החוק קובע, בשורה של סעיפים, כי יש להעדיף תמיד את האמצעי הפוגע פחות.<sup>73</sup> לענייננו חשוב סעיף 21(ב)(1), העוסק במעצר לאחר הגשת כתב אישום וקובע עדיפות לתנאי שחרור ושחרור בערובה – שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה – על מעצר, בהנחה שניתן להשיג באמצעים אלה את מטרת המעצר.

כאן המקום להדגיש כי חלופת מעצר נתפסת כהקלה ביחס למעצר מלא, ואין היא יכולה לשמש חלופה לשחרור. חלופת מעצר צריכה להישקל כאשר ניתן להשיג את תכלית המעצר באמצעי שפגיעתו בנאשם פחותה, ולא כאשר התנאים להשתת מעצר (ראיות, עילה וייצוג) אינם מתקיימים מלכתחילה, שאז יש לדחות את בקשת המעצר ולהורות על שחרור מלא של הנאשם. מכאן שאין לראות בחלופת מעצר חלופה לשחרור, אלא כשמה – חלופה למעצר מלא מאחורי סורג ובריא.

הבחירה בסוג חלופת המעצר נתונה לשיקול-דעתם של השופטים. הרציונל האמור להנחותם בבחירת חלופת המעצר ההולמת הוא הפגת הסיכון העומד ביסודה של עילת המעצר (שיבוש הליכים, התחמקות מהליכי משפט או מסוכנות). חלופת מעצר אינן מהוות אם כן רשימה סגורה,<sup>74</sup> והן כוללות הגבלת חופש התנועה, הגבלת שהייתו של הנאשם לביתו או למקום אחר, הרחקה ממקום מסוים (בדרך-כלל ממקום הימצאותו של המתלונן או ממקום ביצוע הפשע), הטלת מגבלות על מגע או יצירת קשר עם אחרים, ועיכוב יציאה מן הארץ. נוסף על כך ניתן להטיל על הנאשם או על צד שלישי חובות כגון פיקוח של צד שלישי על הנאשם, התייצבות במשטרה או דיווח למשטרה או לקצין מבחן, המצאת סוגים שונים של ערובה, ענידת אזיקים אלקטרוניים, השתתפות בתוכנית טיפול מסוימת,<sup>75</sup> הימנעות מעיסוק במשלח-יד מסוים, התניית יציאה לעבודה בליווי, הפקדת נשק בתחנת המשטרה ועוד.<sup>76</sup> אין ספק כי שחרור בתנאים מגבילים מהווה על-פירוב חלופה עדיפה על מעצר מלא. זאת, מן הסיבה הברורה שחלופת מעצר אינה שוללת את חירותו של הנאשם כליל, אלא אך מגבילה אותה.<sup>77</sup> משום כך, לחלופת מעצר נלווים נזקים פחותים מאלה הנלווים לכליאה מאחורי סורג ובריא. כך, למשל, חלופת מעצר אינה נושאת יסוד קלוני חזק כפי שכליאה נושאת. כמו-כן, חלופת מעצר מאפשרת לנאשם ליהנות מחירויות רבות יותר לעומת עצור, פוגעת פחות בפרטיותו ומתירה לו מרחב גדול יותר לשמירה על רצף החיים ועל קשרים חברתיים.<sup>78</sup>

73 ראו, למשל, ס' 23, הקובע כי שוטר לא יעצור אדם ללא צו אם ניתן להסתפק בעיכוב; ס' 4, הנותן עדיפות למעצר בצו; ס' 13(ב), העוסק במעצר בצו שופט לפני הגשת כתב אישום וקובע עדיפות לשחרור בערובה על מעצר; וס' 46(א), הקובע כי השופט יקבע ערובה ותנאי ערובה במידה שאינה עולה על הנדרש להשגת מטרת הערובה.

74 ראו ס' 48(א) לחוק המעצרים.

75 לדיון בהשגת מטרות שיקומיות באמצעות חלופות מעצר ראו רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 210–212 (2011) (להלן: קיטאי סנג'רו המעצר).

76 להרחבה ראו שם, בעמ' 207–212 וההפניות לפסיקה שם.

77 שם, בעמ' 205.

78 שם, בעמ' 223.

עם זאת, אין להקל ראש בהשפעות השליליות הכרוכות בחלופות המעצר השונות. כך, ריתוק לבית מהווה אף הוא סוג של כליאה כפויה, על כל ההשלכות הנפשיות והמעשיות הנלוות לדבר, כגון הגברת מתח וחיכוכים בבית, ניתוק מפרנסה, והסבת פגיעה כלכלית קשה שעלולה אף לפגוע ביכולתו של הנאשם להשיג ייצוג הולם. נוסף על כך, בריתוק לבית או באיזוק יש כדי לגרום לפגיעה בשמו הטוב של הנאשם, ואף לגרום להשפלתו.<sup>79</sup> לנוכח הנזקים בפועל ובכוח הכרוכים בהטלת תנאים מגבילים, הבחירה בסוג חלופת המעצר כפופה כאמור לעקרון המידתיות. משמעות הדבר היא שאין להטיל תנאים מחמירים מעבר לנחוץ לצורך השגת תכליתה של עילת המעצר.<sup>80</sup>

לסיום, חשוב לציין כי בניגוד למעצר, אין בחוק מגבלה לגבי משך התקופה שבה ניתן להטיל חלופות מעצר.<sup>81</sup> דבר זה יכול לגרום – ואף גורם בפועל – להתמשכותם של הליכי המשפט תקופות ארוכות במיוחד.<sup>82</sup> כמו־כן, בעוד תקופת השהייה במעצר עד תום ההליכים מובאת בחשבון לצורך חישוב תקופת המאסר הכוללת (אם הנאשם נמצא אשם ומוטל עליו עונש מאסר), חלופת המעצר אינה מנוכה מהעונש, ואין התחשבות בחומרתם של התנאים המגבילים.<sup>83</sup>

### ג. היפותזת המחקר – אליה וקוץ בה

מטרת המחקר היא לבחון אם שכרם של נאשמים (חלופת מעצר) אינו יוצא פעמים רבות בהפסדם (אי־שחרורם המוחלט ממגבלות המוטלות על חירותם). השערת המחקר היא שהשופטים בורחים מהחלטות קיצוניות של "שחרור מוחלט" או "מעצר מוחלט" (בעיקר מזו של "שחרור מוחלט"), על־מנת ליצור איזון בין זכויות הנאשם לבין ההגנה על הציבור. הפרקטיקה הננקטת היא שקלול תמורות (trade-off) בין הראיות לעילה, באופן שאינו נתמך

79 שם, בעמ' 224.

80 שם, בעמ' 225. הדבר מופיע גם ב-3142(e)(1)(B), 18 U.S.C. §§ 3142(c)(1)(B), (להרחבה ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 192 ואילך).

81 קיטאי סנגירו המעצר, לעיל ה"ש 75, בעמ' 224.

82 מחקרם של אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל מצא לגבי בתי־משפט השלום כי "בממוצע נגזר דינם של העצורים לאחר 95.4 ימים מהגשת כתב האישום, כאשר עבור מחצית מהעצורים ניתן גזר דין בתוך פחות מ-32 ימים (חציון = 32 ימים). זהו פרק זמן קצר משמעותית מזה של נאשמים שלא נעצרו כלל, שגזר דינם ניתן בממוצע לאחר 447.89 ימים, כאשר עבור מחצית מהנאשמים ניתן גזר דין בתוך פחות מ-351 ימים (חציון = 351 ימים)". לגבי משפטים שהתנהלו לפני בתי־המשפט המחוזיים נמצא כי "בממוצע נגזר דינם של העצורים לאחר 324 ימים מהגשת כתב האישום, כאשר עבור מחצית מהעצורים ניתן גזר דין בתוך פחות מ-237 ימים (חציון = 237 ימים). זהו פרק זמן קצר ממשך ההליך עבור נאשמים שלא נעצרו כלל, שגזר דינם ניתן בממוצע לאחר 565 ימים, כאשר עבור מחצית מהנאשמים ניתן גזר דין בתוך פחות מ-386 ימים (חציון = 386 ימים)". ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פלייליים" 29 (הרשות השופטת – מחלקת מחקר, מאי 2012).

83 שם, בעמ' 225.

לכאורה בהוראות החוק.<sup>84</sup> התוצאה היא שחלופת המעצר אינה מקיימת את מטרתה המקורית – אמצעי מידתי יותר במצבים שבהם מתקיימים התנאים להטלת מעצר מוחלט – אלא משמשת פתרון למצבים שבהם קיימת חולשה באחד המרכיבים המוקדמים המאפשרים להגיע להחלטה בדבר מעצר (ובעקבות זאת לשקילת חלופה אחרת להגשמת מטרתו).

פעמים רבות חלופת מעצר מחליפה את שיקול-דעתו של בית-המשפט בנוגע לשתי השאלות שהן תנאי מוקדם. במילים אחרות, מאחר שקיימת אפשרות ל"חלופה", וזוהי אף אפשרות רצויה ומידתית יותר בעיני המחוקק והפסיקה, הדבר גורם לכך שבית-המשפט אינו מקפיד (ובמקרים קיצוניים אף פוסח) על השאלות המקדמיות בדבר קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר. בעיה זו עמדה ביסוד החלטתה של השופטת רות לורך מבית-המשפט המחוזי, אשר החזירה תיק לבית-משפט השלום על-מנת שידון תחילה בדרישות המקדמיות של ראיות לכאורה ועילת מעצר בטרם ידרוש תסקיר מעצר.<sup>85</sup> באותו עניין הורה בית-משפט השלום על שחרור הנאשמים בתנאים של "מעצר-בית מלא".<sup>86</sup> וכך אמרה השופטת בקבלה את הערר:

בהליך של בקשה של מעצר עד תום ההליכים, מדובר בבחינה הנעשית בשלבים המוגדרים בחוק. תחילה, על בית המשפט לבחון אם קיימות ראיות לכאורה כפי שאלה נקבעו בפסיקה... שאלה זו הינה מקדמית שכן התשובה עליה משליכה על הצורך בבדיקת עילת מעצר. שכן אם אין ראיות לכאורה כלל אין צורך לבחון עילת מעצר... רק לאחר הקביעה בדבר הראיות לכאורה, על בית המשפט לבחון אם קיימת עילת מעצר. אם התשובה לשאלה זו הינה חיובית על בית המשפט לבחון חלופת מעצר...

בענייננו, הוזמן תסקיר של שירות המבחן בטרם מוטבע כלל אם ישנם ראיות לכאורה להוכחת אשמת המשיבים, אם קיימת עילת מעצר, ומהי העוצמה של עילה זו...<sup>87</sup>

אכן, פעמים רבות בית-המשפט "עובר לפי הספר", כלומר, בוחן ראשית את קיומן של ראיות לכאורה, לאחר-מכן פונה לבדוק את עילת המעצר, ולבסוף מתפנה לשאלת חלופת המעצר. אך הרושם שנוצר הוא שמדובר במקרים שבהם אין קושי ברכיבים של ראיות לכאורה או עילת מעצר. הקושי מתעורר כאשר אחד המרכיבים מובהק פחות, ואז מתרחשת אותה "קפיצה לוגית" אל חלופת המעצר. כך, למשל, "ראיות מוחלשות" מובילות להעדפת חלופה במצבים שבהם

84 דוגמה נוספת של שקלול תמורות אשר אינו נתמך עדיין בהוראות חוק אך מקובל מאוד בפרקטיקה ניתן למצוא בעסקות-טיעון. ההחלטה להגיע לעסקת-טיעון כוללת פעמים רבות סחר-חליפין בין דיוות הראיות (או פוטנציאל ההרשעה) לבין חומרת העונש – קטגוריות שאמורות להיות נפרדות מבחינה דוקטרינרית. לבעייתיות של פרקטיקה זו בהעדר הכרעה חקיקתית ברורה בדבר מעמדו של המוסד ראו בהרחבה מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" חוקים ו 49 (2014).

85 עמ"ת (מחוזי מ"ר) 4029-03-08 מדינת ישראל נ' אבו רקייק (פורסם בנבו, 20.3.2008).

86 החלטת בית-משפט השלום ברמלה (השופט דוד שהם).

87 עניין אבו רקייק, לעיל ה"ש 85.



עוצמת הראיות אינה אמורה להספיק למעצר; והקשיים הרבים הכרוכים בהערכת מסופנות מובילים לויתור על דיון אמיתי בשאלת העילה. גם ההגנה מבקשת פעמים רבות חלופת מעצר תוך שהיא טוענת באותה נשימה לאי-התקיימותן של ראיות לכאורה או להעדר עילת מעצר.<sup>88</sup>

## 1. ראיות מוחלשות

הפסיקה פיתחה פרקטיקה שלפיה ניתן "לרפא" את חולשת הראיות בדרך של חלופת מעצר, או בלשונו של השופט אליקים רובינשטיין: "מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר".<sup>89</sup>

בגישת "הראיות המוחלשות" יש קושי עיוני רב, שכן לנוכח לשונו המפורשת של החוק, השאלה אם יש ראיות לכאורה צריכה לקבל תשובה של "כן" או "לא".<sup>90</sup> אם הראיות הגיעו לרף המינימלי של "ראיות לכאורה" – אפשר לעצור את הנאשם (בהתקיים עילת מעצר); אם אין – אסור לעצור את הנאשם או להטיל עליו תנאים מגבילים (למעט לצורך הבטחת ההתייצבות למשפט).<sup>91</sup> הרף המינימלי של "סיכוי סביר להרשעה" הוא אפוא רף הסמכות

88 קו טיעון כזה מוצדק לכאורה רק כאשר ברור כי הדבר נטען כטענות משפטיות חלופיות. ראו, למשל, בש"פ 7258/08 אלקדיפאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2008). הסנגור טען לכשלים ולקשיים חמורים בהערכת הראיות, וכן להפרכת חזקת המסופנות של העורר. בנסיבות אלה הוא ביקש שחלופות המעצר ייבחנו לעומקן, והציע גם אפשרות של תוספת איזוק אלקטרוני לתנאי השחרור.

89 בש"פ 3138/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פס"ט (7) להחלטה (פורסם בנבו, 3.5.2005). ראו גם את דבריו של השופט סלים ג'ובראן בבש"פ 8280/08 מדינת ישראל נ' אבו סנינה (פורסם בנבו, 5.10.2008); את דבריו של השופט ג'ובראן בבש"פ 6955/05 לולחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.7.2005); את דבריו של השופט אליעזר ריבלין בבש"פ 7298/05 נקש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2005); את דבריו של השופט אליהו מצא בבש"פ 327/98 אלגאוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.1998); ואת דבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן בבש"פ 5280/02 מירפולוסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 361 (2002).

90 ראו את דבריו של השופט יצחק עמית בבש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס"ט 4 (פורסם בנבו 8.8.2011): "לכאורה, אין קשר בין השלב הראשון של בחינת חומר הראיות לבין שני השלבים האחרים וניתן היה לצפות להחלטה בינארית של אחת משתיים: אם יש ראיות לכאורה ייבחנו גם שני השלבים הבאים, אך אם אין ראיות לכאורה, מה לי עילת מעצר ומה לי צורך בבחינת חלופת מעצר. יכול הטוען לטעון כי החוק אינו מבחין בין סוגים שונים של ראיות לכאורה ויש להישמר מיצירת סוג ביניים חדש של ראיות לכאורה, אשר בתורו יביא ליצירת סוג ביניים חדש של מעצר עד תום ההליכים".

91 מעניין שקדמי מציין בספרו, מחד גיסא, כי "קיומן של ראיות לכאורה... מהווה תנאי מהותי – הכרחי – למתן צו מעצר כנגד נאשם על-פי הוראות סעיף 21: הן על פי הוראותיו של סעיף 21(א) (1) (מכוחה של סמכות המעצר העיקרית); והן על פי הוראות סעיף 21(א) (2) (מכוחה של סמכות המעצר הנלווית). מסקנה זו מתחייבת לנוכח לשונו המפורשת של הפתח של סעיף 21(ב)...". מאידך גיסא, הוא מציין כי "במהלך השנים, התגבשה בפסיקה הגישה לפיה: בנסיבות שבהן 'עוצמת' הראיה לכאורה 'דלה' – יהיה ב'דלותה' שיקול בזכות שחרור בערובה". קדמי אינו מנסה ליישב את הסתירה. ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון, א 240–241 (2008).

