

התפתחויות במשפט הפלילי הדינוני והמהותי – 2014–2012

מאת

אורן גזל-אייל*

למראית עין, שלוש השנים האחרונות לא סימנו מהפכות גדולות במשפט הפלילי, למעט שינוי משמעותי יחיד עלי ספר שנקבע בתחום הענישה, בחקיקת תיקון 113 לחוק העונשין. אלא שמאחורי הקלעים התרחשו תהליכים בעלי חשיבות, שחלקים גדולים מהם אינם נחשפים למעיין בספר החוקים או בפסקי הדין של בית המשפט העליון בלבד. ברשימה זו נסקרים כמה מתהליכים אלה והשפעתם על מערכת המשפט הפלילית. בתחום המעצרים המאמר סוקר את השפעותיה של תכנית ניהול משטרתית בשם "מפנה", שאף שלא התקבלה בהליך חקיקה או בפסיקה, נראה כי השפיעה על מערכת המשפט הפלילית בשנים אלו יותר מכל שינוי יחיד אחר והביאה, בין היתר, לעלייה ניכרת בהיקף השימוש במעצרים עד תום ההליכים. מנגד, דווקא בתחום גזירת הדין, שבו התיימר המחוקק לערוך שינויים מפליגים, אין ניכרים שינויים שכאלה. המרכיבים הצורניים של תיקון 113, כגון עצם קביעתו של מתחם ענישה והבניית ההנמקה של גזירת הדין, אכן אומצו בעיקרם בפסיקה, אולם המאפיינים המהותיים יותר של התיקון, כגון העלאת מעמדם של שיקולי השיקום וההגנה על הציבור, והפחתת מעמדו של שיקול ההרתעה, רוקנו מתוכנם בפסיקה במידה רבה. לבסוף, בתחום החלופות למשפט הפלילי מתוארים, מחד, תהליכים שיושמו בלא חקיקה, כגון הקמת בית משפט קהילתי ראשון בישראל ונוהלי ההטייה של תיקים, ומאידך, רפורמה חקיקתית לסגירת תיק בהסדר אשר יישומה צומצם מאוד בעקבות התנגדות משטרתית. באמצעות סקירת מגמות אלו חושף המאמר את כוחו המוגבל של המחוקק בהנעת שינויים לעומת כוחם העדיף של גורמי האכיפה והתביעה בהנעה ובריסון של תהליכים במערכת המשפט הפלילית. בד בבד עם אלה מציג המאמר את גיבוש המדיניות המשפטית בסוגיות נוספות, ובהן הפסיקה המתפתחת באשר לחובת התביעה לחשוף את חומר החקירה בפני הנאשם ובאשר לראיות שבמדע. בסיכום נדונות המגמות המתוארות בסקירה והשלכות לעתיד.

* סגן הדיקן וראש המרכז לחקר משפט, פשיעה וחברה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה ליניב ואקי על הערותיו לטיוטה מוקדמת של מאמר זה. תודה מיוחדת ליובל לביא על העזרה המקיפה במחקר ועל הוויכוחים בינינו שסייעו לי לחדד את הטענות.

מבוא. מעצרים; תכנית "מפנה". חומר חקירה; 1. בין שני סעיפים: המסלול המתאים לבקשת חומרי חקירה; (א) הגשת בקשה; (ב) עיון בחומר חסוי הנוגע לעדי תביעה; (ג) מרשם פלילי של עדי תביעה; (ד) סעיף 74 וחוק חופש המידע; 2. הגדרת חומר חקירה; 3. היקף חובת התביעה לפרט את רשימת חומרי החקירה; 4. זכות העיון בחומר חקירה לקראת שימוע; 5. העלאת טענת זכות העיון: מהי הערכאה המתאימה? חלופות להליך הפלילי; 1. נוהל הטיית תיקים; 2. הסדר סגירת תיק: מתי תמומש ההבטחה?; 3. בית המשפט קהילתי. גזירת דין; 1. קביעת מתחם; 2. חריגה מהמתחם; 3. קביעת העונש בתוך המתחם; 4. השפעת התיקון על שיקולי הענישה; 5. השפעת תיקון 113 על רמות הענישה; 6. היחס בין תיקון 113 להסדרי טיעון. עדות מומחה וראיות על עניינים שבמדע. סיכום.

מבוא

שנת 2014 הביאה לשיאם תהליכי שינוי מהותיים שחלו במשפט הפלילי בשלוש השנים האחרונות. למראית עין אין מדובר בשינויים דרמטיים – בין היתר כיוון שלא היו אלה בהכרח שינויים במשפט עלי ספר. למרות זאת מדובר בשינויים שחשיבותם לזכויות נאשמים בהליך הפלילי גדולה, ואשר נושאים בחובם, לכל הפחות, פוטנציאל לתפנית ממשית בשטחי המחיה העיקריים של הדין הפלילי: החל משלב המעצר, דרך גזירת הדין וכלה בגיבוש חלופות להליך הפלילי.

ההתפתחויות יתוארו כתוצר של יחסי הגומלין בין שחקני המערכת השונים, בהם המשטרה, התביעה ובתי המשפט. כך למשל התכנית המשטרית "מפנה" ייצרה תמריצים למעצרים מרובים, ובדרך זו יצרה לחצים לגידול בשיעור הכלואים. מנגד, שורה של הכרעות בבית המשפט העליון בתחום הענישה הובילו לצמצום השימוש בעונשי מאסר ובכך מיתנו את השפעת המדיניות המשטרית החדשה.

כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין, שעליה התבסס בית המשפט בשנותו את מדיניות הענישה, תידון גם היא בהרחבה במאמר זה. כפי שיודגם, בשלב זה נראה כי התיקון אומץ בפסיקה במובן צורני בלבד, שכן אימוצו המלא היה אמור לשנות את מרקם האיזון העדין של מדיניות הענישה באופן שזו תפעל לשיקומם של בעלי פוטנציאל לשיקום, וזאת לצד חמרת הענישה של עבריינות מסוכנת ותוך כדי מזעור ההסתמכות על שיקול ההרתעה.

בתחום החלופות למשפט הפלילי חלו עלי ספר התפתחויות ניכרות, אף שגם כאן יישומן אטי ולא אחיד. כך, החוק לסגירת תיק בהסדר נכנס לתוקף, אולם התנגדות המשטרה מונעת בשלב זה את יישומו האפקטיבי. לבסוף, גם בשנת 2014 הוסיפו בתי המשפט לעסוק בכור ההיתוך של גיבוש המדיניות המשפטית בשתי סוגיות ותיקות – חומרי חקירה וראיות שבמדע – לעתים תוך הגעה לתוצאות סותרות לכאורה.

רשימה זו מציעה אפוא סקירת מגמות במשפט הפלילי בישראל בפתח שנת 2015, על רקע התפתחויות שחלו בו בשנים 2012–2014. מטבע הדברים, אין היא מתיימרת לסקור את כלל השינויים ואפילו לא את עיקרם.¹ ואולם, בחרתי להתמקד בשינויים העשויים להצביע, כל אחד לחוד וכולם גם יחד, על "שינוי כיוון" באופן התמודדות המשפט הפלילי עם מגבלות המערכת. ההתפתחויות יוצגו בחלוקה לנושאים ועל פי סדר כרונולוגי ככל הניתן.

מעצרים

תכנית "מפנה"

אף שמערכת המשפט הפלילית בישראל עוברת שינויים מפליגים בהקשרים רבים, לו נדרשתי להצביע על החדוש המשמעותי ביותר מבין כל החדושים בתחום המשפט הפלילי – בחקיקה, בפסיקה ובמדיניות – הייתי בוחר בשינוי שכמעט שאיננו נתפס כשינוי משפטי. השינוי שלדעתי השפיע יותר מכול על ההליכים הפליליים בשנים האחרונות הוא דווקא החלטה מנהלית של מפכ"ל המשטרה ליישום תכנית "מערכת פיקוד וניהול", או בראשי תיבות: "מפנה". מדובר בתכנית שיצאה לדרך בשנת 2012 – נקודת הפתיחה של התקופה הנסקרת – ואשר במרכזה שיטת ניקוד המזכה את יחידות המשטרה בנקודות לפי שורה של מדדים.² במשטרה הציבו שלוש מטרות לתכנית "מפנה", ובראשן חיזוק ההרתעה "באמצעות הגברת האפקטיביות בלחימה בפשיעה" לצד העצמת שוטרים והעלאת רמת השירות לאזרח.³ חלק מהמדדים שקבעה התכנית במסגרת זו, כגון מדד ירידת הפשיעה בנקודות חמות, אכן יכולים ללמד על שיטור ממוקד יותר וטוב יותר. אולם מדד מרכזי מאוד במערכת – המכונה מדד ההרתעה – מזכה את היחידה בנקודות על בסיס שיקולים שבינם לבין שיטור אפקטיבי יש לכאורה קשר חלש בלבד; כאלה הם למשל מדדים הנוגעים למספר כתבי האישום שהוגשו, מספר המעצרים עד תום ההליכים או מספר דוחות התנועה בעברות מסוימות.

1 הסקירה אף אינה עוסקת בנושאים שנדונו בסקירה קודמת שפורסמה בכתב עת זה ואשר עסקה בחידושים במשפט הפלילי בשנת תשע"ה, לרבות דיני הראיות ודיני העונשין. ראו: אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה המהותי והרטורי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33 (תשע"ד). כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו לאחרונה בתאריך 18.7.2015, אלא אם נכתב אחרת.

2 להסבר על תוכנית "מפנה" ומדידה ראו: משטרת ישראל, השנתון הסטטיסטי לשנת 2013 17 (2014) (להלן "שנתון 2013") (<http://www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/shnaton2013v4.pdf>)

3 ראו: משטרת ישראל, השנתון הסטטיסטי לשנת 2014 19 (2015) (להלן "שנתון 2014"), (<http://www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/%D7%A9%D7%A0%D7%AA%D7%95%D7%9F%202014%20v2.pdf>)

התוצאה של מערכת כזו צפויה למדי, לפחות לכל מי שצפה בכמה מפרקי סדרת הטלוויזיה "הסמויה". מה שמודדים הוא מה שמוצאים. כך, מיד לאחר השקת תכנית "מפנה" חלה עלייה ניכרת במספר המעצרים של שוהים בלתי חוקיים (שב"חים).⁴ מדוע? כיוון שקל לתפוס אותם, ובשנת 2012 היה קל לעצור אותם עד תום ההליכים – דבר אשר שיפר מאוד את סטטיסטיקת המעצרים. את הפרצה הזו סגרה המשטרה כעבור כמה חודשים בהחלטה להגביל את הניקוד שניתן למעצרים לעברות מסוימות בלבד. אולם הלוגיקה שמאחורי התופעה עדיין כאן – הפעולה נעשית כדי להשיג את הסטטיסטיקה, ולכך השלכות רחבות.

מדוע לדעתי הטמעתה של מערכת "מפנה" היא השינוי המשמעותי ביותר? כיוון שכל השינויים בחקיקה ובפסיקה בתחום הענישה והמעצרים לא השפיעו על חירותם של חשודים ונאשמים כשם שהשפיע השינוי הזה. לפי הדוח השנתי של משטרת ישראל לשנת 2014, עלה מספר הנאשמים שהיו עצורים בעת הגשת כתב האישום נגדם בכ-26% בתוך שנה מהפעלת תכנית "מפנה", ובכ-32% בתוך שלוש שנים.⁵ למעשה, מחקר עדכני יותר של המשטרה מגלה שמספר המעצרים עד תום ההליכים (ללא תושבי השטחים) עלה ב-38% בין השנים 2010–2011 לבין 2014.⁶ אמנם הניקוד ניתן ליחידת הסיור והחקירות ולא לחטיבת התביעות, אולם ברור לחלוטין שכאשר יחידות הסיור והחקירה עוצרות חשודים רבים יותר, מאריכות את מעצריהם ליממה הראשונה ומגבירות את תדירות בקשותיהן מיחידות התביעה למעצרים עד תום ההליכים, מספר הבקשות שיוגשו לבתי המשפט יגדל. וברור גם שככל שגדל מספר הבקשות למעצר, גדל גם מספר ההחלטות על מעצר.

החלטה מנהלית זו על הפעלת התכנית לא עברה מסננת כלשהי של המחוקק, בתי המשפט או הציבור. לכאורה בתי המשפט נתקלים בתוצאות התכנית מדי יום, ואולם הבחינה השיפוטית של בקשות למעצר מצטמצמת, מטבעה, להחלטות פרטניות בלבד. במסגרת בחינה זו השופטים אינם עוסקים בבחינת המדיניות הכללית. ואכן, תכנית "מפנה" מעולם לא עמדה לביקורת שיפוטית ישירה וכמעט שלא אוזכרה בהחלטות של בתי המשפט.

4 בשנת 2012 היה מספר התיקים בעברות על חוק הכניסה לישראל 15,362, וזאת לעומת 14,389 בשנת 2011. ראו: שנתון 2014, לעיל הערה 3, בעמ' 88.

5 מ-17,800 בשנת 2011 לפני יישום תכנית "מפנה" ל-22,400 לשנה בשנים 2012 ו-2013 לאחר תחילת הפעלת התכנית. בשנת 2014 כבר היה מספר המעצרים עד תום ההליכים 23,671. ראו: שנתון 2014, לעיל הערה 3, בעמ' 28.

6 דו"ד גרדר-שגיב "מעצרי תום הליכים בשנות 'המפנה' 2012–2014" העיקר במחקר, המפנה בעין מחקרית, אסופת מאמרים בנושא משטרה 41, 44, <http://www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/%D7%94%D7%A2%D7%99%D7%A7%D7%A8%20%D7%91%D7%9E%D7%97%D7%A7%D7%A8%202015.pdf>.

התוצאה היא שינוי דרמטי בהליך הפלילי. הליכים המתנהלים נגד נאשמים עצורים שונים בתכלית מאלו המתנהלים נגד נאשמים משוחררים; לנאשם העצור עד תום ההליכים אינטרס ישיר בסיום מהיר של ההליך גם במחיר ויתור על זכותו להתגונן מפני ההאשמות נגדו. פעמים רבות ימצא כי מוטב לו, בפשטות, להודות מהר ככל האפשר, כיוון שהעונש הצפוי לו קצר מתקופת המעצר הצפויה, אם יבקש להתגונן בהליך משפטי. מחקרים רבים מוכיחים גם כי עונשם של מי שהיו עצורים עד תום ההליכים חמור מעונשם של נאשמים שביצעו עברות דומות אך הצליחו להציג תנאים חלופיים שיבטיחו את מטרות המעצר.⁷ במילים אחרות, עלייה במספר המעצרים עד תום ההליכים פירושה גם פוטנציאל רב יותר להודאות שווא על רקע מכבש הלחצים שמייצרים מעצרים שכאלה, ומכאן חשש לקיפוח הגנתו האפקטיבית של נאשם. אלא שהתפיסה שבבסיס "מפנה" לכאורה לא הביאה שיקולים אלה בחשבון. המשטרה סברה כי מספר גדול של מעצרים שיובילו למעצרים עד תום ההליכים יתורגם להצלחה.

ואכן התכנית "הצליחה". לעומת רמות הענישה, שבהן חלה ירידה קלה בשנת 2012,⁸ במספר המעצרים עד תום ההליכים חלה עלייה גדולה – עובדה שעמעמה, כפי הנראה, את השפעותיו של תיקון 113 לחוק העונשין,⁹ בהפחתת רמת הענישה. מהדוח השנתי של המשטרה עולה כי בשנתיים הראשונות להפעלת תכנית "מפנה" עלה מספר המעצרים עד תום ההליכים ב-9,268 לעומת השנתיים שקדמו להן, עלייה של יותר מ-10.25%.¹⁰ התוצאה היא שאם בשנת 2011 שיעור העצורים מסך הכלואים בשל עברות פליליות היה כ-25%, כיום הוא כבר 30.11%.¹¹ מצב שבו עונשי המאסר מתקצרים ומנגד מספר המעצרים גדל, גורם להיותם של הכלואים עצורים ולא אסירים בחלק גדול מהזמן שבו הם מוחזקים במתקני הכליאה. למעשה, בדיקה של מדגם מייצג של תיקים בבתי משפט השלום מהשנים 2010–2011, שבהם היו הנאשמים עצורים עד תום ההליכים, מלמדת כי בכ-10% מהתיקים תקופת המעצר הייתה ארוכה מעונש המאסר שהוטל בסוף ההליך, ובכ-10% נוספים היא עלתה על שני שלישים מתקופת המאסר שהוטלה לבסוף.¹²

- 7 ראו למשל: יעל חסין ומרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב 533, 558–559 (תשנ"ד). לסקירת מחקרים נוספים ראו: רינת קיטאי-סנג'רו המעצר: שלילת חירות טרם הכרעת הדין 22–23 (תשע"א).
- 8 קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "השפעת תיקון החוק בעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" מחלקת המחקר של הרשות השופטת (טרם פורסם).
- 9 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102. נכנס לתוקפו ביום 10.7.2012 (להלן: תיקון 113).
- 10 ראו: שנתון 2013, לעיל הערה 2, בעמ' 11, 24.
- 11 ראו: דוח הוועדה לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים פרק יב (טרם פורסם, 2015).
- 12 הבדיקה נעשתה בידי הסטודנטים רותם אלבו ואריאל דניאלי, במסגרת עבודת סמינר בקליניקה של הסגוריה הציבורית באוניברסיטת חיפה, באמצעות ניתוח מאגר המידע: אורן גזל-אייל וקרן וינשל-מרגל "מאגר נתוני הליכים פליליים" מחלקת מחקר של הרשות

במילים אחרות, בכ-20% מהמקרים משך המעצר עולה על תקופת המאסר הצפויה לנאשם אם ישוחרר בתום שני שלישים מתקופת מאסרו. נתון זה מתייחס לתקופה שקדמה ליישום תכנית "מפנה", וכיום שיעור המעצרים הממושכים גדול עוד יותר. הירידה במשך עונשי המאסר ובמספרם¹³ הביאה לגידול נוסף בחלקו היחסי של המעצר מתוך תקופת המאסר, שעדיין אינו מתבטא בנתונים לעיל. בנוסף, הנתון האמור אינו מתחשב בעובדה שהמעצר עצמו מוביל פעמים רבות לעונש מאסר ממושך, כפי שמראים מחקרים רבים בארץ ובעולם,¹⁴ ולכן סביר להניח שרבים מאותם עצורים היו נדונים לתקופות קצרות בהרבה אלמלא היו עצורים, וכי גם חלק מאלו שנדונו לעונשי מאסר הגדולים כפליים מתקופת מעצרום היו נדונים לתקופות מאסר קצרות בהרבה או אף לעונש אחר אלמלא היו עצורים.¹⁵ זאת ועוד, כשהמעצרים הם חלק כה נכבד מהכליאה

- השופטת ואוניברסיטת חיפה – המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה (מאי 2012) <http://elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/plilidb.xls>
- 13 ראו: וינשל-מרגל וגלון, לעיל הערה 8, בעמ' 44, אשר מראות כי שיעור המורשעים הנדונים למאסר קטן לאחר 2012, וכי משך המאסרים שהוטלו עליהם קטן גם כן. המחקר בחן מדגם מייצג של כל העברות, למעט עברות של שהייה בלתי חוקית (שב"ח). כיום ברור כי גם בעברות אלה שיעור הנדונים למאסר קטן לאחר מתן פסק הדין בעניין אלהרוש, אשר בעקבותיו הפסיקו בתי המשפט להטיל עונשי מאסר על מרבית הנאשמים בעברות אלו. ראו: רע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בבכ"ו, 8.12.2014) (להלן: עניין אלהרוש).
- 14 מחקרים הראו כי המעצר משפיע על נכונותם של נאשמים להודות באשמה. לעניין זה ראו: William M. Landes, *Legality and Reality: Some Evidence on Criminal Procedure*, 3. J. LEGAL STUD. 287, 287–289 (1974); Gail Kellough & Scot Wortley, *Remand for Plea: Bail Decisions and Plea-bargaining as Commensurate Decisions*, 42 BRIT. J. CRIM. 186, 198 (2002). כן הראו חוקרים כי המעצר מהווה תמריץ לנאשמים לסיים את ההליכים במהירות, ראו: MALCOLM M. FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT* 196 (1992) וכי לנאשמים משוחררים נכונות רבה יותר להילחם על חפותם, ראו: Jeffrey Manns, *Liberty Takings: A Framework for Compensating Pretrial Detainees*, 26 CARDOZO L. REV. 1947, 1973 (2005) (לנאשמים משוחררים אפשרויות רבות יותר לגבש עם עורכי דינם הגנה נמרצת). ראו גם: Andrew D. Leipold, *How the Pretrial Process Contributes to Wrongful Convictions*, 42 AM. CRIM. L. REV. 1123, 1130 (2005) (מעצר טרם המשפט מכביד על ההגנה כיוון שהוא מקשה על החשוד ועל סגורו למצוא עדים, לאסוף ולבחון מידע ולהתייעץ).
- 15 בית המשפט העליון הכיר בקיומה של תופעה זו בעניין אלהרוש, לעיל הערה 13, בפסקה 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (אי אפשר להסתמך על תקופת המאסר שנגזרות על שב"חים בעת שבוחנים את מדיניות הענישה הנוהגת, שכן פעמים רבות נגזרים העונשים כתלות בתקופת המעצר). ראו גם: חסין וקרמניצר, לעיל הערה 7, בעמ' 559 ("מעצרו של הנידון, גם אם נמצא שאינו קשור ישירות לחומרתה הקונקרטי של העבירה, מעלה את ההסתברות להטלת עונש מאסר עליו פי 16 בהשוואה לנידון שלא נעצר"), וכן גם קיטאי-סנג'ור, לעיל הערה 7, בעמ' 22–23 (סקירת מחקרים המראים את השפעת המעצר על העונש).

