

ענישה בהסכמה

חלופות להליכי משפט בפלילים

אורן גזל

בהדרכת:

פרופ' אריאל בנדור
השופטת דורית ביניש

חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה"

אוניברסיטת חיפה
הרשות ללימודים מתקדמים
הוועדה הכלל-אוניברסיטאית לתלמידי מחקר

ספטמבר 2002

מומלץ לשיפוט על ידי _____ תאריך _____
(מדריך העבודה)

מומלץ לשיפוט על ידי _____ תאריך _____
(מדריכת העבודה)

מאושר לשיפוט על ידי _____ תאריך _____
(יו"ר ועדת הדוקטורט)

הכרת תודה

תוכן עניינים

XI.....		תקציר
1.....	מבוא	.1
9.....	מטרת ההליך הפלילי והעונש	.2
9.....	מטרות המשפט הפלילי	.2.1
10.....	מטרת ההליך הפלילי	.2.2
15.....	מטרות הענישה ושיקולי הענישה	.2.3
16.....	שיקולי הענישה	.2.3.1
16.....	הלימה	.2.3.1.1
17.....	הרתעה	.2.3.1.2
23.....	מניעה	.2.3.1.3
23.....	שיקום	.2.3.1.4
24.....	מטרות הענישה	.2.3.2
25.....	גישה תוצאתנית	.2.3.2.1
28.....	גישה גמולית	.2.3.2.2
34.....	גישות מעורבות	.2.3.2.3
36.....	הצורך בתלופות להליך הפלילי	.3
36.....	העומס על מערכת אכיפת החוק הפלילי והסיבות לו	.3.1
42.....	השלכות העומס – התמשכות ההליכים	.3.2
53.....	השלכות העומס – סגירת תיקים	.3.3
56.....	השלכות העומס – הפגיעה בשוויון וביחסיות באכיפת החוק	.3.4
65.....	השלכות העומס – האכיפה הפלילית ואמון הציבור במשטרה	.3.5
66.....	השלכות העומס – הרשעת חפים מפשע	.3.6
69.....	קרימינליזציה של הפרות קלות ועקרון האשמה	.3.7
82.....	משפט משווה	.4
82.....	ארצות-הברית	.4.1
82.....	ההליך הפלילי הרגיל בארצות-הברית	.4.1.1
83.....	סמכות התובע	.4.1.2
84.....	הליכים פשוטים בעבירות קלות	.4.1.3
85.....	הסטת תיקים	.4.1.4
87.....	הודאות באשמה	.4.1.5

88.....	הסדרי טיעון	4.1.6
88.....	התפתחות הפרקטיקה	4.1.6.1
89.....	הסדרי טיעון על אישומים ועל העונש	4.1.6.2
90.....	היקף השימוש בהסדרי טיעון	4.1.6.3
91.....	מעורבות שופטים בהסדרים	4.1.6.4
92.....	סנקציות אזרחיות	4.1.7
94.....	אנגליה ווילס.....	4.2
94.....	ההליך הפלילי באנגליה ווילס	4.2.1
95.....	סמכויות התובע	4.2.2
96.....	הודאות באשמה	4.2.3
97.....	הסדרי טיעון	4.2.4
97.....	הסדרי טיעון בדבר האישומים	4.2.4.1
98.....	מעורבות בית-המשפט בהסדרי טיעון	4.2.4.2
99.....	היקף השימוש בהסדרי טיעון באנגליה	4.2.4.3
100.....	עבירות קנס	4.2.5
100.....	התראה רשמית	4.2.6
101.....	קנסות אזרחיים במסים	4.2.7
102.....	גרמניה.....	4.3
103.....	ההליך הפלילי הרגיל	4.3.1
104.....	עבירות מינהליות	4.3.2
105.....	צו ענישה	4.3.3
105.....	הליך הוצאת צו ענישה	4.3.3.1
105.....	אישור פורמאלי של שופט שלום	4.3.3.2
106.....	האפשרויות של מקבל הצו	4.3.3.3
106.....	העונשים המוטלים בצו ענישה	4.3.3.4
106.....	העבירות בגינן מוצא צו ענישה	4.3.3.5
107.....	היקף השימוש בהליך	4.3.3.6
107.....	סמכות תובע וסגירת תיקים	4.3.4
107.....	סגירת תיק בלא תנאי	4.3.4.1
108.....	סגירת תיק מותנית	4.3.4.2
108.....	הודאות באשמה והסדרי טיעון	4.3.5
108.....	הגישה המסורתית	4.3.5.1
109.....	המצב כיום	
110.....	החיסכון בזמן עקב הודאה	
111.....	חלופות במדינות נוספות.....	4.4
111.....	צרפת	4.4.1
111.....	סמכויות התובע וסוגי הליכים	4.4.1.1
111.....	צו ענישה	4.4.1.2
112.....	כופר	4.4.1.3

112.....	עבירות קנס	4.4.1.4
112.....	טיפול במקום הליכים בעבירות סמים	4.4.1.5
112.....	הודאות באשמה	4.4.1.6
113.....	הסדרי טיעון	4.4.1.7
114.....	הולנד	4.4.2
114.....	סמכויות התובע וסוגי הליכים	4.4.2.1
115.....	קנס בידי תובע וסגירת תיקים מותנית	4.4.2.2
116.....	סגירות תיקים במשטרה	4.4.2.3
117.....	בלגיה	4.4.3
117.....	סמכויות התובע וסוגי הליכים	4.4.3.1
118.....	קנס בידי תובע	4.4.3.2
118.....	הסדרי טיעון	4.4.3.3
118.....	דנמרק	4.4.4
120.....	איטליה	4.4.5
120.....	הרפורמה – המעבר לשיטה האדוורסרית	4.4.5.1
121.....	העיקרון של פשטות מרבית של ההליך	4.4.5.2
122.....	משפט מקוצר	4.4.5.3
122.....	ענישה בהסכמה	4.4.5.4
123.....	משפט ישיר ומשפט מדי	4.4.5.5
124.....	צו ענישה	4.4.5.6
124.....	הליכים בפני בית-משפט השלום	4.4.5.7
125.....	כישלון הרפורמה?	4.4.5.8
125.....	סקוטלנד	4.4.6
126.....	ההסדר משנת 1987 - קנס של פרקליט מחוז	4.4.6.1
126.....	ההצעה של ועדת סטיוארט	4.4.6.2
127.....	התיקון לחוק	4.4.6.3
128.....	הפעלת ההליך – נתונים אמפיריים	4.4.6.4
130.....	ההליך הפלילי המלא לעומת החלופות	5
130.....	החלופות – ענישה בהסכמה	5.1
137.....	בחינת היתרונות של ענישה מוסכמת והביקורות עליה	5.2
138.....	הרתעה	5.2.1
142.....	גמול	5.2.2
144.....	שוויון	5.2.3
153.....	הזכויות הדיוניות של הנאשם	5.2.4
155.....	כפייה	5.2.5
158.....	החשש מהרשעת חפים מפשע	5.2.6
179.....	חלוקת התפקידים בין התביעה לבין בית-המשפט	5.2.7
185.....	אמון הציבור	5.2.8
186.....	חקר האמת	5.2.9

188.....	פתרונות אחרים למגבלות המערכת	5.2.10
192.....	נפגע העבירה	5.2.11
194.....	קיומו של אינטרס מיוחד להימנע מקיום הליך	5.2.12
196.....	החלופות כפשרה	5.2.13
198.....	מסקנות	5.3
199.....	החלופות להליכי משפט פלילי בישראל	6
199.....	כללי	6.1
199.....	הודאות והסדרי טיעון לא מפורשים	6.2
199.....	תפקידה של ההודאה	6.2.1
200.....	הסיבות להודאה באשמה	6.2.2
201.....	ההודאה כשיקול לקולא – גישת החרטה וגישת התמורה	6.2.3
205.....	הביקורת על גישת התמורה	6.2.4
207.....	המצב בפועל	6.2.5
209.....	הסדרי טיעון	6.3
209.....	הדין בישראל – כללי	6.3.1
209.....	הגדרה וסוגי הסדרים	6.3.1.1
210.....	תפקיד התביעה, הנאשם, הקורבן ובית-המשפט	6.3.1.2
211.....	המחלוקת בדבר הסדרי טיעון	6.3.1.3
213.....	קבלה ודחייה של הסדרים	6.3.2
213.....	הסדרי טיעון על אישומים	6.3.2.1
213.....	ביקורת שיפוטית על בחירת האישומים בבג"ץ	6.3.2.1.1
215.....	ביקורת שיפוטית על בחירת האישומים בערכאה הדיונית	6.3.2.1.2
217.....	הרשעה בעבירה חמורה מהמוסכם המתגלה מהעובדות	6.3.2.1.3
218.....	ההשלכה של שינוי כתב-האישום בהסדר על העונש	6.3.2.1.4
219.....	קבלה ודחייה של הסדרים בדבר העונש	6.3.2.2
219.....	סוגי הסדרים על העונש	6.3.2.2.1
219.....	המחלוקת בפסיקה	6.3.2.2.2
222.....	דחיית הסדרי טיעון – הצורך בשינוי הדין	6.3.2.3
224.....	דחיית הסדרים על העונש	6.3.2.3.1
238.....	דחיית הסדרים על האישומים	6.3.2.3.2
243.....	מעורבות שופטים	6.3.3
243.....	הלכת בחמוצקי	6.3.3.1
244.....	ההתעלמות מהנחית בית-המשפט העליון	6.3.3.2
247.....	הטענות כנגד מעורבות שיפוטית בהסדרי טיעון	6.3.3.3
247.....	הנאשם עלול להודות תחת כפייה	6.3.3.3.1
248.....	השופט יתקשה לנהל משפט הוגן אם הצעתו תידחה	6.3.3.3.2
248.....	חוסר מידע בידי השופטים	6.3.3.3.3
248.....	החשש מפגיעה בטוהר ההליך ובכבוד בית-המשפט	6.3.3.3.4

248.....	הטענות בזכות מעורבות שיפוטית בהליך.....	6.3.3.4
249.....	סיוע בסיום מהיר של תיקים	6.3.3.4.1
251.....	הסרת עננת חוסר הוודאות	6.3.3.4.2
251.....	החזרת השליטה על גזירת הדין לבית-המשפט	6.3.3.4.3
251.....	ביקורת על התביעה	6.3.3.4.4
252.....	חשיפת הפעילות, הסדרתה והבטחת ביקורת	6.3.3.4.5
252.....	הפתרון המוצע – הסדרת המעורבות השיפוטית.....	6.3.3.5
254.....	עבירות קנס	6.4
254.....	כללי.....	6.4.1
254.....	סמכות תובעת.....	6.4.2
255.....	הרשעה בעבירת קנס.....	6.4.3
256.....	התמריצים לשלם את הקנס.....	6.4.4
256.....	הטרחת בקיום הליך משפטי.....	6.4.4.1
256.....	השפעת ההרשעה על התמריצים לשלם את הקנס.....	6.4.4.2
257.....	החמרה בעונש בהליך משפטי.....	6.4.4.3
258.....	גבייה ואכיפה.....	6.4.5
260.....	עבירות מינהליות	6.5
260.....	כללי.....	6.5.1
260.....	הוראות חוק העבירות המינהליות.....	6.5.2
262.....	התמריצים לתשלום הקנס.....	6.5.3
263.....	סמכות תובעת.....	6.5.4
263.....	הביקורת השיפוטית על החלטת התביעה.....	6.5.5
265.....	גבייה ואכיפה.....	6.5.6
265.....	כופר	6.6
265.....	כללי.....	6.6.1
266.....	היקף השימוש בכופר.....	6.6.2
266.....	הרשות המטילה את הכופר.....	6.6.3
267.....	סמכות תובעת.....	6.6.4
267.....	גבייה ואכיפה.....	6.6.5
268.....	סגירת תיק מותנית	6.7
268.....	כללי.....	6.7.1
269.....	הסמכות.....	6.7.2
270.....	סוגי התנאים לסגירת התיק.....	6.7.3
270.....	שירות למען הציבור.....	6.7.3.1
270.....	תרומה למטרה מסוימת.....	6.7.3.2
270.....	פיצוי הנפגע.....	6.7.3.3
271.....	התפטרות ממשרה או הליכים משמעתיים.....	6.7.3.4
271.....	גישור פלילי.....	6.7.3.5

272.....	עיצומים וקנסות אזרחיים	6.8
272.....	כללי	6.8.1
273.....	הסדר בחקיקה	6.8.2
274.....	ענישה אזרחית והחלופות להליכי משפט פלילי	6.8.3
275.....	היתרונות של הענישה האזרחית בהשוואה לחלופות	6.8.3.1
276.....	היתרונות של החלופות על פני הענישה האזרחית	6.8.3.2
278.....	מסקנות	6.8.3.3
279.....	צו מוסכם	6.9
281.....	המאפיינים השונים של החלופות	7
281.....	כללי	7.1
283.....	הבסיס המשפטי	7.2
290.....	אישור משפטי	7.3
300.....	סוג העונש	7.4
304.....	סמכות הרשות לקצוב את העונש	7.5
310.....	הרשות המינהלית המטילה את העונש	7.6
314.....	שימוע מוקדם, השגה וערר	7.7
320.....	הצורך בהודאת החשוד	7.8
322.....	הרשעה	7.9
330.....	הצעה לאיחוד החלופות	7.10
336.....	סיכום	8
341.....	רשימת מקורות	9
341.....	חקיקה	9.1
344.....	פסיקה	9.2
349.....	פרסומים רשמיים והנחיות מינהליות	9.3
351.....	ספרות	9.4
364.....	נספח – תמצית ראיונות	10
364... 2.12.01	ריאיון עם השופטת רות שרון – נשיאת בית-משפט השלום ומנהלת מנ"ת ארצית,	10.1
365..... 19.11.01	ריאיון עם עו"ד דרור ארד-איילון,	10.2
366..... 15.11.01	ריאיון עם ד"ר דוד וינר, סגן בכיר א' וממונה, הסנגוריה הציבורית הארצית,	10.3

367.....	15.11.01, ריאיון עם ענבל רובינשטיין, סגורית מחוזית תל אביב,	.10.4
368.....	9.12.00, ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז,	.10.5
368.....	22.12.99, ריאיון עם פרקליטת מחוז,	.10.6
368.....	22.12.99, ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז,	.10.7
369.....	23.12.99, ריאיון עם ראש יחידת תביעות,	.10.8
369.....	28.12.99, ריאיון עם פרקליט בכיר בפרקליטות	.10.9
369.....	28.12.99, ריאיון עם ראש מדור תביעות במשטרה	.10.10
370.....	29.12.99, ריאיון עם ראש יחידת תביעות,	.10.11
370.....	4.1.00, ריאיון עם ראש יחידת תביעות,	.10.12
371.....	9.1.00, ריאיון עם פרקליטת מחוז,	.10.13
371.....	9.1.00, ריאיון עם ראש יחידת תביעות,	.10.14
371.....	5.1.00, תמצית יום דיונים בבית-משפט השלום בנתניה,	.10.15
373.....	11.1.00, תמצית יום דיונים בבית משפט השלום בירושלים,	.10.16
375.....	12.1.00, תמצית יום דיונים בבית-משפט השלום תל אביב,	.10.17

ענישה בהסכמה

חלופות להליכי משפט בפלילים

אורן גזל

תקציר

מי שנתפס מבצע עבירה פלילית צפוי לעונש. עונש זה מוטל לאחר קביעת אחריותו וחומרת העבירה בהליך פלילי. הליך זה מתבסס, במדינות המשפט המקובל ובישראל, על עימות בין שני צדדים אדוורסריים, המביאים כל אחד את ראיותיו, בזה אחר זה, ומציגים טיעוניהם להכרעת בית-המשפט. כך, לפחות, נתפס ההליך שקודם להטלת עונש בגין עבירה פלילית בדמיונם של רבים. אלא שבפועל הרוב המכריע של העונשים בגין עבירה פלילית מוטלים בהליכים חלופיים, קצרים בהרבה, ובלא עימות בין שני צדדים בבית-המשפט. חלופות אלו, כגון הסדרי טיעון, הליכים של כופר, קנס מינהלי, עבירות קנס, סגירת תיקים מותנית וצו מוסכם תופסות נתח הולך וגדל של ההליכים להטלת עונשים בגין עבירה פלילית, עד כי כיום ההליך הפלילי המלא המבוסס על עימות כולל בין התביעה לבין ההגנה בבית-המשפט, משמש כלי להטלת עונשים רק בשיעור זעום של המקרים. למרות זאת, הליכים חלופיים אלו נתפסים עדיין כשוליים וכמשניים להליך שאותו הם מחליפים. חלק מן החלופות נתפסות ככלי המיועד לעבירות קלות בלבד או סקטוריאליות ולכן אין מעניקים להם מקום מרכזי על במת השיח המשפטי. החלק האחר מתקבל בחשד ובחוסר אהדה, כמעין זיהום של ההליך הפלילי, אשר יש לחסלו או, במקרה הטוב, להתייחס אליו כאל הרע במיעוטו. עבודה זו עוסקת בחלופות אלו. מטרתה לבחון האם החלופות מסייעות בהגשמת מטרות המשפט הפלילי, וכיצד יש להסדירן כדי לשפר את יכולתן להשיג מטרות אלו.

ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים המיועדת להגשים את מטרות המשפט הפלילי. ההליך המשפטי הפלילי ממלא את תפקידו באמצעות קביעת חפות או אחריות פלילית ועונש בכל מקרה ומקרה. מטעם זה, חלופה להליך זה תקדם את מטרותיו אם היא תשפר את יכולתו לקבוע נכונה אחריות פלילית ועונש.

הקושי המרכזי של ההליך הפלילי הרגיל למלא את תפקידו נעוץ בעומס המוטל על מערכת האכיפה. ההליך הפלילי המלא מחייב משאבי שיפוט תביעה והגנה רבים. ככל שחולפות השנים, מספר המקרים המגיעים לטיפול מערכת האכיפה והמשאבים הדרושים לניהול כל מקרה בהליך פלילי מלא גדלים. הגידול במשאבים המוקצים למערך האכיפה אינו מדביק את הפער. עומס העבודה גורם להתמשכות הליכים פליליים עלי פני תקופות ארוכות. עקב כך נגרמים עינויי דין לנאשמים ונפגעת האפקטיביות של הענישה. כמו כן, חלוף הזמן בין מועד ביצוע העבירה לבין מועד בחינת הראיות בבית-המשפט פוגע במהימנות הראיות. תופעה זו מגדילה את החשש להרשעה מוטעית (כמו גם לזיכוי מוטעה) בהליך המשפטי. בנוסף, עינוי הדין, בייחוד לנאשמים העצורים במהלך משפטם, יוצר לנאשמים תמריץ להודות בלא קשר לחפותם או לאחריותם הפלילית. זאת ועוד, בשל עומס העבודה, התביעה והמשטרה מוותרות על פתיחת הליכים נגד חשודים רבים למרות שיש עניין ציבורי בהבאתם לדין. עומס העבודה הכבד גורם לכך שהיקף

המשאבים בטיפול בתיק מהווה שיקול מרכזי בהחלטה אם לנהל תיק מסוים, ודוחק במידה מסוימת את השיקולים המקובלים של חומרת העבירה והראיות לביסוסה. מצב זה נותן יתרון לאותם עבריינים שבידיהם להקשות על התביעה בניהול ההליך ופוגע בשוויון בפני החוק.

אולם העומס אינו הסיבה היחידה להתעוררות הצורך בחלופות להליך הפלילי. ההליך הפלילי הרגיל וההרשעה הפלילית המוטלת בסופו על מי שנמצא חייב אינם מתאימים לשורה הולכת וגדלה של הפרות קלות יחסית. במקרים רבים הוראות חוק סווגו כפליליות רק מכיוון שהמשפט הפלילי הוא כלי נוח וזמין לאכיפת חוק, ובלא שחומרתן מצדיקה שימוש בכלי זה. במקרים אחרים, מגבלות הלשון גורמות לכך שהאיסור הפלילי חל גם על מעשים שראויים היו לטיפול במישור הפלילי וגם על מעשים שעדיפה הייתה אכיפתם באמצעים אחרים. בכל אותם מקרים, חלופות להליך הפלילי משמשות אמצעי לדה-קרימינליזציה של אותן הפרות.

ואמנם, בעולם המערבי הולך ורב השימוש בחלופות להליכים הפליליים. במדינות יבשת אירופה נפוץ השימוש בסנקציות שמטיל תובע על חשוד במקום העמדתו לדין. במדינות המשפט המקובל, הולך ונפוץ השימוש בהסדרי טיעון או תוכניות הסטת תיקים. בנוסף, במדינות רבות מרבית להשתמש בהודעות קנס כחלופה להליך פלילי בעבירות קלות. גם אמצעים הדומים לכופר בישראל מצויים בחלק ממדינות המערב, ומשמשים לענישת חשודים בעבירות כלכליות.

המאפיין המרכזי של רוב החלופות להליכים הפליליים הוא ההסכמה, המפורשת או המשתמעת, בין הרשויות לבין החשוד או הנאשם, על השימוש בהליך החלופי. כך, בהסדרי טיעון מסכימים התביעה והנאשם על הטיעון לעונש או על האישומים בתמורה להודאת הנאשם. בסגירת תיק מותנית נוגעת ההסכמה לפעולות שיעשה הנאשם בתמורה לסגירת התיק נגדו. בעבירות קנס, בעבירות מינהליות ובכופר ההסכמה מפורשת פחות. אולם גם כאן הן הרשות והן הנאשם צריכים לבחור בהליך החלופי כדי שהעונש יוטל במסגרתו ולא במסגרת ההליך הפלילי. במרבית המקרים, נכוונת הנאשם להסכים לעונש בהליך החלופי מיועדת להבטיח לו הקלה בעונש הפורמלי או הבלתי פורמלי הצפוי עם ניהול ההליך. התביעה (או רשות אחרת) מסכימה להקלה זו, ברוב המקרים, כדי לפנות חלק ממשאביה המוגבלים לצורך אכיפת הפרות חוק אחרות. לאור זאת, כאשר מושגת הסכמה על חלופה היא מגנה הן על האינטרס הציבורי והן על האינטרסים של הנאשם טוב יותר מאשר ההליך הפלילי שאותו היא מחליפה. ההגנה על האינטרסים הציבוריים מובטחת באמצעות הסכמת התביעה המופקדת על אינטרס זה. ההגנה על האינטרסים של הנאשם מובטחת באמצעות הסכמת ההגנה המופקדת על אינטרס זה. אף כי יש בהחלט מקום להסדרת הליכי הענישה בהסכמה, החשד הבסיסי שבו מתקבלים הליכים אלו אינו מוצדק.

הסכמה בין הצדדים מקדמת את ההרתעה במערכת המשפט הפלילי מכיוון שהיא מאפשרת לנקוט בהליכים כנגד שיעור גדול יותר של מפירי החוק. היא מקטינה את שיעור החפים מפשע הנענשים. זאת מכיוון שנאשמים חפים ייטו לסרב להצעות שכן בידהם מידע חד צדדי על חפותם, ולכן על סיכוייהם הטובים, יותר ממה שהתביעה יכולה להעריך, לזכות במשפט. הסכמה בין הצדדים לא פוגעת בזכויות דיוניות של נאשמים, שכן ויתור על זכות אינו פגיעה. זכויות נאשמים בהליך הפלילי, כמו הזכות למשפט או לעימות עם הראיות, אינן זכויות בלתי עבירות, והנאשמים רשאים לוותר עליהן כשהדבר מיטיב עמם. אין בסיס גם לטענה כי הסכמה כזו מטבעה מושגת בכפייה.

האיום היחיד המופעל על הנאשם הוא האיום לפעול נגדו באמצעות ההליך הפלילי הרגיל. איום זה אינו אלא איום להפעיל סמכות כחוק ולשם קידום מטרתו, ולכן לא יכול לבסס טענת כפייה. גם החשש שההסכמות פוגעות ביכולתו של ההליך הפלילי לחשוף את האמת אינו מהווה טענה תקפה כנגדן. ההליך הפלילי אינו מיועד לקדם את חקר האמת כשלעצמו, אלא לקבוע באופן מהימן חפות או אחריות פלילית ועונש. מטרות אלו דווקא מקודמות באמצעות החלופות של ענישה בהסכמה. ההסכמות גם מסייעות פעמים רבות להבטיח תגובה עונשית שתקדם טוב יותר את האינטרס הציבורי ושלא ניתן להשיגה בלא הסכמת הנאשם. כמו כן, הן מסייעות למנוע הליכים פליליים מקום בו יש אינטרס ציבורי מיוחד להימנע מקיומם. אינטרס כזה יכול שיהיה, למשל, הרצון להגן על נפגע העבירה מפני מעמד העדות או הצורך להגן על ביטחון המדינה או ביטחון הציבור מפני חשיפת המידע הדרוש לצורך ניהול ההליך פלילי.

מבין החלופות להליך הפלילי, הסדר טיעון הוא החלופה השנויה ביותר במחלוקת. בשונה ממרבית החלופות האחרות, הסדר טיעון נערך בתוך המסגרת הפורמלית של ההליך הפלילי ולכן בפיקוח בית-המשפט. על-פי ההלכה כיום, אסור לבית-המשפט לנקוט כל עמדה באשר להסדר טיעון קודם שזה מוגש בפניו והנאשם מודה על-פיו. בפועל, בתי-משפט מרבים להתערב במשא ומתן לעריכת הסדרי טיעון, לעודד התדיינות כזו בין הצדדים ואף לנהלה. מעורבות שיפוטית כזו מעוררת קושי, שכן בית-המשפט עלול להיחשף, במהלך ההתדיינות, למידע שיפגע ביכולתו לנהל את ההליך בהגינות אם ההסדר ייכשל. בנוסף, קיים חשש כי בית-המשפט יחמיר בעונשו של נאשם לאחר שיורשע, נוכח חוסר שביעות רצונו מעמדת הנאשם במשא ומתן לקראת הסדר טיעון. אף אם חשש זה אינו מבוסס דיו, די בכך שנאשמים יחששו מפני נקמות מעין זו מצד בית-המשפט, כדי לפגוע ביכולתם לקבל החלטה חופשית ולעורר חשש של כפייה. מנגד, לתיווך שיפוטי בהליך ההתדיינות להסדר גם מספר יתרונות. בית-המשפט מצוי בעמדה טובה להעריך את הראיות ואת טענות הצדדים בלא להיות מוטה מראש לעמדה זו או אחרת. המעורבות יכולה לסייע בקיצור ההליכים על היתרונות הרבים הנלווים להפחתת העומס בזכות קיצור זה. ההליך יכול גם להבטיח כי הסדר שיושג בתיווכו של בית-המשפט יאומץ, ולכן מקטין את החשש מפני חוסר הוודאות הטמון בהסדר טיעון רגיל. הליך זה גם מחזיר את השליטה על העונש לידי בית-המשפט. מכלול שיקולים אלו מובילים למסקנה כי יש להסדיר את מעורבות השופטים באופן שיבטיח כי שופט שעסק בצורה כלשהי בבירור האפשרות להגיע להסדר טיעון יוחלף במקרה שהסדר כזה לא ייערך, והתיק יישמע בפני הרכב שלא ידע דבר על ההליכים המוקדמים. הסדר כזה יוכל להשיג את מרב היתרונות של התיווך השיפוטי תוך מזעור החששות מפני תיווך זה.

עיקר הדיון על תפקיד בית-המשפט בהסדרי טיעון נסב על סמכותו לחרוג מן ההסכמות לאחר שהסדר כאמור הוצג בפניו. ככלל, כיוון שלתביעה שליטה כמעט מוחלטת על קביעת האישומים, אין לבית-המשפט סמכות להתערב בהסדרי טיעון על אישומים, למעט במקרים חריגים ביותר. מנגד, הסמכות להטיל עונש מצויה בידיו ולכן הסדרי טיעון על עונש אינם אלא המלצה לעונש לבית-המשפט. במרבית המקרים מכבד בית-המשפט את המלצת הצדדים. אולם החלטות להטיל עונש בניגוד להמלצה ניתנות כמעט אך ורק כאשר בית-המשפט סבור כי ההסדר מקל מידי עם הנאשם ולכן לא תואם את האינטרס הציבורי. גישה זו מוטעית. תפקידו העיקרי של בית-המשפט בפיקוח על הסדרי טיעון צריך שיהיה מתן הגנה לנאשם ולא לאינטרס הציבורי. זה האחרון מופקד בידי התביעה, אשר בידיה ניסיון ומידע טובים יותר לקבוע כיצד לקדמו. מטעם זה, פגיעה

באינטרס הציבורי צריכה להוות שיקול לסטייה מעונש מוסכם רק כאשר ההסדר כולו, לאור נסיבות עריכתו, כה בלתי סביר עד כי אינו חוקי. מנגד, על בית-המשפט להרחיב את התערבותו לקולא, ולהבטיח כי נאשמים המודים בהסדר יזכו בהקלה הולמת בעונש לאור הודאתם. החשש מפני טעות או חוסר ניסיון בהגנת הנאשם, והסיכונים בהתממשות חשש זה, גדולים לאין שיעור מהחששות מפני טעויות של התביעה ומהנזקים בהתממשותם. בית-המשפט צריך גם לאסור על הסדרים שהעונש המוצע במסגרתם קל באופן קיצוני מהעונש ההולם, מקום בו ההסבר היחיד להקלה הוא קשיים בראיות. הסבר כזה עלול ללמד על חפות הנאשם, וההקלה הקיצונית עלולה להיות מכשיר לעידוד נאשם, שצפוי להימצא זכאי בהליך פלילי, להודות. במקביל, יש לחייב את התביעה להביא בפני בית-משפט גם כל הסדר על אישומים ולהקנות לבית-המשפט סמכות להתערב גם בהסדרים אלו, כדי למנוע אפשרות של שימוש בהסדרים אלו לעקיפת סמכות הביקורת של בית-המשפט. ככלל, ראוי כי בכל מקרה של סטייה מהסדר טיעון, על עונש או על אישומים, למעט סטייה לטובת הנאשם, ייתן בית-המשפט לנאשם הזדמנות לחזור בו מהודאתו שנתקבלה על בסיס ההסדר. לכל הפחות, יש להבטיח כי הצדדים יוכלו לקבוע בהסדר תנאי מחייב המקנה לנאשם כוח לחזור בו מהודאה שניתנה אם המלצת הצדדים לא כובדה על-ידי בית-המשפט. רק כך תצומצם הפגיעה באינטרס ההסתמכות של הנאשם, יוקטן מרכיב ההימור בעריכת הסדר טיעון ויצומצם החשש מפני הרשעת חפים הצפוי להיות גדול דווקא באותם הסדרים שבמסגרתם המליצו הצדדים על מתן הקלה קיצונית בעונש לנאשם.

על-פי הפסיקה, הודאה באשמה מהווה שיקול לקולא בעת מתן גזר-הדין. הקלה זו מכונה לעתים "הסדר טיעון לא מפורש", שכן כמו בהסדר טיעון הנאשם מודה כדי לזכות בהקלה מסוימת בעונשו, אף שההקלה לא ניתנת במסגרת משא ומתן גלוי. כדי לצמצם את השרירות בהליך זה יש לקבוע את התנאים להתממשות זכותו של הנאשם להקלה כזו ואת שיעורה.

קיימים גם הליכי ענישה בהסכמה אחרים – ביניהם עבירות קנס, עבירות מינהליות, כופר, סגירת תיקים מותנית וצו מוסכם. למרות שמרכיב ההסכמה משותף לכל החלופות הללו, מספר מאפיינים מבחינים ביניהן. ראשית, בניגוד לרוב החלופות, הסדרי טיעון וסגירת תיקים מותנית מבוססים על פרקטיקה שהתפתחה עם השנים בלא הסדר חקיקתי. גם במקרה של כופר, אף שהליך זה מבוסס על הוראת חוק, אין בחקיקה הסדרים משניים הקובעים את אופן הפעלתו. לחיסרון של פירוט בחקיקה יש יתרון. הוא מאפשר גמישות. כך, למשל, הסרבול וחוסר הגמישות של הליכי הטלת קנס מינהלי שאינו קצוב מנע למעשה כל שימוש בהליך זה. מנגד, הסתמכות על ההסכמה בלבד בלא הסדרים ברורים בחוק נוגסת בעקרון החוקיות ופוגעת בוודאות החוק. איזון נכון בין שיקולים אלו מחייב קביעת הסדרים ברורים בחקיקה באשר לקביעת העונש המוסכם וזכות הטיעון של הנענש אך, במקביל, היתר בחקיקה לסטות מהסדרים אלו כאשר הצדדים מסכימים לסטייה.

הבדל נוסף בין החלופות נוגע לתפקיד בית-המשפט. במרבית החלופות, ההסדר נערך בלא כל מעורבות שיפוטית. לעומת זאת, בהסדרי טיעון ובצו מוסכם, ההסדר כפוף לאישור שיפוטי. ככלל, הפיקוח השיפוטי אינו כלי אפקטיבי להגן על זכויות הנאשמים כשאלו מסכימים להליך או לשמור על האינטרס הציבורי מפני שגיאות של התביעה. זאת מכיוון שבהליך אדוורסרי לבית-המשפט כלים מוגבלים ביותר לברר אם אחד הצדדים חטא לאינטרסים שעליו הוא מופקד בהסכימו

להסדר. עם זאת, כאשר ההסדר עלול לפגוע בחירותו של הנאשם, כמו בהליך של הסדר טיעון, יש הצדקה לביקורת שיפוטית למרות מגבלותיה. בשל המחיר הגבוה של חירותו של נאשם, הרי שבמקרים אלו יש מקום לשאת בעלויות הגבוהות של הפיקוח השיפוטי אף אם רק לעתים נדירות יוכל בית-המשפט לחשוף טעויות כאלו. בנוסף, פיקוח שיפוטי שימנע עונשים קלים מידי יקטין את החשש של הרשעת חפים מפשע. לפיכך כאשר העונש המוטל בהסכמה הוא מאסר, בפועל או על תנאי, יש להעביר את ההסכמה תחת ביקורתו של בית-המשפט. מנגד, כאשר העונש המוטל קל יותר, כגון עונש של קנס בלבד, אין הצדקה לקיום הליך שיפוטי לאישור ההסכמה. הצדקה אחרת לקיום הליך שיפוטי קיימת כאשר ישנם אינטרסים של צדדים שלישיים בעלי מעמד בהליך המשפטי. זו ההצדקה העיקרית לפיקוח השיפוטי בהליכי צו מוסכם לפי חוק ההגבלים העיסוקיים.

הבדל נוסף בין החלופות השונות נוגע לסוג העונש שניתן להטיל במסגרתן. חלק מן החלופות מאפשרות אך הטלת סנקציה כספית בעוד שהאחרות, ביניהן הסדר טיעון, סגירת תיק מותנית וצו מוסכם, מאפשרות גם מגוון של סנקציות אחרות. ככלל, לסנקציה הכספית יתרון על פני עונשים אחרים. הקנס הוא עונש הפוגע פחות מכל עונש אחר לחירות הפרט. הסנקציה הכספית זולה יותר מכל סנקציה אחרת מבחינה חברתית. עם זאת, אין הצדקה למנוע, כאשר הדבר דרוש לקידום מטרות הענישה במקרה מסוים, גם סנקציות אחרות שניתן להשיג בהסכמה. כך, לדוגמא, הסכמות על הליכי גמילה או הסכמות בהליך של גישור פלילי יכולות לסייע למערך האכיפה במקרים רבים שסנקציה כספית לא תוכל להוות פתרון הולם.

הבדל נוסף בין החלופות נוגע לסמכות הרשות לקבוע את הסנקציה. חלק מן החלופות קובעות עונש קבוע שאינו נתון לשיקול-דעת הרשות ואילו באחרות רשאית הרשות לקצוב את חומרת העונש בכל מקרה ומקרה. עונש קצוב מתאים יותר לעבירות קלות יותר אשר נוכח אופיין לא צפויים מקרים רבים שבהם נסיבות ביצוען יהיו כה שונות עד שיהיה בכך כדי להצדיק פערי ענישה גדולים. במקרה זה יתרונו של העונש הקצוב, הפשוט להטלה והשוויוני, גדול. מנגד ככל שהשונות הצפויה של העונשים הראויים לכל מקרה גדולה וככל שהעבירות חמורות יותר, גדל היתרון להליכים שבהם העונש נתון לשיקול-דעת הרשות. גם במקרים שבהם ראוי לאפשר לרשות לקצוב את העונש, יש להבטיח קיומם של כללים להכוונת שיקול-הדעת ופיקוח מינהלי הולם על הפעלת הסמכות.

הבדל נוסף בין החלופות נוגע לרשות המטילה את העונש. בחלק מן החלופות הסמכות מצויה בידי המשטרה או בידי הרשות המופקדת על אכיפת החוק שהופר ואילו באחרות בידי התביעה הכללית. הענקת הסמכות לתביעה הכללית מבטיחה מנגנון בקרה נוסף שיסנן החלטות מוטעות של הרשות החוקרת, מצמצמת חששות מפני מעורבות פוליטית בהחלטות אכיפה, בשל חוסר התלות היחסית של התביעה בהשוואה לרשויות מינהליות אחרות ומקטינה את החשש מפני קנאות יתר באכיפת החוק, חשש הצפוי להיות כבד יותר כשהסמכויות נתונות בידי הרשות החוקרת. לפיכך, ככלל יש להסמיך רק את התביעה להגיע להסכמות על הטלת עונש. חריג לכלל זה ניתן לקבוע במקרים של עונשים שגובהם קצוב בחוק. במקרים אלו הסיכוי לטעות קטן יותר מכיוון מכיוון ששיקול-דעתו של מטיל העונש מצומצם יותר, והפגיעה כתוצאה מטעות קטנה יותר מכיוון שלרוב עונשים קצובים אלו מקובלים בעבירות קלות יותר.

הבדל נוסף בין החלופות נוגע לאופן המעורבות של החשוד בגיבוש ההצעה הסופית לחלופה. בחלופות שבהן העונש קצוב בחוק העברת ההצעה מן הרשות נעשית בלא תיאום מוקדם. בחלופות אלו לנאשם ניתנת האפשרות לקבל את ההצעה כמכלול או לדחותה בלא אפשרות למשא ומתן. לעומת זאת, במרבית החלופות שבהן לרשות סמכות לקצוב את העונש, קודמת לסיכום בין הצדדים התדיינות כלשהי שבמהלכה ניתנת לחשוד אופציה לטעון טענותיו. עם זאת, בהליך כופר בארץ ובמרבית ההליכים של קנס בידי תובע באירופה אין לנקנס זכות בחוק לטעון טענותיו קודם לקבלת הסנקציה המוצעת על-ידי הרשות. כיוון שלקביעת גובה הקנס השלכה משמעותית על זכויותיו של הנאשם יש להקנות לו הזדמנות להשמיע טענותיו קודם לגיבוש הסופי של ההצעה, מקום בו הסמכות לקובעה מצויה בידי הרשות. זכות זו יכול שתבוא לידי ביטוי בזכות טיעון מוקדם או בזכות להגיש ערר על ההצעה בלא שהדבר ייחשב דחייתה.

שוני נוסף בין החלופות נוגע לחובת החשוד להודות בביצוע העבירה. חלק מן החלופות, ביניהן כופר וקנס מינהלי קצוב, מאפשרות לחשוד להסכים לסנקציה בלא הודאה בביצוע העבירה. ככלל, אין זה ראוי להטיל על אדם עונש בהסכמתו מקום בו הוא לא מודה בביצוע המעשה. אפשרות כזו תגדיל את החשש שחפים מפשע יסכימו להליך מטעמי נוחות. רק במקרים חריגים, בהם יש צורך מיוחד בהסכמת החשוד לפעולה מסוימת ולא ניתן להשיג הסכמה זו בלא ויתור על דרישת ההודאה, יש מקום לויתור כזה. ככלל, אין מקום גם להרשיע אדם במסגרת הליך חלופי, למעט הליך שנערך בין כתלי בית-משפט, כגון הסדר טיעון. כך, למשל, אין הצדקה להרשעה המוטלת כיום על נאשמים בעבירות קנס.

לריבוי החלופות ולהסדרים השונים הקיימים על-פיהם אין הצדקה. במקום החלופות השונות יש לקבוע הליך אחד בחקיקה שבמסגרתו תוסמך התביעה להציע לחשוד שיש נגדו די ראיות ושיש עניין ציבורי בענישתו, עונש מוסכם במקום ההליך הפלילי. במסגרת הליך זה ייקבע אופן מעורבות החשוד בגיבוש ההסדר, סוגי העונשים שניתן להטיל, מערך הפיקוח על הטלתם וכיוצא באלה. בגין עבירות קלות שייקבעו ניתן יהיה להסמיך גם רשות מינהלית אחרת, במקביל לסמכות התביעה, להטיל עונשים קצובים. בעבירות אחרות הסמכות לקבוע את העונש המוצע לנאשם תהיה בידי התביעה. הליך זה יוכל לשמש כחלופה בכל מקרה שהתביעה אינה מבקשת עונש מאסר. מקום בו התביעה סבורה כי יש להטיל עונש מאסר, גם כאשר הדבר נעשה בהסכמה, העונש יוטל בהסדר טיעון. יישום נכון של הליך זה והסתייעות בו להרחבת השימוש בהסכמות כחלופה למשפט פלילי יוכלו לסייע לתיקון חלק ניכר מתחלואי מערך האכיפה הפלילית.

1. מבוא

מקובל לחשוב כי כדי שאדם ייענש על עבירה פלילית שביצע, יש להעמידו למשפט פלילי בו יישמעו הראיות נגדו, יובאו הראיות מטעמו, ובית-המשפט יפסוק על סמך הראיות שהובאו בפניו ורק אז יגזור את דינו. התפיסה המסורתית אומרת, כי בעוד שבמשפט האזרחי ניתן לממש זכויות גם בלא להיזקק לבית-המשפט, לא ניתן להעניש בגין עבירה פלילית בלא הליך משפטי¹. יש אף מי שמגדירים את המשפט הפלילי באמצעות ההליך הפלילי. לפי הגדרה זו, המשפט הפלילי הינו אותו תחום משפט הניתן למימוש באמצעות הליך פלילי².

כאשר עוסקים במשפט פלילי, מצטיירת בעיני רבים תמונה של הליך ממושך בו נשמעים בזה אחר זה עדי התביעה וההגנה, אלו נחקרים ארוכות, בחקירה ראשית וחקירת שתי וערב, לאחר כל זאת מסכמים הצדדים את טענותיהם ובית-המשפט פוסק את פסקתו: מזכה או מרשיע וגוזר את הדין.

למעשה רק חלק קטן מהעונשים על עבירות פליליות מוטלים בדרך זו. רוב העונשים בגין עבירות פליליות מוטלים במסגרת הליכים חלופיים, בלא להיזקק כלל לבית-המשפט. מבין אלו המגיעים לבית-המשפט, מרבית התיקים מסתיימים בלא שמיעת ראיות כלל, ובהליך קצר בהרבה מהמתואר לעיל.

חלק ניכר מההרשעות בפלילים נקבע לאחר תשלום קנס בהליך של ברירת קנס או ברירת משפט. עונשים בגין עבירות רבות אחרות מוטלים באמצעות קנסות מינהליים על-פי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985. בעבירות פיסקאליות הולך וגובר השימוש בכופר כחלופה לענישה בהליך הפלילי. ישנם מקרים שבהם תיק חקירה נסגר לאחר שהחשוד מסכים לסנקציה מסוימת על-פי דרישה של התביעה.

גם מבין התיקים בהם מוגש כתב-אישום, רק שיעור קטן מתנהל עד תום, לאחר בחינת התיק ושמיעת הראיות. ברובם המוחלט של התיקים מודה הנאשם בעבירות כבר בראשית ההליך, מתוך הנחה שאם יוותר על זכותו למשפט יושת עליו עונש קל יותר. במקרים רבים ההודאה באה בעקבות הסכמה עם התביעה על שינוי מסוים בכתב-האישום או בעקבות הסכמה אחרת בין הצדדים על אופן הטיעון.

הליכים אלו משמשים כחלופה להליך הפלילי המלא. הם אינם פוגעים בדין המהותי, דהיינו באופייה הפלילי של הוראת החוק. העונש המוטל במסגרת חלופות אלו מוטל בגין עבירה פלילית. אין מדובר בהמרת ההוראה מן התחום הפלילי לתחום האזרחי או המינהלי. השינוי הוא דיוני. החלופות מאפשרות הטלת עונשים בגין העבירה הפלילית בלא הליך פלילי מלא. כפי שסגירת תיק

¹ ראו מ' רודיטי, **עיונים בסדר הדין הפלילי** (תשמ"ב), 47. על הקשר בין המשפט הפלילי המהותי לבין ההליך הפלילי, מזווית אחרת ראו 62-89, N. Lancey & C. Wells, *Reconstructing Criminal Law* (2nd ed., London, 1998). שם נבחנת השלכת ההליך הפלילי על-פירושן של הנורמות הפליליות, על אופן אכיפתן, הסלקטיביות באכיפתן ועל חומרת העונשים המוטלים בגינן.

² להגדרה זו לביקורות עליה ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד), 123-124, וכן יי לוי וא' לדרמן, **עיקרים באחריות פלילית** (תשמ"א), 37-40.

של עבריו או אי העמדתו לדין אינה משנה את אופי מעשיו כעבירה פלילית, כך, הטלת חיוב על העבריין במסגרת החלופות אינה שוללת את פליליות המעשה. זאת בשונה, למשל, מהפיכת הוראה פלילית לאיסור שמפירו צפוי לקנס אזרחי. במקרה זה השינוי שנעשה אינו בתחום הפרוצדוראלי של שינוי סוג העונש או הליך הטלתו, אלא שינוי של הדין המהותי וביטול כולל של פליליות האיסור.

עבודה זו עוסקת בחלופות הדיוניות. היא מתמקדת באמצעים פרוצדוראליים המאפשרים הטלת עונש בגין הפרת הוראת חוק פלילית, בלא לקיים הליך משפטי מלא, הכולל בחינת הראיות והכרעה על-פיהן. ההבחנה שאערוך בעבודה זו אינה בין אותם הליכים המתרחשים בבית-המשפט במסגרת הכותרת "תיק פלילי" לבין הליכים אחרים. ההבחנה בעבודה זו היא בין ההליך הפלילי המלא, הכולל את שלב ראיות התביעה, שלב ראיות ההגנה, טיעוני הצדדים והכרעת הדין על בסיס כל אלו, לבין הליכים המאפשרים הטלת סנקציה בלא שלבים אלו. לפיכך, הליך של הודאה באשמה בשלב מתן התשובה לאישומים או הסדרי טיעון ייחשבו לצורך עבודה זו חלופות להליך הפלילי. כפי שאראה במסגרת העבודה, המשותף להליכים אלו ולחלופות הנערכות מחוץ לכתלי בית-המשפט רב מאוד.

אף כי חלק מן החלופות להליך הפלילי המלא קיימות מזה זמן, נוצרו בשנים האחרונות חלופות רבות נוספות, והשימוש בחלופות אלו, כמו גם בחלופות שקיימות זה מכבר, גדל בהתמדה. למרות מרכזיות הנושא בפרקטיקה של הדיון הפלילי, לא נבחנו, עד כה, החלופות השונות זו מול זו, ולא נעשה ניסיון ליצור דין קוהרנטי אחיד, יעיל והגיוני, שיתווה את הדרך בשימוש באופציות השונות.

מטרת עבודה זו הינה לבחון את האלטרנטיבות להטלת סנקציה שלטונית על עבירה פלילית, בלא הליך פלילי מלא. בעבודה תיבחן השאלה מה יצר את הצורך בחלופות אלו, האם יש הצדקה לקיום חלופות להליך הפלילי בכלל והאם יש הגיון בקיום החלופות השונות זו לצד זו, באופן בו מסווגות עבירות כניתנות לטיפול על-פי כל אחת מהן. לאחר סקירה של הדין בנושא במדינות שונות בעולם, יבחנו החלופות הקיימות כיום בארץ, קווי הדמיון, ההבדלים ביניהן והשימוש בהן. על בסיס בחינה זו תוצג בקווים כלליים הצעה ליצירת דין קוהרנטי והגיוני יותר, באמצעות איחוד חלק נרחב מהחלופות השונות, ושימוש הוגן ויעיל יותר בחלופות הקיימות.

בפרק השני, לאחר מבוא זה, אבחן מהן הפונקציות אותן ממלא ההליך הפלילי בתוך מערך המשפט הפלילי. הבנת מטרתו של ההליך הפלילי נדרשת לצורך הערכת החלופות להליך זה. המשפט הפלילי בכללותו נועד לכוון התנהגותם של בני החברה, כדי למנוע מהם לפגוע באינטרסים הבסיסיים והחיוניים ביותר של אותה חברה. המשפט הפלילי עושה זאת באמצעות קביעת איסורים ועונשים על הפרתם. בתוך מערך זה, הליכי המשפט הפלילי נועדו לקבוע, בכל מקרה נתון, האם הופר האיסור הפלילי, ואם כן איזה עונש יש להטיל על המפר (אם בכלל). שאלת הקריטריונים לקביעת העונש המתאים לכל מקרה שנויה במחלוקת, כאשר שיקולים של גמול, הרתעה, מניעה ושיקום נאבקים ביניהם על הבכורה. הדיון במטרות ההליך הפלילי והענישה מכוון לסייע במציאת אמת-המידה לבחינת מערך האכיפה והחלופות לו. הטיעון המרכזי אותו אקדם בפרק זה הוא כי מערך של חלופות להליכי משפט פלילי יקדם את מטרות ההליך הפלילי אם

שיעור הטעויות בקביעת האשמה יקטן ואם מידת הסטייה של העונשים שיוטלו מאלו שראוי היה להטיל תקטן.

בפרק השלישי אבחן את הליקויים הקיימים כיום במערך המשפט הפלילי, אשר הביאו לצורך בפיתוח חלופות להליך המשפטי. הפרק מתמקד בסקירת מגבלות יכולתו של מערך המשפט הפלילי לעמוד בנטל ההליכים המשפטיים. לאורך השנים גדל עומס המטלות איתו מתמודדות רשויות האכיפה. היקף פריסתו של המשפט הפלילי גדל. עם ההתפתחות הכלכלית והטכנולוגית נוצר צורך בהסדרת תחומי חיים ופעילויות חדשים. בנוסף, התפתחות בתפיסות המוסר הרחיבה את האיסורים הפליליים בתחומים נוספים, כמו בתחומי ההטרדה המינית או הפגיעה בבעלי חיים. יתר על-כן, ההגנות הדיוניות המוקנות לחשודים ולנאשמים הולכות ומשתכללות, ומוסיפות מצידין נטלים חדשים על רשויות האכיפה. קיצור תקופות המעצר עד עיון מחודש בנחיצותו בבית-המשפט, הרחבת חובות התביעה לספק לנאשם מידע וראיות, הרחבת מעמדו של הנאשם בהליך שקודם להעמדתו לדין והרחבת הזכויות הדיוניות של נפגע העבירה – כל אלו מטילים על רשויות האכיפה מטלות נוספות המחייבות הגדלת המשאבים המוקצים לכל תיק. התוצאה היא שמערך האכיפה אינו יכול לעמוד עוד במשימות המוטלות עליו. במצב זה, גדל הפער בין התוצאות הרצויות לבין התוצאות אותן מפיקה מערכת המשפט הפלילי. זכויות נאשמים נפגעות בשל מעצרים ארוכים, עינוי דין ועלויות עצומות הכרוכות בניהול הגנה בהליך פלילי. התמשכות הדיונים מעודדת את הצדדים לפתוח בהליכי ביניים רבים ומחייבת את בית-המשפט להקדיש זמן רב עוד יותר לכל הליך, דבר המוסיף לעומס ולעייבובים. התמשכות ההליכים פוגעת גם באיכות הראיות ובאמינותן וביכולתו של בית-המשפט לברר את עובדות המקרה. היא מגדילה הן את החשש מפני זיכויים מוטעים בשל פגיעה באיכות הראיות, והן את החשש מפני הרשעות מוטעות של נאשמים – בעיקר עצורים – המעדיפים להודות כדי לסיים את ההליך במהירות. בנוסף, האינטרס החברתי באכיפה נפגע עקב חוסר יכולתו של מערך האכיפה להבטיח תגובה עונשית מתאימה בהפרות רבות. רשויות האכיפה נאלצות לוותר על טיפול בעבירות הדורשות משאבי חקירה, תביעה ומשפט רבים. עקב כך, גם נפגעי העבירות חשים נטושים נוכח התעלמות הרשויות, המוגבלות במשאביהן, מצרכיהם ומרגשותיהם. אף כאשר מתקיימים הליכים, העונשים מוטלים לא אחת בחלוף זמן רב מביצוע העבירה, תוך פגיעה בכוחו של מערך הענישה להבטיח הרתעה סבירה ומניעת עבריינות.

לא רק בשל העומס יש צורך להסיט תיקים מהמישור הפלילי. כך, למשל, המגבלות הפורמליות של המשפט הדיוני מקשות על ההליך המשפטי להפיק תוצאות יצירתיות הנדרשות לעתים כתגובה לעבירה פלילית, כגון חיוב העבריין לעבור טיפול או הליך שיפתור מן השורש את הסכסוך בינו לבין נפגעי העבירה. בנוסף, הרחבת התפרסות דיני העונשין מביאה להכללת התנהגויות פסולות רבות מידי תחת המטריה הפלילית. המשפט הפלילי, האמור לשמש ככלי הקיצוני והאחרון להתמודדות עם הפגיעה באינטרסים החיוניים ביותר של החברה, הופך לכלי היחיד המצוי בידי הרשויות לטיפול בהפרות חוק קלות רבות. הניסוח הרחב של העבירות מתחייב, לעתים, כדי להבטיח כי התנהגות מסוכנת הפוגעת בחברה אכן תטופל באמצעים פליליים, אולם בדרך זו גם הפרות קלות של האיסורים מחייבות את הרשויות לבחור בין תגובה פלילית לבין הימנעות כוללת מתגובה. בעיות אלו, שידונו בהרחבה בפרק השלישי, יוצרות את הצורך המיוחד באלטרנטיבות להליך הפלילי.

הפרק הרביעי סוקר את החלופות להליכי משפט פליליים במספר מדינות אחרות. ניתן לראות כי בכל העולם מתרחב השימוש בחלופות להליך הפלילי, המאפשרות לרשויות לתת תגובה אפקטיבית, יעילה ומהירה יותר מזו שניתנת במסגרת ההליך הפלילי המלא. בארצות-הברית ובאנגליה הולך ומתרחב השימוש בהסדרי טיעון, ככלי של התביעה להבטיח הרשעה וענישה בלא הצורך לקיים הליך משפטי ארוך. ביבשת אירופה מתרחב השימוש בצווי ענישה ובאמצעי ענישה אחרים המוטלים על-ידי התביעה בהסכמת העבריין, כחלופה לניהול הליך פלילי. בנוסף הסדרים מגוונים ושונים התפתחו במדינות שונות כדי לתת מענה למגבלותיו של ההליך הפלילי הרגיל. הפרק סוקר את התמודדות המדינות השונות עם מגבלות אלו, סוגי הפתרונות שנוסו במדינות אלו בעשורים האחרונים ומידת הצלחתם.

הפרק החמישי בוחן את המאפיין המשותף לרוב המכריע של החלופות להליכי המשפט הפלילי – ההסכמה. כמעט כל החלופות מבוססות על הסכמה של שני הצדדים, הרשות והנאשם, באשר לעונש. ההסכמה יכול שתהיה מפורשת, כמו בהסדר טיעון או בסגירת תיק מותנית, או משתמעת, כמו בעבירות קנס או בעבירות מינהליות, שבמסגרתן ההסכמה מתבטאת בהחלטה של הרשות והעבריין שלא להעביר את ההליך לפסים פליליים רגילים. לרשות יש עניין בענישה המוסכמת בעיקר כדי לחסוך במשאבים הכרוכים בניהול הליך פלילי ואילו הנאשם מסכים לחלופה, לרוב כדי לזכות בהקלה כלשהי בעונש הפורמלי או הבלתי פורמלי (כגון הטרחה הכרוכה בניהול ההליך, הפרסום הרע וכיוצא באלה). בנוסף, ההסכמה משמשת במקרים רבים כלי לשימוש באמצעי ענישה שלא ניתן להטיל בלא הסכמה. כך, במקרים רבים רק באמצעות הסכמי ענישה ניתן להבטיח טיפול בנאשם, פיצוי מהיר לנפגע או תיקון נזקי העבירה. לדוגמה, הליכים של גישור בין הנפגע לעבריין, המחייבים הסכמה, מאפשרים לעתים לאחות את הקרעים שגרמה העבירה ולצמצם את הסיכוי שהעבריין יחזור לסורו. הניתוח בפרק זה מראה כי מערך ענישה המתבסס על הסכמה, כאשר זו מושגת בצילו של ההליך הפלילי המלא, מקדם את מטרות מערכת המשפט הפלילי. בפרק זה אטען כי מערך חלופות של ענישה בהסכמה, אם הוא בנוי נכונה, מקטין את שיעור האנשים שעליהם מוטל עונש שלא בצדק, מצמצם את מספר העבריינים המוצאים עצמם פטורים מעונש נוכח מגבלות המשאבים של המערכת, מסייע לצמצום העיכובים ועינויי הדין ולשמירה על זכויות הנאשמים ומאפשר שימוש באמצעי ענישה וטיפול ייחודיים כאשר אמצעים אלו נדרשים. כדי להגיע להסכמה, על הרשות להסכים בדרך כלל לעונש הנמוך מתוחלת העונש שייגזר בתום הליך הפלילי המלא, להערכת הנאשם (קרי, נמוך ממכפלת העונש שיוטל על הנאשם אם יורשע בסיכויי ההרשעה). הקלה זו, לכאורה, פוגעת בהרתעה. אולם בזכות ההסכמה מתפנים משאבים רבים שיופנו למקרה אחר בו יהיה צורך בהליך הפלילי. משאבים אלו יכולים לשמש את הרשות הן להרחבת האכיפה והן לזירוז הטיפול באותם תיקים אשר בהם לא ניתן להגיע להסכם על עונש. התוצאה ממערך חלופות כזה, אם הוא נבנה נכון, היא הרחבת מעגל העבריינים הנענשים, וסיוע בהשגת תגובה עונשית מהירה הרבה יותר לעבירות. העונשים המוטלים מעט יותר קלים, אך שיעור העבריינים שנענשים גדול בהרבה. כפי שאראה בגוף העבודה, שימוש נכון בענישה מוסכמת יכול להבטיח כי ההשפעה החיובית של הרחבת האכיפה ומהירות התגובה העונשית תהיה גדולה לעין שיעור מהשפעתה של הפגיעה באכיפה הנגרמת עקב ההקלות הניתנות לנאשמים בתמורה להסכמתם לעונש. הסתמכות נכונה על חלופות מסייעת לכן לשיפור ההרתעה וליכולת המניעה של מערך האכיפה. לענישה בהסכמה יתרון גם בהשגת יתר מטרות הענישה. כך לגבי

שיקום. הכליאה כשלעצמה, כאמצעי כפוי, נכשלה בשיקום עבריינים. כיום ברור כי הצלחת הליך שיקום תלויה במידה לא מעטה בנכונותם של העבריינים לקחת על עצמם מחויבות להליך זה, מחויבות שניתן להשיג בקלות רבה יותר כאשר הענישה מושגת בהסכמה. אף כי ביקורת רבה צפויה כנגד רעיון ההסכמה מכיוון התומכים בגישת הענישה הגמולית, בחינה מעמיקה יותר של הגישה הגמולית, על רקע ההצדקות שניתנו לה על-ידי תומכיה, מלמדת ששימוש נרחב באמצעי ענישה בהסכמה דווקא יקדם את רעיון הגמול. ריבוי המקרים שבהם עבריינים נמלטים מכל עונש בשל מגבלות המשאבים, כמו גם הענישה המקלה הניתנת נוכח חלוף הזמן בעבירות רבות – אינם מתיישבים עם עקרון הגמול. הרחבה משמעותית של מעגל הנענשים, גם אם הדבר נעשה תוך הפחתה מסוימת בעונשים המוטלים, תואמת יותר את התפיסה כי יש לשאוף להעניש כל עבריון כגמולו. בנוסף, שימוש נכון בחלופות מקדם את השוויון בענישה. בהיעדר הסכמות נאלצת התביעה לנקוט מדיניות סלקטיבית יותר המטילה עונשים חמורים על חלק קטן יחסית של העבריינים, ומוותרת על הטיפול בתיקים רבים אחרים. הרחבת מעגל הנענשים מסייעת לקדם תגובה עונשית שוויונית יותר.

רבים טוענים כנגד הסכמים על ענישה כי הסכמים אלו מושגים למעשה בכפייה, ולכן פסולים. אלא שלביסוס טענת כפייה יש להראות קיומו של איום במעשה פסול או בלתי חוקי. מקום בו צד אחד מאיים להפעיל את סמכותו על-פי הדין, וכל עוד אין הוא משתמש בסמכות לרעה לצורך מטרה זרה, האיום אינו פסול ואינו יכול לבסס טענת כפייה. לפיכך כדי לבסס טענת כפייה יש להראות כי החלטת הרשות לפתוח בהליך פלילי נגד הנאשם אינה חוקית או שאינה מוסרית. אולם בהתקיים התנאים לכך בחוק, מוסמכת הרשות לנהל כנגד הנאשם הליך פלילי, ולכן האיום בהליך זה אינו פסול. לפיכך, מקום בו האיום היחיד שבידי הרשות הוא ההליך הפלילי, אין בסיס לטענת כפייה. גם החשש מפני גידול בשיעור החפים המורשעים בדין אינו מבוסס. בכפוף להבטחת ייצוג משפטי נאות לנאשם ולהגנות פרוצדוראליות מתאימות, הנאשם יבחר לקבל על עצמו עונש בהסכמה רק כאשר הדבר כדאי לו. ייתכנו כמובן מקרים שבהם הנאשם החף רואה כי סיכויי הרשתו גבוהים, התלאות הצפויות לו מההליך קשות והעונש הצפוי לו חמור, ומעדיף על-כן להסכים לעונש החלופי הקל יותר. אולם במקרים אלו, שלילת כוחו לעשות כן רק תחמיר את מצבו. חיובו לשאת בעונש הכבד אותו הוא צופה שבית-המשפט יטיל עליו בתום הליך פלילי, במקום העונש המוסכם הקל יותר, אינו יכול להוות פתרון אמיתי לבעיותיו. אמנם ייתכן כי חלק מאותם נאשמים חפים יימצאו זכאים בדין אם יקויים הליך, אולם מנקודת מבטו של הנאשם – וזו הנקודה הקובעת כאשר מבקשים לצמצם את הפגיעה הבלתי מוצדקת בו – הסיכוי שבית-המשפט ייכשל הוא כה גדול עד כי החלופה עדיפה על פני עמידה בפני סיכון זה (שאם לא כן הוא לא היה בוחר בה). זאת ועוד, הרחבת השימוש בחלופות כדי לצמצם את עומס העבודה על רשויות האכיפה והמשפט תאפשר ניהול משפטים מהירים הרבה יותר לאלו שיבחרו בהליך משפטי. למשפט מהיר חשיבות מיוחדת לנאשם החף, שלו עניין מיוחד ביכולתו של בית-המשפט לחשוף את האמת. אף כי גם נאשם שמורשע בדינו ניזוק מעינוי הדין, בייחוד אם הוא במעצר בעת ההליכים, הרי שהסבל מהעיכובים של מי שנמצא חף מאשמה גדול בהרבה, שכן אצל האשם, תקופת המעצר מקוזזת לרוב מעונש המאסר שמוטל עליו בסוף ההליך. יתרה מזאת, אם התביעה תציע הצעה דומה לנאשמים הנאשמים בעבירות דומות, צפויים אלו המאמינים יותר ביכולתם לעורר ספק באשמתם לדחות את ההצעה, בעוד מי שסבור כי התביעה תצליח להוכיח את אשמתו ייטה יותר

לקבלה. כיוון שסיכוייהם של נאשמים חפים מפשע להימצא זכאים גדולים מסיכוייהם של האשמים, נטייתם של הראשונים להסכים להצעה תהיה קטנה יותר. בדרך זו, ההצעות לחלופה משמשות כמעין מסננת באמצעותה רוב האשמים מסכימים לעונש המוצע, ואילו מרבית החפים בוחרים בהליך משפטי. כאשר רוב האשמים מסכימים לחלופה, בית-המשפט יכול למקד את זמנו באותם מקרים שקיימת מחלוקת אמיתית בין התביעה לבין ההגנה – ובין מקרים אלו צפוי אחוז האישומים המוטעים להיות גדול יחסית. תופעה זו מקטינה עוד יותר את הסיכונים של החפים מפשע. ניתן לצמצם עוד יותר את החשש מפני הודאות של חפים מפשע, באמצעות הגבלה של שיעור הפשרות המוענקות למודים במסגרת החלופות. בפרק זה אציג את הקריטריונים לקביעת שיעור ההקלה המרבי שיש להתיר. על בסיס ניתוח זה אראה כי שיעור הנאשמים החפים שיעורם כאשר קיים מערך נכון של חלופות של ענישה מוסכמת צפוי להיות קטן משמעותית משיעורם כאשר אין משתמשים בחלופות של ענישה בהסכמה. הפרק יבחן גם את השלכת השימוש בחלופות של ענישה בהסכמה על אחידות הענישה, אופן הציבור במערכת המשפט, האינטרסים של נפגע העבירה וידון גם בשיקולים מוסדיים של חלוקת התפקידים בין התביעה לבין בית-המשפט.

בפרק השישי אסקור את החלופות השונות להליכי משפט פלילי בישראל. בפרק יוצגו ההסדרים המשפטיים החלים על כל אחת מהחלופות הנוהגות בארץ: הודאות באשמה, הסדרי טיעון, עבירות קנס, עבירות מינהליות, כופר, סגירת תיק מותנית וצווים מוסכמים. במהלך סקירת הדין בדבר הודאות והסדרי טיעון יועלו גם טיעונים נורמטיביים באשר לתפקיד הראוי של בית-המשפט באותן חלופות שנערכות במסגרת ההליך שבפניו. במסגרת זו אטען כי יש צורך במספר שינויים באופן פעולת בית-המשפט הן כדי לקדם את השימוש בחלופות מקום בו הן מוצדקות והן כדי לשפר את ההגנות לנאשמים, ביחוד לנאשמים החפים, בהליכים אלו.

חלק ניכר מן הפרק השישי יוקדש לחלופה של ענישה מוסכמת שמצויה, יותר מכל חלופה אחרת, בעין המחלוקת המשפטית – הסדר הטיעון. הדיון יתמקד בתפקידו של בית-המשפט בביקורת על הסדרי הטיעון ובהתדיינות לקראת עריכתם. כיום, בית-המשפט פועל כמי שעיקר תפקידו הוא למנוע בהסדרי טיעון הקלות גדולות מידי בעונש באופן שאינו מתיישב עם האינטרס הציבורי. בפרק זה אטען כי נקודת השקפה זו מוטעית. התביעה היא המופקדת על האינטרס הציבורי בהליך הפלילי, ובידיה כלים טובים יותר לאזן את השיקולים השונים לקידום אינטרס זה. תפקידו של בית-המשפט בהליך אדוורסרי הוא לאזן בין האינטרס הציבורי, כפי שזה מוצג בפניו על-ידי התביעה, לבין האינטרסים של הנאשם. גם לו היה בסיס לסבור כי לבית-המשפט כלים טובים יותר להכריע בדבר האינטרס הציבורי, הנזק בהחמרה מוטעית בעונשו של נאשם גדול לאין שיעור מנזקה של הקלה מוטעית. לפיכך, אטען, כי תפקידו העיקרי של בית-המשפט בהסדרי טיעון צריך להיות להגן על נאשמים מפני טעויות, לצמצם את החשש מפני ניצול לרעה של בורותם ולמנוע, ככל האפשר, מנאשמים חפים מפשע להודות. אמנם בהליך האדוורסרי, הנאשמים נדרשים להגן על האינטרסים שלהם, ולכן הסכמתם להליך מספקת את מרב ההגנה לאינטרסים אלו. אולם לעתים נאשמים אינם מיוצגים או שייצוגם לקוי. בפרק אטען כי החשש מפני טעויות של נאשמים גדול יותר מהחשש מפני טעויות של התביעה, הן מכיוון שלתביעה, ברוב המקרים, ניסיון רב יותר בניהול הליכים פליליים והן מכיוון שנזקה של הרשעה מוטעית או החמרה מוטעית בעונש גדול מנזקי הטעות ההפוכה. מטעם זה, על בית-המשפט לצמצם את פסילת ההסדרים מטעמים של אינטרס הציבור רק למקרים בהם הוא וידא כי התביעה הפעילה שיקול-דעת בניגוד לכללי המשפט

המינהלי, מתוך אינטרסים זרים או בחריגה ממתחם הסבירות. מנגד, עליו להרחיב את התערבותו בהסדרים לקולא כדי להבטיח שנאשמים שהודו יזכו לעונש המתחשב כראוי בנכונותם להודות לאור נסיבות המקרה והעבירה. בנוסף, הביקורת השיפוטית צריכה, ככלל, למנוע הסדרים שבמסגרתם העונש המוצע קל באופן קיצוני ביותר מהעונש ההולם, כדי למנוע חשש שנאשמים חפים יתפתו להודות באשמה במסגרת ההסדר. הסדרים המתירים הקלה כה חריגה יאושרו רק אם הצדדים הביאו הצדקות מיוחדות להקלה זו. באין הצדקה מיוחדת, הסדר קל עלול ללמד על חשש כבד של התביעה כי הנאשם יימצא זכאי, ולכן להגדיל את החשש כי הנאשם אכן אינו אשם. מקום בו נפסל הסדר טיעון בשל העונש הקל המוטל במסגרתו, על בית-המשפט להתיר לנאשם, לפחות אם כך הוסכם על-ידי הצדדים, להתגונן כנגד האישומים נגדו בהתעלם מהסדר הטיעון. רק כך יובטח כי מי שהסכים להסדר בשל העונש הקל המוצע בו, ולעתים אף למרות חפותו, לא יעמוד במצב בו הוא שינה מצבו לרעה למען ההקלה ולאחר מכן נענש בחומרה. במקביל לשינוי אופי ההתערבות בהסדרי טיעון על עונשים אציע להוסיף מנגנוני ביקורת על הסדרי טיעון על אישומים. כיום אין לבית-המשפט כמעט שום דרך לבקר הסדרי טיעון על אישומים. במצב זה, כך אטען, יכולים הצדדים לעקוף את מנגנוני הביקורת הקיימים בהסדרים על העונש באמצעות שינוי מוסכם של כתב-האישום. לפיכך, כך אטען, יש להקנות לבית-המשפט כלים וסמכות לבחון גם הסדרי טיעון על אישומים.

בהמשך הפרק אעסוק גם במעורבות בית-המשפט בהתדיינות לקראת הסדר טיעון. בתוך כך אראה כי על-פי הדין כיום חל איסור על שופטים לקחת חלק פעיל בהתדיינות זו. בפועל הוראה זו לא מיושמת ושופטים מעודדים לא אחת את הצדדים, בדרכים שונות, לערוך הסדרי טיעון. בחלק זה אבחן את היתרונות ואת החסרונות של המעורבות השיפוטית בהליכי עריכת הסדרי טיעון. בסופו אטען כי יש מקום להתיר מעורבות שיפוטית כזו, כל עוד היא נעשית בהסכמת הצדדים ולאחר שמובטח כי השופט המנסה לסייע לצדדים להגיע להסדר לא ידון בתיק לגופו אם הסדר כאמור לא יתקיים ולהרכב שישמע את הראיות בתיק לא יגיע כל מידע על ההליך.

במהלך הפרק השישי אעיר גם מספר הערות באשר לתיקונים הדרושים בדינים המסדירים את אופן הפעלת החלופות האחרות. אולם הדיון הנורמטיבי המקיף בחלופות אלו יערך בפרק השביעי. בפרק זה אבחן את המאפיינים המבדילים בין החלופות השונות. בין השאר אציג בפרק זה את ההבחנה בין חלופות המאפשרות לרשות לקבוע את חומרת העונש לבין אלו שלא; ההבחנה בין חלופות הנערכות תחת פיקוח בית-המשפט לבין אלו שנערכות בלא מעורבות שיפוטית; בין חלופות במסגרתן מוטל עונש כספי בלבד, לבין חלופות המאפשרות מגוון עונשים רחב יותר; בין חלופות שישומן מלווה בהרשעת המפר לבין אחרות שלא ועוד. השוואת מאפייני החלופות בדרך זו מראה כי לחלק גדול מההבדלים בין החלופות אין כל הצדקה. כך, קשה להסביר מדוע פטור מי ששילם קנס מינהלי מרישום פלילי ואילו מי שהוטל עליו קנס בגין עבירת קנס מורשע בדינו. בדומה, קשה להצדיק את מגוון העונשים הרחב שניתן להטיל בהליך של סגירת תיק מותנית או צו מוסכם על רקע ההגבלה לעונש כספי בלבד בכופר או קנס מינהלי. כמו כן אין כל הצדקה להבחנה בין ההליך הבלתי פורמלי והבלתי מוסדר שבמסגרתו מוטל כופר להליך המפורט והמשוכלל להטלת קנס בלתי קצוב לפי חוק העבירות המינהליות. ניתוח הבחנות אלו מוביל לגיבוש ההצעה, המופיעה בקווים כלליים בסוף הפרק השביעי, לרכז את מרבית החלופות תחת מטריה משפטית אחת בחוק סדר הדין הפלילי. במסגרת זו מוצע לקבוע הוראת גג המתירה לתביעה להטיל עונש

בהסכמה, תוך יצירת הליכים שיבטיחו את יעילות ההליך ואת זכויות הנאשמים בנסיבות השונות. לאחר התווית ההצעה יסוכמו מסקנות המחקר בפרק האחרון.

2. מטרת ההליך הפלילי והעונש

2.1. מטרת המשפט הפלילי

ניתן לחלק את מערך המשפט הפלילי לשלושה חלקים עיקריים: דיני העונשין, ההליך הפלילי והענישה. דיני העונשין (או המשפט הפלילי המהותי) עוסקים בקביעת האיסורים והחובות שהפרתם מגבשת אחריות פלילית. ההליך הפלילי עוסק באופן בו נקבעים האחריות הפלילית והעונש הלכה למעשה בכל מקרה ומקרה. הדיון המשפטי בענישה עוסק בשאלה איזה עונש להטיל על מי שנמצא (במסגרת ההליך הפלילי) כי הפרו את דיני העונשין.

המשפט הפלילי נועד לסייע בהגנה על האינטרסים הבסיסיים של חברה מאורגנת באמצעות הכרזה על איסורים וחובות שהפרתם מצדיקה הטלת עונש על-ידי המדינה¹. המטרה של קביעת התנהגות מסוימת כאסורה והגדרתה כעבירה פלילית היא להכריז לציבור שהתנהגות זו פסולה מתוך מטרה למונעה או לפחות לצמצמה². המשפט הפלילי הוא, אם כן, כלי להכוונת התנהגות.

אין הכוונה כמובן שכל התנהגות פסולה צריכה להיתפס במסגרת המשפט הפלילי. לחברה אמצעים רבים, משפטיים ואחרים, לקדם את האינטרסים המשותפים של חבריה. הסנקציה הפלילית היא האמצעי החודרני והפוגע ביותר הקיים בידי המדינה כנגד חירויות הפרט³, והגדרת ההתנהגות כעבירה פלילית מוצדקת רק באותן נסיבות שבהן יש הצדקה להטיל על המפר סנקציה זו⁴. זאת ועוד, הטלת סנקציה פלילית מלווה באמירה ערכית באשר לפסול המוסרי בהתנהגות של המורשע⁵. זאת, בניגוד לחיוב משפטי אחר, כגון חיוב במס או בפיצוי, אשר אף אם הוא מטיל מטלה כבדה, וגם אם מטרתו להשפיע על התנהגות, לא מתלווה אליו, ברוב המקרים, סטיגמה שלילית. הגינוי המתלווה לעונש מחזק את כוחו של המשפט הפלילי ליצור תודעה של חובת ציות ומסייע להרתעה, אולם במקביל כופה על המשפט הפלילי ריסון הדרוש כדי למנוע את השחיקה בערכו. חומרת הפגיעה בחירות האדם והגינוי המוסרי המתלווה להרשעה בפלילים, מחייבים גם הם, מטעמי צדק, כי ההרשעה תוטל רק על מי שהיה בידו לבחור בין התנהגות אסורה לבין

¹ ראו A. Ashworth, *The Criminal Process - an Evaluative Study* (Oxford, 1998), 23. כמובן שאין מדובר בהגדרה יחידה או ממצה של המשפט הפלילי. תיחום גבולותיו של המשפט הפלילי הוא נושא השנוי במחלוקת אשר זכה לדיון נרחב. יש הסבורים כי הסנקציה הייחודית של המשפט הפלילי – עונש המוטל על-ידי המדינה, היא המאפיין המבחין תחום משפטי זה מתחומים אחרים. ראו H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, 1968), 28-29. אחרים מדגישים את הפונקציה אותה ממלא המשפט הפלילי – למשל כתחום משפטי המיועד להשיג צדק גמולי (Retributive Justice) – לצורך הגדרתו. ראו M. Moore, *Placing Blame* (Oxford, 1997), 23-30. ניתן גם להגדיר את המשפט הפלילי הגדרה נומינלית, ולטעון כי פלילי הוא כל מה שהמחוקק סיווג כפלילי. זו, במידה רבה, ההגדרה שניתנה בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית. ראו על כך בפירוט בהמשך, להלן בסעיף 4.1.7. עם זאת, לצורך עבודה זו, אין צורך להיכנס לדיון במאפיינים של התיאוריות השונות, ודי בהגדרה שהובאה לעיל, אף אם היא אינה מדויקת ואינה מוסכמת על הכל.

² ראו Hart, לעיל הערה 1, בעמ' 7.

³ ראו J. Schonsheck, *On Criminalization: An essay in the Philosophy of the Criminal Law* (Dordrecht, 1994), 1.

⁴ ראו H.L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, California, 1968), 250.

⁵ בהקשר זה, הפסול המוסרי אינו חייב להיות אוניברסלי. לעתים הפסול המוסרי נובע מעצם ההפרה של הוראת חוק המאפשרת קואורדינציה בין האנשים בחברה. כך, לדוגמה, הפסול המוסרי בנהיגה בצד שמאל נובע מהסיכון הקיים מנהיגה בניגוד לכללים המאפשרים קואורדינציה בין הנהגים והמקטינים את הסכנה לחיי אדם. לעומת זאת, באנגליה דווקא נהיגה בצד ימין תיחשב למסוכנת לחיי אדם ולכן לפסולה מבחינה מוסרית. לפיכך, אין מניעה למצוא פסול מוסרי גם בעבירות מסוג *mala prohibita* (רע מכוח איסור), ולא רק בעבירות מסוג *mala in se* (רע בשל עצמו).

התנהגות מותרת, וניתן אכן למצוא פסול מוסרי בהחלטתו לבחור בהתנהגות האסורה. כל אלו מחייבים שימוש זהיר במשפט הפלילי והגבלת תחום התפרסותו.

ואכן, מספר עקרונות בסיסיים מסייעים בהגבלת התפרסותו של המשפט הפלילי.⁶ חלקם נועדו להבטיח כי לכל אדם תהיה אפשרות לשלוט על אחריותו הפלילית. כך, העקרונות הקובעים כי "אין עבירה בלא חוק", "איש בעבירתו ייענש", "אין עבירה בלא התנהגות מרצון" ו"אין עבירה בלא אשמה" מכוונים, בין השאר, להשגת מטרה זו.⁷ במקביל, עקרונות אחרים שנועדו להבטיח כי הדין הפלילי ישמש רק ככלי לטיפול באותם מקרים חמורים ורק כנגד התנהגות הנתפסת כפסולה, מונעים טריבליזציה של המשפט הפלילי.⁸ כך, למשל, העקרונות הקובעים כי "אין עבירה בלא מידה מינימלית של סכנה לציבור", ו"על העבירה להלום את תודעת הציבור" נועדו, בין השאר, למטרה זו. היקף תחולתם של עקרונות אלו שנוי במחלוקת. לחלקם יש חריגים אשר גם עליהם ניטש ויכוח בקרב משפטנים ופילוסופים. בהמשך העבודה אזכיר חלק מהמחלוקות, ככל שהדבר יתחייב מהדיון בחלופות להליך הפלילי. לצרכי בשלב זה, אסתפק באמירה כי מטרת המשפט הפלילי היא הגנה על האינטרסים החברתיים הבסיסיים, אולם השימוש במשפט הפלילי לצורך השגת מטרה זו מתוחם על-ידי שורה של עקרונות שנועדו להבטיח שימוש הוגן ומוגבל באמצעי חריף זה.

2.2. מטרת ההליך הפלילי

בתוך מערך המשפט הפלילי נשאלת השאלה מהו תפקידו של ההליך הפלילי? לא אחת נטען כי מטרת ההליך המשפטי הפלילי היא להגיע ל"חקר האמת".⁹ ניסוח זה, לדעתי, אינו מוגדר דיו ואינו מדויק. אכן, יש להניח כי הכוונה היא לחקר העובדות באשר לביצוע עבירה מסוימת. דהיינו, מטרת ההליך הפלילי היא לחשוף את העובדות הנוגעות לאירוע מסוים כאשר יש חשד כי במסגרתו בוצעה עבירה. אולם גם הגדרה זו אינה מדויקת. ההליך הפלילי, לפחות בשיטת המשפט האדוורסרית, אינו מתמקד באירוע אלא בנאשם.¹⁰ ככלל, כאשר בירור אחריות הנאשם אינה נדרשת, אין להליך הפלילי כל תפקיד בבירור העובדות. כך, למשל, אם הנאשם נמצא בלתי כשיר לעמוד לדין או כאשר הנאשם נפטר אין לבית-המשפט עניין בבירור העובדות.¹¹

אם כן, מטרת ההליך הפלילי אינה בירור עובדות המקרה אלא בירור אחריות הנאשם.¹² ההליך הפלילי מתמקד באדם ולא בעבירה. כפי שאמר בית-המשפט העליון בע"פ קניר, "ההליך הפלילי

⁶ ראו Packer, לעיל הערה 4, בעמ' 249. עקרונות היסוד האמורים מהווים הן כללים נורמטיביים באשר למגבלות הראויות על היקף האחריות הפלילי, והן מאפיינים תיאוריים, שכן ככלל, ובכפוף לחריגים, הוראות המשפט הפלילי תואמות את דרישת העקרונות האמורים.

⁷ לפירוט עקרונות המשפט הפלילי ראו ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד), 201-208.

⁸ ראו גם A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (3rd ed., Oxford, 1999), 23-56.

⁹ ראו מ' קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** יז (תשמ"ח) 475, בעמ' 489; ע' גרוס, "עסקאות טיעון וחקר האמת", **פלילים** ג (תשנ"ג) 251.

¹⁰ ראו G.P. Fletcher, *Basic Concept of Criminal Law* (Oxford, 1998), 53-56. המציין כי בשיטת המשפט האירופית מושם דגש גדול יותר על בירור עובדות המקרה. כך, למשל, בעוד שבארצות המשפט המקובל יופסקו הליכים נגד אדם שנמצא שמחמת אי שפיות אינו כשיר לעמוד לדין, הרי שבגרמניה העובדה שהנאשם אינו שפוי אינה מונעת בירור משפטי של עובדות המקרה.

¹¹ ראו סעיפים 170 ו-236 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

¹² אדם שמיוחסת לו עבירה מכונה בחוק בכינויים שונים (כגון: חשוד, נאשם או נקנס), בהתאם לסוג ההליך שנקט נגדו ולשלב שאליו הגיע אותו הליך. בעבודה זו אזדקק לא אחת לכינוי אחיד המתייחס למי שמיוחס לו כי ביצע

הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה¹³. אם לדייק מעט יותר, ההליך הפלילי נועד לקבוע חפות או אחריות פלילית ועונש¹⁴.

חשוב להבהיר מה משמעות קביעת חפות או אחריות פלילית לעניין זה. עד כמה קובע בית-המשפט חפות או אחריות ועד כמה הוא רק מגלה מה אחריות הנאשם? בהקשר זה ניתן להיעזר בהבחנה של רולס באשר לסוגי צדק דיוני. רולס הבחין בין שלושה סוגים של צדק דיוני: צדק דיוני טהור, צדק דיוני מושלם וצדק דיוני בלתי מושלם. צדק דיוני טהור מתקיים כאשר אין קריטריון חיצוני באשר לתוצאה הצודקת, אלא עצם הציות לכללים דיוניים הוגנים הופך את התוצאה לצודקת. לדוגמה, כאשר מספר מהמרים מחליטים לחלק את כספם באמצעות השתתפות במשחק הגרלה הוגן. בהתקיים מספר הנחות בסיסיות, כגון שההשתתפות במשחק הייתה התנדבותית, איש לא רימה ותוחלת המשחק לכל שחקן הייתה אפס, כל תוצאה שתושג בהגרלה תהיה צודקת (או לפחות לא תיחשב כבלתי צודקת); צדק דיוני מושלם מתקיים כאשר ישנה תוצאה אובייקטיבית נכונה או צודקת וההליך מבטיח את השגתה; צדק דיוני בלתי מושלם מתקיים כאשר ישנה תוצאה אובייקטיבית צודקת אותה מנסה ההליך להשיג, אולם ההליך אינו מסוגל להגיע אליה בדיוק בכל מקרה ומקרה¹⁵. ההליך הפלילי שייך לקבוצה האחרונה. ההליך הפלילי צריך להיות מתוכנן באופן שימזער את הטעויות, ושיתקרב ככל האפשר להליך מושלם, אף כי ברור שמטרה זו לעולם לא תושג. לפיכך, באומרי כי מטרת ההליך הפלילי היא קביעת חפות או אחריות ועונש אין הכוונה כי בעצם ההצהרה על חפות או אחריות מילא ההליך הפלילי את ייעודו. זה היה יכול להיות המצב בהליך של צדק דיוני טהור. לקביעת האחריות יש גם פן קונסטיטובי המעמיד את הנאשם בסטטוס של מי שהורשע בעבירה פלילית על מלוא ההשלכות של קביעה זו, אך גם פן דקלרטיבי המצהיר כי הנאשם ביצע את העבירה האמורה. ההליך הפלילי אמור להבטיח כי ההצהרה על האחריות הפלילית תהיה מתואמת עם קיומה של אחריות עובדתית, אובייקטיבית. המטרה כאן היא לבנות את ההליך באופן שימזער את הטעויות ושיצהיר על החפות והאשמה, ככל הניתן, בהתאם לאחריות האמיתית של הנאשם¹⁶.

טענתי כי ברור עובדות המקרה נשוא העבירה אינו מטרה עצמאית של ההליך המשפטי הפלילי. אין משמעות הדבר שלעולם לא יהיה צורך לברר עובדות אלו. למעשה, ברוב המקרים יהיה צורך לברר את העובדות כדי לגבש מסקנה בדבר החפות או האשמה. הטענה הינה רק כי ברור העובדות

עבירה בלא קשר לסוג העבירה או לשלב הדיוני בו נמצא ההליך נגדו. לפיכך, מטעמי נוחות, אשתמש לעתים בכינויים "חשוד" ו"נאשם" באופן רחב מהמקובל, ככוללים כל אדם המיוחסת לו עבירה ושטרם הורשע או זוכה בדין. לעתים אשתמש בכינויים "מבצע העבירה" או "העבריין", אף כי גם ביטויים אלו אינם מדויקים כשדנים באדם שאשמתו לא הוכחה.

¹³ ראו ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, בעמ' 516. ראו גם קרמניצר, לעיל הערה 9, בעמ' 478.

¹⁴ אני מעדיף את הביטוי "אחריות פלילית" או "חבות פלילית" על פני הביטוי "אשמה" שכן למונח אשמה יש משמעות שונה בתיאוריה של המשפט הפלילי. עקרון האשמה בפלילים מתייחס לצורך להבטיח כי לא תקבע עבירה שאין בקיום יסודותיה ללמד על פגם מוסרי כלשהו במעשה של הנאשם. לעומת זאת, כאשר נאמר כאן כי אדם "אחראי בפלילים" הכוונה כי הוא ביצע עבירה פלילית. נראה כי השימוש השונה במונח "אשמה" נובע מקשיי תרגום של המונחים השונים Guilt ו-Culpability.

¹⁵ ראו J. Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed., Cambridge, 1999), 74.

¹⁶ וראו גם א' ברק, "משפט, שיפוט ואמת", **משפטים** כז (תשנ"ו) 11, בעמ' 12. איני מתייחס בשלב זה לסוגי הטעויות האפשריות ולהעדפה ביניהן. כיוון שמדובר במערכת של צדק דיוני בלתי מושלם, ברור כי צפויים טעויות וייתכן בהחלט כי יהיה צורך לקבוע יחס העדפה בין טעויות מסוגים שונים. לפיכך, העדפת זיכוי מוטעה על פני הרשעה מוטעית, הבאה לידי ביטוי בסטנדרט ההוכחה ובכללי הפרוצדורה, אינה סותרת את הדרישה למזער טעויות. במילים אחרות, בקביעה כי מטרת ההליך הפלילי היא למזער טעויות איני מתכוון לקבוע עמדה באשר ליחס ההעדפה בין הטעויות השונות.

