

## פרק כ: סדר הדין הפלילי

מאת

אורן גזל-אייל\*

א. מבוא. ב. שיקול הדעת בהליך הפלילי; 1. שיקול הדעת – כללי; 2. ההחלטה על העמדה לדין; 3. הסדרי טיעון; 4. הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק; 5. ההצדקות לשיקול הדעת הרחב והביקורת עליהן; 6. הסדרי טיעון והרשעות שווא. ג. הזכות להליך הוגן, מעצרים וההשלכות החלוקתיות של כללים דינוניים; 1. ההשלכות החלוקתיות של הזכות להליך הוגן; 2. זכות השתיקה; 3. דיני מעצרים; 4. ייצוג ציבורי. ד. סיכום.

### א. מבוא

מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכויים של חפים, להרשעת אשמים ולהטלת עונש על המורשעים שיותאם לחומרת המעשה שבו הורשעו.<sup>1</sup> בדרך זו מקדם ההליך הפלילי את מטרת המשפט הפלילי המהותי. הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי מתמקד בבחינתו של היקף שיקול הדעת המוקנה לשחקנים השונים בהליך הפלילי ובהשפעתו על השגת מטרתו שלו. עיקר הדגש בספרות הכלכלית הוא בבחינת שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.  
תודה למיכאל בירנהק, אוריאל פרוקצ'יה ורינת קיטאי-סנג'ור על הערותיהם לגירסה קודמת של רשימה זו.  
1 ראו דברי השופט ברק בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 518, 505 (1981): "ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמוכן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר – על-פי ניסיון החיים – יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה".

אישום ובהסדרי הטיעון.<sup>2</sup> נושאים אחרים עדיין לא פותחו לעומק מנקודת מבט זו. בפרק זה יוצג בעיקר הניתוח הכלכלי של שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי אישום ובהסדרי טיעון, אך יידונו בתמצית גם סוגיות אחרות כגון דיני המעצרים והזכות לייצוג במימון ציבורי. כפי שיהיה אפשר לראות בהמשך, לעתים קרובות המסקנות המתבקשות מהניתוח הכלכלי שונות מאוד מאלו העולות מהניתוח המשפטי המקובל. בחלק הראשון של פרק זה אתמקד בניתוח הכלכלי של שיקול הדעת בהליך הפלילי. במסגרת זו יידון שיקול הדעת בהגשת כתבי אישום ובעריכת הסדרי טיעון. חלקו השני של הפרק יכלול סקירה תמציתית של הניתוח הכלכלי של הזכות להליך הוגן, הזכות לפרטיות בהליך הפלילי, דיני המעצרים והזכות לייצוג.

## ב. שיקול הדעת בהליך הפלילי

### 1. שיקול הדעת – כללי

מבין הפגיעות שהמדינה מוסמכת לגרום לפרט במכוון אין פגיעה קשה מזו שבהרשעה פלילית.<sup>3</sup> מטעם זה עקרונות המשפט החוקתי מחייבים כי ההרשעה הפלילית והעונש יישענו במידה רבה ככל האפשר על כללים הקבועים בחוק ולא על שיקול דעת רחב, וכי ההליך שבו ייקבעו יבטיח לנאשם הגנות דיוניות רחבות יותר מבכל הליך מנהלי. ואכן, ההליך הפלילי עלי ספר עומד בכללים אלו. העברות הפליליות מוגדרות בדיוק רב, ולכן בהחלטת בית המשפט אם מעשי הנאשם הם עברה ומצדיקים הרשעה אין מקום רב לשיקול דעת.<sup>4</sup> ההליך עצמו מבטיח לנאשם הגנות דיוניות רחבות יותר מכל הליך אחר, ובכללן זכות לעימות עם ראיות התביעה, זכות לעיון בכל חומר החקירה בעניינו, זכות להשמיע עמדתו בעל פה, זכות להביא עדים ועוד. הנימוק העיקרי לכך הוא עלויות הטעות – במובן הרחב של מונח זה. עלותה של הרשעה מוטעית גדולה בהרבה מאוד מהעלות של זיכוי מוטעה, עד כי נכון להשקיע משאבים רבים בהגנות פרוצדורליות שיצמצמו למינימום את הסיכוי לטעות

2 למאמרים הסוקרים את הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי ראו Oren Gazal-Ayal, Limor Riza, *Plea Bargaining and Prosecution*, CRIMINAL LAW AND ECONOMICS 145-170 (Nuno Garoupa Ed., 2009); Thomas J. Miceli, *Criminal Procedure*, CRIMINAL LAW AND ECONOMICS 125-144 (Nuno Garoupa Ed., 2009).

3 H.L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 250 (1968) (להלן – פקר).

4 אכן, קיימות עברות הסוּטות מעקרונות אלו של המשפט הפלילי, כגון הפרת אמונים, אבל הביקורת על עברות אלו רחבה, ומטעם זה בית המשפט נוטה לפרשן בצמצום.

מסוג זה, אפילו אם הגנות אלה גוררות טעויות רבות יותר המתבטאות בזיכוי נאשמים שעברו את העברה.<sup>5</sup>

אולם לעומת המחקר המשפטי, המתמקד בניתוח הכללים הקשיחים לכאורה של ההליך הפלילי ובשכלולם, המחקר הכלכלי מתמקד דווקא בהצגת שיקול הדעת הרחב המוענק בעיקר למשטרה ולתביעה, ואשר השפעתו על חלוקת ההרשעות הפליליות והעונש עצומה. למעשה, מבין מאות אלפי התיקים הנפתחים במשטרה מדי שנה, רק שיעורים זניחים, שאינם נמדדים אפילו בפרומילים, מוכרעים על ידי בית המשפט לאחר שמיעת ראיות על פי כללי הדיון. מרבית התיקים נסגרים, אם לפני חקירה ואם לאחריה, כששיקול הדעת בדבר החשדות שנחקרים והמאמץ שיש להשקיע בכל חקירה – נתון בפועל לרשויות החקירה. גם לתביעה שיקול דעת רחב לבחור אילו תיקים לקדם ואילו לסגור מחוסר עניין לציבור או מחוסר ראיות. התביעה (הכוללת את הפרקליטות, התביעה המשטרתית ויחידות תביעה אחרות) רשאית לבחור גם את האישומים, לערוך הסדרי טיעון ולבחור את היקף המאמץ שיוקדש לכל תיק ותיק. הכרעות אלו משפיעות על זהותם של המורשעים ועל העונשים המוטלים עליהם הרבה יותר מההכרעות הספורות שמקבלים בתי המשפט בתיקים המתנהלים לפי כללי הדיון הנלמדים בקורסים בדיון פלילי ודיני ראיות.

שיקול הדעת המנהלי הרחב בהליך אכיפת החוק זוכה לעתים להתייחסות בספרות המשפטית, בעיקר כמקור לדאגה, ופעמים רבות נשמעות קריאות לריסונו או להכפפתו למנגנוני ביקורת.<sup>6</sup> בהיעדר כללים ברורים ואכיפים הדיון המשפטי בשיקול הדעת המנהלי באכיפה מוגבל. מנגד בספרות הכלכלית העוסקת בהליך הפלילי שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק עומד במרכז ההתעניינות. הדגש בבחינת הכללים המשפטיים אינו בהכרח בהשפעתם הישירה על אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי והשיפוטי אלא יותר בהשפעתם העקיפה. כפי שאראה בחלק השני, גם סוגיות כמו דיני מעצר ושחרור, פסלות ראיות, הזכות לייצוג וכיוצא באלו משפיעות על שיקול הדעת המנהלי והשיפוטי באכיפת הדין, השפעות אשר חומקות לרוב מעיניהם של העוסקים בתחום.

5 כפי שניסח זאת פקר, לעיל הערה 3: "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"

6 ראו למשל דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים (2) 173 (1996).

## 2. ההחלטה על העמדה לדין

כאמור לעיל, מדי שנה מטפלת המשטרה במאות אלפי תיקים חדשים.<sup>7</sup> רשויות חקירה ותביעה אחרות אחראיות לאלפי תיקים נוספים.<sup>8</sup> התביעה נדרשת להחליט אילו תיקים לסגור ובגין אילו תיקים להגיש כתבי אישום. במקרים רבים ההחלטה פשוטה. למשל: במקרים שבהם החקירה לא הצליחה לאתר את העבריין, או שהתביעה מגיעה למסקנה כי לא בוצעה כלל עברה, התיק ייסגר. בדומה לכך, כאשר אין סיכוי סביר להרשעה, התביעה נדרשת לסגור את התיק.<sup>9</sup> בתיקים הנותרים, שבהם יש ראיות מספיקות להעמדה לדין, על התביעה להכין כתבי אישום אלא אם היא סבורה ש"אין במשפט עניין לציבור".<sup>10</sup> העניין לציבור נקבע על פי מכלול שיקולים, ובהם חומרת המעשה, היקף הנזק שהוא גרם, הזמן שחלף מאז המעשה, נסיבותיו האישיות של החשוד, עמדתו של נפגע העברה ושיקולים אחרים של המדינה בעד או נגד ניהול הליכים פליליים.<sup>11</sup>

לכל אלו מתלווה שיקול המשאבים, המצוי גם הוא במסגרת האינטרס הציבורי.<sup>12</sup> כיוון שלתביעה אין די משאבים לנהל הליכים בכל תיק, הסמכות להימנע מהגשת כתב אישום משמשת להתאמת המטלות למשאבים הקיימים. באמצעות הסמכות לסגור תיקים יכולה התביעה להשיא את מטרותיה במגבלת המשאבים שלה. למשל, גם אם לדעת התביעה הרשעה בתיק מסוים, שייקרא כאן "התיק החמור", חשובה פי יותר מארבעה מהרשעה בתיק אחר, "התיק הקל", בכל זאת עשויה התביעה להעדיף את ניהול התיק הקל אם עלות ניהולו היא רבע מעלות ניהולו של התיק החמור. במקרה כזה ארבעה תיקים קלים יקדמו את מטרותיה של התביעה טוב יותר מתיק חמור אחד, ובעלות זהה.

בדומה לכך, אם סיכויי ההרשעה בתיק מסוים נמוכים, עשויה התביעה להעדיף תיק אחר, מבוסס יותר ראייתית, אף אם לדעתה האינטרס הציבורי בהרשעה בתיק השני קטן

- 7 בשנת 2008 נפתחו כ-420,000 תיקים חדשים במשטרה. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "סטטיסטיקה פלילית – תיקים שנפתחו במשטרה לפי סוג העבירה" שנתון סטטיסטי לישראל (2009) [www.cbs.gov.il/shnaton60/st11\\_03.pdf](http://www.cbs.gov.il/shnaton60/st11_03.pdf).
- 8 לכמה דוגמאות של תובעים מכוח חקיקה מיוחדת ראו סעיף 264 לפקודת העיריות [נוסח חדש], סעיף 285 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307 וכן סעיף 181 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171. להרחבה בנושא ראו את פסק דינו של השופט ברק ברע"פ 322/03 משה ח. אלי ע. בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 851, 861 (2003).
- 9 ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]; בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3), 39 (1997) (להלן – עניין בר-און – חברון).
- 10 סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.
- 11 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508-512 (1990) (להלן – עניין הבנקאים).
- 12 ש.ם.

יותר. מטעם זה צפויה התביעה להגיש כתבי אישום בתיקים שחומרתם נמוכה רק אם העלות הצפויה של ניהול התיק אינה גבוהה, וסיכויי ההרשעה גבוהים. מנגד התביעה לעתים מגישה כתבי אישום בתיקים חמורים, שמטעם זה חשיבותם גבוהה גם אם הראיות חלשות יותר (סיכויי ההרשעה נמוכים יותר) והמשאבים הדרושים לניהולם גבוהים יותר מבתיקים קלים שנסגרו.

מסקנה אחת העולה מניתוח זה היא כי שינוי בכללים הדיוניים, המייקר הליכים בעברות מסוג מסוים, יביא לצמצום שיעור כתבי האישום שיוגשו בגין אותן עברות. בהמשך הרשימה אציג דוגמאות לתופעה זו.

מסקנה נוספת נוגעת לרף הראיות המספיקות לאישום.<sup>13</sup> הפסיקה קבעה כי התביעה עומדת ברף זה אם קיים "סיכוי סביר להרשעה".<sup>14</sup> עם זאת כיוון שהתביעה מקבלת לידיה תיקים רבים מכפי יכולתה לנהל, היא בוחרת ברף ראייתי גבוה יותר, המשתנה על פי חשיבות התיק. תיקים רבים שבהם יש "אפשרות סבירה להרשעה", כדרישת הפסיקה, אך יש גם אפשרות סבירה לזיכוי, נסגרים כדי לפנות זמן ומשאבים לתיקים שבהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר. גם החשש שתיקים חלשים ראייתית, מעין אלו שלא יסתיימו בהודאת נאשם – הודאה המוזילה מאוד את ההליכים – ממריץ את התביעה להחליפם בתיקים מבוססים יותר, שבהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר. מטעם זה לרף הקבוע בדין תפקיד מוגבל מאוד, אם בכלל. הוא עשוי להשפיע רק בתיקים ספורים שחשיבותם גדולה במיוחד. בכל יתר התיקים רף הראיות המספיק להעמדה לדין נקבע על פי המשאבים העומדים לרשות התביעה ולפי מדיניות השימוש בהם, ולא על פי זה שנקבע בדין. במילים אחרות, השפעתה של מדיניות השימוש במשאבי התביעה על זהות הנאשמים (ולכן גם על זהות המורשעים) גדולה בהרבה מזו של מרבית הכללים הדיוניים שבהם מתרכז הדיון המשפטי הפורמלי. אחד הכללים המרכזיים לניהול משאבי התביעה הוא מדיניות השימוש בהסדרי הטיעון.

### 3. הסדרי טיעון

אחרי הגשת כתב אישום (ולעתים גם קודם לכן) התביעה יכולה להיכנס למשא ומתן על הסדר טיעון. הסדר טיעון הוא הסכם שבמסגרתו הנאשם מודה ומוותר על זכויותיו הדיוניות בתמורה להסכמת התביעה להפחית אישומים, להגביל עצמה באופן הטיעון לעונש או לפעול בדרך אחרת העשויה להביא להקלה בגור הדין.

13 סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

14 עניין בר-און – חברון, לעיל הערה 9, בעמ' 40-41; בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) (להלן – עניין קצב).

ויליאם לנדס, שפרץ את הדרך לניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי במאמרו משנת 1971,<sup>15</sup> הראה כיצד הסדרי טיעון מסייעים לתביעה להשיא את סך ההרשעות באופן המשקלל גם את חשיבותם. לאחר שהתביעה סוגרת תיקים שבהם אין די ראיות ותיקים שאין כל עניין לציבור בניהולם, היא נדרשת להחליט כיצד לחלק את משאביה לטיפול בתיקים הנוותרים. באמצעות הסדרי טיעון היא מבטיחה הרשעות בתיקים רבים וחוסכת את עלויות המשפט באותם תיקים. חיסכון זה מפנה משאבים לטיפול בתיקים אחרים, שללא הסדרי הטיעון הייתה התביעה נאלצת לסגרם מחוסר משאבים. במילים אחרות, בהסדר טיעון "קונה" התביעה ודאות בהרשעה ומשאבי זמן עבודה בתמורה לויתור מסוים על חומרת סעיפי האישום והעונש. מטעם זה התביעה תהיה מוכנה להגיע להסדר עונש קל יותר:

- (1) ככל שסיכויי ההרשעה נמוכים יותר,
  - (2) ככל שהעונש הצפוי אחרי הרשעה קל יותר,
  - (3) ככל שעלות ניהול המשפט לתביעה גבוהה יותר,
  - (4) ככל שמספר התיקים ביחס למשאבים שבידיה (העומס) גדול יותר.
- בדומה לכך, נכונותם של נאשמים להסכים להסדר תלויה בהערכתם את סיכויי ההרשעה, בעלות ניהול המשפט מבחינתם (כולל הסבל הנפשי, המעצר והעלויות העקיפות), בחומרת העונש הצפוי אחרי הרשעה במשפט, בחומרת העונש המוצע בהסדר וביחסם לסיכון. דוגמה פשוטה עשויה להמחיש ניתוח זה: נאמר כי המשטרה מעבירה לתביעה בחודש מסוים 80 תיקים. 40 מתוכם הם בעברה חמורה, שהעונש הצפוי בגינה לאחר הרשעה במשפט הוא 20 חודשי מאסר, ו-40 בעברה קלה, שהעונש הצפוי בגינה לאחר הרשעה במשפט הוא 10 חודשי מאסר. נניח עוד כי כמחצית מהתיקים בכל קבוצה הם תיקים חזקים ראייתית, שסיכויי ההרשעה בהם עומדים על 95%, ואילו האחרים הם תיקים חלשים ראייתית, שסיכויי ההרשעה בהם הם 70% בלבד. לשם הפשטות נניח כי עלות ניהול כל אחד מהתיקים זהה, והתביעה יכולה לנהל עד 20 הליכים משפטיים מלאים בחודש במשאביה המוגבלים. אם עריכת הסדר טיעון זולה פי שלושה מניהול משפט, תוכל התביעה – במקום 20 משפטים – לערוך 60 הסדרי טיעון.
- לצורך הדוגמה נניח כי כדי להגיע להסדרי טיעון בכל התיקים החזקים על התביעה להציע הנחה של 20% מהעונש הצפוי (16 חודשי מאסר במקום 20 בעברה חמורה, או 8 חודשים במקום 10 בעברה קלה), ואילו בתיק חלש ייערך הסדר רק אם ההנחה תהיה בת 70% (6 חודשי מאסר במקום 20 בעברה החמורה ו-3 במקום 10 בעברה הקלה).<sup>16</sup> במצב זה

15 William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14(1) JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 61 (1971).