התחתון למעצר ולחלופת מעצר כאחד.<sup>92</sup> כנגד זה ניתן לטעון כי בית-המשפט מתייחס למצב שבו הראיות מוחלשות כאל מצב שבו יש "ראיות לכאורה" אלא שניתן לשחרר לחלופה. טיעון זה נסמך על הקרבה שבין מבחן דיות הראיות לצורך החלטה להעמיד לדין לבין מבחן דיות הראיות לצורך מעצר עד תום ההליכים. "ראיות מספיקות לאישום" לעניין סעיף 62 לחסד"פ הן כאלה שעומדות במבחן "האפשרות הסבירה להרשעה",<sup>93</sup> ומבחן זה דומה מאוד למבחן דיות ה"ראיות לכאורה" לצורך מעצר עד תום ההליכים.<sup>94</sup> על-פי קו מחשבה זה, מאחר שהתביעה אינה אמורה להגיש תיק בלי ראיות לכאורה, הבדיקה העיקרית היא אם הן חזקות או גבוליות, דהיינו, ברף העליון של תחום הראיות או ברף התחתון שלו. הסבר זה אינו מניח את הדעת, משום שבעוד רף הראיות המינימלי להעמדה לדין אינו גורר שלילת חירות מיידית, ולנאשם נתונה עדיין האפשרות להילחם על חפותו, קביעה בדבר "ראיות לכאורה" למעצר עד תום ההליכים גוררת שלילת חירות מיידית ועל-כן מחייבת הקפדה יתרה. לכן בקביעה כי מסכת ראיות שמעוררת ספק ביחס לעוצמתה גוררת חלופת מעצר יש משום הורדת הרף שנקבע בחוק. נראה כי גישת הראיות המוחלשות משחררת את בית-המשפט מן הצורך להכריע בשאלת הראיות לכאורה, ו"משקיטה" את מצפונו כאשר הוא אינו משוכנע בעוצמת הראיות.<sup>95</sup> אכן, גישה זו עוזרת לנאשמים רבים אשר אלמלא כן היו נעצרים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם, אבל מאידך גיסא היא פוגעת בנאשמים אחרים אשר לאחר בירור עובדתי הולם היו משוחררים ללא תנאים מגבילים.<sup>96</sup> למרות הקושי הרעיוני, הלכת "הראיות המוחלשות" היא הלכה רווחת, שנעשה בה שימוש רב ביותר.<sup>97</sup>

## 2. קשיים בהערכת מסופנות

"הקפיצה הלוגית" לחלופת המעצר מתבטאת לעיתים גם בהעדר דיון הולם בעילת המעצר, בעיקר במצבים שבהם קיימת חזקת מסופנות. דומה שבמקרים רבים לא נעשה בירור מספיק של

92 ראו לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 554 ו-625.

93 ראו בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10 (1997).

94 ראו ה"ש 40 לעיל והטקסט שלידה.

95 פעמים רבות הערכאות השיפוטיות מקפידות – ולו מבחינת הרטוריקה של החלטות המעצר – לציין כי אף שמדובר בראיות מוחלשות, הן מקיימות את התנאי הבסיסי של "ראיות לכאורה". ראו, למשל, בש"פ לולחי, בש"פ נקש ובש"פ אלגאוי, לעיל ה"ש 89. אם כך, מדוע הערכאה השיפוטית נדרשת לעשות שימוש במונח "ראיות מוחלשות" וליצוק בו תוכן, וכיצד ניתן להצדיק החלטות המורות על בחינת חלופת מעצר בחולשתן של הראיות כאשר כבר נקבע כי יש ראיות לכאורה?

96 לעמדה בדבר חשיבותו של הבסיס הראייתי ראו דליה דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13, 25 (1997): "המחסום האפקטיבי למניעת מעצרי שווא, או למצער מעצרים מיותרים, מצוי ברשיה לחד-משמעיות של חומר הראיות שמציגה התביעה".

97 ראו, למשל, האסמכתאות הרבות המובאות על-ידי השופט עמית בבש"פ פלוני, לעיל ה"ש 90, פס' 4 להחלטתו.

עצם שאלת המסוכנות, ותחת זאת התפתח נוהג של בקשת תסקיר מעצר וקביעת חלופה במקרים המתאימים.<sup>98</sup>

קיים קושי רב לנבא מסוכנות. לגבי עברות מסוימות קושי זה נפתר בכך שקיימת חזקת מסוכנות שעל הנאשם הנטל להפריכה. העברת נטל ההוכחה ביחס לעילת המעצר אל כתפי הנאשם מעוררת כמה קשיים חוקתיים. ראשית, היא פוגעת בחזקת החפות, משום שהיא מעמידה ביסודה את ההנחה שהנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו ומכאן מסוכנותו.<sup>99</sup> שנית, היא פוגעת בהשלכה הבסיסית ביותר של חזקת החפות: חובת המאשים – ולא הנאשם – להוכיח את טענותיו.<sup>100</sup> שלישית, חזקת המסוכנות מבוססת על הנחה בדבר פוטנציאל אישיותו העבריינית של האדם, כאשר העברה טרם הבשילה במוחו וייתכן שלא תבוצע כלל. בכך נשללת ההתייחסות לאדם כאחראי למעשיו וכבעל שליטה בהתנהגותו.<sup>101</sup> רביעית, גם לגופו של עניין, לא בכל המקרים מצביע נסיון החיים על קשר הכרחי בין חומרת העברות השונות הנזכרות בחזקה לבין הסכנה שהן יבוצעו יותר מפעם אחת. לעומת זאת, קיימות קבוצות של עברות שעבריינים נוטים לחזור עליהן ואשר אינן נכללות בחזקה.<sup>102</sup> על-כן, החלטת מעצר המביאה בחשבון את טיבה של העברה וחומרתה כשיקול בלעדי, נוגדת את זכות העצור לבחינה פרטנית של התאמתו לשחרור.<sup>103</sup>

יש הטוענים כי בעיות אלה מחייבות לדרוש רמת ראיות גבוהה יותר כאשר מדובר בעילת המסוכנות הנובעת מהחזקה, להבדיל מעילות שעניינן תקינות המשפט.<sup>104</sup> אך המציאות מעידה דווקא על פרקטיקה שונה, אשר לא זו בלבד שאינה דורשת ראיות מוגברות כדי להקים את חזקת המסוכנות, אלא לעיתים אף מניחה אותה כחזקה כמעט חלוטה כל אימת שמתקיימות ראיות לכאורה. כך, למשל, אמר השופט מישאל חשין בתיק שעניינו ידווי אבנים:

**משראינו כי יש בתיק המשטרה ראיות לכאורה להוכחת האשמה, נסיק מעצמו מסקנה כי הוכחה עילה למעצרו של המשיב. אדם היורה אבנים בשוטרים המבקשים להשליט סדר ברחוב ציבורי, מלמד על עצמו כי עלול הוא להוסיף ולסכן ביטחוננו של אדם או את ביטחון הציבור... אכן, אדם שהוכיח עצמו כי**

98 משיחות עם פרקליטי מחוז עולה כי בעברות הנדונות בבית-המשפט המחוזי לא מתקיים כלל דיון בשאלת המסוכנות, אלא רק בשאלת הראיות. מאחר שעברות אלה הן מלכתחילה עברות חמורות, חזקת המסוכנות מונחת מאליה.

99 השו"ק קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות לבין חוק-היסוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 292.

100 שם, בעמ' 307–311.

101 ראו רינת קיטאי סנג'רו "האומנם גניבת בקבוק בושם מחנות קוסמטיקה מסכנת את ביטחון הציבור? על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור" עלי משפט ד 325, 333–334 (להלן: קיטאי סנג'רו "על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור").

102 ראו ביין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 349–350.

103 קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות לבין חוק-היסוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 293.

104 ראו ביין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 369.

**כוונת-מכוון מרים הוא אבן על איש אשר החברה שלחה אותו להשליט  
משטר וסדר, חלופת מעצר לא תסכון למונעו מעשות שוב מעשה שעשה.<sup>105</sup>**

על-פי הפסיקה, רק חולשה ראייתית או נסיבות אישיות מיוחדות יצליחו להפריך את חזקת המסופנות.<sup>106</sup> בית-המשפט קושר את היכולת להפריך את חזקת המסופנות עם עוצמת הראיות, אשר אמורה לכאורה להיבחן באופן עצמאי מהעילה, וקובע כי חולשת הראיות תסייע בהמרת מעצר בחלופה. אכן, ניתן להסביר זאת בכך שביחס לעברות אלה ככל שהבסיס העובדתי חזק יותר, גם המסופנות גבוהה יותר, ולעומת זאת חולשת הראיות מצביעה על מסופנות חלשה יותר. אלא שהחוק אינו מסמיך עריכת שקלול תמורות בין ראיות ומסופנות, ויתרה מזו, מדובר בגורמים הנקבעים על-פי ראיות שונות.<sup>107</sup>

קישור בעייתי מבחינה עיונית בין הראיות לעילה נעשה גם במצבים שבהם הנאשם שומר על זכות השתיקה. באשר לכך קבע בית-המשפט העליון כי "אם נאשם בוחר בזכות השתיקה ומשאר את רשות הדיבור למעשה בעצמו ולבדו, עלול הנאשם להתקשות מאוד בניסיון להפריך את חזקת המסוכנות".<sup>108</sup> אכן, השתיקה מחזקת את הראיות האחרות המסככות נאשם בביצוע העברות המיוחסות לו, ועל-כן היא מסייעת בביסוס המרכיב הראשון הנדרש למעצרו – ראיות לכאורה.<sup>109</sup> אולם יש קושי רעיוני בקשירת השתיקה לעילת המעצר, אשר אמורה לפי לשון החוק להיקבע באופן עצמאי משאלת הראיות.

דומה כי גם נסיבות אישיות חריגות המפריכות את החזקה יובילו לקביעת חלופה, ולא לשחרור ללא תנאים. כך היה במקרה קיצוני שהיווה את התמריץ למחקר הנוכחי. מדובר בסכסוך ארוך-שנים בין המתלונן לנאשם. הנאשם הוא אדם נורמטיבי, בעל עבודה קבועה וללא עבר פלילי. לעומתו, המתלונן נידון בעבר למאסר בגין דקירת הנאשם, שגרמה לנכותו. לאחר שחרורו מהכלא חזר המתלונן להתנכל לנאשם, אשר ניסה בכל כוחו להתעלם ממנו ולהימנע מחיכוכים מיותרים. בערב האירוע רדף המתלונן אחר הנאשם ותקף אותו בסכין גדולה מתוך כוונה לפגוע בו. במאבק הקשה שהתפתח ביניהם הצליח הנאשם, אף שנפצע באצבעותיו, להשתלט על הסכין, ותוך כדי המאבק דקר את המתלונן בבטנו. התיק הובא בתחילה לפני שופט תורן, אשר בהתאם למה שנדמה כפרקטיקה המקובלת, הניח כי חומרת המעשה ותוצאתו יוצרות מסופנות. עם זאת, בשל הנסיבות המיוחדות הורה על עריכת תסקיר מעצר לשם בחינת חלופה.<sup>110</sup> לאחר קבלת התסקיר הועבר התיק לשופטת איריס לושי-עבודי, אשר סירבה

105 בש"פ 7171/00 מדינת ישראל נ' חאמד, פ"ד נד(4) 729, 731–732 (2000) (ההדגשות הוספו).  
106 ראו בש"פ 6466/06 עקול נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2006).  
107 בעוד הראיות היוצרות את הבסיס העובדתי לעברה חייבות להיות קבילות (ראו לעיל ה"ש 43–44 והטקסט שלידן), הראיות לצורך בחינת מסופנות יכולות לכלול עבר פלילי וכדומה. ראו בש"פ 2857/01 מוגרבי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 826, 828–829 (2001); בש"פ 142/90 פורטלאונה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.1.1990).  
108 בש"פ 8638/96 קורמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 200, 207 (1996). ראו גם בש"פ 5412/07 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2007).  
109 ראו בש"פ 1171/04 מדינת ישראל נ' עמר (פורסם בנבו, 5.2.2004).  
110 השופט ירון לוי, החלטה מיום 12.2.2008.

"לקפוץ" לקביעתה של חלופה בלא דיון בספקות העולים לגבי עצם קיומה של עילת המעצר. גישה זו הובילה אותה למסקנה כי בנסיבות המיוחדות של המקרה נסתרה חזקת המסופנות, ואין להטיל על הנאשם אפילו חלופה.<sup>111</sup>

#### ד. מתודולוגיה

שילוב הנסיבות המיוחד המתקיים בדיני המעצרים מחייב מחקר אמפירי: ראשית, דיני המעצרים מהווים מצב ייחודי שבו הפגיעה בכבוד ובחירות היא תוצאה מפורשת של הוראות החוק, להבדיל מתוצאה של פעולה בניגוד לדין של בעלת הסמכות. החוק מודע לכך שמדובר בפגיעה בחזקת החפות של מי שטרם הורשעו, אך למרות זאת מאפשר את מעצרו – תוך מודעות לכך שייחכן כי ייעצרו גם כאלה אשר בסופו של יום יצאו זכאים – וזאת על-מנת להגן על אינטרסים אחרים. שנית, על-מנת למזער את המקרים שבהם ייעצרו חפים, וכן למנוע מעצר אנשים שרירותי על-פי שיקול-דעתה האקראי של השופטת היושבת בדין, החוק מתווה תנאים ברורים למעצר. על-כן בדיקה אם החוק השיג את מטרתו, שלפיה ייעצרו רק אלה שמתקיימים לגביהם התנאים של ראיות לכאורה ועילת מעצר, אינה יכולה להיעשות על-דרך בחינת התכלית והמידתיות של הפגיעה בכבוד האדם וחירותו במקרה פרטני זה או אחר, אלא רק על-דרך בחינה אמפירית.

המחקר בוחן את ההשערה בדבר שקלול התמורות בין הראיות לעילה וה"קפיצה" הנעשית לחלופת מעצר באמצעות ניתוח כמותי. המשתנה התלוי הוא שמי (שחרור, שחרור לחלופת מעצר, מעצר), והמטרה היא להראות כיצד המשתנים הבלתי-תלויים (כגון ראיות לכאורה, קיומה של חזקת מסופנות, קיום תסקיר מעצר בתיק) משפיעים עליו. באופן מעשי, מאחר שאף לא באחת מהחלטות שנדגמו הייתה התוצאה שחרור מוחלט, נהפך המשתנה התלוי לדיכוטומי: מעצר מלא או חלופת מעצר. משום כך, ניתוח זה נעשה באמצעות שיטה של רגרסיה לוגיסטית, דהיינו, רגרסיה שבה המשתנה התלוי הוא איכותי (תוצאה), ולא כמותי, ודיכוטומי.

לצורך המחקר נדגמו החלטות מעצרים מתוך המאגרים המשפטיים "נבו" ו"דינים", אשר כוללים את כל ההחלטות שבית-המשפט מאשר את פרסומן. מתוך המאגרים נשלפו 200 תיקים אקראיים על-פי מילות חיפוש "מעצר עד תום ההליכים" וחיתוך שנים אחרונות – 100 החלטות של בתי-משפט שלום (35 ממחוז מרכז, 4 ממחוז תל-אביב, 31 ממחוז דרום, 16 ממחוז חיפה, 8 ממחוז נצרת ו-6 ממחוז ירושלים) ו-100 החלטות של בתי-משפט מחוזיים (24 ממחוז מרכז, 21 ממחוז תל-אביב, 27 ממחוז חיפה, 10 ממחוז צפון, 11 ממחוז ירושלים ו-7 ממחוז דרום). כל ההחלטות ניתנו לאחר שבית-המשפט העליון קבע את הלכת "הראיות המוחלשות", ובעיקר בשנים 2009–2010.

בכל ההחלטות ביקשה התביעה "מעצר עד תום ההליכים" והסנגוריה התנגדה.<sup>112</sup> ביחס לכל החלטה נבדקו המשתנים הבאים: סוג העבירה (אם מדובר בעבירה שיוצרת חזקת מסופנות

111 ב"ש 1051/08 (שלום רח') מדינת ישראל נ' בלטה (פורסם בנבו, 25.3.2008).

או לא); ראיות לכאורה; ראיות מוחלשות; קיומו של תסקיר מעצר בתיק; עילת מסוכנות; עילת התחמקות מהליכי משפט; עילת שיבוש הליכי משפט; תוצאה בפועל. מובן שערכיהם של המשתנים הסובייקטיביים, דוגמת התקיימותה של עילת מסוכנות, הם לפי קביעת השופטת היושבת בדין, ולא לפי טענת אחד הצדדים.

המשתנים סוג העברה, תסקיר מעצר, עילת מסוכנות, עילת התחמקות מההליכים ועילת שיבוש הליכי משפט קודדו כ-0 או כ-1 (קידוד של משתנה-דמה): לגבי המשתנה סוג העברה, 1 מצייין עברה שיוצרת חזקת מסוכנות, ו-0 מצייין עברה שאינה יוצרת חזקה כזו; ולגבי שאר המשתנים, 1 מצייין קיום (של תסקיר או של עילה) ו-0 מצייין העדר.

לנוכח חשיבות המשתנה "ראיות לכאורה", הוא פוצל לשני משתנים נפרדים: המשתנה "ראיות לכאורה" והמשתנה "ראיות מוחלשות". שני המשתנים קודדו כמשתנה-דמה, וקיבלו את הערכים 0 או 1: הערך 0 מצייין העדר ראיות, ואילו הערך 1 מצייין קיומן של ראיות ("ראיות לכאורה" או "ראיות מוחלשות").