אינו חלק ממטרת ההליך. זהו אך אמצעי לבירור האחריות. במקרים רבים זה האמצעי העיקרי, אולם מקום בו אין צורך לברר את העובדות כדי לקבוע את האשמה, אין זה מתפקידו של ההליך הפלילי לעשות כן. זאת בניגוד, למשל, לוועדת חקירה שעשויה להידרש גם לבירור כולל של העובדות נשוא חקירתה, גם אם אין לפרטים השלכה משפטית נוספת¹⁷. בירור העובדות (או חקר האמת) עשוי, אם כן, להיות מטרת ההליכים של ועדת חקירה.

לעומת זאת, בהליך פלילי, מקום בו מתקיים בירור עובדתי הוא מוגבל לבירור הדרוש לקביעת חפות או אחריות ועונש. כך, לדוגמא, המניע למעשה צריך להיחקר בהליך הפלילי רק כאשר בירורו יסייע בקביעת האחריות או בהערכת חומרת העבירה כשזו דרושה לשם קביעת העונש. מקום בו חשיפת המניע אינה דרושה למטרות אלו, בית-המשפט לא נדרש לבררו. כשאדם שפוי ביצע רצח בנסיבות שבהן יש להטיל עליו עונש מאסר עולם כעונש חובה – אין לבית-המשפט כל עניין במניע לרצח ואם המניע אינו דרוש לבירור האשמה (כגון שהראיות חותכות ואינן שנויות במחלוקת), בית-המשפט לא נדרש לבררו. בדומה, נפטר אדם – ייפסקו כל הליכים נגדו¹⁸. גם כאן, בית-המשפט אינו נדרש לברר את העובדות כשאלו אינן נדרשות לצורך קביעת אשמתו של אדם או הענשתו. ייתכן בהחלט כי ועדת חקירה תמצא לנכון לברר עובדות אלו, גם כאשר הגורם הנשוא באשם נפטר. אולם זה אינו התפקיד של המשפט הפלילי. המשפט הפלילי מגביל עצמו לחשיפת האמת רק ככל שזו רלבנטית להשגת המטרה של בירור האשמה וחומרת העונש שיש להטיל. זאת ועוד, מששוכנע בית-המשפט, בעקבות הודאתו של נאשם, כי העבירה בוצעה על-ידו, אין הוא מוסיף לחקור בדבר נסיבות ביצועה כשאלו אינן דרושות לגזירת-הדין. בכל מקרה הסוגיה שבפני בית-המשפט אינה "מה ארע?" אלא "האם הנאשם ביצע עבירה?" (ואם כן, איזה עונש יש להטיל עליו?). כפי שנראה בהמשך, חלק מן הביקורת כנגד החלופות להליך הפלילי נובע מהגדרה לא מדויקת של מטרת ההליך הפלילי¹⁹.

האם להליך הפלילי יש גם מטרות נוספות? לעתים נטען כי ההליך הפלילי נועד גם להגן על זכויות הנאשם, להגן על עדים מפני הסבל הכרוך במתן עדות או לשמור על כבוד בית-המשפט. סבורני כי גם טענות אלו אינן מדויקות. מטרת ההליך הפלילי הינה אחת – לקבוע חפות או אשמה ועונש. אין פירוש הדבר כי כל אמצעי להשגת מטרה זו כשיר. ההליך הפלילי אינו פועל בחלל ריק. בדרך להשגת מטרה זו, עליו להימנע מפגיעה באינטרסים אחרים. במילים אחרות – ההליך הפלילי כפוף לאילוצים.

אילוצים, בשונה ממטרות, אינם יעד אשר ההליך הפלילי הוקם כדי להשיג. ניתן להגן על זכויות הנאשם בלא לנהל הליך פלילי כלל. גם כבוד בית-המשפט לא ייפגע בלא הליך פלילי. ההליך לא

¹⁷ ראו חוק ועדות-חקירה, תשכ"ט-1968.

¹⁸ ראו סעיף 236 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁹ לאחרונה מתחזקת הדעה כי למשפט הפלילי תפקיד מיוחד גם בהגנה על אינטרסים של נפגע העבירה. על-פי הגישה שהייתה מקובלת עד לאחרונה בישראל, ההליך הפלילי הינו עניינה של החברה בכללותה ולא של פרט זה או אחר בה, גם אם הוא הנפגע העיקרי של העבירה. לשם הגנה על זכויותיו ומימושו היה על הנפגע לפנות להליכים אזרחיים. בהליך הפלילי כל ההחלטות אם להגיש כתב-אישום, אילו אישומים לבחור, וכיצד לנהל את ההליך נתונות כולן לתביעה כנציגת החברה כולה, בלא שלנפגע הספציפי מעמד רשמי ממשי בקבלתן (למעט חריגים ספורים שאינם מעניינים). לאחרונה, חל שינוי בגישה זו, ובעבירות שבהן יש נפגע ספציפי, הוענק לו מעמד ברוב שלבי ההליך, אם כי מעמד זה מוגבל להתייעצות בלבד ולא לשליטה ממשית על ההליך. ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001. מעמד זה של נפגע העבירה מלמד כי להליך הפלילי גם תפקיד בהגנה על זכותו להבטיח כי הפוגע ייענש. עם זאת, מדובר אך במטרה משנית של ההליך. בהמשך העבודה תידון גם השלכת החלופות על מעמד נפגע העבירה בהליך הפלילי ועל האינטרסים שלו.

נועד לקדם מטרות אלו. עליו לקדם את מטרתו האחת, בירור האשמה (וקביעת העונש), תוך הקפדה שלא לפגוע באינטרסים אחרים – אף שאינטרסים אלו אינם חלק ממטרתו. כך, לדוגמא, גם אם ניתן לעתים לקדם את בירור האשמה באמצעות העמדת הנאשם תחת עינויים, אין לאפשר זאת במסגרת ההליך הפלילי. זאת, לא משום ששלמות גופו של הנאשם היא מטרה של ההליך הפלילי, אלא משום שבדרך להשגת המטרה אסור לפגוע בשלמות גופו של הנאשם.

הבחנה זו בין מטרות לבין אילוצים אינה אך הבחנה טרמינולוגית. יש לה לפחות השלכה מעשית משמעותית אחת. כאשר מסיבה כלשהי אין צורך בהליך הפלילי להשגת המטרה, אין צורך לקיימו רק כדי לעמוד באילוצים שלו. ההליך אינו מיועד לקדם אילוצים אלו, והצורך להתחשב בהם מתגבש רק במסגרת בנייתו של הליך שנועד לקיום המטרה האמורה. כך, לדוגמא, משמעות הקביעה כי ההליך הפלילי לא נועד לקדם את "כבוד בית-המשפט", אלא הצורך לשמור על "כבוד בית-המשפט" הוא רק אילוץ במסגרת הליך זה, משמעותו כי מקום בו אין צורך בהליך פלילי לבירור אחריותו של אשם (לדוגמא, כאשר הנאשם נפטר), אין לקיימו רק כדי לשמור על כבוד בית-המשפט. האילוץ נכנס לתוקפו רק כדי לקדם אינטרסים שעלולים להיפגע בדרך להשגת המטרה.

מקורם של אילוצים יכול להיות בערכים מוסריים שהפגיעה בהם אסורה. כך, למשל, האיסור על עינויים שהוזכר לעיל יכול להיתפס כדוגמא לאילוץ כזה²⁰. בדומה, גם ערכים אחרים עשויים להצדיק הגבלות על פעולות שנועדו לקדם את מטרות ההליך הפלילי. מנגד, האילוץ יכול שינבע מהצורך להגן על מוסדות אחרים ועל יכולתם להשיג את מטרותיהם. אף אם ההליך הפלילי נועד רק לקבוע חפות או אשמה ועונש, ההליך הפלילי הוא רק מוסד אחד מתוך רבים. מוסדות אחרים שכווננו על מנת להשיג מטרות אחרות פועלים במקביל, וחשוב להבטיח כי בדרך, השגת מטרה אחת לא תבוא באופן בלתי פרופורציונאלי על חשבון מטרה אחרת. מטעם זה, למשל, ההליך הפלילי פועל תחת אילוצי משאבים. לכאורה, כיוון שהמטרה היחידה של ההליך הפלילי היא בירור האשמה, חובה תמיד לבחון כל ראייה עד תום, אף אם ערכה הראיתי נמוך ובלא קשר לעלות הבריור. מניסוח המטרה שהצגנו לעיל כמטרה יחידה ניתן היה לצפות כי יש להפנות את כל המשאבים האפשריים כדי לקדם מטרה זו. אולם מסקנה זו אינה נכונה. בעצם הגדרת המטרה של ההליך כמטרה יחידה אין כדי לקבוע כי הצבת אילוצים שיאפשרו הגנה על אינטרסים אחרים אסורה²¹. משאבי החברה מחולקים בין מוסדות שונים ומכוונים להשגת מטרות שונות. חלוקה זו מחייבת את ההליך הפלילי להתחשב באילוצי המשאבים העומדים לרשותו בדרכו לקדם את בירור האשמה

²⁰ ראו ע' גלעד, "ציווי מוסרי מוחלט לא לענות", **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 425.

²¹ בכך לדעתי לוקה הטענה של Braithwaite & Pettit, כנגד תיאוריות תועלתניות או מניעתיות של ענישה. לגישתם, כדי שתיאוריה תהיה מתקבלת על הדעת (Plausible) עליה לקיים שלוש דרישות מרכזיות, האחת מהן שהמטרה שהתיאוריה מציבה לעצמה "ניתנת להשבעה" (Satiabile). מטעם זה, לדעתם, מניעת עבריינות או תועלתנות אינם יכולים להיות מטרה של מדיניות הענישה כיוון שמטרות אלו אינן ניתנות להשבעה (דהיינו, תמיד ייתכנו מצבים שבאמצעות הטלת עונש חמור יותר ניתן יהיה למנוע עוד עבריינות). ראו J. Braithwaite & P. Pettit, *Not Just Desert*. A Republican Theory of Criminal Justice (New York, 1990), 45-53. אולם טיעון זה מתעלם מכך שהגדרת מטרה אחת למוסד אחד אינה שוללת את הצורך של אותו מוסד להתחשב, כאילוצים, באינטרסים אחרים – חיצוניים למטרה שהוצבה בפניו. הטענה כי מטרת הענישה היא מניעת עבריינות אינה שוללת התייחסות לאילוצים האוסרים לפעול להשגת מטרה זו בדרך שתפגע באינטרסים אחרים, כגון חירות הפרט. לפיכך, האילוצים מכתביים את מגבלות היכולת להשיג את המטרה, ושוללים טענה כי המדיניות מחייבת תמיד הטלת עונשים חמורים יותר.

יש הטוענים, כי ההכללה של זכויות הנאשם, כמו זכותו שלא למסור עדות בלחץ עינויים, עם ערכים ואינטרסים חיצוניים, תחת כותרת אחת של "אילוצים" אינה נותנת משקל נכון לזכויות אלו. טענה זו נשענת על הגישה כי קיימים ערכים דיוניים (process values), ושאיכות ההליך נמדדת הן לפי יכולתו להגיע לתוצאה והן לפי יכולתו לשמור על ערכים אלו.²²

לדעתי, ההליך המשפטי הוא מכשיר להשגת מטרה. הערכים הדיוניים האמורים אינם אלא נגזרת של ערכים מהותיים חיצוניים שעל ההליך המשפטי לשמור. כפי שהראה לארי אלכסנדר, השיקולים שצריכים לקבוע מהם אותם ערכים דיוניים הינם, כולם, אותם שיקולים הקובעים את הערכים המהותיים של החברה, כגון האוטונומיה של הפרט, שלמות הגוף וכיוצא בזה. לפיכך, השמירה על אותם ערכים דיוניים אינה אלא אילוץ שיש להציב בפני ההליך הפלילי כדי שזה לא יפגע מעל למוצדק בערכים מהותיים של החברה בדרכו להשגת המטרה – בירור האשמה.²³ על כן, לא היה צורך בזכויות דיוניות כלשהן אם תוצאות ההליך היו נקבעות ישירות על ידי אל שאינו יכול לשנות בלא להשפיע על ערכים או אינטרסים חיצוניים.²⁴ מבחינה זו אין ערכים אלו שונים מכל אילוץ אחר, הכופה איזון בין הצורך להשיג את מטרות ההליך (בירור האשמה) לערכים ומטרות חברתיות אחרים.

בהצגת בירור האשמה וקביעת העונש כמטרותיו היחידות של ההליך הפלילי אין משום נקיטת עמדה שלמה באשר למלוא תכניו של הליך זה. אמנם ישנן מחלוקות רבות באשר למבנה הראוי של ההליך הפלילי. עם זאת, העמדות השונות מקבלות, אף אם לא מפורשות, את בירור האשמה והעונש כמטרות ההליך. העמדות השונות באשר לסדרי הדין הראויים נובעות ממחלוקת באשר לאיזון הראוי בין המטרה לבין אילוצים אחרים כמו גם בין השגת המטרה במקרים מסוימים לבין השגתה במקרים אחרים.

ניתן להסביר זאת באמצעות שני המודלים שהציע הרברט פקר²⁵. פקר הציג שני מודלים קיצוניים של הליך פלילי, המשקפים את האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה בגיבוש ההליך הפלילי בארצות-הברית. האחד, אותו הוא כינה Crime Control Model, מדגיש את הצורך להביא להרשעת מרב העבריינים. מטעם זה תפיסת ההליך הפלילי לפי מודל זה הינה ניהולית. המטרה היא לקדם תיקים לסיום מוצלח ומהיר, כדי לפנות משאבים לתיקים נוספים. מודל זה מדגיש גם את עקרון סופיות הדין. לעומתו, מודל שני, אותו הוא כינה מודל Due Process Model מדגיש את הצורך בקיומם של הליכים פורמליים מפורטים, ואת המגבלות על סמכויות רשויות האכיפה. מודל זה מדגיש את זכויות הנאשם לייצוג, חובת השמיעה ומגבלות שיש להטיל על הכוח של רשויות האכיפה. המודל הראשון מושתת, לדעתו של פקר, על התפיסה כי הרוב המכריע של מי שהואשמו על-ידי המשטרה והתביעה אכן אשם, וכי למערך ענישה פלילית יעיל חשיבות רבה להבטחת חירותם של שומרי החוק בחברה. לעומתו, מודל ההליך ההוגן מושתת על האמונה כי טעויות אנושיות רבות צפויות בהליך המינהלי, ואף בהליך השיפוטי, על סקפטיות כלפי יכולת

²² לגישה זו ראו, למשל, R.S. Summers "Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for 'Process Values'", 60 *Cornell L. Rev.* (1974) 1.

²³ L. Alexander, "Are Procedural Rights Derivative Substantial Rights", 17 *L. & Phil.* (1998) 19, p. 35.

²⁴ שם, בעמ' 23.

²⁵ ראו Packer, לעיל הערה 4, בעמ' 173-149.

הענישה לקדם מטרות חברתיות ועל אמונה כי עליונות האינדיבידואל מחייבת הגבלת כוחה של הרשות גם במחיר פגיעה בבירור האשמה. שני המודלים האמורים (כמו גם כל מודל ביניים) מתאימים לתפיסה כי מטרת ההליך הפלילי היא בירור האחריות הפלילית והעונש. ההבדל בין המודלים אינו במטרת ההליך אלא במחלוקת בין תומכי כל מודל באשר לאמצעים האפקטיביים ביותר להשגת המטרה (בעיקר נוכח אי ההסכמה באשר ליכולת הרשויות להגיע לבירור מוצלח של האשמה), באשר ליחס ההעדפה בין המטרות במקרים שונים (היחס בין הצורך בהרשעת האשם לבין הצורך בזיכוי החף), ובאשר ליחס בין המטרה לבין אילוצים חיצוניים (כגון הערך המוסרי בהגבלת כוחו של השלטון לפגוע בפרט). עם זאת, שני המודלים מתיישבים עם הטענה כי אילולא היה צורך בבירור אחריות פלילית ועונש, לא היה כל צורך בקיום הליך פלילי. מכאן, שלפי שני המודלים, מטרת ההליך הפלילי היא בירור האחריות הפלילית וקביעת העונש.

לסיכום, ניתן לומר כי מטרת ההליך הפלילי היא לקבוע חפות או אחריות פלילית ועונש. עם זאת, ההליך הפלילי פועל להשגת מטרה זו בכפוף לאילוצים כגון החובה להבטיח את האוטונומיה של הפרט, האיסור על פגיעה בזכויות בלא הליך הוגן, והצורך לפעול במסגרת משאבים מוגבלת. הצלחת החלופות להליך הפלילי תלויה ביכולתם לקדם את המטרה האמורה תוך עמידה באילוצים אלו.

2.3. מטרות הענישה ושיקולי הענישה

בחינת הצלחתם של החלופות שיידונו בהמשך לשמש תחליף אפקטיבי להליך המשפטי תלויה גם במידת התאמת העונשים שיוטלו בכל אחת מהמסגרות החלופיות שיידונו למטרות הענישה²⁶. בלא החלטה מוקדמת בדבר מטרות הענישה, לא ניתן לבחון איזה הליך יבטיח טוב יותר את השגת מטרות אלו. במסגרת זו אנסה לסקור את התיאוריות המרכזיות בתחום הענישה (בלא יומרה להקיף את כולן). הסקירה תאפשר להראות בהמשך העבודה כיצד החלופות להליכי משפט פלילי יכולות לקדם את מטרות הענישה, כפי שאלו מוגדרות על-פי רוב תיאוריות הענישה המקובלות.

התיאוריות המוכרות בדבר מטרות הענישה עוסקות למעשה בשני רבדים שונים. הרובד הראשון, רובד השיקולים, עוסק בשיקולים המנחים בקביעת העונש בכל מקרה ומקרה. הרובד השני, רובד המטרות, עוסק בשיקולי המדיניות המכתיבים אלו שיקולים יהיו רלבנטיים במקרים השונים וכיצד ייערך האיזון ביניהם²⁷. ההבחנה ניתנת להסבר באמצעות דוגמא. הרתעה היא אחד השיקולים המוזכרים תדיר בהקשר של קביעת העונש. מתן מעמד לשיקול זה משמעו שהשופט, או שהגורם הקובע הנחיות לשופטים כיצד להטיל עונש, יתחשב במידה שהטלת העונש עשויה לסייע להרתעת עבריינים פוטנציאלים. במילים אחרות, הרתעה היא שיקול בקביעת העונש. עם זאת,

²⁶ להגדרת המונח עונש ראו Hart, לעיל הערה 2, בעמ' 4-5. הרט מסביר כי עונש חייב לכלול חמישה מרכיבים: (1) כאב או השלכה אחרת שבדרך כלל נתפסת כלא נעימה (2) מוטל בשל עבירה על החוק (3) מוטל על העבריין או מי שחושבים להיות העבריין בגין העבירה (4) מנוהל במכוון על-ידי בני אדם שאינם העבריין (5) מוטל על-ידי גוף שהוקם על-ידי המערכת המשפטית שכנגדה בוצעה העבירה. לניתוח ביקורתי של ההגדרה של הרט ראו G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston, MA., 1978), 409-414. להגדרת המונח עונש ראו גם J. Rawls, "Two concept of Rules" 64 *Philos. Rev.* (1955) 3, p. 10 וכן M. Davis, "How to make the Punishment Fit the Crime" 93 *Ethics* (1983) 726, p. 728.

²⁷ להבחנה דומה (אף אם לא בהכרח זהה בכל) בין גורמים (שיקולים) ויסודות (מטרות) בתיאוריות של מוסר ראו S. Kagan, *Normative Ethics* (Oxford, 1998), 17-22.

הרתעה אינה מטרה. הפחדת אנשים אינה, כשלעצמה, דבר טוב²⁸. מטרת ההתחשבות בשיקול כהרתעה עשויה להיות התועלת שתיווצר בזכות הפחתת הפשיעה שתושג בזכות ההרתעה. הגדלת התועלת בדרך זו עשויה להיות מטרה עצמאית, שכן, כך לפחות ניתן לטעון, הגדלת תועלת היא דבר טוב כשלעצמו. מכיוון שהדיון בגורמים המשפיעים על מדיניות הענישה מוכר יותר, אפתח בדיון זה.

ברובד השיקולים, מקובל לעסוק בארבעה שיקולי ענישה שונים. הלימה²⁹ – התאמת חומרת העונש לחומרת העבירה; הרתעה – הרתעת העבריין המוענש מפני ביצוע עבירות בעתיד (הרתעה אישית) והרתעת הציבור המודע להטלת העונש מפני ביצוע עבירות (הרתעה כללית); מניעה ישירה – הגבלת חירותו של העבריין באופן המונע ממנו לבצע עבירות נוספות בעתיד; ושיקום – חינוך העבריין ותיקון תפיסותיו כדי לסייע לו להשתלב טוב יותר בחברה³⁰.

2.3.1. שיקולי הענישה

2.3.1.1. הלימה

הלימה פירושה התאמת העונש לחומרת העבירה שבוצעה. הקביעה כי העונש צריך להלוט את העבירה משמעה שככל שהעבירה, לאור נסיבות ביצועה, חמורה יותר, העונש שיוטל צריך להיות חמור יותר. בדומה, בגין עבירות שחומרתן דומה יש להטיל עונש דומה. זהו מבחן של מידתיות (פרופורציונאליות). לפיכך, אם הלימה היא שיקול הענישה היחיד, כל עבריין חייב להיענש בעונש המגיע לו (just desert), לא למעלה מכך ולא למטה מכך.

יישום עקרון ההלימה מחייב קביעת מדרג של עבירות ומדרג של עונשים והתאמה ביניהם. כמובן שעצם קביעת ההלימה כעיקרון מנחה לענישה אינה פוטרת את כל המחלוקות באשר למדיניות הענישה. מעבר לשאלה כיצד לדרג את העבירות והעונשים ישנן מחלוקות נוספות באשר למידת הדיוק שעקרון ההלימה יכול לספק: האם על הסקלות לקבוע עונש מדויק המתאים לכל מקרה או

²⁸ השו Moore, לעיל הערה 1, בעמ' 24.

²⁹ עקרון הענישה לפי just desert זכה לשמות שונים בעברית, בהיעדר ביטוי נוח המתרגמו נכונה. תרגום מילולי צריך לשלב את המילים "צודק" ו"מגיע", אולם ככל שחיפשי לא מצאתי ביטוי מתאים בעברית המשלב מילים אלו. קנאי במאמריה השתמשה במונח "גמול" לתיאור שיקול ענישה זה. אולם שימוש במונח "גמול" עלול לגרום לבלבול בין גמול כשיקול לקביעת עונש (just desert) לגמול כמטרה של הענישה (retribution). ואכן נראה כי קנאי משתמשת במונח גמול בשתי המשמעויות בלא הבחנה חדה ביניהן. ראו ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש", מחקרי משפט י (תשנ"ג) 39, בעמ' 41. המונח הלימה, המכוון לכך שהעונש הולם את העבירה, בוודאי אינו מהווה תרגום מדויק. עם זאת, החלטתי להשתמש במונח זה בעקבות הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון (תשנ"ח) (להלן: ועדת גולדברג) שהציעה לאמץ את ה-desert, אותו היא כינתה בעברית "הלימה" כשיקול מרכזי בקביעת העונש. מבחינה מסוימת הוצאת המונח "צדק" (just) מתוך המינוח העברי "הלימה", מסייעת להסברת ההבחנה הנעשית כאן בין הלימה כשיקול בקביעת העונש לבין המטרה הערכית (הצדק) העומדת בבסיס אימוץ שיקול זה. הלימה היא אך קנה מידה טכני המתאר מתאם של מידתיות בין חומרת העבירה לבין העונש. היא אינה מבחן ערכי לצידקת העונש, שכן גישות שונות, כמו הגישה התועלתנית, רואות דווקא בשיקולים אחרים כמקדמים את הצדק.

³⁰ יצוין, כי רמת ההפשטה של השיקולים וקביעת החלוקה ביניהם, הם במידה רבה שרירותיים. ניתן היה, לדוגמא, להפריד בין שיקום העבריין באמצעות מסגרות של כפייה ומשמעת לבין טיפול שיקומי בהסכמה – הכלולים שניהם תחת המונח שיקום. ניתן גם להתייחס להרתעה כללית ולשיקום כאל שיקול אחד – הקטנת רצונו של העבריין הספציפי לעבור עבירות בעתיד. ישנן כמובן עוד אינספור וריאציות שניתן היה להעלות על הדעת. בחרתי בשיקולים אלו רק מכיוון שחלוקה זו של השיקולים מוכרת ומקובלת מזה שנים רבות בספרות ובפסיקה. לדיון בשיקולים אלו ראו קנאי, לעיל הערה 29.

רק מתחם של מינימום ומקסימום בתוכו יוותר שיקול-דעת שיופעל על בסיס עקרונות אחרים³¹. כמו כן, קיימת מחלוקת לגבי השאלה האם מאפיינים אישיים של העבריין יכולים להיכלל בין הגורמים הקובעים את חומרת העונש על-פי עקרון ההלימה³². למחלוקת אלו חשיבות כאשר בוחנים בניית מערך ענישה מלא, אולם אין בהן כדי לפגוע בעיקרון המנחה המשותף לכל התומכים בהלימה כשיקול ענישה, והוא הקשר בין חומרת העונש לבין חומרת העבירה שבוצעה.

החל משנות השבעים של המאה האחרונה התחזק מאוד מעמד ההלימה כשיקול בקביעת העונש³³. במערכת המשפט הפדרלית בארצות-הברית אומצו בסוף שנות השמונים הנחיות לענישה המתבססות על עקרון ההלימה, תוך צמצום שיקול-הדעת של השופט וצמצום משמעותי במשקלם של מאפיינים אינדיבידואליים של הנאשם בקביעת העונש. גם בארץ ניכרת מגמה דומה, בעקבות המלצת ועדת גולדברג לקבוע את ההלימה כשיקול מנחה עיקרי בקביעת העונש³⁴.

כאשר הלימה היא אחד הגורמים שיש לשקול בקביעת העונשים, הצלחת החלופות להליך הפלילי תימדד, בין היתר, ביכולתן להבטיח מתאם טוב יותר בין העונשים לבין חומרת העבירות. בהקשר זה חשוב לזכור כי עקרון ההלימה מחייב גם הימנעות מענישה מוטעית. עונש המוטל על חף בוודאי סוטה מעקרון ההלימה שכן העונש ההולם במקרה כזה הוא אפס. לפיכך, הצלחת החלופות להליכים הפליליים תלויה גם ביכולתן להבטיח כי שיעור הנאשמים החפים מפשע שייענשו יקטן. בדומה, הימנעות מכל תגובה עונשית דינה כדין הטלת עונש שחומרתו אפס³⁵. זה אינו עונש הולם כאשר מדובר בעבירה. לפיכך, כאשר בוחנים אם השימוש בחלופות תואם את דרישת ההלימה, יש לבחון, בין היתר, האם ניתן באמצעותן להבטיח כי מספר הראויים לעונש שלא נענשים יקטן, כחלק מן הבחינה הכוללת, האם הפער בין העונשים המוטלים לעונשים ההולמים מצטמצם.

2.3.1.2. הרתעה

הרתעה, להבדיל מהלימה, הינה שיקול הצופה פני עתיד³⁶. שימוש בהרתעה כשיקול בקביעת העונש מניח כי אדם בוחר לבצע עבירה כאשר הדבר צפוי להביא לו תועלת. האיום בעונש מבטיח כי למול אותה תועלת יעמוד החשש מפני הסבל שייגרם לו בעקבות ביצוע העבירה. הרתעה היא,

³¹ פרופ' הרט סבור כי הסקלה צריכה להיקבע לפי כללי הגיון פשוט (commonsense) של חומרה. מטעם זה לא ניתן לקבוע בסקלה כזו דבר מעבר למתיחת קווים גסים בין עבירות תנועה לבין רצח, או בין המתת חסד לבין רצח בכוונה תחילה. ראו Hart, לעיל הערה 1, בעמ' 25. אחרים מאמינים בסקלה מפורטת הרבה יותר. ראו קנאי, לעיל הערה 29, בעמ' 42-58.

³² ראו קנאי, לעיל הערה 29, בעמ' 46-52.

³³ ראו M. Matravers, *Justice and Punishment* (Oxford, 2000), 12.

³⁴ ראו ועדת גולדברג, לעיל הערה 29.

³⁵ אחזור לטענה זו ביתר פירוט בהמשך, ראו להלן בסעיף 2.3.2.2.

³⁶ במסגרת זו אצמצם את הדיון להרתעה כללית. הרתעה אישית דומה מבחינת אופן השפעת העונש להרתעה כללית אלא שהיא מופנית כלפי העבריין הספציפי הנענש ולא כלפי כלל הציבור. ההבחנה בין שני סוגי ההרתעה נובעת מההנחה שכאשר העונש מוטל על אדם מסוים המשקל שאותו אדם ייתן לו בעתיד, בשוקלו האם להסתכן במעשה שיכול להביא בעקבותיו עונש דומה, גדול יותר מאשר המשקל שייתן לו יתר הציבור. זאת, מכיוון שהנענש מודע יותר לעונש ולהיותו תגובה עונשית לעבירה וכן מכיוון שהסבל שנגרם לו עקב העונש יכול להשפיע על אופן שקלול הסיכוי להיענש בשיקוליו העתידיים.

אם כן, ההימנעות מביצוע עבירות נוכח החשש מהעונש³⁷. אולם, לאיום תהיה משמעות רק אם ייווצר דפוס של מימוש האיום. על מערכת המשפט להבטיח ענישה כדי ליצור דפוס זה³⁸.

כבר בכתביו של ג'רמי בנתהם ניתן למצוא את הנוסחאות הבסיסיות לקביעת עונש משיקולי הרתעה: על העונש לגרום לסבל גדול יותר מהתועלת שמביאה לעבריין העבירה, ככל שקטנים סיכויי התפיסה יש להטיל עונש חמור יותר כדי להשיג אותה הרתעה, יש ליצור מידרג של עונשים ביחס לחומרת העבירות וכיוצא באלה³⁹. הניתוח הכלכלי החל מסוף שנות השישים ניסה לכמת את הענישה הנדרשת ליצירת הרתעה. במאמרו החלוצי של בקר נטען כי כדי שסוכן רציונלי אדיש לסיכון יימנע מלבצע עבירה יש להטיל עליו, אם ייתפס, עונש ששיעורו שווה לפחות לרווחיו מהעבירה חלקי ההסתברות להיתפס ולהיענש בגינה⁴⁰. אם רוצים להבטיח כי העבירה תבוצע רק כאשר התועלת מביצועה גדולה מנזקה, יש לקבוע את העונש לפי הנזק חלקי הסיכוי להיענש. התיאוריה של בקר פותחה בשורה ארוכה של מחקרים באופן שכולל גם נתונים על הכנסתו של העבריין, סוג האחריות ועוד⁴¹.

להבדיל מהלימה, שההצדקות לה יכולות להיות מגוונות, כדי להצדיק שימוש בשיקולי הרתעה לקביעת העונש צריך להראות כי הענישה אכן משפיעה על ההרתעה ודרכה על רמת הפשיעה. מטעם זה ניתן לתקוף את השימוש בשיקול זה בלא התייחסות לסוגיית מטרות הענישה, אלא בהתבסס על טיעונים אמפיריים. שיקול ההרתעה אינו יכול להיות רלבנטי בקביעת העונש אם הענישה אינה מרתיעה. ואכן קו טיעון זה נפוץ בספרות. פסיכולוגים וסוציולוגים הטילו ספק ביכולתו של העונש להשפיע על רמת העבריינות על-ידי תקיפות ההנחות של הניתוח הכלכלי בדבר הרציונליות של העבריין, יכולתו לחשב סיכונים, ידיעתו את הסתברות העונש הצפוי וחומרתו וכיוצא באלה⁴². חלקם הסתמכו, בין היתר, על מחקרים שלא מצאו מתאם מובהק בין רמת

³⁷ ראו A. von Hirsch, A. Bottoms, E. Burnew & P-O. Wikström, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Oxford, 1999), 3-4 המגדירים הרתעה כהימנעות מביצוע פעולה מסוימת בשל החשש מפני התוצאות כפי שהן נתפסות בעיני המבצע.

³⁸ ראוי להדגיש כי במונח הרתעה כוונתי אך להשפעות החשש של עבריינים פוטנציאליים מהעונש הפורמלי. יש המשתמשים במונח הרתעה באופן רחב יותר וכוללים במסגרתו את כלל ההשפעות הפסיכולוגיות והחברתיות של הדין הפלילי או העונש על הפחתת רצונם של אנשים להפר את החוק. השפעות אלו, הכוללות יצירת תודעה חברתית באשר לפסול במעשה הפלילי והעמקת או שינוי התפיסות המוסריות של אנשים, יידונו בהמשך. בשלב זה אתמקד בשיקולי הרתעה מהעונש הפורמלי בלבד. להבחנה בין התמריצים השונים לציות לחוק ראו von Hirsch, Bottoms, Burnew & Wikström, לעיל הערה 37, בעמ' 3-4, המבחינים בין תמריצים (חיוביים ושליליים), ביניהם גם ההרתעה מפני העונש, לבין אמצעים לחיזוק המעמד הנורמטיבי של החוק בעיני הציבור (חיזוק ההצדקות המוסריות של החוק או של הלגיטימיות של המחוקק), ואמצעים מגבילים המונעים או מקשים פיזית על ביצוע החוק (הגבלות על מבצעים פוטנציאליים או הגנה על מטרת העבירה). הרתעה, בהקשרה כאן, מתייחסת רק לתמריצים שליליים הנובעים מהעונש הפורמלי.

³⁹ ראו J. Bentham, *The Theory of Legislation* (Richard Hildreth – trans., London, 1931), 325-328. בנתהם מציין קריטריונים נוספים להרתעה יעילה. כך, הוא טוען כי כאשר עבריין יכול לבצע מספר עבירות שחומרתן שונה, יש להטיל עליו עונש קל יותר בגין העבירה הקלה יותר, כדי לעודדו להימנע מביצוע העבירה הנוספת. בנוסף, יש להתחשב במאפיינים אישיים של העבריין שכן עונש נומנלי זהה אינו יוצר סבל זהה אצל עבריינים שונים. ראו גם J. Bentham, *The Principles of Moral and Legislation* (New York, 1988), 178-188.

⁴⁰ ראו G.S. Becker "Crime and punishment: An economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169. בקר, כמו גם רוב הכלכלנים שאחריו, סבר כי יש להטיל עונש שגובהו תלוי בנזק שנגרם ובסיכויי ההיתפסות, כדי שלא להרתיע עבירות שתועלתם גדולה מנזקן.

⁴¹ לסקירת הספרות בעקבות מאמרו של בקר ראו E. Eide, "Economics of Criminal Behavior", *The Encyclopedia of Law and Economics* (v. 5, B. Bouckaert & G. De Geest – eds., Cheltenham and Northampton, MA., 2000) 345, pp. 345-354.

⁴² ראו, למשל, J.Q. Wilson, *Thinking About Crime* (2nd ed., New York, 1983), 117-121.

הענישה לבין רמת הפשיעה. אחרים הביעו ספקות באמינות מסקנותיהם של מחקרים אחרים אשר מצאו מתאם כאמור.

בטרם נבחן טענות אלו ראוי להבהיר כי ההרתעה תיחשב כ"פועלת" אף אם העבריינים אינם רציונלים לחלוטין. העובדה כי עבריינים פוטנציאלים עלולים לטעות בהערכת סיכויי התפיסה או העונש, כשלעצמה, אינה שוללת מההרתעה את כוחה כגורם המסייע בהפחתת העבריינות. רציונליות מוגבלת ומגבלות מידע עלולות לפעול לשני הכיוונים. טעויות עשויות לגרום לחלק מהאנשים להפריז בהערכת העונש הצפוי, באופן שיקזז במידה מסוימת את השפעת הטעויות של אחרים שימעיטו בהערכת העונש הצפוי. בשל (בין השאר) מגבלות ברציונליות של אנשים (rationality bounded) ומגבלות מידע לא ניתן לחשב עד כמה הגדלת העונש או ודאות הטלתו מסייעות להרתעה⁴³. אולם, אף אם מידת ההשפעה של הענישה על ההרתעה קשה להערכה, אין במגבלות אלו כדי לסתור את הטענה שהשפעה כזו קיימת. לפיכך, הטענה כי ישנם אנשים שאינם רציונלים ולכן יפרו את החוק בלא קשר לחומרת העונש הצפוי להם, כשלעצמה, אינה שוללת את השפעת הענישה כגורם מרתיע⁴⁴. מעטים, אם בכלל, טוענים כי ביטול מערך האכיפה והענישה לא יגרום לעליה בפשיעה⁴⁵. טענת המתנגדים לשימוש בהרתעה כשיקול לענישה היא בדרך כלל כי החמרת העונשים אינה משפיעה כלל על ההרתעה, או שהשפעתה קטנה ביותר. מעטים יטענו כי לעצם קיומו של מערך ענישה אין השלכה על ההרתעה. ככלל, הטוענים כנגד שימוש בהרתעה כשיקול בענישה מכירים כי מערך ענישה מסייע להרתעה, אולם טוענים כי השפעת שינוי חומרת העונשים המוטלים על ההרתעה, זניחה.

המחלוקת, אם כן, ניתנת להכרעה רק בהתבסס על מחקרים אמפיריים. ואכן, מחקרים אמפיריים רבים בחמישים השנים האחרונות בחנו את השפעת חומרת העונשים על רמת ההרתעה. אולם קשה למצוא מסקנה אחידה ומשכנעת מהמחקרים השונים. חלק מהמחקרים מצאו שחומרת העונשים משפיעה בבירור על רמת הפשיעה בתחום הנחקר, ואילו אחרים התקשו למצוא השפעה ברורה כאמור⁴⁶.

נראה כי קשה לבחון סוגיה זו מן הבחינה האמפירית. מחקרים המנסים לבדוק מתקשים להתגבר על קשיים טכניים משמעותיים באופן שיאפשר הסקת מסקנה משכנעת. אשר למחקרים המתבססים על נתונים מצרפיים, דהיינו נתונים סטטיסטיים כלליים על רמות ענישה ופשיעה, אלו חייבים למצוא קבוצות דומות שהיו נתונות למשטר שבו רמת הענישה שונה כדי להוכיח מתאם בין רמת הענישה לרמת הפשיעה. אולם כדי למצוא משטרים בעלי רמת ענישה שונה יש להבחין בין קבוצות שונות בזמן או במקום, ויש קושי רב לנטרל השפעות אחרות של זמן או מקום מהתוצאות. זאת ועוד, גם אם נוטרלו כל ההשפעות החיצוניות בהצלחה, עדיין יש קושי רב

⁴³ כמו כן שינוי תוחלת העונש, המשנה את רמת הפשיעה מביא גם להשפעות משניות של רמת הפשיעה על תוחלת העונש. השפעות אלו, הפועלות בכיוונים שונים, עלולות גם הן לפגוע ביכולת החיזוי של המודל הכלכלי. ראו O. Bar Gil & A. Harel, "Crime Rate and Expected Sanction: The Economics of Deterrence Revisited", 30 *J. Legal Stud.* (2001) 485.

⁴⁴ ראו von Hirsch, Bottoms, Burnew & Wikström, לעיל הערה 37, בעמ' 6.

⁴⁵ מספר אירועים היסטוריים מאששים מסקנה הגיונית זו. כך, למשל, חל גידול ברור בפשיעה, לפחות בחלק מן העבירות, בעקבות מעצר כל השוטרים בדנמרק על-ידי הנאצים בשנת 1944. ראו ש' ג' שוהם וג' שביט, **עבירות ועונשים** (תש"ף), 104-110 ו-87.

⁴⁶ לסיכום המחקרים הרבים שנערכו בתחום זה ראו המקורות להלן בהערה 50.

להוכיח שרמת הפשיעה הגבוהה גורמת להחמרה בענישה או להיפך, ובהחלט תיתכנה השלכות דו-כיווניות המקשות על ביסוס מסקנות מהמחקר⁴⁷.

מטעם זה מחקרים רבים התמקדו בקבוצות עבריינים או חשודים ובחנו את השפעת רמת הענישה שהוטלה על פשיעה עתידית של חברי קבוצות אלו. אולם בהחלט ייתכן שיש גורמים ייחודיים המשפיעים על רמת ההרתעה האישית, הנבדקת במחקרים מסוג זה, ואינם משפיעים על רמת ההרתעה הכללית. כך, לדוגמא, ההתנסות במאסר, כשלעצמה, יכולה להשפיע על האסיר באופנים שונים שאינם מוגבלים להרתעה בלבד. למשל, ייתכן שהעונש מסייע לנאשם לסגל תפיסות עברייניות, בלא לגרום להשפעה דומה על הסביבה. בנוסף לכך, מחקרים אלו לא בוחנים את השלכות ההרתעה על האוכלוסייה כולה, אלא רק על אלו שעברו עבירה. להטיה זו יכולה להיות משמעות רבה שכן ניתן להניח שהענישה מצליחה, ככלל, להרתיע טוב יותר את הרוב המוחלט של האנשים, והמדגם במחקרים בודק דווקא את המיעוט הקטן אותו העונש הפלילי מתקשה להרתיע⁴⁸. אם זה המצב, הרי שההרתעה אפקטיבית הרבה יותר ממה שנראה במחקרים השונים⁴⁹.

בעוד שניתן למצוא מסקנות סותרות באשר למידת מובהקות הקשר בין **רמת הענישה** לבין רמת הפשיעה, הרי שכמעט כל המחקרים שבדקו את הנושא מצאו **שהסיכוי להיתפס** ולהיענש משפיע על רמת העבריינות⁵⁰. הן מחקרים המתבססים על נתונים מצרפיים והן מחקרים שבחנו קבוצות מדגם מצומצמות הגיעו למסקנה, כי ככל שהסיכוי להיתפס ולהיענש גדול יותר כך קטנה רמת הפשיעה. במידה רבה תיאורית ההרתעה, אם משכללים אותה מעבר לניתוח של בקר, מתיישבת עם המסקנה כי הסיכוי להיתפס ולהיענש משפיע הרבה יותר מרמת העונש⁵¹.

הניתוח הכלכלי הפשוט טוען כי כדי להבטיח רמת הרתעה זהה בשתי שיטות משפט הזהות מכל יתר הבחינות, יש להבטיח כי תוחלת העונש, דהיינו הסיכוי להיתפס כפול העונש הצפוי למי שנתפס, תהיה זהה. לפיכך, אם במחוז א הסיכוי להיתפס גדול כפליים מזה שבמחוז ב, הרי שניתן להבטיח את אותה רמת הרתעה בשני המחוזות אם עונשי המאסר שיוטלו במחוז ב יהיו כפולים

⁴⁷ לביקורת דומה ראו Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 119-121. לניתוח מקיף של המגבלות של מחקרים אמפיריים הבוחנים השפעת הרתעה ראו von Hirsch, Bottoms, Burnew & Wikström, לעיל הערה 37, בעמ' 17-23.

⁴⁸ לביקורות נוספות על יכולת החיזוי של המחקרים האמפיריים השונים ראו Eide, לעיל הערה 41.

⁴⁹ ראו גם P.H. Robinson & J.M. Darley, "The Utility of Desert", 91 Nw. U.L. Rev. (1997) 453, pp. 464-468 אשר ניסו לתקוף את כוחה של ההרתעה מכיוון אחר. הם טענו כי בעבירות נפוצות הסיכוי שהעברייין יורשע אינו עולה על אחוזים בודדים. זאת מכיוון שעבירות רבות לא מדווחות כלל, מבין אלו המדווחות במרבית המקרים לא נמצא חשוד, וגם כאשר נמצא חשוד, ברוב המקרים הוא לא מועמד לדין, בין אם מחוסר ראיות ובין אם מחוסר עניין לציבור. כיוון שכך הסיכוי להיאסר בעקבות ביצוע עבירה קלה אינו עולה על אחוז אחד או שניים וגם בעבירות חמורות יותר הסיכויים נמוכים (שוד 3.8%, אונס 12%, רצח 44.7%, לפי מחקרים). מסקנתם הייתה כי נוכח הסתברות נמוכה זו לא ייתכן שהרתעה יכולה להוות אמצעי משמעותי במניעת פשיעה. אולם מסקנה זו מתעלמת מחומרת השפעת העונש על האנשים. רבים מהאנשים יחששו לגנוב אופניים או מוצר מחנות גם אם הסיכוי שהם יאסרו בגין המעשה אינו עולה על אחוז אחד. בעבירות חמורות יותר הרווח מהעבירה אמנם גדול יותר אולם סיכויי התפיסה וחומרת העונש הצפוי גדולים בהתאם – וניתן להניח כי די בכך כדי להרתיע את הרוב המוחלט של האנשים. בכל מקרה, בלא בדיקת סוגיה זו, המסקנה כי הרתעה אינה יכולה להסביר את הציות לחוק אינה מבוססת.

⁵⁰ לסקירת המחקרים האמפיריים בנושא ראו Eide, לעיל הערה 41, בעמ' 355-369 וכן von Hirsch, Bottoms, Burnew & Wikström, לעיל הערה 37. ראו גם J. Grogger "Certainty vs. Severity of Punishment" 29 Economic Inquiry (1991) 297, שוהם ושביט, לעיל הערה 45, בעמ' 93-96.

⁵¹ גם בקר היה מודע לכך שהוודאות להיענש משפיעה יותר מחומרת העונש. הוא הסביר זאת בכך שיחס העבריינים לסיכון חיובי (בניגוד לרוב האנשים שהם שונאי סיכון), ולכן הגדלת העונש משפיעה פחות מהגדלת ההסתברות להיתפס. עם זאת, כיום ברור כי קיימות סיבות רבות נוספות מדוע הוודאות משפיעה יותר מחומרת העונש, כפי שיפורט להלן.

מאלו שיוטלו במחוז א. אלא שההנחה שהכפלת משך תקופת המאסר שקולה, מבחינת שיקולי העברייני, להכפלת הסיכוי להיתפס – אינה נכונה מכמה סיבות.

ראשית, מחקרים בתחום מדעי ההתנהגות מלמדים כי אנשים מייחסים משקל רב יותר לעצם הסיכוי להפסיד ביחס למשקל שהם נותנים לגודל ההפסד. תופעה זו המכונה "שנאת הפסד" משמעה כי אדם ממוצע יעדיף להמר באופן שיתן לו סיכוי להימלט מעונש כליל גם אם כישלון ההימור יגרור הטלת עונש חמור יותר, כך שתוחלת העונש עקב ההימור תהיה גדולה יותר. במילים אחרות, אדם ממוצע חושש יותר מעונש ודאי של שנת מאסר אחת מאשר מסיכוי של 25% להיאסר למשך ארבע שנים. תופעה פסיכולוגית זו של מתן העדפה מיוחדת לסטטוס קוו, וניסיון להימנע מכל שינוי במצב לרעה, גם במחיר סיכון גדול, גורמת לכך שעבריינים פוטנציאליים יירתעו יותר משינוי הסיכוי להיענש מאשר משינוי בחומרת העונש – כאשר לשינויים השונים השפעה זהה על תוחלת העונש⁵². שנית, חישוב תוחלת העונש במחקרים השונים מתייחס רק לעונש הפורמלי, ובוחן את תוחלת העונש בהתאם. אלא שבנוסף לעונש הפורמלי, כל עברייני המורשע סובל גם מעצם כפיפותו להליך הפלילי. מטעם זה, סבלו של מי שנדון לשנתיים מאסר אינו כפול מסבלו של מי שנדון לשנת מאסר אחת. בנוסף לעונש המאסר, שני המורשעים היו נתונים לסבל הכרוך בהליך הפלילי. שניהם עמדו בפני התחושה הקשה המלווה במעצר הראשוני, שניהם נאלצו לספוג את העלות הכספית והחברתית הכרוכה בניהול הגנתם בהליך הפלילי, לסבול מן הסטיגמה שהוטלה בהם עקב מעצרים והרשעתם, ולהתמודד עם חוסר הוודאות והחרדות המתלווים להליך הפלילי משלב המעצר והחקירה ועד לתום המשפט⁵³. העונשים הבלתי פורמליים האמורים מהווים חלק משמעותי, ולעתים רבות משמעותי יותר מאשר העונש הפורמלי, בסבל של הנאשם. הכפלת עונש המאסר אינה גורמת בהכרח להכפלה דומה של החלק הבלתי פורמלי של העונש, ולכן אינה שקולה להכפלת הסבל הכולל של העברייני. במילים אחרות, עצם העובדה שאדם עומד בפני הליך פלילי גורמת לו למתח ולסבל שאינו מוכפל ביחד עם הכפלת העונש הפורמלי בסוף ההליך. גם מטעם זה, אנשים נרתעים פחות מהגדלת העונש מאשר מהגדלה בשיעור דומה של הסיכוי להיתפס⁵⁴. שלישית, כאשר מדובר בעונשי מאסר (להבדיל מקנס) התופעה המכונה "העדפת הווה" גורמת להפחתת ההשפעה של תקופות מאסר ארוכות. מכיוון שאנשים נוטים לפחת ממשקלם של אירועים עתידיים, האפקט ההרתעתי של שנת המאסר הראשונה גדול יותר מזה של שנת המאסר שאחריה וכן הלאה. הדבר נכון עוד יותר כאשר מדובר בעבריינים. ככלל, עבריינים הם אנשים אימפולסיביים יותר מהממוצע – דהיינו שיעור העדפת ההווה שלהם גדול יותר מהממוצע – ולכן

⁵² לתופעה של "שנאת הפסד" ראו בהרחבה D. Kahneman & A. Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk" 47 *Econometrica* (1979) 263. C. Jolls, C. R. Sunstein & R. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471, p. 1487. ראו גם להלן בפרק 6 בהערה 208.

⁵³ עוד על הנזקים הנגרמים לחשוד ולנאשם במהלך ההליך הפלילי ראו להלן בסעיף 3.1.

⁵⁴ ניסוי מעניין במיוחד באשר להשפעת העונשים הבלתי פורמליים על ההרתעה נערך במיניאפוליס בארצות-הברית. במשך שישה חודשים טופלו, בחלוקה אקראית, חשודים בעבירות אלימות כנגד בת זוגם בשלוש דרכים חלופיות: מעצר, אזהרה או הוצאת החשוד מן הבית. 250 מקרים טופלו במסגרת הניסוי, שנערך במשך חצי שנה, ותוצאותיו נבחנו במהלך חצי שנה נוספת. התברר כי מספר החשודים שנעצרו ודווחו שוב למשטרה על עבירה נוספת היה קטן ממספר הדיווחים החוזרים על חשודים שהוזהרו, וקטן בהרבה ממספר החשודים שדווח כי חזרו לסורם לאחר שהורחקו מן הבית. הניסוי מעניין במיוחד מכיוון שרובם המוחלט של העצורים (בני הקבוצה הראשונה) הוחזקו במעצר פחות משבוע. ראו Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 132-133. הדבר מלמד כי עצם העונש (ומבחינת העברייני שבוע מעצר הוא עונש לכל דבר), ואפילו הוא קל, מסייע להרתעה.

המשקל שהם נותנים לענישה עתידית קטן בהרבה מהמשקל שניתן לענישה מידית⁵⁵. רביעית, מחקרים פסיכולוגיים רבים מלמדים כי אנשים נוטים להפחית מחשיבותם של סיכונים שסיכוי התרחשותם נמוך ביותר, אף אם חומרת הנזק הצפוי מהם גדולה ולכן תוחלת הנזק של אותם סיכונים גדולה⁵⁶. תופעה זו של אופטימיות יתר משמעותית יותר ככל שהסיכוי להתממשות האירוע השלילי קטנה יותר. כיוון שברוב המכריע של העבירות הסיכוי להיענש קטן ביותר, יש חשש כי להגדלת חומרת העונשים תהיה השפעה מצומצמת יחסית על החלטות העבריינים הפוטנציאליים. מנגד, הגדלת שיעורי התפיסה צפויה להשפיע על ההרתעה יותר מאשר שיעור הגידול בהסתברות להיתפס, שכן ככל שהסיכוי להיתפס גדול יותר, כך קטן הפער בין הסיכוי להיתפס לבין הערכת הסיכוי על-ידי העבריין⁵⁷. במקרה כזה להגדלת הסיכוי להיתפס השלכה על רמת ההרתעה, הגדולה מהשפעתו על תוחלת העונש.

התאמת התיאוריה הכלכלית להתחשב בתופעות אלו מובילה למסקנה כי לסיכויים להיתפס ולהיענש צפויה להיות השפעה ברורה על רמת ההרתעה⁵⁸. ניתוח זה מסייע גם להצגת חלופה לדעה הגורסת שההרתעה כשלה. הספקות באשר למידת ההשפעה של חומרת העונש מלמדים, לכל היותר, כי הדגש של משטר המבקש לקדם את ההרתעה צריך להיות על הסיכוי להיענש ולא על חומרת העונש⁵⁹. ואכן, בנקודה זו כמעט כל המחקרים מצביעים על קשר ברור בין האכיפה לבין רמת הפשיעה. בנוסף למחקרים המתבססים על נתונים משטרתיים אזוריים, גם מחקרים שנערכו בהתבסס על סקרי נפגעי עבירות הגיעו למסקנה כי הגדלת הסיכוי להיתפס מקטינה את רמת הפשיעה. בנוסף, שורה של מחקרים שהתבססו על נתונים שאינם נתונים להטיות משמעותיות (כגון מחקרים על המתאם בין שיעור ההרשעות על עריקות לבין שיעור העריקים בארצות-הברית) לימדו כי לסיכויי התפיסה והענישה השפעה הרתעתית ברורה. העובדה שמחקרים רבים כל כך, המושתתים על בסיסי נתונים שונים בתכלית זה מזה, הגיעו לאותה מסקנה מחזקת את הטענה בדבר הצלחת ההרתעה, לפחות לעניין הקשר בין הסיכוי להיענש לבין ההרתעה⁶⁰.

מכאן, כאשר באים לבחון האם מערך חלופות להליכי משפט פלילי יכול לקדם את ההרתעה, אין די לבחון האם סך העונשים המוטלים על עבריינים גדול יותר לאחר אימוץ החלופות. בין שני מערכי ענישה המבטיחים תוחלת עונש דומה יש יתרון למערך דיוני המסייע לפזר את העונשים על יותר עבריינים. דהיינו, מערך ענישה שיבטיח כי תוחלת העונש המוטל על עבריינים גדולה יותר וכן כי מספר העבריינים הנענשים גדול יותר, יקדם טוב יותר את ההרתעה.

⁵⁵ ראו J.Q. Wilson & R.J. Herrnstein, *Crime and Human Nature* (New York, 1985), 50-56, 217 וכן Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל הערה 52, בעמ' 1539 המסבירים כי שיעור ההיוון של העבריינים אינו לינארי – כפי שניתן לצפות מהניתוח הכלכלי – אלא היפרבולי. דהיינו גדול מאוד לתקופה קרובה והולך וקטן ככל שמתייחסים לתקופה רחוקה יותר. הם ביססו מסקנתם, בין היתר, על מחקר שמצא כי עבריינים מתייחסים לעונש של 5 שנות מאסר כחמור פי שניים בלבד מעונש של שנת מאסר אחת, ואילו עונש של 10 שנות מאסר חמור פי שלושה מעונש של שנת מאסר אחת. היוון כלכלי רגיל (דהיינו שיעור היוון קבוע) אינו יכול להסביר תופעה זו. לתוצאות המחקר ראו W. Spelman, "The severity of Intermediate Sanctions" 32 *J. Res. Crime & Delinq.* (1995) 107, p. 113.

⁵⁶ ראו על כך אצל Jolls, Sunstein & Thaler, לעיל הערה 52, בעמ' 1524-1525.

⁵⁷ לניתוח פורמלי של תופעה זו ראו A. Tversky & D. Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decision" *Rational Choice the Contract Between Economics and Psychology* (R.M. Hogarth & M.W. Reder – ed., Chicago, Illinois, 1987) 67, p. 79.

⁵⁸ לניתוח כלכלי הכולל חלק מן התופעות שתוארו לעיל ראו M. Polinsky & S. Shavell, "On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence", 28 *J. Legal Stud.* (1999) 1.

⁵⁹ ראו, von Hirsch, Bottoms, Burnew & Wikström, לעיל הערה 37, בעמ' 48-49.

⁶⁰ ראו Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 145-147.

2.3.1.3. מניעה

מניעה, כמו הרתעה, היא גורם המכוון לצמצום הפשיעה בעתיד. עם זאת, בניגוד להרתעה, המניעה מכוונת לפעול ישירות על העבריין. ברוב המקרים הכוונה לכליאתו באופן המונע ממנו יכולת להפר את החוק – לפחות עד שחרורו (אם כי לעתים ייתכנו אמצעים אחרים כגון שלילת רישיון או היתר). שלושה תנאים צריכים להתקיים כדי שמאסר יוכל לסייע במניעת עבירות. ראשית, צריך להראות כי חלק מן העבריינים המורשעים חוזרים לבצע עבירות. שנית, יש להוכיח שמאסרו של עבריין אינו מביא להחלפתו המיידית על-ידי אחר המבצע את אותם עבירות במקומו. שלישית, יש להראות שהמאסר לא משמש כמכללה כה טובה לביצוע עבירות עד כדי שהגידול בעבריינות עקב המאסר יהיה משמעותי יותר מצמצום העבירות המושג באמצעותו.⁶¹

ככל שניתן להעריך, במקרים רבים אכן מתקיימים שלושת התנאים האמורים⁶². עם זאת, כדי ששיקול המניעה יוכל אכן לסייע בקביעת עונשי המאסר יש להשיג רמה מספקת של חיזוי מסוכנות של עבריינים. רבים סבורים שאמצעי חיזוי קליניים וסטטיסטיים הקיימים כיום אינם מספקים באופן המצדיק מתן משקל ממשי למניעה כגורם בקביעת העונש⁶³. לפיכך, ברוב המקרים הטלת עונש משיקולי מניעה אינה יעילה ופוגעת בתחושת הצדק. בכל מקרה, ברור כי רמת הרצידיביזם ומידת יכולת החיזוי הסטטיסטית של עבריינות שונה מסוג עבירה אחת למשנהו, ובין עבריינים שונים, וגם אם מניעה יכולה לשמש גורם בקביעת העונש, הדבר מוגבל לסוגים מסוימים של עבירות בלבד.⁶⁴

לפיכך, בבחינת הצלחת החלופות לאור שיקול המניעה יש לנקוט משנה זהירות ובמרבית המקרים יש להיזהר מייחוס משקל מוגזם לשיקול זה. בכל מקרה, הצלחת החלופות לקדם את המניעה הישירה תלויה ביכולתן להבטיח כי כאשר שלושת התנאים האמורים צפויים להתקיים, יוטלו באמצעות החלופות יותר עונשים מונעים, כגון מאסר או שלילת רישיון.

2.3.1.4. שיקום

מפתיע לגלות כי מטרתם המקורית של בתי הכליאה בארצות-הברית הייתה למעשה שיקומית. הקמת בתי הכלא בראשית המאה ה-19 הייתה למעשה ניסוי שאפתני ליצור מנגנון שיחנך אסירים באמצעות יצירת שיגרת יום נוקשה, משמעת קפדנית והפרדתם מהסביבה שהכשילה אותם.⁶⁵ בחלוף הזמן הועבר הדגש השיקומי לטיפול מעין רפואי בעבריין, מתוך תפיסת העבריינות כמעין מחלה הנגרמת על-ידי גורמים מולדים וסביבתיים. במקרים קלים ניתן היה להסתפק בטיפול במסגרת שירות המבחן – כמעין טיפול אמבולטורי, ובמקרים הקשים יותר היה צורך בטיפול בבתי הסוהר, בדומה לאישפוז⁶⁶. כיום, כמעט איש אינו גורס כי עצם השהות בכלא משקמת את

⁶¹ ראו שם, בעמ' 145-146.

⁶² ראו שם, בעמ' 146-147.

⁶³ ראו Robinson & Darley, לעיל הערה 49, בעמ' 464-468.

⁶⁴ ראו Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 145-158.

⁶⁵ ראו D. Rothman, *The Discovery of the Asylum* (Boston, MA., 1971), 79-109. ראו גם M. Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Alan Sheridan – trans., New York, 1977). שוהם ושבט, לעיל הערה 45, בעמ' 177-181.

⁶⁶ ראו שוהם ושבט, לעיל הערה 45, בעמ' 104-110.

העבריינין⁶⁷, אולם התפיסה השיקומית שלטה בכיפה במשך זמן רב נוסף, כשהדגש הועבר לטיפול בעבריינין, לאו דווקא בתוך תחומי בית הסוהר. החל מאמצע שנות ה-70 של המאה ה-20, בעקבות שורה של מחקרים שהראו את כשלונן הכמעט מוחלט של תוכניות השיקום השונות, דעך כוכבו של רעיון השיקום. הן באקדמיה והן בין העוסקים במלאכה התגבשה התפיסה לפיה כאשר מדובר בשיקום "דבר לא עובד"⁶⁸. בנוסף, התפיסה השיקומית, ככל שהיא עסקה בשיקום עבריינים במאסר, חייבה עונשי מאסר גמישים, והענקת יתר סמכויות לוועדות שחרורים כדי להתאים את העונש לאסיר – ולא רק לעבירה. ועדות השחרורים התקשו לגלות באמצעות ריאיון קצר עם האסיר האם הוא "שוקם". התוצאה הייתה פערי ענישה גדולים וחסרי הצדקה בין אסירים שביצעו עבירות דומות, שנוצרו עקב התרשמויות שונות, ולא בהכרח מבוססות, של ועדות השחרורים⁶⁹.

יש הטוענים כי בעבירות מסוימות, כגון עבירות על רקע שימוש בסמים⁷⁰, שיקום הוא האמצעי היעיל ביותר להקטנת העבריינות; אחרים מדגישים את חשיבותו של השיקום בעיקר בעבריינות נוער; אולם, ככלל מעטים מאמינים כי העונש הפלילי בכלל, ועונש המאסר בפרט הוא הכלי האפקטיבי לחנך אנשים. נראה כי במידה מסוימת, בעקבות כישלון התפיסה השיקומית כלפי אסירים, הועבר הדגש השיקומי מטיפול ייחודי באסיר, לטיפול סוציאלי בסכסוך, פעמים רבות בהשתתפות הקורבן וחברים מהקהילה של העבריינין. גישה זו משתלבת בנטייה הכללית להעביר חלק הולך וגדל של סכסוכים משפטיים לטיפול במסגרות אלטרנטיביות⁷¹.

משנחלשה האמונה בעונש כפוי כאמצעי לשיקום העבריינין, נותרה אך האפשרות כי ניתן יהיה לשקמו אם ההליך יעשה תוך שיתוף פעולה מצדו. במילים אחרות, נכונותו להבין את בעייתו ולהשתתף בהליך השיקום היא כמעט תנאי בלתו אין להצלחת ההליך, יהא זה טיפול גמילה, גישור קורבן-עבריינין או שיקום במסגרת תעסוקתית. גם מבחינה חוקית, הפניית העבריינין להליך טיפולי או קהילתי מחייבת ברוב המקרים את השגת הסכמתו. לפיכך, הצלחת החלופות בקידום שיקום עבריינים תלויה במידה רבה ביכולתן להגדיל את שיעור המקרים שבהם משתף העבריינין פעולה עם הרשויות או עם הקהילה בעת ריצוי העונש.

ארבעת השיקולים שצוינו לעיל בוודאי אינם בגדר רשימה ממצה. אף כי אלו השיקולים המרכזיים שהוזכרו בספרות, ניתן בהחלט לחשוב גם על שיקולים אחרים בקביעת העונש, ובהמשך אזכיר אחדים מהם. עם זאת, לצרכינו די ברשימה זו כדי לבחון את האינטראקציה בין השיקולים השונים לבין מטרות הענישה. נעבור, אם כן, לבחינת רובד זה.

2.3.2. מטרות הענישה

שיקולי הענישה מסייעים לקבוע מהו העונש אותו יש להטיל בכל מקרה ומקרה. תיאוריות באשר למטרות הענישה נועדו לסייע להכריע אילו שיקולי ענישה ראוי להביא בחשבון, ומהו משקלם של

⁶⁷ ראו Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 163.

⁶⁸ שם, שם.

⁶⁹ שם, בעמ' 163-164.

⁷⁰ ראו M. Tonrey, *Malign Neglect - Race Crime and punishment in America* (New York, 1995), 201-203.

⁷¹ בהמשך יידונו דרכי טיפול אלו ככל שהן נוגעות לנושא עבודה זו.

השיקולים השונים. ההכרעה בדבר מטרת הענישה כרוכה בשאלה מהו הייעוד הסופי לשמו קיים מערך ענישה, דהיינו מהו הדבר בעל ערך חיובי אינטרינזי (פנימי), אותו מיועדת הענישה להשיג. שתי קבוצות של תיאוריות עומדות מזה שנים במרכז הויכוח על מטרות הענישה. הקבוצה הראשונה, קבוצת התיאוריות התוצאתניות, על-פיה ערכה המוסרי של פעולה, ובכלל זה של הענישה, צריך שייקבע רק על-פי תוצאותיה. השאלה לפי תיאוריה זו היא מהו מצב הדברים שייווצר בעקבות הפעולה והאם הוא טוב יותר או טוב פחות ממצב דברים שייווצר בעקבות פעולה אלטרנטיבית. הקבוצה השנייה, התיאוריה הגמולית, היא תיאוריה דאונטולוגית הגורסת כי בלא קשר לתוצאות הענישה יש חובה מוסרית להטיל על עבריון עונש ההולם את חומרת העבירה שאותה הוא ביצע. לפי תיאוריה זו, החובה להטיל על עבריון עונש התואם את עקרון הגמול הינה אילוץ בו יש לעמוד, בלא קשר לתוצאת הטלת העונש. שיקולים תוצאתניים יכולים להילקח בחשבון רק במסגרת אילוץ זה, אם בכלל⁷².

2.3.2.1 גישה תוצאתנית

בקוויים כלליים ניתן לומר כי לפי תורת המוסר התועלתנית, המטרה שאליה יש לשאוף בכל מעשה היא מיקסום התועלת, דהיינו מיקסום ההנאה ומזעור הסבל של הפרטים בחברה⁷³. על רקע זה, מטרת הענישה, ככל מוסד חברתי אחר צריכה להיות הגדלת התועלת המיצרפית ככל הניתן⁷⁴. העבריינות גורמת לנזקים ומקטינה את התועלת המיצרפית ולכן יש לצמצמה. תפקידה של הענישה הוא לסייע בצמצום העבריינות במידה הנדרשת כדי למקסם את הרווחה החברתית. לפיכך, גרימת סבל לנאשם, כשלעצמה, אינה יכולה להיות דבר טוב מבחינה מוסרית. היא מוצדקת רק כאמצעי להקטנת העבריינות בעתיד והסבל הנגרם ממנה.

תועלתנות היא רק דוגמא אחת לגישה תוצאתנית לענישה. ישנן מספר גישות תוצאתניות אחרות. יש הטוענים, למשל, כי מטרת הענישה אינה מיקסום התועלת אלא צמצום העבריינות⁷⁵. אחרים סבורים כי המטרה היא מיקסום החירות, במובנה ההוליסטי, כחלק מתפיסה רפובליקנית של חירות במסגרת חברתית⁷⁶. עם זאת, מבחינות רבות, כאשר המטרה הינה צמצום העבריינות, המדיניות תהיה דומה לזו שתיקבע כשהמטרה היא מיקסום התועלת. זאת, מכיוון שהענישה מסייעת למיקסום התועלת באמצעות הפחתת העבריינות והנזקים שהיא גורמת. לפיכך, מדיניות ענישה תועלתנית תפעל לצמצום העבריינות, בדומה למדיניות ענישה שמטרתה הישירה היא צמצום עבריינות.

אין משמעות הדבר כי לא ייתכנו הבדלים הנגזרים מהשוני במטרות. כך, למשל, כאשר המטרה היא מזעור העבריינות ניתן לטעון כי הסבל שנגרם לעבריון עקב הענשתו אינו צריך להישקל

⁷² עם זאת, כפי שנראה להלן, אין מניעה לאמץ גם גישה גמולנית תוצאתנית, דהיינו גישה על-פיה מערך הענישה נועד לקדם ככל האפשר הטלת עונשים הולמים על הנאשם ולהבטיח כי לא יוטלו עונשים על החפים. ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 102.

⁷³ אף כי הגדרה זו אינה מכסה את כל הגישות התועלתניות, די בה למטרת דיונונו.

⁷⁴ ראו Bentham, *The Principles of Moral and Legislation*, לעיל הערה 39, בעמ' 2.

⁷⁵ ראו N. Walker, "Reductivism and Deterrence", *A Reader on Punishment* (Antony Duff, & David Garland – eds., Oxford, 1994) 210.

⁷⁶ ראו, למשל, Braithwaite & Pettit, לעיל הערה 21, בעמ' 45-53. לסקירת התיאוריה של Braithwaite & Pettit ולביקורת עליה ראו Matravets, לעיל הערה 33, בעמ' 23-29.

בקביעת העונש. בדומה, שיקולי משאבים ועלות הינם שיקולים פנימיים (אנדוגנים) כאשר המטרה היא מיקסום התועלת, אולם הם מהווים אילוץ חיצוני (אקסוגני) כשהמטרה היא מזעור הפשיעה. עם זאת, לצרכי עבודה זו אין להבדלים אלו חשיבות ועל-כן האמור להלן באשר למדיניות ענישה שמטרתה למקסם תועלת נכון בעיקרו גם לגישות תוצאתניות אחרות הרואות בענישה כלי לצמצום עבריינות.

ככלל, מקובל להניח כי כאשר מטרת הענישה היא תועלתנית, מבין ארבעת הגורמים שצוינו לעיל, שלושת הגורמים אותם יש לשקול בעת הטלת עונש הינם הרתעה, מניעה ושיקום. בנתהם, אבי תורת המוסר התועלתנית המודרנית, ציין שלושה גורמים אלו מפורשות⁷⁷. אין פירושו של דבר שתועלתן חייב להסכים כי כל שלושת הגורמים האמורים אכן רלבנטיים. רבים מהתומכים בקביעת מדיניות ענישה על יסודות תועלתניים סבורים שהשיקום נכשל ואחרים עשויים לטעון טענות דומות כנגד הרתעה או מניעה. במקרה זה, על בסיס תועלתני הם יציעו לשקול בעת קביעת העונש רק חלק מהשיקולים המסווגים בדרך כלל כתועלתניים. אולם מקובל לחשוב כי תועלתן חייב להראות כי לפחות אחד משלושת הגורמים הללו – מניעה, הרתעה או שיקום – יכול לסייע בהפחתת הפשיעה, וכי הלימה אינה שיקול רלבנטי לתיאוריה תועלתנית.

מטעם זה, חלק ניכר מהביקורות המופנות כנגד תיאוריות המושתתות על יסודות תועלתניים מופנה לתקיפת יכולתה של הענישה להבטיח מניעה, הרתעה או שיקום, מתוך הנחה ששליטת גורמים אלו שוללת את ההצדקה התועלתנית לענישה⁷⁸. אולם, טענות אלו, ככל שכוונתם לתקוף את התיאוריה התועלתנית לענישה, מחמיצות את מטרתן. הטענה כי קביעת עונש לפי שיקולי הרתעה, מניעה או שיקום אינה מסייעת בצמצום הפשיעה, מצדיקה, מנקודת מבטו של תועלתן, חיפוש אחר גורמים אחרים שיסייעו להקטנת הפשיעה ולמיקסום התועלת. אין בטענות כדי לפגוע בעצם ההסתמכות על יסודות תועלתניים בבחירת גורמי הענישה אלא רק כדי לתקוף את הגורמים שנבחרו על-ידי תומכי הגישה התועלתנית בעבר.

ואכן, בשנים האחרונות התפתחו תיאוריות המכירות בכך שמטרת הענישה היא מיקסום התועלת אך אינן מתבססות על הרתעה, שיקום או מניעה ברובד הגורמים. כך, למשל, ישנם הטוענים כי כדי למזער את העבריינות יש לאמץ מדיניות ענישה שתעמיק את האמון של אנשים בחובה לציית לחוק⁷⁹. לפי גישות אלו, הסיבה העיקרית שאנשים מצייתים לחוק אינה ההרתעה מהעונש הפורמלי אלא החשש שהחברה סביבם תסתייג ממעשיהם ומכיוון שהם רואים עצמם אנשים מוסריים. לפיכך, מערך האכיפה והענישה צריך לפעול לחיזוק התחושות בקרב האנשים כי העבירה אינה מוסרית וכי החברה מסתייגת מהעבריין.

⁷⁷ ראו Bentham, לעיל הערה 39, בעמ' 322-324 (הרתעה), ובעמ' 338 (שיקום ומניעה).

⁷⁸ ראו, למשל, Braithwaite & Pettit, לעיל הערה 21, בעמ' 5-2. אין כמובן הכוונה לטעון כי זה מקור הביקורת היחיד, או אפילו העיקרי כנגד התועלתנות. למעשה רוב המבקרים את התועלתנות טוענים בעיקר כנגד הבסיס האידיאולוגי שבהצבת התועלת כהצדקה יחידה לפגיעה כה חריפה בחירויות האדם על-ידי המדינה כפי שנעשה כאשר המדינה מענישה. ראו, למשל, J.G. Murphy, "Marxism and Retribution" 2 *Philosophy and Public Affairs* (1973) 217. Reprinted in *A Reader on Punishment* (Antony Duff, & David Garland – eds., Oxford, 1994) 44. עם זאת, אין בכוונתי להרחיב בדיון בטענות ובטענות הנגד של הגישות השונות, אלא ככל שהדבר יהיה דרוש לניתוח בהמשך עבודה זו.

⁷⁹ ראו T.R. Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven, Conn., 1990).

רובינסון ודרלי סבורים כי המסקנה המתבקשת מעמדה זו היא כי הגורם היחיד שצריך להישקל הינו ההלימה. במאמרם *The Utility of Desert*⁸⁰ הם טוענים כי הצבת ההלימה כשיקול היחיד של הענישה תסייע להשרשת התפיסות של המשפט הפלילי בקהילה ולחיזוק כוחו המוסרי. לפיכך, בהשתיתם את הצעתם על יסודות תועלתניים טהורים הם מציעים להתחשב רק בהלימה בעת קביעת העונש.

אחרים מדגישים את העונש ככלי להעברת מסר של גינוי. גישה זו כשלעצמה מקובלת גם על רבים אשר אינם סבורים כי מטרת הענישה הינה הפחתת הפשיעה. אלו רואים בשימוש בעונש להעברת מסר כחלק מההצדקות לגישה גמולית לענישה⁸¹. אולם מבין הגישות התוצאתניות, יש הסבורים כי העונש מסייע להעברת מסר של גינוי חברתי, ומסר זה, עם קליטתו, מסייע לצמצום הפשיעה⁸².

דן כהאן טוען גם הוא, כהנחת מוצא, כי ההשפעה הסביבתית היא הגורם המרכזי המשפיע על רמת הפשיעה⁸³. אנשים מנסים לפעול בהתאם לסטנדרטים הנהוגים בחברה שאליה הם משתייכים, והם גוזרים את הערכותיהם באשר לסטנדרטים אלו מהאופן בו החברה, באמצעות הרשויות, מתייחסת להפרות החוק, ומהאופן בו הם תופסים את מידת הציות של סביבתם לחוק. הוא הדגים את הטענה באמצעות ניסוי שנערך באוניברסיטת סטנפורד. באותו מקרה השאיר הפסיכולוג פיליפ זימברטו מכונית עם מכסה פתוח בקמפוס, ובמשך למעלה משבוע איש לא נגע במכונית. אז ניפץ זימברטו את אחת משמשות המכונית בפטיש. בשלב זה עוברים ושבים הצטרפו באופן ספונטני להרס וכעבור זמן הפשיטו את המכונית מכל דברי הערך המחוברים אליה. המונח שנתבע בעקבות ניסוי זה, "אפקט החלון השבור", מתאר כיצד אווירה של חוסר ציות יוצרת בעצמה אי ציות.

המסקנה המתבקשת מתיאורית החלון השבור היא כי על שלטונות האכיפה לפעול כנגד אווירה של אי ציות. זאת ניתן לעשות באמצעות מדיניות של אכיפה נוקשה כנגד פעילויות גלויות היוצרות אווירה של חוסר ציות, כגון כנופיות המטרידות אנשים בפומבי, פגיעה בסדר ציבורי וכיוצא באלה. מדיניות נוקשה כנגד עבירות קלות המתבצעות בפומבי תשנה את האווירה הציבורית סביב העבריינות. לביסוס הטענה מובאת הדוגמא של מדיניות השיטור בעיר ניו יורק. החל משנת 1993 משטרת ניו יורק התרכזה במיגור עבירות של סדר ציבורי, כגון ונדליזם, קיבוץ נדבות אגרסיבי וזנות. התוצאה הייתה כי שיעור מקרי הרצח בין השנים 1993-1997 ירד בכ-40%, שיעור מעשי השוד בכ-30% ושיעור הפריצות בכ-25%. הירידה בשיעורי הפשיעה בניו יורק הייתה גדולה בלמעלה מכפליים מהירידה בשיעורי הפשיעה בכלל ארצות-הברית באותה תקופה. לכאורה, לא צפוי היה להיות קשר בין עבירות סדר ציבורי לבין העבירות החמורות. אולם, לטענת כהאן, החזרת תחושת הסדר לרחובות מנעה את "אפקט החלון השבור" ויצרה אווירה חדשה שהביאה לצמצום העבריינות. מתיאוריה זו גוזר כהאן שורה של מסקנות אופרטיביות, בין השאר, באשר

⁸⁰ לעיל הערה 49, וראו שם ביקורתי באשר להנחת המוצא של רובינסון ודרלי לפיה ההרתעה מהעונש הפורמלי לא יכולה לספק בסיס להפחתת הענישה.

⁸¹ ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 90.

⁸² ראו Braithwaite & Pettit, לעיל הערה 21, בעמ' 160. לדיון בהשפעה של גורי-דין על התפיסה של אנשים באשר לחומרת העבירה ראו N. Walker & N. Padfield, *Sentencing - Theory, Law and Practice* (London, 1996), 103-107.

⁸³ ראו D.F. Kahan, "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", 95 *Mich. L. Rev.* (1997), 2477.

למדיניות הענישה. כך, למשל, עונשי קנס, אפילו כבדים, אינם חלופיים למאסר שכן הם לא משדרים לסביבה את הגיוני המוסרי הדרוש. כמו כן, עונשים חמורים אינם תחליף לשיעורי הרשעה גבוהים שכן הקטנת שיעורי ההרשעה אשר תביא לריבוי העבריינים שלא נענשים תיצור השפעה חברתית שלילית שהעבריינות משתלמת. יתרה מזאת, עונשים חמורים עלולים להתפרש בקרב חברי הקהילות העניות, אשר צפויים להיות הנפגעים העיקריים מהמדיניות, כהתמקדות של החברה העשירה כנגדם ולכן לחזק בקרבן תפיסות השוללות את הלגיטימיות המוסרית של רשויות האכיפה ובדרך זו לפגוע באווירת הציות.

אין הכוונה במסגרת זו לפרט את כל ההשלכות הנובעות מתיאורית החלון השבור על הענישה, מה גם שהתיאוריה של כהאן אינה מוסכמת על הכול⁸⁴. העיקר לענייננו הוא להבחין כי תיאוריות שמטרותיהן צמצום הפשיעה או מיקסום התועלת יכולות להגיע למסקנות שונות בתכלית זו מזו באשר לגורמים הרלבנטיים לקביעת העונש.

2.3.2.2 גישה גמולית

הטוענים כי מטרת העונש צריכה להיות גמול סבורים כי בלא קשר לתוצאות, עבירה מצדיקה עונש. גישה זו אינה תוקפת את השימוש במניעה או בהרתעה בטענה כי הענישה לא יכולה להשיג תוצאות אלו. התומכים בגמול כמטרת הענישה טוענים כי אין צורך בהצדקת העונש בהתבסס על התוצאות העקיפות של הטלתו והשפעתם על רמת הפשיעה. לעצם גרימת הסבל למי שפגע בערכי החברה יש ערך מוסרי חיובי. כפי שהסביר ג'והן רולס לפי התפיסה הגמולית:

"The state of affair where a wrongdoer suffers punishment is morally better than the state of affairs where he does not"⁸⁵.

זאת ועוד, כנגד התפיסות התוצאתניות בכלל, והתפיסות התועלתניות בפרט, נטען כי התערבות כה קשה של המדינה בחירותו ובכבודו של אדם, רק כאמצעי לקדם מטרה כלשהי, אינה מוסרית. רק התיאוריה הגמולית יכולה לבסס צדוק מוסרי לכוחה של המדינה להעניש.

לעומת תיאוריות תועלתניות, תיאוריות המושתתות בלעדית על יסודות של צדק גמולי (Retributive Justice) הרבה פחות אמביוולנטיות באשר לשיקולי הענישה⁸⁶. כאשר הגמול הוא המטרה המנחה היחידה בקביעת העונש, השיקול המכריע להטלת העונש הוא ההלימה. לפי גישה

⁸⁴ הרקורט במאמר נגדי טען כי המדיניות של משטרת ניו יורק הביאה להקטנת הפשיעה מסיבות אחרות לגמרי. לדעתו, ריבוי המעצרים והחיפושים בשל בעבירות קלות סייעה למשטרה לחשוף עבירות חמורות יותר שבוצעו על-ידי אותם עבריינים. במאמרו מציין הרקורט שורה של הסברים נוספים להקטנת הפשיעה בניו יורק באותם שנים. ראו B.E. Harcourt, "Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Window Theory, and Order Maintenance Policing, New York Style", 97 *Mich. L. Rev.* (1998) 291. לתיאורית החלון השבור ראו גם Wilson, לעיל הערה 42, בעמ' 75-89.

⁸⁵ ראו Rawls, לעיל הערה 26, בעמ' 5.

⁸⁶ בשלב זה אני מתייחס לגישה הגמולית הטהורה, על-פיה הגמול הוא המטרה היחידה של הענישה. רוב הרואים בגמול כמטרה, סבורים כי בנוסף לגמול יש במדיניות הענישה מקום גם למטרות אחרות. תיאוריות מעורבות אלו יידונו בהמשך.

זו, כל גורם אחר, למעט הלימה, מזהם את שיקולי הענישה. הטלת עונש קל מההולם או כבד ממנו בשל שיקול תועלתני או כל שיקול אחר, פסולה בתכלית⁸⁷.

מהי ההצדקה המוסרית להטלת עונש לפי התיאוריה הגמולית? כיצד מצדיקים תומכיה של תיאוריה זו התערבות כה חריפה של המדינה בחירותו של הפרט – כפי שנעשה כשמוטל עונש? יש הפונים לאינטואיציה, וטוענים כי כאשר אנשים שונים נתקלים בסיפורים על עבירות הם מגיבים כי לעברייך מגיע עונש. כך, אם נציג לאנשים סיפור על רצח או אונס, הרוב המוחלט יחוש כי נכון להטיל על העברייך עונש. על-פי גישה זו, עלינו לסמוך על התחושות המנחות אותנו לסבור כי אם אנחנו היינו מבצעים עבירה כזו היינו כה אשמים עד כי היה ראוי להטיל עלינו עונש כבד⁸⁸.

אחרים מחפשים להסביר אינטואיציה זו על בסיס עקרון כללי יותר. כך, יש הגוזרים את ההצדקה לגמול מעקרון ההגינות. החוק הפלילי מספק הגנה לכול, בדרישתו מכל אדם להימנע מפעולות פוגעות מסוימות. בקבלת הדרישה האדם מיטיב עם אחרים, אך במקביל גם נהנה מהעובדה שאחרים מציינים גם הם לחוק. לעומת זאת, אדם המפר את החוק ופוגע באחרים מזכה עצמו ביתרון בלתי הוגן על פני שומרי החוק. העונש, לפי גישה זו, נועד לבטל את היתרון הבלתי הוגן האמור⁸⁹.

אחרים טוענים כי העונש הוא האמצעי של החברה להעביר מסר של גינוי למעשה. העונש, להבדיל מחיוב אחר, מורכב מאמצעי פסי (הגבלת חירות, שלילת רכוש או כסף) וגיוני. החלק הפיסי של העונש נועד לסייע להעברת המסר של גינוי המעשה⁹⁰. הגיוני נדרש כחלק מהתפיסה המוסרית המכירה באחריותו של אדם למעשיו. הוא מופנה לקורבן ומאשר לו כי הוא נפגע בשל אשם של אחר. הוא גם מופנה לעברייך ומעביר לו את המסר כי הוא אשם, וכי מצפים ממנו להכיר באשמתו

⁸⁷ פעמים רבות מצוטט קנט כבסיס לטיעון הגמולי בדברים אלו, "Judicial punishment can never be used merely as a means to promote some other good for the criminal himself or for civil society, but instead it must be imposed on him only on the ground that he has committed a crime and; for a human being can never be manipulated merely as a means to the purpose of someone else and can never be included among object of the law of things [Sachenrecht]... He must be first be found to be deserving of punishment before any consideration is given to the utility of this punishment for himself or his fellow citizens. The law concerning punishment is a categorical imperative, and woe to him rummages around in the winding paths of the theory of happiness looking for some advantage to be gained by releasing the criminal from punishment or by reducing the amount of it - in keeping with pharisaic motto, 'It is better that one man should die than that the whole people should perish.' If legal justice perishes, then it is no longer worthwhile for human to remain alive on this earth... Only the law of retribution [ios talionin] can determine exactly the kind and degree of punishment". I. Kant, *Metaphysical elements of justice: part I of The metaphysics of morals* (John Ladd – trans., Indianapolis, Indiana, 1999 - originally 1797), 138 השאלה האם אכן יש לפרש את עמדתו של קנט כאוסרת כל התחשבות בשיקולים תוצאתניים בענישה נתונה במחלוקת. יש הסבורים כי הציווי המוחלט האוסר להשתמש באנשים רק ככלים להשגת מטרה, אינו מונע להטיל עונש גם כדי לסייע בצמצום הפשיעה. ראו Andrew von Hirsch, "Proportionality in the Philosophy of Punishment: reasons other than that he deserves to be punished, retributive justice is not achieved" 28 בעמ' 570-571, *Isr. L. Rev.* (1992) 549, pp. 570-571. From "Why Punish?" to "How Much" 25 Walker, ראו גם Moore, לעיל הערה 1, הסבור כי השיקול המוסרי היחיד בענישה הוא גמולי, ועצם הכוונה להשיג גם תוצאות תועלתניות או מניעתיות, אף אם היא אינה מביאה לסטייה מענישה גמולית, אינה מוסרית. בלשונו "[there] is a tension that exist between crime-prevention and retributive goals. This tension is due to retributism's inability to share the stage with any other punishment goal. To achieve retributive justice, the punishment must be inflicted because the offender did the offence. To the extent that someone is punished for reasons other than that he deserves to be punished, retributive justice is not achieved" 28 בעמ' 104-152.

⁸⁸ ראו Moore, לעיל הערה 1, בעמ' 104-152.

⁸⁹ ראו, למשל, Murphy, לעיל הערה 41. לביקורת על גישה זו ראו A. von Hirsch, "Censure and Proportionality", *Reader on Punishment* (Antony Duff & David Garland – ed., Oxford, 1994) 115, pp. 116-118 מהתומכים בגישה זו, ובכלל זה מרפי עצמו, שינו עמדתם בסוגיה ראו von Hirsch, שם, בעמ' 116.

⁹⁰ ראו R. Nozick *Philosophical Explanations* (Oxford, 1981), 370-374 וכן A. Duff & D. Garland, *Punishment* (Oxford, 1994), 13-14, ראו גם von Hirsch, לעיל הערה 89, בעמ' 118-121.

ולהפגין נכונות ליתר ריסון עצמי. הימנעות העברייני מלהגיב בדרך זו אינה מוסרית ומצדיקה כשלעצמה גינוי⁹¹.

הרואים בגמול הצדקה לענישה טוענים כי תיאוריה זו, המובילה לשימוש בהלימה כגורם יחיד בקביעת העונש, היא היחידה המבטיחה הקפדה על עקרון השוויון⁹². הטענה היא כי מקום בו שיקולים תועלתניים או תוצאתניים אחרים יישקלו, יגרום הדבר להטלת עונשים שונים על עבריינים שביצעו עבירות שחומרתן דומה⁹³. כיוון שהשוויון הוא מרכיב מרכזי בתפיסת הצדק, בחירת תיאורית ענישה שונה תוביל לחוסר צדק⁹⁴. רק התפיסה שכל עברייני חייב לשאת בעונש המגיע לו על-פי העבירה שביצע, כנדרש מהתפיסה הגמולית, משתלבת היטב עם ענישה שוויונית בין עבריינים שביצעו עבירות דומות.

