

הסדרי טיעון ובעיית החף

אורן גזל*

הסדרי הטיעון השתלטו כמעט לחלוטין על המשפט הפלילי. רק שיעור זעום מהכרעות הדין בפלילים מתקבלות לאחר הליך משפטי מלא, וברובם המכריע של המשפטים הפליליים מורשע הנאשם על פי הודאתו בלא שמיעת ראיות. במרבית המקרים הודאה זו מתקבלת בעקבות הסדר טיעון. הפער הגדול בין ההליך הפלילי המוכר מהסרטים, מהספרים או מקריאת חוק סדר הדין הפלילי, לבין ההליך הנוהג בבתי המשפט, נהפך בשלושת העשורים האחרונים לאחד הנושאים השנויים ביותר במחלוקת בתחום סדר הדין הפלילי.

מאמר זה מבקש לבחון את אחת הטענות החריפות ביותר המושמעות נגד השימוש בהסדרי הטיעון – הטענה שזכתה בספרות לכינוי "בעיית החף". על פי טענה זו, הסדרי טיעון עלולים להביא להרשעת חפים: נאשמים חפים מפשע עלולים להודות באשמה כשמוצע להם הסדר טיעון, שכן הם חוששים מהרשעה בהליך מלא שתוביל לעונש חמור בהרבה מהמוצע בהסדר. לדעת רבים מהטוענים כך, די בחשש זה כדי לאסור על השימוש בהסדרי טיעון. תומכי ההסדרים טוענים, מנגד, כי הרצון להגן על הנאשם החף אינו יכול להצדיק איסור על הסדרי טיעון. הסדר הטיעון המוצע לנאשם הוא רק אופציה הניתנת לו, ואם הוא בוחר בה הדבר מלמד שמבחינתו היא הרע במיעוטו. איסור על הסדר טיעון משמעו חיוב הנאשם לעמוד בפני הסיכון שיימצא אשם בתום הליך משפטי מלא ויוטל עליו עונש חמור בהרבה. לפיכך, הסדרי טיעון אינם מגדילים את הסיכון לנאשמים חפים. עמדה זו התקבלה לאחרונה על ידי הרכב מורחב של בית המשפט העליון.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה למיכאל בירנהק ואלאון הראל, שהערותיהם לגרסה מוקדמת של מאמר זה סייעו לי רבות בגיבוש המאמר. תודה לחברי מערכת **משפטים** על הערותיהם מאירות העיניים, וכן לאורלי אורן, שעזרה רבות במחקר לקראת כתיבת המאמר, בעריכתו ובעיבוד הטענות לצורתן הסופית. תודה מיוחדת לדיויד וינר ז"ל, שכתמיד, הערותיו למאמר היו חריפות ומקשות במיוחד. דיויד היה האדם המתאים ביותר לבחון את התיזה במאמר, כמי שהופיע בבית המשפט העליון בכל התיקים החשובים שעסקו בהסדרי טיעון בשנים האחרונות, וכמי שיותר מכל אדם אחר בישראל פעל, כסניגור, כפילוסוף וכמרצה, להבטיח שחפים מפשע לא יורשעו. השעות הרבות שהקדשנו לדיון בנושא, שינו את המאמר לבלי הכר. דיויד היה עבורי תמיד המצפן האתי, ההוכחה כי ניתן לפעול בתוך מערכת המשפט הפלילי הצינית והפרקטית, ולהשאיר המוסרי באדם. כעת, משדיויד נכווה במלחמתו להבטיח שחף לא יורשע, ונתן את חייו רק כדי להעלים את הכויה, ההוכחה נעלמה והספק מתעורר מחדש. מאמר זה מוקדש לדיויד, ידיד נפשי, בהערכה.

במאמר טוען המחבר כי שני הצדדים לפלוגתה טועים בזיהוי בעיית החף ולכן גם בהתמודדות עמה. הבעיה אינה שמוצע לנאשמים חפים להגיע להסדרי טיעון; הבעיה היא בעצם ההחלטה של התביעה להעמיד נאשמים חפים לדין. במשטר הנשלט על ידי הסדרי טיעון הסיכון שנאשם חף יועמד לדין גדול יותר, מכיוון שבמשטר כזה התביעה יכולה להבטיח הרשעה בקלות יחסית – גם אם התיק חלש – באמצעות הסדר טיעון מקל. במילים אחרות: על פי המאמר, בעיית החף נוצרת עקב החלטת התביעה להעמיד לדין נאשמים שהראיות נגדם אינן מבוססות כדבעי, בין היתר בידועה כי מרביתם יודו במסגרת הסדרי טיעון. כדי לפתור קושי זה יש לפתח מנגנון שיעודד את התביעה לסנן תיקים שבהם הראיות אינן מוצקות.

לצורך פיתוח מנגנון כזה מוצע במאמר להשתמש בהצעת התביעה להסדר טיעון ככלי לזיהוי תיקים חלשים. כאשר התביעה מבקשת להגיע להסדר טיעון בתיק חלש יחסית, היא תוכל להשיג את הסכמת הנאשם להסדר רק אם תציע לו עונש קל במיוחד, מכיוון שבתיק חלש יש לנאשם סיכוי סביר להימצא זכאי אם יכפור באשמה. לפיכך, מידת ההקלה בעונש המגולמת בהסדר יכולה לשמש איתות לגבי עצמת הראיות בתיק. בית המשפט יכול להיעזר באיתות זה ולצמצם את החשש שחפים יורשעו באמצעות דחיית הסדרים מקלים במיוחד. אם התביעה לא תוכל להגיע להסדר בתיקים חלשים, העלות של ניהול תיקים אלו תגדל משמעותית. כתוצאה מכך היא תעדיף להקצות את משאביה המוגבלים לתיקים מבוססים יותר, גם אם משיקולים אחרים תיקים אלו פחות חשובים בעיניה. בדרך זו יקטן שיעור הנאשמים החפים שיועמדו לדין. עם זאת, בית המשפט נדרש לקבל את ההחלטה על דחיית ההסדר לפני שהנאשם הודה. כך יובטח שבאותם מקרים שבהם יחליט בית המשפט לדחות את ההסדר, הנאשם יוכל להתגונן מפני האישומים ולא יורשע על פי הודאתו. באמצעות ביקורת שיפוטית כמוצע במאמר יוכל בית המשפט לצמצם משמעותית את חומרן של בעיית החף.

א. מבוא. ב. הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון בישראל. 1. המחלוקת בדבר הסדרי טיעון – רקע כללי; 2. התפתחות כללי הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון; 3. ביקורת שיפוטית – על שום מה?; **ג. בעיית החף בהסדרי טיעון.** 1. יחס הפסיקה לבעיית החף; 2. החשש להרשעת חפים בהסדרי טיעון; 3. היתרונות של הסדרי טיעון ובעיית החף; **ד. בעיית החף – בחינה מחודשת.** 1. שינוי המיקוד – מהסדר הטיעון למדיניות סינון התיקים; 2. השפעת איסור על הסדרי טיעון על מדיניות סינון התיקים; 3. התוצאה: הסדרים מובילים להגשת תיקים "חלשים" יותר; **ה. הפתרון המוצע: הגבלות על הסדרי טיעון.** 1. הסדר חורג מקל כאיתות לחולשת הראיות; 2. על בית המשפט לדחות הסדר חורג מקל; 3. הפיקוח על הסדרי טיעון בעניין העונש; 4. פיקוח על הסדרים לעניין האישיומים; **ו. סיכום.**

א. מבוא

מעט סוגיות בהליך הפלילי נתונות במחלוקת קשה כל כך – כמעט בכל שיטות המשפט – כסוגיית הסדרי הטיעון, וספק אם יש טענה קשה וחריפה יותר כנגד הסדרי טיעון מהטענה שהסדרים אלו גורמים להרשעה של חפים מפשע. עם זאת, בפסק הדין המנחה בעניין תפקיד בית המשפט בהסדרי טיעון, שניתן בשלהי שנת 2002 בהרכב של תשעה שופטים, קבע בית המשפט העליון כי החשש מפני הרשעת חף בהסדר טיעון אינו ממש¹, ולכן הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון אינה מכוונת לצמצם חשש זה. במאמר זה אבחן אם אכן קיים חשש כאמור, ואם כן – מה היקפו וכיצד יכול בית המשפט לצמצמו. לאחר ניתוח שאלות אלו אציע הסדר משפטי שיסייע למזער את שיעור הסיכון להרשעת חפים מפשע.

בפרק השני של המאמר אציג את הסדר טיעון ואת הטענות העיקריות שהושמעו בזכותו של הליך זה ובגנותו, ואבחן את הדרכים שבאמצעותן התמודדה הפסיקה עם החששות מפני הסדרי טיעון. בפרק אף אראה כי בתי המשפט סבורים שתפקידם העיקרי בביקורת על הסדרי טיעון הוא למנוע מתן תוקף לעונשים קלים מדי, שיפגעו בהרתעה ולא יהלמו את חומרת המעשה. אם העונש חורג לקולא, מעבר לסף שנקבע על בסיס מבחני ההתערבות – בית המשפט מטיל עונש כבד מזה שהוסכם על ידי הצדדים. אולם, בתי המשפט כלל לא ניסו לקבוע מבחנים להתערבות בהסדרי טיעון כדי לצמצם את החשש ההפוך – להרשעת חפים מפשע.

בפרק השלישי אציג את החששות שהועלו בספרות המשפטית בדבר הרשעת חפים בהסדרי טיעון. שתי טענות עיקריות העלו המתנגדים להסדרי הטיעון: על פי הראשונה, נאשם חף עלול להסכים

¹ ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (להלן: "ע"פ פלוני").

להסדר טיעון בשל ההקלה בעונש המוצעת לו במסגרת ההסדר. מכיוון שהעונש המוצע בדרך כלל קל יותר מהעונש המוטל על נאשם שהורשע בעבירה דומה ולא הודה בביצועה, הנאשם עשוי להעדיף להודות בביצוע העבירה למרות חפותו. על פי הטענה השנייה, מגבלות פסיכולוגיות ומגבלות של יידע והבנה עלולות להוביל נאשם – ובכלל זה נאשם חף – לקבל החלטה מוטעית בעניין הסדר טיעון. נאשם בהליך פלילי מצוי בלחץ ובחרדה, הוא אינו מכיר את סדרי הדין, וכתוצאה מכל אלה עלול להתפתות להסדר גם אם עדיף היה לו שלא לעשות כן.

תשובת הנגד של תומכי ההסדרים היא שהסדרי טיעון הם כלי חשוב לקידום המטרות של מערכת המשפט. מכיוון שמשאביה של המערכת מוגבלים, בלא הסדרי טיעון – המצמצמים משמעותית את עלות ההליכים – ניתן היה להעמיד לדין רק שיעור זעום מהעבריינים המועמדים לדין כיום. אמנם העונשים המוטלים קלים מעט יותר מאלו שהיו מוטלים לו היה מתקיים הליך מלא, אולם הימנעות מהעמדה לדין של מרבית העבריינים הייתה משפיעה באופן קשה בהרבה על האפקטיביות של מערכת האכיפה.

אשר לנאשמים החפים, מצדדי ההסדרים טוענים כי מצבם של אלו לא נפגע עקב האופציה הניתנת להם. נאשם חף מאשמה המשוכנע כי חפותו תתגלה בהליך לא יסכים לשום הסדר, ונאשם החושש כי יורשע למרות חפותו עלול אמנם להסכים להסדר, אולם איסור על הסדר כזה לא ייטיב עמו. איסור על הסדר משמעו חיוב הנאשם החף לעמוד לדין ולעמוד בפני הסיכון לעונש כבד בהרבה. אם רוצים להגן עליו, אין לחייבו לפעול בניגוד לרצונו, ובמילים אחרות: הסדר הטיעון הוא רק אופציה לנאשם – ולא ניתן להגן על הנאשם החף באמצעות שלילת האופציה הזו.

לתומכי ההסדרים יש מענה גם לחשש מפני החלטה מוטעית של הנאשם – בייחוד נאשם שאינו מיוצג – בשל מגבלות של הבנת ההליך, לחץ או בורות. גם כאן, לטענתם, חיובו להתגונן במשפט לא ישפר את מצבו. נאשם כזה עלול להיפגע הרבה יותר בהליך משפטי מלא מאשר במשא ומתן עם התביעה. ההליך האדברסרי מבוסס על יכולתו של כל צד לייצג את עניינו. נאשם שאינו מיוצג ולכן אינו מסוגל להבין או לנתח נכונה הצעה פשוטה של עונש תמורת הודאה, יתקשה הרבה יותר להבין כיצד לחקור עדים, אלו עדים להביא מטעמו ואיך להגן על זכויותיו הדיוניות האחרות. בית המשפט אמנם מחויב לסייע בידו, אך יכולתו של בית המשפט מוגבלת הן בשל תפקידו בהליך האדברסרי והן מכיוון שאין הוא יודע מה כולל חומר הראיות ומה הן טענות ההגנה האפשריות של הנאשם. הפתרון לקושי שנוצר עקב מגבלות יכולתו של הנאשם אינו באיסור על הסדרי טיעון אלא בהבטחת ייצוג הולם לנאשם ובמתן הזדמנות לבחון את ההסדר, בעזרת עורך-דין ולא בתנאי לחץ. כאשר נאשם מיוצג החשש קטן יותר שכן עורך-הדין יכול לסייע לו להבין את הסיכונים והסיכויים. אמנם יש עורכי-דין רשלנים או בלתי-מוכשרים שייכשלו בהבהרת המצב, אך אין סיבה להניח שעורכי-דין אלו יתפקדו טוב יותר בניהול ההגנה בהליך המשפטי. התוצאה היא שאין סיבה להניח שאיסור על הסדרי טיעון ייטיב עם נאשמים אלו.

בפרק הרביעי של המאמר אבקר את עמדתם של תומכי ההסדרים ואציג מדוע – למרות התשובות לעיל – עלולים הסדרי טיעון להגדיל את שיעור החפים המורשעים. הסיבה לכך היא שאף אם לכל נאשם כדאי להסכים להסדר טיעון, הרי שהאופציה לסיים כל תיק בהסדר עלולה לעודד את התביעה להגיש כתבי אישום גם כשאין לה די ראיות להרשעה. אם העונשים המוצעים נמוכים

דיים, יסכימו נאשמים להסדר אף אם בידועם שיש סיכוי משמעותי כי לא יורשעו בהליך ראייתי. מצב זה פוגע בתמריצים שיש לתביעה להקפיד על סינון התיקים ולהגיש רק כתבי אישום שסביר כי ניתן להוכיחם. לכל נאשם בנפרד – אף אם הוא חף – כדאי להסכים להסדר, שכן התמודדות עם הטענות בהליך משפטי מלא, על הסיכון הטמון בו, תגרום לו סבל רב יותר; אולם כלל הנאשמים החפים ייפגעו, מכיוון ששיעור הנאשמים החפים שיועמדו לדין יגדל בהיעדר מתאם ברור בין רמת הראיות שבידי התביעה לבין סיכוייה להביא להרשעת הנאשם.

בפרק החמישי אציג כיצד הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון יכולה לפתור בעיה זו. על בית המשפט לדחות הסדרים שבהם העונש המוצע קל משמעותית מהעונש ההולם לעבירה. ההצדקה לביקורת שיפוטית אינה הצורך להבטיח את האינטרס הציבורי בענישה מחמירה; נהפוך הוא: מטרת הביקורת השיפוטית היא למנוע מהתביעה לסכן נאשמים שהראיות נגדם חלשות ולכן הסיכוי שהם חפים גדול יחסית. נאשמים אלו לא יסכימו להסדר אלא אם תוצע להם הקלה משמעותית בעונש. האיסור על הקלות משמעותית ימנע מהתביעה להגיע להסדר עמם. במצב זה תעדיף התביעה להשקיע בסינון מוקדם של התיקים ולהעמיד לדין רק נאשמים שהראיות נגדם חזקות. בתיקים אלו תוכל התביעה להגיע להסדר טיעון גם אם לא תציע הקלה משמעותית בעונש תמורת ההודאה. בדרך זו יקטן שיעור החפים שיועמדו לדין ואולי אף יורשעו.

מתוך ניתוח הדברים האמור אסיק כמה מסקנות באשר לאופי הביקורת השיפוטית הדרושה לצמצום החשש לנאשמים חפים. לדעתי, יש לערוך כמה שינויים בהליך אישורם של הסדרי טיעון. ראשית יש לקבוע כי חולשת הראיות אינה שיקול ענייני לעריכת הסדר טיעון. כיום, על פי הפסיקה, התביעה רשאית להציע הסדר טיעון מקל כדי להבטיח הרשעה בתיקים שבהם הראיות חלשות. יש לשנות הלכה זו, שהרי החשש להרשעת חפים גדול במיוחד בתיקים שבהם התביעה מציעה הקלה בעונש בשל חולשת הראיות בתיק. שנית יש לקבוע כי ההחלטה על אישורו של הסדר טיעון תתקבל לפני הודאת הנאשם ולא אחריה. כאשר ההחלטה מתקבלת אחרי הודאת הנאשם, דחיית ההסדר משמעה שיוטל על הנאשם עונש חמור מזה שסוכם. בדרך זו נפגע דווקא נאשם שהוצעה לו הקלה משמעותית בעונשו והסיכוי לחפותו גדול יותר. קבלת ההחלטה בדבר ההסדר בטרם ההודאה תבטיח כי ההליך ימנע הסדרים מקלים מדי מבלי להגדיל את הסיכון להרשעת חפים. שלישית יש לקבוע מנגנון לפיקוח שיפוטי גם על הסדרי טיעון לעניין האישומים, כלומר: הסדרים שבמסגרתם משנים הצדדים את כתב האישום בהסכמה בתמורה להודאת הנאשם. באין מנגנון כזה הצדדים יכולים לעקוף את הפיקוח השיפוטי באמצעות ההסדרים. בסוף הפרק אציע דרכים לפיקוח על הסדרי טיעון מסוג זה.

ב. הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון בישראל

1. המחלוקת בדבר הסדרי טיעון – רקע כללי

הסדר טיעון הוא הסכם בין התביעה לנאשם, שבמסגרתו מודה הנאשם בעובדות המגבשות עבירה בתמורה לפעולה כלשהי של התביעה, העשויה להשפיע על תוצאות ההליך לטובת הנאשם.² הסדרי טיעון התפתחו במדינות שבהן נוהגת שיטת הדיון האדברסרית בלא חקיקה. יש כמה דעות באשר למקורו של המוסד ולסיבות ההיסטוריות להתפתחותו.³ נראה כי לפחות בארצות-הברית החלו הסדרי טיעון להוות מרכיב משמעותי בהליך הפלילי במאה ה-19, והם השלימו את השתלטותם הכמעט מוחלטת על ההליך הפלילי במאה ה-20 – עד שכיום רובם המכריע של ההליכים הפליליים מסתיימים בהסדר טיעון.⁴ גם במדינות אחרות שבהן נוהג המשפט המקובל חלק ניכר מההליכים הפליליים מסתיימים בהסדר טיעון, ועם השנים התפתחו פרקטיקות דומות גם בארצות יבשת אירופה, שבהן נוהגת מסורת שיטת הדיון האינקוויזיטורית.⁵ נתונים חלקיים ביחס להליך הפלילי בישראל מלמדים כי גם בארץ שיעור הסדרי הטיעון הוא גבוה.⁶

² להגדרות נוספות ראו, למשל, הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), תשנ"ה-1995, ה"ח 361 (להלן: "הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון"), המגדירה הסדר טיעון כ"הסכם בין התביעה לנאשם בדבר תוכן כתב-האישום או העונש, או בכל נושא אחר הקשור לתוצאות המשפט או להליך פלילי אחר, לרבות הליך חקירה, וזאת כנגד התחייבות של הנאשם להודות בבית-המשפט בעובדות שנטענו בכתב-האישום, ולקיים תנאים שפורטו בהסכם". בהנחיות פרקליטת המדינה מוגדר הסדר טיעון כ"הסכם בין התביעה לבין נאשם או בא כוחו באשר לסעיפי האישום או לפרטים בכתב-אישום, או בדבר העונש אשר יוטל על הנאשם, או באשר לנושא אחר הקשור לתוצאות המשפט"; ראו "הסדרי טיעון", **הנחיות פרקליטת המדינה** 8.1 (1.8.02). ההנחיות מופיעות גם בכתובת הבאה:

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7D55C241-F2ED-4915-81C4-3F54840163D1/0/8x1.pdf>. הגדרה זו עלולה להיות רחבה מדי שכן היא כוללת גם הסכמים על קבילות ראיות וכן הסכמות פרוצדורליות אחרות שאינן קשורות לתשובה לאשמה. בע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, הוגדר הסדר טיעון כ"הסכם בין תובע לנאשם, בו מתחייבת התביעה לוותר על חלק מהאישומים המיוחסים לנאשם, או להמיר אישום חמור באישום קל, או לוותר לנאשם ויתור אחר המעניק לו הקלה בקשר לתוצאות המשפט, וזאת בתמורה להודית הנאשם בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו". לניתוח הגדרות נוספות להסדרי טיעון ראו William F. McDonald, "From Plea Negotiation to Coercive Justice: Notes on the Respecification of a Concept," 13 *L. & Soc'y. Rev.* 385 (1979).

³ ראו Allen Steinberg, "From Private Prosecution to Plea Bargaining: Criminal Prosecution, the District Attorney, and American Legal History," 30 *Crime & Delinq.* 568 (1984) הטוען כי העומס שנוצר עקב חיזוק מעמדם של התובע הציבורי והמשטרה במאה ה-19 הביאו להשתלטות של הסדרי הטיעון על ההליך הפלילי. Mary E. Vogel, "The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860," 33 *L. & Soc'y. Rev.* 161 (1999) טוענת כי מקור התופעה במחצית המאה ה-19 בארצות-הברית הוא בניסיונות שעשו שופטים לעודד הודאות ככלי להבטחת שקט פוליטי וחברתי. George Fisher, "Plea Bargaining's Triumph," 109 *Yale L. J.* 857 (2000) סבור כי הסדרי טיעון התפשטו מכיוון שהם שירתו אינטרס משותף של בעלי הכוח בהליך הפלילי – תובעים ושופטים – שרצו להשפיע על גזרי הדין. להיסטוריה של המוסד ראו גם Albert W. Lawrence M. Friedman, "Plea ; Alschuler, "Plea Bargaining and Its History," 79 *Colum. L. Rev.* 1 (1979) John H. Langbein, "Understanding ; Bargaining In Historical Perspective," 13 *L. & Soc'y. Rev.* 247 (1979) The Short History of Plea Bargaining," 13 *L. & Soc'y. Rev.* 261 (1979).

⁴ במערכת הפדרלית הגיע שיעור ההרשעות המושגות באמצעות הודאות הנאשם ל-95%, לאחר עלייה מתמדת במשך 30 השנה האחרונות. במדינות ארצות-הברית, כ-94% מההרשעות בפשע מושגות בעקבות הודאה. ראו Ronald Wright & Marc Miller, "The Screening/Bargaining Tradeoff," 55 *Stan. L. Rev.* 29, 30 (2002). הודאה באשמה יכולה להיות תוצאה של הסדר טיעון מפורש בין התביעה להגנה. לחלופין, היא יכולה להיות תוצאה ממה שמכונה בארצות-הברית implicit plea bargaining, דהיינו: הבנה מבוססת של הנאשם וסנגורו כי הודאה באשמה תוביל להטלת עונש קל יחסית אף בלא שהיה משא ומתן עם התביעה. לעתים הבנה זו מבוססת על הוראת חוק מפורשת. כך, בשיטה הפדרלית, ההנחיות לגזירת הדין מחייבות את בית המשפט להקל בעונשו של מי שמודה באשמה ולוקח אחריות למעשיו. במקרים אחרים ההבנה כי הודאה תוביל להקלה בעונש מבוססת על פרקטיקה שיפוטית מקובלת.

⁵ לסקירה השוואתית ראו אורן גזל, **ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים** 85 ואילך (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2002). העבודה פורסמה גם בכתובת הבאה: http://law.haifa.ac.il/faculty/lec_papers/gazal/gazal_dr_toc.htm.

⁶ בארץ אין מחקרים סטטיסטיים הבודקים את שיעור ההודאות באשמה, אולם מהנתונים של מחלקת חקירות ותביעות במשטרה עולה כי בכ-90% מהתיקים המטופלים על ידי תובעים משטרתיים ומגיעים לשלב הכרעת הדין

ככל שהתרחב השימוש בהסדרי הטיעון ועובדת קיומם התפרסמה כך רבתה הביקורת על הפרקטיקה האמורה. המבקרים תקפו את השימוש בהסכמים בהליך הפלילי מכיוונים שונים: חלקם טענו שהסדרי טיעון פוגעים בהרתעה של מערכת המשפט הפלילי, מכיוון שכדי להשיג את הסכמת הנאשמים להודות מוצע להם עונש קל משמעותית מהעונש שהיה מוטל עליהם לו היו מורשעים בהליך מלא;⁷ כן נטען כי ההקלות הניתנות בהסדרי טיעון פוגעות בחובה להעניש כל נאשם כגמולו.⁸ אחרים טוענים כי ההקלות הניתנות רק לאלו שבחרים להודות פוגעות בעיקרון השוויון: נאשמים המסכימים להסדר טיעון מקבלים עונש קל יותר מנאשמים אחרים שביצעו מעשה חמור באותה מידה אך לא הגיעו להסדר.⁹ עוד נטען כי הסדרי הטיעון פוגעים בזכויות הדיוניות של נאשמים, ביוצרים תמריץ להודות ולקבל עונש בניגוד לזכות הנאשמים לאי-הפללה עצמית, בניגוד לזכות הטיעון בפני בית המשפט ובניגוד לזכות לעימות עם הראיות.¹⁰ יש גם שטוענים כי ההסכמה בהסדר טיעון אינה הסכמה אמיתית, שכן האיום בעונש החמור שיוטל על הנאשם אם יסרב להסדר עולה כדי כפייה, ומכיוון שכך אין להכיר בתוקפה של הסכמת הנאשם לויתור על זכותו למשפט.¹¹ נוסף על כך נטען שהסדרי הטיעון פוגעים באמון הציבור במערכת המשפט, ביוצרים תחושה כי הצדק נתון למיקוח.¹² על פי טענה אחרת, הסדרי הטיעון פוגעים במעמדו של בית המשפט ומגבילים את התפקיד שהטיל עליו המחוקק לקבוע עונשים. על פי טענה זו, בקבלו הסדר טיעון בית המשפט אוצלת לתביעה את סמכותו לגזור את העונש.¹³ כמו כן, להכרעות שיפוטיות בהליך אדברסרי יש ערך החורג מעניינו של ההליך הספציפי שבו הן ניתנות, מכיוון שהן מסייעות בפירוש, ביישום ובהנחלה של הערכים החברתיים הקבועים בדין – ואילו

מושגת הרשעה בעקבות הודאת הנאשם. ההערכה היא כי בפרקליטות שיעור הסדרי הטיעון עומד על כ-60%. ראו גזל, שם, בעמ' 219.

⁷ לטענה זו בארץ ראו דברי השופט גולדברג בע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158, 165 (להלן: "ע"פ לוי"). לדיון בטענה ראו להלן, הטקסט ליד הערה 31.

⁸ ראו George P. Fletcher, *Basic Concept of Criminal Law* 36 (1998).

⁹ עמנואל גרוס, "גבולות מוסריים לאכיפת הדין הפלילי", בתוך **מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו** 401, 435-436 (בעריכת אהרן ברק ומנשה שאווה, תשנ"ט).

¹⁰ לדיון בטענות אלו באנגליה ראו Andrew Ashworth, *The Criminal Process - an Evaluative Study* 286-292 (1994). לדיון בטענות דומות שהועלו בארצות-הברית ראו Robert E. Scott & William J. Stuntz, "Plea Bargaining as Contract," 101 *Yale L. J.* 1909, 1913-1917 (1992).

¹¹ John H. Kenneth Kipnis, "Criminal Justice and the Negotiated Plea," 86 *Ethics* 93 (1976). ראו גם John H. Langbein, "Torture and Plea Bargaining," 46 *U. Chi. L. Rev.* 3 (1978), שהשווה את הסדר הטיעון להודאה המושגת בעינויים. יובהר כי טענה זו שונה מהטענה כי הסדרי טיעון מובילים להרשעת חפים. הסכם שבמסגרתו הנאשם מוותר על זכותו למשפט עקב כפייה הוא פסול גם אם הנאשם אינו חף מפשע. לדחיית טענה זו ראו Alen Wertheimer, "The Prosecutor and the Gunman," 89 *Ethics* 269 (1979).

¹² לטענה זו ראו Wright & Miller, הערה 4 לעיל, בעמ' 33.

¹³ ראו אליהו הרנון, "עסקאות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן", **משפטים** כז 543 (תשנ"ז). ראו גם דברי השופט חשין בע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 171-172 וכן דברי השופטת ביניש בע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 606-610. לדיון בטענה זו ראו להלן, הטקסט ליד הערות 38-54.

להליך המסתיים בהסדר טיעון אין ערך דומה.¹⁴ הסדרי טיעון, כך נטען, אף מונעים מבית המשפט למלא את תפקידו להגיע לחקר האמת.¹⁵

במקום אחר בחנתי בהרחבה טענות אלו והסברתי מדוע לדעתי אין בהן כדי להצדיק איסור על הסדרי טיעון או אף פעולות לצמצום התופעה.¹⁶ במאמר זה בכוונתי להתמקד רק בטענה אחת כנגד הסדרי הטיעון – הטענה שכונתה "בעיית החף".¹⁷ לפי טענה זו, הסדרי טיעון פסולים בשל החשש להרשעת חפים. סבורני כי זוהי הטענה החזקה ביותר כנגד הסדרי טיעון. הרשעת חפים מפשע היא הסיוט הגרוע ביותר של שיטת המשפט הפלילית.¹⁸ אם השימוש בהסדרי טיעון אכן עלול להגדיל את שיעור החפים המורשעים – ייתכן בהחלט שדי בכך כדי להצדיק איסור על הסדרי טיעון, גם במחיר פגיעה משמעותית במטרות אחרות. בטרם אפנה לניתוחה של בעיית החף אסקור בקצרה את התפתחות יחסה של הפסיקה בישראל להסדרי טיעון בכלל ולבעיית החף בפרט.

2. התפתחות כללי הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון

הפסיקה בישראל לא ייחסה חשיבות רבה ל"בעיית החף". הכללים שהתפתחו בפסיקה ביחס לפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון מכוונים כולם להתמודדות עם חששות אחרים, בעיקר החשש מפני פגיעה במעמדו של בית המשפט והחשש מפני פגיעה ברמת הענישה. להלן אסקור בתמצית את התפתחות ההלכה בדבר הסדרי הטיעון בישראל.

(א) פרשת בחמוצקי

עד שנות ה-70 היו הסדרי טיעון נעשים בהסתר, בלא שההסכמה הייתה נפרסת מפורשות בפני בית המשפט. בע"פ **בחמוצקי** נדונה לראשונה, באורח מקיף, הפרקטיקה של הסדרי הטיעון.¹⁹ באותו מקרה נערך הסדר טיעון בין הנאשם לתביעה, אך ההסכם לא הובא לידיעת בית המשפט. על פי ההסדר ביקשה התביעה שלא יוטל על הנאשם עונש מאסר. בית המשפט הטיל על הנאשם עונש מאסר, והנאשם ערער על החלטה זו. בית המשפט העליון פסק כי הסדרי טיעון הם נוהג נפוץ שאין לפוסלו; ואשר להליך הצגתם – חובה על התביעה להביא לידיעת בית המשפט את קיומו של הסדר

¹⁴ ראו Donald G. Gifford, "Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion," 1983 *U. Ill. L. Rev.* 37, 70-71 (1983), הטוען כי לקיום המשפט המלא והפומבי יש ערך חינוכי והוא משמש לקהילה אמצעי להכוונת הכעס על הפשע. ראו גם Owen M. Fiss, "Against Settlement," 93 *Yale L. J.* 1073 (1984).

¹⁵ עמנואל גרוס, "עסקאות טיעון וחקר האמת", **פלילים** ג 251 (תשנ"ג).

¹⁶ ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 134-205. ראו גם אורן גזל, "המבחנים לדחיית הסדרי טיעון", **הסיניגור** 37 (2000).

¹⁷ Douglas D. Guidorizzi, "Should We Really 'Ban' Plea Bargaining?: the Core Concerns of Plea Bargaining Critics," 47 *Emory L. J.* 753, 771 (1998); ראו גם Stephen J. Schulhofer, "Plea Bargaining as Disaster," 101 *Yale L. J.* 1979, 1981-1991 (1992). ראו גם הערה 63 להלן.

¹⁸ R. M. Dworkin, "Principles, Policy, Procedure," in *A Matter of Principle* 72 (1985). לשאלת חומרת הנזק שבהרשעת חף, ביחס לנזק הנגרם עקב זיכוי של אשם, ראו הערה 78 להלן.

טיעון קודם להודאת הנאשם. לאחר הצגת ההסדר על בית המשפט להזהיר את הנאשם כי הוא אינו כבול בהסדר ולוודא כי הנאשם מבין את משמעות הודאתו. אם הנאשם בוחר להודות, ובית המשפט מקבל את ההודאה כמהימנה – ניתן להרשיע על בסיסה את הנאשם. כן נקבע כי בית המשפט אינו כבול בהמלצת הצדדים – "ברם, האמת ניתנת להיאמר כי בית המשפט אינו נוטה ליטול על עצמו תפקיד של קטיגור",²⁰ ולכן בהיעדר נימוקים מיוחדים לסטות מההצעה היא תאושר. אם בכל זאת החליט בית המשפט לדחות את ההסדר, התוצאה היא שעל הנאשם שהודה נגזר עונש שונה – לרוב חמור יותר – מהעונש שהוסכם בין הצדדים להסדר.

(ב) הסדרים לעניין העונש והסדרים לעניין האישומים

בעניין **בחמוצקי** לא הבחין בית המשפט, לעניין הביקורת השיפוטית, בין הסדר טיעון לעניין העונש להסדר טיעון לעניין האישומים. השופט קיסטר התייחס להסדרים לעניין אישומים באומרו: "כאשר הנאשם מודה במקצת והתביעה מוצאת לנכון לוותר על היתר, יתייחס בית המשפט לכך בחיוב כל עוד אין מקום לחשוש שהנאשם הודה בעבירה שלא עבר אותה ושהתביעה הכללית לא ויתרה על חלק מן האישומים מתוך משוא פנים או מתוך שיקולים פסולים אחרים". לכאורה, מדברים אלו עולה כי בית המשפט יפקח גם על הסדרי טיעון באשר לאישומים – לפחות כשהוויתור על האישומים נעשה בשלב התשובה לאשמה. אולם, כפי שהובהר בפסקות מאוחרות יותר, אין לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטת התביעה לעניין האישומים, מכיוון שלתביעה שליטה כמעט מוחלטת על תוכן כתב האישום ועל הראיות שיובאו מטעמה. עד לפתיחת המשפט – דהיינו: עד להקראת כתב האישום – מוסמכת התביעה לשנות את כתב האישום בלא צורך בקבלת הסכמה של בית המשפט,²¹ וגם לאחר מועד זה היא רשאית לחזור בה מאישום באורח חד-צדדי.²² בכל מקרה התביעה יכולה להימנע מהבאת ראיות להוכחת האישומים, ואז לבית המשפט אסור אף להעיר לתביעה על מעשיה.²³ התוצאה היא שאין לבית המשפט אמצעי אפקטיבי לפקח על הסדרי טיעון ביחס לאישומים,²⁴ והביקורת השיפוטית מוגבלת בפועל לפיקוח על הסדרי טיעון ביחס לעונש.

¹⁹ ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543 (להלן: "ע"פ בחמוצקי").

²⁰ שם, בעמ' 555.

²¹ ראו סעיף 91 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").