למשתנה "תוצאה בפועל" ניתן קידוד של 1, 2 או 3: הערך 1 משמעו שחרור מוחלט; הערך 2 משמעו שחרור לחלופת מעצר, בין בפועל ובין בכוח (קרי, החלטה שלפיה הנאשם ישתחרר למעצר-בית ברגע שיעמוד בתנאי כגון הפקדת ערבות); והערך 3 משמעו מעצר מוחלט. לאחר-מכן בוצעו לגבי הנתונים התהליכים הבאים:

1. נערכה רגרסיה לוגיסטית מרובה (multivariate) ובצעדים (stepwise regression) ביחס למאגר הכולל של הנתונים. זאת, על-מנת לבחון לאילו מבין המשתנים הבלתי-תלויים יש השפעה על התוצאה, ומה מידת מובהקותה של התוצאה. מובהקותו של כל משתנה נבחנה באמצעות p-value, וכן הוצגו המקדמים של כל אחד ממשתני הרגרסיה, על-מנת לבחון את מידת השפעתם.
2. נעשתה הדמיה של יכולת הניבוי של המודל, דהיינו, ניסוי של המודל על הנתונים עצמם, תוך שימוש במודל שהופק על-ידי הרגרסיה הלוגיסטית.
3. כדי לבחון בצורה עמוקה יותר את התלות בין המשתנים הבלתי-תלויים למשתנה התלוי, נערכה בדיקה נפרדת של כל משתנה בלתי-תלוי שנמצא משפיע ברגרסיה הלוגיסטית. לגבי כל משתנה כזה נעשתה טבלה הבוחנת את מידת מובהקותו והשפעתו באמצעות מבחן  $\chi^2$  (chi-square test).
4. כל הבדיקות הללו נעשו שוב בנפרד ביחס למאגר של בית-המשפט המחוזי וביחס למאגר של בית-משפט השלום.
5. נבחן אם קיימת אינטראקציה בין המשתנים, דהיינו, נבדק אם לצד השפעתו של כל משתנה בלתי-תלוי בנפרד ניתן לראות גם השפעה של צירופים מסוימים של שני משתנים בלתי-תלויים על המשתנה התלוי.

112 אם החלטה מסוימת כללה כמה נאשמים, נבחר זה שמתאים לדרישות המחקר (דהיינו, זה שלגביו ביקשה התיבה מעצר ואילו הסנגוריה התנגדה), ובקובץ הנתונים נרשמה הערה לאיזה נאשם מתייחסים.

קיימים כמובן גורמים משפיעים נוספים על החלטות מעצרים, כגון מאפייני השופטים היושבים בדין (מדובר בהחלטות של דן יחיד)<sup>113</sup> וסוג העבירה המדויק (מין, אלימות, רכוש וכדומה). באשר למאפייני השופטים, במחקר זה בחרתי במכוון לא לערוך את החיתוכים הקשורים לשופטים, וההחלטות נדגמו באקראי ללא התייחסות לזהות השופטים או למחוז השיפוט (אם כי הנתונים דווחו בטבלה). מאחר שמדובר בהחלטות בדבר מעצר עד תום ההליכים, ההנחה היא שהן ניתנות על-ידי שופטים פוליטיים מקצועיים, להבדיל מהחלטות במעצרי-ימים, הניתנות גם על-ידי שופטים אזרחיים תורנים. מטרת המחקר אינה לבחון מקרה זה או אחר, אלא לבחון באופן כמותי אם חלופות המעצר משמשות למטרות המקוריות. לעניין סוג העבירה, המשתנה היחיד הרלוונטי לעניין זה הוא אם העבירה היא כזו היוצרת חזקת מסוכנות, ומשתנה זה הובא בחשבון. על-כן במדגם אקראי דווקא נטרול המשתנה של סוג העבירה הספציפית מאפשר לבחון את התוצאות על-פי כל סוגי העבירות, ולמקד את הבחינה בהשפעתה של עילת המעצר, שהרי עילות של שיבוש, התחמקות מהליכי משפט או מסוכנות פרטנית (שאינה נלמדת מחזקה) יכולות להתקיים לגבי כל סוגי העבירות.

## ה. ממצאים

### 1. תוצאות

1. בכל ההחלטות – אשר נדגמו בצורה אקראית ואשר בכולן ביקשה התביעה מעצר עד תום ההליכים והסנגוריה התנגדה – לא הייתה אפילו תוצאה אחת של שחרור מוחלט.
2. בכל ההחלטות שנדגמו נקבע בסופו של דבר כי הנאשם מסוכן, וזאת בין כתוצאה מאי-הפרכתה של חזקת מסוכנות ובין על-ידי קביעת מסוכנות פרטנית. דהיינו, בשום מקרה לא הופרכה חזקת מסוכנות (שנוצרה עקב סוג העבירה).
3. בבדיקת רגרסיה לוגיסטית של מאגר הנתונים הכולל (ראו טבלה 1 בנספח) נמצאו שלושה משתנים מובהקים: ראיות לכאורה, ראיות מוחלשות ותסקיר מעצר. הייתה עדות מסוימת לאינטראקציה בין קיומו של תסקיר מעצר לבין ראיות מוחלשות, אך היא הוסרה בשל העדר מובהקות.
4. המשתנה המשפיע ביותר – כלומר, המשתנה שעוצמת הקשר בינו לבין התוצאה היא הגבוהה ביותר – הוא ראיות מוחלשות, כפי שניתן להסיק ממקדם הרגרסיה של המשתנה (3.1149); המשתנה השני המשפיע ביותר הוא ראיות לכאורה (לפי ערכו המוחלט של המקדם); והמשתנה השלישי הוא תסקיר מעצר (ראו טבלה 2 בנספח).
5. בבדיקת יכולתם של שלושת המשתנים האלה לנבא יחדיו את התוצאה, נמצא כי הם מצליחים לנבא אותה ב-68.3% (ראו טבלה 3 בנספח).
6. בבדיקה פרטנית של המשתנה תסקיר מעצר נמצא, כאמור, כי הוא משתנה מובהק ( $\chi^2=9.4363$ , p-value=0.0021). על-פי הנתונים (ראו טבלה 4 בנספח), כאשר לא התבקש

113 במחקר זה לא נבדק משתנה השופט/ת. במחקרים עתידיים, עם מסגרת דגימה גדולה יותר, יהיה אפשר לבדוק אם יש שופטים "משחררים" ושופטים "עוצרים".

- בתיק תסקיר מעצר, התוצאה ברוב המקרים (72.52%) היא מעצר. לעומת זאת, כאשר התבקש בתיק תסקיר מעצר, התוצאה מתחלקת כמעט שווה בשווה בין חלופת מעצר (49.28%) לבין מעצר (50.72%).
7. בבדיקה פרטנית של המשתנה ראיות לכאורה נמצא כי הוא מובהק ( $\chi^2=66.7121$ ,  $p\text{-value}<0.0001$ ). מן הנתונים (ראו טבלה 5 בנספח) עולה כי תוצאה של מעצר מלא מתקבלת כמעט אך ורק במקרים שבהם יש ראיות לכאורה. לעומת זאת, תוצאה של חלופת מעצר מתחלקת באופן שווה למדי בין מקרים שבהם יש ראיות לכאורה (54.29%) לבין מקרים שבהם אין ראיות לכאורה (45.71%).
8. בבדיקה פרטנית של המשתנה ראיות מוחלשות נמצא כי הוא מובהק ( $\chi^2=64.1091$ ,  $p\text{-value}<0.0001$ ). על-פי הנתונים (ראו טבלה 6 בנספח), ברוב המקרים (76.79%) שבהם אין ראיות מוחלשות (דהיינו, יש ראיות לכאורה), התוצאה היא מעצר. לעומת זאת, קיומן של ראיות מוחלשות מכריע את הכף באופן מוחלט כמעט (96.88%) לטובת תוצאה של חלופת מעצר.
9. בבדיקה ההחלטות שניתנו בבתי-המשפט המחוזיים נמצא כי הגורמים המשפיעים הם קיומן של ראיות לכאורה וקיומו של תסקיר מעצר, לפי הסדר הזה (ראו טבלה 7 בנספח). יכולת הניבוי של התוצאה במחוזי היא 73.8%. בדיקת המשתנה תסקיר מעצר באופן נפרד העלתה מובהקות והשפעה ( $\chi^2=18.5754$ ,  $p\text{-value}<0.0001$ ). כפי שעולה מהנתונים (ראו טבלה 8 בנספח), מבין המקרים במחוזי שבהם התוצאה היא חלופת מעצר יש רוב מכריע לקיומו של תסקיר מעצר (80.95%). גם בדיקת המשתנה ראיות לכאורה מעידה על מובהקות והשפעה מרובה ( $\chi^2=28.3154$ ,  $p\text{-value}<0.0001$ ). על-פי הנתונים (ראו טבלה 9 בנספח), התוצאה במחוזי היא מעצר אך ורק במקרים שבהם יש ראיות לכאורה.
10. בבדיקת ההחלטות שניתנו בבתי-משפט השלום נמצא כי הגורמים המשפיעים הם ראיות מוחלשות וסוג העבירה, לפי הסדר הזה (ראו טבלה 10 בנספח). יכולת הניבוי של המודל לגבי בית-משפט השלום היא הנמוכה ביותר 65.7%. בבדיקת המשתנה סוג העבירה בנפרד נמצא כי הוא אינו מובהק, אם כי ניתן בהחלט להבחין בתלות בין קיומה או אי-קיומה של חזקת מסופנות לבין התוצאה ( $\chi^2=2.6072$ ,  $p\text{-value}=0.1064$ ). על-פי הנתונים (ראו טבלה 11 בנספח), 72.55% מהמקרים בשלום שהסתיימו במעצר מלא הם מקרים של עבירה היוצרת חזקת מסופנות. בדיקה נפרדת של המשתנה ראיות מוחלשות מצביעה על מובהקות והשפעה יתרה ( $\chi^2=64.1091$ ,  $p\text{-value}<0.0001$ ). כפי שעולה מהנתונים (ראו טבלה 12 בנספח), תוצאה של חלופת מעצר בשלום מתחלקת שווה בשווה בין מצבים שבהם יש ראיות מוחלשות לבין מצבים שבהם אין ראיות מוחלשות (דהיינו, יש ראיות לכאורה). לעומת זאת, 98.04% מהמעצרים בשלום הם כאשר הראיות אינן מוחלשות.

## 2. מסקנות

1. הממצאים מעידים על השפעה בולטת ביותר של משתנה הראיות, באופן המאשש את ההנחה שקיימת בישראל הסתמכות רבה ביותר על הראיות בהחלטות מעצרים. אומנם, מאחר שבסופו של דבר בכל החלטות המדגם נקבעה מסופנות (בין על בסיס פרטני ובין כתוצאה מאי-הפרכה של חזקת המסופנות), אי-אפשר לקבוע כי ההסתמכות על הראיות גבוהה מההסתמכות על העילה, משום שמתקיימת לכאורה עילה. עם זאת, יש לזכור כי



- מהיות המעצר אמצעי מניעתי (להבדיל מעונשי ולהבדיל מהרתעת), המחייב עילת מעצר, נובע לכאורה כי לעילות המעצר אמורה להיות השפעה מכרעת על התוצאה. העדר ההשפעה של העילות שיבוש הליכי משפט והתחמקות מהליכי משפט מעיד כי דווקא עילת המסוכנות – שהיא הבעייתית יותר בשל פגיעתה בחזקת החפות – היא המשפיעה על החלטות מעצרים, ככל שבתי המשפט מקפידים על דרישת העילה.<sup>114</sup>
2. העובדה שבכל המקרים נקבעה מסופנות יכולה לנבוע מעצם העובדה שהמדגם האקראי כלל רק החלטות שבהן ביקשה התביעה מעצר עד תום ההליכים, דהיינו, הניחה מראש שהנאשם המסוים מסוכן או שלא הופרכה חזקת המסופנות. העובדה שבכל המקרים שבהם התקיימה חזקת מסופנות היא לא הופרכה נובעת, בין היתר, מכך שקל יותר לתביעה להוכיח מסופנות כאשר דיני הראיות לטובתה.
3. עם זאת, הממצא באשר לחזקת המסופנות מעיד כי היא חזקה כמעט חלוטה. אף לא באחד מהמקרים שנדגמו נקבע כי החזקה הופרכה באופן שמוכיל לשחרור. לכל-היותר הוחלט במצב כזה על שחרור לחלופת מעצר. כך, למשל, בבית-משפט השלום, 56.92% מהעבירות היוצרות חזקת מסופנות הסתיימו במעצר, והיתר הסתיימו בחלופת מעצר.
4. הממצא שלפיו תוצאה של חלופת מעצר מתחלקת כמעט שווה בשווה בין מצבים שבהם קיימות ראיות לכאורה לבין מצבים שבהם קיימות ראיות מוחלטות מעיד באופן ברור כי חלופות מעצר משמשות למצבים שבהם יש קשיים בתנאים המוקדמים באותה מידה שבה הן משמשות למטרתן המקורית – אמצעי מידתי יותר במצבים שבהם ניתן להטיל מעצר. כלומר, בממצאים קיימות אינדיקציות ברורות להשערת המחקר בדבר "קפיצה" לחלופת מעצר גם במצבים שבהם לכאורה לא מתקיימים התנאים למעצר. מסקנה זו יש לסייג מעט: המדגם הוא אומנם אקראי, אך הוא כולל רק מקרים שבהם ביקשה התביעה מעצר עד תום ההליכים והסנגוריה התנגדה ולכן נדרשה הכרעת בית-משפט. כאשר הראיות ברורות, תיתכן הסכמה על מעצר, ולכן תיקים אלה לא יופיעו בהיקפם המלא במדגם. במקרה כזה חלקם של תיקי "הראיות המוחלטות" יורד, אך עדיין אין להמעיט מחשיבותם.
5. העובדה שאף לא אחת מההחלטות הורתה על שחרור מוחלט מעידה על רתיעה של בית- המשפט מהחלטה קיצונית של שחרור מוחלט, אף שהחלטה זו מתחייבת לעיתים מהוראות החוק (למשל, בגין חולשת הראיות או הפרכת חזקת המסופנות). ניתן אומנם לטעון כי התביעה מגישה כתבי אישום רק בהתקיים ראיות לכאורה, ולכן לא מתקיימים מצבים שבהם נאשמים משוחררים לחלוטין. כאמור, המבחן להגשת כתב אישום הוא "סיכוי סביר להרשעה", ומבחן זה דומה מאוד לקיומן של "ראיות לכאורה". עם זאת, חזקת החפות והעובדה שמעצר (להבדיל מהגשת כתב אישום) שולל חירות מחייבות הקפדה על עילות מעצר וקשר אוטומטי פחות בין הגשת כתב אישום לבין מעצר או חלופותיו.
6. מאחר שתסקיר אינו דרישת-חובה לצורך מעצר, אלא כלי שבאמצעותו בית-המשפט יכול להחליט אם אפשר להסתפק בחלופת מעצר ואילו חלופה להטיל, כל שאפשר ללמוד מן

114 במדגם האקראי היו מקרים שבהם התקיימה עילת שיבוש לצד מסופנות, אך לא היו מקרים שבהם התקיימה עילת שיבוש ללא מסופנות.

הנתונים הוא באילו מקרים יש לבית-המשפט נטייה לבקש תסקיר. כמצופה, כאשר בית- המשפט מגיע למסקנה כי התקיימו התנאים למעצר מוחלט, הנטייה היא לא לבקש תסקיר. כאשר נשקלת חלופה, הנטייה היא לבקש תסקיר. העובדה שבמקרים אלה התוצאה נחלקת כמעט שווה בשווה בין מעצר לחלופה יכולה להעיד על התייחסות עניינית לתסקיר.

7. העובדה שמשנתה הראיות משפיע יותר מהמשנתה תסקיר מעצר מרמזת גם שהשחרור לחלופת מעצר ניתן בשל "ראיות מוחלשות" יותר מאשר בשל הצגת חלופה מספקת (שתסקיר המעצר הוא אינדיקציה לגביה), שהרי מטרתה המקורית של החלופה היא להוות אמצעי מידתי יותר דווקא מקום שקיימות ראיות לכאורה.

לסיכום, הממצאים מאששים באופן ברור את השערת המחקר, שלפיה חלופות מעצר משמשות לא רק למטרות המקורית – אמצעי מידתי במצב שבו אפשר להטיל מעצר. חלופות המעצר משמשות לא פחות מכך פתרון למצבים שבהם קיימת בעייתיות סביב המשנתה שהוא ללא ספק המרכזי בהחלטות בתי-המשפט – משנתה הראיות.

מסקנות המחקר מאששות את ההשערה בדבר "קפיצה" לחלופת מעצר בעברות היוצרות חזקת מסוכנות, ובדבר אי-היכולת בפועל להפריך את החזקה לחלוטין באופן המוביל להחלטת שחרור.<sup>115</sup> לעומת זאת, אין ביכולתם של הממצאים לאשש או להפריך את השערת המחקר בדבר שקלול תמורות בין העילה לראיות, שכן בכל המקרים נמצא כי יש עילה למעצר ולא נמצאו אינטראקציות ברורות בין המשתנים. עם זאת, השערה זו קיבלה חיזוק ברור בדבריו של השופט יצחק עמית בהחלטה שניתנה לאחר סיום מחקר זה:

ואכן, הפסיקה עמדה זה מכבר על הזיקה בין עוצמת הראיות לבין חלופת מעצר. בהשאלה מתורת הסעדים הזמניים במשפט האזרחי, 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. ולהיפך, ככל שהראיות לכאורה חזקות וחד-משמעיות יותר, ובהתקיים שאר התנאים להורות על מעצר, כך תקטן הנכונות להסתפק בחלופת מעצר...<sup>116</sup>

## 1. הסברים מוצעים

### 1. הסברים מבניים – שיטת המשפט בישראל

לפי התיאוריה של Herbert Packer, על סדר הדין הפלילי חולשים שני מודלים: המודל האחד – The Crime Control Model – מייצג את האינטרס של המלחמה בעבריינות ומיגור הפשיעה

115 מאחר שהמחקר בוחן את הטקסט של ההחלטות, הרגרסיה מייצגת לא את האופן שבו השופטים מקבלים את ההחלטות, אלא את האופן שבו הם מצדיקים את החלטותיהם. הבחנה זו אינה מרוקנת את המחקר מתוכן; נהפוך הוא, היא מלמדת כי השופטים סבורים ש"סחר-מכר" בניות הראיות על-חשבון מידת הפגיעה בחירות הוא לגיטימי מספיק כדי לכלול אותו בהחלטותיהם.