כמובן שההצדקות לעיל הינן רק דוגמאות להצדקות המוכרות והבולטות יותר שהובאו לתמיכה בתפיסה הגמולית⁹⁵. יש הטוענים כי חלק מההצדקות הניתנות לעקרון הגמול הופכות את הגישה הגמולית לסוג נוסף של תפיסה תוצאתנית. אם הטלת עונש הולם מוצדקת כאמצעי להעברת מסר של גינוי או להחזרת מאזן שהופר בשל יתרון בלתי הוגן בו זכה העברייני – הרי שהעונש צריך להיבחן לפי יכולתו להשיג את המטרה של העברת המסר או השבת האיזון, כמו בכל תפיסה תוצאתנית. מרגע שהתומכים בגמול כהצדקה לענישה מסבירים את עמדתם בתוצאה כלשהי שתושג עקב ביסוס הענישה על גמול, יש להם קושי להפריד עצמם מהגישות התוצאתניות אותן הם מבקרים בחריפות כה רבה⁹⁶. כדי להבדיל עצמם מגישה תוצאתנית טוענים התומכים בהסברים אלו כי אין מדובר במטרות. כך, לפי גישה אחת, בעצם העברת הגינוי באמצעות הטלת העונש יש משום טוב הפנימי למעשה – גם אם המסר לא נקלט⁹⁷. בדומה, נטען כי החזרת האיזון בגין ההפרה של העברייני אינה מטרה של הענישה שכן היא אינה טוב אפשרי שיושג באמצעות העונש אלא היא מושגת מעצם הטלת העונש⁹⁸.

⁹¹ ראו von Hirsch, לעיל הערה 89, בעמ' 119.

⁹² קנט הדגיש את חשיבות השוויון במדיניות הענישה באומר: "What kind and degree of punishment does public legal justice adopt as its principle and standard? None other than the principle of equality (illustrated by the pointer of the scales of justice), that is, the principle of not treating one side more favorably than the other" Kant, לעיל הערה 87.

⁹³ הביטוי "חומרת העבירה" בהקשר זה מתייחס למאפיין האמור לקבוע מהו העונש ההולם. כאמור לעיל בהחלט תיתכנה תפיסות של צדק גמולי שיכללו במסגרת "חומרת העבירה" גם מאפיינים אישיים של העברייני או מאפיינים אחרים המשפיעים על רמת האחריות הפלילית שלו שיבטיחו שהעונש יהיה "הולם".

⁹⁴ אף שאין בכוונתי להתמודד כאן עם ההצדקות השונות לתפיסה הגמולית, יאמר כי יש המבקרים את הטענה כי הגישה הגמולית היא היחידה היכולה לקדם את השוויון. ראשית, הטענה מניחה כי רק הגישה הגמולית מובילה לשימוש בשיקול ההלימה כשיקול בלעדי, אולם כפי שהראינו לעיל, ישנם גם התומכים שמסתמכים על הלימה כשיקול ענישה בלעדי מטעמים תועלתניים. ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 80. שנית, כדי לבסס טענה כי תיאוריות שאינן גמוליות מביאות לתוצאה בלתי שוויונית יש לקבוע ראשית לכל מהם המאפיינים הרלבנטיים להבחנה. הטוענים כי השוויון יושג רק על-ידי גישה גמולית מניחים כי המאפיין הרלבנטי היחיד הוא חומרת המעשה, ולא, למשל, ההשפעה הצפויה של העונש על צמצום העבריינות. גישה תועלתנית לענישה יכולה להיבנות באופן שוויוני אם תהיה הקפדה שיוטלו עונשים שווים במקרים שהתועלת מהטלת העונש שווה. ראו דיון נרחב בסוגיות אלו אצל קנאי, לעיל הערה 29, בעמ' 84-85. לעניין השוויון בענישה ראו גם להלן בסעיף 5.2.3. מנגד, ניתן לטעון כי הסתמכות על שיקולי הרתעה פוגעת בשוויון שכן מדובר בשיקול שאינו תלוי בבחירותיו של העברייני. דהיינו, עקרון השוויון, לפי גישה זו, מחייב כי המאפיינים המבחינים בין אנשים יהיו מאפיינים הנתונים לשליטתם (לענייננו חומרת העבירה) ולא מאפיינים הנתונים למזל (כגון מידת הפירסום של המקרה העשויה להשפיע על ההרתעה).

⁹⁵ להצדקות שונות לגישה הגמולית ראו Duff & Garland, לעיל הערה 90, בעמ' 13-16.

⁹⁶ ראו Braithwaite & Pettit, לעיל הערה 21, בעמ' 48.

⁹⁷ לטענה ולביקורת עליה ראו M. Tebbit, *Philosophy of Law* (New York, 2000), 176-177.

⁹⁸ ראו Duff & Garland, לעיל הערה 90, בעמ' 13.

מהן ההשלכות של התפיסה הגמולית על מדיניות רשויות האכיפה בכלל ועל החלופות בפרט? האם יש לגישה זו עמדה באשר להחלטות המתקבלות קודם להרשעה ולקשרי הגומלין בין ההחלטות בדבר העונש לבין יתר מטרות ההליך הפלילי? או שמא גישה זו תומכת בהפרדה מוחלטת בין שיקולי הענישה לבין שיקולי מדיניות אחרים – ומכתיבה רק איזה עונש יש להטיל על מי שהורשע?

קחו, לדוגמא, מצב בו רשויות האכיפה צריכות לבחור בין הטלת עונש הולם על עבריין אחד ושחרור בלא משפט של ארבעה אחרים, לבין פשרה שתאפשר הרשעתם של כל החמישה, אך העונש שיוטל עליהם יהיה קל מעט מהעונש המתחייב מעקרון ההלימה. דילמה דומה מתעוררת פעמים רבות, כפי שאראה בהמשך, בהחלטות בעניין הסדרי טיעון ובהחלטות על חלופות אחרות. האם מתוך הגישה הגמולית ניתן לגזור כללי מדיניות שיסייעו להכריע בבעיות מעין אלו?

נראה כי לתיאוריה הגמולית יש אך תשובה אחת לבעיה זו – עלינו לפעול להרשעת כל החמישה והענשתם בעונש הולם⁹⁹. זוהי לפחות התוצאה אם האילוץ הגמולי מחייב שכל עבריין יענש כגמולו. הבעיה היא שפעמים רבות תוצאה זו אינה אפשרית. השאלה היא כיצד מתמודדת התיאוריה הגמולית עם הצורך להתפשר, והאם ניתן למצוא בה קווים מנחים לקבלת החלטות כאשר יש צורך להתפשר על עקרון הגמול המוחלט¹⁰⁰.

אפשרות אחת היא להשיב בשלילה. תורת הגמול קובעת עמדה מוסרית באשר למצב הראוי, ועל-פיה יש להעניש כל עבריין בעונש הולם. היא כלל לא מתיימרת לספק תשובות פרקטיות שיאפשרו התמודדות עם קשיים יום-יומיים ביישומה. לפעמים, אמנם, אין מוצא אלא לאמץ מדיניות שאינה תואמת את האילוץ הגמולי. במקרים אלו – התיאוריה הגמולית אינה נותנת מענה לדילמה. הדיון הפילוסופי בחובה להטיל עונש על-פי עקרון ההלימה בלבד, עוסק רק בשאלה התיאורטית באשר לכללים לפיהם יש להטיל עונש בהנחה שכל עבריין ייתפס, יורשע ויענש. הוא מציג אלטרנטיבה לתיאוריות התוצאתניות שיבקשו לבסס את שיקולי הענישה במצב דומה על מטרות אחרות. הוא אינו מנסה להציג תשובה לכל בעיה פרקטית בניסיון ליישמו.

ספק רב אם זו גישתם של הגמולנים. קריאת הספרות הרבה בתחום מותירה מעט מקום לספק כי לדעתם מדובר בתיאוריה אותה יש חובה מוסרית ליישם ולא אך בשאלה תיאורטית חסרת משמעות פרקטית. העובדה שבפועל ישנם קשיים המונעים יישום מלא של הגישה הגמולית אינה שוללת את החובה לראות בגמול כעיקרון מכוון, אף כאשר לא ניתן לעמוד בדרישותיו במלואן.

⁹⁹ ראו W.R. LaFave, J.H. Israel, & H.J. King, *Criminal Procedure* (v. 4, 2nd ed., Criminal Practice Series, St. Paul, Minn., 1999), § 1.4(a).

¹⁰⁰ מעניין לציין עד כמה מצומצמת ההתייחסות לשאלות פרקטיות המחייבות מענה על-פי הגישה הגמולית, למרות אינספור המאמרים והספרים שנכתבו על תפיסת עולם זה. רק לאחרונה החל להתפתח דיון בשאלה כיצד לקבוע בפועל את סולמות הענישה ההולמים. ראו von Hirsch, לעיל הערה 87, אולם שאלות מרכזיות אחרות באשר להשפעת התפיסה הגמולית על מדיניות רשויות האכיפה לא נדונו כמעט בכלל. חריג אחד ניתן למצוא במאמרו של M. Tonrey, "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishment" *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice* (Antony Duff, Sandra Marshal, Rebecca Emerson Dobash & Russell P. Dobash – ed., Manchester, 1994) 59. מאמר זה בוחן את השלכות תיאוריות של ענישה על השימוש בסוגי עונשים חדשים של חלופות למאסר. המאמר בוחן את מעמדו של עקרון המידתיות בעונש והשלכתו על מדיניות הענישה כיום. אולם גם Tonrey כמו קודמיו מתייחס רק לעונשים המוטלים על-ידי בית-המשפט, ולא עוסק כלל בהשלכות התיאוריה של ענישה על שיקול-הדעת של רשויות אכיפה אחרות.

בכל מקרה, אם זו אכן רק שאלה תיאורטית אז אין לגמול מה לומר על החלופות – ויש לבחון רק את המטרות האחרות.

אפשרות שנייה היא לומר כי התורה הגמולית עוסקת אך בשאלת גזירת הדין, והיא אינה מתייחסת לשלבים האחרים של ההליך הפלילי. ברור, כי לא ניתן לקבוע כאילו מחייב כי כל עברייני ייתפס ויענש כגמולו. אולם זה אינו האילוץ שמציבה הגישה הגמולית. הגמול, לפי גישה זו, מחייב לגזור את דינו של כל נאשם שהורשע לפי חומרת המעשה בו הורשע תוך ניתוק מיתר השלבים בהליך הפלילי. ההחלטות אם לעצור אדם, אם להגיש נגדו כתב-אישום, באילו עבירות להאשימו וכיוצא באלה מתקבלות כל אחת על רקע שיקולים שונים מההחלטה על העונש. לתיאוריה הגמולית אין כל עמדה באשר להחלטות אלו. התיאוריה עוסקת רק בהחלטה בדבר העונש שם מעמדה ייחודי, וכל שיקול אחר פסול.

זו עמדתם של אשוורת ופון הירש. לדעתם, הגמול הוא תיאוריה שיש ליישמה רק בשלב גזירת הדין ואין לה השלכות על מדיניות האכיפה ביתר שלבי ההליך הפלילי¹⁰¹. לטענתם אין בכך כל פגם שכן שלבים שונים בהליך הפלילי מעלים שיקולים נורמטיביים שונים. מטעם זה, לגישתם, לא ניתן להתבסס על רציונל אחד (כגון גמול) לביסוס מכלול ההחלטות בשלבים השונים של ההליך.

אולם, סבורני כי טענה זו מחמיצה את העיקר. אכן, ייתכן כי שיקולים שונים אמורים להשפיע בשלבים הקודמים לשלב גזירת הדין. אולם אם ההחלטות בשלבים אלו חותרות תחת היסודות המשמשים להצדקת התפיסה הגמולית, לא ניתן להתעלם מהחלטות אלו בעת גיבוש מדיניות הענישה. כך, לפי פון הירש, ההלימה היא השיקול המרכזי בענישה, בין השאר, מכיוון שכך מובטח שוויון בין עבריינים שמעשיהם חמורים באותה מידה, ומדרג של עונשים המוטל על עבריינים לפי חומרת מעשיהם. אם כל העבריינים היו מורשעים ונענשים לפי עקרון ההלימה – זו אכן הייתה התוצאה. אולם אם חלק ניכר מהעבריינים זוכה לטיפול שונה (או לא זוכה לטיפול מערכתי כלל), הרי שגם יישום קפדני של מבחן ההלימה לא יבטיח שוויון בין עבריינים לפי חומרת מעשיהם. במצב זה בהחלט ייתכן שמדיניות ענישה בשלב גזירת הדין, צריכה לסטות מעקרון ההלימה, כדי לקדם את השוויון (וכפי שנראה בהמשך סטייה כזו אכן נדרשת לקידום השוויון).

בדומה, אם נבחן את יתר ההצדקות שהובאו לגישה הגמולית נראה כי אלו אינן מתיישבות עם הפרדה מוחלטת בין השיקולים בשלבים השונים של ההליך הפלילי. כאשר ההצדקה לגמול מבוססת על התחושה האינטואיטיבית שיש להעניש את מי שעבר עבירה, קשה לבסס גישה שתעדיף להטיל על גנב אחד עונש הולם באופן שיביא לשליחתם לחופשי של מספר גנבים אחרים. אינטואיטיבית, תחושת הצדק של רוב האנשים מכוונת דווקא להעדיף, כאשר זו האלטרנטיבה, פשרה שתאפשר הענשתם של כל הגנבים, גם אם העונש שיוטל עליהם יהיה קל מעט יותר מהעונש ההולם. בדומה, אם הגישה הגמולית מוצדקת על בסיס הצורך להעביר מסר של גינוי באמצעות העונש הפיסי או על בסיס הצורך להשיב את האיזון בין העברייני לבין החברה – פשרות שירחיבו את מעגל הנענשים, גם במחיר הטלת עונשים קלים מהעונש ההולם, עשויות להיות מוצדקות.

¹⁰¹ ראו A. von Hirsch & A. Ashworth, "Not Not Just Desert: A Respond to Braithwait and Pettit", 12 *Oxford J. Legal Stud.* (1992) 83, p. 98.

העמדה האוסרת התחשבות בצורך להרחיב את מעגל העבריינים המוענשים בעת קביעת העונש, אינה מתיישבת עם הרציונלים שבסיס התיאוריה הגמולית.

נותרה, אם כן, האפשרות השלישית, הנראית בעיניי האלטרנטיבה היחידה המתיישבת עם ההצדקות שבבסיס התפיסה הגמולית. מקום בו לא ניתן להבטיח כי כל עבריין ייענש כגמולו, יש לפעול כך שמרב העבריינים ייענשו, וכי עונשם יהיה קרוב ככל הניתן לעונש ההולם¹⁰². לפיכך, מי שסבור כי קיימת חובה מוסרית להעניש כל עבריין כגמולו אינו יכול להסתפק בקביעת מדיניות ענישה; עליו לנקוט עמדה "גמולית" גם לגבי החלטות אחרות המשפיעות על העונש שיוטל על עבריינים בשלבים מוקדמים יותר בהליך הפלילי. גישה זו היא גישה תוצאתנית-גמולית. הגמול נמדד כמטרה – קידום הטלת עונשים הולמים ככל הניתן על עבריינים – ולא כאילוץ. כפי שאראה בהמשך, שימוש נכון בחלופות להליך הפלילי מקדם מטרה גמולית זו¹⁰³.

עם זאת, מתוך מודעות כי עמדתי זו שנויה במחלוקת, אנסה להראות כבר כעת כי אף אם נקבל את הגישה השנייה, יהיה מקום לשימוש נרחב בחלופות להליך הפלילי, על הפשרות הכרוכות בשימוש בהן¹⁰⁴. על-פי הגישה הרואה בגמול אילוץ המוטל על בית-המשפט בעת גזירת הדין, מחויב בית-המשפט להטיל על הנאשם עונש ההולם את העבירה בה העבריין הורשע. חובה זו בעינה עומדת, אף אם הדבר יפגע ביכולת מערכת האכיפה להטיל עונשים הולמים על עבריינים במקרים אחרים. אולם, מבחינות רבות, דווקא העמדה הרואה בגמול אילוץ הנוגע לשלב גזירת הדין בלבד, להבדיל ממטרה כללית של מערכת האכיפה הפלילית, מאפשרת שימוש נרחב בפשרות שיקדמו מטרות אחרות, ולכן מאפשרת כר פעולה נרחב לחלופות דיוניות. זאת מכיוון שחלופות אלו, לפחות חלקן, מתבססות על החלטות שאינן קשורות בשיקול-הדעת בגזירת הדין. כך, סגירת תיקים מותנית, כופר או קנס מינהלי מוטלים בלא הליך משפטי. כמו כן, הסדר טיעון על אישומים (להבדיל מהסדר טיעון על עונש) אינו פוגע ביכולת בית-המשפט להטיל עונש ההולם את העבירה בה הורשע הנאשם, דהיינו העבירה הנגלית מכתב-האישום. בכל אותם מקרים, השימוש בחלופות אינו פוגע באילוץ המתחייב מהתיאוריה הגמולית, שכן הוא אינו מחייב סטייה של בית-המשפט מחובתו בגזירת הדין. אם לתפיסה הגמולית אין השלכה בעת החלטות על האכיפה, ההעמדה לדין ובחירת האישומים, כפי שטוענים אשוורת ופון הירש, הרי שאין מניעה לקבל החלטות אלו משיקולים תוצאתניים או אחרים, בלא כפיפות לחובה להטיל עונש הולם. מכאן, שאימוץ גישה על-פיה משמעות הגמול מתמצית בהצבת אילוץ על החלטות בית-המשפט בלבד, עשוי להגביל את

¹⁰² התיאוריות התוצאתניות שתוארו בתת-הפרק הקודם אינן עומדות בפני בעיה דומה. כך, לדוגמה, אם מטרת הענישה היא צמצום הפשיעה, ההכרעה בין אלטרנטיבות שונות תיעשה לפי ההשלכות הצפויות על המטרה. כאשר המדינה צריכה להכריע בין הטלת עונש אופטימלי על עבריין אחד על חשבון הרשעת עבריין אחר לבין הטלת עונשים קלים מדי על שני העבריינים, כל שעליה לבחון הוא איזו אלטרנטיבה מאפשרת טוב יותר את הגשמת המטרה. הבעיה כאן היא שהגמול אינו מטרה ולכן יש קושי למצוא קנה מידה אנדוגני המאפשר השוואה בין שתי חלופות שאינן מושלמות. הפתרון המוצע כאן הוא לקבוע איזו דרך פעולה טובה יותר מנקודת מוצא גמולית בהתבסס על בחינת ההצדקות שבבסיס הגישה הגמולית.

¹⁰³ גישה זו הופכת את התפיסה הגמולית לסוג נוסף של גישה תוצאתנית, לפיו התוצאה שאליה יש לשאוף היא השאת הגמול, דהיינו הטלת עונשים הולמים ככל האפשר על עבריינים רבים ככל האפשר תוך הימנעות מהענשת החפים. ראו M.S. Moore, "Justifying Retributivism", 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 15 pp. 18-21.

¹⁰⁴ המחלוקת בין עמדה גמולית-תוצאתנית, לבין גישה גמולית-דאונטולוגית לא תוכל לזכות לדיון מספק במסגרת זו. במידה רבה, מחלוקת זו נגזרת מאחת המחלוקות הבסיסיות והידועות ביותר בתיאוריות של המוסר, זו שבין תפיסת מוסר תוצאתנית לבין תפיסה דאונטולוגית. ברי, כי אין די בדיון הקצר שהובא לעיל בזכות גישה תוצאתנית, בה אני תומך, כדי להתמודד עם מלוא הטענות האפשריות כנגד גישה זו או בזכותה. לפיכך אנסה בהמשך העבודה להראות כי גם לפי רוב התפיסות הגמוליות-דאונטולוגיות, יש מקום להיעזר בחלופות של ענישה בהסכמה. זאת מכיוון שרוב התפיסות הדאונטולוגיות רואות בגמול אך אילוץ המגביל את מתחם הפעולות המותרות, אולם בתוך מתחם זה ניתן להיעזר בשיקולים תוצאתניים. ראו על כך להלן בסעיף 2.3.2.3.

השימוש בחלופות המחייבות את בית-המשפט לאשר הסכמים על ענישה, אולם אין לגישה זו כל עמדה באשר לחלופות האחרות.

2.3.2.3 גישות מעורבות

בעוד שרבים תומכים בגישות הטהורות המוצגות לעיל, הגמולית או התוצאתנית, נראה כי הרוב סבורים כי יש לבסס את שיקולי הענישה על יסודות המערבים בדרך זו או אחרת תוצאתנות וגמול. כך, לדוגמא, ישנם הסבורים כי הגמול מחייב שעקרון ההלימה ישמש לקביעת הגבול העליון של הענישה¹⁰⁵, או גבול עליון ותחתון¹⁰⁶, ואילו שיקולים תוצאתניים יכתיבו את העונש בתוך גבול זה. אחרים סבורים כי שיקולי גמול אמורים להנחות את חומרת הגינוי לפי עקרון ההלימה, אולם תיתכנה נסיבות שמשיקולי תועלת לא יוטל כל עונש פיסי אלא גינוי בלבד¹⁰⁷. בדומה הרט מציע מודל המשלב יסודות גמוליים ותוצאתניים¹⁰⁸.

המשותף לחלק גדול מהתיאוריות הללו הוא שהגמול קובע אילוץ מסוים בו יש לעמוד. עם זאת, האילוץ אינו כופה תגובה עונשית מדויקת לכל מקרה ומקרה, אלא רק מגביל את מתחם התגובות המותר. בתוך מתחם זה ניתן לקבוע את העונש המדויק על-פי שיקולים תוצאתניים. כפי שמקובל בתפיסות דאונטולוגיות, אין איסור להתחשב בצורך לקדם מטרות מסוימות, אלא שיש לנסות לקדם מטרות אלו בכפוף לאילוצים מוסריים. המחלוקת, ברוב המקרים, בין הגישות המעורבות השונות נוגעת לסוג האילוץ שהגמול מציב, בדרך להשגת המטרות האחרות, דהיינו בשאלה האם ניתן להסתפק במדרג כללי של עבירות לפי חומרתן באופן המותיר לשיקולים אחרים כר נרחב להשפיע על הענישה, או שמא התיאוריה הגמולית מחייבת סולם עבירות ועונשים הקובע מרווח צר להשפעה של שיקולים אחרים מהלימה.

התיאוריות המעורבות מאפשרות להתחשב באינטרסים אחרים של האכיפה בלא לחרוג מהמגבלות שמציב הגמול על הענישה. כך, למשל, בדוגמה שנדונה לעיל, כאשר יש צורך להקל בעונשו של עבריין אחד כדי להבטיח הטלת עונש על אחרים, ניתן לעשות כן אף בלא לחרוג מהמגבלות שמציב העקרון הגמולי לענישה. לפי התפיסה כי הגמול קובע את הסף העליון של העונש בלבד, אין כל קושי לערוך פשרה באשר לעונש המוטל כדי להבטיח שגם העבריינים האחרים ייענשו. אם הגמול קובע גם סף ענישה תחתון, מתחם הפשרות המותר מוגבל יותר, אך עדיין יש לרשויות האכיפה מרחב תמרון המאפשר להטיל על אדם עונש קל מעט יותר מהסף העליון המותר לפי עקרון הגמול, בלא שיהיה בכך כדי להתפשר על החובה הנגזרת מעקרון הגמול.

¹⁰⁵ ראו E.M. Wise, "The Concept of desert" 33 *Wayne L. Rev.* (1987) 1343, p. 1348. גישה זו הרואה בגמול רק שיקול מגביל מכונה לעתים Negative Retributivism להבדיל מהתפיסה המחייבת הטלת עונש על האשמים המכונה Positive Retributivism.

¹⁰⁶ ראו N. Morris, *Madness and the Criminal Law* (Chicago, Illinois, 1982), 179-209.

¹⁰⁷ ראו von Hirsch, לעיל הערה 89, בעמ' 118-123.

¹⁰⁸ כאמור לעיל הרט מבחין בין המטרה הכללית של מערכת הענישה, שהיא מניעת עבריינות, לבין השיקולים בחלוקת העונשים בין העבריינים השונים שמושפעים גם הם משיקולים גמוליים. עם זאת, החלוקה בין מטרות כלליות לבין מטרות בשלב החלוקתי אינה זהה לחלוקה בין מטרות לבין שיקולים המוצגת כאן. לגישתו של הרט, שיקולי גמול – שלהם ערך מוסרי נפרד – נשקלים ברמה השנייה למרות שהם אינם מקדמים את המטרה הכללית (הפחתת הפשיעה). דהיינו לפי החלוקה של הרט, שיקולים בעלי ערך מוסרי עצמאי יכולים להופיע ברמה השנייה (רמת החלוקה) בלא שיש להם בסיס ברמה הראשונה (רמת המטרות הכלליות). בחלוקה המוצגת בעבודה זו השיקולים ברמה השנייה (רובד השיקולים) נקבעים רק בהתבסס על המטרות ברמה הראשונה (רובד המטרות). לפיכך, גישתו של הרט, אם נתאימה לחלוקה המוצגת כאן, כוללת יסודות מעורבים. ראו Hart לעיל הערה 1, בעמ' 8-10.

בכל מקרה, גם כאן, שאלה מרכזית שחייבת להישאל היא מה הוא תוכנו של האילוץ. אם האילוץ מחייב הטלת עונש הולם, על-פי מתחם ההלימה, על כל העבריינים, הרי שמדובר באילוץ שלא ניתן לעמוד בו מן הבחינה הפרקטית, ולכן אין לו השלכות ממשיות על מדיניות האכיפה. אם מדובר באילוץ המחייב את בית-המשפט להטיל עונשים בהתאם לחומרת העבירה בה הורשע הנאשם, אז אילוץ זה עלול להגביל את השימוש בהסכמות על ענישה בחלק מן החלופות. עם זאת, להגבלה זו תהיה השלכה ממשית רק אם קיים רף תחתון לענישה מותרת לפי דרישת הגמול, ורק אם רף תחתון זה גבוה דיו, שכן רף נמוך מאוד יאפשר להגיע לפשרות בהסכמה כמעט בלא הגבלה. בנוסף, אילוץ כזה יגביל אך את השימוש באותן חלופות המחייבות אישור שיפוטי לגזר-הדין המוסכם, ואילו בכל החלופות האחרות ניתן יהיה להגיע לפשרות לצורך קידום מטרות בלא כל מגבלה.

ישנן כמובן תיאוריות רבות נוספות שלא נדונו בפרק זה¹⁰⁹. אולם למטרותינו די בסקירה לעיל. הרקע שניתן בפרק זה נועד לאפשר בחינת החלופות על רקע תיאוריות שונות של ענישה, כפי שיעשה בהמשך. עבודה זו תעסוק, בין השאר, ביכולתן של החלופות השונות להליך הפלילי לשפר את יכולת מערכת האכיפה להשיג את המטרות השונות של הענישה. נבחן את השפעת החלופות על מידת ההרתעה של מערך הענישה, על השיקום, המניעה, השוויון וההלימה בין העונש לבין העבירה, הכל מתוך מודעות שלא כל מטרה או שיקול שיוצגו מוסכמים על הכול כשיקולים רלבנטיים. נבדוק עד כמה ניתן לשפר, באמצעות החלופות את השגת מטרות הענישה לפי התיאוריות השונות. בחינת מכלול השיקולים והמטרות אין משמעה הבעת עמדה באשר להצדקה בהתבססות על שיקול זה או אחר. היא נועדה לאפשר דיון בחלופות על רקע תפיסות עולם שונות באשר למטרת הענישה, כדי שלא להגביל את מסקנות המחקר לתפיסת עולם אחת.

כעת משהוצגה מטרת ההליך הפלילי ונסקרו מטרות הענישה, נעבור לבחון את הליקויים הקיימים במערך המשפט הפלילי הקיים כיום, על רקע מטרותיו והאילוצים במסגרתם עליו לפעול. בפרק הבא נבחן, אם כן, אילו מאפיינים של ההליך הפלילי המלא יצרו את הצורך בחלופות להליך זה.

¹⁰⁹ ראו, למשל, W. Sadurski, "Social Justice and the Problem of Punishment", 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 302.

3. הצורך בחלופות להליך הפלילי

3.1. העומס על מערכת אכיפת החוק הפלילי והסיבות לו

מספר התפתחויות הביאו לצורך הגובר במציאת חלופות להליך הפלילי המלא. המשמעותית שבהן היא הגידול הנמשך בהיקף המשימות המוטלות על מערכת המשפט הפלילי – ובעיקר על התביעה ובתי-המשפט. ניתן למנות מספר סיבות לגידול זה.

ראשית, הגידול ברמת העבריינות המטופלת על-ידי רשויות האכיפה. מאז קום המדינה ועד שנת 1998 גדל מספר התיקים הפליליים שנרשמו במשטרת ישראל בשנה פי 1.33¹. אם בשנת 1948 נרשמו 11,640 תיקים פליליים, הרי שבשנת 1960 עלה מספרם ל-61,720; בשנת 1975 היה מספרם כבר 180,247 ובשנת 1998 387,965. אין מדובר רק בגידול בתיקים הנובע מהגידול באוכלוסייה. הנתונים מלמדים שגם כמות העבירות ל-1000 תושבים נמצאת בעליה מתמדת. בשנת 1948 נפתחו כ-13 תיקים לכל 1000 תושבים. בשנת 1960 היה המספר 28.7. בשנת 1975 נפתחו 51.6 תיקים לכל 1000 תושבים, ובשנת 1998 היה מספר התיקים ל-1000 תושבים 264².

הגידול במספר תיקי המשטרה משפיע ישירות על רשויות התביעה. כך, למשל, מספר התיקים הפליליים שנפתחו בפרקליטות המדינה בין שנת 1992 לשנת 1997 גדל בכמעט 30%³. במקביל לאורך כל התקופה הועברו יותר ויותר תחומים שהיו בטיפול הפרקליטות לטיפול לשכות התביעה המשטרתיות, כך שפחות ופחות תיקים פשוטים הגיעו לטיפול הפרקליטות, ושיעור התיקים הסבוכים והגדולים בטיפול הלך וגדל. לפיכך הגידול בעומס המוטל על הפרקליטות משמעותי הרבה יותר מהגידול במספר התיקים. העברת חלק גדל והולך של נושאים לטיפול המשטרה הביאה כמובן לגידול משמעותי בהיקף המטלות על יחידות התביעה במשטרה⁴. כך בין השנים 1995-1999 גדל מספר התיקים שבטיפול התביעה המשטרתית ב-51%. אף מספר זה אינו מלמד על עוצמת הגידול בהיקף העבודה שכן במסגרת גידול זה היה חלקם של תיקי העבירות החמורות, אשר באופן טבעי מצריכים השקעת זמן רבה יותר, משמעותי עוד יותר.

קשה לדעת אם הגידול בתיקים הפליליים נובע מגידול בעבריינות בלבד, או שמא חלק ניכר מגידול זה נובע מגידול בדיווח לרשויות האכיפה על עבירות פליליות. עם זאת, מכיוון שרק העבריינות

¹ אף שקיימים גופי חקירה נוספים, כיוון שרוב העבירות החמורות נחקרות על-ידי המשטרה, נותנים נתונים אלו מדד טוב למדי לשיעור הגידול בעבריינות.

² הנתונים מתוך י' כספי, **עבירות ועבריינים בישראל 1998-1958** (1999), 53. ראו גם **פשיעה ומשפט** (פרסום מס' 8, סדרת פרסומי יובל, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1998), 34, וכן ד' פרידמן, "שיקול-דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", **הפרקליט לה** (תשמ"ד) 155.

³ מתוך **פרקליטות 2000 - דין וחשבון** (תש"ס, עדנה ארבל – יו"ר הוועדה) (להלן: **דוח פרקליטות 2000**), בעמ' 63. ראו גם דברי פרקליטת המדינה בדיון שהתקיים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 18.6.01 בנושא "מדיניות התביעה הכללית והפרקליטות", URL: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-06-18.html> [(29.11.01)]. בדיון זה אמרה פרקליטת המדינה "אם בשנת 1995 מספר התיקים שנכנסו לפרקליטות היה 19,051 בשנת 2000 המספר הוא 33,236".

⁴ כך, למשל, בענף תביעות תל-אביב, שהיא יחידת התביעות המשטרתית הגדולה ביותר, גדל מספר התיקים שהתקבלו לטיפול בשנה מ-13,383 בשנת 1990 ל-20,240 בשנת 1999, גידול של למעלה מ-50%. מספר כתבי-האישום שהוגשו על-ידי הענף בתקופה זו גדל בשיעור של כמעט 70% מ-6,608 בשנת 1990 ל-11,173 בשנת 1999. תודה לסניף אבי היימן על הנתונים.

שהגיעה לידיעת הרשויות מהווה אינדיקציה להיקף המטלות שלהן, אין לשאלה זו חשיבות לעניין היקף המשימות המוטלות עליהן.

שנית, מורכבותם והיקפם של התיקים נמצאים במגמת עליה נמשכת. עם הגידול בפשיעה המאורגנת רמת התחכום בעבירות הנחקרות עלתה והיקף התיקים הנחקרים גדל. העליה במורכבות ובהיקף התיקים מחייבת גידול בהקצאת כוח-האדם לאורך כל שלבי הטיפול בתיק. תיקי חקירה סבוכים מחייבים צוותי חקירה גדולים ועבודת חקירה מאומצת וממושכת. תיקים אלו, המוטלים עם סיום החקירה על כתפי התביעה, מחייבים את הפרקליטות להקצות משאבי כוח-אדם רבים לתיק אחד. והתיקים, המוגשים לבסוף לבית-המשפט, מחייבים הקצאת הרכבי שופטים לתקופות זמן ארוכות לטיפול בתיק אחד.⁵

שלישית, היקף התפרסותו של המשפט הפלילי הולך ומתרחב. מידי שנה נחקקים עשרות איסורים פליליים חדשים, חלקם מחליפים הוראות פליליות ישנות אולם חלק ניכר מההוראות החדשות קובעות איסורים וחובות בתחומים שלא טופלו קודם לכן על-ידי המשפט הפלילי.

ניתן למנות מספר סיבות לתופעה זו. ראשית, ההתפתחות הטכנולוגית, הכלכלית והחברתית חייבה יצירת קטגוריות שלמות של חוקים חדשים ובהן הוראות עונשיות, כדי להבטיח את הסדרת השימוש באמצעים החדשים העומדים לרשות החברה. כך, למשל, בחמש השנים האחרונות של המאה ה-20 הביאה ההתפתחות הטכנולוגית לחקיקת שורה של עבירות בתחומים חדשים, כגון עבירות מחשבים⁶ ותקשורת⁷, עבירות הנובעות מהתפתחות הרפואה⁸ ועבירות הנדרשות להסדרת המסחר הכלכלי המשתכלל⁹, כמו גם עבירות רבות אחרות. בנוסף התפתחות המיחשוב ואמצעי העברת מידע ושיכפולו יצרו כר נרחב לצמיחת עבריינות בתחום הקניין הרוחני.

שנית, עליה במעורבות המדינה באמצעות הסדרת תחומים נוספים בחברה ובמשק מחייבת חקיקה נרחבת. חלק גדול מאותה חקיקה נאכף באמצעות דיני העונשין, על-ידי עבירות המכונות עבירות הסדר (Regulatory Offences). עבירות הסדר הינן עבירות לפי חיקוקים הקובעים עונשים פליליים על הפרת הוראות שנועדו להסדיר את חיי המשק והחברה ואינן בעלות אופי פלילי מובהק. עבירות אלו נתפסות כאסורות רק מכוח האיסור שנקבע להן בחוק ואין בביצוען, בהיעדר איסור כזה, משום פגיעה ממשית בערכי המוסר. מדובר בעבירות מסוג *mala prohibita* (מעוות מכוח איסור) להבדיל מעבירות מסוג *mala per se* (מעוות מעיקרון)¹⁰. השאלה מדוע חלק מההסדרים נאכפים באמצעות הדין הפלילי ואחרים באמצעות המשפט האזרחי והמינהלי, אינה

⁵ להתרחבות תופעה זו בשנים האחרונות ראו דוח **פרקליטות 2000**, לעיל הערה 3, בעמ' 3. ראו גם דו"ח מבקר המדינה, **דוח שנתי מס' 351** (תשס"א), בעמ' 382.

⁶ ראו, למשל, סעיפים 6-2 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 וסעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 4) (מאגרי מידע), תשנ"ו-1996 (שולב כסעיף 31א לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981).

⁷ ראו סעיף 12 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), תשנ"ד-1994 (שולב כסעיף 75 לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972).

⁸ ראו סעיף 6 לחוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), תשנ"ט-1999; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

⁹ ראו, למשל, סעיף 39 לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995.

¹⁰ להגדרות שונות לעבירות הסדר ראו C. Andrews, *The Enforcement of regulatory Offences* (London, 1998), 2, וכן ראו "נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985", **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה**, 60.004 (20.5.87), פסקאות 1.1.2 ו-2.2.2 (ב). ראו גם J. Swaigen, *Regulatory offences in Canada* (Canada, 1992), 29.

פשוטה, ויש הטוענים כי חלק מעבירות אלו נבדל מעוולות אזרחיות קלות רק בקביעת המחוקק כי עבירות אלו יסווגו כפליליות¹¹. עם זאת, עובדה היא כי עבירות ההסדר תופסות חלק נרחב בחקיקה הפלילית החדשה¹².

שלישית, גם ההתפתחות בתפיסות המוסריות בחברה גורמת להרחבת התפרסות המשפט הפלילי. אמנם, השינוי בערכים המוסריים בחברה הביא לביטול מספר עבירות, כגון סטיות מדרך הטבע¹³, אולם כמות העבירות שהתווספו לספר החוקים נוכח שינוי זה גדולה לאין ערוך. כך, למשל, נוספה בחמש השנים שבין 1994- ל-1999 חקיקה פלילית המטילה חובה להציל חיי אדם¹⁴, חקיקה פלילית להגנה על בעלי החיים¹⁵, הוטלו איסורים פליליים על הפליה של קבוצות אוכלוסייה¹⁶ ועל פרסום שירותי מיין¹⁷ והורחבה הפליליות של התנהגות מינית פסולה¹⁸. ריבוי החקיקה הפלילית הוסיף לנטל העבודה המוטל על רשויות אכיפת המשפט הפלילי.

סיבה נוספת לגידול בעומס נעוצה בשינויים שעובר ההליך הפלילי עצמו. הסנקציה הפלילית נתפסת כאמצעי החריף ביותר המצוי בידי החברה במאבקה כנגד התנהגות פסולה. בשל חריפותה, חובה להקפיד כי במסגרת ההליך שבו נקבעת חבותו, תינתן לנאשם הגנה מרבית מפני טעות. עם התפתחות זכויות האדם במשפט, הולכות ומתרחבות ההגנות המוקנות לנאשם בהליך הפלילי¹⁹, ועמן הולכים ומתארכים ההליכים המשפטיים²⁰.

כך, בין היתר, פורשה זכות החסיון מפני הפללה עצמית הקבועה בחוק כזכות שתיקה גורפת²¹. זכות העיון בחומר החקירה הורחבה²², שמכות הרשויות להשתמש באמצעי חקירה שונים

¹¹ ראו 1, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford, 1999), וכן ראו שם, בעמ' 50-52.

¹² למספר דוגמאות מהשנים האחרונות ראו סעיף 10 לתקנות המים (מניעת זיהום מים) (בריכות אידוי ואגירה), תשנ"ז-1997; סעיפים 17-20 לחוק שירותי הובלה, תשנ"ז-1997; חוק איכות הסביבה (דרכי ענישה) (תיקוני חקיקה), תשל"ז-1977; סעיף 6 לחוק מכוני כושר (רישוי ופיקוח), תשנ"ד-1994.

¹³ עבירה לפי סעיף 351 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) כפי שפורסם בס"ח תשל"ז 226. הסעיף בוטל בחוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988.

¹⁴ ראו חוק לא תעמוד על דם רעד, תשנ"ח-1998.

¹⁵ ראו חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), תשנ"ד-1994; חוק צער בעלי חיים (ניסויים בבעלי חיים), תשנ"ד-1994.

¹⁶ ראו, למשל, סעיף 15 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 וחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3) תשנ"ה-1995, המרחיבים את יסודות ההפליה הפסולים גם לגיל, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, פרופיל צבאי. כן ראו סעיף 28 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, הקובע איסור פלילי על הפליה במתן שירותי רפואה.

¹⁷ ראו סעיפים 205א-205ג לחוק העונשין שהוספו בחוק העונשין (תיקון מס' 52), תשנ"ח-1998.

¹⁸ ראו חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.

¹⁹ ראו, למשל, א' ברק, "הקונסטרוקציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו) 5, בעמ' 25-21.

²⁰ תהליך זה נמשך מספר מאות שנים. בסוף המאה ה-17 ובראשית המאה ה-18 בלונדון היו נשמעים ביום דיונים אחד בין 12 ל-20 תיקים בממוצע, בפני חבר מושבעים אחד, מתחילת ההליך ועד סופו. ראו J.H. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers" 45 *Chi. L. Rev.* (1978) 263, p. 277.

²¹ ראו ע"פ 139/52 **היועץ המשפטי לממשלה נ' קינן**, פ"ד ז 619, בעמ' 644-643; י' קדמי, **על הראיות** (תשנ"ט), חלק ראשון), 20-21. מקורה של זכות השתיקה בראשית המאה ה-19, בכלל של ה-*ius commune* שהיה תקף באירופה של אותה תקופה. מספר מימרות מנחות הגבילו את אופן החקירה שהידועה שבהן, *Nemo tenetur spei accusare* ("לא יחוייב אדם להאשים את עצמו"). מקורו של הכלל בחובה הדתית להתוודות כדי לזכות במחילה, כשהזכות נועדה למנוע את העמדת המתוודה לדין פלילי בשל מילוי חובתו הדתית. במאה ה-17 התפתחה הזכות שלא להיות נתון לחקירה בשבועה בהיעדר בסיס מספק לחשד. גם כאשר התפתחה הזכות לכלל הנאשמים, ואסרה על העדתם בשבועה, לא היה כל איסור לחקור את הנאשמים שלא בשבועה. בארצות-הברית, גם לאחר קבלת התיקון החמישי בחוקה, פורשה הזכות אך כאיסור על חקירת נאשם בשבועה, ולא כאיסור כולל לחקירתו. למעשה, ההליך המשפטי התבסס במידה רבה על חקירת הנאשם, וההסבר שנתן לחשדות שהועלו נגדו. תוצאות סירובו של הנאשם להגיב להאשמות נגדו היו יכולות להיות הרסניות מבחינתו. רק במהלך העשור הרביעי של המאה ה-19 החלה לצמוח בארצות-הברית ובאנגליה זכות הנאשם לשתוק. יש המייחסים התפתחות זו לתפקיד הבולט יותר של הסגור

צומצמה²³, זכות החשוד להיוועץ בעורך-דין הוכרה²⁴ זכותו להשמיע טענותיו קודם להגשת כתב האישום הורחבה²⁵, וזכות הנאשם לייצוג משפטי הולכת ומתרחבת²⁶. בתחום המעצרים חל שינוי משמעותי, כאשר תקופת השהות במעצר בלא צו שופט צומצמה. משך השהות המרבי המותר בצו שיפוטי צומצם גם הוא בכל שלבי ההליך²⁷. ואולם קיצור התקופות לא רק שלא צמצם את מספר המעצרים אלא הביא להרחבה ניכרת במספר ההתדיינויות המשפטיות על מעצר²⁸. חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מובילה להמשך ההתפתחות בכיוון דומה²⁹.

במשפט הפלילי, ואילו אחרים סבורים כי שינוי אופיו של ההליך המשפטי והעברת נטל ההוכחה לתביעה היו בבסיס העיקרון האמור. להתפתחות זכות השתיקה בארצות-הברית ובאנגליה ראו A.W. Alschuler, "A Peculiar Privilege in the Historical Perspective: The Right to Remain Silent", 94 Mich. L. Rev. (1996) 2625, E. Morgan, גם, "Taking the Fifth: Reconsidering the Origin of the Constitutional Privilege against Self Incrimination", 92 Mich. L. Rev. (1994) 1086 וכן ע' גרוס, "החסיין מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה", **מחקרי משפט** ז (תשמ"ט) 167.

²² כבר עם קום המדינה נקבע כי לנאשם זכות לעיין בהודעתו של עד התביעה במשטרה, אולם זכות זו הוגבלה לנאשמים בעבירה מסוג פשע ראו ע"פ 10/48 בנימיני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקים א 328. מאוחר יותר, בבג"ץ 147/50 צינדר נ' ראש אגף החקירות של משטרת תל אביב ואח', פ"ד ה 509, נקבע כי זכות העיון חלה על כל חומר הראיות ולא רק על הודעות של עדי התביעה. עוד נקבע כי גם בעבירה שאינה מסוג פשע רשאי השופט הדין בהליך להורות לתביעה לחשוף חומר ראיות לפי שיקול-דעתו. כעבור מספר שנים עוגנה זכות ההגנה לעיון בכל חומר החקירה בכל הליך של פשע או עוון, בסעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, וכיום היא קבועה, בשינויים מסוימים, בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). להתפתחות זכות העיון ראו א' הרנון, **דיון פלילי** (רות גביוון ועקיבא באום – עורכים, 1973), 253-256.

²³ ראו י קרפ, "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 275, בעמ' 285. ראו גם חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996.

²⁴ בשלב הראשון הוכרה הזכות בפסיקה, ראו ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541, בעמ' 1570; ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2), 539, בעמ' 545-546. מאוחר יותר עוגנה הזכות בחקיקה תוך שתחולתה הורחבה, ראו קרפ, לעיל הערה 23, בעמ' 281-283 וכן סעיפים 34-35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים).

²⁵ ראו סעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי שנחקק לאחרונה. קודם לחקיקת סעיף זה לא היתה לנאשם זכות להשמיע טענותיו לפני הגשת כתב האישום. ראו בג"ץ 3406/91 בבלי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1.

²⁶ על הרחבת זכות הנאשם למינוי סגור בחוק סדר הדין הפלילי משנת 1965 ראו הרנון, לעיל הערה 22, בעמ' 139-141. מאז הורחבה זכות הנאשם לקבל ייצוג עם יישום חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995. ראו בייחוד סעיפים 18א(7) ו-18ב(1) לחוק וכן צו הסנגוריה הציבורית (יצוג נאשמים מחסרי אמצעים), תשנ"ו-1996. הוראות חוק הסנגוריה הציבורית הביאו גם למערך פיקוח ובקרה אפקטיבי ולשיפור באיכות הייצוג של הנאשמים.

²⁷ ראו פרק ב לחוק המעצרים.

²⁸ עם קבלת חוק המעצרים, לאחר מספר שנים בהן חלה ירידה מתונה במספר המעצרים (מ-43,964 בשנת 1994 ל-39,664 בשנת 1996), חלה ירידה חדה במספר המעצרים שבצעה המשטרה מ-39,664 בשנת 1996 ל-31,976 בשנת 1997. אולם כבר בשנה העוקבת הושווה כמעט מספר המעצרים שנערכו (38,116) למספרם קודם לחקיקת חוק המעצרים. בשנת 1999 עלה מספרם ל-42,740, ובשנת 2000 עמד על מספר דומה (42,572). דהיינו, משנת 1996 ל-2000 גדל מספר המעצרים הראשוניים בכ-7%. מעניין לציין כי במספר המעצרים עד תום ההליכים חל גידול מתמשך, כשלחוק, הייתה השפעה מוגבלת וקצרת טווח, אם בכלל. בין השנים 1994-1997 עמד מספר המעצרים עד תום ההליכים על כ-2,800 עד 2,980 מעצרים בשנה, אך מספרם זינק ל-3,430 ב-1998, ל-3,835 בשנת 1999 והגיע ל-4,303 בשנת 2000, דהיינו גידול של למעלה מ-50% בתוך ארבע שנים. נוכח העובדה שמספר המעצרים הראשוניים של המשטרה נותר כמעט בלא שינוי במהלך כל התקופה (למעט הירידה החד פעמית בשנת 1997) לא ניתן להסביר את הגידול במספר המעצרים עד תום ההליכים באמצעות גידול בפשיעה. ניכר, אם כן, שהחוק כשל בצמצום מספר המעצרים עד תום ההליכים. ראו גם הערת השופטת דליה דורנר בע"פ 6621/01 בדליאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן בתאריך 8.8.2002). השלכה מיוחדת על עומס העבודה יש להחלטות של מעצר עד להחלטה אחרת, המתקבלות בשלבי ההתדיינויות בטרם מתקבלת החלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים. מספרם של החלטות אלו גדל מ-1544 בשנת 1997 ל-2386 בשנת 1998, ל-2767 בשנת 1999, והגיע ל-3345 בשנת 2000 דהיינו גידול של כ-116%! זינוק זה במספר החלטות על מעצרים עד תום ההליכים ועד להחלטה אחרת ניכר בבירור לאחר כניסתו לתוקף של החוק. בשנים שקדמו לכניסת החוק לתוקף היה מספר המעצרים עד תום ההליכים ועד החלטה אחרת יציב למדי (נע בין 1323 ל-1524 בשנים 1994-1997). ראו **הפשיעה בישראל, 1999** דוח סטטיסטי (בהוצאת משטרת ישראל, אגף תכנון, סטטיסטיקה, 2000) פורסם גם באתר משטרת ישראל שכתובתו [URL:http://www.police.gov.il/html/04/0401/040101/040101b/040101b_16bd.html (29.11.01)]. ראו גם **הוועדה לבחינת חוק המעצרים – דין וחשבון** (2000, נאוה בן-אור – יו"ר הוועדה). מספרים אלו מלמדים שאף כי שיעור העבירות המובילות למעצר לא השתנה בעקבות חקיקת החוק, שיעור המעצרים עד תום ההליכים גדל משמעותית ושיעור החלטות הביניים על מעצר יותר מהכפיל עצמו. נראה אם כן כי חוק המעצרים לא הצליח להביא לצמצום במספר המעצרים עד תום ההליכים אלא רק לגידול במספר החלטות והדיונים המשפטיים הנדרשים לאישור אותן תקופות המעצר.

²⁹ ראו ע' גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 155 (להלן: גרוס, "הזכויות הדיוניות") וכן ברק, לעיל הערה 19. להשלכת חוק-היסוד על תקופות המעצר של

ככל שמשתכלל ההליך הפלילי, והזכויות הדיוניות של הנאשם מתרחבות, המשאבים הנדרשים לכל הליך מלא גדלים. זאת משלוש סיבות עיקריות. ראשית, למימוש הזכות נדרשות רשויות האכיפה להקצות משאבים. כך, הזכות לעיון בחומר חקירה מחייבת את התביעה לערוך את חומר החקירה באופן שיאפשר העברתו לעיון הנאשם ולפקח על העיון³⁰. זכות הנאשם לקבל מידע על העברת תיק החקירה שלו לרשות תובעת וזכותו לטעון כנגד הגשת כתב אישום מחייבת את המשטרה והתביעה להקדיש משאבים למתן ההודעה ולבחינת הטיעון³¹. הגדלת תדירות הביקורת השיפוטית על החזקה במעצר מגדילה את מספר הדיונים בנושא המעצר לתיק³². שנית, הקניית זכות דיונית עשויה לשכלל את יכולת הנאשם להעלות טענות מהותיות נוספות, שבחינתן מחייבת השקעת משאבים. כך, הרחבת זכות הנאשם לייצוג על ידי עורך דין הביאה להתארכות משמעותית של ההליכים³³. בדומה, הרחבת זכותו לקבל מידע על חומר החקירה מקנה לו כלים להעלות טענות נוספות בפני התביעה ובית המשפט. ושלישית, הרחבת הזכויות של הנאשם הובילה לריבוי התדיינות בשאלה האם הרשויות פגעו בזכויות אלו ומה הסעד לו זכאי הנאשם עקב כך³⁴.

כל אלו מחייבים את רשויות אכיפת החוק להשקיע משאבים הולכים ורבים כדי לחשוף עבריינות וכדי להוכיח את האשמה בבית-המשפט. ואכן, לאורך השנים גדל נתח התקציב המופנה לרשויות אכיפת החוק³⁵. באותה תקופה הוספו תקנים רבים ליחידות התביעה³⁶ ולבתי המשפט³⁷. אולם גידול זה בתקנים לא הספיק כדי להדביק את הפער שנוצר עקב הגידול בנטל המשימות³⁸. חמור עוד יותר הוא המצב בתביעה המשטרית. שם, לפחות בחלק מן התקופה הנדונה, הגידול בתקנים לא הדביק אפילו את הגידול במספר התיקים שטופלו על ידיה. כך בין השנים 1995 ל-1999 גדל מספר התובעים בלשכות התביעה המשטריות בכ-29%. לעומת זאת, באותה תקופה גדל מספר

חיילים ראו בג"ץ 6055/95 ואח' צמח נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נג' (5) 241 (להלן: בג"ץ צמח) וכן ע' גרוס, "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא", משפט וממשל ה (תשי"ס) 437.

³⁰ ראו סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי

³¹ ראו סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי.

³² ראו הערה 28 לעיל.

³³ ראו Langbein, לעיל הערה 20.

³⁴ ראו על כך בהרחבה אצל W.J. Stuntz, "The Uneasy relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice", 107 *Yale L.J.* (1997) 1. תופעה זו תנוחת בהרחבה להלן בטקסט להערה 129.

³⁵ למשל, בין שנת 1985 לבין 1999 גדל נתח ההוצאה על סדר ציבורי מתוך סך ההוצאות (ללא הוצאות בטחון ותשלום חובות) מ-4.2% מהתקציב ל-4.6%.

³⁶ כך בשנת 1974 היו 129 פרקליטים בפרקליטות המדינה על מחוזותיה. ראו מבקר המדינה, דוח שנתי מס' 26 (תשל"ד), בעמ' 597. בשנת 1991 הוא עמד על 250 ובשנת 1999 הוא היה 500. ראו דוח פרקליטות 2000, לעיל הערה 3, בעמ' 17. עם זאת עקב הגידול במספר ההליכים האזרחיים, שעלה משמעותית על הגידול במספר התיקים הפליליים, נתח הולך וגדל של הפרקליטים מועסק בנושאים שאינם פליליים, כך שבפועל הגידול במספר הפרקליטים העוסקים בפלילים היה קטן בהרבה. לגידול בנתח התיקים האזרחיים ראו פשיעה ומשפט, לעיל הערה 2, בעמ' 16. אחוז הענינים הפליליים שדונו בבתי המשפט בשנת 1975 היה 66.6% בלבד. לעומת זאת, בשנת 1997 היה שיעור התיקים הפליליים רק 38.4. כמובן שלא כל הגידול בנתח התיקים הלא פליליים השפיע על הפרקליטות, שכן היא צד רק לחלק מן התיקים האזרחיים ולמרבית העתירות לבג"ץ. עם זאת, גם בחינת העתירות נגד המדינה מלמדת על גידול מתמיד ומשמעותי בשיעור הליכים אלו. ראו שם, בעמ' 19. למעשה מבין 500 הפרקליטים שהועסקו בשנת 1999 רק 263 פרקליטים מועסקים בפלילים.

³⁷ מספר השופטים במערכת בתי המשפט הרגילים (שלום, מחוזי ועליון) היה 129 בשנת 1960. הוא עלה ל-166 בשנת 1970, ל-217 ב-1980. מספר השופטים הגיע ל-253 ב-1990 וב-1999 הוא היה 401. הנתונים מתוך ספרי התקציב לשנים אלו. יש לזכור כי מרבית כוח השיפוט החדש הופנה לתיקים אזרחיים שמספרם עלה בתקופה זו בשיעור גדול בהרבה משיעור הגידול בתיקים פלילים. ראו פשיעה ומשפט, לעיל הערה 2, 15.

³⁸ ראו המקורות בהערה 6 לעיל.

התיקים שטופלו באותן לשכות ב-51%, ומספר תיקי הפשע ב-112%³⁹. על פי נתונים אלו ציין מבקר המדינה כי מספר תיקי הפשע לכל תובע משטרתי עלה בממוצע ב-64%⁴⁰.

נתונים אלו עשויים לתת אינדיקציה מסויימת לגידול בעומס העבודה. עם זאת, אין בהם כדי לתת מענה שלם לשאלה הנבחנת כאן – האם עומס התיקים עלה. בביטוי "עומס התיקים" כוונתי לנתון התלוי בשלושה גורמים: מספר תיקי החקירה, משקלו של כל תיק (מבחינת המשאבים הדרושים לניהולו), והמשאבים הנתונים לרשויות. בצורה כללית ניתן לומר כי העומס הוא מכפלת מספר התיקים במשקלם וחלוקת התוצאה במשאבים. כיוון שבמקביל לגידול החד בפשיעה ובקושי ניהול התיקים לאורך השנים חל גם גידול בהוצאה הציבורית על האכיפה הפלילית וכיוון שיש קושי להשיג נתונים מהימנים לגבי השינוי בכל אחד מהמשתנים⁴¹, קשה לקבוע על בסיס הנתונים שהובאו עד כה האם העומס גדל.

עם זאת, ניתן למצוא אינדיקציה מסויימת לשינוי בעומס על ידי בחינת שיעור כתבי האישום שהוגשו מתוך סך תיקי החקירה בהם נתגלו חשודים. כאשר עומס העבודה גדל, על הרשויות לסגור יותר תיקים בהם נתגלו חשודים. כמובן שסגירת תיקים לא נעשית רק בשל עומס עבודה. במרבית המקרים אין ראיות או אין עניין לציבור, מסיבות שאינן קשורות בעומס, בניהול התיק. אולם אם רמת הראיות והעניין לציבור בתיקים לא משתנה באופן משמעותי ושיטתי לאורך השנים, הרי שהנתון העיקרי הצפוי להשפיע על שיעור החשודים המועמדים לדין הוא עומס העבודה. נתונים סטטיסטיים בנושא זה מצויים לגבי השנים 1975 ל-1995. מנתונים אלו עולה כי בעוד שיעור כתבי האישום כנגד חשודים בעבירות רציניות⁴² שתיקיהם נפתחו בשנת 1975 היה 16.5% (דהיינו 16.5% מהתיקים בעבירות רציניות בהם נתגלו חשודים הובילו לכתב אישום), הרי שלגבי תיקים שנפתחו ב-1985 עמד שיעורם על 9.1%. הירידה בשיעור זה המשיכה גם בעשור הבא. רק 7.7% מהחשודים שנתגלו ב-1990 הועמדו לדין ושיעור ההעמדות לדין מתוך תיקי 1995 עמד על 7.2% בלבד⁴³. באין בסיס להניח כי בתקופה זו חלה ירידה משמעותית, עקבית ושיטתית ברמת הראיות שנאספו כנגד חשודים, נראה שהנתונים הללו משמשים אינדיקציה טובה למסקנה כי עומס התיקים, כפי שהוגדר לעיל, גדל. בכל מקרה, תהא אשר תהא מגמת השינוי בעומס, מעטים

³⁹ ראו מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 382.

⁴⁰ שם, שם.

⁴¹ מספר התיקים הוא הנתון הקל ביותר להערכה. עם זאת גם לגבי נתון זה יש קושי מסויים, הנובע מכך שהחל מ-1979 שונה סיווג התיקים ברישומים השונים ורק תיקים הנחשבים "רציניים" הוכנסו לקטלוג. אין כל דרך להעריך בצורה מהימנה בכמה גדל משך הזמן הדרוש לטיפול בתיק ממוצע. קשה גם להעריך את השינוי במשאבים. מספר השוטרים אינו אינדיקציה טובה, שכן רק מיעוט לא גדול של השוטרים עוסק בחקירות ותביעות, ואין מידע על החלוקה הפנימית של כוח המשטרה. מספר השופטים גם הוא אינו אינדיקציה בשל השינוי העצום במשקל התיקים האזרחיים במערכת המשפט, המקשה להעריך כמה זמן הוקדש לתיקים פליליים בכל תקופה. גם מספר התובעים אינו נתון שפשוט לחשב, נוכח השינויים התכופים בסמכויות תובעים שונים וחוסר היכולת להפריד בין הפרקליטים שעסקו בתיקים אזרחיים ומינהליים לבין אלו שעסקו בתיקים פליליים לאורך השנים על פי הנתונים.

⁴² עבירות רציניות הן קבוצת עבירות פליליות המטופלות על ידי משטרת ישראל למעט עבירות תעבורה קלות.

⁴³ הנתונים מתוך סטטיסטיקה פלילית 1985, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 817 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1988), וכן סטטיסטיקה פלילית 1995, לקט ממצאים סטטיסטיים מס' 41 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1996). בחוברות הסטטיסטיקה הפלילית שפורסמו לאחר 1995 לא הופיע עוד מידע על שיעור ההאשמות מתוך תיקי החקירה שנפתחו בשנה מסויימת. עם זאת, ניתן למצוא בחוברות אלו נתונים על סך ההאשמות בשנה וסך תיקי החקירה בהם נמצאו חשודים באותה שנה, לגבי השנים 1980, 1985, 1990, 1998 ו-1999. הקשר בין הנתונים במקרה זה רופף יותר שכן האשמות בשנה מסויימת עשויות להיות בגין תיקי חקירה שנפתחו בשנה אחרת. בכפוף להסתייגות זו ניתן לראות מן הנתונים כי היחס בין מספר כתבי האישום למספר התיקים בהם התגלה חשוד הלך וקטן גם לאחר 1995. ראו סטטיסטיקה פלילית 1999-1998, לקט ממצאים סטטיסטיים מס' 5 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2001) (להלן סטטיסטיקה פלילית 1999-1998), בעמ' 19.

יחלקו כי עומס העבודה על רשויות האכיפה גדול⁴⁴. השאלה בה אדון להלן היא מהן ההשלכות של עומס זה.

3.2. השלכות העומס – התמשכות ההליכים

נוכח העומס על רשויות החקירה, חולף זמן רב בין ביצוע העבירה עד סיום החקירה והעברת התיק לרשות התובעת. העומס על רשויות התביעה גורם לעיכובים רבים בטיפול בתיק עד להכנת כתב-האישום והגשתו. רוב התיקים מתעכבים חודשים עד הגשת כתב-האישום וחלק לא מבוטל ממתין אף שנים מספר⁴⁵.

העיכובים לא נפסקים בשלב זה. גם בבית-המשפט, לאחר הגשת כתב-האישום, נמשך הדיון בתיקים זמן רב מאוד⁴⁶. בניגוד להוראת הרציפות בחוק סדר הדין הפלילי⁴⁷, התיק נשמע לסירוגין כאשר בין דיון אחד למשנהו חולף זמן רב.

בסך הכל חולף זמן רב מביצוע העבירה ועד סיום ההליכים המשפטיים וגזר-הדין. מנתוני שנת 1992 עולה כי רק כ-41.9% מהתיקים הפליליים בהם מורשע אדם מסתיימים בתוך שנה ממועד ביצוע העבירה. עוד 29.2% מהתיקים מסתיימים בחלוף למעלה משנה אך בטרם חלפו שנתיים ממועד ביצוע העבירה. כ-17.9% מפסקי-הדין המרשיעים בפלילים ניתנים בשנה השלישית למועד ביצוע העבירה וכ-11% נוספים מסתיימים בחלוף למעלה משלוש שנים⁴⁸. יצוין כי מועדים אלו

⁴⁴ ואכן למסקנה זו הגיעו כמעט כל הדוחות שבחנו את תפקוד מערכות התביעה והמשפט. ראו, למשל, וכדוגמה בלבד, מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 26 (תשל"ו), 598 (העומס על פרקליטות המדינה), מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 32 (תשמ"ב), 415-416 (העומס בבתי המשפט), מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 39 (תשמ"ט), 387 (העומס על מערך התביעות המשטרתי), פרקליטות 2000, לעיל הערה 3, בעמ' 3 ובעמ' 63, וכן מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 382. כמו כן ראו הנתונים על התמשכות ההליכים להלן.

⁴⁵ ראו ק' מן, משך הטיפול בתיקים פליליים בבתי-המשפט בתל-אביב-יפו (1989), 2. ממחקר זה עולה כי כתבי-אישום שהוגשו לבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו בשנת 1983, הוגשו לבית-המשפט בחלוף 15.4 חודשים בממוצע מיום ביצוע העבירה. השונות במשכי הזמן גדולה במיוחד. בעוד שלגבי 75% מכתבי-האישום, אלו שהוגשו מהר יותר, חלפו בממוצע רק כחודשיים מיום ביצוע העבירה ועד הגשתם, הרי ש-25% הנוותרים הוגשו בחלוף כשנתיים וחצי בממוצע. משך הזמן עד הגשת כתב-האישום לבית-המשפט המחוזי היה באותה שנה קצר בכמהצית. נכון לסוף שנת 1999, ממתנינים בפרקליטות כ-1800 תיקים בין שנה לשנתיים לצורך הכנת כתב-האישום. כ-750 תיקים ממתנינים תקופה של בין שנתיים לשלוש, ועוד כ-500 תיקים ממתנינים תקופות של מעל 3 שנים, מיעוטם חמש, שש ושבע שנים. ביחידת תביעות גדולה אחת ממתנינים לטיפול כ-20,000 תיקים – כמות השווה למספר התיקים המתקבלים ביחידה בשנה. דהיינו, משך ההמתנה להכנת כתב-האישום בתיק ממוצע באותה לשכה הוא שנה אחת. ראו ריאיון עם ראש מדור תביעות במשטרה מיום 28.12.99, להלן בסעיף 10.10 ברור כי בעוד שחלק מהתיקים מטופלים מהר יותר (למשל, תיקים בהם החשודים שוהים במעצר) ישנם אלפי תיקים באותה לשכת תביעות שכתב-האישום בגינם מוגש לאחר מספר שנים. ראו גם דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 383-387.

⁴⁶ ראו מחקרו של מן, לעיל הערה 45, בעמ' 3, ממנו עולה כי בממוצע נמשך הטיפול בתיק פלילי כ-11.7 חודשים בבית-משפט השלום, וכ-12.8 חודשים בבית-המשפט המחוזי, לפי נתוני שנת 1983 בבתי-המשפט בתל-אביב.

⁴⁷ סעיף 115 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כך: "עוד לא הוחל בגביית ראיות, רשאי בית-המשפט מזמן לזמן לדחות את מועד תחילת המשפט או המשכו כפי הצורך; הוחל בגביית הראיות, ימשיך ברציפות יום יום עד גמירא, זולת אם ראה, מטעמים שיירשמו, כי אין כל אפשרות לנהוג כך".

⁴⁸ ראו סטטיסטיקה פלילית 1992, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 988 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1995) (להלן: סטטיסטיקה פלילית 1992), 77-76. בחינת הנתונים ב-20 השנים האחרונות מלמדת כי שיעור התיקים הפליליים שנמשכים למעלה משנתיים מיום העבירה נמצא במגמת עלייה. כך, ב-1981 עמד שיעור התיקים שנשתיימו בבתי משפט השלום לאחר יותר משנתיים מיום ביצוע העבירה על 20.4%. בשנת 1985 הוא היה 29.3%. בשנת 1990, הוא הגיע ל-36.4% ובשנת 1999 ל-36.5%. גם המשך החציוני של תיק עלה הדרגתית בתקופה זו מ-15.9 חודשים בשנת 1981 ל-18.4 חודשים בשנת 1999. עלייה חדה יותר בהתמשכות ההליכים נרשמה בתקופה זו בבתי משפט השלום לנוער. שם עלה שיעור ההליכים שנמשכו למעלה משנתיים מ-4.4% ל-8.6%, עליה של 95%. משך ההליך החציוני בבית משפט השלום לנוער עלה בתקופה זו מ-9.2 חודשים ל-12.9. רק בבתי המשפט המחוזיים נרשמה באותה תקופה יציבות, ואף ירידה קלה, במשך ההליכים. ייתכן שירידה זו נגרמה עקב העברת חלק מעבירות הפשע הקלות יותר לטיפול בתי משפט השלום, כך ששיעור תיקי המעצרים בבית המשפט המחוזי עלה. תיקי מעצרים מתנהלים לרוב מהר יותר מתיקים פליליים אחרים בשל המגבלות על משך המעצר. ראו סטטיסטיקה פלילית 1999-1998, לעיל הערה 43, בעמ' 35.

מתייחסים לפסק-הדין הניתן בערכאה ראשונה. לא אחת מעוכב ביצוע העונש לעת הערעור כך שמעת ביצוע העונש עד פסק-הדין הסופי וריצוי העונש חולפות תקופות ארוכות בהרבה⁴⁹.

עיכובים אלו גורמים לפגיעה קשה בזכויות הנאשמים והחשודים, באפקטיביות של הענישה וביעילות האכיפה, כפי שיפורט להלן.

התמשכות ההליכים פוגעת קשות בנאשמים ובחשודים. חזקת החפות העומדת לזכות הנאשם אינה מונעת נקיטת אמצעים חריפים המגבילים את חירותו ואת זכותו על קניינו בעת ניהול ההליכים. חוק המעצרים מקנה לבית-המשפט ולמשטרה סמכויות לפגוע בזכויות אלו כדי להגן על ההליך השיפוטי ולהקטין את הסיכון הנשקף מן הנאשם. כך, למשל, ניתן להתנות שחרורו של חשוד או נאשם בהפקדת סכום כסף, כמו גם בהגבלות על חופש התנועה שלו, הגבלות על חירותו להיפגש עם אנשים מסוימים, חיוב להתייצב בתחנת משטרה מידי זמן שנקבע והגבלות על עיסוקו⁵⁰. הגבלות אלו יכול שימשכו חודשים רבים, ובמקרים רבים אף למעלה משנה, קודם להגשת כתב-אישום⁵¹.

אך גם בלא קשר לפגיעה בחירות או בקניין, הנזקים הנגרמים לחשוד עקב התמשכות ההליכים גדולים. אדם עלול להימצא במעמד של חשוד במשך זמן רב כאשר התיק נבחן בפרקליטות או ממתין לטיפול ביחידת התביעות, בלא שניתנה לו זכות לטעון כנגד האישומים ולהביא ראיותיו⁵². לא אחת, בתום הבדיקה, נגזו תיק החקירה נגד החשוד, בין השאר עקב עומס העבודה וחלופי הזמן, ועל אף חזקת החפות, עלולה להיוותר בלב הסובבים אותו, תחושה שהחשד מעולם לא הוסר.

לאחר הגשת כתב-האישום יכולות ההגבלות על החירות להישאר בתוקפן גם שנים מספר, למעשה בלא הגבלה, עד לתום המשפט. מדובר בהגבלות חמורות על חופש התנועה, זכות הקניין וחופש העיסוק אשר מוטלות על מי שמוחזק כחף מעבירה וטרם ניתנה לו הזדמנות להשמיע את גירסתו⁵³. אף לאחר סיום הדיוניים ממתינים הצדדים לא אחת זמן רב למתן פסק-הדין⁵⁴.

חמור עוד יותר הוא מצבו של נאשם שהוחלט לעוצרו⁵⁵. לבית-המשפט סמכויות נרחבות לעצור חשודים ונאשמים לפני שהוכחה אשמתם. משך המעצר, בעיקר כאשר מדובר בנאשמים, יכול להיות ארוך ביותר. נאשמים רבים מוחזקים במעצר שבועות וחודשים ארוכים. בעבירות

⁴⁹ ראו גם ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769 (להלן: ע"פ שורץ) אשר הרחיב את זכות הנאשם לעיכוב ביצוע עונש עד לסיום הליכי הערעור.

⁵⁰ ראו סעיף 48 לחוק המעצרים.

⁵¹ על-פי סעיף 58 לחוק המעצרים אם לא הוגש כתב-אישום בתוך 180 ימים מיום הטלת הערובה היא תבטל, אולם בית-המשפט רשאי להאריכה ב-180 ימים נוספים, על-פי בקשה שהוגשה באישור תובע, וב-90 ימים נוספים על-פי בקשה שמוגשת באישור היועץ המשפטי לממשלה.

⁵² ראו ע"פ 188/77 ורטהיים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 225 (להלן: ע"פ ורטהיים), בעמ' 237-238; בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, בעמ' 771-772.

⁵³ ראו בש"פ 7647/00 חינואי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 812, בעמ' 815 "בעניינו שלנו החליט בית-המשפט... לפסול את העורר מלהחזיק ברישיון נהיגה 'עד תום ההליכים ואף מעבר לתקופה של 6 חודשים'... האמנם נתכוון בית-המשפט לפסול את העורר מלהחזיק ברישיון לתקופה של 3 שנים? של 4 שנים? של 5 שנים?...".

⁵⁴ ראו ג' אלון, "מחכים לכבודו", הארץ, 10.8.2001 המביא נתונים על מאות תיקים, אזרחיים ופליליים, אשר פסקי-הדין בהם טרם ניתנו למרות חלוף למעלה משלושים יום מסיום הטיעונים. בלמעלה ממאתיים תיקים שהיו תלויים ועומדים בסוף חודש יוני 2001 בבתי-המשפט השלום והמחוזי טרם ניתן פסק-דין למרות שחלפה למעלה משנה מסיום הדיוניים.

⁵⁵ ראו פרק ב סימן ג לחוק המעצרים.

מסוימות, אין זה חריג שהמעצר נמשך גם למעלה משנה. אמנם על-פי חוק המעצרים, נאשם שלאחר הגשת כתב-האישום נגדו היה עצור במשך תשעה חודשים ישוחרר ממעצרו⁵⁶, אולם החוק מקנה לשופט של בית-המשפט העליון סמכות להאריך את המעצר בשלושה חודשים נוספים מעת לעת, ובקשות להארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים מוגשות כדבר שבשגרה בתיקים של עבירות חמורות במיוחד, שבהם נאשמים עומדים לפני שחרור בתום תשעת חודשי מעצרם. בית-המשפט העליון מודע לעומס העבודה של הערכאות הנמוכות, ולכן נענה, כמעט כדבר שבשגרה, לבקשות המדינה. כך, פעמים רבות, נאשמים מוצאים עצמם עצורים במשך תקופות ארוכות טרם שאשמתם הוכחה. באחד המקרים ציין בית-המשפט המחוזי כי העומס אינו מאפשר לו לעמוד במסגרת הזמנים הקבועה בחוק, ועל כך אמר השופט זמיר:

"הדברים נכוחים וכואבים, וגם בית-משפט זה רואה, פעם אחר פעם, כיצד עומס העבודה המוטל על בית-המשפט גורם להתמשכות הדיונים, ולא פעם הוא גורם להארכת המעצר של נאשמים מעבר לתשעה חודשים. אכן, המחוקק עשה דבר נאה כאשר קיצר את תקופת המעצר של נאשמים עד למתן פסק-הדין מתקופה של שנה לתקופה של תשעה חודשים. אך אם המחוקק רצה לעשות גם דבר מעשי, ולא רק נאה, היה עליו להקצות את המשאבים הנדרשים כדי להגדיל את מצבת השופטים.

בדומה לכך לגבי חובת הדיון בהרכב. אכן, המחוקק עשה דבר נאה כאשר קבע כי בעבירות מין ידון הרכב של שלושה שופטים. אולם מניין יבואו השופטים? אם המחוקק אינו מקצה משאבים להגדלה של מצבת השופטים, במידה המתחייבת מן הצורך לדון בעבירות מין בהרכב של שלושה, התוצאה הבלתי-נמנעת היא כי המשפטים יתמשכו זמן רב עוד יותר, ותקופת המעצר של נאשמים, לא רק בעבירות מין, תתארך ותלך. קל ומקובל להאשים את השופטים בהתמשכות המשפטים, אך החטאת בעניין זה אינה רובצת לפתחו של בית-המשפט. לכן, כמו בית-המשפט המחוזי בחיפה, אף אני רואה צורך להתריע על המצב הקיים ולזעוק, לא בפעם הראשונה, על הצורך שהמשלה והכנסת יחלצו לתיקונן"⁵⁷.

עומס העבודה מחייב את התביעה להקדיש פחות ופחות זמן לבחינה מעמיקה של כל תיק. מדוח מבקר המדינה עולה כי עקב העומס, ההחלטה על הגשת כתב-אישום מתקבלת ברוב יחידות התביעה המשטרית על-ידי תובע בודד, בלא אישור של תובע בכיר יותר. ההחלטה מתקבלת על-ידי התובעים לאחר עיון בתיק, בלא רישום נימוקים ובאופן שאינו מאפשר בקרה על ההחלטות. ברוב לשכות התביעה, מיון התיקים לתובעים נעשה באופן אקראי ובלא עיון מוקדם בתיקים, כך שאין כל דרך להבטיח כי תיקים סבוכים יועברו לתובעים מנוסים יותר. הדבר גורם לטעויות רבות ולכתבי-אישום רבים המוגשים שלא לצורך.

כך, לדוגמא, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בשורה של עבירות קלות, בהתקיים תנאים מסוימים, על המשטרה לנקוט אמצעים חלופיים לכתב-אישום כגון אזהרה או פיצוי הניזוק⁵⁸. ממדגם שערך משרד מבקר המדינה עולה כי למעלה מ-60% מכתבי-האישום שהוגשו בגין עבירות אלו לא היו צריכים להיות מוגשים, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. המדגם הראה גם בבירור פער ברור בשיעור כתבי-האישום המוטעים בין יחידות תביעה שבהן לא מתקיימת בקרה

⁵⁶ סעיף 61 לחוק המעצרים.

⁵⁷ בשי"פ 93/99 מדינת ישראל נ' מיכאלוב ואח' (טרם פורסם) (להלן: בשי"פ מיכאלוב). על העומס והתמשכות מעצרו של נאשמים ראו גם בשי"פ 1871/00 אייזן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (בו הוטחה ביקורת בבית-המשפט קמא שעיקב את החלטתו בדבר מעצרו של העורר למשך חודש לאחר הדיון בבקשה, דיון שנערך כשבועיים וחצי לאחר שהבקשה הוגשה, כאשר כל אותה תקופה היה הנאשם נתון במעצר. בית-המשפט קובע כי החלטה בעניין מעצר חייבת להינתן בתוך 10 ימים מהדיון).

על התובעים לבין יחידת תביעה שבה מתקיימת בקרה כזו⁵⁹. אין בסיס להניח כי הטעויות מתמקדות רק בתיקים אלו, ולמעשה סביר כי בשל העומס טעויות דומות בשיקול-הדעת נעשות בכל שלבי ההליך. למעשה, גם המשטרה מודה כי עקב העומס הפך ההליך למעין "סרט נע חפוז ורדוד", דבר הפוגע קשות ברמת התביעה המשטרית⁶⁰.

עקב העומס, גם בתיקי פשע, התקבלו החלטות רבות על סגירת התיק או הגשת אישום על-ידי המשטרה, וזאת בניגוד להוראות חוק סדר הדין הפלילי שקבעו, כי חומר חקירה בעבירת פשע יועבר לפרקליט המחוז אשר יחליט אם יוגש כתב-אישום⁶¹. לאחר פרסום דוח מבקר המדינה בעניין זה נחקק תיקון לחוק סדר הדין הפלילי, בהוראת שעה לשלוש שנים, שהרחיב את סמכויות התביעה המשטרית לסגור תיקים ולהחליט על הגשת כתבי אישום גם בחלק מעבירות הפשע⁶². כך, גם בעבירות חמורות מתקבלת ההחלטה על-ידי תובע משטרתי בנוהל המתואר לעיל. יצוין כי גם לאחר התיקון שהרחיב את סמכויותיה המשיכה התביעה המשטרית להופיע בתיקי פשע אשר הסמכות להחליט בעניינם נתונה לפרקליטות⁶³.

ריחוק מועד הטלת העונש מן המעשה פוגע באפקטיביות של הענישה ככלי הרתעת⁶⁴. כפי שציין בית-המשפט לא אחת, "עונש הניתן בריחוק זמן מביצוע העבירה מאבד הרבה מאד מכוח ההרתעה שלו"⁶⁵.

ישנן מספר סיבות להשפעה של מהירות התגובה העונשית על ההרתעה⁶⁶. ראשית, שווי מהוון של עונש המוטל כיום גדול בהרבה משוויו של עונש דומה המוטל בעוד מספר שנים. כאשר מדובר בקנס, ההסבר הכלכלי ברור. שקל כיום שווה יותר משקל מחר, ושיעור ההיוון התלוי בריבית במשק, שקול להקלה בעונש הניתנת בזכות חלוף הזמן. לגנב הגונב 100 ₪, העבירה משתלמת גם אם ידוע לו כי יוטל עליו בוודאות קנס בגובה 110 ₪, כאשר הקנס ישולם רק בעוד מספר שנים.

⁵⁸ ראו "מדיניות חקירה ותביעה: שיקולים כלליים", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.051 (1.12.85).

⁵⁹ ראו דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 378. משיחה שקיימתי עם אחת מראשי לשכת תביעות עולה כי בממוצע מקצה תובע 15 דקות לקריאת תיק ולהכנת כתב-אישום (ראו ריאיון עם ראש יחידת תביעות מיום 29.12.99, להלן בסעיף 10.11). ספק רב אם ניתן בזמן כה קצר להגיע למסקנה מבוססת באשר לדיות הראיות ולעניין לציבור בתיק, אפילו בתיק פשוט. הקושי עולה במיוחד באותם תיקים שבהם חומר הראיות מבוסס אך על עדויות סותרות של המתלונן והחשוד או עדים המקורבים להם. שיקול-הדעת של התובע להכריע אם די בראיות כדי לבסס כתב-אישום כמעט ואינו מוגבל.

⁶⁰ מתוך מכתב ששלח מפכ"ל המשטרה באוקטובר 1993 לפרקליטת המדינה, כפי שצוטט בדוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, 386.

⁶¹ ראו סעיפים 60 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי. על הפרקטיקה בעניין זה ראו דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 374-377.

⁶² ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 33) (הוראת שעה), התשס"א-2001.

⁶³ ראו בשי"פ 7438/01 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1), 345 שם נקבע כי גם לאחר תיקון מס' 33 רשאית התביעה המשפטית לנהל בבית משפט שלום תיקים שהסמכות להחליט בעניינם נתונה לפרקליט מחוז, ובלבד שההחלטה על הגשת האישום ניתנה על ידי פרקליט מחוז כאמור בחוק. ראו גם דיון בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 29.11.01 בנושא "יישום חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 33) (הוראת שעה), התשס"ב-2001". [URL: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-11-27.html>] (29.8.02)]

⁶⁴ ראו על כך, למשל, בע"פ 6129/94 שמבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) "אין אנו מקלים ראש בחומרת העובדה שאדם מובא לדין מספר שנים לאחר שביצע את העבירות בהן הוא מואשם. בענין זה נאמר לא אחת על-ידי בית-משפט זה שחלוף זמן רב מאז ביצוע העבירה ועד משפטו של העבריין, מרוקן - במידה מסוימת - מתוכנה את המטרה העונשית שבמאסר וגורם לסבל ויסורי נפש למערער" (כבי השופטת שטרסברג-כהן).

⁶⁵ ראו ע"פ 786/84, 795 מדינת ישראל נ' הלוי ואח', פ"ד לט(2), 714, בעמ' 717.

⁶⁶ להסבר כיצד חלוף הזמן בין העבירה לבין העונש משפיע לרעה על הרתעת המערכת ראו J.Q. Wilson & R.J. Herrnstein, *Crime and Human Nature* (New York, 1985), 50-56.

אולם הדברים נכונים גם כאשר העונש המוטל הוא מאסר. מבחינה כלכלית דומה דחיית עונש מאסר לדחיית סנקציה כספית.⁶⁷

שנית, חלוף הזמן עשוי לחלץ את הנאשם מהסנקציה. אנשים לוקחים בחשבון את הסיכוי שבחלוף הזמן יותרו הרשויות על הטלת העונש או יסכימו להקל בו, כמו גם את האפשרות שהם ימותו או שמסיבה אחרת לא יוכלו לרצות את עונשם בעתיד. לכן עונש מידי קרוב לוודאי שיתממש יותר מעונש עתידי. הסיכוי להיחלץ מן העונש פוגע גם הוא בחומרתו של עונש עתידי מנקודת מבטו של הנאשם.

שלישית, אנשים רבים מתקשים להעריך נכונה את הסבל האמיתי הכרוך באירועים עתידיים. יש הטוענים כי הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר באוכלוסייה המועדת יותר לעבריינות, אוכלוסייה המתאפיינת, על-פי מחקרים רבים ובהכללה המתחייבת, מאימפולסיביות גדולה יותר – דהיינו מתן משקל רב יותר לתועלת מיידית על פני תועלת עתידית. מטעם זה, החשש מפני עונש עתידי עמום יותר ואפקטיבי פחות מהחשש מפני עונש מידי⁶⁸. השיהוי והתמשכות ההליכים פוגעים ישירות באפקטיביות של העונש כאמצעי לצמצום עבריינות.

רביעית, הלכה היא כי יש להקל בדינו של נאשם כאשר חלף זמן רב מביצוע העבירה⁶⁹. לא אחת אף נמנע בית-המשפט מהטלת עונש מאסר, מקום בו היה ראוי להטיל עונש מסוג זה, רק בשל ה"סחבת" בדיונים⁷⁰. אף ועדת גולדברג⁷¹ המליצה לראות בחלוף הזמן משום נסיבה להקל בעונשו של הנאשם, אם הנאשם לא עבר עבירה נוספת לאחר העבירה נשוא ההרשעה⁷². הקלות אלו, אשר נוכח העומס על כל רשויות התביעה ניתנות כיום לשיעור הולך ורב של עבריינים, פוגעות ביכולת ההרתעה של המשפט הפלילי, ומקשות על מתן עונש הולם לעבריינים.

חמישית, מטרת המשפט הפלילי הינה למנוע עבריינות. אחת הדרכים לעשות כן היא בהרחקת העבריינים מן החברה על-ידי הטלת עונש מאסר. כפי שראינו לעיל, מניעה ישירה היא אחד משיקולי הענישה. מקום בו הנאשם משוחרר בעת ההליך המשפטי, הוא עלול לבצע עבירות נוספות, וגם אם ייגזר עליו עונש מאסר בתום ההליך הארוך, עונש זה עלול להיות מאוחר מידי מבחינת קורבנותיו הנוספים. בדברו על הצורך בהליך משפטי מהיר, ציין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, כי

⁶⁷ ניתן להסביר, לפחות חלקית, את מידת ההעדפה בזמן גם בשיקולים כלכליים טהורים. בתקופת המאסר, האסיר אינו מועסק והכנסתו מצטמצמת. לפיכך מאסר הוא גם עונש כלכלי. ככזה, דחייתו שקולה להפחתתו. בנוסף לעצם ריצוי המאסר עלולה להיות השפעה סטיגמטית שלילית, אשר לה השלכות כלכליות וחברתיות, וככל שניתן יהיה לדחות את מועד ריצוי העונש, יזכה העבריין בזמן נוסף בו הוא פטור מסטיגמה זו.

⁶⁸ Wilson & Herrnstein, לעיל הערה 66, בעמ' 204, דנו בתופעה זו בהקשר של ההשפעה הפוחתת של מאסרים ארוכים. ראו גם לעיל, בפרק 2, הטקסט הצמוד להערה 55.

⁶⁹ ראו, למשל, עלי"ע 4/79 דוד נ' בית הדין הארצי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד לד(1) 153, בעמ' 156; עלי"פ 2848/90 אסא נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 837 (להלן: עלי"פ אסא), בעמ' 840.

⁷⁰ ראו בע"פ אסא, לעיל הערה 69 וכן עלי"פ 876/90 וינקרנץ ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם): "הסחבת בה לוקים, לעתים, הליכי חקירה, אישום ושמיעת משפט - כשהמדובר, בעיקר, בחשודים ובנאשמים שאינם נתונים במעצר - הינה תקלה קשה, שיש לעשות כל מאמץ לצמצומה. הכול מסכימים, שבקיומה של סחבת יש טעם המצדיק הקלה במשכו של המאסר הממשי, שייגזר על העבריין, מקום שעונש זה הינו ראוי ומתחייב בנסיבות העניין. ויש אף שעצם הסחבת תצדיק הימנעות מהטלת עונש מאסר ממשי כלשהו" (כב' השופט מצא).

⁷¹ הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון (תשנ"ח) (גולדברג אליעזר - יו"ר הוועדה) (להלן: ועדת גולדברג).

⁷² ראו סעיף 7(ג)2 להצעת הרוב, בעמ' 24 לדוח ועדת גולדברג.

"In addition, persons released on bond for lengthy periods awaiting trial have an opportunity to commit other crimes... Moreover, the longer an accused is free awaiting trial, the more tempting becomes his opportunity to jump bail and escape".⁷³

אמנם, כאשר קיים יסוד סביר לחשש כי הנאשם יסכן את בטחונו של אדם, בטחון הציבור, או את בטחון המדינה" רשאי בית-המשפט להורות על מעצרו עד לתום ההליכים נגדו.⁷⁴ אולם, לעתים עברייני עלול לבצע עבירה חמורה נוספת אף אם בעת הגשת כתב-האישום הוחלט כי אין יסוד סביר לחשש שהוא יעשה כן, ולעתים קיים חשש כי העברייני יבצע עבירה נוספת שאינה מסכנת את בטחונו של אדם, הציבור או המדינה. התמשכות ההליכים הפליליים מקשה על מניעת התממשות חששות אלו. בדומה, גם החשש כי הנאשם ימלט מן הדין או יתחמק מהליכי שפיטה גדל ככל שמתארכים ההליכים נגדו.⁷⁵

שישית, התמשכות הדיונים, כשלעצמה, יוצרת עומס נוסף על רשויות האכיפה והמשפט. ככל שמתמשכים ההליכים, מתרבים ומתארכים הליכי הביניים על סוגיהם השונים, גדלים הקשיים באיתור ובזימון עדים ונאשמים לדיונים, וגדל הקושי להביא ראיות.

ריבוי הליכי הביניים מקורו הן בנאשמים והן בתביעה. נאשמים רבים מגישים בקשות לעיון חוזר על החלטות מעצר או לשחרור בערובה ועררים על החלטות בבקשות אלו, רק משום שתקופת שהותם במעצר או שחרורם בתנאים מגבילים ארוכה. אין ספק כי לו היו ההליכים מתנהלים מיום ליום עד למתן פסק-הדין, היה לצדדים עניין קטן בהרבה להשקיע את זמנם בהליכי ביניים אלו.