²² ראו סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי. אמנם כדי שהחזרה מאישום לא תיחשב לזיכוי נדרש התובע לקבל הן את הסכמת בית המשפט והן את הסכמת הנאשם (ראו סעיף 94 לחוק סדר הדין הפלילי), אולם ספק אם בית המשפט רשאי לסרב להסדר רק כדי למנוע מהתובע לחזור בו מהאישום. בכל מקרה אין לזיכוי כזה חשיבות שכן בהסדר הטיעון התובע לא מבקש לשמור לעצמו אופציה להגיש בעתיד כתב אישום נוסף בגין האישומים שהוסרו על פי ההסדר.

²³ ראו, למשל, ע"פ 3971/90 **אסיס נ' אוסטרובסקי**, פ"ד מה(1) 661 (החלטה לפסול הרכב בית משפט מכיוון שהעיר לתביעה על החלטתה להגיע להסדר טיעון לעניין האישומים. נקבע כי אסור לבית המשפט לנסות להניא את התביעה מהסדר טיעון על האישומים) (להלן: "ע"פ אסיס").

²⁴ לבחינת האמצעים העומדים לרשות בית המשפט כדי לפקח על הסדרי טיעון על אישומים ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 221-227.

(ג) פיקוח על הסדרים לעניין העונש – המחלוקת בפסיקה

בפסק הדין בעניין **בחמוצקי** לא נקבעו קריטריונים ברורים ביחס למקרים שבהם יידחה הסדר טיעון לעניין העונש. בעניין זה התגבשו עם השנים שתי גישות מרכזיות בפסיקת בית המשפט העליון. לפי האחת, שאותה הוביל השופט גולדברג, בבואו של בית המשפט להחליט אם לאמץ הסדר טיעון, עליו לבחון את היחס בין העונש המוסכם לעונש הראוי בגין העבירה נשוא האישום.²⁵ במילים אחרות: אם העונש המבוקש שונה משמעותית מהעונש שהיה בית המשפט מטיל על הנאשם לו הורשע בלא הסדר – יש לדחות את ההסדר. לפי הגישה האחרת, שהמצדד הבולט בה היה השופט מצא, בית המשפט ידחה הסדר טיעון רק כשיקולי התביעה בהגיעה להסדר היו פסולים או שההסדר בכללו פוגע באינטרס הציבורי.²⁶

ההבדל המשמעותי בין הגישות בא לידי ביטוי במקרים שבהם התביעה ממליצה לבית המשפט להטיל על הנאשם עונש קל במידה משמעותית מהעונש ההולם את חומרת העבירה ונסיבותיה. כאשר השיקולים שהביאו את התביעה להסכים להסדר מקל זה הם ענייניים, ההסדר ידחה לפי גישתו של השופט גולדברג אך יאושר לפי גישתו של השופט מצא. לדוגמא, הן השופט גולדברג והן השופט מצא מסכימים כי חוסר בראיות הוא שיקול רלבנטי לתביעה בבואה להעדיף הסדר טיעון,²⁷ אך לפי גישתו של השופט גולדברג שיקול זה אינו מעניינו של בית המשפט. לפיכך, כאשר התביעה נאלצה להגיע עם הנאשם להסדר מקל מאוד נוכח קשיים בראיות, ההסדר יאושר לפי גישת השופט מצא אך לא לפי גישת השופט גולדברג. בדומה, הצורך לחסוך משאבים לרשויות התביעה ולפנות צוות תובעים לטיפול בתיק אחר יכול להוות שיקול ענייני מבחינת התביעה, אך לפי גישת השופט גולדברג הוא לא יהיה שיקול ענייני לצורך החלטתו של בית המשפט אם לכבד את ההסדר.²⁸

(ד) ההכרעה בע"פ פלוני – גישת האיזון ותשובתה לגישות האחרות

המחלוקת בין הגישות הוכרעה בע"פ פלוני. בית המשפט, מפי השופטת ביניש, בהרכב של תשעה שופטים, אימץ עמדה המבטאת דרך ביניים, אך קרובה הרבה יותר לעמדתו של השופט מצא.²⁹ בית המשפט קבע כי בבואו לאשר או לדחות הסדר טיעון אין הוא בוחן רק אם העונש המוצע הולם את העבירה; אלא עליו לבחון את כלל שיקולי התביעה ולהכריע אם נערך איזון נכון בין

²⁵ ראו ע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 164.

²⁶ שם, בעמ' 168-169.

²⁷ ראו ע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד מז(2) 45, 57; ראו גם ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672, 678, 680-681. לביקורת על עמדה זו ראו להלן, הטקסט ליד הערה 153.

²⁸ ראו ע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 163-164.

²⁹ ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל.

טובת ההנאה שההסדר מציע לנאשם לבין התועלת שיש בעריכת ההסדר לאינטרס הציבורי. גישת זו כונתה על ידי השופטת ביניש "גישת האיזון".

במהותה, גישת האיזון דומה לעמדתו של השופט מצא, המתמקדת בסבירות ההסדר על כלל מרכיביו ולא רק בהתאמת העונש המוצע למעשה; אולם היא שונה מגישת השופט מצא באשר לסוג הביקורת על ההסדר. על פי גישת השופט מצא, על בית המשפט לבחון רק אם התביעה שקלה שיקולים ענייניים ואיזנה אותם באופן סביר, ובמילים אחרות: המבחן הוא אם החלטת התביעה היא חוקית על פי המבחנים הרגילים לביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות. כמו כל החלטה מנהלית, אם נתקבלה על בסיס שיקולים ענייניים ובסבירות, היא תאושר. לעומת זאת, לפי גישת האיזון, בית המשפט בוחן בעצמו את השיקולים השונים ולא מסתפק בבחינה עקיפה של סבירות פעולתה של התביעה. בית המשפט יאשר את ההסדר רק אם מצא שהשיקולים אוזנו באופן ראוי לפי שיקול דעתו.

גישת השופט מצא וגישת האיזון עשויות להוביל לתוצאות שונות במקרה שבו החלטת התביעה להסכים להסדר אינה "חורגת ממתחם הסבירות", אולם השופט – לו היה נדרש לדבר כתובע – לא היה מציע לנאשם הסדר דומה. השיקולים שעל בית המשפט לשקול הם אותם שיקולים שהתביעה רשאית לשקול, אולם בית המשפט אינו מתיר לתביעה "מתחם של סבירות" אלא בוחן בעצמו אם ההסדר מציע הקלה התואמת את האינטרס הציבורי. לכאורה, לפי גישה זו, בית המשפט עורך בחינה עצמאית של השיקולים ומאזן ביניהם בהתעלם מעמדת התביעה. לפיכך, הוא יקבל רק הסדר שבו העונש המוצע זהה לעונש שבית המשפט היה מציע לו היה התובע באותן נסיבות. גישת השופט מצא, לעומת זאת, מקנה לתביעה "מתחם של סבירות". אולם, בפועל השופטת ביניש קירבה את עמדתה לגישתו של השופט מצא בקובעה כי על בית המשפט לשקול שני שיקולים נוספים, המחזקים את המסקנה כי יש לכבד את ההסדרים:³⁰ ראשית, על בית המשפט להניח כי התביעה עומדת בחזקת התקינות והכשרות ולכבד את המלצתה, מכיוון שהתביעה ובית המשפט הן שתי זרועות במערכת אכיפת החוק החייבות בכבוד הדדי; שנית, על בית המשפט להתחשב בציפייה של הנאשם, שבשלב ההחלטה על קבלת ההסדר כבר הודה ושינה את מצבו לרעה. השופטת ביניש אמנם הבהירה כי אין מדובר בהסתמכות של הנאשם – שכן ההסכם עם התביעה אינו מבטיח לו אלא שהתביעה תבקש את העונש המוסכם, אולם יש להעניק משקל מסוים גם לציפייה של הנאשם לקבל את ההקלה המוסכמת. לפיכך, אף אם בית המשפט לא היה מגיע להסדר דומה לו היה במקומה של התביעה, הרי שמשנערך ההסדר ראוי כי יתחשב בטעם זה וייטה לאשרו.

שני שיקולים אלו מובילים את בית המשפט לקבל גם הסדרים שלדעתו מקלים עם הנאשם יתר על המידה, והתוצאה היא שנוצר למעשה מעין "מתחם של סבירות" של הסדרים שיאושרו על ידי בית המשפט. לפיכך, מבחינה מעשית, ההבדל בין גישת האיזון לבין גישתו של השופט מצא הוא קטן

³⁰ שם, בעמ' 609-610.

ביותר. ואכן, גם לדעת השופט מצא ההבדל בין הגישות אינו גדול. בפסק דינו בע"פ פלוני ציין השופט מצא כי אין לו כל קושי להצטרף למבחן שהציעה השופטת ביניש, וכי במישור היישומי-מעשי אין שוני ממשי בין המבחנים. כך, בהסכמת כל תשעת שופטי ההרכב, אימץ בית המשפט את "גישת האיזון".

3. ביקורת שיפוטית – על שום מה?

(א) העמדות השונות באשר להצדקות לביקורת שיפוטית

השופטים גולדברג, מצא וביניש יצאו כל אחד מנקודת מוצא שונה באשר להצדקות לביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון. השופט גולדברג, שסבר כי על בית המשפט לדחות את המלצת הצדדים להסדר כשהעונש אינו הולם את חומרת העבירה, נימק את עמדתו בצורך להבטיח כי הסדרי הטיעון לא יפגעו בהרתעה של מערכת המשפט הפלילי. השופט מצא, שסבר כי יש להתמקד בחוקיות השיקולים של התביעה, ביסס את תפיסתו על עקרונות ההליך האדברסרי, שלפיהם תפקידו של בית המשפט הוא רק להכריע במחלוקת בין התביעה להגנה. מטעם זה בית המשפט אמור להתערב בהסדר, לגישתו, רק אם התביעה שקלה שיקולים שלא כדין או שלא איזנה אותם כדין. השופטת ביניש, שקבעה את גישת האיזון, ביססה את עמדתה על חלוקת התפקידים בין בית המשפט לבין התביעה ועל התפקיד החוקתי, כלשונה, של בית המשפט בקביעת העונש. נוכח נקודת המוצא השונה של השופטים באשר למטרת ההתערבות השיפוטית בהסדרי הטיעון, גם מסקנתם הייתה שונה. להלן אסקור את נקודות המוצא של שלוש הגישות האמורות, ואראה מדוע יש לדחות את עמדות השופטים גולדברג וביניש ולאמץ את נקודת המוצא של השופט מצא. בפרק הבא אסביר מדוע הצורך לצמצם את בעיית החף מחייב עמדה שונה גם מזו של השופט מצא.

(ב) עמדת השופט גולדברג – קידום ההרתעה

כאמור, לפי גישתו של השופט גולדברג, אין לאמץ הסדרים שבמסגרתם מוצע לנאשם עונש קל מדי, שכן הדבר פוגע בהרתעה של מערכת המשפט הפלילי:

קיומו של פער משמעותי בין העונש המוסכם בהסדר הטיעון לעונש הראוי, מחטיא, לדעתי, את מטרתו של המשפט הפלילי, ואין הוא מתיישב עם ההיבט ההרתעתי, הכללי והאינדיבידואלי, הנדרש כדי להגן על הערך החברתי הנתון בסכנה מהישנות העבירה.³¹

³¹ ראו ע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 165.

טענה זו מניחה כי הענישה הפלילית מקדמת את ההרתעה; לצורך הדיון אני גם הנחה דומה³². אלא, שעמדת השופט גולדברג אינה מביאה בחשבון את חשיבותם של הסדרי הטיעון בקידום ההרתעה. באמצעות הסדר טיעון יכולה התביעה לחסוך משאבים רבים, המאפשרים לה לנהל הליכים כנגד נאשמים רבים יותר – ובדרך זו להבטיח שיותר עבריינים ייענשו. אם הסדרי הטיעון ייאסרו, תיאלץ התביעה לסנן תיקים רבים וההרתעה תיפגע.³³ אכן, מטעם זה נדחתה גישתו של השופט גולדברג בע"פ פלוני. השופטת ביניש, בדחותה גישה זו, קבעה:

דומה כי כיום מוכנים אנו להכיר בכך שהסדרי טיעון אינם בהכרח מחלישים את יסוד ההרתעה בענישה, אלא עשויים לתרום להרתעה אפקטיבית בכך שמביאים הם להרשעתם של נאשמים רבים יותר, ובהם נאשמים שמטעמים שונים עלול היה להתעורר קושי בביסוס אשמתם בראיות קבילות. האפקטיביות העונשית באה לידי ביטוי גם בכך שהתוצאה העונשית עשויה להיות מיידית ומהירה. בין היתר, נראה כי ההכרה במוסד הסדרי הטיעון מוצדקת יותר מאז הרחבת הייצוג הניתן לנאשמים באמצעות הסניגוריה הציבורית. מהטעמים האמורים, מקובל כיום לראות בהסדרי טיעון כלי לגיטימי, ומכשיר התורם לאכיפת החוק.³⁴

לכאורה, המבחן לביקורת שיפוטית שמציע השופט גולדברג אינו שולל הסדרי טיעון אלא רק מחייב את בית המשפט להרחיב את התערבותו ביחס להסדרים אלו; דהיינו: גם הסדר מקל יאומץ על ידי בית המשפט והחיסכון במשאבים יושג – אך העונש המוצע יידחה לעתים קרובות יחסית, ובדרך זו תובטח ענישה מרתיעה. אולם ניתוח זה מתעלם מהשפעת הכלל על נכונות הנאשמים לקבל הסדרי טיעון. אם בית המשפט היה מאמץ את גישת השופט גולדברג, נאשמים היו יודעים שהסיכויים לדחיית ההסדר גבוהים, והיו ממעטים להסכים להסדרים. תוצאה זו צפויה היתה בעיקר במקרים שבהם התביעה מוכנה להציע עונש קל במיוחד, שכן אז חששו של הנאשם מדחיית ההסדר יהיה גדול ונכונותו להודות תקטן. הצורך להציע הסדר מקל עלול להתעורר כשהנזק בניהול הליך מלא עלול להיות גדול, למשל: כשיש צורך להימנע מניהולו של הליך כדי להקל על סבלה של עדת תביעה, להגן על אינטרס ביטחוני או על אינטרס ציבורי אחר בשמירת סודיות, להימנע מניהול תיקים הצורכים משאבי תביעה רבים ועוד. במקרים אלו,

³² יצוין כי כלל לא ברור אם שינוי רמת הענישה אכן משפיע על רמת ההרתעה. ראו Paul H. Robinson & John Darley, "Does Criminal Law Deter? A Social Science Investigation", 24 Oxford J. Legal Stud. 173 (2004)

³³ אמנם העונשים המוטלים במסגרת הסדרי טיעון קלים יותר מאלו המוטלים בהליך מלא, אולם מספר המורשעים במערכת המתירה הסדרי טיעון גדול הרבה יותר ממספרם במערכת האוסרת על הסדרים כאלו. לפיכך, תוחלת העונש (דהיינו: ההסתברות של עבריין להיענש כפול העונש המוטל עליו) במערכת משפט המתירה הסדרי טיעון גדולה יותר. זאת ועוד: מחקרים אמפיריים רבים מלמדים כי הגדלת הסיכוי להיענש משפיעה הרבה יותר על רמת ההרתעה מאשר הגדלת חומרת העונשים בשיעור דומה. ראו, למשל, Jeffrey Grogger "Certainty vs. Severity of Punishment," 29 *Econ. Inquiry* 297 (1991) 146-142.

הידיעה כי הסדר טיעון מקל יידחה על ידי בית המשפט, תמנע מהתביעה את היכולת להביא להרשעת הנאשם בלא הליך. או אז תיאלץ התביעה לבחור בין פגיעה באינטרס הציבורי לבין ויתור על העמדתו של הנאשם לדין. בחלק מהמקרים יוקרב האינטרס הציבורי וההליך יקוים – אך במחיר חברתי גבוה. כאשר האינטרס הציבורי האמור הוא חיסכון במשאבי התביעה, הקרבתו תביא לפגיעה בהרתעה עקב הפגיעה ביכולתה של התביעה להשקיע בתיקים אחרים. במקרים אחרים תוותר התביעה על ההליך לחלוטין כדי להגן על האינטרס הציבורי הנוגד – ואז ודאי שההרתעה תיפגע. בסיכומו של דבר, כל בחירה תפגע בהרתעה יותר משיפגע בה אימוצו של הסדר טיעון. ודוק: איני טוען כעת כי אין לדחות הסדרים מקלים. כפי שאראה בהמשך, סבורני כי במקרים רבים חובה לדחות הסדרים אלו – אך לא ניתן להצדיק את מבחן ההתערבות שהציע השופט גולדברג בצורך להבטיח ענישה מרתיעה.

(ג) עמדת השופט מצא – איסור על השתתפות בקבלת החלטה לא חוקית

גישתו של השופט מצא – לפחות עד שקיבל עליו את עמדתה של השופטת ביניש בע"פ פלוני – הייתה שונה. לדידו, ההליך האדברסרי משמעו כי בית המשפט מכריע במחלוקת שהוצגה לו על ידי הצדדים, ולכן באין מחלוקת אין גם מקום להכרעה שיפוטית. כפי שאין בית המשפט מתערב בשיקולי התביעה אם להגיע להסדר טיעון על אישומים, כך גם אין מקום להתערבותו בהסדרים לעניין העונש:

יש לזכור, כי גם במילוי תפקידו בתחום הענישה אין בית המשפט פועל בשם הציבור כלפי הנאשם, אלא כפוסק בין הציבור (המיוצג על-ידי התביעה) לבין הנאשם.³⁵

מדוע בכל זאת יהיו מקרים שבהם יתערב בית המשפט בהסדר טיעון? השופט מצא אינו מציג נימוק לביסוס עמדתו, אולם ניתן לחלץ נימוק כזה מתוך ניסוח המבחן שהציע: בית המשפט יתערב רק אם פעולת התביעה אינה כדין, דהיינו: כשהתביעה שקלה שיקולים זרים או חרגה ממתחם הסבירות בייצגה את האינטרס הציבורי. במקרים אלה ההצדקה להתערבות השיפוטית מתחייבת כדי להבטיח שבית המשפט לא ייתן ידו להחלטה לא חוקית. כפי שבהליך אזרחי לא יאשר בית המשפט הסדר פשרה שאינו חוקי, כך אין הוא יכול לאשר הסדר בלתי חוקי בהליך פלילי – ו"אי-חוקיות" כוללת גם החלטה הנוגעה בשיקולים זרים או חורגת ממתחם הסבירות. בכל מקרה אחר, שבו החלטת התביעה היא חוקית, לא יבחן בית המשפט אם ההקלה שהוצעה לנאשם ראויה אם לאו.

³⁴ ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 593.

³⁵ ראו ע"פ מרקוביץ, הערה 27 לעיל, בעמ' 57.

(ד) עמדת השופטת ביניש – גזירת הדין היא תפקידו של בית המשפט

בע"פ פלוני דחתה השופטת ביניש עמדה זו של השופט מצא. אליבא דביניש, התביעה שולטת באישומים והנאשם רשאי, כמובן, להודות באישומים אלו. התוצאה היא שלעניין האישומים מתמצה תפקידו של בית המשפט בהכרעה במחלוקת שבין הנאשם לתביעה. אולם, בשלב קביעת העונש נקודת המוצא שונה. בעניין העונש אין בית המשפט פועל רק כפוסק בין האינטרס הציבורי, המיוצג על ידי התביעה, לבין נאשם: גזירת העונש היא תפקידו המובהק של בית המשפט, ואסור לו לאצול תפקיד זה לצדדים. מטעם זה התערבותו בהסדרי טיעון מוצדקת:

בשיטתנו אין בית-המשפט פטור מקביעה עצמאית של נקודת האיזון הראויה בין טובת ההנאה הצומחת לנאשם מהסדר טיעון לעניין העונש, לבין אינטרס הציבור כפי שהוא בא לידי ביטוי בעונש שבית-המשפט גוזר. בכך אין בית-המשפט משים עצמו קטיגור במקום התביעה, אלא ממלא הוא את תפקידו השיפוטי המובהק. משקל טיעוניה של התביעה לקולה הוא רב, אך לא בהכרח מכריע.³⁶

למסקנה דומה הגיעו גם שופטים אחרים בבית המשפט העליון קודם לע"פ פלוני,³⁷ אך בפסק דין זה נהפכה העמדה האמורה לעמדת בית המשפט כולו.

(ה) היעדר הצדקה להבחנה בין שלב קביעת האשמה לשלב הטלת העונש

האם אכן יש הצדקה רעיונית להבחין בין סמכות התביעה לתחום את האישומים שבהם יואשם אדם לבין סמכותה לתחום את העונש? טענה זו מחייבת בחינה של מבנה ההליך הפלילי, של חלוקת הסמכויות בו ושל ההצדקות למבנה זה.

ההליך הפלילי מיועד להבטיח איזון נכון בין האינטרס הציבורי בהטלת עונשים הולמים על עבריינים לבין הצורך להבטיח כי לא יוטל על אדם עונש ללא הצדקה. בכך שונה הליך הטלת העונש בפלילים מכל הליך אחר של הטלת חובה על ידי השלטון. בתחומים אחרים הרשות המבצעת מופקדת על האיזון בין אינטרסים שונים, גם כאלה הנוגעים לזכויות הפרט הנפגע מהחלטתה. כך, החלטות רבות המשפיעות על זכויות הפרט – כמו רישוי או גביית מסים – מתקבלות על ידי הרשות המנהלית המופקדת על אותו תחום בלא צורך בהחלטה שיפוטית. רשות זו מייצגת באותם מקרים את האינטרס הציבורי, אך בה בעת היא מופקדת על האיזון הראוי בין אותו אינטרס ציבורי לבין האינטרס של הפרט שבעניינו היא מכריעה. בהקבלה להליך הפלילי, הרשות המנהלית היא גם התובעת וגם השופטת: אמנם הנפגע יכול לפנות לבית המשפט ולטעון

³⁶ ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 606. ראו גם, לאחרונה, ע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ביניש.

כנגד חיובו, אולם במקרה זה יבחן בית המשפט רק את חוקיות פעולתה של הרשות ולא את נכוניתה. זאת ועוד: בהליך זה, הסמכות להטיל את החיוב נתונה לרשות המנהלית, ובית המשפט יפקח על החלטתה רק כשצד מעוניין יטען נגד חוקיותה.

ההליך הפלילי מחייב מבנה אחר. הסנקציה הפלילית היא האמצעי החודרני והפוגע ביותר שיש בידי המדינה כנגד חירויות הפרט.³⁷ לפיכך יש צורך בהפרדה מוסדית בין הרשות המבצעת, נציגת הציבור, לבין הגורם המקבל את ההחלטות העלולות לפגוע בחירויות הנאשם. מטעם זה יש הצדקה להעתיק את הסמכות להטיל עונשים מהרשות המבצעת לבית המשפט. עם זאת, אין להתעלם מהיתרון שיש לתביעה בקבלת החלטות.

התביעה היא גוף מנהלי, הפועל על פי פרוצדורה לא פורמלית ופשוטה. כגוף ריכוזי, הפועל במבנה היררכי ברור, היא יכולה לקבל החלטות מדיניות, להבטיח אחידות ולאזן בין הצרכים למשאבים. מטעם זה, בשיטה האדברסרית, העברת הסמכות להחליט החלטות בהליך הפלילי מהמנהל (התביעה) לבית המשפט היא מוגבלת: רק ההחלטות הפוגעות בנאשם מחייבות הכרעה שיפוטית. כל עוד האינטרס הציבורי המיוצג על ידי התביעה אינו סותר את האינטרס הפרטי של הנאשם אין צורך בהכרעה שיפוטית. כך, למשל, מוסמכת התביעה להחליט שלא להגיש כתב אישום, והיא אינה זקוקה לאישור שיפוטי להחלטה זו; גם ההכרעה אלו אישומים להגיש נתונה בידי התביעה, והיא גם המופקדת להביא בשם הציבור את הטענות והראיות בפני בית המשפט. אכן, התביעה עלולה לשגות גם בהחלטות המיטיבות עם הנאשם: היא עלולה לסגור תיק ממניעים פסולים או להעניק משקל נמוך מדי לאינטרס הציבורי בהרשעתו של עבריין; אולם ההנחה שבבסיס השיטה האדברסרית היא שהעברת הסמכות בנושאים אלו לבית המשפט עלולה לגרום לכשלים חמורים יותר או, למצער, להביא לכך שהמחיר החברתי של הכשלים הקיימים נמוך מהעלות החברתית של פיקוח שיפוטי על סמכויות אלה של התביעה.

במסגרת זו אין בכוונתי לבסס טענה נורמטיבית כוללת, שלפיה השיטה האדברסרית עדיפה על כל שיטה אחרת; ודאי שלא התמודדתי עם כל הטענות האפשריות בעד העברת הסמכות להכריע בנושאים פליליים מהמנהל (התביעה) לבית המשפט. לצורך מאמר זה די שאקבל את השיטה האדברסרית כנתון, ואראה שבהינתן שיטה זו לא ניתן להסביר את העברת הסמכות להרשיע אדם מהמנהל לבית המשפט אלא בצורך להבטיח הגנה לנאשמים. בית המשפט אינו יכול להגן על אינטרס הציבור כי התביעה תפעל כראוי כנגד עבריינים (ובכלל זה גם האינטרס של נפגעי העבירות בענישת הפוגעים בהם). אכן, ההליך הפלילי כולו נועד גם לקדם את האינטרס הציבורי

³⁷ ראו דברי השופט חשין בע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 171-172, וכן דברי השופט דורנר בע"פ 6967/94 נקן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 397, בעמ' 417-418.

³⁸ "The criminal sanction is the law's ultimate threat. Being punished for a crime is different from being regulated in the public interest or being forced to compensate another... or being treated for a disease. The Herbert L. Packer, sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive." Jonathan Schonsheck, *On Criminalization: An essay* The Limits of the Criminal Sanction 250 (1968) ראו גם *in the Philosophy of the Criminal Law* 1 (1994).

בהרשעת עבריינים, אולם ההנחה שבבסיס השיטה האדברסרית היא שהתביעה מתאימה יותר מבית המשפט להעריך כיצד להגן על אינטרס ציבורי זה. רק כך ניתן להסביר את העובדה שהסמכות לסגור תיקים, להימנע מהגשת כתב אישום, לתחום את האישומים או להימנע מהבאת ראיות להוכחת עובדות מסוימות מצויה כולה בידי התביעה וכלל אינה נתונה לפיקוח של הערכאה המשפטית הדיונית.³⁹ לו כללה מטרתו של ההליך השיפוטי את הצורך להבטיח שהתביעה תגן כראוי על האינטרס הציבורי באכיפה או על האינטרס של נפגעי העבירות, הייתה חובה להבטיח פיקוח שיפוטי גם על החלטות התביעה המיטיבות עם החשוד או הנאשם. כפי שכבר ציינתי, זו לא ההנחה בבסיס השיטה האדברסרית.⁴⁰

האדברסריות של השיטה מתבטאת גם בכוחות הניתנים לנאשם. בשיטתנו, הנאשם מופקד על הגנתו. כאשר הוא מסכים להרשעה ומביע זאת באמצעות הודאה בעובדות שבכתב האישום, אין כל צורך בבחינה שיפוטית של האחריות הפלילית.⁴¹ הנאשם מופקד על הבאת הראיות להוכחת טענותיו ולביסוסן; הוא זה שאמור – אם ירצה בכך – לנסות להפריך את ראיות התביעה או לעורר ספק באמינותן. תפקידו של בית המשפט הוא לבחון את העמדות של הרשות המנהלית – דהיינו: התביעה – ושל הנאשם, ולהכריע ביניהן על פי החומר שהצדדים הביאו בפניו. תפקידו מוגבל להכרעה בין הצדדים, המייצגים את האינטרס הציבורי ואת האינטרס של הנאשם. ככלל, אין זה מתפקידו לחקור מה הם אינטרסים אלו, בניגוד לעמדת הצדדים; אין זה מתפקידו לחפש ראיות או טענות שלא הובאו על ידי הצדדים כששני הצדדים אינם מעוניינים בזה. ההפרדה המוסדית בין ייצוג האינטרס הציבורי לבין הסמכות לפגוע בחירות הפרט אינה מושגת באמצעות העברת מכלול השיקולים והסמכויות לבית המשפט אלא על ידי הותרת האחריות לאינטרס הציבורי בידי הרשות המבצעת, הותרת השליטה על ההגנה בידי הנאשם, והותרת הסמכות להכריע בין האינטרסים הנוגדים – וסמכות זו בלבד – בידי בית המשפט. כך ניתן להבטיח שחלק ניכר מההחלטות יתקבלו בהליך מנהלי יעיל, ורק ההחלטות הפוגעות באינטרס של הנאשם יועברו להכרעת בית המשפט.⁴²

³⁹ אינני מתייחס כאן לביקורת אפשרית של בג"ץ שכן ביקורת כזו אפשרית על כל החלטה מנהלית. אכן, כאשר פעלה התביעה בניגוד לדיני המשפט המנהלי (כגון ששקלה שיקולים זרים או פעלה בחוסר-סבירות קיצוני), אדם יכול לעתור נגד החלטה זו לבג"ץ, ואז אין מדובר בביקורת הנגזרת מתוך עקרונות ההליך הפלילי אלא בביקורת רגילה של בג"ץ על חוקיות פעולתו של המנהל. כפי שאיש לא יטען כי מעצם הסמכות של בג"ץ לבקר את רשויות הביטחון נגזרת המסקנה שבית המשפט הוא הגורם המופקד ישירות על בטחון המדינה, כך לא ניתן לטעון כי הביקורת השיפוטית של בג"ץ על התביעה מלמדת שבית המשפט מופקד ישירות על האינטרס הציבורי באכיפת החוק. בכל מקרה הביקורת של בג"ץ מוגבלת ביותר, ולמעשה לא ידוע לי ולו על מקרה אחד שבו הורה בג"ץ לתביעה להגיש כתב אישום בניגוד לרצונה.

⁴⁰ יצוין שאכן קיימות שיטות משפט שבהן אין לתביעה סמכות מוחלטת לסגור תיקים או לוותר על אישומים. בשיטות אלו ההנחה היא כי בית המשפט אינו יכול להתנער מסמכותו להחליט אם האינטרס הציבורי מחייב ענישה גם אם התביעה סבורה כי אין מקום להליך פלילי. כך, למשל, בגרמניה חייב התובע להביא לפני בית המשפט אישומים בעבירת פשע שניתן לבססה בראיות, ואף בעבירות מסוג עוון סגירת התיק מותנית באישור שיפוטי. ראו גול, הערה 5 לעיל, בעמ' 111.

⁴¹ סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית-המשפט שלא לקבל את ההודאה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודאה לפי סעיף 153".

⁴² יובהר כי התביעה אינה פטורה מלהתחשב באינטרס של הנאשם כחלק מהאינטרס הציבורי. האינטרס הציבורי שמייצגת כולל גם את האינטרס שחפים מפשע לא יורשעו. ההבדל בין ההליך הפלילי להליך מנהלי אחר הוא שבהליך הפלילי הכרעת הרשות המנהלית (התביעה) בדבר האיוון הנכון בין האינטרסים היא רק עמדת הפתיחה של ההליך המשפטי, ואין בה כדי לחייב את הנאשם. זאת, בשונה מההליך המנהלי, שבו יש לרשות המנהלית סמכות להטיל

מהאמור לעיל עולה כי תפקידו של בית המשפט בשיטת המשפט האדברסרית הנוהגת בישראל הוא אך להכריע במחלוקת שבין הצדדים. המשקל של עיקרון יסוד זה של השיטה בישראל לא פחת במשך השנים.⁴³ לפיכך, כאשר הצדדים מסכימים על האחריות הפלילית הסכמה מודעת, אין זה מתפקידו של בית המשפט לערער על כך. לכך מסכימה גם השופטת ביניש, אולם לפי פסיקתה בע"פ פלוני, התמונה משתנה בשלב הטלת העונש: לדידה, לבית המשפט אחריות ישירה לקבוע מהו האינטרס הציבורי בדבר העונש הראוי אף בניגוד לעמדת התביעה. לדעתי, עמדה זו מוטעית.

ראשית, ההצדקה המרכזית להכרעה שיפוטית בפלילים לא קיימת כשהתביעה – המייצגת את האינטרס הציבורי – סבורה כי אין להחמיר. כאמור, הסיבה לקיומו של הליך משפטי היא הצורך להגן על הנאשם מפני כוחה העצום של המדינה. במילים אחרות: ההליך הפלילי הוא הליך משפטי לא מכיוון שאנחנו לא סומכים על התביעה שתייצג נכונה את האינטרס הציבורי אלא מכיוון שאנחנו לא סומכים על התביעה שתיתן משקל נכון לאינטרס של הנאשם. אלמלא הצורך להגן על הנאשם ניתן היה להסמיק את התביעה, כנציגת האינטרס הציבורי, להטיל חיובים פליליים באופן ישיר בדומה, למשל, לסמכויות של רשויות המס. לפיכך, כאשר התביעה – כנציגת האינטרס הציבורי – סבורה (כמו הנאשם) שאין להחמיר עם הנאשם, אין עוד צורך עיוני בהליך המשפטי.

שנית, גם מבחינה מוסדית התביעה מתאימה יותר לקבל את ההחלטה בדבר האינטרס הציבורי. התביעה פועלת בתוך מסגרת היררכית וריכוזית. בידיה היכולת לאסוף מידע בדבר מכלול השיקולים הרלבנטיים באופן בלתי-אמצעי. כך, הסדר טיעון יוצע על ידי התביעה בהתחשב, בין היתר, בחומרת המעשה, בנסיבותיו, בהיקף המשאבים הדרושים לניהול ההליך,⁴⁴ במידת הנזק שתיגרם לעדים (ובכלל זה לנפגע העבירה) אם יידרשו להעיד⁴⁵ ועוד. לתביעה יש אמצעים טובים יותר להעריך את משקלם של שיקולים אלו. לבית המשפט אין כלים לדעת איזה נזק ייגרם לעדים

חובות ישירות על האזרח בלא צורך בהליך שיפוטי. ראו מרדכי קרמיניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", פלילים ה(2) 173 (תשנ"ז).

⁴³ אינני מתעלם בהקשר זה משינויים שחלו במשך השנים במאפייניו של התפקיד השיפוטי. כך, כאשר אחד הצדדים טועה – למשל: שוכח במחדלו להביא ראיה או עדות לחיזוק עמדתו – בית המשפט יכול, במקרים מסוימים, לתקן את הטעות באמצעות הפעלת סמכויותיו לזמן עד מטעמו או לשאול את העדים שאלות מיוזמתו. ראו עמנואל גרוס, "שיטת הדיון האדורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?", עיוני משפט יז 867 (תשנ"ג). ראו גם ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 510, 516. אינני סבור ששינויים אלו משמעם שביט המשפט אינו עוד מכריע בסכסוך בלבד. ההגמשה של הגישה המסורתית – שלפיה סמכות הבאת הראיות מוטלת על הצדדים בלבד – לא נועדה לאפשר לבית המשפט לקבוע מהי המטרה שאליה שואפים הצדדים בהליך אלא רק לתקן את טעויותיהם בהשגת מטרה זו. לדוגמה, אם צד מתרשל בהבאת ראיות במועד, בית המשפט יכול לתקן טעות זו באמצעות הפעלת סמכותו לזמן ראיות מיוזמתו. אולם, גם כאן בית המשפט אינו סוטה מתפקידו כמי שמכריע בין הצדדים להליך, שכן אחד הצדדים – זה שהתרשל בהבאת הראיות – מעוניין שבית המשפט יתקן את טעותו. בית המשפט אינו כופה הבאת ראיות אם שני הצדדים מתנגדים לכך. ראו ע"פ אסיס, הערה 23 לעיל, שם נקבע כי אסור לבית המשפט אף לקרוא לתביעה להביא עדים לחובת הנאשמת אם התביעה אינה מעוניינת בכך. מטעם זה אין באותן סטיות לכאורה מההליך האדברסרי כדי ללמד שתפקידו של בית המשפט השתנה באופן המצדיק דחיית הסכמות בין הצדדים. ברי כי ביתר חלקי ההליך אין לבית המשפט כל סמכות להגביל פעולות של צד אחד כשאלו אינן פוגעות באינטרס של הצד האחר. כך, למשל, הכלל המותיר בידי התביעה את שיקול הדעת המוחלט (בכפוף לכללי המשפט המנהלי) לקבוע אם לפתוח בהליך ובאלו אישומים להאשים את הנאשם, והכלל המותיר בידי הנאשם שיקול דעת להחליט אם לכפור באישומים או להודות, לא נחלשו במשך השנים. כללים אלו של ההליך, המלמדים על חלוקת האחריות לאינטרסים השונים בין הצדדים להליך, תואמים כמעט בלא כל שינוי את המאפיינים הקלאסיים של ההליך האדברסרי.