אצל נאשמים רבים כל כך, הסדר טיעון שנערך כשהנאשם עצור לא נערך עוד בצל ההרשעה הצפויה אלא בצל המעצר, וכך התביעה יכולה להובילו להודות אף בעברות שמהן הנאשם מאמין שיזוכה (בשונה מנאשם משוחרר שהסדר בעניינו ישקף טוב יותר את הערכות הצדדים בדבר תוצאת ההליך).¹⁶

השלכות האינפלציה בבקשות למעצר עד תום ההליכים אינן מצטמצמות אך ליחס לעצורים, מאחר שגם אם בתי המשפט דוחים בקשות כאלה (ובתי משפט השלום דחו בשנת 2012 כמחצית מהבקשות למעצר עד תום ההליכים),¹⁷ הרי נאשמים שבעבר היו משוחררים בלא תנאי, משוחררים כעת בתנאים מגבילים. לא אחת ההגבלות הללו קשות, שכן הן כרוכות בשלילת חירות ובפגיעה בחופש התנועה והעיסוק, והשפעתן על ההליך עשויה להיות דומה להשפעת המעצר.¹⁸ נניח לדוגמה שנאשם בעברת סמים סבור כי בידו ראיות להוכיח את חפותו (או לפחות להטיל ספק באשמתו), אולם בשל בקשה מופרזת של המשטרה לעצרו עד תום ההליכים הוא נתון במעצר בית. כעת, ניהול המשפט יארך חודשים ואולי שנים. במצב כזה מוטב לו להסכים להרשעה ולריצוי עונש של עבודת שירות, מאסר על תנאי ולעתים גם עונש מאסר קצר. עם הסכמתו לעונש המוצע, מעצר הבית שלו יסתיים מידית. במקום להיות כלוא בין ארבעת קירות ביתו הוא יידרש לעונש קל וקצר, שבסופו ישוחרר לחלוטין. לו היה מתעקש להוכיח את חפותו, היה הנאשם נותר כלוא בביתו במשך כשנה או שנתיים, ועדיין עומד בפני הסיכון של עונש נוסף אם בית המשפט לא יקבל את עמדתו. הקושי גדול עוד יותר כאשר הנאשם מודה בעברה קלה אך כופר בעברה החמורה בכתב האישום. במקרה כזה מעצר הבית עשוי להובילו להסכים להרשעה בעברה החמורה יותר ולבצע עבודות שירות או מאסר קצר, מהטעם הפשוט שניהול ההליך יוביל למעצר בית ממושך בהרבה, אשר בסופו הרשעה (ולו בעברה הקלה שבעניינה אין מחלוקת) ועונש נוסף, כשהסיכוי לקבל פיצוי על מעצר הבית בשל קיומה של הרשעה כלשהי – קלוש עד אפסי.¹⁹

16 ראו: קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 7, שם.

17 ראו: אורן גזל-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי" משפטים מד 835 (תשע"ה); וכן אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל מרגל "הרשעות וזיכויים בבתי המשפט בישראל" 28 (2012) <http://elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research1.pdf>.

18 לעניין השפעת ההליך ראו באופן כללי: MALCOLM FEELEY, THE PROCESS IS THE PUNISHMENT 199–243 (1979). ראו גם: עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם 80, 334 (תש"ע).

19 אשר לפיצוי בגין מעצר בית, הרי שהמסלול לבקשת פיצוי כזה קבוע בסעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שאחת מעילותיו היא כי לא היה יסוד לאשמתו של הנאשם (והפסיקה פירשה – בענינו של תובע סביר). ראו: ע"פ 5097/10 בוגנים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2013). יש להניח כי נאשם שהורשע יתקשה מאוד להוכיח כי מעצר הבית שלו, שבא בעקבות מכלול אישומים של עברה קלה לצד עברה חמורה יותר, היה מיותר. למעשה, לא ידוע ולו על מקרה אחד שבו נאשם זכה בפיצוי אף שהורשע בעברה הקלה יותר בכתב האישום.

כשמסתכלים על המספרים – תכנית "מפנה" כבר השפיעה על אלפי חשודים ונאשמים, הרבה יותר מכל שינוי בדין שנקבע בכנסת או בבתי המשפט – וזאת מבלי שנערך בה כל דיון ציבורי טרם כניסתה לתוקף ועל אף הביקורת הקשה בעקבותיה,²⁰ ובעוד במשפט עלי ספר לא חל לכאורה כל שינוי.²¹

חומר חקירה

בדין הישראלי התפתחה פסיקה ענפה סביב זכותו של נאשם לקבל לידיו חומר חקירה, לעיין בו ולהעתיקו, סוגיה המוסדרת בעיקרה בחוק סדר הדין הפלילי (חסד"פ).²² גם בשנת המשפט החולפת רשמו בתי המשפט פרק נוסף בפיתוחה של הדוקטרינה המורכבת הזו. בית המשפט העליון שב להתלבט בשאלת המסלול המתאים להגשת בקשה לקבל חומר חקירה והוסיף לדון גם בסוגיות קשורות, דוגמת שאלת ההגדרה של חומר חקירה והערכאה המתאימה להעלאת טענה בדבר זכות העיון.

1. בין שני סעיפים: המסלול המתאים לבקשת חומרי חקירה

(א) הגשת הבקשה

שני מסלולים נפרדים עומדים לרשות נאשם המבקש לעיין בחומר לצורכי הגנתו: האחד, מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי על התביעה להעמיד לעיון הנאשם את חומר החקירה שנאסף או נרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום ולאפשר את העתקתו;²³ השני, מכוח סעיף 108 לחסד"פ, המקנה לבית המשפט סמכות לצוות על עד שהוזמן או על אדם אחר להציג מסמכים הנמצאים ברשותו.²⁴ קיימים ארבעה הבדלים מרכזיים בין שני הסעיפים: ראשית, את הפנייה לקבלת חומרי החקירה לפי סעיף 74

20 בראשית שנת 2015 מתחה נשיאת העליון בדימוס דורית ביניש ביקורת על המדיניות המשטרית במסגרת יום עיון של המרכז לחקר משפט, פשיעה וחברה באוניברסיטת חיפה. השופטת ביניש ציינה כי "מעצר עד תום ההליכים אינו הישג ואינו צריך להיכלל במדדים של איכות עבודת המשטרה". ראו: יניב קובוביץ "ביקורת חריפה של ביניש על דנינו: תוכנית הדגל שלו רק הביאה למעצרים מיותרים" הארץ (12.1.2015). <http://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2537476>

21 בינואר 2016 הודיע מפכ"ל המשטרה רנ"ץ רוני אלשיך על ביטול תוכנית המפנה והחלפתה בתוכנית בקרה אחרת בשם "הרעיון המסדר". ראו הדס שטייף, פרסום ראשון: המפכ"ל החדש מבטל את התכנית הגדולה של המפכ"ל הקודם, גלי צה"ל (12.1.2016). <http://glz.co.il/1064-74878-he/Galatz.aspx>. ההשפעות של התוכנית הזו עדיין לא ברורות.

22 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: חסד"פ).

23 סעיף 74 לחסד"פ.

24 סעיף 108 לחסד"פ.

עושה ההגנה, ואילו בקשת מסמכים לפי סעיף 108 יכולה להיות ביזמת התביעה, ההגנה או בית המשפט; שנית, הבקשה לפי סעיף 74 נדונה בפני השופט התורן שאינו דן בתיק העיקרי. בקשה לפי סעיף 108 נדונה בפני המותב הדן באישום;²⁵ שלישית, קבלת החומר לפי סעיף 74 מאפשרת להגנה לראות את הראיה לפני תחילת הליך בירור האשמה ולהחליט אם ואיך להשתמש בה, וכך מימוש הזכות מתבצע לכתחילה מחוץ לכותלי בית המשפט. קבלת הראיה לפי סעיף 108 מתאפשרת רק במהלך ההליכים, ואם הבקשה מתקבלת, הראיה מגיעה לידי ההגנה ולידי בית המשפט בו זמנית – כאן מתבצע מימוש הזכות כולו בין כותלי בית המשפט; רביעית, סעיף 74(ה) מקנה זכות ערר על החלטה בבקשה לפי סעיף 74. לעומת זאת החלטה לפי סעיף 108 היא החלטת ביניים הניתנת לערעור במסגרת הערעור על פסק הדין כולו בלבד.

ההגנה נוטה לבכר בקשות לפי סעיף 74, שכן המסלול מאפשר לה לדעת מראש את טיב החומר ולכלכל את פרשת ההגנה בהתאם, ורק אחר כך להחליט אם להשתמש בו. לעומת זאת המדינה נוטה להעדיף את המסלול של סעיף 108, שכן במסגרתו היא רשאית לבקש להציג את החומר שהציג העד כראיה מטעמה.²⁶ נראה גם כי סעיף 108 מקל על המדינה לבסס טענות נגד מסירת החומר, ובהן למשל טענות לפגיעה בפרטיות שעלולה להיגרם לצד שלישי,²⁷ או טענה כי מסירת החומר יוצרת הכבדה מיותרת על הרשויות.²⁸

(ב) עיון בחומר חסוי הנוגע לעדי תביעה

סוגיית בחירת ההליך המתאים מבין שני ההליכים האמורים מתעוררת בעיקר במקרים שבהם הנאשם מבקש לקבל לידיו חומר הנוגע לעדי התביעה ועלול לפגוע בפרטיותם או בחיסיון שנקבע לטובתם, כגון חיסיון על מידע רפואי או פסיכולוגי. סעיף 78 לחסד"פ קובע כי הוראות סעיף 74 לא יחולו על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין. השאלה אם הימנעות מגילוי החומר מותרת נגזרת מפקודת הראיות (ולעתים גם

25 עם זאת ייתכנו מקרים שבהם המותב הדן בתיק העיקרי יורה כי בקשה לפי סעיף 108 תידון בפני שופט אחר – ראו: בש"פ 9305/08 פלוני נ' ב"ס אל מאמוניה לבנות (פורסם בנבו, 3.12.2008).

26 ראו: בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פסקה 15 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 23.1.2014) (להלן: עניין שיינר).

27 ראו: לעניין זה 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005) בעמ' 376–377 (להלן: בג"ץ היומנים). טענת המדינה (שנדחתה) בבג"ץ זה הייתה כי כאשר מדובר בחומר הנוגע לצנעת הפרט של אדם אחר, כגון עד או מתלונן, קיימת חובה חוקתית לנקוט הליך לפי סעיף 108 לחסד"פ, כיוון שההליך מידתי בפגיעתו בזכותו החוקתית לפרטיות של העד או של המתלונן יותר מסעיף 74 לחסד"פ.

28 ראו למשל בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2014) בפסקה 27 לפסק הדין, שם נקבע כי נימוקי היועץ המשפטי לממשלה בהחליטו לאשר הגשת כתב אישום נגד קטין בחלוף יותר משנה מיום ביצוע העברה אינם חומר חקירה, אך במקרים מתאימים וחריגים ניתן לדרוש את מסירתם לפי סעיף 108 לחסד"פ.

מחוק הגנת הפרטיות).²⁹ כך, בית המשפט רשאי להסיר את החיסיון הרפואי, הסוציאלי והפסיכולוגי אם הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה,³⁰ וניתן לבחון אם הסרת החיסיון נדרשת גם במסגרת הליכים לפי סעיף 74.³¹ גם בבקשה לקבלת מסמכים לפי סעיף 108 נדרש בית המשפט לאיזון דומה, וכך בשני המקרים שיקול הדעת נותר בידי בית המשפט, והשאלה היא באיזה הליך נכון יותר לבחון בקשות לעיון בחומר כזה.

בתחילת הדרך נראה היה שקו הגבול ברור. בבש"פ 9322/99 מסארווה³² קבעה השופטת ביניש כלל ברור יחסית – אם החומר המבוקש מצוי בידי יחידת החקירה או התביעה, הרי שיש לקבלו כחומר חקירה לפי סעיף 74. מנגד, אם המשטרה או התביעה החליטו שלא לאסוף את החומר כלל, הרי שההגנה תוכל לקבלו רק במסגרת בקשה לפי סעיף 108. הדגש בהחלטה זו היה במונח "חומר שבידי התביעה", הקבוע בסעיף 74, ולא בשאלת הרלוונטיות של החומר המבוקש להגנה. חומר שהתביעה לא ביקשה כלל ושהמשטרה לא אספה כלל אינו בידי התביעה ולכן אינו חומר חקירה.

בפסק הדין אוזכר חריג אחד לכלל. במקרה שהרשויות נמנעות ממכונן, שלא בתום לב, מלאסוף חומר מסוים כדי שהוא לא יהיה בידי ההגנה, הרי שהחומר ייחשב בידיהן. אולם גם חריג זה צומצם עד מאוד כשנקבע שככלל הנחת היסוד היא כי התביעה ממלאת חובתה נאמנה, ועל הנאשם להפריך הנחה זו.

אלא שבחלוף הזמן המבחן הברור יחסית, עומעם. למשל, בפרשת היומנים³³ נקבע לראשונה כי גם חומר שלא נאסף בידי המשטרה יכול שייחשב חומר חקירה, וכי העובדה שהחומר לא נאסף יוצרת רק חזקה כי אין מדובר בחומר חקירה. באותו מקרה נקבע כי יומנים שניהלה המתלוננת בעברות מין עשויים להיות, בחלקים הרלוונטיים להגנה, חומר חקירה הגם שהם לא נאספו בידי המשטרה והתביעה.

תוצאת ההחלטה האמורה היא שכעת ההחלטה שלא לאסוף את החומר מקימה רק חזקה שאין מדובר בחומר חקירה, אולם על פי פסק הדין, הנאשם יכול להראות שהחומר רלוונטי, שאז הוא יהפוך לחומר חקירה לפי סעיף 74 ("הלכת הרלוונטיות").³⁴ מכאן שחומר שהרשויות יכולות לאסוף ושיוכח כי הוא רלוונטי ייחשב חומר חקירה גם אם אינו בידי הרשויות כלל (בכפוף, כמובן, לכך שביכולתן לאספו). בדרך זו טושטש מאוד

29 גם כשמדובר בחומר הפוגע בפרטיות, העברתו לנאשם אפשרית הן כחומר חקירה, לפי סעיף 74, והן לפי הוראות סעיף 108, והאיזון בין זכות הנאשם למשפט הוגן לערך ההגנה על הפרטיות דומה בשתי ההוראות. ראו: בג"ץ היומנים הנ"ל.

30 ראו: סעיפים 49–50 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971.

31 עניין שיינר (לעיל, הערה 26).

32 בש"פ 9322/99 עבד מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376 (2000) (להלן: עניין מסארווה).

33 בג"ץ היומנים (לעיל, הערה 27).

34 שם, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ביניש.

קו הגבול בין סעיף 74 לסעיף 108, שגם הוא מאפשר הגעה לחומר רלוונטי שאינו בידי רשויות האכיפה.

נראה שפסק הדין בעניין היומנים הוא דוגמה למקרה קשה שיצר דין רע. בעניין היומנים אכן הייתה הצדקה להעניק להגנה את החומר, מכיוון שבאותו מקרה נמנעה התביעה במכוון מלאסוף את החומר (יומני המתלוננת) על מנת שלא יגיעו לידי ההגנה. התובעת עיינה ביומנים בזמן הכנת המתלוננת לעדות והנחתה את המתלוננת אילו חלקים להעביר לה ואילו לא. לכן היה אפשר להשתמש בחריג שנקבע כאמור בעניין מסארווה, הקובע שחומר שלא נאסף במכוון כדי שההגנה לא תקבלו ייחשב חומר שבידי התביעה. אולם משבחר בית המשפט להפוך את התנאי הקבוע בחוק, שלפיו רק חומר שבידי התביעה ייחשב חומר חקירה, למעין חזקה הניתנת לסתירה, נפתח הפתח להתדיינויות אין-ספור סביב ההליך הנכון למתן החומר. לא אחת כשההגנה טוענת כי חומר שאינו בידי התביעה הוא חומר רלוונטי, בית המשפט נדרש לעיין בו לפני שיקבע אם אכן מדובר בחומר רלוונטי. במקרים אחרים הוא שולח את הצדדים להליך לפי סעיף 108, כשקו הגבול בין המקרים אינו ברור עוד.

עם זאת נראה כי בשנתיים האחרונות, ובעיקר בשנת 2014, ניכרת מגמה המבקשת לתקן את ההלכה שנקבעה בפרשת היומנים ולהעדיף את סעיף 108 על סעיף 74, לפחות כשמתבקש עיון בחומר חסוי של עדי תביעה שלא נאסף כחומר חקירה.

בבש"פ קניאס עורר שביקש לעיין בחומר על מצבם הרפואי-פסיכיאטרי של עדי תביעה לפי סעיף 74 חזר בו מעררו בעניין זה, לאחר שהסכים כי המסלול המתאים להגיש בקשה לעיון הוא לפי סעיף 108 לחסד"פ.³⁵

בעניין יעקוב כבר נקבע במפורש בידי השופט שוהם כי כאשר מדובר בבקשה לעיון בחומר חסוי המצוי בידי צדדים שלישיים, יש להעדיף את המסלול של סעיף 108, הן משום שלמות הדין בבקשה, שהוא בית המשפט הדין בתיק העיקרי, יש היכרות מקיפה עם חומר הראיות והן משום האפשרות לשמוע במלואה את עמדת הצדדים השלישיים שאפשר שייפגעו מההחלטה.³⁶ עם זאת נקבע, כי עדיפות זו אינה מוחלטת, וייתכנו מקרים שנסכיבותיהם תצדקנה דיון כאמור לפי סעיף 74 לחסד"פ.³⁷

בעניין אבו גאנם³⁸ דחה השופט שוהם ערר של נאשם לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ שביקש לעיין בתיק הרווחה של המתלוננת בעברות אינוס, אך מסיבה אחרת נקבע בפסק הדין כי בנסיבות העניין אין מדובר בחומר ראייתי שקשור לליבת האישום נגד הנאשם, ולכן המסלול המתאים לבחון את הבקשה הוא בפני המותב שידון בתיק העיקרי במסגרת

35 בש"פ 7421/13 קניאס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2013).

36 בש"פ 8685/13 יעקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט שוהם (פורסם בנבו, 29.1.2014).