לריבוי הדיונים על מעצר גם סיבה נוספת. רבים מהתובעים ומהסנגורים סבורים כי להחלטה בדבר מעצר עד תום ההליכים השלכה מכריעה על המשך ההליכים. תיקים שבהם שוהים הנאשמים במעצר מתנהלים בקצב מהיר הרבה יותר, נוכח המגבלות הקבועות לתקופות מעצר בחוק. אולם חשוב מכך, העונש המוטל על נאשמים ששהו במעצר עד תום ההליכים הינו חמור יותר מהעונש המוטל על נאשמים בעבירות דומות שהיו משוחררים בערובה.⁷⁶ כל אלו נותנים תמריצים נוספים ובלתי ענייניים לתובעים ולסנגורים להיאבק על החלטות בדבר המעצר ומעודדים בקשות לעיון חוזר ועררים על החלטות אלו.

גם התביעה פותחת בהליכי ביניים רבים כשההליכים מתמשכים. עוד קודם להגשת כתב-האישום מוגשות בקשות להארכת תוקף של ערובה, או בקשות למעצר על-פי הצהרת תובע.⁷⁷ לאחר הגשת כתב-האישום מוגשות לא אחת בקשות להארכת תוקף של מעצר מעבר לתקופות הקצובות בחוק. ככל שמתארך ההליך יש צורך בהליכי ביניים רבים יותר כדי להגביל את חירותו של הנאשם.

⁷³ בעניין *Barker v. Wingo* 407 U.S. 514, 519-520 (1972). ראו גם ע"פ שוורץ, לעיל הערה 49.

⁷⁴ סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים.

⁷⁵ ראו בדברי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *Barker v. Wingo*, לעיל הערה 73 כפי שהובאו בטקסט להערה זו, וכן סעיף 21(א)(1)(א) לחוק המעצרים.

⁷⁶ ראו י' חסין ומ' קרמניצר, "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה", משפטים כב (תשנ"ד) 533. ראו על כך בפירוט להלן הטקסט הצמוד להערות 132-138. אין ספק כי להחשת הדין בתיקים בהם נאשמים עצורים יש השלכה על העונש המוטל. כמו כן, יש להניח כי בית-המשפט מתחשב, בעת קביעת העונש, ביתרת העונש שנתר לנאשם לרצות לאחר ניכוי תקופת המעצר, עובדה הפוגעת גם כן בנאשמים שהוחלט לעוצרם.

⁷⁷ ראו סעיף 7 (ד) לחוק סדר הדין הפלילי.

לעתים מוגשות לבית-המשפט העליון חמש ואף שש בקשות להארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים, כשכל בקשה מטילה עומס על התביעה, הסנגוריה ובית-המשפט (תובעת נוספת צריכה ללמוד את התיק ולייצג את המדינה בהליך⁷⁸, הסנגור צריך לנסוע לירושלים ממקום הימצאו ושופט של בית-המשפט העליון צריך ללמוד את התיק ולנהל את הדיון).

זאת ועוד, נאשמים שאינם עצורים בעת הדיונים מודעים לעובדה שחלוף הזמן פועל, במקרים רבים, לטובתם, הן מבחינת הקושי של התביעה להביא ראיות ובעיקר מן הטעם שהעונש בגין העבירה צפוי להיות קל יותר ככל שחולף הזמן. יתרה מכך, אף אם הדחייה לא צפויה לסייע להקלת עונשו של הנאשם, הרי שעצם דחיית מועד ריצוי העונש הינה תמורה מספקת המצדיקה נסיונות לדחות את הדיונים⁷⁹. מטעם זה להגנה יש לא אחת אינטרס לעכב את התמשכות ההליכים⁸⁰. כיוון שבית-המשפט עמוס, ידוע לנאשם כי כל דיון שיידחה ייקבע מחדש רק בעוד זמן ממושך. מצב זה מוסיף לתמריצים של ההגנה לפעול לביטול דיונים או לדחייתם, בידעם כי לכל מהלך כזה תהיה השפעה משמעותית על התמשכות ההליכים. ואכן, ממחקר שנערך בבתי-המשפט בתל-אביב-יפו בשנת 1989 עולה כי הרוב המכריע של הדחיות בכל שלבי הדיון נבע מסיבות הקשורות בהגנה⁸¹.

חלוף הזמן מביצוע העבירה מקשה גם על זימון עדים וחשודים. העדים שאותרו בעת החקירה, בסמוך לביצוע העבירה, משנים לא אחת מקום מגורים עד שהם נקראים להעיד, והרשות התובעת משקיע זמן רב באיתורים. גם זמנו של בית-המשפט מתבזבז במקרים רבים כאשר עדים המוזמנים אינם מופיעים לדיון.

זאת ועוד, במקרים רבים נכוונתם של מתלוננים להעיד נגד הנאשם הולכת ופוחתת ככל שחולף הזמן, ולכן הם מערימים קשיים על זימונם. לא אחת מאבד המתלונן עניין בהליך בחלוף הזמן ולעתים מערכת היחסים בינו לבין הנאשם משתנה עד לשלב המשפט, עד כי בעת המשפט אין הוא מעוניין עוד להעיד מטעם התביעה.

⁷⁸ זאת מכיוון שבדיונים בפני בית-המשפט העליון מייצגת את המדינה פרקליטה מהלשכה הראשית של פרקליטות המדינה בירושלים, בעוד שבערכאה הראשונה מטפלת בתיק פרקליטה מפרקליטות המחוז או מהתביעה המשטרית במרחב בו נמצא בית-המשפט. נוהג זה נקבע, בין השאר, כדי לחסוך מהתובעים הפזורים ברחבי הארץ להגיע לירושלים בכל מקרה בו מתקיים הליך ביניים כלשהו בתיק שבטיפולם בפני בית-המשפט.

⁷⁹ ראו לעיל הערה 66.

⁸⁰ ראו גם ריאיון עם ד"ר דוד וינר, סגן בכיר א וממונה, הסנגוריה הציבורית הארצית, מיום 15.11.01, להלן בסעיף 10.3.

⁸¹ מהמחקר עולה כי מבין 622 מועדי ההקראה שנדחו בבית-המשפט המחוזי, 31.5% נדחו בשל אי הופעת נאשמים או הופעתם כשאינם מוכנים, 41.8% נדחו בשל אי הופעת סנגורים או הופעתם כשאינם מוכנים – סך הכל 73.3% ממועדי ההקראה נדחו בשל סיבות הקשורות בהגנה. רק 2.6% ממועדי ההקראה נדחו בשל אי הופעת התובעים או הופעתם לא מוכנים, והיתר נדחו מסיבות אחרות. בבית-משפט השלום הייתה התמונה דומה. 60.1% מבין 646 ישיבות ההקראה שנדחו, נדחו בשל אי הופעת נאשם או הופעתו כשאינו מוכן, 13% מהישיבות נדחו בשל אי הופעת סנגור או הופעתו כשאינו מוכן – סך הכל 73.1% מהישיבות נדחו מסיבות הקשורות בהגנה. רק 4.5% מהישיבות נדחו מסיבות הקשורות בתביעה והיתר מסיבות אחרות. יצוין כי דחיות שנגרמו עקב הגשת בקשות לכופר או לעיכוב הליכים לא נחשבו סיבות הקשורות בהגנה בהקשר זה. התמונה מתמתנת מעט כאשר בוחנים את הסיבות לדחיות בשלבים מאוחרים יותר של ההליך, אך גם אז האחריות של ההגנה לדחיות מכריעה. כך, מרבית הדחיות של הישיבה הראשונה שלאחר מועד ההקראה נגרמות מטעמים הקשורים בהגנה. מבין 410 ישיבות שנדחו בשלב זה בבית-המשפט המחוזי, 36.8% מהדחיות היו מטעמים הקשורים בהגנה ורק 0.5% מהדחיות היו מטעמים הקשורים בתביעה. יתר הדחיות היו בעיקר מטעמים פרוצדוראליים רגילים (46%) אך גם בשל אי הופעת עדים (8.3%) או חוסר זמן של בית-המשפט (7%). בבית-משפט השלום הייתה ההגנה אחראית ל-39.6% מהדחיות והתביעה ל-0.9%. 5.6% מהדחיות נגרמו עקב בקשות כופר ועיכוב הליכים, 10.8% עקב קוצר בזמנו של בית-המשפט, 13.7% עקב אי הופעת עדים והיתר מטעמים פרוצדוראליים רגילים. גם לאחר תחילת המשפט ועד סיומו אחראית ההגנה לחלק המכריע של הדחיות (37.4% בבית-המשפט המחוזי, 40.7% בבית-משפט השלום), ואילו התביעה רק למיעוטם (7.2% במחוזי, 5% בשלום). ראו על הנתונים בפירוט אצל מן, לעיל הערה 45.

בדומה לקשיים בזימון עדים, לחלוף הזמן יש גם השלכה לעניין הקושי בזימון נאשמים. אך לקשיים הקשורים בשינוי מקום מגורים מצטרפים קשיים הנובעים מתפוגת הערובה שהופקדה להבטחת התייצבותם. על-פי סעיף 58 לחוק המעצרים, ערובה שהפקיד חשוד במשטרה תפוג בתום 180 יום מהפקדתה. מקום בו כתב-האישום מוגש בחלוף למעלה מ-180 יום ממועד שחרור הנאשם בערובה – וזהו המצב ביותר משליש מכתבי-האישום⁸² – הנאשם אינו חשוף עוד לסנקציה של מימוש הערובה כאשר הוא נמנע מלהגיע לדיון. איתור וזימון נאשמים שהערובה להתייצבותם אינה תקפה עוד הינם משימות קשות הרבה יותר, אשר לצורך ביצוען נדרשות הפרקליטות והמשטרה להשקיע משאבים רבים הרבה יותר.

אין למעט בחשיבות גורם זה. בשיחות שערכתי עם אחד מראשי לשכות התביעה המשטרית הסובלת מעיכובים משמעותיים בהגשת כתבי-אישום, הוצגה לי הבעיה של איתור עדים ונאשמים כגורם שצורך זמן רב מהתובעים הפועלים בלשכה, והמביא, חדשות לבקרים, לדחיית דיונים ולבזבוז זמן משמעותי לבית-המשפט⁸³. ביחידות תביעה שבהם פערי הזמן בין ביצוע העבירה לבין מועד ניהול התיק הצטמצמו, חלה במקביל הקלה משמעותית באיתור העדים והנאשמים וגידול בשיעור הופעתם לדיונים.

כל דחייה בדיון, מכל סיבה שהיא, מטילה נטל נוסף על בית-המשפט ועל התביעה. לקראת כל דיון נדרש בית-המשפט ללמוד את התיק כדי לשחזר בזיכרונו את שאירע בדיונים הקודמים. כפי שציינתי השופט (כתוארו אז) ש' לוי בהתייחסו להפרת הוראת רציפות הדיון:

"ישבתי גם אני, כמו שופטים אחרים, בשעתו כשופט של ערכאה ראשונה וקיימתי דיונים מיום ליום, ואין לי ספק, שצורת דיון זו תרמה לייעול משמעותי ביותר בהליכים; לדידי, לא עומס ההליכים הוא שמונע ציות בתי-המשפט למצוות המחוקק הכלולה בסעיף 125 הנ"ל, אלא אי ציות לכלל האמור הוא אחד מהגורמים המרכזיים להגדלת עומס העבודה בבתי-המשפט"⁸⁴.

גם זמן רב של התביעה אינו מנוצל ביעילות מקום בו תובעת מתבקשת ללמוד שוב ושוב את התיק בין דיון לדיון כאשר הדיונים רחוקים זה מזה. כאשר דיונים רבים נדחים, הזמן שהושקע בלימוד התיקים לקראתם יורד לטמיון והתובעת נדרשת להכניס מחדש לקראת הדיון הבא.

זאת ועוד, לא אחת בין דיון לדיון מתחלפת התובעת. למעשה בשלבים שלפני תחילת שמיעת הראיות כלל לא נהוג להצמיד תובעת לתיק. זאת מכיוון שכמות התיקים היא כה רבה שתיקים הקבועים להקראה או לדיון בשאלת המעצר מטופלים על-ידי תובעת תורנית המגיעה לבית-המשפט לצורך כל אותם תיקים ביום מסוים. בדרך זו נחסך מהתובעות להגיע מדי יום לבית-המשפט ולהמתין זמן רב לריק עד שישמע התיק אותו הן מנהלות. אולם נוכח הדחיות הרבות בדיונים, התיק מועבר מתובעת לתובעת, דבר המחייב לימודו פעמים רבות על-ידי תובעות רבות. יצוין כי תחלופה דומה קיימת לעתים גם בשלב הטיעונים לעונש, כך שביחידות תביעה רבות, רק בשלב הראיות צמוד התיק לתובעת אחת מסוימת. זאת ועוד, נוכח התמשכות ההליכים והתחלופה

⁸² ראו דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 367.

⁸³ ראו ריאיון עם ראש יחידת תביעות, מיום 9.1.00, להלן בסעיף 10.14.

⁸⁴ ראו בג"ץ 4974/92 עו"ד יעקב רובין נ' כבוד השופט סגלסון, פ"ד מו(5) 772, בעמ' 782.

הרבה של תובעות בפרקליטות ובמשטרה קורה לא אחת כי גם בשלב שמיעת הראיות יש צורך להחליף את התובעת המנהלת את התיק, דבר המחייב לימוד התיק מחדש בשלב קשה זה.

כל המטלות הללו, המתווספות לעבודת בית-המשפט והתביעה נוכח העיכובים, מקשות על הרשויות להתמודד עם העומס הקיים וגורמות לעיכובים נוספים. עיכובים אלו גורמים לריבוי הליכי ביניים, ריבוי בקשות לדחיית דיונים, קשיים בזימון עדים וחשודים ולניצול לקוי של זמן בלימוד תיקים. כל אלו מוסיפים לעומס ולדיונים וחוזר חלילה.

לעיכובים הרבים השלכה גם על היכולת של ההליך הפלילי להביא לגילוי האמת ועל נכונות פסק-דין בהתאם. מעבר לקושי בזימון עדים בחלוף הזמן עלול העיכוב בין מועד ביצוע העבירה לבין מועד שמיעת הראיות להקשות מאוד על הבאת ראיות אמינות. חלק מהראיות אינן עוד בנמצא בחלוף הזמן. לא אחת בעת קיום המשפט חלק מן העדים כבר אינם בין החיים או שעזבו את המדינה. לעתים נוכח חלוף הזמן מעת תפיסת הראיות, יש להשיבם לבעליהם ולאחר השבתם, במקרים רבים, לא ניתן עוד למצאן⁸⁵. גם עדים המופיעים לדיון עלולים להתקשות להיזכר בפרטי אירועים שאירעו חודשים רבים או שנים קודם למועד עדותם. כל אלו מקשים על הצדדים להוכיח את טענותיהם ועלולים להביא להכרעות דין מוטעות.

בעיית העיכובים בדיונים עקב העומס אינה ייחודית לישראל. בכל העולם מתמודדות מערכות המשפט עם בעיות דומות, ומכירות בבעיה. במסמכים החוקתיים המרכזיים בארצות המערב מוכרת הזכות למשפט מהיר כאחת מזכויות האדם. כך באמנה האירופית לזכויות האדם (אמנת רומא) נקבעה הזכות של עצור להופיע בפני שופט תוך זמן סביר⁸⁶, כמו גם הזכות של כל נאשם למשפט בתוך זמן סביר⁸⁷.

גם בחוקת ארצות-הברית קבועה זכותו של נאשם למשפט מהיר⁸⁸. הוראה זו פורשה כמיועדת להגן על שלושה אינטרסים של הנאשם: אינטרס החירות, כלומר, מניעת פגיעה בלתי צודקת בחירותו בדרך של מעצר; אינטרס הביטחון, קרי, מזעור החרדה והחשש של אדם העומד בפני אישום ציבורי ואינטרס הצדק הדיוני, דהיינו, הגבלת האפשרות שהתמשכות ההליך תפגע ביכולת הנאשם להגן על עצמו⁸⁹. מאוחר יותר הכירה הפסיקה גם באינטרס רביעי, הוא האינטרס החברתי, הנפגע מחוסר היכולת של בתי-המשפט להתמודד עם עומס התיקים. העיכובים מאפשרים לנאשם להגיע להסדרי טיעון מקלים ולהרשעה בעבירות קלות יותר, מגדילים את

⁸⁵ ראו סעיף 35 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 הקובע כי "אם תוך ששה חדשים מיום תפיסת החפץ על-ידי המשטרה, או מיום שהגיע לידיה, לא הוגש המשפט אשר בו צריך החפץ לשמש ראיה ולא ניתן צו על אותו חפץ לפי סעיף 34, תחזיר המשטרה את החפץ לאדם אשר מידיו נלקח; אך רשאי בית-משפט שלום, על-פי בקשת שוטר מוסמך או אדם מעוניין, להאריך את התקופה בתנאים שיקבע".

⁸⁶ ראו סעיף (3)5 **לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד**, רומא, 1950. ליישומו של סעיף זה ראו P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., Hague, 1998), 373-381.

⁸⁷ ראו סעיף (1)6 לאמנה. על-פי הדין באירופה לצורך בחינת משך הזמן יכול שיחשיבו תאריך הקודם למועד הגשת כתב-האישום הפורמלי, כאשר הרשויות נקטו עובר לאותו תאריך בפעולות הגורמות לנאשם להבין כי הוא עומד בפני תביעה פלילית, ולכן להיות תחת המתח של הליך משפטי. לפיכך משך הטיפול בתיק על-ידי רשויות החקירה והתביעה חייב במקרים מסוימים להיות גם הוא כפוף לדרישת הזמן הסביר. סיום ההליך הינו בשלב בו גזר-הדין סופי, דהיינו גם תקופת הערעור נכללת במסגרת הזמן הנמדד. עם זאת, יצוין כי התרופה הראויה במקרה של הפרה, כפי שנקבע בפסיקת בית-הדין לזכויות האדם, אינה בהכרח ביטול ההליך אלא ניתן לפצות את הנאשם בדרכים אחרות, כגון על-ידי הפחתה בעונשו. ראו van Dijk לעיל הערה 86, בעמ' 442-450.

⁸⁸ ראו תיקון מס' 6 לחוקת ארצות-הברית של אמריקה, הקובע את הזכות למשפט פומבי ומהיר.

החשש שנאשמים המשוחררים בערובה יבצעו עבירות נוספות בעת שההליך נגדם מתנהל, מגדילים את החשש להימלטות מן הדין, ופוגעים באפקטיביות של הענישה⁹⁰. אף שניתן היה לסבור כי התיקון לחוקה נועד להגן על האינטרסים של הנאשם בלבד, קבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי הסעיף המחייב לקיים משפט מהיר מגן גם על האינטרסים החברתיים⁹¹. גם ההוראה בצירטר הקנדי, המחייבת משפט בתוך זמן סביר, פורשה כמגנה הן על האינטרסים של הנאשם והן על האינטרסים של החברה בקיום הליך משפטי מהיר⁹².

השאלה אם הופרה הזכות החוקתית למשפט מהיר נקבעת בארצות-הברית על-ידי איזון בין ארבעה גורמים: משך ההליך, הסיבות להתמשכותו, עמידת הנאשם על זכותו למשפט מהיר, והחשש שהעיקוב ישפיע על התוצאה לרעת הנאשם⁹³. בקנדה אומץ מבחן דומה אלא ששם, אין על הנאשם נטל לעמוד על זכותו למשפט מהיר כדי להראות שהזכות הופרה, ודי לו להראות כי הוא לא ויתר על הזכות⁹⁴. הן בארצות-הברית והן בקנדה, התרופה היחידה בגין הפרת הזכות הינה דחיית התביעה⁹⁵. גם מדינות אחרות הכירו בזכות החוקתית למשפט מהיר⁹⁶.

הזכות למשפט מהיר איננה מעוגנת מפורשות בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, חלק מן האינטרסים הנפגעים מעיכובים בהבאה לדין ובשמיעת המשפט מוגנים במסגרת חוק-היסוד. כך, למשל, לא יכולה להיות מחלוקת כי האינטרס של הנאשם להיות חופשי ממעצר בטרם נקבעה אשמתו מוגן תחת הזכות לחירות הקבועה בחוק-היסוד⁹⁷. ואכן, בית-המשפט העליון הכיר בהחזקת עצורים במעצר עד תום ההליכים משך תקופה ארוכה כפגיעה בזכותם החוקתית לחירות הגוף⁹⁸. נראה כי גם כאשר המגבלות על חירותו של האדם חמורות פחות, כגון במקרה בו שוחרר הנאשם בערובה ובתנאים מגבילים, זכאי הנאשם כי המגבלות לא יוטלו עליו לתקופה העולה על הנדרש.

אולם סבורני כי לא רק "אינטרס החירות" כפי שכונה במשפט האמריקני, מוגן תחת הזכות החוקתית למשפט מהיר בישראל. גם "אינטרס הביטחון" כלול תחת ההגנות המוקנות בחוק-היסוד. הטלת אשמה באדם בדרך של חשד, חקירה או הליך משפטי פוגעים בכבודו של האדם ובשמו הטוב, עוד קודם להרשעתו. כבודו של האדם ושמו הטוב מוגנים תחת כנפי חוק-היסוד⁹⁹.

⁸⁹ ראו *U.S. v. Ewell* 383 U.S. 116, p. 120 (1960).

⁹⁰ ראו פסק-דין *Barker*, לעיל הערה 73, בעמ' 519-520.

⁹¹ ראו גם *Dickey v. Florida* 398 U.S. 30, p. 42 (1970).

⁹² ראו 15-9, *M. A. Code, Trial Within Reasonable Time* (Ontario, 1992).

⁹³ ראו *Barker*, לעיל הערה 73, בעמ' 530.

⁹⁴ ראו *Code*, לעיל הערה 92, בעמ' 16-20. בחלק ממדינות ארצות-הברית אימצו בתי-המשפט את המבחן הקנדי המקל יותר עם הנאשם, ראו שם.

⁹⁵ ראו *Barker*, לעיל הערה 73, בעמ' 522, וכן *Code*, לעיל הערה 92, בעמ' 20. לביקורת על עמדה זו ראו A. Amsterdam, "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies", 27 *Stan. L. Rev.* 525 (1975).

⁹⁶ למצב באירלנד ובבריטניה ראו B. Doherty & S. O'keeffe "Justice Denied: Delay in Criminal Cases" 49 *N. Ir. Legal Q.* (1998) 385. הזכות למשפט בלא עיכובים מופרזים מעוגנת גם במגילת הזכויות של ניו זילנד *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, s. 25.

⁹⁷ ראו סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁹⁸ ראו למשל, בג"ץ **צמח**, לעיל הערה 29, בש"פ **מיכאלוב**, לעיל הערה 57, וכן בש"פ 6605/97 **מדינת ישראל נ' סלימאן ואח'**, פ"ד נא(5) 105, בעמ' 190 שם קבע השופט זמיר, במסגרת בקשה להארכת מעצר מעבר לשנה, כי זכות הנאשם להשתחרר ממעצר בתום שנה מתחזקת נוכח הוראות חוק-היסוד.

⁹⁹ ראו סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כאשר החשוד או הנאשם נתון שנים רבות תחת אשמה המוטלת בו על-ידי הרשויות, ואשמה זו לא הוכחה, הפגיעה בשמו הטוב ובכבודו עלולה להיות בלתי מידתית. לפיכך, גם כאשר הנאשם אינו במעצר, ואף כאשר הוא אינו נתון למגבלות פורמליות כלשהן, התמשכות ההליכים נגדו עלולה לגרום לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד.

בדומה, גם אינטרס הצדק הדיוני מוגן תחת כנפי חוק-היסוד. נאשם שהגנתו נפגעה נוכח העיכובים בהליך, עלול לקבל עונש הפוגע בחירותו, בקניינו או בכבודו רק משום שהגנתו נפגעה. זכות הנאשם להוכיח את חפותו בהליך הוגן מחייבת הגנה גם על אינטרס הצדק הדיוני.

אם כן, כל שלושת האינטרסים של הנאשם, עליה נועדה הזכות החוקתית למשפט מהיר בארצות-הברית ובקנדה להגן, מוגנים חוקתית גם בישראל. מתוך ההגנה על החלקים, מוגן גם השלם.

יצוין, כי יש הסבורים כי זכות הנאשם למניעת עינוי דין נגזרת ישירות מכבוד האדם, אף בלא צורך להראות שהעיכובים פוגעים באינטרסים מוגנים אחרים¹⁰⁰. ניתן להעלות ספק אם אכן ראוי לבסס את הזכות למשפט מהיר על פרשנות רחבה מעין זו¹⁰¹, אולם בין בדרך ישירה ובין בדרך עקיפה, הזכות למשפט הוגן, ובכללה הזכות למשפט בתוך זמן סביר, הינה זכות חוקתית.

לפיכך, גם בישראל עומדת לאדם זכות למשפט פלילי בתוך זמן סביר¹⁰². מציאת דרכים להקל על עומס התיקים בבת-המשפט ובתביעה אינה רק צורך פונקציונאלי. זוהי חובה חוקתית המוטלת על רשויות השלטון, שהימנעות ממנה מהווה פגיעה שלא כדין בזכויות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סעיף 125 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "מש[ה]הוחל בגביית הראיות ימשיך [בית-המשפט] ברציפות יום יום עד גמירא, זולת אם ראה, מטעמים שירשמו, כי אין כל אפשרות לנהוג כך". סעיף זה אינו מקוים. נדירים ביותר הם התיקים שבהם מתנהל שלב הראיות ברציפות יום יום. ברוב המקרים, גם אם הנאשם עצור בעת ההליך, הדיונים מתקיימים בפערים של שבועות ואף חודשים בין האחד לשני. בתי-המשפט כלל לא נוהגים לקיים את הוראות החוק ואינם טורחים לרשום את הטעמים שהביאו אותם לדחות את מועד הדיון. למעשה בתי-המשפט מתעלמים מהוראה זו¹⁰³.

אולם, גם אם יירשמו הטעמים, ההפרה לא תתוקן. העומס על בית-המשפט אינו יכול לשמש טעם מספק להתעלמות מהוראת סעיף 125. הדרישה לרישום הטעמים מלמדת כי הפרת הוראת

¹⁰⁰ ראו א' ברק, **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג, תשנ"ד), 432: "כבודו של האדם (בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד) וחירותו של אדם' בסעיף 5 לחוק היסוד, [מהווים] בסיס ראוי שעליו ניתן להשתית זכויות אדם שונות המקובלות בהליך הפלילי, ושאינן מוצאות את ביטויין בהוראות המיוחדות העוסקות בחיפוש, במעצר ובמאסר. כך למשל מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכות לעורך-דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין".

¹⁰¹ השווה גרוס, "הזכויות הדיוניות", לעיל הערה 29, בעמ' 169-170.

¹⁰² קשה יותר לבסס את ההגנה על האינטרס החברתי במשפט מהיר על הוראות חוק-היסוד. עם זאת, כפי שצוין לעיל, בקנדה ובארצות-הברית הוכר אינטרס זה במסגרת ההגנה החוקתית אף שהוראות החוקה, על-פי לשונן, התייחסו לזכויות הנאשם בלבד. לפיכך, שאלת ההגנה החוקתית על האינטרס החברתי מחייבת בחינה מעמיקה יותר, החורגת מגבולות מחקר זה.

¹⁰³ ראו ע"פ **ורטהים**, לעיל הערה 52, בעמ' 228-231; בש"פ 3838/90 **מדינת ישראל נ' שילון**, פ"ד מד(4) 360, בעמ' 366-367.

הרציפות צריכה להיות החריג ולא הכלל¹⁰⁴. כפי שציין בית-המשפט העליון בסיטואציה אחרת, קשיים מינהליים בביצוע הוראת חוק אינם עילה לגוף שלטוני לעשות דין לעצמו ולפעול בניגוד לחוק¹⁰⁵. דברים אלו נכונים גם כלפי בית-המשפט. לא ניתן להצדיק בקשיים מינהליים ביטול דה פקטו (בלא ביטול דה יורה) של הוראת סעיף 125 הנ"ל. העומס המוביל את בית-המשפט להתעלם מהחוק פוגע באמון הציבור בבית-המשפט ומקשה על דחיית טענות דומות של רשויות אחרות.

3.3. השלכות העומס – סגירת תיקים

לעיכוב הטיפול בתיקים השלכות שליליות רבות, ללא יתרונות בצידן שכן אין בעיכובים כדי להקל על עומס העבודה. אמנם דחיית הטיפול בתיקים מורידה מהעומס הנוכחי, אולם העברת העומס לעתיד אינה פותרת את הבעיה המתמשכת. אילו הדרך היחידה להתמודדות עם העומס הייתה באמצעות דחיות ועיכובים, הייתה מערכת המשפט מגיעה חיש מהר לדיונים המתמשכים עשרות שנים ולשיתוק מוחלט. מכאן נוצר הצורך לצמצם את מספר התיקים הפליליים המטופלים.

בעיה נוספת שיוצר עומס העבודה הינה, אם כן, חוסר היכולת של מערכות המשפט, התביעה והחקירה לטפל בכל התיקים הראויים לטיפול ולהגיש בהם כתבי-אישום. העומס על מערכות התביעה והחקירה מאלצן לוותר על טיפול בחלק ניכר מהתיקים. במסגרת המשאבים המוגבלים, התביעה צפויה להעדיף לטפל במספר תיקים פשוטים יחסית, על פני תיק אחד שהטיפול בו צפוי להימשך שנים רבות, לרתק משאבי גדולים של רשויות האכיפה, ולהסתיים זמן רב לאחר ביצוע העבירה באופן הפוגע ברלבנטיות של העונש המוטל במסגרתו. לפיכך, ידיעת התובעים כי תיק מסוים מסובך וכי הדיון בו צפוי להתמשך שנים רבות צפויה להרתיע גם היא את התביעה מהגשת כתבי-אישום.

כבר בשלב החקירה תיקים קלים רבים מוגדרים מראש על-ידי המשטרה כתיקי אי תביעה ולא נחקרים. פקודות הקבע של המשטרה אף קובעות כי במקרים רבים אין לפתוח בחקירה כלל. כך, למשל, נקבע בפקודות כי אין לפתוח בחקירה בעבירות של שבועת שקר ועדות שקר במשפט אזרחי, אלא אם בית-המשפט המליץ על חקירת משטרה או קבע בפסק-דינו כי הנילון מסר עדות כוזבת. בדומה, פקודות הקבע קובעות שורה של עבירות שלא יחקרו ובכללן עבירות מסוימות על חוק שירות ביטחון, תשי"ט-1959 ועוד. בפועל גם עבירות רבות אחרות כמעט ולא נחקרות בשל חוסר בכוח-אדם ובמשאבים. כפי שמציין כספי:

"בדרך כלל המשטרה משקיעה מאמצים ומשאבים רבים לגילוי מבצעים של העבירות החמורות, כמו: רצח, שוד, אונס וכד' על-ידי מינוי צוותי חקירה מיוחדים (צח"ם) המקדישים את כל מרצם לפענוח העבירות. העבירות

¹⁰⁴ כך פורשה הדרישה לרישום טעמים להעמדה לדין בעבירות מינהליות. ראו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501. שם נקבע כי החובה לרשום טעמים להגשת כתב-אישום מלמדת כי הגשת כתב-אישום חייבת להיות החריג ולא הכלל.

¹⁰⁵ ראו בג"ץ 2126/99 דה ס נ' עיריית תל אביב יפו ואח', פ"ד נד(1) 468, בעמ' 478. באותו מקרה נמנעה עיריית תל-אביב מלהטיל קנסות מינהליים על עברייני תנועה שחננו על המדרכה ובמקום זאת הגישה עבירות קנס, וזאת בכל המקרים ובלא לרשום את הנימוקים להעדפת ההליך הפלילי על פני ההליך המינהלי כנדרש בחוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985. בית-המשפט כלל לא בחן את טענות העירייה, כי ההליכים המינהליים אינם ישימים, בקובעו כי טענה זו אינה בסיס להתעלמות מהחוק. אולם דברים אלו נכונים גם לגבי בתי-המשפט עצמם המתעלמים מידי יום מהוראת סעיף 125 הנ"ל.

החמורות זוכות לאחוז גילויים גבוה. מאידך, בעבירות כמו גניבת רכב, גניבה מרכב, והתפרצויות אחוז הגילויים נמוך למדיי¹⁰⁶.

אולם גם רבים מהתיקים שנחקרים אינם מגיעים לידי כתב-אישום. מדובר בעיקר בעבירות קלות, שאין קושי גדול בחשיפת מבצעהן או בחקירתן, והן מועברות לתביעה. כך, לדוגמא, חוקרת המשטרה עבירות קלות של תקיפה סתם¹⁰⁷, היזק קל לרכוש¹⁰⁸ או איומים¹⁰⁹ שמקורן בסכסוך אזרחי, חברתי או סכסוך שכנים ועבירות של ונדליזם. החקירה הנדרשת כוללת, לכל היותר, גביית עדות מהמתלונן ומעדים (לעיתים שוטרים שהגיעו לפי קריאת המתלונן למקום האירוע) וחקירת החשוד, כאשר לרוב די בחקירה קצרה זו כדי לבסס את כתב-האישום. למרות זאת, נוכח העומס, חלק גדול מתיקים אלו נגזז על-ידי המשטרה או נסגר על-ידי תובע מחוסר עניין לציבור.

למעשה, אחת לכל תקופה, לאחר שמצטברים ביחידות התביעה תיקים רבים לטיפול, נערך בלשכת התביעות "מבצע חיסול תיקים" שבמסגרתו נסגרים ונגזזים תיקים רבים שבהכנתם הושקע זמן לא מבוטל, אף אם במצב הרגיל היו מוגשים כתבי-אישום בגין תיקים אלו¹¹⁰.

רושם כללי על מימדי התופעה של סגירת תיקים ניתן למצוא מסיווג התיקים במשטרה, בעת קבלת תלונה. על-פי פקודות המטה הארצי, מקום בו מתקבלת תלונה בעבירות קלות, על הקצין המוסמך להחליט כיצד לסווגה¹¹¹. אם התלונה אינה מגלה עבירה פלילית, היא נגזזת בתיק חקירות כללי או תיק סיור כללי. במקרה שהתלונה מגלה חשד לעבירה, על הקצין להחליט אם לפתוח תיק פרטי אירוע (פ"א) או תיק אי תביעה (א"ת). ככלל, תיק אי תביעה נגזז בלא להמשיך בחקירה, בעוד שתיק פרטי אירוע מועבר לאחר חקירה לתובע או לקצין משטרה שהוסמך לכך בפקודות, לסגירה או להמשך הליכים. מהאמור לעיל עולה, כי בתיק המסווג כאי תביעה מתויקות תלונות אשר מגלות חשד לביצוע עבירה של חטא או עוון, אך כבר בשלב הראשוני הוחלט כי אין עניין לציבור בחקירת החשדות¹¹².

מנתוני הדוח הסטטיסטי של המשטרה עולה, כי מתוך 515,189 תיקי חקירה שנפתחו בשנת 1998, 128,520 סווגו כתיקי אי תביעה – דהיינו 25%. מספר זה, גדול ככל שיראה, רחוק מלייצג את חומרת הבעיה. על-פי הפקודה, תיקי פשע, גם קלים ביותר, כמעט שאינם מסווגים כתיקי אי תביעה, אף אם ברור שלא יוגשו תביעות בגין תיקים אלו. זאת מכיוון שהסמכות לגנוז את התיקים נתונה לפרקליטות בלבד¹¹³. כאשר בוחנים את סיווג התיקים לפי סוגי העבירות מתברר שבעבירות קלות יותר, אך עם השלכה משמעותית על איכות חיי הפרט בחברה, שיעור סיווג התיקים כתיקי אי תביעה גדול בהרבה. כך, למשל, בעבירות של תקיפה, למעט תקיפת עובד ציבור

¹⁰⁶ ראו כספי, לעיל הערה 2, בעמ' 56.

¹⁰⁷ ראו סעיף 378 לחוק העונשין.

¹⁰⁸ סעיף 452 לחוק העונשין.

¹⁰⁹ סעיף 192 לחוק העונשין.

¹¹⁰ ראו דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 384.

¹¹¹ "הטיפול בתלונה ובתיק חקירה", פקודות המטה הארצי (להלן פקודת מטא"ר), מס' 14.01.01 מיום 1.8.94, י"פ 4230, תשנ"ד (14.7.94), 4261 פסקאות ה, ו. הקצין המוסמך הינו קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה ראו סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹¹² תיק יכול שישווג כתיק אי תביעה גם מן הטעם שיש רשות אחרת המוסמכת לחקור בעניין. ראו פסקה ו(1)(א) לפקודת המטא"ר, לעיל הערה 111. אולם שיעור התיקים המסווגים כתיקי א"ת מטעם זה זעום.

¹¹³ ראו סעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי. במקרים חריגים, על-פי פקודת המטא"ר, רשאי קצין משטרה לגנוז תיק פשע כתיק אי תביעה, לאחר קבלת אישור הפרקליטות. ראו פסקה ו(2) לפקודת המטא"ר, לעיל הערה 111.

או תקיפה הגורמת חבלה, שיעור תיקי אי התביעה הינו כ-63%, והתמונה דומה גם בעבירות איומים¹¹⁴. שיעור תיקי האי תביעה גבוה עוד יותר אם מנכים מהרשימה את עבירות התקיפה והאיומים בין בני זוג, שכן במקרה של אלימות במשפחה, בדרך כלל, פותחת המשטרה תיק פרטי אירוע¹¹⁵. עוד יש לציין כי ברוב התיקים שסווגו כתיקי אי התביעה בעבירות תקיפה ואלימות, החשוד היה אדם זר לקורבן¹¹⁶.

בנוסף, וזה העיקר, סיווג התיק הינו רק המסננת הראשונה שעל התיק לעבור בדרך להחלטה על הגשת כתב-אישום. חלק גדול מהתיקים המסווגים כתיקי פרטי אירוע נסגרים בלא שמוגש כתב-אישום, בשלב מאוחר יותר¹¹⁷. יצוין כי הנתונים מתייחסים רק לעבירות המטופלות על-ידי המשטרה והם אינם כוללים עבירות תעבורה קלות.

אין הכוונה לומר כי כל אותם תיקים שאינם מגיעים לכדי כתב-אישום נגזים למרות שהיו די ראיות לביסוס האשמה. זאת ועוד, רבים מהתיקים שנסגרו מחוסר עניין לציבור, היו נסגרים גם בלא קשר למגבלת המשאבים של המערכת. עם זאת, אין ספק שבעיית העומס הינה מן השיקולים המרכזיים בסגירת תיקים.

בית-המשפט הכיר במגבלת המשאבים של בתי-המשפט והתביעה כנימוק לסגירת תיקים¹¹⁸. בעקבותיו גם רשויות החקירה והתביעה נתנו ביטוי מפורש לנימוק זה בהנחיותיהם הפנימיות. כך, בפקודות הקבע של המשטרה נקבע, בין השיקולים לסגירת תיקים, גם "סדר העדיפויות של בתי-המשפט (בהתחשב בכוח האדם ובזמן העומד לרשותם)"¹¹⁹. ובהנחיות פרקליטת המדינה נקבע כי שיקולים מוסדיים של מגבלת כוח-אדם בתביעה ומחסור בזמן שיפוטי מחייבים קביעת סדרי עדיפות בהעמדה לדין¹²⁰.

¹¹⁴ בשנת 1988 עמד שיעור תיקי אי התביעה מתוך תיקי התקיפה על 62.9% (21,835 מתוך 34,740 תיקים). בשנת 1997 היה שיעור תיקי אי התביעה מתוך כלל תיקי התקיפה 64% (23,784 מתוך 37,052). בעבירת האיומים, 62% מהתיקים סווגו כתיקי אי תביעה (27,903 תיקים מתוך 44,978). ראו **הפשיעה בישראל, 1988** דוח סטטיסטי (בהוצאת משטרת ישראל, אג"ת, סטטיסטיקה, 1999), 90 ו-97.

¹¹⁵ כ-79% מתיקי האלימות בין בני זוג נפתחים כתיקי פרטי אירוע ורק 21% כתיקי אי תביעה. לפיכך, ברי כי הכללת תיקי התקיפה בין בני זוג במסגרת כלל תיקי התקיפה מורידה את הממוצע של תיקי אי התביעה בתיקי התקיפה. כיוון שנתוני המשטרה אינם כוללים מידע מפורט על שיעור תיקי אי התביעה מתיקי התקיפה בין בני זוג (אלא רק על שיעור תיקי אי התביעה מתיקי האלימות בין בני זוג), אין דרך לחשב בדיוק את שיעור תיקי אי התביעה מתיקי התקיפה שלא בין בני זוג.

¹¹⁶ בשנת 1998, מבין 21,835 תיקי אי התביעה בעבירות תקיפה, היו 14,233 תיקים בהם החשוד היה אדם זר לקורבן; 2418 תיקים בהם החשוד היה שכן של הקורבן; 1271 תיקים בהם הוא היה חבר או קרוב של הקורבן; 211 תיקים בהם היה החשוד עובדו או מעבידו של הקורבן; 442 תיקים בהם הוא היה בן זוג; 1921 תיקים בהם היה ביניהם קשר משפחה אחר (אב, אם, בן, בת, אח, דוד או הורה חורג); ו-1817 תיקים בהם היה קשר אחר בין הצדדים. ראו **הפשיעה בישראל, 1998**, לעיל הערה 114, בעמ' 98.

¹¹⁷ לכאורה, לאחר שנפתחה חקירה, מוסמך רק תובע להחליט שלא לסגור את התיק בלא להגיש כתב-אישום. ראו סעיף 60 לחוק סדר הדין הפלילי. בפועל הסמך מפכ"ל המשטרה בהוראה כללית קבוצה של בעלי תפקידים, ביניהם מפקדי תחנות המשטרה וסגניהם, ראשי משרדי החקירות בתחנות המשטרה ועוזריהם וקצינים נוספים בנפות, במרחבים, במחוזות ובמטה הארצי, כתובעים לפי סעיף 12 לחוק, וזאת רק לצורך סגירת תיקים כמפורט בפקודת המטא"ר. ספק רב אם הסמכה זו חוקית. נראה כי מנוסח החוק מתחייבת הסמכה פרטנית לכל תובע בנפרד. בכל מקרה, בפועל נוצר מצב בו תיקי פרטי האירוע מועברים לגורמים אלו המוסמכים להחליט על סגירתם. אם התיק לא נסגר בשלב זה, הוא מועבר לתובע, בפרקליטות או במערך התביעות המשטרתי, המוסמך גם הוא לסגור את התיק. בפועל, רובם הגדול של התיקים שסווגו כתיקי פרטי אירוע נסגרים ולא מגיעים לכדי כתב-אישום.

¹¹⁸ ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור), בעמ' 510.

¹¹⁹ פסקה ח(4)(ד) לפקודת המטא"ר, לעיל הערה 111.

¹²⁰ "מדיניות התביעה בהחלטות על העמדה לדין וסגירת תיקים – שיקולים לסגירת תיק בשל העדר עניין לציבור", **הנחיות פרקליטת המדינה**, הנחיה 1.1 (1.8.02).

עם זאת, נראה כי המציאות מכתובה מצב בו היקף התיקים הנסגרים נוכח העומס הינו גדול בהרבה ממה שעשוי להשתמע מקריאת הנחיות אלו. נוכח זמני ההמתנה הארוכים הצפויים לכל תיק, נסגרים כדרך שיגרה עבירות קלות רבות, בלא שמוגש בגינן כתב-אישום. סגירתם הסיטונאית של תיקים קלים רבים, פוגעת באכיפה ובהרתעה הנדרשות למניעת עבירות אלו. אולם, מעבר לכך, היא פוגעת באמון הציבור במשטרה¹²¹.

זאת ועוד. לא רק תיקים קלים נסגרים נוכח עומס העבודה. תיקים סבוכים רבים נסגרים גם הם נוכח הזמן הרב הדרוש לטיפול בהם. במקרים מעטים נסגר התיק כבר בעת הגעתו לפרקליטות, כאשר השיקול של עומס העבודה הנוסף הכרוך בהכנת כתב-האישום ובניהול התיק הינו אחד השיקולים בהחלטה לסגור. במקרים אחרים, נסגרים התיקים בשלב מאוחר יותר, לאחר המתנה של שנים לתובע שיתפנה לבחון אותם. כאשר התיקים נבחנים בתום שנים רבות, עלול העיכוב הרב לגרום לפיחות משמעותי בראיות, שיצדיק את סגירתו. כך, למשל, נסגרים תיקים מחוסר ראיות, נוכח חלוף הזמן עד לטיפול בהם בתביעה בשל היעלמותם של ראיות במהלך השנים, מותם או עזיבתם של עדים, בשל החשש כי העדויות הקיימות ישמעו פחות אמינות בחלוף הזמן או נוכח קשיי הזיכרון הצפויים לעדים בבית-המשפט.

יתרה מכך, בחלק גדול מהתיקים הסבוכים, לאחר בחינתם על-ידי תובע, מתברר כי יש צורך בהשלמת חקירה כדי להוכיח את אחד מיסודות העבירה, להפריך טענות אליבי צפויות או מטעמים אחרים¹²². במקרים רבים, נוכח חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירה, לא ניתן עוד להשלים את החקירה, והתיק נסגר מחוסר ראיות. במקרים אחרים, העיכוב בטיפול פוגע בעניין שיש לציבור בניהול התיק¹²³.

3.4. השלכות העומס – הפגיעה בשוויון וביחסיות באכיפת החוק

השלכה חמורה במיוחד של בעיית העומס, שלא זוכה להתייחסות רבה, הינה הפגיעה של בעיה זו בשוויון באכיפת החוק. עקרון השוויון קובע חובה לנקוט גישה דומה כלפי אנשים שאין ביניהם שוני רלבנטי, ולהעניק יחס שונה כלפי מי שיש ביניהם שוני רלבנטי, כתלות באותו שוני¹²⁴. במילים אחרות, מערכת אכיפה שוויונית מחייבת כי על מי שביצעו עבירות דומות בנסיבות דומות ייגזרו עונשים דומים, ואילו על מי שביצעו עבירות קלות מהן או חמורות מהן, יגזרו עונשים קלים יותר או חמורים יותר בהתאמה¹²⁵.

¹²¹ ראו פשיעה ומשפט, לעיל הערה 2, בעמ' 36. מדוח סטטיסטי זה עולה כי בשנים האחרונות נרשמה ירידה במספר עבירות הרכוש המדווחות למשטרה, למרות שמסקר נפגעי עבירות עולה כי אין ירידה בעבריינות הרכוש, והפער נוצר, ככל הנראה, עקב השיעור הנמוך של הדיווח על עבירות.

¹²² ראו סעיף 61 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹²³ ראו על כך להלן בסעיף 3.4.

¹²⁴ ראו, למשל, ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (לא פורסם).

¹²⁵ זו ההשלכה של עקרון השוויון במודל ענישה המתבסס על הלימה. ניתן לטעון כי שיקולי ענישה אחרים, כגון הרתעה, מניעה או שיקום, אינם פוגעים בעקרון השוויון כל עוד הם מיושמים בשוויוניות. ראו ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש", מחקרי משפט י (תשנ"ג) 39, בעמ' 85-92. אולם גם לפי הגדרות אלו עבירות דומות המבוצעות באופן דומה על-ידי עבריינים בעלי מאפיינים דומים, צריכות לגרום תגובה אכיפתית דומה; שוני במאפייני העבירה או העברין יחייב, בהתאם למטרות הענישה, שוני בתגובה העונשית. הטיעון להלן בדבר הבדלים בתגובה העונשית הנובעים משיקולים שאינם קשורים בעבירה או בעברין תקף במידה שווה גם כאשר מטרת הענישה היא שיקום, הרתעה, מניעה או עירוב של שיקולים אלו. בשלב

לכאורה, ניתן היה לסבור כי בעיית העומס אינה פוגעת בעקרון השוויון מכיוון שהמקרים החמורים מטופלים כדבעי על חשבון העבירות הקלות יותר¹²⁶. אכן, לו זה היה המצב, לא ניתן היה לומר כי העומס פוגע בשוויון, למרות השלכותיו השליליות על יעילות האכיפה. אולם זהו אינו המצב. לא אחת, תיקים של עבירות קלות מטופלים במהירות בתביעה ובבית-המשפט, ואילו תיקים של עבירות חמורות בהרבה זוכים לטיפול איטי ולעתים אף נגזים נוכח חוסר היכולת לטפל בהם.

לרוב, המשאבים הדרושים לטיפול בתיקים חמורים וסבוכים גדולים הרבה יותר מאלו הדרושים לטיפול בתיקים הקלים יותר. אם להכנת תיק של עבירה קלה ולגיבוש כתב-אישום בו דרושים שעות ספורות של עבודת תובע, הרי שלהכנת תיק גדול וסבוך דרושים לעתים שבועות רבים, ואף חודשים. מסיבה זו, תיקים קלים רבים מטופלים במהירות וכתבי-האישום בגינם מוגשים לבית-המשפט, בעוד שהתיקים הגדולים והסבוכים ממתינים, לעתים שנים רבות, עד שניתן יהיה לבחנם, ובשלב זה, לא אחת, אין ברירה אלא לנגזם.

הדבר נפוץ במיוחד בעבירות כלכליות מתוחכמות, בעבירות צווארון לבן ובתיקי מרמה סבוכים. תיקים אלו מחייבים בחינה מעמיקה ומשאבים רבים בכל שלבי הטיפול בהם – משלב החקירה, דרך בחינתם והכנתם בתביעה ועד לשלב המשפט. פעמים רבות, ככל שהתיק סבוך יותר, הסיכוי שהמשטרה תפתח בחקירה בגינו קטן יותר. גם כאשר נפתחת חקירה, התיק עלול להיסגר בטרם הגשתו לבית-המשפט, נוכח חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות ועד סיום הטיפול בו. גם כאשר התיק מגיע לבית-המשפט, הדבר קורה אחרי שנים רבות, לעתים כאשר התיק כבר על סף תקופת ההתיישנות, ואז הקשיים בהוכחת העבירות גדולים. אפילו כאשר העבירות החמורות מוכחות בבית-המשפט והנאשם מורשע, העונש המוטל עליו הינו פעמים רבות קל מאוד, נוכח חלוף הזמן מעת ביצוע העבירות.

מבחינת משך זמן הטיפול בתיקים בשנת 1992 עולה כי בעבירות מרמה הריחוק של מועד פסק-הדין מיום ביצוע העבירה הוא הרב ביותר. חציון משך הזמן בין ביצוע העבירה לפסק-הדין בעבירות מרמה הנדונות בבית-משפט השלום היה בשנה זו 28.2 חודשים בעוד שבכלל העבירות החציון הינו 18 חודשים בלבד. בעבירות הנדונות בבית-המשפט המחוזי התוצאה מובהקת עוד יותר. חציון משך הזמן בכלל התיקים הינו 11 חודשים בעוד שבעבירות מרמה הוא 34 חודשים – דהיינו למעלה מפי שלושה.

החציון האמור אינו משקף את מלוא חומרת הבעיה. זאת, מכיוון שבמקרים רבים, עבירות שהוגדרו עבירות מרמה הינן עבירות קלות יחסית ופשוטות יחסית להוכחה, כגון עבירות של משיכת שיק ללא כיסוי. לפיכך, אינדיקציה טובה יותר למשך הטיפול בתיקי המרמה החמורים והסבוכים יותר ניתן למצוא בבחינת מספר התיקים הממתינים למעלה משלוש שנים להכרעה. מנתוני 1992 עולה כי בכ-40.5% מתיקי המרמה בהם מורשע אדם בבית-משפט מחוזי, ניתן פסק-הדין בתום למעלה משלוש שנים מיום העבירה. זאת, בעוד שרק 8.1% מיתר התיקים הנדונים

זה הדיון מתמקד בשוויון התגובה האכיפתית בין עבריינים שעניינם הובא לבחינת הרשויות. בהמשך נחזור שוב לדיון בשוויון בהיקף רחב יותר, ראו להלן בסעיף 5.2.3.

¹²⁶ חומרת העבירה הינה השיקול הראשון שעל התביעה להביא בחשבון שיקוליה בקובעה את סדר העדיפות בעבודתה. ראו בג"ץ גנור, לעיל הערה 118, בעמ' 510 וכן הנחיה 1.1. להנחיות פרקליטת המדינה, לעיל הערה 119.

בבית-המשפט המחוזי ממתנינים זמן רב כל כך. יצוין, כי בין יתר התיקים יש גם תיקים הדומים במהותם לתיקי מרמה כגון תיקי עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים וכיוצא באלה – כך שאילו תיקים אלו היו מסווגים כתיקי מרמה, התוצאות היו מובהקות עוד יותר.

תופעה דומה קיימת גם בבית-משפט השלום. 29.5% מתיקי המרמה מטופלים במשך למעלה משלוש שנים, בעוד שרק 11% מהדיונים בתיקים האחרים נמשכים תקופה כה ארוכה¹²⁷.

הנתונים הללו מלמדים עד כמה ארוך הטיפול בעבירות מרמה סבוכות ביחס ליתר העבירות. מעניינת גם העובדה שבבית-המשפט המחוזי שיעור תיקי המרמה המסתיימים בחלוף למעלה משלוש שנים (40.5%) גדול משיעורם בבית-משפט השלום (29.5%). זאת אף שככלל משך זמן הטיפול בתיק בבית-משפט מחוזי קצר בהרבה מאשר בבית-משפט השלום. כיוון שעבירות המרמה הנדונות בבית-המשפט המחוזי הן חמורות יותר, יש בנתון זה משום אישוש למסקנה כי הטיפול בעבירות מרמה חמורות יותר נמשך זמן רב יותר, בעוד שלגבי עבירות רכוש וגוף אין בהכרח קשר ישיר בין חומרת העבירה לבין משך הטיפול בתיק. כאמור לעיל, כאשר מגיע בית-המשפט לגזור את דינו של אדם בחלוף שנים כה רבות מביצוע העבירה, יש בשיהוי משום עילה להקלה משמעותית בעונשו של הנאשם. עקב כך, העונש הנגזר בעבירות מרמה חמורות קל, לא אחת, מהעונש המוטל בגין עבירות קלות בהרבה.

נתונים אלו אינם מצביעים על מלוא חומרת הבעיה גם מטעם נוסף. כאמור, תיקי מרמה וצווארון לבן ממתנינים לעתים תקופה ארוכה לטיפול בפרקליטות ובמשטרה ואז נגנזים נוכח חלוף הזמן. כפי שציינה פרקליטת המדינה במכתב מספטמבר 1993, מספר רב של "תיקי מרמה ועבירות צווארון לבן מסובכים ורבי היקף ממתנינים לטיפול כאבן שאין לה הופכין"¹²⁸. תיקים אלו כלל לא מגיעים לבית-המשפט, ומשך ההמתנה בטיפול בהם כלל לא נכלל בנתונים לעיל. בתיקים אלו הפגיעה בשוויוניות האכיפה חמורה הרבה יותר שכן העבריינים באותם תיקים לא נענשים כלל, על אף חומרת מעשיהם.

גורם נוסף הפוגע בשוויון הוא הגידול המתמיד ברגולציה של ההליך הפלילי. לכאורה, הסדרים, אשר ברוב המקרים מגבילים את התביעה ומקשים עליה להוכיח את אשמתם של עבריינים רק יכולים לסייע לכלל הנאשמים. אך הלכה למעשה, במערכת משפט עמוסה, תוספת של רגולציה והגנות לנאשמים עלולה דווקא לפגוע בשוויון ובסיכויו של נאשם חף להימצא זכאי. ויליאם סטאנץ הראה כיצד הסדרת יתר של ההליך הפלילי באמצעות פרשנות חוקתית בארצות-הברית מעודדת את כל הגורמים המעורבים בהליך לפעול באופן המקטין את המתאם בין האחריות הפלילית לבין הרשעה ובין חומרת העבירה לבין העונש¹²⁹. מקום בו מערכת האכיפה מצליחה לעמוד בכל משימותיה, הכרה בזכות נוספת לנאשם תקל על אותם נאשמים שהזכות מיטיבה עימם בלא להשפיע על התיקים האחרים. אולם, מקום בו המערכת עמוסה לעייפה עד כדי שהיא נאלצת לברור בין התיקים בהם היא מטפלת, הכבדה, המקשה על הרשויות להביא לענישת קבוצת נאשמים מסוימת, תגרום בעיקר להסטת משאבים מאותה קבוצה שנהנית מן הזכות החדשה

¹²⁷ ראו סטטיסטיקה פלילית 1992, לעיל הערה 48, בעמ' 77-76.

¹²⁸ הציטוט מתוך דוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 387-386.

¹²⁹ ראו Stuntz, לעיל הערה 34.

לתיקים אחרים. אם זכות השתיקה מגנה בעיקר על נאשמים מתוחכמים יותר היודעים כיצד לנצל נכון – ולא דווקא על נאשמים חפים מפשע – קיומה מעודד את רשויות האכיפה לוותר על הטיפול באותם נאשמים שכעת קשה יותר להביא להרשעתם, ולנצל את הזמן שהתפנה להליכים נגד נאשמים אחרים, מתוחכמים פחות, אף אם אלו חשודים בעבירות תמורות פחות. במקום שחומרת העבירה תהווה השיקול בבחירת התיקים, תחכמו של העבריין הופך לשיקול מרכזי. בדומה, צמצום תקופות המעצר המותרות מביא לתוצאה דומה. במערכת עמוסה, הצורך להביא עצורים בתדירות גבוהה יותר בפני שופט, מחייב את רשויות האכיפה להקצות משאבים רבים יותר לנאשמים אשר חקירתם או ההליך נגדם צפוי להימשך זמן רב יותר. עקב כך, כוח המיקוח של נאשמים אלו גדל. הצורך של הרשויות לסיים תיקים אלו גדל ולכן במקרים רבים יותר יתפשרו הרשויות על המעצר או על הסדר טיעון מקל יותר מזה שהיה מוצע על-ידיהם לולא העלות הגבוהה של ההליך. נאשמים שההליך נגדם אינו צפוי להיות ממושך אינם זוכים ליחס מקל דומה. גם כאן, נוכח העומס ותוספת ההסדרים, שיקולים השונים מחומרת העבירה או מידת הוודאות שהיא בוצעה משליכים על תוצאת ההליך.

ניתן להסביר כיצד הסדרת יתר עלולה לפגוע בנאשמים חפים מפשע או בשוויון באמצעות הדוגמא הבאה, העוסקת בחובות הגילוי של התביעה. כידוע, התביעה חייבת להעביר לנאשם את מלוא חומר הראיות, אלא אם הוצאה תעודת חסיון על חלק מן החומר. תעודת חסיון ניתן להוציא כאשר הדבר דרוש למנוע פגיעה בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בעניין ציבורי חשוב. עם זאת, בית-המשפט רשאי לחייב את המדינה לחשוף את הראיה החסויה מקום בו הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף על העניין שאין לגלותה. במקרה שהתביעה נדרשת להסיר את החסיון היא רשאית לוותר על ההליך כדי למנוע את חשיפת המידע.

אחת הדוגמאות השכיחות המתעוררות בהקשר זה הינה כאשר הנאשם מבקש להסיר תעודת חסיון מעל עדות של סוכן משטרתי או של גורם אחר שסייע למשטרה בחשיפת העבירה. פעמים רבות חשיפת הסוכן עלולה לסכן את חייו ואף לפגוע ביכולתה של המשטרה לגייס סוכנים בעתיד. מנגד עומד הצורך של הנאשם להעיד את הסוכן כדי להוכיח את הגנתו. באיזון זה, מוסכם על הכל, כי מקום בו יש אפשרות סבירה כי העדות תאפשר לנאשם לעורר ספק סביר באשמתו, יש לאפשר לו להביא אף אם הדבר יאלץ את התביעה לוותר על השמעת העדות (נוכח האינטרס הציבורי) ולהביא לזיכוי הנאשם. השאלה היא אילו שיקולים ונסיבות יובאו בחשבון בעת שקובעים אם קיימת אפשרות שכזו. מחד גיסא, ניתן לקבוע, כי ככלל, לצורך ההחלטה אם יש להסיר את החסיון, יש להניח שהעדות תניב את המידע שהנאשם מבקש להציג ולבחון את האפשרות שהנאשם יצליח לעורר ספק באשמתו תוך התעלמות מראיות המלמדות כי העדות לא צפויה להניב את התוכן שהנאשם רוצה לשמוע. מאידך גיסא, ניתן לקבוע, כי יש לבחון את מכלול הנסיבות, בלא הנחות מיוחדות באשר לתוכן העדות הצפויה, ולהכריע על בסיס מכלול זה האם חיסוי הראיה יפגע בהגנת הנאשם. זו הייתה המחלוקת שהתעוררה בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט בעניין **מאזריב**¹³⁰. ההבדל בין הגישות מתבטא במקרה בו הנאשם מבקש להשמיע את העד כדי

¹³⁰ ראו ע"פ 889/96 **מאזריב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 443. באותו מקרה טען הנאשם שהסוכן המשטרתי שהיה שותפו לעסקת הסם אמר לו שהם פועלים יחדיו למען המשטרה. בית-המשפט המחוזי קבע כי מדובר בהגנת בדים שכן הטענה לא הועלתה בעת המעצר, או בהודעתו המפורטת במשטרה לאחר מכן, שבכולן הודה החשוד בביצוע העסקה. הטענה אף לא הועלתה בראשית הדיונים בבית-המשפט. למעשה הטענה לא הועלתה אלא כחודשיים ומחצה לאחר מכן. כמו כן, כל השוטרים המעורבים העידו כי הנאשם היה מטרת המבצע ובוודאי לא היה סוכן

לשמוע ממנו עדות אשר על-פי כל יתר הראיות אין בסיס להניח שתשמע. אם לצורך ההחלטה על החסיון יש להניח כי העד יאמר את אשר צופה הנאשם אז יש להסיר את החסיון, אף אם משמעות הדבר ויתור של המדינה על התיק וזיכוי הנאשם. לעומת זאת, אם יש לבחון את מכלול הנסיבות, יש משקל גם לעובדה שברור כי העד לא צפוי להעיד כפי שצופה הנאשם, ולכן השמעת העדות אינה נדרשת, ואין הצדקה לאלץ את המדינה לוותר על התיק או על החסיון. משמעות הגישה הראשונה היא שבית-המשפט מצווה להתעלם מחלק מן הנסיבות שבפניו (הראיות המצביעות על הסיכוי כי העד יעיד כפי שהנאשם מצפה) בהגיעו להכרעה. כמובן שכאשר מתעלמים מחלק מהנסיבות, המתאם בין תוצאת ההליך לבין האחריות הפלילית של הנאשם קטן. התביעה תחזור בה מהאישום כנגד יותר נאשמים שביצעו עבירות, למרות שדי היה בראיות שבפני בית-המשפט כדי להסיק את אשמתם מעבר לכל ספק סביר, וזאת מכיוון שבית-המשפט מחויב על-פי הכלל להתעלם מהראיות המוכיחות שהעדות המבוקשת לא תוכל להועיל לנאשם, ולהניח כי העד אכן יאשש את טענות הנאשם.

בשיטה שבה היחס להרשעה מוטעית חמור עשרות מונים מהיחס לזיכוי מוטעה, הבעיה אינה נראית כה חמורה. לכאורה, העדפת הכלל המחייב התעלמות מבחינת סבירות טענת הנאשם יכולה רק להיטיב עם הנאשמים ולא לפגוע בהם. ההנחה כי העדויות יטיבו עם הנאשם תביא לכל היותר ליותר זיכויים, שכן המדינה תצטרך לוותר על יותר תיקים שבהם האינטרס הציבורי מחייב ויתור על השמעת העדות גם במחיר זיכוי הנאשם, אולם אין חשש כי ההחלטה תפגע בנאשמים. אמנם יהיו נאשמים רבים הצפויים לנסות להעלות טענות חסרות בסיס ולדרוש זימון הסוכן כדי להוכיחן, מתוך תקווה שהמדינה תסכים לזיכוי כדי שלא לפגוע במקורותיה; ויש להניח שגם התביעה, שתצפה קושי זה, תמנע מהגשת כתבי-אישום מקום בו הנאשם יוכל להכשיל את התביעה בדרך זו, אולם תוצאה זו תוביל אך לפחות נאשמים המועמדים לדין או מורשעים, ואין בה כדי לפגוע בנאשמים.

אלא, שמקום בו מערכת האכיפה פועלת בעומס שלא מאפשר לה הבאת כל התיקים לדין אין הדבר כך. כאשר התביעה נאלצת, בשל מגבלות משאבים, לבחור רק חלק מהתיקים אשר לדעתה מחייבים טיפול אכיפתי, הוספת קשיים בתיקים שבהם יש צורך לחסות עדויות, תביא בעיקר לויתור מראש של התביעה על חלק ניכר מתיקים אלו, וניצול הזמן שהתפנה לתיקים אחרים. אם נוכח חומרת העבירה או מצב הראיות הייתה התביעה מעדיפה להעמיד לדין נאשם שסוכן משטרתי השתתף בהליך איסוף הראיות נגדו, הרי שנוכח הקשיים בתיק מעין זה, היא עשויה לוותר עליו ולהעדיף תיק אחר שהעבירה בו קלה יותר או שהראיות שבו פחות מבוססות. לשיקולים המקוריים של התביעה בבחירת התיקים – חומרת העבירה והבסיס הראייתי –

משטרתי. גם הטענה, לכשהושמעה, הייתה בלתי עקבית ומלאת סתירות. הטענה גם סתרה עדויות אחרות. כך, למשל, טען הנאשם כי גיסו הכיר בינו לבין הסוכן ואולם הגיס, בעדותו בבית-המשפט, הכחיש זאת מכול וכול. למרות כל זאת החליטו שופטי הרוב (הנשיא ברק והשופטת דורנר) כי יש להסיר את החסיון מעל עדות הסוכן, אף אם החסיון דרוש לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני, שכן לצורך בחינת השאלה האם להסיר את החסיון יש להניח שהנאשם יצליח להוכיח בחקירת הסוכן שהלה אמר לו כי הוא פועל למען המשטרה. אמנם שופטי הרוב קבעו, כי ההנחה שהראיה תניב את שהנאשם חפץ בו מותנית בקיומו של פוטנציאל ראייתי לנכונות ההנחה וכי ההנחה אינה מופרכת, אולם, בפועל, הם צמצמו סייג זה עד מאוד כשקבעו שאף בנסיבות המקרה, בהן טענת ההגנה של הנאשם נראתה על פניה הגנת בדים וסתרה ראיות רבות אחרות, יש לדבוק בהנחה זו. לעומתם, השופט חשין, בדעת מיעוט, חלק על ההנחה שהציעו שופטי הרוב וקבע כי החסיון יוסר אם הצגת הראיה נדרשת למניעת פגיעה של ממש בהגנת הנאשם. לפי גישתו, יש לשקול את מכלול הנסיבות, בלא הנחות בלתי מבוססות, ולקבוע האם לאורן "אי-גילוייה של הראיה יפגע בהגיונותו של ההליך הפלילי ויכרסם בעשיית צדק לנאשם". באותו מקרה, כיוון שדובר בהגנת בדים, החסיון לא גרם לכל פגיעה כזו ולכן, לדעת השופט חשין, אין להסירו אם הוא נחוץ להגנה על אינטרס ציבורי חיוני.

מתווסף כעת שיקול נוסף והוא הקושי להביא להרשעתו של אדם נוכח הצורך לחסות ראיות. אלו מובילים את התביעה להעמיד לדין עבריינים שמעשיהם חמורים פחות או שהראיות נגדם מוצקות פחות (ולכן הסיכוי שהם חפים מפשע גדול יותר).

המגבלה האוסרת לשקול את סבירות האפשרות כי העד אכן ישמיע את שהנאשם רוצה לשמוע פוגעת ביכולת להעריך את הצורך האמיתי בהשמעת הראיה. היא מקלה על נאשמים במצבים כאלו לצאת זכאים, ומתמרצת את התביעה להימנע מהגשת כתבי-אישום במקרים דומים. אולם השלכותיה משמעותיות יותר. הזמן שיתפנה לתביעה יוקדש מעתה לתיקים אשר אלמלא מגבלה זו היו נדחקים משום שחומרת העבירות או עוצמת הראיות היו מצדיקות העדפת הגשת תיקים שבהם חומר חסוי. לפיכך, תוצאת הכלל לא צפויה להיות כמותית; אין לצפות שפחות נאשמים יורשעו. היא צפויה להיות בעיקר חלוקתית – נאשמים אחרים יורשעו. התביעה תבחר כעת תיקים שהיו בעדיפות נמוכה יותר, בשל חומרת העבירות או עוצמת הראיות באותם תיקים. התוצאה היא שבמקום להעמיד לדין את העבריינים שביצעו עבירות חמורות יותר, או שיש ודאות גדולה יותר כי הם אשמים, התביעה תעמיד לדין עבריינים אחרים. במילים אחרות, חיזוק זכויותיו של נאשם בפלילים, כאשר הדבר מקשה על חשיפת האמת בדבר האחריות של הנאשם, עלול להביא ליותר – לא פחות – אישומים מוטעים כמו גם לחוסר מתאם בין חומרת העבירות לבחירת התיקים על-ידי התביעה.

האמור לעיל מובא רק כדוגמא, וניתן לחלוק על תוכנה. ייתכן שיהיה מי שיטען כי שיעור המקרים שבהם בית-המשפט יטעה בקובעו כי העדות אינה יכולה להועיל לנאשם הוא גדול עד כי הנזק של גישה זו, הן הנזק הישיר שגורם הוויתור על התיקים והן הנזק העקיף, בדמות עידוד התביעה להגיש כתבי-אישום פחות מבוססים, אינו גובר עליו. אולם גם אם ניתן לתקוף את הדוגמא, הטענה הבסיסית נותרת בעינה. הטלת קשיים על התביעה להוכיח סוג מסוים של תיקים אינה רק מסייעת לנאשמים המשתייכים לסוג זה של תיקים אלא גם פוגעת בנאשמים אחרים. כך הדבר כאשר עדות שמיעה נאסרת כבלתי קבילה, אף אם ערכה הראייתית בנסיבות המקרה הוא רב. כך גם, כפי שהראיתי לעיל, כאשר מתחזק מעמדה של זכות השתיקה. הוראות אלו ואחרות עלולות להקשות על הוכחת תיקים מסוימים, אף אם בלעדיהן ניתן היה להראות מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם אשם. הן מאלצות את התביעה לוותר על חלק גדול יותר מתיקים אלו גם כאשר הראיות בתיקים חזקות והעבירות חמורות, ולהעדיף במקומם תיקים אחרים שמידת הוודאות באחריות הנאשם קטנה יותר או שהעבירות בהן חמורות פחות. עומס העבודה, בשילוב עם הגבלות המוטלות על בית-המשפט לעניין הדרך לבירור העובדות השנויות במחלוקת, יוצרים חלוקה מעוותת של אישומים והרשעות. הסיכוי של נאשם שנתפס לעמוד לדין אינו תלוי רק בחומרת מעשיו או בהסתברות, לאור ממצאי החקירה, כי הוא אכן אשם. הוא תלוי בהסדרים רבים של ההליך הפלילי המקשים לבסס אישומים מסוימים ולכן יוצרים יתרון יחסי לאישומים אחרים מבחינת קלות הוכחתם. תופעה זו פוגעת בשוויון וביחסיות של אכיפת החוק.

הסדרת יתר של ההליך הפלילי העמוס אינה מסתכמת רק בחוסר שוויון אקראי בין נאשמים שונים. הליך פלילי הסובל מהסדרת יתר עומד בפני בעיה חמורה עוד יותר. הליך כזה יוצר, במקרים רבים, חוסר שוויון סיסטמטי לטובת קבוצות מסוימות, בדרך כלל הקבוצות החזקות באוכלוסייה, וכנגד קבוצות חלשות יותר. ככל שרבים ההסדרים המאפשרים לנאשם לתקוף את

האישומים נגדו על בסיס טיעונים שאינם תלויים ישירות באשמתו, כך גדל יתרונו של נאשם שיכול להשקיע משאבים רבים יותר במימון הגנתו. סגורית טובה היכולה להשקיע זמן רב לטיפול בתיק תוכל לתקוף כל מהלך של התביעה שחוקיותו עלולה להיות מוטלת בספק. אם מקורותיו של הנאשם רבים, בידו לממן זמן עבודה רב של צוות ההגנה שיבטיח כי כל טענה אפשרית תועלה. לעומתה, סגור ששכרו מוגבל, מוגבל גם בזמנו. עליו לבחור רק את אותם טיעונים הנחזים להיות בעלי סיכוי טוב ביותר, תוך ויתור על טיעונים אחרים. טיעונים שיש צורך לבחון אותם לעומק, לבסס אותם באמצעות מומחים או באמצעות מחקר עובדתי או משפטי מעמיק, לא יועלו על-ידי נאשם שאין בידו לממן מחקר כאמור. לרבים מוכרת התופעה שבתיקים שבהם הנאשמים מיוצגים על-ידי משרדי עורכי-הדין היקרים והגדולים מוגשים כתבי טענות ארוכים ומפורטים, מתנהלות חקירות עדים ממושכות ומובאות עדויות מומחים רבות. ככל שרבים הטיעונים שניתן להעלות, הרי שהפער בין מספר הטיעונים שיטען סגורו של נאשם בעל אמצעים לבין סגורו של נאשם שתקציבו דל הולך וגדל. אמנם גם אם ההליך הפלילי היה בלתי מוסדר לחלוטין, ובית-המשפט יכול היה לעשות ככל העולה על רוחו בדרכו לבירור האחריות הפלילית, היה לנאשם שהגנתו ממוננת היטב יתרון. אולם, ככל שהמשפט נותן בידי הנאשם כלים רבים יותר לתקוף את האישומים על בסיס בלתי ענייני, גדל יתרונו של נאשם עשיר. מנגד, הידיעה כי בסוג תיק מסוים תידרש התביעה למשאבים רבים כדי להתמודד עם הגנה יעילה, כמו גם החשש כי סיכוייו של הנאשם שיכול לממן מערך הגנה משומן להצליח במשפט גדולים יותר, עלולים להוביל את התביעה למסקנה כי עדיף לוותר על התיק כדי לפנות את זמנה המוגבל למספר תיקים אחרים אותם יקל להוכיח. כך, למשל, אם התביעה חוששת כי בעבירות צווארון לבן מוקדש להגנת הנאשמים תקציב גדול יותר, בדרך כלל, מתקציב ההגנה של נאשם ממוצע בעבירת פריצה או שוד, היא עלולה לחשוש כי הגשת כתב-האישום בעבירות צווארון לבן תגזול ממנה זמן רב הרבה יותר, כשהסיכוי של הנאשם להימצא זכאי גדול יותר. במצב זה קטן הסיכוי שהתביעה תעמיד לדין את החשוד בעבירות אלו ומנגד גדל הסיכוי של החשוד בעבירת הפריצה או השוד, אשר בדרך כלל עני יותר, לעמוד לדין. גם יתרון הייצוג יכול להסביר את התמשכות ההליכים שתוארה לעיל בעבירות צווארון לבן. הסדרים של ההליך הפלילי אשר לכאורה נועדו להגן על כל הנאשמים עלולים, במערכת הסובלת מעומס יתר, להיטיב עם נאשמים עשירים ולהרע את סיכוייהם של נאשמים עניים¹³¹.

עומס העבודה יוצר גם עיוותים חמורים יותר. כך, למשל, כפי שציינתי, לסוגיית המעצר עלולה להיות השפעה מכרעת על תוצאת ההליך הפלילי. תיקים שבהם החשוד שוהה במעצר בעת החקירה, נחקרים במהירות גבוהה הרבה יותר, נוכח לוח הזמנים הנקצב על-ידי בית-המשפט. תיקים שבהם התביעה מתכוונת לבקש את מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים, זוכים לקדימות גם בשלב הכנת כתב-האישום. תיקים שבהם הנאשם שוהה במעצר עד תום ההליכים במהלך המשפט, מטופלים במהירות יחסית בבית-המשפט. סדרי עדיפויות אלו גורמים, כמובן, לדחיות נוספות בטיפול בתיקים שבהם הנאשם אינו במעצר, בכל שלבי הטיפול. כפי שהראתי לעיל, מהירות הטיפול משליכה ישירות על הסיכוי שיוגש כתב-אישום בתיק, על סיכויי ההרשעה ועל חומרת העונש.

¹³¹ ראו Stuntz, לעיל הערה 34, בעמ' 27-31.

אילו היה מתאם מלא בין חומרת העבירה לבין שאלת המעצר, לא היה בכך כדי לפגוע בשוויון. אולם מתאם כזה אינו קיים. ההחלטה אם לעצור אדם עד לתום ההליכים אינה נגזרת מחומרת העבירה. חוק המעצרים קובע כי יש לעצור חשוד או נאשם כאשר הדבר דרוש כדי למנוע פגיעה בהליכי המשפט והחקירה, הימלטות מהדין או המשך פעילות המסכנת את הציבור. גם כאשר קיים חשש כאמור, אם ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעות הצבת תנאים מגבילים לשחרור הנאשם, יש לעשות כן¹³². מטעם זה קבוצות עבריינים מסוימות צפויות להיעצר הרבה יותר מקבוצות אחרות, בלא קשר לחומרת העבירה שביצעו. כך, למשל, קשה הרבה יותר למצוא חלופת מעצר מספקת לכייס שנתפס גונב ארנק, ושאין לו אמצעים להבטיח פיקוח יעיל על הימצאותו במעצר בית, מאשר לעובד ציבור או איש ציבור הנאשם בקבלת שוחד בסכומים גבוהים. לראשון אין די אמצעים להפקיד ערבות כספית גבוהה, ואין קרובים שיוכלו לפקח על תנאי שחרורו. לעומתו, האחרון יכול לעתים להסתפק בעזיבת השירות הציבורי כדי להבטיח שמעשיו לא יימשכו, מה גם שבדרך כלל יש בידו די אמצעים כספיים ואחרים, שישכנעו את בית-המשפט בדבר יכולתו להשיג את מטרות המעצר באמצעות תנאי שחרור מתאימים. מטעם זה סיכויי של הנאשם בשוחד להיעצר עד תום ההליכים קטנים בהרבה מסיכויי של הכייס, אף שמכל בחינה שהיא, מעשיו של הראשון חמורים הרבה יותר.

מסיבה זו, הסיכוי להיעצר בעבירות חמורות כגון קבלת דבר במרמה, שוחד ועבירות כלכליות חמורות נמוך בהרבה מהסיכוי להיעצר בגין עבירות של היזק בזדון לרכוש או גניבה מרכב, על אף שחומרת העבירות הראשונות גדולה בהרבה. בדומה, סיכויי של תושב אזור הנתון לשליטת הרשות הפלסטינית להיעצר עד תום ההליכים גדולים בהרבה מהסיכויים של אזרח ישראלי שביצע עבירות דומות למצוא עצמו במעצר עד תום ההליכים נגדו. זאת נוכח החשש שלחשוד המתגורר בשטחי הרשות הפלסטינית יקל להימלט מן הדין¹³³.

למסקנה זו ניתן גם למצוא ביסוס אמפירי. במחקר של כלל תיקי הפריצה וההתפרצות במחוזות תל-אביב וירושלים, שבהם הורשעו אנשים מבוגרים ללא עבר פלילי, בשנים 1981-1984, נבחנה, בין השאר, השפעת המעצר על גזר-הדין. מהמחקר עולה כי מעצר לפני משפט היה המשתנה המשפיע באופן המובהק ביותר על סוג העונש המוטל¹³⁴. זאת אף שעובדת המעצר לא נמצאה כמדד טוב לחומרת העבירה (ועל-פי הדין היא אף לא אמורה להיות מדד לחומרת העבירה), שכן המעצר נקבע על-פי מאפיינים אחרים של החשוד, כגון היעדר מקום מגורים או מקום עבודה קבוע או קיום נסיבות אחרות המעלות חשש שהנאשם לא יתייצב לחקירה ולמשפט. מהמחקר עלה עוד כי בעבירת התפרצות של נאשם ללא עבר פלילי, הסיכוי שייגזר עונש מאסר בפועל על מי שהיה עצור גדול פי 16 מהסיכוי שייגזר עונש דומה על מי שלא היה עצור, וזאת גם אם אין קשר בין המעצר לחומרת העבירה¹³⁵. מסקנה זו מעניינת במיוחד נוכח העובדה שלא נמצא מתאם ברור בין

¹³² ראו סעיפים 13 ו-21 לחוק המעצרים.

¹³³ ראו ב' כהנא וחי' זנדברג, "שחרור בערובה של תושבי השטחים", המשפט 11 (תשס"א) 20. ראו גם בש"פ 6454/96 אבו ספיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם). למעשה חלק ניכר מתושבי השטחים שבית-המשפט מחליט לשחרר בערובה נותרים במעצר נוכח חוסר יכולתם לגייס את סכומי הערובה. ראו מאמרם של כהנא וזנדברג המראים כי 18% מהנאשמים תושבי השטחים שהוחלט על שיחרורם בבית-משפט השלום בירושלים בשנים 1997-1998 נותרו במעצר עד תום ההליכים נגדם.

¹³⁴ ראו חסין וקרמניצר, לעיל הערה 76.

¹³⁵ ראו שם, בעמ' 559.

חומרת העבירה (גובה הסכום שנגנב בפריצה) לבין סוג העונש. יש להדגיש כי מכיוון שאוכלוסיית המחקר כללה רק נאשמים בלא עבר פלילי, לא ניתן להסביר את המתאם בין המעצר לבין גזר-הדין בעברם של הנאשמים. גם מעבודתם של כהנא וזנדברג ניתן ללמוד על הקשר בין מעצר הנאשם לבין גזר-הדין¹³⁶.

מחקרים אלו אינם היחידים המלמדים על מתאם ברור בין המעצר לבין גזר-הדין. שוהם ושביט ריכזו בספרם נתונים משורה ארוכה של מחקרים מהעולם המלמדים על השלכות המעצר על תוצאת ההליך המשפטי. בספרם מוצגים נתונים מכעשרה מחקרים שונים שבוצעו בארצות-הברית ובאנגליה והראו מתאם ברור בין המעצר לבין גזר-הדין, גם לאחר שיתר הגורמים הרלבנטיים, כגון חומרת העבירה או העבר הפלילי של הנאשמים השונים נוטרלו. כל המחקרים שהוצגו שם הראו כי סיכוייו של נאשם שהיה משוחרר במהלך הדיון לזכות בגזר-דין שאינו כולל עונש מאסר גדולים בעשרות אחוזים מסיכוייו של נאשם דומה שביצע עבירה דומה אך שהה במעצר במהלך הדיונים¹³⁷.

המחקרים מחזקים, אם כן, את המסקנה ההגיונית כי להחשת הדיון בתיקים שבהם נאשמים עצורים, יש השלכה על עונשם. הם גם מתיישבים עם המסקנה כי בית-המשפט מתחשב, בעת קביעת העונש, ביתרת העונש שנותר לנאשם לרצות לאחר ניכוי תקופת המעצר, עובדה הפוגעת גם כן בנאשמים שהוחלט לעוצרם¹³⁸. בדומה, כפי שהראתי לעיל, לעצור הצופה שמעצרו יימשך זמן ממושך בשל התמשכות ההליך יש לעתים רבות עניין להודות, בלא קשר לאשמתו, כדי לקצר את תקופת כליאתו. אולם אין קשר בין כל אלו לבין חומרת העבירה, ולפיכך השפעת משתנים אלו על עונשו של הנאשם פוגעת קשות בשוויוניות בענישה. ברי כי לו כל התיקים היו מתנהלים בקצב שווה ומהיר, לא הייתה למעצר השלכה כה משמעותית על העונש, הן משום שאז לא היה שיהוי שונה בין תיקים שבהם העבריין במעצר לבין תיקים אחרים, והן מכיוון שתקופת המעצר עד גזר-הדין הייתה קצרה והשלכתה על עונש המאסר הנותר לריצוי הייתה שולית. התוצאה היא שעומס התיקים יוצר עיוות ברור לרעת נאשמים המצויים במעצר, לרוב נאשמים עניים יותר, בהשוואה לנאשמים המשוחררים בעת הדיון.

פגיעה נוספת בשוויון נגרמת עקב ההפרדה בין רשויות התביעה השונות, ביחוד בין מערך התביעות המשטרתי לבין פרקליטות המדינה. על-פי החוק, סמכות התובעים המשטרתיים מוגבלת להופעה בפני בתי-משפט השלום¹³⁹. אמנם, גם הפרקליטים מפרקליטות המדינה

¹³⁶ כהנא וזנדברג בחנו את החלטות השחרור בערובה של תושבי השטחים בבית-משפט השלום בירושלים. 13 נאשמים, שהיו 18% מכלל תושבי השטחים שהוחלט על שחרורם בערובה, נותרו במעצר בשל חוסר יכולתם לשלם את סכום הערובה. מבחינת גיזר-הדין התברר כי בעוד שעל כ-27% מיתר תושבי השטחים ששוחררו בערובה והורשעו לא נגזר עונש מאסר בפועל, הרי שעל כל 13 הנאשמים שלא הצליחו לגייס את סכום הערובה הוטל עונש מאסר כזה. יצוין כי שלושה נאשמים ששוחררו בערובה זוכו בסופו של הליך. לפיכך, על כ-29% מהנאשמים שהתביעה ביקשה לעצור עד תום ההליכים ונדחתה לא נגזר בסופו של הליך עונש מאסר. גם חומרת עונש המאסר הממוצע הייתה גבוהה יותר, באופן משמעותי, אצל אותם נאשמים. אף כי נתון זה אינו קונקלוסיבי, שכן המחקר לא בחן את חומרת העבירה של הנאשמים שלא הצליחו לגייס את סכום הערובה, נראה שניתן למצוא בו אינדיקציה להשפעת המעצר על גזר-הדין.

¹³⁷ ראו שי' ג' שוהם וגי' שביט, **עבירות ועונשים** (תש"ן), 51-56.

¹³⁸ ראו חסין וקרמניצר, לעיל הערה 76, בעמ' 558-559.

¹³⁹ ראו סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי. יצוין כי שר המשפטים הרחיב את סמכות התובעים המשטרתיים גם לבקשות ועררים בעניין מעצר, חיפושים ושחרור בערובה בבית-המשפט המחוזי. ראו תקנה 2 לתקנות סדר הדין הפלילי (כשירות שוטר-תובע וסמכויותיו), תשכ"ו-1966. מנגד, היועץ המשפטי לממשלה הגביל את סמכויות

מוסמכים להופיע בפני בית-משפט השלום, אולם, בפועל, התיקים הפליליים הנדונים בבית-משפט השלום מטופלים, רובם ככולם על-ידי התביעה המשטרית. לעומת זאת, בכל העבירות שבסמכות בית-המשפט המחוזי מיוצגת המדינה על-ידי הפרקליטות. נוצר מצב בו הפרקליטות מופקדת רק על התיקים הפליליים החמורים ביותר, והתביעה המשטרית על כל היתר¹⁴⁰. כיוון שהן הפרקליטות והן התביעה המשטרית מוגבלות במשאביהן, על כל אחד משני הגופים הללו ליצור מערכת של סדרי עדיפויות, ולוותר על הטיפול בתיקים החמורים פחות מבין התיקים שבסמכותו. אולם תיקים רבים שאינם חמורים ביחס למקובל בפרקליטות, חמורים יותר מרוב התיקים בהם מטפלת התביעה המשטרית. נוצר מצב כי תיקים רבים שנסגרים על-ידי הפרקליטות חמורים באופן משמעותי מתיקים רבים שהתביעה המשטרית מביאה להכרעת בית-המשפט. גם כאן, עקרון השוויון, המחייב מתן יחס שונה לשונים על-פי מידת שונותם, נפגע¹⁴¹.

האמור בפרק זה מסייע גם לנתח טענה אחרת. לפי טענה זו סגירת תיקים בשל עומס עבודה הינה תוצאה חיובית. לפי טענה זו, המדינה מרבה מעבר לצורך בשימוש בהליך הפלילי. עומס העבודה משמש מחסום מפני שימוש בהליך זה באותם מקרים בהם ראוי היה שלא להשתמש בו. אולם, גם אם נקבל את ההנחה שכתבי אישום רבים מוגשים שלא לצורך, אין די בכך כדי להגיע למסקנה כי סגירת תיקים עקב עומס העבודה משפרת את פעולת מערך האכיפה. יש צורך להראות כי העומס מוביל לסגירת אותם תיקים שראוי כי ייסגרו. כפי שהראיתי בחלק זה, התיקים שצפויים להיסגר עקב עומס העבודה אינם בהכרח התיקים שראוי היה להימנע מלנהל. למעשה, סינון התיקים עקב העומס עלול לגרום לתופעה הפוכה מזו לה שואפים אלו הטוענים לשימוש רב מדי בהליך הפלילי. עקב העומס, התביעה צפויה לסגור יותר תיקים שקשה או יקר להוכיחם – ואלו צפויים להיות במקרים רבים תיקים של עבריינים בעלי אמצעים או עבריינים מתוחכמים יותר. לעומת זאת, דווקא אותם תיקים שראוי היה, לגרסת הטוענים לתביעות יתר, לסגור, לא יעוררו במרבית המקרים קשיים מיוחדים ולכן לא ייסגרו. בהעדר מתאם הכרחי בין חומרת העבירה לבין התיקים שעומס העבודה מוביל לסגירתם, לא ניתן להשתמש בעומס כמסננת יעילה למנוע שימוש עודף בהליך הפלילי. זאת ועוד, כפי שאראה להלן, דווקא החלופות המוצעות בעבודה זו עשויות לשמש כלי יעיל להגבלת שימוש היתר בהליך הפלילי¹⁴².