⁴⁴ ראו ע"פ לוי, הערה 7 לעיל, בעמ' 163, 169.

⁴⁵ ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 621-622.

אם יתקיים הליך פלילי, שכן בשלב זה אין לו גישה לעדים. לתביעה גם יש כלים טובים יותר להעריך את הנזק שייגרם לציבור מניהול ההליך. כך, לדוגמה, בידה כלים טובים יותר לדעת אלו נאשמים אחרים לא יואשמו, בשל מגבלות המשאבים, אם ההליך במקרה זה ינוהל. זאת, משום שהתביעה, כגורם ריכוזי, מכירה את מכלול התיקים המועברים להחלטתה. היא יכולה גם לדעת טוב יותר אם ניהול ההליך יפגע בביטחון המדינה, בביטחון הציבור או באינטרס ציבורי אחר. כל זאת, משום שהיא יכולה לעמוד בקשר בלתי-אמצעי – שלא בנוכחות הנאשם – עם רשויות אחרות המופקדות על אותם אינטרסים. מטעמים אלו התביעה מצויה בעמדה טובה יותר מבית המשפט לקבוע מהו האינטרס הציבורי בהסדר הטיעון.

שלישית, עמדתה של השופטת ביניש יצרה מבנה מוסדי בלתי-סביר. המחוקק הפקיד בידי התביעה את הסמכות להכריע כי האינטרס הציבורי מחייב שלא להגיש כתב אישום כלל או להפחית את האישומים כנגד הנאשם.⁴⁶ אם הסדר טיעון ביחס לאישומים – או אף הסדר שבמסגרתו הנאשם כלל לא יעמוד לדין – נתון להחלטת התביעה, מדוע לא תהא נתונה בידה גם קביעת רף הענישה המרבי? ההיגיון של ההליך האדברסרי, שלפיו התביעה מוסמכת בהחלטה חד-צדדית לתחום את האישומים המוגשים לבית המשפט על פי הערכתה את האינטרס הציבורי, חל במידה שווה לעניין תחימת רף הענישה המרבי.

המבנה שנוצר מוזר במיוחד מכיוון שבפועל קביעת האישומים מגדירה, בעקיפין, את רף הענישה המרבי. במבנה זה, שבו בית המשפט כפוף להסכמת הצדדים בדבר האישומים אך לא בדבר העונש, יכולים הצדדים להימנע מכפיפות לפיקוח השיפוטי באמצעות עריכת הסדר ביחס לאישומים.⁴⁷ התוצאה היא שככל שהתערבות בית המשפט בעמדת התביעה בדבר רף הענישה המרבי תהיה תדירה יותר, כך יהיה לצדדים להליך, המעוניינים בהסדר טיעון, תמריץ גדול יותר להעדיף הסדר ביחס לאישומים. הסדרים ביחס לאישומים יבטיחו כי העונש יוגבל – כפי שהצדדים מעוניינים – אולם במחיר כבד יותר, מכיוון ששינוי האישומים רק לשם הגבלת העונש פוגע בהתאמה של התוצאה המשפטית למציאות העובדתית ופוגע בדיוק של הרישום הפלילי.⁴⁸

רביעית, כל הרציונל של קבלת החלטות בהליך האדברסרי מבוסס על ההנחה שהכרעה שיפוטית ניתנת כדי לסיים מחלוקת. לבית המשפט אין כלים טובים לקבל החלטה כשאין לפניו מחלוקת. מטעם זה, ככלל, בית המשפט אינו מעלה טענות מיוזמתו, אינו מבצע חקירה עצמאית ואינו אוסף בעצמו ראיות.⁴⁹ מכאן, שהקביעה כי בית המשפט צריך להכריע בניגוד לעמדה המוסכמת של

⁴⁶ ראו סעיפים 62, 91 ו-93 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁴⁷ ראו גזל, "המבחנים לדחיית הסדרי טיעון", הערה 16 לעיל, בעמ' 7-8.

⁴⁸ ראו על כך פרק ה.4 להלן ("פיקוח על הסדרים לעניין האישומים").

⁴⁹ כמו בשלב בירור האשמה, גם בשלב הטיעונים לעונש הצדדים הם שטוענים ומביאים את הראיות. ראו סעיפים 188-189 לחוק סדר הדין הפלילי. אמנם בית המשפט מוסמך לערוך חקירות גם מטעמו (ראו סעיפים 175, 190 לחוק), בדומה לסמכותו להביא ראיות מטעמו לעניין האשמה (סעיף 167 לחוק), אולם מכוח עקרונות הדיון האדברסריים קבעה הפסיקה כי הדבר ייעשה במשורה. ככלל, בית המשפט ימנע מחקירת עדים שהביאו הצדדים, אלא ככל שהדבר דרוש להבהרת נושאים הנדונים בעדות; בית המשפט אינו רשאי ליטול לידי את ניהול החקירה. ראו ע"פ 99/88 דקלו נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 409, 413.

הצדדים שלפניו סותרת את עקרונות ההליך האדברסרי. אין מדובר רק בחוסר-קוהרנטיות עם גישה תאורטית כלשהי אלא בבעיה פרקטית. כאשר התביעה והנאשם מציגים בפניו הסדר שלדעתם מאזן נכונה בין האינטרסים השונים, יקשה על בית המשפט להגיע למסקנה מבוססת כי עמדת הצדדים מוטעית. באין מחלוקת לא יוכל בית המשפט להעריך נכונה את מכלול העובדות הרלבנטיות ואת מכלול השיקולים המחייבים סטייה מההסדר, ואז רבים הסיכויים שבית המשפט יטעה.⁵⁰

ניתן לטעון כי העובדה שחוק סדר הדין הפלילי מטיל על בית המשפט את הסמכות לקבוע את העונש, ואינו מגביל מפורשות את סמכותו לעונש שהתביעה מבקשת מלמדת כי תפקידו של בית המשפט לאזן בין השיקולים לגזירת הדין באורח עצמאי ובלא כפיפות לעמדות הצדדים. סבורני כי אין ללמוד מסקנה זו מן החוק. אכן, החוק אינו קובע מפורשות כי בית המשפט כפוף בגזירת הדין להכרעה בין עמדות הצדדים.⁵¹ בדומה, גם בהליך אזרחי החוק אינו קובע מפורשות כי בית המשפט מוסמך אך לתת את הסעד שביקש אחד הצדדים, וגם אין בחוק דבר המונע מבית המשפט לזוים דיון בפלוגתאות בניגוד לעמדת בעלי הדין.⁵² עם זאת, הכלל הנוהג בדין הוא שבית המשפט אינו פוסק לתובע על פי עילה שלא תבע על פיה, ואין הוא מזכה אותו בסעד שלא ביקש.⁵³ כך גם בהליך הפלילי. על אף סמכותו של בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה שונה מזו שצוינה בכתב האישום, אם ביצועה הוכח,⁵⁴ קבעה הפסיקה כי שיקול הדעת בבחירת סעיף האישום נתון לתביעה ולא לבית המשפט.⁵⁵ במילים אחרות: עצם העובדה שמילות החוק אינן מסייגות את סמכות בית המשפט בגזירת הדין על פי עמדות הצדדים, אינה אינדיקציה לכך שבית המשפט אמור להפעיל את סמכותו בניגוד לתפיסות היסוד של ההליך האדברסרי.

ניתן להקשות עוד ולשאול אם אין פגם במצב שבו בית המשפט מטיל עונש שהוא קל מהעונש שהיה ראוי לפסוק לפי שיקול דעתו. לדעתי התשובה היא בשלילה. יש לזכור שכאשר ההסדר חורג ממתחם הסבירות, בית המשפט מוסמך לדחותו גם לפי הגישה המקורית של השופט מצא: במקרה כזה, אישור ההסדר משמעו מתן תוקף להחלטה לא חוקית. כפי שאסור לבית המשפט לאשר הסדר פשרה בלתי-חוקי בהליך אזרחי, אל לו לאשר הסדר טיעון בלתי-חוקי בפלילי. אולם, כאשר שקלה התביעה שיקולים עניינים בלבד, והחלטתה להגיע להסדר היא במתחם הסבירות – אין כל פגם באישור ההסדר גם אם לדעתו של בית המשפט עדיף היה שהסדר כזה לא

⁵⁰ דוגמה לטעות כזו ראו בע"פ 5725/96 באזוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.1.97). במקרה זה קיבל בית המשפט העליון, בהסכמת התביעה, את הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לדחות את הסדר הטיעון, בקובעו שבית המשפט קמא לא היה ער למלוא השיקולים שהצדיקו את ההקלה בעונש שלה עתרו הצדדים.

⁵¹ ראו סעיף 193 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁵² סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

⁵³ שלמה לוין, **תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד** 128-129 (תשנ"ט); ראו גם יואל זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** 153 (מהדורה שביעית, 1995).

⁵⁴ השוו לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁵⁵ הכלל הוא שכאשר בחרה התביעה הכללית להאשים אדם בעבירה מסוימת ולא בעבירה אחרת, המתגבשת על ידי אותה מסכת עובדתית, על בית המשפט לכבד בדרך כלל את בחירת התביעה. כלל זה אינו מוגבל למקרה של הסכמה

ייערך. כפי שאין פגם בהרשעת נאשם בעבירה מסוימת גם כשבית המשפט סבור שהיה מקום להאשימו בעבירה אחרת וחמורה יותר, וכפי שאין פגם באישור החלטה מנהלית חוקית בנסיבות שבהן בית המשפט, במקום הרשות, היה מקבל החלטה אחרת, כך לא נפגם תפקידו החוקתי של בית המשפט באישור הסכמת הצדדים לעניין גזר הדין. העמדה שלפיה תפקידו של בית המשפט אינו לגזור את הדין אלא להכריע בין עמדות הצדדים בדבר גזר הדין משתלבת היטב במערך ההסדרים של ההליך האדברסרי בארץ.

מהאמור לעיל עולה כי אין במבנה ההליך הפלילי או בחלוקת התפקידים בין בית המשפט לרשויות האחרות דבר שיצדיק התערבות בהסדרי טיעון חוקיים. לפיכך, בהינתן השיקולים שעמדו בפני בית המשפט עד היום, עמדת המוצא של השופט מצא מוצדקת. אולם, לדעתי יש נימוק אחר, שלא נדון בפסיקה, המצדיק ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון – הצורך להגן על הנאשם החף. לטענה זו אעבור כעת.

ג. בעיית החף בהסדרי טיעון

בפרק הקודם ראינו כי לא ניתן להצדיק התערבות שיפוטית בהסדרי טיעון מטעמים של הרתעה או של חלוקת התפקידים בהליך הפלילי. בחלקי המאמר הנותרים אראה כי הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון מוצדקת מטעמים תוצאתניים – הצורך לצמצם את החשש להרשעת חפים. כדי להצדיק את ההתערבות השיפוטית לפתרון בעיית החף יש להסביר מהי בעיית החף בהסדרי טיעון. למטרה זו יוקדשו שני הפרקים הקרובים. בפרק זה אציג את המחלוקת הקיימת בספרות ביחס לבעיית החף בהסדרי טיעון: בשלב הראשון אציג את יחס הפסיקה בישראל לבעיית החף, ובשלב השני אציג את העמדות של מתנגדי ההסדרים, הטוענים כי יש לאסור על הסדרי טיעון מכיוון שאלה מובילים להרשעת חפים מפשע. לאחר מכן אסקור את התשובות של תומכי ההסדרים, הסבורים כי שיעור החפים מפשע שיורשעו קטן יותר במשטר המתיר הסדרי טיעון. סקירת הטיעונים בפרק זה תשמש בסיס לפרק הבא, שבו אטען כי הספרות הקיימת טעתה בזיהוי מקורה של בעיית החף ולכן לא הציעה לה תרופות מתאימות.

1. יחס הפסיקה לבעיית החף

הפסיקה בישראל לא התעלמה מבעיית החף. עם זאת, בעיית החף לא נתפסה בעיני בית המשפט כבעיה משמעותית, ומעולם לא הוצע להגביל את השימוש בהסדרי טיעון כדי למזערה. בע"פ **בחמוצקי**,⁵⁶ לאחר שהעלה על נס את היתרונות של מוסד הסדרי הטיעון, הדגיש השופט חיים כהן לצד החובה דווקא את החשש מהסכסם בכפייה ולא את בעיית החף.⁵⁷ הוא קבע כי יש להרשות

בין הצדדים. ראו ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 800; בג"ץ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוט גיסות השריון, פ"ד לה(1) 585.

⁵⁶ ראו ע"פ **בחמוצקי**, הערה 19 לעיל, בעמ' 549-550.

⁵⁷ להבדל בין טענה הכפייה לבעיית החף ראו הערה 11 לעיל.

לנאשם לחזור בו מהודאה אם זו לא ניתנה מרצונו החופשי והטוב של הנאשם, אם נעשתה בטעות או למטרות זרות וחיזונית או אם הנאשם לא הבין את משמעותה. הוא הוסיף וציין כי אם "הודה הנאשם באשר נתנו לו להבין שאם לא יודה יוטל עליו עונש חמור יותר, או יואשם בעבירות חמורות יותר או במספר גדול יותר של עבירות, עלול הספק להתעורר שמא לא הודה מרצונו הטוב והחופשי".⁵⁸ במקרה כזה אין לקבל את הודאתו. לכאורה, דברים אלו ממוטטים כל אפשרות להסדר טיעון, שכן כל הסדר טיעון מתבסס על הבנת הנאשם שעונשו או שהאישומים נגדו יהיו חמורים יותר אם יכפור באשמה ולא יודה. בהמשך דבריו מסביר השופט כהן, באמצעות דוגמאות, כי הפסול מתקיים רק כשהנאשם סבור שבית המשפט מחויב להסכם זה: כאשר התביעה אך חוזרת בה מהאישומים או טוענת לעונש בדרך שונה, והנאשם מבין שהדבר אינו מחייב את בית המשפט, אין בכך כדי כפייה הפוסלת את ההודאה.

מכיוון שכך, כל שעל השופט לעשות הוא להבטיח כי הנאשם מבין את משמעות הודאתו ומבין שבית המשפט אינו כבול בהסדר. על רקע זה נקבעה בעניין **בחמוצקי** הפרקטיקה השיפוטית של קבלת הסדרי טיעון. על פי פרקטיקה זו, על התביעה להציג בפני השופט את ההסדר קודם להודאת הנאשם, ואז על השופט להבהיר לנאשם את משמעות הודאתו ואת אי-כפיפותו של בית המשפט להסכמות הצדדים. רק לאחר שהנאשם מאשר לשופט כי הבין את ההליך, רשאי השופט לקבל את הודאתו. מכיוון שבעניין **בחמוצקי** לא הוזהר הנאשם כי השופט רשאי להטיל עונש חמור מזה שביקשה התביעה החליט השופט כהן לבטל את ההודאה ולהחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי.

ההתייחסות הראשונה לבעיית החף בפסק הדין הייתה של השופט קיסטר, שציין כי על בית המשפט לדחות הודאות כשיש מקום לחשש שהנאשם הודה בעבירה שלא ביצע. לדידו, אם בית המשפט יוודא שההודאה נעשתה מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם, כהצעת השופט כהן, יקטן החשש להודאת שווא. השופט השלישי שישב בדין, השופט לנדוי, ציין כי בניגוד לחבריו אין הוא חושש מפני הפגיעה בנאשם בהסדרי טיעון; חששו העיקרי הוא כי ההסדרים מיטיבים עם הנאשם בשל ההקלה שהוא זוכה לה – ומכאן שהם פוגעים בצדק.

הפרקטיקה שהציע השופט כהן אכן מאפשרת לוודא כי הנאשם הבין שבית המשפט אינו כבול בהסדר, אולם כלל לא ברור מדוע החשש מהרשעת חף גדול יותר כאשר הנאשם סבור שהשופט כבול בהסדר, כפי שסבר השופט קיסטר. בפסק הדין אין הסבר מדוע יש פגם בהודאה כשהנאשם שהודה היה סבור שבית המשפט מחויב להבטחה להקל בעונשו, ואין בה פגם כשהנאשם הודה ביודעו כי רק התביעה מחויבת להסדר אולם סביר מאוד שטיעוניה ישכנעו את השופט להקל בעונשו. התימהון גדל עוד יותר כשמדובר בהסדר ביחס לאישומים. מדברי השופט כהן עולה שכאשר הנאשם הודה משום שנתנו לו להבין כי האישומים יוחמרו אם לא יודה, הודאתו פגומה. לעניין האישומים השליטה של התביעה היא מלאה, ובכל הסדר לעניין אישומים הנאשם מודה

⁵⁸ שם, בעמ' 550.

ביודעו כי הימנעותו מכך תוביל להחמרה באישומים שבהם יורשע. כלל לא ברור מדוע תימצא כפייה במקרה שהנאשם סבר שבית המשפט יחמיר באישומים אם הוא לא יודה, אך לא כשהנאשם יודע שהתביעה – שהיא בעלת השליטה המלאה על כתב האישום – תעשה אותו דבר בדיוק. בכל מקרה, עיקרי הצעתו של השופט כהן הפכו בפסיקה מאוחרת יותר לדין מחייב, וכיום מונחית התביעה להציג את הסדרי הטיעון קודם להודאת הנאשם,⁵⁹ והשופטים מונחים להזהיר את הנאשם כי הם אינם כבולים בהודאה.

כאמור, בעניין **בחמוצקי** ניתן להבחין במחלוקת בין השופט קיסטר, שסבר כי הסיכון העיקרי בהסדרי טיעון הוא הסיכון להרשעת חף, לבין השופט לנדוי, שסבר כי החשש העיקרי מהפרקטיקה הוא הענישה המקלה. גם בפסיקה מאוחרת יותר ניתן למצוא מחלוקת דומה. בע"פ **עלי**⁶⁰ קבע השופט אלון בהערת אגב כי החשש מהרשעת חף קיים גם לאחר שהנאשם מודה בפני בית המשפט. מדבריו עולה כי הפרקטיקה הנהוגה אינה מספקת כדי למנוע הרשעות חפים, וכדי לצמצם חשש זה יש לאמץ בחוק הסדר שלפיו יחויב בית המשפט לבדוק אם יש בסיס עובדתי להודאה קודם קבלתה.⁶¹

לבסוף, בע"פ **פלוני**, בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים שלל מפורשות את קיומו של חשש להרשעת חף בהסדרים. בית המשפט קבע כי חשיפת חומר הראיות בפני הנאשם, זכותו לייצוג בעבירות חמורות, והעובדה שהתביעה בישראל פועלת במערך מקצועי ועצמאי ותחת ביקורת שיפוטית, מסירים את החשש מפני הרשעת חפים בהסדרי טיעון.⁶²

2. החשש להרשעת חפים בהסדרי טיעון

האם הסדרי טיעון מסכנים נאשמים חפים מפשע? יש הטוענים בחריפות כי מוסד הסדרי הטיעון מוביל להרשעת חפים מפשע ועל כן יש לבטלו.⁶³ את הדוגמה הבולטת ביותר להתממשותו של חשש זה הביא לראשונה פרופ' אלשולר, והמתנגדים להסדרי טיעון ציטטו אותה בהמשך פעמים רבות.⁶⁴ אלשולר הציג מקרה שסיפר לו עורך-דין מסן-פרנסיסקו על נאשם באונס שלדעת סנגורו היה זכאי. להערכת הסנגור, לתביעה לא היו ראיות להוכחת העבירה, והיא הציעה לנאשם עסקת טיעון שבמסגרתה הוא יורשע בתקיפה – עבירה שבגינה אין הוא צפוי לעונש החמור מ-30 ימי מאסר. כאשר הסנגור הציג בפניו לקוחו הנאשם את ההצעה, הוא הסביר לו כי הסיכוי שיוורשע באונס קלוש, אך הנאשם השיב בפשטות: "אני לא יכול לקחת את הסיכון". התנהגות זו של

⁵⁹ ראו הנחיות פרקליטת המדינה, הערה 2 לעיל.

⁶⁰ ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לון(3) 170, 186.

⁶¹ בעניין זה התבסס השופט אלון על המלצתם של אליהו הרנון וקנת מן, **עיסקות טיעון בישראל** 134-135 (תשמ"א).

⁶² ראו ע"פ **פלוני**, הערה 1 לעיל, בעמ' 592-595.

⁶³ Albert W. Alschuler, "The Changing Plea Bargaining Debate," 69 *Cal. L. Rev.* 652, 713-714 (1981); ראו Schulhofer, הערה 17 לעיל. להעלאת חששות דומים, אף כי בלא פתרון כה מרחיק-לכת, ראו Gifford, הערה 14 לעיל; כן ראו הרנון ומן, הערה 61 לעיל, בעמ' 134-135; גרוס, הערה 15 לעיל, בעמ' 260-261.

הנאשם היא בוודאי רציונלית: אפילו אם הסיכוי שיורשע אינו עולה על אחוזים בודדים, הסיכון בשנות מאסר רבות עשוי להצדיק הסכמה להסדר הטיעון. אין צורך להכביר מילים עד כמה בלתי-צודקת הייתה הברירה שהועמדה בפניו.⁶⁵

הדוגמה של אלשולר מציגה מקרה קיצוני להתנהגות פסולה של התביעה, אולם בהחלט ייתכנו גם מקרים פחות קיצוניים. כך, כאשר תובעת משתכנעת מאמינות עדותו של נפגע עבירה המפליל את החשוד ודוחה את כפירת החשוד. אם לא ניתן למצוא ראיות רבות שיתמכו בגרסת הנפגע – אף שזו, כאמור, מהימנה על התובעת – התובעת עלולה להעריך שהליך מלא יסתיים בזיכוי. במקרה כזה היא עשויה להציע לנאשם הסדר מקל שישקף את הסיכוי הגדול לזיכוי. אם העונש המוצע קל דיו, ייתכנו מקרים שבהם יהיה כדאי לנאשם להסכים להסדר אף אם האינטואיציה של התובעת בדבר אשמתו מוטעית. בדרך זו, ייתכן שההצעה לערוך הסדר טיעון תעודד נאשם חף להודות במעשה.

ייתכנו גם מקרים שבהם נאשם חף יודה במסגרת הסדר טיעון דווקא משום שהראיות נגדו מוצקות (למרות חפותו). בארץ הוצג המשפט החוזר של דינה בר-יוסף כראיה לחשש מפני הרשעת חף בהסדר בסיטואציה כזו.⁶⁶ המבקשת בתיק זה, שעבדה כעוזרת בבית המתלוננים, הורשעה בעקבות הסדר טיעון בגניבת ש"ח מבית מעבידיה. הודאתה נתקבלה לאחר שחוקר פרטי, שהוזמן לחקור גניבות חוזרות ונשנות של כסף מבית המתלוננים, השאיר בדירה שטרות המסומנים בצבע זרחני. לאחר מכן גילה החוקר בכליה של המבקשת שטרות כסף מסומנים, וסימני הצבע נמצאו גם על ידיה של המבקשת. בנסיבות אלו קשה היה להניח כי למבקשת סיכוי ממשי להימצא זכאית, והיא הודתה במסגרת הסדר הטיעון. כעבור זמן הסתבר למתלוננים כי הגניבות נמשכות גם לאחר שהמבקשת הפסיקה את עבודתה. מהעובדות אף עלה כי ייתכן שאת הגניבות ביצע בנם של המתלוננים. המתלוננים פנו למשטרה וביקשו לתקן את המעוות מאחר שהשתכנעו כי ידה של המבקשת לא הייתה במעל, והמבקשת זוכתה במסגרת משפט חוזר. זו, לכאורה, דוגמה לכך שהסדר טיעון הוביל להרשעה של נאשמת חפה;⁶⁷ עם זאת, כפי שאראה בהמשך, קשה לייחס את ההרשעה במקרה זה להסדר הטיעון, שכן סביר שגם בלעדיו הייתה הנאשמת מועמדת לדין ומורשעת על בסיס הראיות.⁶⁸

⁶⁴ ראו Albert W. Alschuler, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining," 36 *U. Chi. L. Rev.* 50, 61 (1968).
⁶⁵ יש המציגים גם פרקטיקות אחרות שבאמצעותן התביעה יכולה לפגוע בנאשמים. כך, יש הטוענים כי תובעים מנפחים את כתבי האישום באישומים בלא בסיס, כדי לתמרץ את הנאשם להסכים להסדר על האישומים המקוריים. הנאשם, המבקש לצמצם את הסיכון להרשעה באישומים החמורים, מסכים להסדר גם אם אינו אשם. ראו, למשל, Gifford, הערה 14 לעיל, בעמ' 47-49.

⁶⁶ ראו מ"ח 1114/00 **בר יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 225. לטענה זו ראו עמי קובו, "הודאת שווא רציונלית", **הסנגור** 3 54 (2001).

⁶⁷ יצוין כי לא ניתן לדעת בוודאות אם הנאשמת במקרה זה אכן הייתה חפה. לא נמצא הסבר אחר להימצאות הסימנים על ידה, ולכן כל שנקבע במשפט החוזר היה כי קיים ספק סביר באשמתה. אולם, המקרה מובא כאן אך כדוגמה להרשעה מוטעית, ואף אם ההרשעה במקרה זה לא הייתה מוטעית ניתן להניח כי היו הרשעות מוטעות במקרים דומים אחרים.

⁶⁸ ראו להלן, הטקסט ליד הערה 75.

בדוגמה של אלשולר תמרץ התובע את הנאשם להסכים להסדר טיעון למרות שידע (ככל הנראה) שאין די ראיות לביסוס אשמתו. בדוגמה השנייה התובעת אינה משוכנעת שהראיות מבססות בוודאות מספקת את אחריותו של הנאשם, אף שלהערכתה הוא ביצע את העבירה. בדוגמה של דינה בר-יוסף התביעה בוודאי האמינה הן באחריותה הפלילית של הנאשמת והן במוצקות הראיות בתיק נגדה. מובן שאין דרך להעריך בכמה מקרים הורשעו חפים בעקבות הסדרי טיעון, וכמה מאותן הרשעות מוטעות הושגו למרות שמעיון בראיות ניתן היה להעריך שהנאשם חף (כמו בדוגמה הראשונה) או שיש ספק באשמתו (כמו בשנייה). מכיוון שלא ניתן לדעת כמה הרשעות מוטעות נגרמות, לא ניתן לבסס אמפירית טענה לגבי שיעור הרשעות-השווא המושגות בהסדרי טיעון. אולם, במערכת משפט הפועלת עם מאות תובעים ומעבדת עשרות אלפי תיקים פליליים בשנה, סביר להניח שניתן היה למצוא גם כמה דוגמאות להודאות שווא במסגרת הסדרי טיעון כאמור לעיל. די בכך, טוענים המבקרים, כדי להצדיק איסור על השימוש בהסדרי טיעון.

זאת ועוד: בכל הדוגמאות לעיל, החלטת הנאשמים החפים להסכים להסדר הטיעון נבעה מבחירה רציונלית שלהם בין האופציות שניתנו להם. אלא, שמבקרי ההסדרים טוענים שהבעיה חמורה עוד יותר מכיוון שלא אחת הנאשמים אינם מקבלים החלטות רציונליות המבוססות על הערכה נכונה של סיכונים וסיכויים. הנאשמים אינם מודעים תמיד לכל זכויותיהם, ולעתים החלטותיהם מתקבלות תחת הלחץ הכבד הנובע מההליך הפלילי. החלטות אלו אינן תמיד רציונליות. אם הנאשם אינו מסוגל לכלכל את מעשיו באופן שיקדם את האינטרסים שלו, או שהוא אינו מסוגל להבין נכונה את מכלול האפשרויות העומדות בפניו, הוא עלול להסכים גם להצעה שאינה מיטיבה עמו. יתרה מזאת: התביעה עלולה לנצל את חוסר-הבנתו ואת מגבלותיו ולשכנעו להסכים להצעה גם כשאין בה כל היגיון על רקע הראיות או על רקע חומרת העבירה שבה הוא מואשם. הבעיה חריפה במיוחד כאשר הנאשם חף, שכן אז הוא עלול להסכים לעונש בגין עבירה שכלל לא ניתן לבסס על הראיות הקיימות. בדרך זו, תוך ניצול בורותו ומגבלותיו של הנאשם, ניתן להיעזר בהסדרים כדי להביא לענישתו למרות חפותו. בכל אלו, נטען, יש כדי להצדיק איסור על הסדרי טיעון.

3. יתרונותיהם של הסדרי טיעון ובעיית החף

(א) הסדר טיעון כאופציה לנאשם החף – מבט אל הפרט

לכאורה, הטיעונים לעיל אמורים להוביל למסקנה שמערכת משפט, המייחסת חשיבות רבה לצורך במניעת טעויות של הרשעת חף, חייבת לאסור על הסדרי טיעון. אולם, תומכי ההסדרים הציעו בחינה מעמיקה יותר של הסוגיה, המציירת תמונה שונה בתכלית.⁶⁹ ניתוחם הראה כי משטר

⁶⁹ למאמרים המרכזיים שהעלו טענות אלו ראו Scott & Stuntz, הערה 10 לעיל, וכן Thomas W. Church Jr., "In Frank H. Easterbrook, "Criminal ; Defense of 'Bargain Justice'," 13 L. & Soc'y. Rev. 509, 513-516 (1979). Procedure as a Market System," 12 J. Legal Stud. 289 (1983). ראו גם גול, הערה 16 לעיל, בעמ' 6-7.

המתיר לערוך הסדרי טיעון אינו פוגע ככלל בנאשמים חפים; נהפוך הוא: הסדרי טיעון עשויים להיטיב עם נאשמים חפים, מכיוון שהסדר טיעון הוא רק אופציה. קשה ככל שתהיה, שלילתה תהיה לנאשם קשה יותר. נאשם חף הבוחר להודות במסגרת הסדר טיעון מגלה בכך כי ההסדר עדיף לו על הסיכון שבעמידה לדין. בנסיבות אלו, איסור על הסדרים משמעו חיוב הנאשם לעמוד לדין – ולכן האיסור לא יוכל להיטיב עמו. זאת ועוד: משטר שקיימים בו הסדרי טיעון יוצר תמריצים לנאשמים לגלות את אשמתם ולחפים לנסות להפריך את האישומים במסגרת הליך משפטי. לפיכך, במשטר כזה שיעור החפים המורשעים יהיה קטן יותר מבמשטר האוסר על הסדרי טיעון. להצגת טענות אלו אפנה כעת.

הניתוח להלן יניח כי הסדרי טיעון נערכים על פי המתכונת המקובלת בישראל: ההסדר נערך אחר הגשת כתב האישום ובשלב שבו הנאשם זכאי לראות את מלוא חומר הראיות שבידי התביעה.⁷⁰ עוד אניח, לשם הפשטות, כי לנאשם מוצע הסדר לעניין העונש (ולא על האישומים), ושכאשר הצדדים מגיעים להסדר – בית המשפט מאמצו (בפרקים הבאים אתייחס גם להסדרים לעניין אישומים ולקיומה של ביקורת שיפוטית על ההסדרים). בשלב הראשון אניח גם כי הנאשם פועל באופן רציונלי. בהקשר שלנו, אדם ייחשב רציונלי אם הוא פועל באופן שייטיב עמו ביותר, לפי המידע שבידו.⁷¹ עם זאת, חשוב להדגיש כי שני אנשים עשויים לפעול ברציונליות ובכל זאת לקבל במצב דומה החלטה שונה. כך, למשל, החלטת הנאשם מושפעת לא רק מהסיכויים ומהסיכונים במשפט אלא גם מאופיו, ממידת החשש שלו מעונש זה או אחר, ממידת הסבל שלו ממצבים של חוסר-ודאות וכיוצא באלה; מה שטוב לאחד לא בהכרח טוב לאחר. לכן, הבדלים אלו בין נאשמים, המשפיעים על החלטתם, אינם פוגעים בהנחת הרציונליות. גם כאשר רציונליות מפורשת באופן זה, יתכן שההנחה כי נאשמים פועלים ברציונליות אינה תקפה במקרים רבים. בשלב הראשון יוצג ניתוח הסוגיה על בסיס הנחה זו; בשלב השני ההנחה תוגמש.

כאמור, עם הגשת כתב האישום הנאשם וסנגורו מקבלים לידיהם את חומר הראיות, והנאשם יודע גם אלו ראיות יוכל להביא מטעמו. על בסיס מידע זה יכולים הנאשם וסנגורו להעריך את הסיכון הצפוי לנאשם מעמידה לדין, התלוי בסיכוי שיורשע ובעונש הצפוי לו אם יורשע.⁷² בהתבסס על מידע זה יכול הנאשם לקבוע אלו הסדרים יהיו עדיפים מבחינתו על עמידה לדין. מובן שככל שהעבירה שבאישום חמורה יותר, וככל שהוא מעריך כי סיכוייו להימצא זכאי נמוכים יותר, כך יסכים הנאשם גם להסדרים שבהם העונש המוסכם כבד יותר. להלן אכנה את העונש

⁷⁰ הסדר טיעון נערך על בסיס כתב אישום שהוגש ושעם הגשתו קמה לנאשם זכות לעיין בחומר החקירה נגדו; ראו סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. יצוין, כי בחלק ממערכות המשפט בארצות-הברית נערך לא אחת הסדר טיעון בשלב מוקדם יותר של החקירה, בטרם גובש כל חומר הראיות. לעתים חובת גילוי החומר במשא ומתן להסדר טיעון היא מצומצמת יותר. מכיוון שבארץ נדיר כי מתקיים משא ומתן להסדר קודם להגשת כתב האישום, לא אדון בשאלות שמתעוררות במקרה שהחומר לא נחשף בפני הנאשם.

⁷¹ למשמעותה של הנחת הרציונליות ראו Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics," 88 *Cal. L. Rev.* 1051, 1060-1066 (2002).

⁷² מבחינת הנאשם יכלול העונש גם את כל הנזקים שייגרמו לו עקב ההרשעה, ובכלל זה הסטיגמה החברתית, המגבלה שהרשעה עשויה להטיל על התקדמותו המקצועית ועוד.

המרבי שהנאשם יסכים לו במסגרת הסדר "העונש הקריטי". הנאשם יסכים להסדר טיעון שבמסגרתו יוצע לו עונש נמוך מהעונש הקריטי או שווה לו, וידחה הסדר שבמסגרתו יוצע לו עונש גבוה מהעונש הקריטי. העונש הקריטי תלוי בהסתברות שהנאשם ימצא אשם לפי הערכתו ובעונש שהוא צופה שיוטל עליו אם אכן יורשע, כמו גם ביחסו לסיכון ובהעדפותיו.

נניח כי תובעת מחליטה להעמיד לדין נאשם חף מפשע. התובעת יכולה לעשות כן מכיוון שהראיות מלמדות שהנאשם אשם (כמו במקרה של דינה בר-יוסף⁷³), מכיוון שהיא מאמינה באשמתו אף שהראיות אינן כה קונקלוסיביות, או במטרה לפגוע בו למרות חפותו או למרות שהיא יודעת שיש סיכוי משמעותי שהוא חף (כמו בדוגמה של אלשולר⁷⁴). מערכת המשפט צריכה כמובן להקטין את הסיכון של הנאשם מפני הרשעה בכל שלושת המקרים. על בסיס המידע שבידו הנאשם יכול להעריך את סיכוייו להוכיח את חפותו בהליך משפטי. אם מערכת המשפט הייתה מושלמת, לא היה כל חשש שבית המשפט ירשיע אותו. במקרה כזה לכאורה ניתן היה לבסס טענה נגד הסדרים, אולם במקרה כזה שום הצעה של התובעת להסדר טיעון לא תתקבל. כאשר הנאשם יודע שבית המשפט יזכה אותו בוודאות, אין כל סיבה כי יסכים להרשעה ולעונש במקום להימצא זכאי.