116 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 90, פס' 4 להחלטה.

באמצעות מערכת משפטית יעילה; ואילו המודל האחר – The Due Process Model – מדגיש את האינטרס בהליך ראוי ואת זכויות-היסוד של החשודים והנאשמים בהליך הפלילי.<sup>117</sup> המודלים אינם מייצגים משפט "מצוי" או "רצוי", אלא קונפליקט בין ערכים מתנגשים. כל הסדר משפטי משקף את נקודת האיזון שבחר המשפט ברצף שבין הקצוות המנוגדים שמודלים אלה מייצגים.<sup>118</sup> ניתן לומר כי במשך שנים רבות נטה המשפט בישראל לעבר מודל השליטה בעבריינות ומתן עדיפות לאינטרס בחשיפת האמת על כללים של פרוצדורה:

הפרוצדורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות-דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריאה הזה על-ידי הפרזה בפורמליות. פרוצדורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק.<sup>119</sup>

בהתאם לכך, משקלה של התכלית בדבר חשיפת האמת העובדתית והרצון להתאים אליה את האמת המשפטית הוא שהכריע,<sup>120</sup> ואילו שיקולים ערכיים בדבר חינוך אנשי הרשות ובדבר כבוד האדם של חשודים ונאשמים הובאו בחשבון בעיקר כאשר הדברים באו לידי ביטוי בהסדרים חקוקים.<sup>121</sup> חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלתה לתודעה את התכלית הנוספת שביסוד ההליך הפלילי, והיא הגנה על זכויות הנאשם.<sup>122</sup> עם זאת, בית-המשפט שם תמיד את הדגש בצורך בהשגת איזון בין תכליות אלה.<sup>123</sup> "גישת האיזונים" – המאפיינת את פסיקתו של בית-המשפט – אינה מתיישבת עם לשונו הדיכוטומית של חוק המעצרים, והדבר מתבטא ברצונו של בית-המשפט "לרכך" את התוצאה באמצעות פתרונות לא-קיצוניים המאזנים בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי.<sup>124</sup>

- 117 Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964–1965).
- 118 השוו חגית לרנאו "יישום מבחין – תאוריה ומעשה בתחום זכויות החקירה וזכויות חשודים" עלי משפט 106, 105 (2007).
- 119 דברי השופט משה זמורה בע"פ 1/48 סילוטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א(1) 5, 18 (1949). ראו גם ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516–517 (1981).
- 120 בהחלטות מעצרים אין "אמת עובדתית", אלא מדובר בהערכות באשר למסוכנות עתידית ובהערכות באשר לסיכויי המשפט. הרצון של בית-המשפט הוא להתאים ככל האפשר את התוצאה המשפטית להערכות אלה.
- 121 ראו, למשל, את דבריו של השופט אלון בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 259–262 (1984).
- 122 ראו, למשל, את דבריה של השופטת ביניש בע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, פס' 8 (2002): "המגמה הפרשנית הנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת בחינה מחודשת של האיזון בין זכויות נאשם לבין הצורך בהגנה על אינטרס הציבור".
- 123 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 45 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2006).
- 124 להיקף אימוצה של דוקטרינת איזון האינטרסים במשפט הישראלי ראו ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 145–129 (2008). לאיזון האינטרסים במשפט הפלילי ראו שם, בעמ' 140.

הבעייתיות העקרונית טמונה כאמור בכך שמקום שקיומן של הראיות או קיומה של עילת מעצר מוטלים בספק, האינטרס הציבורי אינו מובהק בעוד הפגיעה בחירות הנאשם מובהקת.<sup>125</sup> זאת ועוד, גישת הראיות המוחלשות טומנת בחובה לא רק מתן "הנחה" שיפוטית לתביעה מבחינת הראיות, אלא גם הצבעת אמון חזקה בשיקול-הדעת התביעתי.<sup>126</sup> זהו למעשה אחד המאפיינים הבולטים של מודל מיגור הפשיעה – "חזקת האשם" (presumption of guilt), המבוססת על ההנחה כי מי שעבר את מסננת החקירה המשטרית והחלטת התביעה הוא בסבירות גבוהה אשם.<sup>127</sup>

הסבר נוסף למובקהותו של משתנה הראיות וליכולתו לנבא שלילת חירות של הנאשם (במעצר או בחלופה) הוא התפיסה – שקנתה לה מהלכים – שלפיה גם זכויותיהם של קורבנות של עברות פליליות בנוגע להגשמתו של הדין הן זכויות-יסוד המעוגנות בחוק-היסוד כחלק מן הזכות לכבוד.<sup>128</sup> חוק-היסוד, כאמור, אינו מגן במפורש על הזכויות הדיוניות, אלא מגן על זכויות מהותיות – כגון כבודו וחירותו של האדם – שמהן נגזרות הזכויות הדיוניות.<sup>129</sup> לכן, ובמסגרת פרשנותן של הזכויות המהותיות, ניתן לטעון כי גם זכויותיהם של הקורבנות הן חלק מהזכות לכבוד,<sup>130</sup> ועל-כן אין בהכרח עדיפות לזכויות-היסוד של הנאשם.<sup>131</sup> דומה שהמחוקק בחר בגישה המכירה באינטרס של נפגעי העברה כזכות-יסוד בפני עצמה, בחוקקו דברי חקיקה אשר לא רק מגינים על זכויותיהם,<sup>132</sup> אלא גם מאפשרים לשם כך הטלת מגבלות על עבריינים מעבר לעונשים שהם נשאו בגין העברה.<sup>133</sup>

125 ראו אריאל בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות-היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" ספר השנה של המשפט בישראל: תשנ"ו 481, 492 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997) (להלן: בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות"): "המעצר – מעצם מהותו – פוגע בזכות האדם לחירות אישית, שהיא זכות בסיסית, השניה אולי במעמדה רק לזכות לחיים, ובדרך-כלל גם בזכות לפרטיות. תנאיו הקשים של המעצר בישראל מהווים כשלעצמם פגיעה חמורה בכבוד האדם ובגופו".

126 השוו Packer, לעיל ה"ש 117, בעמ' 39: "An arrest that results in a charge being placed behind it a double assurance of reliability: the judgment of the police officer who made the arrest is supported by that of the prosecutor who has decided that there is enough evidence to hold the defendant for trial. For all practical purposes, the defendant is a criminal".

127 שם, בעמ' 11.

128 ראו מאיר שמגר "כבוד האדם ואלמוות" משפט וממשל ג 33, 38 (1995).

129 ראו גרוס, לעיל ה"ש 7, בעמ' 159.

130 ראו את המחלוקת בין השופטים בדנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 56, המבטאת מחלוקת רחבה יותר בשאלת הגבולות שבין הגנה על זכות לבין הגנה על אינטרס. כך, למשל, בבג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 68, נחלקו השופטים בשאלה אם הגבלת כניסתם של פלשתינים לארץ במסגרת איחוד משפחות היא הגנה על הזכות לחיים או הגנה על האינטרס הציבורי בבטחון הציבור. לדיון בשאלת הסיווג לזכויות ולאינטרסים ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011).

131 ראו בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות", לעיל ה"ש 125, בעמ' 490.

132 ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

133 ראו, למשל, חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004. החוק מאפשר לבית-המשפט להטיל על עבריין מין, בצו, מגבלות בנוגע למגורים או לעבודה בקרבת מקום המגורים או מקום העבודה של נפגע העברה, אם שוכנע כי לנפגע העברה עלול להיגרם נזק

הגם שאין כמובן לחלוק על חשיבותן של זכויות הקורבן, יש להיות מודעים לסכנה הטמונה בהרחבה יתרה של האינטרסים המסווגים כזכויות-יסוד. אכן, זכויות האדם אינן מוחלטות, ויש לאזן בינן לבין אינטרסים נוגדים מתחרים. על-כן, בהינתן ראיות לכאורה לביצוע עברה, ובצירוף אינטרס מכריע כגון הרצון למנוע סכנה לבטחון הציבור או לשיבוש המשפט, יידחה ערך החירות ותקום לעצור אדם. לעומת זאת, גישה הרואה באינטרסים הנוגדים זכויות בפני עצמן משבשת את מהותה המשפטית המיוחדת של זכות-יסוד, הנובעת מעליונותה, המחייבת שכל פגיעה בה תעמוד בפסקת ההגבלה.<sup>134</sup> הרחבה זו, במקרה של מעצר עד תום ההליכים, מגדילה את מרחב התמרון של פגיעה בזכות הנאשם לחירות, בטענה שהדבר נעשה לשם הגנה על זכות אחרת. זאת, גם כאשר הפגיעה אינה עומדת בדרישות המפורשות של חוק המעצרים, אשר הותאם כשלעצמו לדרישותיה של פסקת ההגבלה ואינו מסתפק בקיומן של ראיות, אלא דורש עילה שתצדיק את המעצר.<sup>135</sup>

זאת ועוד, יש לזכור כי סוגיית המעצר עד תום ההליכים אינה נדונה בחלל ריק, אלא קשורה בקשר הדוק למאפייני ההליך הפלילי, ובראשם התמשכות ההליכים.<sup>136</sup> המציאות מעידה כי הליכים פליליים נמשכים זמן רב. בקשות להארכת מעצר מעבר לתשעת החודשים המותרים לפי החוק<sup>137</sup> מוגשות לבית-המשפט העליון<sup>138</sup> כעניין שבשגרה,<sup>139</sup> ופעמים רבות בית-

נפשי של ממש אם עברייני המין יתגורר או יעבוד בקרבת מקום מגוריו או מקום עבודתו. ראו גם בש"פ 5876/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.8.2010), שם אישר בית-המשפט העליון צו פיקוח ומעקב שניתן מכוח חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006.

134 השוו בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות", לעיל ה"ש 125, בעמ' 490. השוו גם גזל-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 130, בעמ' 150: "כאשר המדינה תבקש לפגוע ישירות בזכותם של אנשים מסוימים כדי לצמצם את הסיכון לפגיעות בחיים, בגוף או בקניין של אנשים בלתי מסוימים, יהיה עליה להתייחס לצורך בצמצום הסיכון כאל אינטרס. אין משמעות הדבר שייאסר עליה לפגוע בזכויות לשם קידום אותו אינטרס. פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד מקנה סמכות לפגיעה כזו. אולם על בתי המשפט יהיה לתת מעמד לכאורי עדיף לזכויות של הנפגעים המסוימים שהמעשה פוגע בהם ישירות, ולהעדיף את האינטרס הנוגד רק כאשר הדבר עומד בכללי פסקת ההגבלה".

135 כאמור, הדבר נעשה גם ברמה ההצהרתית בס' 1 (ב) לחוק, הקובע כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". לכך שניכרת בחוק המעצרים השאיפה ליישם את עקרונותיו של חוק-היסוד ראו ביין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 338.

136 השוו דניאל פרידמן "משפטו של גנימאת" המשפט ד 17, 25 (1998).

137 ס' 61 (א) לחוק המעצרים קובע: "נאשם, שלאחר הגשת כתב אישום נגדו, היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום תקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים... ומשפטו בערכאה הראשונה לא נגמר בהכרעת דין, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה".

138 ס' 62 לחוק המעצרים מאפשר לשופט בית-המשפט העליון להאריך מעצר לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, וזאת על-אף הוראת ס' 61. בית-המשפט העליון רשאי לצוות על הארכת מעצר מדי תקופה, ואין מגבלה לגבי מספר הארכות המעצר מעבר לתשעת החודשים הקבועים בס' 61.

139 ראו, למשל, את דבריו השופט אדמונד לוי בבש"פ 3781/03 מדינת ישראל נ' זגייר (פורסם בנבו, 1.5.2003): "בקשת המדינה עוררה אצלי קשיים. אכן, כתב האישום מורכב, והוא כולל לא מעט עדי תביעה, ומטבע הדברים שלחקירתם של אלה על ידי פרקליטי הצדדים יידרש זמן רב. אולם מצוות המחוקק היא, ואותה יש לקיים, כי הליכים בעניינו של נאשם הנתון במעצר יסתיימו תוך תשעה חודשים. סעיף 62 לחוק נועד לתת מענה למקרה החריג, אך למרבה הדאבה הופכת לאחרונה העתירה לשימוש בו לעניין כמעט שבשגרה. נהיר לי שסיבת הדבר נעוצה בעומס המוטל

המשפט נעתר למספר רב של הארכות.<sup>140</sup> לא מכבר הוביל הדבר לתיקון החוק באופן המאפשר לבית-המשפט העליון, בנסיבות מסוימות, להאריך את המעצר בתקופה של עד 150 יום בבית-אחת, ולחזור ולצוות על כך מפקידה לפקידה.<sup>141</sup> מציאות זו משפיעה, בצדק, לכיוון של העדפת חלופת מעצר על שהייה של נאשמים במעצר לכל אורך המשפט.<sup>142</sup> מאידך גיסא, ניתן לטעון כי קיומן של חלופות מעצר מקל על כל הצדדים לנהל משפט ארוך יותר, ובכך נגרם עינוי-דין לנאשם שחירותו מוגבלת, גם אם לא בדרך של ישיבה בבית-המעצר. סוגיה נוספת המשפיעה על הלך-הרוחות היא התחושה הציבורית בדבר התחזקות הפשיעה, שהובילה אף לניסיון לטעון כי עליית עקומת הפשיעה היא תוצאה של הרפורמה בדיני המעצרים.<sup>143</sup> השאלה אם יש עלייה בפשיעה שנויה במחלוקת,<sup>144</sup> ובכל מקרה מחייבת מחקרים אמפיריים נפרדים.<sup>145</sup> עם זאת, לא פעם העירו שופטים כי יש להתאים הוראות שונות בחוק המעצרים לתופעה זו. עמד על כך, למשל, השופט אדמונד לוי בהתייחס להגבלת אורכו של מעצר עד תום ההליכים, באומרו כי "מאז חוקק סעיף 61 חלפו שנים לא מעטות, במהלכן מצב הפשיעה הלך וגבר, חומרתן של העבירות הסלימה, ורבות מהן שוב אינן מבוצעות על ידי העבריין היחיד, אלא עומדות מאחוריהן חבורות פשע מורכבות ומאורגנות שחשיפתן, מחד, והבאת החשודים בהן לדין, מאידך, מחייבת הערכות שונה מצד גורמי החקירה, הפרקליטות ובתי-המשפט".<sup>146</sup> מכל מקום, יש לזכור כי ריבוי עברות אינו מצביע על נתוני המיוחדים של

המוטל על שכמם של בתי המשפט, אך מנגד ניצבת זכות יסוד של נאשם לחירות, שגם אם נמצא כי מותר וראוי לשלול אותה, אסור לחרוג מהתקופה אותה ראה המחוקק כראויה" (ההדגשה הוספה).

140 ראו, למשל, בש"פ 5330/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.7.2009) (היעתרות לבקשת הארכת מעצר שלישית); בש"פ 4590/09 מדינת ישראל נ' פטורוצ'ין (פורסם בנבו, 21.6.2009) (היעתרות לבקשת הארכת מעצר שלישית); בש"פ 4555/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.6.2009) (היעתרות לבקשת הארכת מעצר שלישית); בש"פ 4413/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.6.2009) (היעתרות לבקשת הארכת מעצר שלישית); בש"פ 3651/09 מדינת ישראל נ' חייבטוב (פורסם בנבו, 2.6.2009) (היעתרות לבקשת הארכת מעצר רביעית). ראו גם חיה זנברג "הארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים" המשפט ט 365, 375–378 (2004).

141 ראו ס' 62 (ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תיקון מס' 8), התשע"א–2011, ס"ח 654.

142 גם דברים אלה עולים מהתייחסותם של השופטים אל הארכות מעצר מעבר לתקופה של תשעה חודשים הקבועה בחוק. ראו, למשל, מ"ת (מחוזי חי') 4635-07 פדידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.6.2009) (קביעת חלופת מעצר על-ידי בית-המשפט המחוזי, לאחר שבית-המשפט העליון נתן החלטה בבקשה חמישית לפי ס' 62, והורה כי בשים לב להימשכות ההליכים תיבחן חלופת מעצר); בש"פ 3896/09 מדינת ישראל נ' ברקולין (פורסם בנבו, 31.5.2009) (דברי השופט ארבל).

