

ביקורת הדרישה להמצאת ערובה כתנאי לשחרור ממעצר

רינת קיטאי-סנג'רו*

- א. מבוא
- ב. חלופות מעצר – כללי
- ג. המצאת ערובה
 1. דרישת ההתייצבות לחקירה ולמשפט
 2. דרישת הערובה
 3. הצורך בהוכחת חשש להתחמקות מהליכי החקירה והמשפט
 4. פגיעה בשוויון
 5. הטלת ערובה ללא עילת מעצר
- ד. סיכום

א. מבוא

במאמר זה אבחן את הלגיטימיות של התנאת שחרורם של חשודים ונאשמים בהמצאת ערובה. אתמקד במיוחד בלגיטימיות של סעיף 44(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996.¹ המאפשר לבית המשפט לצוות על נאשם להמציא ערובה להבטחת התייצבותו למשפטו גם בהיעדר סמכות מעצר. אבחן את השלכותיה ואת הצדקתה של ההנחה שלפיה אדם לא יתייצב לחקירתו ולמשפטו ללא המצאת ערובה. התזה המוצגת במאמר זה הנה כי האינטרס הלגיטימי של המדינה שחשודים ונאשמים יתייצבו לחקירה ולמשפט אינו מצדיק חיוב בערובה להבטחת התייצבות ללא חשש קונקרטי ממשי להתחמקות מאימת הדין.

* דוקטור, המכללה האקדמית למשפטים, רמת גן. תודתי נתונה לד"ר בועז סנג'רו על הערותיו המועילות. המאמר מוקדש בהערכה ובעצב לזכרו של ד"ר דיוד וינר, אשר לחם את מלחמתם של מחוסרי אמצעים להשגת שוויון וצדק.
1 ס"ח 1592 (להלן: "חוק המעצרים").

ב. חלופות מעצר – כללי

ככלל, ההליך הפלילי צריך להסב את המידה הפחותה ביותר של חוסר נוחות לפרט.² מעצר מהווה את הפגיעה החמורה ביותר בחשודים ובנאשמים במהלך ההליך הפלילי נגדם. לפיכך, על פי התפיסה המקובלת, מעצר אמור לשמש כאמצעי אחרון בלבד, בהיעדר כל דרך סבירה אחרת להגשמת המטרות העומדות ביסודו, שהן מניעת שיבוש הליכי החקירה והמשפט או סיכון ביטחון הציבור.³ בית המשפט העליון נתן ביטוי לתפיסה זו בפרשת **גנימאת**, באמרו כי "שיטת משפט דמוקרטית נאורה משתחררת ממנטאליות של מעצר כאמצעי ראשון. מדינה שערכיה דמוקרטיים מאמצת מנטאליות של מעצר כאמצעי אחרון".⁴ חזקת החפות ועקרון המידתיות פועלים בצוותא להעדפתן של חלופות מעצר, כדוגמת הגבלת השהות למקום מסוים, ענידת אזיקים אלקטרוניים, הימצאות בפיקוח של קצין מבחן, עיכוב יציאה מהארץ, איסור יצירת קשר עם אנשים מסוימים או המצאת ערובה.⁵ מחזקת החפות נובע כי חשודים ונאשמים אינם צריכים להיות חשופים לשלילת חירות, כאשר זו אינה נחוצה, משום שהרציונל המשמש נר לרגליה של חזקה זו הוא למנוע ככל הניתן פגיעה באנשים שאשמתם טרם נקבעה.⁶ חובה זו קיימת גם מכוח עקרון המידתיות, האוסר על פגיעה

² ANDREW ASHWORTH, *THE CRIMINAL PROCESS – AN EVALUATIVE STUDY* 196 (1998).
³ וראו לעניין זה ס' 13(ב), 21(ב) ו-23(ג) לחוק המעצרים; ס' 3142(e) ל-"The Bail Reform Act 1984 בדין הפדרלי בארצות-הברית; ס' 4 ל-"Bail Act 1976 באנגליה; ס' 116 ל-"Stanislaw Frankowski, *Pre-trial Strafprozessordnung (sTop)* בגרמניה; *Detention in Poland, in PREVENTIVE DETENTION: COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE*, 271 (Stanislaw Frankowski & Dinah Shelton eds., 1992); Joseph L. Lester, *Presumed Innocent, Feared Dangerous: The Eighth Amendment's Right to Bail*, 32 N. KY. L. REV. 1, 40 (2005) ; **מדינת ישראל נ' לבן**, פ"ד מג(2) 410 (1989) (להלן: פרשת לבן); דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 649, 648, 589 (1995).

⁴ **בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 439, 355 (1995) (להלן: פרשת גנימאת).
⁵ Helena Cook, *Preventive Detention – International Standards and the Protection of the Individual*, in *PREVENTIVE DETENTION*, the Individual, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19; W. Hassemer, *Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, StV 38, 41 (1984) 18 U.S.C. § 3142 (1984); Esmond; ס' 48 לחוק המעצרים; Harmsworth, *Bail and Detention: An Assessment and Critique of the Federal and Massachusetts Systems*, 22 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 213, 244 (1996).

⁶ איתן מגן "שחרור ל'מעצר בית' – על אמות המידה הנדרשות לשחרור" **ספר אורי קיטאי** 171, 173–172 (בועז סנג'רו עורך, 2007); Christopher Osakwe, *The Bill of Rights for the Criminal Defendant*, in *HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEDURE* 271 (John A. Andrews ed., 1982), בנוסף ראו: Cook, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19; Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951) Richard Vogler, *Criminal Procedure in France*, in *COMPARATIVE* גם;

בזכויות יסוד, כגון הזכות לחירות, במידה העולה על הנדרש.⁷ לפיכך שחרורם של חשודים ונאשמים יכול להיות מלווה בתנאים המגבילים את חירותם אך לא שוללים אותה.⁸ שחרור בתנאים מגבילים מהווה מצב ביניים בין מעצר לבין שחרור; "השחרור בערובה הוא למעשה צדו השני של מטבע המעצר. עצם המושג "שחרור" מצביע על כך שהוא מתייחס לאדם שחירותו ניטלה ממנו".⁹ לנוכח העקרונות שנסקרו לעיל, צריכה להיות הנחה חזקה לטובת שחרור.¹⁰ גם כשקיימת עילת מעצר, אין לראות, לפיכך, בהעדפתן של חלופות מעצר משום חסד שנעשה עם החשוד או הנאשם או ויתור של המדינה על הפעלת מלוא סמכותה.¹¹

התנאים המגבילים צריכים להיות מכוונים להשגת התכלית העומדת ביסודה של עילת המעצר הרלוונטית, על פי מבחן הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין המטרה.¹² בבחירה בין מעצר לבין חלופת מעצר, על בית המשפט לבחון כמה שיקולים: מידת הסכנה לביטחון הציבור או לתקינות ההליך המשפטי, שכיחות העברה ומידת יכולת הפיקוח על קיום תנאי השחרור בערובה.¹³ כמו כן, בית המשפט שוקל אם מדובר בעברה, כדוגמת סחר בסמים או זיוף מטבע, היכולה להתבצע גם בתנאים של ריתוק

CRIMINAL PROCEDURE 44 (John Hatchard, Barbara Huber & Richard Vogler eds., 1996); *Note: Bail and Its Discrimination Against the Poor: A Civil Rights Action As a Vehicle of Reform*, 9 VAL. U. L. REV. 167, 183 (1974)

G.D. PISAPIA, COMPENDIO DI PROCEDURA PENALE 13, 174 (1985) 7
זה אוסר הטלת מעצר בעברות קלות, אשר הרשעה בהן לא תהיה כרוכה במאסר: ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 200.

Alvar Nelson, *Pre-trial Detention in Sweden*, in PREVENTIVE DETENTION 8
בעמ' 117; Toyoji Saito, *Preventive Detention in Japan*, in PREVENTIVE DETENTION
לעיל ה"ש 3, בעמ' 179. Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103, 114 (1975).

9
דן ביין "הצעת חוק סדר הדין הפלילי (אמצעים משטרתיים) תשמ"ד-1984" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א 265, 286 בהערה 55 (גרשון אוריון עורך, 1986).

10
ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 226. הנחה זו קיימת בחוק הפדרלי האמריקני: 18 U.S.C. §3142(b) (2000)

11
פרשת לבן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 418; בש"פ 2955/91 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 832, 835 (1991); בש"פ 952/00 מדינת ישראל נ' חוטר-ישי, פ"ד נד(1) 638, 640 (2000) (להלן: פרשת חוטר-ישי).

12
על הקשר בין חלופת מעצר לעילת המעצר הרלוונטית ראו: בש"פ 4212/93, 3611 פרץ נ' מדינת ישראל, מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד מח(1) 855, 861-860 (1994); בש"פ 7968/95 סרבור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 95, 97 (1995); בש"פ 2094/97 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 697, 702 (1997).

13
בש"פ 3899/95 מדינת ישראל נ' ג'מאל, פ"ד מט(3) 164, 169-170 (1995) (להלן: פרשת ג'מאל); פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 426-427; פרשת דנינו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 836; בש"פ 3791/92 אוטמזגין נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 186, 189 (1992); בש"פ 3883/95 מדינת ישראל נ' אהדי, פ"ד מט(3) 171, 175 (1995) (להלן: פרשת אהדי); מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" משפטים לד 549, 596-597 (2004).

לבית.¹⁴ בנוסף, יש לבחון את מידת מסוגלותו של המפקח המוצע לדאוג למילויים של תנאי השחרור בערובה מבחינת אמינותו, אמצעיו הכספיים, זמינותו, מצבו הגופני ומידת סמכותיותו כלפי המשוחרר בערובה.¹⁵ בית המשפט מדגיש כי חלופות מעצר מצריכות ככלל מתן אמון בחשוד או בנאשם, שאכן יקיים את ההגבלות שהושתו עליו.¹⁶ ואכן, במקרים לא מעטים סבר בית המשפט כי אף חלופת מעצר אינה יכולה להפיג את הסכנה הנשקפת מהנאשם, ובכלל זה חלופת מעצר שעניינה הצבת שמירה פרטית עליו בביתו.¹⁷

אולם ברי כי חלופות מעצר אינן יכולות בכל מצב להפיג כליל את הסכנה, העומדת ביסודה של עילת המעצר, להימלטות מהדין או לביצוע עברות.¹⁸ הגם שבית המשפט מקפיד להדגיש כי מתן אמון בחשוד או בנאשם מהווה שיקול מרכזי בהחלטה על שחרור בתנאים מגבילים, בית המשפט אינו מסתפק במצב הרגיל בדברתו של הנאשם כי יתייצב לחקירתו ולמשפטו וכי לא יבצע עברות, אלא דורש התחייבות של אדם אחר לפיקוח על שמירתם של תנאי השחרור בערובה. אולם כפי שעומד על כך השופט המנוח איתן מגן, גם כאשר מוטל על אדם ריתוק לבית למשך כל שעות היממה בפיקוח צד שלישי, המפקח הולך לישון, להתרחץ ועוסק בעיסוקיו האישיים גם בתוך הבית כך שאינו יכול, מטבע הדברים, לפקח על המשוחרר בערובה באופן מלא. כמו כן, ישנה בעיה אינהרנטית שמקורה ביחסי הקרבה שבין המפקח לבין המשוחרר בערובה. יחסי קרבה אלה מעמידים בספק את נכונותו של המפקח להפנות בשעת מבחן עורף לקרובו ולדווח למשטרה על הפרת תנאי השחרור.¹⁹ יצוין, עם זאת, כי חלופת מעצר המחייבת את הנאשם לענווד אזיק אלקטרוני מפחיתה מאוד חששות אלה בדבר היעדרו של פיקוח אפקטיבי, שכן המשטרה מדווחת באופן מדי על הפרת תנאי השחרור (אם כי לא בהכרח ביכולתה למנוע את הסכנה הנשקפת

¹⁴ בש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 385, 391 (2000); פרשת אהדי, שם, בעמ' 175 (נטילת חלק במערכת של סחר בכלי רכב גנובים); בש"פ 2179/99 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 187, 191 (1999); בש"פ 225/99 חושינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 140, 144 (1999); פרשת ג'מאל, שם, בעמ' 169; מגן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 189.

¹⁵ מגן, שם, בעמ' 181.
¹⁶ פרשת דנינו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 836; פרשת ג'מאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 169–170; פרשת אהדי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 175; פרשת מזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 391; בש"פ 5772/94 מדינת ישראל נ' אלקאדר, פ"ד מח(4) 772, 777 (1994). יש הסבורים כי קשה לתת אמון באדם, החשוד או מואשם בסטייה חמורה מהנורמות המקובלות: פרשת ג'מאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 170; פרשת אהדי, לעיל ה"ש 13. וראו דיון בסוגיה זו אצל: GARY T. TROTTER, THE LAW OF BAIL IN CANADA 86–87 (1992).

¹⁷ ראו, למשל: בש"פ 8522/05 מדינת ישראל נ' אלזם, פס" 3–4 (לא פורסם, 2.10.2005).

¹⁸ איתן מגן "מוסד גמילה כחלופת מעצר" הסניגור 29, 3, (1999); פרשת ג'מאל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 169; בש"פ 2137/96 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 504, 507 (1996).

¹⁹ מגן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 181–182.

מהנאשם).²⁰ חרף העובדה כי חלופת מעצר בטוחה פחות ממעצר בכל הנוגע להשגתה של עילת המעצר, מערכת אכיפת החוק צריכה לשאת בסיכון זה בגבולות מסוימים, שכן מניעת האפשרות להשתחרר בתנאים מגבילים פוגעת ביחסיות שבין התועלת הצומחת לציבור לבין הפגיעה בזכויות הפרט.

לחלופות מעצר לא נלווה יסוד סטיגמתי דומה לזה של כליאה מאחורי סורג ובריה. הפוסלים את מוסד המעצר בשל זהותו למאסר, יוכלו להכשיר את חלופות המעצר ביתר קלות באספקלריה של חזקת החפות. חלופות מעצר אינן גורמות נזקים מקבילים לאלו של מעצר. גם כאשר אדם מרותק לביתו למשך כל שעות היממה, הוא אינו חשוף למשטר המשמעת הנוהג בכלא, ונהנה מחירויות רבות יותר באופן משמעותי לעומת עצור. הוא אינו חשוף להשפלה של חיים מאחורי סורג ובריה, ואינו חי בפחד מפני אלימות פיזית.²¹ נאשם כזה אינו מנותק ממשפחתו ומחבריו, ונהנה ממותרות ביתיים, כמו לינה במיטתו ואכילת המאכלים שלהם הוא רגיל.²²

עם זאת, שחרורם של חשודים ונאשמים בתנאים מגבילים אינו עניין של מה בכך. הטלת תנאים מגבילים יכולה אף היא לפגוע באופן משמעותי בחירותו של הפרט וביכולת תפקודו.²³ ריתוק לבית למשך כל שעות היממה מטיל הגבלה קשה על חופש תנועתו של אדם,²⁴ שכן, כדבריו של השופט מגן, "בסוף כל הסופות הוא כלוא במבנה לא גדול ושם עליו להישאר".²⁵ ריתוק כזה יכול אף למנוע ממנו לספק את צורכי קיומו הבסיסיים ביותר ולהסב לו פגיעה כלכלית קשה.²⁶ המתח, חוסר המעש והשהות הממושכת עם בני המשפחה יכולים להביא לחיכוכים, למריבות ואף לפירוק התא המשפחתי. ריתוק לבית או חובה לענווד אזיקים אלקטרוניים עלולים לפגוע בשמו הטוב של הנאשם ולהשפילו.²⁷ עיכוב יציאה מן הארץ פוגע בזכות היסוד לחופש התנועה אל מחוץ לגבולות המדינה.²⁸ באחד המקרים מנע בית המשפט

²⁰ שם, בעמ' 188–192.