הקושי מתעורר כשהנאשם חושש כי למרות חפותו הוא עלול להימצא אשם בהליך משפטי. במקרה כזה, הנאשם עשוי להעדיף עונש מוסכם מסוים על פני הסיכון שבעמידה לדין. חומרתו המרבית של עונש זה היא "העונש הקריטי". אם התובעת תציע לנאשם הסדר מוסכם לעונש שאינו כבד מהעונש הקריטי, הוא יסכים להסדר למרות חפותו. בדרך זו מביאים ההסדרים לענישת חפים מפשע.

אולם, האם איסור על הסדרי טיעון פותר את בעיית הנאשם החף? נניח כי החוק אוסר על הנאשם ועל התובעת להגיע להסדר טיעון. במקרה כזה הנאשם יאלץ לעמוד לדין ולשאת בסיכון של הרשעה בבית משפט ושל העונש החמור הצפוי בעקבותיה. מבחינתו – לפחות כל עוד הוא פועל בצורה רציונלית – מצב זה גרוע מקבלת הסדר הטיעון, מכיוון שבעצם החלטתו להסכים להסדר גילה הנאשם את דעתו כי הסיכון שבעמידה לדין גורם לו סבל רב יותר מקבלת העונש המוסכם. במילים אחרות: איסור על הסדרי טיעון ישלול מהנאשם החף את האופציה להסכים להרשעה ועונש שחומרם, מבחינתו, פחותה מחומרת הסיכון של הליך פלילי מלא. הטלת איסור על הסדרים יכולה לכן רק לצמצם את האופציות העומדות בפני הנאשם החף, ולכן להרע את מצבו. מטעם זה, איסור על הסדרים לא יוכל להגן על הנאשם.⁷⁵ במקרה של דינה בר-יוסף, אם היו שוללים ממנה את הזכות להגיע להסדר טיעון היא הייתה נאלצת לעמוד בפני הסבל והעלות הכרוכים בהליך פלילי ממושך שבסופו, ככל הנראה, הייתה מורשעת נוכח ההוכחות החותכות שהצטברו נגדה, ונענשת בלא לזכות בהקלה המוסכמת. בדומה, בדוגמה של אלשולר, הגבלת זכותו של הנאשם להגיע להסדר טיעון הייתה מחייבת אותו לשאת בסיכון שהמושבעים ירשיעו

⁷³ ראו מ"ח בר יוסף, הערה 66 לעיל.

⁷⁴ ראו Alschuler, הערה 64 לעיל, בעמ' 61.

אותו בטעות ועקב כך ייגזר עליו לרצות שנות מאסר רבות. בוודאי שלא ניתן להצדיק גישה זו ברצון להגן על הנאשמים.

(ב) הסדרי טיעון והנאשמים החפים – מבט אל הכלל

אינטרס הפרט ואינטרס הכלל

האינטרסים של הנאשם הבודד אינם בהכרח מכריעים. ייתכן כי לכל נאשם חף כדאי להסכים להסדר טיעון המוצע לו, ובמקביל, עצם קיומו של משטר המתיר הסדרי טיעון פוגע בסך הנאשמים החפים מפשע. ניתן להסביר טענה זו תוך השוואתה להגנות המוענקות לעובדים באמצעות הגבלת יכולתם להתקשר. הצעה של מעביד לעובד מובטל להעסיקו בשכר הנמוך משכר המינימום עשויה רק להיטיב עם העובד, שכן היא מאפשרת לו אלטרנטיבה שלא הייתה לו: הוא יכול לקבל עבודה ולו בשכר נמוך. בכל זאת, היתר למעבידים להציע הצעות כאלו עשוי לפגוע בכלל העובדים, שכן כל הצעה כזו לעובד אחד פוגעת ביכולתם של עובדים אחרים להשתכר שכן הגבוה משכר המינימום. בדומה, ייתכן שכל נאשם חף אכן יעדיף לערוך הסדר טיעון, אולם כלל החפים ייפגעו ממשטר המאפשר הסדרים כאלו.

מבחן שיעור ההרשעות המוטעות

אכן, יש בסיס לחשש כי חשודים חפים ייפגעו מהיתר לערוך הסדרי טיעון. הסיבה לכך טמונה בהיותם של החשודים החפים חלק מהחשודים בכלל. הסדרי טיעון מפנים לרשויות משאבים, ומשאבים אלו מופנים לטיפול בחשודים נוספים, שבלית ברירה לא היו מועמדים לדין ולא היו נענשים במשטר האוסר על הסדרי טיעון. מטעם זה הסדרי הטיעון מאפשרים לתביעה להעמיד לדין יותר חשודים. מכיוון שבין החשודים יש בוודאי כמה חפים מפשע, הרחבת מספר החשודים המועמדים לדין תרחיב גם את מספר החפים המועמדים לדין. במילים אחרות: הסיכויים שחשוד כלשהו – ובכלל זה חשוד חף מפשע – יועמד לדין הם רבים יותר במשטר המתיר הסדרי טיעון. במערכת שאינה מושלמת, ככל שיותר חשודים חפים מועמדים לדין, יותר חפים מורשעים בדין. התוצאה היא שכלל החשודים החפים עשויים להיפגע מקיומם של הסדרי טיעון מכיוון שהם חלק מכלל החשודים, ומכיוון שכלל החשודים נפגעים מקיומם של הסדרים.

אם כן, מספר הנאשמים החפים יגדל, ומכיוון שחלקם יורשעו בטעות – גם מספר החפים המורשעים יגדל. תומכי ההסדרים טוענים כי אין להסיק מכך שיגדל גם שיעור החפים שיוורשעו מתוך כלל המורשעים. כל עוד שיעור החפים והאשמים בקרב הנאשמים החדשים – שיואשמו עקב המשאבים שהתפנו בזכות הסדרי הטיעון – דומה לשיעורם בקרב הנאשמים שהיו מועמדים לדין גם במשטר שאין בו הסדרי טיעון, אין לצפות לגידול בשיעור החפים המורשעים עקב הסדרי

⁷⁵ ראו Scott & Stuntz, הערה 10 לעיל.

הטיעון. לשון אחר: על אף שמספר החפים מפשע שיורשעו גדול יותר במשטר שבו מותרים הסדרי טיעון, שיעור החפים מפשע שייענשו לא בהכרח יגדל. למעשה, כפי שאראה בהמשך, תומכי ההסדרים טוענים כי שיעור החפים המורשעים יקטן.⁷⁶ אם כן, השאלה היא אם מוצדק להגביל את השימוש בהסדרי טיעון מכיוון שמספר החפים שיורשעו יגדל גם כשיעור ההרשעות המוטעות לא גדל?

התשובה היא בשלילה. מטרתה של מערכת המשפט הפלילי היא להרשיע אשמים ולהבטיח כי לא יורשעו חפים. לפיכך, על מערכת המשפט להתמודד עם שני סוגים של טעויות: הרשעת חף ואי-הרשעת אשם. מובן שאין מדובר בטעויות שוות-משקל: הרשעת חף חמורה בהרבה מזיכוי אשם. כך, הדרישה כי הרשעה תתבסס על הוכחה מעבר לכל ספק סביר משקפת את ההעדפה החברתית ביחס לשני סוגי הטעויות. אולם, מעצם הבחירה ברמת הוכחה שאינה מוחלטת מתבקשת המסקנה כי יש ערך גם במניעת טעויות מהסוג השני. ייתכן כי "יותר טוב לפטור אלף חוטאים מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים",⁷⁷ אולם משבחרנו לקיים מערכת משפט פלילית, שלכל הדעות עלולה – ולו במקרים חריגים ביותר – להרשיע חפים, הבהרנו את עמדתנו שקיים יחס מסוים של הרשעות חפים שאנו מעדיפים על מתן פטור לכל החוטאים כולם.⁷⁸ אם נעריך, רק לשם הדוגמה, כי אחד מכל עשרת אלפים מורשעים הוא חף, הרי שבבחירתנו בקיום מערכת משפט פלילי למרות הערכה זו הבענו עמדה לפיה הרווח לחברה מעשרת אלפי אשמים מורשעים גדול מהנזק שנגרם מהרשעת חף אחד. בחברה שבה מערכת המשפט אינה מושלמת, אין לאדם זכות מוחלטת שלא לעמוד בסיכון להרשעה מוטעית.⁷⁹ משמעות הדבר היא כי הגדלת מספר האשמים והחפים

⁷⁶ ראו להלן, הטקסט ליד הערות 82-89.

⁷⁷ דברי הרמב"ם בספר המצוות, מצוות לא תעשה ר"צ, כפי שהובאו על ידי השופט קיסטר בעניין **בחמוצקי**, הערה 19 לעיל, בעמ' 556. על השאלה מהו היחס בין הנזק שבהרשעת חף לנזק שבזיכוי אשם ניתנו תשובות רבות. וויליאם בלקסטון אמר כי עדיף שעשרה אשמים יימלטו מאשר שחף אחד יורשע. היחס של בלקסטון – 1:10 – נתפס כמשקף את המשפט המקובל מראשית המאה ה-19. מאז הציעו רבים מימרות שונות המשקפות יחס שונה בין הנזק מהרשעת חף לבין הנזק מזיכוי אשם. לסקירה השוואתית מקיפה ראו Alexander Volokh, "n Guilty Men," 146 *U. Pa. L. Rev.* 173 (1997).

⁷⁸ השאלה כיצד לקבוע מהו היחס האופטימלי בין שני סוגי הטעויות שנויה במחלוקת. ריצ'רד פוזנר סבור כי יש להכריע בשאלה על פי העלות של הטעויות השונות. לגישתו, ההצדקה לנטל הוכחה בפלילים הגבוה ממאזן הסתברויות נעוצה בעובדה שהעלות של הרשעה מוטעית גדולה יותר מעלות של זיכוי מוטעה. זאת, מכיוון שכל הרשעה – נכונה או מוטעית – מטילה סבל כבד על הנאשם וגם עלות משמעותית על החברה הנושאת במימון של ההליך המשפטי ושל העונש. לפיכך, התועלת מהרשעה מוצדקת היא קטנה יחסית: היא שווה לתועלת מקידום ההרתעה וממניעת עבירות פחות עלות ההרשעה. לעומת זאת, העלות של הרשעה מוטעית גדולה בהרבה: היא כוללת את הפגיעה בהרתעה עקב הפגיעה באמינות המשפט הפלילי, את הפגיעה במניעה וגם את העלות של ההליך והעונש. מטעם זה, לגישתו, יש לקבוע סטנדרט הוכחה גבוה להרשעה בפלילים. ראו Richard A. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration," 2 *J. Legal Stud.* 399 (1973). פרופ' דוורקין, לעומתו, סבור כי חישוב העלויות חייב להתחשב גם בנזק המוסרי שנגרם מהרשעת חף, ומכאן שהפער בין הנזקים שגורמים שני סוגי הטעויות גדול עוד יותר. אולם, גם לגישתו של דוורקין יש כמות מסוימת של הרשעות נכונות שתהא מוצדקת גם במחיר של הרשעת חף אחד: לאדם בחברה אין זכות מוחלטת שלא יורשע בטעות. ראו דוורקין, הערה 18 לעיל, בעמ' 92.

⁷⁹ ראו דוורקין, שם.

המורשעים, תוך שמירה על היחס הקיים בין הרשעת אשמים להרשעת חפים, תקדם את הרווחה החברתית.⁸⁰

כאמור, הסדרי טיעון מפנים לתביעה משאבים להעמיד לדין חשודים רבים יותר, ולכן הם עלולים להגדיל את מספר החפים שיועמדו לדין. אולם, המבחן הראוי הוא האם ההסדרים עלולים להגדיל את שיעור החפים בקרב המורשעים. מכיוון שהחפים נפגעים בשל הרחבת רשת האכיפה על חשודים רבים יותר, הרי שהגידול בשיעור החפים המורשעים – לפי טענת תומכי ההסדרים – צפוי להיות דומה לגידול בשיעור האשמים המורשעים (למעשה, בהמשך אראה כי שיעור הגידול במספר החפים המורשעים צפוי להיות אפילו קטן יותר משיעור הגידול במספר האשמים המורשעים). ההיגיון שבשילת ההסדרים כדי למנוע גידול זה בשיעור החפים המורשעים דומה להיגיון של ההצעה לחון כל מורשע שני, ובדרך זו לצמצם למחצית את מספר החפים מפשע המורשעים; הוא דומה גם להיגיון שבהצעה לצמצם למחצית את משאבי התביעה ובית המשפט כדי להגן על חפים מפשע. חוסר-ההיגיון שבהצעות אלו בולט על פניו. לפיכך, צמצום משאבי רשויות האכיפה, באמצעות איסור על הסדרי טיעון, אינו פתרון מידתי לבעיית החף.

אם נחזור לדוגמה של דינה בר-יוסף, ייתכן שאיסור על הסדרי טיעון היה מגביל את משאבי התביעה כך שגבי בר-יוסף כלל לא הייתה מועמדת לדין. אולם, עמה לא היו מועמדים לדין גם גנבים רבים שהיו נגדם ראיות חזקות באותה מידה. איש לא יטען כי צמצום זה של משאבי התביעה מהווה פתרון הולם לבעיית החף.

יתרה מזאת: יש חשש כבד שביטול הסדרי טיעון יוביל את מערכת המשפט למצוא דרכים אחרות לקצר ולפשט את ההליכים. הלחץ הציבורי שעשוי להיווצר בעקבות שחרור חשודים רבים עקב היעדר משאבים עלול להוביל לנקיטת אמצעים אחרים לזירוז ההליכים, תוך שחיקת זכויות הנאשמים. שופטים עלולים לזרז עוד יותר את חקירת העדים, להגביל את טיעוני הצדדים ולדחות בקשות של הצדדים העלולות לחייב זמן שיפוטי רב. תופעות אלו יקטינו את אמינות תוצאותו של ההליך הפלילי ולכן יגדילו את סיכוייו של נאשם חף מפשע להימצא אשם.⁸¹

צמצום החשש להרשעת חפים – "אפקט המסננת"

⁸⁰ אינני מתייחס במאמר זה לטענות דאונטולוגיות נגד הסדרי טיעון, כמו הטענה שלפיה הענישה בהסדר טיעון מושגת בכפייה ולכן פסולה, גם אם שיעור המורשעים בהסדרים קטן. לדיון בטענות מסוג זה ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 146-163. כמו כן, אינני טוען כי השיעור ההולם או הנוהג של היחס בין חפים לאשמים המורשעים הוא 10,000:1. יחס זה מובא כדוגמה בלבד, והטיעון תקף לגבי כל יחס שייבחר.

⁸¹ לאורך כל הניתוח לעיל וגם להלן אני משווה בין מערכת משפט המתירה הסדרים למערכת האוסרת הסדרים, בהנחה שאין הבדל אחר בין המערכות. בעיקר אני מניח כי שתי המערכות נהנות מהקצאת משאבים זהה. ניתן, כמובן, לטעון שבמקביל לאיסור על הסדרי טיעון יש להוסיף משאבים שיבטיחו כי רמת מערכת המשפט הפלילי תעלה; אולם במקרה כזה השיפור אינו כתוצאה מהאיסור על הסדרי טיעון אלא כתוצאה מתוספת המשאבים. לפיכך, בחינת היתרונות והחסרונות שבקיום הסדרי טיעון מחייבת להניח שכל יתר המאפיינים של המערכות נותרים זהים. לדיון בהנחת המשאבים הזהים ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 195-196.

זאת ועוד: תומכי ההסדרים טוענים כי הסדרי טיעון צפויים דווקא לצמצם את שיעור החפים המורשעים. עד כה הנחתי כי אין כל פערי מידע בין הנאשם לבין התביעה, אלא שפערי מידע כאלה קיימים. התביעה מחזיקה בראיות שאספה המשטרה, ועל בסיסן היא מעריכה את סיכויי ההרשעה של הנאשם. הנאשם, זכאי לעיין בראיות התביעה אך נוסף על ראיות אלו, הוא יודע אם הוא אשם או חף. ההליך השיפוטי מעמיק בחקר הראיות מעבר לחקירה המשטרית. בחינת הראיות על ידי הצדדים, החקירה הראשית והנגדית של העדים וכיוצא באלה מסייעים לבית המשפט לקבל הערכה טובה יותר ביחס לאשמת הנאשם מזו שיכולה התביעה לקבל על בסיס הראיות הקבילות שבידיה טרם המשפט.⁸² לפיכך, כאשר הנאשם זכאי, הסיכוי שבית המשפט ימצא אותו זכאי גדול, במרבית המקרים, מההערכה המוקדמת של התביעה שכך יקרה – ואילו כשהוא אשם, הסיכוי שלו להימצא זכאי קטן מההערכה המוקדמת של התביעה. אינני טוען, כמובן, שבכל מקרה יהיו הערכות התביעה על בסיס הראיות מוטות בצורה זו; גורמים רבים משפיעים על הערכות הסיכויים של התביעה ושל הנאשם. הטענה כאן היא חלשה הרבה יותר. הטענה היא שקיים מתאם סטטיסטי כלשהו – שבדאי אינו מושלם – בין האחריות הפלילית לבין פערי ההערכות שבין הצדדים. בניסוח אחר: כאשר מונחים בפני אותה תובעת שני תיקים זהים מבחינת הראיות שבהם נגד שני נאשמים – האחד חף והאחר אשם – היא צפויה להעריך את סיכויי ההרשעה באופן דומה. מנגד, בהיעדר הבדלים נוספים, סיכויי ההרשעה שיצפה הנאשם החף יהיו מועטים מאלה שיצפה הנאשם האשם.

כיצד משפיעה תופעה זו על החלטות הנאשמים? גרוסמן וכך⁸³ הראו כי אם נאשמים מתנהגים באורח רציונלי, ההסדרים משמשים בהליך הפלילי כמסננת להפרדה בין אשמים לחפים מפשע. שיעור הנאשמים האשמים שיבחרו בהסדר טיעון שתציע להם התביעה יהיה גדול יותר משיעור החפים שיסכימו להסדרים אלו. בדרך זו, יותר חפים יפנו למשפט וסיכוייהם להימצא זכאים יגדלו.⁸⁴ ניתן להסביר תופעה זו באופן הבא: כאשר עומדים בפני התביעה כמה נאשמים בעבירה דומה, שחומר הראיות נגדם דומה, התביעה אינה יודעת מי מהנאשמים שבפניה אכן אשם. הערכתה את סיכויי ההרשעה והעונש שיוטל בבית המשפט תהיה דומה ביחס לכל אחד מהנאשמים, ולכן היא תציע לכולם הסדר טיעון דומה. מבין הנאשמים, האשמים צפויים להעריך את סיכוייהם להימצא זכאים כנמוכים יותר מאלה שיעריכו החפים. מכאן, שהעונש הקריטי של האשמים צפוי להיות גבוה מהעונש הקריטי של החפים.

⁸² ייתכן, אמנם, שיהיו בידי התביעה ראיות נוספות – שאותן לא תוכל להציג בפני בית המשפט – ואלה ישנו את הערכותיה באשר לסיכוי כי הנאשם אכן אשם. אולם, ראיות אלו לא ישנו את הערכתה באשר לסיכויי הרשעתו, שכן ידוע לה כי לא תוכל להציגם בבית המשפט. ההשוואה הנערכת כאן מבחינה בין הערכת התביעה את סיכויי ההרשעה לבין ההערכה של בית המשפט באשר לסיכוי כי הנאשם אשם. מטעם זה, לראיות שאינן קבילות אין כל השפעה על ההערכות הללו.

⁸³ ראו Gene M. Grossman & Michael L. Katz, "Plea Bargaining and Social Welfare," 73 *Am. Econ. Rev.* 749 (1983).

⁸⁴ ראו על כך גם Scott & Stuntz, הערה 10 לעיל, בעמ' 1947-1940.

מכיוון שכולם יקבלו פחות או יותר אותה הצעה, רוב האשמים יעדיפו לקבל את ההצעה ואילו שיעור החפים שיקבלו אותה יהיה קטן יותר. במילים אחרות: הצעת התביעה לנאשמים החפים תתבסס על הערכתה את סיכויי ההרשעה, המוטה לרעת נאשמים אלו – ולכן ההצעה לא צפויה להיות אטרקטיבית עבורם. מנגד, הערכת התביעה את סיכויי ההרשעה של נאשמים אשמים המוטה לטובתם, ולכן הצעת ההסדר צפויה להיות עדיפה עבורם על עמידה לדין. בעוד שמרבית הנאשמים האשמים צפויים להסכים להסדר, רבים מהחפים ידחו את ההצעה. החפים שידחו אותה יועמדו לדין, וכיוון שהמערכת אינה מושלמת – חלקם יזוכו וחלקם יורשעו. לעומת זאת, הנאשמים שישכימו להסדר יורשעו בוודאות. התוצאה היא שבזכות הסדרי הטיעון שיעור החפים שיעורשעו יהיה קטן משיעורם במשטר האוסר על הסדרי טיעון. הסדרי הטיעון משמשים כמסננת בין נאשמים אשמים לנאשמים חפים, ומקטינים את שיעור החפים מפשע המורשעים.

הוספת שיקולים התנהגותיים-פסיכולוגיים לניתוח לעיל רק מחזקת את המסקנה הנובעת ממנו. מי שאינו אשם, יתקשה – מבחינה פסיכולוגית – להודות ולגנות את עצמו בגין מעשה שלא ביצע;⁸⁵ מנגד, עבור אדם אשם ההודאה יכולה לשמש פורקן ללחץ הכרוך בהסתרת האמת ולהתמודדות עם רגשות החרטה.⁸⁶

ייתכן שניתן למצוא גם בסיס אמפירי מסוים לאפקט המסננת. מחקרים שבחנו מקרים של הרשעות מוטעות שהתגלו מלמדים כי ניתן לייחס רק חלק קטן מהטעויות להסדרי טיעון מפורשים או משתמעים.⁸⁷ כאשר משווים את השיעור הנמוך כל כך של הרשעות-השווא המיוחסות להסדר טיעון מבין הרשעות השווא שנחשפו, לשיעור הגבוה כל כך של ההרשעות המיוחסות להסדרים אלו, ניתן להסיק כי הסדרי הטיעון אכן משמשים מסננת טובה למדי

⁸⁵ הכוונה כאן להודאה בהליך המשפטי. מובן כי אין לגזור מכך גזירה שווה להודאה בשלב החקירה המשטרית, שהסיכוי שהיא תהיה הודאה שקרית גדול בהרבה. זאת, בשל אופייה של החקירה המשטרית, בשל הלחץ הגדול הקיים בעת עריכתה, בשל העובדה שהחשוד אינו יכול לשקול את ההחלטה להודות בנחת במשך זמן סביר ובשל כך שהוא אינו נהנה מייצוג של סנגור שעמו יוכל להיוועץ בטרם יחליט אם להודות. לעניין החשש מהודאות שווא במשטרה ראו **דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (בראשות אליעזר גולדברג, תשנ"ה).

⁸⁶ ראו מאיר גלבו, "חוסר הרציונליות שבהודאת שוא רציונלית – הערות למאמרו של ע"ד עמי קובו 'הודאת שוא רציונלית'", **הסנגור** 5, 3 (2001).

⁸⁷ ראו, למשל, Hugo Adam Bedau & Michael L. Radelet, "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases," 40 *Stan. L. Rev.* 21, 63 (1987). מבין 350 מקרים של עיוות דין בתיקי רצח ואונס מן המאה ה-20 שבחנו, מצאו החוקרים רק מקרים ספורים שבהם הודאת הנאשם במשפט הייתה הגורם להרשעה המוטעית. בכ-17 מקרים מתוך 350 ההרשעה התבססה, בין השאר, על הודאה בבית המשפט, ולפחות בשישה מקרים מתוכם לא ניתן לייחס את ההודאות לרצון להשיג עונש קל יותר. בחמישה מקרים מתוך ה-17 טענו הנאשמים כי הודו בשל החשש מעונש חמור (לרוב מתוך רצון להימנע מעונש מוות), ובמקרים האחרים סיבת ההודאה לא הובהרה די צורכה במאמר. בכל מקרה, מבין עיוותי הדין בעבירות החמורות שנבדקו במאמר, שיעור הטעויות שנגרמו עקב הודאת שווא הוא קטן. סיבות בולטות בהרבה להרשעות מוטעות הן זיהוי שגוי של עדי ראיה או התנהגות פסולה של שוטרים או של תובעים. אם המקרים שנחקרו מהווים מדגם מייצג, פחות או יותר, של מקרי ההרשעות המוטעות, יש בכך אינדיקציה לפעולה של אפקט המסננת. מכיוון שמרבית ההרשעות – גם בעבירות חמורות מהסוג שנדון שם – מושגות באמצעות הודאות באשמה, ולעומת זאת הרוב המכריע של עיוותי הדין נגרם בתיקים שבהם הנאשמים כפרו באשמה, ניתן לראות במחקר אינדיקציה לכך שנאשמים חפים נוטים פחות להסכים להסדר טיעון מנאשמים אשמים. יצוין, כי גם המקרים שבהם הודאת-השווא נמסרה כדי להשיג הקלה בעונש אינם מלמדים על פגם בעצם השימוש בהליך של ענישה בהסכמה, אלא רק באופן השימוש בהליך זה באותם מקרים. כפי שאראה בהמשך פרק זה, יצירת מגבלות על שיעור הפשרות בהסדרים יכולה לצמצם מאוד את שיעור ההרשעות המוטעות בהסדרים. כך, אטען, אין להתיר המרת

להפרדה בין חפים לאשמים.⁸⁸ עם זאת, יש להיזהר בהסקת המסקנות ממחקרים אלו. בהחלט ייתכן שעיוותי דין במקרים שבהם הנאשמים מודים באשמה נחשפים פחות, מכיוון שנאשמים שמודים לא מערערים אחר כך על הרשעתם, ואז הסיכוי שהטעות בעניינם תתגלה הוא קטן יותר. זאת ועוד: ייתכן כי המדגמים הללו, העוסקים בעבירות חמורות ביותר, אינם מהווים מדגם מייצג לכלל ההרשעות המוטעות.⁸⁹ יש מקום לחשש שבעבירות קלות יותר שיקולי הנאשמים יהיו שונים, כך שהממצאים עשויים להיות שונים.⁹⁰ לפיכך, קשה לבסס אמפירית את הטענה בדבר אפקט המסננת. בה במידה גם אין בסיס אמפירי לשלילת הטענה, ועל פניה היא נראית סבירה. לפיכך, התומכים בהסדרי טיעון טוענים כי איסור על הסדרים רק יגדיל את שיעור החפים מפשע המורשעים.

סיכום טענותיהם של התומכים בהסדרי טיעון

ניתן לסכם את שתי הסיבות העיקריות לכך שהחשש מהענשת חפים מפשע אינו מהווה נימוק משכנע כנגד השימוש בהסדרי טיעון. ראשית, אף כי ייתכן שנאשם חף מפשע יסכים לקבל הצעה לעונש חלופי, איסור על הסדרים לא יקל על מצבו. בחירתו בהסדר מלמדת כי העונש המוצע קשה בעיניו פחות מהעמידה בפני הסיכון של הרשעה מוטעית בבית המשפט. איסור על הסדרים ישלול ממנו אופציה המיטיבה עמו. שנית, ההסדרים צפויים לשמש כמסננת שברשתה ייתפסו בעיקר האשמים. החפים, שסיכויי הזיכוי שלהם גבוהים מאלה של נאשמים אחרים שתיק החקירה נגדם דומה, ייטו יותר לדחות הצעות להסדר שכן אלה לא ישקפו את סיכוייהם להוכיח את חפותם. מנגד, לאשמים כדאי יהיה לקבל את ההצעה. בדרך זו החפים מאשמה לא יגיעו להסדרי טיעון ואילו מרבית האשמים יצליחו להגיע להסדר עם התביעה ויורשעו. מכיוון שכל מי שמגיע להסדר מורשע, ואילו מי שעומד לדין נהנה מהסיכוי להימצא זכאי, העובדה שחפים יטו לדחות הצעות להסדר תוביל לכך שיעור החפים המורשעים בדין יקטן.

(ג) הסדרי טיעון ונאשמים לא רציונליים

עונש מוות לעונש מאסר בהסדר טיעון. המחקר לעיל נותן אינדיקציה לכך שאם הסדרי טיעון ייושמו במגבלות המוצעות כאן, הרי שלפחות בעבירות חמורות החשש מהרשעת החף בעקבות ההסדר הוא קטן.

⁸⁸ ממצאי המחקרים מלמדים כי הסיבה העיקרית להרשעות שווא היא זיהוי מוטעה של עדי ראיה. ממחקר של כ-700 מקרים של הרשעות שווא בארצות-הברית עלה שניתן לייחס לסיבה זו כ-52% מהרשעות השווא. גורמים מרכזיים נוספים להרשעות שווא הם בידוי ראיות על ידי הרשויות (11%) ועדות שקר של אחד העדים (10%). ראו אריה רטנר, "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט", פלילים ג' 262 (1992).

⁸⁹ ראו C. Ronald Huff, Arye Rattner & Edward Sagrin, *Convicted But Innocent - Wrongful Conviction and Public Policy* 64 (1996), שבחנו את הסיבה המרכזית להרשעה ב-205 מקרים של הרשעות שנחשפה כמוטעות. אף כי לדעתם הסדרי טיעון עלולים להוביל להרשעות מוטעות, באף אחד מהמקרים שנבחנו לא נמצא כי הסדר טיעון או הבטחה להקלה בעונש היה הסיבה המרכזית להרשעה. להערכתם, הסיבה שלא נחשפו הרשעות מוטעות בעקבות הסדרי טיעון היא שההליך מסתיים לאחר הסדר הטיעון, ואין בירור שיפוטי או חקירה נוספת. אם כך הדבר, הרי שהמחקרים הללו לא יכולים ללמדנו דבר על פעולת "אפקט המסננת".

⁹⁰ ראו, למשל, Malcolm M. Feeley, *The Process is the Punishment* 13 (1979), המציג את רצונם של נאשמים לסיים את ההליך המשפטי כשיקול מכריע בהחלטה להודות בעבירות קלות.

עד כה הנחתי כי הנאשם פועל באופן רציונלי, דהיינו: כי הוא יבחר לקבל את ההסדר רק אם זה עדיף מבחינתו על ניהול המשפט, בהתחשב בהעדפותיו האישיות ובמידע שבידיו. בתוך כך הנחתי שהנאשם מנתח נכונה את ראיות התביעה ויודע להעריך באופן הגיוני את סיכויי הצלחתו במשפט על בסיס חומר זה. יובהר, כי ההנחה אינה שהסדר כאמור אכן היה מסתבר בסוף ההליך כנכון; גם אם הנאשם מודע למלוא הראיות בתיק ומנתח אותן נכונה, הוא אינו יכול לדעת בוודאות את תוצאות המשפט. ההנחה היא כי הנאשם מנתח נכונה את הסיכויים והסיכונים במשפט, ולאחר שהנתונים בידיו – בוחר באפשרות העדיפה בעיניו בהתאם לאופייו, להעדפותיו ולנתונים אחרים.

ניתן לתקוף הנחה זו ולטעון כי פעמים רבות הנאשם החף עלול להסכים גם להסדר שאינו מיטיב עמו בשל חוסר הבנה של ההליך, בשל ניתוח מוטעה של הראיות, בשל הלחץ המופעל עליו בעת קבלת ההחלטה וכיוצא באלה. אם הנאשם אינו מסוגל לכלכל את מעשיו באופן שיקדם את האינטרסים שלו, או שאין הוא מסוגל להבין נכונה את מכלול האפשרויות העומדות בפניו, הוא עלול להסכים גם להצעה שאינה מיטיבה עמו. יתרה מזאת: התביעה עלולה לנצל את חוסר-הבנתו ואת מגבלותיו ולשכנעו להסכים גם להצעה שאין בה כל היגיון על רקע הראיות או חומרת העבירה שבה הוא מואשם. ניתן לטעון, כי במקרה כזה סמכות התביעה להגיע להסדרי טיעון עלולה לפגוע בנאשם. הבעיה חריפה במיוחד כשמדובר בנאשם חף מפשע, שכן הוא עלול להסכים להסדר טיעון אף שלא ניתן לבסס את אשמתו על ראיות הקיימות. בדרך זו, תוך ניצול בורותו ומגבלותיו של הנאשם, ניתן להיעזר בהסדרים כדי להביא להרשעתו למרות חפותו. האין בכך כדי להצדיק איסור על שימוש בחלופות?

לדעתי התשובה היא בשלילה. בשני מקרים נאשם עלול להסכים להסדר המזיק לו, דהיינו: הסדר שאינו מוצדק מבחינה מקצועית. המקרה הראשון הוא זה של נאשם שאינו מיוצג והשני של נאשם שיצוגו לקוי. במקרה הראשון, הנאשם חסר היצוג עלול שלא להבין נכונה את חומר הראיות, את המצב המשפטי ואת סיכויי זיכוי. במקרה כזה לתביעה יש יתרון ברור במשא ומתן, והיא עלולה להטעות את הנאשם לחשוב כי סיכויי זיכוי נמוכים. אין מדובר בהכרח בכוונת זדון של התביעה: לא אחת התביעה מאמינה בחומר הראיות שבידיה, והנאשם, שבידיו לתקוף ראיות אלו, אינו יודע כיצד לעשות כן. עם זאת, נראה כי החשש מפני מצב זה אינו מצדיק איסור על שימוש בהסדרים. הסיבה העיקרית לכך היא שנאשם שאינו מיוצג ואינו יודע כיצד להגן על עצמו עלול לגרום לעצמו נזק גדול יותר אם ההליך ינוהל. במשא ומתן על הסדר טיעון יכול הנאשם לספר לתובעת באופן חופשי ובלתי-פורמלי את גרסתו ולהעלות את טענותיו באופן בלתי-אמצעי. בדיון שיפוטי פורמלי, תחת כללי פרוצדורה נוקשים, מצבו של נאשם שאינו בקי במטריה המשפטית גרוע בהרבה, וסיכוייו להצליח להוכיח את טענותיו בבית המשפט נמוכים למדי.⁹¹ כך, למשל, אם הנאשם אינו

⁹¹ ראו קנת מן, **נאשמים בפלילים וייצוגם על-ידי עורכי דין** 9 (1987), המראה כי 59% מהנאשמים בבית המשפט השלום ו-13% מהנאשמים בבית המשפט המחוזי אינם מיוצגים במהלך שלב ההוכחות: "נתונים אלה לגבי ייצוג לאחר תחילת ההוכחות מעוררים בעיה נורמטיבית קשה מכיוון שמדובר בשלב של ההליך הפלילי הדורש מיומנות משפטית מיוחדת. נאשם עשוי לשקול ולקבל החלטה נכונה בשעה שהוא מתלבט אם להודות בעובדות או לכפור בהן, אבל

יודע לנתח נכונה את חומר הראיות, הוא עדיין יכול להסביר לתובעת מה אירע ומדוע הוא אינו אשם (אם הוא אכן חף). לעומת זאת, יהיה לו קשה הרבה יותר לתקוף את ראיות התביעה בבית המשפט. אמנם בית המשפט מצווה לסייע לנאשם כזה, אולם יכולתו לעשות כן מוגבלת ביותר מכיוון שהוא אינו מכיר את חומר הראיות ומכיוון שההליכים הפורמליים מקשים עליו לקבל מהנאשמים את מלוא המידע הדרוש להגנתם.⁹² אין משמעות הדבר שאין לעשות דבר כדי לפתור את החשש מפני הודאה של נאשם חף, הנגרמת עקב היעדר ייצוג משפטי; כל שנטען כאן הוא כי הפתרון לבעיה אינו באיסור על הסדרי טיעון אלא בהרחבת הייצוג המשפטי והבטחת הייצוג – לפחות במקרים שבהם עונשו של הנאשם עלול לכלול גם מאסר בפועל⁹³ או עונש חמור אחר. במילים אחרות: את החשש מפני הסכמה של נאשמים חפים להסדר, מכיוון שחסרה להם ההגנה המקצועית הדרושה לכלכל נכונה את מעשיהם, אין לפתור באמצעות כפיית הליך פלילי מלא אלא באמצעות הבטחת ייצוג משפטי נאות. איסור על הסדרי טיעון רק יפגע בנאשמים אלו, חפים כאשמים, ולא יהיה בו כדי לסייע להם.