3.5. השלכות העומס – האכיפה הפלילית ואמון הציבור במשטרה

לעומס התיקים השפעה שלילית נוספת, אשר מבחינת הציבור הרחב היא מרכזית. העומס מגביל את יכולתן של רשויות התביעה להתמודד עם הפשיעה, וליצור מערכת אכיפה פלילית יעילה ומרתיעה. גם אלו הסבורים כי מטרת העונש היא גמול בלבד יסכימו כי מערך ענישה שנכשל

התביעה המשטרית, בקובעו כי בעוונות של גרם מוות ברשלנות ומרמה יופיע פרקליט מפרקליטות המדינה. ראו הוראות בדבר ניהול הליכים פליליים על-ידי פרקליטים, י"פ תשכ"ו, 1004.

¹⁴⁰ בחלוקה בין המשטרה לבין הפרקליטות, מעט למעלה מ-70% מהתיקים הפליליים מטופלים על-ידי המערך התביעות המשטרתי ורק מעט פחות מ-30% מהתיקים הנותרים על-ידי הפרקליטות. במסגרת זו לא נכללות עבירות תעבורה קלות (המטופלות כולן על-ידי תובעים משטרתיים במערך תביעות נפרד ממערך התביעות המשטרתי הרגיל) ועבירות פליליות המטופלות על-ידי רשויות אחרות, כגון רשויות מקומיות, משרדי ממשלה שונים וכיוצא באלה. למעשה, אף רוב תיקי הפשע מטופל על-ידי מערך התביעות המשטרתי. בעבר הייתה סמכות בית-המשפט השלום מוגבלת לעוונות וחטאים, ואילו בית-המשפט המחוזי דן בפשעים. כיום, רוב תיקי הפשע מוגשים על-ידי התביעה המשטרית לבית-משפט השלום. לעומת זאת, הפרקליטות מטפלת בעוונות של גרם מוות ברשלנות, מרמה ובתיקים בעלי קושי מיוחד או רגישות מיוחדת המוגשים לבית-משפט השלום.

¹⁴¹ עוד על הבעיות הנגרמות עקב פיצול מערך התביעה הפלילית ראו בדוח מבקר המדינה, לעיל הערה 5, בעמ' 368.

בהטלת עונשים על עבריינים אינו ממלא את תפקידו. הציבור לא יוכל לרכוש אמון במערך ענישה כזה. לפי התומכים בגישה תוצאתנית, התפקיד המרכזי של מערכת האכיפה הוא לצמצם את העבריינות (בין אם זו מטרה ישירה ובין אם זו אך מטרת ביניים). מניעת עבריינות הכרחית גם כדי לשמור על זכויות היסוד של קורבנות פוטנציאלים¹⁴³. כדי להשיג מטרה זו יש צורך במערך אכיפה אפקטיבי. גם אם עצם הגדרת העבירה בחוק מסייעת, בדרך של חינוך והטלת סטיגמה שלילית על מבצעה, למנוע מאנשים להפר את הוראות החוק¹⁴⁴, יש להניח כי עיקר כוחו של המשפט הפלילי לכוון התנהגות נובע מהתחושה כי הפשע אינו משתלם. חוסר יכולתם של בתי-המשפט ורשויות התביעה להעניש עבריינים פוגע קשות בהרתעה זו ובכוח של מערך האכיפה למנוע עבירות. הוא פוגע גם באמון הציבור ברשויות האכיפה, אמון הדרוש להם לפעילותם.

המצב בו שיעור גדול של מעשי עבירה אינו זוכה לתגובה של מערכת האכיפה, או זוכה לתגובה מוגבלת, עלול לגרום לדינמיקה המתמירה את היקף העבריינות ואת העומס. נוכח עומס העבודה, קטנה יכולת ההתמודדות של רשויות האכיפה עם העבריינות ולכן ההרתעה נפגעת. הפגיעה בכוח ההרתעה של רשויות האכיפה גורמת לגידול בעבריינות, שמצדו גורם לגידול בעומס על רשויות האכיפה, וחוזר חלילה¹⁴⁵.

3.6. השלכות העומס – הרשעת חפים מפשע

אחת התוצאות הקשות ביותר של עומס התיקים הינו הגידול הנגרם, עקב העומס, בשיעור החפים מפשע הנמצאים חייבים בדין. מערכת משפט עמוסה טועה יותר. ישנם שני סוגים של טעויות. המערכת טועה בזיכויים של אשמים. העיכובים מקשים על הבאת נאשמים לדין ועל הוכחת אשמתם בחלוף זמן. ההשלכות של טעויות אלו נדונו לעיל. אולם מסוכנות יותר הטעויות ההפוכות, של הרשעת חפים מפשע. טעויות אלו נפוצות יותר במערכת עמוסה, הן משום שלרשויות האכיפה פחות משאבים לוודא את אשמתם של אלו המחויבים בדין והן נוכח התמריצים, שהמערכת עלולה לתת לחפים שדינם מתעכב, להודות.

הקשיים לאסוף ראיות, מגבלות הזמן והמשאבים של בתי-המשפט ושל התביעה לנתח את החומר לעומק ולאסוף מידע נוסף – כל אלו עלולים להוביל לחיוב מוטעה של זכאים. אמנם, רמת הוודאות הנדרשת להרשעה במשפט פלילי גבוהה ולכאורה כל ספק סביר יהווה עילה לזיכוי. אולם טעויות עדיין אפשריות. הסיכוי כי אדם שהורשע על בסיס עדויות שנשמעו זמן רב לאחר האירועים נשוא המשפט חף מפשע גדול מהסיכוי שטעות כזו נעשתה על בסיס עדויות שזכרון טרי. זו אחת ההנמקות לזכות החוקתית למשפט מהיר¹⁴⁶. זאת ועוד, לעתים בית-המשפט נאלץ לוותר על התעמקות בראיה או על שמיעת עדויות נוספות נוכח מגבלת הזמן והעומס, גם כאשר בחינת הראיה עשויה היה להטיל ספק באשמה. מעבר לכך, אף כי בתי-המשפט יודעים כי חלוף

¹⁴² ראו פרק 3.7 להלן.

¹⁴³ ראו מ' שמגר, "כבוד האדם ואלימות", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 33, בעמ' 41; דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, בעמ' 620-621, 629, 653.

¹⁴⁴ לניתוח כלכלי של השפעת הסטיגמה על ריסון העבריינות ראו E. Rasmusen, "Stigma and self-fulfilling expectations of criminality", 39 *J. Law & Econ.* (1996) 519.

¹⁴⁵ ראו שם, בעמ' 520 וההפניות שם.

¹⁴⁶ ראו לעיל בסעיף 3.2.

הזמן פוגע באמינות העדויות שבפניהם ומקשה על בירור האמת, אין להתעלם מהאפשרות כי הם מורידים את סף הוודאות הנדרשת. בתי-המשפט יושבים בתוך עמם. אם חלוף הזמן ייחשב באופן תדיר לגורם הפוגע באמינות העדויות עד כדי יצירת ספק סביר בהרשעה, לא ניתן יהיה להבטיח אכיפת חוק סבירה. אם עדות הניתנת בחלוף למעלה משנה ממועד האירועים תעורר מניה וביה ספק סביר באמינותה, עלולה מערכת האכיפה לקרוס. ביודעם זאת, עלולים בתי-המשפט להתפשר ביישום הכלל בדבר רמת הוודאות הנדרשת להרשעה, ובדרך זו להגדיל את החשש מפני הרשעת החף.

אם החשש שהוצג לעיל נראה מעורפל או לא ודאי, הרי שהחשש מפני הרשעת חפים מפשע הופך מוחשי הרבה יותר כאשר נבחנים שיקוליו של נאשם להודות על רקע הסבל הכרוך בניהול הגנה בהליך פלילי. ההליך הפלילי כשלעצמו עלול לפגוע קשות בנאשם, בלא קשר לתוצאותיו. כפי שהראיתי לעיל, בעת ההליך נפגע שמו הטוב; הוא כפוף פעמים רבות למגבלות שהוטלו עליו בהחלטה על שחרורו בתנאים; עליו לשאת בהוצאות של ייצוגו ולהשקיע את הזמן הדרוש להכנת הגנתו; סדר יומו וחיינו נפגעים נוכח החובה המוטלת עליו להופיע לדיונים.

מקום בו כל אלו קשים מהעונש הצפוי אם יורשע, עלול הנאשם להודות גם אם לא ביצע את העבירה. בעבירות קלות הודאות מטעמים אלו הן דבר שבשגרה. אדם מעדיף להעביר טיעונו לעונש בכתב כדי להימנע מן הצורך להופיע לדיון, אף אם לטענתו הוא לא ביצע את המעשה המיוחס לו¹⁴⁷. אולם הדבר צפוי גם בעבירות חמורות יותר. אדם שמואשם בגניבה בסכום נמוך, עבירת מרמה קלה או תקיפה סתם אינו צפוי במרבית המקרים לעונש מאסר בפועל. לא אחת הקנס הצפוי לו הוא בן כמה מאות שקלים בלבד. עלות ניהול הגנתו בהליך גדולה מעלות הקנס, ועל-כן עדיף לשאת בה גם אם סיכויי זיכוי גבוהים – מה גם שאפילו מי שאינו אשם אינו משוכנע תמיד שיהיה בידיו להפריך את ראיות התביעה. אם להרשעה כשלעצמה אין משקל רב באופן מיוחד עבור אדם זה הרי שמבחינתו, הצעד הרציונלי לעשות הוא להודות כדי לסיים את ההליך. החשש הוא כי רבים בוחרים בדרך זו¹⁴⁸.

אולם חמור במיוחד הוא מצבם של נאשמים השוהים במעצר. אלו נעצרו על בסיס ראיות לכאורה בלבד. על-פי פסיקת בית-המשפט הדרישה הראייתית הזו קלה במיוחד¹⁴⁹. ההכרעה בשאלת הראיות לכאורה אינה מהווה הכרעה באשמתו של הנאשם. אכן, מערכת המשפט מכירה בצורך לעצור אדם אף בלא שתוכח אשמתו, כדי להגן על אינטרסים אחרים. המעצר אינו עונש, ואינו מחייב הוכחה מעבר לכל ספק סביר. די שקיים "סיכוי סביר כי הראיות [כנגד הנאשם], לאחר שיעברו את כור ההיתוך של ההליך הפלילי, יש בכוחן להוכיח את אשמתו". אין כלל צורך לבחון אם קיים ספק באשמה¹⁵⁰. המשפט מכיר באפשרות שחף מפשע ייעצר עד תום ההליכים.

עם זאת, במערכת משפט עמוסה, מעצרו של אדם עלול להכריע את דינו. הליכי המשפט נמשכים לא אחת חודשים ולעתים אף שנים. חוק המעצרים כמעט ולא הקטין את תקופות המעצר אלא רק

¹⁴⁷ ראו סעיף 240(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי המאפשר טיעונים לעונש בכתב בעבירות שנקבעו כקלות.

¹⁴⁸ כפי שיוצג בהמשך, שלילת זכותו של הנאשם להודות וחיובו לנהל את הגנתו רק ירעו את מצבו של הנאשם החף מאשמה. רק מציאת הליך משפטי זול ומהיר יכול להבטיח שנאשמים במצב דומה ינסו להוכיח את חפותם.

¹⁴⁹ ראו בשי"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 133.

הוסיף לעומס הגדול הקיים ממילא על בית-המשפט, בחייבו את בתי-המשפט לאשר את המשך המעצר לאחר תקופות קצרות יותר¹⁵¹. הארכות מעצר שלישית, רביעית וחמישית, הגורמות לנאשמים להמתין במעצר כשנתיים ימים לפני הכרעת-דינם, גם הן אינן בגדר דבר בל יישמע במחוזותינו.

נאשם העצור עד תום ההליכים יודע זאת. במקרה זה, אף אם הוא מאמין בחפותו ובסיכויו להוכיח אותה, הוא עשוי להעדיף להודות באשמה. מן העבר האחד, הודאה באשמה תחסוך ממנו את המשאבים הדרושים לניהול הגנתו ותקצר את הליכים. היא תשנה את מעמדו ממעמד של עציר למעמד של אסיר הזכאי לחופשות ולזכויות העודפות המוקנות לאסירים בבתי הכלא בישראל¹⁵². מן העבר השני, הוא יודע כי תקופת מאסרו הצפויה, אם יודה, עשויה להיות קצרה מתקופת המעצר. ההקלה בעונש לה יזכה אם יודה, בין אם יעשה כן בהסדר טיעון ובין אם ללא הסדר, בתוספת ההפחתה של עונש המאסר על-ידי ועדת השיחרורים עשויות במקרים רבים לגרום לכך שהודאה תביא לשחרורו ממעצר קודם למועד בו צפוי להסתיים המשפט. זאת ועוד, גם אם המעצר עד תום ההליכים צפוי להיות קצר יותר מהמאסר אותו ירצה הנאשם אם יודה, יש לנאשם שבמעצר תמריץ משמעותי להודות. מעבר לחיסכון במשאבים הדרושים לניהול המשפט ולשיפור תנאי הכליאה, עלול הנאשם לחשוש כי מערכת המשפט תעדיף להרשיעו לאחר ששהה תקופה כה ארוכה במעצר, כדי להגן על עצמה. הנאשם צפוי להניח גם כי לאחר מעצרו יעדיף בית-המשפט להענישו בעונש הארוך מספיק לכיסוי תקופת המעצר, למען זו לא תיחשב כתקופה בה הוא היה כלוא ללא הצדקה¹⁵³. בין אם לתחושה זו יש בסיס ובין אם לאו, גם היא עלולה לשמש תמריץ לנאשם במעצר להודות בעבירה, כדי להימנע מעונש חמור יותר לאחר שישורשע.

ואכן נראה כי מחקרים אמפיריים מאששים חששות אלו. אמנם לא ניתן לאסוף נתונים בדבר הרשעת חפים מפשע, בהיעדר דרך לבחון מי מאלו שהורשעו אשם ומי חף מפשע. אולם ניתן לבחון האם ההחלטה בדבר המעצר משפיעה על מוכנותו של נאשם להודות או האם מעצרים נמשכים לעתים תקופות המתקרבות לתקופת המאסר הצפויה לעבירה דומה. נראה כי התשובה לשתי השאלות היא חיובית.

כך, למשל, מלמד מחקרו של לנדס¹⁵⁴ על מתאם מובהק ומשמעותי בין ההחלטה לעצור אדם לבין הסיכוי שהנאשם יודה, והמתאם הופך מובהק יותר ככל שמשך הדיונים באותו מחוז גדל. גם מחקרים של חסין וקרמניצר בארץ מלמד עד כמה קריטית החלטת המעצר לחשוד. אף כי מחקר זה התבסס על מדגם קטן בהרבה, ניתן ללמוד ממנו כי גם בארץ יש חשש מפני תופעה דומה.

¹⁵⁰ ראו שם, בעמ' 147, והשוו לדעת היחיד של השופטת דורנר באותו מקרה, שם, בעמ' 165, לפיה אין לעצור אדם אם קיים ספק סביר מובנה בראיות נגדו.

¹⁵¹ ראו לעיל הערה 28.

¹⁵² לא אחת טוענים נאשמים המרצים עונש מאסר בגין עבירה אחרת כי אין מקום לעוצרם עד תום ההליכים שכן המאסר מהווה חלופה טובה למעצר. בטענה זו מבקשים העצירים להשיג את התנאים המועדפים שיש לאסיר. לעתים מקבל בית-המשפט את הטענה, כך שנוצר מצב אבסורדי בו כאשר מבין שני שותפים שהואשמו יחדיו וממתניים לדיון בעניינם, יזכה אחד לתנאי כליאה טובים יותר דווקא משום שהוא גם אסיר בשל עבירה קודמת, ואילו חברו שאינו מרצה עונש מאסר יוחזק בתנאים קשים יותר. ראו בש"פ 2762/94 עקול נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 5098/94 שריקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 627/94 גהלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בש"פ 3646/96 חזות נ' מדינת ישראל (לא פורסם). מנגד ראו בש"פ 4827/99 טורק ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

¹⁵³ ובהחלט ייתכן שלתחושה זו יש בסיס. ראו לעיל הטקסט הצמוד להערות 134-136.

¹⁵⁴ W.M. Landes, "An Economic Analysis of the Courts" 14 *J.L. & Econ.* (1971) 61, pp. 81-82

במחקרם נבחנו 125 תיקים שכללו את כל הנאשמים הבגירים חסרי עבר פלילי שהורשעו בעבירות פריצה והתפרצות במהלך השנים 1981-1984 בבתי-המשפט בתל-אביב וירושלים. רק 19 מתוך 125 הנאשמים נעצרו קודם למשפטם¹⁵⁵. על עשרה מתוכם נגזר עונש מאסר בפועל. מבין העשרה האמורים, על שלושה נגזר עונש מאסר החופף את תקופת מעצרו ועל שלושה אחרים נגזר עונש הגבוה אך במעט מתקופת המעצר¹⁵⁶. נראה כי לשישה מתוך עשרת העצורים עדיף היה לקצר את תקופת מעצרו ככל הניתן, גם אם סיכויי זיכויים גדולים¹⁵⁷. אם הודאה באשמה הייתה יכולה להביא לקיצור מעצרו – כדאי היה להם להודות, בין אם הם אשמים ובין אם לאו. יש להניח כי בעבירות חמורות מעט יותר, שבהן הנאשם עצור עד תום ההליכים, התמריץ להודות כדי לקצר את תקופת השעות מאחורי סורג וברית חזק הרבה יותר. שוהם ושביט הביאו מחקרים נוספים שהראו שלהחלטה על המעצר יש השלכה ישירה ומשמעותית על החלטת הנאשם להודות. שיעור הנאשמים העצורים המודים בעבירה גדול משמעותית משיעורם של נאשמים המודים בעבירות דומות המשוחררים בערובה בעת תשובתם לאשמה¹⁵⁸.

במקרה אחד ביקר בית-המשפט העליון בחריפות סנגורית שטענה כי ההחלטה בדבר המעצר עלולה להוביל את מרשה להודות בעבירה שאותה הוא לא ביצע וקבע כי עורך-דין הנותן פומבי לטענה כזו אינו ממלא תפקידו כראוי¹⁵⁹. ייתכן כי אסור לעורך-הדין לתת פומבי לאינטרס של הנאשם להודות, אולם בכך אין כדי למנוע מהנאשם להודות כדי לקדם את חירותו. החשש קיים, ונאשם רציונלי עלול להעדיף הודאה שיקרית על פני ניהול הגנתו. אם הרשעת חפים מפשע היא הסיוט הגדול ביותר של מערכת המשפט הפלילי, יש להניח כי סיוט זה הינו חזיון נפוץ יותר, ככל שהעיכובים בשמיעת התיקים גדולים יותר.

3.7. קרימינליזציה של הפרות קלות ועקרון האשמה

כאמור לעיל, החלופות להליך הפלילי נדרשות בעיקר כדי להקל על עומס העבודה המוטל על רשויות האכיפה ולהקטין את הפגיעה שיוצר עומס זה. אולם זו לא מטרתן היחידה. בחלק גדול מהמקרים, אף שנדרשת הענשת העברייני כדי להשיג הרתעה אישית וכללית, גמול או שיקום, המשפט הפלילי אינו הכלי המתאים להשגת המטרה.

המשפט הפלילי משמש כלי להענשת העבריינים. העבריינות נתפסת כחריגה הבוטה ביותר מהנורמות המותרות בחברה. כפי שמציין פרופ' פלר, "העבירה הפלילית נבדלת משאר התופעות החברתיות השליליות בכך, שהיא מעמידה בסכנה את הערכים החיוניים ביותר לציבור המאוגד בחברה מאורגנת ונותנת ביטוי לקונפליקט אידיאולוגי בין הפרט לחברה כולה בנוגע לחובתו לכבד

¹⁵⁵ אין במחקר מידע על מספר העצורים עד תום ההליכים.

¹⁵⁶ ראו חסין וקרמניצר, לעיל הערה 76, בעמ' 559.

¹⁵⁷ אין בידי מידע בשאלה האם הנאשמים האמורים אכן הודו באשמה.

¹⁵⁸ ראו שוהם ושביט, לעיל הערה 137, בעמ' 53. מדאגיה לא פחות, ואולי אף יותר, העובדה כי מחקרים דומים מצאו שאף כאשר בוחנים את תוצאות ההליך של נאשמים שכפרו באשמתם ניתן לראות מתאם ברור בין המעצר לבין סיכויי ההרשעה. שיעור העצורים שכפרו באשמה ושהורשעו נמצא גדול משיעורם של המשוחררים שכפרו באשמה ושהורשעו. הסיבות לכך יכולות להיות רבות. ייתכן שהשופטים נוטים, לא בהכרח במודע, לגבות את החלטות המעצר בהרשעה כדי למנוע תחושה שאדם היה עצור שלא בצדק. ייתכן גם כי הופעת הנאשם כעצור המובא על-ידי סוהרים לבית-המשפט מחזקת אצל השופטים את התחושה כי מדובר בעברייני. תהא אשר תהא הסיבה לתופעה זו, קיומה, כשלעצמו, מחזק את התמריצים לנאשם הנעצר להודות כדי לסיים מהר את ההליך, שכן הסיכוי שהוא יורשע לאחר שהוחלט לעוצרו גדול יותר.

¹⁵⁹ ראו ב"ש 787/85 שמשילאשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

ערכים אלה¹⁶⁰. כך בעיקרון וכך גם בתפיסה הציבורית. המילה עבריון מתקשרת על-פי-רוב, אסוציאטיבית, עם אותם אנשים הפוגעים קשות בערכי החברה כגון רוצח, שודד, אנס או סוחר סמים.

מטעם זה להרשעה בפלילים מתלווה, בנוסף לעונש המוטל על-ידי בית-המשפט, גם הסטיגמה של מי שנמצא אשם בעבירה פלילית. סטיגמה זו עשויה לפגוע במורשע ביחסיו הבלתי פורמליים בחברה. אולם השלכותיה של ההרשעה אינן מתמצות במישור יחסים בלתי פורמלי זה. להרשעה בפלילים גם השלכות משפטיות ופרקטיות רבות. הרשעה בפלילים עלולה להציב קשיים על קבלת המורשע לעבודה במקומות רבים. מעסיקים רבים דורשים מהמועמדים להביא "תעודת יושר" מן המשטרה, בטרם יתקבלו למשרה. אף השתתפות במרכזים או פניות למכור שירותים בדרך אחרת עלולות, לא אחת, להיתקל בקשיים מקום בו לחובת הספק רשומה הרשעה פלילית.

חמורה במיוחד השלכת ההרשעה על יכולת העבריון להצטרף לשירות הציבורי. אדם בעל עבר פלילי יתקשה למצוא עבודה במשטרה, בשירותי הביטחון ובמשרות ציבוריות רבות אחרות¹⁶¹. להרשעות בפלילים גם השלכה לעניין זכויות של המורשע לקבל רשיונות או היתרים שונים, כגון רישיון להחזקת אקדח, רישיון להפעלת עסקים מסוימים וכיוצא באלה¹⁶².

לכאורה, אין בכל אלו כל פסול. ההליך הפלילי מיועד להיכנס לפעולה רק כאשר הסטיגמה מנורמת ההתנהגות של הנאשם הייתה משמעותית. כפי שצויין לעיל, העבירה הפלילית אינה סתם עוד מעשה שלילי. זהו מעשה אשר מבחינת החברה המאורגנת הוא חמור במיוחד. הרשעה בפלילים מלמדת, כי האדם לחובתו היא נרשמה, פגע בערכי החברה פגיעה קשה או העמיד בסכנה ערכים אלו. ההרשעה עשויה גם ללמד על מידת האמון שיש לתת באדם, והנעזרים במידע עליה יכולים לשפר את ההערכה באשר להתאמת האדם לתפקיד אותו הוא מבקש למלא או באשר להתאמתו לקבלת ההיתר.

כך ראוי, אך אין זה המצב בפועל. המשפט הפלילי מתפרס כיום גם על פעילויות רבות שאינן כה חמורות, באופן המצדיק פגיעה כה קשה בעבריון. במקרים רבים, עבירה פלילית אינה אלא הפרה קלה של הסדר חוקי שלא מתלווה אליה פגם מוסרי או ערכי. מקומן של הפרות אלו בדין הפלילי נובע מסיבות היסטוריות בגינן רוב הסנקציות שמטילה המדינה על פגיעה בהסדרים חקוקים הינן פליליות, וכן מטעמים של נוחות, בהיות הדין הפלילי מכשיר קיים ונוח להטלת סנקציות על מי שמפר הוראה חוקית¹⁶³. אולם, חומרתן של עבירות אלו אינה עולה על חומרת עוולות אזרחיות קלות, הפרות טכניות של חוזה או הפרת נורמה משפטית אחרת שאינה פלילית.

כך, למשל, עבירות על חקיקה המסדירה את הצורך בקבלת אישור, מועדי הגשת דיווחים וכיוצא באלה הינן הפרות של איסורים שהאשמה המתלווה אליהן אינה חמורה באופן המצדיק הטלת

¹⁶⁰ ראו ש"י פלר, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד), 40. ראו גם מ' קרמניצר, "האם חסרי עבירות אנו – על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תשמ"מ-1980", **משפטים** יג (תשמ"ג) 159, בעמ' 160.

¹⁶¹ ראו, למשל, תקנה 3 לתקנות שירותי כבאות (מינוי והעסקה של כבאים), תשכ"ט-1969, הקובעת כי קבלת תעודת יושר מהמשטרה הינה תנאי להעסקת כבאי. בדומה ראו תוספת חמישית לתקנות רישוי עסקים (הדברת מזיקים), תשל"ה-1975.

¹⁶² ראו סעיף 6 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי).

¹⁶³ ראו A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford, 1999), 17.

סטיגמה פלילית בעבריו או באופן המצדיק השלכות אחרות של הרשעה פלילית. בדומה, הפרות של עבירות הסדר רבות, השלכתן היחידה הינה גרימת קושי טכני לרשויות, ואין הן פוגעות ומסכנות את הציבור.

להרחבה זו של השימוש בכלים הפליליים חסרונות רבים. אם נתעלם בשלב זה מקיומם של כלים לריכוך הסטיגמה הפלילית והשלכותיה בהפרות קלות – כלים אותם אבחן בהמשך – הרחבת השימוש במשפט הפלילי גורמת לפגיעה בעתידו ובשמו הטוב של מי שאחראי להפרות קלות של הנורמות בלא הצדקה. היא גם פוגעת בכוחו של המשפט הפלילי ליצור תודעה ציבורית באשר לחומרת המעשה הפלילי. שימוש מוגזם בסנקציה פלילית עלול להביא לכך שכמעט כל אדם יורשע במהלך חייו בעבירה. כשכזה הוא המצב, פוחת כוחה של הסטיגמה השלילית שמלווה הרשעה בפלילים, כגורם מחנך, מרתיע ומכוון¹⁶⁴.

זאת ועוד. לעתים, אף ביצוע עבירה פלילית חמורה לכשעצמה אינו מצדיק כי העבריו יהיה חשוף למכלול ההשלכות המתלוות להרשעה פלילית. כך, למשל, עבירה של תקיפה הנה בלא ספק עבירה מסוג *mala in se*, המתאימה לטיפול בהליך פלילי. עם זאת, ייתכנו נסיבות בהן אין מקום להכתים את התוקף בהרשעה פלילית, או לפחות יש להגביל את השלכותיה של ההרשעה על עתידו. קחו, לדוגמא, מקרה של קטין שאין לו כל קשר לעבריינות, שבתגובה לדברים שנאמרו לו על-ידי חברו, סטר לחברו. דוגמא אחרת הינה מקרה של אדם אשר דחף את שכנו, תוך הפעלת כוח, בחדר המדרגות על רקע סכסוך שכנים. מעשים אלו ראויים לתגובה אכיפתית, אך ספק אם הם מצדיקים הכתמת מבצעייהם בהרשעה פלילית על מלוא השלכותיה.

הדיון לעיל התמקד במעשים שאינם גורמים לפגיעה במידה המינימלית הנדרשת כדי להצדיק את השימוש במשפט הפלילי. אולם גם עקרונות אחרים של המשפט הפלילי נפגעים עקב התרחבותו. כך, עקרון האשמה, הוא עקרון יסוד של המשפט הפלילי. על-פי עיקרון זה אין עבירה בלא אשמה¹⁶⁵. יש אף המשתמשים במינוח "עקרון האחריות המוסרית" וטוענים כי אין לחוקק חוקים המטילים על בני אדם אחריות פלילית בגין מעשים שאין הם אשמים בהם או שאין הם אחראים להם מבחינה מוסרית¹⁶⁶.

אולם עבירות של אחריות קפידה מותחות את גבולותיו של עיקרון זה. עבירות אלו מטילות אחריות פלילית על אדם אף שלא הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות מצדו. אמנם תיקון מס' 39 לחוק העונשין קובע חריג לאחריות זו במקרה שהנאשם עשה כל שניתן למנוע את העבירה, אולם רק במקרים נדירים יכול אדם לפטור עצמו מאחריות באמצעות חריג זה. זאת משני טעמים.

¹⁶⁴ ראו M. Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law", 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84, p. 90; וכן מ' אגמון וד' לחמן-מסר, "תיאורית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", **משפטים** כו (תשנ"ו) 543, בעמ' 555-556. לטענות בדבר הצורך להגביל את השימוש במשפט הפלילי למקרים החמורים בלבד ראו J.C. Coffee, Jr. "Paradigm Lost – The Blurring of Criminal and Civil Law Models and What Can Be Done About It" 101 *Yale L.J.* (1992) 1875, p. 1877. י' קרפ, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 64, בעמ' 68.

¹⁶⁵ ראו פלר, לעיל הערה 160, בעמ' 39-44.

¹⁶⁶ ראו ע' פרוש, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 87.

ראשית, מידת האחריות הנדרשת ממנו כדי שיזוכה גבוהה ביותר. אין די כי האדם לא היה מודע לטיב ההתנהגות, לנסיבות או שלא צפה את התוצאה. גם אין די בכך שאדם מן הישוב במקומו של הנאשם יכול היה להיות מודע לטיב ההתנהגות, לנסיבות או לאפשרות גרימת התוצאה האסורה. עליו להוכיח רמת זהירות מוגברת, שאינה מסתפקת בנקיטת אמצעים סבירים. עליו להראות כי "עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה"¹⁶⁷.

שנית, החוק מטיל על אותו אדם את הנטל להוכיח כי הוא אכן ביצע כל שניתן כאמור. במילים אחרות, אין די שיוכיח קיומו של ספק סביר בשאלה אם כל שניתן אכן נעשה. מקל וחומר אין די בטענה כי התביעה לא הוכיחה את ההיפך. על הנאשם להוכיח פוזיטיבית כי כל שניתן אכן נעשה. העברת נטל הראייה מוצדקת על בסיס ההנחה כי ברוב המקרים מי שביצע את המעשה האסור לא עמד בדרישות האחריות המוגברת, ונוכח הקושי להוכיח את היעדר העמידה בדרישות. אולם הקושי להוכיח את רמת הזהירות הינו דו-כיווני. גם הנאשם שאינו אשם יקשה להוכיח את חפותו. מטעם זה העברת הנטל מקשה על הנאשמים שלא היו אשמים במעשיהם להוכיח את חפותם ולמעשה הופכת את משימתם לכמעט בלתי אפשרית¹⁶⁸. שילוב זה של רמת הזהירות המוגברת הנדרשת והעברת נטל ההוכחה מהתביעה לנאשם, מונע כמעט לחלוטין את האפשרות לשלול אחריות פלילית מאדם שביצע את המעשה האסור, בנימוק של היעדר אשמה¹⁶⁹.

מתח זה בין עיקרון האשמה לבין העבירות של אחריות קפידה נדון ארוכות בספרות¹⁷⁰. יש הטוענים כי עקרון האשמה כלל אינו עקרון יסוד במשפט הפלילי, וכי ככל מערכת אכיפה מטרת המשפט הפלילי הינה להסדיר פעילות חברתית באמצעות ענישה, גם אם הענישה אינה מלווה באשמה¹⁷¹. אולם זו אינה הדעה הרווחת. הצדוק העיקרי של המצדדים במתיחת גבולותיו של עקרון האשמה מתבסס על שיקולי יעילות. חומרת הסכנות של החיים המודרניים מחייבת רמת זהירות גבוהה ורק באמצעות ענישה של החורגים מרמת זהירות זו ניתן למזער את הסיכונים¹⁷². במקביל, הקושי להוכיח את היסוד הנפשי והצורך להבטיח תגובה עונשית מהירה ויעילה בלא התדייניות ארוכות בשאלת היסוד הנפשי, משמשים צדוק לחזקת הרשלנות¹⁷³.

¹⁶⁷ ראו סעיף 22(ב) לחוק העונשין.

¹⁶⁸ ראו מ' גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992", **משפטים** כד (תשנ"ד) 9, בעמ' 33.

¹⁶⁹ יצוין כי עד לתיקון מס' 39, אחת ההצדקות המרכזיות לקיומה של אחריות קפידה על רקע עקרון האשמה הייתה כי בעבירות של אחריות קפידה גלומה הנחה של רשלנות. נטען כי "האחריות הקפידה אינה בנויה על תשתית אובייקטיבית בלבד, כאילו מדובר על אחריות בלא אשמה... אלא, כאמור, שאין היסוד הנפשי טעון הוכחה מאחר ויוצאים מתוך הנחה כי לא ייתכן שהיא לא תבצע לפחות מתוך רשלנות" ראו פלר, לעיל הערה 160, בעמ' 795. אולם סעיף 22 לחוק העונשין כיום, אף שהוא מאפשר לנאשם לסתור את הנחת המחוקק, אינו מסתפק בשלילת קיומה של רשלנות. מבחינה קונסטטואלית (אף כי לא מבחינה פרקטית) יש בסעיף כדי לפחת עוד יותר בעקרון האשמה. אם קודם לתיקון הייתה האחריות מוטלת בגין רשלנות, אף כי לא היה נדרש להוכיחה, עתה האחריות מוטלת בגין מעשה שאינו רשלני, ובלבד שאינו עומד בדרישות האחריות המוגברת.

¹⁷⁰ לדיון בארץ ראו מ' גור-אריה, "אחריות מוחלטת לעבירות של תקנת הציבור – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המינהלי", **גבורות לשמעון אגרונט** (תשמ"ז) 241; פרוש, לעיל הערה 166, בעמ' 99, הסוברים כי עקרון האשמה שולל שימוש במשפט הפלילי לאכיפת הוראות של אחריות קפידה.

¹⁷¹ ראו לדיון בשתי הגישות למשפט הפלילי אצל A.S. Goldstein, "White Collar Crimes and Civil Sanctions", 101 *Yale L.J.* (1992) 1985, pp. 1985-1987.

¹⁷² ראו מ' קרמניצר, "עקרון האשמה", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 109.

¹⁷³ ראו פלר, לעיל הערה 160, בעמ' 298.

אכן, שיקולים של יעילות האכיפה עשויים להצדיק הגמשת עקרונות אחדים של דיני העונשין ודיני הראיות¹⁷⁴. אך תנאי הכרחי להצדקה זו הוא שההגמשה נדרשת לצורך השגת היעילות. מקום בו קיימת אלטרנטיבה יעילה לא פחות אשר אינה מחייבת את הגמשת עקרונות דיני העונשין, הבחירה בסנקציה העונשית אינה מידתית¹⁷⁵. אלטרנטיבה כזו יכולים לספק אמצעים מינהליים של חלופות. אין הכוונה רק לשימוש באמצעי מניעה של הגברת הביקורת והאכיפה וחוב המפר לתקן את ההפרה¹⁷⁶, שכן אמצעי מניעה ותקן בלבד אינם יכולים תמיד להבטיח את ההרתעה הנדרשת ולמנוע הפרות דומות בעתיד¹⁷⁷. הכוונה לסנקציות מינהליות, כגון קנסות מינהליים, המיועדות, בין השאר, ליצור הרתעה ולעודד ציות לחוק, כאשר הטלתם אינה מלווה בהרשעה ובהכתמת הנענש בסטיגמה הפלילית. כיוון שבגין עבירות של אחריות קפידה לא ניתן להטיל עונש מאסר, אלא אם הוכחה רשלנות או מחשבה פלילית של מבצעה, הרי שקנסות מינהליים יכולים לשמש תחליף עונשי טוב להרשעה בפלילים.

פרופ' קרמניצר מבקר גישה זו. לדעתו ענישה מינהלית הצופה פני עתיד (להבדיל מאמצעי מניעה מינהליים) תהיה אפקטיבית פחות כאשר ישללו מהנענש את הסטיגמה השלילית של ההרשעה. לגישתו, שימוש בסנקציה מינהלית שאינה פלילית ייפגע בערכה המניעתית של הסנקציה. לפיכך, אם יש מקום להטיל עונש שמטרתו הרתעה גם בלא הוכחת רשלנות, אין מניעה להטיל גם אחריות סטיגמית (במידה)¹⁷⁸.

איני מסכים עם גישה זו. לדעתי, גם כאשר יש מקום להטיל עונש לצורך הרתעה, בלא שהוכחה רשלנות, הרי שראוי להימנע מהטלת סטיגמה פלילית בנוסף לקנס הכספי. שימוש בסטיגמה פלילית כאשר האשם לא הוכח (או שעוצמתו נמוכה במיוחד) שוחק את כוחה של ההרשעה כסמן של התנהגות המלווה באשם¹⁷⁹. אכן, החיים המודרניים מחייבים, במקרים מסוימים, הטלת אחריות מוגברת כמו גם העברת נטל האחריות למפר, וזאת כדי לאפשר אכיפה אפקטיבית של אותן הוראות חוק רבות שנדרשות להקטנת הסכנות וקשיי המינהל בחיים המודרניים. אילושים אלו מחייבים הטלת עונש, למרות שלא הוכחה מעבר לכל ספק סביר אחריותו המוסרית של המפר. אולם, המציאות אינה מחייבת להטיל, בנוסף לסנקציה הכספית, גם אות קלון מוסרי.

את הפגיעה בכוח המרתיע של ההוראה שעלולה להיווצר אם תוסר הסטיגמה הפסולה מן ההפרה ניתן לתקן באמצעות החמרה קלה בגובה הקנס שנקבע להפרה¹⁸⁰. בדרך זו יובטח טוב יותר כי הכתם המוסרי שמתלווה להרשעה יוטל רק על מי שהוכח מעבר לכל ספק סביר כי דבק במעשיו אשם. ענישה מינהלית מאפשרת בניית הרתעה בלא לפגוע בעקרון האשמה של המשפט הפלילי.

¹⁷⁴ לדעה אחרת ראו פרוש, לעיל הערה 166, הסבור ששיקולי תועלת חברתית אינם מצדיקים הרחבת גבולות האחריות הפלילית. השוו' מ' קרמניצר, "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו", **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** (אלי לדרמן – עורך, תשס"א) 55, בעמ' 70.

¹⁷⁵ ראו Kremenitzer, לעיל הערה 164, בעמ' 86. עקרון המידתיות אוסר על פגיעה בפרט מקום בו ניתן להשיג את מטרת הפעולה הפוגעת בדרך אלטרנטיבית שפגיעתה בזכויות קלה יותר. ראו בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, בעמ' 12-13.

¹⁷⁶ להצעה להחליף העבירות של אחריות קפידה באכיפה מינהלית עם דגש מניעתי ראו גור-אריה, לעיל הערה 170.

¹⁷⁷ ראו קרמניצר, לעיל הערה 172, בעמ' 116.

¹⁷⁸ ראו שם, שם.

¹⁷⁹ ראו Kremenitzer, לעיל הערה 164, בעמ' 90.

טענה אחרת המועלית בהקשר זה היא כי מקום בו לא ניתן להטיל עונש פלילי תוך מתיחת גבולות עיקרון האשמה, לא ניתן יהיה להטיל סנקציה אזרחית. "לא ברור כי מוצדק לפגוע בקניינו של אדם שלא על יסוד אשמה"¹⁸¹. במילים אחרות, לפי טענה זו, יסוד האשמה נדרש בענישה אזרחית באותה מידה שהוא נדרש לצורך הטלת סנקציה פלילית.

אולם בשונה מהמשפט הפלילי, במשפט האזרחי והמינהלי מקובל ומותר להטיל על אדם חיובים גם בלא הוכחת אשמה. כך עושה רשות מס בעורכה את שומת חובו של אדם. כך פועלות שיטות של תמריצים מינהליים חיוביים ושלייליים המשקפות מדיניות כלכלית, חברתית או מדיניות אחרת. כך גם פוסק בית-המשפט בכל סכסוך אזרחי, בין אם המדינה צד לו ובין אם לאו.

לדוגמה, מותר (ואף רצוי) להטיל מס על פעילות היוצרת נזק או סיכון כדי לעודד הימנעות מפעילות זו, גם כאשר ייתכנו נסיבות שבהן אדם ישלם את המס למרות שפעילותו לא גרמה לנזק או לסיכון האמור. כן רשאית המדינה לתבוע פיצוי בנזיקין ממי שגרם לה לנזק בעוולה, אף אם אחריותו אחריות מוחלטת. כך גם בדיני חוזים, החבות חלה אף בלא אשם. המס הגבוה המוטל על שימוש בדלק למכונית כמכשיר להקטנת הגודש בכבישים ותאונות הדרכים, אינו פוגע בעקרון האשמה למרות שהוא מוטל גם על נהגים הנוסעים באזורים שאינם צפופים, ועל נהגים זהירים שנהיגתם אינה מסכנת את הציבור. שיקולי יעילות של מערך הטלת המס והגבייה מצדיקים הטלת המס גם על נהגים שנהיגתם אינה גורמים לנזק לצדדים שלישיים.

בדומה, ניתן, ואף מקובל, להטיל חיוב אזרחי כדי להבטיח אכיפת הוראות חוק אזרחיות, גם בלא הוכחת אשמה. כמובן שחייב להיות מתאם הגיוני בין הסנקציה האזרחית לבין המטרה שאותה מנסים להשיג, והאמצעי צריך שיהיה מידתי¹⁸². אולם, בניגוד למקובל במשפט הפלילי, לשיקולי יעילות מעמד בכיר יותר בקביעת היקף החיובים והחבות¹⁸³. כך, למשל, משיקולי עלות-תועלת ניתן להצדיק, כאשר הדבר יעיל, הרחבת הטלת החיובים גם על מי שאין אינטרס ישיר בהרתעתו. מטעם זה, למשל, אין צורך להוכיח את אשמת החייב מעבר לכל ספק סביר. בדומה, ניתן להטיל חיוב גם בלא הוכחת אשמה. ודאי שאין צורך, במשפט האזרחי, בהוכחה בדרגה של מעבר לכל ספק סביר. אמנם בדרך זו יגדל מספר המחויבים שלא התרשלו, אולם הנזק בחיובם מוצדק כשמאזנים אותו למול עלות הפרדת מיעוט זה מהקבוצה הגדולה שהפרה את הכלל ברשלנות, בפזיזות או במתכוון. בדרך זו הטלת קנס אזרחי על כל מי שנוהג מהר, כדי להרתיע אנשים מלנהוג מהר בכוונה או ברשלנות, היא החלטה מידתית, אף שהיא עלולה לפגוע, בשוליים, גם במי שלא התרשלו. בדומה, הטלת קנס אזרחי על כל מי שמאחר בהגשת דוח שאותו הוא מחויב להגיש כדין אינה פסולה רק מן הטעם שבחלק קטן מן המקרים הנקנס לא היה אשם באיחור. במילים אחרות, בניגוד לענישה פלילית, הטלת חיוב שאינו פלילי אינה כפופה בהכרח לעקרון האשמה, גם אם מטרתה הכוונת התנהגות.

¹⁸⁰ ראו L.J. Kerrigan, C.W. Berrettini, M.L. Callahan, J.F. Entas, M.J. Ide, T.W. Johnson, J. McGowan, T.L. Moss, K.E. O'Brien, K.T. Oliveira, J. Rothstein, E.A. Stas, "The Decriminalization of Administrative Law Penalties, Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications" 45 *Admin. L. Rev.* (1993) 367, p. 379.

¹⁸¹ ראו שם, שם.

¹⁸² ראו בג"ץ 3477/95 עטייה ואח' נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1.

¹⁸³ לאיזון בין אינטרס ההגיינות לבין אינטרס היעילות במשפט המינהלי ראו י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), 673-679.

ניתן לטעון כי אין הנדון דומה לראיה. חיוב בחוזים, בנזיקין או במיסים אינו חיוב עונשי. הבעיה, כך ניתן לטעון, אינה בהטלת חיוב שמטרתו הכוונת התנהגות בלא אשם, אלא בהטלת עונש בלא אשם. לפי טענה זו פיצוי הוא תרופה אזרחית שמטרתה הטבת מצבו של נפגע, ואילו עונש הוא סנקציה פלילית, שאיזרוחה באופן מלאכותי אינו שולל את אופייה. לפי טענה זו סנקציה אזרחית הינה למעשה עונש פלילי במהותה, ולכן יש להתייחס אליה כאל עונש פלילי גם מבחינת עקרון האשם.

אכן, השימוש בענישה אזרחית מקשה על קביעת הגבול בין המטרות של חיובים אזרחיים לבין אלה הפליליים¹⁸⁴. אולם גם בהיעדר ענישה אזרחית קשה למצוא קו גבול ברור בין מטרות שתי מערכות הדינים. כאמור, הרתעה והכוונת התנהגות הינן מטרות הן של חיובים אזרחיים רבים והן של הענישה הפלילית. הטענה כי הסנקציה מיועדת למנוע הפרות חוק אינה הופכת אותה לפלילית, כיוון שגם תרופה נזיקית או חוזית מיועדת לעודד ציות לנורמה משפטית.

מטרות אחרות נראות בעלות משקל רב יותר באחד מענפי המשפט. כך, למשל, הגמול הינו מטרה המאפיינת יותר את העונש הפלילי מאשר את התרופה האזרחית. מנגד, השבת המצב לקדמותו והטבת מצב הנפגע הן מטרות המיוחדות לתרופה האזרחית. אולם, גם בבחינת מטרות אלו אין כדי לחייב את סיווג העונש האזרחי כסנקציה פלילית. בעבירות קלות בגינן מוטל קנס, המטרה העיקרית של הסנקציה היא הכוונת התנהגות ולא גמול. אותה אינטואיציה ברורה הגורסת כי אנס ורוצח ראויים לעונש הולם אינה קיימת בהפרות אלו. לו ניתן היה להבטיח ציות בלא הטלת סנקציה – תוצאה זו הייתה עדיפה. אין פירוש הדבר שלא יגרם למפר סבל עקב הטלת הסנקציה, אולם כמו חיוב אחר שמטרתו הכוונת התנהגות, בנזיקין, במיסים או בכל תחום אחר, גרימת הסבל באמצעות החיוב אינה מטרה בפני עצמה אלא אמצעי, דהיינו היא נועדה ליצור תמריצים להתנהגות מועילה בעתיד.

אשר לפיצוי, מטרה זו מאפיינת חיובים אזרחיים קלאסיים, כגון בדיני נזיקין, אך חיובים מינהליים, כגון מיסים, אגרות רישוי וכיוצא באלה אינם מכוונים להשגתה. למעשה מס המוטל על התנהגות הגורמת לעלות חברתית (כגון מס על דלק או על חומרים מזהמים) דומה עד מאוד במטרותיו ובאופיו לסנקציה מינהלית. מס כזה נועד בעיקר כדי לצמצם את הפעילות המזיקה. למרות זאת, איש לא יטען כי מס כזה הוא סנקציה פלילית וכי יש להכפיפו לעקרון האשמה.

זאת ועוד, סנקציה מינהלית כספית דומה במהותה למחיר או פיצוי שמשלם מי שמסכן את החברה על הנזק (לעתים הנזק הפוטנציאלי בלבד) שגורמת פעילותו לחברה. בהקשר זה ניתן לדמותה לתרופה שמטרתה, כמו רוב התרופות במשפט האזרחי, פיצוי הניזוק בנוסף ליצירת הרתעה. מי שמאחר בהגשת דוח לרשויות המס מגדיל את עלויות אכיפת המס והקנס מהווה פיצוי לרשות ולחברה על הנזק. בדומה, מי שמסכן בנהיגתו את באי הדרך מגדיל את הסיכון מתאונות,

¹⁸⁴ וראו הדיון הנרחב בסוגיה בארצות-הברית, המפורט להלן בסעיף 4.1.7. ראו בעיקר K. Mann "Punitive Civil Sanctions: the Middleground Between Criminal and Civil Law" 101 *Yale L. Rev.* (1992) 1795, p. 1978.

והקנס מהווה פיצוי לחברה על הנזק הכרוך בהגדלת סיכון זה. הניזוק במקרה זה הוא החברה כולה הנדרשת לממן את נזקי ההתנהגות המסוכנת ואת עלויות האכיפה¹⁸⁵.

יתרה מזאת, גם שיקולי עלות-תועלת מצדיקים הבחנה בין מקומו של עקרון האשמה במשפט הפלילי לבין מקומו בענישה אזרחית. ענישה פלילית, בניגוד לתרופה אזרחית, מלווה במקרים רבים בכפיית הנאשם להליך הגורם לו סבל בלא להיטיב ישירות עם גורם אחר. כך, למשל, עונש מאסר מיועד לגרום לאסיר סבל (Disutility), בלא שהמדינה או שאדם אחר מפקים הכנסה ישירה מכך. בדומה, סטיגמה פלילית פוגעת בנאשם בלא לגרום לאחר הנאה ישירה ממנה. לעומת זאת, פיצוי אזרחי או מיסוי מהווים אך העברת משאבים מאדם אחד לאחר או למדינה, ולמעט עלויות האכיפה אינם גורמים להפסד רווחה חברתית (dead weight loss). ענישה אזרחית כספית דומה מבחינה זו לתרופה האזרחית יותר מלעונש פלילי¹⁸⁶.

הפסד הרווחה החברתית הגדול, הנגרם מהטלת עונש פלילי על מי שאינו אשם, הוא אחד השיקולים המצדיקים את המגבלות הרבות שמטיל המשפט הפלילי על הענשת אנשים שלא חטאו, באמצעות עיקרון האשם וסטנדרט ההוכחה הגבוה¹⁸⁷. גם חיוב אזרחי וגם עונש פלילי, המוטלים על מי שפעל בסבירות, פוגעים בהרתעה ובתמריצים לפעול בסבירות. אולם, בהליך אזרחי, חיוב הנתבע למרות שמעשיו היו סבירים, אינו גורם לעלות חברתית גדולה יותר מהותרת הנזק על כתפי התובע שלא חטא גם הוא. בשני המקרים מוטל על אדם לשאת בעלות למרות שפעל בסבירות. מטעם זה סטנדרט ההוכחה האזרחי מסתפק במאזן ההסתברויות. כמו כן, העובדה שחיוב אדם שלא היה אשם במעשיו לא גורמת לנזק כולל לרווחה החברתית, מצדיקה לעתים העדפת שיקולים אחרים על פני עקרון האשם, כגון שיקולים חלוקתיים או הוזלת עלויות האכיפה. תוצאה זו אינה שונה כאשר אחד הצדדים לסכסוך האזרחי הוא החברה כולה המיוצגת על-ידי המדינה. כך רשאית המדינה לתבוע אדם בגין עוולה של אחריות מוחלטת, בלא שיהיה בכך פגיעה בעקרון האשמה.

לעומת זאת, ענישה פלילית אינה אך העברת טובת הנאה מגורם אחד לאחר. כמו בהליך אזרחי טעות לכל כיוון פוגעת בהרתעה ובכוחה של המערכת לכוון התנהגות. אולם, בניגוד לתרופה אזרחית, עונש פלילי גורם לעברייני נזק אשר אינו מופיע ישירות כהכנסה אצל אחר. כך, למשל, עונש מאסר גורם הן לסבל לאסיר והן לעלות לחברה המחזיקה בו. כאשר אשמתו של האסיר קרובה לוודאית, עשוי המאסר להיות מוצדק, למרות הפסד הרווחה הנגרם ממנו, כדי להבטיח הרתעה, שיקום, מניעה או גמול שלא ניתנים להשגה בדרך פוגעת פחות. אולם, כאשר יש ספקות באשמו של הנאשם, התועלת הצפויה מהמאסר להרתעה ולמניעה קטנה יותר ומנגד, עלותו הגדולה של המאסר לאסיר ולחברה נותרת בעינה. במצב זה, משיקולי רווחה חברתית עדיף לזכותו אם יש ספק באשמתו המוסרית, אף אם ניתן להוכיח את אשמה זו במאזן ההסתברויות.

¹⁸⁵ בהקשר זה אין צורך להראות כי הסכום שהוטל שווה לנזק הספציפי שיצר המפר או לעלויות של אכיפת פעולתו דווקא, וניתן לראות במפירים שנתפסו כמי שצריכים לשאת בעלויות הפעילות והאכיפה הכוללות. ראו על כך להלן בפרק 4, בהערה 57 ובטקסט הצמוד לה.

¹⁸⁶ לכאורה קנס פלילי, כמו קנס אזרחי, הינו אך העברת משאבים מהנאשם למדינה. אולם לקנס פלילי מתלווה לרוב גם סטיגמה של הרשעה פלילית, שכאמור מהווה עונש שאינו אך העברת משאבים.

¹⁸⁷ ראו R. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed., New York, 1998), 604-605.

תופעה זו קיימת, אם כי במידה מופחתת, גם כאשר העונש הוא קנס בלבד. זאת מכיוון שבנוסף לחיוב הכספי על המורשע המחויב בקנס מוטלת גם סטיגמה פלילית הגורמת לו נזק שאינו מתבטא בתועלת לצד אחר. הסטיגמה היא עונש המפחית מתועלתו של המורשע בלא להיטיב ישירות עם החברה. בשונה מתשלום כספי, הסבל של הנאשם מן הסטיגמה הפלילית אינו מופיע בצד הזכות במאזן המקורות של החברה. יתרה מזאת, הרשעה בפלילים יקרה יותר לחברה מחובה במשפט האזרחי גם מכיוון שלצורך מימושה יש להפעיל את מערכות התביעה ושיפוט. הרחבת מעגל החייבים בפלילים תטיל עלויות רבות נוספות על המשטרה, התביעה ובית-המשפט. מנגד, סעד אזרחי (כמו גם אזרחי-מינהלי) ניתן לקבל אף בלא הליך שיפוטי כלל, ולמעשה הרוב המכריע של הסכסוכים האזרחיים מסתיים מחוץ לכותלי בית-המשפט¹⁸⁸. לפיכך, הנזק החברתי הנגרם כתוצאה מהרשעה מוטעית גדול בהרבה מהנזק הנגרם כתוצאה משליחת עבריין לחופשי. אולם, כאשר מדובר בסנקציה אזרחית הטלטה אינה כרוכה בעלות חברתית כה גדולה. הטלת חיוב בלא אשם גורמת לעלות חברתית קטנה בהרבה, עד כי חיסכון עלויות האכיפה באמצעות ביטול הצורך בהוכחת אשם יהיה במקרים רבים גדול מהעלות החברתית של הטלת החיוב על אלו שאינם אשמים. מטעם זה, גם משיקולי יעילות, ההצדקות לעקרון האשמה במשפט הפלילי לא חלות בתחום האכיפה האזרחית מינהלית.

גם אם נראה כי לענישה המינהלית מאפיינים רבים הדומים לסנקציה פלילית אין בכך כדי לנתקה מבסיסה האזרחי¹⁸⁹. לכל היותר, ניתן לראות בסנקציה המינהלית כשלב במדרג של נורמות שנועדו לכוון התנהגות, בין ענישה פלילית לבין חיוב אזרחי או מינהלי¹⁹⁰. גישה זו תחייב אולי הכפפת הסנקציה הפלילית לחלק מן העקרונות וההגנות של המשפט הפלילי – אך בוודאי לא לכל ההגנות. כאשר יש צורך בחקיקה המטילה סנקציה בלא צורך בהוכחת אשם, הרי ששימוש בסנקציה אזרחית יחייב פגיעה פחותה (אם בכלל) בעקרון האשם.

כל האמור לעיל בדבר חוסר התאמת הסטיגמה, הסנקציה וההליך לחלק גדול מההפרות, חייב מציאת דרכי התמודדות אחרות עם אותן הפרות. חלק מן החלופות להליך הפלילי נותנות מענה לבעיות אלו. כך, למשל, כופר, קנס מינהלי, עיצום אזרחי או סגירת תיק מותנית הינם כלים המאפשרים הטלת סנקציה שאינה פלילית בגין ההפרות. חלופות אלו ידונו בהרחבה בהמשך, אך בשלב זה ראוי לבחון האם אין החוק הפלילי כיום מספק די כלים להתמודדות עם הקשיים שהועלו בפרק זה. נבחן להלן מספר כלים המאפשרים לרשויות להימנע מהרשעת עבריניים מקום בו הרשעה פלילית אינה מוצדקת או לצמצם את השלכותיה של ההרשעה כאשר הדבר דרוש.

ניתן כמובן לפתור את הקשיים שתוארו לעיל על-ידי ויתור על ניהול הליכים כנגד מי שביצעו עבירות קלות או עבירות של אחריות קפידה. כאשר מדובר בעבירות קלות, הדבר אכן נעשה

¹⁸⁸ כמובן שבת-המשפט האזרחיים נדרשים לספק את הכללים שבצילם יוכלו צדדים ניצים להגיע להסכמה במחלוקת אזרחית.

¹⁸⁹ כפי שיוצג בהמשך, בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, בשורה של פסקי-דין, הגיע למסקנה כי ככלל סנקציה שהוגדרה על-ידי המחוקק כאזרחית אינה פלילית. רק במקרים חריגים, כאשר ניתן להראות פראיות הברורות ביותר (clearest proof the) שהסנקציה היא כל-כך עונשית (so punitive), בין במטרה ובין בתוצאה, עד כדי להצדיק סיווגה כפלילית למרות כוונת המחוקק – היא תסווג כפלילית. ראו להלן בפרק 4, הטקסט הצמוד להערה 61.

¹⁹⁰ לדיון בענישה המינהלית כתחום ביניים שבין משפט פלילי לבין משפט אזרחי-מינהלי ראו ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 243. להבחנה בין ענישה פלילית לבין ענישה אזרחית בפסיקה ראו ר"ע 277/82 **נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(1) 826, בעמ' 829 שם נדונה הסוגיה של ענישה אזרחית. בית-

במקרים רבים. תובעים נמנעים פעמים רבות מלהגיש כתבי-אישום בעבירות רבות, כאשר הם סבורים כי השימוש במכשיר הפלילי אינו פרופורציונאלי למעשה¹⁹¹. אולם אם כך יעשה לגבי כל העבירות הקלות או עבירות ההסדר החוק יאבד את כל כוחו המרתיע, והמטרות החברתיות לשמו הוא נקבע יפגעו. הפרות של עבירות הסדר כמו גם עבירות קלות אחרות פוגעות באינטרסים חברתיים. יש צורך להטיל חיוב כלשהו על המפירים, גם בעבירות אלו, כדי להבטיח הרתעה אפקטיבית. כך, למשל, חלק גדול מעבירות התעבורה הן עבירות קלות, אולם איש לא יטען כי נוכח הקושי בשימוש בהליך פלילי בעבירות אלו ראוי להימנע מאכיפתם לחלוטין. יש לזכור עדיין כי מרבית המפירים אכן התרשלו (לפחות) ולכן ניתן להרתיעם באמצעות האיום בסנקציה. אמנם נוכח הקושי לברר מי מביניהם אכן ראוי לסנקציה, אין מקום להטיל עליהם עונש פלילי המלווה בסטיגמה. אולם הימנעות מכל תגובה אכיפתית תמנע אפשרות להרתיע אחרים מלעשות מעשים דומים בעתיד. האתגר הינו, אם כן, למצוא דרכים להטיל חיוב על מבצעי העבירות אך להימנע מלהטיל בהם סטיגמה פלילית ולמנוע סטיות מעקרון האשמה, או לפחות למזער את השלכותיה העתידיות של ההרשעה במקרים אלו.

ואכן, ישנם מספר פתרונות המאפשרים הטלת עונש על עבריינים בלא שלעונש יהיו גם השלכות כמו להרשעה. אחד הפתרונות מתבסס על הסמכות הנתונה בידי בית-המשפט להימנע מהרשעה, גם כאשר הוכח כי הנאשם ביצע את העבירות שיוחסו לו. החוק מסמיך את בית-המשפט להטיל על אדם שחויב בגין ביצוע עבירה פלילית עונש של שירות למען הציבור או להכפיפו למבחן בלא להרשיעו¹⁹². כאשר העברייין הינו קטין, האמצעים ודרכי הטיפול שמאפשר החוק, רבים עוד יותר¹⁹³. מקום שחויב אדם בדין בלא שהורשע, אין לחיוב כל השלכות של הרשעה, ובכלל זה אין הוא מונע קבלת תעודת יושר מהמשטרה ולא ניתן להפסיק את העסקת המחויב בשירות המדינה על בסיס ההחלטה¹⁹⁴.

עם זאת, אופציה זו מספקת רק פתרון מוגבל לבעיה. ראשית, החיוב נרשם בגיליון הרישום הפלילי של הנאשם וגם לכך מלווה מידה מסוימת של סטיגמה. שנית, וזה העיקר, במקרים רבים שירות למען הציבור או צו מבחן אינם סנקציה מתאימה. חיוב ללא הרשעה מוטל ברוב המקרים כחלק מתפיסה טיפולית שיקומית, ולא בכל מקרה של ביצוע עבירה קלה. כך, למשל, ברוב עבירות ההסדר, כגון עבירות תעבורה קלות ועבירות בעלות אופי כלכלי, המטרה העיקרית של הסנקציה אינה שיקום אלא הרתעה. במקרים אלו האפקטיביות של האמצעים השיקומיים נמוכה בהרבה מעלותם, בעוד שסנקציה כספית נותנת מענה מרתיע ואפקטיבי יותר. לאמצעים שמטרתם שיקום עשוי להיות יתרון, למרות עלותם הגבוהה, במקרים מסוימים כאשר אופיו של העברייין ותפיסותיו

המשפט קבע כי קנס אזרחי אינו ענישה פלילית ולכן אין מניעה להטיל על משלם הקנס עונש פלילי נוסף על הקנס האזרחי שהוטל בגין אותו מעשה.

¹⁹¹ השוו Goldstein, לעיל הערה 171, בעמ' 1897.

¹⁹² ראו, למשל, הוראת סעיף 71א(ב) לחוק העונשין המסמיכה את בית-המשפט להטיל על אדם שביצע עבירה עונש של עבודות למען הציבור בלא להרשיעו בנוסף למבחן או בלעדיו. ראו גם סעיף 21(2) לפקודת המבחן (נוסח חדש), תשכ"ט-1969.

¹⁹³ ראו סעיף 24 (2) ו-3 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 המסמיך את בית-המשפט שלא להרשיע קטין שביצע עבירה תוך צווי על אמצעים או דרכי טיפול כקבוע בחוק ואף בלעדי צו כאמור.

¹⁹⁴ ראו סעיף 9 לפקודה קובע כי "צו מבחן שניתן ללא הרשעה לא יגרור אחריו תוצאות של הרשעה לשום ענין אלא אם כוונה אחרת משתמעת מפקודה זו או מכל חיקוק אחר". ראו גם בג"ץ 3090/97 כהן נ' הממונה על מחוז דרום, במשרד הפנים, פ"ד נב(2) 791, וע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337.

היו הגורמים המרכזיים למעשיו. לעומת זאת, בעבריינות רציונלית, המבוססת על שיקולי עלות-תועלת, כמו גם ברוב עבירות ההסדר, יעיל יותר להילחם באמצעות ענישה המכוונת להרתעה.

זאת ועוד, התפיסה השיקומית שתפסה מעמד בכיר בין מטרות הענישה הולכת ומאבדת את מקומה בשנים האחרונות לאחר שמחקרים הראו כי הענישה הפלילית אינה כלי אפקטיבי לשיקום עבריינים¹⁹⁵. צמצום מעמדו של השיקום בין מטרות הענישה מצמצם את מתחם האפשרויות להשתמש בצו מבחן בלא הרשעה. כך, למשל, ייתכן כי בעקבות הספקות באשר ליכולת הענישה לשקם את העבריין לא יהיה מקום להורות בגזר-הדין על מבחן ללא הרשעה, גם במקרים שבעבר היה צו כזה ניתן כדרך שיגרה. פיקוח של שירות המבחן הינו הליך יקר, ונוכח החששות הכבדים כי פיקוח זה אינו אפקטיבי במקרים רבים ככלי לצמצום העבריינות, ספק אם יש הצדקה לשימוש נרחב בו¹⁹⁶. המחקרים המלמדים כי תוכניות השיקום השונות הן יקרות ובלתי אפקטיביות, מחזקים את הצורך בחלופות אחרות לסנקציה העונשית הרגילה, המכוונת להרתעה, מניעה או גמול. לבתי-המשפט כמעט ואין כלים להטיל עונשים העולים בקנה אחד עם מטרות אלו, שלא במסגרת הרשעה פלילית.

לכך נוסף את העלות הגבוהה הכרוכה בהעמדת אדם לדין פלילי. כאשר התגובה השיפוטית ההולמת לעבירה היא מבחן בלא הרשעה, הרי שבמקרים רבים אין העלות של ההליך עומדת בפרופורציה לחשיבות התוצאה. כדי להטיל על אדם מבחן בלא הרשעה, על רשויות החקירה והתביעה לקיים חקירה פלילית מלאה, להכין כתב-אישום ולהגישו. על בית-המשפט לקיים דיון בשלב ההקראה, בירור ראייתי ולהכריע את הדין. לאחר כל זאת עליו לברר האם התיק מתאים להחלטה של מבחן בלא הרשעה. לשם כך, עליו לשלוח את הנאשם לשירות המבחן לקבלת תסקיר. לאחר קבלת התסקיר, שוב חוזר התיק לבית-המשפט לצורך הכרעה בגזר-הדין. ולאחר כל זאת, על שירות המבחן לקיים את צו המבחן, ולעתים גם לפקח על שירות למען הציבור שהוטל על הנאשם. הליכים אלו גוזלים ימי עבודה רבים של רשויות האכיפה, בעוד שהשלכות התוצאה מוגבלות ביותר. במקרים רבים, סנקציה מינהלית פשוטה ומהירה הייתה גם אפקטיבית יותר. בבוודאי זולה הרבה יותר.

הימנעות מהרשעה היא דרך אחת לפתרון הבעיה, אולם כאמור היא משמשת כחלק מתפיסה שיקומית ולכן היקף השימוש בה מוגבל. כיוון התייחסות מעט שונה פונה לצמצום השלכותיה השליליות של ההרשעה במקום לביטולה. דרך אחת לצמצם את השלכות ההרשעה היא לקבוע כי הרשעה בעבירות מסוימות לא תירשם במרשם הפלילי. על-פי חוק המרשם הפלילי הרשעה בעבירות מסוג חטא לא תירשם במרשם זה¹⁹⁷. כמו כן, מוסמך שר המשפטים לקבוע בתקנות עונות שלגביהם לא יירשמו פרטי רישום, פרטי רישום שלא יימסר מידע עליהם וסייגים למסירת

¹⁹⁵ להתפתחות זו ראו S. M. Bunzel, "Note - The Probation Officer and the Federal Sentencing Guidelines: Strange Philosophical Bedfellows", 104 *Yale L.J.* 933. גם בארץ הנטייה בשנים האחרונות להעדיף שיקולי גמול על פני שיקום. ראו לעיל בסעיף 2.3.1.4.

¹⁹⁶ לסקירת מחקרים המלמדים על שיעור ההצלחה המוגבל מאוד של צווי מבחן ראו י' פולק וא' לזר, "השפעת הטיפול לפי צו מבחן ושירות לתועלת הציבור במניעת עבריינות חוזרת בקרב מטופלים בשירות המבחן למבוגרים", **עובדי חוק בישראל** (מאיר חובב, מרים גולן ויוחנן זנר – עורכים, 1999) 149, בעמ' 150. להשוואה בין הצלחת צווי מבחן עם או בלי שירות למען הציבור לבין עונשי מאסר בעבודות שירות ראו ב' שגיב, מ' חובב, א' פלאי, ש' איגלשטיין וש' ניר, **הערכת תוצאות התערבות – המבחן והשירות לתועלת הציבור** (מחקר של האגף לשירותי תיקון והאגף, למחקר תכנון והכשרה במשרד העבודה והרווחה, תש"ס).

¹⁹⁷ ראו סעיף 1(2) לחוק המרשם הפלילי.

מידע כזה. בנוסף מוסמך השר לקבוע עבירות או סוגי עבירות שהרשעה בהם לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או תקופת המחיקה¹⁹⁸. סמכויות אלו מאפשרות צמצום השלכותיה של ההרשעה. ואכן, לפי תקנות שקבע שר המשפטים, עבירות שנקבעו בחוקי עזר של רשות מקומית, חלק מהעבירות לפי חוק השיפוט הצבאי ועבירות שנקבעו כעבירות קנס (למעט עבירות קנס לפי פקודת התעבורה) לא יירשמו במרשם הפלילי¹⁹⁹. עוד נקבע כי עבירות תעבורה יירשמו למעשה במרשם נפרד ומידע עליהם יועבר רק לפי דרישה מפורשת²⁰⁰. בכך למעשה נשללה, כמעט לחלוטין, ההשלכה של הרשעה בעבירות קנס ובעבירות על חוקי-עזר עירוניים, וצומצמה עד מאוד ההשלכה של הרשעה בעבירות תעבורה. ואכן, הרשעה בעבירות אלו אינה נתפסת בחברה כהרשעה המטילה על העבריין סטיגמה פלילית.

דרך נוספת לצמצום השלכותיה של ההרשעה היא לקבוע כי למטרות מסוימות להרשעה תהיה השלכה רק אם מדובר בעבירה שיש עימה קלון. בשורה ארוכה של חוקים מסתפק המחוקק, כתנאי לכשירות אדם לתפקיד או לקבלת רישיון, בהיעדר הרשעה שיש עמה קלון²⁰¹. באותם מקרים, הרשעה שאין עמה קלון אינה מונעת מהמורשע לעמוד בתנאי הכשירות הנדרשים בחוק.

השימוש במונח הקלון מעורר לא אחת קשיים פרשניים, בשאלה מתי ייחשב עבירה פלילית כעבירה שיש עמה קלון²⁰², ומי הגורם שיכריע בשאלת הקלון²⁰³. אולם בשימוש במושג קלון יש גם קושי נוסף. סיווג המעשים הפליליים לעבירות שיש עמן קלון ולעבירות שאין עמן קלון, פוגע בחומרה היתרה שיש להרשעה בפלילים באשר היא. כאמור לעיל, המשפט הפלילי הנו הכללי החרף ביותר של החברה בבואה לגנות מעשיו של מי שפגע בה. לפיכך, ככלל, הרשעה בפלילים צריכה הייתה להיות מלווה בקלון. סיווג העבירות וקביעת עבירות רבות כעבירות ללא קלון, אף שהוא כורח המציאות כיום, עלול לפחת מחומרת ההרשעה הפלילית, באשר היא. אם לא כל הרשעה פלילית מלווה בקלון, אזי הסטיגמה הפלילית אינה מתלווה עוד להרשעה, באשר היא, וכעת פתוחה הדרך בפני כל אדם שהורשע לטעון כי הוא חף מכל פגם מוסרי. ההבחנה בין עבירות שיש

¹⁹⁸ ראו סעיף 25 לחוק המרשם הפלילי.

¹⁹⁹ ראו תקנה 1 לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה), תשמ"ד-1984. יש להניח כי לא רק שיקולים עקרוניים אלא גם קשיים במעקב ודיווח הביאו להגבלת הרישום בעבירות שלא מטופלות על-ידי המשטרה.

²⁰⁰ ראו תקנה 2 לתקנות אלו. לאחרונה הציע משרד המשפטים לקבוע מרשם נפרד לעבירות תכנון ובניה קלות. משרד המשפטים נימק זאת בצורך להפריד עבירות קלות אלו מהמרשם הפלילי הרגיל המכתיים את בעליו. מרכז השלטון המקומי התנגד להצעה בטענה שעבירות אלו חמורות "אף אם מדובר בסגירת מרפסת". ראו דברי עו"ד נעה בן אריה בדיון שהתקיים בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת בנושא "תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה) (תיקון), התשס"א-2000", ביום 23.1.01. [\[URL:http://www.Knesset.gov.il/logical/protocols/2001-01-15.html\]](http://www.Knesset.gov.il/logical/protocols/2001-01-15.html) (20.3.01)

²⁰¹ ראו, למשל, סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, סעיף 6 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, סעיף 17 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, סעיפים 120 ו-167 לפקודת העיריות וסעיף 236א לפקודת מס הכנסה.

²⁰² ראו, למשל, עש"מ 6198/99 הייב נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (טרם פורסם); ע"א 2211/96 כהן נ' כהן ואח', פ"ד (1) 629, וכן בג"ץ 251/88 עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד מב(4) 837.

²⁰³ לעתים על בית-המשפט המרשיע לקבוע כי בהרשעה יש משום קלון כדי שהנאשם ייחשב כמי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון. ראו, למשל, סעיף 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975 וסעיף 7(ב) לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994. במקרים אחרים, היועץ המשפטי לממשלה אמור להכריע בשאלה האם יש בעבירה משום קלון. ראו סעיף 44 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 וסעיף 9 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990. יש מקרים שבהם החוק אינו קובע מיהו הגורם המכריע בסוגיית הקלון, והדבר נותר להחלטת הגורם המוסמך להעניק או לשלול מהמורשע זכות או תפקיד. ראו סעיף 18 לחוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1963, וכן סעיף 7(6) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965. יש אף מקרים חריגים שבהם הסעיף הקובע את העבירה, קובע גם כי הרשעה בגינה ייחשב כהרשעה שיש עמה קלון. ראו סעיף 122א לפקודת העיריות (נוסח חדש).

עמן קלון לבין אלו שאינן מלוות בקלון, רק מסייעת לפיחות במעמד ההרשעה הפלילית ככלי להטלת דופי ערכי מוסרי וסטיגמה שלילית. זאת ועוד, אם הרשעה בחלק מהעבירות אינו מלווה בסטיגמה הפלילית בהיותה עבירה שאין עמה קלון, מה הצורך לסווגה כהרשעה פלילית? אם עבירה פלילית שאין עמה קלון אינה כה חמורה כדי להצדיק את הסטיגמה הפלילית המתלווה להרשעה, אין צורך לסווג את העבירה כפלילית.

ניתן לטעון כי מבחן הקלון משמש כמדרגה נוספת של אשם חמור. כל עבירה פלילית מלווה בסטיגמה שלילית אולם הסטיגמה שלילית יותר בעבירה שיש עמה קלון. אולם במקרה כזה, חזרנו לנקודת המוצא, שכן כפי שהראינו לעיל ישנם מקרים שבהם ראוי להימנע כליל מהוספת סטיגמה שלילית לעונש. גם מטעם זה, הגבלת חלק מהשלכות העבירה הפלילית לעבירות שיש עמן קלון אינה נותנת פתרון מספק לבעיה.

שאלות דומות עולות משלילת הרישום הפלילי בעבירות מסוימות, והגבלת השלכותיו של רישום זה באחרות. הותרת הפלילות של העבירות עלולה ליצור פיחות בערכו של המשפט הפלילי, ככלי המיוחד למאבק בפגיעות החמורות בלבד באינטרסים החברתיים. כבר כיום ברור לכל כי הרשעה בעבירת תעבורה אינה מטילה במורשע סטיגמה של עבריין פלילי. אם כך הדבר, הצורך בעצם ההרשעה הפלילית מוטל בספק. שימוש מופרז בכלים הפליליים, גם לעבירות שאין בביצוען פגם מוסרי-ערכי, שוחק את ערכם של הכלים הללו²⁰⁴. אם יש צורך לנטרל את השלכותיה של הסטיגמה הפלילית, מדוע לא להימנע מהטלתה לחלוטין?

מטעמים אלו חלופות של ענישה מינהלית עדיפות במקרים רבים על האמצעים האחרים הקיימים לצמצום השלכותיה של הסטיגמה הפלילית כאשר נזקיה של הסטיגמה עולים על תועלתה. בהמשך העבודה אבחן כיצד מסייעים החלופות להליך הפלילי לפתרון הבעיות שנדונו בפרק זה. אך קודם לכן אפנה לבחינה השוואתית של השימוש בחלופות להליך פלילי.

²⁰⁴ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 164.

4. משפט משווה

רוב התופעות שנדונו בפרק הקודם אינן ייחודיות לישראל. מערכות משפט רבות בעולם מתמודדות עם קשיים דומים, וברובן חלק גדול מהעונשים מוטל באמצעות הליכים חלופיים. הסקירה בפרק זה נועדה בעיקר לבחון את אופן הפעלת החלופות במדינות השונות ואת מידת הצלחתן לשמש אלטרנטיבה יעילה להליך הפלילי. מטעם זה יושם בפרק זה דגש על הפרקטיקה של הגורמים המעורבים במערך המשפט הפלילי ועל נתונים באשר להצלחת החלופות, ופחות על סוגיות משפטיות שחשיבותם הפרקטית מוגבלת.

פנייה למקורות השוואתיים מחייבת התייחסות להתאמת ההסדרים המיושמים במקומות אלו לנסיבות המקום. הדבר נכון במיוחד בתחום הדיון הפלילי בשל השוני המשמעותי במסגרות המשפט הבסיסיות בארץ בהשוואה ליתר מדינות המערב. מחד גיסא, הדין בישראל, המבוסס על השיטה האנגלו-אמריקנית, אינו דומה למקביליו במדינות יבשת אירופה. מאידך גיסא, ההליך הפלילי בארץ צעד כברת דרך עצמאית ארוכה, ורחק ממקביליו באנגליה ובארצות-הברית. ביטול המוסד של חבר מושבעים, חיזוק הביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת המינהלי באכיפת החוק והסדרים רבים נוספים הרחיקו את הדין בישראל ממקורותיו. הבדלים אלו מחייבים כי הצגת החלופות תיעשה על רקע ההליכים הפליליים הרגילים באותן מדינות ועל רקע תרבותם המשפטית. עם זאת, אין להגזים בחשיבות הבדלים אלו. כפי שנראה להלן, למרות ההבדלים הגדולים בין המדינות השונות, נוצר בכולן מערך של חלופות המתבססות על הסכמה של ההגנה לקבל הצעה של הרשות לעונש – אף אם אופיין המדויק של חלופות אלו ומקורן המשפטי שונה משיטת משפט אחת לשנייה. גם חלק גדול מהבעיות שהובילו לאימוץ החלופות להליך הפלילי דומה. מכאן, שהשוני במבנה ההליך הפלילי אינו, כשלעצמו, מחייב מסקנה כי הערך של לימוד החלופות במדינות אלו שולי.

4.1. ארצות-הברית

4.1.1. ההליך הפלילי הרגיל בארצות-הברית

ההליך הפלילי בארצות-הברית הינו הליך מסורבל ויקר למדי¹. ההגנות המוקנות לנאשם בהליך זה נגזרות במידה רבה מהוראות החוקה. כך, מעגנת החוקה את הזכות להימנע מסיכון כפול, הזכות מפני הפללה עצמית, הזכות להליך הוגן, הזכות למשפט מהיר ופומבי, הזכות למשפט בפני חבר מושבעים, הזכות של הנאשם להתעמת עם העדים המעידים נגדו, הזכות לייצוג ועוד. עם השנים הורחב היקפן של זכויות אלו, באמצעות מתן פרשנות עדכנית להוראות החוקה. אף כי רוב ההוראות בעשרת התיקונים הראשונים לחוקה הופנו לרשויות הפדרליות, כמעט כל ההגנות החוקתיות לנאשם בפלילים מוקנות גם לנאשם בהליך פנים מדינתי, מכוח הוראת תיקון 14 לחוקה. הוראה זו, המופנית ישירות למדינות, אוסרת על שלילת חיים, חירות או קניין בלא הליך

¹ נוכח שיטת המשפט הפדרלית בארצות-הברית קשה לדבר על ההליך הפלילי בארצות-הברית כמיקשה אחת. למעשה ישנן 52 מערכות משפט פלילי: מערכת משפט פדרלית, מערכת משפט לכל אחת מ-50 המדינות, ומערכת משפט פלילי נפרדת לוושינגטון הבירה (Washington D.C.). ראו Y. Kamisar, W.R. LaFave & J.H. Israel, *Modern Criminal*

הוגן. באמצעות פרשנות המונח הליך הוגן, הרחיב בית-המשפט את תחולת הרוב המכריע של ההגנות החוקתיות של הנאשם בהליך הפדרלי גם לנאשם בהליך מדינתי.² בנוסף לאילוצים אלו, גידול העבריינות והרחבת היקף פריסתו של המשפט הפלילי הביאו לכך שרשויות האכיפה, אף כי משאביהן הלכו ותפחו עם השנים, לא היו מסוגלות להתמודד עם המשימות המוטלות עליהן בחוק, באמצעות ההליכים הפליליים הרגילים.

4.1.2. סמכות התובע

אמצעי מרכזי בהתמודדות עם עומס התיקים הגדול מצוי בסמכותו הרחבה של התובע להחליט אילו תיקים להביא לדיון שיפוטי. בעוד שהחלטת תובע להעמיד אדם לדיון נתונה, במקרים רבים, לביקורת של גורם חיצוני – בית-משפט או חבר מושבעים גדול – הרי שסמכותו לסגור תיקים כמעט ואינה מוגבלת.³ אף אם יש די ראיות להוכחת האשמה, לתובע שיקול-דעת כמעט מוחלט לסגור את התיק ולהימנע מנקיטת הליכים משפטיים.⁴ זאת, בניגוד מוחלט למצב ברוב מדינות יבשת אירופה, שם ההחלטה לסגור תיק כפופה לעתים לביקורת שיפוטית, ואילו החלטת תובע להעמיד אדם לדיון אינה נתונה לביקורת כלשהי.⁵

למרות שהסמכות להעמיד לדיון כפופה, לעתים, לביקורת חיצונית, אין מדובר במערך בקרה משמעותי. בשיטת המשפט הפדרלית, זכאי חשוד בעבירה מסוג פשע שכתב-האישום נגדו יוגש על-ידי חבר מושבעים גדול.⁶ עם זאת, חבר המושבעים הגדול נתון כמעט לחלוטין לשליטתו של התובע, המציג בפניו את הראיות בהליך חשאי בלא שלנאשם יש בו כל מעמד. למעשה, משמש חבר המושבעים הגדול, במקרים רבים, כלי חקירה בידי התובע, שכן יש בידיו סמכות לכפות על עדים להופיע (subpoena, קרי, סמכות הזימון). בניגוד למצב בארץ, למשטרה או לתביעה בארצות-

² Procedure (St. Paul, Minn., 1996). בפרק זה אתייחס בעיקר לשיטת המשפט הפדרלית, אך רוב האמור בו נכון גם לגבי חלק גדול מהמדינות. לתיאור כללי של ההליך הפלילי בארצות-הברית ראו שם, בעמ' 14-35.

³ למעשה, בית-המשפט הכליל את כל ההגנות למעט הזכות לכתב-אישום המוגש על-ידי חבר מושבעים גדול. תחולתן של שלוש זכויות נאשם אחרות על המדינות – האיסור על ערובה מופרזת, האיסור על קנסות מופרזים וזכות הנאשם שהמושבעים במשפטו יבואו מהמקום בו בוצעה העבירה – טרם הוכרעה בפסיקה. ראו W.R. LaFave, J.H. Israel, & H.J. King, *Criminal Procedure* (v. 4, 2nd ed., Criminal Practice Series, St. Paul, Minn., 1999), § 2.6(b).

⁴ ראו, למשל, *United States v. Cox* 342 F. 2d 167 (5th Cir. 1965). שם נקבע כי בית-המשפט אינו מוסמך לחייב תובע לנהל הליך כנגד חשודים גם אם חבר מושבעים גדול החליט להגיש כתב-אישום. לדיון בשיקול-דעתו הרחב של התובע, ובהצעות להכפפתו לביקורת מינהלית או שיפוטית ראו Kamisar, LaFave & Israel, לעיל הערה 2, § 13.2(g).

⁵ אין במשפט האמריקני מבחן מוגדר של רמת הראיות הנדרשת לצורך העמדה לדיון. המבחן המשפטי של עילה מסתברת (Probable Cause) הקבוע בתיקון הרביעי לחוקה, מתייחס אך לשאלת הראיות הנדרשות לצורך החזקת אדם במעצר, ולא לשאלת הראיות הנדרשות להעמדה לדיון. בארץ, לשם ההשוואה, נקבע כי על התובע להעמיד אדם לדיון רק אם הראיות נגדו מבססות סיכוי סביר להרשעה. ראו בג"ץ 2534/97 **יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'**, פ"ד נא(3) 1.

⁶ למגבלות הספורות על הבלעדיות של התובע בהחלטות לסגור תיקים ראו Kamisar, LaFave & Israel, לעיל הערה 2, § 13.3 (הבוחנים את הדרכים לכפות העמדה לדיון בניגוד לעמדת התובע: בקשה לצו עשה – אך זו צפויה להיכשל מכיוון שהסמכות היא בשיקול-דעת; קובלנה פלילית פרטית – אולם למעט שרידים עתיקים ספורים של הסדר זה, אין בארצות-הברית הליך של תביעה פלילית פרטית, וזאת מתוך חשש שהליך כזה ינוצל לנקמות ויפגע ביכולת להבטיח מדיניות אחידה; החובה לקבל אישור למחיקת אישומים – אך חובה זו קיימת רק לאחר שהתובע החל בהליכים; סמכות חבר המושבעים הגדול להגיש כתב-אישום – אולם רק במקרים נדירים ביותר יפעל חבר המושבעים באופן עצמאי, וגם אז, התפיסה המקובלת היא כי התובע רשאי לסגור את התיק לאחר שכתב-האישום הוגש; סמכות התובע הכללי לפתוח בהליכים – אך התובע הכללי הוא חלק ממערך התביעה, ובכל מקרה רק במקרים נדירים הוא מפעיל את סמכותו וכופה הליכים על רשויות התביעה המקומיות).

⁷ בניגוד לרוב הזכויות החוקתיות של המשפט הפלילי הזכות שיוגש כתב-אישום בידי חבר מושבעים לא פורשה כחלק מהזכות להליך הוגן הקבועה בתיקון ה-14 לחוקת ארצות-הברית. כיוון שכך, הזכות לא חלה ישירות מכוח החוקה הפדרלית על המדינות. עם זאת, כפי שנראה להלן, חלק גדול מהמדינות מעניקות זכות דומה מכוח דין פנימי.

הברית אין סמכות לחייב עדים להשיב על שאלות⁷. גם במקרים הנדירים שבהם מסרב חבר המושבעים הגדול להגיש כתב-אישום לבקשתו של התובע, רשאי התובע, בחלוף זמן מסוים, לבקש מחבר מושבעים אחר להגיש את כתב-האישום.

הזכות לחבר מושבעים גדול בעבירות מסוג פשע קיימת גם בכשליש מהמדינות, וברוב המדינות, בהיעדר כתב-אישום של חבר מושבעים גדול, הגשת כתב-אישום בעבירה מסוג פשע נתונה לביקורת שיפוטית בהליך של שמיעה מוקדמת (preliminary hearing)⁸. בכל מקרה, הנאשם רשאי לוותר על הזכות לשמיעה מוקדמת ועל הזכות לחבר מושבעים גדול, וברוב המקרים, כחלק מההסכמות בין הנאשם לבין התביעה, הנאשם אכן מוותר על זכויות אלו.

סמכות רחבה זו של התובע לסגור תיקים משמשת כלי מרכזי בקביעת סדרי העדיפות של מערכת האכיפה. בנוסף לכוחו של התובע לסגור תיק ולפטור את החשוד מכל סנקציה, נעזרת התביעה בסמכותה הרחבה כדי להשיג את הסכמת החשוד להחלטות שנועדו לסייע באכיפת חוק יעילה יותר. הסמכויות לסגור את התיק, למחוק או לשנות אישומים, לקבוע את מועד הגשתם וכיוצא באלה משמשות את התביעה ככלי מיקוח. בעזרת כלי זה נערכים הסדרים עם נאשמים שבמסגרתם הם מסכימים לקבל עונש בלא הליך משפטי, לסייע בהגנת ראיות נגד אחרים או לסייע בקיצור ההליכים נגדם בדרך של הודאה באשמה. בהמשך אדון בחלופות אלו.

4.1.3. הליכים פשוטים בעבירות קלות

כאמור, כללי המשפט הפלילי האמריקני מסורבלים למדי והמשאבים הנדרשים לניהול הליך פלילי מלא רבים. אחת הדרכים להקל מעט על העומס היא באימוץ הליכי משפט פשוטים יותר בעבירות קלות. הדוגמה הידועה ביותר לפישוט הליכים בעבירות קלות היא הוויתור על הזכות למשפט על-ידי חבר מושבעים בעבירות קלות. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי בעבירות שדין שישה חודשי מאסר ומטה, אין לנאשם זכות חוקתית למשפט על-ידי חבר מושבעים⁹. לפיכך, בשיטת המשפט הפדרלית ובחלק מן המדינות אין לנאשם העומד לדון על עבירה קלה זכות למשפט בפני חבר מושבעים, אף כי בחלק מן המדינות הורחבה זכות זו מעבר לנדרש על-פי החוקה הפדרלית, כפי שפורשה על-ידי בית-המשפט העליון, והיא ניתנת בכל מקרה בו הנאשם צפוי לעונש מאסר¹⁰.