16 גודל ההנחה הנדרשת כדי להגיע להסדר טיעון תלוי בסיכויי ההרשעה. נאשם המעריך שסיכויי ההרשעה בתיק גבוהים יסכים להסדר טיעון גם אם ההנחה המוצעת לו במסגרת ההסדר קטנה

התביעה יכולה לבחור בין ניהול משפט מלא ב-20 תיקים – שחלקם יסתיימו בזיכוי, ורובם בהרשעה ובעונש מלא – וסגירת כל יתר התיקים, לבין עריכת הסדרי טיעון ב-60 תיקים, שכולם יסתיימו בהרשעה אף כי העונש שיוטל על כל מורשע יהיה קל יותר. הטבלה להלן מציגה את מכלול התיקים שבידי התביעה, המחולקים לארבעת הסוגים (כל משבצת מתייחסת לקבוצה של 20 תיקים דומים): צדה הימני מציג את תוצאות ההליכים בתיקים אלו אם ינוהל משפט מלא, וצדה השמאלי מציג את התוצאות במקרה שהתביעה תערוך הסדרי טיעון עם הנאשמים. לדוגמה, המשבצת האפורה בצד הימני העליון של הטבלה, המתייחסת לתיקים חזקים בעברה חמורה, מראה כי אם תיקים אלו ינוהלו בהליך משפטי מלא, תשיג התביעה הרשעה ב-19 מתוך 20 התיקים בממוצע (כיוון שסיכויי ההרשעה בתיקים החזקים הם 95%), והעונש שיוטל על כל נאשם שיורשע הוא 20 חודשי מאסר). מנגד, אם אותם תיקים ינוהלו באמצעות הסדר טיעון (ראו במשבצת השנייה משמאל באותה שורה), כל 20 הנאשמים יורשעו, ועונשו של כל אחד יהיה 16 חודשי מאסר.

אופציות הטיפול ב-80 תיקים שהגיעו לתביעה:

טיפול בתיקים בהסדרי טיעון		ניהול משפט מלא		
תיקים חלשים 70% הנחה	תיקים חזקים 20% הנחה	70% סיכוי הרשעה	95% סיכוי הרשעה	
20 הרשעות 6 חודשים	20 הרשעות 16 חודשים	14 הרשעות 20 חודשים	19 הרשעות 20 חודשים	עברה חמורה
20 הרשעות 3 חודשים	20 הרשעות 8 חודשים	14 הרשעות 10 חודשים	19 הרשעות 10 חודשים	עבירה קלה

בדוגמה זו אם התביעה לא תערוך הסדר טיעון, היא תוכל לנהל במשאביה רק 20 משפטים. במצב כזה היא תבחר רק את 20 התיקים שבהם הראיות חזקות והעברה חמורה, וכל יתר התיקים (60 במספר) ייסגרו מחוסר משאבים. כפי שראינו, כיוון שסיכויי ההרשעה בתיקים אלו הם 95%, נאשם אחד יזוכה, ו-19 נאשמים יורשעו ועונשם יהיה 20 חודשי מאסר לכל אחד.

לעומת זאת אם תוכל התביעה לערוך הסדרים בלא הגבלה וביקורת שיפוטית, היא תוכל לערוך הסדרים ב-60 תיקים. במקרה כזה היא תבחר להעמיד לדין את כל 40 החשודים

יחסית. ככל שסיכויי ההרשעה קטנים יותר (והסיכויים לזיכוי במשפט גדולים יותר), ידרוש הנאשם הקלה גדולה הרבה יותר במסגרת הסדר הטיעון.

בעברה החמורה וגם את 20 החשודים בעברה הקלה שהראיות נגדם חזקות. רק 20 החשודים בעברה הקלה אשר הראיות נגדם חלשות ייהנו מסגירת התיק. אמנם רמת הענישה של הנאשמים בעברה חמורה כשהתיק חזק תהיה נמוכה יותר במשטר זה (16 חודשי מאסר במקום 20), אולם אף אחד מהם לא יזוכה, וחשוב מכך – יורשעו גם 40 נאשמים נותרים שבהיעדר ההסדרים היו יוצאים פטורים בלא כלום (ההרשעות משתקפות בשלוש המשבצות המסומנות באפור בחלק השמאלי של הטבלה). אם רמת ההרתעה תלויה בעונש הממוצע הצפוי לחשוד שייתפס, הרי שכעת העונש הממוצע לחשוד מבין 40 החשודים בעברה חמורה יהיה 11 חודשי מאסר  $(20 \times 16 + 20 \times 6) / 40 = 11$  במקום 9.5 בלבד במשטר האוסר על הסדרי טיעון  $19 \times 20 / 40 = 9.5$ . חשוב מכך, בעברה הקלה יהיה העונש הממוצע 4 חודשי מאסר  $(20 \times 8) / 40 = 4$  במקום 0 חודשי מאסר במשטר האוסר על הסדרי טיעון (כיוון שבמשטר כזה איש מהמבצעים עברה קלה לא היה עומד לדין). כבר מנתונים אלו עולה כי בהנחה שהחשודים אשמים,<sup>17</sup> הסדרי הטיעון יכולים דווקא לקדם את ההרתעה למרות ההקלות שהם מציעים לנאשמים, בשל הגדלת מספר המורשעים. כיוון שכתבי אישום רבים יותר מוגשים במשטר של הסדרי טיעון, העונש הממוצע המוטל על כל חשוד גדול יותר. זאת ועוד, ההרתעה אינה תלויה רק בעונש הממוצע המוטל על החשודים שנתפסו. מחקרים רבים מראים כי הסיכוי להיענש משפיע על ההרתעה הרבה יותר מחומרת העונש.<sup>18</sup> הגדלת מספר המורשעים מ-19 ל-60 באמצעות הסדרי הטיעון משפיעה על ההרתעה הרבה יותר מאשר ההפחתה הנדרשת לצורך זה במספר חודשי המאסר המוטלים על מי שהורשע.<sup>19</sup>

נתוני הדוגמה לעיל כמובן אינם משקפים מציאות קיימת. במציאות התביעה אינה מוגבלת לארבעה סוגי תיקים; המגוון גדול בהרבה, ולכל אחד מהם מידת חומרה שונה, סיכויי הרשעה שונים, עלות ניהול שונה וכיוצא בזאת. אולם כל עוד עריכת הסדר טיעון חוסכת חלק גדול מעלויות ניהול ההליך, התוצאה תהיה דומה. יהיה אפשר להציע לנאשמים הסדרי טיעון אשר יבטיחו להם הקלה מסוימת ביחס לתוחלת העונש (העונש הצפוי במשפט

17 בהמשך אציג את הניתוח המתייחס למקרה שבו חלק מהחשודים חפים מפשע.  
 18 לסלי סבה "הקלה בעונש כאמצעי להרתעה?" עבריינות וסטיה חברתית ז(3) 125, 132 (1979).  
 19 למעשה, למרות מאות המחקרים שבחנו זאת עד כה לא נמצא אישור להנחה הרווחת כי החמרה בענישה מקדמת את ההרתעה. ראו אורן גזל-אייל, רותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41, 67-71 (2011); וכך Anthony Doob, Cheryl Webster, *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, 30 CRIME & JUST. 143, 173 (2003) הסוקרים את המחקרים הקרימינולוגיים הרבים שנערכו בשלושים השנים האחרונות בתחום ומראים כי המסקנה המתחייבת מהם היא כי חומרת העונשים איננה משפיעה על ההרתעה הכללית.



כפול סיכויי ההרשעה) ובתמורה לזכות במשאבים שיאפשרו העמדה לדין של חשודים אחרים. בדרך זו הסדרי טיעון מרחיבים את רשת האכיפה. בהסדר טיעון התביעה קונה משאבי זמן (המאפשרים לה לנהל הליכים נגד נאשמים נוספים) והרשעה ודאית בתמורה לויתור על חומרת האישומים שבהם יורשע הנאשם ועל חומרת העונשים.

בדוגמה לעיל הנחתי כי התביעה מסכימה להקלות המאפשרות הסדרים עם כל הנאשמים. במציאות חלק מהנאשמים ידחו את ההצעה להסדר ויבחרו במשפט. מספר הנאשמים שידחו את ההצעות להסדר תלוי במידת ההקלה שהתביעה תעניק בהסדרים. ככל שההקלות גדולות יותר, שיעור הנאשמים שיסכימו להן גדול יותר. כך תוכל התביעה לווסת את מספר המשפטים ומספר ההסדרים באמצעות שיעור ההקלות בעונש שהיא תציג במסגרת משאים ומתנים להסדרי טיעון, כדי להשיא את ההרתעה או את המטרות האחרות של הענישה. למעשה, ככל שהעומס על התביעה גדל, היא תסכים להסדרים מקלים יותר, ושיעור הנאשמים שיודו בהסדרי טיעון יגדל. תופעה דומה תתרחש אם חקיקה חדשה בתחום סדר הדין הפלילי תהפוך את ניהול המשפטים ליקרים יותר. גם אז הצורך בהסדרי טיעון יגדל, ההקלות שלהן תסכים התביעה תגדלנה, ושיעור ההסדרים יגדל. לנדס ועוד חוקרים שפעלו אחריו איששו את הממצאים התאורטיים הללו במחקרים אמפיריים, שהראו כי במערכות משפט בארצות הברית שיעור ההסדרים גדול יותר ככל שסיכויי ההרשעה גדולים יותר, וקטן יותר ככל שההקלות בענישה המוצעות לנאשמים קטנות יותר.<sup>20</sup>

לקשר בין היקף הרגולציה של ההליך הפלילי לבין הסדרי טיעון יש אינדיקציה גם במשפט המשווה. הסדרי טיעון נפוצים בארצות הברית יותר מבכל מקום אחר. בארצות הברית ההליך הפלילי הרגיל הוא גם היקר והסבוך ביותר, ובו זכות רחבה להליך בפני מושבעים, הליכים מוקדמים לבחירת מושבעים והגבלות נרחבות על הראיות שאפשר להציג במהלך המשפט.<sup>21</sup> כיוון שכך, הישענות על הסדרי טיעון חיונית בארצות הברית יותר מבכל מקום אחר. במדינות אחרות של המשפט המקובל ההליך המלא מסורבל מעט פחות. עדיין דיני הראיות מותירים חלק ניכר מהשליטה בהליך לעורכי הדין ומגבילים את יכולתו של השופט לשלוט בהליך. לכן המידע מתיק המשטרה, שהיה יכול לסייע רבות בשליטה השיפוטית על ההליך, אינו מועבר לעיונו של השופט אלא בדרכים הפורמליות שקובע הדין,

20 David L. Weimer, *Plea-bargaining and decision to go to trial: The application of a rational choice model*, 10 POL'YSCI 1-24 (1978); William M. Rhodes, *The economics of criminal courts: A theoretical and empirical investigation*, 5 J. LEGAL STUD. 311-340 (1976).

21 William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J 1 (1997).

לרוב באמצעות העדים שעל דבריהם מבוססת הראיה. בנוסף, לצדדים (ולא לשופט) שליטה כמעט מלאה בעדים שיובאו ובשאלות שהם יישאלו, בניגוד למקובל בשיטות הקונטיננטליות. ואכן, במדינות אלו, כמו אנגליה וישראל, שיעור הסדרי הטיעון עדיין גבוה למדי אם כי נמוך משיעורם בארצות הברית.<sup>22</sup> בגרמניה, בצרפת ובמדינות אחרות ביבשת אירופה ההליך הפלילי פורמלי ומסורבל פחות. אמנם גם שם מתרחבות המגבלות הדיוניות המוטלות על השופטים, וההליך המלא הופך מעט מסורבל יותר,<sup>23</sup> אולם העקרונות האינקוויזיטוריים מאפשרים לשופט במידה רבה חופש פעולה בבחירת השאלות שהעדים יישאלו ובסדר העדים שיזומנו, ולכן גם שליטה רבה יותר בניהול ההליך. ואכן, במדינות אלו הסדרי טיעון לא היו מוכרים עד לעשרים השנה האחרונות. רק לאחרונה החלו להתקבל צורות שונות של הסדרי טיעון בהיקפים מוגבלים.<sup>24</sup> בניגוד למדינות אלו, הולנד נמנעת במכוון מאימוץ הסדרי טיעון. בה בעת הולנד שומרת על הליך פלילי פשוט, שבו שליטה רחבה של השופט בחומר הראיות, היתר להסתמך על הראיות שבתיק החקירה והליכים פשוטים בעברות קלות.<sup>25</sup> נתונים אלו מחזקים את המסקנה כי היקף הסדרי הטיעון גדל ככל שקשה יותר ויקר יותר לנהל משפט פלילי מלא. חקיקה ופסיקה המייקרת ומסרבלת את ההליך הפלילי יוצרת ככל הנראה תמריצים להרחיב את ההישענות על הסדרי טיעון. הרחבה

- 22 למשל, בישראל שיעור הסדרי הטיעון בבתי המשפט המחוזיים עמד לפני כעשור על כ-77% מכתבי האישום המוגשים לבתי משפט אלו. ראו אורן גזל-אייל, אבישלום תור "השפעת החפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים 39, 115 ליד הערה 3 (2009). כיום כ-86% מהכרעות הדין בבית המשפט המחוזי, וכ-76.5% מהכרעות הדין בבתי משפט השלום הם תוצר של הסדרי טיעון. ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים (2012) [http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Publications/Oren\\_Gazal-Ayal-Acq.pdf](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Publications/Oren_Gazal-Ayal-Acq.pdf).
- 23 ראו Sabine Gless, *Truth or Due Process the Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial, Germany*, papers.ssrn.com/abstract=1743530 (שבו מתוארת ההרחבה ההדרגתית של כלל הפסלות בגרמניה והשינוי במעמד הנאשם מאובייקט של החקירה המשפטית לצד בהליך).
- 24 ראו Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translation: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45(1) HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 1, 27 (2004).
- 25 Marc Groenhuijsen, Joep Simmelink, *Netherland*, in *CRIMINAL PROCEDURE IN EUROPE* 373 (Richard Vogler & Barbara Huber ed., 2008). כדי להבטיח שהעומס על בתי המשפט יישאר קל ככל האפשר ויאפשר הימנעות מהסדרי טיעון, ניתנות לתביעה בהולנד סמכויות רחבות להטיל עונשים שאינם כוללים מאסר, בלא משפט כלל, בעברות שדינן עד שש שנות מאסר, ורק אם החשוד מערער על ההחלטה, יתקיים משפט. הליך זה מאפשר סוג של הסדר מחוץ לבית המשפט, ואין צורך בעונשי מאסר. ראו שם, בעמ' 467.

זו אפשרית באמצעות הרחבת הפערים בענישה המוטלת על נאשמים המודים במסגרת הסדרים בהשוואה לעונשים הצפויים לאותם נאשמים אם יורשעו במשפט.

#### 4. הפיקוח השיפוטי על שיקול הדעת המנהלי באכיפת החוק

לכאורה שיקול הדעת של התביעה כפוף לביקורת שיפוטית. החלטות על הגשת כתב אישום נתונות לביקורת של בית המשפט העליון, והסדרי טיעון מוצגים לפני בית המשפט וכפופים לאישורו. ואכן, רוב ההצעות לשינוי הדין הנוגע להסדרי הטיעון והמחלוקות על פרשנותו מתמקדות בהיקף הביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון לעונש. בית המשפט העליון הקדיש לדיון זה כמה פסקי דין,<sup>26</sup> ובכלל זה את פסק הדין המרכזי בתחום הסדרי הטיעון, שניתן בהרכב של תשעה שופטים.<sup>27</sup> הספרות המשפטית האקדמית מיקדה את הדיון בסוגיה זו.<sup>28</sup> והוועדה לסדר דין פלילי, ששקדה על ניסוח הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, הצליחה להגיע להסכמות בכל נושא, למעט נושא טעון זה.<sup>29</sup>

כמו בתחומים רבים אחרים, גם כאן הניתוח הכלכלי מייחס חשיבות מעטה מאוד למחלוקת המשפטית האמורה. לביקורת השיפוטית על הסדרי טיעון לעונש השפעה שולית על רמות הענישה הנוהגות, מכיוון שחלק גדול מהפעלת שיקול הדעת נעשה באמצעות הסדרי טיעון לעניין האישומים. לצורך הסדרים אלה לא נדרש אישור בית המשפט, והם אינם חשופים לביקורת שיפוטית. לדוגמה, התביעה רשאית להמיר אישום שדינו 20 שנות

26 ע"פ 4900/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45 (1993); ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 185 (1994) (להלן – עניין לוי); ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) (1972) (להלן – עניין בחמוצקי); ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.1991) (להלן – עניין אסיס); ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672 (1996).

27 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577 (2002). (פסק הדין קבע כי הסדר לעונש יאושר אם קיים איזון נכון בין ההקלה שמציעה התביעה לנאשם בהסדר לבין התועלת שמביא ההסדר לאינטרס הציבורי).

28 מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי הטיעון" בתוך מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 289, 330-334 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); אליהו הרנון "עסקאות טיעון בישראל" משפטים כז 543, 543-600 (תשנ"ז); אליהו הרנון, קנת מן עסקאות טיעון בישראל (1981).

29 תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (הסדרי טיעון), התשס"ט-2009, סעיף 155 ד לחוק המוצע. זמין בכתובת [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/41631363-0AFF-4095-91EB-A374A73E08E1/15512/SEDERDINPLILIHESDEREIT.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/41631363-0AFF-4095-91EB-A374A73E08E1/15512/SEDERDINPLILIHESDEREIT.pdf) בהצעת החוק הממשלתית מופיעה עמדת המיעוט בדברי ההסבר. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010.

