

שחרור בערובה לחלופת מעצר טיפולית: החרג שהפך לכלל

*עו"ד ואסים דאהר, **עו"ד אלעד בלעיש

מבוא

"מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג".¹

כלל זה נקבע לפני למעלה מעשרים וחמש שנים על ידי נשיא בית המשפט העליון (דאז) אהרון ברק בבש"פ גניאמת ובידין הנוסף שבא בעקבותיו.² בהלכה זו נקבע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, העלה את הזכות לחירות ממעצר למדרגה של זכות חוקתית.

בשנת 1996 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים או החוק) ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וברוח זכויות היסוד שהתפתחו בפסיקה.³ החוק מבטא את האיזון בין זכותו היסודית של אדם לחירות ממעצר לבין שלום הציבור ובטחונו.⁴ החוק קובע כי כל מעצר של אדם ייעשה אך ורק על פי חוק או הסמכה מפורשת בו,⁵ כי אדם ייעצר עד תום ההליכים רק במקרים בהם קיימות ראיות לכאורה לביצוע העבירה, אחת או יותר מעילות המעצר הקבועות בחוק, ורק אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך חלופית אשר פגיעתה בחירות הנאשם פחותה.⁶

הגישה העומדת בבסיסו של חוק המעצרים החדש מקדשת את הזכות להליך הוגן, שוללת את המעצר כאמצעי ענישה או הרתעה, ורואה בו כאמצעי האחרון שיש לנקוט בו.⁷ המעצר אינו תחליף לעונש ואינו מקדמה על חשבון העונש וצריך לעשות בו שימוש כאשר אין כל אפשרות אחרת פחותה ממעצר להשיג את אותה מטרה, או במילים אחרות - המעצר אמור להיות החריג. עם חקיקת החוק היתה ציפייה לתקופה חדשה שתוביל למהפכה של ממש בדיני המעצרים בישראל ותביא להפחתה ממשית בכמות המעצרים.⁸

בהתאם להוראות החוק, פסיקת בית המשפט העליון ובהתאם לעקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, הכלל הבסיסי בדיני המעצרים, אשר מעוגן בסעיף 21(ב) (1) לחוק, הוא שיש לשחרר כל נאשם לחלופת מעצר אשר יכולה ליתן מענה הולם למסוכנותו ולהפחית אותה לרמה המתקבלת על הדעת.

המסגרות הטיפוליות למכורים מהוות חלופות מעצר, בהן שוהה הנאשם בתנאים מסוימים, ובמסגרתן עובר הנאשם טיפול ייעודי לבעית ההתמכרות ממנה הוא סובל. בפסיקת בית המשפט העליון, ובעקבותיה גם בערכאות הדיוניות, השתרש כלל מצמצם לפיו, ככלל, שחרור לחלופת מעצר טיפולית מקומו בשלב גזירת הדין. שחרור בשלב המעצר הינו חריג לכלל זה, אשר יתאפשר בהתקיים תנאים מסוימים. בבש"פ 1981/11 **מדינת ישראל נ' סויסה** (להלן: עניין **סויסה**),⁹ סקר כב' השופט עמית את הגישות השונות בפסיקה בעניין שחרור לחלופת מעצר טיפולית, חזר על הכלל האמור וכן קבע את החריגים לו. החלטה זו הפכה לימים להיות ההחלטה המנחה בבחינת שחרור נאשם לחלופת מעצר טיפולית.

במאמר זה נתמקד בשאלת השחרור לחלופת מעצר טיפולית ובהיבטים שונים הקשורים אליה. נפתח את המאמר בסקירה כללית וקצרה של עקרונות דיני המעצרים ונפרט את הגישות השונות שהתפתחו בפסיקה בארץ ביחס לשחרור נאשמים לחלופת מעצר טיפולית, לפני עניין **סויסה**.

בחלק השני נציג את עמדת כב' השופט עמית בעניין **סויסה**, שקבע את המתווה לבחינת אפשרות שחרור נאשם לחלופת מעצר טיפולית. נבקש לטעון כי בעקבות ההחלטה בעניין **סויסה** נוצרה מציאות משפטית שבה צומצמו המקרים בהם שוחררו נאשמים לחלופות מעצר טיפוליות, וזאת בניגוד לעקרונות דיני המעצרים.

* סגן הסניגורית המחוזית ומנהל מחלקת מעצרים ושחרורים, הסניגוריה הציבורית, מחוז צפון.
 ** ממונה על תחום התעבורה, התחום המנהלי ותחום ניהול הידע. חבר במחלקת המעצרים והשחרורים ובמחלקת איכות הייצוג, הסניגוריה הציבורית מחוז צפון.
 אנו מבקשים להודות למשנה לסניגור הארצי ד"ר חגית לרנאו, ולממונה הארצית על ייצוג עצורים עו"ד גליה ניצני על הערותיהן החשובות והמועילות.
 1. דנ"פ 2316/95 **גניאמת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 649, בפסקה 2 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (1995) (להלן: עניין **גניאמת**).
 2. דעות הרכב נחלקו בעניין זה. לגישת כב' הנשיא ברק אליה הצטרפו כב' השופטות דורנר ושטרסברג-כהן, חוקי היסוד מחייבים "הפעלה של מדיניות מעצרים מרוסנת המופעלת רק במקרים מיוחדים וחריגים רק כאשר המעצר נחוץ והכרחי..." (שם, בעמ' 649). לעומתם כב' הנשיא לשעבר שמגר וכב' השופטים מצא וחשין הסתייגו מאמירות אלה וסברו כי דיני המעצר ביטאו איזון מספק בין זכויות הפרט לבין זכות החברה והקורבנות עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד ולכן, לעת ההיא, לא סברו כי חקיקת חוקי היסוד מחייבים שינוי גישה לדיני המעצרים כפי שנטען על ידי הנשיא ברק (וראו שם, בעמ' 622). כך למשל כתב כב' השופט מצא: "הייתי נזהר מקביעת נוסחה שתכיר בלגיטימיות של אמצעי המעצר במקרים חריגים בלבד. יש, כמובן, לשאוף ולייחל לימים שבהם הנהגתה של נורמה אידיאלית כזו תהא אפשרית. אך זמנם של ימים כאלה טרם הגיעו...". יחד עם זאת, גם השופטים שהתנגדו לעמדת הנשיא ברק סברו כי מתחייב איזון סביר וזהיר בין הערכים המתנגשים.
 3. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
 4. עניין **גניאמת**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט מצא. בעניין זה יש לציין כי חוק המעצרים החדש נחקק לאחר עניין **גניאמת** אך הדברים שנאמרו שם יפים גם כיום.
 5. ס' 1(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338.
 6. ס' 21 לחוק המעצרים וכן ראו גם בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133 (1996) (להלן: עניין **זאדה**).
 7. ראו גם דליה דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" **משפט ומחל** ד (תשנ"ו) (להלן: דורנר, השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם); חיה זנדברג **פירוש לחוק מעצרים** (2001) (להלן: **פירוש לחוק המעצרים**).
 8. יש שראו בחקיקת החוק מהפכה חוקתית שתשפיע בוודאי על כל תחומי המשפט, וראו: אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג (1996). על אף שהיתה ציפייה שחקיקת החוק תוביל לירידה בכמות המעצרים בישראל (וראו: דורנר, השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 25), מחקרים ומאמרים שפורסמו לאחר חקיקת החוק מצביעים דווקא על מגמה הפוכה, וראו: חגית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" **מחקרי משפט** כד 123 (2008) (להלן: לרנאו, מתכון לחקיקה לא יעילה); ישי שרון "חוק המעצרים החדש" **שורשים במשפט** (1997); אורן גול אייל והילה איזנבנד "האינטרס הציבורי בצמצום מאסרים" **משפט מפתח** 18, 23-25 (2019) (להלן: גול אייל ואיזנבנד); גיא לוריא "מדיניות ריבוי המעצרים ופגיעתה בשוויון" **הצעה לסדר** 18 (2018); צבי נח **דיני מעצר ושחרור** חלק ראשון, ו' 505 (1999) (להלן: **דיני מעצר ושחרור**).
 9. בש"פ 1981/11 **מדינת ישראל נ' סויסה** פ"ד ס"ד(3) 101 (2011).