²¹ Jeffrey Manns, *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*,

26 CARDOZO L. REV. 1947, 1994 (2005).

²² Manns, שם; מגן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 174.

²³ TROTTER, לעיל ה"ש 16, בעמ' 158; פרשת **חוטר-ישי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 641; פרשת

Gerstein, לעיל ה"ש 8, בעמ' 111.

²⁴ ע"פ 1626/91 **דקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 76, 79 (1991); פרשת **אוטמוזגין**, לעיל ה"ש

13, בעמ' 190; יורם שחר "סדר דין פלילי" **ספר השנה של המשפט בישראל** 375, 421–423

(אריאל רוזן-צבי עורך, 1992–1993).

²⁵ מגן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 174. ראו לעניין זה גם: Manns, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1994.

²⁶ שם, Manns.

²⁷ Manns, שם; ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 222.

²⁸ ס' 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בש"פ 6654/93 **בינקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1)

290, 293 (1993); בש"פ 1986/94 **מדינת ישראל נ' עמר**, פ"ד מח(3) 133, 140–141 (1994)

העליון מחשוד, תושב ארצות-הברית, לצאת מהארץ כדי להימצא לצד אשתו החולה במחלת הסרטן, בשל צורכי החקירה.²⁹ נקל לשער את הפגיעה הנפשית הקשה העלולה להיגרם לחשוד ולבני משפחתו נוכח הגבלה כזו.

בנוסף, קיים אף חשש תמידי כי חלופות מעצר יביאו להגבלות לא נחוצות על הפרט ויהוו תחליף לשחרור ולא תחליף אמיתי למעצר. כך, מצאה האגודה לזכויות האזרח בישראל כי חלופות מעצר הוטלו, לעתים, ללא קשר סיבתי נראה לעין בין ההגבלה לבין מטרה לגיטימית כלשהי של ההליך הפלילי, כאמצעי ענישה וכ"פשרה" עם המשטרה.³⁰

כמו כן, לחלופות מעצר המוטלות על נאשמים אין תקופה מרבית בדומה למעצר.³¹ אמנם תקופת שהותו הכפויה של נאשם בביתו צריכה להיות מובאת בחשבון בקביעת העונש,³² אולם תקופת השחרור בערובה אינה מנוכה מהעונש, גם כאשר מדובר בתנאי שחרור מגבילים במיוחד.³³

חלופות המעצר יוצאות מנקודת מוצא דומה לזו של עילת המעצר עצמה.³⁴ כך, למשל, חלופת מעצר אשר נועדה להבטיח את הציבור מפני הסכנה הנשקפת מצד החשוד או הנאשם, איננה מתיישבת עם חזקת החפות, האוסרת להטיל הגבלות על חשודים ונאשמים, היוצאות מנקודת מוצא של אשמה ואשר אינן מתחייבות מעצם ניהול החקירה והמשפט.³⁵

לפיכך גם מתוך חלופות המעצר יש לבחור באמצעי החמור פחות להשגת

(להלן: פרשת עמר). על חשיבות זכות היציאה מהארץ ראו בפירוט: יפה זילברשץ "זכות היציאה ממדינה" **משפטים** כג 69 (1994).

²⁹ בש"פ 5851/00 **רבינוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 666 (2000).

³⁰ מיכל אהרוני "ללא עליה" 49–50 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2000). החיבור מצוי גם באתר האגודה לזכויות האזרח בישראל (2000) ניתן לצפייה בכתובת: www.acri.org.il/story.aspx?id=346 (נבדק לאחרונה ב-29.12.2008).

³¹ פרשת **דקה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 80; בש"פ 241/88 **בלס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(1) 876, 879 (1988). לחובה לשחרר נאשם ממעצרו לאחר תקופה של תשעה חודשים, אלא אם כן האריך בית המשפט העליון את מעצרו, ראו ס' 61 ו-62 לחוק המעצרים.

³² ע"פ 4872/95 **מדינת ישראל נ' אילון**, פ"ד נג(3) 1, 13 (1995); פרשת **דקה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 80–81 (1995); פרשת **אוטמוזגין**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 190.

³³ פרשת **דקה**, שם, בעמ' 80–81.

³⁴ J. Wolter, *Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanctionen*, 93 ZStW (1981) 452, 486–487.

³⁵ על חזקת האשמה העומדת ביסודו של המעצר לשם הגנה על שלום הציבור וביטחוננו 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, 351–353 (2005). על ההשלכות המתחייבות מתפיסה רחבה של חזקת החפות ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 452–450, 405 (2003).

המטרה.³⁶ צריך להתקיים קשר בין מידת הסכנה הנשקפת מהמשוחרר בערובה והסתברות התממשותה לבין יכולתה של חלופת המעצר לצמצמן.³⁷ ההגבלה המוטלת צריכה להיות מידתית מבחינת טיבה ומשך זמנה ולהביא בחשבון את סוג העברה ואת האינטרס הציבורי בגילויה.³⁸ כך, למשל, חקירה אינה מצדיקה עיכוב יציאה מהארץ לתקופה בלתי מוגבלת.³⁹ אין טעם להטיל ריתוק לבית על נהג החשוד בנהיגה רשלנית, אם ניתן להסתפק בשלילה זמנית של רישיון הנהיגה שלו. לנוכח עקרונות אלה, נבדוק להלן באופן ספציפי את התנאי המגביל שעניינו חיובו של חשוד או נאשם בהמצאת ערובה להבטחת התייצבותו לחקירה ולמשפט. הערובה מוגדרת כ"ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או של נאשם, בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או ערבון כספי של ערבים, הכל כפי שיוורה בית המשפט או הקצין הממונה, לפי העניין".⁴⁰

ג. המצאת ערובה

1. דרישת התייצבות לחקירה ולמשפט

דומה שלמדינה אינטרס לגיטימי למנוע בריחת חשודים ונאשמים מחקירתם וממשפטם. התפיסה המקובלת היא כי התייצבות של חשודים ונאשמים לחקירתם ולמשפטם נחוצה לחקר האמת.⁴¹ אף אם ניתן לקיים חקירה ומשפט ללא נוכחותם של חשודים ונאשמים,⁴² מקובל שאין לאפשר להם לברוח, באופן שיוכלו להתחמק

³⁶ פרשת **בינקין**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 294; פרשת **רבינוביץ**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 670–671; פרשת **דקה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 80; פרשת **עמר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 146.

³⁷ מגן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 3.

³⁸ פרשת **רבינוביץ**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 670.

³⁹ שם, בעמ' 671.

⁴⁰ ס' 41 לחוק המעצרים.

⁴¹ וראו תפיסה זו אצלנו: בש"פ 5610/06 **פדרמן נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 25.7.2006) (בשלב החקירה); ס' 126 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב–1982 (בשלב המשפט).

⁴² וראו HANS-ULLRICH PAEFFGEN, VORÜBERLEGUNGEN ZU EINER DOGMATIC DES UNTERSUCHUNGSHAFT- RECHTS (1986). הנ"ל סבור שחקר האמת אינו מצדיק כשלעצמו הטלת חובה של נוכחות אקטיבית (שם, בעמ' 87). רוב הנאשמים יבינו כי בריחה מנוגדת לאינטרס האישי שלהם (שם, בעמ' 85). כך, יכול הנאשם להפיק תועלת מהתייצבותו לנוכח האפשרות להתייחס לראיות הפועלות לטובתו (שם, בעמ' 87). אולם זכות זו של הנאשם, הנובעת מכללי הצדק הטבעי ומעקרון ההליך ההוגן, אינה צריכה לגרור חובת התייצבות כפויה (שם, בעמ' 89–90). הנאשם רשאי כאדם אוטונומי להחליט עבור עצמו, אם לקבל או לדחות את היתרונות המוענקים לו על ידי שיטת המשפט, ואם ובאיזו מידה ברצונו לעשות שימוש בזכויותיו הפרוצדורליות (שם, בעמ' 89–90).

מריצוי עונשם במקרה של הרשעה.⁴³

מניעת בריחתם של חשודים ונאשמים נועדה לשמור על קיומה של מערכת אכיפת החוק ועל תקינותו של ההליך השיפוטי.⁴⁴ ללא משפט תקין, אין כל משמעות לשלטון החוק ולסדריו. הפרט עלול להיות מופקר לנפשו,⁴⁵ וחשוף לכל הסכנות הטמונות בהיעדרה של מערכת משפט. במצב שכזה, המדינה אינה ממלאת את חובתה כלפי הפרט לשמור על שלומו ועל ביטחונו.⁴⁶ מערכת משפטית המוותרת על משפט תקין והוגן, שומטת בכך את בסיס קיומה. זוהי, למעשה, מערכת המאבדת את עצמה לדעת, וכדברי הנשיא ברק בפרשת **זאדה**: "קיומו התקין של ההליך הפלילי הוא מרכזי לקיומה התקין של חברה דמוקרטית".⁴⁷

חשודים ונאשמים החומקים מחקירתם וממשפטם אינם מאפשרים את הוצאת האמת לאור בעניינם.⁴⁸ הוצאת האמת לאור חיונית לתפקודה של מערכת אכיפת החוק.⁴⁹ אי-התייצבותם של חשודים ונאשמים כרוכה בעלויות כספיות לאיתורם ובאבדן זמן יקר של שופטים, תובעים, שוטרים ועובדי מנהלה. עלויות נוספות מתבטאות בפגיעה בשלטון החוק ובעברות נוספות אשר מתבצעות על ידי חשודים ונאשמים נמלטים.⁵⁰ מצב שבו כלל החשודים והנאשמים לא יתייצבו לחקירתם ולמשפטם יכול להביא להתמוטטותה של מערכת אכיפת החוק. קשה להציג תזה סבירה, המעניקה לחשודים ולנאשמים היתר לחמוק מחקירתם וממשפטם.⁵¹ ניהול ההליך הפלילי תוך שחרורם של חשודים ונאשמים מכל חובה שהיא שקול לויתור על

⁴³ PAEFFGEN, שם, בעמ' 101, 104 (בריחה מכשילה במובהק את קיומו של ההליך המשפטי, ומהווה מקרה פרטי של שיבוש הליכים).

⁴⁴ Marc Miller & Martin Guggenheim, *Pretrial Detention and Punishment*, 75 MINN. L. REV. 335, 362 (1990); Lord Windlesham, *Punishment and Prevention: The Inappropriate Prisoners*, 1988 CRIM. L. REV. 140, 144 (1988); David J. Rabinowitz, *Comment: Preventive Detention and United States v. Edwards: Burdening the Innocent*, 32 AM. U. L. REV. 191, 200 (1982); Kevin F. Arthur, *Comment: Preventive Detention: Liberty in the Balance*, 46 MD. L. REV. 378, 383 (1987); Heidi J. Herman, *Note: United States v. Salerno: The Bail Reform Act is Here to Stay*, 38 DEPAUL L. REV. 165, 192 (1989).

⁴⁵ וכדברי השופט חשין בפרשת **עמר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 141: "שהרי באין משפט לא תיכון ממלכה, ובהיפרע עם – ואיש הישר בעיניו יעשה – אף חופש הפרט היה כלא היה."

⁴⁶ PAEFFGEN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 104.

⁴⁷ בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 144 (1996).

⁴⁸ Ann M. Overbeck, *Comment: Detention for the Dangerous: The Bail Reform Act of 1984*, 55 U. CIN. L. REV. 153, 184 (1986).

⁴⁹ Overbeck, שם, בעמ' 184; Herman, לעיל ה"ש 44.

⁵⁰ Eric Helland & Alexander Tabarrok, *The Fugitive: Evidence on Public Versus Private Law Enforcement From Bail Jumping*, 47 J. LAW & ECON. 93, 94 (2004).

⁵¹ PAEFFGEN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 105.

קיום ההליך הפלילי.⁵²

הדרישה לאפשר קיום תקין של החקירה והמשפט מופנית גם לאדם חף מפשע; השאלה אם ביצע החשוד או הנאשם את העברה המיוחסת לו, אינה צריכה להשפיע על חובתו לאפשר קיום תקין של ההליך המתנהל בעניינו.⁵³ ההליך השיפוטי נועד להכריע בשאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. קיומן של ראיות מפלילות כנגד אדם מקנה למדינה את הסמכות לנהל כנגדו הליכי חקירה ומשפט, בין שהוא אשם ובין שהוא חף מפשע. סמכותה של המדינה לקיים משפט מקנה לה את הרשות להגן על עצמה מפני פגיעה ביכולתה לנהלו – באמצעות מעצר או אמצעים מגבילים אחרים.⁵⁴ אדם חף מפשע יכול אף הוא לסרב לשאת בסיכון של הרשעה מוטעית מסיבות שונות כגון תחושת עוינות מצד מערכת המשפט או חוסר אמון בה⁵⁵ או מתוך חשש גרידא מפני טעות בהכרעת הדין.⁵⁶ חובת ההתייצבות לחקירה או למשפט כשלעצמה אינה יוצאת מנקודת מוצא של אשמה ואף אינה ייחודית לחשודים ולנאשמים בלבד. כך, גם עדותו של אדם שלישי יכולה להיות נחוצה לחקר האמת במהלך החקירה או המשפט.⁵⁷ ישנן מדינות אשר בהן קיימת סמכות לעצור גם עדים או לחייבם במתן ערובה כדי להבטיח את ההתייצבותם.⁵⁸ אולם לגבי עד לא קיימת הנחה בדבר המוטיבציה לכרוח ממילוי חובתו, שכן עד אינו חושש, באופן רגיל, מפני תוצאות ההליך הפלילי.

52 שם, בעמ' 102.

53 Laurence H. Tribe, *An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell*, 56 VA. L. REV. 371, 404 (1970).

54 PAEFFGEN, לעיל ה"ש 42 בעמ' 79; (1987) 481 U.S. 739, 765 *U.S. v. Salerno*.

55 וראו תומס הונס *לוינתן* 271–272 (התשנ"ז). לדבריו, גם חף מפשע יכול לנוס על נפשו "מאחר והוא רואה את כוחו ורשותו של אחד מאויביו, וכן את השחיתות ומשוא הפנים המצויים לעתים קרובות בשופטים".

56 Caleb Foote, *The Coming Constitutional Crisis in Bail: II*, 113 PA. L. REV. 1125, 1183 (1965).

57 על חובת ההתייצבות של עדים לחקירה ולמשפט ראו: ס' 68 לחוק המעצרים; ס' 73, 74 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד–1984, ס"ח 1123.

58 Stacey M. Studnicki, *Material Witness Detention: Justice Served or Denied*, 40 WAYNE L. REV. 1533 (1994); Comment, *Pretrial Detention of Witnesses*, 117 PA. L. REV. 700 (1969); Release or Detention of a Material Witness, 18 U.S.C. 3144 (2002) בצרפת קיימת סמכות לעצור לתקופה מוגבלת: Stewart Field & Andrew West, *A Tale of Two Reforms: French Defense Rights and Police Powers in Transition*, 6 CRIM. L. F. 473, 482 (1995). באוסטרליה רשויות הביטחון רשאיות לעצור אדם שאינו חשוד ל-24 שעות בכל פעם, עד לשבעה ימים, אם יש יסוד להניח שיש לו מידע הנוגע לעברות טרור: Christopher Michaelson, *International Human Rights on Trial – The United Kingdom's and Australia's Legal Response to 9/11*, 25 SYDNEY L. REV. 275, 282–283 (2003).