מאסר לאישום שדינו 3 שנות מאסר, ולבית המשפט אסור להתערב בהחלטתה.<sup>30</sup> כן רשאית התביעה לתקן כתב אישום חמור בעברת אונס ולעשותו כתב אישום של מעשים מגונים קלים יחסית, שהעונש בצדם הוא מאסר על תנאי בלבד.<sup>31</sup> בנסיבות אלו אם הצדדים אינם רוצים שבית המשפט יבחן אם הסדר הטיעון תואם את העונש לעברה, הם יכולים להתאים את העברה (המוסכמת) שבה מואשם הנאשם לעונש שהם מבקשים להשיג.<sup>32</sup> ואכן, בחינה של הסדרי הטיעון בבתי המשפט המחוזיים מלמדת שלמעלה מ-80% אחוזים מהם כוללים גם (או רק) הסדרים לאישומים.<sup>33</sup> לכן רק הליכים משפטיים מעטים ביותר מסתיימים בהטלת עונשים החורגים מהמוסכם בהסדר הטיעון.<sup>34</sup> כל עוד התביעה יכולה לבחור את האישומים ואת עובדות כתב האישום, היא תוכל לחסן כל הסדר טיעון שתוצאה מפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

אמנם החלטות התביעה על העמדה לדין עשויות לעמוד לביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק, אולם במרבית המקרים אין עותר מתאים המעוניין לשאת בעלויות של עתירה

30 עניין אסיס, לעיל הערה 26, שבו קבע בית המשפט המשפט העליון שראוי היה שבית המשפט המחוזי יקבל את בקשת התביעה לעונש המופחת בהרבה מזה ההולם את העברה שלפניו.

31 ראו עניין קצב, לעיל הערה 14.

32 David Bjer, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 UNIVERSITY OF CHICAGO JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS (2005).

33 מבין תיקי פרקליטות מחוז מרכז שהסתיימו בשנת 2002 78% כללו הסדר לאישומים; במחוז תל אביב שיעורם היה 85%. במחוז חיפה, בשנת 2004, 85% מהסדרי הטיעון כללו גם הסדר לאישומים. ראו שרון שכנר-ביתן, רחל אבישר-אבלס הסדרי טיעון פרקליטות מחוז תל אביב מול פרקליטות מחוז מרכז (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "עבירות צווארון לבן" בהנחיית פרופ' רון שפירא 2006); לילך תמיר עבירות מין, הסדרי טיעון ומה שבניהם - מחקר בנוגע לשתי השאלות המרכזיות שעלו מ"פרשת קצב" (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "מחקרים על מערכת המשפט הפלילית" בהנחיית פרופ' אריה רטנר וד"ר אורן גזל-אייל, 2007). לנתונים עדכניים יותר, ביחס לבתי משפט השלום והמחוזיים ראו גזל-אייל, גלון ווינשל-מרגל, לעיל הערה 22.

34 מאז סוף 2002 ועד אמצע 2009 הגיעו לבית המשפט העליון רק 31 ערעורים (שעסקו ב-46 מערערים) של נאשמים על החלטה של בית משפט מחוזי או בין דין משמעתי לסטות מהסדר טיעון. כיוון שבאותן שנים נערכו בבתי המשפט המחוזיים אלפי הסדרים, וכיוון שבכל מקרה שהסדר נדחה יש להניח שהנאשם יערער, הרי שממצא זה מלמד כי שיעור ההצעות להסדר שנדחות הוא אפסי. יצוין כי כשני שלישים מהערעורים שנאשמים הגישו נגד סטייה מהסדר טיעון התקבלו במלואם, ועוד כ-20% התקבלו חלקית. לפיכך רק 15% מהנאשמים שבית המשפט המחוזי החליט להטיל עליהם עונש כבד מהמוסכם בהסדר נותרו עם עונש זה לאחר הערעור. ראו אורלי אורן, שחר פישביין ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון – בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל (עבודה במסגרת סמינר מחקר אמפירי בהנחיית פרופ' רונן פרי ודר' אורן גזל-אייל, 2009).

כזו, וככלל בית המשפט נמנע מלקבוע כי התביעה חרגה משיקול הדעת המוקנה לה. למעשה, מאז קום המדינה התקבלו רק עתירות ספורות נגד החלטות על סגירת תיקים מחוסר עניין לציבור,<sup>35</sup> ומעולם לא התקבלה עתירה נגד החלטה לסגור תיק מחוסר ראיות.<sup>36</sup> לפיכך לפיקוח זה אין השלכה רבה על פעילותה היום-יומית של התביעה.

במיוחד נכון הדבר בעניין הסדרי טיעון. עד כה מעולם גם לא התקבלה עתירה לבג"ץ נגד הסדר טיעון. רק במקרים מעטים מאוד שבהם עברה עם נפגע קונקרטי הוגשו עתירות כאלו, לרוב על ידי נפגעי העברה, ובכל המקרים הן נדחו.<sup>37</sup> לפיכך גם אם תוחמר הביקורת השיפוטית על העונש, כפי שמוצע על ידי דעת המיעוט בוועדה לסדר דין פלילי,<sup>38</sup> לא תהיה לכך השפעה רבה כל עוד התביעה חופשית לתקן את האישומים והעובדות בלא מגבלה של ממש או בלא פיקוח. אפשר לומר אפוא כי הלכה למעשה האיזון שעורכת התביעה בין שיקולי הראיות, העניין לציבור והמשאבים כמעט אינו נתון לביקורת שיפוטית. התוצאה היא כי לתביעה שיקול דעת כמעט מוחלט בהחלטותיה אם לסגור תיק, אם לערוך הסדר טיעון, ואיזה עונש להציע בהסדר שכזה.

## 5. ההצדקות לשיקול הדעת הרחב והביקורת עליהן

פרנק איסטרברוק, כיום נשיא בית המשפט הפדרלי לערעורים של ה-Seventh Circuit, הציג את אחת ההגנות המקיפות ביותר לשיקול הדעת הרחב והבלתי מוגבל של התביעה במאמרו "ההליך הפלילי כמערכת שוק".<sup>39</sup> לגישתו, שיקול הדעת הרחב לסגור תיקים ולערוך הסדרי טיעון הוא כלי המבטיח כי התביעה תוכל להשיא את ההרתעה ואת המטרות הציבוריות האחרות של מערכת המשפט הפלילית. ההחלטה לסגור תיק מסוים או להתפשר בתיק

35 לחריגים המעטים ראו עניין הבנקאים, לעיל הערה 11, בעמ' 513-530; בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 71 (פורסם בנבו, 1.7.2009); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 378-370 (1989).

36 לדיון בהיקף הביקורת של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ראו רב-שיח "פיקוח שיפוט על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 14 (1996); מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה 5 (1996); דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ משפטי לממשלה" פלילים ה 121 (1999).

37 לשתי דוגמאות ראו פרשת קצב, לעיל הערה 14 וכן בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א (פורסם בנבו, 25.12.1996).

38 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדרי טיעון), התש"ע-2010, סעיף 220א, ה"ח הממשלה 536

39 Frank H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, 12 JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 289 (1983).

מסוים עלולה להיראות למשקיף מן החוץ החלטה הפוגעת בהרתעה ובאינטרס הציבורי. אולם התביעה, היודעת מהם סיכויי ההרשעה בתיק, מה תהיה עלותו, ומהם התיקים שעליהם תצטרך לוותר אם תנהל עוד הליך משפטי מלא (בשל מגבלות המשאבים שלה), או יודעת מהם סיכויי הזיכוי ומהו הנזק הצפוי מזיכוי כזה, יודעת כי הוויתור מקדם את המטרות החברתיות שעליהן היא מופקדת.

מסקנתו היא כי אין להכפיף את שיקול דעתה של התביעה להנחיות קשיחות, לביקורת שיפוטית או לרגולציה חקיקתית. שום מערכת של רגולציה או פיקוח (שיפוטי או אחר), לפי גישה זו, איננה יכולה להחליף את שיקול הדעת. ראשית, מכיוון שהתנאים שבהם מתקבלות ההחלטות משתנים תדיר, ושום רגולציה לא תוכל לעמוד בקצב השינוי. ההליך הפלילי פועל כמו מערכת של שוק חופשי, המבטיחה שיתקבלו ההחלטות היעילות ביותר במגבלות המשאבים דווקא כשאין רגולציה של מחירים וכמויות. התובעים יכולים להתאים את פעולתם לשינוי בביקוש למשפט (שינוי במספר הנאשמים שדוחים הצעות להסדר) או להיצע של שירותי המשפט (שינוי בעומס המוטל על בתי המשפט הפליליים), כמו גם לצורך להעניק עדיפות למאבק בסוג פשיעה מסוים במועד מסוים או לסוג פשיעה אחר במועד אחר. מדיניות התביעה צריכה להשתנות תדיר גם בשל שינויים בעומס העבודה, הנגרמים מחקיקה פלילית חדשה, משינויים במצב הביטחוני או ברמת העבריינות, מצמצום או תוספת של תקנים למערך התביעות, החקירות או בתי המשפט, משינוי בסדרי הדין ובנסיונות רבות נוספות. לכל אלו אי אפשר למצוא מענה בדמות הנחיות שיפוטיות או הוראות חוק. רק שיקול דעת המופעל על פי נתוני התיק, המקום והזמן יוכל להבטיח חלוקה אופטימלית של המשאבים וקידום מיטבי של האינטרסים הציבוריים.

שנית, רגולציה שתקבע על ידי המחוקק או בתי המשפט לא תוכל להתמודד עם כל מגוון הסיטואציות שאתן מתמודדת התביעה. לכל תיק מאפיינים שונים לא רק במאפייני העברה אלא גם בקושי להוכיחו, בעלות הצפויה של ניהולו ובעלויות הנלוות הכרוכות בהבאתו בפני בית המשפט (כגון בפגיעה הפוטנציאלית שניהול משפט יגרום למתלוננים, לעדים או לאינטרסים ציבוריים אחרים), ולכן אי אפשר לקבוע כללים אחידים ונוקשים שינחו את התביעה בבחירת התיקים להגשה ובנכונות להתפשר בהסדר טיעון. לגישתו של איסטרברוק, רק שיקול דעת בלתי מוגבל יכול להבטיח קידום האינטרס הציבורי בצורה המיטבית.

אפשר כמובן לטעון כי הפתרון הוא בהוספת משאבים למערכת המשפט כדי שלעולם לא יהיה צורך לערוך פשרות.<sup>40</sup> בפרק זה איני מתכוון לעסוק בהרחבה בניחות הכלכלי של

40 לטענה כזו ראו Albert W. Alschuler, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System*, 50(3) THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 931, 938 (1983).

סוגיית היקף המשאבים שיש להפנות למערכת המשפט הפלילית,<sup>41</sup> אבל די אם אומר כי לא ברור כלל אם גם במקרה שהיו לחברה עוד משאבים פנויים, היה עליה להפנותם למערכת המשפט הפלילית דווקא ולא למטרות אחרות כגון חינוך, בריאות או רווחה. מכל מקום, בהנחה ששינוי קיצוני של מאות אחוזים, בהיקף המשאבים של מערכת המשפט הפלילית, שיפתור כליל את בעיית העומס, אינו צפוי בעתיד הקרוב, מגבלת משאבים כלשהי תמיד תשפיע על החלטות התביעה. במצב כזה שיקול הדעת בהעמדה לדין או בהסדרי טיעון הוא בלתי נמנע.

מהאמור לעיל עולה כי אחת הטענות המרכזיות המובאת נגד הסדרי טיעון – הטענה כי הסדרים אלו פוגעים בהרתעה או באינטרס הציבורי בהטלת ענישה הולמת על עבריינים – אינה מבוססת.<sup>42</sup> אכן, לעתים העונשים המוטלים על נאשמים בהסדרי טיעון קלים בהרבה מאלו שהיו מוטלים על הנאשמים לו הורשעו לאחר משפט. עם זאת בחינת ההקלה שלה זוכה הנאשם אינה מספיקה כדי להסיק מהי מידת השפעה של הסדרי הטיעון על ההרתעה. ההרתעה נוצרת באמצעות הסבל שממנו חושש העבריין בהחליטו אם לבצע את העברה או לא. סבל זה תלוי לא רק בחומרת העונש שיוטל עליו אלא גם בסיכוי שיועמד לדין ובסיכוי שיוורשע. הסדרי טיעון אמנם מובילים לרמת ענישה נמוכה יותר בכל תיק ותיק, אך הם מגדילים את הסיכוי שהנאשם יעמוד לדין (בשל המשאבים שהם מפנים לתביעה) ומגדילים את הסיכוי שהוא יורשע (נוכח ויתורו של הנאשם על זכותו למשפט, העשוי למצוא ספק סביר באשמתו או להימנע מהרשעתו מסיבה אחרת).

הניתוח הנורמטיבי של איסטרברוק זכה לביקורת רבה.<sup>43</sup> אכן, הניתוח מלמד כי התביעה תוכל לקדם את האינטרס הציבורי בצורה הטובה ביותר, אם ינתן לה שיקול דעת מוחלט בהגשת אישומים והסדרי טיעון. אולם תובעים לא תמיד יפעלו רק לקידום האינטרס הציבורי. למשל, תובעים עלולים להעדיף אינטרסים אישיים, למשל זמן פנוי, פרסום או צבירת ניסיון בהתדיינות, על פני האינטרס הציבורי של ענישה; הם עלולים להיות מושפעים מיוקרתם של סנגורים ידועי שם ולהעניק ללקוחותיהם יחס מועדף לעומת לקוחות של סנגורים אחרים; הם גם עלולים פשוט לטעות בהחלטה כיצד לקדם את האינטרס הציבורי.

41 Robert Cooter, Tomas Ulen, *Law and Economic* §§ 414 (5<sup>th</sup> ed. 2008).

42 ראו למשל דברי השופט גולדברג בעניין לוי, לעיל הערה 26, בעמ' 168 ("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"); ראו גם קרמניצר ולבנון, לעיל הערה 28, בעמ' 326.

43 ראו בעיקר, Stephen J. Schulhofer, *Criminal Justice Discretion as a Regulatory System*, 17(1) *UNIVERSITY OF CHICAGO JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 43 (1988).

איסטרברוק אינו מתעלם מקיומן של "בעיות נציג" (agency costs) מעין אלו בין הציבור לתביעה, אולם לטענתו אין מקום להניח שפיקוח שיפוטי או הנחיות של המחוקק יצמצמו בעיה זו. גם שופטים עלולים לטעות או להעדיף אינטרסים אישיים על פני אינטרסים ציבוריים. גם רגולציה (בדמות הנחיות של המחוקק או גורם אחר) צפויה להיכשל, מכיוון שבשל השונות הגדולה בין המקרים והמצבים היא תמיד תשאיר לתביעה שיקול דעת בהערכת הראיות והאינטרס הציבורי. בדרך זו הנחיות לתביעה יובילו מחד לקשיחות בלתי רצויה במרבית המקרים, אך יותירו מאידך את האפשרות לתביעה לסטות מהן למטרות פסולות במקרים הספורים שבהם היא מעוניינת בסטייה כזו. הקושי העצום לפקח על דיות הראיות או האינטרס הציבורי בכתבי האישום, שעליו עמדנו לעיל, עלול להוביל למצב שבו כל רגולציה או פיקוח שיפוטי על התביעה ישיגו את הרע משני העולמות.

הניתוח של איסטרברוק, אף שבוודאי אינו חף מבעיות כפי שנראה להלן, מסייע למיקוד הדיון בשיקול הדעת של התביעה. אין די בהצגת הסדרים שנחזים כמקלים מאוד עם הנאשם כדי לטעון שהסדרי טיעון פוגעים באינטרס הציבורי. הדגש חייב לעבור לבחינה רחבה יותר של השפעת ההסדרים על חלוקת ההרשעות והעונשים בין נאשמים פוטנציאליים שונים. אולם כבר כעת ברור שאי אפשר להסתפק בהצגת ההקלות הניתנות בהסדרי הטיעון כדי להראות שנדרש להגביל את השימוש בהסדרי טיעון או את הפיקוח על הליך זה.

## 6. הסדרי טיעון והרשעות שווא

טענה נפוצה אחרת נגד הסדרי הטיעון עוסקת בחשש להרשעת נאשמים חפים. הטענה היא כי האופצייה להודות ולזכות בעונש קל בהרבה מזה הצפוי בתום משפט יכולה לתמרץ גם נאשם חף מפשע להודות.<sup>44</sup> למשל, אדם חף מפשע הנאשם באונס עלול להסכים להסדר טיעון שבמסגרתו יופחת אישומו מאונס לעברה קלה בהרבה, כדי להימנע מהסיכון של הרשעה באונס.<sup>45</sup> אם הסדרי טיעון גורמים להרשעת חפים, הרי שהגידול בהרשעות המושג בזכותם אינו בהכרח רצוי.

הקושי בטענה זו נובע מההנחה שאלמלא הסדר הטיעון היה הנאשם החף מזוכה במשפט. הנחה זו בעייתית. למעשה נראה כי הנאשם החף, בהסכימו להסדר טיעון, העריך כי יש סיכוי שגם במשפט הוא יורשע, שאם לא כן, במרבית המקרים היה דוחה את ההצעה

44 הרנון ומן, לעיל הערה 28, בעמ' 9; עמנואל גרוס "עסקאות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251, 260 (1992); אליהו הרנון "עסקאות טיעון בישראל" משפטים כז 543, 603 (תשנ"ז); חשש זה בא לידי ביטוי גם בפסיקה, הן בהתבטאויות השופטים: ראו דברי השופט כהן בע"פ בחמוצקי, לעיל הערה 26, בעמ' 556-560.

45 Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U. CHI. L. REV. 50, 45 (1968).