⁷ ראו סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) וכן בש"פ 8362/99 מדינת ישראל נ' חוטר-ישי (טרם פורסם).

⁸ ראו LaFave, Israel, & King, לעיל הערה 2, שם.

⁹ בפסיקה נקבע כי הזכות אינה חלה במשפטים בגין בעבירות קלות (petty offences), המוגדרות לרוב כעבירות שהעונש המרבי בגינן לא עולה על שישה חודשי מאסר בפועל. ראו Blanton v. City of North Las Vegas 489 U.S. 538 (1989).

¹⁰ ראו LaFave, Israel & King, לעיל הערה 2, § 22.1(b) וכן J.M. Scheb & J.M. Scheb II, *Criminal Procedure* (St. Paul, Minn., 1996), 168-169.

4.1.4. הסטת תיקים

המונח תוכניות הסטה (Diversion Programs)¹¹ הינו שם כולל למגוון רחב של תוכניות לטיפול או לענישה של עבריינים באמצעים חיצוניים לאלו המקובלים במשפט הפלילי. תוכניות אלו, המופעלות על-ידי התביעה, מיועדות להשיג מטרות שונות, שהמקובלות שבהן הן הפחתת העומס על מערכת המשפט הפלילי ועל בתי המאסר ושיקום העברייני¹². במקרים רבים, התוכניות אומצו על-ידי התביעה, על-פי שיקול-דעתה, בלא הסמכה חקיקתית מיוחדת. הפניית הנאשם לחלופה מתבצעת בהסכמתו, כאשר הסכמה זו ניתנת בתמורה להחלטת התביעה לדחות את מועד הגשת התביעה או את מועד מתן גזר-הדין עד לשלב בו ניתן יהיה לבחון אם הנאשם קיים את התחייבותו. עם קיום ההתחייבות מופסקים ההליכים הפליליים¹³.

במקור, הסטת תיקים נעשתה מכוח סמכותו הרגילה של התובע להימנע מהגשת כתב-אישום, בלא בסיס פורמלי נוסף. מדובר היה בהליך בלתי פורמלי של הסכמה להתליית ההליכים או לביטולם המותנית בהסכמת הנאשם לחלופה שנקבעה על-ידי התובע אד-הוק. אף שפעילות זו עדיין מקובלת, ברוב התיקים המוסטים ממערכת המשפט כיום, מוסדרת החלטת התובע בהנחיות פנימיות או בחקיקה¹⁴.

על אף ההבדלים הרבים בין התוכניות השונות, ניתן למצוא מספר מאפיינים בולטים המשותפים לרוב המכריע של התוכניות. ההכרעה על הסטת העברייני להליך החלופי נעשית על-ידי רשויות האכיפה (לרוב התביעה) ובהסכמת הנאשם. במסגרת תוכניות אלו מתחייב הנאשם להשתתף בפעילות שיקומית, ענישתית או אחרת – כגון הכשרה תעסוקתית, הצטרפות לתוכנית גמילה מסמים, ביצוע שירות למען הקהילה או הקורבן – במשך תקופה מסוימת. בתמורה מתלה התובע את האישומים כנגד הנאשם, ובחלוף תקופה מוסכמת, אם הנאשם עמד בתנאים, האישומים נמחקים¹⁵.

ניתן להפנות את הנאשם לתוכניות ההסטה בשלבים שונים של ההליך הפלילי – החל משלב המעצר הראשוני וכלה בשלב המשפט עצמו¹⁶. לעתים, מתנה התובע את השתתפות הנאשם בתוכנית בהודאתו של הנאשם באשמה, הודאה שבעקבותיה מותלים ההליכים, בלא שהנאשם מורשע, עד להחלטה על חידושם או על מחיקת האישומים.

¹¹ מספר שמות ניתנו לתוכניות במערכות המשפט השונות, ביניהן pretrial diversion, pretrial intervention or differed prosecution.

¹² למאמר המדגיש את חשיבות תוכניות ההסטה להקלה בעומס ראו A.S. Ellerson, "Note, The Right to Appeal and Appellate Procedural Reform" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 373, p. 401.

¹³ בחלק מהמדינות החל משלב מסוים בהליך יש צורך באישור בית-המשפט להפסקת ההליכים, אולם ברגיל אישור זה ניתן לבקשת התביעה.

¹⁴ ראו LaFave, Israel, & King, לעיל הערה 2, § 13.6(a). טענה, כי חקיקה כזו, המגבילה את סמכות התובע, אינה חוקתית, נדחתה. בית-המשפט קבע, כי המחוקק רשאי לעסוק בשיקול-דעתו של התובע, כל עוד אין בחקיקה כדי לשלול שיקול-דעת זה או להגבילו באופן בלתי סביר. ראו *State v. Greenlee* 228 Kan. 718, 620 P. 2d 1132 (1980). גם נסיונות לפסול חקיקה בטענה ההפוכה, כי היא חסרה את הקריטריונים הדרושים להכווין את שיקול-דעתו של התובע, נכשלו. ראו LaFave, Israel & King, לעיל הערה 2, §13.6(b).

¹⁵ בחלק מתוכניות ההסטה נדרש הנאשם להודות באשמה, ורק שלב ההרשעה וגזירת הדין מעוכב, עד למועד המוסכם.

¹⁶ ראו S. Belenko, "The Challenges of Integrating Drug Treatment into the Criminal Justice Process", 63 *Alb. L. Rev.* (2000) 833, pp. 838, 842.

החלטה של התובע אם להטות את הטיפול בתיק או להמשיך בניהול ההליך כפופה לביקורת שיפוטית רק במסגרת המצומצמת ביותר המתירה ביקורת שיפוטית על החלטות בדבר העמדה לדין. כך, יכול הנאשם המבקש כי תיקו יוסט לטיפול במסגרת חלופית לטעון לפגיעה בזכות לשוויון בפני החוק או ליחס נקמני של התובע. אולם, רק במקרים נדירים ביותר תתקבל תביעה כזו.¹⁷ ייתכן כי נכונו של בית-המשפט להתערב בשיקול-דעתו של התובע גדולה מעט יותר כאשר תוכנית ההסטה מוסדרת בחקיקה או בכללים שקבע בית-המשפט באותו אזור שיפוט, המגדירים את השיקולים שעל התובע להביא בחשבון.¹⁸

שאלות קשות עוד יותר מתעוררת כאשר לאופן בו יש לקבל החלטה על חידוש ההליכים בעקבות הפרה של התחייבויות הנאשם. כך, למשל, נשאלת השאלה כיצד יקבע התובע שהנאשם הפר את התנאים, האם מוקנית לנאשם זכות טיעון קודם לקביעה והאם ההחלטה נתונה לביקורת שיפוטית. במקרה בו טען הנאשם, כי ההסכם מחייב את התובע כפי שהסדר טיעון מחייבו לאחר שהנאשם הודה, דחה בית-המשפט את הטענה וקבע כי בניגוד להסדרי טיעון כאן הנאשם לא ויתר על זכות חוקתית שלו.¹⁹ אך כנגד קביעה זו ניתן לטעון כי נאשם המסכים לדחיית התביעה מוותר על זכותו החוקתית למשפט מהיר.²⁰ במדינות בהן תוכניות ההסטה מוסדרות בחקיקה, הגישה אינה אחידה, ובעוד שחלקן מחייבות אישור שיפוטי להחלטה לחדש את ההליכים, אחרות מותירות את הסמכות בידי התובע בלבד.²¹

בשנת 1996, לכשני שלישים מיחידות התביעה במדינות היו תוכניות הסטה מוסדרות. למרות זאת, מספר העבריינים המטופלים במסגרת חלופה זו קטן בהרבה ממספר המועמדים לדין או ממספר התיקים שנסגרו בלא תנאי. פחות מ-5% מכל החשודים שנעצרו באזורים העירוניים הגדולים

¹⁷ ראו LaFave, Israel & King, לעיל הערה 2, §13.6(c). השו"ג *National District Attorneys Association, National Prosecution Standards* (2nd ed., 1991), 133-138. שם, בסעיף 44.1 נקבע "The decision to divert cases from criminal justice system should be the responsibility of the prosecutor... the determination of the prosecutor...should not be subject to judicial review"

¹⁸ להתערבות כזו ראו *State v. Baynes* 690 A.2d 594 (N.J. 1997). בית-המשפט יתערב בהחלטת התובע רק במקרה של "Patent and gross abuse of power". כדי להוכיח התקיימות התנאי על הנאשם להראות שהתקיימו שני תנאים מצרפיים: האחד, החלטת התובעת נגועה בשיקולים זרים, מתעלמת משיקולים ענייניים או מהווה טעות מובהקת בשיקול-דעת; השני, החלטת התובעת חותרת באופן מובהק תחת מטרת תוכנית ההסטה. באותו מקרה, התביעה הודתה מפורשות כי פעלה אך על-פי המדיניות הנהוגה השוללת הסטה כאשר עבירת הסמים נעשתה בקרבת בית-ספר, והתעלמה לחלוטין מהמאפיינים היחודיים של העבירה והעבריין (בעל משפחה בן 43 המועסק בקביעות אשר רכש את מנת הסם לשימוש עצמי בשל קשייו להתמודד עם גסיסת אימו שגרה עם בני משפחתו ונתמכה על-ידו). למרות שרק במקרים חריגים ביותר יתערב בית-המשפט בהחלטות מסוג זה, הרי שהמבחן שקבע בית-המשפט של ניו ג'רזי מאפשר ביקורת שיפוטית גם כאשר החלטה רגילה על העמדה לדין או על סגירת תיק לא הייתה נתונה לביקורת. את החלטתו נימק בית-המשפט בקבעו כי החלטה בעניין הסטת תיקים משלבת פונקציה שיפוטית ותביעתית. עם זאת, יש להניח כי העובדה שבניו ג'רזי, תוכנית ההסטה הנדונה מבוססת על כללים של בית-המשפט הקלה על ההחלטה להתערב. יש להניח כי במקום בו התובע פועל בלא בסיס בחוק או בכללים, אלא על-פי מדיניות פנימית בלבד, תוגבל הביקורת השיפוטית כמקובל בביקורת על החלטות אחרות של התביעה. ראו גם *Cleveland v. State* 417 So. 2d 653 (Fla. 1982). שם נקבע שהחלטה בדבר הסטה לחלופה נתונה לשיקול-דעתו של תובע כמו החלטה על העמדה לדין. זו אינה החלטה שיפוטית. ביקורת על החלטה בטענה של שרירות אפשורת המערכות משפט אחרות כיוון שהחוק באותן מערכות משפט מתיר זאת מפורשות.

¹⁹ ראו *United States v. Bethea* 483 F. 2d 1024 (4th Cir. 1973).

²⁰ ראו LaFave, Israel & King, לעיל הערה 2, §13.6(d).

²¹ לדיון בסוגיה זו ראו גם M.L. Miller & R.F. Wright, *Criminal Procedure - Prosecution and Adjudication* (New York, 1999), 181.

בשנת 1992 השתתפו בתוכניות הסטה, ושיעור קטן עוד יותר מבין המטופלים על-ידי מערכת המשפט הפדרלית נטל חלק בתוכניות כאלו.²²

4.1.5. הודאות באשמה

כמקובל במערכות המשפט שמקורן בשיטת המשפט האנגלי, בתחילת ההליך מתבקש הנאשם להשיב לאשמה, ואם הוא מודה באשמה ניתן להרשיעו בלא ניהול הליך משפטי. עד אמצע המאה ה-19 ההליך המשפטי הפלילי היה קצר וזול, העונשים היו, ככלל, חמורים ולמי שהודה לא ניתנה כל הקלה מיוחדת. בנוסף, בעיקר נטל התביעה נשאו תובעים פרטיים - הנפגעים או קרוביהם - ולא התביעה הציבורית. התובע הפרטי היה גם, ברוב המקרים, משלם את משכורתו של שופט השלום שהופקד על התיק. במצב זה לא היה גורם ציבורי שהיה לו עניין לקצר את ההליך המשפטי ולעודד הודאות באשמה.²³ מטעם זה רק מיעוט מבוטל של תיקים הסתיימו בהודאה.²⁴

עם זאת, בחלוף הזמן השתנתה המגמה. הקמת המשטרה המקצועית והתביעה הציבורית במחצית המאה ה-19 הגדילה את עומס התיקים, כך שמנגנוני הסינון הקיימים, שהתבססו בעיקר על חבר המושבעים הגדול, לא הספיקו. נוצר צורך לעודד הודאות באשמה, ומערכת בתי-המשפט יצרו כללים המבטיחים למי שמודה באשמה עונשים קלים יותר.²⁵ כיום, מקובל כי נאשם שהודה באשמה, אף בלא הסדר טיעון מפורש, זוכה לעונש קל יותר. תופעה זו מכונה בספרות "הסדרי טיעון לא מפורשים" (Implicit Plea Bargaining)²⁶, שכן כמו בהסדרי טיעון מפורשים, מטרת ההקלה היא לסייע בסיום מהיר של תיקים באמצעות עידוד נאשמים להודות. אולם לא רק טעמי יעילות והרצון לעודד סיום מהיר של ההליכים מובילים למדיניות זו.²⁷ כך, למשל, ההנחיות לגזירת הדין המחייבות בבתי-הדין הפדרליים, כמו גם קובץ הסטנדרטים להליך פלילי של ה-American Bar Association הכירו בהודאה כעילה להקלה, כשיש בה כדי ללמד שהנאשם לקח

²² ראו שם, בעמ' 179-180. להליך של הסטת תיקים במשפט הפדרלי ראו H. Subin, C. Mirsky & I. Weinstein, *The Criminal Process: Prosecution and Defence Functions* (St. Paul, Minn., 1993), 92-94.

²³ ראו Steinberg, Allen, "From Public Prosecution to Plea Bargaining: Criminal Prosecution, the District Attorney, and the American Legal History", 30 *crime and Delinquency* (1984) 568. עם זאת היו מקרים בהם השופטים הביאו את הצדדים לידי פשרה ובכך הובילו להסרת התביעה. ראו שם, בעמ' 573.

²⁴ ראו H. Nashery, *Betrayal of Due Process – A Comparative Assessment of Plea Bargaining in the United States and Canada* (Lanham, Maryland, 1998), 83-85. שם מתואר מקרה של הודאה באשמה מראשית המאה ה-19. באותו מקרה הודה אדם שחור כבן עשרים באונס ורצח של ילדה בת שלוש עשרה. בית-המשפט הבהיר לו כי לא מוטלת עליו חובה להודות ועל המדינה להוכיח את האשמה, והחזירו למעצר לשקול שוב את צעדיו. משעמד הנאשם על הודאתו שלח אותו בית-המשפט להסתכלות, לבדיקת שפיותו, וביקש לברר אם הובטח לו דבר מה בתמורה להודאתו או שהופעלו עליו לחצים. גם בדיקה זו לא העלתה דבר, והנאשם הוצא להורג.

²⁵ זהו ההסבר המקובל להתפתחותה של תופעת ההקלות בעונש לנאשמים שמוזים. עם זאת, במחקר שפורסם לאחרונה נטען שמקור התופעה במחצית המאה ה-19 בארצות-הברית הוא בנסיונות שעשו שופטים לעודד הודאות ככלי להבטחת שקט פוליטי וחברתי. ראו M.E. Vogel, "The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860", 33 *L. & Soc. Rev.* (1999) 161 מכיוון שבעלי הכוח (בעיקר המחוקקים, התובעים ובית-המשפט) היו מעוניינים בהחלפת ההליך המלא בהליך זה, ראו G. Fisher, "Plea Bargaining Triumph", 109 *Yale L.J.* (2000) 857. פישר מתאר במחקר מעמיק של הפרוטוקולים והתיקים הפליליים במהלך המאה ה-19 כיצד תובעים ציבוריים במסצ'וסטס החלו לנצל את הכוח שניתן להם בחוקים שונים (בתחילה, בעיקר בעבירות על דיני משקאות משכרים ובעבירות המתה ובהמשך גם בעבירות נוספות) להשפיע על גזר-הדין, וכיצד המחוקק עודד פעילות זו.

²⁶ ראו המקורות להלן פרק 6, הערה 6.

²⁷ לפירוט הסיבות להקלות בעונש בתמורה להודאה ראו Kamisar, LaFave & Israel, לעיל הערה 2, § 21.1(e).

אחריות על מעשיו²⁸. אין ספק כי מדיניות זו, המעודדת הודאות באשמה, חוסכת משאבים רבים לתביעה ולבית-המשפט²⁹.

4.1.6. הסדרי טיעון

4.1.6.1. התפתחות הפרקטיקה

הסדרי טיעון, מפורשים ושאינם מפורשים, היו קיימים בארצות-הברית לפחות מאמצע המאה ה-19, והיקף השימוש בהם צמח עם השנים, ככל שהמשפט הפלילי השתכלל וככל שההליכים הפליליים רבו. בתחילה, הביעו בתי-המשפט הסתייגות ברורה מהפרקטיקה³⁰. אך כבר משנות ה-20 של המאה ה-20, ניכר היה כי מערכת המשפט הפלילי, במקומות רבים, נשענת במידה רבה על הסדרי טיעון³¹. למרות זאת, במשך שנים בתי-המשפט סירבו להכיר בקיומה של התופעה³², ורק בשנות ה-70 זכה הנושא לדיון מעמיק בפסיקה של בית-המשפט העליון.

הפעם הראשונה בה עסק בית-המשפט העליון בהרחבה בסוגיה של הסדר בין התובע לבין הנאשם היה בעניין *Brady*³³. שם נקבע, כי הסדר טיעון אינו פוגם בהודאה רק משום שהנאשם רצה להשיג באמצעותו הקלה בעונש. הסדר טיעון עשוי להיטיב הן עם הנאשם והן עם המדינה. מבחינת נאשם שיועד כי סיכויי זיכוי נמוכים, מבטיח לו ההסדר הקלה בעונש בו יאלץ לשאת. מבחינת המדינה, הסדרי טיעון עשויים לשפר את האפקטיביות של העונש בהטילם עונש על אדם לאחר שהודה באשמה. בנוסף מאפשרים הסדרי הטיעון לחסוך במשאבים המוגבלים של התביעה ושל בית-המשפט עבור אותם מקרים בהם יש קושי מהותי בביסוס אשמתו של הנאשם³⁴. גישה זו חוזקה בפסק-הדין בעניין *Santobello* בו נקבע, כי משיקולי יעילות יש לעודד עריכת הסדרי טיעון:

"The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called 'plea bargaining,' is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.

Disposition of charges after plea discussions is not only an essential part of the process but a highly desirable part for many reasons. It leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases; it avoids much of the corrosive impact of enforced idleness during pretrial confinement for those who are denied release pending trial; it protects the public from those accused persons who are prone to

²⁸ ראו E1.1 United States Sentencing Guidelines, (להלן: U.S.S.G.), וכן ABA's Standards for Criminal Justice, § 14-1.8. למידת ההפחתה בעונש לפי ההנחיות לגזירת הדין ראו להלן פרק 6, הערה 16.

²⁹ לדיון בשיקולים בבסיס המדיניות של ענישה מקלה למודים באשמה ראו להלן בסעיף 6.2.

³⁰ על התפתחות הסדרי הטיעון בארצות-הברית ראו Nashery, לעיל הערה 24, בעמ' 79-89.

³¹ שם, בעמ' 99.

³² ראו Kamisar, LaFave & Israel, לעיל הערה 2, § 21.1(b).

³³ *Brady v. United States* 397 U.S. 742 (1970).

³⁴ שם, בעמ' 751-752.

continue criminal conduct even while on pretrial release; and, by shortening the time between charge and disposition, it enhances whatever may be the rehabilitative prospects of the guilty when they are ultimately imprisoned"³⁵.

פרשת *Alford* מהווה ציון דרך נוסף בעמדת בית-המשפט כלפי הסדרי טיעון³⁶. כנגד הנאשם במקרה זה היו ראיות טובות לביצוע רצח. על-פי עצת סנגורו הודה הנאשם במסגרת הסדר טיעון ברצח מדרגה שנייה. בית-המשפט קיבל את ההודאה, אף כי הנאשם אמר מפורשות בדיון כי הוא מודה למרות חפותו, מתוך חשש מפני עונש מוות שיוטל עליו אם יורשע ברצח מדרגה ראשונה. בית-המשפט העליון, כנגד דעתם החולקת של שלושה שופטים, אישר את הסדר הטיעון. החשיבות בקיומו של המוסד של הסדרי טיעון לתפקוד סביר של מערכת המשפט גברה שוב על הנימוקים האחרים.

בית-המשפט העליון לא התעלם מתוצאות הכרעתו גם במקרה אחר. בעניין *Borderkircher*³⁷ אישר בית-המשפט העליון עונש מאסר עולם שנגזר על אדם שזייף המחאה על סך \$88, לאחר שסירב להסדר טיעון, בו הוצע לו מאסר של חמש שנים. באותו מקרה איים התובע על הנאשם כי אם יסרב להסדר המוצע, הוא יבקש מחבר המושבעים הגדול להוציא כתב-אישום חדש שיחיל על המקרה את החוק של קנטקי המחייב מאסר עולם לעבריינים שהורשעו בעבירה שלישית (החוק המכונה *The Three Strikes Rule*)³⁸. הנאשם סירב, כתב-האישום תוקן והוא נדון למאסר עולם. טענת הנאשם הייתה כי בקשת התביעה שיוטל עונש זה נבעה מנקמות נוכח סירובו להסדר שהוצע לו. בית-המשפט דחה את הטענה וקבע כי הפרקטיקה המקובלת, על-פיה התובע מעודד את הנאשם במשא ומתן לוותר על זכותו לכפור באשמה, הינה חוקתית ולגיטימית. שופטי הרוב קבעו כי לעניין זה אין הבדל בין מצב בו התובע מציע לנאשם לבטל או לשנות לקולא אישומים בתמורה להודאתו, לבין מצב בו הוא מזהירו כי האישומים ישונו לחומרה אם יסרב להודות. לפיכך, ההחלטה לדון את הנאשם למאסר עולם אושרה.

בעקבות פסקי-דין אלו הסדרי הטיעון מטופלים בגלוי. התובעים מדווחים לבית-המשפט על פרטי ההסדר, ובית-המשפט, לפני קבלת ההודאה, מוודא כי הנאשם מבין את משמעות הודאתו ואת תוצאותיה. רק לאחר שבית-המשפט משתכנע כי הנאשם הבין את משמעות ההליך, ההודאה מתקבלת והנאשם מורשע.

4.1.6.2. הסדרי טיעון על אישומים ועל העונש

בעקבות ההכשר שנתן בית-המשפט העליון לפרקטיקה אומץ גם תיקון לכלל 11 לכללים הפדרליים של הפרוצדורה הפלילית, המסדיר את ההוראות החלות על הסדרי טיעון בבתי-המשפט

³⁵ *Santobello v. New York* 404 U.S. 257, pp. 260-261 (1971).

³⁶ ראו *North Carolina v. Alford* 400 U.S. 25 (1970).

³⁷ *Borderkircher v. Hayes* 434 U.S. 357 (1978).

³⁸ באותו מקרה דובר בחוק של מדינת קנטקי כפי שהיה תקף באותה עת 431.190 Ky. Rev. Stat. §. במועד הדיון בערעור בבית-המשפט העליון כבר שונה החוק באופן שעבירותיו הקודמות של הנאשם לא היו יכולות לבסס את החלת הוראות החוק עליו. עם זאת, הדיון התקיים על בסיס הוראות החוק שהיו קיימות בזמן ההליכים בערכאה הראשונה.

הפדרליים³⁹. הכלל בנוסחו כיום קובע שלושה סוגי הטבות אותם רשאי התובע להבטיח לנאשם בתמורה להודאתו: לבטל חלק מסעיפי האישום; לטעון לעונש באופן מסוים; להתחייב לעונש מסוים או לטווח ענישה מסוים⁴⁰. הסדרי טיעון מהסוג הראשון או מהסוג השלישי מחייבים את אישורו של בית-המשפט. אם בית-המשפט מאשר, הוא כפוף להם ואינו רשאי לסטות מהמוסכם בהם. אם הוא דוחה את ההסדר, הנאשם רשאי לחזור בו מהודאתו, וההליך יתנהל כאילו לא נערך הסדר טיעון כלל. לעומת זאת, הסדרי טיעון מהסוג השני אינם מחייבים את אישורו של בית-המשפט, אולם מכיוון שבהסדרים אלו התובע מתחייב רק להמליץ על עמדה עונשית מסוימת, בית-המשפט רשאי להטיל על הנאשם עונש שונה מזה שהומלץ. בהסדר טיעון זה על בית-המשפט להזהיר את הנאשם כי הוא אינו כפוף להמלצת התובע. עם זאת, ברוב המקרים של המקרים מקבל בית-המשפט את בקשת הצדדים בהסדר.

יצוין, כי מקריאת הכללים עלול להיווצר רושם שהסכמה על האישומים במסגרת הסדר טיעון מחייבת את אישור בית-המשפט. בפועל המצב אינו כזה. ברוב המקרים מגיעים התובעים להסדר טיעון עוד קודם לניסוח האישומים ואז הסדר הטיעון על האישום נערך בלא פיקוח שיפוטי כלל. בדרך זו מקובל גם לעקוף מגבלות חקיקתיות של עונשי מינימום, על-ידי השמטת העובדות (כגון מידע על הרשעות קודמות בעבירות סמים) המבססות את החובה להטיל את העונש המינימלי. רק כאשר מבקש התובע למחוק אישום שכבר הוגש לבית-המשפט במסגרת הסדר טיעון, נדרש אישור שיפוטי למהלך. ברוב המקרים ההסכם נערך לפני ניסוח האישומים, ולפיכך, בפועל, הסדרי טיעון על האישומים אינם כפופים לאישור בית-המשפט.

גם ברוב המוחלט של המדינות, הסדרי טיעון הינם חזון נפוץ. הכללים הנוגעים לאופן הטיפול בהסדרי טיעון שונים מעט ממדינה למדינה. ככלל, ברוב המדינות מקובלים שני סוגי הסדרים: הסדר על האישומים, במסגרתו מבוטלים חלק מהאישומים או שהנאשם מואשם בעבירה קלה יותר מזו שביצע; והסדר על העונש, במסגרתו מתחייב התובע לטעון באופן מסוים או להימנע מלטעון באופן מסוים לעניין העונש. בחלק מהמקרים התובע מתחייב לבקש עונש מסוים. אך להבדיל מהתחייבות של התובע לעניין האישומים, שאינה כפופה להסכמה שיפוטית, המלצת התובע בעניין העונש אינה מחייבת את בית-המשפט. עם זאת, ברוב המקרים של המקרים מקבל בית-המשפט את המלצת הצדדים⁴¹.

4.1.6.3. היקף השימוש בהסדרי טיעון

מערכת המשפט האמריקנית נשענת למעשה על הסדרי הטיעון, מפורשים ולא מפורשים. נוכח המחיר הגבוה של ההליך הפלילי המלא, רק שימוש נרחב בהסדרי טיעון מונע שיתוק מוחלט של המערכת. למעשה כ-90% מהתיקים בארצות-הברית מסתיימים בהודאות בלא שמיעת ראיות,

³⁹ ראו Fed. R. Crim.P. 11.

⁴⁰ או להתחייב כי נתונים מסוימים הנוגעים לעונש, על-פי ההנחיות לענישה, מתקיימים או לא מתקיימים.

⁴¹ ראו Kamisar, LaFave & Israel, לעיל הערה 2, §21.1(a).

ברובם זוכה הנאשם בהקלה בעונש בזכות הודאתו⁴². במספר מקומות נעשו נסיונות להפסיק את השימוש בהסדרי טיעון, אולם ניכר כי נסיונות אלו נכשלו⁴³.

4.1.6.4 מעורבות שופטים בהסדרים

ככלל, הסדרי טיעון מפורשים נערכים בין התביעה לבין ההגנה ללא מעורבות שופטים, ואילו בהסדרים שאינם מפורשים תפקיד השופט מתבטא רק בגזר-הדין ולא בהליך שקדם לו. עד לפני מספר שנים הגישה המקובלת הייתה כי מעורבות שופטים בעידוד ישיר של הודאות או במשא ומתן לקראת הסדר טיעון פסולה מטעמים אתיים⁴⁴. בדין הפדרלי ובחלק מהמדינות קיים גם כיום איסור מוחלט על מעורבות שופטים בהתדיינות לקראת הסדרי טיעון⁴⁵. אך בפועל, במערכות משפט רבות בארצות-הברית, לוקחים שופטים חלק פעיל בהתדיינות על הסדרי טיעון. אופן השתתפות השופטים שונה ממקום למקום. בחלק מהמקומות מעורבות השופטים אינה סדירה ולרוב נעשית באופן עקיף; אך בחלקם האחר לוקחים השופטים חלק ישיר בהתדיינות ומתחייבים בפני הנאשם לעונש שיוטל עליו אם יודה⁴⁶. ישנם אף מקומות בהם עיקר ההתדיינות נערכת בין

⁴² ראו 1, G.N. Herman, *Plea Bargaining* (Charlottesville, Virginia, 1997). בשנת 1993 85.5% מהתיקים בבתי-המשפט הפדרליים הסתיימו בהודאה. ראו R.A. Van Cleave, "An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System", 11 *Emory Int'l L. Rev.* (1997) 419, p. 429. ממחקר בבתי-המשפט של מדינות בארצות-הברית עלה כי כ-92% מהתיקים בעבירות שדין מעל שנת מאסר מסתיימים בהודאה באשמה בלא שמיעת ראיות. ראו Bureau of Justice Statistics, *Felony Defendants in Large Urban Counties* (1992), 29.

⁴³ במחוז אל פסו בטקסס הופסק השימוש בהסדרי טיעון. השופטים אימצו מערכת של קווי מדיניות לענישה והתביעה אימצה מדיניות האוסרת על הסדרי טיעון הן לעניין העונש והן לעניין כתב-האישום. כנגד המדיניות החדשה נטען, כי היא פוגעת באינדיבידואליזציה הנדרשת להשגת הצדק בענישה, היא גורמת לכך שההסדרים נערכים בהיחבא, הרחק מעיניו של הציבור, ומכיוון שהעוסקים במלאכה עושים מעשה אסור, המדיניות הופכת להיות העמדת פנים וכוחו המוסרי של שלטון החוק נפגע. מחקר שנערך באל פסו אכן הוכיח כי המערכת לא הצליחה להמשיך ולתפקד בלא הסדרי טיעון לאורך זמן. ראו R.A. Weninger, "The Abolition of Plea Bargaining: A Case Study of El Paso County, Texas", 35 *UCLA L. Rev.* (1987) 265 p. 313. גם באלסקה הופסק השימוש בהסדרי טיעון בהוראת התובע הכללי בשנת 1975, אך נראה כי הסדרי טיעון לא מפורשים (implicit plea bargaining), דהיינו נוהג של מתן הקלות בעונש לנאשמים שמודים, החליפו את הסדרי הטעון המפורשים כגורם מתמרץ להודות. לתוצאות האיסור על הסדרים שם ראו M.L. Rubinstein & T.J. White, "Alaska's Ban on Plea Bargaining" 13 *L. & Soc'y Rev.* (1979) 367. בחלוף הזמן הסתבר כי המדיניות הקשוחה נשחקה. ההנחיות המקוריות שאסרו על הסדרי טיעון שונו, ואף שהכלל הבסיסי בהנחיות נותר בעינו, נוצרו לו חריגים רבים. מחקר שנערך כעבור עשור ומחצה מלמד כי הסדרי טיעון בהם התובע מבקש עונש מסוים נותרו חריגים, למרות שהמדיניות החדשה הרחיבה גם את ההיתר להשתמש גם בהסדרים כאלו. לעומת זאת החל משנת 1985, הסדרי טיעון על האישומים הפכו לנפוצים למדי. הסדרי הטעון לאחר האיסור נערכים לרוב בלי ידיעת בית-המשפט, ככל הנראה מתוך הנחה כי החובה ליידע את בית-המשפט חלה רק כאשר התובע מבקש עונש מוסכם מסוים. ראו T.W. Carns & J.A. Kruse, "Alaska's Ban on Plea Bargaining Reevaluated", 75 *Judicature* (1992) 314, p. 319. ניסיון דומה בברונקס, אף שהוגבל לעבירות מסוג פשע, נכשל גם כן. ההחלטה להימנע מהסדרי טיעון שם גרמה להקטנת מספר ההודאות, לגידול בעומס התיקים, להתמשכות תקופות המעצר עד למשפט ולגידול במספר התיקים שנסגרו מחוסר ראיות או בשל התמשכות ההליכים (פגיעה בזכות למשפט מהיר). ראו R. Acevedo, "Note: Is a Ban on Plea Bargaining an Ethical Abuse of Discretion? A Bronx County, New York Case Study", 64 *Fordham L. Rev.* (1995) 987. לערוך הסדרים על הודאות אלא להקל בעונשם של נאשמים המוותרים על הזכות למושבעים. כך, למשל, בפילדלפיה נכונות התביעה להציע פשרות משמעותיות בהסדרי טיעון מוגבלת ביותר, ולכן רוב הנאשמים שמודים הם נאשמים החשים שאין להם סיכוי סביר לעורר ספק באשמתם. מנגד, עונשים המוטלים בתום משפט בפני מושבעים נוטים להיות כבדים משמעותית מעונשים המוטלים בתום משפט בפני שופט או מותב. מטעם זה נאשמים רבים מוותרים על זכותם למושבעים, ובדרך זו לא מוותרים על הזכות להתעמת עם הראיות נגדם, אולם עדיין זוכים להקלות משמעותיות בעונשם אם הם מורשעים. ראו S.J. Schulhofer, "Is Plea Bargaining Inevitable?" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 1037, pp. 1062-1063.

⁴⁴ ראו 444 *A.B.A.J.* (1965) 51, ABA Committee on Professional Ethics, Informal Opinion No. 779, וכן ABA Standards Relating to Pleas of Guilt § 3.3(a) (Approved Draft 1968). ראו גם J.E. Bond, *Plea Bargaining and Guilty Pleas* (2nd ed., New York, 1982) § 6.15-6.17, pp. 6-31-6-50.

⁴⁵ ראו 11(e)(1) *Fed. R. Crim. P.*

⁴⁶ ראו H.S. Miller, W.F. McDonald & J.A. Cramer, *Plea Bargaining in the United States* (Georgetown, 1978), 199-264 & Kamisar, LaFave, ראו *Israel*, לעיל הערה 2, §21.3(d).

השופט לבין בא כוחו של הנאשם, ולתובע תפקיד פסיבי בהתדיינות⁴⁷. כעניין שבמגמה ניכר כי יותר ויותר מדינות מאמצות הסדרים המתירים מעורבות שיפוטית בעסקאות טיעון.

4.1.7. סנקציות אזרחיות

דרך התמודדות אפקטיבית למדי עם קשוי ההליך הפלילי, ההולכת ונפוצה בארצות-הברית, הינה השימוש בסנקציות עונשיות אזרחיות. סנקציות אזרחיות הינן עונשים המוטלים על-ידי רשות שהוסמכה לכך, בגין הפרת חוק שאינה בהכרח עבירה פלילית, ובאמצעות הליך שאינו פלילי. ברוב המקרים, מדובר בחיוב מפר ההוראה לשלם סכום כסף (קנס אזרחי) לקופת המדינה או הרשות כתגובה להפרה. כיוון שהליך הטלת הסנקציה הוא מינהלי-אזרחי, אין המחויב זכאי למכלול הזכויות של נאשם במשפט פלילי, כגון הזכות למשפט בפני מושבעים, הזכות מפני סיכון כפול וכיוצא באלה. השימוש בסנקציה האזרחית מקובל למדי בעבירות הסדר (regulatory offences) כגון הפרות של חוקי בריאות או בטיחות בעבודה. במספר מדינות הפכו עבירות התנועה להפרות חוק אזרחיות⁴⁸. אולם, הסנקציות האזרחיות תופסות מקום נרחב גם כתחליף או כתוספת לסנקציה הפלילית, בהפרות חוק המלוות בפגם מוסרי ברור יותר. הדבר נפוץ בעיקר בעבירות בעלות גוון כלכלי, כגון עבירות של העלמת מס, מרמה, סחר במידע פנימי והגבלים עסקיים⁴⁹, אף כי לא אחת מוטלות סנקציות אזרחיות או מינהליות גם בעקבות עבירות מסוגים אחרים, כגון עבירות סמים⁵⁰.

כך, למשל, בדיני המס הפדרליים מתרחב השימוש בענישה האזרחית, עד כדי כך שבין השנים 1978 ל-1987 גדל סכום העונשים האזרחיים פי עשרה⁵¹. מטרת העונשים האזרחיים – כפי שהוגדרה על-ידי ועדה שהוקמה לבחינת רפורמות בענישה האזרחית – דומה למדי למטרת הענישה בפלילים, דהיינו, הרתעה אישית, הרתעה כללית, מתן תוקף לכללים של מותר ואסור וגמול⁵². הטלת העונש האזרחי אינה מונעת פתיחת הליכים פליליים בגין אותם מעשים⁵³. עם זאת, רוב הסנקציות המוטלות על מעלימי מס ומפירי הוראות מס אחרות בארצות-הברית הינן אזרחיות⁵⁴. בדומה, בגין עבירות של מרמה כנגד הממשלה, צפוי מבצע העבירה לסנקציות אזרחיות כבדות המוטלות בהליך מינהלי⁵⁵. בדרך זו נמנעות ממנו ההגנות המיוחדות להליך

⁴⁷ לתיאור עגום למדי של האופן בו מעודד בית-המשפט נאשמים להודות במדינת ניו יורק ראו M. McConville & C. Mirsky, "Guilty Plea Courts: A Social Disciplinary Model of Criminal Justice", 42 *Social Problems* (1995) 216.

⁴⁸ ראו, למשל, Rev. Code Wash (ARCW) sec. 46.63.20.

⁴⁹ ראו L.J. Kerrigan, C.W. Berrettini, M.L. Callahan, J.F. Entas, M.J. Ide, T.W. Johnson, J. McGowan, T.L. Moss, K.E. O'Brien, K.T. Oliveira, J. Rothstein, E.A. Stas, "The Decriminalization of Administrative Law Penalties, Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications", 45 *Admin. L. Rev.* (1993) 367, p. 369.

⁵⁰ ראו K. Mann, "Punitive Civil Sanctions: the Middleground Between Criminal and Civil Law", 101 *Yale L. Rev.* (1992) 1795, p. 1798.

⁵¹ ראו P.T. Morgan, *Tax Procedure and tax fraud* (St. Paul, Minn., 1990), 149.

⁵² לסיכום דוחות הוועדה ראו T.R. Hoffman, "Studies of the Code Tax Penalty Structure: A Fitful Step Toward Reform", 43 *Tax Law* (1989) 201.

⁵³ ראו Morgan, לעיל הערה 51, בעמ' 148.

⁵⁴ ראו 85 C.J.S. §1033.

⁵⁵ ראו 31 USCS Sec. 3729 False Claim Act, הקובע: "Any person who-- (1) knowingly presents, or causes to be presented, to an officer or employee of the United States Government or a member of the Armed Forces of the United States a false or fraudulent claim for payment or approval [...] is liable to the United States Government

הפלילי, ורמת ההוכחה הנדרשת להטלת הסנקציה, אף כי היא גבוהה מזו הנדרשת בהליך אזרחי רגיל, נמוכה מזו הנדרשת במשפט פלילי⁵⁶.

הפסיקה בארצות-הברית לא נקטה גישה עקבית באשר למבחני הסיווג של סנקציה, כאזרחית או כפלילית. השאלה עלתה בפסקי-הדין בהקשר להגנות המוקנות לנאשם בפלילים. בפסיקת בית-המשפט העליון של ארצות-הברית ניתן למצוא מספר גישות. האחת, לשונית-טכנית, הבודקת את אופי הסנקציה לפי לשון החוק וכוונת המחוקק. מקום בו התכוון החוק לקבוע סנקציה אזרחית, אין לראות בה כסנקציה פלילית, אלא במקרים חריגים שבהם הסנקציה כה עונשית עד כי לא ניתן לראות בה סנקציה אזרחית. גישה שנייה סברה כי סנקציות אזרחיות עונשיות מחייבות הענקת חלק מן ההגנות החוקתיות שלהם זכאים נאשמים בפלילים, אך לא את כולן, הכל לפי העניין. גישה שלישית ראתה בקנסות האמורים סנקציה אזרחית, אף אם גובה הקנס גדול מהנזק הישיר שגרמה הפרת החוק, משום שבהטלת קנסות אלו זוכה המדינה רק בפיצוי עבור עלויות אכיפת האיסור⁵⁷. הפסיקה התנדנדה בין הגישות השונות לאורך השנים. בעניין *Halper*⁵⁸ נראה היה כי הגישה הראשונה נדחתה, לפחות לצורך טענת סיכון כפול. שם נקבע, כי סיווג סנקציה על-ידי המחוקק כסנקציה אזרחית אינו פוגע בהיותה עונש לצורך טענת סיכון כפול. אך המבחן שאומץ הינו גמיש למדי. אמנם בעניין *Halper* נקבע כי קנס העולה על 200 פעמים הנזק שגרם המעשה האסור הינו עונשי, אך ערכאות אחרות בארצות-הברית לא חייבו הענקת זכויות חוקתיות של הליך פלילי כאשר הסנקציה האזרחית הייתה בשיעורים נמוכים יותר, אף כי עדיין גבוהה פי כמה מהנזק שגרם המעשה⁵⁹. הרתעה לדוגמא אינה בהכרח מטרה ענישתית, ולכן לא בכל מקרה בו הסנקציה האזרחית נועדה ליצור הרתעה, הטלתה כרוכה בהענקת ההגנות החוקתיות של ההליך הפלילי⁶⁰. בכל מקרה, גם הלכת *Halper* לא קנתה שביתה למשך זמן רב וכעבור פחות מעשור חזר בו בית-המשפט העליון של ארצות-הברית מההלכה וקבע כי האיסור על העמדת אדם בסיכון כפול לעונש מתייחס רק לענישה פלילית, ולא לכל סנקציה עונשית. כיום נראה כי המבחן לסיווג הסנקציה כפלילית או כאזרחית הינו מבחן כוונת המחוקק המפורשת או המשתמעת. אם מן החוק ניתן ללמוד כי הכוונה הייתה לסנקציה אזרחית, הרי שככלל ההוראה תסווג כאזרחית. כדי לטעון שהסנקציה היא פלילית למרות הכותרת החקיקתית יש להראות בראיות הברורות ביותר (the clearest proof) שהסנקציה היא כל כך עונשית (so punitive), בין במטרה ובין בתוצאה, כדי להצדיק את סיווגה כפלילית⁶¹.

for a civil penalty of not less than \$5,000 and not more than \$10,000, plus 3 times the amount of damages which the Government sustains because of the act of that person..."

⁵⁶ ראו ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 243, בעמ' 254.

⁵⁷ ראו לגישות אלו שם, בעמ' 254-256.

⁵⁸ *United States v. Halper* 490 U.S. 435 (1989) (להלן: עניין *Halper*).

⁵⁹ ראו *Kerrigan*, לעיל הערה 49, בעמ' 375.

⁶⁰ ראו *Mann*, לעיל הערה 50, בעמ' 1830-1840.

⁶¹ ראו *Hudson v. United States* 522 U.S. 93 (1997). בפסיקה זו חזר למעשה בית-המשפט למבחן שקבע בשנת 1980 בעניין *United States v. Ward* 448 U.S. 242 (1980), שם נדונה שאלת סיווג האיסור בהקשר של הזכות לאי-הפללה עצמית. להתפתחות הפסיקה לאורך השנים ולניתוח דעות הרוב והמיעוט בפסק-דין *Hudson* ראו L. Melenyzer, "Double jeopardy Protection from Civil Sanctions after *Hudson v. United States*", 89 *J. Crim. L. & Criminology* 1007 (1999).

בסיכומו של דבר, המבחן הקיים מצמצם עד מאוד את יכולתו של מי שהוטלה עליו סנקציה אזרחית להראות כי הוא זכאי להגנות של נאשם במשפט פלילי. לפיכך, הסנקציות האזרחיות והמינהליות משמשות בארצות-הברית תחליף יעיל, זול ומרתיע כנגד הפרות חוק אשר במקומות רבים מטופלות רק במישור הפלילי.

זאת ועוד, נוכח מגבלות המשאבים של רשויות האכיפה בארצות-הברית, ישנם חוקים, ובכללם ה-False Claim Act⁶², המאפשרים לאדם פרטי לתבוע את מפר החוק בהליך המכונה *Qui Tam*. בהליך זה, התובע כלל אינו צריך להראות כי הוא נפגע עקב מעשה המרמה או עקב הפרת החוק של הנתבע כדי לרכוש זכות עמידה, והוא למעשה תובע במקום המדינה. בתמורה להנעת גלגלי האכיפה, זוכה התובע בחלק מפירות התביעה⁶³.

4.2. אנגליה ווילס

4.2.1. ההליך הפלילי באנגליה ווילס

ישנם שני סוגים של משפטים פליליים באנגליה: משפטים באמצעות כתב-אישום (trial by indictment), ומשפטים מקוצרים (summary trial). העבירות החמורות יותר (indictable offences) נדונות במשפט באמצעות כתב-אישום, בפני שופט וחבר מושבעים ב-Crown Court. העבירות הקלות ביותר (summary offences) נדונות בהליך של משפט מקוצר בפני שופט שלום (Magistrate). בהליך זה אין מושבעים ושופט השלום פוסק במחלוקות של משפט ועובדה גם יחד. לשופט שלום סמכות להטיל מאסר של עד שישה חודשים וקנס של עד 5000 לירות שטרלינג⁶⁴.

בנוסף, שורה גדולה של עבירות הינן עבירות שניתן לדון בהן בשני סוגי ההליכים (offences triable both ways). במקרה של עבירה מסוג זה, קובע שופט שלום, לאחר שמיעת הצדדים, האם העבירה נוכח נסיבותיה מצדיקה הליך מלא ב-Crown Court, או שדי בהליך בפניו. בעבירות אלו זכאי הנאשם, גם אם שופט השלום קבע אחרת, לדרוש כי ההליך יתנהל בפני מושבעים ב-Crown Court. לעמדת התביעה, כאשר זו מבקשת הליך מלא ב-Crown Court, משקל רב ביותר, והיא הופכת להיות עמדה מחייבת, כאשר היא מובאת על-ידי התובע, בהסכמת ה-Attorney General⁶⁵. כאשר שופט השלום, שהרשיע אדם, סבור כי הנאשם ראוי לעונש חמור מזה שבמסגרת סמכותו, הוא רשאי, במרבית המקרים, להעביר את התיק ל-Crown Court

⁶² ראו לעיל הערה 55.

⁶³ ראו Kerrigan, לעיל הערה 49, בעמ' 392-393, וכן Mann, לעיל הערה 50.

⁶⁴ ראו J. Sprack, *Emmins of Criminal Procedure* (6th ed., London, 1995), 201.

⁶⁵ שם, בעמ' 197-218.

לגזירת הדין⁶⁶. בפועל 98% מהתיקים באנגליה ווילס נשמעים בפני שופט שלום, ורק 2% בפני ה-Crown Court⁶⁷.

4.2.2. סמכויות התובע

מערך התביעה באנגליה הופרד מן המשטרה בשנת 1986, עם הקמת שירות התביעה הציבורי (The Public Prosecution Service)⁶⁸. למשטרה, בהחליטה אם להעביר את התיק להמשך טיפול בתביעה, יש סמכות לסגור תיק מחוסר ראיות או משיקולי מדיניות. אם המשטרה החליטה להגיש תביעה פלילית, הסמכות עוברת לידי התביעה, המוסמכת להחליט להפסיק את ההליכים, דהיינו לסגור את התיק (to discontinue). המבחן הראייתי בהחלטה להמשיך הליכים הוא סיכוי סביר להרשעה (realistic prospect of conviction)⁶⁹. לאחר שהתברר לתובע כי יש בסיס ראייתי מספק להעמדה לדין, הוא מונחה לבחון שורה של שיקולי מדיניות כדי להחליט אם יש אינטרס ציבורי בהעמדה לדין. על-פי הנחיות מנהל התביעה המלכותיות⁷⁰, הכלל הוא כי בהתקיים התנאי הראייתי יש להגיש תביעה, ורק אם השיקולים נגד הגשת תביעה גוברים בבירור על אלו התומכים בהגשתה, התיק ייסגר. ההעדפה הניתנת להחלטות שלא לסגור תיק מחוסר אינטרס ציבורי מוסברת בכך שאת השיקולים נגד העמדה לדין ניתן להביא בפני בית-המשפט בשלב גזירת הדין⁷¹. ההנחיות מפרטות שורה של שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה, לנסיבותיו האישיות של העבריין ועוד, אותם אמורה התביעה לשקול קודם לקבלת ההחלטה. עם זאת, הנחיות אלו כלליות למדי, ובפועל לתביעה שיקול-דעת רחב ביותר לסגור תיקים בלא כל צורך באישור שיפוטי. סמכות זו מסייעת רבות בסינון התיקים המועברים להליך שיפוטי. כיוון שרוב הסינון נערך עוד בשלב מוקדם, על-ידי המשטרה, רק כ-12% מההליכים מופסקים על-ידי התביעה. מבין אלו כ-58% מההחלטות של תובעים על הפסקת ההליך התבססו על שיקולים ראייתיים, 34% על שיקולי מדיניות ו-8% על שיקולים אחרים (כגון קשיים באיתור החשוד)⁷².

שיקול-דעתה של התביעה כמעט ואינו נתון לביקורת אפקטיבית. התביעה אינה מנמקת את ההחלטה לסגור תיקים, מחשש שנימוקים כאלו יפגעו בפרטיות הגורמים המעורבים ויהוו שפיטה בלא משפט⁷³. בהיעדר נימוקים, קשה לבחון את נכונות ההחלטות. זאת ועוד, במספר פסקי-דין הבהיר בית-המשפט כי סמכות התביעה רחבה ביותר, ולמעט מקרים חריגים ביותר, בית-המשפט

⁶⁶ שם, בעמ' 209-214. הוראה חדשה שהוספה ל-Magistrate Court Act, 1980 בשנת 1996 קובעת כי קודם להחלטה בדבר סוג ההליך על שופט השלום לשאול את הנאשם אם בכוונתו להודות בעבירה לכשיפתח המשפט, ואם הנאשם משיב בחיוב, בית-המשפט ימשיך כאילו הוחלט על הליך בפניו והנאשם הודה. בשלב זה רשאי בית-המשפט, בהתאם לצורך, להעביר את התיק לגזירת הדין ל-Crown Court. מטרת ההליך היא למנוע העברת התיק ל-Crown Court שלא לצורך, ולחסוך במשאבים. ראו 49 s. Criminal Procedure and Investigation Act, 1996. לביקורת על הליך זה ראו N. Padfield, "Plea Before Venue", 147 *New L.J.* (1997) 1396.

⁶⁷ ראו M. Wasik, T. Gibbons & M. Redmayne, *Criminal Justice – Text and Materials* (London, 1999), 347.

⁶⁸ על הרקע להקמת השירות ואופיו, ראו J. Fionda, *Public Prosecutors and Discretion – a Comparative Study* (Oxford, 1995), 14-22.

⁶⁹ ראו The Code for Crown Prosecutors (1994) Para. 5. זהו מבחן אובייקטיבי שמשמעותו כי סביר יותר שחבר מושבעים או מותב שיפוטי, שיונחו כראוי על-פי הדין, ירשיעו את הנאשם מאשר שיזכו אותו. שם, שם.

⁷⁰ Code for Crown Prosecutors (1994) Para. 6.

⁷¹ שם, שם.

⁷² ראו Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 329.

⁷³ ראו שם, בעמ' 332.

לא יתערב בהחלטות התובע. גם היישום של מבחן זה בפסיקה מלמד כי אכן בית-המשפט אינו מתערב בהחלטות על העמדה לדין⁷⁴. שיקול-הדעת הרחב הנתון לתביעה ולמשטרה יכול לסייע בוויסות התיקים המועברים להליך פלילי.

4.2.3. הודאות באשמה

כאמור לעיל, בארצות המשפט המקובל, ואנגליה בראשון, רשאי הנאשם לוותר על הזכות לבירור ראיות במשפט ולהודות באשמה⁷⁵. גם באנגליה, כמו בארצות-הברית, הוכרה בפסיקה זכותו של נאשם להקלה בעונש בתמורה להודאתו באשמה. בניגוד לארצות-הברית, אין ההקלה תלויה בלקיחת אחריות, הבעת צער או בצעדים נוספים והיא ניתנת מפורשות בתמורה לחיסכון במשאבים שמשיגה מערכת המשפט בזכות ויתורו של הנאשם על זכותו לאי הפללה עצמית. מאז שנת 1994 מעוגנת זכות זו בחוק. סעיף 48 ל-Criminal Justice and Public Order Act, 1994 קובע:

"48. Reduction in sentences for guilty plea

(1) In determining what sentence to pass on an offender who has pleaded guilty to an offence in proceeding before that or another court a court shall take into account -

the stage in the proceedings for the offence at which the offender indicated his intention to plead guilty, and
the circumstances in which this indication was given

(2) If, as a result of taking into account any matter referred to in subsection (1) above, the court impose on the offender a punishment which is less severe than the punishment it would otherwise have imposed, it shall state in open court that it has done so".

המטרה הברורה של הוראה זו היא לתת תמריץ לנאשמים ולחשודים לוותר על זכויותיהם (כגון הזכות למשפט מלא והזכות לאי הפללה עצמית), באמצעות הקלה בעונש.

החוק מנחה את בית-המשפט להקל בעונשו של מי שהודה. כמו כן קובע הסעיף, כי על בית-המשפט לקחת בחשבון את השלב בו ניתנה ההודאה ואת נסיבות נתינתה. כך, למשל, אדם שהודה כאשר היו נגדו ראיות רבות וחזקות יזכה להקלה פחותה ממי שהראיות נגדו טובות פחות. אדם שהודה בשלב מתקדם של ההליך יהיה זכאי להפחתה משמעותית פחות ממי שהודה בתחילתו.

הקביעה המפורשת בחוק, המחייבת התחשבות בשלב בו הודה הנאשם, הוסברה בדוח הוועדה המלכותית לסדר הדין הפלילי, שהציעה את התיקון, בכך שמקרים רבים מסתיימים בהודאה רק ברגע האחרון. תופעה זו כונתה על-ידי הוועדה "cracked cases". הבעיה עם תיקים אלו היא שהם יוכנו על-ידי בתי-המשפט מתוך הנחה שההליך יתנהל עד תום, ולכן ההודאה לא תחסוך זמן רב. כשהודאה באה ביום שמיעת המשפט, היא מתקבלת אחרי שעדים כבר הופיעו לחינם, רק כדי לשמוע שאין עוד צורך בעדותם. המחקר בבתי-המשפט של ה-Crown Court שנעשה עבור הוועדה

⁷⁴ ראו שם, בעמ' 332-340. למקרה חריג של התערבות כזו ראו *R. v. DPP, ex parte* [1995] 1 Cr App R 136.

⁷⁵ ראו לעיל סעיף 4.1.5.

מלמד כי 26% מכלל התיקים, ו-43% מהתיקים הרשומים שהסתיימו בהודאה, הינם Cracked Cases.⁷⁶ מסיבה זו אומץ ההסדר הקובע הקלה הדרגתית בעונש בהתאם למועד ההודאה.⁷⁷

בחק און קריטריונים ברורים למידת ההקלה בעונש לה זכאי הנאשם בתמורה להודאה. מפסיקת בית-המשפט לערעורים עולה כי הקלה של בין 25% ל-33% של העונש הינה הקלה ראויה.⁷⁸ מחקרים אמפיריים מראים כי בתי-המשפט אכן מקנים הקלות משמעותיות למודים, כפי שהם מונחים לעשות.⁷⁹

4.2.4. הסדרי טיעון

4.2.4.1. הסדרי טיעון בדבר האישומים

ככלל, אין זה נהוג באנגליה לערוך הסדרי טיעון על האישומים בשלב שלפני הכנת כתב-האישום. הכנת כתב-האישום נעשית, ברוב המוחלט של המקרים, בלא כל תיאום עם ההגנה, ולכן הסדרים לגבי תוכנו אינם מקובלים.⁸⁰ עם זאת, הסדרים לגבי אישומים נעשים לא אחת באמצעות תשובת הנאשם לאשמה.

לאחר הקראת כתב-האישום, מתבקש הנאשם להשיב לאשמה. בשלב זה עומדות בפניו מספר אפשרויות. הוא רשאי כמובן להשיב כי הוא מודה באשמה, שאז יתייטר הצורך בשלב הראיות; או לכפור באשמה ואז ייקבעו מועדים לשמיעת המשפט.

אולם, לנאשם עומדות גם אופציות נוספות. הוא יכול, למשל, להודות בחלק מהאישומים ולכפור באחרים. במקרה כזה רשאי התובע להודיע כי הוא אינו מבקש להציג ראיות להוכחת יתר האישומים. אם כך מחליט התובע לעשות, הנאשם מורשע באישומים בהם הוא הודה ומזוכה באישומים בהם הוא כפר.⁸¹ כמו כן, הנאשם רשאי להודות בעבירה פחותה כלולה (lesser included offence). כך, לדוגמה, יכול נאשם ברצח להודות בהריגה, או נאשם בשוד יכול להודות בגניבה. במקרה כזה רשאי התובע להסתפק בעבירה בה הודה הנאשם, ואז יורשע הנאשם

⁷⁶ ראו M. Zander & P. Henderson, *The Royal Commission on Criminal Justice – Crown Court Study* (London, 1993), 149-158.

⁷⁷ על המלצות הוועדה ראו בפירוט אצל Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 381-383. עם אימוץ ההליך של "Before Venue Plea", ראו לעיל הערה 66, יש לעבריינים המועמדים לדין בעבירות הניתנות לשיפוט בשני סוגי ההליכים, תמריץ להביע נכונותם להודות עוד קודם לקביעת בית-משפט השלום באשר לסוג ההליך, ובדרך זו נחסך הצורך בהליך של תשובה לאשמה בפני ה-Crown Court.

⁷⁸ ראו Sprack, לעיל הערה 64, בעמ' 255-256, וכן Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 381.

⁷⁹ ראו A. Ashworth, *The Criminal Process - an Evaluative Study* (Oxford, 1994), 277-278. למידת הציות של בתי-המשפט להוראת סעיף 48 ראו, R. Henham, "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discount and Criminal Process" 62 *Modern L.R.* (1999) 515.

⁸⁰ ראו Sprack, לעיל הערה 64, בעמ' 92.

⁸¹ התובע רשאי לבקש מבית-המשפט להותיר את האישומים בהם כפר הנאשם רשומים בתיק בית-המשפט, כך שניתן יהיה להמשיך ולהוכיחם באישור מבית-המשפט. אם בית-המשפט נענה לבקשה, הנאשם לא מזוכה ולא מורשע באישומים אלו. עם זאת, מבחינה פרקטית אין להותרת האישומים בתיק כמעט כל השלכה שכן רק במקרים נדירים, ניתן לקבל אישור להמשיך בהוכחת האישומים שנותרו בתיק. ראו Sprack, לעיל הערה 64, בעמ' 86-87.

בהתאם; או לבקש להמשיך בהליכים, ואז ינוהל ההליך כאילו הנאשם כפר באשמה כפירה כוללת. במקרה האחרון יכול חבר המושבעים למצוא את הנאשם זכאי אף מהעבירות בהן הוא הודה⁸².

הליך זה משמש בסיס נרחב לעריכת הסדרי טיעון. ואכן, במקרים רבים, לאחר התדיינות בין התביעה לבין ההגנה לפני שלב התשובה לאשמה, מגיעים הצדדים להסכמה על הודאה בחלק מהאישומים או הודאה בעבירה כלולה פחותה, בתמורה להסכמת התובע להסתפק בהודאה ולא לבקש זימון מושבעים.

כאשר התובע מחליט להגיע להסדר מסוג זה, אין בידי בית-המשפט סמכות לכפות עליו להמשיך בהליך. עם זאת, התביעה חייבת לנמק את החלטתה להסכים להסדר. בית-המשפט אף רשאי להעיר לה אם ההחלטה נראית בעניו בלתי ראוי, וכעניין של נימוס חייבת התביעה להביא הערה זו בין שיקוליה. אולם, ההחלטה הסופית אם לקיים את ההסדר נותרת בידי התובע. לעומת זאת, נראה כי מקום בו התביעה מבקשת את עמדת בית-המשפט, על התביעה לכבד את העמדה של בית-המשפט⁸³.

4.2.4.2 מעורבות בית-המשפט בהסדרי טיעון

ככלל, בית-המשפט אינו מתערב במשא ומתן בין התביעה לבין ההגנה, ואסור לו להבטיח לנאשם עונש מסוים אם יודה. כך נקבע בעניין *Turner*⁸⁴. עם זאת, באותו עניין קבע בית-המשפט, כי הסנגור חייב להסביר לנאשם שהודאה תוביל להקלה בעונש. כמו כן נקבע, כי כאשר הדבר נחוץ, רשאי בית-המשפט לזמן אליו את באי כוח הצדדים – התובע והסנגור – בלי הנאשם. הליך זה ייעשה כאשר למען האינטרס של הנאשם אין מקום לדיון בנוכחותו. למשל, כאשר הדיון נסוב על הרצון להגיע להסדר טיעון על הודאה בעבירה קלה יותר.

בית-המשפט אינו רשאי לומר לנאשם כי הוא צפוי לעונש מסוים אם יודה, ולעונש אחר אם יורשע לאחר משפט. עם זאת, בית-המשפט רשאי להסביר לנאשם מהו סוג העונש הצפוי לו (בלא שהעונש יותנה בהודאה), ואם בעקבות זאת הנאשם יודה, ההודאה אינה פסולה.

בפועל, בתי-המשפט מתקשים לעמוד בהנחיות אלו. כפי שציין בית הלורדים בעניין מסוים, "למרות הביקורת המושמעת לעתים קרובות על-ידי בית-משפט זה, כנגד ביקורים מיותרים בלשכתו של השופט, התופעה ממשיכה להתקיים לרוחב הארץ כולה"⁸⁵. שופט אחד בעדותו בפני הוועדה המלכותית לסדר הדין הפלילי ציין כי משא ומתן בין שופטים לבין נאשמים הינו אירוע יום-יומי. שופטים משתמשים בטכניקות שונות כדי להבטיח את עצמם במשא ומתן זה. חלקם עורכים דיונים בלשכה רק עם עורכי-דין עליהם הם סומכים; אחרים עורכים פגישות גישור כאלו רק אם הם מתבקשים לעשות כן; יש המעבירים ומקבלים מסרים באמצעות המתמחים שלהם;

⁸² במילים אחרות, אם הודאתו החלקית של הנאשם לא סיפקה את התובע, המשפט מתנהל כאילו הנאשם כפר בכל האישומים, ואין מניעה כי בתום ההליך הראייתי הנאשם יימצא זכאי גם בגין העבירות בהן הוא היה מוכן להודות. ראו שם, בעמ' 90-92.

⁸³ ראו שם, בעמ' 92-93.

⁸⁴ *R. v. Turner* [1970] 2QB 321 (להלן: עניין *Turner*).

⁸⁵ *Smith (WII) Do-It-All Ltd. v. Peterborough City Council* [1990] 1 QB 304; 3 WLR 1131, p. 1134 (התרגום שלי – א.ג.).

ויש המזמנים את הפרקליט לפני תחילת המשפט ולמעשה מנחים אותו כיצד לפעול; יש גם מי שמשוחחים על התיק עם חבריהם, עורכי-הדין, בשיחות מסדרון⁸⁶.

ברי כי שופטים ופרקליטים אינם מרוצים מהלכת *Turner* האוסרת על הפרקטיקה האמורה. בסקר שנערך בין שופטים של ה-Crown Court עולה כי 67% מייחלים לשינוי ההלכה האמורה. מבין הפרקליטים, 90% היו בדעה דומה⁸⁷.

גם הוועדה המלכותית לסדר הדין הפלילי הייתה ערה לתחושה זו. בדוח משנת 1993 ציינה הוועדה כי בקרב שופטים ופרקליטים יש תמיכה מוחצת בביטול הלכת *Turner*. הוועדה לא המליצה על ביטול הלכת *Turner* כליל, אולם תמכה בהגמשה משמעותית של הפסיקה.

"איננו תומכים בהיפוך מוחלט של הלכת *Turner*, כיוון שאנו מסכימים שהעמדת נאשם [על-ידי השופט] בפני הברירה בין מה שהוא יוכל לקבל אם יודה, לבין מה שייפסק נגדו אם יורשע על-ידי המושבעים, הינה הפעלת לחץ בלתי סביר. אך פסק-הדין בעניין *Turner* ופסיקות אחרות גרמו לשופטים להימנע לחלוטין מלדבר על גזר-הדין עם עורכי-הדין. אנו סבורים שיש מקום לשינוי גישה זו. אנו ממליצים שלבקשת הסנגור בהנחיית הנאשם, השופטים יורשו להצביע על העונש המרבי אותו הם יפסקו בשלב זה, על בסיס העובדות שבפניהם. הבקשה האמורה יכולה לבוא בשלב ההקראה המוקדמת, בדיון שיכונס במיוחד למטרה זו או בעת ההליך עצמו⁸⁸."

בהמשך פירטה הוועדה את ההליך המוצע על-ידה. כך, למשל, הוצע כי הליך זה יתבצע רק לבקשת הנאשם, וכי הוא ייערך בלשכת השופט, בנוכחות הפרקליטים של שני הצדדים. השופט יורשה להשיב על השאלה: "מה יהיה גזר-הדין אם מרשי יודה בשלב זה", אך ככלל לא יידרש להשיב על כל שאלה אחרת. עם זאת, הוועדה לא שללה את האפשרות שבמצבים מסוימים שופטים יתנו אינדיקציה באשר לעונש הצפוי בסוף הליך מלא. עוד הציעה הוועדה כי השופט ישיב על בסיס טיעונים קצרים ביותר של התביעה וההגנה בדבר הנסיבות הרלבנטיות, ובכלל זה פירוט עברו הפלילי של הנאשם וכיוצא בזה.

4.2.4.3. היקף השימוש בהסדרי טיעון באנגליה

בפועל מלמדים הנתונים כי ב-82% מהתיקים הנדונים בפני בית-משפט השלום הנאשם מודה. בתיקים המתנהלים בפני ה-Crown Court, 65% מהנאשמים מודים⁸⁹. אחוז ההודאות בתיקים אף עולה באופן הדרגתי במהלך השנים. כך, בין השנים 1981 ל-1989 גדל אחוז הנאשמים המודים הודאה מלאה בכתב-האישום בכ-10% מכלל התיקים⁹⁰.

⁸⁶ מתוך עדותו של השופט Pickles משנת 1979. ראו את ציטוט העדות, כמו גם תיאורים ועדויות נוספות על הנהגים של שופטים באנגליה אצל Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 381.

⁸⁷ ראו Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 381.

⁸⁸ Royal Commission on Criminal Justice, Report (1993), Ch. 7, Para. 50 (התרגום שלי – א.ג.).

⁸⁹ הנתונים מתוך מקורות ממשלתיים, נאספו על-ידי Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 347.

⁹⁰ לדוגמא, במחוז לונדון אחוז הנאשמים המודים הודאה מלאה בעובדות בשנת 1981 היה 40%, ואילו בשנת 1989 הגיע ל-50%. במחוז Midland and Oxford גדל אחוז המודים מ-72% בתחילת העשור ל-82% בסופו, ובמחוז הצפוני גדל מ-64% של הודאה מלאה ל-80%. יצוין כי הנתונים כאן מתייחסים רק להודאה מלאה, ולא להודאה חלקית. ראו M. Zander, "What the Annual Statistics Tell Us About Pleas and Acquittals" [1991] *Crim. L.R.* 252, pp. 253-254.

לעתים, אין צורך בהסדר מפורש בין הצדדים. החלטת הנאשם להודות בעבירה כלולה פחותה, גם בלא לתאם זאת עם התובע, הינה מעין הצעה להסדר שהתובע יכול לקבל או לדחות. אולם, לא אחת מגיעים תובעים ונאשמים להסדרים מפורשים או משתמעים. אין מידע מדויק באשר למספר הסדרי הטיעון, אולם בסקר שנערך בין נאשמים שהודו, התברר כי 29% מהם הודו משום שהובטח להם בתמורה ויתור על סעיפי אישום או המרת סעיפי אישום בקלים יותר⁹¹. התופעה נפוצה במיוחד באותן עבירות הניתנות בקלות יחסית להמרה לעבירות קלות יותר. כך, למשל, עבירות גניבה רבות, מומרות על-ידי התובעים בהסדרי טיעון לעבירת של שימוש ברכוש גנוב. גם בעבירות נגד הגוף, לאור המגוון הרחב של העבירות האפשרי בתחום זה, יש הסדרי טיעון רבים⁹². כך, למשל, מסתבר כי רק 20% מההליכים שנפתחו בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה (שהעונש בגינה באנגליה יכול להגיע למאסר עולם), הוכרעו לבסוף בבית-המשפט על בסיס סעיף אישום זה. משמעות הדבר היא כי ברובם המוחלט של התיקים, שונה סעיף האישום, ככל הנראה בדרך של הסדר⁹³.

4.2.5. עבירות קנס

פרוצדורה של הודעה על עונש קצוב (fixed penalty notices), הדומה לעבירות קנס בארץ, קיימת באנגליה ובוויילס בעבירות תעבורה בלבד. בשנת 1982 הורחב השימוש בהליך זה, שעד אז יוחד לעבירות חניה, למספר עבירות תעבורה נוספות. הודעת הקנס דומה לזו המקובלת בהליך של ברירת משפט בארץ, כאשר אם הנקנס נמנע מלשלם את הקנס או לבקש להישפט, ניתן לגבות ממנו את החוב בתוספת 50%, באופן שגובים כל קנס⁹⁴. הקנסות המוטלים בדרך זו הינם נמוכים, בין 20 ל-40 לירות שטרלינג, בהתאם לעבירה. בדומה להליך בארץ אין חובה להטיל על מי שביצע את העבירה קנס וניתן לזמנו למשפט, דבר שנעשה כאשר נסיבות ביצוע העבירה חמורות. כמו כן, שיטת ניקוד על עבירות תנועה פועלת גם היא באופן דומה למקובל בישראל⁹⁵.

4.2.6. התראה רשמית

הליך נוסף המאפשר טיפול מהיר בעבירות קלות הינו הליך של התראה רשמית. התראה רשמית הינה רישום הנערך במרשם משטרת. הליך זה אינו מוסדר בחקיקה אלא בהנחיות מינהליות בלבד. על-פי ההנחיות מותר להציג את רישום ההתראות בהליכים פליליים בבית-משפט, אף כי יש הסבורים שבהיעדר בסיס בחקיקה או במשפט המקובל אין לתת להתראות משקל בקביעת גזירת הדין, אלא במקרים חריגים⁹⁶. מרשם ההתראות משמש גם את המשטרה ואת התביעה בהחלטותיהן אם לפתוח בהליכים פליליים כנגד חשוד או להמשיכם.

254. כפי שציינתי לעיל, לעתים הודאה חלקית אף היא טכניקה של הסדר טיעון, שבה הנאשם מודה חלקית מתוך הבנה כי התובע יסתפק בהודאה זו ולא ינהל הליך לגבי יתרת האישומים.

⁹¹ ראו Wasik, Gibbons & Redmayne, לעיל הערה 67, בעמ' 375.

⁹² שם, שם.

⁹³ שם, בעמ' 376.

⁹⁴ ראו A.J. Turner, "The New Fixed Penalty System" [1986] *Crim. L.R.* 782, p. 783.

⁹⁵ ראו Sprack, לעיל הערה 64, בעמ' 16-17.

⁹⁶ ראו R. May, "The Legal Effect of a Police Caution", [1997] *Crim. L.R.* 491, p. 492.

רישום ההתראה מותנה בקיומם של ראיות שהיו מספיקות להעמדה לדין, בהודאה מודעת של החשוד בעבירה ובהסכמת החשוד לרישום. הליך מתן התראה נפוץ בעיקר במקרה שהעבירה מבוצעת על-ידי קטין, אולם לא רק במקרה זה. כאשר מדובר בקטין, ההתראה ניתנת רק בהסכמת הוריו.⁹⁷

מספר שיקולים מנחים את המשטרה בשימוש באזהרות ביניהם: חומרת העבירה, גילו של מבצע העבירה ומצבו הנפשי (בנוסף לקטינים, יש הנחה לכאורית כי אזהרה היא הכלי הראוי לטיפול בעבירות של זקנים ומי שסובלים מהפרעות נפשיות), יחסו של קורבן העבירה למבצע ונכונותו של המבצע להתנצל או להציע הצעה שתיישר את ההדורים בין הצדדים.

היקף השימוש בהתראה פורמלית הינו רחב למדי, אף בעבירות חמורות יחסית. כך, בעבירות של כתב-אישום (indictable offences), שיעור ההתראות הפורמליות (מתוך סך ההתראות וכתב-האישום) הינו 50% לקטינים ומעט פחות מ-15% בעבירות של בגירים.⁹⁸

4.2.7. קנסות אזרחיים במסים

רשות מס הכנסה באנגליה (Inland Revenue) רשאית להטיל קנס אזרחי על נישומים שעברו עבירת מס. כמו בארצות-הברית, אין מניעה פורמלית כי הקנס יוטל בנוסף להליך פלילי, אולם בניגוד לארצות-הברית, באנגליה לא מקובל להטיל עונש אזרחי על מי שנדון בפלילים. גובה הקנס האזרחי נתון לשיקול-דעתו של המטיל, כאשר החוק קובע שיעורי קנסות מרביים בלבד. בעבירות מס קלות קבוע סכום מרבי מוגדר בחוק. בעבירות חמורות יותר, בהן יש אלמנט של מרמה או של רשלנות, הקנס המרבי עומד על 100% מסכום המס שאמור היה להיות משולם (המוטל, כמובן, בנוסף להטלת המס עצמו).

ככלל, מנסות רשויות המס להימנע מתביעה פלילית ולסיים את רוב עבירות המס בהסכמה עם הנישום על תשלום קנס אזרחי.⁹⁹ רק במקרים מעטים מוטל קנס אזרחי בהליך פורמלי בלא הסכמה מראש ובמקרים ספורים עוד יותר מוגשת תביעה פלילית.¹⁰⁰ כך, למשל, בשנת המס-1993 הוטלו 46,000 עונשים על עבירות מס. רובם המוחלט, הרבה יותר מ-90% מהם, הוטלו בדרך של הסדר בין רשות המס לבין הנישום ורק מיעוטם הוטלו בדרך הפורמלית, בלא הסדר מוקדם עם הנישום. עוד פחות תיקים הופנו להליכים פליליים כאשר בהליכים אלו הורשעו באותה שנה רק 70 נאשמים ועוד 4 זוכו. מדיניות התביעה המוצהרת של רשויות המס היא להגיש כתב-אישום רק כנגד מספר מקרים לדוגמא של עבירות מס כדי להבטיח רמה נדרשת של הרתעה כללית. המדיניות גם מעניקה הקלות משמעותיות בתמורה להודאה באשמה ולשיתוף פעולה של

⁹⁷ Sprack, לעיל הערה 64, בעמ' 13-16.

⁹⁸ שם, בעמ' 16.

⁹⁹ ראו להמלצות ועדה בראשות הלורד קייט להמשיך מדיניות זו ואף ביתר שאת אצל ג'י עמיר, "על מדיניות רשויות המס בנושאים פליליים", **מיסים** יא(4) (1997) א-44.

¹⁰⁰ הטיפול בתיקי מרמה בסכומים של מעל ל-50,000 לירות שטרלינג מועבר, על-פי ההנחיות הפנימיות של רשות המס, לרשות המרכזית המופקדת על הטיפול בהליכים פליליים (Special Compliance Office), אולם, גם כאשר התיק מגיע לרשות זו, הסדרים עם הנישום שמונעים תביעה פלילית אינם אירוע חריג.

הנישום. במקרה שהנישום משתף פעולה, הסיכוי לתביעה פלילית זעום. ההודאה באשמה ושיתוף הפעולה יכול שיקנו הנחה של עד 40% בעונש האזרחי¹⁰¹.

4.3. גרמניה

במבט ראשון, נראה כי קשה להפיק תועלת מלימוד הסדרים דיוניים הנוהגים במדינות הקונטיננטל. השוני במבנה ההליך המשפטי ובתחומי האחריות של בעלי התפקידים השונים נראה, לפחות במבט ראשון, גדול מכדי לאפשר העתקה, ולו בשינויים, של הסדרים ספציפיים, מחוץ להקשר של שיטת המשפט כולה. בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, ההליך הפלילי בנוי כמשולש. האינטרס הציבורי מיוצג על-ידי התביעה, ואילו האינטרס של הנאשם על-ידי ההגנה. הצדדים מופקדים על הבאת הראיות להוכחת טענותיהם העובדתיות, כמו גם להצגת הטענות המשפטיות. הם גם מופקדים על חקירת ראיות הצד שכנגד לשם הפרכתן. בית-המשפט ניצב בקודקוד מעליהם, ובמרכזם כמשתתף פסיבי הנכנס לתפקיד רק בעת הצורך להכריע במחלוקות ביניהם. כיוון שכל צד אוטונומי לייצג את עמדתו, התביעה רשאית לסגור תיקים, להשמיט אישומים או להימנע מהבאת ראיות לתמיכה בעמדתה, כשהדבר מקדם את האינטרס עליו היא מופקדת, ובית-המשפט אינו נדרש לבחון את עמדתה בהחלטות אלו. בדומה, הנאשם רשאי להודות באשמה, ובדרך זו לחסוך מבית-המשפט את הצורך לבחון את אמיתות טענות התביעה. במילים אחרות, תפקידו של בית-המשפט מוגבל להכרעה במחלוקות שבין הצדדים על בסיס הראיות והטענות שהצדדים העלו בפניו.

מנגד, בשיטת המשפט הקונטיננטלית, לפחות על-פי המבנה המקורי הדוגמטי שבבסיסה, במוקד ההליך עומד בית-המשפט. בחינת מכלול הזכויות והאינטרסים מוטלת על בית-המשפט. הצדדים, בעיקר התביעה, נתפסים רק כגורם האמור לסייע לבית-המשפט להגיע לתוצאה הנכונה. במילים אחרות, התביעה אינה הגורם המופקד, עצמאית, על האינטרס הציבורי, אלא חוליה המסייעת לבית-המשפט להגן על האינטרס הציבורי. מטעם זה, עקרון החוקיות מחייב את התביעה לפתוח בהליכים פליליים בכל מקרה שנתגלו ראיות לביצוע עבירה. על-פי המבנה התיאורטי של ההליך הפלילי בקונטיננטל, התביעה אינה מוסמכת לסגור תיק מחוסר אינטרס ציבורי. בדומה, התביעה אינה יכולה לגדור את האישומים כנגד הנאשם. גם הסמכות להביא ראיות ולחקור את עדי התביעה הינה בראש ובראשונה סמכות בית-המשפט, אף אם הוא נעזר בתביעה רבות לשם כך. על בית-המשפט להגיע לחקר העובדות המלא, אף אם התביעה מסתפקת בביסוס אשם חלקי או שאינה סבורה כי יש צורך בהבאת ראיות נוספות. בשינויים קלים דומה גם מצבו של הנאשם. הנאשם אינו יכול לפטור את בית-המשפט מחובתו לברר את העובדות באמצעות הודאה. בהליך הפלילי בקונטיננטל אין שלב פורמלי של תשובה לאשמה, כמו בשיטה האנגלו-אמריקנית. בדומה, בית-המשפט מופקד על חקירת העדים שנועדו לסייע לנאשם (שאינם נקראים עדי הגנה שכן כל העדים הינם עדים של בית-המשפט).

במילים אחרות, מלוא האחריות, הן לאינטרסים של הנאשם והן לאינטרס הציבורי, מוטלת על בית-המשפט, ואין הוא יכול להתנער ממנה בהסתמך על עמדת הצדדים. התביעה אינה אלא גורם המסייע לבית-המשפט באיסוף הראיות ובהצגת העובדות, ולא בהכרח צד אדוורסרי לנאשם.

¹⁰¹ ראו J. Roording, "The Punishment of Tax Fraud" [1996] *Crim. L.R.* 240.

מהאמור לעיל עולה, כי אם בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית בית-המשפט מתבקש להכריע בין האינטרס הציבורי לבין האינטרסים של הנאשם **כפי שהם מוצגים בפניו על-ידי ההגנה והתביעה**, הרי שבשיטה הקונטיננטלית עליו להכריע בין מכלול האינטרסים **באופן עצמאי** כאשר התביעה רק מסייעת בידיו להגיע להכרעה הנכונה. גם מן הבחינה הסימלית, במבנה בית-המשפט אין לצדדים מעמד שווה במרחק קבוע ואחיד מהשופט, כפי שמקובל בשיטה האנגלו-אמריקנית, אלא התובע יושב בקירבת השופט, כמעין עוזר, ואילו הנאשם מצוי במרחק מה ממנו כאובייקט מחקרו של בית-המשפט.

כיוון שחלוקת התפקידים בין בית-המשפט לבין התביעה כה שונה בהליך הקונטיננטלי, נראה כי כל ניסיון ללמוד מסמכויות התביעה ובית-המשפט בקונטיננט במסגרת החלופות אינו תואם את תנאי השיטה האדוורסרית ואת מאפייניה. לפי גישה זו, כל עוד לא מאמצים את ההליך האינקוויזיטורי כיחידה, אין טעם בנטילת מרכיבים ספציפיים שונים של השיטה האירופאית. אלא שהתמונה אינה כה חדה. ההליך המשפטי הקונטיננטלי עבר כברת דרך ארוכה מהמודל האינקוויזיטורי הטהור המוצג כאן. סמכויות התובע לפעול כנציג האינטרס הציבורי הלכו והתרחבו. לתובע סמכויות הולכות ורחבות לסגור תיקים או להגיע להסדרים עם הנאשם. גם מעמדו של הנאשם אינו אך מעמד של אובייקט המחקר, בלא יכולת לשלוט על האינטרס שלו בהליך. כך, למשל, אף שאין הליך של הודאה באשמה, הרי שעדות הנאשם במסגרתה הוא מודה בעבירות, פוטר את בית-המשפט, דה-פקטו, מבירור נוסף של העובדות ולכן מבחינה מעשית היא שקולה להודאה במסגרת הליך של תשובה לאשמה. בנוסף, גם אם לא ניתן לאמץ את מכלול ההסדרים המקובלים בקונטיננט, ניתן ללמוד רבות מהטכניקה בה מיושמות החלופות באותן מדינות, ומאופיין של החלופות באותן פרטים שאינם מתחייבים מהשוני המבני בהליך. ייתכן שלא ניתן להעתיק את החלופות כפי שהן לשיטת המשפט הישראלית, וכי יש צורך בהתאמות הנובעות מהשוני המבני בין השיטות. אולם כיוון שהשימוש בחלופות להליך הפלילי מפותח מאוד במדינות הקונטיננט, יש חשיבות מרובה ללימוד ממדינות אלו. לאור השימוש הנרחב בחלופות להליכים פליליים בגרמניה, אפתח במדינה זו.

4.3.1. ההליך הפלילי הרגיל

ההליך המשפטי הפלילי בגרמניה, לאחר שלב החקירה, פשוט וקצר הרבה יותר מההליך בארץ או בארצות המשפט המקובל, ולכן גם מהיר הרבה יותר. תיק החקירה המלא שנאסף במשטרה פתוח בפני השופט כמו גם יתר הצדדים¹⁰² (אף כי העדויות והראיות עליהם מסתמכת ההכרעה חייבות להישמע בעל-פה בדיון הפומבי). ההליך מנוהל על-ידי בית-המשפט, כאשר לתובע ולסגור תפקיד מצומצם בהרבה מהמקובל בשיטה האדוורסרית. ראש ההרכב קובע את סדר הצגת הראיות וחוקר את העדים. יתר השופטים, התובע, הסגור, הנאשם והקורבן או בא כוחו – אם יש לו מעמד בהליך – רשאים לשאול שאלות נוספות את העד. בית-המשפט מופקד גם על בחירת הראיות שיוצגו, אף כי הצדדים רשאים לדרוש שבית-המשפט ישמע ראיות נוספות ובית-המשפט רשאי לסרב רק אם הראיה המבוקשת מיותרת או בלתי רלבנטית על פניה. עדות הנאשם נשמעת

¹⁰² למעט השופטים הבלתי מקצועיים היושבים בחלק מהמקרים במותב.

בראשית המשפט, לפני שמיעת יתר העדים – דבר המסייע להבהרת המחלוקות ומצמצם את הצורך להוכיח יסודות מוסכמים של העבירה.¹⁰³

ממחקר אמפירי שבדק את משך ההליכים הפליליים בגרמניה עולה, כי משפט בפני ערכאה נמוכה אורך בממוצע כשעתיים, ואילו בעבירות הנדונות בפני ערכאה גבוהה יותר ההליך נמשך בממוצע יום אחד.¹⁰⁴ מחקרים מראשית שנות ה-90 מלמדים כי משפטים כיום נמשכים זמן רב יותר, אולם עדיין אורכם אינו רב, בין יום לשלושה ימים בממוצע.¹⁰⁵ למרות זאת, בעיית העומס אינה זרה גם למערכת המשפט בגרמניה. ההערכות הן כי בעשור האחרון גדל משמעותית משך הזמן לטיפול בתיק, ובשנים האחרונות יותר ויותר הליכים נמשכים שבועות, חודשים ולעתים אף שנים.¹⁰⁶ רבים סבורים כי כיום מערכת המשפט חייבת להתייעל כדי לעמוד בנטל¹⁰⁷. עקב כך פותחו בחוק ובנוהג מספר כלים להקלת עומס זה.

אפשרות אחת לקצר מעט את ההליכים היא לערוך הליך מזורז (Expeditate Proceeding או *Beschleunigtes Verfahren*). הליך זה היה עד לאחרונה נדיר לשימוש, אולם בערים הגדולות החל השימוש בו לצבור תאוצה. מדובר בהליך פשוט ומהיר המשמש בעיקר לעבירות קלות כגון גניבה או עבירות סמים קלות, כשניתן להוכיחן בקלות. התובע צריך לבקש רשות מיוחדת להשתמש בהליך זה. ההליך שקיים במתכונתו הנוכחית מאז שנת 1994, מאפשר הבאה מיידית של אדם למשפט או הבאתו במהירות תוך קיצור התקופות הנדרשות לזימונו. במקרה שניתן אישור, מותר לתובע להשתמש באישום בעל-פה במקום בכתב-אישום. גם הליך הבאת הראיות פשוט יותר מן ההליך הרגיל. בהליך זה מותר להטיל על הנאשם עונש מאסר שלא עולה על שנה אחת.¹⁰⁸ הליך זה מסייע לקיצור העיכובים, אולם עיקר הדגש במשפט הגרמני מושם על שימוש במערכת מפותחת של חלופות הקיימות להליך הפלילי.

4.3.2. עבירות מינהליות

בגרמניה מסווגות העבירות לשני סוגים: פשעים (*Verbrechen*) ועוונות (*Vergehen*). הסיווג השלישי של חטאים (*Übertretungen*), בוטל בשנת 1975, כאשר עבירות אלו הפכו להיות "עבירות

¹⁰³ למעשה דברי הנאשם אינה נחשבים עדות, אלא הצהרה הנמסרת שלא בשבועה. לא ניתן להעמידו לדין על עדות שקר בעקבות דבריו במשפט. עם זאת, דבריו יכולים לשמש לביסוס הממצאים העובדתיים בהליך. הנאשם גם רשאי להימנע מלמסור הצהרה ולשמור על זכות השתיקה בלא שהדבר ישמש בסיס להרשעתו או להחמרה בעונשו. ראו T. Weigend, "Germany" *Criminal Procedure: A worldwide Study* (Craig M. Bradley – ed., Durham, N.O., 1999) 187, p. 210.

¹⁰⁴ ראו J.H. Langbein, "A Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It", 78 *Mich. L. Rev.* (1979) 204, p. 209.

¹⁰⁵ ראו M.D. Dubber, "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure", 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 547, p. 569. לפי הערכה אחרת משפט בפני ה-*Schöffengericht*, בית-משפט בו נדונות עבירות קלות יחסית והיושב בהרכב של שופט מקצועי ושני הדיוטות, נמשך כחצי יום בממוצע. משפט בפני ה-*Grosse Strafkammer*, בית-המשפט הדן בעבירות החמורות ביותר (למעט עבירות נגד ביטחון המדינה), היושב בהרכב של שלושה שופטים מקצועיים ושני הדיוטות, נמשך לרוב מספר ימים. ראו Weigend, לעיל הערה 103, בעמ' 208.