2. דרישת הערובה

למעשה, רק מעצר מבטיח באופן מוחלט התייצבות (אם נתעלם מהאפשרות הנדירה של בריחה מבית מעצר).⁵⁹ ואכן, מבחינה היסטורית, מטרתו הראשונית של מוסד המעצר הייתה להבטיח את התייצבותו של הנאשם למשפטו.⁶⁰ כל שחרור בערובה נושא אפוא סיכון מסוים להימלטות הנאשם.⁶¹ כך, ידועים מקרים של אנשים שנמלטו ממשפטם לאחר שהמציאו ערובה בסכומים גבוהים ביותר.⁶² אולם, כדברי השופט דורנר, "זהו מחיר ששיטה משפטית הדוגלת בשמירה על זכויות אדם מוכנה לשלמו".⁶³ בדומה לתפיסה המונחת ביסוד חלופות המעצר, השחרור בערובה נתפס לעתים קרובות כ"זכות" העולה בקנה אחד עם חזקת החפות ועם הזכות לחירות פיזית,⁶⁴ וכאיזון ראוי בין אינטרס הפרט לחירות לבין אינטרס המדינה בהתייצבותם של חשודים ונאשמים לחקירתם ולמשפטם.⁶⁵

מטרתה הבלעדית של הערובה היא לשמש תמריץ להבטחת התייצבותם של חשודים ונאשמים לחקירה ולמשפט באמצעות לחץ כלכלי מתוך הנחה כי בהיעדר ערובה, קיים חשש כלשהו להימלטות, וכי הערובה מפחיתה את ההסתברות שאדם לא יתייצב למשפטו, מכיוון שלא ירצה לוותר על רכושו או לאלץ אנשים קרובים לו לעשות כן;⁶⁶ למדינה אין עניין בכספו של המשוחרר בערובה או של הערבים, אלא

⁵⁹ Caleb Foote, James P. Markle & Edward A. Woolley, *Compelling Appearance in Court: Administration of Bail in Philadelphia*, in *STUDIES ON BAIL 3* (Caleb Foote ed., 1966); Charles Ares & Herbert Sturz, *Bail and the Indigent Accused*, 8 *CRIME & DEL.* 12 (1962).

⁶⁰ Marian E. Lupo, *Comment: United States v. Salerno: "A loaded Weapon Ready for the Hand"*, 54 *BROO. L. REV.* 171, 220 (1988); Karen A. Rooney, *Detaining for Danger Under the Federal and Massachusetts Bail Statutes: Controversial but Constitutional*, 22 *NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT* 465 (1996); John W. Roberts & James S. Palermo, *A Study of the Administration of Bail in New York City*, in *STUDIES ON BAIL 56* (Caleb Foote ed., 1966) 378. בעמ' 378.

⁶¹ פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507; Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 15.
⁶² ראו המקרים המפורטים אצל RONALD GOLDFARB, *RANSOM: A CIRITIQUE OF THE AMERICAN BAIL SYSTEM* 5-56 (1965).

⁶³ פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507. ראו, כמו כן, פרשת *Stack*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.
⁶⁴ פרשת *Stack*, שם, בעמ' 4; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21, 29; Jonathan Drimmer, *When Man Hunts Man: The Rights and Duties of Bounty Hunters in the American Criminal Justice System*, 33 *HOUS. L. REV.* 731, 740 (1996).

⁶⁵ Donald B. Verrilli, *Note: The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives*, 82 *COLUM. L. REV.* 328, 329-330 (1982); Joshua Houy, "Shall" Means *Shall: State v. Janklow*, 50 *S.D. L. REV.* 529, 532 (2005).

⁶⁶ Steven Scott, *Criminal Constitutional Law – Any Means to an End: Bail, The*

בהבטחת התייצבותו.⁶⁷ כמו כן, עצם הצורך בהמצאת ערובה ממחיש למשורר בערובה את רצינות החובה להתייצב לחקירה ולמשפט. הרעיון שאדם צריך להפקיד דבר מה כדי להבטיח את מילוי חובתו הוא רעיון ישן. כך, מסופר על תמר, אשת שני בניו הראשונים של יהודה בן יעקב, אשר מתו ללא צאצא. תמר הייתה אמורה להתחתן עם בנו השלישי של יהודה, כדי שיקים זרע לאחיו. יהודה הפר את הבטחתו לתמר לתת לה את בנו השלישי לבעל, שכן חשש כי גורלו של בנו זה יהיה דומה לגורל שני בניו הראשונים. כאשר ראתה תמר כי הבן השלישי גדל ולא ניתן לה לבעל, והיא שרויה עדיין באלמנותה, טמנה ליהודה פח. היא התחפשה לזונה. "ויט אליה (יהודה) אל הדרך ויאמר: הבה נא, אבוא אליך, כי לא ידע כי כלתו היא. ותאמר: מה תתן לי כי תבוא אלי? ויאמר: אנכי אשלח גדי עזים מן הצאן. ותאמר: אם תתן ערבון עד שלחך. ויאמר: מה הערבון אשר אתן לך? ותאמר: חתמך ופתילך ומטך אשר בידך".⁶⁸ על פי הלך מחשבה זה, בגרמניה במאה ה-16 גם דינו של המתלונן היה מעצר, אלא אם כן המציא ערבים מספקים כדי להבטיח את האפשרות לגבות את דמי נזקו של הנאשם אם לא תוכח האשמה נגדו.⁶⁹ גם בסדר דין אזרחי בית המשפט מתנה סעד זמני בהתחייבות ובערובה מצד התובע לכיסוי נזקי הנתבע אם תידחה התביעה נגדו.⁷⁰

; *Constitution, and The Liberty Interest*, 27 WM. MITCHELL. REV. 1273, 1274 (2000)
Field Study: A; 5 בעמ' 740; פרשת *Stack*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5; 693, 703
Drimmer Study of the Administration of Bail in New York City, 106 PA. L. REV. 693, 703
 (1958); George E. Dix, *Means of Executing Searches and Seizures as Fourth*
Amendment Issues, 67 MINN. L. REV. 89, 165 (1982), לעיל ה"ש 3,
 בעמ' 13; Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 73; Ian Ayres & Joel Waldfogel, *A*
Market Test for Race Discrimination in Bail Setting, 46 STAN. L. REV. 987, 989
 (1994); Craig Wm. Soland, *Recent Development: Constitutional Law – Equal*
Protection – Imposing Money Bail, 46 TENN. L. REV. 203, 204 (1978);
 Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 741; Manns, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1968, בש"פ 2708/95
שפיגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 221, 236 (1995); אסא קלינג "בדיקת ערובות" **הסניגור**
 5, 27 (1999). לעניין ממצאים אמפיריים, אשר לפיהם קיים קשר בין גובה סכום הערובה לבין
 שיעור ההתייצבות למשפט ראו: בלהה כהנא וחיה זנדברג "שחרור בערובה של תושבי השטחים"
המשפט 85, 94 (2002); Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 48; Note, *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, 70 YALE L.J. 966, 970 (1961); Anne Rankin, *The Effect of Pretrial Detention*, 39 N.Y.U.L. REV. 641, 649 (1964)

פרשת **שפיגל**, שם, בעמ' 237. לפיכך, חיוב בהמצאת ערובה לשם החזר כספים, אשר על פי
 החשד נטל העצור שלא כדין, או רצון לברר את מידת יכולתו הכלכלית, הם זרים למטרת הערובה
 ופוגעים בזכות יסוד חוקתית שלא על פי תנאיה כל פסקת ההגבלה: פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש
 18, בעמ' 508.

בראשית ל"ח, ט"ז–י"ח.⁶⁸

JOHN H. LANGBEIN, *PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE* 195, 270 (1974).⁶⁹

תק' 364 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984.⁷⁰

בכל הנוגע לחשודים ונאשמים בעברה, אפשרות השחרור בערובה התפתחה לצדו של מוסד המעצר.⁷¹ באנגליה ישנן ראיות לקיומו של מוסד השחרור בערובה עוד באלף הראשון.⁷² יש הסבורים כי הערובה התפתחה מהמוסד של חילופי שבויים, ואילו תאוריה אחרת מייחסת את ראשיתה של דרישת הערובה למוסד של "Wergeld", שלפיו נאשם נדרש להציע ערב שהבטיח לקרובן תשלום במקרה של הרשעה, כדרך למנוע נקמה פרטית.⁷³ מאחר שבימי הביניים במקומות קטנים הגיע שופט לצורך שפיטה לעתים רחוקות, כך שעד תחילת המשפט יכלו לעבור חודשים ואף שנים, הפקדת הנאשם בידי צד שלישי הערב להופעתו הייתה שכיחה ונחוצה כדי למנוע מעצר ממושך בתנאי כליאה מחפירים.⁷⁴ השחרור בערובה של צד שלישי נתפס כהמשך המעצר מחוץ לכותלי בית הכלא, כאשר צד שלישי נטל מאת השריף את האחריות על "כליאת" הנאשם.⁷⁵ בהתאם, לערב היו סמכויות זהות לשריף לעצור את הנאשם בכל עת, גם אם טרם ברח, וכן הייתה מוטלת עליו חובה לתפסו ולעצרו במקרה של בריחה.⁷⁶ רעיון דומה שלפיו משוחרר בערובה נתון באופן כלשהו במשמורת הובע על ידי בית המשפט העליון אצלנו: "גם כשהנאשם משתחרר בערבות הוא נתון בתחומי הסמכות של הרשות השיפוטית, משום שזיקת בית המשפט אליו ועליו לא פסקה אז גם כשהוא מהלך ברחוב".⁷⁷ באנגליה היה השריף מוסמך להחליט

71 JAMES FITZJAMES STPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 233 וראו Frankowski & Leupke, *Pre-trial detention in the U.S.*, in PREVENTIVE; (1883) DETENTION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56.

72 ABRAHAM S. GOLDSTEIN & LEONARD ORLAND, CRIMINAL PROCEDURE 411 (1974)
73 Ryan M. Porcello, *International Bounty Hunter Ride-Along: Should U.K. Thrill Seekers Be Permitted to Pay to Experience a Week in the Life of a U.S. Bounty Hunter*, 35 VAND J. TRANSNAT'L L. 953, 957-958 (2002), לעיל ה"ש 62, בעמ' 21-23.

74 Sally Baumler, *Appellate Review Under the Bail Reform Act*, 1992 U. ILL. L. REV. 483, 499 (1992); Porcello, *Bounty Hunters: Can the Criminal Justice System Live Without Them?*, U. ILL. L. REV. 1175, 1179 (1998); GOLDSTEIN & ORLAND, לעיל ה"ש 72, בעמ' 411; GOLDFARB; *Hunter*, 35 VAND J. TRANSNAT'L L. 953, 957-958 (2002), לעיל ה"ש 62, בעמ' 23-24. Reexamined, לעיל ה"ש 66, בעמ' 966; GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 23.

75 Holly V. Joiner, *Private Police: Defending the Power of Professional Bail Bondsmen*, 32 IND. L. REV. 1413, 1414 (1999), לעיל ה"ש 64, בעמ' 745; דריממר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 745; לתפיסה זו בארצות-הברית ראו: Taylor v. Taintor, 83 U.S. 366, 371 (1872), לעיל ה"ש 62, בעמ' 23-24.

76 Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 959; *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 967; Mdayla S. Pepi & Donna D. Bloom, *Take the Money or Run: The Risky Business of Acting as Both Your Client's Lawyer and Bail Bondsman*, 37 ST. MARY'S L.J. 933, 937 (2006), פרשת Taylor, שם, בעמ' 371.

77 בג"ץ 73/51 וויספיש נ' קצין בית הכלא של משטרת מחוז ירושלים, פ"ד ה 1083, 1088 (1951).

על מעצר או על שחרור בהסתמך על הבטחתו של הנאשם להופיע למשפט או על הבטחתו של הערב לדאוג להתייצבות הנאשם.⁷⁸ בתחילתו של מוסד השחרור בערובה התחייב הערב לשאת בעונש במקום הנאשם, אולם בסופם של דברים התפתחה הפרקטיקה לחיוב שהערב נטל על עצמו לשלם אם הנאשם יימלט, בעיקר על ידי החרמת המקרקעין שלו.⁷⁹ ישנה אמנם ציפייה מהערב לדאוג לקיום התחייבותו של המשוחרר בערובה, שכן המדינה מעוניינת בהתייצבות הנאשם ולא בכספו של הערב,⁸⁰ אולם הסנקציה המוטלת על הערב במקרה של אי-עמידה בחובתו מתבטאת במקרה הרגיל בחילוט סכום הערובה בלבד.⁸¹

באנגליה בריחה של נאשם לא הייתה שכיחה מכמה טעמים: העונש בגין בריחה היה גירוש והחרמת כל הרכוש, ורכוש היה הבסיס להקניית זכויות בחברה;⁸² פיקוח חברתי נשמר על ידי היכרות אישית: השריף הכיר בדרך כלל באופן אישי את הנאשם ויכול היה להעריך כהלכה את מידת מהימנותו ואת סכנת הבריחה הנשקפת ממנו;⁸³ תושבי אנגליה נטו לגור במקום אחד כל חייהם, מיעטו לטייל, וגודלה של אנגליה היקשה מאוד על הימלטות;⁸⁴ בנוסף, לחלק גדול לא היו האמצעים הכספיים הדרושים כדי להימלט.⁸⁵

התמריצים שהיו קיימים באנגליה לטובת שחרור בערובה לא הועתקו למושבות שבאמריקה.⁸⁶ גבולותיה של ארצות-הברית נתפסו כמעט כאין סופיים. הבסיס הכלכלי של התושבים לא נשען על בעלות באדמה. אנשים נדרו ממקום למקום ולא נקשרו זמן רב למקום אחד. נאשמים רבים היו חסרי משפחה וחברים. הניידות, גודלה של ארצות-הברית והיעדרם של קשרי קהילה עמוקים הביאו לאבדן ההיכרות האישית שהייתה בערי אנגליה בין השריף לנאשם. מסיבות אלו, נאשמים התקשו

78 Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1414.

79 Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 958.

80 מגן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 181; ברכיהו ליפשיץ "ערובה וערבות – ביחד ולחוד" משפטים כט 239, 249 (1998).

81 Joseph Buro, *Bail – Defining sufficient sureties: The Constitutionality of Cash-Only Bail*. *State v. Briggs*, 666 N.W. 2d 573 (Iowa 2003), 35 RUTGERS L.J. 1407, 1426 (2004).

82 Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 959; GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 93; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1180.

83 Porcello, שם; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1414; Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 748; Chamberlin, שם; Buro, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1421.

84 Porcello, שם, בעמ' 959–960; Joiner, שם; Drimmer, שם.

85 Joiner, שם.

86 GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 93; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1180; Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 959.

למצוא ערבים מוכרים ומהימנים על בית המשפט.⁸⁷ אנשים לא היו מוכנים בקלות רבה לשמש כערבים, שכן סכנת הבריחה הייתה משמעותית.⁸⁸ עדיין, מוסד השחרור בערובה היה הכרחי כדי למנוע מעצרים מיותרים והמוניים וצפיפות מוגזמת במתקני הכליאה.⁸⁹

ואכן, כדי לשמור על הקיום ועל האפקטיביות של מוסד השחרור בערובה, התפתחה בארצות-הברית שיטה חדשה בשם "The commercial bail bondsmen"⁹⁰ ערבים מקצועיים, שאינם נמצאים בקשרי קרבה כלשהי עם המשוחרר בערובה, החליפו את בני המשפחה והחברים על בסיס יחסים חוזיים.⁹¹ נאשמים רבים לא היו מסוגלים לשלם את מלוא סכום הערובה, אך יכלו לשלם חלק קטן מסכום זה לערב המקצועי, אשר בתמורה הסכים להפקיד את הערובה הנדרשת לקופת בית המשפט.⁹² בדרך כלל הנאשם משלם לערב המקצועי עשרה אחוזים מהסכום הכולל.⁹³ סכום זה הוא רווחו של הערב המקצועי, ואינו מוחזר לנאשם במקרה של התייצבות.⁹⁴ הערב המקצועי יכול ליטול על עצמו מבחינה כלכלית את הסיכון של בריחת הנאשם, ואילו ערבים אישיים אינם יכולים ולעתים אינם רוצים לשאת בסיכון זה.⁹⁵ ואכן, יתרון מובהק של מוסד הערובה המקצועית מתבטא במתן אפשרות למספר רב יותר של נאשמים מחוסרי אמצעים ונעדרי קשרים בקהילה להשתחרר

⁸⁷ GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 93; Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 960; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1181–1180; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1416; Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 749.