אולם, כאמור לעיל, גם נאשם מיוצג עלול לקבל החלטה מוטעית בהסדר טיעון. עיקר טענותיהם של המתנגדים להסדרי טיעון בארצות-הברית התבססו על החשש מייצוג לקוי. ראשית, כך נטען, סנגורים ממונים רבים חסרים את הכישורים הנדרשים לייצג את הלקוח היטב במשא ומתן להסדר טיעון. שנית, בעיית נציג קשה מעיבה על היכולת של נאשם המיוצג על ידי סנגור ממונה לקבל הגנה טובה. בארצות-הברית, ברוב המקרים הסנגור הממונה מקבל שכר קבוע שאינו תלוי במספר הדיונים. במצב זה יש לו אינטרס ברור לקצר את ההליך ולהגיע להסדר טיעון גם כשהדבר פועל נגד לקוחו.⁹⁴

אשר לבעיה הראשונה, נראה כי הקמת הסנגוריה הציבורית העלתה משמעותית את רמת הייצוג של נאשמים, נוכח מנגנוני הפיקוח ודרכי המינוי של סנגורים הקבועים בחוק. עם זאת, אין ספק כי עדיין לא כל הנאשמים מקבלים את הייצוג הטוב ביותר האפשרי. אולם, ייצוג לקוי אינו פוגע רק בנאשמים העורכים הסדרי טיעון; הוא פוגע גם בנאשם שאינו עורך הסדר כזה. יתרה מזאת: בעוד

לאחר שנאשם כבר בעובדות והחליט לנהל משפט, קשה להאמין כי הוא יכול להציג את טיעונו בצורה נאותה מבלי להיות מיומן בהליכים המסובכים של שמיעת ראיות". ראו גם ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 594-595.

⁹² ראו דברי הסנגור הציבורי הארצי, פרופ' קנת מן, בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 24.9.01: "50% מהנאשמים בבתי משפט השלום, לפי מחקר שעשינו לאחרונה, נשפטים ללא ייצוג. כ-1000 נאשמים נשלחים למאסר בפועל ללא ייצוג במהלך שנת עבודה של בית-משפט" [<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-09-24-01.html>].

⁹³ לפי הצעת חוק של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.99, כאשר הנאשם אינו מיוצג יודיע התובע לבית המשפט אם – בהתחשב בחומר שלפניו – בדעתו לטעון לעונש של מאסר בפועל. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון - יידוע נאשם על היותו מועד למאסר), תש"ס-1999. בדברי ההסבר להצעה נאמר כי "למעלה מ-70% מהנאשמים... אינם מיוצגים, כמחצית מנאשמים אלו מוצאים עצמם בתום ההליך הפלילי נגדם מאחורי סורג ובריח... במקרים רבים, לאחר שמורשע הנאשם, על-פי הודאתו או לאחר הבאת ראיות, מבלי שהוא מיוצג, כשמגיע שלב הטיעון לעונש לקראת גזירת הדין, מתברר לבית-המשפט כי עמדתה של התביעה היא לתבוע מאסר בפועל. לא פעם, במקרים אלו, ממנה בית-המשפט לנאשם סנגור, אך ורק לצורך הטיעונים לעונש. במצב זה, עומדים הנאשם וסנגורו בפני שוקת שבורה בכל הנוגע לקביעת האשמה. לעתים, מאפשר בית-המשפט לנאשם המיוצג, רק לצורך גזר-הדין, לחזור בו מהודאתו בשל חוסר הייצוג". בהצעה זו יש כדי לפתור חלקית את בעיית הייצוג, אם בתי המשפט יקפידו למנות לנאשמים סנגורים לאחר הודעת התובע.

⁹⁴ ראו Schulhofer, הערה 17 לעיל, בעמ' 1989-1991.

שמשא ומתן על הסדר טיעון הינו הליך פשוט יחסית, שבו ההצעות והתמורות ברורות יחסית, הרי שניהול הגנה של נאשם במשפט הוא מסובך בהרבה ולכן מחייב כישורים טובים בהרבה. נאשם שסגורו חסר את הכישורים הדרושים ייפגע כשהסגור ייצג אותו בהליך משפטי הרבה יותר משייפגע כשהסגור ייצג אותו במשא ומתן על הסדר טיעון.⁹⁵ כמו כן, נאשם חף מפשע יוכל לבקר טוב יותר את החלטותיו המוטעות של סגורו במשא ומתן להסדר – הן משום שההסדר בדרך כלל פשוט להבנה (עונש מוסכם תמורת ויתור על הזכות למשפט) והן משום שההסדר יוכל להיכנס לתוקף רק אם הנאשם ישוכנע בתועלת שבעריכתו. לעומת זאת, טעויות של הסגור במהלך ההליך המשפטי קשות הרבה יותר להבנה וסביר שהנאשם לא יוכל לאתרן. נוסף על כך, גם כשהנאשם יסבור שסגורו טעה באופן ייצוגי בפני בית-המשפט, כוחו לתקן את הטעות לאחר מעשה מוגבל ביותר. אין גם להניח שבית המשפט יוכל לתקן את טעויותיו של הסגור: כפי שהראיתי לעיל, בית המשפט מוגבל ביכולתו לתקן טעויות של נאשם במהלך ההליך.⁹⁶ כאשר הנאשם מיוצג הקושי גובר, שכן בעוד שבית המשפט מצווה לנסות לסייע לנאשם שאינו מיוצג, השיטה האדברסרית כופה על בית המשפט להימנע מהתערבות בקו הגנה של עורך-דין. בה במידה אין להניח שפומביות ההליך תבטיח כי הסגור ייזהר יותר. ליקויים חמורים בייצוג אינם כה נפוצים בהליכים הזוכים להד ציבורי ותקשורתי, אלא דווקא במקרים המהווים את הרוב המכריע של ההליכים, ומתנהלים בלשכות השופט או באולמות בהם נוכחים, לכל היותר, המתדיינים וצדדים מעוניינים. במקרים אלו קשה להניח כי פומביות הדיון תשפיע על איכות הייצוג. לפיכך, סביר שסגור בעל כישורים לקויים יפגע בלקוחו בכלל – ובלקוחו החף מפשע בפרט – אם ייצגו במשפט הרבה יותר משיפגע בו במשא ומתן להסדר טיעון. לכן, גם במקרה זה איסור על שימוש בהסדרי טיעון רק יחמיר את הליקויים בייצוג הנאשם.⁹⁷

אשר לבעיה השנייה – בעיית הנציג – נראה כי חומרתה בישראל קטנה בהרבה מחומרתה בארצות-הברית. למעשה נראה כי אם בעיית הנציג בכלל קיימת בישראל, היא דווקא עלולה לעודד סגורים לסרב להסדרים בניגוד לאינטרסים של לקוחותיהם ולא להפך. זאת, משום שסגורים ממונים בישראל – לפחות בעבירות חמורות – מקבלים שכר עבור כל ישיבה בנפרד,⁹⁸ עד כי בין העוסקים בתחום נשמעת הדעה כי לעתים הסגורים דוחים הצעות להסדר טיעון ומעכבים את החלטותיהם רק כדי להסכים לאותן הצעות בשלב מאוחר יותר.⁹⁹ גם אם הערכה זו

⁹⁵ ראו Scott & Stuntz, הערה 10 לעיל, בעמ' 1928, 1933-1934.

⁹⁶ ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 92.

⁹⁷ ניתן כמובן לטעון שסגורים מסוימים מוכשרים יותר בניהול הליך שיפוטי מאשר בניהול משא ומתן לקראת הסדר טיעון, אולם מנגד סביר שסגורים רבים מוכשרים יותר בניהול משא ומתן להסדר טיעון – ולפיכך אין סיבה להניח שחיוב כל הסניגורים לנהל משפט ישפר בממוצע את הייצוג לנאשמים. זאת ועוד: ייתכן שדווקא אותם סגורים המנהלים משא ומתן בוחרים בהליך זה כי הם יותר טובים בו. אם זה המצב, הגבלת ההסדרים תפגע עוד יותר ברמת הייצוג.

⁹⁸ ראו תקנות הסגוריה הציבורית (שכר טרחה לסגורים ציבוריים), תשנ"ו-1996 (להלן: "תקנות שכר טרחה").

⁹⁹ הדברים נאמרו לכותב בכמה ראיונות שערך עם סגורים ותובעים לצורך עבודת הדוקטורט. ראו ראיון עם עו"ד דרור ארד-איילון מיום 19.11.01, ראיון עם פרקליטת מחוז מיום 9.1.00 וראיון עם פרקליטת מחוז מיום 22.12.99. מנגד ראו ראיון עם ד"ר דוד וינר, סגן בכיר א' וממונה, הסגוריה הציבורית הארצית, מיום 15.11.01. תמצית הראיונות מופיעה אצל גול, הערה 5 לעיל, בעמ' 376-384.

אינה מבוססת, אין בסיס לסבור כי לסנגורים יש אינטרס אישי מיוחד בעריכת הסדר טיעון בניגוד לטובת לקוחותיהם, כפי שקורה בארצות-הברית, שם מבנה השכר לסנגור ממונה עלול לתמרץ אותו לפעול לקיצור ההליכים. בכל מקרה, כאשר מבנה השכר של הסנגור הממונה אינו תלוי במספר הישיבות יש לשנותו כדי להקטין את החשש מפני בעיית נציג זו, אולם אין בכך כדי להצדיק את ביטול ההסדרים.¹⁰⁰

יובהר, כי הטענה העולה מהאמור לעיל אינה כי בעיות של חוסר במידע, טעויות בהבנת ההליך וייצוג לקוי אינן מסכנות חפים. ליקויים אלו יכולים בוודאי להוביל להרשעת חפים, אלא שלדעת תומכי ההסדרים, מגרעות אלו עלולות להביא לתוצאות הרסניות הרבה יותר כשמתנהל הליך פלילי מלא. לגישתם, הסדרי הטיעון רק מקטינים את המשמעויות השליליות של הגנה לקויה.

ד. בעיית החף – בחינה מחודשת

1. שינוי המיקוד – מהסדר הטיעון למדיניות סינון התיקים

הוויכוח בין התומכים בהסדרי טיעון למתנגדים להם מתרכז סביב הטיעונים שהועלו בחלק הקודם. בעוד שמתנגדי ההסדרים מציגים דוגמאות רבות למצבים שבהם יכול הסדר טיעון להוביל נאשם להסכים להודות במעשה שלא ביצע, טוענים נגדם התומכים בהסדרים כי הם לא רואים את התמונה כולה, וכי איסור על הסדרים היה גורם לתוצאה קשה בהרבה. לדידי, שני הצדדים בוויכוח טועים במיקוד הבעיה. מתנגדי ההסדרים אכן הציגו דוגמאות מקוממות העלולות ללמד על תופעה של פגיעה בנאשמים חפים, אולם הם טעו בזיהוי מקור הבעיה: הם מיקדו את טרונייתם בהסדר הטיעון המוצע לנאשם החף ומעמידו בפני אופציה כמעט בלתי-אפשרית. לבעיה זו ענו מבקריהם, בצורה משכנעת, כי בלא קבלת האופציה היה מצבו של אותו נאשם חף קשה בהרבה.

אולם, בעיית החף אינה נעוצה בעובדה שהוצע לו הסדר טיעון; היא נעוצה בכך שמלכתחילה הוגש נגדו כתב אישום. משטר המתיר הסדרי טיעון עלול לשנות את סוג החשודים שהתביעה תאשים, ולתמרצה להגיש כתבי אישום נגד חשודים שהסיכוי שהם חפים גדול יותר. השינוי בתמריצים של התביעה להגיש כתבי אישום מבוססים בלבד הוא הגורם לבעיית החף. מכיוון שמתנגדי ההסדרים לא מיקדו את התייחסותם לבעיה הנכונה, תומכי ההסדרים לא נדרשו להתמודד עם בעיה זו; מכיוון שהאבחנה של בעיית החף היתה מוטעית, לא הוצעו לה תרופות מתאימות.

¹⁰⁰ לאחרונה החלה הסנגוריה הציבורית להעסיק סנגורים בתשלום לפי תיקים. הבסיס החוקי לשיטה זו נמצא בתקנה 6 לתקנות שכר טרחה, הערה 98 לעיל, הקובעת כי ניתן להעסיק סנגורים בשכר חודשי. מטרת התקנה הייתה לאפשר לסנגוריה להעסיק ריטיינרים פנימיים, שמבחינה פונקציונלית פועלים כעובדי הסנגוריה לכל דבר. אולם, עקב מגבלות תקציב החלה הסנגוריה – תוך מתן פרשנות מורחבת לתקנה 6 האמורה – לקבוע שכר קבוע לסנגור לפי תיק (הסכום עומד כיום על כ-1,900-1,300 ש"ח לתיק), בניגוד למטרות המקוריות של תקנות שכר טרחה. שיטת תעריפים זו עלולה להוביל לאותם כשלים מוכרים בחלק ממדינות ארצות-הברית, כפי שתוארו לעיל. ריכוך מסוים לסיכון מתקיים בסמכותו של הסנגור הציבורי המחוזי לשלם לסנגור לפי התעריף הרגיל כשהתיק מחייב השקעה מעבר לצפוי, אולם

בפרק זה אנסה להסביר מדוע ייתכן בהחלט כי במצבים מסוימים הסדרי טיעון מחמירים את בעיית החף. במהלכו אראה שהסדרי טיעון לא רק מגדילים את מספר החשודים שהתביעה מאשימה, אלא גם מעודדים את התביעה להאשים חשודים אחרים, שביניהם שיעור החפים גדול יותר. מכיוון שיותר חפים מפשע מועמדים לדין – יותר חפים מפשע מורשעים. בפרק זה אציג את הסיכון האמור הנשקף מהסדרי טיעון. בפרק הבא אראה כיצד ניתן, באמצעות ביקורת שיפוטית, למזער את הסיכון האמור ולהבטיח כי המערכת תפיק את היתרונות שבהסדרי טיעון בלא לסבול מהחסרונות.

ראינו בפרק הקודם כי ההשפעה העיקרית של הסדרי הטיעון היא בצמצום המשאבים הנדרשים לניהול תיק. את קבוצת הנאשמים שיועמדו לדין במשטר שבו אסורים הסדרי טיעון אכנה "קבוצה א'", ואת קבוצת הנאשמים שיועמדו לדין במשטר שבו מותרים הסדרי טיעון אכנה "קבוצה ב'". כיוון שהסדרי טיעון חוסכים לתביעה משאבים, מספר הנאשמים בקבוצה ב' גדול יותר ממספר הנאשמים בקבוצה א'. אולם, כפי שראינו בפרק הקודם, אם שיעור החפים בקבוצה א' דומה לשיעורם בקבוצה ב', אין סיבה להניח ששיעור החפים שיורשעו יהיה גדול יותר במשטר בו ההסדרים מותרים.

2. השפעת האיסור על הסדרי טיעון על מדיניות סינון התיקים

נכונות הטיעון לפיו שיעור החפים שיורשעו לא יגדל תלויה בְּתנאי: אם שיעור החפים בקבוצה ב' צפוי להיות גבוה יותר משיעורם בקבוצה א', הטיעון אינו נכון עוד. השאלה היא אם יש להניח כי המשאבים שמתפנים לתביעה בזכות הסדרי הטיעון מופנים להעמדת נאשמים שיש סיכוי רב יותר כי אינם אשמים? יש כמה סיבות להניח שתופעה זו אכן צפויה.

(א) עקב מגבלות המשאבים התביעה תגיש רק תיקים "חזקים"

כאשר התביעה בוחרת אלו חשודים להעמיד לדין, במצב של משאבי תביעה מוגבלים היא מתחשבת בכמה קריטריונים. התיקים נבחרים, בין היתר, על פי חומרת העבירות המיוחסות לחשוד, העלות הצפויה לניהול ההליך נגדו,¹⁰¹ מידת העניין לציבור בניהול ההליך ועוד. עם זאת, יש להניח כי לפחות אחד הקריטריונים המנחים את התביעה הוא הסיכוי להוכיח את החשדות. התביעה מעריכה את סיכוייה בהתאם לחומר הראיות שבידיה. ככל שהראיות בתיק החקירה חזקות יותר, יזכה התיק לעדיפות גדולה יותר. מטעם זה, כאשר התביעה יכולה להעמיד לדין יותר חשודים, היא תעמיד לדין חשודים שבאופן ממוצע האישומים נגדם פחות מבוססים בראיות.

ספק אם בכך די כדי להקטין את החשש ששיטת התעריפים תתמרץ סנגורים לעודד נאשמים להודות כדי לסיים את ההליך במהירות.

במילים אחרות: יש בסיס להנחה כי בתיק ממוצע בקבוצה א' יהיו ראיות חזקות יותר מאשר בתיק ממוצע בקבוצה ב'. מכיוון שעצמת הראיות בתיק מהווה אינדיקציה לסיכוי שהנאשם חף או אשם,¹⁰² יש בסיס גם להנחה ששיעור החפים בקבוצה א' קטן יותר משיעורם בקבוצה ב'.¹⁰³

ניתן לטעון כי החשש האמור אינו משמעותי במיוחד. פרקליטות המדינה סוגרת את מרבית התיקים המגיעים לטיפול גם כיום, כשמותר לערוך הסדרי טיעון.¹⁰⁴ סינון התיקים בה קפדני, ואין חשש אמיתי שהפרקליטות תבחר להגיש כתבי אישום בתיקים בהם סיכויי ההרשעה בהליך מלא נמוכים, אף אם באמצעות הסדרי טיעון היא יכולה להגדיל את הסיכוי האמור. כאשר הפרקליטות נאלצת לוותר על תיקים כה רבים, היא תקפיד כי אלו שיוגשו מבוססים הן מבחינת העניין לציבור והן מבחינה ראיתית.

איני סבור שיש בטענה זו כדי לשלול את בעיית החף. ראשית, איני משוכנע כי ניתן להניח שהפרקליטות לא מגישה כתבי אישום בתיקים שחומר הראיות בהם אינו חזק. בייחוד בתיקים שבהם העניין הציבורי הוא רב, כגון בעבירות מין או בעבירות של אישי ציבור, הפרקליטות עלולה להעדיף את הותרת ההכרעה בראיות בידי בית המשפט גם כשהראיות שבידה אינן קונקלוסיביות. לראיה, לא אחת מציגה הפרקליטות את חולשת הראיות כשיקול לקבלתן של הסדר טיעון,¹⁰⁵ ובית

¹⁰¹ ככל שהכנת התיק וניהולו מחייבים הקדשת זמן רב יותר מצד התביעה, כך הסיכוי שיוגש כתב אישום קטן יותר. לעתים מוגשים כתבי אישום בעבירות קלות יחסית שקל להוכיחן, בעוד שחשודים בעבירות מרמה חמורות, שההליכים נגדם מחייבים השקעת זמן משמעותית, יוצאים פטורים. לתופעה זו ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 58-65.

¹⁰² לביסוס הנחה זו ראו פרק ה.3(ב) להלן ("המתאם בין חולשת הראיות בתיק להסתברות לחפות").

¹⁰³ יצוין, כי ההנחה בניתוח הכלכלי המקובל היא שהתביעה בוחרת תיקים באופן שיביא להשאת העונשים המוטלים בכפוף למגבלת המשאבים שלה. משמעות הדבר היא שהתביעה תדרג את התיקים על פי תוחלת העונש ליחידת משאבים. במילים אחרות: התביעה תעריך לגבי כל תיק מהו הסיכוי להביא להרשעה, מה העונש הצפוי לנאשם אם יורשע וכמה משאבים דרושים לניהול ההליך. לכל תיק יינתן מדד השווה למכפלת העונש הצפוי בסיכויי ההרשעה, והתוצאה תחולק במשאבים הדרושים לניהול התיק. לאחר מכן תבחר התביעה בתיקים בעלי המדד הגבוה ביותר – ככל שתוכל בהתאם המשאבים שברשותה; ראו המקורות בהערה 69 לעיל. גם על פי הנחה זו סיכויי ההרשעה, התלויים בעוצמת הראיות בתיק, הם מרכיב בדירוג התיקים. לפיכך, ככל שהתביעה מנהלת יותר תיקים, התיק הממוצע יהיה חלש יותר מבחינה ראיתית. לצורך מאמר זה אין צורך להיעזר בהנחה חזקה זו, ודי להניח כי חומרת העבירות ומשקל הראיות הם שיקולים שהתביעה מתחשבת בהם בהחלטתה אלו נאשמים להעמיד לדין.

¹⁰⁴ ראו **פרקליטות 2000 – דין וחשבון** 26-34 (ועדה בראשות עדנה ארבל, תש"ס).

¹⁰⁵ לדוגמאות מהעת האחרונה ראו תפ"ח (מחוזי ירושלים) 3042/00 **מדינת ישראל נ' ארקדי** (לא פורסם, 25.2.02) (שם זוכה נאשם באינוס, לאחר שבתחילת ההליך הוא הודה במעשה מגונה במסגרת הסדר טיעון ובהמשך חזר בו מהודאתו, נשפט וזוכה. בית המשפט ציין כי הספקות באמיתות עדותה של המתלוננת – שהייתה ראית התביעה העיקרית – התקיימו לאורך כל הדרך); תפ"ח (מחוזי ירושלים) 5009/02 **מדינת ישראל נ' בן יעקב** (לא פורסם, 16.07.02) ("בא כוח המאשימה הדגיש כי אחד השיקולים שהניעו את המדינה להגיע להסדר מקל זה, הוא קיום קושי ראיתית הקשור לאופיה של המתלוננת (המדמינת ומפריזה בתיאוריה)"); תפ"ח (מחוזי תל-אביב-יפו) 1128/01 **מדינת ישראל נ' בן הנרי** (לא פורסם, 10.04.02) ("למרות תמונת מצב זו, שלכאורה לא מותירה שאלות לגבי הוכחת העבירה, הצהירה התובעת ברוב הגינותה שהסדר-הטיעון הושג לאור הבעייתיות בחומר החקירה, שבנסיבות מקרה זה היה כשלונה 'במצב אפור', ולסברתה, בית-המשפט עצמו נוכח לדעת זאת, לאור הראיות במשפט הזוטא שהספיק לשמוע"; ת"פ (מחוזי תל-אביב-יפו) 1176/01 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 14.11.02) (נוצר קושי עקב הצורך להעיד קטין כנגד אביו. התביעה טענה כי הקשיים רבים ממה שצפתה בראשית הדרך); ע"פ (מחוזי חיפה) 2591/01 **חנן ואח' נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 19.03.02) (המדינה ציינה שנכח קשיים בראיות היא מעריכה שלא תוכל להביא להרשעה שהעונש בצידה חמור מהעונש המבוקש בהסדר). ראו גם ע"פ **פלוני**, הערה 1 לעיל, בעמ' 621-622; ע"פ 4886/02 **גלישקו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 875, 880 ("מלשון גזר הדין עולה, כי החלטתה של המשיבה לפנות להסכם טיעון, נבעה מקשיים בהם נתקלה בניסיונה לאתר את המתלוננת האחרות אשר היו דרושות להוכחתו של כתב האישום המקורי"); ע"פ **שילוח**, הערה 27 לעיל, בעמ' 679 ("התגלעו בעיות ראיתיות בתיק מבחינה שעדים לא אותרו. יש... עד או שניים שהלכו לעולמם, שני עדים נמצאים בחו"ל בשליחות או שירדו מן הארץ, עד נוסף נמצא בעזה ולא יכול היה להגיע לישיבה בגלל הסגר. ישנם ספקים נוספים שלא אותרו וכמו כן היו... בעיות בשני עדים נוספים שלא אותרו עד היום"). מרשימה לא מייצגת זו ניתן לראות שחלק גדול מהתיקים החלשים המובילים להסדר

המשפט אף הכיר בלגיטימיות של שיקול זה.¹⁰⁶ אין כאן בהכרח ביקורת על התביעה: על פי הדין כיום, הסף הראייתי שבו יש לעמוד כדי להצדיק כתב אישום אינו גבוה.¹⁰⁷ מצב זה, בשילוב עם האופציה להגיע להסדר טיעון, עלול להוביל לשיעור גבוה מדי של הרשעות מוטעות.

שנית, יהא אשר יהא הליך סינון התיקים בפרקליטות, כיום, ברובן המכריע של העבירות הפליליות התובע אינו פרקליט מפרקליטות המדינה. התביעה המשטרית מטפלת בנתח גדול בהרבה של תיקים פליליים.¹⁰⁸ אין מדובר רק בתיקים של עבירות קלות: ברוב משמעותי של משפטי הפשע התובע הוא תובע משטרתי.¹⁰⁹ נוסף על כך, כתבי אישום רבים מוגשים על ידי תובעים הפועלים מטעם רשויות שלטון אחרות מכוח סמכות שהעניק להם היועץ המשפטי לממשלה,¹¹⁰ ואחרים – בידי רשויות תביעה שהוסמכו לכך בחוק.¹¹¹ הליכי קבלת החלטות ביחידות תביעה אלו שונים בתכלית.

כך, ביחידות התביעה המשטרית, מושקעים הרבה פחות משאבים בהחלטה על הגשת כתב האישום מאשר בפרקליטות. בפרקליטות כל החלטה על הגשת כתב אישום נעשית על ידי פרקליט בכיר, בהתבסס על חוות דעת מפורטת של פרקליט אחר, שבה נבחנים התיק והראיות. ביחידות התביעה המשטרית התובע מקבל לידי תיקים רבים, מכין כתב אישום קצר ומגישו בלא כל ביקורת מינהלית של ראש היחידה ובלא הנמקה.¹¹² התובעים אינם מנמקים את החלטתם להגיש כתב אישום אפילו בתיקים שבהם ההחלטה בעייתית כגון תיקים של "עדות מול עדות".¹¹³ לעתים, דווקא החלטה על סגירת תיק מחייבת אישור של גורם בכיר יותר ביחידת התביעות – עובדה המתמדת תובעים שלא לסגור תיקים. כמו כן, עריכת הסדר טיעון היא מהירה ופשוטה. במרבית המקרים ההסדר נערך ביום הדיונים הראשון, באולם הדיונים או מחוצה לו, בלא כל מסמך בכתב ובלא רישום המסרב את ההליך – ומאפשר בקרה עליו,¹¹⁴ וזאת אף בתיקי "עדות מול עדות" ובתיקים הנשענים על הודאת הנאשם, שבעניינם יש חשש מיוחד לטעות בהערכת

טיעון הם תיקים בעבירות מין, וכי הקשיים בראיות נובעים בעיקר מספקות באמינות העדים, מקושי לקבל מידע מדויק דיו מעדים קטינים ומהיעלם של עדים (תופעה ההופכת את עדויותיהם לעדויות שמיעה ומונעת את האפשרות לבחון את עדותם בחקירה נגדית).

¹⁰⁶ ראו המקורות בהערה 27 לעיל.

¹⁰⁷ לפירוט ראו להלן, הטקסט ליד הערה 128.

¹⁰⁸ התביעה המשטרית מורכבת משוטרים שמונו להיות תובעים על ידי מפכ"ל המשטרה, מכוח סעיף 12(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁰⁹ בשנים 1999-2000 טיפלה התביעה המשטרית בכ-94% מכלל התיקים בעבירות מסוג עוון ובכ-75% מכלל התיקים בעבירות מסוג פשע. ראו דו"ח מבקר המדינה, **דו"ח שנתי מס' 365** (תשס"א) (להלן: "דו"ח מבקר המדינה").

¹¹⁰ ראו סעיף 12(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי.

¹¹¹ ראו רע"פ 322/03 **משה ח. אלי ע. בע"מ נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 4.5.03), בפסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹¹² ראו דו"ח מבקר המדינה, הערה 109 לעיל, בעמ' 375. רק בשתיים מהיחידות יש הנחיות המחייבות כי בתיקים מסוימים – כגון תיקים שבמרכזם הודאת חשוד או תיקים שבהם עדות יחידה של מתלונן מול עדות של חשוד – ידרש אישור של ראש היחידה להגשת כתב האישום. משיחה שקיימתי עם אחת מראשי לשכת תביעות עולה כי תובע מקצה במוצא 15 דקות לקריאת תיק ולהכנת כתב אישום (ראיון עם ראש יחידת תביעות מיום 29.12.99).

¹¹³ שם, בעמ' 380.

¹¹⁴ שם, בעמ' 379.

הראיות.¹¹⁵ התוצאה היא כי ייתכן שלתביעה קל יותר להגיש כתב אישום בלא כל סינון, ולהותיר את הסינון לשלב שלאחר הגשת כתב האישום. ואכן, אינדיקציה לכך שהתובעים כלל אינם מסננים תיקים קודם להחלטה על הגשת כתב אישום ניתן למצוא בממצאי מבקר המדינה, שבדק עבירות שבעניינן יש הנחיות מפורשות של היועץ המשפטי לממשלה. מהבדיקה עלה כי על פי ההנחיות, יותר מ-60% מכתבי האישום בעבירות אלו לא היו צריכים להיות מוגשים.¹¹⁶

העומס מוטל על התובעים המנהלים את התיק, שמחוסר זמן חייבים להביא לסיום את הרוב המכריע של התיקים בלא שמיעת ראיות. התוצאה היא שלנאשמים מוצעים עונשים קלים למדי כדי שיסכימו להודות. בסיטואציה כזו הסכנה להרשעת חפים רבים היא גדולה. אם תובע מחליט להעמיד לדין את רוב הנאשמים, אפילו כשהראיות חלשות (כגון בתיקים של "עדות מול עדות"), והוא מוכן להגיע לפשרות מרחיקות-לכת כדי לסיים את ההליך בלא דיון, יש חשש כבד שנאשמים חפים רבים יעמדו בפני מצב שבו הם מועמדים לדין וכדאי להם להודות.¹¹⁷ במבנה כזה, הסיכון להרשעת חף הוא משמעותי הרבה יותר.

(ב) החשש מהפסד מעודד את התביעה לבחור רק תיקים "חזקים"

גם לרצונה של התביעה "לא להפסיד תיק" עלולה להיות השפעה על בחירת התיקים במשטרים השונים. יש להניח כי בשלב ראשון התביעה מחליטה אלו תיקים היא אינה רוצה לנהל כלל, בלא קשר למשאביה, מכיוון שלדעתה החשוד אינו אשם או שייטב לציבור אילו התיק לא ינוהל. השאלה היא כיצד מחליטה התביעה ביחס לתיקים הנותרים. תומכי הסדרי הטיעון מניחים כי בשלב השני התביעה בוחרת את התיקים שיביאו לסך עונשים מרבי.¹¹⁸ כדי לעשות זאת, היא במידה רבה בוחרת את התיקים לפי תוחלת העונש, דהיינו: מכפלת הסיכוי להרשיע את הנאשם בעונש הצפוי לו אם יורשע.¹¹⁹ אסביר: נניח כי בפני התביעה שני תיקים אך משאבים המאפשרים לה לנהל תיק אחד בלבד. נניח כי בתיק הראשון יש כנגד החשוד ראיות חזקות לביצוע עבירה קלה יחסית, שהעונש הצפוי בגינה הוא שנת מאסר. נניח כי התביעה מעריכה את הסיכוי להרשעת החשוד בכ-90%. בתיק השני אדם נחשד בעבירה שהעונש הצפוי בגינה הוא ארבע שנות מאסר,

¹¹⁵ שם, בעמ' 388.

¹¹⁶ הממצאים שבדו"ח מבקר המדינה, הערה 109 לעיל, בעמ' 378, מלמדים על כך שבעבירות קלות נעשה שימוש מועט מדי בחלופות לכתב אישום על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. הממצאים מעלים עוד שאין ביחידות התביעה המשטרתית תיעוד לנימוקים להעמיד לדין גם בתיקים בהם יש קשיים בראיות. ראו שם, בעמ' 388.

¹¹⁷ השוו Feeley, הערה 90 לעיל, בעמ' 30, המסביר כי עצם העלות של ניהול ההליך בעבירות קלות היא גבוהה כל כך עד שלנאשם עדיפה ההרשעה והעונש על פני הסבל הכרוך בהליך המשפטי נגדו.

¹¹⁸ ראו Scott & William M. Landes, "An Economic Analysis of the Courts," 14 *J.L. & Econ.* 61, 63 (1971); Stuntz, הערה 10 לעיל, בעמ' 1971. ראו גם Easterbrook, הערה 69 לעיל, בעמ' 295, המניח נוסחה דומה שלפיה התובעים מנסים להשיא את רמת ההרתעה של מערכת המשפט הפלילי. ההבדלים בין ההנחות אינם משמעותיים לענייננו. אף שהנחה זו – לפחות בצורה החזקה שבה היא מופיעה כאן – אינה סבירה, אציג בחלק זה את הניתוח הפשוט המסתמך עליה, ואגמיש אותה בהמשך.

¹¹⁹ למעשה, הדירוג צריך להתחשב גם במשאבים הדרושים לתיק, דהיינו: תוחלת העונש ליחידת משאבים; ראו הערה 103 לעיל.

אולם הראיות בתיק חלשות יותר ולכן סיכויי ההרשעה בתיק זה הם רק 50%. אם התביעה בוחרת את התיקים לפי תוחלת העונש, היא תעדיף את התיק השני, מכיוון שתוחלת העונש בו היא שנתיים מאסר (50% סיכוי כפול 4 שנות מאסר), בעוד שבתיק הראשון תוחלת העונש היא פחות משנת מאסר אחת (90% סיכוי כפול שנה אחת).

התוצאה לא תשתנה משמעותית גם אם יותר לתביעה לערוך הסדרי טיעון. לשם פשטות, נניח כי כל נאשם יסכים להסדר טיעון אם יוטל עליו עונש השווה לתוחלת העונש הצפויה אם יכפור.¹²⁰ הנאשם השני יסכים להסדר רק אם העונש שיוצע במסגרתו נמוך משנתיים מאסר, ואילו הראשון יסכים להסדר אם יוצע לו עונש הנמוך מכ-11 חודשי מאסר. גם בסיטואציה זו, אם תיאלץ התביעה לבחור בין הנאשמים, היא תעדיף להעמיד לדין את הנאשם השני, שיענש במסגרת הסדר טיעון בעונש כבד יותר. מכאן ניתן היה להסיק שהסדרי טיעון לא משפיעים משמעותית על הבחירה של התביעה.¹²¹

התוצאה תשתנה אם נשנה את הנחת המוצא, ונניח כי התביעה אינה אוהבת להפסיד תיקים גם בלי קשר לעונשים המוטלים. במקרה כזה, במשטר האוסר הסדרי טיעון, התביעה עשויה להעדיף לנהל הליכים דווקא נגד הנאשם הראשון, מכיוון שהסיכוי להפסיד גבוה יותר משמעותית בתיק השני. בהחלט ייתכן שהרצון להימנע מזיכוי יוביל את התביעה להעדיף תיק שבו תוחלת העונש נמוכה יותר. לעומת זאת, במשטר המתיר הסדרי טיעון יועדף התיק השני, מכיוון שהסדר טיעון מבטיח לתביעה שהיא לא תפסיד אף תיק. במקרה כזה התביעה תבחר בתיק שיאפשר לה להשיג עונש כבד יותר במסגרת הסדר הטיעון, דהיינו: התיק השני.

¹²⁰ תוחלת העונש היא מכפלת הסיכוי שאדם יורשע בעונש הצפוי לו אם יורשע. בהערה הבאה נראה מה יקרה כשכלל הבחירה של הנאשמים הוא ריאלי יותר.