143 ראו ביינ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 339–341, 369 וכן האסמכתאות המופיעות שם בה"ש 27.

144 ראו עפרי אילני "הרצח בתל ברוך – תמונת הפשיעה בישראל" הארץ 22.8.2009 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1108950.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1108950.html)

145 ראו, למשל, אריה רטנר וגדעון פישמן דו"ח מחקר סופי: ניתוח מיקרו ומאקרו של אלימות בישראל 1980–2007 (2009) (ממצאים שמעידים על רמה יציבה של פשיעה).

146 בש"פ 22/07 מדינת ישראל נ' ז'אנו, פס" 8 (פורסם בנבו, 24.1.2007).

נאשם פלוני ואינו מהווה בסיס למעצר,<sup>147</sup> ובוודאי אין בו כדי להצדיק מעצרים המשוללים הסמכה חוקית. בהקשר זה יפים דבריו הבאים של השופט עוזי פוגלמן:

אכן, תוצאה זו עלולה לפגוע לעיתים, בתכלית הספציפית של סעיף 73(ד) לחוק, להבטיח התייצבות של עד. אולם, תכלית ספציפית זו אינה חזות הכל. תכלית זו היא אך נדבך אחד באיתור התכלית של דבר החקיקה. בתכלית ספציפית זו אין כדי לאפשר, ככלל, נקיטה בצעד הדרסטי של מעצר, בהעדר הסמכה מפורשת של המחוקק. יכול שבימים של פשיעה גואה, ושינוי באופיין של העבירות ושל הגורמים המבצעים אותן... מתחייבת תפיסה שונה גם בכל שאמור בסמכות בה עסקינן. הפתרון למצב זה מצוי בידי המחוקק, ואין צריך לומר כי כל שינוי שיערך, יצטרך לעמוד באמות המידה המתחייבות מפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>148</sup>

## 2. הסברים פסיכולוגיים – שופטים כמקבלי החלטות

התהליך השיפוטי המוביל למתן פסק-דין או החלטה הינו תהליך של קבלת החלטות.<sup>149</sup> על-כן שופטים, כמו מקבלי החלטות אחרים, כפופים לאילוצים ולמגבלות המאפיינים תהליכים כאלה.<sup>150</sup> שופטים, כמו כל מקבלי ההחלטות האחרים, חשופים להטיות, ופועלים על-פי היריסטיקות וקיצורי-דרך קוגניטיביים,<sup>151</sup> שיש בהם סטייה ממודל רציונלי טהור, ואשר עלולים להוביל לשיפוט מוטעים.<sup>152</sup> על-כן מקובל כיום לנתח ולחקור החלטות שיפוטיות

147 דברי הנשיא ברק בכש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 9, בעמ' 429.

148 בש"פ 3610/07 בן דוד נ' מדינת ישראל, פס' 35–36 (פורסם בנבו, 3.5.2007) (ההדגשות הוספו).

149 לניתוח ההליך השיפוטי כתהליך קבלת החלטות, ראו מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים 211 (2004).

150 Cass R. Sunstein, *Introduction, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* 1, 2 (Cass R. Sunstein ed., 2000): "Analysis of law should be linked with what we have been learning about human behavior and choice. After all, the legal system is pervasively in the business of constructing procedures, descriptions, and contexts for choice"

151 היריסטיקות אלה כוללות תהליכי הכרה שמסירים את הצורך בחיפוש נוסף של מידע, כללים שמנחים את החיפוש וקובעים מתי הוא נפסק, וכן כללים פשוטים של קבלת החלטות כאשר המידע קיים. ראו GERD GIGERENZER, PETER M. TODD & THE ABC RESEARCH GROUP, SIMPLE HEURISTICS THAT MAKE US SMART 16–17 (1999).

152 זאת, אף שלכאורה שופטים אינם אמורים לפעול על-פי היריסטיקות "מהירות" או "דלות". ראו Mandeep K. Dhami, *Psychological Models of Professional Decision Making*, 14 PSYCHOL. SCI. 175 (2003). מהמחקר המתואר במאמר עולה כי שופטים מבססים החלטות בדבר שחרור או אי-שחרור בערבות על Matching Heuristic, דהיינו, על מנגנון הבוחן מספר מועט של סימנים ומבסס את ההחלטה על סימן אחד בלבד. באופן ספציפי עלה מן המחקר כי השופטים מבססים את החלטותיהם על החלטות קודמות של המשטרה, של ערכאות אחרות ושל התביעה. במילים אחרות, השופטים "הטילו את האחריות על אחרים". ראו שם, בעמ' 177. במחקר אמפירי מקיף יותר, שבדק חמש הטיות והיריסטיקות שונות בקרב 167 שופטי שלום פדרליים בארצות-הברית, נמצא גם-כן כי בנסיבות מסוימות שופטים אכן מסתמכים על היריסטיקות, אשר עלולות להוביל לשיפוט מוטעים. ראו Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Inside the*

גם במונחיה של הכלכלה ההתנהגותית.<sup>153</sup> אכן, חלק מההטיות ומ"כללי-האצבע" אשר נחקרו ואובחנו על-ידי אנשי הניתוח ההתנהגותי של המשפט יכולים לסייע בניתוח התייחסותם של השופטים להוראות חוק המעצרים.

על-פי הגישה ההתנהגותית למשפט וכלכלה (Behavioral Law and Economics), ההתנהגות האנושית כפופה למגבלות, אשר מעמידות בספק את הנחות-היסוד של הכלכלה בדבר מקסום תועלת, העדפות קבועות, ציפיות רציונליות ומידע מיטבי.<sup>154</sup> בעוד המודלים הכלכליים של "רציונליות בלתי-מוגבלת" בוחנים את ההתנהגות האנושית מתוך הנחה בדבר קיומו של מידע מלא ללא עלויות, הגישה ההתנהגותית מתייחסת אל האדם כ"אנושי", ובוחרת את התנהגותו בהינתן מחסור בזמן ובידע. על-פי גישה זו, אנשים הם בעלי רציונליות מוגבלת, כוח רצון מוגבל ואינטרס עצמי מוגבל.<sup>155</sup> אנשי הניתוח ההתנהגותי טוענים כי קיימות סטיות שיטתיות של אנשים מהתנהגות רציונלית, דהיינו, לא זו בלבד שחוסר הרציונליות אין משמעו התנהגות אקראית, חסרת כללים ובלתי-צפויה, ניתן אף לבנות מודלים באשר להתנהגות האנושית.<sup>156</sup> בשל מגבלות המוח האנושי, ועל-מנת להתמודד עם רוב המשימות שהם ניצבים בפניהן, אנשים עושים שימוש בשיטות קירוב (approximate methods), אשר ניתן לאתר בהן שני סוגים של סטיות מהמודל הכלכלי הסטנדרטי של רציונליות בלתי-מוגבלת: השיפוטיות (judgments) שאנשים עורכים מעידים על קיומן של הטיות (biases), וקבלת החלטות מתאפיינת בסטייה מהאקסיומה של מקסום תועלת.<sup>157</sup>

דניאל כהנמן ועמוס טברסקי טוענים במחקריהם כי אנשים מקבלים החלטות על בסיס של כללים היריסטיים או "כללי-אצבע" שעלולים להוביל לטעויות שיטתיות.<sup>158</sup> הם מראים בעבודתם כי "קיצורי-הדרך" ו"כללי-האצבע" הללו חסכוניים וברוך-כלל מועילים, אך מובילים לטעויות בנסיבות מסוימות. דהיינו, אדם שמשמש בהיריסטיקה מסוימת פועל באופן

*the Judicial Mind*, 86 CORNELL L. REV. 777 (2001)

153 להרחבה ראו Doron Teichman & Eyal Zamir, *Judicial Decisionmaking: A Behavioral Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 664 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014), available at <http://ssrn.com/abstract=2366678>.

154 לביקורת של Posner על העדר הגדרה פוזיטיבית ל-"behavioral economics", ועל כך שמשמעת מהעדר זה הגדרה שלילית שלפיה מדובר בניתוח כלכלי בקיומו ההנחה כי אנשים הם רציונליים ופועלים למקסום שאיפותיהם, ראו Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551, 1552 (1998).

155 ראו Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STANFORD L. REV. 1471, 1476 (1998).

156 נהוג לצטט בהקשר זה את דבריו של הפילוסוף Jon Elster, שלפיהם זיהוי סטיות מהתנהגות רציונלית אין משמעותו גילוי של אי-רציונליות ("identifying a departure from rationality is not the same as discovering irrationality") Donald C. Langevoort, *Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, 51 VAND. L. REV. 1499, 1506 (1998).

157 ראו Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 155, בעמ' 1477.

158 ראו, למשל, Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).



רציונלי במונח זה שהוא מנצל נכון את הזמן שברשותו, אך הוא עלול לייצר תחזיות שונות מאלה שהיו עולות במודל רציונלי טהור.<sup>159</sup> הבנה טובה יותר של היריסטיקות ושל ההטיות הנובעות מהן יכולה לשפר שיפטים והחלטות במצבי אי-ודאות.<sup>160</sup> כהנמן וטברסקי אף פיתחו מודל של קבלת החלטות (Prospect Theory) שמצליח להסביר מאפיינים רבים של ההתנהגות האנושית.<sup>161</sup> תובנה רלוונטית מתיאוריה זו היא "אפקט הניסוח" (framing effect), דהיינו, אופן ארגון של החלופות להחלטה ישפיע על האופן שבו יעריך המחליט את המידע.<sup>162</sup> החלטות מעצרים כוללות הערכה של הסתברויות שונות בתנאי אי-ודאות:<sup>163</sup> האם קיים סיכוי סביר שהנאשם יורשע? מהי מידת מסוכנותו? מהי ההסתברות שהוא ימשיך לבצע עברות פליליות אם לא ייעצר? וכדומה.<sup>164</sup> הערכה סובייקטיבית של הסתברות דומה להערכה סובייקטיבית של גדלים פיזיקליים, כגון מרחק או גודל, וככזו היא חשופה להטיות שהיאארעותן אינה מוגבלת להדיוטות.<sup>165</sup> שתי הטיות קוגניטיביות שיכולות לשמש הסבר – אם כי לא

- 159 ראו Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל ה"ש 155, בעמ' 1477–1478.
- 160 יצוין כי חוקרים אחרים הדגישו דווקא את היתרונות הגלומים בשימוש בהיריסטיקות. זו תמצית עבודתם של אנשי ה-ABC Research Group, אשר מדגישים כי בעוד מחקריהם של כהנמן וטברסקי לא התרכזו בקשר שבין המנגנונים הקוגניטיביים לסביבה, מחקרם שלהם רואה בהיריסטיקות דרך שבה המוח האנושי שואב יתרון מן האופן שבו מידע מצוי בסביבה על-מנת להגיע להחלטות סבירות. ראו GIGERENZER, TODD & THE ABC RESEARCH GROUP, לעיל ה"ש 151, בעמ' 25–29.
- 161 כך, למשל, לפי מודל זה, במסגרת קבלת החלטות ניתן משקל קטן בהרבה לתוצאות לא-ודאיות בהשוואה למשקל שניתן לתוצאות ודאיות יותר (אפקט הוודאות – certainty effect). ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263, 265 (1979). כן ראו Paul Slovic, Baruch Fischhoff & Sarah Lichtenstein, *Facts versus Fears: Understanding Perceived Risk*, *JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES* 463, 480–481 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).
- 162 ראו מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 71, 81–86 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).
- 163 השוו קיטאי סג'רו "על מעצר חשודים ונאשמים לשם הגנה על ביטחון הציבור", לעיל ה"ש 101, בעמ' 334–336.
- 164 החלטות מעצרים הן על-כן נושא למחקרים אמפיריים הבוחנים את תהליך קבלת ההחלטות. כך, למשל, במחקר שהוצג בכנס ללימודי משפט אמפיריים, ואשר בדק אם המנגנונים ששופטים משתמשים בהם על-מנת לצפות מסופנות מפלים נגד שחורים, נמצא כי שופטים רגישים יותר לעלייה במסופנות אצל לבנים מאשר אצל שחורים – דבר שיכול להיות מוסבר בחשש שלנאשם לבן שימשיך לבצע פשעים יש סיכוי קטן יותר להיתפס. עוד נמצא כי במדינות שבהן שופטים צריכים להביא בחשבון את מסוכנותו של הנאשם אין הטיה לרעה במעצרים נגד שחורים. לעומת זאת, במדינות הספורות שבהן אסור לשקול "מסופנות" בהחלטה על מעצר, אלא רק את השאלה אם הנאשם יופיע למשפט, לשופטים יש הטיה נגד נאשמים שחורים. ממצא זה הוסבר בכך שכאשר שופטים אינם יכולים להסתמך על גליון ההרשעות הקודמות, הם מסתמכים על גורמים אחרים, ואלה מובילים להפליה גזעית. ראו Frank McIntyre & Shima Baradaran, *Race, Prediction, and Pretrial Detention*, 7TH ANNUAL CONFERENCE ON EMPIRICAL LEGAL STUDIES PAPER (2012), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1987071](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1987071).
- 165 ראו עמוס טברסקי ודניאל כהנמן "שיפוט בתנאי אי-ודאות: יוריסטיקות והטיות" רציונליות, הוגנות, אושר – מבחר מאמרים 45, 63 (מיה בר-הלל עורכת, 2005); חמי בן נון "הטיות

מוחלט וכפוף להסתייגויות – ל"קפיצות" הנעשות על-ידי שופטים לחלופת מעצר הן הרתיעה מקיצוניות (extremeness aversion) ואפקט הפשרה (compromise effect).<sup>166</sup> הקיצוניות תלוית-הקשר, במובן זה שהגדרתה נגזרת מהחלופות העומדות על הפרק.<sup>167</sup> הרתיעה מקיצוניות גוררת את אפקט הפשרה, שלפיו רוב האנשים יחפשו פשרה בין החלופות השונות. כך, חלופה תוערך יותר כאשר היא תוצג כאפשרות-ביניים בין חלופות שונות, ולא כחלופה קיצונית.<sup>168</sup> לאפקט זה יש קשר להטיה נוספת, המכונה tradeoff contrast, שלפיה אותה חלופה מוערכת יותר אם היא מוצגת יחד עם חלופות אחרות שגרועות ממנה בבירור מאשר בהעדר חלופות כאלה.<sup>169</sup>

כך, "חלופת מעצר", כגון "מעצר-בית", יכולה להיתפס כשלעצמה כקשה מנשוא: היא פוגעת בחירותו הבסיסית של האדם, בחופש התנועה שלו, בחופש העיסוק שלו, בכבודו כאדם ובחיי החברה והמשפחה שלו. אולם כאשר חלופה זו מוצגת יחד עם החלופות של מעצר מוחלט ושל שחרור מוחלט, היא נתפסת כפשרה הולמת בין החלופות הקיצוניות.<sup>170</sup> עם זאת, יוער כי קיימת הסתייגות קטנה יותר לגבי החלופה הקיצונית של "מעצר מוחלט", שניתן להסבירה באמצעות סדר הצגת החלופות, שכן זו החלופה שנתפסת כבררת-המחדל בעברות היצריות חזקת מסופנות, למשל.<sup>171</sup>

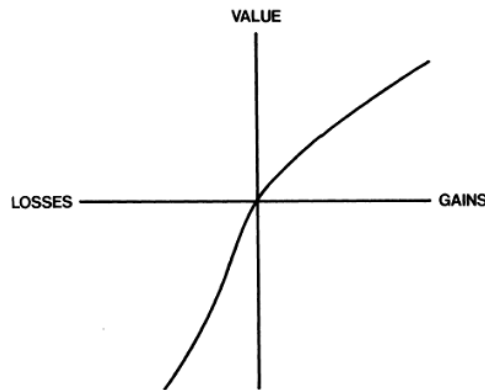
- קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה' 177, 180 (2009).
- 166 להסבר על הטיות אלה ראו Teichman & Zamir, לעיל ה"ש 153.
- 167 Mark Kelman, Yuval Rottenstreich & Amos Tversky, *Context-Dependence in Legal Decision Making*, in BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS 61 (Cass R. Sunstein ed., 2000).
- לפרסום מוקדם יותר של המאמר ראו Mark Kelman, Yuval Rottenstreich & Amos Tversky, *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25 J. LEGAL STUD. 287 (1996).
- 168 Cass R. Sunstein, *The Future of Law and Economics: Looking Forward: Behavioral Analysis of Law*, 64 U. CHI. L. REV. 1175, 1181–1182 (1997).
- 169 ראו לעיל ה"ש 167.
- 170 דוגמה מעניינת אחרת למצב שבו שופטים מנסים להימלט מתוצאה קיצונית היא דוקטרינת "האחריות היחסית" (שהינה חריג לכלל הוכחה על-פי מאזן הסתברויות במשפט האזרחי) במצבים של "סיבתיות עמומה" בדיני נזיקין. על-פי גישה זו – אשר ככלל נדחתה, בכפוף לחריגים, על-ידי דעת הרוב בדנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010) – ניתן לתת פיצוי גם במקרה של הסתברות הנופלת מ-51% שהנתבע גרם לנזק, ולקבוע את גובה הפיצויים בהתאם למידת ההסתברות בפועל. בדוקטרינה זו יש משום מעבר מאחריות על יסוד גרימה לאחריות על יסוד יצירת סיכון, שבה היקף האחריות מותאם לגודל הסיכון שיצר הנתבע. על-פי אחת הביקורות העיקריות עליה, היא יוצרת פער בין המציאות העובדתית למציאות המשפטית, שכן במציאות העובדתית או שנוקו של התובע נגרם בגלל הנתבע או שהוא לא נגרם בגללו, ודיון הסתברותי לעולם לא ישקף את המציאות העובדתית הזאת. יש כמובן שוני רב בין הסיטואציות הנדונות. במקרה הנזיקי מדובר בניסיון של שופטים לתמוך בזכותו של תובע לפיצוי כלשהו במצב של קשיי הוכחה אינהרנטיים. בדיני מעצרים, לעומת זאת, דווקא הבינריות אולי אינה משקפת את המציאות, כי אדם אינו בהכרח "מסוכן" או "לא-מסוכן", והניסיון של השופטים הוא לחפש פשרות שהולמות יותר את הסתברות הסיכון. עם זאת, שני המקרים מהווים הדגמה מסוימת של הנסיונות ששופטים עושים להימלט מתוצאות קיצוניות לטובת פשרות.
- 171 ניתן לקשר זאת ל"הטיית העיגון" – נקודת מוצא שמושכת אליה את האומדן – אשר מחקרים מראים כי שופטים אינם חסינים ממנה. ראו בר הלל ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 162, בעמ' 107.