⁸⁸ Porcello, שם.

⁸⁹ Porcello, שם, בעמ' 961.

⁹⁰ Porcello, שם, בעמ' 960–961; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1415.

⁹¹ G.O.W. Mueller, *The Position of the Criminal Defendant in the United States of Field ;America, in THE ACCUSED: A COMPARATIVE STUDY* 100 (J.A. Coutts ed., 1966) MARTIN L. ;13, בעמ' 59, לעיל ה"ש 704; Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 13; Study FRIEDLAND, DETENTION BEFORE TRAIL: STUDY OF CRIMINAL CASES TRIED IN THE Stanislaw Frankowski & ;TORONTO MAGISTRATES COURTS 151–161 (1965) Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 67–68; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1177, 1182; Ayres & Waldfogel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 989.

⁹² Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 961.

⁹³ GOLDSTEIN & ORLAND, לעיל ה"ש 72, בעמ' 413; Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 966; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1417; Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 741. על יתרת הסכום שמעל לגובה מסוים נהוג לדרוש שיעור נמוך יותר: Ayres & Waldfogel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 997, אולם התחרות בענף הערובה המקצועית משפיעה אף היא על גובה הסכום הנדרש: Ayres & Waldfogel, שם, בעמ' 997, 1005.

⁹⁴ Ayres & Waldfogel, שם, בעמ' 989.

⁹⁵ Buro, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1422–1423.

בערובה.⁹⁶ עם זאת, נאשמים מחוסרי אמצעים נפגעים מבחינה כלכלית מעצם העובדה שסכום כסף מסוים הוא סכום אבוד מבחינתם, ואינו מוחזר להם גם במקרה של התייצבות.⁹⁷ לצד חובתו של הערב המקצועי לשאת בעלויות הכספיות במקרה של אי-התייצבות הנאשם, לערב המקצועי יש גם סמכות לעצור את הנאשם בכל מקום וזמן לנוכח תפיסת הנאשם כאסיר של הערב, להחזירו למשמורת בית המשפט ולהשתחרר באמצעות כך מערבותו.⁹⁸ הוא יכול לעשות כן גם באמצעות שלוחים (אלו מכונים "Bounty hunters").⁹⁹ שלוחים אלה נהנים מסמכויות רחבות מאלו של המשטרה, ואינם כפופים למגבלות חוקתיות המוטלות על עובדי ציבור.¹⁰⁰

כמה מדינות בארצות-הברית קבעו שעיסוק במתן ערובה לשם עשיית רווח אינו חוקי.¹⁰¹ יש הטוענים כי מכיוון שהנאשם כבר ממילא שילם לערב המקצועי את חלקו, אשר לא יוחזר לו גם במקרה של התייצבות, וכי מכיוון שהערב אינו קרוב או ידיד של הנאשם, מוסד של ערב מקצועי נוטל מהנאשם את התמריץ להתייצב.¹⁰² כמו כן, ניתן לטעון כי יש כאן עקיפת ההחלטה של בית המשפט המעריך שניתן להפיג את סכנת הבריחה הנשקפת מהנאשם על ידי הפקדת סכום מסוים, ולא על ידי הפקדת חלק קטן

⁹⁶ Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1413; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1181, 1199; GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 93–94. כאדם פרטי הערב המקצועי רשאי להפעיל שיקול דעת באשר לנאשמים שלהם הוא מוכן לשמש ערב: Joiner, שם, בעמ' 1418. עם זאת, מכיוון שהתחרות בענף הערובה המקצועית גבוהה מאוד, ערבים מסכימים לעתים גם לערוב לנאשמים שנשקפת מצדם סכנה גבוהה של בריחה: Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 966.

⁹⁷ Schilb v. Kuebel, 404 U.S. 357, 374 (1971).

⁹⁸ Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 963; Matthew L. Kaufman, *An Analysis of the Powers of Bail Bondsmen and Possible Routes to Reform*, 15 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 287, 290 (1999); Andrew Berenson, *An Examination of the Rights of American Bounty Hunters to Engage in Extraterritorial Abductions in Mexico*, 30 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 461, 463–464 (1999); Reese v. United States, 76 U.S. 13, 21 (1869); Andrew DeForest Patrick, *Running from the Law: Should Bounty Hunters Be Considered State Actors and Thus Subject to Constitutional Restraints*, 52 VAND. L. REV. 171, 177 (1999); פרשת Taylor, לעיל ה"ש 75, בעמ' 371; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1416.

⁹⁹ Kaufman, שם; פרשת Taylor, שם, בעמ' 371; Berenson, שם, בעמ' 462–463; Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 743; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1176–1177.

¹⁰⁰ Chamberlin, שם. עם זאת, יש מדינות אשר הגבילו את סמכויותיהם הרחבות של ה-"bounty hunters"; Patrick, לעיל ה"ש 98, בעמ' 197.

¹⁰¹ Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 225–226; Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 96. הוראה זו אושרה כחוקתית על ידי בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין, ראו: Kahn v. McCormack, 299 N.W. 2D (1980).

¹⁰² Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 226; Richard S. Frase, *Review Essay: Defining the Limits of Crime Control and Due Process*, 73 CAL. L. REV. 212, 242 (1985); Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 742; פרשת Schilb, לעיל ה"ש 97, בעמ' 374–375 (דעת המיעוט של השופט Douglas).

ממנו.¹⁰³ ניתן אף לתהות מדוע בית משפט, המודע לקיומו של ערב מקצועי, אינו מאפשר לנאשם להשתחרר תמורת הפקדת עשרה אחוזים מהסכום ללא תיווכו של הערב המקצועי.¹⁰⁴

אולם מחקרים מראים כי מוסד הערובה המקצועית הוא דווקא יעיל ביותר להבטחת התייצבותם של נאשמים. לערב המקצועי יש תמריץ חזק לדאוג להתייצבות הנאשם, שכן פרנסתו תלויה בהתייצבות לקוחותיו למשפט.¹⁰⁵ הוא טורח, לפיכך, להזכיר לנאשם ולקרוביו את מועדי הדיונים.¹⁰⁶ במקרה של אי-התייצבות, לפני חילוט ערבותו, הערב מקבל פרק זמן מסוים לאיתור הנאשם.¹⁰⁷ בניגוד למשטרה, שאינה מעמידה את החיפוש אחר נאשמים נמלטים בראש סדר העדיפויות שלה, הערב המקצועי, שזהו עיסוקו, משקיע מאמצים רבים באיתורו של הנאשם.¹⁰⁸ לערב המקצועי יש גם כלים טובים יותר משל המשטרה, שכן הוא אוסף מבעוד מועד פרטים על הנאשם, המסייעים לו להתחקות על עקבותיו.¹⁰⁹ לערב המקצועי ולשלוחיו יש סמכות לנקוט כל אמצעי סביר כדי לתפוס נאשם נמלט, כולל כניסה בכוח לביתו.¹¹⁰ במונחים של יעילות, מוסד הערובה המקצועית מוכיח את עצמו – פחות נאשמים המשוחררים בערבותו של ערב מקצועי אינם מתייצבים למשפט לעומת נאשמים ששוחררו ללא ערובה או בערובה אחרת,¹¹¹ ורובם המכריע של הנאשמים הבורחים נלכדים.¹¹² הגם שהנאשם אינו מפסיד מבחינה כלכלית גרידא במקרה של בריחה, ככל שסכום הערובה גבוה יותר, הנאשם מודע למוטיבציה הרבה של הערב המקצועי לתפוסו.¹¹³ התמריץ העיקרי המונע בריחה הוא החשש מתפיסה; וכאן לערב המקצועי יש הזמן והמשאבים להשקיע בחיפושו של נאשם נמלט, לעומת הערב הפרטי.¹¹⁴ נאשמים המשוחררים בערבותו של הערב המקצועי מודעים לסיכוי התפיסה הגבוה

¹⁰³ פרשת Kahn, לעיל ה"ש 101, בעמ' 282.

¹⁰⁴ *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 973.

¹⁰⁵ Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1422; Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1181–1182; Buro, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1422. אמנם הערבים מבוטחים, אולם הערב יודע שאם לא יצליח להבטיח את התייצבות רובם המכריע של לקוחותיו, תסרב חברת הביטוח לבטוח אותו: Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 966; Chamberlin, שם, בעמ' 1188–1189. שיעור גבוה של בורחים ישפיע גם על פרמיית הביטוח: Joiner, שם, בעמ' 1425.

¹⁰⁶ Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 97.

¹⁰⁷ שם.

¹⁰⁸ שם, בעמ' 98; Joiner, לעיל ה"ש 75, בעמ' 1426.

¹⁰⁹ Joiner, שם.

¹¹⁰ פרשת Taylor, לעיל ה"ש 75, בעמ' 371.

¹¹¹ Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1196–1197.

¹¹² Porcello, לעיל ה"ש 73, בעמ' 967; Patrick, לעיל ה"ש 98, בעמ' 176; Drimmer, לעיל ה"ש 64, בעמ' 762.

¹¹³ Ayres & Waldfogel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 989–990.

¹¹⁴ Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 38.

במקרה של הימלטות, ומודעות זו מספיקה, במקרים רבים, למנוע בריחה.¹¹⁵

3. הצורך בהוכחת חשש להתחמקות מהליכי החקירה והמשפט

ראינו לעיל כי באנגליה הטלת ערובה על חשודים ועל נאשמים הייתה עניין שגרתי למדי למרות מיעוטם של מקרי בריחה. לשופט שלום במאות ה-15 וה-16 באנגליה אף לא הייתה סמכות לשחרר את הנאשם ללא ערובה בכלל, אם ברור היה על פניו שבוצעה עברה (אם כי לא בהכרח על ידי הנאשם), וזה יכול היה להיות משוחרר רק על ידי שופטים בעלי סמכויות רחבות יותר.¹¹⁶ בארצות-הברית, התפיסה שלפיה ערובה דרושה להבטחת התייצבות, הביאה להתפתחותו של מוסד הערובה המקצועית.

ואכן, חיובם של חשודים ונאשמים בהמצאת ערובה כאמצעי להבטחת התייצבות לחקירה ולמשפט מהווה תנאי שחרור שכיח.¹¹⁷ וכדברי Herbert Packer, לא אחת הבחירה בפועל היא בין "jail" לבין "bail": "In our system the question, badly put, is bail or jail"¹¹⁸

מבחינה אמפירית, הגם שיש המדגישים את היותה של הבריחה ממשפט תופעה נדירה,¹¹⁹ לא ניתן לבטל בנקל את החשש לבריחה. על פי ההערכה, בין 5 ל-10 אחוזים לפחות מהנאשמים אינם מתייצבים למשפטם.¹²⁰

נהוג לומר שסכום הערובה צריך להיקבע בהתאם למידת החשש להימלטות וליכולתו הכלכלית של החשוד או הנאשם.¹²¹ הערובה האדיאלית תבטיח התייצבות, אולם לא תמנע שחרור.¹²² סעיף 46 לחוק המעצרים, המונה שיקולים שיש להביאם

¹¹⁵ Chamberlin, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1198.

¹¹⁶ LANGBEIN, לעיל ה"ש 69, בעמ' 7.

¹¹⁷ פרשת רודמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 508.

¹¹⁸ HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTIO 211 (1968). ראו לנקודה

זו גם: Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 583 (1979).

¹¹⁹ GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 243; Note, *Bail and Its Discrimination Against the Poor: A Civil Rights Action As a Vehicle of Reform*, 9 VALPARASIO L. REV. 167, 187 (1974).

¹²⁰ לנתון שלפיו באנגליה מדובר בחמישה אחוזים מהנאשמים ראו: ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209. לנתון שלפיו מדובר בעשרה אחוזים מהנאשמים בעברות פשע בארצות-הברית ראו: Patrick, לעיל ה"ש 98, בעמ' 175. אולם יש הערכות המדברות אף על כרבע מכלל הנאשמים בעברות פשע: Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 93.

¹²¹ פרשת רודמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507-508; פרשת Stack, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

¹²² Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 231-230; Charles N. Stoddart, *Human Rights in Criminal Procedure: The Scottish Experience*, in HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEDURES, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133; Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 91, בעמ' 68.

בחשבון בקביעת הערובה, מבטא רעיון זה בקבעו כי השופט יקבע את סוג הערובה, גובהה, תנאיה ומשך תוקפה "במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרת הטלת הערובה".

חוק המעצרים דורש יסוד סביר לחשש לשיבוש הליכים.¹²³ בפסיקה נקבע באמרת אגב כי "לא די בחשש גרידא מפני סיכול הליכי הדיון. נדרשת רמת ודאות ממשית, אשר יש בה כדי להצדיק שלילת חירותו של נאשם".¹²⁴ בית המשפט עומד על קיומן של נסיבות ספציפיות אשר יש בהן כדי ליצור חשש לבריחה: היותו של החשוד או הנאשם בעל הון רב;¹²⁵ יכולתו להשיג דרכונים זרים;¹²⁶ נסיעותיו התכופות מחוץ למדינה ועסקיו שם;¹²⁷ היותו בעל בתי מגורים בחוץ לארץ;¹²⁸ העלמתם של סכומי כסף גבוהים היכולים לשמש לשם בריחה מהארץ;¹²⁹ שיתוף הפעולה של החשוד או הנאשם עם גורמים מחוץ לתחומי המדינה;¹³⁰ קיומה של תשתית כלכלית המאפשרת בריחה.¹³¹ פעמים רבות לא נבחנת כוונת בריחה, אלא הסתברות סטטיסטית לבריחה; הפרמטרים המקובלים להערכת החשש לבריחה הם משקל הראיות, קשרי משפחה, עבודה, עבר פלילי, אופי, מצב בריאותי, אורך תקופת השהות בקהילה ורקורד קודם באשר להתייצבות.¹³² יש הסבורים כי המנבא הטוב ביותר של סכנת בריחה הוא חוזק הקשרים בקהילה.¹³³ ברוח זו, יש הרואים בנישואין ובבעלות על בית כגורמים המפחיתים באופן משמעותי את החשש לבריחה.¹³⁴ תעסוקה ומשך זמן המגורים בדירה מוזכרים אף הם כגורמים היכולים לסייע בהערכתו של החשש לבריחה.¹³⁵ באופן כללי, ככל שזיקתו של אדם לארץ הדוקה יותר, חשש ההימלטות מהדין

¹²³ ס' 13(א)(1), 21(א)(1) לחוק המעצרים.

¹²⁴ פרשת גנימאת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 405. השופט מנחם אלון הדגיש אכן כי יש צורך בהוכחת חשש ממשי וקונקרטי לבריחה כתנאי למעצר: ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 449, 457-458 (1986). אולם קיימים בסוגיה זו גם פסקי דין אחרים (כדוגמת ב"ש 33/75 מדינת ישראל נ' תומר, פ"ד כט(2) 19, 22 (1975)).

¹²⁵ בש"פ 6057/01 צ'ורני נ' מדינת ישראל, פס' 8 (לא פורסם, 12.8.2001).

¹²⁶ שם, פס' 12.