להוכחת אשמתו של הנאשם;¹⁴ התנאי השני הוא קיומה של אחת מעילות המעצר עד לתום ההליכים;¹⁵ והתנאי השלישי הוא היעדר חלופה מתאימה שבאמצעותה ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך שתפחית את הפגיעה בחירות הנאשם.¹⁶

הוראות החוק מבטאות את העקרון לפיו מעצר משמש כאמצעי אחרון בלבד בהיעדר כל מוצא סביר אחר להגשמת המטרות העומדות ביסודו.¹⁷ בית המשפט העליון בהלכת **גנימאת** הטעים בעניין זה כי **"שיטת משפט דמוקרטית נאורה משתחררת ממנטאליות של מעצר כאמצעי ראשון. מדינה שערכיה דמוקרטיים מאמצת מנטאליות של מעצר כאמצעי אחרון"** והבהיר כי **"גם כשקיימת עילת מעצר, עדיין לא הותרה הרצועה; הזכות הבסיסית והראשונית של חירות האדם קיימת ועומדת, ומתוך זכות זו נובעת החובה לחתור אחר אמצעים, שיש בהם כדי לקיים את מטרת המעצר, באופן שהפגיעה בחירותו של הנאשם תהא חמורה פחות"**.¹⁸

סמכות זו של בית המשפט לעצור אדם עד תום ההליכים, ניתנת לו מכוח הסמכה מפורשת בחוק והינה סמכות שבשיקול דעת אשר מוגבלת אך ורק לדי' אמותיו של החוק.¹⁹ לצד מתן הסמכות, באשר לאפשרות שחרור נאשם בערובה, נקט המחוקק בלשון איסור וקבע כי בית המשפט **"לא יתן צו מעצר..."** אלא אם נוכח כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה, וכן **"לא יצווה בית המשפט כאמור אלא..."** אם **"לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה"**.²⁰ לשון איסור זו מובילה למסקנה כי ככל שחלופת המעצר מאיימת את עילות המעצר אין סמכות לבית המשפט להימנע משחרור נאשם בשל שיקולים חיצוניים לדיני המעצרים.²¹ איסור זה הוא ביטוי לדרישת המידתיות ועקרון הפגיעה המינימאלית, אשר נקבעו כאמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובאים לידי ביטוי בחוק המעצרים, הן ברמה ההצרתית והן ברמה המעשית.²²

אם כן, על פי לשון החוק, על חלופת המעצר להיבדק על פי טיבה ככזו אשר יכולה ליתן מענה הולם למסוכנותו של הנאשם או לחשש מהימלטות, בנסיבות העניין, ולהפחית אותן לרמה המתקבלת על הדעת. לצד זה יש לזכור כי כל בחינה של חלופת מעצר הינה הליך של **"תפירה ידנית"** אשר נעשית באופן אינדיווידואלי על פי נסיבות העושה והמעשה.²³ כאמור, החוק מחייב מיצוי כל אפשרות למציאת

בחלק השלישי נבחן את המתווה שנקבע בעניין **סויסה** על רקע שינוי שניכר בגישת המשפט הישראלי בשנים האחרונות בכל הנוגע להליכי שיקום, אשר בא לידי ביטוי בין היתר ביישום דוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (להלן: דוח ועדת דורנר),¹⁰ בהתאמות בגישת התביעה בישראל בעקבותיו¹¹ ובהקמת בתי המשפט הקהילתיים בארץ.¹² בחלק זה נראה כיצד שינוי הגישה השפיע בשנים האחרונות על פסיקת בתי המשפט השונים ביחס לשחרור לחלופת מעצר טיפולית וזאת תוך הרחבה ובמקרים מסוימים אף בניגוד למתווה שנקבע בעניין **סויסה**.

בחלק הרביעי נציג את הביקורת שלנו על גישתו של כב' השופט עמית בעניין **סויסה**. לצד הביקורת במישור דיני המעצרים נעיר כי המתווה שנקבע שם עלול להשליך גם על שיקולים אחרים, כגון הודאות שווא, ולהעמיק את ההשפעה של הליך המעצר על רף הענישה.

לבסוף, נחתום את המאמר בקריאה למערכת המשפט להמשיך ולקדם את השינוי החל בשנים האחרונות ביחס לשחרור נאשמים לחלופת מעצר טיפולית, תוך מתן משקל רב יותר לאינטרס השיקום של עוברי חוק אשר עבריינותם היא על רקע ההתמכרות ממנה הם סובלים. נציע לבטל את הכלל והתנאים שנקבעו בעניין **סויסה** ולשנות את מדיניות הפסיקה בכל הנוגע לשחרור נאשמים לחלופת מעצר טיפולית, על ידי הרחבת השימוש בחלופות מעצר אלה.

חלק ראשון: עקרונות יסוד בדיני מעצרים והגישות השונות בפסיקה ביחס לשחרור לחלופת מעצר טיפולית

סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. פגיעה בזכות חוקתית זו, לפי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד, תתאפשר רק על פי הסמכה מפורשת בחוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש. הסמכה כזו ניתנה בסעיף 1 לחוק המעצרים אשר התבסס על ניסוחו של חוק היסוד ומבטא את עקרון החוקיות הקבוע בו.¹³ לפי חוק המעצרים כל מעצר או עיכוב יתבצע על פי הסמכה מפורשת בחוק ותוך שמירה מירבית על כבוד האדם וזכויותיו.

על פי סעיף 21 לחוק המעצרים רשאי בית המשפט להורות על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו, בהתקיימות שלושה תנאים: התנאי הראשון הוא קיומן של ראיות לכאורה

10. משרד המשפטים והמשרד לבטחון פנים **דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים** (2015).
 11. פרקליטות המדינה **דוח צוות התביעה לבחינת יישום וועדת דורנר** (2019) (להלן: דוח צוות התביעה).
 12. בית משפט קהילתי משמש בית משפט של ערכאה ראשונה בעניינים פליליים חלופיים כתחליף לעונשי מאסר קצרים הנותנים מענה מקיף לנאשמים חוזרים על ידי שיקום בקהילה. כיום פועלים בישראל שישה בתי משפט קהילתיים: במחוז צפון, חיפה, מרכז, ת"א וירושלים ודרום. וראו מידע נוסף ב: בתי המשפט קהילתיים **הרשות השופטת** (2.8.2020) https://www.gov.il/he/departments/general/community_courts.
 13. **פירוש לחוק המעצרים**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 36; יובל אלבשן "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש" **עינוי משפט** כב(1) (1999). להתפתחות חוק המעצרים והשינויים בו, ראו גם: לרנאו, מתכון לחקיקה לא יעילה, לעיל ה"ש 8; מיכל טמיר "חלופות מעצר - האם הן תמיד לטובת הנאשמים?" **משפט וממשל** יז 367 (2016) (להלן: מיכל טמיר); **דיני מעצר ושחרור**, לעיל ה"ש 8, פרק ג' בעמ' 1671; דן ביין "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים" **מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית** 337 (א' לדרמן עורך, תשס"א).
 14. ס' 21(ב) לחוק המעצרים וכן עניין **זאדה**, לעיל ה"ש 6.
 15. ס' 21(א) (1) לחוק המעצרים המפרט את עילות המעצר של שיבוש, מסוכנות וכן מפרט עילות מעצר סטוטוריות. כמו כן, ישנן עילות מעצר שהתפתחו בפסיקה, וראו: בש"פ 5431/98 **פרנקל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(4) 268 (1998).
 16. ס' 21(ב) (1) לחוק המעצרים, וכן ראו: **דיני מעצר ושחרור**, לעיל ה"ש 8, פרק ו', בעמ' 505.
 17. ראו: רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** פרק שמיני (2011).
 18. בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 439, 355 (1995).
 19. עניין **גנימאת**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט מצא.
 20. ס' 21(ב) (1) לחוק המעצרים.
 21. איתן מגן "מוסד גמילה כחלופת מעצר" **הסניגור** 29 (1999) (להלן: איתן מגן).
 22. סעיפים 1(א) ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וראו גם: מיכל טמיר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 380. לדין בנושא תנאי המעצר בראי חוקי היסוד ראו: יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" **משפט וממשל** (ד) (תשנ"ח).
 23. ראו למשל: בש"פ 8168/17 **קראקי נ' מדינת ישראל** (נבו) 31.10.2017 (להלן: עניין **קראקי**); בש"פ 5564/11 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו) 8.8.2011; בש"פ 7686/06 **רפייב נ' מדינת ישראל** (נבו) 9.9.2003.

חלופת מעצר שיכולה להגשים בצורה יעילה את מטרות המעצר ולפגוע פגיעה פחותה בחירות.²⁴

התייחסות הפסיקה לחלופת מעצר טיפולית לפני עניין סויסה

"חלופת מעצר טיפולית" הינה כינוי מקובל לחלופות מעצר המציעות לשהים בהן טיפול בהתמכרויות (סמים, אלכוהול, הימורים וכו').²⁵ חלופות המעצר נבדלות ביניהן ברמת הפיקוח, בסוגי התוכניות הקיימות ובתנאי המקום. חלופות המעצר כיום שונות ומגוונות, חלקן מפקחות וממומנות על ידי משרד הרווחה והשירותים החברתיים וחלקן חלופות מעצר פרטיות.

לאורך השנים פסיקת בית המשפט העליון בעניין שחרור נאשמים לחלופת מעצר טיפולית היתה מפולגת.²⁶ גישה אחת גרסה כי ככלל, השלב בו נבחן שילוב נאשמים במוסד גמילה הוא בשלב גזירת הדין. שחרור לחלופת מעצר טיפולית, עוד בשלב המעצר, יתאפשר רק במקרים חריגים וכאשר הנאשם התחיל בהליך גמילה בטרם מעצרו. גישה זו הסתמכה בשנים אלה על סעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר בוטל עם כניסתו לתוקף של חוק המעצרים, וזו לשונו:

"(א) לא ישחרר בית המשפט בערובה עצור בתנאי שיקבל טיפול למשתמשים בסמים, אלא אם התקיימו שניים אלה:

1. העצור נמצא בטיפול כאמור;

2. המוסד שבו העצור מקבל את הטיפול וסוג הטיפול

אושרו בידי קצין מבחן."

השיקולים המרכזיים בבסיס גישה זו היו השמירה על ביטחון הציבור, המלחמה בנגע הסמים ובקורבנות אותן הוא גובה, וכן החשש מהמסוכנות הטבעה באדם מכור לסמים, שלא יבחל בכל דרך להשיג את הסם, כולל הפרת תנאי שחרורו וביצוע עבירות.²⁷

בעניין **נינה ביטון** הורה בית משפט השלום על שחרורה של הנאשמת למוסד גמילה בהתאם לתסקיר שרות המבחן שהוגש בעניינה, וזאת לאחר שהודתה בכתב אישום הכולל שתי עבירות של סחר בסם מסוכן מסוג הרואין.²⁸ ערר שהוגש על ידי המדינה לבית המשפט המחוזי התקבל והנאשמת נעצרה עד תום ההליכים. בית המשפט העליון (כב' השופט זמיר) דחה את הערר של הנאשמת וקבע כי בדרך כלל בית המשפט לא משחרר נאשמים מהמעצר בטרם נגזר דינם לצורך השתלבות בהליך טיפולי, אלא במקרים יוצאי דופן, כגון במקרים בהם הנאשם נמצא, בטרם מעצרו, בעיצומו של הליך גמילה. במקרים אלה, הנזק בקטיעת הליך הגמילה גובר על הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי אם ישוחרר. עוד קבע בית המשפט כי המפנה בחייה של הנאשמת ונחישותה להיגמל מהסם הינם שיקולים שיש לשקול במסגרת השיקולים לעונש ולאחר סיום משפטה.