להסדר. נאשם המשוכנע כי בית המשפט יזכה אותו, בדרך כלל לא יסכים להסדר שבמסגרתו הוא יורשע ויוטל עליו עונש.<sup>46</sup> אם הנאשם החף בחר בהסדר טיעון במקום במשפט, אות הוא כי להערכתו הסיכון להרשעה במשפט ולעונש החמור הצפוי לו אם אכן יורשע, גבוה. לכן מבחינתו עדיף הסדר הטיעון. למעשה איסור על הסדרי טיעון (אפילו אם היה אפשר לקבעו באופן שיחול רק על נאשמים חפים) רק ירע את מצבם של הנאשמים החפים וישלול מהם אופציה לביטוח מפני ההרשעה המוטעית והענישה החמורה הצפויה להם בתום משפט. נאשמים רציונליים, חפים ואשמים, לא ייפגעו מהצעה להסדר טיעון. הם יכולים רק להרוויח ממנה.<sup>47</sup>

יש חשש כמובן כי חלק מהנאשמים החפים אינם רציונליים. החשש הוא כי נאשמים אלו יטעו לבחור בהסדרי טיעון בלחץ המשא ומתן או בשל הערכה מוטעית של סיכויי המשפט, אף שלו היו בוחרים במשפט הם היו מזוכים.<sup>48</sup> אף שאין לשלול חששות להחלטות מוטעות של נאשמים, אין להניח כי דווקא החפים יטעו יותר בבחירה בהסדרי טיעון. נהפוך הוא, יש סיבות טובות להניח כי דווקא חפים יבחרו במשפט בשיעורים גדולים בהרבה מאשמים העומדים בפני סיכויים דומים להרשעה ועונש דומה.

ראשית, התביעה אינה יודעת אילו נאשמים חפים ואילו אשמים. היא יודעת כמובן באילו תיקים הראיות חזקות ובאילו הן חלשות, אך בתיקים שבהם הראיות חזקות באותה מידה התביעה בדרך כלל איננה יכולה להבחין בין אשם לחף. לפיכך היא מציעה הצעות דומות להסדר טיעון לנאשמים אשמים וחפים אשר עומדים בפני אישום דומה וראיות דומות. לעומת התביעה, שאינה מבחינה בין נאשם אשם לחף, הנאשמים עצמם בדרך כלל כן מבחינים. הנאשם כמעט תמיד יודע אם הוא אשם או לא. אם המשפט מצליח לברר את האמת בדיוק רב יותר משיכולה התביעה לעשות באמצעות עיון בחומרי החקירה (ויש לקוות שזה אכן המצב), נאשמים אשמים יעריכו את סיכויי הרשעתם במשפט כגבוהים מאלו שהתביעה מעריכה, בידעם שמידע שייחשף במשפט יגדיל את הסיכוי שיוורשעו, ולעומתם נאשמים חפים יעריכו את סיכוייהם כנמוכים יותר, בידעם כי מידע חדש שעלול להיחשף במשפט יכול לסייע להרשעתם. וכך בשל השוני בהערכת סיכויי הזיכוי נאשמים אשמים יסכימו להסדרי טיעון שחפים צפויים לדחות. כיוון שהתביעה, שכאמור אינה מבחינה

46 ייתכנו מקרים שבהם עלות ניהול המשפט גדולה מאוד, והעונש בהסדר קל ביותר, ולכן גם נאשם חף יעדיף את הסדר הטיעון.

47 Thomas W. Church Jr., *In Defense of 'Bargain Justice'*, 13 L. & Soc'y. Rev. 509, 513-516 (1979).

48 יש להבחין בין הסכמה להסדר טיעון או הודאה באישומים לבין הודאה במשטרה. בהודאות במשטרה לרוב אין מדובר ב"תן וקח", ועל החשוד מופעל לחץ רב יותר. הדיון בחלק זה נסב על הסדרי טיעון והודאות באישומים הניתנות בבית המשפט.

בחפות, תציע לשתי קבוצות הנאשמים הצעות דומות (שיותאמו לחומרת העברות ולחוזק הראיות שבידה בלבד), שיעור גדול יותר מהחפים ידחה את הסדרי טיעון. לכן מרבית האשמים יבחרו להודות בהסדר, ואילו חלק גדול מהחפים יבחר במשפט.<sup>49</sup> שנית, גם מטעמים אחרים נאשמים חפים ייטו יותר לדחות הצעות שאשמים ייטו לקבל. מחקרים מראים כי נאשמים חפים נרתעים מלעמוד בבית המשפט ולהודות בעברה שהם לא ביצעו אף אם בשל סיכויי ההרשעה והעונש הצפוי ההודאה נראית כדאית. נאשמים חפים גם נוטים להעריך ביתר את הסיכוי שבית המשפט ידע להבחין אמת משקר, ולכן יזכה אותם למרות חומר הראיות המורה אחרת.<sup>50</sup> ואכן, מבין ההרשעות המוטעות שנחשפו בעשורים האחרונים בארצות הברית רק שיעור זעום היה תוצר של הודאת הנאשם במשפט, בניגוד גמור לשיעור הגבוה של הודאות כאלו מבין כלל ההרשעות.<sup>51</sup> לכאורה, רתיעתם של חפים מלהודות במשפט פותרת את אחד הקשיים העיקריים הטמונים בהסדרי טיעון. אם נאשמים אשמים נוטים להסכים להסדרי טיעון, וחפים – בנסיבות דומות – נוטים לדחות הצעות להסדר, המשך ההסתמכות על הסדרי טיעון מאפשר סיום מהיר ויעיל של הרוב המכריע של התיקים נגד האשמים, ומפנה את המשאבים הדרושים לניהול הליך משפטי מלא נגד המעטים שיש סיכוי כי אינם אשמים. אולם דווקא יתרונו זה של המשטר הנסמך על הסדרי טיעון עלול להיות חסרונו מבחינת הנאשמים החפים. בעולם של הסדרי טיעון נאשמים המסכימים להסדר נדונים לעונש קל מזה הצפוי להם לאחר הרשעה במשפט. בתיקים קשים וסבוכים הפער בעונש בין המשפט להסדר עשוי להיות עצום.<sup>52</sup> מנגד נאשמים שמאמינים בטעות כי סיכויי הרשעתם נמוכים או נרתעים מלהודות במעשה שהם לא ביצעו ומורשעים בסופו של דבר, נדונים לעונשים הכבדים השמורים לאותם מעטים שבחרים לנהל הליך משפטי מלא. כיוון שיש ייצוגי-יתר לחפים

49 Robert E. Scott, William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2013 (1992); Gene M. Grossman, Michael L. Katz, *Plea Bargaining and Social Welfare*, 73(4) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 749, 753 (1983).

50 אורן גזל-אייל, אבישלום תור "השפעת החפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים 39, 115 (2009).

51 שם.

52 למשל, בפרשת קצב הוצע לנאשם בהסדר עונש של מאסר על תנאי, ולבסוף, לאחר הרשעה, הוטל עליו עונש של 7 שנות מאסר לריצוי בפועל. ראו תפ"ח (ת"א) 1015/09 מדינת ישראל נ' משה קצב (גזר דין מיום 22.2.2011). דוגמה אחרת היא פרשת סמאחת, שם חזר בו הנאשם מהסדר טיעון שבמסגרתו הוטלו עליו שישה חודשי עבודות שירות (ראו ע"פ 474/92 סמחאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.1992)), ולאחר הרשעתו במשפט הוא נדון ל-18 חודשי מאסר בפועל (ע"פ 3907/92 סמחאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 104 (1992)).

בקבוצה האחרונה, הרי שבממוצע העונש המוטל על חפים גבוה בהרבה מהעונש המוטל על אשמים שקיימים נגדם אישומים דומים וראיות מוצקות במידה דומה. הניתוח לעיל מדגים שוב את הפער הגדול שבין החשיבה המשפטית הרגילה לזו הכלכלית: על בעיית החפות נכתב רבות, הן בקרב שופטים וחוקרי משפט והן בספרות הכלכלית של הסדרי טיעון, אולם כל אחת מהדיסציפלינות עוסקת בבעיה אחרת ורק השמות שלהן דומים. בכתיבה המשפטית מודגש החשש שהנאשם החף יקבל הצעה להסדר טיעון מקל שישכנעו להודות במשפט, וההודאה תוביל להרשעה מוטעית. אולם מנקודת מבט כלכלית, אם נאשם כזה בוחר בהסדר, נראה שיש לו סיבה לחשוש מהרשעה מוטעית במשפט ומהעונש החמור שלאחר המשפט. בעייתו של נאשם כזה לא תיפתר אם תיאסר עריכת הסדרי טיעון. הניתוח הכלכלי של המשפט חושף כי בעיה קשה יותר של נאשמים חפים היא שדווקא הם נוטים לדחות הצעות להסדרי טיעון, גם מכיוון שההצעות שהם מקבלים אינן מתחשבות בסיכויי הזיכוי שלהם, הגבוהים יותר בשל חפותם, וגם מכיוון שחפים נרתעים מלהודות במעשה שלא עשו אף אם הדבר לכאורה "משתלם" להם. התוצאה היא שחלק גדול מהחפים המורשעים בטעות מורשעים לאחר משפט, ולא לאחר הסדר, ולכן נדונים לעונשים כבדים בהרבה ממרבית האשמים, המסכימים להסדרי טיעון.<sup>53</sup>

אולם הסיכון בהסדרים לנאשמים חפים עלול להגיע מכיוונים אחרים. למשל, ייתכן שבזכות הסדרי הטיעון התביעה מגישה כתבי אישום מבוססים פחות ראייתית. באמצעות הסדרי טיעון התביעה יכולה להשיג הרשעות כמעט בכל תיק. בתיקים שבהם קשיים ראייתיים התביעה נדרשת להציע הקלות נכבדות מאוד באישומים ובעונש כדי להשיג את הסכמת הנאשם להסדר, אולם גם בתיקים אלו, אם מוצעת לנאשם הקלה של ממש, הוא יבחר לרוב בהסדר כדי להימנע מלשאת בעלויות הנפשיות והכספיות של המשפט, כמו גם מהסיכוי להרשעה. פרשת קצב חשפה במידה רבה לציבור עד כמה גדולה יכולה להיות ההקלה שהתביעה מציעה כאשר היא חוששת מזיכוי במשפט.<sup>54</sup> כיוון שהסיכוי להאשמת

53 נתונים בנושא הרשעות מוטעות שנאספו בצפון אמריקה מראים ש-94% מההרשעות המוטעות הוכרעו על ידי משפט ולא בעקבות הודאה במסגרת הסדר טיעון, וזאת אף שכאמור לעיל הרוב המכריע של ההרשעות בכלל מושג באמצעות הסדרי טיעון. ראו גזל-אייל ותור, לעיל הערה 50, בעמ' 8.

54 ראו לעיל הערה 52. פרשת קצב אינה מקרה חריג. בחינת התיקים בבתי המשפט המחוזיים מלמדת כי כ-75% מכתבי האישום ברצח (עברה שעונש החובה בגינה הוא מאסר עולם) מומרים במסגרת הסדרי טיעון לעברות קלות יותר. ראו שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל הערה 33. בחלק מהמקרים הפחתת האישומים היא נכבדת והעונש המוסכם הוא שנות מאסר ספורות, במקום מאסר עולם. ראו לדוגמה ת"פ 202/02 (מחוזי חי') מדינת ישראל נ' ישייב (לא פורסם, 18.12.2002), שבו ניתנו עונשי מאסר של שמונה וחמש שנים לנאשמים שבשל קושי להוכיח את אשמתם ברצח הומרו סעיפי האישום נגדם לקשירת קשר וניסיון לרצח, ונערך אתם הסדר

אדם חף גדול יותר בתיקים שבהם הראיות חלשות, הרי שהסדרי טיעון מגדילים את החשש שנאשמים חפים יועמדו לדין. החשש לאותם נאשמים חפים אינו מהסדר טיעון המוצע להם לאחר שהוגש נגדם כתב אישום, שכן הסדר זה הוא אופציה אשר יכולה רק להיטיב עמם. החשש של נאשמים חפים הוא מעצם ההחלטה להעמידם לדין, החלטה שהתקבלה במרבית המקרים כשהתביעה ידעה שיהיה אפשר להגיע עמם להסדר טיעון ולא לנהל משפט יקר שעלול להסתיים בזיכוי. התוצאה היא שהחשש מזיכוי בתיקים חלשים כמעט אינו קיים בזכות הסדרי טיעון, ולכן התביעה אינה נרתעת מלהעמיד לדין נאשמים גם בתיקים חלשים. כיוון שכך, נאשמים חפים מפשע רבים יותר מועמדים לדין, עורכים הסדר טיעון, ומורשעים.

יש הסבורים כי קושי זה אינו מהווה בעיה אמיתית, שכן הנאשמים מועמדים לדין, אך בשל הסיכוי הגדול יחסית שהם אינם אשמים הם זוכים לעונש קל יחסית לאשמה. בדרך זו נאשמים זוכים ל"ענישה הסתברותית", דהיינו לעונשים כבדים יותר ככל שהראיות נגדם חזקות יותר. לפי אחת הגישות, מערכת המשפט תקדם את ההרעה אם תאפשר ענישה הסתברותית כזו ולא תסתמך על תפיסה בינארית של הרשעה וזיכוי.<sup>55</sup> במילים אחרות, לפי גישה זו רצוי להטיל עונשים לא רק לפי חומרת המעשה אלא גם לפי ההסתברות שהנאשם אכן אחראי למעשה, והסדרי טיעון מגשימים בדיוק מטרה זו. עמדה נורמטיבית זו רואה בחיוב הסדר שבו ככל שהספק באשמתו של הנאשם גדול יותר, כך עונשו יהיה קל יותר. אולם ככל שגישה זו של ענישה הסתברותית נתפסת כבלתי רצויה, אפשר להקטין את הסיכון האמור להרשעת חפים אם ההפחתה בעונש, המוצעת בהסדרי טיעון, תוגבל. אם למשל ייאסר על התביעה להציע לנאשם הסדר טיעון המגלם הקלה של יותר ממחצית העונש הצפוי לו לאחר משפט, היא לא תוכל לערוך הסדרי טיעון בתיקים חלשים ראייתית. במקרה כזה נאשמים בתיקים חלשים יסרבו לכל הצעה של הסדר טיעון, שכן העונש שיוצע להם לא ישקף את סיכויי הזיכוי הגבוהים שלהם. התביעה, שתדע זאת מראש, תימנע מהעמדתם לדין כי איננה מעוניינת לנהל משפט יקר, בייחוד כאשר הסיכוי שמשפט זה יסתיים בזיכוי – גדול. לפיכך במרבית המקרים האלו היא תסגור את התיקים החלשים ותפנה את המשאבים שמתפנים לתיקים אחרים, חזקים יותר, הממתינים לטיפול. כדי להבטיח

טיעון; תפ"ח (מחוזי ת"א) 1164/05 מדינת ישראל נ' פריניאן (פורסם בנבו, 8.3.2007) שבו הוטל עונש מאסר של חמש שנות מאסר על האחים פריניאן, לאחר שבמסגרת הסדר טיעון הומר סעיף הרצח בסעיף של קשירת קשר לביצוע רצח; תפח (מחוזי ת"א) 1010/06 מדינת ישראל נ' חמאד עיזאת (פורסם בנבו, 22.7.2007), שם גזר בית המשפט עונשים של 18 חודשים עד שש שנות מאסר לנאשמים אשר סעיף האישום נגדם הומר מרצח להריגה כדי שלא ייחשף מקור משטרת.

55 תליה פושר "ענישה הסתברותית" עיוני משפט לב 515 (תשע"א).

שהסדרים כאלו לא ייערכו באמצעות שינוי האישומים, הצעה זו ישימה רק אם לבית המשפט יינתנו כלים לפיקוח גם על הסדרי טיעון לאישומים.<sup>56</sup>

### ג. הזכות להליך הוגן, מעצרים וההשלכות החלוקתיות של כללים דיוניים

#### 1. ההשלכות החלוקתיות של הזכות להליך הוגן

כאמור לעיל, מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכויים של חפים, להרשעת אשמים ולהטלת עונש על המורשעים שיותאם למעשה שבו הורשעו. עם זאת לא כל האמצעים מקדשים את המטרה. לפיכך הסדרים דיוניים רבים לא נועדו לקידום המטרה האמורה אלא לצמצום הנזקים שנגרמים בעת ניהול ההליך לנאשם, לנפגע העברה ולאיינטרסים אחרים. למשל, הזכות להליך הוגן, על פניה הרבים, נועדה בין היתר להבטיח כי המטרה לא תושג אגב פגיעה בלתי מידתית בזכויות הדיוניות של הנאשם. בדומה לכך, המטרה המרכזית של זכויות דוגמת זכות השתיקה, הזכות כי ראיות שהושגו שלא כדין לא יישמשו נגד הנאשם (כלל הפסלות)<sup>57</sup> והזכות לפרטיות – אינה קידום בירור האמת אלא מניעת פגיעה בערכים אחרים (ולפחות במקרה של הזכות לפרטיות, גם באנשים אחרים) במהלך בירור האמת. גם הזכויות של נפגעי העברה, כגון הזכות למידע על ההליך הפלילי, להשתתפות בהליך זה ולהגנה מפני הנאשם ומקורביו, מכוונות להשגת תכליות שאינן תמיד עולות בקנה אחד עם בירור האמת.<sup>58</sup>

אמנם חלק ניכר מזכויות הנאשם מסייעות גם לבירור יעיל של האמת. למשל, זכותו של הנאשם להעיד (זכות הטיעון או ההשתתפות) או זכותו להתעמת עם הראיות נגדו הן גם זכויות דיוניות עצמאיות, בעלות חשיבות אינטרינזית, וגם עקרונות המסייעים לבירור האמת. אולם בחלק זה אבקש להתמקד ברגולציה של ההליך הפלילי שמטרתה העיקרית אינה בירור האמת אלא הגנה על ערכים אחרים גם במחיר של פגיעה ביכולת לקדם בירור יעיל של העובדות. רגולציה זו משפיעה על כלל ההליכים הפליליים, אולם יש המושפעים ממנה יותר ויש המושפעים ממנה פחות.