37 שם, שם.

38 בש"פ 5190/14 אבו גאנם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2014) (להלן: עניין אבו גאנם).

בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ.³⁹ חיזוק למסקנה זו מוצא בית המשפט בעובדה שתק הרווחה אינו מצוי בידי המאשימה, גם אם אין בעובדה זו כשלעצמה כדי לשלול את היות החומר "חומר חקירה".⁴⁰

בעניין שיינר⁴¹ חזר השופט עמית במידה מסוימת למבחן המקורי שנקבע במסארווה, לפחות ככל שמדובר בחומר הנתון לחיסיון (שם דובר בחיסיון על שיחה עם פסיכולוג). דהיינו, השופט עמית מדגיש את מיקומו של החומר, את העובדה שהחומר לא נאסף ואת העובדה שהחומר נתון לחיסיון, כדי להצדיק את מתן העדיפות לבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ.⁴² עם זאת גם החלטה זו אינה סוגרת את הדלת בפני בקשות חומרים לפי סעיף 74 אף אם לא המשטרה אספה את החומרים. נראה שעדיין לא נמצא מבחן ברור, כמו זה שנהג עד פרשת היומנים, שיאפשר להגנה לדעת איזה הליך לנקוט כאשר מדובר בחומר שהמשטרה לא אספה במסגרת החקירה.

(ג) מרשם פלילי של עדי תביעה

אם בעניין היחס בין סעיפים 74 ל-108, הפסיקה אינה ברורה או אחידה, נראה שבשנים האחרונות התגבשה הלכה ברורה בעניין בקשות של נאשמים לקבל מידע מהמרשם הפלילי של עדי התביעה. בבש"פ 4481/00 יחזקאלי⁴³ קבעה השופטת דורנר כי נאשם המבקש לעיין במרשם הפלילי של עדי התביעה יגיש בקשתו לבית המשפט לפי חוק המרשם הפלילי, וככלל מבוקשו יינתן לו. אולם בעניין בניזרי⁴⁴ קבעה השופטת ברלינר כי גם בקשות למידע מהמרשם הפלילי ייבחנו לפי הוראות סעיף 74, והמידע יימסר בכפוף להלכת הרלוונטיות.⁴⁵ ואכן, עמדה אחרונה זו עוגנה בשתי החלטות מהשנתיים האחרונות. כך, בעניין קניאס דחתה השופטת ברק-ארז את בקשת העורר לקבל לידיה את המרשם הפלילי של עדי התביעה לאחר שקבעה שהאפשרות להשתמש בו לצורך הגנתו היא ספקולטיבית ורחוקה.⁴⁶

בעניין פלוני⁴⁷ נדחתה בקשת הנאשם לעיין ברישום הפלילי של עד תביעה. השופט סולברג ערך הבחנה בין מב"דים (תיקים הממתינים לבירור דין) לבין תיקים סגורים. אשר לסוג הראשון של המידע נקבע כי יש להחיל את המבחן הקבוע בסעיף 11 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. כלומר, מידע על מב"דים יימסר אם גילוי

39 שם, פסקה 15 לפסק הדין.
 40 שם.
 41 עניין שיינר (לעיל, הערה 26).
 42 שם, פסקה 21 לפסק הדין.
 43 בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245 (2000).
 44 בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684 (2007).
 45 עניין בג"ץ היומנים (לעיל, הערה 27).
 46 עניין קניאס (לעיל, הערה 35), פסקה 5 לפסק הדין.
 47 בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.4.2014).

המידע מהותי לנושא הדיון, או כאשר בעל דין ביקש את גילוי ו הוא נדרש לבירור מהימנותו של עד.⁴⁸ אשר לתיקים סגורים נקבע כי לשון החוק וההיסטוריה החקיקתית מובילים למסקנה שניתן למסור מידע על אודותיהם אך ורק לגופים המפורטים בתוספת השלישית לחוק, ועל כן הם אינם בגדר "חומר חקירה" ואין למסרם לנאשם.⁴⁹

(ד) סעיף 74 וחוק חופש המידע

שאלת המסלול המתאים להגשת בקשה לקבלת חומרי חקירה נדונה בשנת 2013 בפרשת ג'ולאני, שעסקה ביחס שבין סעיף 74 לחסד"פ לבין חוק חופש המידע.⁵⁰ המערערים, שהואשמו בעברה (החדשה יחסית) של החזקה בתנאי עבדות, ביקשו לבסס טענה של אכיפה בררנית בעניינם, ולשם כך הגישו עתירה מנהלית במסגרת חוק חופש המידע בדרישה לעיין בהחלטות בכל הנוגע להעמדה לדין במקרים דומים. בית המשפט העליון, שדן בערעור על דחיית העתירה בבית המשפט לעניינים מנהליים, צמצם את גדר הבקשה לתמצית עובדתית של 15 תיקים שבהם לא הוגשו כתבי אישום בגין העברה. הערעור התקבל לבסוף בנוגע לתיקים אלה ובשים לב להיעדר תקדימים בנוגע לעברה זו. ואולם, שופטי העליון נחלקו ביניהם באשר למסגרת הדיונית הראויה – חוק חופש המידע שמכוחו הוגשה העתירה המקורית, או סעיף 74 לחסד"פ. השופטת ברק-ארז נימקה את החלטתה בכך שלפחות חלק מן החומרים שהתבקשו נוצרו בידי גורמי התביעה (להבדיל מרשויות החקירה), ולכן לא חסו תחת כנפי החריג שנקבע לתחולתו של חוק חופש המידע בסעיף 14(א)(9).⁵¹ עוד ציינה כי בפני נאשמים פתוחה הדרך להגיש בקשה מכוח חוק חופש המידע במקרים המתאימים.⁵² השופט הנדל, שאמנם הצטרף לתוצאה, הביע את עמדתו כי החריג חל, וכי המסגרת הדיונית המתאימה לעיון בבקשות מסוג זה היא דווקא סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי והנחייית פרקליט המדינה הרלוונטית.⁵³ מכל מקום, השאלה הושארה בצריך עיון היות שההכרעה בשאלת המסלול הדיוני לא הייתה דרושה בעניין ג'ולאני. מנגד, בעניין וייס נקבע כי הדרך לקבל מידע לביסוס טענה של אכיפה בררנית היא לפנות בבקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.⁵⁴ אם כן, אף

48 שם, פסקה 27(א) לפסק הדין.

49 שם, פסקה 27(ב) לפסק הדין.

50 ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2013) (להלן: עניין ג'ולאני).

51 החריג קובע כי גופי החקירה המשטרתיים אינם כפופים לתחולת סעיף 14. להרחבה ראו גם: דפנה ברק-ארז "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד" הסניגור 200, 14, 18 (תשע"ג).

52 עניין ג'ולאני, לעיל הערה 50, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

53 שם, בפסק דינו של השופט הנדל, הקובע כי היה ניתן להיענות לבקשה על יסוד הנחיית פרקליט המדינה מס' 14.8, המשלימה את סעיף 74 לחסד"פ וקובעת את חובתה הבסיסית של הפרקליטות לאפשר עיון בתיקי חקירה, כאשר הפונה מצביע על אינטרס לגיטימי והגילוי אינו כרוך בפגיעה באינטרסים חשובים אחרים.

54 ע"מ 2668/15 מדינת ישראל נ' וייס (פורסם בנבו, 12.5.2015).

במפגש שבין חוק חופש המידע לסעיף 74 לחסד"פ, וביניהם לסעיף 108 לחסד"פ, התשובה בדבר המסלול הנכון אינה ברורה.

2. הגדרת חומר חקירה

האם מסמכים העוסקים במצבה הנפשי והרפואי של מתלוננת ייחשבו חומר חקירה? בית המשפט דן בסוגיה זו בעניין אבו גאנם, שם ביקש הנאשם לעיין במסמכים העוסקים במצבה הנפשי והרפואי של המתלוננת קודם לאירוע מושא כתב האישום. באותו עניין הוסכם בין הצדדים כי לא חל על מסמכים אלו חיסיון לפי סעיף 49 לפקודת הראיות. השופט שוהם פסק כי "אין לקבל את טענתו של העורר לפיה עיון במסמכים הרפואיים המבוקשים יתרום לניהול הגנתו"⁵⁵, וכי "ספק רב בעיניי האם מסמך זה עשוי להיות רלוונטי לכתב האישום שהוגש נגד העורר"⁵⁶. עם זאת בשל הגישה המרחיבה הנהוגה בפסיקה באשר להגדרת "חומר חקירה" הורה בית המשפט על העברת חלקים מאחד המסמכים לעיונו של הנאשם-העורר בעקבות איוון קונקרטי בין זכותו של הנאשם לנהל את הגנתו לבין הגנה על זכויותיה של המתלוננת לפרטיות.

3. היקף חובת התביעה לפרט את רשימת חומרי החקירה

חוק סדר הדין הפלילי מבסס את זכותה של ההגנה לעיין בחומר החקירה ואף ברשימת החומר שאספה ורשמה הרשות החוקרת. לרשימה חשיבות רבה, שכן היא מאפשרת ליידע את ההגנה על חומרים שהתביעה החליטה כי אינם חוסים בהגדרת חומר חקירה. היבט נוסף של סוגיית הרשימה נדון לאחרונה בפרשת הירשמון,⁵⁷ שם הואשמו 36 נאשמים בבית המשפט המחוזי בהונאת ענק ובהלבנת כספים. חומר החקירה השתרע על פני 140 קלסרים וכלל כ-40,000 מסמכים. בית המשפט קיבל את טענת הנאשמים שלפיה אין להסתפק ברשימה המכילה קישורים למסמכים סרוקים, כפי שנפסק בבש"פ מור.⁵⁸ השופט רובינשטיין עמד על כך שבפרשייה שבה מספר רב של נאשמים על התביעה לשייך את חומר החקירה לכל אחד מהנאשמים, במידת האפשר, לשם הגשמת זכות העיון.⁵⁹ העברת הנטל לידי הנאשמים, נפסק, משמעה תוספת הוצאות הגנה. כמו כן התביעה ממילא צריכה להעריך אילו ראיות קיימות נגד כל נאשם לצורך קבלת החלטה

55 עניין אבו גאנם, לעיל הערה 38, פסקה 19 לפסק הדין.

56 שם, פסקה 20 לפסק הדין.

57 בש"פ 5027/14 מדינת ישראל נ' הירשמון (פורסם בנבו, 31.7.2014) (להלן: פרשת הירשמון).

58 בש"פ 3553/13 מור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2013).

59 פרשת הירשמון, לעיל הערה 57, פסקה יז לפסק הדין.

על הגשת כתב אישום. בנסיבות אלו נקבע כי על התביעה להכין רשימה אחת של כל החומרים בתיק תוך ציון – גם אם לא ממצה – למי מבין המשיבים משויכות הראיות.⁶⁰

4. זכות העיון בחומר חקירה לקראת שימוע

על פי סעיפים 74 ו-60א לחסד"פ, לחשוד אין זכות כי חומר החקירה יועבר אליו לפני הגשת כתב האישום לצורך שימוע. אולם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה,⁶¹ ובעקבותיהן הפסיקה,⁶² קבעו כי בכפוף לשיקול הדעת של התביעה, ככלל, יועברו לחשוד עיקרי חומר החקירה לקראת השימוע. העברת החומר יכול שתוגבל כשיש בה כדי לפגוע בעניינם של מעורבים אחרים, להפריע להכנות למשפט או לגרום נזק אחר. השאלה מהו עיקר חומר החקירה נדונה בעתירה שהגישה חברת "ארנה קפיטל" לבג"ץ (עניין ארנה).⁶³ באותו עניין התעוררה השאלה אם על הפרקליטות להעביר לידי החשודים שבעניינם יש כוונה להגיש כתב אישום בעברה על חוק ניירות ערך, חוות דעת של מומחה מתחום שוק ההון וניירות ערך. המדינה סירבה להעביר את חוות הדעת כיוון שזו עדיין לא הייתה מוכנה, וסברה שאין מקום להמתין עם עריכת השימוע עד שחוות הדעת תהיה מוכנה. בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה וקבע כי חוות הדעת אינה ראייה מכלי ראשון אלא עדות סברה, וכזו היא אינה מצויה בליבת חומר החקירה.⁶⁴

5. העלאת טענת זכות העיון: מהי הערכאה המתאימה?

חשובה יותר ההחלטה הדיונית של בג"ץ בתיק זה. בעניין ארנה קבע בג"ץ כי על הטענות בדבר אי-מסירת החומר להידון בפני הערכאה הדיונית.⁶⁵ בכך ממשיך בית המשפט העליון במגמה שהחלה בפסק הדין בעניין ניר עם כהן,⁶⁶ שלפיה, ככלל, טענות מנהליות שיש לחשוד נגד רשויות האכיפה והתביעה, ובכלל זה טענות הנוגעות לליקויים שקדמו

60 שם, פסקה יח לפסק הדין.

61 "טיעון לפני הגשת כתב אישום (פלילי)" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3001 (מרץ 2007); כן ראו: בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליטת המדינה, פ"ד מה(2) 872, 876–877 (1991).

62 בג"ץ 2678/07 קצב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.4.2007).

63 בג"ץ 3845/13 ארנה קפיטל זירת מסחר 2009 בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.8.2013) (להלן: עניין ארנה).

64 שם, פסקה 7 לפסק הדין. עדות סברה היא עדות בדבר מסקנות, בשונה מראיה מכלי ראשון שמוסר עד שקלט את האירוע בחושו. ראו למשל: ע"פ 2331/08 קסטרו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.4.2009); יעקב קדמי על הראיות: חלק שני 754 (תשס"ט).

65 עניין ארנה, לעיל הערה 63, פסקה 4 לפסק דינו של השופט סולברג.
66 בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.2.2006).

להגשת כתב האישום, יש להעלות בפני הערכאה הדיונית ולא בפני בג"ץ.⁶⁷ נכונותו של בג"ץ להרחיב את הלכת ניר עם כהן גם לסיטואציה זו מעניינת, שכן כשהנאשם מבקש חומר לצורכי שימוע עדיין אין הליך בפני הערכאה הדיונית. משמעות ההכרעה האמורה היא כי לערכאה הדיונית סמכות להכריע בטענות כנגד התנהלות רשויות התביעה אף אם עדיין לא הוגש כתב אישום ועל כן אין מתקיים בפניה כל הליך בעניין הנדון.⁶⁸ לסיכום חלק זה, נראה שטרם ניתנו תשובות ברורות לשאלת המסלול המתאים לבקשת חומר חקירה, הן בעניין היחס שבין סעיפים 108 ו-74 לחוק סדר הדין הפלילי והן בעניין היחס שבין שני הסעיפים הללו לבין חוק חופש המידע. עם זאת ניכר כי ההחלטות האחרונות של בית המשפט העליון עומדות בסימן העדפת סעיף 108 על סעיף 74, לפחות בכל הנוגע לעיון בחומר חסוי של עדי תביעה שלא נאסף כחומר חקירה. רק בסוגיה אחת, בקשות לקבלת מידע מהמרשם הפלילי, הסירה הפסיקה את העמימות בקביעה כי אלו ייבחנו לפי הוראות סעיף 74. בתוך כך היקף השתרעותה של הזכות לעיון בחומר חקירה הולך ומתבהר תוך התייחסות לקטגוריות ספציפיות של מידע, דוגמת חוות דעת מומחה ומסמכים הנוגעים למצבם הרפואי והנפשי של מתלוננים.

חלופות להליך הפלילי

בעוד שבמדינות העולם גוברת ההכרה בחסרונות הרבים של ההליך הפלילי הקלאסי והענישה הרגילה, ובייחוד עונש המאסר, בישראל עדיין יש התנגדות חריפה, בעיקר במשטרת ישראל, להמרת הליכים פליליים העשויים להסתיים בכליאה, בהליכים חלופיים.⁶⁹ עם זאת, ולמרות ההתנגדות האמורה, התגבשו בשנים האחרונות כמה חלופות, בדרך כלל בדרך של יזמות כמעט פרטיות, אשר קיבלו לבסוף גושפנקה של הפרקליטות, של בתי המשפט או של המחוקק.⁷⁰

- 67 לדיון בסוגיה של העלאת טענות מנהליות בהליך הפלילי ראו: רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, תשע"ה).
- 68 ראו שם, בעמ' 555 וכן בג"ץ 7393/07 דור-אלון תפעול תחנות דלק בע"מ נ' רשות המיסים בישראל (פורסם בנבו, 28.10.2007).
- 69 הכוונה לעברות פליליות "רגילות", כגון התפרצות ותקיפה, להבדיל מעברות ייחודיות כמו עברות צווארון לבן, שם הרחיב המחוקק מאוד את החלופות, בייחוד כדי להקל על מנגנוני האכיפה. ראו: סעיף 260 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; פרק ח' 3 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 וכן פרק ה' לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, העוסקים בעברות צווארון לבן. הטלת עיצומים כספיים נהוגה גם בעברות מנהליות שונות, כגון בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.
- 70 לא עסקתי כאן בחלופות ותיקות יותר, דוגמת בית המשפט לנפגעי סמים, שפועל בארץ מאז שנת 2003 במתכונת פיילוט בבית משפט השלום בתל-אביב.

1. נוהל הטיית תיקים

החלופה הראשונה מבחינה כרונולוגית היא נוהל הטיית התיקים, שאותו ניסח צוות בראשות פרקליטת מחוז תל-אביב לשעבר, אריאלה אנטלר סגל ז"ל. במסגרת נוהל זה, המצוי (עדיין) בשלב ניסיוני, מוצע למי שביצעו עברה מסוג עוון בפעם הראשונה ושבעניינם גובשה תשתית מספקת להגשת כתב אישום, ואשר עומדים ביתר התנאים הקבועים בנוהל, להשתתף בתכנית חלופית להליך הפלילי, אשר אם יעמדו בה בהצלחה ייסגר התיק בעניינם.⁷¹ לפי הנוהל, התאמת התכנית והוצאתה לפועל תיעשה בידי שירות המבחן, אשר יכול לכלול בתוכה רכיב אחד או יותר מתוך מגוון של אפשרויות כגון שירות לתועלת הציבור (של"ץ), פעולות שיקום שונות, פיצוי לנפגע, פעילות צדק מאחה וכדומה.⁷² בפועל, המופנים לתכנית נדרשים להגיע לארבעה מפגשים פסיכו-חינוכיים ולתת 60–90 שעות שירות לתועלת הציבור. מיעוט קטן יחסית מופנה גם להליכי צדק מאחה. החלטה של קצין המבחן המופקד על ביצוע התכנית כי המופנה לא עמד בתנאיה תגרור הגשת כתב אישום לפי ההליך הפלילי הרגיל.⁷³ עד כה הופעל הנוהל במחוזות תל-אביב והמרכז בלבד, ובמסגרתו הופנו לשירות המבחן כמאה אנשים, שני שלישים מתוכם על ידי הפרקליטות ורק שליש על ידי יחידות התביעה המשטרית, אשר כאמור לעיל רואה בחשדנות רבה יותר את השימוש בחלופות בעברות בעלות חומרה בינונית.

ביולי 2014 הוסיפה הכנסת את הוראת סעיף 67א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי, הקובעת כי אין לסגור תיק נגד נאשם בתנאים אלא על פי ההוראות הקבועות להסדר סגירת תיק.⁷⁴ לפיכך החל משנת 2014 על הפעלת הנוהל להיעשות על פי הוראות העוסקות בסגירת תיק בהסדר. להוראות אלו אפנה כעת.

2. הסדר סגירת תיק: מתי תמומש ההבטחה?

החלופה של סגירת תיק בהסדר אומצה בתיקון מס' 66 לחסד"פ ומופיעה כיום בסעיפים 67א–67ב לחוק. החלופה מתבססת על הצעת חוק שהוצעה במאמר שפורסם בשנת 2006,⁷⁵ והיא מאפשרת לתביעה להגיע להסדר עם חשודים בכל העברות מסוג חטא או עוון, כמו גם בעברות מסוג פשע שיפורטו בתוספת השישית לחוק. במסגרת ההסדר מוסכם עם החשוד כי אם יודה במיוחס לו ויעמוד בתנאים שייקבעו – תנאים אשר עמידה

71 נוהל הפעלה לתוכנית "הטיה מהליך פלילי" לבגירים – דין וחשבון הוועדה הבינ-משרדית 4 (לא פורסם).