מספר שנים לאחר מכן, עלתה הסוגיה פעם נוספת בעניין **רוני חושינסקי**.²⁹ הנאשם שוחרר בבית משפט השלום לחלופת מעצר במוסד גמילה. ערר שהוגש מטעם המדינה התקבל והוא נעצר עד תום ההליכים. בערר בבית המשפט העליון חזר כב' השופט זמיר על קביעותיו בעניין **ביטון** לעיל ודחה את הערר של הנאשם מאחר שלא התקיימו הנסיבות המיוחדות המצדיקות חריגה מהכלל לפיו לא ישוחרר נאשם ממעצר לשם גמילה מסמים.

מנגד עמדה **גישה אחרת**, אשר סברה כי יש מקום לבחון מוסד גמילה כחלופת מעצר בנסיבות המצדיקות זאת. כך למשל סברה כב' השופטת נתיניהו בעניין **סבג**, שם שוחרר נאשם שהואשם בעבירות סמים תוך הפרת תנאי שחרור, אשר לו עבר פלילי ומאסר על תנאי, לחלופת מעצר במוסד גמילה.³⁰ לגישתה, בשלב המעצר נפתח למשיב פתח לקבל טיפול גמילה אשר לא יוכל לקבל בתנאי מעצר ממש, ולכן יש לנסות להפיק את התועלת לנאשם ולחברה כולה על ידי שחרורו לטיפול גמילה בחלופת מעצר.

דוגמה נוספת ראו בעניין **עזאת**, שם נדון עניינו של נאשם מכור לסמים שהועמד לדין בגין עבירת התפרצות.³¹ בית המשפט העליון הורה על שחרורו למוסד גמילה נוכח סיכוי אפשרי להצלחת הליך הגמילה ולחזרת הנאשם לחברה כאדם חיובי.

לסיכום נקודה זו, עובר לעניין **סויסה**, היו שתי גישות מנוגדות בבית המשפט העליון בשאלת שחרור נאשם לחלופת מעצר טיפולית. גישה אחת, מצמצמת, גרסה כי שחרור לחלופת מעצר טיפולית יכול להתקיים רק במקרים מועטים, בעיקר כאשר הנאשם החל בהליך גמילה בטרם מעצרו. הגישה השנייה, המרחיבה, סברה כי ניתן לשקול שחרור לחלופת מעצר טיפולית בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת וכדי למצות את התועלת שנובעת מהצלחת הגמילה לטובת הנאשם והחברה.³²

שנים לאחר מכן נשמעה ביקורת בבית המשפט העליון בכל הנוגע לכללים הנוקשים שהתפתחו בפסיקה ביחס לשחרור נאשמים לחלופת מעצר טיפולית. דוגמה לכך ניתן למצוא בדברי כב' השופטת דורנר בעניין **חביב**:³³

"ראוי הוא כי נחזור למושכלות ראשונים. מצוות המחוקק - והיא זו הקובעת במישור התאורטי והמעשי גם יחד - היא כי אף בהתקיים עילת מעצר אין לעצור נאשם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר ולהסיר את החשש לשלום הציבור בתנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם חמורה פחות. אכן, ישנן עבירות, ובכללן עבירות סמים, אשר מטבען מעוררות חשש למסוכנות שלא ניתן להסירו בחלופת מעצר, אף לא במוסד גמילה. דא עקא, שזוהי הכללה. מאליו מובן הוא כי ההכרעה היא לעולם אינדיבידואלית. כך, יש שיהיה צורך לעצור

24. **דיני מעצר ושחרור**, לעיל ה"ש 8, כרך ראשון, פרק ו', בעמ' 509-510.

25. ראו למשל: דף הבית **עמותת הדרך** PID=156664&OID=156666 <http://www.haderech.org/objDoc.asp?PID=156664&OID=156666>. וכן: דף הבית **עמותת נוח מלכישוע** <http://malkishua.org.il>.

26. לסקירה מקיפה בעניין זה ראו: איתן מגן, לעיל ה"ש 21.

27. וראו: בש"פ 5813/91 **בן חמו נ' מדינת ישראל**, פד"י מו(2) (1992).

28. בש"פ 3701/95 **ביטון נ' מדינת ישראל**, (נבו) 3.7.1995.

29. בש"פ 225/99 **חושינסקי נ' מדינת ישראל**, פד"י נג(1) (1999).

30. בש"פ 4659/91 **סבג נ' מדינת ישראל** (נבו) 26.11.1991.

31. בש"פ 8360/98 **עזאת נ' מדינת ישראל** (נבו) 24.2.1999 (להלן: עניין **עזאת**).

32. איתן מגן, לעיל ה"ש 21, ההפניות שם.

33. בש"פ 6504/03 **מדינת ישראל נ' חביב**, פ"ד נ"ז(5) 865 (2003) (להלן: עניין **חביב**).

לחלופה זו משיקולים שונים, בין היתר חוסר נכונותו להשתלב בהליך גמילה בעבר, מסוכנותו הרבה, ההערכה כי יתקשה להתמיד בטיפול וכי אין באפשרות המוסד המוצע לקלוט אותו באופן מיידי. חרף המלצות התסקיר, ומשהתרשם בית המשפט המחוזי בצורה בלתי אמצעית מנחישותו של הנאשם להיגמל, הורה על שחרורו בתנאים לחלופת המעצר הטיפולית "רטורנו". על החלטה זו הגישה המדינה ערר לבית המשפט העליון בטענה שהמקרה אינו מתאים לשחרור להליך גמילה.

במסגרת ההחלטה בערר סקר כב' השופט עמית את הגישות השונות בפסיקה בעניין המועד המתאים והתנאים הנדרשים אשר בהתקיימם יורה בית המשפט על שחרור נאשם לחלופת מעצר טיפולית בשלב הדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים. כב' השופט עמית ציין כי בתחילת הדרך שלטה "האסכולה החושינסקאית", כך כינה אותה, אשר ייצגה את הגישה הנוקשה, לפיה נקבע כי ראוי שהעיתוי לבחינת אפשרות של שילוב הנאשם בהליך גמילה יהיה, ככלל, בשלב גזירת הדין. מנגד, הציג את הגישה אותה כינה "המרככת", אשר לפיה ניתן לשלב נאשם בהליך טיפולי במסגרת המעצר, בהתקיים נסיבות שונות המצדיקות זאת, וזאת אף אם הנאשם לא החל בהליך טיפולי עובר למעצרו.³⁵

ערר המדינה התקבל ובית המשפט הורה על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים. כב' השופט עמית סבר כי ידה של "הגישה החושינסקאית", אשר התבססה בזמנו על סעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, על התחוננה. לדידו, על אף הדרישה לתחילת הליך טיפולי עובר למעצר כתנאי לשחרור לחלופת גמילה, בתי המשפט הורו על שחרור לחלופות גמילה בנסיבות שונות.³⁶ לאחר שסקר את הגישות קבע כי הגם שהכלל המנחה בסוגיה זו הינו כי העיתוי הראוי לגמילה מסמים הינו בשלב גזירת הדין וריצוי העונש, שחרור נאשם לחלופת מעצר טיפולית כבר בשלב המעצר עד תום ההליכים יתאפשר בהתקיימם של שניים או שלושה מהתנאים הבאים במצטבר:³⁷

1. הנאשם החל בגמילה עוד לפני שביצע את העבירה שבגינה נעצר.
2. פוטנציאל ההצלחה של הליך הגמילה הוא גבוה.
3. יש בהליך הגמילה כדי ליתן מענה הולם למסוכנות הנשקפת מן הנאשם.

בהמשך הנחה כב' השופט עמית את הערכאות דלמטה לבחון במסגרת החלטתם זו שיקולים נוספים, כגון: גילו של הנאשם והזדמנויות גמילה שניתנו לו בעבר; האם יש בחלופת הגמילה כדי לאיין או להקהות את עילת המעצר, אם בשל חשש לשיבוש הליכי משפט ואם בשל מסוכנות לציבור; סוג וחומרת העבירות המיוחסות לנאשם; עברו הפלילי של הנאשם; השלב בו נמצא התיק העיקרי והזמן שנותר עד לסיומו; נכונות מוסד מתאים

נאשם בעבירות מסמים גם אם עברו נקי, והיפוכו של דבר, מקום שבית-המשפט השתכנע כי ניתן להסיר את החשש למסוכנות על-ידי גמילה במוסד סגור, יהיה ניתן לקבוע חלופת מעצר גם אם לנאשם עבר פלילי. עיקר בעיניי הוא, כי על המדינה לשים לנגד עיניה כי המעצר אינו מיועד להעניש את הנאשם, אף אין הוא מקדמה לעונש, וכי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 ביטל את עילת המעצר, שהייתה מושתתת על הכוח ההרתעתי של המעצר, וכי לנאשם עומדת חזקת החפות".