¹²¹ ההנחה שהנאשם מקבל החלטה לפי תוחלת העונש אינה פשוטה. למעשה, תופעות של שנאת הפסד והיוון מאסר עתידי עלולות להוביל נאשם לקבוע עונש קריטי נמוך יותר מתוחלת העונש. "שנאת הפסד" משמעה שאדם מעדיף הימור – המתיר בידיו סיכוי להישאר בלא הפסד – על פני הפסד ודאי שתוחלתו דומה לתוחלת ההימור. לדוגמה, אנשים שערך ניירות הערך שלהם ירד ייטו להעדיף להשאיר את התיק ההשקעה שלהם רק כדי שתישאר להם האפשרות להחזיר את השקעתם אם המניות יעלו. לעתים החלטה זו מתקבלת למרות שהיצמדות לקו ההשקעה המסוכן יחסית עלולה להותיר אותם עם הפסדים גדולים יותר, ולמרות שאלמלא היה בידיהם תיק מפסיד כאמור הם לא היו בוחרים להשקיע בו כעת. תופעה זו תחריף ככל שהסיכוי לזיכוי גדול יותר. לתופעה זו באופן כללי ראו עמוס טברסקי, "הפסיכולוגיה של החלטה ושיפוט", **רבעון לכלכלה** 327 3/97, 331-333 (תשנ"ח). לענייננו, משמעות התופעה היא שנאשמים יעדיפו "הימור" על הליך משפטי העלול להביא להרשעתם ולענישתם בחומרה – ולא הסדר טיעון שהעונש המוסכם במסגרתו שווה לתוחלת העונש הצפוי להם אם יכפור באשמה. תופעה קרובה היא היוון היפרבולי; ראו James Q. Wilson & Richard J. Herrnstein, *Crime and Human Nature* 50-56, 217 (1985), וכך Cristine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," 50 *Stan. L. Rev.* 1471, 1539 (1998), המסבירים כי שיעור ההיוון של עבריינים אינו לינארי – כפי שניתן לצפות מהניתוח הכלכלי – אלא היפרבולי, דהיינו: גדול מאוד לתקופה קרובה והולך וקטן ככל שמתייחסים לתקופה רחוקה יותר. את מסקנתם הם ביססו, בין היתר, על מחקר שמצא כי עבריינים מתייחסים לעונש של חמש שנות מאסר כחמור פי שניים מלבד מעונש של שנת מאסר אחת, ואילו עונש של 10 שנות מאסר – כחמור פי שלושה מעונש של שנת מאסר אחת. היוון כלכלי רגיל (דהיינו: שיעור היוון קבוע) אינו יכול להסביר תופעה זו. לתוצאות המחקר ראו William Spelman, "The severity of Intermediate Sanctions," 32 *J. Res. Crime & Delinq.* 107, 113 (1995). ההשפעה של תופעות פסיכולוגיות אלו היא שהעונש הקריטי הממוצע של נאשמים יהיה נמוך יותר מתוחלת העונש. כך, למשל, העונש הקריטי של נאשם היודע כי הסיכוי שירשע אם יכפור באשמה הוא 50%, ואם הוא יורשע יוטל עליו לרצות חמש שנות מאסר, צפוי להיות בערך שנת מאסר אחת – ולא שתיים וחצי שנות מאסר, כפי שצופה המודל הפשוט של תוחלת העונש. אולם, גם על בסיס הנחות סבירות יותר יהיו מקרים רבים שבהם תוכל התביעה להשיג הסדר טיעון על עונש כבד יותר נגד נאשם בעבירה חמורה יותר, גם אם סיכויי הרשעתו נמוכים יותר. כך, לדוגמה, תוכל התביעה

כאמור, הראיות בתיק השני חלשות יותר, ולכן הסיכוי שהנאשם בתיק השני חף גדול יותר. באופן כללי ניתן לומר שאם הרצון להימנע מהחלטות על זיכוי עשוי להניע את התביעה, משטר של הסדרי טיעון עלול להובילה ליחס פחות חשיבות לעוצמת הראיות בתיק בעת ההחלטה אלו חשודים להעמיד לדין. הסדרי טיעון מבטיחים הרשעה כמעט ודאית. אמנם בעת הגשת כתב האישום התביעה אינה יודעת אם הנאשם יסכים להסדר טיעון, אולם היא יודעת כי אם תוצע לו הקלה גדולה דיה, כי אז בהתחשב בסיכויים שישורשע היא תוכל להבטיח שהנאשם יסכים להסדר אף כשיש קשיים בראיות נגדו. לכן, החשש של התביעה מהפסד הוא פחות משמעותי במשטר המאפשר הסדרים. מטעם זה ייתכן שכאשר מותרים הסדרים, התביעה תעמיד לדין נאשמים שהראיות נגדם חלשות יותר, ולכן גם הסיכוי שהם חפים גדול יותר.

גורם העשוי לפגוע במידת מה בתמריצי התביעה לערוך הסדרים הוא חששה של התביעה מתגובת הציבור להסדר חורג מקל בעבירות חמורות. אף שיחס הציבור להסדרי טיעון אינו כה שלילי וחדגוני כפי שניתן היה לסבור, היחס הציבורי להסדרי טיעון בעבירות אלימות חמורות הוא שלילי למדי.¹²² החשש מביקורת ציבורית יכול לרסן את נטיית התביעה להגיע להסדר טיעון. עם זאת, ספק בעיני אם בתיקים החלשים החשש מביקורת זו גובר על החשש מפני הביקורת הצפויה אם בעקבות חולשת התיק הנאשם יזוכה או, לחלופין, אם התביעה תבחר לסגור את התיק. קשה כמובן להעריך איזה גורם משפיע יותר על התביעה. בכל מקרה, נראה שככל שהחשש האמור מביקורת קיים, הוא מוגבל למספר מצומצם יחסית של תיקים הזוכים להז תקשורת רחב יחסית. במרבית התיקים – ואפילו במרבית תיקי האלימות החמורה – בהיעדר מתלונן קולני, הסדר הטיעון כלל לא מגיע לידיעת הציבור. לעומת זאת, הרצון להימנע מהפסד תיק – בייחוד לאחר השקעת המאמץ הרב הכרוך בניהול הליך משפטי מלא – עשוי להשפיע על ההחלטה בהרבה יותר תיקים.

(ג) החשש ממוטיבציית יתר של התביעה

הסכנה שהתביעה תנצל את כוחה כדי לפגוע בנאשם מסוים אף כשאין נגדו ראיות חזקות גדולה יותר כשהסדרי טיעון מותרים. גם במשטר האוסר על הסדרי טיעון יכולה התביעה להעמיד לדין נאשם בלא שיש נגדו ראיות משמעותיות. מהלך כזה יגרום לנאשם סבל רב עקב הצורך להתגונן בהליך פלילי, ואף יעמידו בסיכון של הרשעה אם בית המשפט יטעה. בדומה, במקרה שהסדרי טיעון מותרים, התביעה יכולה להעמיד לדין את הנאשם ולהובילו להסכים להסדר טיעון מקל. הנאשם צפוי להסכים להסדר המקל גם אם הראיות נגדו חלשות כדי להימנע מהסבל הכרוך בהליך הפלילי ומהסיכון להימצא אשם. אולם, הסיכון שהתביעה תפתח בהליכים כנגד נאשמים

להציע עונש על תנאי – הנתפס חמור פחות בהרבה מכל עונש מאסר בפועל – לנאשם החושש כי הרשעתו בהליך מלא תוביל לגזר דין של מאסר בפועל, וזאת גם אם הסיכוי להרשעה נמוך יחסית.

¹²² ראו Sergio Herzog, "The relationship between public perceptions of crime seriousness and support for plea bargaining practices in Israel: A factorial-survey approach," 94 *J. Crim. L. & Criminology* 103 (2003).

שהראיות נגדם חלשות קטן בהרבה אם היא לא יכולה להגיע להסדר טיעון. זאת, מכיוון שסביר כי ניהול הליך פומבי כנגד הנאשם יסתיים בפסק דין מזכה, שבו עלולה להימתח ביקורת על התביעה, והיא עלולה להינזק מביקורת זו. ביקורת כזו לא צפויה כשהתביעה מגיעה להסדר טיעון עם הנאשם, מכיוון שאז הראיות לא נפרשות בפני בית המשפט ואין לו כלי ממשי לבקר את החלטת התובעת. מטעם זה, אם התובעת יכולה לערוך הסדרי טיעון, הסיכוי שהיא תבחר להעמיד לדין נאשם לצורך התנכלות גדול משמעותית.

קודם לכן הבאתי את הדוגמה של פרופ' אלשולר בדבר התובע שהעמיד לדין חשוד באונס אף שלא היו ראיות נגדו, ושידלו להגיע להסדר טיעון בעבירה של תקיפה.¹²³ אלשולר הביא דוגמה זו כדי לבסס את טענתו נגד הסדרי טיעון. תומכי ההסדרים טענו נגדו כי הסיכון לנאשם היה גדול יותר אם התובע לא היה יכול להגיע איתו להסדר:¹²⁴ במקרה כזה הנאשם היה צריך היה לעמוד לדין באשמת אונס, והסיכון שבעמידה כזו לדין היה גדול יותר מהסבל שגרמה לו הרשעה בתקיפה. אולם, טענתו של צ'רץ' – כמו גם אחרים התומכים בהסדרי טיעון – מתעלמת מכך שהתובע צפוי היה מלכתחילה להימנע מהתנכלות כזו לנאשם, אם ידע שלא ניתן יהיה להגיע להסדר עם הנאשם. זאת, לא רק בשל משאביו המוגבלים אלא גם מכיוון שהתובע עלול היה לחשוש מהביקורת שתמתח עליו לאחר שהנאשם יזוכה, כפי שצפוי היה שיקרה.

הסכנה קיימת גם במקרים פחות קיצוניים. התביעה עשויה להעדיף להעמיד לדין נאשם מתוך אמונה כנה באחריותו הפלילית, למרות שתתקשה להוכיח את אשמתו על פי הראיות: באמצעות הסדר חורג מקל היא תוכל להבטיח הרשעה במקרה זה. אם אנו מאמינים ביכולתה של התביעה להבחין נכונה בין חפים לאשמים ייתכן שאין בכך כל פסול, אולם קיים חשש אמיתי כי אמונה כנה של התביעה באשמתו של אדם, כשאמונה זו אינה מבוססת על ראיות, עלולה להיות מוטעית. ההליך הפלילי מבוסס על ההנחה שאין די בהערכת התביעה שהנאשם אשם כדי להצדיק את הרשעתו. נקודת מבטה של התביעה, כצד להליך, עלולה גם היא לגרום להטיה בהערכותיה את הסבירות שהנאשם אכן אשם.¹²⁵ מטעם זה, גם כשהתביעה מאמינה בכנות באשמת הנאשם, מסוכן לאפשר לה להביא להרשעתו בהסדר טיעון אם להערכתה יקשה עליה להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר.

¹²³ ראו Alschuler, הערה 64 לעיל.

¹²⁴ ראו Church, הערה 69 לעיל, בעמ' 515-516.

¹²⁵ זאת בשל ההטיה המכונה self serving bias. ראו Linda Babcock & George Loewenstein, "Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases," 11 *J. Econ. Persp.* 109 (1997) שהראו בניסוי כיצד הטלת תפקיד על אדם משפיע על הערכתו את התוצאה ההוגנת של הליך. בניסוי הוצגו לכל הנבדקים אותן עובדות לגבי תיק משפטי מסוים. התברר כי ההערכה של הנבדק באשר לתוצאה ההוגנת של ההליך השתנתה בהתאם לצד שהוטל עליו לייצג. בממוצע, הנבדקים שהוקצו להיות תובעים סברו כי התוצאה ההוגנת או הצפויה בהליך תהיה טובה יותר עם התובע, לעומת הנבדקים שהוקצו להיות נתבעים, אף שלא היה כל הבדל בעובדות שהוצגו לנבדקים או ביתר הנתונים הרלבנטיים.

יש הטוענים כי החשש מפני התנהגות תביעתית בלתי-הולמת או בלתי-מקצועית כאמור אינו ממשי בישראל, נוכח אופייה של התביעה בישראל. השופטת ביניש התייחסה לחשש כי התביעה תפעל להרשעת נאשם שאין נגדו די ראיות:

החשש הרב שמביעים המבקרים את מוסד הסדרי הטיעון – בארצות-הברית, למשל – נעוץ במידה רבה בתפקיד התביעה שם. בחלק משיטות המשפט המדינתיות בארצות-הברית, מעמדו ואופן בחירתו של התובע עלולים לעורר חשש שמא יגלה רצון להשיג הרשעה בכל מחיר. מנגד, השיטה שלפיה פועלת התביעה בישראל, הבנויה על מערך מקצועי ועצמאי, וכן הקרקע המשפטית והציבורית עליה צמחה גישת התביעה והביקורת השיפוטית הקיימת על החלטותיה, יש בהן כדי להסיר את החשש האמור.¹²⁶

אולם, כפי שראינו, רוב התיקים הפליליים – ובכלל זה רוב תיקי הפשע – כלל לא מטופלים על ידי פרקליטות המדינה אלא על ידי יחידות התביעה המשטריות או על ידי תובעים של רשויות שונות, הפועלים מכוח ייפוי כוח של היועץ המשפטי לממשלה. ברשויות תביעה אלו, ההחלטה על הגשת כתב אישום, כמו גם ההחלטה אם להגיע להסדר טיעון, אינה טעונה ברוב המקרים אישור של איש מלבד התובעת המנהלת את התיק הספציפי. ודאי שמערך הביקורת אינו יכול לשלול מקרים בודדים של תובעת הסבורה כי יש להביא להרשעת אדם מסוים אף שאין די ראיות נגדו. מטרתו העיקרית של ההליך השיפוטי בפלילים היא למזער את החשש מפני ניצול כזה של כוח שלטוני על ידי הרשויות.

זאת ועוד: קשה לקבל את ההנחה כי ניתן לסמוך על התביעה שזו לא תתנכל לנאשם. גם אם יש בסיס להנחה שכיום אין חשש כי התביעה – כגוף – תפעל להרשעת נאשם גם בלא בסיס ראייתי מספק, אין דרך להבטיח כי בעתיד לא תשנה התביעה את אופייה. מבנה ההליך הפלילי צריך להבטיח כי הנאשמים לא יהיו נתונים לחסדי התביעה. מבנה ייחודי זה נקבע נוכח אופייה החרף במיוחד של הסנקציה הפלילית.¹²⁷ מטעם זה יש לצמצם את החשש שהתביעה תפעל נגד נאשם חף.

זאת ועוד: אין די בהסתמכותנו על ההנחה כי התביעה תפעל כדיון, מכיוון שאין בדין דבר האוסר עליה להציע עונשים קלים כדי להביא להרשעת נאשמים שהסיכוי שהם חפים הוא משמעותי. הדיון כיום מתיר לתביעה להגיש כתב אישום אם יש אפשרות סבירה להרשעה.¹²⁸ התביעה אף אינה צריכה להראות כי קיימות ראיות לכאורה, ברמה הנדרשת למעצר עד תום ההליכים, כדי להגיש כתב אישום.¹²⁹ שיקול הדעת המופקד בידיה הוא רחב ביותר;¹³⁰ ודאי שאין היא נדרשת להראות

¹²⁶ ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 594-595.

¹²⁷ ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 38.

¹²⁸ בג"ץ 2534/97 יהב נ' שריד, פ"ד נא(3) 1, 10, 12.

¹²⁹ שם, בעמ' 35.

כי סיכויי ההרשעה עולים על 50%.¹³¹ מכאן, שהחלטה להגיש כתב אישום היא חוקית גם כשהבסיס הראייתי לאישום הוא רעוע. זאת ועוד: על פי הפסיקה מותר לתביעה להציע הסדר טיעון מקל כשיש קשיים ראייתיים בתיק. חולשת התיק היא שיקול ענייני לעריכת הסדר טיעון.¹³² התוצאה היא שבמבנה הקיים כיום התביעה רשאית להעמיד לדין אדם שהסיכוי שהוא יורשע קטן מ-50%, והיא רשאית להציע לו עונש קל בשל הקשיים בראיות. נאשם כזה עלול להעדיף להסכים להסדר הטיעון אפילו אם הוא חף. לכן, גם אם התביעה פועלת כדן, יש חשש כבד כי במשטר המתיר הסדרי טיעון החלטותיה יחמירו את בעיית החף.

(ד) בדיקת ראיות מקדמית כחלופה לביקורת שיפוטית?

ניתן לטעון כי אפשר למזער את הסיכון האמור אם ייאסר על התביעה להגיש כתבי אישום בהיעדר כמות ראיות מספקת. במקרה כזה התביעה לא תוכל לנקוט הליכים נגד נאשמים שהסיכוי להרשיעם נמוך, וכך ניתן יהיה לצמצם משמעותית את הפגיעה בחפים מפשע. כלל כזה אכן נקבע בפסיקה, בהסתמך על הדרישה הראייתית בחוק:¹³³ התביעה רשאית להגיש כתב אישום רק אם יש אפשרות סבירה להרשעה.¹³⁴ אם ניתן לאכוף דרישה זו על התביעה, אין חשש כי נאשם שאין די ראיות נגדו יסכים להסדר טיעון, שכן התביעה לא תוכל להעמידו לדין אם יסרב להסדר. אם הנאשם יידע שאסור לתביעה להעמידו לדין הוא יסרב לכל הסדר שיוצע לו ולכן לא יועמד לדין ולא יורשע. כך, הגבלה כזו על התביעה הייתה מבטיחה כי הנאשם בדוגמה של אלשולר לא יסכים להסדר ביודעו שלא ניתן להעמידו לדין.

אלא, שבפועל אין שום מנגנון המפקח על קיום הדרישה הראייתית על ידי התביעה. בהיעדר פיקוח כזה אין בדרישה המוטלת על התביעה כדי למנוע את החשש לשימוש מוטעה בכוחה. לכאורה ניתן לתקוף בבג"ץ את ההחלטה להגיש כתב אישום בהיעדר ראיות; אלא שבג"ץ לא ייכנס לבחינה ראייתית מעמיקה של התיק כדי לקבוע כי אין די ראיות להעמדה לדין.¹³⁵ אכן, ככל הידוע, בית המשפט הגבוה לצדק מעולם לא התערב בהחלטת התביעה להעמיד אדם לדין מטעמים ראייתיים (להבדיל מהחלטות שלא להעמיד לדין מחוסר עניין לציבור).

¹³⁰ בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 1, 10; דג"ץ 3865/97 יהב נ' פרקליטת המדינה (לא פורסם, 8.5.98), בפסקה 5 לפסק הדין.

¹³¹ ראו דג"ץ יהב, שם, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט מצא.

¹³² ראו ע"פ מרקוביץ, הערה 27 לעיל; ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 593.

¹³³ ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹³⁴ ראו בג"ץ יהב, הערה 128 לעיל, בעמ' 10.

¹³⁵ ראו בג"ץ אולמרט, הערה 130 לעיל, בעמ' 808.

מכאן, שפתרון ממשי יותר יחייב לאמץ מנגנון פיקוח ישיר על החלטות התביעה בהעמדה לדין. כך, למשל, ניתן לקבוע שכתב אישום יוגש רק לאחר ששופט אישר כי יש די ראיות להגשתו.¹³⁶ בדרך זו גורם חיזוני לתביעה יבחן את הראיות קודם להגשת כתב האישום, וכך יצטמצם החשש לשימוש בסמכות בהיעדר ראיות. עם זאת, הליך רציני ואפקטיבי של בדיקה מוקדמת – כלומר: העברת חומר הראיות בכל תיק תחת ביקורת שיפוטית קודם למשפט – יוסיף נטל משמעותי על התביעה ועל בתי המשפט, וקרוב לוודאי שיביא להתמשכות הדיונים ואף לפגיעה קשה בזכויות הנאשמים.¹³⁷

ניתן, כמובן, לטעון כי יש להוסיף משאבים שיאפשרו את השימוש בשופט חוקר או באמצעי פיקוח אחר על ההחלטה להגיש כתב אישום, בלא לפגוע במשאבים המוקדשים כיום לאכיפה. אולם, אם ניתן להוסיף משאבים כאמור, יש לבחון אם הוספתם למערכת כיום, בלא שינויה, כדי להקל על העומס שבו פועלת המערכת – אינה עדיפה, מבחינת זכויות הנאשמים, על יצירת מנגנון פיקוח חדש. השוואת האלטרנטיבות מחייבת כמובן מחקר אמפירי מקיף, אולם סבורני כי במצב הנוכחי – שבו ההליכים המשפטיים הפליליים נמשכים כמעט תמיד חודשים ולעתים אף יותר – העברת משאבים לקיצור ההליכים תצמצם את הפגיעה בנאשמים יותר משתצמצם אותם ביקורת שיפוטית על הגשת כתב האישום.

זאת ועוד: הניסיון במדינות שונות בעולם מלמד כי מנגנונים שנועדו לבחון אם התביעה הציגה די ראיות כדי להצדיק העמדה לדין אינם ממלאים את תפקידם.¹³⁸ גם במקומות שבהם קיים הליך מקדמי של בחינת הראיות, הליך זה אינו מופעל בעבירות קלות שבהן החשש מפני סינון לקוי חריף יותר.¹³⁹ יתרה מזאת: גם הניסיון בארץ – לבחון את קיומן של ראיות לכאורה לצורך מעצר – מלמד כי רק במקרים נדירים ביותר מגיע בית המשפט למסקנה כי אין די ראיות להצדיק מעצר

¹³⁶ עד שנת 1965 הייתה הגשת כתב אישום בעבירת פשע מותנית באישור של בית משפט שלום, מכוח הוראות פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב אשמה), 1924. ראו קנת מן, "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין", **פלילים** ה(2) 189, 192 (תשנ"ז). אפשרות אחרת היא לכפוף את ההעמדה לדין בהגשת כתב האישום לחבר מושבעים גדול, כפי שנעשה בחלק מן העבירות במשפט הפדרלי האמריקני.

¹³⁷ לפגיעה שגורם העומס במערכת האכיפה הפלילית ולזכויות נאשמים ראו בהרחבה גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 37-84.

¹³⁸ רבים טוענים כי הליכי הסינון המוקדם של תביעות חמורות בארצות-הברית על ידי שופט אינם אפקטיביים; ראו על כך Gifford, הערה 14 לעיל, בעמ' 48, וכן Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel & Nancy J. King, *Criminal Procedure* vol. 4 §14.1(a) (2nd ed., 1999). האפקטיביות של הליך הביקורת של חבר מושבעים גדול על שיקול הדעת של התביעה נתון לוויכוח חריף עוד יותר; ראו שם, §15.3. גם מנגנוני ביקורת מוקדמים במדינות אחרות אינם אפקטיביים. כך, בגרמניה, השופט בודק את התיק לפני קביעת התיק למשפט אולם הדבר נעשה בלא שימוע לנאשם. הנאשם זכאי להגיש תגובה לאישומים, אך רק לעתים נדירות הוא עושה זאת. בכל מקרה, מכיוון שדי ב"חשד מספק" – *hinreichender Tatverdacht* – כדי להעמיד אדם לדין, רק כאחוז אחד מהתיקים מסתיים בשלב זה, וגם אז ברוב המקרים סיבת ביטול ההליכים אינה חוסר בראיות אלא דחיית העמדה המשפטית של התביעה על ידי בית המשפט. ראו Craig & Thomas Weigend, "Chapter 6: Germany," in *Criminal Procedure: A worldwide Study* 187, 206 (Craig & M. Bradley ed., 1999).

¹³⁹ כך, בארצות-הברית, הליכים מקדמיים והליכים בפני חבר מושבעים גדול נדרשים רק בעבירות מסוג פשע (felony). לביקורת על כך ראו Joan Barkai, "Accuracy Inquiries for All Felony and Misdemeanor Pleas: Voluntary Pleas But Innocent Defendants?," 126 *U. Pa. L. Rev.* 88 (1977).

בשלב מקדמי זה.¹⁴⁰ מכאן, שגם אם יופנו משאבים לבדיקה שיפוטית מוקדמת של הראיות, קשה להניח שיהיה בכך כדי להשפיע משמעותית על אופן סינון התיקים על ידי התביעה. המסקנה היא שמגבלות ישירות על כוחה של התביעה להעמיד לדין לא יפתרו את בעיית החף.

3. התוצאה: הסדרים מובילים להגשת תיקים "חלשים" יותר

מהאמור לעיל עולה כי ניתוחם של תומכי ההסדרים לוקה בהנחה מוטעית. הם צודקים אמנם בהערכתם כי הסדרי טיעון יחסכו לתביעה משאבים שימשו להגיש כתבי אישום נגד נאשמים רבים יותר, אולם אין בסיס להנחה הסמויה בטיעונם שלפיה שיעור החפים שיואשמו במשטר המתיר הסדרי טיעון דומה לשיעורם במשטר האוסר על הסדרים. יש חשש משמעותי שהסדרי הטיעון פוגעים בתמריצים של התביעה לבחור בתיקים בעלי ביסוס ראייתי, ואף יוצר לה תמריץ להגיש כתבי אישום בתיקים בעלי תשתית ראייתית רעועה. הגשת כתב אישום בתיק שהראיות בו חלשות, במקום בתיק שהראיות בו חזקות, מגדילה את הסיכוי להרשעת חפים. מכיוון שבמרבית המקרים התובע יכול להגיע להסדר טיעון, ואף להסדר מקל במיוחד, חלק גדול מהתיקים הללו מסתיימים בהרשעה. מכאן החשש המשמעותי שהסדרי טיעון מגדילים את שיעור החפים המורשעים.

יובהר שוב, כי הסיבה לכך אינה הסדרי הטיעון עצמם אלא הפגיעה של משטר המתיר הסדרי טיעון בתמריצים של התביעה להגיש כתבי אישום רק כשיש ראיות מוצקות כנגד הנאשם. למעשה, כל נאשם בפני עצמו – חף או אשם – יכול רק להרוויח אם יוצע לו הסדר טיעון במקום לנהל הליך פלילי. גם הנאשם החף לא יכול להפסיד מאופציה הניתנת לו להימנע מהסיכון לקבל עונש חמור אם יועמד לדין, אבל הסיכוי שהוא יועמד לדין מלכתחילה גדול יותר במשטר המתיר הסדרי טיעון. בעיית החף בהסדר טיעון אינה ההסדר שמוצע לו לאחר שהועמד לדין, אלא שהאפשרות להגיע להסדרים הביאה מלכתחילה לכך שהוגש נגדו כתב אישום.

השאלה הקשה היא אם התועלת שבהסדרי טיעון גדולה מנזקם? האם היתרונות שבהרחבת רשת האכיפה והתועלת של "אפקט המסננת" גוברים על הנזק שגורמים הסדרי הטיעון לשיקולי התביעה בהעמדה לדין? קשה מאוד להעריך את ההשפעה של שתי התופעות, אולם גם אין צורך בכך. ניתן לפתור את הבעיה באמצעות מנגנוני ביקורת שיפוטית מתאימים, שינטרלו את החסרונות של הסדרי הטיעון בלא לפגוע ביתרונות שלהם. להצגת פתרון זה אעבור כעת.

¹⁴⁰ ראו דליה דורנר, "אמות מידה למעצר", **הסינון** 23, 3, 5 (תשנ"ט); ראו גם יעקב קדמי, **על סדר הדין בפלילים** כרך א 223 (מהדורה מעודכנת, תשס"ג). אף המחמירים בדרישה זו אינם סבורים כי על בית המשפט לבחון את אמינות הראיות כשהתיק נשען על עדות מתלונן הנסתרת בעדות הנאשם. ראו בשי"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 166.

ה. הפתרון המוצע: הגבלות על הסדרי טיעון

ראינו שמשטר המתיר הסדרי טיעון עלול לעודד את התביעה להאשים יותר חשודים שהראיות נגדם חלשות. עקב כך, החשש מהרשעת חפים מפשע עלול לגדול במשטר המאפשר הסדרי טיעון, גם אם הנאשמים מקבלים החלטות בצורה רציונלית.¹⁴¹ בפרק זה אציע מנגנון של ביקורת שיפוטית המיועד לצמצם חשש זה. בחלקו הראשון של הפרק אראה שכאשר התביעה מגיעה להסדר טיעון עם נאשם שהראיות נגדו חלשות, העונש המוסכם בהסדר יהיה קל מאוד ביחס לחומרת העבירות המיוחסות לו. זאת, מכיוון שכשהראיות חלשות הנאשם ידע שקיים סיכוי משמעותי כי יזוכה, ולכן יסכים להודות בהסדר רק אם תוצע לו הקלה משמעותית בעונש. מכיוון שכך, עונש קל מאוד יכול לשמש איתות לבית המשפט בדבר חולשת הראיות, וחולשת הראיות יכולה ללמד על ספק ביחס לאחריות הנאשם.

במצב זה, כפי שאראה בחלקו השני של הפרק, על בית המשפט לדחות את הסדרי טיעון. אם ייאסר על הצדדים להגיע להסדר מקל מאוד, התביעה תיאלץ לבחור בין סגירת התיקים שבהם הראיות חלשות לבין ניהולם בהליך פלילי מלא – ועדיין יהיה באפשרותה להגיע להסדר טיעון עם מרבית הנאשמים בתיקים אחרים, שבהם הראיות מבוססות יותר. מטעם זה, העלות של ניהול תיק "חלש" (שבו לא ניתן להגיע להסדר) תהיה גדולה משמעותית מעלות ניהולו של תיק "חזק" (שיסתיים לרוב בהסדר). בדרך זו יהיו לתביעה תמריצים להעדיף תיקים חזקים על פני תיקים שהראיות בהם חלשות.

בחלקו השלישי של הפרק אטען כי לא רק אופי הביקורת השיפוטית צריך להשתנות אלא גם מועדה. כיום בית המשפט בוחן את הסדר הטיעון רק לאחר שהנאשם הודה והורשע על בסיס ההסדר. בשלב זה, אם העונש קל מדי, בית המשפט מטיל עליו עונש כבד מזה שהציעו הצדדים. מכיוון שנכוונתה של התביעה להגיע להסדר מקל מאוד היא אינדיקציה לחולשת הראיות, המשטר הנוכחי מסכן במיוחד נאשמים שהגיעו להסדר מקל עקב חולשת הראיות שבידי התביעה. הסיכוי שנאשמים אלו חפים הוא גדול יחסית לנאשמים אחרים. לפיכך, המשטר הנוכחי מגדיל את הסיכון שנאשמים חפים ייענשו בחומרה יחסית. לכן, ביקורת שיפוטית המכוונת למזער את הסיכון לנאשם החף צריכה להתקיים כבר בעת הצגת ההסדר וטרם הודאת הנאשם. בדרך זו, דחיית ההסדר תעמיד את התביעה בפני האופציה לוותר על ההליך או להעמיד את הנאשם לדין בהליך פלילי מלא. בשני המקרים יקטן הסיכון לנאשם החף.

בסיום הפרק אטען כי ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון, המכוונת למזער בעיית החף, צריכה להבטיח כי גם הסדרים על אישומים יעמדו לביקורת בית המשפט; כן אראה כיצד ניתן לבקר הסדרים אלו.

¹⁴¹ הצעה זו אינה מנסה לפתור בעיות הנובעות מטעויות של נאשמים שאינם יודעים להעריך נכונה את הסיכונים ומשמעויותיהם. כפי שהראיתי לעיל, הפתרון לבעיית הנאשם הבלתי-רציונלי הוא הרחבת זכות הייצוג.

1. הסדר חורג מקל כאיתות לחולשת הראיות

ראינו כי החשש שיוצרים הסדרי טיעון לנאשם החף טמון בפגיעתם בתמריצים שיש לתביעה להבחין בין נאשמים חפים לאשמים בהחלטתה אם להגיש כתב אישום. משטר שבו יש הסדרי טיעון מגדיל את החשש שהתביעה תגיש כתבי אישום אף כשאין בידיה ראיות המגבשות אפשרות סבירה להרשעה. התביעה יכולה לעודד נאשם כזה להסכים להסדר טיעון אם תציע לו עונש החורג משמעותית לקולא ממתחם הענישה ההולמת את העבירה. להלן אכנה הסדר טיעון שבו העונש קל משמעותית "הסדר חורג מקל". כאשר התביעה בוחרת להעמיד לדין נאשמים שהראיות נגדם חלשות, ומציעה להם הסדר חורג מקל, יש חשש גדול להרשעת חפים. השאלה בה אדון כעת היא אם ביקורת שיפוטית על ההסדרים יכולה לשנות את התמריצים של התביעה כדי לשפר את סינון התיקים.

יובהר, כי אין דרך להבטיח שהתביעה לא תפעל לעולם נגד נאשמים חפים, שכן התביעה אינה יודעת תמיד אם הנאשם חף או אשם. השאיפה היא, אם כן, להבטיח ככל האפשר שהתביעה תימנע מניהול הליכים נגד נאשמים שהסיכוי שהם אשמים אינו עולה על סף מסוים, על פי הראיות שבידה. לפיכך, איני מתיימר להציע פתרון לבעיה של נאשם חף שהתביעה, על בסיס ראיות קבילות מוצקות, סבורה בכנות שהוא אשם ושניתן להוכיח את אשמתו ברמת הוודאות הנדרשת. נאשם כזה יועמד לדין גם במשטר שאוסר על הסדרים, והסיכוי שלו להימצא אשם הוא משמעותי. במקרה של דינה בר-יוסף, למשל, יש להניח כי אלמלא הסדר טיעון היו מעמידים אותה לדין והיא הייתה מורשעת. בעיה כזו ניתן יהיה לפתור רק אם ישופר ההליך הפלילי באופן שיקטין את החשש מפני טעות. במקרה כזה, גם ביקורת שיפוטית נכונה לא תוכל לסייע.

אולם, ביקורת שיפוטית נכונה על הסדרי טיעון יכולה למזער את החשש שהתביעה תעמיד לדין נאשמים שחומר הראיות נגדם חלש. כאשר הסיכוי שהנאשם יורשע אינו גבוה בשל קשיים בראיות, התביעה תתקשה להגיע להסדר טיעון – אלא אם תציע לו "הסדר חורג מקל". לעומת זאת, במקרים שבהם ראיות התביעה חזקות, התביעה לא תסכים להתפשר יתר על המידה, שכן הסיכויים שהאשמה תוכח הם רבים. לפיכך, היחס בין חומרת העונש המוסכם לבין העונש הצפוי בגין המעשה נותן אינדיקציה טובה לסבירות שהנאשם אשם. ככל שהעונש המוסכם בין הצדדים קרוב יותר לעונש הצפוי בסוף הליך שיפוטי, סביר יותר שהתביעה וההגנה מעריכים שהנאשם יורשע אם יועמד לדין בבית המשפט; ככל שהפער גדול יותר, יש חשש גדול יותר כי התביעה תציעה הסדר למרות שיש לנאשם סיכויים רבים לזיכוי.

אין הכוונה לטעון שבכל מקרה שמוצע הסדר חורג מקל הנאשם הוא חף מפשע, או שבכל מקרה כזה לא ניתן להסיק מהראיות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. יכולות להיות סיבות רבות אחרות להקלות משמעותית, כגון קשיי ראיות שאינן קשורות לסיכוי שהוא אשם (למשל קשיים הנובעים מכך שהראיות כוללת האזנות סתר בלתי-קבילות) או תמורה שניתנת לנאשם בגין סיעו

לאכיפת החוק (למשל הסדר עד מדינה); בסיטואציות אלו אדון בהמשך.¹⁴² אולם, ככלל, ככל שההקלה שמוצעת לנאשם במסגרת ההסדר גדולה יותר, כך סביר יותר שהראיות נגדו חלשות יותר, והסבירות שהוא אינו אשם – גדולה יותר.