¹²⁷ שם; בש"פ 625/05 מדינת ישראל נ' מיכאלי (לא פורסם, 31.1.2005) (להלן: פרשת מיכאלי).

¹²⁸ פרשת צ'ורני, לעיל ה"ש 125, פס' 9; Trotter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 85-86.

¹²⁹ בש"פ 9075/96 טופול נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 635 (1997).

¹³⁰ בש"פ 2605, 2580/97 אנג'ל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 415, 422 (1997).

¹³¹ פרשת מיכאלי, לעיל ה"ש 127.

¹³² Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 233; Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 8; Houy, לעיל ה"ש 65, בעמ' 538.

¹³³ Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 76.

¹³⁴ Marq R. Ozanne, Robert A. Wilson & Dewaine L. Gedney, *Toward a Theory of Bail Risk*, 18 CRIMINOLOGY 147, 156 (1980).

¹³⁵ שם, בעמ' 158.

פוחת.¹³⁶ אולם השופט חסר פעמים רבות נתונים הנוגעים למידת התערותו של החשוד או הנאשם בארץ ולאישיותו.¹³⁷ כמו כן, לשופט אין יכולת בשלבים הראשוניים של ההליך לאסוף נתונים על יכולתו הכלכלית של החשוד או הנאשם.¹³⁸ אחד השיקולים אשר מקובל להביאם בחשבון בקביעת גובה הערובה הוא חומרת העברה; חומרת העונש הצפוי לחשוד או לנאשם במקרה של הרשעה מהווה קריטריון מרכזי לניבוי של כוונת בריחה.¹³⁹ כך, הדין הפדרלי בארצות-הברית וכן הדין במדינות שונות בה יוצא מנקודת מוצא, כי נאשם בעברה הנושאת עונש מוות ואשר קיימות כנגדו ראיות חזקות (When the proof is evident, or the presumption great) אינו זכאי לשחרור בערובה כעניין שבזכות.¹⁴⁰ הגבלת האפשרות של שחרור בערובה בעברות הנושאות עונש מיתה מכירה במוטיבציה הרבה של נאשם הניצב בפני סכנה של מוות לברוח, שכן אדם הצריך לבחור בין ויתור בטוח על רכושו במקרה של הימלטות ממשפט לויתור פחות בטוח על חייו, יעדיף, באופן טבעי, שלא להמר על האפשרות השנייה.¹⁴¹ ניתן לטעון שיצר ההישרדות של אדם מנתבו לברוח לא רק כאשר הוא צפוי לסכנת מוות, אלא גם כאשר הוא צפוי לשלילת חירות. ואכן, בית המשפט העליון קבע כי בכל הנוגע למתן צו עיכוב יציאה מן הארץ, אפשרות סבירה לבריחה יכולה להילמד מעצם חומרת העברה, אופייה ונסיבותיה, וכי אין צורך בראיות ספציפיות המוכיחות כוונה כזו.¹⁴² באוקראינה ה-Bail Statute משנת 1996 קובע סכום מינימלי של ערובה בהתאם לחומרת העברה.¹⁴³ ישנם הסבורים כמוכן מאליז כי

136 פרשת צ'ורני, לעיל ה"ש 125, פס' 15.

137 Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 76; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25.

138 Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 235.

139 Ayres & Waldfoegel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1011; Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 66; Field Study, לעיל ה"ש 66, בעמ' 705-706; Trotter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 83; Miller & Guggenheim, לעיל ה"ש 44, בעמ' 392; Wolter, לעיל ה"ש 34, בעמ' 482; Igor Lenidovitch Petrukhin, *Pre-Trail Detention and Arrest in the Soviet Union, in* PREVENTIVE DETENTION, לעיל ה"ש 3, בעמ' 229; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13, 30; דן ביין "הערות לתפקיד בית-המשפט לעניין מעצר חשודים בשלב שלפני הגשת כתב האישום" **הפרקליט** כח 69, 83 (התשל"ב); בש"פ 2646/97 **עודה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 523, 526-527 (1997).

140 Overbeck, לעיל ה"ש 48, בעמ' 168.

141 Tribe, לעיל ה"ש 53, בעמ' 397; Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 66; Verrilli, לעיל ה"ש 65, בעמ' 311; Rabinowitz, לעיל ה"ש 44, בעמ' 200; Lupo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 221-220.

142 פרשת **עמר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 144-146; פרשת **צ'ורני**, לעיל ה"ש 125, פס' 6. וראו את ביקורתו של בנדור על הלכה זו, הפוסרת את התביעה מהוכחה ספציפית של יסוד הכוונה לעזוב את הארץ: אריאל בנדור "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" **ספר השנה של המשפט בישראל** 481, 518-527 (1996).

143 Christopher Lehmann, *Bail Reform in Ukraine: Transplanting Western Legal*

חומרת העברה יכולה להשפיע על המוטיבציה לברוח.¹⁴⁴ כמו כן, לציבור יש אינטרס גדול יותר בקיום המשפט כאשר מיוחסת לאדם עברה חמורה.¹⁴⁵ אחרים סבורים כי חומרת העברה כשלעצמה אינה שיקול רלוונטי הן לעצם הצורך בהטלת ערובה והן לגובהה.¹⁴⁶ ממצאים אמפיריים מעידים על כך שבניגוד לאינטואיציה, חומרת העברה אינה מהווה אמת מידה אמינה להערכתה של סכנת הבריחה.¹⁴⁷ נהפוך הוא; בכמה מקומות נמצא כי שיעור ההתייצבות היה גבוה יותר דווקא בעברות חמורות, שכן ככל שהעברה חמורה יותר, נאשם מודע לעובדה כי ישנו סיכוי גדול יותר לפעולת חיפוש נחושה ומוצלחת במקרה של בריחה.¹⁴⁸ דווקא עברה קלה יכולה ליצור תמריץ להתחמק, מתוך הנחה כי במקרה כזה המשטרה לא תשקיע מאמצים רבים בחיפוש הנאשם.¹⁴⁹ קל מאוד לקבוע באופן סתמי כי קיים חשש בריחה לנוכח חומרת העברה, אולם במקרה כזה חומרת העברה המיוחסת לאדם, האמור ליהנות מחזקת החפות, יכולה להביא להטלת הגבלות על הפרט אך ורק מעצם העובדה שמתנהלת נגדו חקירה או מתקיים בעניינו משפט.

לאור מגוון השיקולים הבאים בחשבון, דומה כי הן ההערכה של סכנת הבריחה והן הערכת הערובה אשר יש בה כדי להפיג סכנה זו הן במקרה הרגיל עניין ספקולטיבי ביותר.¹⁵⁰ ללא ספק, יש להשיג יתר אינדיבידואליזציה של סכום הערובה על ידי איסוף מידע על החשוד או הנאשם.¹⁵¹ אולם ישנם מן הסתם גורמים רלוונטיים רבים שאינם ניתנים לבדיקה, המתייחסים לאופיו של אדם, למידת נכונותו לסבול שינויים ולקחת סיכונים ולמידת חרדתו מההליך הפלילי ומתוצאותיו. לנוכח גורמים בלתי ידועים אלה, אמות המידה שנהוג לראותן כמנבאות בריחה אינן עומדות במבחן המציאות. כך, גם בעל משפחה יכול להעתיק את כל משפחתו למקום אחר. חוסר אמצעים כספיים אינו מונע בריחה, שכן כל אדם יכול להסתלק מביתו ולהתחבא בבית

Concepts to Post-Soviet Legal Systems, 13 HARV. HUM. RTS. J. 191, 205 (2000)

¹⁴⁴ *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 974; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.

¹⁴⁵ ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 198.

¹⁴⁶ Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30; פרשת *Stack*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5-6; אורי סלונים, נתן שמחוני "מעצר עד תום ההליכים בעברות צווארון לבן: תיקון החוק – מהפכה או איפכא?" **עיוני משפט** טו 569, 585 (1982).

¹⁴⁷ GOLDSTEIN & ORLAND, לעיל ה"ש 72, בעמ' 461.

¹⁴⁸ Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 81; Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 76.

¹⁴⁹ Frase, לעיל ה"ש 102, בעמ' 241.

¹⁵⁰ Manns, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1970.

¹⁵¹ Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 85; Brian Smith, *Charles Demore v. Hyung Joon Kim: Another Step Away from Full Due Process Protections*, 38 AKRON L. REV. 207-208 (2005); Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.

חברים.¹⁵² אולם בוודאי אין מקום להניח כי חסרי אמצעים מועדים יותר לבריחה מאשר בעלי אמצעים.¹⁵³

מכיוון שמספרם של החומקים מהתייצבות הוא קטן באופן יחסי, קשה למצוא פרמטרים "מנבאי בריחה"; ספק אם לנאשמים שחמקו ממשפטם יש מאפיינים משותפים היכולים לשמש בסיס לחיזוי.¹⁵⁴ ניסיון כן להבחין בין נאשם מהימן לבין נאשם הצפוי לברוח הוא בעייתי ביותר לאור חוסר הוודאות האינהרנטי הכרוך בניבוי התנהגות אנושית עתידית.¹⁵⁵ כמו כן, לא נמצא קשר בין אי-התייצבות לבין חומרת תנאי השחרור.¹⁵⁶

באחד המחקרים שנערכו בארצות-הברית נמצא כי לא היה שוני בין מידת ההתייצבות בבית המשפט של חשודים שהשתחררו בערובה עצמית, תודות לייצוגם במסגרת פרויקט מיוחד של ייצוג עצורים בהליך ההתייצבות הראשונית בפני שופט, לבין חשודים ששוחררו תמורת הפקדת ערבות כספית במזומן.¹⁵⁷ פרויקט זה (The Manhattan Bail Project) התחיל כתכנית "פיילוט" מתוך הנחה – שהוכיחה את עצמה במציאות – שלפיה מרבית הנאשמים יתייצבו גם על סמך התחייבות עצמית בלבד.¹⁵⁸

תוצאה זו אינה מפתיעה שכן קיימים מחסומים טבעיים רבים כנגד בריחה; אדם נמלט צריך לנטוש לפחות חלק מבני משפחתו, את חבריו, את מקום עבודתו וכנראה גם חלק מרכושו.¹⁵⁹ יש להכיר בכך כי מחסומים טבעיים אלה מספקים עבור חשודים ונאשמים רבים.¹⁶⁰ דברים אלה נכונים ביתר שאת לגבי חשודים ונאשמים ישראלים. לעומת ארצות-הברית, שבה ניתן לעבור למדינה אחרת ולהיקלט בה במאמץ סביר,

Caleb Foote, *The Coming Constitutional Crisis in Bail*, in STUDIES ON BAIL 266 ¹⁵²
(Caleb Foote ed., 1966).

Ozanne, Wilson & Gedney, לעיל ה"ש 134, בעמ' 149. ¹⁵³

ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209; Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 238. ¹⁵⁴

Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 8. ¹⁵⁵

PRUE OXLEY, REMAND AND BAIL DECISIONS IN MAGISTRATE'S COURT: כך בניו זילנד: ¹⁵⁶
82 (1979).

Douglas L. Colbert, Ray Paternoster & Shawn Bushway, *Do Attorneys Really Matter?* ¹⁵⁷
The Empirical and Legal Case for the Right of Counsel at Bail, 23 CARDOZO L. REV.
1719, 1747 (2002); Thomas O'Rourke & Robert F. Carter, *The Connecticut Bail and its sicrimination*; *Bail Commission*, 79 YALE L.J. 513 (1970)
119, בעמ' 186; Peggy M. Tobolowsky & James F. Quinn, *Pretrial Release in the 1990s: Texas Takes Another Look at Nonfinancial Release Conditions*, 19 NEW ENG. J. ON
CRIM. & CIV. CONFINEMENT 267, 327 (1993). על פרויקט זה ראו בפירוט: GOLDFARB,
לעיל ה"ש 62, בעמ' 150–172.

Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 225–226. ¹⁵⁸

Bail: An Ancient Practice Reexamined, לעיל ה"ש 66, בעמ' 973. ¹⁵⁹

שם, בעמ' 974. ¹⁶⁰

בישראל המעבר למדינה אחרת וההיקלטות בה קשה בהרבה מבחינת תרבות, שפה, דת ואפשרויות תעסוקה. לא בכדי נטען כי מערכת המשפט סומכת יתר על המידה על כוחו של הכסף, ופחות מדי נותנת אמון בפרט, שבמקרה הרגיל אינו מעוניין לברוח מארצו.¹⁶¹

כיום בעידן הגלובליזציה והצטמצמות הגבולות הלאומיים בריחה קלה הרבה יותר. עם זאת, גם סיכויי התפיסה של נאשם בורח הם גבוהים ביותר.¹⁶² שיתוף פעולה בין-לאומי בין רשויות אכיפת החוק במשולב עם אמצעים מודרניים של זיהוי כגון טביעת אצבעות מקשים על בריחה מחוץ לגבולות המדינה.¹⁶³ לאור האמור, אין מקום להניח, בהיעדר ראיות קונקרטיות המצביעות על סכנה כזו, כי חשודים ונאשמים יפרו את חובתם להתייצב לחקירה ולמשפט, וכי יש מקום לחייבם בערובה, כדי למנוע סכנה זו.

4. פגיעה בשוויון

אי-המצאת ערובה מביאה, במקרים רבים, לתוצאה של שלילת חירות. הסכנה של שלילת חירות עקב אי-המצאת ערובה, הנמצאת מעבר ליכולתם הכלכלית של המשוחררים בערובה, היא ממשית ביותר. בארצות-הברית חלק ניכר מאלה שניתנת להם ההזדמנות להשתחרר בערובה אינם מסוגלים לעמוד בתנאי השחרור שנקבעו להם, והם נותרים במעצר ב"אשמה" של חוסר אמצעים לעמוד בתנאי הערובה.¹⁶⁴ חשודים ונאשמים אלה אף אינם מסוגלים לשלם את הסכום הנדרש לצורך שחרור לערב מקצועי, בפרט ככל שסכום הערובה גבוה יותר.¹⁶⁵ כתוצאה מכך, חשודים ונאשמים אפרו-אמריקנים נעצרים לתקופות ארוכות למדי בגין עברות פוטוטת יחסית.¹⁶⁶ אצלנו הגם שאין בדיקה מקיפה באשר למספר העצורים ומספר הימים שבהם נתונים עצורים במעצר בשל חוסר יכולת לעמוד בתנאי השחרור בערובה (בשל אי-יכולת להפקיד כסף מזומן או לגייס ערבים מקרב תושבי הארץ), מחקר אמפירי של כהנא וזנדברג הראה כי תופעה זו קיימת.¹⁶⁷ דו"ח של האגודה לזכויות האזרח

¹⁶¹ Mueller, לעיל ה"ש 91, בעמ' 100–101.

¹⁶² פרשת *Schilb*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 376 (דעת המיעוט של השופט Douglas).

¹⁶³ *Bail: An Ancient Practice Reexamined*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 973. כיום ישנם אמצעי מעקב משוכללים מאוד, כגון מעקב באמצעות שיחות בטלפון נייד.

¹⁶⁴ Manns, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1950, 1962; Miller & Guggenheim, לעיל ה"ש 44, בעמ' 409; Goldstein & Orland, לעיל ה"ש 72, בעמ' 413.

¹⁶⁵ Goldfarb, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1.

¹⁶⁶ Colbert, Paternoster & Bushway, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1729.

¹⁶⁷ בלהה כהנא וחיה זנדברג "מעקב אחר שחרורם של משוחררים בערובה" המשפט ח 521, 532 (2003).