וראו בהמשך בעניין וונדמגין שם קבעה כב' השופטת ארבל כי במקרים מסוימים האינטרס הציבורי בשיקום נאשמים מחייב מתן הזדמנות לשיקום עוד בשלב המעצר (ההדגשות אינן במקור):³⁴

"בחינת שיקולים אלה ואיזונם מול החומרה שבעבירות המיוחסות לעורר והמסוכנות הנשקפת ממנו, מביאני למסקנה כי האינטרס הציבורי מצדיק מתן הזדמנות לעורר כבר בעת הנוכחית ובטרם התברר עניינו, להשתחרר לחלופה השיקומית המומלצת. אכן, כשם שחזרנו ושנינו פעמים רבות, גם בהתקיים עילת מעצר על בית המשפט לבחון האם יש בחלופת מעצר כדי להסיר את החשש למסוכנות המהווה עילה למעצר (ראו למשל בש"פ 5883/99 אוסרופ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.11.99)). לאור הרשעתו של העורר בעבירה בעלת אופי דומה בעבר, ייתכן שאף אז, כמו עתה, בהשפעת חיבתו היתרה לאלכוהול, נושא הליך הגמילה פוטנציאל לאיין מסוכנותו לא רק בנוגע לתקופת מעצרו הנוכחית, אלא אף, כך נקווה, לגבי העתיד. בכך תצא החברה כולה נשכרת".

חלק שני: המתווה שנקבע בעניין סויסה והשפעותיו על פסיקת בתי המשפט

בעניין סויסה נדון עניינו של נאשם אשר הוגש נגדו כתב אישום המייחס לו שנים-עשר אישומים. על פי כתב האישום, בעת שהיה נתון במעצר בית, בעשרות הזדמנויות הפך את תנאי השחרור, תוך ביצוע עבירות רבות הכוללות, בין היתר, התפרצויות לבתי מגורים וגניבה של כסף ורכוש מהם. מסכת העבירות הגיעה לסיומה במעצרו, וזאת בתום מרדף שבמהלכו ברח מניידת משטרה תוך נהיגה פרועה ומסוכנת.

בפני בית המשפט המחוזי הונחו שלושה תסקירים מטעם שרות המבחן. התסקיר הראשון לא המליץ על שחרורו של הנאשם לאור מסוכנותו, עברו הפלילי והיעדר חלופה מתאימה. לאחר עתירת סניגורו לבחון את אפשרות שחרורו לחלופה המוסדית "רטורנו", התקבלו שני תסקירים נוספים שאף הם לא המליצו על שחרורו

34. בש"פ 4108/09 וונדמגין נ' מדינת ישראל (נבו 31.05.2009). וכן ראו: בש"פ 2278/08 קרייבסקי נ' מדינת ישראל (נבו 19.3.2008). שם קבע כב' השופט דניגר "זאת ועוד, כפי שצינתי לעיל, בנסיבות העניין יש בהימצאותו של העורר במוסד סגור לצורך גמילה (גם אם אין המוסד סגור "הרמטית") משום הפחתה של המסוכנות הגלומה בעותר" והורה על שחרור העורר למוסד סגור לטיפול במכורים על אף שלא התחיל טיפול גמילה עובר למעצרו.

35. כך למשל בבש"פ 2184/07 אוזן נ' מדינת ישראל (13.3.2007). הורתה כב' השופטת נאור על מתן הזדמנות לנאשם לעבור הליך גמילה על אף שלא החל בהליך גמילה לפני מעצרו. בבש"פ 4839/03 בחנלו נ' מדינת ישראל (19.6.2003) קבע כב' השופט טירקל: "עם זאת, יכול ששהייתו של נאשם במוסד לגמילה מסמים תהיה חלופה ראויה, שיש עמה יתרון לציבור בשל הסיכוי שהנאשם ייטיב את דרכיו ויחדל מלהיות נטל על הציבור" והורה אף הוא על שחרור של הנאשם לחלופה טיפולית על אף שלא החל בהליך גמילה לפני מעצרו. בעניין עזאת, לעיל ה"ש 31, סבר גם השופט אריאל "...שאם קיים סיכוי אפשרי לכך שהעורר ייגמל ויכול לחזור לחברה כאדם חיובי יש לנסות אפשרות זו ולא לשלול אותה".

36. עניין סויסה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 111.

37. שם, בפסקה 7. נקבע כי אם התנאי הראשון לא מתקיים, די בהתקיימות התנאים השני והשלישי במצטבר.

ההצלחה בהליך יהיה גבוה וחלופת המעצר תיתן מענה הולם למסוכנות באופן שיאפשר שחרור לחלופה טיפולית (גם אם הנאשם לא התחיל בהליך טיפול עובר למעצרו). לצד זאת, הותיר בית המשפט את הכלל לפיו ככלל שחרור נאשם לחלופת מעצר מסוג חלופת מעצר טיפולית (להבדיל מחלופת מעצר "רגילה") יישקל בשלב גזירת העונש ולא בשלב המעצר. כתוצאה מכך, בפועל, השחרור בהתאם לתנאים שנקבעו נותר החריג לכלל, דבר שתרם לצמצום המקרים בהם שוחררו נאשמים לחלופה טיפולית כבר בעת המעצר.

חלק שלישי: בחינת המתווה לאור השינויים במערכת המשפט והשינוי בפסיקה

השינויים במערכת המשפט הישראלית בשנים האחרונות

בשנים האחרונות ניכר שינוי ביחס של רשויות המדינה לאינטרסים שיקומיים בהליך הפלילי, אשר לטעמנו צריך להשפיע גם על הליכי שיקום בשלב המעצר ומחייב בחינה מחדש של הצורך במבחנים הנוקשים שנקבעו בעניין **סויסה**. בעניין זה נפנה לדברים שפורסמו לאחרונה במסגרת דוח ועדת דורנר:³⁸

"שיפור האפקטיביות של הענישה מחייב התייחסות גם לאופן הטיפול בנאשמים לאורך ההליך הפלילי. אף שעניינה של הוועדה הוא במדיניות ענישה של עבריינים, ההכרעות שמתקבלות בהליך הפלילי כולו, ובכללן ההכרעה בדבר שחרורו של הנאשם בערובה, תנאי השחרור והטיפול אותו הוא יקבל כאשר הוא משוחרר בתנאים, משפיעות ישירות גם על רמת הענישה שתוטל בסופו של דבר על הנאשם. לפיכך, אחד האתגרים למערך הענישה הוא למצוא הליכים טיפוליים ומסגרות טיפוליות כבר בשלב הדיון המשפטי בעניינו של הנאשם, בטרם מתן גזר הדין. מסגרות כאלו יהיו במרבית המקרים זולות מהמעצר, פוגעניות פחות ופעמים רבות גם אפקטיביות יותר במניעת עבריינות חוזרת, וחשוב לא פחות, יאפשרו לא אחת להטיל על הנאשם, לאחר הרשעתו ובמקרים המתאימים, עונש שאינו כולל מאסר".

המסקנות שנקבעו בדוח ועדת דורנר אומצו, בין היתר, בדוח צוות התביעה לבחינת יישום דוח ועדת דורנר בראשות המשנה לפרקליט המדינה שלמה למברגר.³⁹ בעקבות כך, הוצאה הנחיה לרשויות התביעה העוסקת בתנאים לשחרור נאשמים לחלופת מעצר במוסד גמילה.⁴⁰ אמנם לטעמנו ההנחיה אינה מספקת, שכן היא מאמצת, באופן עקרוני, את הכלל והתנאים בעניין **סויסה**. אך ניתן לומר כי מדובר "בצעד בכיוון הנכון", שכן בנושא ההסכמה לשחרור, ההנחיה

לקלוט את הנאשם ואף את גזר הדין הצפוי לנאשם באם יורשע. הרציונאל עליו נשען כב' השופט עמית, הינו כי ככלל הליכי גמילה מסמים מוסדרים באפשרות למתן צו מבחן במסגרת גזר הדין, כאמור בסעיפים 82-83 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. לגישתו, יכול נאשם שנדון למאסר בפועל להשתלב בהליך גמילה בבית הסוהר, בתוך תקופת מאסרו. כב' השופט אף העיר כי לצורך מיצוי הליך הגמילה בכלא, נדרש כי על הנאשם תיגזר תקופת מאסר מספקת. על כן, לגישתו, שופט אשר יידון נאשם ל-8 חודשי מאסר בפועל, מתוך הנחה שתקופת זמן זו תספיק להליך הגמילה, "לא עשה ולא כלום".

המציאות המשפטית שנוצרה בעקבות עניין סויסה

ההחלטה בעניין **סויסה**, אף שניתנה בדין יחיד, נתפסה על ידי חלק מהערכאות הדיוניות כהלכה מחייבת. זאת, למרות שכאמור ישנן גישות שונות בפסיקת בית המשפט העליון, אשר גם הן ניתנו בדין יחיד ומעמדן המשפטי זהה. על אף שכב' השופט עמית הסתייג במידת מה מ"הגישה החושינסקאית", ואף קבע שידה על התחנתונה, הרי שבפועל, המציאות שנוצרה בעקבות ההחלטה היא אחרת. בתי המשפט קבעו כי ככלל מקומם של שיקולי הליכי השיקום הם בשלב גזר הדין ודחו בקשות שחרור לחלופה טיפולית בעיקר בשל העובדה שהנאשם לא החל בהליך טיפולי עובר למעצרו.³⁸

זאת ועוד, רשויות המדינה אף הן הסתמכו כדבר שבשגרה על המתווה שנקבע בעניין **סויסה** תוך שחזרו והדגישו את הכלל לפיו השלב הראוי לבחינת אפשרות שחרור נאשמים לחלופות טיפוליות הוא בשלב גזירת הדין וריצוי העונש. על בסיס זה הביעו הרשויות התנגדות לשילוב נאשמים בחלופות מעצר טיפוליות בעיקר בשל כך שהנאשם לא החל בהליך טיפולי עובר למעצרו, ואף במקרים מסוימים בניגוד לעמדת שרות המבחן אשר המליץ על השחרור לחלופה.