¹⁰⁶ הוראת רציפות הדיון בגרמניה אוסרת על הפסקות של מעל ל-10 ימים ברציפות במהלך המשפט. הפסקה של 30 יום מותרת אם קדמו לה 10 ימי דיונים או יותר. ראו סעיף 229 לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני. במקרה של הפרת הוראה זו יש להתחיל את המשפט מראשיתו. בפועל, כדי לעקוף הוראה זו, מקיימים בתי-המשפט פעמים רבות דיונים קצרים ופורמליים כל 10 ימים רק להותיר את תקפות ההליך. ראו Weigend, לעיל הערה 103, בעמ' 208.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 567-570.

¹⁰⁸ ראו B. Huber, "Criminal Procedure in Germany", *Comparative Criminal Procedure* (London, 1996) 96, p. 157.

על הסדר הציבורי ("Ordnungswidrigkeiten"), ומטופלות באמצעות חוק העבירות על הסדר הציבורי (*Bussgeldverfahren*)¹⁰⁹.

לפיכך, עבירות תעבורה, עבירות על חוקי בריאות, ועבירות הסדר אחרות מטופלות בהליך של תשלום כפייה מינהלי, שמיומשו אינו מלווה בהרשעה פלילית, בדומה לחוק העבירות המינהליות אצלנו¹¹⁰. במקרה זה החיוב מוטל על-ידי רשות מינהלית. תשלום הכפייה קצוב מראש בחיקוק, ולמי שהטילו אין סמכות לקבוע את גובהו. עם זאת, לתובע נותר שיקול-דעת באם להגיש כתב-אישום, במקום הטלת חיוב, וכמובן גם לנקנס יש זכות לבחור להישפט על העבירה. במקרים אלו ההליך עובר לפסים פליליים רגילים¹¹¹. עד שנת 1993 לא ניתן היה לגבות את תשלום הכפייה באמצעות מאסר, אולם בשנה זו שונה החוק באופן המאפשר שימוש במאסר באמצעי לגביית החיוב¹¹².

4.3.3. צו ענישה

הליך של צו ענישה (*Strafbefehlsverfahren* או *penal order*) משמש כחלופה להעמדה לדין בעבירות מסוג עוון. הליך זה, הקבוע בסעיפים 413-407 לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני¹¹³, קובע הסדר, המאפשר לתובע להטיל על חשוד עונש בהסכמתו, במקום לנהל נגדו הליך פלילי.

4.3.3.1. הליך הוצאת צו ענישה

חוק סדר הדין הפלילי מקנה לתובע סמכות לנסח צו ענישה, שנערך בצורה של גזר-דין. התובע מגיש את הצו לאישור שופט שלום, אשר מאשרו, אלא אם יש ספקות באשר להצדקת הוצאתו של הצו¹¹⁴. השופט אינו יכול לשנות את צו הענישה, אלא לאשרו או לדחותו כפי שהוא.

4.3.3.2. אישור פורמאלי של שופט שלום

בפועל צווים אלו מאושרים כמעט תמיד במהירות. בחינה סטטיסטית שנערכה מלמדת כי 99.4% מצווי הענישה מאושרים על-ידי השופטים¹¹⁵. למעשה, האישור ניתן בלא שהעניין נבחן לגופו¹¹⁶.

¹⁰⁹ שם, שם.

¹¹⁰ שם החוק *Gesetz über Ordnungswidrigkeitenrecht* משמעו *Public Order Law*, יתורגם להלן לעברית "חוק העבירות על הסדר הציבורי". בין העבירות על הסדר הציבורי כלולות עבירות חמורות יחסית, כגון מסירת פרטים אישיים כוזבים לרשות ציבורית, התקהלות בלתי חוקית לאחר התראה, כניסה שלא כדין למתקנים צבאיים, עיסוק בזנות שלא כדין, מעשים מגונים גסים או מטרידים וייצור חפצים העלולים לשמש לזיון כסף או שימוש בהם. הקנסות בעבירות אלו מגיעים לעתים לכדי עשרת אלפים מרק.

¹¹¹ J.H. Langbein, "Controlling Prosecutorial Discretion in Germany", 41 *U.C.L. Rev.* (1974) 439, pp. 451-455

¹¹² ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 135.

¹¹³ לתרגום לאנגלית של החוק ראו Sweet, *The German Code of Criminal Procedure* (Horest Niebler – trans., Sweet & Maxwell Limited, 1985).

¹¹⁴ השופט רשאי לקבוע את ההליך למשפט, אם לדעתו יש לתת עונש השונה מזה המוצע בצו (סעיף 408 לחוק).

¹¹⁵ ראו T. Weigend, "Symposium: Comparative Criminal Justice Issues in The United States, West Germany, England, and France: Sentencing in West Germany", 42 *Md. L. Rev.* (1983) 37, p. 54

¹¹⁶ ראו J. Herrmann, "Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?", 53 *U. Pitt. L. Rev.* (1992) 755, p. 761

רק במקרים סבוכים ומעוררי מחלוקת מתפנה השופט לבדיקה אמיתית של הצו¹¹⁷. כך, למשל, שופט בהמבורג הסביר, כי אישור של כ-70 צווים רגילים אורך כ-15 דקות, דהיינו כ-13 שניות לאישור צו ענישה בממוצע¹¹⁸. לפיכך, מבחינה מהותית מידת הביקורת שמפעיל השופט על החלטת התובע מוגבלת למדי. לאחר אישורו נשלח הצו לנאשם בדואר רשום.

4.3.3.3. האפשרויות של מקבל הצו

מקבל צו הענישה יכול לשלם את הקנס, ובכך הוא מוחזק כמודה באשמה, או לבקש להתנגד לקנס בתוך שבועיים¹¹⁹, שאז נקבע העניין למשפט. משנקבע העניין למשפט, עלול הנאשם לקבל עונש חמור מזה שהיה קבוע בצו, ובכלל זה עונש מאסר. עם זאת, אין הוראה בחוק המחייבת את בית-המשפט לגזור עונש החמור מזה שבצו הענישה, אלא עליו להחליט מהו העונש הראוי באופן עצמאי¹²⁰. הימנעות מקבל ההודעה מתגובה הופכת את העונש הקבוע בצו לגזר-דין סופי.

4.3.3.4. העונשים המוטלים בצו ענישה

בעבר, ניתן היה לקבוע בצו ענישה גם עונש מאסר של עד שלושה חודשים, אולם בפועל מקובל היה שאין מורים על עונש מאסר בלא משפט. בשנת 1975 תוקן החוק בהתאם, והצו יכול לקבוע עונש של קנס ומספר עונשים נלווים, ובכלל זה פסילת רשיונות לתקופה של עד שנתיים ימים, פרסום ההרשעה והעונש על חשבון הנקנס, ומאז 1993 גם עונש מאסר מותלה של שנה אחת, לכל היותר¹²¹. עם זאת, הקנסות המוטלים בגרמניה הם גבוהים למדי. הם תלויים בהכנסתו של הנאשם ויכולים להגיע עד ל-360,000 מרק (כ-700,000 ₪) לעבירה אחת. לפיכך, קנסות הפכו עונש מקובל גם בעבירות חמורות יחסית. כיוון שכך, הליכים רבים, גם בעוונות חמורים למדי, מסתיימים בצו ענישה¹²². הימנעות של נאשם מלשלם את הקנס גוררת עונש מאסר במקום הקנס¹²³.

4.3.3.5. העבירות בגינן מוצא צו ענישה

החוק אינו קובע רשימה סגורה של עבירות בגינן ניתן להוציא צו ענישה, אלא מגביל את ההליך לעבירות קלות ולעוונות. מדובר, למעשה, בחלק ניכר מהעבירות, ובכלל זה עבירות של תקיפה, עבירות רכוש שלא מלוות באלימות (כגון גניבה, גניבת רכב, קבלת דבר במרמה ומעילה), עבירות

¹¹⁷ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 142.

¹¹⁸ ראו Langbein, לעיל הערה 104, בעמ' 213.

¹¹⁹ עד שנת 1991 ניתן לנאשם שבוע אחד בלבד להגיב. Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 142.

¹²⁰ למעשה, אם יש החמרה בעונש, היא מחייבת נימוק. ראו Herrmann, לעיל הערה 116, בעמ' 762.

¹²¹ ראו Huber, לעיל הערה 108, בעמ' 158 וכן Dubber, לעיל הערה 105, בעמ' 559. כדי להקטין את החשש מפני פגיעה קשה מדי בנאשמים עליהם ייגזר בדרך מקוצרת זו עונש מאסר מותנה, נקבע כי עונש זה ניתן להטיל רק אם מקבל הצו מיוצג על-ידי עורך-דין, וגם אז יש לאפשר לעורך-דין להציג את טענותיו בהליך קצר ובלתי פורמלי בפני שופט. מבקרי ההליך טוענים, כי מעבר לפגיעה בזכויות הנאשמים ההליך לא יביא לחיסכון המבוקש במשאבים נוכח הזכות שיש לנקנס לדיון שיפוטי לפני הסכמתו לצו. לזכות שקדם לתיקון זה ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 143-144.

¹²² ראו Herrmann, לעיל הערה 116, בעמ' 761. לענישה בגרמניה ראו Weigend, לעיל הערה 115.

¹²³ גובה הקנס נקבע לפי שני גורמים: האחד, מספר ימי קנס (בין 5 ל-360) שנקבע לפי חומרת העבירה, וגובה הקנס היומי (בין 2 מרק ל-10,000 מרק), התלוי בהכנסתו של הנקנס. נקנס אשר אינו משלם את הקנס ייאסר למשך מספר ימי הקנס שהוטלו עליו. כ-6% מעונשי הקנס המוטלים מרוצים בדרך של מאסר במקום הקנס. ראו Dubber, לעיל הערה 105, בעמ' 560. עם זאת, בשנים האחרונות ניכרת נטייה להטיל עונש של שירות למען הציבור כתחליף למאסר במקום קנס, כאשר הדבר אפשרי. ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 143.

של העלמת מס, עבירות תעבורה חמורות (כולל תאונות עם נפגעים, גרימת נזק חמור לרכוש, נהיגה בשכרות והפקרה לאחר פגיעה) וכיוצא באלה. עם זאת, לתובע שיקול-דעת האם לשלוח צו ענישה או להגיש כתב-אישום¹²⁴. צו ענישה יוגש בעיקר כאשר הראיות הן פשוטות, ועל-כן סביר שלא תהיה עליהן מחלוקת, וכן, כאשר ניתן בנסיבות המקרה להסתפק בעונש של קנס. כאמור לעיל, בגרמניה עונשי מאסר נפוצים הרבה פחות מאשר בארץ, והקנסות גבוהים בהרבה מאלו המקובלים כאן. לכן, ברוב גדול של המקרים בהם מואשם אדם בעבירה מסוג עוון, די בהטלת קנס בדרך של צו ענישה¹²⁵.

4.3.3.6. היקף השימוש בהליך

כיום מספר התיקים המטופלים במסגרת צו ענישה דומה למספר התביעות הפליליות הרגילות, ולפחות בחלק מן האזורים הוא אף גבוה ממספר זה¹²⁶. שיעור זה גבוה למדי כאשר מביאים בחשבון כי במסגרת זו כלולות רק עבירות פליליות ממש ולא עבירות תעבורה קלות, או עבירות קלות אחרות המטופלות כאמור לעיל בהליך לפי חוק העבירות על הסדר הציבורי¹²⁷. כ-85% מצווי הענישה הופכים לסופיים מכיוון שהנאשם מסכים להם או מוותר בשלב מאוחר יותר על הבקשה להישפט¹²⁸.

4.3.4. סמכות תובע וסגירת תיקים

4.3.4.1. סגירת תיק בלא תנאי

אחד העקרונות שהודגשו בעבר כמבחינים בין שיטת המשפט הקונטיננטלית בכלל, והגרמנית בפרט, לבין השיטה האנגלו-אמריקנית, נגע לסמכות תובע לסגור תיק למרות קיומן של ראיות מספקות להעמדה לדין. ככלל, מקובל היה לומר כי בעוד שבארצות המשפט המקובל מוענקת לתובע סמכות לסגור תיק, גם כאשר יש די ראיות לביצוע העבירה, הרי שבמדינות המשפט הקונטיננטלי מחייב עקרון החוקיות (*Legalitätsprinzip*), כי בכל מקרה שיש ראיות לביצוע עבירה תוגש תביעה פלילית¹²⁹. בגרמניה העיקרון הלך ונשחק עם השנים. החל משנת 1924 מוסמך תובע להימנע מלתבוע בעבירות מסוג עוון או חטא בכפוף להסכמת בית-המשפט, הניתנת למעשה כדבר שבשגרה. בשנת 1975 הוצאו, כאמור לעיל, החטאים מתחום עקרון החוקיות לחלוטין כאשר הפכו לעבירות מינהליות, אשר לתובע שיקול-דעת, בלא אישור בית-המשפט, אם להגיש בגינם תביעה פלילית או להסתפק בתשלום כפייה מינהלי. מאוחר יותר, במרץ 1993 נכנס לתוקף תיקון

¹²⁴ המונח "כתב-אישום" מתייחס מכאן ואילך למסמך שהתובע מגיש לבית-משפט האמור לנהל את ההליך הפלילי, כדי לפתוח את ההליך. במדינות הקונטיננטל למסמך זה שמות שונים, והוא אינו דומה בהכרח, בצורתו ונוסחו לכתב-אישום המוכר בארץ.

¹²⁵ ראו Weigend, לעיל הערה 115, בעמ' 42.

¹²⁶ ראו להלן בהערה 146 לנתוני מחוז סקסוניה תחתית.

¹²⁷ Weigend, לעיל הערה 115, בעמ' 54-55.

¹²⁸ שם, בעמ' 55.

¹²⁹ סעיף 152 לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני.

לחוק סדר הדין הפלילי (*Strafprozessordnung*), שהרחיב עוד יותר את סמכויות הסגירה של התובע בעוונות¹³⁰.

בכל עבירה, ובכלל זה בעבירה מסוג פשע, מוסמך תובע להימנע מפתיחת הליכים מחוסר ראיות. החוק קובע כי תביעה תוגש אם יש חשד מספק, ותנאי זה מתקיים כאשר ישנה סבירות (Likelihood) שהנאשם יורשע בתום הליך משפטי. בנוסף לערר מינהלי רשאי הקורבן להעביר תחת ביקורת שיפוטית את החלטות התובע לסגור תיק, אולם רק במקרים נדירים מורה בית-המשפט לתובע להגיש תביעה פלילית בניגוד לעמדתו¹³¹.

4.3.4.2. סגירת תיק מותנית

בהוראה שהוספה בשנת 1975 לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני, הוקנתה לתובע סמכות להחליט על הפסקת ההליכים נגד חשוד או נאשם בעבירה מסוג עוון, בתנאי שהחשוד יבצע פעולות מסוימות, כגון העלאת תרומה למטרות צדקה או למדינה, פיצוי הנפגע, שרות למען הציבור וכיוצא באלה. על-פי החוק סמכות זו מוקנית רק כאשר האשם בפעולת החשוד מועט, והאינטרס הציבורי אינו מחייב העמדה לדין.

בפועל, נעשה בסעיף שימוש נרחב, גם בעבירות חמורות יחסית¹³². כך, לדוגמא, במקרה אחד נסגר תיק צווארון לבן בעבירה הנוגעת לסכום של 100,000 מרק, בתמורה לתרומה שנתן החשוד למדינה ולצדקה. כיוון שבעבירות כאלו העונש המקובל הינו בלאו הכי קנס גבוה בלבד, ההסדר חסך לחשוד את ניהול ההליך, את הנזק הציבורי, ואת הרישום הפלילי שהיה מתלווה לקנס לאחר הרשעה. כיוון שכאמור לעיל עבירות חמורות למדי, כגון מעילה ורוב עבירות הסמים, מסווגות כעוונות, לתובע יש מרווח תמרון רחב להציע סגירת תיק מותנית. זאת ועוד, בפועל, קרה לא אחת שהתובע והסנגור מסכימים על סגירת תיק מותנית, והתובע משנה את סעיף האישום לצורך הפעלת ההליך (למשל מהריגה לגרימת חבלה מסוכנת, עבירה שהיא עוון בגרמניה)¹³³. בשנת 1993 הורחבה סמכות התובע לסגור תיקים ואין עוד צורך שאשמו של הנאשם יהיה קל כדי להפעיל את הסמכות¹³⁴.

4.3.5. הודאות באשמה והסדרי טיעון

4.3.5.1. הגישה המסורתית

בגרמניה, בה נוהגת השיטה האינקוויזיטורית, לא מוכר המונח "הסדר טיעון" (Plea Bargaining) במובנו האנגלו-אמריקני¹³⁵. ראשית, מכיוון שאין הליך של תשובה לאשמה (Plea) כמקובל בשיטת

¹³⁰ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 136.

¹³¹ ראו Weigend, לעיל הערה 103, בעמ' 206.

¹³² ראו Dubber, לעיל הערה 105, בעמ' 559.

¹³³ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 758-760.

¹³⁴ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 136 וכן Dubber, לעיל הערה 105, בעמ' 559.

¹³⁵ ראו Langbein, לעיל הערה 104.

המשפט המקובל. שנית, בשל עקרון החוקיות, אין לתובע שיקול-דעת בבחירת האישומים¹³⁶. בכל מקרה, לעבירות בכתב-האישום אין משמעות רבה שכן השופט רשאי להרשיע את הנאשם בכל עבירה המתגלית מן העובדות, והוא אינו כפוף להמלצת התובע בעניין זה¹³⁷. למעשה, על בית-המשפט מוטלת חובה עצמאית לברר את האמת, בלא תלות בראיות שמביאים בפניו הצדדים, בניגוד לשיטה האדוורסרית. בהיעדר הליך של תשובה לאשמה ונוכח חובת בית-המשפט לברר את העובדות מיוזמתו, נראה היה, לפחות עד לפני שני עשורים, כי בגרמניה אין למעשה מקום להסדר טיעון.

המצב כיום

עם זאת, החל מראשית שנות ה-80 החלה בחינה מחדש של הטענה שהייתה מקובלת עד אז, כי אין בגרמניה הסדרי טיעון. מסתבר כי במהלך הזמן, נוכח הצורך לזרז את ההליכים, התפתחה פרקטיקה בלתי פורמלית של הסדרי טיעון, על-פיהם בית-המשפט או התובע מסכימים מראש להפחתה בעונש או לשינוי האישומים אם הנאשם מסכים לפישוט ההליכים בדרך של הודאה, מפורטת או כללית. במקרים רבים, ובעיקר בתיקים סבוכים, ההגנה מודיעה לבית-המשפט כי הנאשם יסכים למסור הצהרה מפלילה ולהימנע מלדרוש הבאת ראיות נוספות אם בתמורה יובטח לו שהעונש לא יהיה חמור מעונש מסוים. בית-המשפט, לאחר שמיעת התובע, מצביע על העונש הצפוי בקירוב אם הנאשם ישתף פעולה. אם כל הצדדים מסכימים הנאשם מוסר הצהרה בבית-המשפט ומורשע על בסיסה¹³⁸. הגם שפרקטיקה זו מנוגדת לעקרונות של השיטה הגרמנית, אישר בית-המשפט הפדרלי לחוקה של גרמניה את השימוש בהסדרים בלתי מפורשים אלו¹³⁹. בית-המשפט לערעורים קבע שאף כי מותר לבית-המשפט ולצדדים לנהל התדיינות, אסור לבית-המשפט להציע עונש מדויק אליו הוא מתחייב קודם לשמיעת הראיות. בפרקטיקה המשתתפים בהליך מוצאים דרכים להגיע לעסקאות למרות מגבלות אלו. בשל חוסר הבהירות בדבר מידת החוקיות של ההליך, ההתדיינות, לרוב, לא מתנהלת בהליך פומבי אלא בלשכת השופט או בשיחת טלפון, והנאשם צריך לסמוך על מעין הערכה שיפוטית לא מחייבת של העונש שיוטל עליו על-ידי בית-המשפט¹⁴⁰.

אף שיש צורך בהסכמת התובע, עיקר ההתדיינות לא נעשית עמו. ב"הסדר הטיעון הגרמני" יש לשופט היושב בראש המותב תפקיד פעיל, וברוב המקרים הוא אף יוזם את ההליך¹⁴¹. לעתים, ההתדיינות נערכת אף בלא נוכחות התובע, אלא בהשתתפות השופט, הנאשם והסנגור בלבד. הסדרים אלו נפוצים מאוד בעבירות צווארון לבן, עבירות של איכות הסביבה ועבירות סחר

¹³⁶ H. Kühne, "Germany", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 137, p. 153. בשלב מקדים למשפט (*Swischenverfahren* או *Intermediate Proceeding*) מועבר כתב-האישום לבית-המשפט אשר רשאי להורות על פתיחת משפט על-פי כתב-האישום שהגיש התובע, על שינויים בכתב-האישום כמו גם על סיום ההליכים. לצורך החלטתו זו בית-המשפט רשאי גם לאסוף ראיות נוספות.

¹³⁷ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 146-147. התובע יכול להשפיע על העונש על-ידי בחירת הערכאה אליה יוגש כתב-האישום, שכן עבירות רבות מצויות הן בסמכות בית-משפט השלום (*Amtsgericht*) והן בסמכות בית-המשפט המחוזי (*Landgericht*).

¹³⁸ ראו Weigend, לעיל הערה 103, בעמ' 208.

¹³⁹ ראו Kühne, לעיל הערה 136, בעמ' 145.

¹⁴⁰ שם, בעמ' 209.

בסמים בעלות ממד בינלאומי. זאת, מכיוון שהבאת הראיות בתיקים אלו סבוכה¹⁴². באקדמיה נמתחה ביקורת רבה על הנוהג האמור בטענה כי הוא זר לשיטה המשפטית הנוהגת בגרמניה, ואינו תואם את עקרונות ההליך הפלילי בשיטה הגרמנית. עם זאת, ולמרות שמדובר בנוהג חדש שהתפתח מעצמו רק בעשורים האחרונים, כ-25% מהתיקים מסתיימים בהסדר הודאה מסוג זה, ובתיקים של עבירות צווארון לבן, מסתיימים בדרך זו כ-80% מהתיקים¹⁴³.

החיסכון בזמן עקב הודאה

כאמור, בגרמניה אין הליך של תשובה לאשמה, בו מודה הנאשם ועל-ידי כך נמנע הצורך בהבאת ראיות. תפקידו של השופט בכל הליך הינו להגיע לחקר האמת על סמך הראיות, ועדות הנאשם היא רק נדבך אחד בבירור זה. לפיכך, החיסכון בזמן שמושג באמצעות הודאה, לכאורה, אינו כה משמעותי. עם זאת, להודאת הנאשם השלכה ישירה על אורך המשפט, שכן הנאשם, על-פי דיני הפרוצדורה בגרמניה, הינו העד הראשון המופיע בפני בית-המשפט. כאשר הנאשם מודה בעדותו, בית-המשפט יכול להסתפק רק בחלק קטן מהראיות הנותרות, כדי לוודא שיש בסיס ראייתי מספק לביצוע העבירה.

במחקר שנערך בסוף שנות השישים בגרמניה נמצא, כי משך ניהולם של התיקים בהם מודה הנאשם הוא כמחצית ממשך ניהולו של משפט בלא הודאה. כיום, כאשר התיקים סבוכים בהרבה, מורכבים יותר מבחינה ראייתית וכוללים לעתים קרובות יותר ממד בינלאומי, החיסכון משמעותי יותר, ואף כי הוא אינו מתקרב לחיסכון בזמן שיוצרת הודאה בארץ ובארצות המשפט המקובל, הוא היה משמעותי מספיק כדי להצדיק את פיתוח הסדרי הטיעון במתכונתם הגרמנית¹⁴⁴.

להסדרי טיעון אלו, יש להוסיף גם צווי ענישה לא מעטים, אשר בדומה להסדר טיעון, מוצאים רק לאחר התדיינות בין התובע לבין ההגנה וקבלת הסכמת הנאשם או החשוד לקנס המוטל¹⁴⁵, והליכים של סגירת תיק מותנית אשר גם בהם העונש נקבע בתיאום עם החשוד. בכל ההליכים האמורים העונש מוטל בתיאום בין התובע לבין העבריין ובהסכמת שניהם. גם כאשר מוצא צו ענישה בלא תיאום מוקדם עם החשוד, הרי שבעצם החלטת התובע להוציא את הצו והחלטת החשוד לשלם את הקנס, הרי שהעונש מוטל בהסכמת הצדדים, כמו בהסדר טיעון. נוצר מצב כי רוב העונשים מוטלים בגרמניה בהסכמת התובע והעבריין, בדומה למקובל במדינות בהם נוהג הסדר טיעון¹⁴⁶.

¹⁴¹ ראו Hermann, לעיל הערה 116, בעמ' 764. רבים מבקרים הסדרים שיפוטיים אלו בטענה כי הנאשם שידוע כי השופט הלוחץ עליו להודות גם יגזור את דינו, עלול לחשוש מפני כפירה גם כאשר אינו אשם. ראו שם, שם וכן Dubber, לעיל הערה 105, בעמ' 560.

¹⁴² ראו T. Swenson, "The German 'Plea Bargaining' Debate", 7 *Pace Int. L. Rev.* (1995) 373, p. 381.

¹⁴³ שם, בעמ' 382.

¹⁴⁴ שם, בעמ' 763.

¹⁴⁵ ראו Hermann, לעיל הערה 116, בעמ' 761.

¹⁴⁶ נתוני 1990 במחוז סקסוניה התחתית עשויים לתת תמונה כללית על היקף השימוש בחלופות. באותה שנה נרשמו 665,632 תיקים מתוכם 335,632 דווחו לתביעה. מתוך אלו רק ב-146,876 (56%) נמצאו די ראיות להמשך הליכים. מתוך תיקים אלו, כ-34% טופלו בדרך של צו ענישה, כ-26% בדרך של תביעה פלילית רגילה, כ-17.5% בדרך של סגירת תיק מותנית, כ-12% בדרך של סגירת תיק ללא תנאי (מחוסר עניין לציבור), וכ-10.5% בדרך של סגירת תיק מכיוון שהנאשם נענש באופן מספק על עבירה חמורה יותר (סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי הגרמני מתיר לתובע לסגור תיק כאשר הנאשם מרצה עונש, או צפוי לרצות עונש בעקבות עבירה חמורה יותר שביצע, והעונש האמור מספק תגובה הולמת גם לעבירה זו). מנתונים אלו עולה כי מספר התיקים בהם נענש העבריין בהסכמה (דהיינו צו

4.4. חלופות במדינות נוספות

סקירת הדין בשלוש המדינות שנדונו לעיל נותנת תמונה חלקית בלבד על סוגי החלופות ועל היקף השימוש בהן בעולם המערבי. במסגרת ההליך הפלילי הרגיל ניתן למצוא דמיון רב בין מדינות המשפט המקובל השונות, וכן בין מדינות יבשת אירופה. לעומת זאת, כאשר בוחנים את החלופות, נראה כי מדינות רבות, גם אם הן משויכות לאותו ענף של שיטות המשפט, נקטו בגישות שונות באופן משמעותי זו מזו. כאשר בוחנים הקמת מערך של חלופות להליך פלילי יש חשיבות רבה ללמוד גם מניסיוןן של מדינות נוספות, אשר פיתחו אלטרנטיבות אחרות להסתת הליכים פליליים מבית-המשפט. זאת ועוד, כפי שהראתי לעיל, הן באנגליה והן בארצות-הברית יש חוסר שביעות רצון מהחלופות להליך הפלילי וקשה להסיק מהחלופות במדינות אלו על המדיניות הרצויה. בגרמניה פותחו חלופות המתמודדות עם העומס על מערכת המשפט הפלילית בצורה טובה יותר, אולם השוני בתרבות המשפטית בין ישראל לבין גרמניה מקשה על הסקת מסקנות ברורות באשר לאימוץ הסדרים שהצליחו בגרמניה, ולכל הפחות מצדיק כי קודם להסקת מסקנות זו תיבחנה גם דרכי ההתמודדות של שיטות משפט נוספות. כך, לדוגמא, בעוד שבגרמניה יש רתיעה מהענקת שיקול-דעת בלתי מבוקר לתביעה, בהולנד, בדומה לארץ, מקובל כי לתובע שיקול-דעת רחב לסגור תיקים. בדומה, בעוד שבגרמניה החלופות התפתחו על רקע מערך דינוי ותרבותי שונה לחלוטין מהמקובל בישראל, ניתן ללמוד רבות מהדיונים בסקוטלנד על אימוץ הסדרי ענישה על-ידי התביעה במסגרת שיטה הקרובה יותר לשיטת המשפט המקובל. לפיכך, בפרק זה אבחן בחטף שורה של חלופות הנוהגות במספר מדינות נוספות באירופה.

4.4.1. צרפת

4.4.1.1. סמכויות התובע וסוגי הליכים

בשונה מגרמניה, לתובע בצרפת שיקול-דעת באם להגיש כתב-אישום גם בעבירות מסוג פשע¹⁴⁷. כמו כן, שלוש ערכאות שונות דנות בעבירות מסוגים שונים: חטאים (*contraventions*), עוונות (*délits*) ופשעים (*crimes*), והפרוצדורה בכל אחד מבתי-משפט אלו שונה, כך שבהשוואה לפשעים, העוונות והחטאים נדונים בהליכים פשוטים ומהירים בהרבה.

4.4.1.2. צו ענישה

כמו בגרמניה, גם בצרפת נוהג הליך של צו ענישה (*ordonnance pénale*), וזאת מכוח תיקון לחוק שנתקבל בשנת 1972. היקף השימוש בהליך זה בצרפת נרחב פחות מאשר בגרמניה. ההליך חל על כל העבירות מסוג חטא¹⁴⁸. אלו עבירות שהעונש המקסימלי בגינן אינו עולה על חודש מאסר

ענישה או סגירת תיק מותנית) כמעט כפול ממספר התיקים הנדונים בבית-המשפט. הנתונים לקוחים מתוך ספרו של Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 138 ו-142.

¹⁴⁷ על שיקול-הדעת של התובע בצרפת ראו בהרחבה R.S. Frase, "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?" 78 *Calif. L. Rev.* (1990) 542, pp. 610-626.

¹⁴⁸ ראו J. Pardel, "France" *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 105, pp. 130-131.

וקנס¹⁴⁹. צו ענישה בצרפת נערך על-ידי שופט של בית-המשפט המשטרתי (*Juge de police*), שלו סמכות בעבירות מסוג חטא), באישור תובע¹⁵⁰. לא ברור האם על מקבל צו הענישה שבוחר להישפט ומורשע יושת לרוב עונש חמור יותר מהמוטל בצו. יש הטוענים שפערי ענישה כאלו אינם חוקיים ואינם קיימים, ולעומתם, אחרים סבורים, כי לאחר משפט, הקנס המוטל יהיה בדרך כלל גבוה יותר¹⁵¹. בכל מקרה, הקנסות הניתנים בהליך זה נמוכים למדי, ובפועל בפחות מ-10% מהמקרים מתנגד הנאשם לצו הענישה¹⁵².

4.4.1.3. כופר

בדומה להליך של כופר בארץ, בעבירות מסוימות, כגון עבירות מסים, רשאית הרשות המינהלית המוסמכת להציע לחשוד להודות בעובדות ולשלם סכום מסוים, ובתמורה לתשלום ייסגר התיק נגדו (*Livre des procédures fiscales*). גובה הכופר המוטל נקבע על-ידי הרשות המינהלית¹⁵³.

4.4.1.4. עבירות קנס

בנוסף להליך של צו ענישה, ישנם חטאים הנחשבים עבירת קנס (*amende forfaitaire*). לגבי חטאים אלו רשאי שוטר או מפקח להכין הודעת קנס ולמוסרה לנאשם, באופן דומה להליך של ברירת משפט בישראל¹⁵⁴. הקנס בהליך זה קבוע בחיקוק, והוא נמוך למדי. אם הנקנס מבקש להישפט, הרי שאם יורשע, על בית-המשפט להטיל עליו קנס שגובהו לא יפחת מהקנס שהוטל עליו בהודעת הקנס¹⁵⁵.

4.4.1.5. טיפול במקום הליכים בעבירות סמים

בעבירות סמים רשאים התובע והחשוד להגיע להסכם על-פיו התובע יקפיד את ההליכים בתנאי שהחשוד יעבור הליך גמילה שאם יסתיים בהצלחה יביא לסגירת התיק¹⁵⁶.

4.4.1.6. הודאות באשמה

כמו בגרמניה, גם בצרפת אין בהליך שלב של תשובה לאשמה, והודאת הנאשם מהווה רק אחת מהראיות כנגדו. עם זאת, כיוון שהנאשם מעיד ראשון, במקרים רבים הודאתו מספקת את בית-המשפט, וחוסכת את הצורך להביא עדים נוספים.

¹⁴⁹ ראו 35-36 *The French Code of Criminal Procedure* (Gerald L. Kock & Richard S. Frase – trans., 1988). כן ראו סעיפים 464-471 לחוק העונשין הצרפתי. לתרגום לאנגלית של החוק ראו *The French Penal Code* (Jean F. Moreau – trans., 1976).

¹⁵⁰ בניגוד למצב ההפוך בגרמניה. ראו Frase, לעיל הערה 147, בעמ' 646.

¹⁵¹ שם, בעמ' 643-644.

¹⁵² ראו Pardel, לעיל הערה 148, בעמ' 131.

¹⁵³ ראו שם, בעמ' 133-134.

¹⁵⁴ שם, בעמ' 131.

¹⁵⁵ ראו Frase, לעיל הערה 147, בעמ' 646.

¹⁵⁶ Pardel, לעיל הערה 148, בעמ' 132.

אין בצרפת הוראה או נורמה המחייבת הקלה בעונשו של מי שמודה. עם זאת, למעט במקרים חריגים, בית-המשפט מטיל על נאשם שהורשע לשאת בהוצאות ההליך. ברי, כי בהיעדר הודאה ההליך ארוך יותר ולכן גם ההוצאות שיוטלו על הנאשם, אם יורשע, גבוהות יותר. מטעם זה, לנאשמים הסבורים כי סיכויי זיכויים נמוכים, בייחוד בעבירות הקלות יותר, יש אינטרס להודות באשמה¹⁵⁷.

יתר על כן, אף כי אין על כך אישוש מדעי במחקרים, נראה כי בפועל זוכים נאשמים המודים בעונש קל יותר מאלו המורשעים בלא שהודו. ייתכן כי אחת הסיבות לכך היא שהמעשה נראה חמור פחות כאשר הראיה העיקרית שבפני בית-המשפט היא הודאתו של הנאשם, מאשר במקרה שעדי התביעה מוזמנים גם הם להעיד. כמו כן, הנאשם, בעדותו, יכול להדגיש בפני בית-המשפט את הנסיבות המקלות. בנוסף, ייתכן גם כי עצם שיתוף הפעולה וההודאה משמשים שיקול לקולא¹⁵⁸. בפועל נראה כי ברוב התיקים הנאשם מודה באשמה, לפחות הודאה חלקית¹⁵⁹.

בעבירות מסוג פשע ובעוונות חמורים, החשש מפני המשך ההישארות במעצר לצורכי חקירה מעודד חשודים להודות בעבירה. הסמכות להורות על הארכת מעצר נתונה לשופט החוקר, האחראי גם על איסוף הראיות, ומבחינה זו לנאשם יש אינטרס מיוחד "לרצותו" כדי להשתחרר ממעצר. יש הטוענים גם לקיומה של תופעה דומה בארצות-הברית, אולם בצרפת, הלחץ המופעל על החשוד להודות גדול באופן משמעותי, שכן לרשות המופקדת על החקירה (השופט החוקר) יש השפעה ישירה על ההחלטה בדבר מעצרו של הנאשם. לעומת זאת, במדינות המשפט המקובל, המעצר נקבע על-ידי שופט שאינו תלוי בגורמי החקירה¹⁶⁰.

4.4.1.7 הסדרי טיעון

כאמור, הסדרי טיעון נוגדים את עקרונות היסוד של השיטה האינקוויזיטורית, ולפיכך כמעט אינם בנמצא בצרפת. עם זאת, יש הסבורים כי שורה של אמצעים המקובלים בצרפת, דומים מבחינה רבה להסדרי הטיעון.

ראשית, במקרים רבים בוחר התובע להאשים אדם בעוון, אף כי יש די ראיות להוכחת עבירה מסוג פשע, כדי להעביר את ההליך לערכאה המוסמכת לדון בעוונות. בערכאה זו, לנאשם נתונות הרבה פחות הגנות פרוצדוראליות מאשר בערכאה המוסמכת לדון בפשעים, לצורך ההליך אין חובה למנות שופט חוקר ולכן ההליך הינו זול ומהיר יותר¹⁶¹.

¹⁵⁷ ראו Frase, לעיל הערה 147, בעמ' 639.

¹⁵⁸ השוו שם, בעמ' 637-638. ראו גם J.R.S. Spencer, "French and English Criminal Procedure: A Brief Comparison" 33 *The Gradual Convergence* (Oxford, 1994), המייחס את העונשים הקלים הניתנים לנאשמים שמודים למבנה ההליך הפלילי בצרפת. כיוון שהראיות לאשמה ולעונש מוצגות יחדיו, וההכרעה בשתי הסוגיות אינה מופרדת, הודאת הנאשם מאפשרת לו לרכז את הדיון ותשומת הלב לשאלת העונש, ולבסס את טענותיו בתחום זה.

¹⁵⁹ שם, שם.

¹⁶⁰ שם, בעמ' 644. בארצות-הברית חל איסור על הסמכת גורם המעורב בחקירה להחליט בדבר המעצר. הגורם המוסמך לבחון את חוקיות המעצר חייב להיות "Neutral and Detached Magistrate". ראו *Coolidge v. New Hampshire* 403 U.S. 443 (1971).

¹⁶¹ פרקטיקה זו מכונה correctionalization שכן בית-המשפט הדן בעוונות נקרא Correctional Court.

פרקטיקה זו פורשת כר נרחב להסדרי טיעון לא מפורשים. כך, למשל, הנאשם יודע כי אם יודה, יוכל התובע לגבש די ראיות גם בלא צורך בשופט חוקר. לפיכך, לתובע כדאי יהיה להגיש את התיק לבית-המשפט הדן בעוונות, שאז ההליך יהיה פשוט ומהיר. לעומת זאת, אם יסרב להודות, יהיה צורך במינוי שופט חוקר אשר עלול להחליט כי העבירה שבוצעה הינה מסוג פשע, ולהורות על הגשת כתב-אישום בפשע. לנאשם יש כמובן אינטרס שהתיק יידון כעוון שאז העונש הינו נמוך יותר. זאת ועוד, נאשם שאינו מרוצה מהחלטה של תובע לפתוח בהליך כעוון יכול לטעון כי לבית-המשפט אין סמכות לדון בעניין שכן מדובר למעשה בפשע, וכך לכפות על התובע הגשת כתב-אישום בפשע, באופן שיקנה לו את מלוא ההגנות הפרוצדוראליות. כמובן שהחשש מפני הרשעה בעבירה חמורה יותר, שבצידה עונש כבד יותר, גורם לכך שמיעוט מבוטל של הנאשמים אכן טוען טענה זו¹⁶². מבחינה זו, דומה ההליך להסדר טיעון מהסוג המקובל בפילדלפיה ובפיטסבורג, שם ההסדר אינו על הודאה אלא על-פישוט ההליך¹⁶³.

סוג אחר של הסדרים האפשריים בצרפת הינו הסדרי טיעון על סעיפי האישום. לתובע בצרפת שיקול-דעת רחב בהרבה מזה הנתון לתובע בגרמניה, לקבוע אילו אישומים יידונו בפני בית-המשפט. סמכותו של התובע לקבוע אילו אישומים יירשמו במסמך האישום (אף כי אין לו סמכות למחוק אישומים לאחר שההליך החל) מאפשרת עריכת הסדרי טיעון. עם זאת, לא ברור עד כמה אפשרות זו מנוצלת, אם בכלל, בצרפת¹⁶⁴. בכל מקרה, ברי כי היקף התופעה, גם אם היא קיימת, מצומצם עד מאוד.

4.4.2. הולנד

4.4.2.1. סמכויות התובע וסוגי הליכים

העבירות בהולנד מסווגות לשתי קטגוריות של חומרה, פשעים (*misdrijven*) ועוונות (*overtredingen*). פשעים נדונים בבית-המשפט המחוזי (*Arrondissementsrechtbank*), לרוב בהרכב של שלושה שופטים, אך במקרים הקלים בפני דן יחיד¹⁶⁵. עוונות מובאים בשלב ראשון בפני דן יחיד בבית-משפט השלום (*Kantongerecht*). בית-משפט השלום מוסמך להטיל עונש של עד שישה חודשי מאסר, ואילו בית-המשפט המחוזי מוגבל אך בעונש המרבי הקבוע לעבירה בחוק. כאשר הדבר דרוש נוכח חומרת העבירה, ניתן להעביר את הדיון בעוונות לבית-המשפט המחוזי¹⁶⁶.

מערכת המשפט הפלילי בהולנד נחשבה, במשך שנים, למערכת ההומנית והמקלה ביותר עם מפרי החוק. רק כ-300 תובעים משרתים במערך התביעה בהולנד¹⁶⁷. ההתמודדות של כל-כך מעט

¹⁶² ראו Pardel, לעיל הערה 148, בעמ' 628-631.

¹⁶³ ראו לעיל הערה 43.

¹⁶⁴ ראו Pardel, לעיל הערה 148, בעמ' 634-636.

¹⁶⁵ ראו A.H.J. Swart, "The Netherlands", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993), 279, p. 312.

¹⁶⁶ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 106.

¹⁶⁷ נכון לשנת 1995. ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 96. לשם השוואה, רק בפרקליטות המדינה בישראל, שאוכלוסייתה היא כשליש מהאוכלוסייה בהולנד, יש כ-500 פרקליטים רובם עוסק בפלילים. בנוסף, מאות תובעים משרתים במערך התביעות המשטרית, וברשויות סטטוטוריות אחרות בהם פועלים תובעים מכוח הסמכה של

תובעים עם הפשיעה הייתה אפשרית לאור מדיניות התביעה המקלה שנהגה במדינה. החל מראשית שנות השבעים נקבע בהנחיות משרד המשפטים כי, ככלל, המשפט הפלילי ישמש האמצעי האחרון (*ultimum remedium*), דהיינו רק אם כל דרך פעולה אחרת אינה אפשרית. לפיכך, רק אם האינטרס הציבורי מצדיק זאת, יש להגיש תביעה פלילית¹⁶⁸. במילים אחרות, אם באנגליה, בארצות-הברית ובישראל הכלל הינו כי אם יש ראיות כנגד אדם יש להעמידו לדין, אלא אם האינטרס הציבורי מחייב אחרת, הרי שבהולנד הכלל הינו הפוך. האינטרס הציבורי אינו שיקול לסגירת תיק, אלא שיקול להעמדה לדין. התובעים פועלים על בסיס רשימה מנחה, בלתי מחייבת, של 52 שיקולי מדיניות רלבנטיים לעניין ההעמדה לדין כגון: גיל העבריין, בריאותו, עברו הפלילי וכיוצא באלה¹⁶⁹.

אף שהעיקרון כי תביעה פלילית תשמש כאמצעי אחרון תקף גם היום, חלו בעשורים האחרונים שינויים מפליגים במדיניות התביעה והענישה בהולנד. תור הזהב של העבריינים בשנות השבעים, שנבע מהמדיניות הרכה של התביעה, עורר ביקורת נרחבת עד כי בשנת 1985 נתקבלה מדיניות חדשה, על-פיה בעבירות חמורות יש להעדיף העמדה לדין, ובעבירות הקלות יש להרחיב את השימוש בחלופות על פני סגירת תיקים בלא תנאי. המדיניות הגשימה את מטרתה וחלה ירידה של 50% במספר התיקים שנסגרו בתביעה ללא תנאי מטעמי מדיניות. מגמה זו המשיכה בכללי המדיניות שנקבעו בשנת 1990 על-פיהם יש לשאוף כי לא יותר מ-5% מהתיקים ייסגרו בלא תנאי מטעמי עניין לציבור¹⁷⁰. הכוונה אינה להעמיד לדין את כל העבריינים שכעת הצטרפו למעגל הטיפול של התביעה, אלא להטיל על רובם המכריע סנקציות באמצעות החלופות העומדות לרשות התביעה ואשר יפורטו להלן¹⁷¹.

4.4.2.2 קנס בידי תובע וסגירת תיקים מותנית

לתובע בהולנד שיקול-דעת רחב ביותר להגיע לפשרות מחוץ לבית-המשפט (*transactie*) בעוונות ובפשעים שדינם עד שש שנות מאסר¹⁷². האמצעי השכיח ביותר הינו הקנס, שהתובע רשאי להטיל על חשוד, במקום העמדתו לדין. החשוד רשאי לשלם, ואם הוא מסרב, הוא מועמד לדין. השימוש בכלי זה נפוץ מאוד. התביעה קובעת את גובה הקנס, ברוב המקרים, בסמוך לאחר מעצרו של

¹⁶⁸ היועץ המשפטי לממשלה. על-פי אתר האינטרנט של משרד המשפטים בהולנד מספר התובעים כיום עומד על כ-450. ראו [URL: http://www.openbaarministerie.nl/english/engl_frm.htm (14.2.2002)].

¹⁶⁹ Swart, לעיל הערה 165, בעמ' 294.

¹⁷⁰ גם שיקולים פחות מקובלים לסגירת תיקים כגון הביטחון הלאומי, הסדר הציבורי וכיוצא באלה מצוינים בהנחיות. ראו שם, בעמ' 98-99.

¹⁷¹ ראו שם, בעמ' 109-113.

¹⁷² במקביל להרחבת השימוש בחלופות הוחמרה משמעותית הענישה בהולנד עד כי ממדינה עם שיעור אסירים של 26 מתוך 100,000 בשנות השבעים, עלה שיעורם ל-44 מתוך 100,000 באמצע שנות ה-90. ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 115. ציפיות לגידול נוסף באוכלוסיית האסירים במחצית השנייה של שנות התשעים נתבדו ומספר האסירים נותר בסביבות ה-11,800. ראו באתר רשות הסטטיסטיקה של הולנד [URL: <http://www.cbs.nl/en/services/press-releases/pb99e184.htm> (17.4.00)]. לשם השוואה, בישראל שבה כמות האוכלוסייה היא כשליש מזו של הולנד, מספר האסירים הוא כ-8,050 (נכון לחודש מאי 2000). ראו דיון בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 23.5.00 בנושא הצעת חוק לשחרור מוקדם של אסירים (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998 [URL: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-05-23.html> (23.5.00)].

¹⁷³ C. Kelk, "Criminal Justice in the Netherlands", *Criminal Justice in Europe – A Comparative Study* (Phil. Fennel, Christopher Harding, Nico Jörg & Bert Swart – eds., Oxford, 1995) 1, pp. 8-9. מכיוון שחומרת העונשים הקבועים בחקיקה בהולנד נמוכה מזו המקובלת בארץ, הרוב המכריע של העבירות הפליליות נושאות בצידן עונש שאינו עולה על שש שנות מאסר.

החשוד, כך שהחשוד יכול לשלם במקום או במועד קרוב אחר, והתיק נסגר¹⁷³. התביעה נעזרת בהנחיות מפורטות לענישה המסייעות לתובע לקצוב את הקנס. כך, למשל, עבור גניבה מחנות הקנס הוא בין 100 ל-500 גילדן לפי שווי הרכוש שנגנב (גילדן אחד שווה מעט פחות משני ש). בניגוד לגרמניה ודנמרק, שם אין פער מכוון בין הקנס המינהלי לבין הקנס המוטל בתום הליך שיפוטי, בהולנד נקבעים הקנסות בשיעור נמוך מעט מהקנסות המוטלים בבית-המשפט, כדי לעודד עבריינים להסכים לשלם. כך, לדוגמא, בגין תקיפה מונחה התובע להטיל קנס בין 250 ל-500 גילדן בעוד שההנחיות לעונש מומלץ על-ידי בית-המשפט הן בין 300 ל-600 גילדן¹⁷⁴. המגבלה הפורמלית היחידה על גובה הקנס היא הסכום המרבי שרשאי היה בית-המשפט להטיל כקנס בגין אותה עבירה. אף כי בדרך כלל הקנסות נמוכים בהרבה, הרי שבמקרים מסוימים, כגון בעבירות מרמה או בעבירות איכות סביבה של תאגידי גדולים, סכומי הקנס מגיעים למאות אלפי גילדן ואף למיליונים¹⁷⁵.

אך קנס אינו האמצעי היחיד המצוי בסמכות התובע. התובע מוסמך להטיל על הנאשם חיובים נוספים, כגון פיצוי הקורבן, תיקון הנזק, גישור או כל תנאי אחר לסגירת התיק כשהמגבלה היחידה הינה האיסור לפגוע בזכויות האזרחיות או הפוליטיות של העבריינין¹⁷⁶. בפועל השימוש בכלי זה של "פשרות לפני משפט" נרחב ביותר¹⁷⁷. מתוך 242,100 תיקים שדווחו לתביעה בשנת 1996, 132,500 טופלו בהעמדה לדין¹⁷⁸ ואילו 109,600 טופלו בתביעה, כאשר מתוכם 62,200 תיקים נסתיימו בענישה מחוץ לבית-המשפט, 26,600 תיקים נסגרו "מסיבות טכניות" (חוסר ראיות), ו-20,800 תיקים נסגרו "מטעמי מדיניות" (חוסר עניין ציבורי)¹⁷⁹.

4.4.2.3. סגירות תיקים במשטרה

המספרים האמורים לעיל מתייחסים לעבירות המדווחות לתביעה ולא לכלל העבירות המדווחות. תלונות רבות כלל לא מגיעות לטיפול התביעה והתיק נסגר במשטרה. יש מספר סיבות לאי העברת דיווח על עבירה לתביעה. במקרים רבים העבריינין לא נמצא; במקרים אחרים מחליטה המשטרה, למרות שהעבריינין נמצא, שלא לדווח לתביעה מסיבות אחרות, כמו, למשל, הרצון להותיר את העבריינין מחוץ למערכת המשפט לחלוטין. הדבר מקובל בעבירות הנובעות מסכסוך במשפחה, עבירות נוער או עבירות של מי שסובלים מהפרעה נפשית¹⁸⁰. זאת ועוד, למשטרה יש סמכות להציע *transactie* במספר עוונות, כשהעבירה נחשפה באמצעים אלקטרוניים (מצלמה בצומת מרומזר או

¹⁷³ ראו באתר התביעה הכללית של הולנד [URL: <http://www.openbaarministerie.nl/english/general/general2.htm#5>] (22.5.01).

¹⁷⁴ ראו Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 96.

¹⁷⁵ שם, בעמ' 101.

¹⁷⁶ שם, בעמ' 107.

¹⁷⁷ להיקף השימוש בהליכים אלו בעוונות ובפשעים ראו שם, בעמ' 110 וכן ראו Swart, לעיל הערה 165, בעמ' 294.

¹⁷⁸ 96,900 תיקים נסתיימו בהרשעה ו-7,300 בזיכוי. 28,300 תיקי החקירה הנותרים נדונו בבית-המשפט ביחד עם תיקים אחרים ולכן הם מופיעים כחלק מהזיכויים ומההרשעות לעיל.

¹⁷⁹ הנתונים לקוחים מתוך אתר האינטרנט של התביעה הכללית של הולנד [URL: <http://www.openbaarministerie.nl/english/general/general2.htm#5>] (22.5.01). ראו גם Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 120. לדיון בחלופות להליכי משפט פלילי בתיקי נוער בהולנד ראו: J. Gunger-Tas, "Juvenile Delinquency: What to Do? The Case of the Netherlands", 2 Fed. Sent. R. (1999) 248.

במגרש כדורגל). רוב הקנסות שמוטלים על-ידי המשטרה הן בעבירות תנועה אולם בסוף שנות ה-80 החל ניסוי ליישום השיטה גם על גניבה מחנויות כאשר החשוד בגיר, ללא עבר פלילי ושווי הסחורה שנגנבה אינו עולה על 250 גילדן¹⁸¹, וגם על נהיגה בשכרות בתנאים מסוימים. כדי לקבל תמונה טובה יותר על מספר התיקים הנסגרים יצוין כי לתביעה מדווחים רק כ-22% מהפשעים (העבירות החמורות יותר)¹⁸².

4.4.3. בלגיה

4.4.3.1. סמכויות התובע וסוגי הליכים

בלגיה, כמו בצרפת ובניגוד לגרמניה, יש לתביעה סמכות להימנע מהגשת כתב-אישום מטעמי חוסר עניין לציבור, גם בעבירות מסוג פשע. ואכן, נוכח עומס העבודה, תיקים רבים נסגרים מחוסר עניין לציבור¹⁸³. כמו כן, בדומה למצב בצרפת, מרגע שהתיק הועבר לשופט חוקר, נשלל מן התובע הכוח להחליט האם לתבוע את הנאשם ובאילו אישומים. עם זאת, שופט חוקר נדרש לטפל בתיק רק כאשר יש צורך בצווים שיפוטיים בשלב החקירה (כגון מעצר, חיפוש וכיוצא באלה) או בחקירות סבוכות באופן חריג, ואילו ב-95% מן החקירות הפליליות, ובכללן בעבירות חמורות, החקירה נערכת על-ידי המשטרה בהנחיית התובע, בלא היעזרות בשופט חוקר. גם החלוקה לשלוש ערכאות, בהתאם לחומרת העבירה, דומה לזו הנוהגת בצרפת¹⁸⁴. גם בבלגיה, כמו בגרמניה וצרפת, מלוא חומר החקירה מגיע לידי השופט קודם להליך¹⁸⁵, והוא מנהל את חקירת העדים במטרה להגיע לחקר האמת. בערכאות שאינן דנות בפשעים, רשאי השופט לוותר על שמיעת עד, ולהסתפק בעדותו במשטרה כפי שמופיעה בתיק החקירה¹⁸⁶.

באפריל 2000, אחרי שנים של מחלוקות בפרלמנט, נכנס לתוקפו חוק שתיקן את חוק סדר הדין הפלילי משנת 1878, המאפשר הליך משפטי מידי במקרים מסוימים (כמו במקרה שהחשוד נתפס בשעת מעשה) בבית-משפט של ערכאה ראשונה. במקרה שהתובע מחליט על הליך זה, הדיון נערך תוך ימים ספורים מתפיסת החשוד (ארבעה עד שבעה ימים מיום הוצאת צו למעצר וזימון החשוד להליך המהיר), ופסק-הדין ניתן ביום הדיון הראשון או לכל המאוחר בתוך חמישה ימים מההופעה הראשונה של החשוד בפני בית-המשפט. בית-המשפט רשאי להחליט כי הדיון מסובך ולהעבירו לפסים רגילים, או לדחות את הדיון לתקופות של עד 15 ימים כל פעם לצורך זימון עדים ואיסוף ראיות¹⁸⁷.

¹⁸⁰ C. Brants & S. Field, "Discretion and Accountability in Prosecutions: a Comparative Perspective on Keeping Crime out of Court", *Criminal Justice in Europe – A Comparative Study* (Phil Fennel, Christopher Harding, Nico Jörg & Bert Swart – eds., Oxford, 1995) 127, p. 135. הדבר נעשה ללא בסיס ברור בחוק.

¹⁸¹ שם, שם.

¹⁸² שם, בעמ' 137 וכן Fionda, לעיל הערה 68, בעמ' 120.

¹⁸³ C. Van den Wyngaert, "Belgium", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 1, pp. 42-43.

¹⁸⁴ ראו שם, בעמ' 30-31.

¹⁸⁵ למעט שופטים שאינם מקצועיים היושבים במושב בית-המשפט הדין בפשעים.

¹⁸⁶ זאת, בניגוד לשיטה הגרמנית המחייבת כי כל העדים יישמעו בהליך הפתוח בפני הנאשם.

¹⁸⁷ תודה לידידי John Vanwynsberghe מבבלגיה על סיועו בהשגת מידע זה. על הצעת החוק ראו Van den Wyngaert, לעיל הערה 183, בעמ' 42-43.

4.4.3.2. קנס בידי תובע

בעבירות רבות מוסמך התובע להציע לחשוד לשלם סכום מסוים, כדי שלא ינוהלו נגדו הליכים (*transaction*). עד לשנות השמונים הוגבל הליך זה לעבירות קלות בלבד, אולם מאז הוא הורחב לכל עבירה שדינה עד חמש שנות מאסר. התנאי לשימוש בהליך זה הוא שפיצויים אזרחיים בגין העבירה שולמו ושנוכח נסיבות העבירה לא היה מקום לבקש עונש מאסר אם הייתה מוגשת תביעה פלילית. תשלום הקנס אינו נחשב להרשעה ואין למשלם רישום פלילי בגין העבירה.

4.4.3.3. הסדרי טיעון

ככלל, גם בבליגיה, כמו ברוב מדינות אירופה, לא נערכים הסדרי טיעון. עם זאת, בדומה לצרפת, כדי להקל על עומס העבודה בבית-המשפט המוסמך לדון בפשעים (*Assize Court*), מקובלת פרוצדורה של *correctionalisation*, על-פיה תיקי פשע מטופלים על-ידי הערכאה המוסמכת לדון בעוונות (*tribunal correctionnel*), שבה ההליך מהיר ופשוט יותר. הליך זה אפשרי בכל פשע שהעונש המרבי בגינו אינו עולה על עשרים שנות מאסר. בדומה, חשודים בביצוע עוון מובאים לא אחת לדיון בפני בית-המשפט המשטרתי, המוסמך לדון בחטאים, לאחר שהעוון מומר לחטא (*contraventionalisation*)¹⁸⁸.

4.4.4. דנמרק

גם בדנמרק ישנם פורומים משפטיים שונים לעבירות מסוגים שונים, כך שעבירות קלות יותר מטופלות בהליך מסורבל פחות. כמו כן, קיים הליך מקוצר מיוחד למקרים בהם הנאשם מודה¹⁸⁹. לתביעה יש שיקול-דעת האם להגיש כתב-אישום, לפי קריטריונים הקבועים בחוק המסדיר את מינהל מערכת המשפט או קריטריונים לסגירת תיקים שקבע שר המשפטים או התובע הכללי (*rigsadvocaten - Attorney General*) מכוח חוק זה¹⁹⁰. בעקבות דוח על עבירות כלכליות שהוגש בשנת 1987 הוענקה לתביעה גם הסמכות לסגור תיקים כשהעלות, משך ההליכים הצפוי או כמות העבודה הנדרשת אינם עומדים ביחס לחשיבות התיק ולעונש הצפוי¹⁹¹. כדי להקטין חשש מפני שרירות, מתפרסמות, מדי שנה, ההחלטות על סגירת תיקים שהתקבלו במהלך השנה מטעם זה – אך בלא פרטי החשודים.

בהקשר לעבודה דן אתמקד רק באופן הטיפול של מערכת המשפט הדנית בהצעות קנס במקום משפט.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 32-33.

¹⁸⁹ L.B. Langsted, P. Garde & V. Greve, "Denmark", *The International Encyclopedia of Laws – Criminal Law* (1998), 172-175.

¹⁹⁰ ראו סעיף 722 ל-Administrative of Justice Act. צו שהוציא שר המשפטים בשנת 1992 מזכיר בהקשר זה תיקים פשוטים של תקיפה, מעשה מגונה (*indecenty*) ועבירות סם קלות כתיקים שניתן לסווגם בלא עונש.

¹⁹¹ ראו 164-166 L.B. Langsted, V. Greve, & P. Garde, *Criminal Law in Denmark* (1998).

למפקד המשטרה המקומית בדנמרק (*Politimester*) יש גם סמכויות תביעה כמעט בכל התיקים. רק התיקים החמורים ביותר מועברים לטיפול פרקליט המחוז (*statsadvocaten*)¹⁹². מטעם זה מפקד המשטרה המקומית וסגניו הם תמיד משפטנים¹⁹³.

בכל תיק בו אין בכוונת התביעה לבקש עונש גבוה יותר מקנס, גם אם העונש המרבי הקבוע בחוק לעבירה חמור יותר, כתב-האישום נשלח על-ידי המשטרה המקומית בראשות ה-*Politimester* לחשוד, ולא מוגש לבית-המשפט, ומתווספת לכתב-האישום הודעה כי ניתן לסיים את התיק בתשלום קנס בגובה הקבוע בהודעה (*bødeforelæ* או *compound fine*). להודעה מצורף שובר תשלום, אך החשוד רשאי גם להצהיר על כוונתו לשלם את הקנס המוצע ולבקש פריסת הסכום לתשלומים¹⁹⁴.

אף שהחוק דורש שהחשוד יודה באשמה, בפועל אין דרישה להודאה ודי בתשלום הקנס כדי לפטור את החשוד מהליכים נוספים. רק אם החשוד משלם, אך מצהיר כי הוא חף מאשמה, סימולטנית באותו מכתב, וכי הוא משלם רק כדי לחסוך את הטרחה שבקיום הליכים, ייקבע כי לא נתקיימה דרישת ההודאה, וכתב-האישום יוגש לבית-המשפט.

אם מקבל ההודעה נמנע מלהשיב על הצעת הקנס, מוגש כתב-האישום לבית-המשפט, והנאשם מוזמן לדיון. אם הנאשם שלא השיב על הודעת הקנס, נעדר גם מהדיון אליו הוא זומן, רשאי בית-המשפט להרשיעו ולגזור את דינו במקום (אלא אם, על פני הדברים, הנאשם זכאי או שחלה התיישנות על המקרה). אם מתייצב הנאשם בבית-המשפט, נפתח משפט רגיל לכל דבר, כשלהודעת הקנס אין כל השלכה על מהלכיו¹⁹⁵.

מרגע ששילם החשוד את הקנס נסגר התיק נגדו, בכפוף לערר של החשוד על גובה הקנס לתובע בכיר יותר. אין ערר לבית-משפט על גובה הקנס. עם זאת, תשלום הקנס מהווה הרשעה וגזר-דין לכל דבר ועניין. גם עבירות חוזרות יכולות להיות מטופלות בדרך של הצעת קנס כזו, כל עוד עונש של קנס הוא התוצאה הצפויה מניהול התיק. עד שנת 1984 הוגבל סכום הקנס שניתן היה להטיל בדרך זו ל-2000 קרונות. אולם החל משנה זו אין כל הגבלה על הסכום. באותה שנה גם הוצגה האפשרות להציע לנהגים שנתפסו נוהגים בשכרות עונש של פסילת רישיון בנוסף לקנס בהליך זה. עוד ניתן בהליך זה להסכים על חילוט רכוש של העברין.

כאשר מדובר בעבירות בעלות אופי מינהלי, מתאמת המשטרה את גובה הקנס עם הרשות המינהלית המתלוננת. בשני מקרים רשאית הרשות המינהלית המופקדת להטיל את הקנס בעצמה: בעבירות מסים ובעבירות על הסדרי הסובסידיה של הקהילייה האירופית. בעבירות אלו התובע המשטרתי נכנס לתמונה רק אם התיק מגיע לבית-משפט.

¹⁹² בכך יש דמיון מסוים למצב בארץ, בו המשטרה מופקדת על הרוב המוחלט של כתבי-האישום בפלילים.

¹⁹³ ראו – V. Greve, "Denmark", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 51, p. 54.

¹⁹⁴ ראו Langsted, Garde & Greve, לעיל הערה 189, בעמ' 170.

¹⁹⁵ שם, שם.

מטיל הקנס אינו רשאי לקבוע במסגרתו הוראת פיצוי לקורבן, ולכן, במקרים רבים, המשטרה בודקת, לפני מתן הצעת הקנס, אם אין בעיות חריגות של פיצוי בנזיקין שראוי להסדירן קודם לסיום ההליך הפלילי. עם זאת, במקרים של תאונות דרכים, ניתן לבקש מבית-המשפט הפלילי לפסוק פיצויים גם לאחר תשלום הקנס¹⁹⁶.

הן למשטרה והן לרשויות המס יש "קטלוג של קנסות" שהוכן על-ידי התובע הכללי, ושלרוב גם בתי-המשפט פועלים על-פיו. מסיבה זו, רוב החשודים לא מנסים לתקוף את החלטות התובע בבית-משפט.

ברוב המקרים, הצעת התובע אינה ניתנת למשא ומתן. רק במקרים חריגים של קנסות גבוהים במיוחד, בעבירות של איכות הסביבה למשל, יש שהחשודים מודיעים לתובע מה הקנס המרבי אותו הם יהיו מוכנים לשלם, והתובע לוקח זאת בחשבון בהחלטתו. עם זאת, אם מיד לאחר קבלת הצעת הקנס מביא הנאשם לתובע מידע רלבנטי שלא היה בידעתו, התובע רשאי לשקול שנית את גובה הקנס ואף לבטלו. לחשוד אין זכות לקבל הצעת קנס והדבר נתון לשיקול-דעת התובע בלבד.

התביעה משתמשת בקנס זה בכל מקרה בו העונש הראוי לדעתה הינו קנס בלבד. בפועל הפך הליך זה להליך המרכזי לטיפול בעבירות עד כי בשנה ממוצעת כ-200,000 תיקים בשנה מסתיימים באמצעות קנס משטרתי, בעוד שרק כ-70,000 תיקים מטופלים בהליכים אחרים¹⁹⁷.

4.4.5. איטליה

4.4.5.1 הרפורמה – המעבר לשיטה האדוורסרית

עד סוף שנות ה-80 מערכת המשפט הפלילי באיטליה הייתה על סף קריסה. השיטה האינקוויזיטורית וחוסר ההפרדה בין שלבי החקירה לבין המשפט הפכו את השופט לחוקר, תובע ופוסק, מצב שיצר חששות כבדים לזכויות הנאשמים¹⁹⁸. מעבר לכך, הניסיון לשמור על זכויות הנאשם בכל ההליכים בפני שופט, ובכלל זה בעת פעולת השופט החוקר, חייב משאבים רבים שגרמו לעיכובים משמעותיים בהליכים. כמו כן, עקרון החוקיות חייב להגיש כתב-אישום בכל מקרה בו נתגלו ראיות לביצוע עבירה. העומס לא איפשר עוד פעולה סבירה של המערכת. בשנות השמונים תואר ההליך הפלילי באיטליה כהליך לא ליברלי, לא קוהרנטי, לא יעיל וחולה במחלה כרונית¹⁹⁹. לאחר מספר נסיונות כושלים להציע תיקון למצב, נחקק חוק סדר הדין הפלילי החדש באיטליה, שנכנס לתוקפו בשנת 1989.

החוק אימץ מנגנונים רבים של השיטה האדוורסרית, שנועדו לפתור את אחת משתי הבעיות של ההליך, ריכוז מלוא הסמכויות בידי בית-המשפט והפגיעה הנגרמת עקב כך לזכויות הנאשם. כך

¹⁹⁶ שם, בעמ' 171.

¹⁹⁷ מתוכם כ-10,000 באמצעות משפט מקוצר במקרה של הודאה באשמה, כ-50,000 בהליך משפטי רגיל בפני שופט יחיד, וכ-11,000 בהליך בפני בית-משפט מעורב הכולל שופטים מקצועיים והדיוטות. רק כ-100 תיקים בשנה נשמעים בפני מושבעים. ראו שם, בעמ' 170.

¹⁹⁸ ראו E. Grande, "Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance", 48 *Am. J. Comp. L.* (2000) 227, p. 229.

¹⁹⁹ ראו J.J. Miller, "Plea Bargaining and Its Analogues Under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure" 22 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* (1990) 215, p. 223.

הופרדו הליכי החקירה והמשפט. החקירה, שקודם נוהלה על-ידי השופט החוקר, הופקדה בידי התובע, המנחה את המשטרה בחקירותיה²⁰⁰. במקום בו נדרש צו שיפוטי קודם לשמיעת המשפט, וכן בשלב השמיעה המוקדמת, מובא התיק בפני "שופט של חקירה מוקדמת", שאינו השופט המנהל את המשפט עצמו. מעמד התביעה וההגנה בבית-המשפט הושווה. תיק החקירה אינו יכול עוד לשמש בסיס ראייתי ככזה, והנאשם זכאי שכל הראיות יישמעו בפני בית-המשפט בנוכחותו. כל אלו הגבירו את ההגנות להם זכה הנאשם.

אולם, המאפיינים האדוורסריים הללו הוסיפו לסרבול ההליך הפלילי. בעיה זו הינה חמורה במיוחד נוכח האיטיות של ההליך הפלילי באיטליה לפני חקיקת החוק. בשנים שקדמו לחקיקתו גונתה איטליה מספר פעמים על-ידי בית-המשפט האירופי לזכויות אדם בגין הפרת הזכות למשפט מהיר. כדי להתגבר על העיכובים הממושכים הוענקו חנינות כלליות בתיקים שטרם נסתיימו. חנינות כללית שניתנו בשנים 1978, 1981, 1982, 1983, 1986 הביאו רק לשיפור קצר מועד, וחיש מהר היה צורך בחנינה כללית נוספת כדי לאפשר למערכת המשפט לתפקד. כך, התעורר צורך בשינוי מהותי שיאפשר למערכת המשפט לפעול באופן סביר.

4.4.5.2. העיקרון של פשטות מרבית של ההליך

לפיכך, אחד העקרונות המנחים שעמדו בבסיס הרפורמה הוא "העיקרון של פשטות מרבית של ההליך", שמשמעו למעט ככל האפשר בהליכים שאינם הכרחיים כדי לאפשר למערכת האכיפה לפעול במהירות הנדרשת²⁰¹. החוק קבע מספר כללים המגבילים את התמשכות ההליכים. למשל, נקבע כי התובע חייב לסיים את החקירה ולהביאה בפני בית-המשפט בתוך שישה חודשים, בכפוף למספר חריגים בעבירות חמורות וסבוכות, או להארכות מועד שניתנות על-ידי בית-משפט.

בנוסף, אף שפורמלית עקרון החוקיות, השולל מן התובע סמכות לסגור תיק מחוסר עניין לציבור, נשאר בעינו, ההליכים של סגירת תיקים פושטו משמעותית. על-פי הוראות החוקה האיטלקית, לתובע אין סמכות לסגור תיק כאשר יש בסיס לחשד שבוצע פשע²⁰². עם זאת, הליכי סגירת התיק על-ידי השופט של חקירה מוקדמת פושטו, והביאו לגידול משמעותי במספר התיקים שמסולקים בשלב זה²⁰³.

כדי לאפשר את זירווי ההליכים, נקבעו, במקביל לכללים אלו, הוראות לפישוט ההליך, שיאפשרו סיומו בלא משפט ובלא לפגוע בזכויות הנאשם. בעת חקיקת החוק התקווה הייתה כי כ-80% מהתיקים יסתיימו בלא הליך משפטי מלא. כפי שאראה בהמשך, תקווה זו נכזבה.

²⁰⁰ כאשר המשטרה פותחת בחקירה שלא על-פי הוראת התובע, היא מחויבת להודיע לו על כך תוך 48 שעות ולפעול על-פי הוראותיו.

²⁰¹ P. Corso, "Italy", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 223, p. 233.

²⁰² החוקה האיטלקית (סעיף 112) מחייבת את התובע לפתוח בהליכים כאשר יש בסיס להניח כי בוצע פשע. עיקרון זה נוצר כתגובה לניצול לרעה של שיקול-הדעת התביעתי בתקופה הפשיסטית. עם זאת, העיקרון מטיל עומס עבודה גדול ומיותר על בתי-המשפט המוסמכים לסגור תיקים רבים שבמדינות אחרות היו נסגרים על-ידי התובע. בפועל, נמצאו דרכים לאפשר סגירת תיקים אפילו כאשר יש ראיות לביצוע עבירה, בין השאר, על-ידי הימנעות מחקירה והעברת התיק לבית-המשפט לסילוק מחוסר ראיות או עיכוב הטיפול בתיקים עד לחלוף תקופת ההתיישנות או עד לחנינה כללית שתוענק. ראו Corso, לעיל הערה 201, בעמ' 236.

²⁰³ N. Boari, "On the Efficiency of Penal Systems: Several lessons from the Italian Experience", 17 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1997) 115 (footnote 22).

4.4.5.3. משפט מקוצר

משפט מקוצר (Summary Trial – *Giudizio Abbreviato*) הינו הליך שנערך לבקשת הנאשם, בהסכמת התובע, ועל-פיו המשפט מוכרע בשלב השמיעה המוקדמת (preliminary Hearing – *Udienza Preliminare*) על-ידי השופט של חקירה מוקדמת, היינו השופט המופקד על ההליכים הטרום-משפטיים, להבדיל מהשופט המנהל את השלב הראייתי במשפט עצמו²⁰⁴. בהליך זה בוחן השופט את הראיות בתיק החקירה ועל בסיסן מחליט בדבר אשמתו של הנאשם וגוזר את דינו. כדי לעודד נאשמים לבקש הליך מהיר, קובע החוק כי אם הנאשם יורשע בהליך כזה יופחת שליש מעונשו, לאחר שיילקחו בחשבון כל יתר הנסיבות המקלות האחרות. הליך זה קיים גם בעבירות של פשע חמור, למעט בעבירות שדיןן מאסר עולם²⁰⁵. כמו כן, ההליך מתנהל בדלתיים סגורות וחוסך לנאשם את הפרסום שיביא לפגיעה בשמו. ההרשעה אף לא נרשמת במרשם הפלילי. נוסף לכל זאת, האפשרות לערער על החלטה בהליך זה מוגבלת מאוד.

התובע רשאי לסרב לבקשה למשפט מקוצר, אם יש חשיבות לפרסום המקרה, לצירוף תביעה אזרחית להליך הפלילי, או כדי לאפשר הגשת ערעור. עם זאת, בית-המשפט החוקתי קבע כי אם נאשם ביקש משפט מקוצר ובקשתו נדחתה בשל התנגדות התובע או החלטת השופט של החקירה המוקדמת, ובתום ההליך מסתבר שהסירוב לבקשה לא היה מוצדק, רשאי בית-המשפט הדן את הנאשם להפחית שליש מעונשו²⁰⁶.

אף שלכאורה הליך מקוצר הינו רק הסדר פרוצדוראלי, ופורמאלית ניתן לזכות נאשם גם בהליך מקוצר, הרי שברור שנוכח טיבו, הנאשמים שיבקשו הליך זה יהיו אלו שהראיות נגדם ברורות ולכן סכויי הרשעתם גבוהים²⁰⁷. למעשה, הליך מקוצר הינו מעין הסדר טיעון סטטוטורי, בו מופחת העונש בשליש בתמורה להסכמה הפרוצדוראלית. מבחינה זו ניתן להשוותו להסדר הטיעון מן הסוג המקובל בפילדלפיה ובפיטסבורג²⁰⁸.

4.4.5.4. ענישה בהסכמה

בסעיף 444 לחוק החדש נקבע, כי הצדדים רשאים לבקש מבית-המשפט לגזור עונש כפי שהוסכם ביניהם (*Patteggiamento*). הליך זה מכונה באיטליה "עסקת טיעון". עסקאות טיעון אלו אפשריות תמיד, ובלבד שעונש המאסר בפועל שיוטל על-פיהם לא יעלה על שנתיים. החוק קובע, כי בהסדר כזה ניתן להפחית עד לשליש מעונש המאסר הראוי בגין העבירה, אולם בהיעדר

²⁰⁴ השמיעה המוקדמת הינה הליך בו בוחן בית-המשפט את ראיות התביעה ומאשר את העברת האישום להליך משפטי. בפועל רק במקרים נדירים ביותר מבטל בית-המשפט את האישום ולפיכך הפך ההליך לפורמאלי בעיקרו. ראו Corso, לעיל הערה 201, בעמ' 246.

²⁰⁵ במקור, קבע, החוק כי במקום מאסר עולם יזכה נאשם שבחר בהליך מקוצר במאסר של 30 שנה, אולם בית-המשפט לחוקה פסל הוראה זו. Corte cost., Apr. 23, 1991, n.176, 1991 Foro It. I 2318. ראו Van Cleave, לעיל הערה 42, בעמ' 451.

²⁰⁶ ראו R. Van Cleave, "Italy", *Criminal Procedure: A worldwide Study* (Craig M. Bradley – ed., Durham, N.O., 1999) 245, p. 274.

²⁰⁷ ראו Miller, לעיל הערה 199, בעמ' 226-228.

²⁰⁸ ראו לעיל הערה 43.

קריטריונים ברורים לעונש הראוי, נותר שיקול-דעת רב לצדדים²⁰⁹. יצוין, כי בית-המשפט אינו יכול לחרוג מהעונש המוסכם בלא לדחות את ההסכמה כולה, ואם הוא דוחה אותה עובר התיק לטיפול בהליך רגיל.

החוק מאפשר לצדדים להביא בפני בית-המשפט, בכל שלב שלפני פתיחת המשפט ובכלל זה בעת החקירה, את הצעתם לענישה מוסכמת. אם התובע מסרב לשאת ולתת, רשאי בית-המשפט לדרוש ממנו הסבר לכך. אם בית-המשפט מקבל את ההסדר בשלב השמיעה המוקדמת, עליו לתת את גזר-הדין במקום. במקרה זה על בית-המשפט לבדוק אם העונש המוסכם מתאים בנסיבות העניין, וזאת בהתבסס על עיון בתיק החקירה. אם הצדדים מציעים הסדר רק לאחר תחילת המשפט, על השופט לתת את גזר-הדין בסוף ההליך. בית-המשפט רשאי לפסול את החלטת התובע שסירב להסדר שהוצע על-ידי נאשם. במקרה כזה יפסוק בית-המשפט את העונש שביקש הנאשם, והחלטה זו נתונה לערעור של התובע. בכל מקרה אחר, החלטת בית-המשפט לקבל הצעה לעונש מוסכם לא ניתנת לערעור.

כדי לעודד הסכמת נאשמים להסדר אין צורך בהודאה של הנאשם לשם עריכת העסקה, אלא די בהסכמתו לעונש²¹⁰. בעוד שהחוק קובע כי הטלת עונש מוסכם שקולה להרשעה, הוא מוסיף וקובע כי ההרשעה תימחק בתוך חמש שנים בעוונות או בתוך שנתיים בחטאים, אם הנאשם לא ביצע עבירה דומה או עבירה חמורה אחרת בתוך פרק זמן זה²¹¹. כמו כן, החוק שולל מפורשות כל השלכות אזרחיות או מינהליות שעלולות להיות להרשעה²¹².

4.4.5.5. משפט ישיר ומשפט מידי

משפט ישיר (*Direct Trial – Giudizio Direttissimo*) אפשרי במקרים בהם הנאשם עצור לאחר שנתפס בעת ביצוע העבירה, ובמקרים בהם הנאשם הודה במעשה בפני התובע בחקירתו או בפני שופט. המשפט נפתח מיד בלא הליך שמיעה מוקדמת, ולעתים אף בלא חקירה. התובע יבחר בהליך של משפט ישיר רק בנסיבות האמורות לעיל, בהן הראיות לכאורה חזקות ביותר. במקרה שהנאשם עצור, לאחר שנתפס בעת מעשה, יש להתחיל במשפט הישיר בתוך 48 שעות. במקרה של הודאה, בתוך 15 ימים מההודאה. אחרי פתיחת המשפט ההליך נמשך כרגיל²¹³.

²⁰⁹ ראו דוגמא לכך אצל Van Cleave, לעיל הערה 42, בעמ' 444. שם מתארת הכותבת עסקת טיעון לה היא הייתה עדה בבית-המשפט ברומא. באותו מקרה, הנאשם הואשם בקבלת רכוש גנוב. הקוד הפלילי קוצב לעבירה זו עונש שבין שנתיים לשמונה שנות מאסר וקנס של 20 מיליון לירות איטלקיות. עם זאת, החוק קובע כי בנסיבות מקלות העונש יהיה עד שש שנות מאסר, בלא סף מינימלי, וקנס של עד מיליון לירות איטלקיות. הצדדים סיכמו על עונש של שישה חודשי מאסר והחלו לבחון דרכים כיצד להגיע אליו. בהיעדר קביעה מהן נסיבות מקלות הסכימו התובע והסנגור כי בעניין זה מדובר בנסיבות מקלות, אף שדובר ברכוש גנוב בשווי של 18 מיליון לירות, והגם שמקובל שמעל 10 מיליון לירות, אין מדובר בנסיבות מקלות. עוד הסכימו הצדדים כי העונש לעבירה הנדונה הינו של שנת מאסר אחת; כי מדובר בנסיבות שעל-פי חוק העונשין המקומי מצדיקות הפחתה של שליש מהעונש; וכי נוכח הסכמת הנאשם להסדר הטיעון ניתן להפחית שליש נוסף מעונשו. בדרך זו ניתן היה להגיע לעונש המוסכם מראש. בית-המשפט אישר את ההסדר.

²¹⁰ ראו Van Cleave, לעיל הערה 42, בעמ' 442.

²¹¹ ראו Van Cleave, לעיל הערה 206, בעמ' 272.

²¹² ראו Corso, לעיל הערה 201, בעמ' 252.

²¹³ ראו שם, בעמ' 253.

משפט מידי (*Immediate Trial – Giudizio Immediato*) הינו הליך דומה, המתנהל כאשר התובע מחליט, לאחר חקירת החשוד בלבד, שאין עוד צורך בהמשך החקירה. במקרים מסוימים יכול גם הנאשם לבקש משפט מידי²¹⁴.

4.4.5.6. צו ענישה

"צו ענישה" מוצא באיטליה לבקשת תובע על-ידי שופט של חקירה מוקדמת. בדרך של "צו ענישה" ניתן להטיל קנס הנמוך במחצית מהקנס המינימלי הקבוע לעבירה, ובדרך זו מעודדים חשודים להסכים לתשלום הקנס²¹⁵. עד לחוק משנת 1989 הוגבל השימוש בצו ענישה לעבירות המצויות בסמכות שופט שלום (*pretore*), אולם בחוק החדש הורחב השימוש בכלי זה גם לעבירות חמורות יותר אשר בסמכות ה-*Tribunale*²¹⁶. בניגוד להרשעה בהליך רגיל, אין להרשעה בדרך של צו ענישה תוקף לצורך הליכים אזרחיים ומינהליים.

4.4.5.7. הליכים בפני בית-משפט שלום²¹⁷

רוב רובם של ההליכים הפליליים מתנהלים בפני שופט שלום (*pretore*)²¹⁸. ההליכים בפני בית-משפט שלום פשוטים יותר מההליכים בפני הערכאות האחרות. כך, למשל, אין חובה לקיים שמיעה מוקדמת בהליך זה.

בתום החקירה בעבירות שבסמכות שופט שלום, רשאי התובע, אם החליט שלא לסגור את התיק, להוציא "צו ענישה" או לזמן את החשוד למשפט בהודעה שבה יוסבר לו כי הוא רשאי לבקש משפט מקוצר או הסדר של ענישה מוסכמת. בעבירות בהן לא ניתן להגיש כתב-אישום בלא תלונה (ויש קבוצה מוגבלת של עבירות כאלו) התובע יכול לזמן את החשוד ואת המתלונן, ולנסות ליישב את ההדורים ביניהם כדי להביא למשיכת התלונה.

בהיעדר הליך של שמיעה מוקדמת, רשאי החשוד או הנאשם לבקש משפט מקוצר בכל שלב של החקירה ובמהלך 15 הימים הראשונים לאחר הגשת כתב-האישום. אם התובע מסכים, מתנהל דיון בדלתיים סגורות בפני "השופט של חקירה מוקדמת", המתבסס רק על הראיות שבתיק החקירה, וניתן פסק-דין וגזר-דין עם הפחתה בעונש כמו בכל משפט מקוצר.

אשר לענישה מוסכמת, הסדר בעניין הנדון יכול שיובא בפני שופט שלום, בהסכמת הצדדים, גם לאחר פתיחת המשפט עד להגשת סיכומי הצדדים.

²¹⁴ שם, שם.

²¹⁵ J. Herrmann, "Models for the Reform of the Criminal Trial in Eastern Europe: A Comparative Perspective", [1996] *St. Louis-Warsaw Trans'l L.J.* 127, p. 142

²¹⁶ Van Cleave, לעיל הערה 206, בעמ' 275. לסמכויות בתי-המשפט השונים ראו להלן בהערות 217 ו-218.

²¹⁷ לבית-משפט שלום סמכות בכל העונות שדין עד ארבע שנות מאסר ובמספר מקרים גם בעבירות שהעונש בגין גדול יותר, ובכלל זה בעבירות גניבה, שוד ורצח. ראו Miller, לעיל הערה 199, בעמ' 221. על-פי הערכות כ-80% מהתיקים הפליליים הינם בסמכות בית-משפט שלום. ראו שם, בעמ' 231.

²¹⁸ לסמכותו של ה-*pretore*, ראו לעיל הערה 217. שני בתי-המשפט האחרים הינם ה-*courte d'assise*, שלו סמכות ברוב הפשעים החמורים, ובכלל זה בפשעים כנגד המדינה, וה-*tribunale*, המוסמך לדון בעבירות שאינן בסמכות הערכאות האחרות, ובכלל זה בעבירות כלכליות ובעבירות שמבוצעות על-ידי העיתונאות. אך ראו התיקון שהוכנס בעניין זה לאחרונה להלן, הטקסט המופיע לאחר הערה 220.

4.4.5.8. כישלון הרפורמה?

כאמור לעיל, בעת חקיקת החוק ההערכה הייתה כי כ-80% מהתיקים יסתיימו בהליכים חלופיים. מספר תמריצים אמורים היו לעודד נאשמים לבחור בחלופות. ראשית, ענישה מוסכמת או משפט מהיר מקנים לנאשם הפחתה אוטומטית של שליש מעונשו. שנית, ההליך מסתיים בשלב השמיעה המוקדמת ובדרך זו חוסך הנאשם זמן ומשאבים הנדרשים לניהול ההגנה בשלב המשפט. שלישית, מן הנאשם נחסך הצורך להתמודד עם הליך גלוי, לאור העובדה ששלב השמיעה המוקדמת נערך בדלתיים סגורות. רביעית, ענישה מוסכמת חוסכת מן הנאשם את הצורך להודות ואת ההשלכות האזרחיות והמינהליות המתלוות להרשעה.

למרות זאת, שיעור התיקים שנסתיים בהליך זה בשנים הראשונות מאז הפעלת החוק היה קטן בהרבה מהצפוי. מנתוני השנים 1989-1993 עולה כי שיעור התיקים שנסתיימו בענישה מוסכמת לא עלה באף אחת מהשנים על 8% מהתיקים שנסתיימו בהליך מלא בפני בית-משפט השלום. שיעור התיקים שטופלו בהליך של משפט מקוצר היה קטן הרבה יותר²¹⁹.

הסיבה העיקרית לכישלון המערכת הייתה חוסר האמון של העבריינים ביכולתה להצליח. מערכת המשפט האיטלקית הייתה ידועה בריבוי הזיכויים במשפט, שנבע מקשיים למצוא את העדים בחלוף הזמן, מאובדן ראיות, מהתיישנות נוכח השיהויים ומריבוי החנינות הכלליות. הנאשמים האמינו (בצדק) כי דבר לא השתנה. מטעם זה הם העדיפו למשוך את ההליכים ככל הניתן כדי להשיג את הזיכוי המיוחל נוכח השיהויים הצפויים. שתי חנינות כלליות נוספות בשנת 1990 חיזקו אמונה זו. ניכר כי שינויים נוספים, כגון צמצום סמכויות המעצר, הקטינו עוד יותר את התמריצים להודות²²⁰.

מאז קבלתו עבר חוק הפרוצדורה הפלילית החדש מספר תיקונים, ובינואר 2000 נכנס לתוקפו תיקון נוסף המאחד את סמכויות שופט השלום (ה-pretore) ושופטי ה-Tribunale באמצעות מוסד של "בית-משפט של דן יחיד בערכאה ראשונה" ("giudice unico di primo grado")²²¹. בית-משפט זה מוסמך לדון בדן יחיד בעבירות שבעבר היו בסמכות שני בתי-המשפט של ערכאה ראשונה. כמובן שאין עדיין מידע על מידת ההצלחה של שינוי זה.

4.4.6. סקוטלנד

סדר הדין הפלילי בסקוטלנד נשאר עצמאי גם לאחר איחוד הממלכות האנגלית והסקוטית בראשית המאה ה-17. עם זאת, ביסודו, המשפט הסקוטי דומה בעקרונותיו למקבילו האנגלי. כך, למשל, מתבטא הדמיון בכפיפות המערכת המשפטית לעקרון התקדים המחייב ובאופי האדוורסרי של ההליכים. אולם יש גם הבדלים לא מעטים בין השיטות. לענייננו, לתביעה בסקוטלנד מספר רב יותר של כלים המאפשרים לסיים הליכים מחוץ לבית-המשפט. כאן אתמקד רק באספקט אחד

²¹⁹ כך בשנת 1993 נסתיימו 254,631 תיקים בהליכים לפני שופט שלום, כאשר רק 15,887 תיקים נסתיימו בהסדר של ענישה מוסכמת ו-4,379 במשפט מקוצר. ראו Boari, לעיל הערה 203, טבלה 2. באותה שנה 2,650,414 תיקים סולקו. עוד על כישלון הרפורמה ראו 1045 (1996) 40 *St. Louis L.J.* "Program II: Commentary", M. Fabri.

²²⁰ שכן, כפי שהראיתי לעיל בפרק 3, בטקסט הצמוד להערה 137, נאשמים במעצר נוטים הרבה יותר להסכים להסדרי טיעון. ראו Boari, לעיל הערה 203, הטקסט הצמוד להערה 25.

²²¹ ראו A. Stanley, "Italians Argue Over Efforts to Make Trials Fairer", *New York Times* (Jan 31, 2000).