הסבר נוסף הוא התייחסותם של השופטים לסיכון. כהנמן וטברסקי עמדו על כך שלאנשים יש יחס שונה לרווחים ולהפסדים. בעוד לגבי רווחים אנשים הם שונאי סיכון (יעדיפו רווח בטוח על תוחלת רווח גבוהה יותר), לגבי הפסדים הם אוהבי סיכון (יעדיפו סיכון להפסד על הפסד בטוח, גם אם תוחלת ההפסד גבוהה יותר בערכה המוחלט).<sup>172</sup> במחקרים מאוחרים יותר<sup>173</sup> הורחבה התיאוריה הנוגעת בקבלת החלטות בתנאי סיכון, באופן שהחיל אותה על כל מצב של אי-ודאות, כמו-גם על תנאים של סיכון עם מספר רב של תוצאות אפשריות.<sup>174</sup> על-פי גרסה זו של התיאוריה, הגישה של הפרט לסיכון היא תוצאה של שני גורמים מצטברים: השאלה אם הוא תופס את חלופות ההחלטה כ"רווח" או כ"הפסד" על-פי נקודת הייחוס הרלוונטית; והשאלה אם הוא מעריך את החלופה כבעלת הסתברות "בינונית עד גבוהה" או "נמוכה".<sup>175</sup> לפרטים יש נטייה להעריך בחסר הסתברות בינונית-גבוהה, דבר המעודד שנאת סיכון באשר להסתברות בינונית-גבוהה לרווח ואהבת סיכון באשר להסתברות בינונית-גבוהה להפסד. לעומת זאת, פרטים נוטים להעריך ביתר הסתברות נמוכה, דבר המעודד אהבת סיכון ביחס להסתברות נמוכה לרווח ושנאת סיכון במצב של הסתברות נמוכה להפסד.<sup>176</sup> בהתאם לכך התיאוריה מזהה ארבעה סוגים של תבניות החלטה המתייחסים לארבעה מצבים: (1) רווח בהסתברות בינונית-גבוהה; (2) הפסד בהסתברות בינונית-גבוהה; (3) רווח בהסתברות נמוכה; (4) הפסד בהסתברות נמוכה.<sup>177</sup>

- 172 ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. BUSINESS S251, S255 (1986). לעיל ה"ש 161, בעמ' 268–269. כך, למשל, נניח שמוצע לאנשים רווח בטוח של 3,000 ש"ח או סיכוי של 80% לרווח של 4,000 ש"ח. רוב האנשים יבחרו בתנאים אלה ברווח הבטוח, אף שתוחלת הרווח בחלופה השנייה היא 3,200 ש"ח. לעומת זאת, כאשר אנשים צריכים לבחור בין הפסד בטוח של 3,000 ש"ח לבין 80% סיכון להפסד של 4,000 ש"ח, הם יבחרו בסיכון, אף שתוחלת ההפסד היא 3,200 ש"ח, דהיינו, גדולה יותר בערכה המוחלט. את התופעה של היפוך המגמה במעבר מרווח להפסד כינו המחקרים "The Reflection Effect". תופעה זו יכולה להסביר רכישת ביטוחים.
- 173 ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*, 5 J. RISK & UNCERTAINTY 297 (1992) (להלן: Tversky & Kahneman, *Cumulative Representation of Uncertainty*).
- 174 הן סיכון והן חוסר ודאות מתייחסים למצב שבו קיימת תחזית בלתי-ברורה לגבי העתיד. אך בעוד בתנאי סיכון הסתברות ההתרחשות ידועה, בתנאי אי-ודאות ההסתברות אינה מוגדרת או אינה ניתנת לחישוב. מצבים של תנאי סיכון עם מספר רב של תוצאות אפשריות הם מצבים שבהם יש הסתברויות שונות (אך ידועות) למספר רב של תרחישים אפשריים. לעיתים שני המצבים מכונים בספרות risk ו-ambiguity, ומוצגים כתת-קטגוריות של uncertainty. ראו Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime*, 1 AM. L. & ECON. REV. 276, 291–292 (1999).
- 175 ראו גם Chris Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 U. CHI. L. REV. 163, 167 (2000).
- 176 Tversky & Kahneman, *Cumulative Representation of Uncertainty*, לעיל ה"ש 173, בעמ' 303. קיימים שני גבולות טבעיים: נקודת הוודאות (הסתברות 1) ונקודת אי-ההיתכנות (הסתברות 0). נמצא כי רגישותם של אנשים הולכת ופוחתת ככל שמתרחקים מגבולות אלה (diminishing sensitivity).
- 177 שם, בעמ' 306. לסיכום ממצה ראו גם Guthrie, לעיל ה"ש 175, בעמ' 177–180.

כהנמן וטברסקי המחישו את קבלת ההחלטות בהסתברות בינונית-גבוהה לרווח או להפסד באמצעות תרשים המתאר את פונקציית הערך שאנשים מייחסים לרווחים ולהפסדים (ראו תרשים 1). פונקציה זו מוגדרת בהתאם לנקודת ייחוס שממנה נמדדים הרווחים וההפסדים. כפי שנקל לראות בתרשים, העקומה מתונה יותר בצד הרווחים ותלולה יותר בצד ההפסדים, שכן שנאת הסיכון בתחום הרווחים מתבטאת בכך שלסיכוי לרווח מיוחס ערך תוספתי קטן יותר מאשר לסיכון להפסד זהה בערכו המוחלט. הסיכון לגידול בהפסד הוא בעל ערך תוספתי גבוה יותר.<sup>178</sup> על-פי ה-Prospect Theory, אנשים הם אפוא (1) שונאי סיכון בתחום הרווחים; (2) מחפשי סיכון בתחום ההפסדים; (3) רגישים יותר להפסדים מאשר לרווחים.<sup>179</sup>

### תרשים 1: פונקציית ערך אופיינית<sup>180</sup>



Graph 1

בהנחה שבמונחי רווח השופטת מרוויחה מעשיית משפט "צדק" ומפסידה מעשיית "אי-צדק", בשיטת משפט דיכוטומית של שחרור מלא מול מעצר מלא הסיכון שבעשיית אי-צדק (החלטה מוטעית) הוא גדול, ולכן גם ההפסד לשופטת גדול. כך, למשל, במצבים שבהם קיימת חזקת מסוכנות, הרווח הטמון בהחלטה מוצדקת כי החזקה נסתרה וכי יש לשחרר את הנאשם נתפס כקטן מההפסד שייגרם אם תיעשה טעות ונאשם מסוכן יצא לחופשי. בשיטת משפט שיש בה גם חלופת מעצר, בחירה באפשרות ביניים זו, גם אם יש בה אי-צדק, נתפסת כמידתית ולכן גם ההפסד לשופטת מוגבל. ניתן אולי לראות שיטת משפט זו כ"מבטחת" את השופטת מפני הפסדים גדולים, למצער על בסיס של כל מקרה בפני עצמו.

שופטת שיש לה ביטוח (גם אם חלקי) היא שופטת שפועלת בצד הרווחים (רביע צפוני-מזרחי), שכן הפסדיה מבוטחים, ואז הבעיה שלה מצטמצמת להחלטה לא בין "צדק" ל"אי-

178 ראו לעיל ה"ש 172.

179 לסיכום התובנה ראו גם Richard L. Hasen, *Efficiency under Informational Asymmetry: The Effect of Framing on Legal Rules*, 38 UCLA L. Rev. 391, 396 (1990).

180 התרשים לקוח מתוך Kahneman & Tversky, לעיל ה"ש 161, בעמ' 279.

צדק", אלא בין רמת הצדק. כדי להעלות את רמת הצדק, על השופטת להשיג מידע רב יותר ולהשקיע זמן רב יותר.<sup>181</sup> היא תמשיך לעשות זאת כל עוד הערך הסובייקטיבי שהיא מייחסת להחלטתה (value) גדל בהתאם לגידול במאמץ. אלא שהעקומה מראה לנו כי התוספת השולית לצדק (כתוצאה מהגדלת המאמצים) תגרום לתוספת שולית קטנה יותר ל-value,<sup>182</sup> ולכן השופטת תפסיק בשלב מסוים במאמציה (כלומר, תחליט על-סמך המידע שהשיגה עד לאותו רגע).<sup>183</sup>

בהסברים אלה יש אולי כדי להאיר מעט את הסוגיה ולהוסיף על ההסברים המבניים, אך מובן שאין הם הסברים מוחלטים או חד-משמעיים, והם בוודאי כפופים לביקורת הנמתחת על הסברים מסוג זה, שלפיה "ניתן להסביר הכל עם הכל".<sup>184</sup>

## ז. משפט משווה

בפרק זה אבחן את המצב בארצות-הברית ובקנדה – שתי מדינות שבהן הזכות לשחרור בערבות מעוגנת בחוקה, אך עם זאת אושרה בהן תחיקה המתירה מעצר עד תום ההליכים בשל עילות מסוימות, בכפוף לכך שנקבע הליך ראוי להבטחת זכויות הנאשם.<sup>185</sup>

### 1. ארצות-הברית

התיקון השמיני לחוקה האמריקאית מעגן את הזכות לשחרור בערובה מידתית.<sup>186</sup> דיני המעצרים הפדרליים בארצות-הברית מוסדרים במסגרת ה-Bail Reform Act 1984 (להלן:

181 השוו *McIntyre & Baradaran*, לעיל הערה 164, בעמ' 28: "Armed with more information about the effects of detention practices on defendants, we are able to be more mindful to avoid discriminatory practices in arrest and detention while allowing judges to make decisions that keep the public safe".

182 אפקט נוסף הבא לידי ביטוי בתרשים הוא אפקט הרגישות הפוחתת ככל שמתרחקים מנקודת הייחוס. אפקט זה בא לידי ביטוי בקמירותו/קעירותו של התרשים. ראו *Kahneman & Tversky*, לעיל ה"ש 161.

183 מכאן ששיטת משפט זו גם מסייעת בהגדלת תפוקתה של השופטת (במונחים של מספר החלטות ביחידת זמן).

184 לביקורת על כך שחלק מאנשי הניתוח ההתנהגותי נופלים באותו כשל של אנשי הניתוח הכלכלי, בכך שהם מנסים ליצור תיאוריה "חובקת-כל" במקום להתייחס למחקרים כאל כלי פרשנות, ואינם מכירים בכך שאופי הנתונים של המחקרים הללו אינו חד-משמעי, ראו *Mark Kelman, Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler*, 50 *STAN. L. REV.* 1577, 1579 (1998).

185 לסקירה היסטורית של החקיקה והפרקטיקה של שחרור בערבות בארצות-הברית, בבריטניה, בקנדה ובמדינות משפט מקובל נוספות, ראו *Kurt X. Metzmeier, Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, England, Canada and Other Common Law Nations*, 8 *PACE INT'L L. REV.* 399 (1996).

186 U.S. CONST. amend. VIII: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".

187, (BRA אשר מסמיך וקובע את הפרוצדורה שלפיה בית-המשפט יכול להטיל מגבלות על נאשם. 188 החוק חוקק על-ידי הקונגרס בתגובה על ביקורת שנמתחה על החוק שקדם לו ( Bail Reform Act 1966), אשר לא הגן באופן מספק על החברה מפני ביצוע פשעים על-ידי נאשמים המשוחררים בערובה. אם כן, בעוד מטרת החוק מ-1966 הייתה בעיקר להבטיח את התייצבות הנאשם למשפט, מטרת החוק מ-1984 היא למנוע ביצוע פשעים בזמן המתנה למשפט. 189 החוק החדש אפשר לבתי-המשפט להגדיל את מרחב השיקולים המצדיקים מעצר, כך שיכלול – נוסף על הבטחת התייצבות – גם את משקלן של ראיות התביעה נגד הנאשם, את הבטחת ההליך המשפטי ואת ההגנה על שלום הציבור. 190 כמצופה, מאחר שהחוק החדש הרחיב את הטעמים שבגינם ניתן להטיל מעצר עד תום ההליכים, גדל מספר העצורים בעקבות חקיקת החוק. 191

סעיף 3142(a) ל-BRA קובע כי עם הגשת כתב האישום יטיל בית-המשפט על הנאשם מגבלה מתוך אחת מארבע הקבוצות הבאות: התחייבות עצמית של הנאשם או ערבות עצמית מטעמו; שחרור בתנאים (לרבות מעצר-בית); מעצר זמני; מעצר עד תום ההליכים. 192 קבוצות אלה מסודרות בסדר עולה – מהקבוצה שפגיעתה בחירות הנאשם הינה הקלה ביותר לעבר זו שפגיעתה בחירות הנאשם הינה הקשה ביותר. הטעם בהגדרה זו הוא שהחוק מורה כי ניתן להטיל הגבלות המסוגלות לקבוצה שפגיעתה בחירות הנאשם רבה יותר רק אם אין במגבלות המנויות בקבוצה שקודמת לה כדי לאיין את עילת המעצר. 193

מלשונו של סעיף 3142(a) ל-BRA עולה כי אין חלופה של שחרור ללא תנאים כלל. אולם תנאים אינם זהים למגבלות. כך, למשל, החוק מאפשר לשחרר נאשם בכפוף להתחייבות עצמית בלבד, שהיא אומנם תנאי, אך לא מגבלה ממש. 194 בהמשך החוק קובע כי עובר להחלטת בית-המשפט בעניין מעצרו של נאשם עד תום ההליכים המתנהלים נגדו עליו ליתן את דעתו, בין היתר, למשקל הראיות הקיימות נגדו. 195 היות שהוראות ה-BRA אינן מגדירות במפורש מהו הנטל הראייתי שהתביעה צריכה לעמוד בו כדי שיהיה אפשר לעצור את הנאשם עד תום ההליכים המתקיימים נגדו, קבע בית-המשפט העליון הפדרלי 196 כי הרף הראייתי התחתון

187 18 U.S.C. §§ 3141–3150 (להלן: BRA).

188 על הליך חקיקתו של החוק ועל תכליותיו הסובייקטיביות ראו NANCY HOLLANDER, BARBARA E.

.BERGMAN & MELISSA STEPHENSON, CRIMINAL PROCEDURE vol. 1, 17–19 (14th ed. 2002).

189 ראו Douglas J. Klein, *The Pretrial Detention "Crisis": The Causes and the Cure*, 52 WASH.

U. J. URB. & CONTEMP. L. 281, 282 (1997).

190 Shima Baradaran, *Restoring the Presumption of Innocence*, 72 OHIO ST. L.J. 723, 751

(2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1757624>.

שם. 191

192 BRA, לעיל ה"ש 187, ס' 3142 – Release or detention of a defendant pending trial.

193 ראו, למשל, שם, ס' 2142(c)(1). לדיון ולאסמכתאות ראו WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H.

ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, CRIMINAL PROCEDURE, vol. IV 43–46 (3rd ed.

2007). כן ראו HOLLANDER, BERGMAN & STEPHENSON, לעיל ה"ש 188, בעמ' 19–21.

194 BRA, לעיל ה"ש 187, ס' 3142(a)(1).

195 שם, ס' 3142(g)(2). ראו גם LAFAVE, ISRAEL, KING & KERR, לעיל ה"ש 193, בעמ' 72–73.

196 Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103 (1975).