יישום המבחנים בעניין **סויסה** כתנאים נוקשים הוביל לכך שבמקרים מסוימים, נאשמים נעצרו אך ורק בשל העובדה שלא עמדו בתנאים הנוספים שנקבעו בעניין **סויסה**, וזאת על אף שחלופת המעצר עמדה בתנאי חוק המעצרים במובן זה שנתנה מענה למסוכנות הנשקפת מהם. ראו למשל בעניין **בראנסי**:³⁹

"גם אם נצא מנקודת הנחה שהמסגרת של מוסד "אלפתאם" יכולה לאיין את המסוכנות הגבוהה הנשקפת מהמשיב, כעולה מעברו וכעולה מהעבירות המיוחסות לו כאן, הרי שנותרנו עדיין עם חסר של שניים מתוך שלושת תנאי הלכת סוויסה".

כאמור, שילוב שתי הגישות ("החושינסקאית" ו"המרככת") הוביל למתווה לפיו נוספו התנאים השני והשלישי כתנאים חלופיים לתנאי הראשון. בכך אולי היה ניתן לצפות כי המתווה יוביל להגדלת הנכונות של בתי המשפט לשחרור לחלופה טיפולית, שכן די בכך שפוטנציאל

38. בש"פ 4114/13 אלתימיני נ' מדינת ישראל (נבו 23.6.2013); בש"פ 8806/13 מדינת ישראל נ' זכאים (נבו 19.1.2014); בש"פ 8667/13 אזולאי נ' מדינת ישראל (נבו 21.1.2014); וראו גם החלטות בערכאות הדיוניות: עמ"ת (מחוזי ב"ש) 13151-08-16 מדינת ישראל נ' ציקנובסקי (9.8.2016); "ההוראה על שחרור לחלופה שיקומית, במסגרת המעצר, כאשר הנאשם לא החל בהליך של גמילה קודם, שמורה למקרים חריגים וקיצוניים"; עמ"ת (מחוזי מ"ר) 54019-10-15 מדינת ישראל נ' פוגצ'ב (נבו 28.10.2015); עמ"ת (מחוזי מ"ר) 52552-11-15 מדינת ישראל נ' מסארוה (נבו 3.12.2015); עמ"ת (מחוזי מ"ר) 40220-04-13 מדינת ישראל נ' גבאלי (נבו 30.4.2013); עמ"ת (מחוזי י-ם) 32270-03-11 עווידה נ' מדינת ישראל (נבו 23.3.2011); עמ"ת (שלום ב"ש) 41211-03-11 מדינת ישראל נ' אקנין (נבו 22.3.2011); עמ"ת (שלום נצ"צ) 41475-12-20 מדינת ישראל נ' עמארה (25.2.2021); "רצונו של המשיב בטיפול הוא תנאי ראשוני הכרחי, אך אין הוא מספיק. עובר למעצרו לא עשה המשיב כל צעד לקראת הליך שיקומי".

39. עמ"ת (מחוזי מ"ר) 27305-01-15 מדינת ישראל נ' בראנסי (נבו 15.1.2015).

40. דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 21.

41. דוח צוות התביעה, לעיל ה"ש 11.

42. הנחיית המשנה לפרקליט המדינה 5.8 "חלופת מעצר בהליך גמילה" (15.6.2020). ההנחיה מפרטת את השיקולים שעל התובע לשקול בטרם מתן הסכמה לשחרור לחלופת מעצר במוסד גמילה כגון: קיומה של אינדיקציה מבוססת כי הנאשם אכן זקוק לגמילה מהתמכרות, ההליך הפלילי אינו נמצא בשלב מתקדם מדי, האם חלופת המעצר במוסד הגמילה נותנת מענה לעילות המעצר, האם קיימת אינדיקציה לקיומו של רצון כן מצד הנאשם להשתלב בהליך, עברו הפלילי של הנאשם, האם הנאשם כשל בהדמניויות קודמות.

בדן יחיד, שמעמדן המשפטי זהה לעניין **סויסה**, אשר הורו על שחרור נאשמים לחלופות מעצר טיפוליות, תוך יישום נרחב וגמיש של התנאים השני והשלישי שנקבעו בעניין **סויסה** ועוד בטרם שלב גזירת הדין. זאת, כאשר חלופות אלה מפחיתות את המסוכנות לרמה מתקבלת על הדעת במקרה הספציפי, ללא כל קשר לשאלת הטיפול או לשלב בו נמצא ההליך. להלן נציג מספר דוגמאות:

בעניין **ביאדגלין**, נדון עניינו של נאשם, אשר יחד עם אחרים הואשמו שקשרו קשר להקמת מעבדה לייצור סמים.⁴⁶ בדירתם נתפסו סמים מסוג קנאביס בשווי של למעלה מ-9 מיליון ₪. מדובר בנאשם בעל עבר פלילי מכביד אשר ריצה מאסרים בפועל ולחובתו מאסר על תנאי בר הפעלה. בית המשפט העליון קבע כי אין מקום לבחון את המקרה **"רק מן הפרספקטיבה של הלכת סויסה"**. נקבע כי **"העורר מתאים לשחרור לחלופות מעצר ללא קשר לנושא הטיפול, ואך בשל נסיבות חייו הקשות אין בידו להציע חלופה שכזו הנתמכת בסיוע של משפחה במוכן זה"** וכן נקבע כי **"אף ללא השיקול הטיפולי נכון להגיע לתוצאה של שחרור לחלופה המוצעת, שעל-פי התרשמותי יש בה כדי לאיין את מסוכנותו כמובן, העובדה שבמקרה זה החלופה גם בעלת יתרונות טיפוליים היא, בנסיבות העניין, יתרון נוסף"**.

במקרה אחר התיר בית המשפט העליון לנאשם שכבר ריצה שני מאסרים ונכשל בטיפול בעבר, להשתחרר לחלופות מעצר טיפוליות בתחום ההתמכרות לאלכוהול על אף שלא עמד בתנאים של עניין **סויסה**.⁴⁷ גם כב' השופט עמית בהחלטה מאוחרת מעניין **סויסה** הדגיש כי **"כל הליך מעצר הוא עניין ל"תפירה ידנית" וכל תיק נבחן על פי המעשה, העושה ומכלול הנסיבות"**, והחליט על שחרור לחלופה טיפולית למרות שדובר במקרה גבולי שאינו עומד בכלל המבחנים שגובשו בעניין **סויסה**.⁴⁸

מרחיבה במידת מה את קשת המקרים בהם תסכים התביעה לשחרור נאשם לחלופות מעצר במוסד גמילה בהתאם לחומרת העבירה ולעונש המאסר הצפוי: **"... ככלל הסכמה לשחרור נאשם לחלופות מעצר במסגרת הליך גמילה מוסדי תינתן רק במקרים בהם מעשה העבירה אינו בעל חומרה יתרה וכוונת התביעה בסוף ההליך לעתור לעונש מאסר שאינו ארוך"**.

שינוי משמעותי ומבורך נוסף בהיבט השיקום בהליך הפלילי, מתבטא בהקמת בתי המשפט הקהילתיים אשר התחילו לפעול בישראל בסוף שנת 2014, במטרה לצמצם את תופעת הפשיעה החוזרת על ידי שיקום עוברי חוק בקהילה המקומית, כתחליף לעונשי מאסר בפועל. בית המשפט הקהילתי הוא מודל חדשני, המיועד לתת כלים מגוונים להתמודדות מערכתית עם תופעת הפשיעה ועם הבעיות המובילות לפשיעה, בכלל זה קיומו של רקע התמכרותי אצל נאשמים. כיום קיימים בתי משפט קהילתיים בכל מחוזות השיפוט. החל מיום הקמתה של התוכנית שולבו בה מאות נאשמים ואחוזי ההצלחה של התכנית גבוהים.⁴³

שינויים אלה במערכת המשפט צמחו מתוך הכרה גוברת כי בענישה המקובלת של מאסר אין תועלת לנוכח התגברות הפשיעה על רקע התמכרויות.⁴⁴ שינויים אלה ממקמים את שיקולי השיקום כשיקולים מרכזיים בהליך הפלילי, דבר המצדיק התייחסות דומה להליכי שיקום וגמילה גם במסגרת המעצר ולבחינה מחודשת של הכללים שנקבעו בעניין **סויסה**.

פסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות: האם מדובר בשינוי מגמה?

החלטת בית המשפט העליון בעניין **חביב**,⁴⁵ קבעה כאמור כי יש צורך לחזור למושכות ראשוניים בדיני מעצרים ולבחון כל חלופות מעצר דרך השאלה האם היא מאיינת את עילות המעצר. מאז החלטה זו ניתנו בבית המשפט העליון החלטות רבות נוספות

43. מתוך: בתי משפט קהילתיים **הרשות השופטת** (2.8.2020) https://www.gov.il/he/departments/general/community_courts. ההליך בבית משפט קהילתי הוא הליך מורכב שדורש מהנאשם הירתמות מלאה בכל תחומי החיים וכן התייצבות לדיוני מעקב עתידיים, ולכן שירות המבחן בוחר את המוטיבציה של הנאשם ויכולתו להתמודד עם הליך השיקום האינטינסיבי הנלווה לשילובו בבית משפט קהילתי. העברת התיק לבית המשפט הקהילתי נעשית בהסכמת הצדדים. מידע רב על המודל, הכולל דוחות שנתיים על התפתחות המודל, ניתן למצוא באתר אשלים-ג'וינט. כן ראו: איריס פינקלשטיין ודניאלה ביניש **בתי משפט קהילתיים: דוח סיכום שנת המשפט תשע"ט** ירושלים: ג'וינט ישראל (2020); וראו גם: דניאלה ביניש ועדי בלוטנר "בתי משפט קהילתיים בישראל" **משפט מפתח** 179-189 (2019); לסקירה רחבה יותר על עקרונות המשפט הטיפולי ראו: אורנה אליגון דר "המשפט הפלילי כתרפיה - אפשרויות ויישום של תורת המשפט הטיפולי" **מחקרי משפט** כו 491, 504 (2010) (להלן: אורנה אליגון דר).