מצא כי 14.5% מהחשודים ששוחררו בערובה אינם מצליחים לעמוד בתנאי השחרור בערובה ונשארים במעצר עד שבית המשפט משנה את תנאי השחרור בעניינם.¹⁶⁸ התניית השחרור ממעצר בהפקדת ערובה יוצרת, לפיכך, לכאורה, הפליה כלפי חסרי אמצעים.¹⁶⁹ שני חשודים או נאשמים שווים בנתוניהם, למעט באמצעיהם הכספיים, חשופים לתוצאות שונות: האחד נעצר, השני משתחרר.¹⁷⁰ אכן, קיים קשר הדוק ועגום בין אמצעים לבין הנגישות למשפט והתוצאה הסופית של המשפט בכל תחומי החיים.¹⁷¹ לא ניתן למחות את כל היתרונות שיש לחשודים ולנאשמים אמידים על פני חשודים ונאשמים שהפרוטה אינה מצויה בכיסם.¹⁷² כך, למשל, בית המשפט העליון אצלו הכיר בחוסר שוויון זה בכל הנוגע לאפשרות להשתחרר בחלופת מעצר שעניינה שמירה צמודה על הנאשם בביתו מטעם חברת שמירה פרטית, במימונו של הנאשם. בעבר דחה בית המשפט העליון חלופה זו מטעם עקרוני באומרו כי: "חלופה זו למעצר לא רק שהיא צעד יוצא דופן וחריג, אלא שהיא משבשת את חלוקת הסמכויות הנוגעות לסדרי המעצר, כשהיא מעבירה את האחריות מהגוף השלטוני המופקד על כגון דא לידיים פרטיות שאין עליהן פיקוח ומרות. אם נשתכנע בית המשפט כי מעצר בית לא ישיג את המטרה שבחלופת מעצר זו, וכי נדרש פיקוח צמוד על הנאשם שלא יפר מגבלה זו, כי אז אין מנוס ממעצר של ממש לשם בידודו והבטחת המטרה שלשמה נעצר".¹⁷³ עם זאת, בהחלטות מאוחרות יותר אישר בית המשפט חלופת מעצר שכללה פיקוח על הנאשם על ידי שומרים בשכר במימון הנאשם. בדחותו בהקשר זה את הטענה של פגיעה בשוויון בין נאשמים קבע בית המשפט העליון כי "יכולתו של הנאשם לעמוד בתנאי שחרור ובתנאי חלופה – באותם מקרים שבהם סבור בית המשפט כי יש לכך מקום – הנה פועל יוצא של האמצעים הכספיים העומדים לרשותו ושל היכולת לגייס מקרב בני משפחתו, חבריו או מכריו ערבים ומפקחים כנדרש. לפיכך, עניין לנו באי שוויון מובנה הנובע

168 אהרוני, לעיל ה"ש 30.

169 Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 59–60; Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 45; Charles E. Ares, Anne Rankin & Herbert Sturz, *The Manhattan Bail Project: An Interim Report on the Use of Pre-Trial Parole*, 38 N.Y.U.L. REV. 67, 71 (1963); O'Rourke & Carter, לעיל ה"ש 157, בעמ' 513; GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 32; Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 68–69; Saito, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181; its sicrimination, לעיל ה"ש 119, בעמ' 167; Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 13; Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 228–229; Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 95.

170 פרשת *Schilb*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 379 (דעת המיעוט של השופט Douglas).

171 וראו על כך בפירוט: יובל אלבשן, **זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל** (2005).

172 Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 12.

173 בש"פ 1064/92 מדינת ישראל נ' ארזי (לא פורסם, 5.3.1992). וראו בעניין זה גם: בש"פ 5648/92 אנטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 494, 501 (1992).

מאמצעיו ומנתוניו האינדיבידואלים של כל נאשם ונאשם".¹⁷⁴

עם זאת, יש לצמצם את חוסר השוויון הנובע מחוסר אמצעים למינימום,¹⁷⁵ ולא בדרך של הקשחת התנאים כלפי בעלי האמצעים, אלא בדרך של הקלת התנאים כלפי מחוסרי האמצעים. יש להעניק למחוסרי אמצעים יחס הוגן, לכל הפחות, גם אם לא שוויוני.¹⁷⁶ כאן עסקינן בקשר ישיר שבין חירות לבין כסף, שכן נאשם עני עלול להיות נתון במעצר – ללא הוכחה קונקרטיית בדבר כוונתו לברוח – אך ורק בשל "אשמה" של חוסר אמצעים.¹⁷⁷

בית המשפט העליון האמריקני קיבל בהקשרים אחרים של ההליך הפלילי טענה המבוססת על פגיעה בשוויון, ועמד על כך שחוק שאינו מפלה על פניו יכול להיות מפלה ביישומו כלפי מחוסרי אמצעים.¹⁷⁸ בהחלטתו להמציא לנאשמים מחוסרי אמצעים את פרוטוקול הדיון חינם-אין-כסף, עמד בית המשפט על כך כי לאמצעיו של אדם אין כל קשר רציונלי לשאלת חפותו או אשמתו.¹⁷⁹ בית המשפט העליון האמריקני אסר, כמו כן, לאסור נאשם כתחליף לקנס, כאשר אי-תשלום הקנס נובע מחוסר אמצעים.¹⁸⁰ אין כל סיבה הגיונית שלא ליישם החלטות אלה גם לעניין מוסד השחרור בערובה.¹⁸¹ המדינה אמנם אינה יכולה להשוות לכל דבר ועניין את מצבם הכלכלי של חשודים ונאשמים, אך היא חייבת לעשות כל שביכולתה כדי לנתק בין צדק לבין עושר.¹⁸²

ואכן, ישנה אפשרות לשחרר חשודים ונאשמים ללא דרישת ערובה.¹⁸³ סעיף 12 לחוק המעצרים מסמין את בית המשפט לשחרר אדם, שהוגשה בקשה לעצרו, ללא ערובה כלל. בארצות-הברית ה-Bail Reform Act משנת 1966 נחקק כמענה למצוקתם של חשודים ונאשמים מחוסרי אמצעים, ואפשר להם להשתחרר בהתבסס על ערובה עצמית בלבד.¹⁸⁴ חוק זה הגדיל באופן משמעותי את מספרם של

¹⁷⁴ בש"פ 1811/06 מדינת ישראל נ' מולנר, פס' 4 (טרם פורסם, 2.3.2006).

¹⁷⁵ Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 12.

¹⁷⁶ שם.

¹⁷⁷ GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 32.

¹⁷⁸ Williams v. Illinois, 399 U.S. 235, 242 (1970).

¹⁷⁹ Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12, 16 (1956).

¹⁸⁰ פרשת Williams, לעיל ה"ש 178, בעמ' 242; Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971); Bail and

its discrimination, לעיל ה"ש 119, בעמ' 167.

¹⁸¹ Foote, לעיל ה"ש 152, בעמ' 261.

¹⁸² GOLDFARB, לעיל ה"ש 62.

¹⁸³ בדן הפדרלי בארצות-הברית: 18 U.S.C. §3142(b). באנגליה: Police & Criminal Evidence

Act 1984 §37(2), §37(7) & §41(7).

¹⁸⁴ Michael Harwin, *Detaining for Danger Under the Bail Reform Act of 1984*:

Lupo; *Paradoxes of Procedure and Proof*, 35 ARIZ. L. REV. 1091, 1093 (1993) לעיל

ה"ש 60, בעמ' 175; Overbeck, לעיל ה"ש 48, בעמ' 158–159; O'Rourke & Carter, לעיל

המשוחררים בערובה.¹⁸⁵ בניו-זילנד ערובה עצמית היא צורת השחרור בערובה הרווחת יותר.¹⁸⁶ במדינות מסוימות בארצות-הברית,¹⁸⁷ בגרמניה¹⁸⁸ ובדנמרק, התניית השחרור בהמצאת ערובה היא נדירה. בית המשפט העליון של מדינת מינסוטה קבע שלא ניתן להתנות את שחרורם של חשודים ונאשמים בערובה כספית שמצריכה הפקדת מזומן.¹⁸⁹ בשבדיה ובהולנד לא קיימת כלל אלטרנטיבה של שחרור בערובה כספית מכל סוג שהוא.¹⁹⁰ באופן כללי, התניית השחרור בהפקדת ערובה כספית אינה שכיחה מחוץ לארצות המשפט המקובל. ישנן מדינות המנסות להתאים את גובה הערובה ליכולתו הכלכלית של העצור על ידי הנהגת ביקורת תקופתית לשם הערכה מחדש של תנאי השחרור בערובה, כאשר משוחרר בערובה עדיין נותר במעצר.¹⁹¹ ואכן, ישנם משוחררים בערובה המשתחררים רק לאחר הפחתת סכום הערובה.¹⁹² עם זאת, חרף מנגנוני בקרה אלה, ישנם עצורים הנשארים במעצר עקב חוסר יכולת לעמוד בתנאי השחרור בערובה.¹⁹³ אצלנו קיים מנגנון לתיקון גובה הערובה

ה"ש 157, בעמ' 514; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 17.

Tobolowsky & Quinn, לעיל ה"ש 157, בעמ' 267. 185

Oxley, לעיל ה"ש 156, בעמ' 77, 114. 186

Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 69–70. 187

Huber, *Criminal Procedure in Germany*, in *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE* 188

לעיל ה"ש 6, בעמ' 122.

State of Minnesota v. Brooks, 604 N.W. 2d 345 (2000) 189

Peter J. Van Koppen & Steven D. Penrod, *Adversarial or Inquisitorial: Comparing* 190

Systems, in *ADVERSARIAL VERSUS INQUISITORIAL JUSTICE: PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVE ON CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS 3* (Peter J. van Koppen & Steven D.

Penrod eds., 2003). לגבי שבדיה ראו גם Nelson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 117.

Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 71; וראו, למשל, ב-Ayres & Waldfoegel, לעיל 191

ה"ש 66, בעמ' 995. כך, למשל, בהיעדר סנגור, מרבית השופטים קובעים במועד ההתייצבות

הראשונית תנאי ערובה שמעבר להשגתם של חשודים: Colbert, Paternoster & Bushway,

לעיל ה"ש 157, בעמ' 1726–1727. הישיבה הבאה נקבעת במקומות רבים לעשרה ימים עד

למעלה מחודש לאחר מכן: שם, בעמ' 1727.

Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 87. 192

השופט Marshall בפרשת *Bell*, לעיל ה"ש 118, בעמ' 563; Bail and its discrimination, לעיל 193

ה"ש 119, בעמ' 174; Lehmann, לעיל ה"ש 143, בעמ' 213 (לגבי אוקראינה); בש"פ 9694/02

רביזה נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 176, 182 (שהות של שלושה וחצי חודשים במעצר) (2002).

בפרשת **טופול**, לעיל ה"ש 129, אישר בית המשפט העליון את המשך מעצרו של אדם, שהיה

נתון במעצר כמה חודשים עקב אי-יכולת לעמוד בתנאי הערובה להבטחת התייצבותו למשפט.

עולה, עם זאת, כי בית המשפט סבר כי הנאשם נמנע מהפקדתם של כספי הגניבה המצויים

ברשותו עקב אי-רצונו לגלות את מקום הימצאם. תקופת השהות הממוצעת במעצר בבלטימור

של משוחררים בערובה עד לעמידה בתנאי השחרור בערובה היא 67.6 ימים: Colbert

Paternoster & Bushway, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1756.

שנקבעה.¹⁹⁴ סעיף 47(ג) לחוק המעצרים קובע כי יש להביא עצור שלא עמד בתנאי השחרור בערובה בפני שופט תוך 48 שעות מעת מתן ההחלטה. הביקורת השיפוטית בנקודת זמן זו צריכה לבחון את ההצדקה המהותית לתנאי הערובה.¹⁹⁵ כמו כן, על פי סעיף 52(ב) לחוק המעצרים, "אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר".

ישנו איסור להטיל ערובה מוגזמת, שאינה נחוצה כדי להבטיח באופן סביר את התייצבות החשוד או הנאשם להליכים המתנהלים בעניינו.¹⁹⁶ ערובה מוגזמת משיגה מעצר לא לגיטימי. האיסור להטיל ערובה מוגזמת בא להבטיח שחשודים ונאשמים לא ייעצרו במסווה של שחרור המותנה בערובה.¹⁹⁷ ואכן, ישנם מקרים שבהם שופט מטיל ערובה גבוהה כאמצעי להשיג מעצר דה פקטו.¹⁹⁸ ערובה משמשת לעתים כיוסי לרצון לעצור את החשוד או הנאשם, כאשר השופט מקווה – ואף יודע – כי החשוד או הנאשם לא יעמוד בתנאי השחרור בערובה.¹⁹⁹ כך, מתועדים מקרים רבים שבהם שופטים במדינות הדרום בארצות-הברית הטילו סכומי ערובה מופרזים על פעילי זכויות אדם שהפגינו, למשל, כנגד קיומה של הפרדה גזענית במסעדות.²⁰⁰ במקרים כאלה השופט בוחן מהי ערובה שתמנע שחרור, ולא מהי ערובה שתמנע בריחה.²⁰¹ גם כיום מראים מחקרים בארצות-הברית כי על נאשמים גברים שחורים והיספניים מוטלת ערובה בסכום גבוה יותר מאשר על עמיתיהם הלבנים, וכי סכום זה אינו נובע מסיכון רב יותר שיברחו.²⁰² בפועל קשה ביותר לאכוף את האיסור להטיל ערובה

¹⁹⁴ קלינג, לעיל ה"ש 66, בעמ' 6.

¹⁹⁵ כהנא וזנברג, לעיל ה"ש 167, בעמ' 528.

¹⁹⁶ U.S. Constitution, VIII amend; Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 104; פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507; פרשת **רביזדה**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 181; פרשת *Stack*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5–6; Trotter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 166.

¹⁹⁷ פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 507.

¹⁹⁸ Frase, לעיל ה"ש 102, בעמ' 233–234; Miller & Guggenheim, לעיל ה"ש 44, בעמ' 410; Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 10; Lester, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13, 20.

¹⁹⁹ Helland & Tabarrok, לעיל ה"ש 50, בעמ' 104; Ayres & Waldfoegel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1030; GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 48. כאנקדוטה שייתכן ואינה מייצגת לאור סכום הערובה הנמוך ניתן להביא מקרה מיום 2.7.2001 שבו הובא לבית המשפט חשוד בתקיפת אביו לאחר סיום החקירה כנגדו. המשטרה ביקשה לשחררו בערבויות ולאסור עליו ליצור קשר עם אביו. השופטת הטילה על החשוד הפקדה במזומן בסכום נמוך למדי: 500 ש"ח. היא סירבה לבקשתו לתת לו אורכה לגיוס הכסף. לשאלת החשוד "מאיפה אביא כסף", השיבה השופטת: "מצדי אתה יכול להישאר במעצר הרבה זמן" (מבוסס על דו"ח תצפית בהליכי דיון בבית משפט השלום בת"א-יפו של שולמית עמיר-לרר, מתנדבת מטעם האגודה לזכויות האזרח. הדו"ח מצוי ברשותי).

²⁰⁰ GOLDFARB, לעיל ה"ש 62, בעמ' 65–66.

²⁰¹ Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 75.

²⁰² Ayres & Waldfoegel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1039.