72 שם, שם.

73 שם, בעמ' 18.

74 ראו: חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 68), התשע"ד–2014, ס"ח 880.

75 אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה – הצעה להליך חדש" עיוני משפט ל 125 (תשס"ז–תשס"ח).

בהם תענה על העניין לציבור בהליך – לא יוגש נגדו כתב אישום. בין התנאים שניתן להעמיד לסגירת תיק בהסדר נמצאים העברת תשלום לאוצר המדינה עד לסכום של 29,200 ש"ח (נכון לדצמבר 2014) והעברת תשלום לנפגע עד לסכום דומה, התחייבות להימנע מביצוע עברה, עמידה בתכנית טיפול, תיקון, בשירות לתועלת הציבור (של"ץ) או במבחן בפיקוח שירות המבחן, וביצוע פעולות לתיקון הנזק שגרמה העברה. כמו כן ניתן לקבוע בהסדר כאמור הסכמה על פסילת רישיון נהיגה, הפקדת כלי ירייה, התחייבות שלא להיכנס למקום מסוים או שלא ליצור קשר עם אדם מסוים, התפטרות או התחייבות שלא לשמש בתפקיד מסוים ועוד – והכול לתקופה שלא תעלה על שנה.

החוק נועד לאפשר העברת מרבית ההליכים בעברות הקלות יחסית להליך החלופי.⁷⁶ כיום מובילים הליכים כאלה לגזרי דין שלרוב אינם כוללים מאסר בפועל, ועל כן היה צפוי שהשימוש בחלופות יביא לצמצום ניכר של העומס על בתי המשפט ורשויות האכיפה. אלא שאף שהחוק נכנס לתוקפו כבר בחודש מאי 2013,⁷⁷ ההבטחה של החוק רחוקה ממימוש. הסיבה העיקרית לכך היא התנגדות חריפה של המשטרה לשימוש בחוק כחלופה להליכים פליליים. בעבר הביעו נציגי המשטרה את עמדתם כי במקום זאת החוק צריך לשמש להרחבת רשת האכיפה על עברות שכיום אין מוגש בעניינן כתב אישום. אולם משאבים להרחבת רשת זו לא הוצעו, והתוצאה היא שהמשטרה התנגדה להחלת החוק. בשלבים מאוחרים יותר של הליך החקיקה הדגישו במשטרה את הצורך בהקמת מנגנון ליישום החוק, המחייב היערכות ומשאבים רבים.⁷⁸ בשל התנגדות המשטרה קבע היועץ המשפטי לממשלה בהנחיה שבשלב זה החוק ייושם רק בעברות שבאחריות הפרקליטות.⁷⁹ אלא שמטבע הדברים הפרקליטות מטפלות בעברות החמורות יותר, ולכן בדרך כלל העברות שבטיפול הפרקליטות מתאימות פחות להליך חלופי זה. התוצאה היא כי עד דצמבר 2015 אוזכרו באתר משרד המשפטים רק 60 הסדרים מותנים שהושלמו בנוגע לעברות פליליות שבטיפול הפרקליטות.⁸⁰ הסדרים נוספים נערכים רק במספר מצומצם של עברות, כגון עברות על דיני העסקת עובדים שבאחריות משרד הכלכלה, וכן בעברות תכנון ובנייה שבסמכות הוועדות המקומיות.⁸¹

76 שם, בעמ' 127.

77 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66 – סגירת תיק בהסדר), התשע"ב–2012, ס"ח 599.
78 ראו: דברי רמ"ח תביעות במשטרה, נצ"מ דודו זמיר, בפרוטוקול ישיבה מס' 634 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת השמונה-עשרה 17–18 (25.6.2012) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 634).

79 "הפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] – הסדר מותנה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 (מאי 2013).

80 הנתונים נכונים לראשית חודש דצמבר 2015. לכל ההסדרים המותנים בתיקי פרקליטות שנערכו והסתיימו ראו: <http://index.justice.gov.il/Units/Advocacy/News/Pages/Hesder-mutne.aspx>.

81 פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת העשרים 8 (9.6.2015).

החוק אפוא לא יושם אף באחד מעשרות אלפי התיקים שבטיפול התביעות המשטריות, ועד כתיבת שורות אלו הסתיימו רק כ־30 תיקים מאלו שבטיפול הפרקליטות במסגרת הליך זה: כשליש מהתיקים עסקו בעברות שנובעות מנשיכות כלבים, ומיעוטם בעברות של מח"ש, עברות על חוק המחשבים והפרת סימני מסחר.⁸² סיבה נוספת לצמצום השימוש בהסדר היא הקפאת הסעיפים המאפשרים העמדת אדם במבחן, הטלת של"ץ ושליחת החשוד לטיפול בפיקוח שירות המבחן. הוראות אלו הוקפאו עד ששירות המבחן יקבל את המשאבים לקיימן.⁸³

סבורני כי הנחיה זו של היועץ המשפטי אינה יכולה לעמוד בביקורת משפטית. המחוקק היה מודע להתנגדות המשטרה ולטענותיה כי יקשה עליה ליישם את החוק. חלק גדול מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט סבבו סביב טענת המשטרה כי אין בידיה משאבים מתאימים ליישום החוק. עמדת המשטרה הושמעה בדיונים אף שדובר בהצעת חוק ממשלתית שזכתה לתמיכת הממשלה במשך כל הליכי החקיקה.⁸⁴ כדי לאפשר למשטרה לסיים את התארגנותה נקבע בסופו של תהליך כי החוק ייכנס לתוקפו תשעה חודשים לאחר חקיקתו, אף שהממשלה ביקשה רק שישה חודשים להיערכות.⁸⁵ בכך הביעה הכנסת את עמדתה הברורה כי בתום תשעת החודשים יש להתחיל ביישום החוק. החלטת היועץ המשפטי לממשלה להחריג את כל העברות שבטיפול יחידות התביעה המשטריות מהחוק מרוקנת אותו למעשה מתוכן וחותרת תחת כוונת המחוקק. אמנם החוק מסמיך את רשויות התביעה לקבוע בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה אילו סוגי עברות יטופלו במסגרתו ובאילו תנאים,⁸⁶ אולם ברי כי מטרת הסעיף להבטיח שהחוק יוחל רק על המקרים המתאימים שבהם הפעלתו תמצה את העניין לציבור ולא כדי לאפשר למשטרה להימנע מהפעלתו. למעשה, מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט שהובאו לעיל עולה בבירור כי הכוונה הייתה שהמשטרה תהיה מחויבת להפעילו לאחר כניסתו לתוקף, אף שהתנגדותה להפעלתו בתנאים הנוכחיים הייתה ידועה במהלך

82 ראו לעיל הערה 80. כן נסגרו, נכון ליולי 2015, שלושה תיקי תקיפה ברף הנמוך של חומרה.

83 ראו: סעיף 67 לחסד"פ.

84 ראו למשל: פרוטוקול ישיבה מס' 634, לעיל הערה 78, שם הסביר רמ"ח תביעות, נצ"מ דודו זמיר, את הצורך בהיערכות מנהלית מקיפה בשל היקף התיקים. גם היועץ המשפטי של המשרד לביטחון פנים טען בישיבה כי בטרם חקיקת החוק יש להבטיח את התקציב הדרוש, ויו"ר הוועדה דחה את טענתו באמרו כי המשטרה הייתה צריכה להעלות את הבעיות התקציביות בוועדת השרים לחקיקה (אשר אישרה את החוק בהסכמת השר לביטחון פנים), וכי ועדת החוקה אינה אחראית למציאת המשאבים.

85 ההצעה שהובאה לדיון ביום הדיונים האחרון להכנת החוק קבעה כי יספיקו שישה חודשים להתארגנות, אולם בסופו של דבר, במהלך הדיון, החליטה הוועדה לקבוע כי החוק ייכנס לתוקפו תשעה חודשים לאחר חקיקתו בשל טענות המשרד לביטחון פנים על הצורך בהתארגנות. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 653 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת השמונה-עשרה (17.7.2012).

86 ראו: סעיף 67 לחסד"פ.

ההליכים כולם.⁸⁷ מטעם זה שיקולים שאינם קשורים להתאמת העברה לסוג ההסדר האמור, ובכלל זה השיקול של התנגדות המשטרה להיערך להחלת החוק, הם שיקולים זרים להוראת החוק האמורה ולכן פסולים.

ההחלטה האמורה של כל העברות שבטיפול התביעה המשטרתית אינה סבירה גם מהטעם שבמהותן, עברות אלו מתאימות לטיפול באמצעי חלופי זה יותר משהעברות שבטיפול הפרקליטות מתאימות לכך. הסיבה היא שפרקליטות המדינה מופקדת על הטיפול בתיקים החמורים יותר, הסבוכים יותר, ופעמים רבות גם הרגישים יותר, ואילו התביעה המשטרתית – על הטיפול במרבית העברות ה"רגילות" שבסמכות בתי משפט השלום.⁸⁸ הקושי בהחלטה נלמד גם מהתייחסותו הישירה של החוק לתובע מהתביעה המשטרתית כמי שמוסמך להפעיל את ההסדר. גם מכאן עולה כי ההחלטה של כלל העברות שבטיפול התביעה המשטרתית מתחולת החוק חותרת תחת תכליתו, ולכן חורגת לכאורה ממתחם הסבירות.

ניתן לטעון כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי להחריג את עברות התביעה מתחולת החוק כל עוד מדובר בהחלטה זמנית, שנועדה לאפשר למשטרה להיערך להפעלתו. לדעתו, אין בסיס לטענה זו: ראשית, מכיוון שהמחוקק היה מודע לטענות המשטרה והחליט לתת ארכה של תשעה חודשים למטרה זו בדיוק. הממשלה, שהייתה יכולה למשוך את ההצעה בכל עת, תמכה בחוק בכל השלבים ולא ביקשה ארכה ממושכת יותר. מכאן שהסמכת היועץ המשפטי לממשלה לקבוע תנאים להחלת החוק לא נועדה לאפשר למשטרה ארכת הסתגלות כזו. לשם השוואה, בקשת שירות המבחן לאפשר לו תקופה הסתגלות ארוכה יותר התקבלה, ולפי הצעת הממשלה⁸⁹ נקבע בחוק מפורשות כי הכללת תנאים הדורשים פיקוח של שירות המבחן בהסדר תתאפשר רק לאחר ששירות המבחן, באישור שר הרווחה, יודיע כי הוא ערוך להפעלת החוק.⁹⁰ העובדה שהמשטרה, כאמור, לא קיבלה סמכות דומה לדחות את כניסת החוק לתוקף בתחומים שבאחריותה מלמדת שלא הייתה כוונה לאפשר החלטה כזו.

שנית, ברי כי המחוקק סבר שהתביעה המשטרתית נדרשת להפעלת החוק לסגירת תיק בהסדר, שכן לשונו הגדירה מפורשות גוף זה כמוסמך לסגור תיקים בעילה של הסדר

87 כאמור, המשטרה הייתה גורם מרכזי בדיונים, ואף ניתנה לה הזדמנות להציג את עמדתה למרות השוני מעמדת הממשלה. כאשר נדונה הצעה לתיקון החוק, העיר נציג הסנגוריה בוועדת חוקה, חוק ומשפט על הימנעות המשטרה מיישום החוק, והיועצת המשפטית של הוועדה השיבה ברמז: "יהיו לכם 'קייסים' הרבה יותר חזקים לטעון אם החוק לא יופעל, בוא נגיד את זה ככה, אחרי שהתיקון הזה יאושר". ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 193 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת התשע-עשרה (2.6.2014).

88 לחלוקת התפקידים בין הפרקליטות לבין התביעה המשטרתית ראו: סעיף 60 לחסד"פ.

89 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח הממשלה 416.

90 ראו: סעיף 67 לחסד"פ, הקובע כי מעורבות שירות המבחן בגיבושו של הסדר סגירת תיק תהיה מותנית בהודעת השירות לרשות התביעה.

מותנה, לרבות קביעת זהותו של תובע (ותובע בכיר) לצורך החוק. הוצאת התביעה מתחולת החוק מרוקנת הוראות אלו מכל תוכן.

שלישית, ההוראה שמכוחה הוצאה ההנחיה קובעת כך: "רשות תביעה רשאית להחיל את הוראות סימן זה לעניין סוגי עבירות ובתנאים, כפי שתקבע בהנחיות באישור היועץ המשפטי לממשלה". דהיינו, "רשות תביעה" – במקרה זה התביעה המשטרית – רשאית לקבוע סוגי עבירות ותנאים שעליהם יוחל החוק. מכאן שאינה רשאית לקבוע כי החוק לא יוחל לחלוטין בתיקים שבטיפול.

רביעית, ההסמכה לקבוע עבירות ניתנה ליועץ המשפטי לממשלה אשר אמון על האינטרס הציבורי באכיפת החוק ולא על השיקולים התקציביים והמנהליים. לו רצה המחוקק לקבוע סמכות שמטרתה לאפשר למשטרה להיערך להחלת החוק מבחינה תקציבית, הוא היה מסמיך גורם מנהלי, כמו השר לביטחון פנים, ולא את ראש התביעה הכללית. הסמכת היועץ המשפטי לממשלה מלמדת כי מטרת ההוראה הייתה להנחות את גורמי התביעה בהפעלת החוק על בסיס שיקולים משפטיים של עניין לציבור ולא כדי לאפשר למשטרה ארכה נוספת להפעלת החוק על זו שניתנה לה מפורשות. מכאן שהשיקולים שהנחו את היועץ המשפטי, שהם בעיקרם חוסר רצונה של המשטרה להפנות משאבים להיערכות הנדרשת לפי הוראות החוק, הם שיקולים הזרים לחוק.

חמישית, אף לו היה רשאי היועץ המשפטי לממשלה לשקול את היערכותה המנהלית של המשטרה ולהאריך את זמן ההתארגנות שקבעה הכנסת, אין זה סביר שהארכה תהיה כה ממושכת. הכנסת סברה שדי בתשעה חודשים לצורך ההתארגנות ויישום החוק, אולם קביעת ארכה נוספת שמשכה אינו מוגדר והוא כבר עולה בהרבה על הארכה המקורית שקבעה הכנסת, חורגת מכוונת המחוקק, ולכן מעניקה משקל רב מדי לשיקולים המנהליים של המשטרה, בחריגה ממתחם הסבירות.

יש להניח כי סוגיה זו תעמוד בקרוב בפני בתי המשפט. נאשמים יוכלו לטעון נגד סירובה של התביעה המשטרית לשקול חלופה של סגירת תיק בהסדר, ובדרך זו, בעקיפין, לתקוף את חוקיות ההנחיה האמורה.⁹¹ מבחינה מהותית, ככל שהחרגת המשטרה בהנחיה אכן בטלה, המשטרה חייבת לבחון בכל מקרה ומקרה אם היה נכון להסתפק בסגירת תיק בהסדר. אמנם המשטרה אינה חייבת להציע לחשודים הסדרים בכל מקרה, והדבר נתון לשיקול דעתה, אולם סירובה לבחון את האפשרות פסול בשל החובה של כל רשות לשקול הפעלת סמכויותיה, גם אם אלו סמכויות שבשיקול דעת.⁹²

91 רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" הסניגור 205, 4, 7 (תשע"ד). המחבר עומד על כך שנוכח הוספת חלופות להליך הפלילי נוספה עילה אפשרית לטענה נגד עצם ההחלטה להעמיד נאשם לדין, וכי יהיו מקרים שבהם יהיה ניתן לטעון כי היה מקום לנקוט

הליך של אכיפה מנהלית ולהעדיפו על פני ההליך הפלילי, בהיותו מידתי וראוי יותר. 92 דג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195, 210–211 (1995).

מבחינה דיונית, אם בתי המשפט יקבעו שאכן נפל פגם בפעולת התביעה המשטרית בסרבה לבחון את ההצעה, לערכאה הדיונית סמכות לקבוע את הסעד הראוי – אם זה ביטול כתב האישום, אם מחיקתו עד שהמטרה תשקול את החלופה, אם הימנעות מהרשעה או כל סעד אחר. כפי שנקבע בעניין ניר עם כהן (הלכה שלא הופנמה עד תום בערכאות הדיוניות), הסמכות לבחון אם נפלו פגמים בהליכים שקדמו להגשת כתב האישום ולתת סעדים לתיקון פגמים אלו מצויה בידי הערכאה הדיונית.⁹³ יש לקוות כי לאחר שיתקבלו כמה טענות כאלו, תבוטל ההחלטה של המשטרה, ואז יוכל ההסדר החדש לממש את ההבטחה הגלומה בו ולהוות שינוי של ממש באופן הטיפול בעברות פליליות קלות.

לפיכך אף שבשלב זה ההבטחה של החוק טרם מומשה, בטווח הרחוק מעט יותר יש לצפות כי הליכים פליליים רבים יטופלו במסגרת חלופה זו. הניסיון ממדינות אחרות שאימצו חלופות כמו זו מלמד כי במשך השנים הופך השימוש בחלופה לכלי מרכזי עד כי שיעורים דו-ספרתיים מבין התיקים המגיעים לתביעה מטופלים באמצעותם מבלי להגיע לבתי המשפט כלל, ובחלק מהמדינות מספר ההסדרים אף גדול ממספר כתבי האישום.⁹⁴

יצוין כי לאחר כתיבת דברים אלו, ולאחר שהסנגוריה הציבורית העבירה טיוטת מאמר זה ליועץ המשפטי לממשלה,⁹⁵ הודיע היועץ המשפטי לממשלה ב-9 ביוני 2015 לוועדת החוקה כי בתוך שלושה חודשים יחול החוק גם על עברות שבסמכות התביעה המשטרית, גם אם התביעה המשטרית לא תגיע לסיכומים בנושא עם משרד האוצר.⁹⁶ בחלוף ארבעה חודשים ממועד מתן הבטחה זו הודיע המשנה ליועץ המשפטי ליו"ר ועדת החוקה של הכנסת על דחייה נוספת של כחצי שנה בהפעלת החוק, והבטיח כי החוק יקום החל ממאוס 2016 באשר לשבע עברות.⁹⁷ במאוס 2016 שונתה ההנחיה אולם להתחייבות שניתנה לכנסת, החוק הוחל רק על שלוש עבירות שבאחריות התביעה המשטרית ולא על שבע.⁹⁸

93 בג"ץ ניר עם כהן, לעיל הערה 66.

94 ראו: גזל-אייל, לעיל הערה 75, בעמ' 128–136. ראו גם: JÖRG-MARTIN JEHL & MARIANNE WADE, COPING WITH OVERLOADED CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS: THE RISE OF PROSECUTORIAL POWER ACROSS EUROPE 88–97 (2006).

95 ראו גם גלעדי, לעיל הערה 67, בעמ' 553.

96 "החלטת יועץ בעניין החלת חוק סגירת תיק בהסדר מותנה על עבירות שבסמכות התביעה המשטרית" (10.6.2015) <http://index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Pages/AttorneyGeneral1006.aspx>.

97 ראו מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רוז נורי, ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 21.10.2015.

98 הפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] – הסדר מותנה (4.3042) (עדכון מאוס 2016).