הנדרש להגבלת חירותו של נאשם הוא הרף הכללי שנקבע בתיקון הרביעי לחוקת ארצות-הברית – "העילה הסבירה" (probable cause).<sup>197</sup> רף זה אומץ על-ידי רוב המדינות, ומשמש גם את בתי-המשפט ברמה המדינתית לקביעת קיומן של ראיות מספיקות למעצר עד תום ההליכים.<sup>198</sup> אולם נוסף על רף תחתון כללי זה, תנאי הכרחי למעצר עד תום ההליכים הוא הוכחה בראיות ברורות ומשכנעות (clear and convincing evidence) כי אין חלופת מעצר המאיינת את החשש ממסוכנותו של הנאשם.<sup>199</sup> החוק אינו קובע את רמת הראיות הנדרשת לקביעה כי אין חלופה שתבטיח את התייצבות הנאשם למשפט, ובית-המשפט קבע כי ניתן להוכיח זאת במאזן הסתברויות.<sup>200</sup>

מכאן שנטל ההוכחה המוטל על התביעה כדי להביא לידי מעצרו של אדם עד תום ההליכים הוא כפול: הוכחה שקיימת עילה סבירה להאמין כי הנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו, וראיות ברורות ומשכנעות שתנאי שחרור אחרים לא יבטיחו את שלום הציבור.<sup>201</sup>

באשר לעילת המסופנות, ה-BRA קובע כמה עברות היוצרות חזקה הניתנת לסתירה כי שחרור הנאשם טומן בחובו חשש לשלום הציבור. עם אלה נמנות עברות בעלות מרכיב של אלימות, עברות שעונשן מאסר-עולם או מוות, עברות סמים שעונשן מעל עשר שנות מאסר, עברות שבוצעו על-ידי נאשם שכבר ביצע שתי עברות קודמות כמפורט בחוק, ועברות שבוצעו תוך שימוש בנשק חם או בכלי משחית אחר.<sup>202</sup> בית-המשפט העליון אישר ברוב דעות את חוקתיותה של עילת המסופנות, בסרבו לקבוע באופן גורף כי העילה מנוגדת לזכות החוקתית להליך ראוי, שכן ההגנות הפרוצדורליות הניתנות לנאשם בהליך מבטיחות מפני שלילה שרירותית של חירותו.<sup>203</sup> עם זאת, בית-המשפט לא קבע מסמרות ביחס לשאלה אילו מגבלות שיוטלו על-מנת לנטרל את המסופנות ייחשבו מוגזמות באופן הפוגע בזכות להליך הוגן, והוחלט כי עניין זה ייקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.

נראה אפוא כי בארצות-הברית, ברמה הפדרלית, ככל שבית-המשפט שוקל להטיל מגבלות חריפות יותר על הנאשם, כן עולה רף ההוכחה לקיומה של עילת המעצר. לדוגמה, לצורך הטלת מגבלה דוגמת "מעצר-בית", יש להוכיח מסופנות או חשש לאי-התייצבות למשפט, ולצורך הטלת מעצר עד תום ההליכים יש צורך בראיות ברורות ומשכנעות שאמצעים אחרים

197 .U.S. CONST. amend. IV.  
 198 להשוואת חקיקה ופסיקה של מדינות ארצות-הברית בדבר מעצר עד תום ההליכים ראו Amber Widgery, *Pretrial Detention*, NCSL (June 7, 2013), <http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-detention.aspx>.  
 199 BRA, לעיל ה"ש 187, ס' 3142(f).  
 200 ראו DAVID N. ADAIR, *THE BAIL REFORM ACT OF 1984*, 8 (3rd ed. 2006) והאסמכתאות המובאות שם.  
 201 ראו LAFAYE, ISRAEL, KING & KERR, לעיל ה"ש 193, בעמ' 72–73. לביקורת על היקף שיקול-הדעת הניתן לשופטים בשלב המעצר לדון בעוצמת הראיות, ועל ההשלכות הבעייתיות של כריכתם יחד של הדיון בעוצמת הראיות המבסוסות את כתב האישום ושל הדיון בראיות המצביעות על מסופנות, ראו Baradaran, *Restoring the Presumption of Innocence*, לעיל ה"ש 190, 752–754.  
 202 BRA, לעיל ה"ש 187, ס' 3142(f)(1)(A)–(E). לדיון ראו ADAIR, לעיל ה"ש 200, בעמ' 9–10.  
 203 *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 755 (1987).

אינם מספיקים. הוראות אלה מעגנות את דרישת המידתיות בשתי רמות: ראשית, אין להגיע למגבלה מסוג גבוה יותר אם ניתן להסתפק בסוג פוגעני פחות; ושנית, גם במסגרת הטלת מגבלות מסוג מסוים יש לעמוד בדרישת המידתיות. גישה זו עונה לכאורה על הצורך בפתרונות מגוונים שאינם דיכוטומיים, ומצד אחר מבנה את שיקול-דעתם של השופטים על-מנת למזער את מרכיב השרירותיות. הדרגתיות זו שונה מההדרגתיות שיצרה הפסיקה בישראל, משום שהיא אינה שמה את הדגש במרכיב הראייתי.<sup>204</sup>

ברמה המדינית, חוקיהן של עשרים מדינות קובעות בררת-מחדל של שחרור נאשמים בכפוף להתחייבות עצמית או לערבות הנגבית רק במקרה של אי-התייצבות הנאשם למשפט (unsecured appearance bond). בשתי מדינות נוספות – פלורידה ואילינוי – החוק קובע בררת-מחדל של שחרור בתנאים שאינם כספיים, והטלת תנאים נוספים אפשרית רק אם הדבר הכרחי לצורך הבטחת התייצבותו של הנאשם למשפט או לשם הבטחת שלום הציבור.

בחמש-עשרה מדינות בתי-המשפט מחויבים להטיל תנאים שפגיעתם בחירות הנאשם הינה הפחותה ביותר, ככל שיש בהם כדי להבטיח באופן סביר את התייצבותו למשפט ואת האינטרס של הגנה על שלום הציבור. חמש מדינות – איווה, מינסוטה, נברסקה, קרוליינה הצפונית ודקוטה הדרומית – אינן כוללות דרישה מפורשת להטלת תנאים שפגיעתם בנאשם מינימלית. אולם הן מפרטות בחוק את הסוג של תנאי השחרור שבית-המשפט מחויב להטיל במקרה שבו אי-אפשר להסתפק בהתחייבות עצמית או בערבות בלתי-מבוטחת. חוקיהן של מדינות אלה קובעים כי אם בית-המשפט מוצא כי שחרור הנאשם בכפוף להתחייבות עצמית או לערבות בלתי-מבוטחת אין בו כדי להבטיח באופן סביר את התייצבותו למשפט או את שלום הציבור, עליו לדרוש כי השחרור ילווה פיקוח. אם בכך אין די, בית-המשפט רשאי להטיל שילוב של תנאים המנויים בחוק, לרבות הגבלת חופש התנועה, הגבלת חופש האיגוד או חופש המגורים, הטלת מעצר-בית, חובת דיווח לילי או ערבות כספית. נוסף על כך, אחת-עשרה מדינות אימצו לאחרונה הנחיות חקיקתיות שתכליתן להדריך את בתי-המשפט להתחשב בתוצאות של הערכת המסוכנות בבואם לשקול חלופות מעצר.<sup>205</sup>

204 עם זאת, גם על החוק האמריקאי, אשר שם דגש במסופנות, נשמעת ביקורת רבה, שנעוצה בשילוב של ההשלכות הקשות של מעצר עם חוסר היכולת של השיטה לעצור רק נאשמים ששחרורם אכן מהווה סכנה לציבור. הטענות נסמכות על מחקרים אמפיריים המצביעים על חוסר הדיוק שבהערכת מסופנות. ראו Klein, לעיל ה"ש 189, בעמ' 287–292 והאסמכתאות המובאות שם.

205 למידע על חקיקה מדינתית הכוללת הנחיות לקביעת תנאי שחרור ראו <http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/guidance-for-setting-release-conditions.aspx>; לסקירת תנאי שחרור המנויים בחוקיהן של המדינות השונות ראו <http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-release-conditions.aspx>; למידע כללי על חקיקה מדינתית בתחום המעצר עד תום ההליכים ראו <http://www.ncsl.org/GoogleResults.aspx?q=2012%20Pretrial%20Release%20Legislation%20Overview>.

יצוין כי בארצות-הברית קיים מוסד שאין לו אח ורע בארץ – משחררים בערבות מקצועיים (bonds). לשופטים יש רשימה של עברות ולידהן תעריפי שחרור. הנאשם משלם למשחרר בערבות אחוז מסוים מהתעריף, והגורם המקצועי אחראי להשגת שחרורו. הרגולציה של הנושא משתנה בין המדינות השונות: יש מדינות הדורשות רישיון על-מנת להיות משחרר בערבות; יש מדינות שאוסרות זאת (כגון אילינוי, אורגון וויסקונסין); ויש מדינות (כגון טקסס ופלורידה) שבהן חוקק



## 2. קנדה

סעיף 11(e) למגילת הזכויות והחירויות של קנדה מעגן אף הוא את הזכות לשחרור בערובה, בקובעו כי אין למנוע שחרור בערובה בשיעור סביר ללא עילה מוצדקת (just cause).<sup>206</sup> הקוד הפלילי הקנדי<sup>207</sup> מאפשר מעצר עד תום ההליכים בשלוש עילות: חשש להימלטות מהדין; הצורך להגן על בטחון הציבור; והגנה על אמון הציבור במערכת המשפט. העילה השלישית – הגנה על אמון הציבור במערכת המשפט – כוללת את השיקולים הבאים שעל בית-המשפט לשקול בבואו להכריע אם העילה מתקיימת אם לאו: חוזקו "הלכאורי" של תיק התביעה (the "apparent strength of the prosecution's case"); חומרת העבירה; הנסיבות האופפות את ביצוע העבירה, לרבות שימוש בנשק; העובדה שהנאשם, אם יורשע, עשוי לשאת עונש של מאסר ממושך בפועל, או במקרה של עבירה המערכת נשק או שעניינה נשק – עונש מאסר בפועל של שלוש שנים לכל-הפחות.<sup>208</sup> העילה "כל סיבה מוצדקת" נמצאה בלתי-חוקתית בשל כלליות-היתר שלה.<sup>209</sup> העילה של "טובת הציבור" נמצאה בלתי-חוקתית בשל עמימותה,<sup>210</sup> אך מאוחר יותר הוכשרה בדוחק העילה בדבר "אמון הציבור", תוך שבית-המשפט מציין כי יש להפעילה במשורה ומבהיר כי אמות-המידה שנקבעו להפעלתה מסירות את עמימותה.<sup>211</sup> הקוד הפלילי הקנדי מעביר במצבים מסוימים אל הנאשם את הנטל להראות כי אין הצדקה למעצרו עד תום ההליכים,<sup>212</sup> בין היתר כאשר מדובר בעבירה היוצרת חזקת מסוכנות.<sup>213</sup> חוקתיותו של סעיף זה אושרה בבית-המשפט העליון, אשר הדגיש את תכליתו הראויה של הסעיף, את היותו מידתי, את הערבויות הפרוצדורליות שהוא מספק, ואת האופן שבו הוא מבנה את שיקול-דעתם של השופטים ומונע שרירות.<sup>214</sup>

הקוד הפלילי הקנדי אינו קובע במפורש רף ראייתי תחתון כתנאי למעצר, והפסיקה קבעה כי אין לעצור נאשם מבלי שיהיו נגדו ראיות המקימות "בסיס סביר" לאשמה (reasonable grounds).<sup>215</sup> לעניין עילות המעצר הפרטניות (מסוכנות או פגיעה בהליך השיפוטי) החוק דורש הוכחה ברמה של "סבירות משמעותית" (substantial likelihood).<sup>216</sup> הפסיקה הקנדית מסתייגת מהאפשרות שעוצמת הראיות לכאורה תשמש שיקול רלוונטי לצורך מעצר של נאשם בגין

Citizen's Right to Know Act – חוק אשר דורש דיווח ומתן מידע על האפשרויות לשחרור בערבות, ומעודד את השימוש במשחררים המקצועיים. ראו Laura Sullivan, *Inmates Who Can't Make Bail Face Stark Options*, NPR (Jan. 22, 2010), <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=122725819>.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, art. 11(e) 206

Canadian Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 (להלן: הקוד הפלילי הקנדי). 207

שם, ס' 515(10). ראו גם STEPHEN COUGHLAN, *CRIMINAL PROCEDURE* 163–164 (2008). 208

R. v. Hall, [2002] 3 S.C.R. 64 209

R. v. Morales, [1992] 3 S.C.R. 711 210

COUGHLAN, לעיל ה"ש 208, בעמ' 165–163. 211

הקוד הפלילי הקנדי, ס' 515(6). 212

שם, ס' 515(6)(d). 213

R. v. Pearson, [1992] 3 S.C.R. 665 (פס' 70–54 לפסק-הדין). 214

שם, בעמ' 668. 215

הקוד הפלילי הקנדי, ס' 515(10)(b). 216

"מסוכנותו", וזאת בשל הפגיעה בחזקת החפות, אך רואה בכך שיקול רלוונטי כאשר מדובר בעילת ההימלטות מן הדין או בעילה של "אמון הציבור".<sup>217</sup> בהתאם לכך, חולשת הראיות עשויה להיות שיקול רלוונטי לטובת הנאשם בהחלטה לא לעצור אותו.<sup>218</sup> גם בקנדה הדגש הוא אפוא לא בעוצמת הראיות הקיימות להוכחת אשמתו של הנאשם, אלא בעילה למעצר. שיקול-הדעת של השופטים מובנה ככל האפשר על-מנת למנוע שרירות, והדגש – גם בעברות היוצרות חזקת מסוכנות – הוא בפרוצדורה ראויה שתאפשר לנאשם להפריך חזקה זו.

עם זאת, ביקורת רבה נמתחת על כך שהלכה למעשה בתי-המשפט הקנדיים נוקטים פרשנות מחמירה במיוחד, המקשה את הפרכתה של חזקת המסוכנות. לראיה, אף שרמת הפגיעה בקנדה מצויה בירידה, וכך גם חומרתם של הפשעים המבוצעים, מספר הנאשמים אשר שוהים במעצר עד תום ההליכים או משוחררים בתנאים מגבילים חמורים גבוה כיום מאי-פעם, וגבוה גם בהשוואה למדינות ליברליות אחרות.<sup>219</sup> רבים בספרות מייחסים מצב עניינים זה למגמה השלטת במערכת המשפט הפלילי הקנדי בכללותה, ובקרב שופטים בתיקים פליליים בפרט, המעמידה במרכז "רתיעה מסיכון" (risk aversion).<sup>220</sup> משום כך, וחרף הניסיון להבנותו, מרחב שיקול-הדעת הנתון לשופטים מוביל להעדפה ברורה של צמצום סיכונים על-חשבון חירות הנאשם.<sup>221</sup>

## ח. סיכום

חוק המעצרים ניסה לערוך רפורמה במטרה לוודא כי השימוש באמצעי הפוגעני של מעצר עד תום ההליכים ייעשה רק לתכלית ראויה (עילת מעצר) ובמידה שאינה עולה על הנדרש (חלופת מעצר במקרה שמתקיימים התנאים למעצר),<sup>222</sup> תוך הגנה מרבית על זכויות הנאשם לחירות ולכבוד ועל הערך המוסרי של חזקת החפות.

הממצאים האמפיריים מעידים, לעומת זאת, על הסתמכות רבה ביותר על משתנה הראיות. מעמדה של הזכות לחירות כזכות יסוד חוקתית מחייב שהפגיעה בזכות תהיה היוצא-מן-הכלל, ולמעצר תיעשה לאחר שעמד מבקש הפגיעה בנטל הראייתי להראות כי שלום הציבור או קיומו

217 COUGHLAN, לעיל ה"ש 208, בעמ' 163–164.

218 ראו לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 586–587 והאסמכתאות המובאות שם.

219 Cheryl Marie Webster, Anthony N. Doob & Nicole M. Myers, *The Parable of Ms Baker: Understanding Pre-Trial Detention in Canada*, 21 CURRENT ISSUES CRIM. J. 79 (2009) יצוין כי יש פערים גדולים בנושא זה בין הפרובינציות השונות – ראו שם, בעמ' 84.

220 ראו שם, וכן Nicole M. Myers, *Shifting Risk: Bail and the Use of Sureties*, 21 CURRENT ISSUES CRIM. J. 127 (2009).

221 *Reasonable Bail?* (John Howard Society of Ontario, September 2013), available at <http://www.johnhoward.on.ca/wp-content/uploads/2014/07/JHSO-Reasonable-Bail-report-final.pdf>.

222 בשל קוצר היריעה נדונו במאמר הנוכחי חלופות המעצר השונות כמקשה אחת. במסגרת מחקר עתידי רצוי להבחין בין סוגים שונים של חלופות מעצר.

של ההליך הפלילי מצויים בסכנה רצינית אם הנאשם ישוחרר.<sup>223</sup> הסתמכות כה חזקה על הראיות, דהיינו על מעמדו של אדם כנאשם, פוגעת בחזקת החפות והופכת את המעצר לבעל אופי עונשי.<sup>224</sup> יתרה מזו, הסתמכות על אמת-המידה של ראיות מניחה כי מטרת החוק היא רק להגן על זכותו של הנאשם, במובן זה שלא ייווצר מצב שבו אדם זכאי ישב במעצר, אך אם הוא אשם – אין בעיה שייעצר. הנחה זו מתעלמת מהערך האינהרנטי של חזקת החפות ומחשיבותו למוסריותה של החברה.<sup>225</sup>

חוק המעצרים דורש תכלית ראויה למעצר בדמות עילה, וקובע חזקת מסופנות הניתנת להפרכה. הממצאים, לעומת זאת, מעידים על חזקת מסופנות חלוטה שאינה ניתנת להפרכה, במובן זה שנאשמים אינם מצליחים להוכיח כי הם זכאים לשחרור מוחלט. תוצאה זו, מעבר לכך שהיא מעמידה בספק את כל תכליתו הראויה של המעצר, מצביעה על חתירה תחת חזקת החפות באמצעות ההקלות המוענקות לתביעה בנטל ההוכחה. מעניין שבעוד מחקרים מעידים כי רמת ההוכחה של "מעל לכל ספק סביר" משתנה בהתאם לסוגי העבירות, והנטל המוטל על התביעה כבד יותר ככל שהעבירה חמורה יותר,<sup>226</sup> בכל הנוגע בעילת המעצר המצב הפוך, וככל שהעבירה מסוכנת יותר, הנטל המוטל על התביעה להוכיח צורך במעצר עד תום ההליכים קטן יותר.