מוגזמת, מאחר שהחלטה על גובה הערובה מערבת בתוכה שיקולים מגוונים וקשורה ליכולתו הכלכלית של הנאשם.²⁰³ לענייני כסף שניתן לחלט, ולעומתו, נאשם עשיר יכול להיות אדיש לסכום הערובה האבוד.²⁰⁴ סכום ערובה גבוה יכול שלא יהיה מוגזם עבור אדם בעל אמצעים, וסכום פועט באופן יחסי יכול להיות מופרז, כאשר עסקינן בחשוד או בנאשם מחוסר אמצעים, אשר ידו אינה משגת לפעמים אף לשלם מחיר של כרטיס נסיעה עירונית באוטובוס.²⁰⁵

לחשודים ולנאשמים יש אמנם זכות שלא יטילו עליהם ערובה מוגזמת, אולם הפסיקה אינה מכירה בזכותם של חשודים ונאשמים להשתחרר בערובה הנמצאת בגדר יכולתם.²⁰⁶ ערובה מוגזמת מוגדרת כערובה שאינה נחוצה להבטחת התייצבות ולא כערובה שאינה נמצאת בהישג ידו של המשוחרר בערובה.²⁰⁷ הפסיקה חלוקה בשאלה אם החלטה על שחרור בערובה צריכה להוביל לתוצאה זו בפועל או שמא תוצאה זו אינה הכרחית, כאשר אין בה כדי להשיג את מטרת הטלת הערובה, ובענייננו את הבטחת התייצבותו של החשוד או הנאשם להליכים המתקיימים בעניינו.²⁰⁸ השופט דורנר גרסה כי אין לקבוע ערובה שלא ניתן לעמוד בה.²⁰⁹ באופן דומה כתב השופט טירקל: "משמעות הוראה זאת [הכוונה היא לסעיף 52(ב) לחוק המעצרים] היא שלא תיקבע ערובה לשחרור שלא יהיה בכוחו של הנאשם לעמוד בה, כך שבדרך עקיפין ישאר במעצר מי שדינו להשתחרר ממנו. גם תחושת הצדק אינה סובלת שאדם שאין ידו משגת להפקיד ערובה שהושתה עליו כתנאי לשחרורו מן המעצר, ישאר במעצר רק מטעם זה".²¹⁰ לנוכח התוצאה החמורה של שלילת חירות, יש לקבוע כי ערובה הנמצאת מעבר להישג ידו של החשוד או הנאשם היא ערובה מוגזמת.²¹¹

השופט טירקל מציע לבצע מעין חקירת יכולת של הנאשם.²¹² לעניין זה ניתן להעסיק קציני מבחן, אשר יעמדו על הרקע הכלכלי והחברתי של החשוד או

203 Frankowski & Leupke, לעיל ה"ש 71, בעמ' 68.

204 Bail and its discrimination, לעיל ה"ש 119, בעמ' 186.

205 Michael Welch, *Social Sanitation and the Warehousing of the Urban Underclass*, in CRIME & JUSTICE IN AMERICA: PRESENT REALITIES AND FUTURE PROSPECTS 263 (Paul F. Cromwell & Roger G. Dunham eds., 1997).

206 Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 281; Manns, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1959–1958.

207 Roberts & Palermo, לעיל ה"ש 60, בעמ' 77.

208 על מחלוקת זו ראו: כהנא וזנדברג, לעיל ה"ש 167, בעמ' 524–527.

209 פרשת רודמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 508; בש"פ 4849/98 אבו לניל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.4.1996).

210 פרשת רביזדה, לעיל ה"ש 193, בעמ' 181.

211 Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 48.

212 פרשת רביזדה, לעיל ה"ש 193, בעמ' 181.

הנאשם.²¹³ בנסיבות מסוימות, כאשר הבדיקה היא מורכבת, ניתן למנות חוקר מומחה, שהוא רואה חשבון או מנהל חשבוניות.²¹⁴ גם אם תתקבל הצעה מבורכת זו, לא יהא בה, כמובן, כדי למנוע את תקופת השהות הראשונית במעצר, שכן חקירת יכולת אורכת זמן. ניתן, עם זאת, לחשוב על הליך בדיקה קצר על ידי קצין מבחן עוד בטרם הבאתו של החשוד בפני שופט, אשר יכלול נתונים על עיסוקו והכנסתו של החשוד. יש שהציעו לבטל את דרישת הערובה כליל ולמצוא אמצעים אחרים להבטחת התייצבות המתאימים באופן זהה לעשיר ולעני.²¹⁵ כך, למשל, מלומדים הציעו אלטרנטיבות לא כספיות כמו התניית הטבות סוציאליות או חידוש רישיון נהיגה בהתייצבות לחקירה ולמשפט.²¹⁶ אלטרנטיבות אחרות שהועלו למקרה שבו ידם של חשודים ונאשמים אינה משגת לשלם את סכום הערובה הן ריתוק לבית או הטלת הגבלות אחרות על התנועה וכן חובת התייצבות בתחנת משטרה.²¹⁷ בהנחה כי גורם ההרתעה העיקרי מפני בריחה הוא החשש מתפיסה וענישה,²¹⁸ הוצע לצמצם את סכנת הבריחה על ידי קביעת אי-התייצבות למשפט כעברה פלילית, הטלת עונשים חמורים יותר על נאשמים שנמלטו ממשפטם, החשת המשפטים, קביעת הוראה שלפיה עונש מאסר על עברה של הימלטות ממשפט ירוצה באופן מצטבר והרחבת סמכותו של בית המשפט לשפוט נאשם נמלט בהיעדרו.²¹⁹ על הצדקתם של מקצת מפתרונות אלה ניתן להתווכח. אולם קשה להתווכח על הצורך למצוא פתרונות כדי למנוע שהות במעצר בשל חוסר אמצעים.

5. הטלת ערובה ללא עילת מעצר

עמדנו לעיל על כך שההשערה בדבר בריחה מחקירה או ממשפט היא במקרה הרגיל ספקולטיבית ביותר ובמקרים רבים אף בלתי אפשרית. לנוכח זאת, קשה לדעת אם החובה להמציא ערובה מפחיתה את הסיכון לבריחה, ואם נגדיל את מספר הבריחות, ועד כמה נגדיל מספרן, אם נוותר על ערובה כליל.²²⁰ הבעיות החוקתיות אשר מעורר קיומו של מוסד השחרור בערובה מתחדדות על רקע האפשרות לחייב נאשמים בהמצאת ערובה גם ללא סמכות מעצר.

²¹³ דוד ליכאי, יורם שחר, אוריה גנאל ואורה הירש "הליכי מעצר ושחרור בערובה בבית-משפט השלום – מחקר מעקב" **עיוני משפט** ג 516, 527 (1974).

²¹⁴ פרשת **רביזדה**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 182.

²¹⁵ Foote, לעיל ה"ש 152, בעמ' 262.

²¹⁶ Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 231–232.

²¹⁷ פרשת **רודמן**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 508; GOLDSTEIN & ORLAND, לעיל ה"ש 72, בעמ' 454.

²¹⁸ Foote, לעיל ה"ש 152, בעמ' 261.

²¹⁹ Frase, לעיל ה"ש 102, בעמ' 241–242; Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 44.

²²⁰ Ares & Sturz, לעיל ה"ש 59, בעמ' 15; Foote, Markle & Woolley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 43.

ככל שמדובר בחשודים, סמכות השחרור בערובה מותנית בקיומה של עילת מעצר. כך, סעיף 13(א) לחוק המעצרים מתנה מעצר וכן קביעת ערובה ותנאי ערובה על ידי שופט בקיומו של חשד סביר לביצועה של עברת עוון או פשע וכן בקיומה של עילת מעצר. סעיף 27(ד) לחוק המעצרים דורש אף הוא עילת מעצר כתנאי לשחרור בערובה בתחנת המשטרה: "בא אדם לתחנת המשטרה או הובא אליה כשאינו עצור, ומצא הקצין הממונה שקיימת עילת מעצר לפי סעיף 13, רשאי הוא, לאחר שהסביר לחשוד את שיקוליו לעצור אותו או להטיל עליו ערובה". כאשר ערובה הוטלה ללא עילת מעצר, סירובו של חשוד להטלת הערובה ולתנאיה אינו מקנה עילת מעצר כי אם מהווה התנגדות כדין למעצר בלתי חוקי.²²¹ אולם לגבי נאשמים, קובע סעיף 44(ב) לחוק המעצרים כי "בית משפט רשאי לצוות על נאשם [...] לתת ערובה, אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי סעיף 21, כדי להבטיח את התייצבותו למשפט, ומשעשה כן, יראו את הנאשם [...] כמי ששוחרר בערובה".

כנגד הדעה שלפיה חלופת מעצר מחייבת ככלל עילת מעצר,²²² ישנם הגורסים כי קיים קשר בין חוזקן של הראיות המפלילות וחוזקה של עילת המעצר לבין עצמת ההגבלה על זכויות הפרט. באופן שראיות שאינן חזקות דיין לצורך מעצר יכולות להספיק לצורך הטלת מגבלות אחרות על חשודים ועל נאשמים.²²³ כרסום בראיות התביעה אשר אינו מצדיק מעצר,²²⁴ או ראיות שאינן חזקות דיין,²²⁵ יכולים להצדיק שחרור בתנאים מגבילים, ואף מעצר בית מלא.²²⁶ יש שאף סברו כי מטרות, כגון הפגנת סלידה מחומרת העברה או הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון אכיפת החוק הפלילי, אמנם אינן מצדיקות מעצר, אך יש ביכולתן להצדיק הגבלות אחרות, כדוגמת ריתוק לבית.²²⁷ עם זאת, ישנן החלטות של בית המשפט העליון שלפיהן לא ניתן להטיל על נאשמים תנאים מגבילים כדוגמת ריתוק לבית, בהיעדרה

²²¹ ת"א (שלום י-ם) 9088/02 עג'מי יוסי נ' גז חיים, רפ"ק, בעמ' 9 להחלטת השופט יצחק מילנוב (לא פורסם, 16.06.2005).

²²² דן ביין "היבטים שיקומיים בהליכי מעצר" הסניגור 78, 5 (2003); פרשת מזרחי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 391; השופט מצא בפרשת גנימאת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 618; בש"פ 9991/03 בראשי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 385, 387-388 (2003) (השופט טירקל).

²²³ בש"פ 299/89 משי-זהב נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 725, 720 (1989) (השופט אלון הביע, עם זאת, ספק אם ניתן בנסיבות אלה להטיל על הנאשם מעצר בית, או שמא יש להסתפק ב"שחרור בערבות ותנאים נוספים, שיאפשרו עיקוב אחר הליכות העורר ויבטיחו התייצבותו למשפט"). זוהי ההלכה גם בשבדיה: Nelson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 117.

²²⁴ ראו, למשל, בש"פ 9275/02 חנקין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.11.2005).

²²⁵ ראו, למשל, בש"פ 9261/02 מדינת ישראל נ' חוסייני (לא פורסם, 31.10.2002); בש"פ 406/05 הראל גור אריה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.2.2005).

²²⁶ שם; בש"פ 5814/03 אושבקשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.7.2003).

²²⁷ בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 693, 677 (1992); בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 347, 338 (1992).

של סמכות מעצר, אלא רק לחייבם בהמצאת ערובה לצורך הבטחת התייצבותם למשפט. כך, למשל, קבע בית המשפט באחד מפסקי הדין כי "גם לעניין מניעת החשש לשיבוש הליכי המשפט אין בית-המשפט רשאי להטיל על נאשם כזה איסורים ומגבלות מיוחדים. הסמכות להטיל איסורים כאלה מוגבלת למקרים שבהם נתונה לבית המשפט סמכות לעצור את הנאשם. החשש לשיבוש מהלכי המשפט עשוי אמנם להתקיים גם ביחס לנאשם שאין ראיות לכאורה לאשמתו (כפי שיכול הוא להתקיים אף ביחס למי שאינו נאשם), אך בהיעדר סמכות לעצור, אין לבית המשפט סמכות "להוסיף תנאים" לשחרורו המכוונים לנטרול חשש זה".²²⁸ במקום אחר נקבע כי חשש ערטילאי גרידא להימלטות מן הדין לא די בו כדי להטיל על אדם הגבלה של ריתוק לבית, וקל וחומר שאלו הם פני הדברים בהיעדר ראיות מספיקות לביסוס האשמה.²²⁹ בפרשת **קדם** ביטל בית המשפט העליון תנאי שאסר על הנאשמת, עיתונאית במקצועה, להמשיך לסקר במסגרת עבודתה העיתונאית את מערכת בתי המשפט והפרקליטות עד לתום ההליכים בעניינה, באומרו כי בהיעדר עילת מעצר אין זה סביר כי ניתן יהיה להטיל על נאשם מגבלות זהות למצב שבו קיימת נגדו עילת מעצר.²³⁰ למעשה, ישנה הסכמה שקיים שוני בין תנאי השחרור שניתן להטיל על נאשם, שיש סמכות להורות על מעצרו, לבין תנאי השחרור שניתן להטיל על נאשם שלגביו אין סמכות כזו.²³¹

לשון סעיף 44(ב) לחוק המעצרים מבהירה כי בהיעדר עילת מעצר ניתן להטיל על נאשם הגבלות לצורך הבטחת התייצבותו למשפט בלבד, וכי חלופות מעצר המיועדות להגן על ביטחון הציבור מצריכות עילת מעצר. באופן מובן מאליו, הפרת תנאי השחרור בערובה מחבלת בהשגתה של מטרת המעצר ומהווה עילה לשלילת חירותו של אדם מאחורי סורג ובריח.²³² אולם גם בהיעדרה של עילת מעצר, אי-המצאת

²²⁸ בש"פ 63/98 **אדזיאשוילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 160, 164 (1998).

²²⁹ פרשת **בראשי**, לעיל ה"ש 222, בעמ' 388.

²³⁰ בש"פ 917/89 **קדם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(4) 568, 571 (1989).

²³¹ בש"פ 6800/05 **אדם מכלוף נ' מדינת ישראל**, פ"ס' 7 (לא פורסם, 11.8.2005).

²³² בש"פ 3696/92 **מדינת ישראל נ' עגיב**, פ"ד מו(4) 216, 219 (1992). הפרת תנאי שחרור בערובה מהווה עילת מעצר ומקנה לשוטר סמכות מעצר ללא צו: ס' 23(א)(6) לחוק המעצרים. עם זאת, בית המשפט העליון הבהיר כי לא כל סטייה של מה בכך מהתנאים שנקבעו מהווה עילה מספקת לשלילת חירותם של חשודים ונאשמים: פרשת **אוטמזגין**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 189. נוסף להיותה עילת מעצר, הפרת תנאי שחרור מהווה לכאורה עברה פלילית על פי ס' 287 לחוק העונשין, שלפיו "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו – מאסר שנתיים": עם זאת, ישנה פסיקה של בית משפט שלום שלפיה אין להחיל הוראה זו על תנאי שחרור בערובה, שכן למשוחזר בערובה ניצבת בחירה אם לקיים את תנאי השחרור או להפרם ולבכר מעצר במקומם. אחרים סבורים כי אין להחיל הוראה זו על תנאי שחרור בערובה שנקבעו על ידי הקצין הממונה, במובחן משופט. ראו לעניין זה: ניסרין אסכנדר ואורנית מרום "הפרת תנאי שחרור בערובה – האמנם הפרת

ערובה או הפרת אחד מתנאיה יכולים להוביל למעצר (אם בדרך של אי-שחרור ממעצר של "משוחרר" בערובה הנתון במעצר או בדרך של מעצר של משוחרר בערובה) ומהווים אפוא עילת מעצר עצמאית.²³³ בכל הנוגע להבטחת התייצבותם של נאשמים למשפט, התביעה אינה צריכה לבסס עילת מעצר של בריחה בכל סוגי העברות, אלא יכולה לפנות ישירות לבית המשפט בבקשה לעשות שימוש בסמכותו להטיל ערובה על נאשם גם ללא קיומן של ראיות חזקות דיין כדי לבסס את אשמתו ברמה הנדרשת לצורך מעצר או כדי לבסס עילת מעצר נגדו.²³⁴ הגם שניתן למצוא החלטות סותרות,²³⁵ הכיר בית המשפט העליון בכמה החלטות אף באפשרות להטיל על נאשמים הגבלות רציניות מערובה כספית לצורך הבטחת התייצבות גם ללא עילת מעצר, כגון איסור יציאה מהארץ.²³⁶

עם זאת, בית המשפט העליון ריכך באחד המקרים הוראה מקבילה, שקדמה לסעיף החוק הנוכחי, בעמדו על כך כי לא כל חשש לאי-התייצבות מצדיק עיכוב יציאה מהארץ לצורך הבטחת התייצבות למשפט.²³⁷ בהיעדר עילת מעצר, "לא די בטענה כי הוגש כתב-אישום. יש להראות כי קיים חשש – שמגדר טענה גרידא יצא ולגדר חשש סביר המצדיק מעצר עד תום ההליכים לא הגיע – כי הנאשם לא יתייצב לדינו".²³⁸ מדברים אלה צריך ללמוד גם באשר לאפשרות להטיל הגבלות אחרות בדמות המצאת ערובה. גם אם קיים חשש תאורטי לבריחה מעצם האפשרות של הרשעה וענישה, אין די בכך כדי להטיל הגבלות על הפרט, בהיעדר ראיות קונקרטיות כלפי הנאשם המבססות חשש לבריחה.