3. בית משפט קהילתי

בתחילת חודש דצמבר של שנת 2014 נחנך בבאר שבע בית המשפט הקהילתי הראשון בישראל. את הפרויקט יזמה והניעה ד"ר דניאלה ביניש, בהובלת עמותת אשלים של הג'וינט בישראל ובשיתוף פעולה עם משרד המשפטים, משרד הרווחה, הנהלת בתי המשפט ורשויות נוספות. באוקטובר 2015 נחנך ברמלה בית משפט קהילתי נוסף.⁹⁹ היתרונות העיקריים של בית המשפט הקהילתי נעוצים באוריינטציה הטיפולית של השופטים הקהילתיים ובשיתוף הפעולה בין גורמי החקירה והתביעה, שירות המבחן ובית המשפט, שיאפשרו לנאשמים רבים יותר להיכנס להליכים שיקומיים וכך לבדד להפחית את שיעורי הפשיעה. ההליך בבית המשפט הקהילתי מתחיל בהליך הפלילי הרגיל, כאשר הנאשם מובא להקראה בפני בית משפט השלום. אם הנאשם מודה בעברה, יכול בית המשפט להחליט, בהתקיים קריטריונים מסוימים, שהעיקרי שבהם הוא יכולת שיקומו של העבריין, להעביר את התיק לטיפולו של בית המשפט הקהילתי. בטרם יוחלט על העברת התיק נדרש בית המשפט לקבל הסכמה של התביעה ושל ההגנה למהלך. בית המשפט מקבל את החלטתו בהסתמך על "בדיקת התאמה" שמבצע קצין מבחן לנאשם. לאחר שהוחלט להעביר את התיק לבית המשפט הקהילתי, מכין בית המשפט הקהילתי בשיתוף עם שירות המבחן ושירותי הרווחה של העירייה את מתווה השיקום של הנאשם. לאורך תהליך השיקום כולו נדרש הנאשם להתייצב בפני בית המשפט הקהילתי לדיוני מעקב בעניינו, כדי שזה יוכל לבחון את מצבו ולעקוב אחריו.

בבדיקה שערך צוות היגוי שנועד לבחון את מודל ההפעלה של בית המשפט הקהילתי נמצא כי 75% מכתבי האישום שמוגשים לבתי משפט השלום מתאימים באופיים, ובעיקר בשל הזווית החברתית הבעייתית המתבטאת בתיק, להידון בבית המשפט הקהילתי.¹⁰⁰ לאחרונה הוסכם שגם דיונים בתיקי מעצר יוכלו, בתנאים מסוימים, להיות מטופלים בהליך זה, ולכן הפוטנציאל של השימוש בחלופה זו להליך הפלילי גדול.

שלוש החלופות להליך הפלילי שנסקרו בפרק זה מלמדות כי בשנים האחרונות הפנימה מערכת המשפט, במידה מסוימת, את מגבלות ההליך הפלילי ואת הצורך בכלים חלופיים ששייגו טוב יותר את מטרותיו. ואולם, הפנייה לחלופות לא נועדה להביא לביטול ההליך הפלילי. ראשית, לעתים נוכח חומרת המעשים, עקרון ההלימה (כנגזרת של עקרון הגמול) יחייב העדפה של ההליך הפלילי הרגיל, שבמסגרתו ניתן להטיל גם עונשי מאסר. שנית, לעתים דווקא ההליך הפלילי הרגיל מותאם טוב יותר להשגת מטרות הענישה, כדוגמת הגנה על הציבור, או אפילו שיקום. שלישי, פעמים רבות הנאשם אינו מוכן לשתף פעולה עם ההליך החלופי או שאינו יכול לעשות כן אף בשיתוף פעולה כזה

99 שירלי סיידלר "נחנך בית המשפט הקהילתי הראשון בישראל" הארץ (29.11.2014).
100 דניאלה ביניש ושלמה כהן "בתי משפט קהילתיים – תוכנית ומודל הפעלה" ג'וינט ישראל אשלים (ספטמבר 2014).

נדרש לרוב במסגרת החלופות. רביעית, ההליך הפלילי הרגיל הוא תנאי לקיומן של החלופות אשר חוסות בצלו. זאת כיוון שההסדרים החלופיים מחייבים את הסכמת הנאשם, הסכמה המושגת באיום שבלעדיה יהיה עליהם לפנות להליך הרגיל.¹⁰¹ בכפוף למגבלות האמורות, טיפוח נכון של החלופות למשפט הפלילי עשוי להביא להגברת יעילותו של ההליך המסורתי ולהגברת האפקטיביות שלו ככלי למניעת פשיעה ולשיפור איכות החיים של הנאשמים, של הנפגעים ושל הציבור בכללותו, תוך הפחתת העומס על מערכת המשפט והאכיפה.

גזירת הדין

כצפוי, בחלוף כשנתיים מכניסתו לתוקף של תיקון 113 חלו התפתחויות ניכרות בפסיקה בתחום גזירת הדין. בשל קוצר היריעה אסקור כאן רק מקצת ההתפתחויות שחלו בתחום זה, בעיקר בשנת 2014, וזאת בחלוקה למוקדי העניין המרכזיים הנגזרים ממבנה התיקון: קביעת המתחם, השיקולים לחריגה ממנו וכן קביעת העונש בתוך המתחם. לצד אלה אדון בסוגיות מהותיות הנוגעות להשפעת תיקון 113 על שיקולי הענישה ועל רמות הענישה הנהוגות, וכן ביחס שבין התיקון ובין סוגיית הסדרי הטיעון.

1. קביעת המתחם

השלב הראשון בהליך גזירת הדין עניינו בקביעת מתחם העונש ההולם את חומרת מעשה העברה על נסיבותיו.¹⁰² מחד, מתחם העונש ההולם הוא אינדיווידואלי, שכן יש לקבוע אותו על בסיס חומרת המעשה ולא על בסיס חומרת העברה המופשטת, כפי שזו מופיעה בספר החוקים. מנגד, מדובר בהחלטה כללית, שכן המתחם מבוסס על מעשה העברה ונסיבותיו בלבד ואינו מושפע ממאפייני הנאשם, מעברו הפלילי, מהשפעת העונש עליו ועל משפחתו, משיקולי שיקום, מהגנה על הציבור או מהרתעה ומנסיבות אחרות שאינן קשורות לביצוע העברה.¹⁰³

בתי המשפט מתקשים לעתים להבחין בין כלל שיקולי הענישה שהנחו אותם עד חקיקת התיקון לבין אלו המיוחדים לשלב המתחם. בהקשר זה אחת הדוגמאות הברורות ליישום שגוי של החוק בקביעת מתחם העונש ההולם עולה באשר למדיניות הענישה

101 להרחבה ראו: אורן גזל-אייל ענישה בהסכמה – על חלופות להליכי משפט בפלילים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, תשס"ב).

102 סעיף 40ג(א) לחוק העונשין.

103 סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין.

בסוגיית השוהים הבלתי חוקיים.¹⁰⁴ שלושה בתי משפט מחוזיים קבעו כי מתחם העונש ההולם לעברה של שהייה שלא כדין לצורכי פרנסה הוא בין חודש לחצי שנת מאסר בפועל.¹⁰⁵ פסיקות אלה התבססו במידה רבה על הסברה כי מתחם זה משקף את רמות הענישה הנהוגות בעברה. ואולם, כפי שציינתי במקום אחר,¹⁰⁶ החלטה זו, שהיו לה השלכות על מספר האנשים שנשלחו למאסר, הייתה שגויה. אדם שנכנס לישראל למטרות פרנסה בלבד, בשונה ממי שנכנס לצורך ביצוע עברה פלילית או ביטחונית, מבצע עברה ברף הנמוך ביותר של החומרה. מדובר בעברה שאין בה סיכון רב לסביבה, אינה עברה של "רע כשלעצמו" (mala per se), ואף המניע לביצועה – רצונו של אדם לפרנס את משפחתו מבלי לגזול דבר מאיש – זכה להבנה בפסיקת בית המשפט העליון.¹⁰⁷ נראה שבנקודה זו בתי המשפט המחוזיים נתפסו לכלל טעות מכיוון שמרבית השב"חים נדונו בעבר למאסר בפועל מסיבות אחרות, שאינן קשורות לחומרת העברה, כגון היותם במעצר עד הכרעת הדין והקושי למצוא עונש חליפי אחר שביכולתם לְרַצוּת, כגון קנס או של"ץ. מחקר אמפירי שערכתי אף הראה כי ההערכה שלפיה המתחם האמור משקף את רמות הענישה הנהוגות הייתה שגויה.¹⁰⁸

ואכן, לאחר שדברים אלו נכתבו, תיקן בית המשפט העליון טעות זו. בעניין אלהרוש קיבל בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על ענישת שב"חים וקבע כי מתחם העונש ההולם במקרים אלו צריך להיות מעונש של מאסר על תנאי בלבד ועד חמישה חודשי מאסר, וכי חמשת החודשים האמורים יכללו הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל.¹⁰⁹ עוד קבע בית המשפט העליון כי מתחם העונש לקנס ינוע בין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. כפי שאראה בהמשך, בתוך מתחם זה בחר בית המשפט להשית עונשים שאינם כוללים מאסר על נאשמים שהואשמו ביותר מעברה אחת, על נאשמים שתלוי ועומד נגדם מאסר על תנאי וכן על נאשם שהורשע בעברה נלווית של הפרעה לשוטר.¹¹⁰

104 אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 13, 13–27 (2013) (קביעת מתחמי ענישה של חודש עד שישה חודשי מאסר בפועל לעברת השהייה שלא כדין כדוגמה ליישום שגוי של עקרון ההלימה).

105 ע"פ (מחוזי נצי) 41708-07-12 מדינת ישראל נ' עטאללה (פורסם בנבו, 24.7.2012); ע"פ (מחוזי מרכז) 57019-07-12 מדינת ישראל נ' גבור (פורסם בנבו, 31.7.2012); ע"פ (מחוזי ב"ש) 36733-03-13 מדינת ישראל נ' גבאלי (פורסם בנבו, 20.3.2013).

106 גזל-אייל, לעיל ה"ש 104.

107 רע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל, פסקה טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.5.2009). יצוין כי מדובר בפסק דין שניתן לפני חקיקת תיקון 113 לחוק העונשין.

108 ראו: גזל-אייל, לעיל הערה 104, בעמ' 25–26.

109 עניין אלהרוש, לעיל הערה 13.

110 כך למשל ברע"פ 3242/13 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2014) הוארך מאסר על תנאי של שב"ח שהורשע בעברה נוספת של הכשלת שוטר ושעמד נגדו מאסר על תנאי בן 5 חודשים; וכן ברע"פ 1441/14 חמיס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2014), הוארך מאסר על תנאי לשב"ח שעמד נגדו מאסר על תנאי של 10 חודשים;

לפסק הדין בעניין אלהרוש חשיבות עצומה לשאלת קביעת המתחם אך גם לסוגיות נוספות. ראשית, מן הבחינה הפרקטית העברה של שהייה בלתי חוקית היא העברה הנפוצה ביותר שבגינה הוצאו עד לאחרונה צווי מאסר. מדי שנה מוגשים כ-5,000 כתבי אישום בגין עברה זו,¹¹¹ ולכן הקביעה כי העונש המזערי המותר במסגרת המתחם הוא חודש הובילה לכליאתם של אלפי אנשים, שכעת, בעקבות הלכת אלהרוש, לא ייאסרו. מכיוון שמדובר בעברה כה נפוצה, להחלטה צפויה להיות השפעה ניכרת גם על מספר הכלואים בישראל.¹¹²

שנית, מן הבחינה המהותית, בית המשפט מבהיר כי שיקולי ההלימה יכולים לשמש גם נימוק להפחתת ברמות הענישה ולא רק שיקול לחומרה. בחינת חומרתו של מעשה העברה של שב"חים הנכנסים למדינה למטרות פרנסה – לאור הסיבות שהביאו נאשמים אלה לבצע את המעשה, נזקי העברה וההיקף המוגבל של הפגיעה בריבונות המדינה משהייה שלא כדין לתקופות קצרות – לימדה כי מדובר בעברה קלה, ולכן יש לקבוע את המתחם בהתאם.

שלישית, ההחלטה חשובה גם מכיוון שמובהר בה, לראשונה, כי מתחם העונש ההולם צריך להתייחס גם למרכיבי ענישה אחרים ולא דווקא למאסר בפועל. כך, בית המשפט קובע מתחם הכולל הן מאסר – בפועל ועל תנאי – והן קנס. חשיבות רבה יש גם לקביעה כי מתחם עונש המאסר אינו מחייב כי עונש המאסר יופעל, דהיינו המתחם שנע בין מאסר על תנאי לחמישה חודשי מאסר כולל בתוכו הן את תקופת המאסר בפועל והן את המאסר המותנה, ובית המשפט יוכל להחליט איזה חלק מתוך עונש המאסר להפעיל במסגרת המתחם. עד כה העיסוק במתחמים התמקד בתקופת המאסר בפועל, ובדרך זו היה עלול ליצור הטיה מסוימת לטובת ההנחה כי על העונש לכלול מרכיב של מאסר בפועל.

2. חריגה מהמתחם

בשלב השני של גזירת הדין מצווה בית המשפט לבחון אם עליו לחרוג ממתחם העונש ההולם שקבע בשלב הראשון, כאשר החוק מכיר בשתי מטרות המצדיקות חריגה מהמתחם.

111 בעפ"ג (מחוזי מרכז) 828-05-14 אבו עצבה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2014) התקבל ערעורו של שב"ח, בעל עבר פלילי בעברות דומות, וכך חודשיים המאסר בפועל שנגזרו עליו בוטלו, ואילו עונשי המאסר על תנאי, שנגזרו נגדו, נשארו בתוקף.

112 ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 126 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת התשע"ע-עשרה (18.11.2013).

112 שיעורי הכליאה בישראל גבוהים בהרבה משיעורי הכליאה המקובלים במדינות מערביות אחרות, למעט ארצות הברית. ראו: (10th ed.) WORLD PRISON POPULATION LIST (10th ed.): ראו: <http://images.derstandard.at/2013/11/21/prison-population.pdf>.

אפשרות אחת היא הצורך בהרחקה מהציבור. סעיף 40ה מאפשר חריגה לחומרה מהמתחם כאשר בית המשפט מגיע למסקנה, בהתבסס על עבר פלילי משמעותי של הנאשם או על חוות דעת מקצועית כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עברות וההחמרה נדרשת לצורך הגנה על הציבור.

עד כה היה השימוש בסעיף זה מצומצם מאוד. מחקר אמפירי אשר בחן 143 גזרי דין שכללו עונש מאסר בבתי המשפט המחוזיים לא מצא ולו מקרה אחד שבו הוחלט על חריגה מהמתחם לצורך הגנה על שלום הציבור.¹¹³ ייתכן שהסיבה לכך היא שהמתחמים שנקבעים מחמירים ממילא, ולכן הרף העליון שלהם גבוה למדי, ובתי המשפט אינם נזקקים לחריגה מהם לחומרה. בחינה אמפירית של רמות הענישה בתוך המתחמים מאששת מסקנה זו.¹¹⁴

אפשרות שנייה שקובע החוק היא לחרוג מהמתחם למטרות שיקום. על אף קביעת עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה, לבית המשפט ניתנה בחוק סמכות רחבה מאוד, להחליף את עקרון ההלימה בשיקולי שיקום בתנאים מסוימים. סעיף 40ד לחוק קובע כי אם יש סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם, או שהוא כבר השתקם, רשאי בית המשפט לחרוג מהמתחם – ולקבוע את העונש לפי שיקולי שיקומו. בדרך זו ניתן להטיל על נאשם צו מבחן או של"ץ או עונש שיקומי אחר, גם כאשר מתחם העונש ההולם מחייב מאסר.¹¹⁵ סעיף 40ד(ב) מסייג את חריג השיקום וקובע כי כאשר חומרת העברה ואשמו של הנאשם הם בעלי חומרה יתרה, חריגה לצורכי שיקום תהיה רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן.

שאלה מעניינת אחת היא עד כמה חריגות יהיו הנסיבות שידרוש בית המשפט בסעיף זה. עד כה נמצאו שני מקרים בלבד שבהם למרות קיומה של חומרה יתרה חרג בית המשפט העליון ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום. במקרה אחד חרג בית המשפט העליון ממתחם העונש ההולם בעניינה של נאשמת ששיספה את גרונו של בעלה בשנתו והורשעה בעברה של חבלה בכוונה מחמירה. בית המשפט קבע כי מתחם העונש ההולם הוא חמש עד עשר שנות מאסר. עם זאת בהתבסס על נסיבותיה האישיות של הנאשמת ועל פוטנציאל שיקומה הגבוה, חרג בית המשפט ממתחם זה והורה על עונש של שנתיים וחצי מאסר בפועל.¹¹⁶ במקרה אחר הורה בית המשפט על עונש של עבודות שירות וצו

113 וינשל-מרגל וגלון, לעיל הערה 8.

114 שבחן את גזרי הדין של בתי המשפט המחוזיים בשנת 2013 מצא כי כמעט מחצית מהעונשים (47%) מוטלים בשליש התחתון של המתחם, עוד כ-40% בשליש האמצעי, ורק 13% מעונשי המאסר נקבעו בשליש העליון של המתחם. במצב זה הצורך בחריגה מהמתחם לחומרה אינו צפוי להתעורר לעתים קרובות.

115 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 447 (תשע"ג).

116 ע"פ 7349/14 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.5.2015). יש קושי בקביעה כי עונש של שנתיים וחצי מאסר לנאשמת הוא עונש שנקבע "לפי שיקולי שיקומו של הנאשם" כאמור בסעיף 40ד לחוק העונשין, מקום שבו קבע תסקיר המבחן שלצורכי שיקום יש

מבחן לנאשם ששדר, עם אחר יחד, נהג מונית באיומי סכין. בית המשפט, מפי השופטת ברק-ארז, קבע כי למרות החומרה היתרה במעשה מדובר במקרה יוצא דופן של הצלחה שיקומית, ולכן יש להימנע מהשתת עונש מאסר בפועל.¹¹⁷

השימוש המועט בחריגה לצורכי שיקום במקרים שבהם יש חומרה יתרה תואם את הוראות החוק. עם זאת, שלא כרוח החוק, בתי המשפט נמנעים לא אחת מגזירת העונש לפי שיקולי שיקום כשמדובר בנאשמים בני שיקום, אף אם אין חומרה יתרה במעשה העברה. לא אחת הנימוק להחלטה זו הוא שהעברה שבוצעה חמורה, הגם שלא נקבע קיומה של "חומרה יתרה". בעשותם כן עוקפים בתי המשפט את הנחיית המחוקק וקובעים למעשה כי די בחומרה כלשהי – אף אם זו אינה חומרה יתרה – כדי לוותר על האפשרות לשקם נאשם שהוכיח כי קיים סיכוי של ממש לשיקומו.¹¹⁸ בדרך זו מתרוקנת במידה רבה מתוכן בחירת המחוקק להעדיף את שיקולי השיקום באשר לנאשמים בני שיקום, ואחד מחידושי העיקריים של תיקון 113 מאבד חלק גדול מערכו. לעניין זה, של השפעת תיקון 113 על שיקולי הענישה, אָדְרֵשׁ בהמשך.

אכן, הסמכות לחרוג ממתחם העונש ההולם למטרות שיקום היא סמכות שברשות גם כאשר הוכח סיכוי של ממש לשיקום. ניתן בהחלט לקבוע כי שיקולים הנוגעים להשפעת החריגה על נפגע העברה או למסוכנותו של הנאשם, כמו גם שיקולים אחרים, יכולים להוביל לכך שבית המשפט יימנע מחריגה ממתחם העונש ההולם, וודאי שאין לחרוג מהמתחם למטרות שיקום נוכח סיכויי שיקום נמוכים. אולם לדעתי אין זה נכון לדחות את הבקשה לחרוג מהמתחם למטרות שיקום רק בשל חומרת העברה. בניגוד ליתר השיקולים, שאותם השאיר המחוקק בידי בית המשפט במסגרת סמכות הרשות הכללית, לחומרת העברה יוחדה התייחסות נפרדת בחוק. כאשר מעשה העברה ואשמו של הנאשם הם בעלי חומרה יתרה, יש להעדיף את שיקולי ההלימה ולא לחרוג מהמתחם, למעט

להימנע ממאסר כליל. בהקשר זה נראה כי בית המשפט מבלבל לעתים בין ענישה שיקומית לבין הקלה בעונש. במצב שבו יש בפני בית המשפט אינדיקציה כי עונש מאסר יפגע בשיקומו של הנאשם, עליו לבחור בין דחיית שיקולי השיקום והטלת עונש הולם על הנאשם לפי חומרת העברה, לבין קביעת עונש לפי שיקולי השיקום, אשר במקרה זה אינו יכול לכלול מאסר בפועל. עונש של שנתיים וחצי מאסר אינו מקדם את שיקולי השיקום ואינו תואם את שיקולי ההלימה, ולכן על פי הוראות החוק לא היה מקום להטילו.