56 להצעה ברוח זו ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה(1) 1 (2005).  
 57 לדיון בזכות זו ובהיקפה ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).  
 58 לזכויות נפגעי עברה ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183.

נניח כי המחוקק קובע בחוק חדש כי חיפוש במחשב, שלא כמו חיפוש על פני גופו של אדם, מחייב עמידה בתנאים פרוצדורליים יקרים. למשל יש צורך בצו שיפוטי, ואין די בחשד סביר של שוטר, כמו בחיפוש לשם גילוי סמים למשל.<sup>59</sup> בנוסף צריך שהצו המתיר חיפוש במחשב יציין במפורש כי הוא מתיר זאת. כמו כן נאמר שהחוק קובע כי חיפוש כזה ייעשה רק על ידי מי שמיומן בו, לעומת חיפושים אחרים שאותם יכול לעשות כל שוטר. בעקבות הוראות אלו איסוף ראיות בעברות המבוצעות באמצעות מחשב ופיענוחן יקרים יותר. המשטרה – בשל משאביה המוגבלים – עשויה במקרה כזה להימנע מחקירת תיקים שכדי לפענחם יש צורך בחיפוש במחשב, ואשר קודם לחוק החדש היא כן נהגה לחקור. בשל השינוי הסיכוי שחשוד בעברות אלו יעמוד לדין קטן. מנגד ניהול חקירה בתיקים שבהם החיפוש פשוט יחסית, זול כבעבר. לפיכך בהיעדר הבדלים אחרים המשטרה תעדיף כעת תיקים שבהם נדרש חיפוש רגיל על פני תיקים שבהם נדרש חיפוש במחשב. במילים אחרות, המשטרה תשקיע את המשאבים המוגבלים שלה בתיקים שבהם לא שונה הדין במקום בתיקים שהטיפול בהם הפך יקר יותר. התוצאה אינה רק צמצום הסיכוי לחשיפת חשודים בתיקים המבוססים על חיפוש במחשב. התוצאה היא גם הגדלת הסיכוי לחשיפת חשודים בתיקים המבוססים על חיפוש רגיל (כגון תיקי סמים). במילים אחרות, לכללים דינויים המייקרים הליכים מסוימים השפעה עקיפה גם על הליכים אחרים. הכבדה על ניהול הליכים בתיקים מסוימים יוצרת גם השפעה חלוקתית – היא מעודדת את רשויות האכיפה להפנות משאביהן לתיקים אחרים. בחלק זה אציג דוגמאות להשפעות חלוקתיות מעין אלו ואראה כיצד במקרים רבים הן פועלות לטובתם של חשודים חזקים יותר ולרעתם של חשודים מוחלשים.

הדין המשפטי ברגולציה של ההליך הפלילי מתמקד באיוון שבין הצורך להבטיח הגנה הולמת לזכויות הנאשם ולאיינטרסים חברתיים אחרים לבין הרצון למנוע זיכוי של אשמים. אולם שיח מעין זה מתעלם כמעט לחלוטין מהשפעותיהן החלוקתיות של הזכויות.<sup>60</sup> במונח "השפעות חלוקתיות" כוונתי היא להשפעתם של הדינים על המאמץ שרשויות השלטון ישקיעו בתיקים מסוגים שונים, ולכן לשינוי תמהיל כתבי האישום, ההרשעות והעונשים. לרגולציה דיונית השפעה חלוקתית כזו אם בעקבותיה יועמדו פחות נאשמים

59 להוראות אלו ראו פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, סעיף 23א. חיפוש סמים על פני גופו של אדם יכול להיעשות גם בלא צו אם לשוטר יש יסוד סביר להניח שהאדם נושא סמים, וחיפוש ברכב – בכל מקרה שהחיפוש דרוש לקיום הוראות פקודה זו, אך בלא צורך ביסוד סביר לחשד.

60 ראו על כך בהרחבה William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J 1 (1997).

מקבוצות מסוימות לדין, יורשעו פחות וייענשו בענישה מחמירה פחות, ובו בזמן נאשמים מקבוצות אחרות יועמדו לדין ויורשעו יותר, וייענשו בחומרה רבה יותר. כך רגולציה המקשה על הוכחת אשמה בתיקים מסוימים או המחייבת השקעת זמן ומשאבי חקירה או תביעה בטיפול בהם, הופכת את התיקים הללו ליקרים יותר, ולכן לאטרקטיביים פחות מבחינת התביעה. אם התביעה או המשטרה מעוניינות להגיש כתבי אישום בתיקים כאלה, עליהן להשקיע משאבים רבים כדי שסיכויי ההרשעה יהיו גבוהים (לדוגמה, באיסוף ראיות נוספות) או לעמוד בפני סיכון גדול יותר להפסד במשפט. לעתים חשיבות התיק גדולה מספיק כדי להצדיק בחירה באחת החלופות האלו. אולם יש מקרים שבהם תעדיף המדינה שלא להשקיע את המשאבים הרבים הדרושים לניהול התיק ולא להסתכן בזיכוי. במקרים אלו היא תוכל לבחור בחלופה שלישית, ולהציע לנאשמים הנחות גדולות יותר בהסדרי טיעון, כדי שנאשמים רבים יותר מקבוצה זו יוותרו על זכותם למשפט. בדרך זו הזכויות ישפיעו בעיקר על חומרת העונש של מי שידע לנצלן ויאפשרו לנאשמים לזכות בעונשים קלים יחסית על מעשיהם.

במקרים אחרים תעדיף התביעה אפשרות רביעית – לוותר על התיק ובמקומו לטפל בתיק אחר שאינו מעורר קשיים אלו.<sup>61</sup> בעולם שבו רק שיעור קטן מאוד מהעברות המדווחות מגיע לבית המשפט, ובפני המשטרה והתביעה מבחר גדול של תיקים שאותם הן יכולות לקדם כי סגירת תיק אחר מפנה להם זמן, האפשרות הרביעית תהיה פעמים רבות האטרקטיבית ביותר לתביעה. אם קבוצה מסוימת של תיקים תיסגר בשל הכרה בזכות מסוימת של נאשם, יוכלו המשטרה והתביעה להפנות את המשאבים שהתפנו לקבוצה אחרת של תיקים.

לפיכך במערכת משפט עמוסה, שבה למשטרה ולתביעה אפשרות לבחור מבין תיקים רבים ההגנה על זכויות דינויות של נאשמים או רגולציה אחרת המסרבלת את ההליך הפלילי אינן מובילות בהכרח לפחות הרשעות. הן מובילות להרשעות אחרות בעיקר (של אנשים אחרים).

## 2. זכות השתיקה

אפשר להדגים כיצד השפעה חלוקתית זו נוצרת באמצעות ניתוח ההשלכות של זכות השתיקה. אף על פי שלחשודים זכות שתיקה בחקירתם, חוקרי המשטרה לומדים טכניקות מגוונות כדי לגרום לחשודים להשיב לשאלותיהם גם כאשר האינטרס של החשודים הוא

61 תיקים רבים נסגרים מחוסר עניין לציבור. בשנת 2009 למשל נסגרו 46,289 מתוך 164,000 תיקים שנפתחו באותה שנה, מחוסר עניין לציבור. ראו מבקר המדינה, קובץ דוחות ביקורת לשנת 2011, התשע"ב, 55.

לשתוק.<sup>62</sup> התוצאה היא שהרוב המכריע של הנחקרים אינם שומרים על זכות השתיקה.<sup>63</sup> אם קשה (או יקר) להוכיח עברותיהם של חשודים השומרים על זכות השתיקה, יכולה המשטרה לסגור חלק ניכר מהתיקים של חשודים כאלה, ובמשאבים שהתפנו לרכז מאמץ בהשגת הודאות מחשודים שמתקשים לעמוד בלחץ החקירה ומדברים. כך גם באשר לתביעה, שתעדיף לוותר על תיקים נגד חשודים שותקים כי הם קשים יותר להוכחה, ולהפנות את המשאבים שמתפנים עקב כך לניהול הליכים נגד חשודים שמפלילים עצמם בחקירתם, ולכן קל יחסית להרשיעם. בדרך זו זכות השתיקה לא רק מיטיבה עם חשודים שיודעים לנצלה נכון, אלא גם פוגעת בחשודים אחרים שמחליטים החלטה מוטעית לשתף פעולה עם חוקריהם. בשל סגירת התיקים נגד החשודים שאינם מדברים מתפנים למשטרה ולתביעה משאבים לחקור ולהעמיד לדין את החשודים המשתפים פעולה ומדברים. בדרך כלל הדיון בזכות השתיקה מניח שההכרה בזכות זו יכולה לסייע לחשודים, אך לא לפגוע בהם. ואכן, בעולם שבו אין לתביעה מגבלת משאבים זכות השתיקה איננה יכולה להזיק לחשודים או לנאשמים. בעולם כזה סיכויי ההרשעה של חלק מהנאשמים יקטנו בשל השימוש שלהם בזכות השתיקה, אולם קיומה של הזכות לא ישנה את סיכויי ההרשעה של נאשמים שימסרו הודעה מפלילה בלחץ החקירה או בשל תחבולות שהפעילו החוקרים או בשל תחושת החרטה.<sup>64</sup> אלה ידברו בחקירתם בין שמוענקת להם זכות שתיקה ובין שלא, ולכן לא יושפעו כלל מקיומה של הזכות.

- 62 לסקירה מקיפה של טכניקות התשאול ראו מאיר גלבוע תשאול (1995)
- 63 בארצות הברית בין 80% ל-90% מוותרים על זכות השתיקה בחקירתם אף על פי שאי אפשר להשתמש בזכות השתיקה נגדם במשפט, אף לא כראיית חיזוק. לסקירת הסטטיסטיקה האמריקאית ראו Daniel J. Seidmann, Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430, 448 n.60 (2000). אמנם לעתים ההחלטה לוותר על זכות השתיקה היא החלטה מושכלת ורציונלית בגלל ההשלכות שיכולות להיות לשתיקה, אולם במקרים רבים אחרים, חשודים מדברים אף על פי שהדבר מחזק את התיק נגדם, בשל הקושי הפסיכולוגי לשתוק בחקירה.
- 64 איני מתעלם בניתוח זה מעמדתם של סידמן ושטיין, לעיל הערה 63, שלפיה זכות השתיקה, המנוצלת על ידי אשמים, מסייעת גם לחפים, שכן החפים שבוחרים לספר את האמת בחקירתם יכולים לאבדן עצמם ביתר קלות מהאשמים שבוחרים לשתוק, ובכך להקטין את הסיכוי שיורשעו. בלא להיכנס לדיון על סבירותה של הטענה (לדיון במחלוקת זו ראו Stephanos Bibas, *The Right to Remain Silent Helps Only the Guilty*, 88 IOWA L. REV. 421 (2003) וכן Alex Stein, *The Right To Silence Helps The Innocent: A Response To Critics*, 30(3) CARDOZO L. REV. 1115, 1120 (2008). התופעה המוצגת כאן יכולה להתרחש בד בבד עם התופעה שלה טוענים סידמן ושטיין.



אולם בעולם שבו התביעה נאלצת לבחור רק חלק מהתיקים שבהם יש ראיות לכאורה לאשמה, לזכות השתיקה השפעה גם על סיכויי ההרשעה של נאשמים שבוחרים להודות. בעולם כזה התביעה נאלצת לסגור תיקים רבים. ההחלטה באילו תיקים להגיש כתב אישום הופכת להיות ההחלטה הקריטית ביותר. רוב החשודים אינם מורשעים לא בשל זיכוי אלא בשל החלטת התביעה שלא להגיש נגדם כתב אישום.

התביעה בוחרת בתיקים בין היתר לפי סיכויי ההרשעה בהם. היא תגיש כתבי אישום בתיקים החזקים יותר ותסגור את התיקים החלשים יותר. אלמלא זכות השתיקה היו כל החשודים נאלצים למסור גרסה (שאם לא כן הייתה שתיקתם יכולה לשמש ראיה מוצקה לחובתם ואולי אף להיות עברה עצמאית).<sup>65</sup> כמו קודם, השתיקה מסייעת לאותם חשודים שיודעים לנצלה והופכת את התיקים נגד החשודים האלו לחלשים יותר. אולם אז משהתיקים הללו הופכים חלשים יותר, תבחר התביעה לסגור חלק גדול מהם נוכח מגבלת המשאבים, ובמשאבים שהתפנו להגיש כתבי אישום בתיקים אחרים, חזקים יותר, שבהם החשודים הודו. מבחינת התביעה לתיקים שבהם החשודים הודו בחקירתם המשטרית יתרון נוסף, שכן הסיכוי שהם יודו גם בבית המשפט ויחסכו לה את הצורך לנהל הליך ראייתי, גדול.<sup>66</sup> התוצאה היא שזכות השתיקה מגדילה את סיכויי ההרשעה של הנאשמים שאינם יודעים לנצל אותה נכונה, ומודים בלחץ החקירה. מכאן שהשפעתה של זכות השתיקה אינה רק כמותית אלא גם (וכנראה בעיקר) חלוקתית. היא מיטיבה עם חלק מהחשודים (אלה היודעים לנצלה נכון) ופוגעת בחשודים אחרים (אלה שאינם יודעים לנצלה).

ככל שההצדקה לזכות השתיקה טמונה בטעמים דאונטולוגיים, הניתוח לעיל אינו בהכרח מחייב את תומכי זכות השתיקה לשנות מעמדתם. אולם אם מטרת הזכות היא להגן על חשודים העומדים חלשים אל מול כוחה העודף של המשטרה, להבטיח שהם לא יידרשו להיכנע לחקירה לוחצת או להקטין את החשש שחפים יודו בחקירתם – ההכרה בזכות זו בעייתית.

למעשה, בעולם שבו המשאבים מוגבלים, זכות השתיקה לא רק מגנה על החשודים (המעטים יחסית) היודעים לנצלה אלא גם פוגעת באלו שבניגוד לאינטרס שלהם מוסרים

65 בישראל השתיקה בחקירה יכולה לחזק את ראיות התביעה, אולם תוספת ראייתית זו של חיזוק היא בעלת משקל קטן למדי. ראו יעקב קדמי על הראיות כרך א 15-17 (2009).

66 מבדיקת 515 הרשעות מוטעות בארצות הברית עולה כי 72% מהחפים שהורשעו על סמך הודאתם במשפט הודו קודם לכן בחקירה המשטרית (21 מתוך 29). מנגד רק כ-20% מההרשעות המוטעות אחרי משפט מושבעים הודה החשוד במשטרה (97 מתוך 486). מכאן שאפילו כאשר נאשמים אינם אשמים, אם הם הודו בחקירתם המשטרית, נטייתם להודות גם במשפט (לרוב בהסדר טיעון) גדלה מאוד. ראו גזל-אייל ותור, לעיל הערה 50.

במשטרה גרסה המפלילה אותם. כאמור, למשטרה טכניקות פסיכולוגיות רבות לשכנע חשודים לוותר על זכות השתיקה.<sup>67</sup> סביר להניח שחשודים המצליחים לעמוד על זכותם לשתוק למרות כל טכניקות התשאול של המשטרה, הם החשודים החזקים יותר, והחשש כי יישברו בחקירה כופה ויודו במעשים שלא עשו קטן יותר. מנגד, דווקא חשודים (הרבים) המודים בחקירתם גם כאשר הדבר מנוגד לאינטרס שלהם, הם החלשים יותר. כיוון שזכות השתיקה פוגעת בחשודים המודים (ולא רק מיטיבה עם אלו שבחרים לשתוק), עיגונה המשפטי פוגע בחשודים חלשים ומיטיב עם חשודים חזקים יותר.

זאת ועוד, בהנחה הסבירה שאלמלא זכות השתיקה היו התיקים נגד החשודים ששותקים הופכים חזקים יותר, ההכרה בזכות מחייבת את המשטרה ואת התביעה להעדיף תיקים אחרים, חלשים יותר, שחשיבותם פחותה מסיבה אחרת. ככל שהמשטרה והתביעה מרחיבות את הטיפול בתיקים החלשים יותר, כן גדל החשש להרשעת חפים. התוצאה היא שלא זו בלבד שההכרה בזכות אינה צפויה לצמצם את ההרשעות המוטעות, היא אף עלולה להגדיל את מספרן.

בדומה לכך, אי אפשר להצדיק זכות זו בחשש שחפים יודו בלחץ החקירה אם לא יתאפשר להם לשתוק. אמנם החשש מהודאת שווא בחקירה משטרית הוא רב, כפי שמראים המחקרים הרבים שחשפו הרשעות מוטעות המתבססות על הודאות שווא כאלו.<sup>68</sup>

67 לפירוט האמצעים שהחוקרים לומדים לנקוט כדי לשכנע חשודים לוותר על זכות השתיקה ראו גלבו, לעיל הערה 62, בעמ' 165-166 (גלבו, מממליץ לחוקרים להימנע ממתן האזהרה בנוסח הרשמי שלה, כי נוסח זה מרתיע נחקרים וסוגר כל פתיחות אפשרית. כן הוא מציע דרכים "לרכך", כלשונו, חשוד המבקש להשתמש בזכות השתיקה, כדי לגרום לו לשתף פעולה). לשם ההשוואה, בעניין *Miranda* נקבעה חובת המשטרה להודיע לחשוד על זכותו החוקתית שלא להשיב לשאלות חוקריו (זכות השתיקה), ושאם ישיב עלולות תשובותיו לשמש ראיה נגדו, ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה ולדרוש את נוכחותו בחקירה עצמה, וכן שהפרה של כללים אלה תביא לפסלות הראיה (ראו *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)), אולם מחקר שנערך לאחר מכן מראה כי בעקבות הכללים עברה המשטרה לחקירה פסיכולוגית מתוחכמת יותר, שעדיין מאפשרת הפעלת לחץ ומניעת זכויות מהחשוד ומובילה, בסופו של דבר, להרשעת שווא. ראו R.A. Leo, R.J. Ofshe, *Criminal law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88(2) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429, 440 (1998).