44. וראו גם: גול אייל ואיזבנד, לעיל ה"ש 8.

45. עניין **חביב**, לעיל ה"ש 33.

46. בש"פ 4336/19 **ביאדגלין נ' מדינת ישראל** (4.7.2019). (וליישום דומה של הכלל ראו גם את מ"ת (שלום קר) 7503-06-18 **מדינת ישראל נ' רוימי** (13.8.2018)).

47. בש"פ 1152/17 **מולה נ' מדינת ישראל** (נבו 20.2.2017) (להלן: עניין **מולה**) שם נקבע, כי מדובר במקרה חריג היות שמדובר בצעיר ללא תמיכה משפחתית ובנסיבות חיים כאלה יש לעשות כל מאמץ למיצוי הפוטנציאל השיקומי אותו אבחן שירות המבחן. שיקול מרכזי נוסף שעמד בבסיס ההחלטה היה האינטרס החברתי בשיקום הנאשם אשר יועיל לא רק לו כי אם גם לחברה כולה. ואכן שילוב הנאשם במקרה זה במסגרת טיפולית בשלב המעצר תרם לשיקומו של הנאשם ושילובו חזרה בחברה כאזרח מועיל ומתפקד, כפי שניתן להתרשם מתוצאות של ההליך העיקרי: מדובר היה בנאשם בעל עבר פלילי שלחובתו מאסר מותנה בר הפעלה של 12 חודשים. על אף האמור אימץ בית המשפט את המלצות שירות המבחן נוכח כבדת הדרך המשמעותית אותה עבר הנאשם במסגרת ההליך השיקומי אותו החל במסגרת הליך המעצר. בית המשפט אף ציין כי זו למעשה היתה הפעם הראשונה מאז גיל 14 שהנאשם נגמל מהתמכרויותיו לסמים ואלכוהול, החל לעבוד והתנתק מהתברת השולית. לכן, שליחתו למאסר היתה פוגעת בהליך השיקום ובאינטרס הציבורי של השתלבות הנאשם בחברה. בסופו של יום, בית המשפט חרג לקולא ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום, האריך את המאסר המותנה, והטיל של"צ, צו מבחן ופיצוי (ת"פ (מחוזי ים-16-12-26556 **מדינת ישראל נ' מולה** (נבו 17.9.2018)). ראו והשוו: בש"פ 10183/17 **אוהנה נ' מדינת ישראל** (נבו 31.1.2018) שם כב' השופטת ברק-ארז התחשבה בהצטרבות הנסיבות האישיות של הנאשם, ובעיקר כנות מאמציו לחזור להליך טיפולי (לאחר שעבר תהליך בעבר הרחוק ואף נכשל בסמוך לאירועים נשוא כתב האישום), וקיבלה את בקשת רשות הערר של הנאשם. בית המשפט ציין אמנם את ההחלטה בעניין **סויסה** אך קבע כי יש מקרים שניתן לפנות בהם גם "לרוחה" של ההחלטה על רקע שיקולי צדק, והפנה, בין היתר לעניין **מולה** לעיל.

48. בעניין **קראקי**, לעיל ה"ש 23, בית המשפט קבע כי התנאי הראשון והעיקרי בעניין **סויסה** לא מתקיים, אך ציין כי למכורים מבוגרים יש "פתח תקווה" כאשר הגיעו ל"שאל התחתית". בית המשפט מייחס חשיבות לגילו, לכך שפיתח ציפיות לאחר שנשלח לעבור את כל הבדיקות והפרוצדורה ומוסיף כי, כפי שציין בעבר, כל הליך מעצר הוא עניין ל"תפירה ידנית" וכל תיק נבחן על פי המעשה העושה ומכלול הנסיבות. לקביעה דומה נוספת של כב' השופט עמית ראו גם בבש"פ 8932/14 **עזרה נ' מדינת ישראל** (נבו 4.1.2015).

חלק רביעי: הביקורת על עניין סויסה

אנו סבורים כי המתווה שנוצר בעניין **סויסה** (והפסיקה שיישמה אותו), סותר את הוראות החוק, את הכלל שנקבע זה מכבר בהלכת **בנימאת** ולפיו המעצר הוא חריג והכלל הוא השחרור ואת ההלכה שנקבעה שם בדבר הפרשנות הראויה של הוראות חוק המעצרים בהתאם לחוקי היסוד.⁵³

כאמור, עם חקיקת חוק המעצרים בוטלה הוראת סעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, עליה הסתמכה "הגישה החושניסקאית" בזמנו. כיום, אין כל הבחנה בחוק המעצרים בין **סוגי החלופות השונות** ואין נפקא מינה אם המדובר בחלופת מעצר בביתו של האדם, חלופת מעצר בדירה שכורה, במוסד לגמילה, או בכל חלופה טיפולית אחרת, כל עוד החלופה מסוגלת ליתן מענה לחשש מפני מסוכנות או שיבוש הליכי המשפט המקימים את עילת המעצר. לצד זאת, החוק קובע כי בית המשפט רשאי, במסגרת בחינת החלופה לגופה, להוסיף תנאים, ככל שימצא לנכון, מתוך רשימה שאינה סגורה הקבועה בסעיף 48(א) לחוק.⁵⁴

אם כן, כיום, הכלל בבחינת אפשרות שחרור לחלופת מעצר טיפולית הינו בחינתה לפי המבחנים הרגילים, ככל חלופת מעצר אחרת. כך, כמצוות סעיף 21(ב)(1) לחוק, אם החלופה משרתת את מטרות המעצר בנסיבות המקרה הספציפי, על בית המשפט להורות על שחרור הנאשם.

הכלל שנקבע בעניין **סויסה** אינו תואם את הוראות חוק המעצרים שכן סעיף 48(א)(7) לחוק מאפשר לשחרר נאשם לחלופה טיפולית למכורים לסמים כבר בשלב בקשת המעצר עד תום ההליכים, ולא רק בשלב גזירת הדין. סעיף 48(א)(6) לחוק מאפשר לבית המשפט להוסיף תנאי של טיפול תחת פיקוח קצין מבחן אף בחלופות מעצר טיפוליות אחרות. העובדה כי המחוקק העניק לבית המשפט סמכות מפורשת לקבוע תנאים הקשורים בטיפול בכלל ובהתמכרות לסמים בפרט מלמדת שהמחוקק לא ראה בכך חריג להליך המעצר. כלומר, שיקולי טיפול וגמילה הינם שיקולים רלוונטיים להליכי המעצר וזאת בניגוד לקביעה בעניין **סויסה**.⁵⁵

בנוסף, החריגים שנקבעו מוסיפים על הוראות החוק תנאים נוספים המכבידים במידה ניכרת על שחרור נאשמים, דבר המנוגד לעקרון החוקיות אשר מתיר פגיעה בחירות, שהינה זכות יסוד, רק על פי הסמכה מפורשת בחוק, כפי שציינו לעיל בחלק הראשון של מאמר זה.

במקרה נוסף, הורה בית המשפט העליון על שחרור נאשם לחלופה טיפולית על אף שלא עבר הליך גמילה עובר למעצרו, ולמרות שאין ערב או חלופה מגבה בשל היעדר מערכת משפחתית תומכת. החלטת בית המשפט התבססה על הערכה חיובית ביחס לסיכויי הצלחת הליך הטיפול של העורר אשר החל הליך גמילה במהלך מעצרו. בית המשפט העדיף את שחרור הנאשם אף שקבע כי החלופה המוצעת לא נותנת מענה "הרמטי" למסוכנות הנשקפת ממנו, מאחר שהיא עשויה לתרום להפחתת מסוכנותו בטווח הארוך, ובכך להיטיב עמו ואף עם החברה כולה.⁴⁹

בעניין **אלחמידי**, נדון עניינו של נאשם אשר הוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה.⁵⁰ מדובר בנאשם אשר גדל בתנאים של רקע משפחתי מורכב, לחובתו עבר פלילי ואף ריצה תקופות מאסר בפועל. מתסקירי שרות המבחן עלה כי הנאשם מכור לאלכוהול. בית המשפט העליון הורה על שחרורו לחלופת מעצר טיפולית וציין כי "זהו בדיוק אחד מהמקרים שבהם התועלת החברתית שתצמח מהטיפול גדולה לאין ערוך מהשמתו של העורר פעם נוספת מאחורי סורג ובריה, כאשר מנגד אף הסיכון מאוין במידה רבה בשים לב למאפייניה של החלופה ולמיקומה".