117 ע"פ 779/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.4.2015). להחלטה של בית המשפט המחוזי בחיפה על חריגה ממתחם של 4 עד 7 שנות מאסר והטלת עונש של חצי שנת מאסר לריצוי בעבודת שירות במקום, ראו: תפ"ח (מחוזי חי') 35109-11-13 מדינת ישראל נ' איפראימוב (פורסם בנבו, 9.7.2015).

118 אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" (צפוי להתפרסם בספר דורית ביניש, תשע"ה); וכן ראו לדוגמה: ת"פ (שלום ב"ש) 37624-01-13 מדינת ישראל נ' מרציאנו (פורסם בנבו, 28.10.2014), ות"פ (שלום ראש"צ) 27192-10-12 מדינת ישראל נ' אברה (פורסם בנבו, 9.9.2014).

בנסיבות חריגות ויוצאות דופן כקבוע בסעיף 40ד(ב). אולם אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לא הגיעו לרף של "חומרה יתרה", אין לדחות את הבקשה לעונש שיקומי רק מן הטעם שהעברה חמורה.¹¹⁹

אף שהחוק מציין במפורש רק שני שיקולים לחריגה מהמתחם, הרי שאין מדובר ברשימה סגורה. כך, כפי שאראה בהמשך, בית המשפט רשאי להטיל עונש על פי הסדר טיעון גם בחריגה ממתחם העונש ההולם. בית המשפט רשאי לחרוג מהמתחם גם כאשר הדבר מתחייב משיקולי צדק, ובתי משפט שלום אף עשו זאת מאז חקיקת החוק בכמה מקרים.¹²⁰ לאחרונה גם בית המשפט העליון אימץ עמדה זו.¹²¹

3. קביעת העונש בתוך המתחם

רע"פ אלהרוש,¹²² שהוזכר קודם לכן, עסק בערעורם של שלושה שוהים בלתי חוקיים על חומרת עונשם – בין 20 ל-31 ימי מאסר בפועל. הטענה המרכזית של המערערים הייתה שמתחם העונש ההולם בעברות שב"ח, שנקבע לחודש עד שישה חודשי מאסר, הוא חמור מדי ואינו הולם את חומרת העברה. לטענתם, הרף התחתון של המתחם צריך לעמוד על מאסר על תנאי. המדינה הסכימה לבסוף לעמדה זו, אולם לשיטתה במקרה הטיפוסי של העברה, דהיינו בשהייה שלא כדין למטרות עבודה על רקע כלכלי, העונש המתאים הוא של חודש מאסר בפועל, ורק בהתקיים נסיבות אישיות חריגות ניתן לסטות מעונש זה.¹²³ המדינה הדגישה כי מאחר שרוב מעשי העברה של שהייה שלא כדין למטרות עבודה הם דומים עד זהים, נוצר צורך בקביעת עונש טיפוסי שינחה את הערכאות הנמוכות ויצמצם פערי ענישה לא מוצדקים.¹²⁴

עמדת המדינה מעוררת קושי בשני מישורים: ראשית, ספק אם ראוי שבית המשפט יקבע עונשי מוצא מקום שהמחוקק נמנע מלהתייחס לכך, לפחות לפי שעה.¹²⁵ נראה כי לפחות בתוך המתחם רוח החוק מקנה עדיפות לפסיקה אינדיווידואלית, אף כי קו הגבול בין לימוד ממקרים קודמים לבין אינדיווידואליזציה אינו פשוט לתיחום. שנית, וחשוב מכך, הטענה המרכזית של המדינה בעד העונש האמור היא כי מאסר לשלושים יום דרוש

119 להרחבה ראו: גול-אייל, לעיל הערה 118, בעמ' 13–14.

120 שם, בעמ' 29. ראו גם: יובל ליבררו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 197–198 (תשע"ג).

121 ראו ע"פ 5669/14 לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל, פסקאות 196–224 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2015).

122 עניין אלהרוש, לעיל הערה 109.

123 שם, סעיף 18 לתגובת המשיבה מיום 29.5.2014.

124 שם, סעיפים 28–34 לתגובת המשיבה.

125 מליאת הכנסת החליטה לפצל את הדיון בהצעה לתקן את חוק העונשין ולא לקבל בשלב זה את החלק העוסק בעונשי מוצא. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 291 של הכנסת השמונה-עשרה (5.12.2011), בעמ' 96.

לצורכי הרתעת הכלל. אולם על פי החוק, התחשבות בהרתעה כללית מותרת רק אם בית המשפט מצא כי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים.¹²⁶ כלומר, התיקון קובע מבחן הסתברותי חדש, לא לחינם: מחקרים רבים מראים כי אין בסיס מספק להנחה הרווחת כי החמרה בענישה מקדמת הרתעה,¹²⁷ וזו גם הסיבה לכך שהכנסת צמצמה כל כך את המשקל שיש לתת לשיקול זה בענישה.¹²⁸ גם קשה לראות כיצד בית המשפט יוכל בהליך מעין זה להשתכנע כי קיים "סיכוי של ממש" שההרתעה תושג. אין לכחד כי בתי המשפט עדיין מתייחסים לא אחת להרתעה כשיקול בענישה תוך התעלמות מהמבחן ההסתברותי הקבוע בחוק.

שנית, כדי להצדיק מאסר לצורכי הרתעת הרבים יש להראות שהפגיעה בחירות היא מידתית. החמרת הענישה פוגעת בזכות המוגנת לחירות ממאסר,¹²⁹ ופגיעה זו מותרת רק אם היא מידתית.¹³⁰ אחת מדרישות המידתיות היא כי אין חלופה הפוגעת פחות בחירות ומשיגה את התוצאה הרצויה. אולם בעניין ההרתעה מחקרים רבים מראים כי יש חלופה בנמצא: הרחבת האכיפה מגבירה את ההרתעה הרבה יותר מהחמרת הענישה.¹³¹ לאחרונה, אומצה עמדת מחקרים אלו גם בדוח של הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, בראשות השופטת דליה דורנר.¹³² בוועדה זו המסקנה כי אין בסיס לסברה שהחמרה בענישה מקדמת הרתעה, התקבלה פה אחד, וגם נציגי המשטרה, הפרקליטות, שירות בתי הסוהר והיועץ המשפטי לממשלה הצטרפו אליה. לפיכך במקום להשקיע את הכספים במאסר (כשהעלות הממוצעת של חודש מאסר היא כ-10,000 ש"ח), היה ניתן להשקיע אותם כספים בהרחבת האכיפה תוך השגת תוצאות טובות בהרבה. לדוגמה, מהודעה של דובר צה"ל עולה כי החלטה לאייש מחדש מחסום אחד בשומרון הצליחה להוביל לירידה של 95% במספר השב"חים הנכנסים לישראל

126 סעיף 40 ז לתיקון 113.

127 Charyl M. Webster & Anthony N. Doob, *Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity*, THE OXFORD HANDBOOK FOR SENTENCING AND CORRECTION 173, 191 (Joan Petersilia & Kevin R. Reitz eds., 2012). לעמדה חריגה יחסית של הכלכלן סטיבן לויט, הסוקרת מחקרים שערך שמצאו אינדיקציות לכך שהחמרה בענישה מקדמת הרתעה כללית ראו: Steven D. Levitt & Thomas J. Miles, *Empirical Study of Criminal Punishment*, HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 455, 471–474 (A.M. Polinsky & S. Shavell eds., 2004).

128 גול-אייל, לעיל הערה 104, בעמ' 28.

129 הזכות מוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

130 ראו: ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 540 (2002) ("הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי, על-כן חוקיותן מותנית בכך שהן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה").

131 ראו: ה"ש 127 לעיל וכן Pyne, Derek, *Deterrence: Increased Enforcement versus Harsher Penalties*, ECONOMICS LETTERS 201 (2012).

132 ראו הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, דין וחשבון (נובמבר 2015) <http://goo.gl/q1EeDx>.

מאותה גזרה (מ-1,654 בשבוע לכ-30 בשבוע).¹³³ ברור שמדובר באמצעי זול בהרבה ואפקטיבי הרבה יותר מהטלת עונשי מאסר על נאשמים רבים לאחר שהם נכנסו שלא כדין לישראל. גם מטעם זה, שימוש בשיקולי הרתעה כללית להחמרה בענישה צריך להיות מבוסס על ראיות בדבר האפקטיביות של הענישה, כפי שנקבע בחוק. נראה כי ההרגל ארוך השנים להזכיר את ההרתעה כסוג של מנטרה, מבלי להראות שאכן הענישה האמורה מקדמת הרתעה, הוא הרגל שקשה לשרש.

להחלטה בעניין אלהרוש השלכות על האופן שבו ניתן לראות את סוגיית קביעת העונש בתוך המתחם. כאמור, ברע"פ אלהרוש החליט בית המשפט לדחות את עמדת המדינה בדבר אימוץ עונש טיפוסי, בהסתמך על שלושה טעמים: ראשית, לדעת בית המשפט, קביעת עונש מתאים טיפוסי כמוה כקביעת המטרה ולאחריה סימון מתחם העונש ההולם – פעולה הפוכה מהנחיית המחוקק בתיקון 113, שאינה מדגישה את נסיבותיו האישיות של כל נאשם ונאשם; שנית, בית המשפט קבע, בהתבסס על מחקר שבוצע לעניין זה, כי אין לראות בעונש של חודש מאסר בפועל את העונש המתאים או הנפוץ בעברה הנדונה;¹³⁴ שלישית, קביעת עונש מתאים טיפוסי כמוה כקביעת עונש מוצא. המחוקק בחר שלא להידרש לקביעת עונש מוצא והשאיר את שיקול הדעת בקביעת העונש הספציפי לבית המשפט. במקום זאת יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו לפי הנסיבות המשתנות של העושה והמעשה, כלומר לפי עקרון הענישה האינדיווידואלית, ולפיכך יימנע מקביעת עונש מתאים טיפוסי.¹³⁵ החלטת בית המשפט בעניין אלהרוש מזיזה את המטוטלת משיקולי "טרור התיקון" דוגמת שיקול הרתעת הרבים, לעבר הענישה האינדיווידואלית.

במאמר מוסגר, מעניין להתייחס לשיקול הרתעת הרבים כפי שהופיע בפסק הדין. בית המשפט מכיר באפקטיביות של שיקול זה, ובמילותיו שלו: "אמת, אין להוציא מכלל אפשרות שענישה ממשית כלפי עברה זו עשויה לסייע בצמצום ממדי תופעת השחייה הבלתי חוקית לצורכי פרנסה".¹³⁶ עם זאת בית המשפט מטיל ספק מסוים בשיקול הרתעת הרבים במקרה הקונקרטי, בשל המניע שבבסיס העברה הנדונה, שנראה כי בוצעה מתוך מצוקה כלכלית. על רקע זה מכריע בית המשפט כי ראוי לתת משקל מוגבל לשיקול הרתעת הרבים בעברת השב"ח, אם כי לא מבוטל.¹³⁷ כלומר, אפשר לומר כי בית המשפט העליון יוצר סייג מסוים לשיקול הרתעת הרבים בעברה הנדונה, ועם זאת נמנע מלעשות את הצעד הראשון בניסיון לשרש את התפיסה הטוענת כי ענישה מחמירה מקדמת הרתעה, תפיסה השנויה מאוד במחלוקת, כאמור, בספרות המחקרית. גם כאן, כמו בהקשרים האחרים של שיקום והגנה על הציבור, נראה שבתי המשפט מקפידים

133 מיכל גלברד ודנה פטרוב "ירידה דרמטית במספר השב"חים המסתננים מהשומרון" אתר דובר צה"ל (24.2.2014) <http://www.idf.il/1133-20399-HE/IDFGDover.aspx>.

134 המחקר פורסם במסגרת מאמר המחבר, לעיל הערה 104.

135 עניין אלהרוש, לעיל הערה 109, פסקאות 37–40 לפסק הדין.

136 שם, פסקה 45 לפסק הדין.

137 שם.

דווקא על החלקים הטכניים-דיוניים של תיקון 113, אך מתקשים ליישם את השינויים המהותיים שנקבעו בו בדבר אופן עריכת השיקולים השונים בגזירת הדין, ובמקרה זה – אופן השימוש בשיקול ההרתעה. ארחיב בעניין זה כעת.

4. השפעת התיקון על שיקולי הענישה

תיקון 113 עורר עניין רב בפסיקה ובספרות, אולם עיקר העיסוק בו נגע להיבטים הפרוצדורליים שבו. במרבית המקרים מקפידים השופטים לקיים את סדר ההוראות על פי התיקון, לקבוע מתחם, להכריע אם לסטות מהמתחם ואם לא ולקבוע את העונש בתוך המתחם. אולם בפסיקה כמעט שאין התייחסות לשינוי המהותי הנובע מהתיקון – השינוי המהותי בקביעת רמות הענישה. נראה כי במידה רבה בית המשפט משתמש במסלול החדש שקובע התיקון כדי להגיע לאותה תוצאה שנראתה בעינו נכונה גם קודם לתיקון.¹³⁸ אף שהוראת המחוקק קובעת, בין היתר, כי גם לאחר התיקון יש להביא בחשבון את מדיניות הענישה הנוהגת, יש חשש כי השינוי המהותי אינו מיושם. לא ברור מהפסיקה אם ההכרעות המשמעותיות של המחוקק, להעלות את קרנו של שיקול השיקום, להגביר במידת-מה את משקל ההגנה על הציבור, ומנגד לצמצם מאוד את מעמד ההרתעה כשיקול בענישה – אכן יצרו מדרג עונשי שונה מזה שהיה קיים קודם לתיקון.

עיקר טענתי היא כי התיקון החקיקתי היה אמור להביא לידי שינוי ממשי בפסיקה. אין הכוונה דווקא להקלה או להחמרה בענישה בתיקים הדומים לתיקים שקדמו לתיקון אלא לשינוי הענישה בהם כתוצר של יישום האיזונים בין העקרונות המצוינים בתיקון.¹³⁹ לדוגמה, אם בעבר נמנע בית המשפט מלשלוח אדם להליך שיקומי מחוץ לכלא מטעמי הרתעה או בשל חומרת העברה – כיום רשאי בית המשפט להעדיף את שיקולי השיקום בכל מקרה שאין בו חומרה יתרה במעשה העברה ובמידת אשמו של הנאשם. כמו כן נאשמים מסוכנים שבעבר נגזר דינם בהתחשב בחומרת העברה בעיקר, ללא התחשבות בצורך להגן על הציבור מפניהם, אמורים לרצות עונשי מאסר ממושכים יותר, בשל הוראת החוק המאפשרת חריגה מהמתחם לצורך הגנה על הציבור.¹⁴⁰ מנגד, הנחיית המחוקק, בעקבות דוח ועדת גולדברג, לצמצם עד מאוד את מעמדה של ההרתעה כשיקול בגזירת הדין אינה זוכה גם היא ליחס המתבקש. ועדת גולדברג ציינה כי יש ספק

138 לחשש שכך יהיה, ראו: עמדת המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס: אליהו מצא "מהפכת העונשים" עורך הדין 16, 10, 12 (תשע"ב-תשע"ג) ("מה אפוא יעשה שופט? החשש הוא שבצר לו יבחר להתחיל מן הסוף: תחילה ישאל את עצמו מהו העונש שהיה גזור על הנאשם בנסיבות העבירה לפני החוק החדש; משגמר בדעתו מהו העונש, יקבע מהו המתחם שעונש זה מצוי בתחומו").

139 גול-אייל, לעיל הערה 104.

140 כפי שהראיתי לעיל, בתי המשפט מתעלמים משיקול ההגנה על הציבור בפסיקותיהם כמעט לחלוטין. ראו: לעיל הערה 113 והטקסט בצדה.

אם החמרה בענישה אכן מקדמת הרתעה, וכי קיים קושי חוקתי בהחמרה בענישה לצורך הרתעת הרבים.¹⁴¹ מטעם זה החליט המחוקק להגביל את השימוש בשיקול ההרתעה רק למקרים שבהם הוכח סיכוי של ממש שההחמרה תשיג הרתעה, אולם גם במקרים אלה יופעל השיקול רק במסגרת המתחם. למרות זאת, כמו לפני התיקון, בתי המשפט מסתמכים תדירות על ההרתעה כשיקול בענישה מבלי לנסות ולהראות כי קיים "סיכוי של ממש" שההחמרה בעונש תקדם את ההרתעה הכללית, כנדרש בחוק.¹⁴² עם זאת יצוין כי בחלק מפקי הדין של בתי המשפט המחוזיים ניתן למצוא הפנמה של השינוי שנקבע בחוק בנוגע לשיקול ההרתעה, לעתים תוך הדגשה כי בית המשפט העליון לא אמר את דברו בנדון עד כה.¹⁴³

במובן זה נראה כי תיקון 113 אומץ בפסיקה בהקשר הצורני אך פחות במובן המהותי. אימוץ מלא של התיקון היה אמור להוביל להחמרה בעונשם של עבריינים מסוכנים (בשל הצורך בהגנה על הציבור), כמו גם לכך שנאשמים שהוכיחו סיכוי של ממש לשיקום יזכו לעונש לפי שיקולי שיקומם – גם אם טרם התיקון היה בית המשפט גוזר עליהם עונש כבד יותר. התיקון היה אמור להעלות את קרנו של שיקול ההלימה ולמזער את ההסתמכות על שיקול ההרתעה. אין מדובר כאן בהחמרה או בהקלה בלבד אלא בשינוי העשוי להוביל להקלה במקרים מסוימים ולהחמרה באחרים. נראה כאמור כי בתי המשפט מתקשים להפנים את השינויים המהותיים שקבע המחוקק בתיקון זה. יש לקוות כי מדובר בחבלי לידה בלבד, שכן אם כל הצלחתו של תיקון 113 תתמקד בהליך המסורבל של גזירת הדין, ולא במהות – שינוי השיקולים בגזירת הדין – יצא שכרו של המתקן בהפסדו.

5. השפעת תיקון 113 על רמות הענישה

כיצד השפיע תיקון 113 על רמות הענישה? לפני כניסתו לתוקף חוקרים רבים, ואני ביניהם, חששו שהתיקון יוביל לעלייה ברמות הענישה.¹⁴⁴ חשוב להעיר כי החשש

141 דין-וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין 12, פסקה 13 לדעת הרוב (1997).

142 ראו: גול-אייל, לעיל הערה 118. כך, בע"פ 2194/14 בן שמעון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2014) דחה בית המשפט העליון את המלצת שירות המבחן להימנע מהטלת עונש מאסר על נאשם בקובעו כי שיקולי השיקום נדחים מפני השיקול שבהרתעת הרבים ומיגור העברה, אף שהוכח בפניו סיכוי של ממש לשיקום ולא הוכח קיומו של סיכוי של ממש שהמאסר יקדם הרתעה.

143 תפ"ח (מחוזי חי') 26472-08-13 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 4.ז לגזר הדין (פורסם בנבו, 18.2.2014); תפ"ח (מחוזי חי') 36795-07-13 מדינת ישראל נ' א.א.ש. (פורסם בנבו, 21.12.2014). ראו גם: ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צ'רני, פסקה 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 31.3.2014).