אסביר תופעה זו באמצעות הדוגמה של אלשולר. כזכור, דובר שם בנאשם באונס שלא היו נגדו ראיות של ממש. הוא הסכים להודות בעבירת תקיפה אף שהיה חף (לדעת סנגורו), מתוך חשש שיורשע בטעות. הסדר טיעון על תקיפה לנאשם באונס הוא בוודאי הסדר חורג מקל. אם התביעה לא הייתה מציעה לנאשם האמור הסדר חורג מקל אלא מציעה לו עבירה חמורה יותר, הנאשם היה מסרב להצעה ועומד לדין באשמת אינוס. החלטת התביעה להציע לנאשם הסדר חורג מקל מלמדת כי התביעה סברה שסיכויי הרשעתו נמוכים. מנגד, נאשם באונס שהראיות נגדו ברורות וחד-משמעיות יסכים להגיע להסדר על עונש כבד, הקרוב לעונש הצפוי אם יורשע בבית משפט. מנגד, התביעה – בודעה כי סיכוייה להוכיח את אשמתו במשפט גבוהים – לא תסכים להציע לו עונש קל משמעותית מעונש זה. בדרך זו פערי הענישה בהסדר משמשים אינדיקציה טובה לסיכויי ההרשעה ובעקיפין – גם לחפות.

2. על בית המשפט לדחות הסדר חורג מקל

כיצד ניתוח זה יכול לסייע לצמצם את הסיכון של נאשמים חפים? אם ייאסר על התביעה להגיע עם הנאשם להסדר חורג מקל, היא לא תוכל להגיע להסדר עם נאשמים בהיעדר ראיות מוצקות נגדם. כך, למשל, אם ייקבע שאסור שהעונש המוצע בהסדר יפחת ממחצית העונש הצפוי בבית המשפט, התביעה לעולם לא תוכל להגיע להסדר עם נאשמים שסיכויי הרשעתם נמוכים, ששיעור החפים מפשע ביניהם גדול יחסית. מובן שעדיין אפשר יהיה להעמידם לדין, אולם הסבירות שהתביעה תעשה זאת קטן יותר במקרה כזה, מכיוון שסיכויי ההרשעה הנמוכים אינם מצדיקים השקעת משאבים כה רבה.

אסביר: נניח כי התביעה מעוניינת לנצל את משאביה המוגבלים באופן שיבטיח כי סך העונשים המוטלים על כלל החשודים שלדעתה ראוי להעמיד לדין יהיה מרבי (בהמשך הדברים אגמיש הנחה זו). בשל מגבלות משאבים התביעה אינה יכולה לנהל הליכים נגד כל החשודים הללו. אם היא אינה רשאית להגיע להסדרים כלל, היא תבחר את התיקים לפי שלושה גורמים: סיכויי ההרשעה, העונש הצפוי והמשאבים הכרוכים בניהול ההליך. ככל שהסיכויים גדולים יותר, ככל שהעונש הצפוי גבוה יותר וככל שהמשאבים שהתיק דורש נמוכים יותר, כך תוחלת העונש ליחידת משאבים תהיה גבוהה יותר. במקרה זה עדיין ייתכן שהתביעה תגיש כתבי אישום כשסיכויי ההרשעה נמוכים, אם העונש הצפוי במקרה של הרשעה גבוה וניהול התיק אינו צורך משאבי תביעה רבים. כך, למשל, התביעה עשויה להעדיף תיקים שבהם סיכויי ההרשעה הם 20% והעונש הצפוי לנאשם שיורשע הוא 10 שנות מאסר, על תיקים שבהם סיכויי ההרשעה הם 80% אך העונש

¹⁴² ראו להלן פרק ה.3(ב) ("המתאם בין חולשת הראיות בתיק להסתברות לחפות").

הצפוי במקרה של הרשעה הוא שנתיים מאסר בלבד, אף אם המשאבים הנדרשים לכל אחד מהתיקים זהים. הליכים נגד נאשמים מהסוג הראשון יאפשרו להשיג, בממוצע, עונשים חמורים יותר מהליכים נגד נאשמים מהסוג השני. עם זאת, הסיכוי כי הנאשם בתיק הראשון חף מפשע גדול מהסיכוי שהנאשם השני אינו אשם.

הבעיה לא תיפתר גם אם תוכל התביעה לערוך הסדרים בלא הגבלה. במקרה כזה התביעה תוכל להגיע עם מרבית הנאשמים להסדר על עונש שיהיה תלוי בסיכויי ההרשעה ובעונש הצפוי, ולחסוך את רוב המשאבים הדרושים לניהול ההליכים נגדם. כאשר סיכויי ההרשעה נמוכים, התביעה תשיג את הסכמת הנאשמים להסדר כשתציע להם עונש נמוך משמעותית מהעונש הצפוי אם יורשעו. גם במצב זה בהחלט ייתכן שהתביעה תבחר לנקוט הליכים נגד נאשמים שסיכויי הרשעתם נמוכים, מכיוון שניתן להציע להם עונש נמוך מהעונש ההולם לעבירה שבה הם נחשדים ולעודדם להסכים להסדר. נאשמים שיסרבו להצעה יועמדו לדין – וכך יובטח כי האיום בהעמדה לדין יהיה ממשי. אולם, אם העונש המוצע יתחשב נכונה בסיכויי הזיכוי ובעונש הצפוי בהליך שיפוטי, רוב הנאשמים יסכימו להצעה. כך תוכל התביעה להציע לנאשמים מהסוג השני עונשים של שנת מאסר וכמה חודשים כדי שרובם יסכימו להצעה. במקביל היא תציע עונש נמוך גם לנאשמים מהסוג הראשון. נאשמים אלו, שרבים מהם צפויים לצאת זכאים במשפט, עשויים להסכים להצעה כדי לא לעמוד בסיכון של 20% להיאסר לעשר שנות מאסר. כך עשה הנאשם בדוגמה של אלשולר. המסקנה היא שהרוב המכריע של הנאשמים – הן אלו שסיכויי הרשעתם נמוכים והן האחרים – יסכימו להסדרים המוצעים, ולתביעה יהיו די משאבים להרחיב את שיעור הנאשמים המורשעים.

לעומת זאת, אם הסדרים מותרים אולם לא ניתן להציע במסגרתם עונשים הקלים באופן קיצוני מהעונש הצפוי בתום הליך מלא, התביעה תוכל להגיע להסדרים רק עם נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים. לפיכך, בכל מקרה שבו תבחר התביעה להעמיד לדין נאשם שסיכויי הרשעתו נמוכים היא תיאלץ לוותר על כמה תיקים של נאשמים שאיתם היא יכולה להגיע להסדר, דהיינו: תיקים של נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים. אם נניח, בדוגמה לעיל, שתיק המסתיים בהסדר דורש חמישית מההמשאבים הדרושים לניהול תיק בבית משפט, תיאלץ התביעה לוותר על חמישה תיקים מן הסוג השני, שאותם ביכולתה לסיים בהסדר, כדי לנהל תיק אחד מן הסוג הראשון. זאת, אף שתוחלת העונש של שני סוגי התיקים אינה שונה משמעותית (בראשון 20% מ-10 שנים, דהיינו: שנתיים מאסר, ובשני 80% משנתיים, דהיינו: 1.6 שנות מאסר).

במצב זה לתביעה יש אינטרס ברור להעדיף את התיקים שבהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר, שכן בתיקים אלו היא יכולה, באמצעות הסדרים, להשיג סך עונשים גבוה יחסית בהשקעת משאבים מעטים. אם היא תבחר בתיקים שבהם סיכויי ההרשעה נמוכים, היא לא תוכל להציע לנאשמים הצעות שהם יקבלו, וכל תיק יועבר לפסים שיפוטניים מלאים, יצרוך משאבי תביעה רבים וישלול מהתביעה את היכולת לטפל בתיקים האחרים. אם כן, המסקנה היא שמשטר המתיר הסדרים אך אוסר הקלה קיצונית בעונש יביא לשיעור קטן יותר של חפים מפשע המורשעים – הן בהשוואה למשטר האוסר הסדרים לחלוטין והן בהשוואה למשטר המתיר הסדרים בלא הגבלה.

התוצאה היא שמשטר המתיר רק הסדרים שגלומה בהם הקלה מתונה בעונש מייקר את עלות ניהולו של תיק שבו הראיות חלשות ביחס לעלות ניהולו של תיק מבוסס מבחינה ראייתית. אם הסדרים מותרים בכל התיקים אין פער משמעותי בין עלות הניהול של תיק חלש לזו של תיק חזק. בדומה, גם אם הסדרים אסורים בכל התיקים אין פער משמעותי בין עלות הניהול של תיק חלש לזו של תיק חזק. לעומת זאת, אם הסדרים אפשריים רק בתיקים "חזקים", נוצר פער גדול מאוד בין עלות הניהול של תיק חזק לעלות הניהול של תיק חלש. הגבלה על שיעור ההקלות המותרות בהסדר תיצור מצב שבו ניתן יהיה להגיע להסדר רק כששני הצדדים יסברו שסיכויי ההרשעה גבוהים, דהיינו: רק בתיקים חזקים.

כאמור, מסקנה זו מבוססת על ההנחה שהתביעה מעוניינת רק במקסום סך העונשים על הנאשמים שלדעתה ראויים לעונש. מובן כי הנחה זו אינה סבירה, אולם התוצאה לא תשתנה גם אם התביעה אינה מעוניינת רק במקסום עונשים. גם אם בחירת התביעה מונעת משיקולים נוספים, החלטתה באיזה תיק לבחור תלויה, בין השאר, במשאבים שיש להשקיע באותו תיק ביחס למשאבים הנדרשים לתיקים אחרים. אם התביעה יודעת שנקיטת הליכים נגד חשוד שחומר הראיות נגדו חלש תחייב הקצאת משאבים רבים – רבים בהרבה מאלה שיידרשו להליכים נגד חשודים שנגדם ראיות מוצקות – האטרקטיביות היחסית של הליכים נגד נאשמים מהסוג הראשון קטנה משמעותית. אמנם ייתכן כי במקרה מסוים כלשהו יגברו שיקולים אחרים, אולם יצירת פער גדול בין המשאבים הדרושים לתיקים שבהם סיכויי החפות גדולים לבין תיקים שבהם סיכויי ההרשעה גדולים יקטינו את הסיכוי שהתביעה תבחר בתיקים מן הסוג הראשון, אף אם לא יבטלו אפשרות זו לחלוטין.

כך, לדוגמה, נניח שהתביעה מעוניינת בהרשעת נאשמים בעבירות הזכות לבולטות ציבורית רבה יותר משהיא מעוניינת בהרשעת נאשמים בעבירות אחרות. בהיעדר מגבלות על הסדרי טיעון תגיש התביעה כתבי אישום נגד נאשמים בעבירות הבולטות גם אם הראיות נגדם חלשות יותר מהממוצע, ותציע להם הסדר מקל כדי לעודדם להסכים לו. אולם, אם ייאסר על התביעה לערוך הסדר חורג מקל יקטן הסיכוי שהיא תבחר בתיק החלש ראייתית רק משום שהוא בולט. זאת, מכיוון שבחירה בתיק זה תחייב אותה לנהל הליך מלא שתוצאתו עלולה להיות זיכוי, ולכן לוותר על תיקים רבים, פחות בולטים, שבהם ביכולתה להשיג הרשעה ודאית בעלות נמוכה באמצעות הסדר טיעון.

דוגמה אחרת: נניח כי התביעה מעוניינת להעמיד לדין רק נאשמים שלפי הערכתה הסובייקטיבית אכן אשמים. כל עוד הערכה סובייקטיבית זו מבוססת על ראיות קבילות ובעלות משקל הדבר אינו מעורר קושי. במצב כזה התביעה תשקול את עוצמת הראיות ותעדיף תיקים חזקים, והסיכוי שחפים יועמדו לדין יהיה קטן. אולם, כאשר תחושתיה של התביעה אינן מבוססות על ראיות אובייקטיביות, יש חשש שיועמדו לדין יותר נאשמים חפים. במקרה כזה, איסור על הסדר חורג

מקל יקטין את התמריצים של התביעה לבחור תיקים חלשים רק מכיוון שעל פי התחושה הסובייקטיבית של התובעת מדובר בנאשם אשם.¹⁴³

זאת ועוד: התחשבות בשיקולים נוספים של התביעה בהכרעותיה עשויים לחזק את יתרונה של הגישה המוצעת כאן. כך, למשל, אם התביעה חוששת להפסיד תיקים (נוסף על רצונה להשיא את סך העונשים), איסור על הסדר חורג מקל יהיה אפקטיבי עוד יותר בצמצום החשש להרשעת חף. במקרה כזה, יתרונם של תיקים חזקים יגדל מנקודת מבטה של התביעה, מכיוון שבתיקים אלו ניתן יהיה בדרך כלל להגיע להסדר טיעון שיבטיח הרשעה. מנגד, בתיקים חלשים התביעה תהיה חייבת לנהל הליך ולעמוד בפני הסיכון הגדול לזיכוי, על הנוק הכרוך בסיכון זה לתדמיתה של התביעה. גם מטעם זה, איסור לערוך הסדר מקל חורג יקטין משמעותית את החשש להרשעת חפים.

ניתן לטעון כי גם אם אימוץ ההצעה לעיל יקטין את שיעור החפים המורשעים הוא לא יועיל לנאשמים החפים, שכן על החפים שכן יורשעו יוטל עונש כבד יותר. כאשר התביעה תגיש כתב אישום נגד נאשם בתיק חלש, הוא לא יוכל לערוך הסדר טיעון המשקף את סיכויי אשמתו, ולכן, אם יורשע, יענש בחומרה יחסית. על פי הטענה, החיסרון שבהטלת עונש כבד על נאשם חף גדול מהיתרון מצמצום שיעור החפים המורשעים או לפחות מתקזז עמו. לטענה זו שתי תשובות. ראשית, מבחינה נורמטיבית, הנוק הנגרם מגידול במספר ההרשעות המוטעות גדול מהנוק הנגרם מגידול בשיעור דומה בחומרת העונשים המוטלים נאשמים חפים. בעצם הרשעתו של אדם חף, בלא קשר לעונש המוטל עליו, כרוכה "עלות מוסרית" שאינה תלויה בחומרת העונש המוטל על החף.¹⁴⁴ שנית – וזה העיקר – המשמעות העיקרית של ההסדר המוצע אינה רק חלוקה מחודשת של הסיכון לחפים, אלא תמריץ לתביעה להעמיד לדין פחות נאשמים שהראיות נגדם מרמזות על אפשרות לחפות. למעשה, התביעה, בשל משאביה המוגבלים, תמעט להגיש כתבי אישום כנגד נאשמים שהיא צופה שלא ניתן יהיה להגיע איתם להסדר טיעון, ולכן אין לצפות שנאשמים אלו יעמדו בסיכון להרשעה ולעונש חמור. איני טוען, כמובן, שלעולם לא ייתכן מצב בו נאשם חף שהראיות נגדו חלשות לא יעמוד לדין; ייתכנו בהחלט מקרים שבהם התביעה תעדיף להגיש כתב אישום גם כשהיא יודעת שהיא תיאלץ לשאת בעלות הגבוהה של ניהול הליך ראייתי מלא נגד הנאשם, ולמרות שהיא יודעת שבשל הקשיים בראיות הסיכוי שהיא תפסיד את התיק גדול יחסית. היא עשויה לבחור בדרך זו משיקולים שונים כגון לחץ ציבורי, העדפה להטיל את האחריות לזיכוי על בית המשפט או אף נקמנות. באותם מקרים הנאשמים אכן יעמדו בפני סיכון לעונש גבוה יחסית אם יורשעו, אולם אלו יהיו המקרים החריגים. במרבית המקרים, הידיעה כי

¹⁴³ לעתים, קשיים בראיות אינם מלמדים על סיכויי חפות גבוהים אלא נובעים ממגבלות על קבילות ראיות. ניתן לטעון כי שימוש בהסדר חורג מקל הוא מוצדק כדי להתגבר על מגבלות אלו ולהביא להרשעת נאשמים שביצעו את המימוש להם, אך יש קושי להוכיח זאת בראיות קבילות. בטענה זו אדון בהמשך; ראו להלן, הטקסט אחרי הערה 149.

¹⁴⁴ לפיתוח הטיעון בדבר העלות המוסרית ראו Dworkin, הערה 78 לעיל. ראו גם Alschuler, הערה 63 לעיל, בעמ' 714, הטוען כי מצב שבו עשרה חפים מורשעים בהסדר טיעון ונענשים בשנת מאסר אחת גרוע ממצב שבו רק חף אחד מורשע בהליך פלילי ונגזר עליו לרצות עשר שנות מאסר.

הגשת כתב אישום בתיק חלש מחייבת ניהול הליך פלילי יקר וסיכון בכישלון, בעוד שהגשת כתב אישום בתיק חזק תסתיים כמעט תמיד בהליך זול של הסדר טיעון ובהרשעה, תעודד את התביעה שלא להגיש כתבי אישום בתיקים חלשים.

מהאמור לעיל עולה המסקנה הבאה: כאשר הביקורת השיפוטית מכוונת למזער את הסיכון להרשעת חפים, עליה לאסור על הקלות משמעותיות בהסדרי טיעון, ועל בית המשפט לדחות הסדר חורג מקל. לכן אין לקבל את מבחן האיזון שנקבע בע"פ פלוני: הסדר טיעון צריך להידחות אם העונש בו קל משמעותית מהעונש שהיה צפוי אם הנאשם היה מורשע בהליך מלא. אם כך ייקבע בדין, הצדדים ידעו כי הסדר חורג מקל לא יאושר, התביעה לא תוכל לערוך הסדר חורג מקל, והיא תימנע מהעמדה לדין של נאשמים שאין נגדם בסיס ראיתי מספק. כך יקטן הסיכון להרשעת חפים.

באופן פרדוקסלי, המבחן האמור דומה למבחן שהציע השופט גולדברג, אותו ביקרתי בראשית המאמר.¹⁴⁵ שני המבחנים מדגישים את היחס בין העונש המוסכם לעונש הראוי בגין העבירה, בהכריעם את תקפות ההסדר. עם זאת, המבחנים הדומים מכוונים להשגת מטרה שונה בתכלית. לפי השופט גולדברג מטרת ההתערבות בהסדרים היא הבטחת ההרתעה, ואילו לפי המוצע כאן מטרת ההתערבות בהסדרים היא הגנה על החף. הבדל זה במטרות משפיע באופן משמעותי גם על אופן יישום המבחנים. ההבדל המשמעותי ביותר ביישום מתבטא בתוצאה של דחיית ההסדר. לגישת השופט גולדברג, כדי להבטיח הרתעה נדרש כי בית המשפט שהחליט לדחות את ההסדר יותיר את ההרשעה על כנה ויטיל עונש מרתיע במקום העונש הקל שהוצע. גם השופטים האחרים בבית המשפט העליון סבורים כי התוצאה של דחיית הסדר צריכה להיות הטלת עונש חמור יותר על הנאשם שהודה. אולם, כאשר מטרת ההתערבות בהסדרים היא הגנה על החף התוצאה צריכה להיות שונה. מטעם זה, גם השלב שבו בוחן בית המשפט את ההסדר צריך להיות שונה. לנושא זה אעבור כעת.

3. הפיקוח על הסדרי טיעון לעניין העונש

(א) מועד הבחינה השיפוטית של הסדרי טיעון

באיזה שלב של ההליך על בית המשפט להכריע בדבר תקינותו של הסדר הטיעון? על פי הדין כיום, כפי שנקבע כבר בעניין **בחמוצקי**, הצדדים חושפים את הסדר הטיעון בפני בית המשפט עוד לפני שהנאשם מודה, אולם בית המשפט אינו מכריע אם לקבל את ההסדר עד לאחר שהנאשם הודה והורשע. בשלב זה, אם בית המשפט סבור כי העונש המוצע בהסדר קל מדי, הוא גוזר על הנאשם עונש כבד יותר מהמוסכם בין הצדדים בלא לבטל את ההרשעה.¹⁴⁶

¹⁴⁵ ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 25.

¹⁴⁶ ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 611-613.

רבות כבר נכתב על חוסר-ההגינות של ההליך, שבמסגרתו הנאשם מוותר על זכותו למשפט ואילו התמורה המהותית לה הוא מצפה – ההקלה בעונש – נשללת ממנו.¹⁴⁷ אולם, לענייננו חשובה ההשפעה שיש להחמרה בעונשי הנאשמים לאחר דחיית הסדר הטיעון על הסיכון שהיא יוצרת לנאשמים חפים. כפי שראינו, הקלות משמעותיות יוצעו בעיקר לנאשמים שיש קושי להוכיח את אשמתם. אלו הם נאשמים שהסיכוי שהם חפים גדול ביחס לנאשמים אחרים. התוצאה היא שדווקא נאשמים שהסיכוי לחפותם גדול יחסית עלולים למצוא את עונשם מוחמר. מצב זה מחייב תיקון.

ניתן לפתור קושי זה באמצעות שינוי מועדה של הביקורת השיפוטית. ניתן לקבוע שכבר בשלב שבו נחשף ההסדר בפני בית המשפט – עוד קודם להודאת הנאשם – תתקבל החלטה בדבר קבלת ההסדר. בהליך זה ישמע בית המשפט את טענות הצדדים בדבר ההסדר מיד לאחר הצגתו בפניו ויכריע אם לקבל את ההסדר. אם ההסדר יתקבל יוכלו הצדדים להמשיך בהליך: הנאשם יודה והעונש המוסכם בינו לבין התביעה יוטל עליו. אם ההסדר יידחה, הוא יחדל להתקיים; הצדדים יוכלו להחליט אם להגיע להסדר אחר או להמשיך בהליך פלילי מלא. התביעה תוכל כמובן לחזור בה מהאישומים לחלוטין, והנאשם יוכל להודות באישומים בלא הסדר טיעון. מבחינה מעשית, משמעותו של הליך זה דומה להליך המאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו לאחר שהסדר הטיעון נדחה.¹⁴⁸ היתרון של ההליך המוצע על פני הליך של חזרה מהודאה הוא שבית המשפט אינו נאלץ לעמוד בפני הודאה מותנית ולאפשר חזרה מההודאה. אם ההסדר נדחה, ההליך מתחיל בלא שהנאשם הודה; אם ההסדר מתקבל, הנאשם מודה והודאה זו אינה הדירה.

יצוין, שכאשר הצדדים מעריכים נכונה את ההכרעה הצפויה של בית המשפט בהליך אישור ההסדר, אין הבדל ממשי בין ההליך המוצע להליך הנוהג כיום. נאשם שיודע שבית המשפט ידחה את הסדר הטיעון ויטיל עליו עונש כבד מהמוסכם לא יסכים לערוך הסדר טיעון כלל. במקרה כזה, התוצאה תהיה זהה בין אם ההסדר נבחן לפני הודאת הנאשם או אחריו. לעומת זאת, להבדל בין הגישות יש חשיבות כשייתכנו טעויות בהערכת החלטה השיפוטית. הנאשם עלול להסכים

¹⁴⁷ ראו Scott & Stuntz, הערה 10 לעיל, בעמ' 1914; ראו גם גול, הערה 16 לעיל; גול, הערה 5 לעיל, בעמ' 244. לדיון בטענות אלו ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 606-610. יצוין כי ההסכם הפורמלי בין התביעה לנאשם אינו מופר: התביעה מתחייבת בהסדר הטיעון רק לטעון לעונש מקל, ואינה מתחייבת שבית המשפט יטיל עונש מקל. לפיכך, היא מקיימת את התחייבותה. ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 613-620. אולם, ברור כי מנקודת מבטו של הנאשם אין בכך ולא כלום: הוא ויתר על זכותו למשפט לאחר שסנגורו, כמו גם התביעה, העריכו בפניו כי ההסדר תקין ולכן יאושר. את הרגשתו לאחר שמתברר לו כי הסנגור והתביעה טעו וכי את מחיר טעותם הוא ישלם בחירותו – ניתן רק לשער. בע"פ פלוני דחה בית המשפט את טענת הסנגוריה הציבורית כי יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו אם נדחה הסדר הטיעון. השופטת ביניש קבעה כי חזרה מהודאה אפשרית רק מנימוקים מיוחדים שיירשמו, כאמור בסעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי, ודחיית הסדר טיעון אינה מקימה נימוקים כאלו. מכיוון שבית המשפט אינו צד להסדר הטיעון, דחייתו את הסדר הטיעון אינה הפרה של ההסדר: "הנאשם לא שינה מצבו לרעה בהסתמכו על פעולת בית המשפט, אלא בהתבסס על הבטחת התביעה להשתדל ולסייע". ראו שם, בעמ' 615. עמדה זו של בית המשפט נגזרת מהתפיסה שתפקיד גזירת הדין מוטל על בית המשפט והעקרונות האדברסריים אינם תקפים בשלב זה. משום כך, אין בכוחה של הסכמת הצדדים לתחום את שיקול הדעת של בית המשפט, כמו גם את אופן השימוש של בית המשפט בסמכות לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו. כאמור, לפי גישתי, גם בשלב גזירת הדין ההליך הוא אדברסרי, ולכן אם הצדדים מסכימים לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו – על בית המשפט לעשות כן. כפי שאראה בחלק זה, יש לאפשר לנאשם להתגונן בהליך משפטי כשההסדר נדחה גם כדי לצמצם את הסיכון לנאשמים חפים.

¹⁴⁸ הצעה שלפיה יאפשרו לנאשם לחזור בו מהודאתו אם ההסדר יידחה נדחתה על ידי בית המשפט. ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 613-620.

להסדר טיעון מתוך אמונה שהעונש המוצע בהסדר אינו חורג לקולא מן המותר. על פי הדין כיום, אם טעה הנאשם יוטל עליו עונש כבד מהמוסכם, אולם אם ההסדר ייבחן קודם להודאת הנאשם – תהיה לטעותו משמעות פחות חמורה. במצב זה, לאחר דחיית ההסדר ייערך לו משפט פלילי מלא, שבו תינתן לו הזדמנות להטיל ספק באשמתו ואולי אף להוכיח את חפותו. ההליך המוצע נועד, אם כן, רק להסיר את עננת חוסר-הוודאות השורה כיום על נאשמים שמציעים להם הסדר טיעון.

ההליך הקיים היום פוגע בוודאות של כל הנוגעים בדבר ומעודד התנהגות אסטרטגית של הצדדים בלא שיש לכך הצדקה. הנאשם עלול לדחות הסדר טיעון המיטיב עמו מחשש מוטעה שביית המשפט ידחה את ההסדר, והוא עלול לקבל הסדר טיעון המרע עמו נוכח הערכה מוטעית שביית המשפט יקבל את ההסדר; התביעה עשויה להציע הסדרים מקלים לנאשמים הטועים בהערכת סיכויי הדחייה, גם אם היא יודעת שהסיכוי שההסדר יידחה גדול – מתוך ידיעה שדחיית ההסדר על ידי בית המשפט לא תטיל עליה עלויות נוספות של ניהול הליך משפטי. בדרך זו יש לתביעה תמריץ קטן יותר לסגן תיקים שבהם הראיות לא מבוססות. בית המשפט עלול לקבל הסדרי טיעון מקלים גם כשההקלה הגלומה בהם גדולה מדי, כדי שלא לפגוע באינטרס הציפייה של הנאשם.¹⁴⁹ התחשבות בציפייה של הנאשם מקטינה את החשש שהסדרים מקלים ידחו ואת האפקטיביות של הביקורת השיפוטית כאמצעי לתמרוץ התביעה להאשים אדם רק בהתבסס על ראיות חזקות. במקרים החריגים שבהם ההסדר אכן יידחה תהיה התוצאה בלתי-הוגנת בעליל עבור הנאשם, שבהסדר עם התביעה ויתר על זכותו למשפט תמורת התקווה להקלה – ותקווה זו נכזבה. על חסרונות אלו ניתן להתגבר אם ייקבע שביית המשפט יבחן את ההסדר קודם להודאת הנאשם.

(ב) המתאם בין חולשת הראיות בתיק להסתברות לחפות

עד כה הנחתי כי הסדר חורג מקל מהווה איתות לקיומם של קשיים בראיות, וכי קשיים בראיות עלולים לאותת על קיומו של ספק באחריות הנאשם. הנחות אלו מחייבות בחינה. בסעיף הבא אדון בדרכים האפשריות להתמודדות עם הסדרים מקלים שהטעם לעריכתם אינו קשיים בראיות. בחלק זה אבקש להתמודד עם חלקה השני של ההנחה, שלפיו קשיים בראיות מאותתים על קיומו של ספק באחריות הנאשם. לפני שאפרט את הטענה אסביר בכמה מילים מה כוונתי במונחים "תיק חלש" ו"תיק חזק". עצמת הראיות בתיק היא מדד לסיכויי ההרשעה של נאשם, ובמילים אחרות: תיק ייחשב "חזק" אם קריאה מקצועית אובייקטיבית של הראיות שבידי התביעה מלמדת שהסיכוי שהנאשם יימצא אשם בהליך פלילי הוא גדול. באותו אופן, תיק חלש הוא תיק שקריאה מקצועית שלו תוביל למסקנה שסיכויי ההרשעה בו נמוכים. המנגנון המוצע לעיל מנסה להתמודד עם בעיית החף באמצעות עידוד התביעה שלא להגיש כתבי אישום בתיקים חלשים. לכך

¹⁴⁹ יצוין כי בית בית המשפט מונחה להתחשב באינטרס הציפייה של הנאשם; ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 603-601, 610-606.

תהא הצדקה רק אם נניח מתאם בין חוזקו של התיק, במובן האמור לעיל, להסתברות שהנאשם אשם.

בהנחה זו אדון כעת. יש הטוענים כי במקרים רבים אין קשר בין קשיים ראייטיים לאחריותו של הנאשם. ניתן לחלק טענות אלו לשניים: אפשרות אחת, קיצונית יותר, תאמר כי חולשת ראיות כלל אינה אינדיקציה לכך שהסיכוי לחפות גדול יחסית.¹⁵⁰ אם כך הדבר, הרי שעידוד התביעה להגיש רק תיקים חזקים כלל לא יקטין את שיעור החפים המועמדים לדין. קשה לקבל טענה זו. ניקח כדוגמה שני תיקים: האחד "תיק חזק", שבו הראיה המרכזית היא צילום וידאו של מצלמת עיקוב שבו נראה הנאשם מבצע את העבירה. האחר – "תיק חלש", שבו הראיה העיקרית היא עדות של נפגע העבירה, הנשללת על ידי הנאשם. בהנחה שאלו הנתונים היחידים, קשה לקבל טענה סבירה כי ההסתברות שהנאשם בתיק הראשון ביצע את העבירה אינה גבוהה מההסתברות שהנאשם בתיק השני אשם. מכיוון שהראיות בתיק הראשון מהוות אינדיקציה טובה לאחריותו הפלילית של הנאשם, יש סיכוי גדול שבית משפט שבפניו יובאו ראיות אלו ימצא את הנאשם אשם ("תיק חזק"). בדומה, בתיק שבו הראיות אינן מהוות אינדיקציה טובה לאחריות הנאשם, הסיכוי שבית המשפט ימצא את הנאשם אחראי קטן יחסית ("תיק חלש"). בהיעדר סיבה להניח שבתי המשפט טועים בהערכת הראיות באופן שיטתי, חוזקו של התיק מהווה אינדיקציה טובה לסיכוי שהנאשם אשם. זאת ועוד: מערכת משפט שבה אין מתאם בין עצמת הראיות בתיק (המלמדת, כאמור, על הסיכוי שהנאשם יורשע) לבין ההסתברות שהנאשם אכן אשם, לא תוכל להיחשב מערכת משפטית סבירה. אם זה מצבה של מערכת המשפט – הכשל של הסדרי הטיעון להבטיח הגנה לחפים נגזר ישירות מכישלונה של המערכת כולה להבחין בין אשמים לחפים.

ניתן להציג עמדה מרוככת של טענה זו: ניתן לטעון כי לפחות במקרים שבהם מחזיקה התביעה במידע שאינו קביל לא ניתן להסתמך על עצמת הראיות הקבילות כמדד להסתברות לחפות. כך, לעתים, קיימות בידי התביעה עדויות שמיעה, ראיות חסויות או ראיות אחרות שאינן קבילות, המשכנעות אותה כי הנאשם אכן ביצע את המעשה – אולם קשה לבסס אחריות זו בראיות קבילות. ניתן לטעון כי במקרה זה תוכל עריכתו של הסדר טיעון לפתור את הקושי שמעלה בעיית הקבילות ולהבטיח את הרשעתו של האשם. אם התביעה תציע לנאשם כזה הסדר חורג מקל, הוא עשוי להסכים – ובדרך זו ניתן יהיה להרשיעו. איסור על הסדרים מקלים כאמור יגביל את יכולתה של התביעה להבטיח הרשעת אשמים.

אין לקבל גישה זו. הסתמכות של התביעה על ראיות שאינן קבילות כדי להצדיק הרשעה של נאשם במסגרת הסדר טיעון מקל היא ניסיון לעקוף את הכלל האוסר שימוש בראיות כאלה. אם הכלל הראייתי מוצדק – אין לעקפו גם בדרך זו. כך, למשל, אם התביעה משוכנעת באחריות הנאשם בשל עדות שמיעה שבידיה, עריכת הסדר טיעון מקל עמו כדי להביא להרשעתו חותרת תחת הכלל

¹⁵⁰ תודה לחברי מערכת כתב העת **משפטים** שהסבו את תשומת לבי לצורך להתמודד עם טענה זו.

האוסר להשתמש בעדות שמיעה בשל חוסר-מהימנותה.¹⁵¹ בדומה, הסתמכות על האזנת סתר אסורה חותרת תחת מטרת החקיקה המבקשת למנוע שימוש בראיה פסולה זו, וכך גם החלטת התביעה להסתמך על עדות המחייבת סיוע בלא שהיא משוכנעת שיש בידה סיוע לעדות. ניתן כמובן לטעון שכללי הקבילות האמורים אינם מוצדקים, אולם במקרה כזה יש לפעול לביטול. כל עוד הדין אוסר הסתמכות על ראיות אלו – בין משום שהן לא אמינות דיין ובין לשם השגת מטרה ציבורית אחרת – אין לעקוף את הדין ולסכל את תכליתו באמצעות הסדרי טיעון.¹⁵²

זאת ועוד: משמעות השימוש בהסדרי טיעון כדי לעקוף קשיים ראייתיים היא הסמכת התביעה להחליט בדבר אחריותו הפלילית של הנאשם. אם נרשה לתביעה לפעול להרשעת הנאשם בהסדר, אף שיש לה ספק רב אם ניתן להרשיעו בהליך מלא, נוכל אולי להתגבר על קשיים ראייתיים במקרים המתאימים, אולם במקביל גם נאפשר לה להביא להרשעה כשהקשיים הראייתיים ילמדו על קיומו של ספק סביר באחריות הנאשם. הערכת התביעה כי הנאשם אשם למרות הקשיים בראיות עלולה להיות מוטעית. זוהי הערכה המתקבלת בהליך פנימי, בדלתיים סגורות, בלא שניתנת לנאשם זכות טיעון ובלא מנגנוני ההגנה האחרים העומדים לרשותו בהליך הפלילי. בעיה זו לא קיימת כשמוצע לנאשם עונש שאינו קל משמעותית מהעונש הצפוי בתום הליך מלא. במקרה כזה, הסכמת הנאשם תלמד כי יש ראיות מבוססות שיובילו בסבירות גבוהה להרשעה אם יתקיים משפט. כאשר התביעה מציעה הסדר חורג מקל אין אינדיקציה לכך שיש די ראיות קבילות. ייתכן שגם במקרה כזה התביעה מעריכה שהנאשם אשם, למרות הקשיים הראייתיים, אולם בהיעדר הליך משפטי אין לסמוך על הערכה זו כדי לבסס הרשעה.

מטעם זה סבורני, ככלל, שבהיעדר סיכוי סביר להרשעה אין להציע לנאשם עונש קל רק כדי שיסכים להסדר טיעון, אף אם לדעת התביעה הוא ביצע את העבירה. היתר כזה ישמש כלי לעקיפת דיני הראיות ויקנה לתביעה כוח רב מדי להביא להרשעת אדם שאין די ראיות נגדו.