באופן כללי, ההנחה היא כי ככל שההגבלות המוטלות על חשודים ועל נאשמים במהלך ההליך הפלילי הן חריפות יותר, כך גם נדרשות הצדקות כבדות יותר להטלתן.²³⁹ יש הסבורים כי מכיוון שתנאי שחרור בערובה שתכליתם להבטיח התייצבות פוגעים בזכויות הפרט באופן מתון למדי, דרוש רף ראייתי נמוך יותר בכל הנוגע להוכחת העברה.²⁴⁰ לפי הלך מחשבה זה, ניתן לטעון כי כאשר ההגבלה

הוראה חוקית? "הסניגור 47, 3, 4–6 (2001)

²³³ ס' 21(א)(3), 47 לחוק המעצרים. ראו לעניין זה גם: פרשת **שפיגל**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 237; כהנא וזנדברג, לעיל ה"ש 167, בעמ' 523.

²³⁴ ראו לעניין זה גם: פרשת **שפיגל**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 238; פרשת **גנימאת**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 648; בש"פ 183/80 **שרעבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 517 (1980); פרשת **חוטרי-ישי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 641; פרשת **אוזיאשוילי**, לעיל ה"ש 228, בעמ' 163.

²³⁵ פרשת **צ'ורני**, לעיל ה"ש 125, פס' 13.

²³⁶ פרשת **פרץ**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 862; פרשת **עמר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 145; בש"פ 5767/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מו(1) 394, 395 (1992) (להלן: פרשת לוי).

²³⁷ פרשת **בינקין**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 294.

²³⁸ פרשת **לוי**, לעיל ה"ש 236, בעמ' 396.

²³⁹ ASHWORTH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 31.

²⁴⁰ לוי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 616.

המוטלת היא המצאת ערובה כספית, אין צורך בביסוס רציני של האשמה או של עילת המעצר, וכי הערובה יוצרת איזון אינטרסים ראוי בין אינטרס הציבור לבין צורכי הפרט.²⁴¹ אולם ככל שעל הפרט מוטלות הגבלות לא נחוצות במהלך ההליך הפלילי, הפרט חש כי נוהגים בו כאשם. מלבד זאת, כפי שהראינו, עצור שאינו עומד בתנאי השחרור בערובה נתון לסכנה של שלילת חירותו הפיזית, שכן כל ערובה שאינה כוללת התחייבות עצמית בלבד עלולה לגרום למעצר רק בשל חוסר אמצעים.

ההלכות הנוגעות למתן צו עיקול בהליך האזרחי יכולות לחזק, ואף מכוח קל וחומר, את הטענה שלפיה אין מקום לחייב חשודים ונאשמים באופן אוטומטי בהמצאת ערובה להבטחת התייצבותם. בעבר, הרעיון שעמד מאחורי צו העיקול היה לייחד נכסים של הנתבע שבאמצעותם התובע יוכל להבטיח את ביצוע פסק הדין, אם וכאשר יינתן פסק דין לטובתו.²⁴² כיום קובעת תקנה 374(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי כי: "בית המשפט או הרשם רשאי לתת צו עיקול זמני [...] אם שוכנע [...] כי קיים חשש סביר שאי מתן הצו יכביד על ביצוע פסק הדין". מטרת העיקול היא אפוא למנוע את שינוי מצבו של התובע לרעה עד למתן פסק הדין בדומה ליתר הסעדים הזמניים.²⁴³

הגם שסעד העיקול ניתן כעניין שבשגרה במעמד צד אחד על פי תקנה 366(ב) מתוך חשש שלפיו נתבע אשר יידע מבעוד מועד על הכוונה לעקל את רכושו ידאג להעלימו עד למועד קיום הדיון,²⁴⁴ תקנה 374 אינה מניחה כי דרך ההתנהגות הטבעית של הנתבע היא להבריה נכסים, אלא דורשת מהתובע להוכיח שאלמלא העיקול תהיה הכבדה על ביצוע פסק הדין, אם בשל קיומו של חשש להברחת נכסים ואם בשל קיומו של חשש כי חלוף הזמן או התנהגות הנתבע (המתכוון, למשל, להשקיע חלק נכבד מהונו בעסק שיש עמו סיכון) עלולים להביא לקושי נוסף בגביית החוב. התקנה באה להקשות על מתן צו העיקול, אשר לפניה היה סעד שכיח. בית

²⁴¹ וראו, ברוח זו, פרשת **עמר**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 145 (בית המשפט עומד על כך כי זכות היציאה מהארץ חלשה מהזכות לחירות, ולפיכך ניתן בקלות רבה יותר לפגוע בה).

²⁴² ע"א 96/60 "היוגב" ארגון פועלים להתישבות שיתופית בע"מ נ' גרינברג, פ"ד יד 1555, 1560 (1960) (להלן: פרשת "היוגב"); ע"א 1226/90 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה**, פ"ד מט(1) 177, 189 (1995).

²⁴³ רע"א 6614/06 **כפרית תעשיות (1993) בע"מ נ' ICC Industries Inc**, פס"י לפסק הדין (טרם פורסם, 4.1.2007).

²⁴⁴ ע"א 228/51 **פריש נ' מנדלבלט**, פ"ד ו 181, 188–189 (1952); ע"א 603/80 **אסטבלישמנט נאהאל נ' הולדיי אינס אינק**, פ"ד לה(3) 393, 396 (1981); רע"א 338/88 **חמיס נ' שטרן**, פ"ד מג(4) 552, 555 (1989). השופטת שטרסברג-כהן הביעה אמנם התנגדות לתפיסה זו בפרשת **סחר** באומרה כי "לא ניתן להכתיים את כל ציבור החייבים ממבריהי נכסים כדי להתחמק מתשלום חובות אמיתיים". רע"א 1565/95 **סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ**, פ"ד נד(5) 664, 638 (2000), אולם עמדתה לא הביאה לשינוי התקנות בכל הנוגע לקיומו של הדיון במעמד צד אחד.

המשפט העליון פסק כי "דרישה זו, שלפיה על מבקש העיקול להראות כי אי מתן הצו עלול להכביד על ביצוע פסק הדין, איננה סתמית", וכי אין לתת צו עיקול על דרך השגרה.²⁴⁵ כך, בית המשפט פסק כי העובדה שבעל דין יאלץ לממש את זכייתו בחוץ לארץ אינה מהווה כשלעצמה משום הכבדה, וכי אין להניח קיומן של קטגוריות המצדיקות באופן אוטומטי מתן צו עיקול.²⁴⁶

התקנה שונתה למעשה בעקבות פסק דינה של השופטת דורנר בעניין **סלמונוב**.²⁴⁷ פסק דין זה התבסס על חוק-היסוד, המכיר בזכות הקניין כזכות חוקתית.²⁴⁸ הוא הדגיש כי גם במתן צו העיקול צריך בית המשפט לעשות איזון אינטרסים בין הצדדים.²⁴⁹

הגם שניתן למצוא בבית המשפט העליון דעה כדוגמת זו של השופט זילברג שלפיה "העיקול הזמני הוא צעד מאד חריף ופוגע",²⁵⁰ הדעה הרווחת התייחסה לפגיעה בקניין הנגרמת עקב הטלת צו עיקול כקלה באופן יחסי, משום שהעיקול אינו גורע דבר מרכושו של הנתבע ואינו מפקיע את שליטתו ברכושו או מבטל את זכותו לגביו. כך, אומר בית המשפט באחד מפסקי הדין: "אין לשכוח, שעיקול מביא לתובע תועלת, רק אם יעלה בידו להוכיח את תביעתו. הוא גם אינו עלול להזיק לנתבע, אלא אם כן מבקש הוא (הנתבע) למכור את הנכס המסוים או לעשות בו שימוש, שאינו מתיישב עם קיומו של עיקול".²⁵¹

בעניין **סלמונוב** קבעה השופטת דורנר כי חוק-היסוד צריך להקשות גם מתן צו העיקול נוכח הפגיעה בזכות הקניין הכרוכה בו.²⁵² העיקול הזמני אינו מאפשר לבעל הנכס לממש את זכות הבעלות על הנכס במלואה. צו העיקול עשוי לפגוע, כמו כן, בשמו הטוב של הנתבע ולהקשות את קבלת אשראי. הוא אף יכול לפגוע באופן משמעותי במהלך חייו של אדם או בתפקודו של עסק.²⁵³

ההלכות המתייחסות למתן צו עיקול בהליך האזרחי נכונות ביתר שאת כאשר עסקינן בחשודים ובנאשמים. אין להטיל ערובה כעניין שבשגרה. בהיעדר הבסיס הראיתי הנדרש כדי להצביע על עילת מעצר או כדי לקשור את החשוד או הנאשם

²⁴⁵ רע"א 5935/97 סיני נ' גלנץ, פ"ד נב(1) 193, 197 (1998).

²⁴⁶ פרשת **כפרית תעשיות**, לעיל ה"ש 243, פס' יח-ט.

²⁴⁷ בש"א 4459/94 **סלמונוב נ' שרבני**, פ"ד מט(3) 479, 482 (1994).

²⁴⁸ פרשת **סלמונוב**, שם, בעמ' 482-483. ראו לנקודה זו גם: רע"א 8420/96 **מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, פ"ד נא(3) 789, 799 (1997); פרשת **סיני**, לעיל ה"ש 245, בעמ' 197-198.

²⁴⁹ פרשת **סלמונוב**, שם, בעמ' 482.

²⁵⁰ פרשת **"היוגב"**, לעיל ה"ש 242, בעמ' 1558.

²⁵¹ ע"א 743/81 **בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' רוזנבוים**, פ"ד לט(1) 12, 17 (1985).

²⁵² פרשת **סלמונוב**, לעיל ה"ש 247, בעמ' 482; רע"א 1821/98 **ניקו בדים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד נד(1) 773, 802-803 (1999).

²⁵³ פרשת **סיני**, לעיל ה"ש 245, בעמ' 198.

לעברות המיוחסות לו, אין בסיס חוקי להגביל, ולו חלקית, את זכויותיו של אדם על בסיס מעמדו כחשוד או כנאשם, ויש לשחררו ללא כל תנאים. יש להוכיח – ולא באופן סתמי – כי מצבה של המדינה כמייצגת את אינטרס הציבור באכיפת החוק (כמו גם את אינטרס הציבור בשמירת החירות) – יורע בשל חוסר אפשרות לקיים את המשפט או לבצע את פסק הדין. הטלת ערובה פוגעת בשמו הטוב של אדם. היא מכתימה אותו כמי שמתכוון לברוח מההליך הפלילי המתקיים בעניינו. היא פוגעת בחזקת החפות הנתונה לו, הואיל והיא מטילה עליו מגבלות הנובעות אך ורק מהסטטוס שלו כחשוד או כנאשם. חמור מכך – היא פוגעת לא רק בזכות הקניין הנתונה לו, אלא עלולה להביא למעצרו. הנחה – לא מבוססת – שלפיה אדם יבצע מעשה לא ראוי בעתיד ויפר התחייבויות המוטלות עליו פוגעת בהנחת הנאמנות שלו לחוק. הגם שחובת ההתייצבות לחקירה או למשפט כשלעצמה אינה יוצאת מנקודת מוצא של אשמה ואף אינה ייחודית לחשודים ולנאשמים בלבד, כל עוד אין ראיות קונקרטיות הרי אין מקום לצאת מנקודת מוצא אוטומטית שלפיה אדם יפר בעתיד את חובתו זו, ושיש מקום לחייבו בערובה, כדי למנוע סכנה זו.

ד. סיכום

מבחינת הדין הרצוי, לחשודים ולנאשמים יש זכות לשחרור בערובה בסכום שבהישג ידם:²⁵⁴ "שחרור בתנאי ערובה, שאין החשוד יכול לעמוד בהם, כמוהו כהארכת המעצר".²⁵⁵ השחרור בערובה הוא אחד הביטויים המובהקים של בעיית ההפליה כלפי חסרי אמצעים בהליך הפלילי. בעיה זו מתחדדת לנוכח הקושי בהערכתה של סכנת הבריחה, הגורם להטלת ערובה להבטחת התייצבות באופן שגורתי.

עו"ד מיכל אהרוני מציעה בחיבורה "ללא עילה" כדלהלן: "יש למנוע את המצב שבו אנשים שוהים במעצר בשל אי יכולת כלכלית: אין להטיל ערבות ללא עילת מעצר. בטרם מחייבים אדם להפקיד כסף מזומן או להמציא אדם אחר שיערוב לו (ערב צד ג') כתנאי לשחרור, יש לבחון אם תנאים אלה חיוניים לצורך הבטחת התייצבותו להמשך ההליכים. בכל מקרה, יש לבחון באופן מדוקדק את יכולתו הכלכלית של עציר, בטרם מחליטים על סכום הערבות".²⁵⁶ ואכן, יש לזנוח את התפיסה שלפיה נאשם צפוי לברוח אלמלא יחויב בהמצאת ערובה. אין מקום להנחה אוטומטית – או כמעט אוטומטית – שלפיה חשודים ונאשמים לא יתייצבו לחקירתם ולמשפטם בהיעדר ערובה. מלומדים עמדו על כך, בהקשר של מוסד השחרור בערובה,

²⁵⁴ לדעה זו ראו: Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 230–231.

²⁵⁵ ליבאי, שחר, גנאל והירש, לעיל ה"ש 213, בעמ' 522.

²⁵⁶ אהרוני, לעיל ה"ש 30.

כי יש לשרש את התפיסה שלפיה כסף קונה חירות ויש להגביר את השוויון.²⁵⁷ יתרה מכך; כאשר חשודים ונאשמים מחוסרי אמצעים נתונים במעצר גם בהיעדר ראיות קונקרטיות המעידות על כוונתם לברוח, הנחת אשמה הנלווית לחוסר אמצעים היא שמביאה בפועל לשלילת חירותם. המצאת ערובה צריכה להישמר כחלופת מעצר אמיתית – לנוכח קיומו של חשש בריחה ממשי – תוך בחינה מדוקדקת של יכולתו הכלכלית של החשוד או הנאשם ושקילת חלופות אחרות שאינן תלויות באמצעיו הכספיים. מצב דברים שבו חוסר אמצעים יכול להוות, הלכה למעשה, עילת מעצר עצמאית, ואשר בו ניתן להטיל הגבלות על אדם הנובעות אך ורק ממעמדו כנאשם, פוגע באופן בלתי מידתי בזכות האדם לחירות פיזית ובחזקת החפות הנתונה לו.

²⁵⁷ Harmsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 231–232.