אך לאחרונה, הלך בית המשפט העליון כברת דרך נוספת ושחרר נאשם להליך גמילה בקהילה טיפולית, ללא התייחסות לתנאים שנקבעו בעניין **סויסה**. על אף שנותרו מספר חודשים לסיום ההליך המשפטי, קבע בית המשפט כי אין כל סיבה שלא לנסות ולנצל משך זמן זה לצורך ניסיון גמילה, אשר עשוי להעלות את המשיב על דרך הישר.⁵¹

החלטות אלה של בית המשפט העליון משקפות שינוי מגמה במערכת המשפט הפלילי ביחס לשיקום נאשמים והצורך בטיפול בתופעת ריבוי המעצרים. שינוי מגמה זה בא לידי ביטוי בעשרות רבות של החלטות שחרור בערכאות הדיוניות, ששכיחותן מלמדת על התרחקות הפסיקה מהמבחנים שנקבעו בעניין **סויסה**.⁵²

אם כן, אנו סבורים כי פסיקת בית המשפט העליון ריככה את יחסה לכלל ולתנאים שנקבעו בעניין **סויסה**. הערכאות הדיוניות הפכו, הלכה למעשה, את השימוש בחריג השני והשלישי שנקבעו בעניין **סויסה** למהלך מקובל ונפוץ יחסית. בכך ניתן לראות שינוי מגמה שהוא למעשה חזרה למושכלות יסוד של דיני המעצרים וחוקי היסוד, לפיהם שחרור נאשם לחלופה טיפולית ייבחן על פי אפשרות החלופה ליתן מענה לעילות המעצר.

49. בבש"פ 4930/20 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 26.7.2020). הנאשם נעצר עד תום ההליכים לאור היעדר חלופה והתמכרות לסמים, אך לאחר הליך טיפולי במעצר, הגיש בקשה לעיון חוזר לשחרור לחלופה טיפולית. שירות המבחן המליץ על שחרורו לחלופה טיפולית אך בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה ולכן הוגש הערר לבית המשפט העליון.

50. בש"פ 4950/20 אלחמידי נ' מדינת ישראל (נבו 26.7.2020).

51. בש"פ 8767/20 פסטושנקוב נ' מדינת ישראל (נבו 21.12.2020).

52. ראו למשל: מ"ת (מחוזי י-ם) 10131-04-18 מדינת ישראל נ' שלודי (נבו 7.11.2018); עמ"ת (מחוזי מ"ר) 11622-02-16 מדינת ישראל נ' ישראל (נבו 5.2.2016); מ"ת (מחוזי ב'צ') 27539-09-16 מדינת ישראל נ' אילוח (נבו 12.9.2016); מ"ת (שלום נ'צ') 50546-09-17 מדינת ישראל נ' אבדייב (נבו 28.11.2017); עמ"ת (מחוזי ב'צ') 38994-04-16 מדינת ישראל נ' מלכה (נבו 20.4.2016); עמ"ת (מחוזי נ'צ') 28946-02-18 מדינת ישראל נ' קאסם (טרם פורסם); מ"ת (מחוזי ב'צ') 15818-11-14 מדינת ישראל נ' מסס (23.12.2014); ת"פ (שלום א"י) 40450-12-17 מדינת ישראל נ' קוזנקוב (נבו 10.1.2018); מ"ת (שלום י-ם) 17518-07-17 מדינת ישראל נ' יוסף (25.7.2017); מ"ת (שלום נ'צ') 50551-10-17 מדינת ישראל נ' חדד (נבו 17.12.2017); מ"ת (שלום ק"ר) 55668-03-18 מדינת ישראל נ' צוזיק (8.3.2015); מ"ת (שלום ראש"צ) 36272-06-19 מדינת ישראל נ' בנרנוב (8.8.2019); עמ"ת (מחוזי נ'צ') 8165-03-15 מדינת ישראל נ' צוזיק (8.3.2015).

53. עניין **בנימאת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 655.

54. ס' 48(א) לחוק המעצרים מונה רשימה שאינה סגורה של תנאים שבית המשפט רשאי להטיל כדוגמת חובת הודעה על שינוי מקום מגורים, חובה להימצא בפקוח קצין מבחן או חובה לקבל טיפול לגמילה מסמים.

55. וראו: דן ביין "היבטים שיקומיים בהליכי מעצר" **הסניגור** 78 (2003) (להלן: דן ביין). במאמר מעלה הכותב שיקולים עקרוניים העומדים בבסיס הפעלת אמצעים שיקומיים בהליך המעצר. לגישתו ישנה הצדקה לשיקום בהליך המעצר בשלושה מקרים: האחת כאשר האמצעי השיקומי עשוי לנטרל את המסוכנות, כאשר חלופת המעצר מאיינת את המסוכנות ללא קשר להליך הטיפול אשר הינו רק נלווה לשחרור וכאשר הנאשם נעצר במהלכו של הליך שיקומי, והעבירה בגינה הוא נעצר לא מהווה אינדיקציה לכישלון ההליך השיקומי.

לצאת נשכרים מסוכל אך ורק בשל היעדר "ערב מגבה"⁵⁹. לאחרונה כב' השופטת ברק-ארז אף מתחה על כך ביקורת בעניין **ביאדגלין**, המוזכר לעיל:

"אכן, העורר לא יכול היה להציג חלופת 'גיבוי' שבה יוכל לשהות במקרה שבו ייפלט מן המסגרת. אולם, אין בכך כדי לסכל את עצם שילובו בטיפול. משמעות הדברים היא רק שאם יוחלט על הפסקת הטיפול מכל סיבה שהיא העורר ישוב למעצר".

הקביעה לפיה שלב המעצר אינו השלב הראוי לבחינת אפשרות ההשתלבות בהליכי גמילה, אלא בהתקיים נסיבות חריגות, משליכה לא רק על סוגיות בדיני המעצרים, אלא גם על שיקולים אחרים הנוגעים לתיק הפלילי.

נציין כי בעניין זה עולה טענה כי הפניית הנאשם לחלופה טיפולית בשלב המעצר מהווה התערבות לא ראויה של שופט המעצרים בתיק העיקרי, מאחר שיש בכך כדי לכבול את שיקול הדעת של בית המשפט בגזירת הדין. אכן, הליך טיפולי חיובי עשוי להוות נסיבה מקלה במסגרת גזירת הדין ועשוי אף להטות את הכף ממאסר לענישה שיקומית. אך אנו מתקשים לראות את הפגם במצב כזה שכן הקלה זו היא ראויה ועולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי ועם תכליות ההליך הפלילי.⁶⁰ גם תיקון 113 לחוק העונשין, שעניינו בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, יצר פתח רחב להתחשב במאמצי השיקום שעושה הנאשם כחלק מהליך גזירת הדין ובחריגה מעקרון ההלימה.⁶¹

יתרה מכך, גם ההחלטה המורה על המשך מעצרו של נאשם משליכה על גזר הדין וכובלת את שיקול הדעת של הערכאה הדיונית. לאחר שהנאשם ישב במעצר שבועות או חודשים בית המשפט הגוזר את דינו יתקשה עד מאוד לשקול ברצינות ענישה שאינה כוללת מאסר, לכל הפחות למשך התקופה בה היה עצור. מושכלות יסוד אלו נקבעו כבר על ידי כב' השופטת דורנר בעניין **חביב**:

"אינני חוששת כלל מהגבלת שיקול דעתו של בית המשפט בגזירת הדין בשל כך שהמשיב אינו נתון במעצר. נהפוך הוא, יש לחשוש מכך ששיקול דעתו של בית המשפט בקביעת העונש הראוי לנאשם נפגע כאשר המשיב נמצא במעצר, שכן משנעצר נאשם לאחר הגשת כתב האישום, מטיל עליו בית המשפט ברוב המקרים עונש מאסר אף שיתכן כי היה נמנע מלהטיל עונש זה לולא היה הנאשם עצור. ואכן, מחקרים הוכיחו כי נאשמים שנעצרו עד תום הליכי המשפט נענשו ביתר חומרה מנאשמים באותן עבירות ובנסיבות דומות שהתמזל מזלם ושחררו בערובה..."⁶²

המתווה שנקבע, ככל שהוא מתיימר לבחון את "אמיתות" הרצון להיגמל, או את פוטנציאל ההצלחה בהליך כזה - אינו יעיל. כך, אין כל ערובה לכך שנאשם שהחל הליך גמילה בטרם מעצרו, אכן יצליח בהליך זה או יתמיד בו. כמו כן, מניסיוננו, ישנם מקרים רבים בהם נאשמים שלא החלו בהליך גמילה עובר למעצר הצליחו להשלים הליך גמילה לאחר ששחררו ממעצר ולהשתקם.

זאת ועוד, מאחר שעסקינן בבני אדם ולא בנוסחאות מתמטיות, הערכת הפוטנציאל להצלחת ההליך הטיפולי הינה משימה מורכבת ומקרים רבים קשה לחזות אותה מראש.⁵⁶ לא מן הנמנע כי יתכנו מקרים בהם נאשמים שהיו עשויים להצליח בטיפול לא זוהו ככאלה בתחילת ההליך ולכן לא ניתנה להם ההזדמנות לבחון זאת בהליך טיפול. מצד שני, לא אחת, נאשמים שנדמים לכאורה כחסרי מוטיבציה משתלבים בהליך טיפולי ומצליחים להיתרם ממנו ובכך הם, והחברה כולה, יוצאים נשכרים.