חוק המעצרים אף עיגן את דרישת המידתיות, בקובעו כי במקרים שבהם מתקיימות הדרישות המחמירות בדבר ראיות לכאורה ועילת מעצר יש לשקול חלופת מעצר. אולם הממצאים מעידים כי חלופת המעצר משמשת אף פתרון מועדף במקרים שבהם אחד התנאים המוקדמים למעצר לוקה בחולשה, שאז לכאורה, לפי הוראות החוק, אי-אפשר כלל לבחון

223 ראו בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות", לעיל ה"ש 125, בעמ' 499–503.

224 השו"ק קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות לבין חוק-היסוד", לעיל ה"ש 19, בעמ' 310. בהקשר זה מעניין לעמוד על הקשר הסטטיסטי החזק שקיים בין מעצר עד תום ההליכים לבין הרשעה והשתתפות עונש מאסר בפועל. בבתי-משפט השלום, ב-97.5% מהמקרים שבהם הוטל מעצר עד תום ההליכים הורשע הנאשם באופן מלא או חלקי, וב-95% מהמקרים שבהם נעצר הנאשם עד תום ההליכים כלל העונש רכיב של מאסר בפועל (גזל-אייל, גלון ווינשל-מרגל, לעיל ה"ש 82, בעמ' 28). בבתי-המשפט המחוזיים, כל הנאשמים אשר שהו במעצר הורשעו באופן מלא או חלקי, ועונשם כלל רכיב של מאסר בפועל (שם, בעמ' 29). המתאם הגבוה בין מעצר עד תום ההליכים לבין הרשעה עשוי אומנם להצדיק את החלטת המעצר, אך הוא יכול גם להצביע על כך שהמעצר הוא הגורם הסיבתי להרשעה (שם). זאת, הן מאחר שהסיכוי לביטול אישום של נאשם המצוי במעצר עשוי להיות קטן יותר, והן מאחר שעצם ההימצאות במעצר מגדילה את הסיכוי שהנאשם יידון לעונש מאסר בפועל (אם כי יש לציין שהמחקר מצא כי שיעור ההודאות באישומים זהה בין עצורים עד תום ההליכים לבין נאשמים שאינם עצורים – ראו שם, בעמ' 28–29). מחקרים רבים בעולם מצאו גם הם כי להימצאות במעצר יש השפעה רבה על סיכויי ההרשעה ועל חומרת העונש. ראו אורן גזל-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627, 633 וההפניות שם (2008).

225 השו"ק קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פרויטיבית", לעיל ה"ש 13, בעמ' 442 (הסבר על המסר ההצהרתי והחינוכי של חזקת החפות, שלפיה כל עוד לא נקבעה אשמתו של הנאשם, הוא זכאי להיחשב חף מפשע בדיוק כמו התובע המאשים אותו או השופטת הדנה בעניינו).

226 ככל שהעונש הקבוע בחוק לעבירה הוא חמור יותר, הסיכויים להיענש קטנים. שופטים נוטים למצוא ספק סביר בקלות רבה יותר כאשר העונש הצפוי לנאשם אם יורשע כבד יותר. ראו אורן גזל-אייל ורותי לוד "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41 (2011) והאסמכתאות המובאות שם.

חלופה והנאשם צריך לזכות בשחרור מוחלט. הממצאים אף אינם תואמים את מדיניותו המוצהרת של בית-המשפט העליון, אשר דורשת חוק מפורש המתיר מעצר ודוגלת בפרשנות מצמצמת של חוקים הפוגעים בחירות. כאמור בדבריה של השופטת דורית ביניש בבש"פ מורוזובה:

על-פי עקרונות היסוד החוקתיים של שיטתנו, עקרונות אשר קיבלו ביטוי ברור עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין ליטול חירותו של אדם במעצר או במאסר או להגבילה, אלא על-פי חוק... סוגיית המעצרים, המתייחסת לשלילת חירות או פגיעה בה, חייבה תמיד התייחסות מפורשת מצד המחוקק, וכזה הוא ללא ספק המצב המשפטי לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת ועוד, בהתאם לכללים המקובלים עלינו, פרשנות של הוראת חוק הפוגעת בחירותו של אדם, כהוראות חוק המעצרים, תיעשה באופן המצמצם ככל האפשר את הפגיעה בזכויותיו של הפרט...<sup>227</sup>

ההלכות שפיתח בית-המשפט העליון בכל הנוגע במעצר עד תום ההליכים – לא זו בלבד שאינן תואמות את לשון החוק, הן מרחיבות את אפשרויות המעצר על שלל חלופותיו. האם לפנינו אליה וקוץ בה? על פניו נראה כי לבתי-המשפט יש אכן נטייה חזקה לקבוע חלופות מעצר, ובעיקר קלה ידו על ההדק בקביעת מעצר-בית. לעניין זה יפים דבריו של השופט עמית, המגלמים את תוצאותיו של מחקר זה:

לא הייתי מזכיר דברים אלה, המובנים מאליהם [העובדה שתנאי שחרור אינם חייבים לכלול מעצר-בית], אילולא התחושה כי החלופה של מעצר בית מלא, הפכה לתנאי שחרור "אוטומטי" כתחליף למעצר בפועל. אך יש לזכור כי גם מעצר בית מלא הוא בגדר הגבלה, ואף הגבלה קשה, על חירות הפרט, במיוחד בהאידנא, שבירור התיק העיקרי עלול להתארך חודשים ואף שנים. אין זה מהדברים הקלים "לטפס על הקירות" משך חודשים רבים בין ארבעה כתלים. הבטלה עלולה להביא לידי שעמום והשעמום לידי חטא של הפרת תנאי מעצר הבית ולהסתבכות נוספת של הנאשם. לכך יש להוסיף כי מעצר בית ממושך עלול לפגוע בפרנסתו של הנאשם ושל בני ביתו התלויים בו למחייתו.<sup>228</sup>

אך נשאלת השאלה אם עמידה על הוראותיו הדוקניות של החוק הייתה מובילה לתוצאות טובות יותר לנאשמים. לחקיקה יש יכולת מוגבלת להוביל לשינוי דפוסים מושרשים של שיטת משפט. "הקנון של המשפט הישראלי [נכתב] בהלכה הפסוקה לא בחקיקה ולא בכתבי המלומדים, ובמרכזו התקדימים המובילים של בית-המשפט העליון לדורותיו".<sup>229</sup> שיטת

227 בש"פ 5142/99 מורוזובה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (5) 643, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ביניש (1999) (ההדגשות הוספו).

228 בש"פ פלוני, לעיל ה"ש 90, פס' 5 להחלטה.

229 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243, 245 (2004).

המשפט שלנו התפתח כמשפט מקובל, שבו לשופטים יש כוח רב בעריכת איזונים בין השיקולים השונים. הוראות חוק דיכוטומיות ייתכן שאינן הולמות את השיטה. כך, למשל, ייתכן שאי-היכולת לקבוע חלופה הייתה גורמת במצב של ראיות מוחלשות לשינוי הרטוריקה של השופטים, דהיינו, לנטייה שלהם לקבוע כי קיימות ראיות לכאורה וכי יש לעצור את הנאשם עד תום ההליכים. דברים אלה מקבלים אישור מן הנתונים שלפיהם העלייה בשיעור המעצרים גדולה מהעלייה בהיקף העבירות.<sup>230</sup>

לנוכח האמור אני ספקנית בנוגע ליכולת להוביל לשינוי הפרשנות שנתן בית-המשפט לחוק כלשונו. כיוון אפשרי מוצע הוא תיקון החוק באופן שיקל על השופטים ליישמו, תוך התחשבות בבעיות המבניות והפסיכולוגיות שהובילו לדקונסטרוקציה של החוק במתכונתו הנוכחית, מחד גיסא, וברצון לקדם ערכים חוקתיים וחברתיים, מאידך גיסא. בתיקון החוק ניתן ללמוד מהמצב המשפטי במדינות אחרות, ובעיקר בארצות-הברית, שבה הדגש הוא בהוכחת עילה למעצר, ולא בהוכחת ביצוע לכאורה של העבירה; שבה שיקול-דעתם של השופטים מובנה הרבה יותר; ואשר שם קיים מדרג ברור בין סוגים שונים של חלופות מעצר.<sup>231</sup> שימת הדגש ברמת ההוכחה של העילה, ולא בראיות, תפתור את בעיית ההורדה המלאכותית של רף הראיות שנעשית על-ידי הפסיקה, ותבהיר את חשיבותה של הוכחת העילה למעצר. הבניית שיקול-הדעת תקטין את מרכיב השרירותיות ותקנה כלים לשינוי הנורמטיבי המיוחל, וזאת מבלי לבטל את שיקול-דעתם של השופטים.<sup>232</sup>

תיקון ברוח זו, מחד גיסא, ירכך את הקושי שבהוראות החוק הקיימות, המתאפיינות בדיכוטומיות, ומאידך גיסא, יחזיר את כבודה של חלופת המעצר למקומה, כאמצעי מידתי יותר באותם מקרים שבהם אכן יהיה אפשר (על-פי דרישות-הסף המעודנות יותר שייקבעו) להטיל על הנאשם מעצר עד תום ההליכים.

230 הנתונים מופיעים באתר משטרת ישראל. ראו, למשל, את הנתונים ביחס לשנת 2009 במסמך שכתובתו [www.police.gov.il/doc/mehkarim/haikar\\_bamehkar\\_2009.pdf](http://www.police.gov.il/doc/mehkarim/haikar_bamehkar_2009.pdf).

231 אם כי גם בארצות-הברית קיימת כאמור ביקורת רבה על שיקול-הדעת הרחב שניתן לשופטים, בעיקר בסוגיה של הערכת המסופנות. ראו לעיל ה"ש 204. לנוכח ביקורת זו ניתן להצביע על גל של חקיקה במדינות שונות בארצות-הברית שמבקש להבנות שיקול-דעת שיפוטי בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים או לחלופין בבחירה בתנאי שחרור הולמים. ראו Shima Baradaran, *The State of Pretrial Detention, in THE STATE OF CRIMINAL JUSTICE* 187, 190–191 (Myrna Raeder ed., 2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1907238>.

232 הדוקטרינה של הבניית שיקול-הדעת (Structuring Administrative Discretion) נתמכת בעיקר על-ידי פרופ' Kenneth Davis, אשר סבור כי שיקול-דעת מנהלי הינו בלתי-נמנע במדינה המודרנית, וכי הפתרון לבעיות המתעוררות אינו טמון בביטולו. עם זאת, קיים שיקול-דעת רחב שהינו מיותר וניתן לצמצמו. בשיקול-הדעת ההכרחי שנתן, לדעתו, לשלוט טוב יותר בשני אופנים עיקריים: תחמת שיקול-הדעת (confining discretion) והבניית שיקול-הדעת (structuring discretion). ראו KENNETH C. DAVIS, *DISCRETIONARY JUSTICE – A PRELIMINARY INQUIRY* 217 (1971). לחשיבותה של הבניית שיקול-הדעת ראו גם מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 420 (2008).

נספח – טבלאות סטטיסטיות

טבלה 1: סיכום רגרסיה בצעדים לגבי המאגר הכולל

מובהקות Pr > ChiSq	Wald Chi-Square	מבחן ה- ריבוע	דירוג	מספר דרגות חופש DF	השפעה משתנים שהוסרו	צעד
<.0001	49.5868	1	1	1	ראיות לכאורה	1
<.0001	28.1250	2	1	1	ראיות מוחלשות	2
0.0006	11.8816	3	1	1	תסקיר מעצר	3
0.0155	5.8621	4	1	1	תסקיר מעצר וראיות מוחלשות	4
0.9613	0.0024	3	1	1	תסקיר מעצר וראיות מוחלשות	5

טבלה 2: ניתוח מידת המובהקות וההשפעה של המשתנים המובהקים

מובהקות Pr > ChiSq	Wald Chi-Square	סטיית-תקן	אומדן (מקדם)	מספר דרגות חופש DF	משתנה
0.0008	11.2027	0.3745	1.2536	1	תסקיר מעצר
<.0001	43.4918	0.2633	-1.7362	1	ראיות לכאורה
0.0023	9.3049	1.0211	3.1149	1	ראיות מוחלשות

טבלה 3: בדיקת יכולת הניבוי של המשתנים המובהקים

0.617	Somers' D	68.3	Percent Concordant אחוזי התאמה
0.823	Gamma	6.6	Percent Discordant אי-התאמה אחוזי
0.282	Tau-a	25.0	Percent Tied
		9,100	Pairs זוגות

## טבלה 4 : השפעת קיומו של תסקיר מעצר על התוצאה

סיכום	תסקיר מעצר		תוצאה
	יש	אין	
70	34	36	חלופת מעצר
35.00	17.00	18.00	
	48.57	51.43	
	49.28	27.48	
130	35	95	מעצר
65.00	17.50	47.50	
	26.92	73.08	
	50.72	72.52	
200	69	131	סיכום
100.00	34.50	65.50	

## טבלה 5 : השפעת קיומן של ראיות לכאורה על התוצאה

סיכום	ראיות לכאורה		תוצאה
	יש	אין	
70	38	32	חלופת מעצר
35.00	19.00	16.00	
	54.29	45.71	
	22.75	96.97	
130	129	1	מעצר
65.00	64.50	0.50	
	99.23	0.77	
	77.25	3.03	
200	167	33	סיכום
100.00	83.50	16.50	

## טבלה 6 : השפעת קיומן של ראיות מוחלשות על התוצאה

סיכום	ראיות מוחלשות		תוצאה
	יש	אין	
70	31	39	חלופת מעצר
35.00	15.50	19.50	
	44.29	55.71	
	96.88	23.21	
130	1	129	מעצר
65.00	0.50	64.50	
	0.77	99.23	
	3.13	76.79	
200	32	168	סיכום
100.00	16.00	84.00	

## טבלה 7: סיכום רגרסיה בצעדים – בית־משפט מחוזי

מובהקות Pr > ChiSq	Wald Chi- Square	מבחן תי בריבוע	דירוג	מספר דרגות חופש DF	השפעה משתנים שנכנסו שהוסרו	צעד
<.0001		45.4301	1	1	ראיות לכאורה	1
<.0001		21.0861	2	1	תסקיר מעצר	2

## טבלה 8: השפעת תסקיר מעצר על התוצאה במחוזי

סיכום	תסקיר מעצר		תוצאה
	יש	אין	
21	17	4	חלופת מעצר
21.00	17.00	4.00	
	80.95	19.05	
	42.50	6.67	
79	23	56	מעצר
79.00	23.00	56.00	
	29.11	70.89	
	57.50	93.33	
100	40	60	סיכום
100.00	40.00	60.00	

## טבלה 9: השפעת ראיות לכאורה על התוצאה במחוזי

סיכום	ראיות לכאורה		תוצאה
	יש	אין	
21	14	7	חלופת מעצר
21.00	14.00	7.00	
	66.67	33.33	
	15.05	100.00	
79	79	0	מעצר
79.00	79.00	0.00	
	100.00	0.00	
	84.95	0.00	
100	93	7	סיכום
100.00	93.00	7.00	

## טבלה 10: סיכום רגרסיה בצעדים – בית־משפט השלום

מובהקות Pr > ChiSq	Wald Chi- Square	מבחן תי בריבוע	דירוג	מספר דרגות חופש DF	השפעה משתנים שנכנסו שהוסרו	צעד
<.0001		21.1600	1	1	ראיות מוחלשות	1
0.0008		11.2788	2	1	סוג עברה	2



## טבלה 11 : השפעת סוג העבירה על התוצאה בשלום

סיכום	סוג עבירה		תוצאה
	עבירה עם חזקת מסופנות	עבירה ללא חזקת מסופנות	
49	28	21	חלופת מעצר
49.00	28.00	21.00	
	57.14	42.86	
	43.08	60.00	
51	37	14	מעצר
51.00	37.00	14.00	
	72.55	27.45	
	56.92	40.00	
100	65	35	סיכום
100.00	65.00	35.00	

## טבלה 12 : השפעת ראיות מוחלשות על התוצאה בשלום

סיכום	ראיות מוחלשות		תוצאה
	יש	אינן	
49	24	25	חלופת מעצר
49.00	24.00	25.00	
	48.98	51.02	
	96.00	33.33	
51	1	50	מעצר
51.00	1.00	50.00	
	1.96	98.04	
	4.00	66.67	
100	25	75	סיכום
100.00	25.00	75.00	