144 ראו למשל: אורן גול-אייל ורותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41, 60 (תשע"א); בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק

התבסס במידה רבה על החלק העוסק בעונשי המוצא, שבסופו של דבר לא התקבל בכנסת בשל המחלוקת שעורר,¹⁴⁵ אם כי גם החלק שדן בהנחיות לענישה, וכפועל יוצא בצמצום שיקול הדעת השיפוטי, הטריד חוקרים אלה. עדיין קשה לאמוד את ההשפעות ארוכות הטווח של התיקון, אולם בשלב ראשוני זה לא נמצא בסיס לחשש האמור. במחקר אמפירי שפרסמה מחלקת המחקר של הרשות השופטת נמצא כי רמות הענישה דווקא ירדו לאחר התיקון למרות מגמת העלייה הנמשכת בשנים שקדמו לו, וכך גם מספר המורשעים שנידונים למאסר בפועל קטן וגם משך המאסרים המוטלים על אלו שנדונו למאסר בפועל קטן.¹⁴⁶ עם זאת אי אפשר לשלול את האפשרות כי הירידה ברמת הענישה היא תוצאה של תגובה ראשונית בלבד לחשש שהובע ערב כניסת החוק לתוקף, וכי מגמה זו לא תישאר בעינה.¹⁴⁷

המחקר האמור בחן את כלל העברות, למעט עברות של שהייה שלא כדין בישראל. כיוון שמדי שנה מוגשים כ-5,000 כתבי אישום בעברות שהייה שלא כדין, לרמות הענישה בעברות אלו אפשר שתהיה השפעה על רמת הענישה הכללית. כפי שהראיתי במקום אחר,¹⁴⁸ בשל הפירוש שנתנו כמה בתי המשפט המחוזיים לתיקון 113 חלה החמרה בענישה בגין עברות של שהייה שלא כדין, אולם בעקבות פסק הדין בעניין אלהרוש שנסקר לעיל¹⁴⁹ יש להניח כי רמת הענישה בעברות אלו פחתה במידה ניכרת, ולכן המגמה הכללית של רמות הענישה היא, ככל הנראה, בסימן ירידה.

6. היחס בין תיקון 113 להסדרי טיעון

התפתחות מעניינת נוספת בפסיקה נוגעת ליחס שבין מתחם העונש ההולם לבין הסדרי טיעון, ובייחוד הסדרים שבהם נקבע טווח ענישה. בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל הורשע הנאשם בשבעה אישומים של עברות מין שונות.¹⁵⁰ הצדדים הגיעו להסדר טיעון, ולפיו המאשימה הגבילה את עצמה לטיעון של 44 חודשי מאסר בפועל והנאשם היה

העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה 247, 270 (תשס"ו); ענת הורוויץ, דניאל אוהנה, מירי גור-אריה, דורון טייכמן, לסלי סבה ויצחק קוגלר "נייר עמדה של פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי בנוגע להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-1996" חוקים ג 19, 35-36 (תשע"א); דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: הראות הכלכלית" עיוני משפט לב 649, 683-694 (תשע"א).

145 פרוטוקול ישיבה מס' 291 של הכנסת השמונה-עשרה, לעיל הערה 125.

146 וינשל-מרגל וגלון, לעיל הערה 8.

147 שם, בעמ' 28. החוקרות טוענות כי יש בסיס גם להשערה שהתיקון הגביר את האחידות בענישה.

148 גול-אייל, לעיל הערה 104.

149 עניין אלהרוש, לעיל הערה 109.

150 ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2013) (להלן: עניין פלוני).

חופשי בטיעונו. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם לעברות הוא בין מאסר על תנאי לבין חמש שנות מאסר, דהיינו הרף העליון של המתחם גבוה מהרף העליון של הטווח המוסכם. על בסיס קביעה זו גזר בית המשפט על הנאשם 30 חודשי מאסר בפועל, עונש המצוי הן במתחם שנקבע לחומרת העברות והן בטווח שהוסכם בין הצדדים. במסגרת הערעור, טען בא כוחו של הנאשם כי משהסכימו הצדדים על "תקרת" ענישה, שבאותו מקרה הייתה 44 חודשי מאסר, טווח זה הוא את מתחם העונש ההולם. בית המשפט העליון, מפי השופט מלצר, דחה עמדה זו וקבע כי המתחם אינו תלוי בטווח העונש המוסכם ושונה ממנו בשני מובנים עיקריים: ברמה המבנית, טווח הענישה בהסדר הטיעון נקבע בידי הצדדים, לעומת מתחם הענישה שנקבע בידי בית המשפט, על פי ההנחיות שבחקיקה. ברמה המהותית, טווח הענישה המוסכם משקף את האינטרסים של שני הצדדים, ומתחם הענישה משקף קביעה נורמטיבית של האיזון הראוי בעיני החברה בין כלל השיקולים הרלוונטיים על פי המתכונת הקבועה בחוק. ככזה מתחם הענישה אינו תלוי אפוא בכוח המיקוח של מי מהצדדים או בהעדפותיהם (האישיות או המוסדיות).¹⁵¹

מה הדין כאשר טווח העונש המוסכם אינו חופף במלואו את מתחם העונש? במקרה כזה על בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם ואת העונש בתוך המתחם על פי כללי הדין (ובמסגרת קביעת העונש בתוך המתחם להתחשב גם בהודאה ובהסדר הטיעון) ואז להשוות את העונש לטווח המוסכם.¹⁵² אם העונש שאליו הגיע בית המשפט מצוי בטווח המוסכם, יהיה ניתן לכאורה לעמוד הן בכללי תיקון 113 והן בהסדר הטיעון.¹⁵³ אם העונש המתגבש על פי תיקון 113 חורג מהטווח המוסכם, יבחן בית המשפט את הסדר הטיעון על פי המבחנים המקובלים של הלכת הסדרי הטיעון,¹⁵⁴ דהיינו יבחן אם ההסדר עומד במבחני האיזון, ואם התשובה חיובית, יטיל עונש לפי הטווח שסוכם, תוך חריגה מטווח ההלימה. מכאן שבהשוואה של הסדר הטיעון לתיקון 113, ההסדר גובר, ככל שהוא עומד בכללי מבחן האיזון שנקבעו בפסיקות בית המשפט הישנות יותר.¹⁵⁵ למרות מראית עין זו של התאמה בין שני סוגי ההסדרים ראוי להזכיר כי תיקון 113 לא נועד לעסוק בסוגיית הסדרי הטיעון, העתידה להיות מוסדרת בחקיקה נפרדת. בבסיס החלטה על עריכת הסדר טיעון שיקולים שונים שאינם באים לידי ביטוי בתיקון 113; כך למשל, ההחלטה על עריכת הסדר יכולה לבוא על רקע קשיים ראייתיים

151 שם, פסקה 17 לפסק דינו של השופט מלצר.

152 שם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט מלצר. ראו גם: אורן גזל-אייל "העונש ההולם לא תמיד הולם" עורך הדין 21, 70, 72 (תשע"ג-תשע"ד).

153 ראו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 536. ההצעה כללה סעיף המאמץ במפורש את הלכת פלוני וקובע כי בית המשפט יחרוג מהסדר טיעון לעונש רק אם מצא שגזר הדין יפגע מהותית בטובת הציבור.

154 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.12.2002).

155 לפירוט ראו: אורן גזל-אייל, לעיל הערה 118.

בתיק, רצון להימנע מהעדת נפגע העברה ועוד, ובשל אינטרס ציבורי כללי בחיסכון זמן שיפוטי.

עדות מומחה וראיות על עניינים שבמדע

שתי פרשיות שנדונו בהרחבה בבית המשפט העליון מייצגות שתי גישות שונות בתכלית בנוגע לקשר שבין משפט למדע ולכללים הנוגעים לקבילות ולמשקל של עדות מומחה. בראשונה, בפרשת מצגורה,¹⁵⁶ אימץ בית המשפט העליון כללים נוקשים לקבלת עדות מומחה ולמתן משקל ניכר לעדות זו. בשנייה, בפרשת הזיכרונות המודחקים,¹⁵⁷ חזר בית המשפט על מבחנים שונים ומקלים בהרבה, בקבלו את התזה בדבר שכחה הנובעת מהדחקה טראומטית.¹⁵⁸

אפנה תחילה לפסק הדין בעניין מצגורה, מפי השופט הנדל, שם נדון מעמדה הראייתי של טביעת נעל ששימשה ראיה נסיבתית בעניינו של המערער שהורשע בהריגה. בפרשה זו שב בית המשפט ואימץ למעשה את המבחנים המחמירים שנקבעו בארצות הברית בהלכת דאוברט (Daubert) לבחינת עדויות מומחים.¹⁵⁹ פסק הדין הדגיש כי אם בעבר הסתפקו בתי המשפט בבחינה אם התאוריה המדעית של המומחה זוכה ל"מקובלות" (General Acceptance) בדיסציפלינה המדעית הרלוונטית, הרי שכיום יש להוסיף לדרישה זו עמידה בשורה של סטנדרטים: (א) אם התאוריה עברה ביקורת עמיתים; (ב) מהו שיעור הטעות הידוע שלה (דהיינו אם יש דרך להעריך סטטיסטית את שיעור הטעות שלה); (ג) אם ניתן להפריכה בראיות אמפיריות סותרות. בית המשפט פתח בהדגשת תפקידו האקטיבי כשומר סף בבחינת הראיה המדעית¹⁶⁰ ובהדגשת העמדה כי ראיה שהתקבלה לא בהכרח תישאר קבילה לעולם.¹⁶¹ לאחר הדברים האלה קבע בית המשפט, ראשית, כי טביעת הנעל לא עמדה במבחן "פנימי", כהגדרתו,

156 ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2013) (להלן: עניין מצגורה).

157 ע"פ 3958/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2014) (להלן: עניין פלוני 3958/08).

158 לדיון במחלוקת ראו גם ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015). השופט דנציגר מאמץ את העמדה בהלכת מצגורה (פסקה 333 לפסק דינו), ואילו השופט עמית סבור שחוות דעת של מומחה לטביעת נעל לא צריכה לעמוד במבחנים של ראיה מדעית (פסקה 37 לפסק דינו).

159 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., [1993] 509 U.S. 579. השיקולים שנקבעו בעניין דאוברט הנ"ל עוגנו בכלל 702 לכללי הראיות הפדרליים. ההלכה הקודמת בדין האמריקני, הלכת Frye, קבעה מבחן מצומצם יותר ולפיו על מנת שראיה מדעית תהיה קבילה די בכך שהיא מקובלת ונפוצה בקהילייה המדעית הרלוונטית. ראו: Frye v. United States, [1923] 54 App.D.C. 46.

160 שם, בעמ' 11.

161 שם, בעמ' 12.

משהצביע על בעייתיות שיטת המומחה הנהוגה ועל מידת התאמה נמוכה יחסית שנקבעה במקרה הנדון (ולפיה "אפשרי בהחלט" כי מדובר בטביעות נעלו של הנאשם, אך לא ודאי).¹⁶²

מכאן פנה בית המשפט למבחן "חיצוני", כדבריו, הנוגע לעמדת הקהילה המדעית בעניין ראיית טביעות הנעל, וזאת למול מבחן הביקורת השיפוטית. בשלב זה דחה בית המשפט את עמדת הסנגוריה, ולפיה אין לראות עוד בהתאמת טביעות נעל ראייה מדעית. עם זאת אף שבית המשפט קבע כי בחינת טביעות נעל היא עדיין פרקטיקה מקובלת, הרי ששורה של קשיים בהערכת משמעות הראייה הובילה אותו להגדיר את כוחה הראייתי "מוגבל". באלה ציין בית המשפט כי אין סולם מהימנות מקובל המאפשר להעריך הסתברותית אם קיימת התאמה בין הטביעה בזירה לנעליו של הנאשם. משכך, אין דרך להעריך סטטיסטית את שיעור הטעות האפשרית של החלטה על התאמה בין טביעת נעל בזירה לנעל כלשהי.¹⁶³ שנית, בית המשפט ציין כי קיים פילוג בעמדות המומחים באשר לקביעת ההתאמה אף בתוך הקהילייה עצמה. כלומר, ניתן למצוא שונות נרחבת במסקנות מומחים שונים בדבר מידת ההתאמה בין טביעות נעל מסוימת לטביעות בזירה. שלישית, נקבע כי שיטת ההכרעה שבה משתמשים מומחי טביעות הנעל אינה חושפת מחלוקות פנימיות אלה. רביעית, בית המשפט ציין את היעדרה של "שפה מחברת" בין מומחי הקהילה המדעית לבית המשפט. חמישית, צוין כי שיעור הטעות הסטטיסטית באשר לראייה זו אינו ברור דיו. בעניין זה אומר השופט הנדל כי "מדע ללא סטטיסטיקה הינו כמו הכרעת דין ללא הנמקה".¹⁶⁴ בית המשפט מציין גם את הביקורת שהועלתה במשפט המשווה נגד מהימנות השימוש בטביעות נעל כראייה לזיהוי, כשיקול להפחתת המשקל שניתן לראייה. לסיכום קובע בית המשפט כי "ניתן לצפות שראייה של מומחה – במיוחד במשפט הפלילי – תהיה מדעית יותר ומוכחת יותר".¹⁶⁵

הפנייה למבחני דאורט בפרשת מצגורה איננה חדשה. כך גם נכונותו של בית המשפט לשוב ולבחון, כבעבר, "האם תוכן חוות הדעת של המומחה נתמך על ידי עולם המדע".¹⁶⁶ על עמדה ספקנית זו באשר לעדויות מומחים חזר בית המשפט העליון גם בתחילת שנת 2015. בפסק דין שעסק בראיית DNA קבע השופט הנדל בהסכמת השופטים נאור וברק-ארוז כי ככל שהמדע מתקדם ומאפשר זיהוי על בסיס ראיות מדעיות בהיקף גדול יותר, כך יש להתייחס לראיות אלו בזהירות רבה יותר. כדבריו, "ההכרה

162 שם, פסקאות 18–19 לפסק הדין.

163 עניין מצגורה, לעיל הערה 156, פסקאות 19–19 לפסק דינו של השופט הנדל. "בהעדר סטטיסטיקה, לא ברור מהי המשמעות שיש לכל אחת מן הדרגות. לכאורה, הציפייה היא שככל שעולים בסולם – כך שכיחות הטביעה יורדת. אלא שבפועל אין בסיס נתונים שבאמצעותו ניתן לחשב את השכיחות".

164 שם, פסקה 21 לפסק הדין.

165 שם.

166 שם, פסקה 17 לפסק הדין.

בכוחה של ראיית דנ"א אינה בגדר סוף פסוק. נדמה כי אף שהראיה הוכרה, אנו עדיין עומדים בתחילת הדרך.¹⁶⁷ ההסתמכות על DNA אושרה, שכן לא הייתה מחלוקת אמיתית כי הראיה עומדת במבחני הלכת דאוברט.

אמירות כגון אלה מלמדות כי בית המשפט מקפיד על בחינתן של ראיות מדעיות אף לאחר שהוכרו בפסיקה. בהסתמך על גישה זו, ראיות בדבר טביעות אצבע או ממצאי DNA התקבלו בבתי המשפט בשל עמידה בתנאים שהוזכרו: מקובלות כללית, לצד שיעור טעות הניתן להוכחה. ואולם, בניגוד לראיית ה-DNA, בעניין מצגורה נקבע כי טביעת נעל צריכה לזכות ליחס ספקני הרבה יותר כאמור. בסופו של דבר קבע בית המשפט כי המשקל שיש לתת לעדות המומחה בעניין זה הוא אפסי. עם זאת יש לסייג ולומר כי לו היה המומחה בוחר בסולם תלת-שלבי, של "כן" (יש התאמה) או "לא" (אין התאמה) או "אולי", ייתכן שהראיה הייתה עומדת ברף הסטטיסטי הנדרש.

גישה הפוכה לחלוטין לעדויות מומחים עולה מהתיקים הפליליים העוסקים בזיכרונות מודחקים, שהאחרון שבהם הוכרע בקיץ של שנת 2014.¹⁶⁸ במקרים אלה נדונו תלונות של נשים על מעשי אונס חוזרים שביצעו בהן אבותיהן. בכל שלושת המקרים העידו המתלוננות כי לא זכרו דבר מהאירועים הטראומטיים הנטענים אשר התרחשו במשך שנים מגיל שלוש או ארבע ועד 10–12 לערך, וכי אך בגיל 23 צפה בהן תחושת זיכרון שבמהלך הזמן הפכה מפורטת ומלאה (בכל שלושת המקרים הגיל שבו צפה תחושת הזיכרון היה זהה). טענת התביעה הייתה כי הזיכרון מהימן בהתבסס על התזה של אמנזיה דיסוציאטיבית, שלפיה אנשים עשויים להדחיק עד כדי שכחה אירוע בשל היותו טראומטי.¹⁶⁹ ההגנה טענה מנגד כי מדובר בתחושת זיכרון כנה, אם כי הזיכרון עצמו הוא זיכרון כוזב של אירועים אשר לא התרחשו. המקרה הראשון שנדון בבית המשפט העליון הסתיים בפסק דין מזכה,¹⁷⁰ אולם הקביעות שניתנו בו בסוגיה המדעית שימשו תשתית להרשעה בשני המקרים האחרים.

167 ע"פ 1643/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.1.2015).

168 עניין פלוני 3958/08, לעיל הערה 157. לפסיקות קודמות, ראו: ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: עניין 5582/09); ע"פ 2218/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.11.2011). לדיון בנושא ראו גם גיל שפירא "זכרון גורלי: על מעמדו המשפטי של זכרון מאוחר בעבירות מין" הסניגור 214 4 (ינואר 2015).

169 אמנזיה דיסוציאטיבית (Dissociative Amnesia) מוגדרת בספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקני, DSM, כאי יכולתו של אדם להיזכר בזיכרון אוטוביוגרפי הקשור באירוע טראומטי, כשאי היכולת גורמת לאדם למצוקה והגורם לה איננו פיזיולוגי. ראו: APA, DSM-V (2013).

170 להלן עניין 5582/09, לעיל הערה 168, פסקה 153 לפסק דינו של השופט עמית. בית המשפט נימק את החלטתו בספק לגבי מועדי ביצוע עבירות האינסוס שהעלה חשש להתיישנות כתב האישום, זאת לצד היעדר ראיות מחזקות, היעדר סימני מצוקה אצל המתלוננת בזמן אמת וחשש שהיתה נתונה לסוגסטיה.