68 ראו למשל ממצאים של פרויקט החפות שחשף הרשעות מוטעות רבות. כרבע מהן הושגו בעקבות הודאת שווא. (2011), THE INNOCENCE PROJECT: UNDERSTAND THE CAUSES, available at: [www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php](http://www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php). לסקירת מחקרים רבים נוספים המראים את הסכנה שבהודאות שווא ראו בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245, 251 (2005). להמלצות (שהתקבלו) לשינוי הדין בישראל בעקבות החשש מהודאות שווא ראו דין

אכן, החקירה המשטרית היא לא אחת חווייה קשה ומאיימת ולעתים היא מצליחה לגרום גם לחפים להודות בעברה שלא ביצעו.<sup>69</sup> אולם אין יסוד להנחה שדווקא החפים מצליחים לשמור על זכות השתיקה, ואילו האשמים בוחרים למסור גרסתם. נהפוך הוא, סביר להניח שחפים המאמינים כי גרסתם תסייע להפריך את ההאשמות נגדם בוחרים שלא לנצל את הזכות. לאחר חקירה מתישה חלקם נשברים ומוסרים את הגרסה שמצפים מהם. מנגד, דווקא אותם חשודים המצליחים לעמוד בלחץ השוטרים למסור גרסה, מפגינים יכולת להתמודד עם הקשיים הכרוכים בחקירה. הסבירות שדווקא הם ימסרו הודאות שווא אם זכות השתיקה לא תוענק להם קטנה. התוצאה היא שהזכות מגנה בעיקר על חשודים המסוגלים להתמודד על לחצי החקירה, ובשל המשאבים המוגבלים פוגעת בחשודים המתקשים להתמודד עם לחצים אלו, ובהם חפים שמוסרים הודאות שווא. לפיכך הסיכוי של האחרונים לעמוד לדין, ומכאן סיכויי הרשעתם, גדלים. התוצאה היא כי בשיטת משפט עמוסה, כאשר תובעים בוחרים רק חלק מהתיקים המובאים אליהם בשל העומס, זכות השתיקה עשויה לפגוע בחשודים חלשים.

מנגד, דווקא נוכחות של עורך דין בחקירה עשויה להוביל לתוצאה הפוכה. אשר לחשודים חזקים, אשר גם בלא עורך דין יודעים לכלכל צעדיהם בחקירה, נוכחות עורך הדין לא תשפיע הרבה על חקירתם. אולם אשר לנאשמים חלשים יותר, המתקשים לכלכל צעדיהם בחקירה בשל בורות או קושי לעמוד בלחצי החקירה, הם יפיקו יותר מנוכחות סנגור בחקירתם. הסנגור יוכל למנוע מהחוקרים לנצל שיטות חקירה פסולות ולהקטין את יכולתם לעורר חרדה בלקוחם או לגרור אותו לאמירת שקרים.<sup>70</sup> לפיכך נוכחותו של עורך דין עשויה להקשות על המשטרה לאסוף ראיות נגד חשודים חלשים.<sup>71</sup> לכך השפעה

וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994).

69 לדוגמה, גלבוץ ממליץ בספרו לחוקרים כיצד להשתמש בשיטת "החוקר הטוב והחוקר הרע" כדי ליצור חרדה בקרב הנחקרים ותחושות של עמימות ואמביוולנטיות העשויות "להביאם לידי שיתוף פעולה עם החוקר". גלבוץ, לעיל הערה 62, בעמ' 122.

70 להסתמכות הרחבה של חוקרים על מצבי ריגוש של נחקרים, על יצירת חרדה בקרב נחקרים, על ניסיונות להעלים את ההשלכות המשפטיות של העדות וכיו"ב ראו בהרחבה אצל גלבוץ, לעיל הערה 62.

71 לאחרונה הנחה בית המשפט העליון את המשטרה להודיע לנחקרים נוסף על הודעה על זכותם להיוועץ בסנגור, גם על זכותם לבקש כי ימונה להם סנגור ציבורי לצורך ההיוועצות. זו דוגמה להרחבה (מוגבלת בהיקפה) של זכות ההיוועצות בחקירה, העשויה להיטיב עם נאשמים חלשים, ובכך לצמצם את פער העלויות בעת ביסוס תיקים נגד נאשמים אלו לבין ביסוס התיקים נגד חשודים מבוססים יותר, היכולים לשכור סנגור פרטי. ראו ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010). להיקף הזכות להיוועץ בעורך דין לפני חקירה ראו גם ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2009).

חלוקתית הפוכה מזו שתוארה לעיל, בעניין זכות השתיקה. הקושי להרשיע את החשודים החלשים יוביל לסגירת תיקים רבים יותר נגד חשודים אלו ולהפיכת התיקים נגד החשודים החזקים יותר, שלא הושפעו רבות מהזכות, לאטרקטיביים יותר באופן יחסי. ככל שהמטרה היא להגן על החשוד מפני כוחה העודף של המשטרה, הגבלה נרחבת של זכות השתיקה והרחבה רבה של זכות הנחקר להיוועץ בעורך דין בחקירתו יוכלו להשיג תוצאה זו.

### 3. דיני מעצרים

אף על פי שגם למעצרים לפני הגשת כתב אישום השפעה רבה על ההליך הפלילי, בחלק זה אציג סוגיות העולות מן הניתוח הכלכלי של המעצר לאחר הגשת כתב אישום – המעצר עד תום ההליכים.

דיני המעצרים עברו שינויים גדולים, בעיקר בשנות התשעים של המאה הקודמת. ביטול עילת המעצר של "חומרת העברה" בהלכת גנימאת,<sup>72</sup> הגבלת עילת המסוכנות לפגיעות בביטחון הציבור (במקום בשלום הציבור) באופן שצמצם את סמכות המעצר בעברות רכוש<sup>73</sup> וקיצור תקופות המעצר עד לביקורת שיפוטית – כל אלה חייבו צמצום בשימוש במעצרים. מנגד, שינוי ביחס הציבור והמשטרה לסוגי עברות שונים, כגון עברות מין ועברות אלימות במשפחה, הוביל לגידול רב במספר המעצרים בעברות אלו.<sup>74</sup> התפתחויות אלו הביאו לשינוי רב בתמהיל החשדות והאשמות המובילים למעצר. לעומת השיח המשפטי, המתרכז בכמות המעצרים (אשר בניגוד לציפיות גדלה בקצב הולך וגובר לאחר חקיקת חוק המעצרים)<sup>75</sup> ובהשלכות הישירות של המעצר על העצור, ניתוח כלכלי, הבוחן את השפעות המעצר על התמריצים של התביעה וההגנה, חושף את ההשפעה החלוקתית של דיני המעצרים. דיני המעצרים משפיעים על ההחלטה של התביעה נגד אילו חשודים להגיש כתבי אישום, על כוח המיקוח של הצדדים בהסדר טיעון ועל תמהיל הנאשמים המורשעים וחלוקת העונשים בין קבוצות נאשמים שונות. השפעות אלו של המעצר ינותחו בחלק זה.

72 ד"נ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 609 (1995) (להלן – עניין גנימאת).

73 סעיף 23(א)(4) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

74 בין השנים 1997 ו-2002 קפץ מספר המעצרים בגין עברות בין בני זוג ב-280% מ-1,648 ל-4,573 מעצרים בשנה. יש להדגיש שהעלייה בסך המעצרים בשנים אלה לא הייתה דרסטית כל כך: בשנת 1997 בוצעו 31,976 מעצרים, ולעומתה, בשנת 2002 בוצעו 44,103 מעצרים, היינו עלייה של 130% בלבד. ראו שנתון סטטיסטי משטרת ישראל (2002), זמין בכתובת: [www.police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pschia2002.pdf](http://www.police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pschia2002.pdf) (להלן – שנתון משטרת ישראל 2002).

75 למעט ירידה בשיעור המעצרים מיד לאחר כניסת החוק, בשנת 1997, גדל מאז כניסת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) שיעור המעצרים בעקיבות. ראה שם, בעמ' 23.

המעצר הפלילי נועד להבטיח את "קיומו התקין של ההליך הפלילי ושמירה על שלום הציבור".<sup>76</sup> המעצר הוא רק הליך ביניים, אשר אינו משליך על ההכרעה אם הנאשם יורשע או יזוכה. כיוון שכך, לצורך מעצר די להראות כי יש חשד סביר (לפני הגשת כתב אישום) או ראיות לכאורה (אחרי הגשת כתב אישום), ואין צורך להוכיח כי הנאשם ביצע את העברה מעבר לספק סביר.<sup>77</sup> כמו כן שיקולים רבים שאינם רלוונטיים כלל לשלב הענישה משפיעים על ההכרעה בדבר המעצר. למשל, החשש כי הנאשם ימלט מן הדין או ישבש הליכים מקים עילת מעצר אף שאין בו כדי להשפיע על הענישה לאחר תום ההליך. בדומה לכך, מסוכנותו של הנאשם רלוונטית בשלב המעצר הרבה יותר מאשר בשלב גזירת הדין.<sup>78</sup> זאת ועוד, יכולתו של הנאשם להראות כי קיימת חלופה למעצר שתשיג את מטרתו, משפיעה גם היא על הסיכוי שיעצר. לפיכך הקשר בין ההחלטה על המעצר לבין הסיכוי שאדם אשם או לבין חומרת העונש שראוי להטיל עליו רופף מאוד.

מעצרו של אדם כשאשמתו עדיין לא הוכחה מעורר קושי גדול.<sup>79</sup> הקושי גדול עוד יותר נוכח עילות המעצר אשר מטבען מפלות בין נאשמים על רקע סוג העברות, יכולתם הכלכלית וקשריהם בקהילה. הסיכוי למעצר חשוד בעברת סמים גדול מהסיכוי למעצרו של חשוד בעברת מרמה גם אם בשל נסיבותיה עברת המרמה חמורה יותר. בדומה לכך הסיכוי של בעל ממון וקשרים בקהילה להראות לבית המשפט כי קיימת חלופה אפקטיבית למעצרו גדול מהסיכוי של חסר דיוור שביצע עברה דומה. במילים אחרות, הסיכוי למעצר של נאשמים עניים וחלשים גדול יותר.

למרות קשיים אלו מתקבלים דיני המעצרים במידה רבה בשוויון נפש. אמנם רבים מבקרים את הפגיעה באדם אשר עדיין מוחזק חף מפשע,<sup>80</sup> אך בהתבוננות ראליסטית יותר מניחים כי אין להפריז בפגיעה הנגרמת מדיני המעצר. כמעט כל הנאשמים שנעצרים עד תום ההליכים מורשעים בסופו של יום, וככלל בתי המשפט מפחיתים את תקופת המעצר

76 בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 145 (1996) (להלן – עניין זאדה).

77 שם.

78 אמנם אחת ממטרות הענישה היא הגבלת יכולתו של העבריין לבצע עברות נוספות (ראו סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2011). כליאתו מרחיקה אותו מהציבור ומסייעת בהשגת מטרה זו (אם כי לעתים עברות נעברות גם בין כותלי הכלא). אולם מטרה זו אינה המטרה העיקרית בענישה. על פי הדין כיום ההלימה היא השיקול המרכזי הקובע את רמת הענישה – (ראו סעיף 40ב לחוק העונשין) – וההשפעה של שיקול ההרחקה מן הציבור היא מוגבלת, ומותרת רק כל עוד איננה גורמת להחמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם. מנגד, בדיני מעצרים הצורך למנוע מסוכנות הוא עילה מרכזית בהחלטה אם לעצור אדם.

79 רינת קיטאי-סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין (2011).

80 שם, בעמ' 29.

מתקופת המאסר המוטלת עליהם. לפיכך אפשר לטעון כי רק במקרים נדירים המעצר הממושך באמת מוטל על אדם שאינו מורשע לאחר מכן. הדרישה כי יוצגו ראיות לכאורה למעצר מבטיחה שתיקים שבהם ההרשעה אינה סבירה, הנאשם ישוחרר (בערובה או בלעדיה). העצורים המעטים המזוכים בתום ההליך אכן סובלים פגיעה קשה בחירות, פגיעה שהמערכת נדרשת להתמודד עמה, אולם מבחינת מרבית הנאשמים המעצר אינו משפיע הרבה על תוצאת ההליך.

ניתוח זה שגוי. השפעת דיני המעצר אינה מוגבלת לשלב הביניים. למעצר השפעה גדולה על תוצאת ההליך. ראשית, למעצר השפעה גדולה על העונש המוטל בסוף ההליך. פעמים רבות נאשם משוחרר יצליח לשכנע את בית המשפט לאחר הרשעתו שעונש מאסר בשלב זה יפגע בו מעבר למידה. מנגד, נאשם עצור שהורשע יידון כמעט תמיד לתקופת מעצר ארוכה מתקופת מעצרו או שווה לה. זאת מכיוון שלשופטים קל יותר להטיל עונשי מאסר על אנשים אשר כבר מצויים במעצר, אך הם נרתעים מהטלת עונשים שאינם כוללים מאסר על אותם נאשמים, מתוך חשש שהחלטה כזו תפגע בלגיטימיות המוסרית של תקופת המעצר. זאת ועוד, התועלת שיש לנאשמים עצורים מהשקעת מאמצים בטענות נגד עונש מאסר קטנה, מכיוון שבלאו הכי תקופת מעצרום תקוּזוּ מכל עונש מאסר שיוטל. בנוסף, נאשם משוחרר יכול להעלות טענות לקולה שאינן עומדות לנאשם עצור, ובהן הטענה בדבר חלוף הזמן מאז ביצוע העברה ועינוי הדין הכרוך בה, אורח חייו הנורמטיבי מאז תחילת ההליכים ועוד.<sup>81</sup>

ואכן, נאשמים עצורים נידונים לעונשים כבדים בהרבה מאלה שנאשמים בעברות דומות שאינם עצורים נידונים להם.<sup>82</sup> למשל, במחקר של קרמניצר וחסין, שבחן את המשתנים המשפיעים על ההחלטה לדון אדם שנאשם בפריצה או התפרצות ראשונה לעונש מאסר בפועל, נמצא כי המשתנה אשר משפיע יותר מכל משתנה אחר הוא מעצרו של הנאשם טרם המשפט.<sup>83</sup>

דוגמה אחרת להשפעת המעצרים על רמת הענישה אפשר למצוא בעברות לפי חוק הכניסה לישראל.<sup>84</sup> חוק זה קובע כי כניסה לישראל ושהייה בה שלא כדין היא עברה שדינה שנת מאסר אחת, ואילו הלנה, העסקה והסעה של אדם השווהה שלא כדין בישראל היא

81 שם, בפרק המבוא.

82 ראו למשל William M. Landes, *Legality and Reality: Some Evidence on Criminal Procedure*, 3 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 287, 335-334 (1974).

83 יעל חסין, מרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב(3) 533, 558 (1993).

84 סעיפים 12 ו-12א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111.

עברה חמורה יותר, ודינה שנתיים מאסר.<sup>85</sup> גם בית המשפט העליון הבהיר כי העברה של שהייה בלתי חוקית קלה מהעברה של העסקה, הלנה והסעה של שוהים שלא כדין (להלן: שב"חיים). זאת מאחר שהמסייע לשוהה בלתי חוקי הוא בבחינת "חוטא ומחטיא",<sup>86</sup> ומכיוון שאלו המלינים, מעסיקים ומסייעים שב"חיים הם "על פי רוב ישראלים העוברים על החוק לשם בצע כסף, ולא למען פת לחם".<sup>87</sup> היה אפשר לצפות כי המורשעים בעברה הקלה יותר יידונו לעונשים קלים יותר.

ניתוח של חומרת הענישה מציג תמונה שונה: את העברה הראשונה מבצעים לרוב תושבי השטחים אשר נכנסים לישראל שלא כדין. כיוון שהחשש מהימלטות של נאשמים אלו גדול, רובם ככולם נעצרים עד תום ההליכים בעניינם. מנגד אזרחי ישראל המבצעים עברה לפי סעיף 12א לרוב אינם נעצרים עד תום ההליכים, כי החשש שיימלטו מן הדין אינו גדול. השוני במדיניות המעצרים מוביל גם לשוני בתוצאה. רובם המכריע של השוהים שלא כדין בישראל, אשר כאמור מבצעים עברה קלה יותר על פי גישת המחוקק ובית המשפט, נדונים למאסר בפועל.<sup>88</sup> לעומתם, המסייעים להם בקרב תושבי ישראל, המבצעים עברה חמורה יותר לפי גישת המחוקק, נדונים לעונשים קלים יותר. רק כ-15% מהמורשעים בעברות לפי סעיף 12א לחוק לאחר שנת 2006 נדונו למאסר בפועל, 20% נוספים נדונו לעבודות שירות, והיתר – לעונשי מאסר על תנאי בלבד.<sup>89</sup> גם בבית המשפט העליון, אשר

85 ש.ם.

86 רע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל, פסקה ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2009) (להלן – עניין פראגין).

87 ש.ם, פסקה יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ראו גם פסקה 9 לפסק דינו של השופט דנציגר.