נוכח האמור אנו סבורים שיש להרחיב את מדיניות השחרורים לחלופת מעצר טיפולית גם למקרים בהם לא החל הנאשם הליך גמילה בטרם מעצרו וגם כאשר יכולה להיות מחלוקת לגבי מידת הפוטנציאל להצלחת ההליך, זאת כל עוד הנאשם מביע רצון להיגמל וכל עוד חלופת הגמילה נותנת מענה לעילות המעצר. שכן, כפי שכלל יסוד במשפט הפלילי הוא שמוטב לזכות 10 עבריינים בשל ספק, מאשר להרשיע אדם אחד חף מפשע, הרי שעל דרך ההקבלה, מוטב לשחרר 10 נאשמים להליך גמילה אף אם יש ספק מסוים באשר למידת הצלחת ההליך, מאשר לעצור נאשם אחד שלמרות הספק היה מצליח בהליך. זהו מחיר שהחברה צריכה להיות מוכנה לשלם שכן גמילה של עוברי חוק היא אינטרס חברתי מובהק.⁵⁷ יש לציין כי במוסדות הגמילה, שחלקם מפוקחים על ידי רשויות הרווחה, קיים מנגנון טיפול, פיקוח ובקרה על ההליך ובמקרה של עזיבה של מטופל את המקום הם מודיעים על כך לרשויות. במקרים אלה, רשויות האכיפה תפעלנה כדי להחזיר את הנאשם למעצר.⁵⁸

לא זו אף זו, עם השנים התגבש תנאי נוסף בפסיקה. בתי המשפט דרשו מנאשמים אשר עמדו בתנאים הנוקשים שנקבעו בעניין **סויסה**, להציג "ערב מגבה" זאת כתנאי נוסף לשחרורם לחלופה הטיפולית. מדובר בערב שתפקידו לשמש כחלופת מעצר נוספת לחלופת המעצר הטיפולית - מעין חלופה על גבי חלופה - כך שאם הנאשם נפלט מסיבה זו או אחרת מהחלופה הטיפולית, הוא עובר לחלופת המעצר המגבה עד לבחינת עניינו בבית המשפט. נאשמים שלא הצליחו להציג את החלופה הנוספת נעצרו אף בשל כך ועל אף שהחלופה המוסדית עשויה היתה לתת מענה מתאים למסוכנות הנשקפת מהם על פי חוק המעצרים. עולה חשש כי נאשמים שאין להם תמיכה משפחתית וחברתית איתנה או יכולת להציג "ערב מגבה", יופלו לרעה לעומת נאשמים עם תמיכה משפחתית או יכולות כלכליות מבוססות. התוצאה היא שהליך טיפולי שממנו הנאשם והחברה כולה עשויים

56. ראו: רינת קיטאי "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט (מו"ב) 297-294 (2003) שם דנה ביכולת החיזוי הבעייתית של מסוכנות הנאשם והערכת המסוכנות שלו לציבור לאור מעשה העבירה שביצע והיחס של הקושי בהערכה זו לחוקיות המעצר ברוח חוקי היסוד. וכן ראו: בועז סג'ור **ביקורת דיני העונשין הישראליים** פרק ג' 38 (2020).

57. בעמ"ת (מחוזי ב"ש) 8836-04-21 **אלעביד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם) נקבע כי: "לפיכך, אם, ואני מדגיש את המילה "אם", קיים סיכוי לשיקום אפקטיבי של העורר, האינטרס הציבורי מחייב להעדיף מיצוי סיכוי זה על פני המשך הנקיטה באמצעים הישנים בתקווה להוביל לתוצאות חדשות".

58. ראו גם גל אייל ואיזנבנד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 25.

59. מ"ת (מחוזי י-ם) 47300-08-18 **מדינת ישראל נ' איילה** (29.10.2018); מ"ת (שלום ב"ש) 33689-07-18 **מדינת ישראל נ' פלונית** (16.10.2018).

60. עניין **חביב**, לעיל ה"ש 33: "...אכן, גמילה מוצלחת היא נסיבה מקלה בעלת משקל, וטוב וראוי הוא הן לנאשם והן לחברה, כי בית המשפט יתחשב בה".

61. ראו לעניין זה סעיף 140 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

62. ראו גם: ת"פ (שלום ת"א) 23405-10-18 **מדינת ישראל נ' ביטון** (8.8.2019) שם מתאר בית המשפט כיצד הלכה למעשה בקשות לשליחה לגמילה נדונות בדרך כלל בשלב המעצר עד תום ההליכים, תוך מתיחת ביקורת על התביעה בעניין זה אשר מצד אחד טוענת בלהט כי הפניית הנאשם לחלופה טיפולית בשלב המעצר - מקומה בהליך העיקרי, אך מצד שני נמצא כי היא מתנגדת בהליך העיקרי להפניה כזו.

בנוסף, נציין כי מחקרים מראים, שעל נאשמים עצורים מוטלים עונשים מאסר חמורים מהעונשים המוטלים על נאשמים שאינם עצורים במקרים דומים.⁶³ לא זו אף זו, בעניין **סויסה**, התבסס כב' השופט עמית על התפיסה לפיה נאשם יכול להשתלב בהליכי טיפול וגמילה בבית הסוהר בתוך תקופת מאסרו ולכן "הזהיר" שופטים לבלי יגזרו עונשי מאסר שאינם ארוכים מספיק (שם ציין כדוגמה עונש של 8 חודשי מאסר בפועל) שכן תקופה כזו לא תספיק להליך גמילה. אמירה כזו של בית המשפט העליון עלולה לגרום להחמרת הענישה של נאשמים עצורים, רק כדי לאפשר להם להשתלב בהליך גמילה בתוך תקופת מאסרם, וחוטאת לעקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה ומטרות הענישה.

השלכה בעייתית נוספת שעשויה להיות למדיניות המבקשת לכרוך את שאלת הטיפול בשאלת הכרעת הדין נוגעת לחשש מפני הודאות שווא. נאשם שבקשתו להשתלב בהליך גמילה בשלב המעצר סורבה רק בשל העובדה שזהו אינו המועד הראוי לדון בה, עלול להודות בשלב המעצר וזאת רק על מנת להגיע לשלב המתאים, להשתלב בטיפול ולצאת מבית המעצר.⁶⁴ לכן, אין מקום לכרוך את שאלת השחרור ממעצר בשאלת ההודאה. שמירה על חזקת החפות, השמורה לכל אדם, מחייבת את שקילתה של חלופת מעצר שפגיעתה בנאשם פחותה, כל עוד היא תתן מענה הולם לחשש מפני מסוכנותו.

סיכום

מאז ניתנה ההחלטה בעניין **סויסה**, ובעיקר בשנים האחרונות, ניכר שינוי משמעותי במערכת המשפט הפלילית ביחס לשיקולי השיקום. מערכת המשפט כיום מכירה בכך ששיקומם של עבריינים מכורים הינו אינטרס חברתי מובהק וכי הצלחתו של נאשם בהליך גמילה יטיב לא רק עימו אלא עם החברה כולה. ודוק, אין נפקא מינה

אם המוטיבציה של הנאשם בהבעת הרצון להשתלב בהליך טיפולי מבוססת על רצון לערוך שינוי מהותי באורחות חייו או שהוא עושה כן בשל החשש מההליך המשפטי, שיקולים שיתכן "והרתיעו" את בתי המשפט בעבר.⁶⁵ כל עוד קיים סיכוי לשקמו, ראוי לעשות כן.⁶⁶

אנו סבורים כי שינוי זה צריך להשפיע גם על הליכי השיקום בשלב המעצר. על בתי המשפט לעשות שימוש רב יותר בחלופות מעצר טיפוליות ושיקומיות בהליך המעצר. שחרור לחלופת מעצר טיפולית צריך להיבחן כפי שנבחנו כל חלופה אחרת בהתאם לדיני המעצרים ולא על פי המתווה שנקבע בעניין **סויסה**. כאמור, מלאכתו של שופט המעצרים בעריכת האיזונים אינה קלה, וקו הגבול בין שחרור למעצר אינו תמיד חד וברור, אך במקרים של בחינת שחרור לחלופת מעצר טיפולית יש לנהוג בגמישות רבה יותר.

יכול שחלק מחלופות המעצר הטיפוליות אינן תמיד בבחינת חלופת מעצר "הרמטית", אך הדבר לא צריך להרתיע את בתי המשפט: ראשית, עצם הליך הטיפול עשוי להפחית את המסוכנות הנשקפת מהנאשם לאורך זמן. שנית, הגורמים המפעילים את חלופות המעצר הטיפוליות מתחייבים בדרך כלל להתריע מיידית במקרה של הפסקת הטיפול ויציאה מהמסגרת הטיפולית. נימוק אחרון טמון באפשרות לעשות שימוש בסמכויות נוספות שנקבעו בחוק המעצרים, כולל האפשרות להורות על החזקתו של עצור במעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני מחוץ לבית המעצר.⁶⁷ אנו מציעים לעשות שימוש באמצעי זה, במקרים מורכבים במיוחד, כדי להדק את הפיקוח שנעשה בקהילה הטיפולית ככל שבית המשפט סבור שיש מקום לכך.⁶⁸

שימוש נרחב יותר בחלופות המעצר הטיפוליות עשוי לתרום להפחתת היקף המעצרים בארץ, להפחתת השימוש בעונשי מאסר ולהקלת הצפיפות בבתי הסוהר.⁶⁹

63. וראו גם: גל אייל ואיזנבנד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 24 וההפניות בה"ש 46 שם.

64. וראו אורנה אליגון דר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 504.

65. וראו גם דן ביי, לעיל ה"ש 55.

66. בש"פ 5240/18 קודיאשוילי נ' מדינת ישראל (נבו 15.7.2018). וראו לאחרונה החלטה שניתנה במסגרת מ"ת (שלום ראש"צ) 36272-06-19 מדינת ישראל נ' בגרנוב (8.8.2019) שם נקבע כי קהילה סגורה לא רק נותנת מענה הולם למסוכנות הנאשם כחלופת מעצר, אלא במסגרתה יזכה הנאשם לעבור הליך גמילה אשר מהווה "בנוס" עבור הנאשם והחברה בכללותה.

67. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) (תיקון מס' 11), תשע"ה-2014.

68. בש"פ 5151/08 שרעבי נ' מדינת ישראל (נבו 19.6.2008).

69. בב"צ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (נבו 13.6.2017).