התזה בדבר אמנזיה דיסוציאטיבית מצויה במחלוקת חריפה בעולם המדע. בארצות הברית מרבית בתי המשפט קיבלו בעבר את התאוריה שלפיה זיכרונות כאלו משקפים אירועים שקרו, אך בחלוף השנים התברר כי אין בסיס מדעי מספק לתזה זו. אנשים אמנם עשויים להדחיק אירועים טראומטיים, במובן זה שהם מנסים במודע שלא לחשוב עליהם, אולם לדעת הרוב המכריע של חוקרי הזיכרון ואנשי המחקר בתחום הפסיכולוגיה הקלינית (להבדיל מהקלינאים עצמם העוסקים בטיפולים), אין כל אישוש לכך שאירוע המתפרש כטראומטי יודחק עד כדי שכחה בשל היותו טראומטי, ואז יופיע כזיכרון.¹⁷¹ למעשה, מרבית החוקרים סבורים כי דווקא אירועים טראומטיים נחקקים בזיכרון בשיעורים גבוהים הרבה יותר מאירועים רגילים. אין הכוונה שכל פרטי האירוע ייחקקו. פעמים רבות פרטים מאירוע טראומטי, ואפילו המרכזיים שבהם, אינם מקודדים בזיכרון כלל, או שהם נשכחים, בדומה לפרטים רבים אחרים מאירועי החיים, אולם העמדה המקובלת על מרבית אנשי המדע החוקרים את התחום (להבדיל כאמור מחלק מהקלינאים) היא כי הטראומטיות של האירוע דווקא מצמצמת את הסיכוי של שכחתו ואינה מגדילה אותו. ככלל, המסקנה של מרבית החוקרים מהידע המדעי שהצטבר היא שאירועים טראומטיים נחקקים ככלל בזיכרון, וחשוב מכך, הטראומטיות של אירוע אינה גורמת להדחקה עד כדי שכחה.¹⁷² מנגד הוכח מדעית כי זיכרונות כוזבים, ובכלל זה זיכרונות טראומטיים, עשויים "להישתל" ¹⁷³ במוחם של אנשים ולהיחזות בעיניהם כמהימנים.¹⁷⁴ עדויות מומחים על קיומם של זיכרונות טראומטיים מודחקים-משוחזרים, שבעבר התקבלו בבתי משפט, הוכרו כלא קבילות משנקבע כי אין בסיס מדעי למהימנותן בכמה בתי משפט בארצות הברית במהלך השנים האחרונות.¹⁷⁵

- 171 ראו: Lawrence Patihis, *Are the "memory wars" over? A scientist-practitioner gap in .beliefs about repressed memory*, 25.2 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 519, 519–530 (2014)
- 172 Richard J. McNally & Elke Geraerts, *A New Solution to the Recovered Memory .Debate*, 4.2 PERSPECTIVES ON PSYCHOLOGICAL SCIENCE 126, 127–128 (2009)
- 173 "שתילת זיכרון" מכונה לעתים בספרות "misinformation effect" ולפי חוקרים מסוימים, עשויה להיות אחת הדרכים שבהן נוצרים זיכרונות כוזבים. ראו: E.F. Loftus, *Planting Misinformation in the Human Mind: A 30-Year Investigation of the Malleability of Memory*, 12 LEARNING AND MEMORY 361, 361–366 (2005)
- 174 ראו למשל: Elizabeth F. Loftus, *Memories of Things Unseen*, 13.4 CURRENT DIRECTIONS IN PSYCHOLOGICAL SCIENCE 145, 145–147 (2004) מחקרים מצביעים על כך שאנשים "נוכרים" פעמים רבות באירועים טראומטיים שאין להם אישוש ובכלל זה מקרים שבהם הם נחטפו לצורכי ניסוי בידי חייזרים, אירועי התעללות שעברו בטקסים של כת השטן או אירועים מחיים קודמים. ראו: Richard J. McNally & Elke Geraerts, *A new solution to the recovered memory debate*, 4.2 PERSPECTIVES ON PSYCHOLOGICAL SCIENCE 126, 126–128 (2009)
- 175 State v. Mack, 292 N.W.2d 764 (Minn. 1980); Moriarty v. Garden Sanctuary Church of God, 534 S.E.2d 672 (S.C. 1999). אף במישור האזרחי בית המשפט העליון של מינסוטה דן בעניינו של אדם שתבע פיצויים מהבישוף של סנט פול במינוסטה בטענה כי

בארץ בית המשפט העליון נמנע למעשה מלבחון את עדויות המומחים בסוגיה במשקפיים של ההלכות הקודמות ושל הלכת דאוברט. במקום זאת קבע בית המשפט העליון כי החלטת הכנסת להאריך את תקופת ההתיישנות בגין עברות מסוג זה מלמדת כי הכנסת התכוונה לקבל זיכרונות מודחקים כראיה קבילה.¹⁷⁶ בית המשפט מסתמך בין היתר על דברי ההסבר להצעת חוק ההתיישנות שבהם נאמר: "הסיבות המרכזיות לכך שקרבנות עבירות אלו מסוגלים במקרים רבים לדווח על העבירות שנעברו בהם רק כעבור שנים רבות הן: תלותו של הקרבן בפוגע שנמשכת לעתים גם לאחר שהפך בגיר על פי החוק, ותופעות אופייניות במקרים אלו של מגננה נפשית בדרך של הדחקה". (ההדגשה הוספה)¹⁷⁷ את עשר המילים האחרונות, הקבועות כאמור בדברי ההסבר לחוק, מפרש בית המשפט ככלל ראייתי שקבעה הכנסת ולפיו אין לפסול ראיות המבוססות על זיכרונות מודחקים.

לדעתי, אין משתמע מהחוק כאילו הכנסת קובעת כלל ראייתי חדש הגובר על מבחני המהימנות המקובלים.¹⁷⁸ השאלה שבית המשפט היה צריך לשאול היא אם עדויות המומחים מטעם התביעה, בדבר קיום התופעה של אמנזיה דיסוציאטיבית, עברו את טבילת האש המדעית הנדרשת מעדות מומחה. בחינה כזו הייתה צריכה להוביל למסקנה שהראיה אינה קבילה, או לפחות, בדומה לטביעת נעל, ערכה נמוך מאוד. ראשית, התזה של אמנזיה דיסוציאטיבית אינה מקובלת כמהימנה בקהילה המדעית. בית המשפט בחר להעדיף את העמדה שבה מחזיקים חלק מהקלינאים, ולפיה הדיווחים של מטופלים על זיכרונות מודחקים משקפים זיכרונות מהימנים, על פני העמדה המקובלת על הרוב המכריע של אנשי המדע החוקרים את התחום, ולפיה אין בסיס לקיומה של התופעה האמורה. לאחר פרסום פסק הדין השלישי הצטרפו 47 חוקרים בכירים מתחום הפסיכולוגיה ומתחומים קשורים אחרים, לגילוי דעת המבהיר כי אין אישוש מדעי לתזה

הדחיק את זיכרון ההתעללות שביצע בו כומר כנער בשנת 1980, וכי על כן אין להחיל את חוקי ההתיישנות בעניינו. בית המשפט דחה את הטענה והכריע כי עדות המומחה בדבר התאוריה של זיכרון מודחק "חסרת מהימנות בסיסית", ראו: Doe v. Archdiocese of St. Paul, 817 N.W.2d 150 (Minn. 2012). ראו גם: גיל שפירא "על זיכרון מאוחר בעבירת מין ועל מגבלות ההליך הפלילי" בדלתיים פתוחות 45 46 (תשע"ב).

176 ראו: עניין 5582/09, לעיל הערה 168.

177 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 53) (סייג להתיישנות בעבירות מין בקטין), התשנ"ו-1995, ה"ח 2449.

178 לעמדה זו ראו גם: טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילות של זיכרונות מודחקים" הארת דין ו(1) 39 (תשע"ב).

האמורה.¹⁷⁹ במצב זה ברור כי התזה האמורה אינה זוכה למקובלות (General Acceptance) כנדרש לפי הלכת מצגורה.

מלבד היישום הספציפי השגוי של המבחנים לבחינת עדויות מומחים מטריד כי פסקי הדין בעניין הזיכרונות המודחקים נראים כמשקפים יחס שלילי הרבה יותר לעולם המדע ולמתודולוגיה המדעית. כך, בעניין האחרון שנדון בבית המשפט העליון הרשיע בית המשפט את הנאשם על אף מודעותו למחלוקת המדעית בנדון, בצינו כי "הזירה המשפטית והזירה המדעית לא חד הן".¹⁸⁰ בכך קבע בית המשפט כי ספק מדעי אינו מגבש ספק משפטי, ונמנע מלבחון את המבחנים המחמירים שאותם קבע הוא עצמו בעבר לבחינת עדויות מומחים בעניינים שבמדע. בקשה לדיון נוסף בעניין קבילות התזה של אמנזיה דיסוציאטיבית נדחתה בידי המשנה לנשיא (דאז) השופטת נאור, מכיוון שסוגיה זו לא הייתה מרכזית בדיון המקורי, ומאחר שההגנה לא טענה לאי-קבילות הראיה.¹⁸¹ בעקבות זאת ההכרה בתזה המדעית נותרה בעינה בלא בחינה מחודשת.

יובהר כי החובה לדחות את התזה בדבר אמנזיה דיסוציאטיבית על פי ההלכות של בתי המשפט בדבר קבלת עדויות מומחים בעניינים שבמדע, אינה מחייבת מניה וביה דחיית מהימנות של כל עדות שנטען לגביה שהיא מבוססת על זיכרון מודחק ששוחזר. מרכזיות האמונה בדבר זיכרונות המצויים ב"תת-מודע" בתרבות המערבית עלולה להוביל אנשים להאמין בשכחה הנובעת מהדחקה טראומטית אף שיש הסבר אחר לאופן התעוררות הזיכרון. כך, ייתכן שבעת ביצוע המעשים הם לא הנפגע לא פירשם כטראומטיים, למשל מן הטעם שמדובר בילד קטן שאינו מבין את ההקשר המיני הפסול של המעשים, ורק עם ההיזכרות המחודשת הופנמה משמעות ההתעללות והזיכרון נחוה מחדש כטראומה – כאילו מדובר בזיכרון חדש.¹⁸² אפשרות אחרת היא שהזיכרון היה למעשה רציף, וכי הוא דווח באיחור מסיבות אחרות, כגון הפחד לדווח על האירועים בעת התרחשותם, תחושות אשם או בושה של נפגעי העברה או השפעות פסיכולוגיות אחרות של התעללות מינית על ילדים.¹⁸³ למול אפשרויות אלו עומדת האפשרות של זיכרון כוזב, שנוצר עקב סוגסטייה או אוטו-סוגסטייה,¹⁸⁴ לאור ההכרה המדעית הרחבה בקיומה של התופעה.¹⁸⁵

179 "גילוי דעת בנוגע למעמד המדעי של זיכרונות מודחקים ומשוחזרים" האריך (12.10.2014) <http://www.haaretz.co.il/st/inter/Hheb/images/gilui.pdf>

180 פלוני 3958/08, לעיל הערה 157, פסקה 98 לפסק דינה של השופטת ארבל.

181 דנ"פ 6876/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 14–15 להחלטה (פורסם בנבו, 17.12.2014).

182 ראו: McNally & Geraerts, לעיל ה"ש 172, בעמ' 126–134.

183 לסקירת הסיבות לדיווח מאוחר על התעללות מינית בילדים ראו: PENNEY LEWIS, DELAYED PROSECUTION FOR CHILDHOOD SEXUAL ABUSE (2006).

184 סוגסטייה, "השאה" בעברית, היא תהליך שבו גורם חיצוני משפיע על מחשבותיו, רגשותיו או התנהגותו של אדם. בהקשר של זיכרונות מודחקים, הטענה של חוקרים מסוימים הייתה

לאור האפשרויות האלו, גם לאחר דחיית עדות המומחה יידרש בית המשפט לבחון את מהימנות העדות בדבר הזיכרון המודחק (אשר אין מחלוקת כי מוסר העדות מאמין בתוכנה) ולקבוע כיצד ניתן להסבירה. כך אירועים שייכתן שבשל גיל הנפגעת לא הובנו בזמן התרחשותם כתקיפה מינית, יכולים להתפרש כזיכרון מודחק מיד לאחר שהם צפים לזיכרון בגיל מבוגר יותר, וההקשר המיני הפוגעני שלהם מובן. מנגד, דיווח על אירועים שברור שבעת התרחשותם, בשל תדירותם, אופיים והגיל של הנפגע, הם מסוג האירועים שאינם נשכחים שכחה רגילה, לא יזכה למהימנות דומה. כמו כן הפרעת דחק פוסט-טראומטית או תגובות אחרות של הנפגע לאחר האירועים, אך לפני שהזיכרון צף מחדש, לא תוכל לחזק את מהימנות הזיכרון המודחק (להבדיל ממהימנות זיכרון רציף), שכן ככל שהאירוע היה טראומטי בעת התרחשותו אי אפשר להסביר את שכחתו לאחר דחיית התזה בדבר אמנזיה דיסוציאטיבית של זיכרון טראומטי. למעשה, ניתן לכאורה להציע הסבר חלופי: הנפגע הסובל מתסמיני הפרעת דחק שמקורם אחר (ואינו בהכרח ידוע) מפתח זיכרון שגוי של אירוע טראומטי כיוון שתחושת הזיכרון הזו מעניקה למוחו הסבר לקיום התסמינים. מכל מקום, כאשר התזה בדבר אמנזיה דיסוציאטיבית נדחית, ראיות שונות (כגון ראיות בדבר מצבו הנפשי של הנפגע לפני ההיזכרות או הליך ההיזכרות) מקבלות פירוש שונה, ולכן התוצאה של ההליך עשויה להשתנות.

ניתן לטעון כי מבחני הלכת מצגורה אינם רלוונטיים במקרי הזיכרונות המודחקים, שכן הראיה המרכזית אינה מדעית אלא מדובר בזיכרונותיהן של המתלוננות. אולם טענה זו מתעלמת מהאופן שבו מפורש הזיכרון האמור. לא הזיכרון עומד למבחן המדעי אלא התזה של שכחה הנובעת מהדחקה טראומטית. בלא קבלת התזה המדעית הזו אפשר שהזיכרון כולו יקבל פירוש אחר, אשר לעתים (אך לא תמיד) יחייב את דחיית מהימנותו. מכיוון שאין מחלוקת כי המתלונן מאמין בתוכן הזיכרון, רבים מכלי ההערכה הרגילים של בית המשפט, כגון בחינת אותות האמת או האופן שבו הגיב המתלונן כאשר הזיכרון צף במוחו, אינם מסייעים בהערכת מהימנות הזיכרון, וגם מטעם זה לבחירת ההסבר המדעי לתופעה השלכה גדולה על תוצאת ההליך.

מטעם זה גם ההבחנה בין ראייה מדעית לבין עדות בעניין שבמומחיות – הבחנה שהציע השופט עמית בפסיקות מאוחרות יותר¹⁸⁶ – לא יכולה לסייע להצלת הראייה. עדות על מהימנות הזיכרון במקרה ספציפי יכול שתהיה עניין שבמומחיות ולא סוגיה מדעית. אולם עצם קיומה של התופעה המכונה דיסוציאטיבית היא סוגיה

כי השפעות מסוגים שונים, החל מטיפול פסיכולוגי וכלה בצריכת תכנים הנוגעים לתת-מודע, הביאו מתלוננים לגבש זיכרון כוזב. אוטווגסטייה היא השאה עצמית.
185 ראו: Patihis, לעיל הערה 171 וכן Loftus, לעיל הערה 174.
186 ראו פסקה 37 לפסק דינו בע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, (23.12.2015)

מדעית-מחקרית, ואינה עניין של מומחיות גרידא. לשם השוואה, השאלה אם התוצאות של בדיקת פוליגרף מסוימת חושפת אמירת אמת או שקר עשויה להיחשב עניין שבמומחיות, אולם השאלה עד כמה (אם בכלל) בדיקות פוליגרף מאבחנות בין אמירת אמת לשקר היא שאלה שבמדע. מטעם זה ההחלטה אם להתיר הצגת עדות מומחה על בדיקת פוליגרף הוכרעה לפי הכללים החלים על קבילות ראיה מדעית.¹⁸⁷ רק מקום שבו הפוליגרף מתקבל כראיה מדעית, ניתן לשמוע עדות מומחה על תוצאות הבדיקה הפרטנית עד בהליך ספציפי.

השאלה אם המוח מדחיק עד כדי שכחה אירועים טראומטיים אינה שאלה של היגיון בריא, אלא של מדע. כמוה, גם השאלה אם המוח יכול לייצר זיכרון שנחוה כזיכרון אמין של אירועים טראומטיים אינה שאלה שהתשובה עליה נמצאת בידיעה השיפוטית. ההנחה היא כי בחיי היום-יום איננו נתקלים תדירות בזיכרונות כוזבים או בזיכרונות טראומטיים מודחקים-משוחזרים. מטעם זה גם בית המשפט העליון הכיר בכך כי יש צורך בעדויות מומחים כדי להכריע במחלוקת ואימץ את ההסדר הדיוני בין הצדדים שלפיו יוחזר התיק לבית המשפט המחוזי לשמיעת עדויות כאלו, לאחר שבתחילה הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בלא עדויות כאלו.¹⁸⁸ הקושי בהכרעה בפרשות אלו נובע מכך ששתי הערכאות נמנעו כאמור מלבחון את עדויות המומחים על פי המבחנים שנקבעו לכך בפסיקה. קושי גדול יותר אולי טמון בהכרעה העקרונית שלפיה ניתן לבסס הרשעה על אמת משפטית גם אם זו סותרת את האמת המדעית. בקבלת התזה בדבר אמנזיה דיסוציאטיבית כבסיס להרשעה מכריע למעשה בית המשפט כי תזה זו הוכחה מעבר לספק סביר מבחינה משפטית, והספק המדעי בדבר עצם האפשרות שתופעה זו תתרחש נדחה על בסיס הקביעה כי בית המשפט רשאי לקבל תזות מדעיות גם אם אלו לא התקבלו בזירה המדעית. להכרעה זו, אם תאומץ גם בהקשרים אחרים, יכולה להיות השלכה רחבה ביותר על קבילות ראיות רבות אחרות, ובהן למשל בדיקות פוליגרף,¹⁸⁹ הערכות אופי באמצעות גרפולוגיה ואמצעים רבים אחרים אשר לא זכו לאישוש מדעי, אך זוכים להכרה רחבה בציבור ובקרב חלק מהעוסקים במלאכה.

187 ראו *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), ראו גם אפרת פינק ורותם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים" הפרקליט נג 3 (תשע"ג).

188 עניין פלוני 3958/08, לעיל הערה 157, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

189 יצוין כי דווקא בעניין בדיקות הפוליגרף, עם התפתחות הטכנולוגיה, יש הסבורים כי ניתן כיום לתת לבדיקה משקל ראייתי כלשהו לפי המבחנים המקובלים של בחינת ראיה מדעית. ראו: אפרת פינק ורותם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית – עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים מדעיים" הפרקליט נג 3 (תשע"ג).

סיכום

אף שבשנים 2012–2014 לא היו מהפכות גדולות במשפט הפלילי עלי ספר, ניכר כי דיני הראיות, ההליך הפלילי ומדיניות הענישה עוברים שינויים מפליגים. פתחתי סקירה זו בתיאור ההשלכות של תכנית "מפנה", שנחנכה בתרועה רמה על ידי משטרת ישראל לפני כשלוש שנים. כפי שתואר, תוצאותיה של החלטה מנהלית זו היו דרמטיות אף שלא עברה – לפחות אפקטיבית – את המסננת החקיקתית או השיפוטית. התכנית הובילה לעלייה גדולה במספר המעצרים עד תום ההליכים, וזו עמעמה, כפי הנראה, את השפעותיו המשמעותיות של תיקון 113 בהפחתת רמת הענישה. בהמשך הסקירה דנתי בהשלכותיו של תיקון זה אף על מרקם האיזון בין שיקולי הענישה. כפי שהוסבר, על אף שינוי צורני באופן גזירת הדין נראה כי היבטיו המהותיים של התיקון עוד רחוקים מיישום. המחוקק הביע את עמדתו בתיקון 113 והכריע לטובת עליית קרנם של שיקולי השיקום וההגנה על הציבור, וכן לצמצום מעמד ההרתעה כשיקול בענישה. בתי המשפט התקשו ליישם את הכרעותיו של המחוקק, ונראה כי החשש שהביע המשנה לנשיא אליהו מצא שלפיו שופטים ימשיכו לגזור את הדין כבעבר ורק יתאימו את נימוקיהם לתיקון – התממש במידה רבה.

בצד המשך שינויה של מדיניות הענישה יש לקדם ולפתח את מערך החלופות למשפט הפלילי, ובאופן זה להביא להגברת האפקטיביות של ההליך המסורתי. הפוטנציאל הטמון בהסדר סגירת תיק עדיין לא מומש, אולם יש להניח כי בתוך זמן לא רב יקיים גם מערך התביעות המשטרתי את החוק, והחלופה האמורה תהפוך לכלי מרכזי בהתמודדות עם עברות בדרגת חומרה נמוכה עד בינונית. שינוי זה, ולצדו הפנמת הוראות תיקון 113 והשינויים במדיניות ענישת השוהים הבלתי חוקיים, מכוונים למערכת משפט אנושית יותר, הפועלת לגיבוש פתרונות יעילים יותר לבעיית הפשיעה ולצמצום ההסתמכות העיוורת על הליכים פליליים רגילים ומאסרים. בינתיים נראה כי למרות ההשפעה העצומה של תכנית "מפנה", ידן של המגמות המרכזיות על העליונה, ולכן מספר ההליכים הפליליים, ומספר הכלואים מצויים במגמת ירידה. מכל מקום, רק ימים יגידו אם אכן היו אלו שנים של מפנה, ומה הייתה משמעותו של מפנה זה.