88 בדיקה במאגר נבו ענישה של כל גזרי הדין בעברה לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, ועברה זו בלבד, מיום 1.1.2007 ואילך העלתה 1,321 גזרי דין, ומתוכם 1,141 (83%) כללו מאסר בפועל. מעניין לציין כי בדיקה מדגמית של גזרי הדין שבהם לא ניתן עונש מאסר בפועל מראה כי ברבים מהם החליט השופט לדחות הפעלת מאסר על תנאי בר הפעלה שהיה נגד הנאשם, החלטה שאפשר לקבל רק אם אין מוטל על הנאשם עונש מאסר בפועל. הבדיקה נערכה ביום 24.12.2010.

89 בדיקת דומה כאמור בהערה לעיל של גזרי דין בעברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל העלתה 363 גזרי דין, ומתוכם רק 42 (12%) כללו מאסר בפועל, ועוד 126 (35%) כללו עבודות שירות. 197 הנותרים (54%) לא כללו עונש מאסר או עבודות שירות. נתונים אלו מהמאגר תואמים גם נתונים מלאים יותר המבוססים על מאגרי הרישום המשטרתיים ותיקי בתי המשפט. ראו אורן גזל-אייל, רות קנאי הצעה לקביעת עונשי מוצא - שיטה וישום (מחקר בהזמנת משרד המשפטים המציע עונשי מוצא לעברות פליליות), פורסם באתר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2010-01-H11-data/material/committees/heb/www.knesset.gov.il) ובטקסט לה (כ-15% מהמורשעים 2010\_17-30-27\_kanay-gezel-sofi!!!.pdf בהערה 23 ובטקסט לה (כ-15% מהמורשעים

כאמור הבהיר כי העברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל חמורה יותר, נדונו כל תושבי השטחים שנכנסו לישראל שלא כדין לעונשי מאסר, ואילו ישראלים שסייעו לתושבי השטחים נדונו לא אחת לעונשים קלים יותר.<sup>90</sup> מחקרים רבים בעולם הראו כי המעצר איננו משפיע רק על סוג העונש שמוטל על הנאשם אלא גם על משכו. נאשמים העצורים עד לתום ההליכים נגדם נדונים למאסר לתקופות ממושכות יותר.<sup>91</sup> אולם המעצר אינו משפיע רק על העונש. הוא משפיע גם על עצם הסיכוי להרשעה. לעצור קשה יותר להתייעץ עם עורך דין, להתכונן לניהול התיק, לאסוף ראיות ועוד.<sup>92</sup> כל אלו מגדילים מאוד את עלות ניהול ההליך שעליו לשאת בה. חשוב מכך, המעצר מקטין מאוד את התועלת שנאשם מפיק מכל ניסיון להתמודד עם ראיות התביעה. בשביל נאשם במעצר התועלת מזיכוי קטנה בהרבה, שכן זיכוי שיושג לאחר הליך ראייתי ממושך לא יחסוך לו את הישיבה מאחורי סורג ובריח. הדבר בולט בייחוד בעברות קלות יחסית, כשתקופת המעצר הופכת לחלק גדול מעונש המאסר המוטל בתום ההליך. אולם גם בעברות חמורות יותר הרצון לא להיכנס לכלא, על ההשלכות החברתיות והאישיות העצומות שיש למעבר מחירות לכליאה, מעצים מאוד את נכונותו של הנאשם החופשי להשקיע בניסיון שלא לקבל עונש מאסר. מטעם זה גם המאמץ שנאשם במעצר מוכן להשקיע, הסיכון והמשאבים שבהם הוא מוכן לשאת קטנים בהרבה מאלו של נאשם משוחרר. גם מטעם זה סיכויי הזיכוי של נאשם משוחרר גדולים מאלו של נאשם במעצר. יצוין כי רק נאשמים מעטים, פחות מאחוז אחד, מזוכים בתום הליך פלילי מכל האישומים בעניינם, אולם כ-30% מהנאשמים בישראל מסיימים את ההליך הפלילי ללא הרשעה, לרוב מכיוון שהתביעה חזרה בה מכתב האישום או מכיוון שהנאשם אינו מופיע להליכים בעניינו.<sup>93</sup> חזרה בה של התביעה מאישומים נובעת פעמים רבות ממסקנתה שיקשה עליה להביא להרשעה, ולכן

בעברות לפי סעיף 12א לחוק לאחר שנת 2006 ועד שנת 2008 נדונו למאסר בפועל, 20% נוספים נדונו לעבודות שירות).

90 לדוגמה, בעניין פראג'ין, לעיל הערה 86, הקל בית המשפט העליון בעונשו של תושב השטחים שנדרן לשלושה חודשי מאסר בגין שהייה לא חוקית, אולם רק בדרך של קיצור תקופת המאסר ולא ביטולו. ולעומת זאת בעניין אבו-סאלם, שם נדונו כמה מורשעים בעברות של הסעה, הלנה והעסקה של שוהים בלתי חוקיים, הקל בית המשפט בעונשיהם של כל המערערים והמירם לעונשים של עבודות שירות, מאסר על תנאי וקנסות. ראו רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2005).

91 ראו Sam J Ervin, *Forward: Preventive Detention - A Step Backward for Criminal Justice*, 6 HARV. C. R. - C. L. L. REV. 291, 347-351, 366 (1971); Anne Rankin, *The Effect of Pretrial Detention*, 39 N. Y. U. L. REV. 641 (1964).

92 ראו בהרחבה אצל קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 79, בפרק המבוא.

93 ראו גול-אייל, גלון וויינשל-מרגל, לעיל הערה 22.



השפעת המעצר על ההחלטה של התביעה לחזור בה מאישומים דומה להשפעתו על הסיכוי לזיכוי.

כיוון שעצורים משקיעים בהתמודדות עם האישומים פחות משמשקיעים נאשמים שאינם עצורים, נכונותם להודות באישומים גדולה יותר. ואכן, למעצר יש השלכה על נכונות הנאשם להודות ועל כוח המיקוח שלו במשא ומתן להסדרי טיעון. פעמים רבות האינטרס העיקרי של עצור אינו דווקא בקיצור העונש אלא בקיצור תקופת המעצר. הודאה באשמה מסיימת את המעצר ומחליפה אותו לעתים בחירות מלאה – כאשר גזר הדין נבלע ברובו בתקופת המעצר – ולעתים במאסר שתנאי השהייה בו קשים פחות.<sup>94</sup> מנגד, ניהול הליך משפטי מלא עלול להותיר את הנאשם במעצר ממושך, אשר עלול להוביל לענישה מחמירה יותר.

לעומת נאשם עצור, נאשם שאינו עצור עשוי להפיק תועלת מניהול הליך ממושך. הימשכות ההליכים מרחיקה את מועד ההרשעה והעונש וקיימת אפשרות של שחיקת הראיות ושל עמעום זיכרון העדים, מה שעשוי להוביל לזיכוי מלא או חלקי. חשוב לא פחות, חלוף הזמן בין מועד ביצוע העברה לגזר הדין הוא שיקול נפוץ לקולה בפסיקת בית המשפט, ובהקלה זו זוכים רק נאשמים שהיו משוחררים בעת ההליכים. בשל כל אלו האינטרס של נאשם במעצר להודות גדול בהרבה משל נאשם משוחרר, ולכן כוח המיקוח של הראשון בהסדר טיעון קטן בהרבה. התוצאה היא שנאשמים במעצר יסכימו להסדרי טיעון מכבידים הרבה יותר מההסדרים שלהם יסכימו נאשמים בעברה דומה שאינם במעצר. זאת ועוד, לקושי היחסי בניהול הליכים נגד נאשמים משוחררים יש השלכה גם על מדיניות בחירת התיקים של התביעה. כיוון שקל יותר להרשיע נאשמים במעצר, כיוון שהודאות באשמה של האחרונים ניתנות ביתר קלות, וכיוון שהעונשים המושגים בתיקים של נאשמים עצורים כבדים יותר, התביעה מעדיפה לנצל את משאביה המוגבלים לטיפול בתיקים שבהם הנאשמים צפויים להיעצר עד תום ההליכים על חשבון תיקים שבהם מעצר כזה אינו צפוי. ניהול תיק נגד נאשמים במעצר מקל על התביעה מטעמים נוספים: כשהנאשם במעצר ההליך מתנהל במהירות, ולכן העדים זמינים יותר, וזיכרוןם טרי יותר. כמו כן כשהנאשם נמצא במעצר אין חובה לאפשר לו שימוע, אשר מסרב ומייקר לתביעה את ההליך.<sup>95</sup>

התוצאה היא שתיקים שבהם התביעה צופה שהנאשם ייעצר עד תום ההליכים יזכו אצלה לעדיפות וידחקו תיקים שבהם אין צפויה החלטת מעצר לסוף התור, לעתים עד

94 ש.ם.

95 סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] מעניק לנאשם בעברת פשע את הזכות ליידוע על העברת חומר החקירה לתובע (אפילו לא על ההחלטה להעמיד לדין), ומאפשר לו לפנות בכתב לרשות התביעה בבקשה להימנע מהגשת כתב אישום.

לסגירתם. ואכן, דוחות ביקורת רבים מלמדים על קיומם של תיקי חשודים שאינם עצורים – ולא אחת מדובר בתיקים חמורים במיוחד – הממתינים שנים להכרעה בפרקליטות להעמדה לדין, ופעמים רבות נסגרים בסוף ההליך בשל חלוף הזמן.<sup>96</sup> במקרים אחרים התמשכות ההליכים והקושי לנהל את התיקים שנדחו בשל שחרור הנאשם יובילו את התביעה להציע הסדרי טיעון מקלים לאותם נאשמים. נוכח המשאבים המוגבלים של התביעה מעצר של נאשמים מסוימים מוביל גם להחמרה בדינם, אך גם להקלה בדינם של נאשמים אחרים שאינם נעצרים, כיוון שהעדיפות הניתנת לתיקי המעצר דוחקת את תיקי המשוחררים ומובילה את התביעה לוותר עליהם במקרים רבים יותר ולהתפשר עמם יותר בהסדרי טיעון. אילו היו הסיכוי למעצר ומשכו תלויים ישירות בסיכויים להרשעה ובחומרת העברה, היה הקושי שיוצרים דיני המעצרים מוגבל. במקרה כזה רק נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים ושהעברה שביצעו חמורה היו נעצרים, וחומרת העונש שהיה מוטל עליהם הייתה משקפת את חומרת העברה שבה הם הורשעו. אולם דיני המעצרים אינם מבוססים רק על שיקולים אלו.

הרף הראייתי הדרוש למעצר עד תום ההליכים הוא ראיות לכאורה.<sup>97</sup> רף זה פורש בפסיקה כמתקיים בכל מקרה שבו יש סיכוי סביר להרשעה. סיכוי כזה מתקיים למשל כאשר הראיות מבוססות על ראיות נסיבותיות אשר אפשר להסבירן גם בדרך השוללת אשמה.<sup>98</sup> הוא קיים גם כאשר הראיות כוללות עדות אחת מרשיעה ואחרת מזכה, אף אם אין סיבה אפריורית להעדיף את הראשונה מהשנייה. מטעם זה הרף הראייתי מאפשר לעצור נאשמים גם אם הסיכוי שיוזכו גדול מהסיכוי שיורשעו.

גם עילות המעצר אינן קשורות ישירות לחומרת העברה. אמנם החוק קובע חזקת מסוכנות בכמה וכמה עברות חמורות, אולם קיימות עברות חמורות שאינן מקימות עילת מעצר. לכן נאשמים בעברות המקימות חזקת מסוכנות צפויים למעצר יותר מנאשמים

96 בספטמבר 2008 המתינו בפרקליטות 8,000 תיקים לטיפול, ומתוכם 500 המתינו למעלה משלוש שנים, ועוד 700 המתינו כשנתיים מיום העברתם מהמשטרה. כ-80% מהתיקים שהמתינו זמן רב לא טופלו תקופה ממושכת, ובהם תיקי רצח, הריגה, אלימות במשפחה, עברות מין, הונאה ומרמה והפרת אמונים. ראו מבקר המדינה "דוחות ביקורות של האגף לתפקידים מיוחדים" בעמ' 41-58 (3.1.2011). לנתונים דומים משנים קודמות על העיכובים בטיפול בתיקים שבהם החשוד הוא הנאשם אינו עצור והשלכותיהם ראו אורן גזל-אייל ענישה בהסכמה: חלופות להליכי משפט בפלילים 43-72 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002). העבודה פורסמה גם בכתובת הזאת: [weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Pages/6\\_proc\\_alt.pdf](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Pages/6_proc_alt.pdf).

97 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

98 עניין זאדה, לעיל הערה 76, בעמ' 147.

בעברות אחרות אף אם העברות האחרות חמורות יותר.<sup>99</sup> כפי שהוצג לעיל, בעקבות המעצר הסיכוי שאותם עצורים יועמדו לדין, הסיכוי שיורשעו והסיכוי שייענשו בחומרה – גדול יותר בלי קשר לחומרת מעשיהם. בדומה לכך, נאשמים המסוגלים להפריך את חזקת המסוכנות או להציג חלופה שתנטרל את מסוכנותם נהנים גם הם על חשבון הנאשמים שאינם מצליחים לעשות זאת, כשמשאבי התביעה והמשפט מופנים מהם אל עבר הנאשמים העצורים. מטעם זה השפעת המעצר על סיכויי ההרשעה והעונש אינה תלויה בחומרת העברות של העצורים או בסיכוי שהם אשמים.

כיוון שהסיכוי שיוגש כתב אישום, הסיכוי שתושג ההרשעה וחומרת העונש גדלים מאוד כאשר נאשמים מצויים במעצר, שינוי בדיני המעצרים ובמדיניות השימוש במעצרים ישפיע על זהות הנאשמים שיורשעו ועל העונשים שיוטלו עליהם. לדוגמה, בשנות התשעים של המאה הקודמת התרחשו כמה שינויים בדיני המעצרים: מחד עילת המעצר בשל "חומרת העברה" בוטלה,<sup>100</sup> ועילת המעצר בשל חשש לפגיעה בשלום הציבור צומצמה למקרים שבהם החשש הוא לפגיעה בביטחון הציבור.<sup>101</sup> שינויים אלו השפיעו בעיקר על שיעור המעצרים בעברות שאינן עברות אלימות, כגון עברות רכוש ומרמה. מאידך עקב שינוי ביחסם של בתי המשפט והמשטרה לעברות אלימות במשפחה ולעברות מין, גדל מאוד מספר המעצרים בעברות אלו.<sup>102</sup> תוצאה צפויה של שינויים אלו, אשר לא הובאה בחשבון

99 לדוגמה, עברות שוחד לפי סעיפים 290-291 לחוק העונשין, או עברת הריגה שלא בוצעה באלימות או באכזריות (כגון הריגה בתאונת דרכים) אינן מקימות חזקת מסוכנות אף כי הן לרוב חמורות מעברות סמים מסוימות, כגון מכירה של כמות קטנה של חשיש, המקימות חזקת מסוכנות. ראו סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכות אכיפה – מעצרים).

100 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים); להתפתחות הדין לפני חקיקת חוק המעצרים ראו עניין גנימאת, לעיל הערה 72, בעמ' 609-612.

101 סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).

102 בין השנים 1995 ו-1997 היה מספר המעצרים בגין עברות אלימות במשפחה כ-1,650 מעצרים מדי שנה, בלא שינוי ניכר משנה לשנה. בשנת 1998 הכפיל עצמו מספר זה והגיע ל-3,100, ובשנה העוקבת, 1999, עלה המספר ל-4,000. שנתון סטטיסטי, משטרת ישראל (1999), זמין בכתובת: [police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pshia1999.pdf](http://police.gov.il/mehozot/agafTichnon/Documents/pshia1999.pdf). מספר המעצרים בעברות אלו המשיך לעלות עלייה מתונה גם בשנים שלאחר מכן. ראו שנתון משטרת ישראל 2002, לעיל הערה 74, בעמ' 9. יצוין כי אי אפשר לייחס את הגידול העצום במספר המעצרים לשינוי במספר העברות שדווחו, שכן מספר הדיווחים על עברות אלימות במשפחה דווקא הלך וקטן בעקבות יחסית באותה תקופה, בירדו מ-61,000 תיקים בשנה בשנים 1997-1998 עד ל-55,000 בשנת 2002. ראו שם. עוד יצוין כי מספרים אלו אמנם מתייחסים למעצרים שביצעה המשטרה ולא למעצרים עד תום ההליכים, כיוון שאין בדוחות המשטרה נתונים על מעצרים עד תום ההליכים לפי עברות. עם זאת בדרך כלל קיים קשר חיובי בין מספר המעצרים המשטרתיים למספר המעצרים עד תום ההליכים. אינדיקציה נוספת לגידול במעצרים בעברות אלו היא בגידול הרב במספר המעצרים עד תום ההליכים באותן שנים, מספר שכמעט הכפיל עצמו בין 1997 לשנת 2001 (מ-2,800 ל-4,800 מעצרים עד תום ההליכים). ראה שם, בעמ' 23. זאת למרות כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) בשנת

עם קביעתם, הייתה הקלה ביכולת להרשיע נאשמים בעברות אלימות במשפחה ובעברות מין והחמרה בעונשיהם בד בבד עם הגברת הקשיים להרשיע נאשמים בעברות אחרות, כגון עברות מרמה, והקלה בעונשים הצפויים להם.