יצוין כי הפסיקה כיום לא אימצה עמדה זו. בית המשפט העליון קבע כי שימוש בהסדרי טיעון כדי להתגבר על קשיים בראיות קבילות הוא לגיטימי. כך, בע"פ **שילוח** נקבע כי "שיקול רלבנטי הוא לתביעה, בידועה (או בהעריכה) את חוסר סיכוייה להוכיח את האשמה שהיא מייחסת לנאשם, להעדיף הסדר טיעון עמו לפיו יודה בעובדות שבכתב-האישום, על פני זיכויו. שכן, בהכירה את חומר הראיות שבתיק החקירה משוכנעת התביעה באשמת הנאשם".¹⁵³ במילים אחרות: אם

¹⁵¹ דורון מנשה, "שיקול דעת עובדתי, חופש ההוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה", **הפרקליט** מג 83 (תשנ"ז).

¹⁵² במקום אחר הבעתי עמדה ספקנית יותר, שלא שללה את האפשרות להתיר לתביעה לערוך הסדר טיעון מקל כשדיני הקבילות מונעים ממנה להבטיח את הרשעת הנאשם, אף שאלמלא מגבלות של קבילות ניתן היה להוכיח בקלות את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר. ראו גזל, הערה 5 לעיל, בעמ' 242, בהערת שוליים 158. לאחר מחשבה נוספת השתכנעתי כי אין מקום לאפשר עקיפה של דיני הקבילות באמצעות עריכת הסדרים חורגים מקלים, מהנימוקים המובאים בגוף הטקסט לעיל.

¹⁵³ ראו ע"פ **שילוח**, הערה 27 לעיל, בעמ' 678. פסק הדין מפי השופט גולדברג ניתן בדעת רוב, אולם גם השופט מצא, בדעת המיעוט, הסכים בנקודה זו עם השופט גולדברג וקבע כי קשיים בראיות הם שיקול רלבנטי לתביעה; ראו דבריו בעמ' 680-681; ראו גם ע"פ **פלוני**, הערה 1 לעיל, בעמ' 621-622.

התביעה מעריכה כי יש קושי להוכיח את האשמה, היא רשאית להציע לנאשם הסדר טיעון כדי להבטיח את הרשעתו.

לדעתי, אם אנו מעוניינים להגן על נאשמים חפים, פסיקה זו מוטעית. הלכה זו קובעת כי התביעה רשאית להציע הסדר חורג מקל כדי להבטיח את הרשעתו של נאשם שיש סיכוי משמעותי שלא יורשע בהליך מלא, רק מן הטעם שהתביעה סבורה, על סמך המידע שבידה, שהוא אשם. אולם, הסתמכות על הערכותיה של התביעה בדבר אחריות הנאשם, כשאלו אינן מגובות בראיות קבילות, מסכנת חפים מפשע מעבר לדרוש.

(ג) הסדרים מקלים מנימוקים שאינם קשיים בראיות

שאלה קשה יותר היא אם לקבל הסדרי טיעון הכוללים הקלות משמעותיות בעונש כשהצדדים מציגים נימוקים מיוחדים להקלה זו. שאלה זו מתעוררת בעיקר כשהתביעה מעוניינת למנוע קיומו של הליך פלילי מלא כדי להגן על אינטרס ציבורי כלשהו, כגון הרצון למנוע מעדת תביעה את הסבל הכרוך במתן עדות, למנוע חשיפת סודות מדינה בהליך הפלילי, להגן על סוכנים משטרתיים וכיוצא באלה. במקרים אלו רצונה של התביעה להימנע מהליך עשוי לחזק את עמדת המיקוח של הנאשם בהתדיינות על הסדר טיעון. לפיכך, ייתכן כי הדרך היחידה להבטיח שהנאשם יסכים להסדר היא להציע לו הסדר חורג מקל, למרות שיש בידי התביעה די ראיות להבטיח את הרשעתו.

יובהר כי הכוונה אינה להקלה משמעותית הניתנת בשל נסיבות מיוחדות הקשורות בנאשם. כאשר התביעה מסכימה להטיל על הנאשם עונש קל מנימוקים הקשורים בנאשם או בעבירה כגון מחלתו, ניסיונו לתקן את הנזק שגרם, הנסיבות הקשות שהביאוהו לביצוע העבירה וכיוצא באלה, יש להקל עם הנאשם גם בלא הסדר טיעון. במקרה כזה אין מדובר בהקלה בשל ההסדר, שהרי גם אם היה מורשע בתום הליך מלא היה מקום להקל בעונשו לאור אותן נסיבות.¹⁵⁴ הסדר חורג מקל משמעותו הסדר המעניק לנאשם הקלה משמעותית בשל הודאתו – הקלה שלא היה מקבל אילו היה עומד על זכותו לקיים הליך משפטי מלא; זוהי הקלה חריגה שמטרתה למנוע הליך משפטי מלא, מכיוון שלהערכת התביעה הנזק מקיומו של הליך כזה לאינטרס ציבורי כלשהו עלול להיות גדול במיוחד.

השאלה אינה פשוטה. מחד גיסא, במקרים אלו ההקלה בעונש אינה משמשת אינדיקציה לקיומו של ספק אפשרי באשמה. לפיכך, כשמובהר לבית המשפט שקיימת סיבה אחרת להסדר חורג מקל, שאינה קשיים בהוכחת התיק, לא אמורה להיות מניעה לאמצו. מאידך גיסא, בהליך אדברסרי נתונים לבית המשפט כלים מוגבלים ביותר לבירור הסיבה האמיתית להקלה הגדולה בהסדר. אף שבית המשפט רשאי להרחיב ולחקור את הצדדים כדי לברר את מניעיהם האמיתיים בהסכמתם

¹⁵⁴ ראו ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1), 177, 179-180.

להסדר,¹⁵⁵ הסיכוי שבית המשפט יטעה אינו מבוטל – ובית המשפט עלול לאפשר הסדר טיעון שהושג בשל קשיים ראייתיים ולהגדיל את הסיכון לנאשמים חפים. זאת ועוד: אם ייאסר על התביעה להגיע להסדר חורג מקל, יקטן כוח המיקוח של הנאשם. הנאשם יידע כי התביעה אינה יכולה להציע לו עונש קל בצורה משמעותית מהעונש ההולם, וביודעו גם כי הסיכוי שיורשע בהליך הוא גבוה – הוא יסכים גם להסדר ההולם יותר את חומרת מעשיו. לכן, מגבלה משפטית זו על הסדר חורג מקל, כשהראיות מוצקות, עשויה להבטיח ענישה הולמת יותר. אין משמעות הדבר כי בכל מקרה של קושי כזה תוכל התביעה להבטיח הסכמה להסדר תמורת הקלה משמעותית פחות, וייתכנו מקרים שבהם יעריך הנאשם כי בשל הנזק הצפוי מן ההליך קיים סיכוי שהתביעה תוותר על התיק לחלוטין אם לא יושג הסדר – וכדי לשקף סיכוי זה הוא יסכים רק להסדר חורג מקל. במקרים אלו, איסור על הסדר כאמור כלל לא יאפשר לתביעה להגיע להסדר, אולם לפחות בחלק מהמקרים האיסור האמור עשוי להקטין את יכולתו של הנאשם לדרוש עונש קל באופן קיצוני כשקיימות ראיות מוצקות לביסוס אשמתו.

אם כן, השאלה היא אם הנזק שייגרם עקב הקושי להגיע להסדרי טיעון במקרים שבהם יש אינטרס ציבורי מיוחד בקיומו של הסדר כזה גדול מהנזק שייגרם עקב טעויות שיובילו לאישור הסדרים מקלים ולגידול מסוים בשיעור החפים שיורשעו. אני נוטה לדעה כי סיכויי הטעות של בית המשפט גדולים יחסית, וכי הנזק מאיסור על הסדרים חורגים מקלים אינו כה גדול. במרבית המקרים, כאשר הראיות מבוססות, התביעה יכולה להבטיח הסדר טיעון גם אם העונש המוצע בו אינו חורג לקולא באורח קיצוני. כמו כן, אני סבור כי היתר להסדר חורג מקל בנסיבות אלו יחייב את בית המשפט לחקור ולנבון בכוונת הצדדים בהליך אדברסרי גם כשהם מסכימים. נראה לי כי יקשה על בית המשפט לבצע תפקיד זה וכי הדבר יחייב משאבים דיוניים רבים. עם זאת, כאמור, השאלה היא סבוכה ומחייבת בחינה נפרדת. לענייננו, די במסקנה כי בהיעדר נימוק מיוחד להסדר חורג מקל, שאינו קשור בקשיים בהוכחת האשמה, יש לדחות הסדרים כאמור כדי לצמצם את הסיכון לנאשמים חפים.

(ד) שיעור ההקלה שיש להתיר

ראינו שככל שהעונש המוצע בהסדר טיעון קל יותר ביחס לעונש הצפוי בהליך פלילי מלא, החשש כי הנאשם חף מפשע גדול יותר. השאלה היא איזה עונש ייחשב קל מדי – מתי נאמר כי הסדר טיעון הוא הסדר חורג מקל. קביעת קריטריונים מקיפים שיסייעו להכריע בסוגיה זו חורגת מגבולות מאמר זה. עם זאת, לא אוכל לצאת פטור בלא כלום. לפיכך, בחלק זה אנסה להציע קריטריונים לפתרון הסוגיה, בקווים כלליים בלבד, תוך הותרת פיתוח הסוגיה למחקר אחר.

מידת ההקלה תלויה כמובן בעונש הצפוי בתום הליך מלא. לכן, בקובענו את שיעור ההקלה אין להשוות את העונש בהסדר לעונש המרבי הקבוע בחוק. ההשוואה צריכה להיעשות בין העונש

¹⁵⁵ ראו ע"פ מרקוביץ, הערה 27 לעיל, בעמ' 56-57; ראו ע"פ פלוני, הערה 1 לעיל, בעמ' 611-613.

שהוצע בהסדר לעונש הצפוי לנאשם אילו היה מורשע בלא הסדר. בשיטת המשפט הישראלית הקושי ברור: באין הנחיות לענישה, העונש הצפוי בלא הסדר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, וקשה לצפות כיצד יופעל שיקול דעת זה. זהו חיסרון המשפיע על יכולתם של הצדדים להעריך נכונה את הסיכויים ואת הסיכונים שבהסדר הטיעון ועל היכולת של בית המשפט להעריך את מידת ההקלה הגלומה בהסדר. עדיף היה לאמץ הנחיות לענישה, שהיו מצמצמות את חוסר-הוודאות.¹⁵⁶ אולם, גם כך ניתן להעריך ברמת דיוק סבירה את העונש הצפוי במקרים שונים, בהסתמך על פסיקות בעבירות דומות. מובן שחוסר-הוודאות עלול ליצור פערים בין ההערכה של התביעה, של ההגנה ושל בית המשפט את העונש הצפוי. כאשר הפער גדול עלול הדבר למנוע הסדר טיעון (אם התביעה העריכה את העונש הצפוי כחמור בהרבה מהערכת הנאשם), או לגרום לכך שבית המשפט ידחה את ההסדר (אם בית המשפט מעריך את העונש הצפוי כגבוה משמעותית מהעונש שהצדדים צופים). במרבית המקרים יש להניח כי הפערים לא יהיו גדולים עד כדי הכשלת המשטר המוצע לחלוטין. לראיה, גם כאשר פעלו שופטים על פי גישת השופט גולדברג ודחו הסדרי טיעון – בסוברים שהעונש המוצע בהסדר נמוך משמעותית מהעונש ההולם – אושר רובם המכריע של הסדרי הטיעון. בכל מקרה, אם תאומץ ההצעה לעיל, לפיה הסדרי הטיעון ייבחנו על ידי בית המשפט לפני שהנאשם השיב לאישומים, הנזק מטעות בהערכת עמדתו של בית המשפט לא יהיה גדול.

גם כשבית המשפט מעריך נכונה את העונש הצפוי לאחר הליך – מתי עליו לקבוע שהעונש המוצע חורג לקולא יתר על המידה? מהו שיעור ההקלה שעל בית המשפט להתיר? לדעתי, על בית המשפט להעריך, באמצעות העונש המוצע על ידי הצדדים, מה הסיכוי שהנאשם היה מורשע בהליך מלא, ולדחות את ההסדר אם הסיכוי האמור קטן מ-50%. אסביר: כדי להרשיע אדם בפלילים יש להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. רמת הוודאות האמורה משקפת את יחסה של החברה לאיזון הראוי בין הצורך להעמיד עבריינים על עונשם לבין החובה למנוע הרשעת חפים מפשע. כדי לשמור על איזון זה יש לקבוע את סף ההקלות המותר באופן שיבטיח, ככל האפשר, שהעונשים בהסדרים יוטלו על נאשמים האשמים מעבר לכל ספק סביר ורק עליהם. כאשר הצדדים מעריכים, בהתבסס על הראיות, כי הסיכוי להרשעה נמוך מהסיכוי לזיכוי, משמעות הדבר שלהערכתם הראיות אינן מספקות להרשעה בפלילים. אמנם הצדדים עשויים להגיע להסדר גם במקרה כזה; התובע יכול להעדיף הסדר על פני הליך שבו יש חשש גדול שיויביל לזיכוי, והנאשם עלול להסכים להסדר כדי לחסוך מעצמו את הסיכון שבית המשפט יעריך את הראיות אחרת וירשיע אותו. אולם, כאשר הצדדים מעריכים כי הסיכוי להרשעה נמוך מ-50%, הם

¹⁵⁶ ראו דו"ח ועדת גולדברג, הערה 85 לעיל. להשפעת ההנחיות לענישה במערכת הפדרלית בארצות-הברית על הסדרי הטיעון ראו Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, "Negotiated Pleas under the Federal Sentencing Guidelines: The First Fifteen Months," 27 *Am. Crim. L. Rev.* 231 (1989) (טוענים שההנחיות הביאו לשיפור משמעותי באחידות ובעקיבות של השימוש בהסדרי טיעון. להשפעת ההנחיות על הסדרי הטיעון ראו גם LaFave, *Israel & King*, הערה 138 לעיל, §21.1(h).

מעריכים כי הראיות שצפוי שיוצגו במשפט אינן מגבשות אחריות מעבר לכל ספק סביר. במקרה כזה הסיכוי להרשעת חף גדול מדי.

איזה עונש משקף הערכה של הצדדים כי סיכויי ההרשעה נמוכים מ-50%? שאלה זו אינה פשוטה כלל. אילו נאשמים היו "אדישים לסיכון"¹⁵⁷ וחסרי העדפת הווה¹⁵⁸, הקלה של 50% בתקופת המאסר המוטלת הייתה משקפת הערכה שהסיכוי לזיכוי הוא 50%. לפיכך, במקרה כזה היה צורך לאסור על הקלות של יותר מ-50%. אולם, מחקרים מלמדים שנאשמים נוהגים כ"שונאי הפסד" – לפחות כשמדובר בעונש מאסר (להבדיל מקנס). במילים אחרות: נאשם יעדיף משפט שיש בו סיכוי של 50% שיורשע וייגזרו עליו שנתיים מאסר אך גם 50% שהוא יצא פטור מכל עונש, על הסדר שבמסגרתו יוטל עליו עונש של שנת מאסר אחת. הדבר מלמד כי עונש של שנתיים מאסר לא נתפס ככפול בחומרתו מעונש של שנת מאסר אחת.¹⁵⁹ לפיכך, פערי הענישה המותרים צריכים להיות גבוהים מ-50%. התוצאה היא שבמשטר המוצע נותר לצדדים מרחב תמרון רב לקבוע עונש שיתקבל על ידי בית המשפט.

מנגד, כאשר ההסדר משנה את סוג העונש, החשש כי ההסדר מקל מדי הוא משמעותי. כך, הסדר שבמסגרתו מוטל על נאשם רק עונש מאסר על תנאי בעוד שבהליך מלא הוא צפוי למאסר בפועל, עשוי לעודד נאשם להודות גם אם להערכתו סיכויי הרשעתו נמוכים מ-50%. מבחינת הנאשם, עונש מאסר מותנה נתפס קל בהרבה מעונש מאסר בפועל, אף אם תקופת המאסר הצפויה קצרה יחסית. בדומה, הסדר המטיל על הנאשם עבודות שירות בלבד בעוד שבהליך מלא הוא היה צפוי לעונש מאסר לריצוי בפועל מגלם סיכון גדול מדי להרשעת חף. קווים מנחים אלו, ומחקרים שנעשו ושייעשו על אודות החומרה שמייחסים נאשמים לעונשים מסוגים שונים, יכולים לסייע לבתי המשפט בהחלטה אם לאשר הסדר טיעון מסוים אם לאו.¹⁶⁰

4. פיקוח על הסדרים לעניין האישומים

עד כה הנחתי שכל הסדרי הטיעון שנערכים הם הסדרים לעניין העונש, אולם כל שנאמר נכון גם ביחס להסדרים לעניין האישומים. החשש מהרשעת חפים קיים באותה מידה גם כשמוצע לנאשם הסדר חורג מקל לעניין האישומים. כך, הסדר המציע לנאשם כי חלק מהאישומים יבוטלו או כי אישומים בעבירות מסוימות יוחלפו באישומים בעבירות קלות יותר עלול להיות הסדר חורג מקל.

¹⁵⁷ אדם ייחשב אדיש לסיכון אם הוא אדיש בין מצבים שונים שבהם תוחלת העונש שווה בלא קשר למידת הוודאות שהעונש יוטל. כך, לדוגמה, אדם שמבחינתו עונש ודאי של שנת מאסר אחת שווה בחומרתו לסיכון של 50% להיאסר לשנתיים, ייחשב אדיש לסיכון.

¹⁵⁸ העדפת הווה משמעותה העדפה של סבל עתידי על פני סבל דומה בעתיד, והעדפה של תועלת עכשוית על פני תועלת דומה בעתיד. ראו הערה 121 לעיל.

¹⁵⁹ מסקנה זו עולה גם ממחקרים שניסו להעריך את מידת החומרה שנאשמים מייחסים לעונשי מאסר שונים; ראו הערה 121 לעיל.

¹⁶⁰ המחקר של Bedau & Radelet, הערה 87 לעיל, מצא חמישה מקרים שבהם נאשמים חפים מפשע הודו כדי להימלט מעונש מוות בארצות-הברית. על פי הניתוח לעיל, ברור כי ההסדר המחליף עונש מוות בעונש של מאסר יוצר סיכון להרשעת חפים.

אם הפחתת האישומים משמעה הקלה קיצונית וחריגה, התביעה עלולה להפחית באישומים כדי להתגבר על קשיים ראייתיים, והתוצאה היא שהסיכון להרשעת חפים באמצעות הסדרים על אישומים אינו פחות מהסיכון להרשעתם באמצעות הסדרים על העונש. מטעם זה נדרש כי הפיקוח של שני סוגי ההסדרים יהיה דומה.

כיום כללי הפיקוח השיפוטי על שני סוגי ההסדרים הם שונים. הסדר לעניין העונש נבחן על ידי בית המשפט לאחר שהנאשם מודה באשמה ומורשע, ואם בית המשפט דוחה את ההסדר – יוטל על הנאשם עונש כבד מזה שהוסכם על ידי הצדדים. לעומת זאת, הסדר לעניין האישומים כלל לא נבחן על ידי בית המשפט. במצב זה התביעה כמעט אינה מוגבלת לעריכת הסדרים על אישומים. תוצאה זו נגזרת מהעקרונות העומדים בבסיס גישת האיזון, שלפיהם מטרת הביקורת השיפוטית היא להגן על חלוקת התפקידים בין התביעה לבית המשפט: התביעה מופקדת על האישומים ובית המשפט – על העונש. מטעם זה התרכז בית המשפט רק בבחינת הסדרי טיעון לעונש.

מצב זה מעודד את הצדדים המעוניינים לערוך הסדר טיעון לעקוף את הפיקוח השיפוטי באמצעות הסדרי טיעון לעניין האישומים. להסדרים אלו כמה חסרונות. ראשית, הם פוגעים באמינותו של ההליך הפלילי. כאשר נמחקים אישומים או מוחלף סעיף האישום במסגרת הסדר טיעון, הדבר משפיע לא רק על עונשו של הנאשם אלא גם על הבסיס העובדתי של ההרשעה ועל הרישום הפלילי נגד הנאשם. יש הסבורים כי חקר האמת הינו מטרה עצמאית של ההליך הפלילי,¹⁶¹ ולגישתם הסדרים על אישומים נגועים בחיסרון בולט. אולם, גם אם הדיוק בעובדות שעליהן מתבססת ההרשעה אינו מטרה בפני עצמה, יש לדיוק ברישום הפלילי חשיבות פונקציונלית. הרישום הפלילי מהווה כלי נוסף להרתעת העבריין מביצוע עבירות דומות בעתיד, שכן הוא משמש שיקול בקביעת עונש בעבירה המאוחרת. לקביעת הרשעה בעבירה מתאימה יש חשיבות גם כאמצעי להעברת הגינוי ההולם למעשה.

שנית, הסדרים על עונש מגדילים את הוודאות של הנאשם באשר לתוצאות ההליך. הנאשם יודע לאיזה הסדר הוא מסכים, ויש חשש קטן יותר כי יטעה בהבנת התוצאות הצפויות של הסכמתו להסדר. מנגד, הסדרים על אישומים בלבד מותירים חוסר-ודאות באשר לתוצאות ההליך. לכאורה ניתן לטעון כי גם בכך יש יתרון, שכן העונש נקבע על ידי בית המשפט ולא על ידי הצדדים, אולם אם האישומים הופחתו, העונש, בכל מקרה, אינו תואם את המעשה. בית המשפט מחליט על בסיס מערכת עובדתית או על בסיס סעיפי חוק השונים מאלו שמשקפים את שאירע. שינויים אלו בכתב האישום נקבעו על ידי הצדדים, כך שגם מי שסבור שבית המשפט יודע לאזן את השיקולים לענישה טוב יותר מהצדדים לא יוכל לבסס טענה כי במקרה של הסדר על אישומים תשקף הענישה שיטיל בית המשפט את העונש ההולם טוב יותר מזו שיקבעו הצדדים בהסכמה. נותר, לפיכך, החיסרון שבחוסר-הוודאות שיוצרים הסדרים על אישומים.

¹⁶¹ ראו גרוס, הערה 15 לעיל, בעמ' 253.

לענייננו, הקושי העיקרי בהימנעות של בית המשפט מפיקוח על הסדרי הטיעון נוגע לבעיית החף. בלא פיקוח שיפוטי על שינוי האישומים, הצדדים יכולים להגיע להסדר חורג מקל באמצעות שינוי כתב האישום, ובדרך זו לעקוף את המנגנון המיועד להגן על נאשמים חפים. לפיכך, יש לקבוע הסדר משפטי שבמסגרתו יפקח בית המשפט גם על הסדרי טיעון על האישומים.

במצב החוקי הקיים פיקוח כאמור כמעט אינו אפשרי. עד לפתיחת המשפט, כתב האישום נתון לסמכותה הבלעדית של התביעה. מרבית הסדרי הטיעון נערכים בין מועד הגשת כתב האישום לבין פתיחת המשפט, ולכן בית המשפט אינו יכול להגביל את עריכתם. תובעת המעוניינת לשנות את כתב האישום לפני ההקראה רשאית לעשות כן בהודעה חד-צדדית לבית המשפט,¹⁶² וגם לאחר ההקראה יכולים הצדדים לערוך הסדר טיעון שלא יהיה כפוף לאישור בית המשפט. כך, הצדדים יכולים להסכים כי התובעת תחזור בה מחלק מהאישומים בתמורה להודאת הנאשם באחרים. כל עוד לא הודה הנאשם באותם אישומים, החלטה זו אינה כפופה לאישורו של בית המשפט.¹⁶³ כמו כן, הצדדים יכולים להסכים כי בתמורה להודאה חלקית של הנאשם תימנע התובעת מהגבאת ראיות להוכחת יתר חלקי כתב האישום. בית המשפט אינו רשאי לכפות על התובעת להביא עדים להוכחת האישומים, ואף אינו רשאי להביע את מורת רוחו מההסדר בשלב זה.¹⁶⁴

מצב זה מחייב שינוי חקיקה. כדי להבטיח פיקוח אפקטיבי על הסדרי טיעון יש לקבוע כי גם הסדר טיעון לאישומים כפוף לאישור בית המשפט. כאשר הצדדים מגיעים להסכמה בעניין האישומים, עליהם להציג לפני בית המשפט ולנמקה כמו בהסדרים לעניין העונש. רק לאחר שבית המשפט יאשר את ההסכמה יתוקן כתב האישום והנאשם יודה בעובדות של כתב האישום המתוקן. אם בית המשפט ידחה את ההסכמה, התביעה לא תוכל לתקן את כתב האישום כמוסכם ותיאלץ לבחור בין ניהול ההליך המלא, עריכת הסדר טיעון אחר או חזרה מכתב האישום כולו. בדרך זו יקטן החשש לניצול שליטת התביעה על כתב האישום לצורך עריכת הסדר חורג מקל.

יש החוששים כי פיקוח כאמור על הסדרי טיעון יתמרץ את התביעה לערוך הסדרים בחשאי.¹⁶⁵ סבורני כי אין בסיס לחשש זה. ראשית, הרוב המכריע של הסדרי הטיעון בישראל נערכים רק לאחר הגשת כתב האישום, מכיוון שברוב המכריע של התיקים אין כל קשר בין התביעה לסגור קודם להגשת כתב האישום. התביעה מקבלת את תיק המשטרה ומכינה כתב אישום בהליך חד-צדדי, ורק לאחר הגשתו נפתחים המגעים בין הצדדים. בשלב זה קשה להסתיר מבית המשפט את הסדר הטיעון, מכיוון שהסדר הטיעון יחייב תיקון של כתב האישום והודאה של הנאשם בעובדות

¹⁶² ראו סעיף 91 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁶³ ראו סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי והערה 22 לעיל.

¹⁶⁴ ראו ע"פ אסיס, הערה 23 לעיל.

¹⁶⁵ לטענה זו ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות-הברית *Borderkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 364-365 (1978) "a rigid constitutional rule that would prohibit a prosecutor from acting forthrightly in his dealings with the defense could only invite unhealthy subterfuge that would drive the practice of plea bargaining back into the shadows from which it has so recently emerged" ; לדיון ביקורתי בטענות מעין זו ראו: Stephen J. Schulhofer, "Is Plea Bargaining Inevitable?," 97 *Harv. L. Rev.* 1037 (1984)

כתב האישום המתוקן – פעולות שלא ניתן להסתיר מבית המשפט. כדי להקטין עוד יותר את החשש מפני הסתרת הסדרים כאמור ניתן לקבוע איסור מוחלט לנהל משא ומתן להסדר קודם להגשת כתב אישום ראשוני. שנית, גם אם תובע מעוניין בעריכת הסדר טיעון, ואפילו אם הוא מעוניין בעריכת הסדר כדי להביא להרשעת חף, רק במקרים מעטים הוא יסכן את מעמדו בניסיון להסתיר את הסדר הטיעון מבית המשפט כשאי-החוקיות של המהלך כה ברורה. יש לזכור שלאחר ההליך יכול הנאשם לחשוף את ההסדר בלא לסכן את עצמו כדי לנקום בתובע על שמלכתחילה הגיש נגדו כתב אישום או מכל טעם אחר. מערכת תמריצים זו מקטינה משמעותית את החשש שהצדדים יערכו הסדרי טיעון נסתרים לאישומים.

1. סיכום

רוחו של הנאשם החף רודפת את מערכת המשפט הפלילי המודרנית מראשית ימיה. בחלוף הזמן, יותר ויותר מחקרים מלמדים כי בניגוד לאמירתו המפורסמת של השופט לרנד הנד,¹⁶⁶ אין זו רק רוח רפאים.¹⁶⁷ אולם, הדעות באשר למקורות הסכנה חלוקות גם בקרב המכירים בקיומו של סיכון ממשי להרשעת חפים. במאמר זה בחנתי את הסיכון הנשקף לנאשמים חפים מהסדרי טיעון.

מתנגדי ההסדרים טוענים כי הסדרי הטיעון מובילים להרשעת חפים מכיוון שההקלה בעונש עלולה לפתות את החף להודות כדי להימנע מהסיכון של הרשעה מוטעית. תומכי ההסדרים טוענים כי הנאשם החף, כמו הנאשם האשם, יסכים להסדר רק אם יוצע לו עונש המשקף את סיכויי הרשעתו לאור הראיות שבידי התביעה, ולכן אין חשש שהסדרי הטיעון יגדילו את שיעור החפים המורשעים; כי בהיותם של ההסדרים רק אופציה עבור הנאשם – שעליה הוא רשאי לוותר – אין בהם כדי לפגוע בו; וכי גם החשש שנאשמים רבים אינם מבינים עד תום את משמעות ההליך ואינם נוהגים באופן רציונלי אינו מצדיק איסור על הסדרי טיעון, שכן סיכוייהם של נאשמים אלו לנהל הליך פלילי רגיל בצורה טובה גרועים הרבה יותר.

גם הפסיקה התחבטה במחלוקת. בית המשפט העליון העלה בעבר בפסיקתו חששות מסוימים מהשפעתם של הסדרי טיעון על הרשעת חפים, אולם לאחרונה, בהרכב של תשעה שופטים, אימץ בית המשפט העליון במלואה את עמדתם של תומכי ההסדרים: על פי גישת הפסיקה כיום, הסדרי טיעון אינם מסכנים נאשמים חפים, ולכן אין צורך בביקורת שיפוטית שמטרתה למזער את הסיכון לחפים. מטרת הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון היא להבטיח כי העונש לא יוטל על

¹⁶⁶ *United States v. Garsson* 291 F. 646, 649 (1923): "Our procedure has been always haunted by the ghost of the innocent man convicted. It is an unreal dream. What we need to fear is the archaic formalism and the watery sentiment that obstructs, delays, and defeats the prosecution of crime"

¹⁶⁷ המפורסם מכולם הוא פרויקט החפות של בארי שיק ופיטר ניופלד, ראו Barry Scheck, Peter Neufeld & Jim Dwyer, *Actual Innocence: Five Days to Execution & Other Dispatches from the Wrongly Convicted* (2000). ראו גם Hugo & Radelet, הערה 87 לעיל; Huff, Rattner & Sagrin, הערה 87 לעיל.

ידי התביעה אלא על ידי הגוף שהוסמך לכך בחוק הוא בית המשפט. לפיכך נקבע בע"פ פלוני שכאשר בית המשפט סבור שהצעת הצדדים אינה מאזנת נכונה בין כלל שיקולי הענישה (ובכלל זה הסכמת הנאשם להודות במסגרת ההסדר) – ידחה בית המשפט את ההסדר. משנדחה ההסדר יוטל על הנאשם עונש המשקף לדעת בית המשפט איזון נכון יותר, בלא שיתאפשר לנאשם לחזור בו מחלקו בהסדר ולמשוך חזרה את הודאתו. בית המשפט אף הבהיר כי קשיי הוכחה הם שיקול ענייני בעריכת הסדרי טיעון, ולכן יש לאשר הסדרים מקלים כשהם דרושים להבטחת הרשעתו של נאשם שיש ספק אם יורשע בהליך משפטי מלא.

במאמר זה ביקשתי להראות כי בעיית החף לא נותחה נכונה על ידי מתנגדי ההסדרים, ולכן לא קיבלה התייחסות הולמת מצד תומכי ההסדרים והמערכת המשפטית. משטר משפטי המתיר הסדרי טיעון מגדיל את החשש להרשעת חפים; בכך צודקים מתנגדי ההסדרים, אולם הבעיה אינה בעצם האפשרות המוצעת לחף להודות בהסדר. שלילת אפשרות זו לא תוכל לפתור את בעיית החף. הבעיה היא בתמריצים שמשטר כזה נותן לתביעה בשלב מוקדם יותר – בשלב ההחלטה אם להעמיד לדין. התביעה, ביודעה כי מרבית התיקים מסתיימים בהסדר טיעון, עשויה להקפיד פחות על סינון התיקים, ולהגיש יותר כתבי אישום גם כשהראיות אינן מוצקות. בזמן הדיון יש ביכולתה להציע לנאשמים הסדרים מקלים, המשקפים את המצב הראייתי, כדי להבטיח שיהיה להם כדאי להודות. במצב זה מועמדים לדין יותר נאשמים שהראיות נגדן חלשות, ולכן קיים חשש גדול יותר כי הם חפים מפשע.

ביקורת שיפוטית נכונה על הסדרי טיעון עשויה לשנות את מערכת התמריצים של התביעה. אם בית המשפט ידחה הסדרי טיעון שבמסגרתם מוצע לנאשם עונש קל באופן חריג (הסדר חורג מקל), לא תוכל התביעה להגיע להסדר טיעון בתיקים שבהם סיכויי ההרשעה אינם גבוהים. זאת, מכיוון שנאשמים שידעו כי יש להם סיכוי משמעותי להימצא זכאים לא יסכימו להסדר אלא אם יובטח להם הסדר חורג מקל. משטר כזה של ביקורת שיפוטית יאפשר לתביעה להגיע להסדר טיעון ברוב המכריע של התיקים שבהם הראיות מוצקות, אך יחייב אותה לנהל הליך מלא בתיקים שבהם הראיות חלשות. בדרך זו תגדל משמעותית עלותו היחסית של תיק חלש. לתביעה יהיה עניין מיוחד להימנע מהגשת תיקים חלשים גם כששיקולים אחרים יובילו אותה להעדיף תיקים אלו (בשל חומרת העבירות, עקב לחץ ציבורי להעמיד לדין או בשל רצון שלא להשקיע בסינון קפדני של התיקים). בדרך זו יקטן משמעותית שיעור החפים שיועמדו לדין. המשטר המוצע יעודד סינון תיקים יותר ממשטר האוסר על הסדרי טיעון לחלוטין, שכן במשטר המוצע התביעה לא תוכל להשיג הסדר טיעון רק בתיקים החלשים – ולכן יהיה לה תמריץ מיוחד להעביר משאבים מתיקים אלו לטיפול בתיקים חזקים, שבהם ניתן להשיג הודאה באמצעות הסדר.

במקרים גבוליים קשה לצדדים להעריך אם ההקלה בעונש שהוצעה חורגת מההקלה המותרת. יש מקרים שבהם הצדדים סבורים שההסדר יאומץ אך בית המשפט דוחה אותו. על פי הדין כיום, משמעותה של דחיית ההסדר היא הטלת עונש תמור מהמוסכם על הנאשם. לפיכך, בהליך זה, המחיר של טעות בהערכת הנאשם את תקינות ההסדר הוא גבוה. הסיכון לטעות כזו צפוי באותם תיקים שבהם הראיות חלשות יחסית, ולכן התביעה הסכימה להקלה משמעותית בעונש. זאת, מכיוון שכאשר הוכחת האישומים פשוטה, העונש שיציעו הצדדים לא יחרוג משמעותית לקולא.

התוצאה היא שדווקא נאשמים שהראיות נגדם חלשות יחסית עומדים בפני הסיכון שההסדר יידחה ויוטל עליהם עונש חמור לאחר שוויתרו על זכותם למשפט. תוצאה קשה זו ניתן לתקן אם בית המשפט יתבקש לאשר את הסדר הטיעון לפני שהנאשם הודה. בדרך זו, אם הסדר הטיעון יידחה, הדבר לא יוביל בהכרח להרשעת הנאשם: הצדדים יוכלו להחליט אם להמשיך בהליך המשפטי או להציע הסדר חלופי המאזן בצורה נכונה יותר בין שיקולי הענישה.

למערכת משפט קשה להודות בקיומו של סיכון ממשי להרשעת חפים מפשע; לעולם גם לא נוכל לדעת מהו שיעור החפים המורשעים על ידי מערכת המשפט הפלילי. אולם, ניתוח כלכלי וניתוח התנהגותי של התמריצים שמעניקה המערכת למשתתפים בהליך הפלילי יכול לסייע באיתור הסיכונים לחפים ובמזעורם. בדרך זו ניתן להקטין את החשש כי רוחו של הנאשם החף תמשיך ותרדוף את מערכת המשפט הפלילי.