מסקנה נוספת מניתוח זה של דיני המעצרים היא שדינים אלו מחמירים את מצבם של נאשמים עניים יותר וחלשים יותר מאחרים. השינויים בדיני המעצרים מאמצע שנות התשעים הגבירו תופעה חלוקתית שלילית זו. עד לאמצע שנות התשעים התמקדו דיני המעצר בעברה. חומרת העברה כשלעצמה הייתה עילת מעצר מרכזית.<sup>103</sup> מאז הסיטו שינויים בפסיקה ובחקיקה, שהמרכזי שבהם היה חקיקת חוק המעצרים, את עיקר העיסוק מהעברה לעבריינין. אם בעבר חומרת העברה הייתה מחייבת מעצר ושוללת שחרור בערובה, כעת גם נאשמים בעברות חמורות ואף בעברות המסכנות את שלום הציבור יכולים להשתחרר אם יציגו חלופה למעצר שתנטרל את מסוכנותם או את החשש מהימלטות.<sup>104</sup> אנשים שקשריהם בקהילה חזקים יותר או אנשים המבוססים כלכלית יכולים להציג חלופות למעצר הכוללות ערובות ופיקוח מתאימים, ולהשתחרר. מנגד, ההשפעה של ביטול העילה של חומרת העברה על נאשמים מוחלשים יותר, שקשריהם בקהילה ויכולותיהם הכלכליות מוגבלים יותר, מצומצמת בהרבה. כשהם נאשמים בעברות חמורות, הם יתקשו להציג חלופה שתוכל להגשים את תכלית המעצר. התוצאה היא שנאשמים חזקים ובעלי ממון ישתחררו, ואילו נאשמים בעברות דומות שאינם בעלי קשרים חזקים עם הקהילה ואינם בעלי ממון ייעצרו. כיוון שהמעצר מקטין את הסיכוי שהתביעה תסגור את התיק או תחזור בה מהאישומים, מגדיל את הסיכוי שהנאשם יודה, מגדיל את הסיכוי שהוא יורשע אם הוא לא יודה, מחליש את כוחו של הנאשם בהסדר טיעון ומוביל לענישה מחמירה יותר, השינוי בדיני מעצרים מיטיב עם נאשמים עשירים וחזקים.

כמו כן כיוון שהתביעה נותנת עדיפות לתיקי מעצר ומרכזת בתיקים אלו חלק גדול ממשאביה המוגבלים, צמצום המעצרים של נאשמים חזקים ועשירים יותר מוביל לריכוז מאמצים ביתר הנאשמים, העניים והחלשים יותר, אשר בשל מעצרים קל יותר להרשיעם. לכן צמצום המעצרים בתיקים של הנאשמים בעלי האמצעים והקשרים בקהילה פוגע בסיכוייהם של נאשמים מקבוצות מוחלשות. דוגמה לכך אפשר לראות בנתונים שהובאו לעיל על

1997, ואף על פי שבשנים שקדמו לשנה זו מספר המעצרים לא עלה (משנת 1994 ועד שנת 1997 מספר המעצרים עד תום ההליכים היה בין 2,800 ל-2,900 מעצרים בשנה בארבע השנים שקדמו לחקיקת החוק).

103 חיה זנדרבג "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?" משפטים לא (2) 326, 323 (2000).

104 בית המשפט אפילו קיבל בקשה של נאשם בעברה חמורה לממן לעצמו מאבטחים בשכר שיפקחו על צעדיו, כחלופה למעצר. ראו למשל בש"פ 1811/06 מדינת ישראל נ' מולנר (פורסם בנבו, 2.3.2006).

ההחמרה בדינם של שוהים שלא כדין (תושבי השטחים) לעומת ההקלה שלה זוכים המסייעים להם (תושבי ישראל).<sup>105</sup> המשפט נוטה להתעלם מהשפעות חלוקתיות אלו של דיני המעצרים.

חמור במיוחד מצבם של נאשמים אשר תקופת מעצרו מתקרבת לתקופת המאסר הצפויה להם אם יורשעו. פעמים רבות נאשמים נדונים לעונשי מאסר שמשכם קרוב לתקופת המעצר. ברוב המקרים של המקרים הללו הנאשמים מודים, ובכך מקצרים את תקופת המעצר, אך לא היו כופרים בעברות והיו מנהלים הליך ראייתי, היה המעצר ארוך מהעונש שהוטל עליהם בעקבות הודאתם. בסיטואציה כזו נאשמים עשויים להעדיף להודות בלי קשר לסיכויי ההרשעה. במילים אחרות, אפילו הנאשם מאמין כי הסיכוי שהוא יזוכה גדול יחסית (ובמקרים קיצוניים, אפילו אם הוא משוכנע לחלוטין בזיכוי), הוא עשוי להעדיף להודות כדי לקצר את משך המעצר. במקרים אלו ההודאה והסדר הטעון אינם נערכים בצל העונש הצפוי לאחר משפט אלא בצל העונש הכרוך בניהול ההליך.<sup>106</sup> כיוון שאין מתאם מלא בין הסבל מהמעצר לבין סיכויי ההרשעה או חומרת העונש הצפוי, הודאות שתוצאתן שחוררו הקרוב של הנאשם ממעצר אינן משקפות את התוצאות הצפויות של ההליך הפלילי. מטעם זה מהימנותן של הודאות אלו נמוכה יותר.

גם החשש מפני העברת השליטה על העונש לתביעה גדול יותר במקרים אלו. כאמור לעיל, בהסדרי טיעון התביעה בדרך כלל מוגבלת בעונשים שהיא מציעה, שכן הנאשמים לא יסכימו לעונשים הכבדים מאלו הצפויים להם במשפט, והם אף ידרשו הפחתה המתחשבת בסיכויים לזיכוי. עם זאת כאשר תקופת המעצר ממושכת ביחס לחומרת העברה, התובעת יכולה פעמים רבות להשיג הסכמה לעונשים כבדים, אפילו מאלו שהיו צפויים לנאשם אילו היה משתחרר ממעצר, כופר באשמה ומורשע לאחר שמיעת ראיות. התוצאה היא כי התובעת שולטת בחומרת העונש שליטה כמעט מלאה, וביכולתה להחמיר או להקל עם הנאשם כראות עיניה שלא בצלו של גזר הדין הצפוי במשפט (ולכן בלא כפיפות לרמת הענישה הנוהגת בפסיקה).

פתרון מסוים שהוצא לקושי זה הוא פיצוי הנאשם. פיצוי מלא של נאשם שזוכה או נאשם שנדון לתקופת מאסר הקצרה מתקופת מעצרו היה יכול לצמצם מאוד את נזקי המעצר, ולכן לצמצם את התמריצים השליליים שיוצר המעצר לתביעה ולנאשם.<sup>107</sup> פיצוי שהמדינה הייתה משלמת היה עשוי גם לסייע לה להפנים את הנזקים שבמעצר המוטעה ולפעול לצמצום המעצרים בתיקים חלשים ראייתית או במקרים שבהם המעצר ממושך מדי.

105 ראו לעיל הערה 90 והטקסט ליד.

106 ראו MALCOLM M. FEELEY, THE PROCESS IS THE PUNISHMENT (1992)

107 Jeffrey Manns, *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*, 26

CARD. L. REV. 1947 (2005).

עם זאת גם כלל המחייב פיצוי מלא על מעצר של מי שזוכה או נדון לתקופת מאסר קצרה מתקופת מעצרו לא היה מונע לחלוטין את נזקי המעצר. ראשית מכיוון שחלק מהקושי של העצורים לנהל הגנה נובע מעצם היותם במעצר במהלך ההליכים בשל אי-יכולתם לתקשר בחופשיות עם עורך דינם וקרוביהם. עצורים עלולים אפוא להיות מורשעים בשל מעצמם, ולכן לא לזכות בפיצוי. שנית, בשל בעיית נציג צפוי קושי לגרום לתובעת להפנים את עלויות הפיצוי המוטלות על המדינה בהחלטותיה. שלישית, כפי שהראינו לעיל, שופטים נוטים להרשיע נאשמים במעצר בקלות רבה יותר ולהטיל עליהם עונשים כבדים יותר. מטעם זה במרבית המקרים המעצר הממושך יוצדק בדיעבד באמצעות הרשעה ועונש כבד, שישללו מהעצור את הזכות לפיצוי, ובכך יותירו בעינם את התמריצים של העצור להודות.

מכל מקום, הדין כיום מגביל עד מאוד את זכותו של נאשם לפיצוי בגין מעצרו. הפיצוי הקבוע בחוק בגין מעצר שגוי מוגבל לשיעור השכר הממוצע במשק ליום מעצר.<sup>108</sup> סכום זה נמוך, במרבית המקרים, מהנזק שנגרם לעצור. פיצוי זה גם לא ניתן בכל מקרה שבו המעצר לא נבלע בדיעבד בעונש המאסר, אלא רק במקרים קיצוניים שבהם התברר שלא היה יסוד להאשמה או למעצר, או כאשר ראה בית המשפט נסיבות אחרות המצדיקות זאת.<sup>109</sup> התיבה האחרונה פורשה בצמצום רב, באופן שרק נאשמים מעטים זוכים בפיצוי חלקי זה.<sup>110</sup> אין פירוש הדבר כמובן כי יש להימנע משימוש במעצרים. מעצרים נדרשים פעמים רבות להשגת תכליות חברתיות חשובות כגון מניעת מסוכנות של הנאשם או מניעת שיבוש ההליכים. אולם הניתוח לעיל עשוי להוביל למסקנה כי בקביעת דיני המעצר יש להביא בחשבון גם את ההשלכות החוקתיות של דינים אלו, וכי ייתכן שיש לפעול באמצעות כללים אחרים לצמצום העיוות החלוקתי שגורמים המעצרים.

#### 4. ייצוג ציבורי

הרחבת הזכות לייצוג היא דוגמה לרגולציה שהשפעתה החלוקתית פרוגרסיבית.<sup>111</sup> הזכות לייצוג, מלבד השלכותיה האחרות, ייקרה את ההליכים נגד נאשמים שאינם בעלי אמצעים. לפני הרחבה זו היה הפער בין עלות ניהול ההליך נגד נאשם עני (שבמרבית המקרים לא היה מיוצג) לבין נאשם מבוסס כלכלית (שהיה מיוצג) גדול בהרבה באופן שהפך את התיקים נגד הנאשמים העניים לאטרקטיביים יותר בעיני התביעה. נאשמים עניים יותר הגיעו ללא ייצוג

108 תקנות סדר הדין (פיצויים בשל מעצר או מאסר), התשמ"ב-1982, ק"ת 1126.  
 109 סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226; סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).  
 110 לדיון נרחב בזכות לפיצוי ומגבלותיה ראו קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 79, פרק 18, בעמ' 537.  
 111 להרחבה זו ראו סעיף 14 ו-18 לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ס"ח 1551.

לבית המשפט, ולרוב הודו בלא שהראיות נגדם נבדקו על ידי גורם מוסמך האמון על הגנתם.<sup>112</sup> במצב זה היה לתביעה עניין להעביר משאבים מטיפול בתיקים שבהם הנאשם צפוי להיות מיוצג, לתיקים שבהם אין צפוי ייצוג כזה. כיום הפער הצטמצם מאוד בזכות הרחבת הזכות לייצוג ציבורי. כך משנת 2007 כל נאשם הצפוי למאסר זכאי לייצוג של הסנגוריה הציבורית.<sup>113</sup>

גם רמת הייצוג עלתה מאוד, בזכות הקמת הסנגוריה הציבורית. אם בעבר מונו עורכי דין להיות סנגורים על ידי בית המשפט, ולכן האינטרס שלהם היה לרצות את בית המשפט המספק להם תעסוקה ולא דווקא להציג את ההגנה הקנאית ביותר לטובת לקוחם, הקמת הסנגוריה יצרה הפרדה בין בית המשפט לגורם הממנה סנגורים ציבוריים והבטיחה פיקוח על רמת עבודתם של הסנגורים. כפי שהראיתי לעיל, הרחבת הזכות לייצוג ושיפורה מסייעים לצמצום השונות ביחס לנאשמים עניים לעומת עשירים, בשתי דרכים: האחת, באופן ישיר, מכיוון שהפער בשיעור המיוצגים ובאיכות הייצוג, בשתי הקבוצות, הצטמצם. השנייה, באופן עקיף. בשל הייצוג הציבורי הרחב התיקים נגד נאשמים חסרי אמצעים הופכים ליקרים יותר לטיפול ולניהול, סיכויי הצלחה בהם נמוכים יותר, והעונש הצפוי בתומם קל יותר. מטעם זה תיקים אלו הופכים אטרקטיביים פחות מבעבר מנקודת מבטה של התביעה, ולכן חלק מהמשאבים שהופנו אליהם יופנו כעת לתיקים אחרים, נגד נאשמים עשירים יותר, אשר לא הושפעו כך משינויי החקיקה.

שאלה אחרת המטרידה שיטות משפט רבות היא כיצד ראוי לממן סנגורים ציבוריים. בעולם מקובלות שתי שיטות עיקריות למימון מדינתי של סנגור: האחת, מימון לפי הפעולות שמבוצעות בתיק. שיטה זו נוהגת בישראל, ועל פיה תקנות הסנגוריה הציבורית<sup>114</sup> קובעות את השכר של הסנגור לכל ישיבה, לכל ביקור של עצור ולעוד פעולות רבות. השנייה, מימון קבוע לתיק, לפי סוג התיק, בלא קשר לעבודה הנעשית בו. שיטה זו מקובלת במדינות רבות בארצות הברית, ולאחרונה גם בתיקים רבים באנגליה ובוויילס. להבדל בין השיטות השונות יש השפעה על התמריצים של הסנגור לפעול. סנגור הממומן לפי הפעולות בתיק עשוי לרצות להאריך את ההתדיינות, למעט בפשרות ולפעול לכך שכל תיק יכול

112 לפני הקמת הסנגוריה הציבורית הגיעו כ-60% מהנאשמים בבתי משפט השלום לדיון הפלילי בעניינם ללא ייצוג. כבר בסמוך להקמת הסנגוריה ירד שיעור הבלתי מיוצגים ל-35% (ראו הסנגוריה הציבורית, דוח הסנגור הציבורי הארצי לשנת 1999, זמין בכתובת: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/0234710A-5961-4184-846F-0894DF4E2CAB/0/report1999.pdf>. ועם הרחבת הזכות לייצוג שיעור הבלתי מיוצגים הוסיף והצטמצם.

113 ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 49), תשס"ו-2006, ס"ח 391. להרחבת היקף הייצוג ראו הסנגוריה הציבורית "דוח לשנת 2006" עמ' 66, (אוגוסט 2007) זמין בכתובת: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F67FF012-95E7-41D0-B19F-2270628D7531/8820/report1.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F67FF012-95E7-41D0-B19F-2270628D7531/8820/report1.pdf).

114 תקנות הסנגוריה הציבורית (שכר טרחה לסניגורים ציבוריים), התשנ"ו-1996, ק"ת 981.

הליכים רבים, גם מעבר ליעיל, ולעתים גם מעבר לרצוי מבחינת לקוחו. לעומתו, סנגור שזוכה למימון קבוע לתיק יהיה מעוניין לקצר את ההליכים כדי שיוכל לטפל בזמנו המוגבל במספר גדול ככל האפשר של תיקים. אין פירוש הדבר כי סנגורים ציבוריים אינם מעוניינים לפעול למען לקוחם, אולם גם התמריץ הכלכלי הישיר משפיע על החלטותיהם, לעתים יותר ולעתים פחות, ועלול להשפיע על האופן שבו ייצגו את לקוחם.

כך מימון קבוע לתיק מגדיל את שיעור ההודאות ואת הסדרי הטיעון ומוביל את הסנגורים לעודד הסדרים בשלב מוקדם יותר.<sup>115</sup> יש חשש כבד כי בשיטה שבה שכר הסנגור לתיק הוא קבוע, האינטרס שלו בעריכת הסדר טיעון במקום בחירה במשפט הוא רב. החשש הזה הוביל חוקר לתעד ראיונות שמהם אפשר ללמוד כי חלק גדול מהסנגורים הממומנים בשכר קבוע לתיק נמנעים ממשפט כמעט בכל מחיר.<sup>116</sup>

מנגד, שכר המשולם לפי פעילות עלול ליצור תמריצים לפעילות יתר ולייצוג בלתי יעיל. כדי להתמודד עם חשש זה הסנגוריה הציבורית בישראל מפקחת על פעילותם של הסנגורים שאינם עובדי הלשכה, ועליהם לקבל את אישורה לכל פעילות כזו, כדי להבטיח שימוש יעיל במשאבי ההגנה.<sup>117</sup> דיונים על שינוי הסדרי התשלום לסנגורים צריכים להביא בחשבון את ההשלכות של שינויים אלו על מידת העניין של הסנגורים בהודאות ובניהול משפט.

#### ד. סיכום

בניגוד לניתוח הכלכלי של ענפי משפט אחרים, הניתוח הכלכלי של ההליך הפלילי עדיין לא פותח די הצורך. רבות נכתב על שיקול הדעת בהעמדה לדין והסדרי טיעון, אולם מרבית הנושאים האחרים שבהם עוסק ההליך הפלילי זכו להתייחסות מוגבלת מאוד בספרות. יש לקוות כי תמונת מצב זו תשתנה, שכן לחשיבה הכלכלית כוח רב בהסבר ההשפעות של מגוון הכללים של ההליך הפלילי על חלוקת ההרשעות והעונשים בין קבוצות שונות של חשודים. הסקירה לעיל מציגה כמה דוגמאות ליישום גישה זו ולערך הרב שיש בה להבנת ההשלכות של כללי הדיון הפלילי.

115 ראו למשל, Frank H. Stephen, Giorgio Fazio, Cyrus Tata, *Incentives, Criminal Defence*, 28 INT'L REV. L. & ECON. 212 (2008) (המראים כיצד המעבר באנגליה משכר טרחה לפי שעה לשכר טרחה אחיד לתיק צמצם את הזמן שסנגורים משקיעים בתיק והשפיע על הסדרי הטיעון).

116 ראו Albert W. Alschuler, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 YALE L.J. 1179 (1975); Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L.J. 1979 (1992).

117 סעיף 7 לחוק הסנגוריה הציבורית.