שבו נבדל הדין בסקוטלנד מן הדין האנגלי, והוא – סמכות התובע להטיל קנס במקום כתב-אישום בעבירות בעלות אופי פלילי מובהק.

4.4.6.1. ההסדר משנת 1987 - קנס של פרקליט מחוז

בתיקון לחוק סדר הדין הפלילי משנת 1987 הוקנתה לפרקליט המחוז²²² סמכות להציע לכל חשוד בעבירה שבסמכות הערכאה הנמוכה ביותר – בית-המשפט המחוזי²²³ – לשלם קנס קבוע, ובכך להימנע מהליך פלילי. לקיומו של הליך זה בסקוטלנד עניין מיוחד לנו, מכיוון שבניגוד ליתר המדינות באירופה, בהן קיים הליך של צו ענישה, ההליך הפלילי בסקוטלנד, בדומה למקבילו בישראל, הינו הליך אדוורסרי המבוסס במידה רבה על שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית.

4.4.6.2. ההצעה של ועדת סטיוארט

הולדתו של הליך זה בוועדת סטיוארט שהוקמה בשנת 1977 לבחינת דרכים להקטנת העומס על מערכת המשפט הפלילי²²⁴. בוועדה נתגלעה מחלוקת בין המצדדים בקביעת ההליך החלופי לבין המתנגדים לו. לאור הדמיון היחסי בין שיטות המשפט בישראל ובסקוטלנד, ניתן ללמוד רבות מהדיונים שקדמו לאימוץ החוק על יתרונותיה וחסרונותיה של השיטה, ולכן הטיעונים השונים שהועלו בהליך החקיקה יפורטו להלן.

דעת המיעוט בוועדה סברה, שאין להרחיב את ההליך של ברירת קנס, מעבר לתחום הצר של עבירות תעבורה. לטענת המתנגדים, הניסיון החיובי של שיטה זו בארצות מרכז אירופה ובסקנדינביה אינו יכול ללמד על התאמת ההליך לסקוטלנד, נוכח השוני בין שיטות המשפט. לדעת המתנגדים, אין זה ראוי להעניק סמכות מעין-שיפוטית לתובע, שהוא רשות מינהלית. לטענתם, פוגע ההליך המוצע בעיקרון החוקתי על-פיו הרשות השופטת היא שפוסקת באשמה וגוזרת את הדין.

דעת הרוב בוועדה דחתה עמדה זו. לדעת חברי הרוב, העיכובים במערכת המשפט עלולים לגרום לפגיעה יותר חמורה בנאשמים "מאשר כל המילים היפות על הפילוסופיה של המשפט". לגישת הרוב, הליך מינהלי עדיף על פני הליך שיפוטי, כדי לסנן את העבירות הקלות בהן האשם אינו שנוי במחלוקת. כמו כן, ההליך הינו וולונטרי לחלוטין, ולא פוגע בזכותו של החשוד להישפט בפני בית-משפט.

הוועדה דנה גם בארבע טענות אפשריות כנגד ההליך המוצע: ראשית, כי גובה הקנס שיקבע פרקליט המחוז יתבסס על מידע חד צדדי וחלקי (הוועדה הציעה שלפרקליט המחוז תהיה סמכות

²²² Prosecutor Fiscal של ה-Prosecutor Fiscal. מעמדו של ה-Prosecutor Fiscal בסקוטלנד דומה למעמדו של פרקליט המחוז בארץ, אף כי בסקוטלנד יש מספר רב יותר של מחוזות קטנים למדי בראשם עומד פרקליט מחוז. מערכת התביעה בסקוטלנד הינה מערכת היררכית שבראשה עומד ה-Lord Advocate, אשר בתיקים החשובים ביותר פועל באמצעות המשנים שלו, ה-Crown Counsel, אך ברוב המקרים של התיקים באמצעות פרקליטי המחוזות, ה-Prosecutor Fiscal. לתביעה שיקול-דעת מוחלט כיצד לפעול בתיק מסוים, ושיקול-דעת זה אינו נתון לביקורת שיפוטית.

²²³ District Court. סמכות בית-משפט זה מוגבלת לעונשים של חודשיים מאסר וקנס של 2500 לירות שטרלינג. עם זאת, בבית-משפט המחוזי בגלזגו יש שופטים עם סמכויות רחבות מעט יותר.

²²⁴ Stewart Committee ההצעה פורסמה בדוח הוועדה מ-1983: *Keeping Offenders Out of Court: Further Alternatives to Prosecution*, Cmnd 8958 (1983) P. Duff & K. Meechan "The Prosecutor Fine", [1992] *Crim. L.R.* 22.

לקבוע גם את גובה הקנס על-פי נסיבות המקרה); שנית, כי ההליך המוצע יפגע ביכולת בית- המשפט לפקח על עבודת התביעה; שלישית, כי ההליך ימנע אפשרות של שימוש בעונשים לא כספיים; ורביעית, כי ההליך יערב את התובע בגזירת הדין.

כנגד טענות אלו הובאו התשובות הבאות: ראשית, הדוח המשטרתי מכיל די מידע המאפשר לפרקליט המחוז להעריך את גובה הקנס הראוי, ובמקום בו החשוד מתנגד לסכום שנקבע, הוא יכול לבקש להישפט; שנית, מספר המקרים בהם התביעה אינה מוצדקת הוא זעום, ובכל מקרה לחשוד יש די זמן להיוועץ בעורך-דין לפני תשלום הקנס, ולהחליט אם לפנות לבית-המשפט; שלישית, לתובע תישאר הסמכות להחליט על הליכים אחרים המצויים בסמכותו, אף כי רוב התיקים יטופלו בדרך המהירה המוצעת; ורביעית, לפרקליט המחוז יש ממילא יכולת להשפיע על גזר-הדין, בדרך של בחירת הערכאה אליה מוגש כתב-האישום. כמו כן בעבירות תעבורה כבר פועלת רשות מינהלית בדרך דומה, שגם היא מעורבות לכאורה בקביעת גזר-דין.

4.4.6.3. התיקון לחוק

בעקבות המלצות אלו נקבע בסעיף 56 לחוק סדר הדין הפלילי של סקוטלנד משנת 1987²²⁵, כי לפרקליט המחוז מוקנית סמכות להגיש הצעה מותנית (ברירת קנס) לחשוד, לגבי כל עבירה המצויה בסמכותו הבלעדית של בית-משפט השלום. מדובר בעיקר בעבירות כגון תקיפות קלות, גניבות קטנות, ונדליזם, עבירות של הפרת סדר ציבורי, שכרות וכיוצא באלה.

מעט לפני כניסת התיקון לתוקף הוצאו הנחיות לתובעים באשר לשימוש בכלי זה. כך, למשל, נקבע כי אין זה ראוי להסתפק בברירת קנס בעבירות בעלות אופי מיני. על-פי הסעיף, לרשות מקבל הקנס עומדים 28 ימים לשלמו. אם אינו משלם, מודיעים על כך לתובע אשר רשאי לפתוח בהליך רגיל כנגד החשוד.

הוועדה המליצה, כאמור, כי גובה הקנס ייקבע על-ידי פרקליט המחוז, מחשש שקנס קבוע יהיה קשיח מדי. מנגד, דעת המיעוט סברה, כי אין לתת סמכות כזו לתובע משיקולים חוקתיים; במישור הפרקטי, נטען שקנסות גבוהים יגרמו גם לחפים מפשע לשלם, מתוך חשש שבית-משפט יפסוק עונש חמור יותר; וכי גמישות בקביעת גובה הקנס תוביל לפערים בין המחוזות השונים. אמנם גם כך קיימים פערים בין פסיקות במחוזות שונים, אך המתנגדים טענו שההליך החדש רק יחמיר בעיה זו. לפיכך, קבע החוק כי הקנס יהיה קבוע. בעת חקיקת החוק היה גובהו של הקנס 25£. כיום קבוע ההסדר בסעיף 302 ל-Criminal Justice (Scotland) Act, 1995 וקבועות בו ארבע דרגות של fiscal fines: 25£, 50£, 75£ ו-100£ כאשר שתי הדרגות הראשונות נפוצות יותר, ואילו קנסות של 75£ ו-100£ מוטלים בגין עבירות חוזרות²²⁶.

הוועדה סברה, בתחילה, כי יש לראות בתשלום הקנס משום הודאה והרשעה בעבירה, ואף הציעה לנסח את טופס התשובה של המשלם בדרך זו. הצעה זו נדחתה לבסוף. הועלה חשש כי יהיו אנשים שישלמו רק כדי להימנע מהטרחה שבמשפט, ואין מקום להכתימם בהרשעה. במישור הפרגמטי

²²⁵ Criminal Justice (Scotland) Act, 1987.

²²⁶ תודתי למר Fergus McNeil משרדו של ה-Lord Advocate של סקוטלנד, על העברת המידע העדכני.

התברר, כי כאשר תשלום הקנס מהווה הרשעה, פחות חשודים מסכימים לשלמו והמטרה של הקלה בעומס לא מושגת. לפיכך נקבע, כי מי שמשלם את הקנס אינו נחשב כמי שהורשע.

4.4.6.4. הפעלת ההליך – נתונים אמפיריים

מנתוני פעולת הקנס בשנים הראשונות עולה, כי בשנת 1988, השנה הראשונה להפעלת השיטה, הוטלו קנסות מינהליים ב-3.2% מהתיקים המשטרתיים שהועברו לפרקליט המחוז²²⁷. בשנה העוקבת גדל השימוש בכלי והגיע ל-5.6% מהתיקים. עם זאת, במהלך שנות התשעים גדל בהדרגה השימוש בהליך האמור. בשנת 1995 כבר היוו הודעות הקנס כ-6.2% מהתיקים האמורים. בשנים 1997-1998 היוו הקנסות ששולמו למעלה מ-7% מהתיקים²²⁸. יצוין, כי הגידול הוא משמעותי עוד יותר אם משווים אותו למספר התיקים שהוגשו לבית-המשפט. בשנת 1989 הוגשו כ-16,000 הודעות קנס, ובבית-המשפט נפתחו כ-195,000 תיקים על-ידי פרקליטי המחוז (כ-8.2%); בעוד שבשנת 1998 הוגשו כ-23,750²²⁹ הודעות קנס, ובבית-המשפט נפתחו רק 159,000 תיקים על-ידי פרקליטי המחוזות (כ-15%). רוב החשודים שלא משלמים נתבעים בדין, ורוב מכריע מאלו שמועמדים לדין מורשע, כ-80% מהם על בסיס הודאתם (דבר המלמד כי הימנעות מתשלום הקנס אינה בהכרח כפירה באשמה)²³⁰. על-פי מחקרו של דף, העונש הממוצע של מי שהורשע לאחר שדחה הצעה לקנס היה 38 לירות שטרלינג. דהיינו, על מי שסירב לשלם את הקנס, הועמד לדין והורשע הוטל קנס הגבוה בכ-50% מהקנס שהוטל עליו מלכתחילה (25 לירות שטרלינג). תופעה זו מפתיעה במיוחד כאשר משווים אותה לקנסות שהוטלו על נאשמים שהועמדו לדין בעבירות דומות, לאחר שהתביעה החליטה כי נוכח חומרת העבירה אין להסתפק בקנס הרגיל. במקרים אלו, הקנס הממוצע שהוטל בבית-המשפט היה נמוך יותר, רק 31 לירות שטרלינג. ההסבר להחמרה דווקא עם אלו שמעשיהם לא היו כה חמורים כדי להצדיק תביעה פלילית מלכתחילה, נעוץ ברצון השופטים לעודד נאשמים שקיבלו הודעות קנס לשלמן ולא לנהל הליכים מיותרים בבית-המשפט²³¹.

מהסקירה לעיל ניתן להבחין במספר הבדלים בולטים בין החלופות בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית לבין החלופות במדינות היבשת. בעוד שהחלופות המרכזיות במדינות המשפט המקובל, כגון הסדרי טיעון, סגירת תיקים מותנית והתראה רשמית, התפתחו בפרקטיקה בלא הסדרה

²²⁷ למעט תיקים של ברירת קנס בעבירות תעבורה.

²²⁸ נוכח שינוי שיטת רישום הנתונים הרשמית, אין מידע על אחוז הודעות הקנס שלא נפרעו לאחר 1996, אולם כיוון שכ-20% ממקבלי ההודעות מבקשים להישפט, ניתן להעריך שאחוז הודעות הקנס שנשלחו, מתוך סך התיקים בשנים אלו הינו כ-8.75%. הנתונים מתוך אתר הסטטיסטיקה הרשמי של ממשלת סקוטלנד, Criminal Proceedings, Scottish Courts, 1998 page 5 [URL: http://www.scotland.gov.uk/library2/doc9/cpsc-05.asp (20.6.00)]. ההערכה כי כ-80% ממקבלי הודעות הקנס משלמים את הקנס ולא מבקשים להישפט, הינה מעמי 23 לאתר הנ"ל.

²²⁹ כאמור, אין נתונים מדויקים באשר למספר הודעות הקנס שהוטלו לאחר 1996 אולם ידוע כי שולמו 19,000 הודעות קנס ואלו מהווים כ-80% מהודעות הקנס שנשלחו, ולכן ניתן להעריך את מספר ההודעות שנשלחו בכ-23,750.

²³⁰ ראו P. Duff, "The prosecutor fine and social control: the introduction of the fiscal fine to Scotland", 33 *B.J. Crim.* (1993) 481.

²³¹ ראו שם.

חקיקתית מוקדמת, הרי שבמדינות אירופה מתבססות החלופות המרכזיות על הוראות חוק שתוכננו במיוחד כדי להקטין את עומס התיקים המטופלים על-ידי בית-המשפט. מטעם זה, החלופות בשיטה האנגלו-אמריקנית אינן מוגבלות לסוגים מסוימים של עבירות. התובע בארצות המשפט המקובל רשאי לערוך הסדר טיעון, להורות על רישום התראה רשמית או על סגירת תיק מותנית בעבירות קלות כחמורות בלא כל הגבלה רשמית. מנגד, במדינות יבשת אירופה מוגבל השימוש בחלופות העיקריות לפי חומרת העבירה, כך שבעבירות חמורות התובע אינו רשאי להעביר את הטיפול לפסים חלופיים. עם זאת, בשתי שיטות המשפט, רוב החלופות מתבססות על הסכמה, מפורשת או משתמעת, בין התביעה לבין ההגנה. ברוב החלופות הנאשם מסכים שיוטל עליו עונש בלא לעמוד על זכותו להליך ראייתי מלא, בתמורה להתחייבות התביעה לעונש מסוים או לפעולה שתמתן את העונש המוטל. לבחינת יסוד הסכמה זה אפנה כעת.

5. ההליך הפלילי המלא לעומת החלופות

5.1. החלופות – ענישה בהסכמה

כמעט שלא ניתן למצוא התייחסות משולבת לכל החלופות להליכי המשפט הפלילי. ברוב המקרים נבחנה כל אחת מהחלופות ביחס להליך הרגיל אך בהתעלם מקיומן של האחרות. עם זאת, בחינת החלופות מלמדת כי ברובן קיים מכנה משותף מרכזי אחד. מדובר בהסכם, מפורש או משתמע, בין רשות שלטונית לבין חשוד או נאשם בביצוע עבירה פלילית, על-פיו החשוד יסכים כי יוטל עליו עונש מסוים או יתחייב לביצוע פעולה מסוימת שנועדה להשיג את מטרות הענישה או חלקן, וזאת אף בלא שהוכחה אשמתו בהליך ראייתי בפני בית-משפט. החשוד מסכים להצעה משום שבקבלתה יש כדי להקנות לו הטבה מסוימת, כגון הקלה בעונש, הימנעות מהרשעה או חיסכון בטרחה הכרוכה בניהול הגנה בהליך פלילי. הרשות מסכימה לחלופה כדי להבטיח ענישה מהירה ואפקטיבית יותר, כדי לפנות משאבים לטיפול בתיקים אחרים, כדי להבטיח ענישה למרות קשיים בראיות או חשש מזיכוי מוטעה, כדי לאפשר הטלת עונש שאינו ניתן לביצוע בלא הסכמת העבריין וכדי למנוע הליכי משפט כשאלו עלולים להזיק לנפגע העבירה או לאינטרסים ציבוריים אחרים.

מכאן, שהמאפיין המרכזי המשותף לכל החלופות הללו הינו ההסכמה בין הרשות לבין החשוד. כך, בעבירות קנס ובעבירות מינהליות יכולה הרשות לבחור האם להוציא הודעת קנס או להגיש כתב-אישום והחשוד יכול לבחור האם לשלם את הקנס או להישפט על העבירה. אם שני הצדדים מסכימים להסתפק בקנס, העונש מוטל בלא הליך שיפוטי; בהסדר טיעון מגיעים התביעה והנאשם להסכמה על סעיפי האישום או על העונש שביית-המשפט יתבקש להטיל עליו בתמורה להודאתו; בסגירת תיקים מותנית מציעה תובעת לחשוד כי יבצע פעולה מסוימת, שעם ביצועה יופסקו ההליכים הפליליים נגדו; בדומה, כופר מוטל על מי שביצע עבירת מס, ורשות המס מציעה לו לשלם סכום כסף בתמורה להפסקת ההליכים הפליליים; גם הסדרים של גישור פלילי, שנבחנים בימים אלו בארץ, מביאים להפסקת ההליכים כנגד הנאשם בתמורה להסכמתו להליך. באופן דומה פועלות החלופות הקיימות במדינות אירופה כגון ענישה מוסכמת באיטליה¹, צו ענישה בגרמניה² ובצרפת³, סגירת תיק מותנית בהולנד⁴ ובגרמניה⁵ או קנס של פרקליט מחוז בסקוטלנד⁶. בכל אחד מהמקרים יש בכוחו של כל אחד מהצדדים, הן התביעה והן ההגנה, להעביר את ההליך לפסים של משפט פלילי רגיל. במילים אחרות, ברוב המקרים חלופה להליך פלילי משמעה הצעה מותנית של הרשות לנאשם (או של נאשם לרשות) לעונש מוסכם או לפרוצדורה מוסכמת להטלת העונש בתמורה לויתור הנאשם על זכותו להליך הפלילי, לרבות הגנותיו⁷.

¹ ראו לעיל בסעיף 4.4.5.4.

² ראו לעיל בסעיף 4.3.3.

³ ראו לעיל בסעיף 4.4.1.2.

⁴ ראו לעיל בסעיף 4.4.2.2.

⁵ ראו לעיל בסעיף 4.3.4.2.

⁶ ראו לעיל בסעיף 4.4.6.

⁷ בפרק זה לא אדון בהסדרים המאפשרים לצד אחד, בלא הסכמת הצד השני, למנוע הליך פלילי מלא, כגון הודאות באשמה בלא הסדר טיעון או קנסות אזרחיים. בהמשך העבודה יידונו גם הסדרים אלו, ראו להלן פרק 6.

בשלב זה לא יידונו המאפיינים הייחודיים של חלופה זו או אחרת. מטעם זה שאלות בדבר הסמכות של בית-המשפט לדחות הסדרי טיעון, ההבדלים בין הסדרי טיעון על עונש ועל אישומים, האספקט הטיפולי של תוכניות הסטה, ושאלות אחרות הנוגעות למאפיינים של חלופה זו או אחרת תידחנה לשלב מאוחר יותר⁸. בפרק זה אבקש לבחון את הסוגיה העקרונית של ענישה מוסכמת כחלופה להליך פלילי. השאלה שתעמוד במרכז הדיון היא האם יש מקום לקיום מערך של חלופות להליך פלילי המתבסס על הסכמה בין הנאשם לבין הרשויות.

בפרק זה אטען כי חלופות של ענישה בהסכמה מקדמות את מטרות הדיון הפלילי. לצורך זה אציג, בשלב הראשון, מודל בסיסי של חלופה להליך פלילי המבוססת על הסכמה. השפעת ההליך המתואר במודל תנותח על בסיס מספר הנחות, חלקן חזקות, באשר לאינטרסים של הצדדים המרכזיים להליך ואופן התנהגותם. בשלב השני אבחן את הביקורות השונות על המודל, כשבמהלך הבחינה אגמיש את ההנחות החזקות בהתאם לנדרש על-פי הביקורת הרלבנטית.

הרעיון של פשרות בהליך פלילי נשמע לרבים מוזר ובלתי תואם את אופיו של המשפט הפלילי. יחס חשדני זה מוביל למחלוקת מתמשכת באשר לתוכנם של ההסדרים לעריכת פשרות. ברוב המקרים מתמקדות הטענות כנגד הליכים של ענישה בהסכמה כנגד הליך מסוים זה או אחר, או כנגד אמצעים המאפשרים הרחבת השימוש באותן הסכמות. כך, מעטים טוענים כי יש לבטל לחלוטין את מוסד הסדרי הטיעון, אולם רבים דורשים שינויים מרחיקי לכת במוסד שיצמצמו את היקף השימוש בהסדרי טיעון באופן משמעותי⁹. בדומה, ביקורת רבה על מוסד הכופר מתמקדת בהסדרים ספציפיים שלו או באופיו המפלה, בלא לתקוף את עצם הרעיון של הליכים לענישה בהסכמה¹⁰. עם זאת, נראה, כי בבסיס ההסתייגויות מאופן השימוש בחלופות של ענישה בהסכמה עומדת תפיסה לפיה משהו פגום בעצם השימוש בהליכים של הסכמות ופשרות כדי לפתור מחלוקת בהליך פלילי. להליך הפלילי יש ערך שאין למקבילו האזרחי, החורג מהיותו מכשיר לפתרון מחלוקות במסגרת משפטית. מטעם זה, לפני כל דיון בחלופות השונות על הסדריהן הפרטניים יש לבחון אם יש בכלל מקום לשימוש בהליכים המתבססים על הסכמה במשפט הפלילי. השאלה היא האם אין לשלול לחלוטין את השימוש בהסכמות ככלי לטיפול באישומים פליליים. רק לאחר שנוכל לתת תשובה לשאלה זו, על רקע מטרות ההליך הפלילי ועקרונותיו, נוכל לפנות לבחינת ההסדרים הספציפיים הנוגעים לכל החלופות השונות.

לפיכך, הדיון בפרק זה יעסוק באופן כללי בסוגיית החלופה בהסכמה. לצורך זה אנסח להלן הליך מאפיין של חלופה בהסכמה. ההליך שיתואר אינו זהה בפרטיו לאף אחת מהחלופות הקיימות כיום בישראל או לאיזו מן החלופות שתוארו לעיל במחקר ההשוואתי. עם זאת, הוא מאפשר לנתח את הקונספט של ענישה בהסכמה כחלופה להליך פלילי, בלא לאבד את חוט המחשבה בהתמקדות בפרטים המיוחדים לחלופות השונות.

⁸ ראו להלן פרקים 6-7.

⁹ ראו, למשל, א' הרנון, "עסקאות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן", משפטים כז (תשנ"ז) 543; ע' גרוס, "גבולות מוסריים לאכיפת הדין הפלילי", מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודות של השופט יצחק שילה בגבורותיו (אהרן ברק ומנחם שאוה – עורכים, 1999) 401.

¹⁰ ראו, למשל, א' מגן, "והוא רחום יכפר עוון", הרבעון הישראלי למיסים כד (1996) 63.

נניח, אם כן, כי הסמכות להגיע עם הנאשם להסדר במסגרת חלופה להליך פלילי משמעה כי הגורם המוסמך להחליט על העמדת אדם לדין (להלן: התובעת או התביעה) מוסמך להציע למי שהוחלט כי יש לפתוח נגדו בהליכים פליליים (להלן: נאשם או חשוד) להסכים כי יוטל עליו עונש מסוים. הנאשם רשאי לקבל את ההצעה, ובמקרה זה יוטל עליו העונש המוסכם ויפסקו כל ההליכים האחרים בעניינו. הוא רשאי גם לדחות את ההצעה, שאז יימשכו ההליכים הפליליים הרגילים נגדו. בהליכים הפליליים, ההחלטה על אחריות הנאשם ועל העונש נתונה לגורם אחר שאינו התביעה, דהיינו לבית-המשפט. זאת ועוד, במקרה שהצעת התובעת נדחתה, היא אינה מוסמכת לנקוט כל פעולה שתביא להחמרה בעונש של הנאשם או לפגיעה בסיכוויי להימצא זכאי בהליך. סמכות התביעה כלפי נאשם שסירב להצעה מוגבלת לאותן סמכויות שהיו בידיה בהיעדר הצעה לחלופה. דהיינו, התביעה מוסמכת אך להעמידו לדין על-פי כללי ההליך הפלילי הרגילים. במילים אחרות, במשטר בו מותרים הסדרים כמתואר כאן, יש בידי הנאשם אופציה נוספת להגיע להסדר (אם זה מוצע לו). אולם, לתביעה אין סמכות לפגוע בנאשם מעבר לכוח הנתון בידיה במשטר בו אין הסדרים כלל. הימנעות התביעה מלהציע לנאשם הסדר או סירוב הנאשם לקבל הצעה כזו במשטר בו קיימים הסדרים, מעבירים את ההליך הפלילי לפסים הרגילים, וההליך הפלילי מתקיים כמו במשטר בו אין הסדרים כלל. הסמכות להציע הסדר במשטר זה מצויה בידי התביעה. הפיקוח השיפוטי על סמכות זו מתקיים רק במסגרת המצומצמת מאוד של ביקורת שיפוטית על החלטות התביעה, על-פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי, ורק כאשר נמצא עותר התוקף את החלטת התובעת.

עוד אניח, לאורך רוב הדיון, כי התובעת והנאשם פועלים באופן רציונלי, דהיינו, באופן שיקדם את מטרותיהם בצורה הטובה ביותר על-פי הנתונים שבידיהם. לאורך רוב הניתוח אניח כי התובעת, לאחר שבחרה אילו נאשמים ראויים לעונש, שואפת כי יוטלו עונשים על שיעור גדול ככל האפשר של נאשמים אלו, וכי העונשים שיוטלו יהיו גבוהים ככל האפשר, או לפחות קרובים, ככל האפשר, לעונש שיוטל עליהם בבית-משפט, אם הם יורשעו בעבירה שהיא מייחסת להם. במהלך הדיון, בהתאם לביקורות השונות שיידונו, אגמיש הנחות אלו, ואתייחס לאפשרות של תובעת המונעת משיקולים אחרים (כמו שאיפה לפגוע ככל הניתן בנאשם מסוים או להיטיב שלא כדין עם אחר). כמו כן, אגמיש את הנחת הרציונליות של הנאשם ואתייחס לאפשרות שהוא אינו יודע כיצד לכלכל את מעשיו נכונה. בנוסף, אניח כי בית-המשפט, אם מצא שאדם אשם בעבירה שיוחסה לו, יטיל עליו את העונש האופטימלי בנסיבות המקרה, על-פי שיקולי הענישה הרלבנטיים. במהלך הדיון אכנה עונש זה "העונש ההולם".

הניתוח להלן יניח גם את הכללים הבסיסיים של ההליך הפלילי בישראל. אין הכוונה לשלול כל אפשרות לשינוי של סעיף זה או אחר בהוראות סדרי הדין הפלילי. אולם השאלה האם האפשרות להגיע להסכמות כחלופה להליך פלילי יכולה לקדם את מטרות ההליך חייבת להיעשות על רקע הליך פלילי מסוים. לכן, לצורך הניתוח עליי להסתמך, לפחות בקווים כלליים, על קיומם של מספר מאפיינים בסיסיים של ההליך הפלילי. לפיכך, אניח כי ההליך הפלילי הרגיל הוא הליך אדוורסרי, במסגרתו שני הצדדים מביאים ראיותיהם וטענותיהם בפני בית-המשפט, והאחרון מכריע בעיקר על סמך ראיות וטענות אלו, ואינו יוזם איסוף נרחב של ראיות מטעמו. בנוסף, בהליך זה, הסמכות לקבוע מי יועמד לדין, בכפוף לתנאי החוק, נתונה בידי התביעה הכללית, ולא בידי בית-המשפט (גם כאן, בכפוף לעילות ההתערבות של בית-המשפט על הליכי קבלת

ההחלטות ושיקול-הדעת של התביעה, על-פי כללי המשפט המינהלי). במהלך הדיון אתיחס גם למאפיינים נוספים המוכרים מההליך הפלילי בארץ. אמנם החלופות להליך הפלילי נפוצות גם בשיטות משפט אחרות, אולם כפי שבחתי חלופה מאפיינת כאמצעי לבחינת החלופות, כדי להקל על הניתוח, כך יקל למקד את הניתוח בבחינתו על רקע הליך פלילי מסוים. כיוון שעבודה זו אינה מתיימרת לבחון את כלל ההסדרים הנוגעים להליך הפלילי בישראל, אלא את נושא החלופות בלבד, הרי שלמעט התייחסות קצרה לקראת סוף הפרק, אין בכוונתי לדון במסגרת זו בסוגיית הצורך בחלופות בשיטות משפט שההליך הפלילי בהן מתבסס על עקרונות שונים. השאלה שתידון במסגרת זו היא, אם כן, האם, על רקע ההליך הפלילי האדוורסרי המוכר בישראל, יש מקום להכיר בסמכות התביעה לערוך הסדרים של ענישה בהסכמה כחלופה להליכי המשפט הפלילי.

לצורך דיון בהשלכות ההסדרים יש להתחיל בבחינת האינטרסים של הצדדים המסכימים לחלופה¹¹. מהו האינטרס של הנאשם בהסכימו לקבל את הצעת התביעה לענישה בהסכמה? לנאשם שנגדו הוחלט לפתוח בהליכים פליליים יש הערכה מסוימת באשר לתוצאות ההליך. הוא יכול, על בסיס הנתונים שבידו, ולעתים תוך היעזרות בסיוע מקצועי, להעריך מה הסיכוי כי בית-משפט ימצא אותו אשם, ואם כך יקרה, מהו העונש הצפוי לו. למעשה, ייתכן כי הערכותיו יהיו סבוכות יותר. ליתר דיוק, נכון יותר יהיה להניח כי בהיעדר עונש חובה מוגדר, הנאשם צופה התפלגות של עונשים אפשריים במקרה של הרשעה, כאשר כל עונש צפוי בהסתברות שונה.

כמובן שהערכה זו אינה מדויקת תמיד. אין הכרח כי הערכותיו יהיו דומות להערכות של גורם מקצועי ואובייקטיבי שהיה בוחן את המידע כולו. אולם להערכות הנאשם ערך בפני עצמו. הן משפיעות על יחסו להליך הפלילי ועל חששותיו ממנו. להערכותיו את תוצאות ההליך, כמו גם לאופיו וליחסו לחשש זה, השפעה על מידת נכונותו להסכים לעונש מסוים כחלופה להליך הפלילי. הנאשם יכול לקבוע לעצמו, על בסיס הערכותיו ואופיו, מהו העונש אשר חומרתו שקולה לחומרת ההתמודדות עם ההליך הפלילי, על הסיכויים והסיכונים שבו. כמובן שייתכן מצב שהנאשם כה משוכנע בצידקתו וביכולתו להוכיח זאת, וכה חושש מכל עונש שהוא, עד כי הוא יסרב לכל הצעה לעונש מוסכם. אולם, ברוב המקרים יימצא עונש מסוים, שיכונה להלן "העונש הקריטי", אשר יסמן את גבול נכונותו של הנאשם להסכים לפשרה. אם יוצע לו עונש חמור מהעונש הקריטי כחלופה להליך הפלילי, הוא ידחה את ההצעה, ויפנה להליך הפלילי המלא. אם יוצע לו עונש קל ממנו, הוא יסכים לו, ויימנע מלעמוד על זכותו להליך פלילי.

נראה זאת בדוגמא להלן. נניח כי הנאשם מעריך את סיכוייו להימצא אשם בהליך פלילי ב-80%. עוד נניח כי להערכתו, אם יורשע, יוטל עליו עונש של 10 שנות מאסר. תוחלת העונש שלו, דהיינו ההסתברות להיענש כפול העונש הצפוי, שווה ל-8 שנות מאסר. אם הנאשם אדיש לסיכון, אם רק המאסר משפיע על החלטותיו, ואם כל שנת מאסר שווה מבחינת חומרתה לשנת מאסר אחרת, העונש הקריטי יהיה מבחינתו 8 שנות מאסר¹². אם יוצע לו, במקום הליך פלילי, עונש הגבוה מ-8

¹¹ F.H. Easterbrook, "Criminal Procedure as a Market System" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289; W.M. Landes, "An Economic Analysis of the Courts" 14 *J.L. & Econ.* (1971) 61. ראו טיעון, F.H. Easterbrook, "Criminal Procedure as a Market System" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289.

¹² אדם ייחשב אדיש לסיכון, Risk Neutral, ביחס לעונש מאסר, אם עונש ודאי של x שנות מאסר שקול בעיניו, מבחינת החומרה, לעונש שאינו ודאי שתוחלתו x שנות מאסר.

שנות מאסר, הוא ידחה את ההצעה וינסה לעורר ספק באשמתו (או להוכיח את חפותו) בבית- המשפט. מנגד, אם יוצע לו, כחלופה להליך, עונש הנמוך מ-8 שנות מאסר, הוא יסכים להצעה.

כמובן, שבמציאות, שורת ההנחות לפיהן העונש הקריטי שווה לתוחלת העונש אינה סבירה. ראשית, לנאשם עשוי להיות יחס מיוחד לסיכון. הוא עשוי להיות "שונא סיכון"¹³, ולכן להסכים גם לעונש החמור מ-8 שנות מאסר. מנגד, הוא עשוי להיות "אוהב סיכון"¹⁴ או "שונא הפסד"¹⁵ ולכן העונש הקריטי שלו יהיה נמוך מ-8 שנות מאסר. בנוסף, יש להניח כי לא רק מספר שנות המאסר ייכנס לחישוביו של הנאשם. כך, הסבל הכרוך בהליך הפלילי, על עלותו הכספית והנפשית, עלולים לחזק את העדפתו לבחור בחלופה ולגרום לעליה בעונש הקריטי. גם העדפת הווה עשויה להשפיע בכיוון דומה. ההבדל בין 8 שנות מאסר ל-10 שנות מאסר עשוי להיראות בעיניו, מנקודת מבטו כיום, כבעל משמעות מוגבלת. ערכן של שתי שנות המאסר הנוספות, שיחלו רק כעבור 8 שנים, עשוי להיראות מוחלש בשלב קבלת ההחלטה, ולא לעמוד כנגד הסיכוי הממשי להימנע מכל עונש מאסר כבר בעתיד הקרוב. גם תופעה זו עשויה לגרום לירידה בעונש אותו מוכן הנאשם לקבל כחלופה להליך. מנגד, הסטיגמה הכרוכה בעצם ההרשעה (אם העונש מלווה בהרשעה) או בעצם היות נתון לעונש בשל עבירה פלילית, עשויה להחמיר את יחסו לחלופה. במילים אחרות, הנאשם עשוי להעדיף הימור שייאפשר לו, בסבירות מסוימת, להימצא זכאי על פני עונש ודאי, אף אם הוא נמוך, כיוון שלעונש מתלווה, במקרים רבים, גם סטיגמה פלילית, ואילו עמידה לדין עשויה להקנות לו סיכוי להימצא זכאי וכן להיות פטור מהסטיגמה. אם לסטיגמה זו ערך רב מבחינתו, הדבר עשוי לחזק את העדפתו להמר על ההליך הפלילי לאור סיכוי זה, ולכן לגרום לעליה בעונש הקריטי. מכלול התופעות הללו, כמו גם תופעות אחרות, משפיעות על החלטת הנאשם באשר לעונש הקריטי, דהיינו העונש אשר חומרתו שקולה מנקודת מבטו לסיכון הכרוך בהליך הפלילי. אם יוצע לו עונש נמוך מעונש זה הוא יסכים להסדר המוצע כחלופה להליך.

התביעה מעוניינת להבטיח, ככל הניתן, את ענישת אותם עבריינים שלפי השקפתה ראוי שייענשו, משיקולי הרתעה, גמול, מניעה, שיקום או משיקולים אחרים. עם זאת, כפי שראינו לעיל, התביעה פועלת במסגרת אילוצי תקציב. אין ביכולתה, במסגרת אילוצי המשאבים הקיימים, לטפל בכל התיקים המחייבים טיפול. לפיכך, אין ביכולתה להעמיד לדין את כל החשודים אשר לדעתה ראוי היה כי יועמדו לדין. במשטר שבו אין אפשרות להגיע להסדרים על ענישה מוסכמת עם החשודים, התביעה תבחר לטפל רק בחלק קטן מבין התיקים אשר ראויים לטיפול. לפיכך, האמצעי העיקרי שבידי התביעה לצמצום העומס הוא סגירת תיקים. לעומת זאת, במשטר בו מוסמכת התביעה להגיע להסדרים, היא תוכל להקל על בעיית המשאבים המוגבלים גם בדרך אחרת. אף אם עריכת הסדר מחייבת את התובעת להסכים להקלה מסוימת בעונשו של הנאשם, הרי שהסכמתו לחלופה חוסכת לתובעת משאבים רבים, המאפשרים לה לטפל במספר תיקים אחרים, שאילולא ההסדר

¹³ אדם ייחשב שונא סיכון, Risk Averse, אם הוא מעדיף עונש ודאי של x שנות מאסר על פני עונש שאינו ודאי שתוחלתו x שנות מאסר.

¹⁴ אדם ייחשב אוהב סיכון, Risk Lover, אם הוא מעדיף עונש שאינו ודאי שתוחלתו x שנות מאסר על פני עונש ודאי של x שנות מאסר.

¹⁵ אדם ייחשב שונא הפסד אם הוא מתנהג כאוהב סיכון כלפי הפסדים (אף אם הוא שונא סיכון כלפי רווחים). כיוון ששלילת חירות במאסר צפויה להיחשב על-ידי רוב האנשים כהפסד ביחס לנקודת הייחוס שלהם, שנאת הפסד תוביל את הנאשם להעדיף את ההימור שבהליך הפלילי הכולל סיכון של 80% לעונש של 10 שנות מאסר, על פני עונש ודאי של 8 שנות מאסר. מחקרים התנהגותיים רבים מלמדים כי רוב האנשים מתנהגים כשונאי הפסד. ראו על כך לעיל בפרק 2 בהערה 52.

היו נסגרים נוכח מגבלות המשאבים של התביעה, או נוכח העומס על בתי-המשפט. כדי שהחשוד יסכים להסדר, על התובעת להציע לו עונש נמוך מהעונש הקריטי שלו. התובעת כמובן אינה יודעת מהו העונש הקריטי של החשוד, אולם היא יכולה להעריך את סיכויי ההרשעה ואת העונש הצפוי, ובדרך זו להעריך איזה עונש יהיה, מבחינת הנאשם, שקול לעמידה למשפט. כדי להבטיח כי העונש המוצע אכן יהיה נמוך מהעונש הקריטי של רוב החשודים, התביעה תיצור שולי ביטחון, ותציע עונשים קלים בשיעור מסוים מהעונש שהיא מעריכה להיות העונש הקריטי. ניסיונה של התביעה יכול להבטיח כי הערכותיה לא יהיו שגויות באופן סיסטמטי, ולכן רוב החשודים יסכימו לחלופה המוצעת. בזכות ההסדרים תצליח התביעה להביא לענישת כמות גדולה של עבריינים, ואף שהעונשים המוטלים על כל אחד מהם יהיו נמוכים מעט מהרצוי (דהיינו, מהעונש שהיה בית-משפט מטיל אילו לא היה נערך הסדר), הרי שמספר העבריינים הנענשים יגדל בהרבה, וסך העונשים המוטלים יגדל גם הוא ביחס למצב בו הסדרים אינם נערכים. בדרך זו פחות עבריינים ימלטו מן הדין רק בשל מגבלות המשאבים של התביעה ושל בית-המשפט. ובנוסף, ניתן יהיה לפנות משאבים לקיצור ההליכים המשפטיים גם בתיקים אחרים ולהקטין את העומס ואת השיהויים על נזקיהם החמורים שפורטו לעיל.

אנסה להסביר זאת באמצעות הדוגמא הבאה. בפני התביעה 1000 חשודים הראויים לדעתה לעונש. לשם פשטות הניתוח נניח כי הם נחשדים בביצוע עבירה דומה בנסיבות דומות, וחומר הראיות כנגדם חזק באותה מידה. עוד נניח כי העמדת כל חשוד לדין מחייבת כ-100 שעות עבודה של התביעה¹⁶. לפיכך העמדת כל החשודים לדין תחייב 100,000 שעות עבודה של התביעה. נניח כי לתביעה יש רק 25,000 שעות, דהיינו רבע הזמן הדרוש להעמדת כל החשודים לדין. עוד נניח כי בדוגמא זו משך הזמן הדרוש לעריכת הסדר עם חשוד הוא 20 שעות עבודה של התביעה, דהיינו חמישית הזמן הדרוש לצורך ניהול הליך מלא. בנתונים אלו, אם התביעה תגיע להסדר עם 940 חשודים (דבר שיגזול $940 \times 20 = 18,800$ שעות עבודה), היא תוכל להעמיד לדין את השישים הנותרים (דבר שיגזול עוד $6000 = 60 \times 100$ שעות עבודה).

בהתאם לדוגמה האמורה החלטת התביעה להימנע מעריכת הסדרים תביא להעמדת 250 חשודים לדין ולשחרור 750 האחרים. ואם סיכויי ההרשעה של כל אחד מהחשודים הוא 90%¹⁷, הרי שמתוך המועמדים לדין יורשעו כ-90%, דהיינו 225 עבריינים. נניח כי העונש שמוטל עליהם על-ידי בית-המשפט הוא העונש האופטימלי ההולם את חומרת העבירה ונסיבותיה, אותו נכנה P^{18} . סך

¹⁶ איני מתייחס בניתוח למשאבי בית-המשפט, הנחשבים גם כן בזכות השימוש בהסדרים, שכן יש להניח שהחיסכון קטן יותר אצל התביעה ולכן צוואר הבקבוק הרלבנטי לניתוח מצוי בתביעה.

¹⁷ שיעור ההרשעות בעבירות המוגדרות על-ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה רציניות (הכוונה לעבירות המטופלות על-ידי המשטרה, למעט עבירות תעבורה קלות) עמד בשנת 1997 על כ-97%. ראו **שנתון סטטיסטי לישראל 51** (2000) לוח 21.7. עם זאת, חלק ניכר מהרשעות אלו מושג בעקבות הודאות של הנאשמים. אף כי סביר להניח שהרוב המכריע של המורשעים שהודו, חלקם במסגרת הסדר טיעון, היו מורשעים גם אילו לא הודו, אין לדעת בוודאות מה שיעורם. לפיכך, סיכויי הרשעה של 90% מהווה הערכה סבירה באשר לתוצאות תיק פלילי ממוצע בו הנאשם אינו מודה. כמובן שהניתוח לא ישתנה מהותית גם לו נבחר שיעור אחר.

¹⁸ לעניין שיקולי הענישה ראו לעיל בפרק 2 וכן ר' קנאי, **קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול-הדעת של השופט בענישה** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, תשנ"א), 48-88. ראו גם **הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון** (תשנ"ח), 9-10. בפרק זה לא אדון בקריטריונים לקביעת העונש האופטימלי. לצורך הדיון די אם נניח שקיים עונש ההולם את העבירה בנסיבות ביצועה, וכי בית-המשפט, אם אינו כבול להסדר, יטיל עונש אופטימלי זה. אם אכן אצליח להראות כי עדיף לקדם את השימוש בחלופות גם כאשר בית-המשפט, אילו לא החלופות, היה קובע תמיד את העונש ה"נכון", יקל עליי להראות את יתרון של החלופות בפיזור העונשים כאשר בית-המשפט אינו מטיל את העונש המתאים ביותר בכל מקרה ומקרה.

העונשים שיוטלו יהיה $225xP$, ואילו העונש הממוצע לכל חשוד שהתביעה סברה שיש להענישו הוא $225P/1000=0.225P$, דהיינו מעט פחות מרבע מהעונש ההולם.

נניח, בשלב ראשון, כי העונש הקריטי של כל החשודים שווה לתוחלת העונש. לפיכך, אם סיכויי הרשעתם הוא 90%, העונש הקריטי שלהם הוא $0.9P$. משמעות הדבר כי חשוד יסכים לכל עונש שאינו עולה על $0.9P$ כחלופה להליך הפלילי¹⁹. במקרה כזה, התביעה תוכל להגיע עם כל החשודים להסדר, במסגרתו מוצע להם $0.9P$, במקום ההליך הפלילי. החשודים יסכימו כולם, ולכן יוטל עליהם עונש זה. העונש הממוצע לחשוד יהיה כעת $0.9P$, קרוב הרבה יותר לעונש האופטימלי, דהיינו לעונש שהולם את העבירה לפי פסיקת בית-המשפט. החשודים יסכימו לעונש זה (או לפחות לעונש הנמוך במעט מעונש זה) מכיוון שהם יודעים כי סירובם יוביל להעמדתם לדין, דבר אשר תוצאתו שקולה מבחינתם לעונש הקריטי.

כמובן שבמציאות, אף אם העונש הצפוי לנאשמים וסיכויי הרשעתם דומים, אין להניח כי העונש הקריטי שלהם יהיה דומה. לכל חשוד הערכות שונות באשר לפסיקת בית-המשפט, יחס שונה לסיכון ושיקולים נוספים העשויים להשפיע על העונש הקריטי שלו²⁰. חלק מן החשודים יסכימו אף לעונש גבוה מתוחלת העונש הצפוי בהליך כחלופה לו, ואחרים יסכימו להסדר רק אם העונש שיוצע במסגרתו יהיה נמוך מעונש זה. התביעה תתקשה להבחין מהו העונש הקריטי של כל חשוד, ותאלץ להציע עונשים דומים לעבריינים בנסיבות דומות. כדי להבטיח כי מרבית החשודים אכן יסכימו לעונש המוצע, יהא על התביעה להציע בהסדרים עונש נמוך מתוחלת העונש. ככל שהעונש יהיה נמוך, כך יגדל שיעור החשודים שיסכימו לחלופה, ויתפנו לתביעה יותר משאבים לטיפול בתיקיהם של אלו שסירבו. מנגד, ככל שהפשרה שתוצע תהיה גדולה יותר, יקטן העונש בהסדר וירחק מן העונש המקסימאלי או ההולם אליו הוא שואף. השאלה איזה עונש תציע התביעה תלויה באיזון שהיא עושה בין שתי המטרות שהנחתה כי מנחות אותה: מיקסום מספר הנענשים ומיקסום העונשים המוטלים על כל נענש. אם התביעה מעוניינת במיקסום סך העונשים (מספר העונשים כפול רמת הענישה הממוצעת), היא תבחר ברמת ענישה כזו שתבטיח כי מרבית הנאשמים מסכימים לחלופה והמשאבים שמתפנים מספיקים כדי להעמיד לדין את רוב אלו שדחו את ההצעה. למרות שבניגוד למצב הקודם, בסיטואציה הנוכחית התביעה מחויבת להתפשר, ולהציע לרוב הנאשמים עונשים נמוכים משמעותית מהעונש הקריטי שלהם, עדיין, כל עוד העונשים המוצעים אינם נמוכים הרבה מעבר לדרוש, והעונש הממוצע שיוטל יהיה גדול יותר מאשר במשטר בלא חלופות. אם, לעומת זאת, היא מייחסת חשיבות מיוחדת להטלת עונש על נאשמים רבים ככל האפשר, היא תבחר להציע עונש נמוך יותר. אולם גם במקרה כזה סביר כי סך העונשים יהיה גבוה יותר מסך העונשים במקרה שהתביעה אינה רשאית להגיע להסדרים. כך, לדוגמה, אם התביעה תציע לנאשמים עונש שגובהו 25% מהעונש ההולם, והרוב המכריע של העבריינים יסכימו לחלופה, העונש הממוצע יהיה כ- $0.25P$, דהיינו עדיין גבוה מהעונש הממוצע שיוטל אילו לא ההסדרים. בפועל, העונש הממוצע יהיה גבוה מעט יותר במקרה זה, שכן מבין

¹⁹ לצורך פשטות ההדגמה אני מניח שהנאשם מסכים גם לחלופה המציעה לו את העונש הקריטי בדיוק. ניתן כמובן לומר כי הנאשם יסכים רק לעונש הקטן באגורה אחת של קנס או ביום מאסר אחד מהעונש הקריטי, אולם מעבר לסיבוך ההדגמה אין לכך כל חשיבות מעשית.

²⁰ שיקולים שחלקם צוינו לעיל, ראו לעיל הטקסט הצמוד להערות 13-15.

העבריינים המעטים שיסרבו להסדר ויועמדו לדין, 90% ייענשו בעונש שגובהו P וימשכו את הממוצע מעט למעלה. אין פירוש הדבר שהעונש אותו תציע התביעה, לפחות אם רצונה במיקסום העונש הממוצע, יהיה כה נמוך. למעשה, סביר (וכפי שאראה בהמשך גם ראוי) שהעונש יהיה גבוה יותר. אולם, דוגמא קיצונית זו נועדה להראות שאף אם הפשרות של התביעה גדולות ביותר, העונש הממוצע יכול להיות גדול יותר בזכות ההסדרים.

הרחבת השימוש בחלופות אינה מסייעת רק בהעמקת האכיפה. הגדלת שיעור התיקים שאינם מחייבים הליך פלילי מלא מאפשרת להקטין את עומס התיקים על בית-המשפט. הקטנת העומס מאפשרת לבית-המשפט לסיים בהליכים מהירים בהרבה את הטיפול באותם תיקים בהם הצדדים לא הגיעו להסכם. טיפול מהיר בתיקים אלו מקטין משמעותית את הפגיעה בזכויות החשודים והנאשמים, מקטין את תקופות המעצר ומקטין את החשש מפני הודאות שווא של נאשמים חפים (בעיקר עצורים), העושים כן כדי לאפשר סיום מהיר של ההליך. הליך מהיר מקל גם על הבאת הראיות טריות והגעה לתוצאה נכונה. בנוסף, תגובה ענישתית מהירה משפרת את האפקטיביות של הענישה, הן כאמצעי הרתעה והן כאמצעי מניעה²¹. הידיעה, כי בית-המשפט יתפנה לדון במהירות בכל תיק שבו לא יגיעו הצדדים להסדר, תסייע כשלעצמה לעודד עבריינים להגיע להסדרים קודם לדיון. לנאשמים, שידעו כי סירובם להסדר יוביל להרשעתם בהליך מהיר יחסית, יהיה עניין רב יותר להגיע לפשרה עם התביעה. הסכמתם של יותר נאשמים לענישה חלופית תאפשר לתביעה לצמצם את הפשרות בעונשים שהיא מציעה, ותאפשר לבית-המשפט לדון בהליכים שיוותרו במהירות רבה עוד יותר. בדרך זו מקטינות החלופות את משכי המעצרים עד תום ההליכים, עינויי הדין לנאשמים, התחושות הקשות של נפגעי העבירות המצפים לתגובה מהירה של מערכת המשפט, ובד בבד משפרות את היכולת להביא בפני בית-המשפט ראיות טריות ואמינות ואת האפקטיביות של הענישה²². במילים אחרות, ניתן לפטור חלק גדול מחוליי ההליך הפלילי באמצעות שימוש נרחב יותר בחלופות של ענישה בהסכמה. להלן נדון בהרחבה ביתרונות של הליכי ענישה בהסכמה באמצעות דיון בטענות המועלות לעתים כנגד השימוש בחלופות אלו.

5.2. בחינת היתרונות של ענישה מוסכמת והביקורות עליה

מספר טענות נפוצות מושמעות כנגד השימוש בענישה מוסכמת. במישור הפונקציונאלי נטען כי הענישה המוסכמת פוגעת בהרתעה, נוכח העונשים הקלים המוטלים בהליך זה, וכן בעקרונות צדק בסיסיים, כגון בעקרון השוויון, נוכח הפערים בענישה בין מי שמסכים להסדר לבין מי שלא מסכים. כן נטען, שהקלות בעונש הניתנות בתמורה להסכמה אינן מתיישבות עם עקרון הגמול. עוד נטען כי הצעות לענישה מוסכמת פוגעות בזכויות החוקתיות של נאשמים, ביוצרן תמריץ להודות ולקבל עונש בניגוד לזכות הנאשמים לאי הפללה עצמית, זכותם למשפט, וזכותם לעימות עם הראיות. חמורה עוד יותר ההשלכה של החלופות, לפי מבקריהן, על נאשמים חפים מפשע, אשר תחת האיום בעונש חמור נאלצים להודות בעבירה אותה הם לא ביצעו ולהיענש בגינה. החשש שההסדרים יובילו להרשעת חפים חמור במיוחד כאשר הנאשם אינו נהנה מייצוג הולם, ובשל חוסר הבנתו את ההליך הוא עלול להסכים להסדר בלחץ התביעה ולמרות חפותו. יש גם

²¹ לדיון מפורט בכל אלו וביתר החסרונות של השיחויים בהליכים הפליליים ראו לעיל בפרק 3.

²² לנוקים הנגרמים עקב בעיית העומס ראו לעיל בסעיף 3.1.

שטוענים כי ההסכמה בהסדר אינה הסכמה אמיתית, שכן האיום בעונש החמור בהרבה מהעונש שיוטל על הנאשם אם יסכים עולה כדי כפייה. בנוסף נטען, כי הסכמות על ענישה פוגעות באמון הציבור במערכת המשפט, נוכח התחושה כי הצדק נתון למיקוח. מן הבחינה העקרונית פוגעות ההסכמות במעמדו של בית-המשפט ומגבילות את התפקיד החוקתי שהוטל עליו על-ידי המחוקק. בית-המשפט מתבקש לאצול מסמכותו לגזור את העונש לתביעה. זאת ועוד, להכרעות שיפוטיות בהליך אדוורסרי יש ערך החורג מעניינו של ההליך הספציפי בו הן ניתנות, מכיוון שהן מסייעות בפירוש ויישום הערכים החברתיים הקבועים בדין. להסכמה בין הצדדים אין ערך דומה. ההסכמות גם מונעות מבית-המשפט למלא את תפקידו להגיע לחקר האמת. נבחן טענות אלו להלן.

5.2.1. הרתעה

אחת הטענות המרכזיות כנגד הסדרים של ענישה בהסכמה מתמקדת בפגיעה שגורמים הסדרים אלו לכוחה המרתיע של מערכת המשפט הפלילי. כדי שהנאשם יסכים להצעה החלופית, חייבת התביעה להציע לו עונש קל מזה הצפוי לו אם יועמד לדין. התביעה חייבת, אם כן, להציע עונש שייראה, בעיני הנאשם, כהקלה ביחס לעונש שצפוי להיות מוטל על-ידי בית-המשפט. הקלה זו עשויה לעתים להיות משמעותית, כיוון שהתביעה אינה יודעת מהו העונש הקריטי של הנאשם, ולכן היא עלולה להציע עונש נמוך באופן משמעותי מעונש זה, כדי להגדיל את הסיכוי שהנאשם יקבל את ההצעה. הקלות אלו, כך על-פי הטענה, פוגעות בהרתעה של מערכת המשפט הפלילי.

בולט בעמדה זו השופט גולדברג. בפסק-דינו בע"פ לוי, שדן בסוגיה זו בהקשר של הסדרי טיעון, הדגיש השופט גולדברג את ההרתעה כשיקול מרכזי בענישה, ואת ההסדרים המקלים כמכשילים מטרה זו. בלשונו:

"קיומו של פער משמעותי בין העונש המוסכם בהסדר הטיעון לעונש הראוי, מחטיא, לדעתי, את מטרתו של המשפט הפלילי, ואין הוא מתיישב עם ההיבט ההרתעתי, הכללי והאינדיבידואלי, הנדרש כדי להגן על הערך החברתי הנתון בסכנה מהישנות העבירה"²³.

גם בציבור ובקרב רשויות רבות אחרות מבוססת התפיסה כי פשרות שעורכת התביעה במסגרת הסדרים עם נאשמים מובילות לענישה מקלה ולפגיעה בהרתעה²⁴. ביקורת דומה מושמעת לא אחת כנגד השימוש הנרחב שעושות רשויות המס בהליך הכופר כחלופה להליך הפלילי²⁵.

אלא שההסדרים על ענישה אינם פוגעים בהרתעה של מערכת המשפט. נהפוך הוא. הם מחזקים את כוחה המרתיע. הטעות של הטוענים אחרת נובעת מהסתכלותם על תיק אחד, בו מגיעים הצדדים להסכמה, תוך התעלמות מהשפעת הפרקטיקה על מכלול התיקים ועל פעולת מערכת האכיפה כולה.

²³ מתוך דברי השופט גולדברג בע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158 (להלן: ע"פ לוי), בעמ' 165.

²⁴ ראו 85 (1989-1990) 32 *Crim. L.Q.* "Public Attitudes to Plea Bargaining" S.A. Cohen & A.N. Doob; וכן נ' קראו, "המשטרה: מערכת המשפט סלחנית כלפי עברייני סמים", **הארץ**, 29.5.2000.

²⁵ ראו למשל א' מגן, לעיל הערה 10, בעמ' 85-83.

לפי תיאורית ההרתעה, רמת ההרתעה של מערכת האכיפה תלויה בשני גורמים: בסיכוי שיוטל עונש ובחומרת העונש²⁶. כפי שהראיתי לעיל, אם אנשים הם רציונלים ואדישים לסיכון, ההרתעה תלויה בתוחלת העונש, דהיינו, בהסתברות להיענש כפול העונש. בדוגמה שהובאה לעיל, במערכת שבה אין הסדרים על ענישה, תהיה תוחלת העונש נמוכה מרבע העונש ההולם את המעשה, שכן התביעה תוכל, נוכח משאביה המוגבלים, להעמיד לדין רק רבע מהחשודים, וחלק מהעומדים לדין יימצאו זכאים. לפיכך, העונש הממוצע (או תוחלת העונש לנאשם) במערכת כזו יהיה $0.225P$ ²⁷.

לעומת זאת, במשטר בו מותרים הסדרים, אפילו אם התביעה תתפשר עד כדי רבע מן העונש שצפוי להיות מוטל על-ידי בית-המשפט, תוחלת העונשים תהיה גבוהה יותר. למעשה, כאשר התביעה פועלת תחת אילוצי משאבים היא תוכל להבטיח תוחלת עונש גבוהה יותר לכל חשוד, אם היא תמקסם את העונש ליחידת משאבים המושקעת בתיק. בדוגמה לעיל, נניח כי העונש P הוא קנס של 10,000 ₪. במילים אחרות, אם נאשם יורשע ייגזר עליו קנס זה. כמו בדוגמה הקודמת, ניהול הליך משפטי כנגד עבריין גוזל 100 שעות עבודה, וסיכויי ההרשעה הם 90%. במקרה כזה תוחלת העונש של העבריין היא $0.9P$, דהיינו 9000 ₪. היחס בין העונש לבין שעת עבודה של תובעת (המיצגת כאן את המשאב המוגבל של התביעה) הוא $90 = 9000/100$ ₪ קנס לשעה. לעומת זאת, הסדר גוזל מהתביעה רק חמישית מן הזמן הדרוש לקיום הליך, דהיינו 20 שעות. כדי להגיע לאותה "תפוקה", במונחים של עונש ליחידת זמן של התביעה, על התביעה להשיג בהסדר עונש שגובהו חמישית מתוחלת העונש של ההליך השיפוטי. במילים אחרות, כל עוד העונש בהסדר גבוה מחמישית של 9000 ₪, דהיינו גבוה מ-1800 קנס, ההסדר מקדם שימוש אפקטיבי יותר במשאבי התביעה (כאשר התפוקה נמדדת בסך העונשים המוטלים). כאשר העונש בהסדר הוא 1800 ₪, העונש לשעת תביעה הוא $90 = 1800/20$, דהיינו כמו במקרה שהתביעה נמנעת מהסדרים. כל הסדר על עונש החמור מ-1800 מבטיח כי העונש ליחידת משאבים יהיה גדול יותר מזה שיושג בהליך שיפוטי. כאשר התביעה ממקסמת את העונש ליחידת משאבים, היא ממקסמת גם את סך הענישה ולכן את תוחלת העונש לעבריין. אם תוחלת העונש היא הגורם המשפיע על ההרתעה, כפי שהנחנו בתחילה, הרי שכל עוד ההסדר יבטיח עונש הגבוה מ-1800 קנס, יהיה בו כדי לקדם את ההרתעה. תחת ההנחות לעיל, אם הסדר על ענישה דורש רק חמישית מהזמן שמחייב הליך מלא, כל הסדר על עונש הגבוה מחמישית מתוחלת העונש הצפוי בהליך שיפוטי, יקדם את ההרתעה. באופן כללי יותר, אם התביעה פועלת תחת אילוצי משאבים, אם מטרתה היא קידום ההרתעה לפי תיאורית ההרתעה, ואם את ההרתעה ניתן לקדם באמצעות מיקסום תוחלת העונש, הרי שכל הסדר שבו שיעור ההקלה בעונש גדול משיעור החיסכון במשאבים המושג בזכות ההסדר, מקדם את ההרתעה.

התוצאה אף מובהקת יותר אם מגמישים הנחות אלו. עד כה הנחתי כי ההרתעה תלויה בתוחלת העונש, דהיינו בהסתברות להיענש כפול חומרת העונש. אולם, כפי שהראיתי בפירוט לעיל²⁸, מחקרים רבים מוכיחים כי בפועל הסיכוי להיענש משפיע יותר על ההרתעה מאשר חומרת העונש

²⁶ ראו G.S. Becker "Crime and punishment: An economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169. אלו שני הגורמים העיקריים המשפיעים על ההרתעה. עם זאת, מקובל לציין גם את מהירות התגובה העונשית כגורם המשפיע על ההרתעה. ראו ש. ג. שוהם וג. שביט, **עבירות ועונשים** (תש"ף), 93-95. בהמשך אדון גם בגורם זה.

²⁷ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 18.

²⁸ ראו לעיל בסעיף 2.3.1.2.

המוטל²⁹. למעשה כמעט כל המחקרים האמפיריים בתחום מאששים את הסברה כי ההסתברות להיענש משפיעה על רמת ההרתעה. לעומת זאת, התוצאות בעניין השפעת חומרת העונשים על ההרתעה פחות מובהקות³⁰. כפי שראינו לעיל, השימוש בהסדרים מגדיל את מספר העבריינים הנענשים על חשבון פגיעה מסוימת בחומרת העונש. להרחבת היקף העבריינים הנענשים בזכות החלופות השפעה חיובית על ההרתעה, בנוסף להשפעתה על החמרה בתוחלת העונשים. מטעם זה, אם מרפים מההנחה שההרתעה מושפעת מתוחלת העונש בלבד, ומתחשבים גם ביחס בין השינוי בהסתברות לעונש לבין השינוי בחומרת העונש, החלופות מקדמות את ההרתעה עוד יותר.

ניתן להסביר תופעה זו גם בדרך אחרת. כאמור, העונש הקריטי הוא העונש אשר מבחינת העבריינין גורם לסבל השקול בחומרתו לסבל הכרוך בעמידה לדין (על הסיכון הכרוך בעמידה לדין). לפיכך, מבחינת העבריינין רק עונש קל יותר מהעונש הקריטי ייחשב הקלה בעונש. אם יוטל על העבריינין במסגרת ההסדר העונש הקריטי בדיוק, הרי שסיבלו יהיה דומה לסיבלו מעמידה לדין. כיוון שתיאורית ההרתעה מניחה כי הסבל שנגרם עקב העונש הוא הגורם לצמצום הפגיעה, ההרתעה שתיווצר כאשר יוטל העונש הקריטי תשתווה להרתעה מהעמדת העבריינין לדין. לפיכך, כאשר בוחנים באיזו מידה ניתנה לנאשם הקלה בעונש במסגרת ההסדר, אין להשוות את העונש בהסדר לעונש הצפוי לו אם יורשע בהליך ואף לא לתוחלת העונש, אלא יש להשוותו לעונש הקריטי שלו. השאלה היא האם העונש הקריטי צפוי להיות גבוה מתוחלת העונש או נמוך ממנה?

ברוב המקרים של המכריע של המחקרים, העונש הקריטי נמוך מתוחלת העונש. אם יש סיכוי של 80% שיוטל על אדם עונש של 10 שנות מאסר, סביר כי העונש הקריטי שלו יהיה נמוך מ-8 שנות מאסר. במילים אחרות, עונש ודאי של 8 שנות מאסר ייחשב על-ידי רוב האנשים כחמור יותר מסיכוי של 80% לעונש של 10 שנות מאסר וסיכוי של 20% לא לקבל עונש כלל. לכך מספר סיבות אותם פירטתי במסגרת הדיון על הרתעה³¹. האחת, התופעה הפסיכולוגית של "שנאת הפסד", הגורמת לכך שאנשים יתנו משקל מיוחד לסיכוי להימנע מכל עונש, הקיים בהליך משפטי, ולכן להעדפת הליך משפטי על פני עונש ודאי עם תוחלת דומה. שנאת הפסד גורמת, לכן, לעונש הקריטי להיות נמוך מתוחלת העונש של ההליך המשפטי. הסיבה השנייה, הרלבנטית לפחות באותן חלופות במסגרתן הנענש מורשע (כגון הסדר טיעון), קשורה לסבל המיוחד הכרוך בעצם הנשיאה בעונש. אדם הנושא בעונש, בייחוד אם לעונש מתלווה הרשעה, נענש גם בסטיגמה המתלווה לעונש זה. בדרך כלל, כאשר משווים בין חומרת העונש המוסכם לבין העונש הראוי, מתעלמים מההרשעה ומהסטיגמה המתלווה אליה. לפיכך, עונש של שנת מאסר אחת במסגרת הסדר עם התביעה אינו שקול לסיכוי של 50% לעונש של שנתיים מאסר, שכן לעונש המאסר הוודאי מתווספת בוודאות גם ההרשעה והסטיגמה, ואילו לעונש התלוי בתוצאות המשפט, תתווסף הסטיגמה רק אם הוא יתממש. דהיינו, במקרה השני יש סיכוי של 50% שלא תוטל סטיגמה. כך, לדוגמא, אם הנאשם מעריך את הסטיגמה כשקולה, מבחינת הסבל שהיא גורמת לו, לחודשיים מאסר, הרי שעונש של שנת מאסר אחת עם הרשעה שקול למעשה לעונש של שנה וחודשיים. כאשר מנגד עומדת אופציה לפיה יש 50% לעונש של שנתיים מאסר והרשעה (השקולה כאמור לחודשיים מאסר נוספים) אך גם 50%

²⁹ ראו, למשל, J. Q. Grogger "Certainty vs. Severity of Punishment" 29 *Economic Inquiry* (1991) 297. השו. J. Q. Wilson & R.J. Herrnstein, *Crime and Human Nature* (New York, 1985), 374-403.

³⁰ לסיבות לקיומה של תופעה זו ראו בהרחבה לעיל בפרק 2, בטקסט הצמוד להערה 58.

³¹ ראו לעיל בסעיף 2.3.1.2.

סיכוי לפטור מלא, האופציה השנייה תהיה מועדפת גם לאדם שאדיש לסיכון. תוחלת העונש של ההליך המשפטי במקרה זה שקולה לשנת מאסר וחודש, ואילו העונש הוודאי המוצע כחלופה הוא עונש של שנת מאסר וחודשיים³². גם מטעם זה, העונש הקריטי נמוך מתוחלת העונש הפורמלי. שלישית, התופעה של העדפת הווה, כאשר מדובר בעונשי מאסר, גורמת לכך שההפחתה בעונש המאסר אינה מקבלת משקל דומה להקטנת הסיכוי להיאסר. הפחתת עונש מאסר מ-10 ל-8 שנים תשפיע על חירותו של העבריין רק בעוד 8 שנים. לעומת זאת, סיכוי של 20% להימצא זכאי במשפט עשוי להיות בעל השפעה מידית. כיוון שלאנשים בכלל, ולעבריינים בפרט, יחס מועדף להקטנת סבל בהווה, בייחוד על פני העתיד הרחוק, עונש המאסר הקריטי קטן מתוחלת עונש המאסר הצפוי במשפט³³. רביעית, התופעה של אופטימיות יתר, שנדונה גם היא לעיל³⁴, גורמת גם היא להערכת חסר של הסיכוי להימצא אשם, ולכן להפחתה בעונש הקריטי. ישנן גם תופעות נגדיות העשויות להשפיע על העונש הקריטי בכיוון ההפוך. כך, למשל, העלות הכרוכה בעצם ניהול ההליך הפלילי, עשויה להיחשב כחלק מן הסבל אותו מעוניין העבריין למנוע, דבר שיגדיל את האטרקטיביות של החלופה ויגרום לעלייה בעונש הקריטי. עם זאת, נראה כי לפחות בעבירות החמורות בהן העונש הצפוי הוא משמעותי, עלות זו הופכת שיקול קל ערך יחסית לתופעות הגורמות להפחתה של העונש הקריטי. מכיוון שכך, העונש הקריטי צפוי להיות נמוך, לעתים משמעותית, מתוחלת העונש של ההליך השיפוטי. כאמור לעיל, רק ההפרש בין העונש המוסכם בהסדר לבין העונש הקריטי צריך להיחשב הקלה אמיתית בעונש הפוגעת בהרתעה. אולם, רוב המבקרים את ההסדרים בטענה כי אלו פוגעים בהרתעה, לא משווים בין העונש המוסכם לבין העונש הקריטי, ואף לא בין העונש המוסכם לבין תוחלת העונש בהליך הפלילי. במקרים רבים, טענת ההקלה בעונש נעשית בהסתמך על הפער בין העונש המוסכם לבין העונש שהיה מוטל על העבריין אילו הוא היה מורשע בהליך שיפוטי, תוך התעלמות מסיכויי לצאת מההליך פטור, ומההשלכות החיוביות הנוספות של עונש ודאי מידי על פני עונש מסופק עתידי. מטעם זה, ההקלות בעונש במסגרת ההסכמות נראות לעתים גדולות למדי. אולם, במקרים רבים ההקלה גדולה רק למראית עין.

זאת ועוד, תיאורית ההרתעה מתייחסת, על-פי חלק מן המחקרים, גם למהירות התגובה העונשית. על-פי תיאוריה זו, ענישה מהירה, הסמוכה ככל האפשר למועד העבירה, מקדמת גם היא את ההרתעה. החלופות מאפשרות תגובה עונשית מהירה יותר של מערכת האכיפה, הן בתיקים במסגרתם נערך הסדר והן בתיקים המטופלים בסופו של דבר בבית-המשפט, לאור המשאבים שהתפנו בזכות ההסדר. גם בדרך זו מקדמות החלופות את ההרתעה.

לסיכום חלק זה, ראינו כי גם פשרות משמעותיות ביותר של התביעה בהסדרים, יקדמו ברוב המקרים את ההרתעה, שכן פשרות אלו מפנות משאבים לטיפול בתיקים רבים אחרים אשר התביעה הייתה חייבת להזניח אילולא הותר לה לערוך הסדר. עוד ראינו, כי השוואת העונש המושג בהסדרים עם העונש שצפוי לנאשם בעבירה דומה שהורשע בה, אינה הדרך הנכונה לבחון את מידת ההקלה שניתנה לנאשם בהסדר. השוואה זו מתעלמת מההפחתה בתוחלת העונש של

³² אם לעונש המוסכם לא מתלווה סטיגמה הדבר יגרום דווקא לעליה בעונש הקריטי. כך, למשל, חשוד בעבירת מס יסכים פעמים רבות לשלם כופר בסכום הגבוה מתוחלת הקנס הצפוי לו בהליך שיפוטי, שכן תשלום הכופר, ברוב המקרים, לא נחשף, ולכן לא מתלווה אליו סטיגמה. בו בזמן שלהרשעה בהליך פלילי מתלווה סטיגמה שלילית.

³³ למחקרים אמפיריים המראים תופעה זו ראו לעיל בפרק 2, הערה 55.

העברייין המוותר, בהסכימו להסדר, על הסיכוי לעורר ספק באשמתו ולהימצא זכאי; וכן היא מתעלמת מתופעות, שנמצאו במחקרים ממדעי ההתנהגות, והמלמדות כי לוודאות העונש יש השלכה מיוחדת של החמרה אשר אינה נלקחת בחישוב הפשוט לעיל. כאשר מתחשבים בשתי עובדות אלו, שיעור ההקלות בעונש בהליכי ענישה בהסכמה עשוי להימצא קטן בהרבה מזה שנראה לראשונה. לכל זאת יש להוסיף את השלכת החלופות על זירוז התגובה העונשית המסייעת גם היא לקידום ההרתעה. נראה, אם כן, כי הטענות לפיהן ההסדרים פוגעים בהרתעה אינן מבוססות.

5.2.2. גמול

לפי טענה אחרת, המועלית לא אחת כנגד הסדרים של ענישה בהסכמה, אין להתיר חלופות אלו משום שהן חותרות תחת התפיסה שלפיה יש להבטיח כי כל מי שביצע עבירה ייענש כגמולו, בעונש ההולם את מעשיו³⁵. הקלות בעונש למטרות פרקטיות, כמו אלו הניתנות כדי לעודד נאשמים לוותר על זכותם למשפט, אינן מתיישבות עם תפיסת ענישה גמולית שלפיה העונש חייב להולם את העבירה, לא יותר ולא פחות. אלו הרואים בגמול כעיקרון מנחה יחידי בקביעת העונש, יוצאים לא אחת בחריפות כנגד הקלות הניתנות בתמורה לוותר הנאשמים על זכויותיהם למשפט³⁶.

אכן, הליכי ענישה בהסכמה מתבססים על פשרה – גישה הסותרת את התפיסה הגמולית, לפחות לפי אלו הסבורים כי שיקולי גמול ורק הם צריכים לקבוע את העונש המדויק³⁷. אם בתי-המשפט מטילים את העונש ההולם, העונש המוטל באמצעות החלופה חייב להיות קל מעונש זה, כדי לתת לנאשם תמריץ להסכים לו. ההקלה ניתנת, לרוב, כדי לאפשר לרשות להתמודד עם היקף העבירות, בדרך של הענשת שיעור גדול יותר של העבריינים. לפיכך, שיקולים תוצאתניים נכנסים למערך שיקולי הענישה, בניגוד לעמדת חלק מהדוגלים בגמול כהצדקה יחידה לעונש.

אלא שביקורת זו מתעלמת מן האלטרנטיבה. האלטרנטיבה לחלופות במסגרת משאבים נתונה היא לוותר על העמדתם לדין של עבריינים רבים. גם ההחלטה לסגור תיק במסגרת שיקולי המשאבים של מערך האכיפה פוגעת בצורך להעניש עבריינים כגמולם, וגם פגיעה זו נעשית למעשה משיקולים תוצאתניים (הרצון לאפשר למערך האכיפה לתפקד במסגרת משאבי המוגבלים). כל עוד מוסכם כי לעולם לא יופנו למערך האכיפה כל המשאבים הדרושים להבטיח אכיפה מושלמת, לא ניתן להרחיק שיקולים מעין אלו ממערך השיקולים של הרשויות. מקום בו מערך האכיפה אינו יכול להבטיח מימוש מלא של העקרונות המנחים של התפיסה הגמולית, יש לבחון האם השימוש בחלופות יקדם או יפגע ביכולת מערך זה להביא לענישה הולמת ככל האפשר של שיעור גדול ככל הניתן של עבריינים.

³⁴ ראו לעיל בפרק 2, בטקסט הצמוד להערות 56 ו-57.

³⁵ התפיסה הגמולית דורשת, כמובן, גם כי העונש יוטל רק על מי שביצעו עבירות. בחלק זה אני עוסק אך בביקורת כנגד הפשרה בעונש כסותרת את התפיסה הגמולית. בהמשך הפרק אדון בפירוט בביקורת כנגד החלופות המתבססת על החשש מפני הרשעת חפים מפשע.

³⁶ ראו 36, G.P. Fletcher, *Basic Concept of Criminal Law* (Oxford, 1998).

³⁷ כפי שראינו בפרק 2, רבים רואים בגמול רק אחת המטרות הרלבנטיות, ומכירים במקומן של מטרות אחרות בקביעת העונש.

כפי שהראיתי לעיל³⁸, סבורני כי בבחירה בין סגירת תיקים רבים לבין הקלה מסוימת בעונשם של רוב העבריינים, החלופה האחרונה עדיפה גם על-פי גישת הגמול. היא אמנם מחייבת הטלת עונשים קלים מעט מהעונשים ההולמים על רוב העבריינים, אולם בדרך זו היא מאפשרת הטלת עונשים על שיעור גדול בהרבה של עבריינים. אף אחת מהגישות לא מקיימת את החובה להטיל עונשים הולמים על כל העבריינים, אולם הפשרה שמתאפשרת באמצעות שימוש בחלופות קלה בהרבה מהפשרות שהיה צורך לערוך אם כל עונש יוטל בהליך פלילי מלא.

יש הטוענים כי הגישה הגמולית מביעה עמדה רק לגבי העונש שיש להטיל על מי שהורשעו, ולכן גם אם עקב איסור על פשרות יהיה צורך לסגור תיקים רבים אין בכך סתירה לעקרון הגמול. אחרים טוענים כי האיסור על פשרות בענישה הוא מוחלט, ויש לקיימו גם כאשר הדבר יפגע ביכולת להבטיח ענישה הולמת לעבריינים רבים בעתיד. לפי כל אחת מטענות אלו, אין משמעה של הגישה הגמולית כי יש לפעול לכך שמרב העבריינים ייענשו בעונשים הולמים, ככל האפשר, אלא שבנסיבות מסוימות, דהיינו בשלב גזירת הדין, יש להטיל על מי שהורשע עונש הולם. אלא, שבחינת ההצדקות לגישה הגמולית תקשה לבסס טענה זו. כפי שהראיתי לעיל³⁹ התומכים בגישה הגמולית מציינים שלוש הצדקות מרכזיות לעמדתם. האחת, מתבססת על התחושה האינטואיטיבית שלפיה מי שפשע ראוי לעונש. השנייה, רואה חשיבות בהעברת מסר של גינוי למי שחטאו באמצעות העונש. השלישית, רואה בעונש אמצעי להשיב את האיזון שהופר על-ידי מי שלקח לעצמו, בהפרת החוק, יתרון בלתי הוגן על פני יתר בני החברה⁴⁰. שלוש ההצדקות הללו יכולות לבסס עמדה כי יש לשאוף להטלת עונשים הולמים, ככל האפשר, על שיעור גדול, ככל האפשר, של עבריינים. אינטואיטיבית, רוב האנשים יסברו כי עדיף משטר שבו הרוב המכריע של העבריינים ייענשו, גם אם העונש יהיה קל מעט מזה הראוי, על פני משטר שבו רק מיעוט ייענשו בעונש הולם, ויתר המפרים יצאו פטורים בלא כלום. בדומה, גם הצורך לשלוח מסר של גינוי חברתי או להחזיר את האיזון שהופר עקב העבירה יקודמו טוב יותר אם שיעור העבריינים שנענשים יגדל משמעותית. סבורני, לכן, כי גישה גמולית המתבססת על אחת מההצדקות המרכזיות הללו, צריכה דווקא להעדיף משטר המאפשר הליכים של ענישה בהסכמה, המאפשר הענשת עבריינים רבים יותר. לפחות, כך ניתן לטעון, אין בעצם אימוצה של עמדה גמולית לעונש כדי לשלול גישה כזו⁴¹.

בכל מקרה, גם אלו הסבורים כי הגמול הוא אילוץ המחייב אופן פעולה מסוים בשלב גזירת הדין, מקבלים, לפחות רובם, כי שיקולים תוצאתניים עדיין יכולים לבוא לידי ביטוי. כפי שראינו בפרק השני, יש הסבורים כי עקרון הגמול קובע אך סף עליון ותחתון לקביעת העונש ובתווך ניתן לשקול שיקולים אחרים. אחרים סבורים כי הגמול קובע רק סף עליון לענישה או כי הוא מתווה רק בקווים כלליים קשר מסוים בין חומרת העבירה לבין העונש. בכל אחד מהמקרים הללו, ניתן במסגרת האילוצים הגמוליים לאפשר את קיומן של החלופות על הפשרות העונשיות הגלומות בהן.

³⁸ ראו לעיל בסעיף 2.3.2.2.

³⁹ ראו לעיל בפרק 2.

⁴⁰ ראו על הצדקות אלו בהרחבה לעיל בסעיף 2.3.2.2.

⁴¹ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 2.3.2.2.

5.2.3. שוויון

טענה אחרת המועלת לעתים כנגד הסדרים על ענישה הינה כי הם פוגעים בעקרון אחידות הענישה, כמרכיב של עקרון השוויון⁴². הטענה היא כי במקום בו שני אנשים מבצעים עבירה דומה, יזכה האחד לעונש חמור יותר מהאחר, רק משום שהאחרון בחר להגיע להסדר על עונש מוסכם. הבחנה זו, כך נטען, אינה הבחנה רלבנטית לעניין הענישה, וכאשר נגזרים ממנה פערים בענישה, התוצאה סותרת את עקרון השוויון. יובהר כי אין הכוונה שהתביעה תפלה בין השניים, ולמרות הדמיון בין מצבם תציע לאחד הסדר ותסרב להציע לאחר הסדר דומה, בלא כל הצדקה. במקרה כזה פעולת התביעה פגומה ומחייבת השוואת העונשים בין הנאשמים⁴³. הכוונה לחוסר השוויון בין עונשם הקל של מי שהסכימו להצעה לעונש מסוים לבין העונש הכבד יותר המוטל על מי שסירבו להצעה. במקרה כזה, גישת התביעה לעבריינים הייתה אחידה, אולם החלטות פרוצדוראליות של הנאשם יגרמו לשוני בעונש המוטל עליו⁴⁴. אם אכן ייקבע כי הבחנה זו פסולה, אסור שיהיה פער בעונשים בין מי שסירבו להסדר והורשעו לבין מי שהסכימו לו⁴⁵. במקרה כזה לא ניתן יהיה, באמצעות הקלות בעונש, לעודד אנשים להגיע להסכם, ולכן לא ניתן יהיה להגיע להסדרים כלל.

סבורני, כי אין לקבל עמדה זו. אופן היישום של עקרון השוויון במערכת האכיפה הפלילית הוא נושא השנוי במחלוקת. אם משמעותו שכל אדם שביצע אותה עבירה יזכה לתגובה זהה של מערכת המשפט, יישומו בלתי אפשרי. אין ספור גורמים, שאינם קשורים לחומרת העבירה ולנסיבותיה, משפיעים על התגובה המערכתית. כדוגמא לחלק מן הגורמים ניתן לציין את הסיכוי להיתפס ולהיעצר, עוצמת הראיות והאישומים אותם ניתן לבסס עליהן, היכולת של הנאשם להציע חלופה סבירה למעצרו, ושיקול-הדעת השונה של שופטים, תובעים וקציני מבחן במערכת ביזורית. למעשה, ספק רב אם מערכת האכיפה הפלילית מנסה כלל להבטיח תגובה שוויונית למעשים דומים.

מערכת האכיפה אף אינה בנויה באופן המנסה להבטיח אחידות בתגובה האכיפתית למקרים דומים. שיקול-הדעת הרחב, כמעט הבלתי מוגבל, של המשטרה בהפניית מקורות לאיתור עבירות ולחקירתן, של התביעה בהגשת כתבי-אישום, ושל בית-המשפט בגזירת הדין – אינו משתלב עם ניסיון להבטיח אחידות כזו. כל החלטה להעמיד מארב משטרתי בנקודה א ולא בנקודה ב פוגעת בשוויון בין מי שמבצע עבירה באזור א לבין מי שמבצע באזור ב. אפילו במובן מצומצם בהרבה, של ענישה שוויונית למבצעי עבירות דומות במקומות שונים (להבדיל משותפים לאותה עבירה), לא

⁴² ראו לטענה זו בהקשר של הסדרי טיעון אצל גרוס, לעיל הערה 9, בעמ' 435-436. לטענה זו בהקשר של כופר ראו ז' הנדלר וס' הנדלר "הסדרי כופר וחוק חופש המידע – עידן חדש?", **מיסים** יג (2) (תשנ"ט) א-85 וכן מגן, לעיל הערה 10, בעמ' 82.

⁴³ ראו ע"פ 5223/97 **רוזנטל נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) שם נתקבל ערעורו של נאשם שהורשע על-פי הודאתו ונגזרו עליו 13 שנות מאסר בפועל, במסגרת הסדר טיעון. הטעם לקבלת הערעור היה שכשמונה חודשים לאחר הרשעתו הסכימה התביעה לערוך הסדר טיעון עם שותפו של המערער, שחלקו בעבירה היה דומה, ועל-פי אותו הסדר נגזרו על השותף שש שנות מאסר וחצי בלבד. בית-המשפט קבע כי לא היה מקום להטיל עונשים שונים על שני שותפים כאשר שניהם הודו במסגרת הסדר טיעון, ולא היה כל טעם ראייתי או אחר להבחנה בין הסדרי הטיעון שהוצעו להם.

⁴⁴ לטענה זו ראו A.W. Alschuler, "The Changing Plea Bargaining Debate", 69 *Cal. L. Rev.* (1981) 652, pp. 679-680.

⁴⁵ השוו בג"ץ 637/89 "**חוקה למדינת ישראל**" נ' **שר האוצר ואח'**, פ"ד מו(1) 191, בעמ' 205 "משהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות, לפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחוייבת היא מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוני. ההחלטה המפלה דינה להתבטל, ותחתיה חייבת לבוא החלטה המשווה את פלוני ואת האחרים".

ניתן להישמע בטענות של אחידות ענישה⁴⁶. גישה זו אינה מפתיעה. הבטחת תגובה עונשית שוויונית בין כלל מבצעי העבירות אינה אפשרית. עלותה כה גבוהה עד כי החברה מוותרת למעשה על הניסיון להשיג מטרה זו⁴⁷. ביטול הפערים בחוליה אחת בשרשרת התגובות לעבירה לא בהכרח יסייע לצמצום הפערים בכלל.

זאת ועוד, ספק רב אם עקרון השוויון אכן מחייב ענישה אחידה למבצעי עבירות דומות. עקרון השוויון, כעיקרון חוקתי, אוסר על הפליה על בסיס קטגוריות החשודות כפסולות מטעמים היסטוריים, כגון דת, גזע ומין. במקרים אלו, גם אם ההפליה נעשית לקידום מטרת החקיקה ומשיקולים ענייניים, יכול שהיא תיאסר בשל הפגיעה בשוויון. מנגד, כאשר אין הפליה על בסיס קטגוריות אלו, אין כל איסור לנהוג באופן שונה כלפי אנשים שונים, במידה שהדבר דרוש לקידום תכלית ראויה. במילים אחרות, להבדיל מעקרון השוויון החוקתי, החובה הקבועה במשפט המינהלי לנהוג בשוויון אינה אלא פן של החובה לשקול שיקולים ענייניים⁴⁸. כאשר ההבחנה בין נאשמים לא נעשתה על בסיס קטגוריה חשודה, כגון דת, גזע או מין, היא פסולה רק אם היא נעשתה משיקולים זרים. לפיכך, הטלת עונשים שונים על עבריינים שקיבלו הצעה לעונש מוסכם ועל אלו שדחו הצעה כזו אינה פסולה, אם היא מקדמת את מטרות המשפט הפלילי. הבסיס להבחנה במקרה זה אינו קטגוריה ייחודית החשודה כפסולה, והשיקול לביסוס הענישה השונה אינו פסול⁴⁹.

⁴⁶ "אמת נכון הדבר, שעקרון אחידות הענישה נגזר מעקרון השוויון. במשמעותו המצומצמת של עקרון זה מדובר על נאשמים באותה פרשה שנתוניהם שווים ושהוטלו עליהם - ללא צדוק - עונשים שונים. בשלב הבא יכולה להיטען הטענה ששופט אחד הטיל על נאשמים בפרשיות שונות, שנתוניהם זהים, עונשים שונים, או ששופטים שונים באותו בית-משפט נהגו כך; בשלב הבא הטענה היא שבת-משפט שונים נוהגים בקני מידה ענישתיים שונים לגבי נאשמים בפרשיות שונות שנתוניהם דומים. ככל שמדובר בטענה כללית יותר הופכת הטענה בדבר הפגיעה באחידות הענישה לטענה בדבר מדיניות הענישה הראויה. כבר בע"פ 348/77, פ"ד לב(1) 517, 518 קבע בית-משפט זה שיש להבחין בין נאשמים שהואשמו באותו כתב-אישום בביצוע בצוותא של אותה עבירה לבין נאשמים בעבירות דומות שהואשמו במשפטים שונים; על יסוד השקפה זו דחה בית-משפט זה בקשות רשות לערער שסבו על רמת הענישה במקרה אינדיבידואלי של עבירות מס ערך מוסף לעומת העונשים שהוטלו במקרים דומים, ראה, למשל, רע"פ 4654/92. אכן, כפי שנאמר בפסק-הדין, נשוא הבקשה שלפני, נקבעת מדיניות הענישה על-ידי בית-המשפט העליון, העומד בראש הפירמידה המשפטית ולא על-ידי פסיקה אינדיבידואלית בענין זה או אחר; השווה: ע"פ 3511/90 וע"פ 3612/90, פ"ד (מו)3, 2-781; שאם לא כן היה כל בית-משפט נדרש בקביעת עונשו של נאשם 'ליישר קו' עם כל עונש חמור או קל יותר שנפסק בבית-משפט כלשהו, אולי תוך הבאתם בחשבון של ממוצעים סטטיסטיים של העונשים שהוטלו על נאשם על-ידי שופט בודד, בית-משפט מסוים או כלל בת-המשפט, תוך השוואת נתונים אינדיבידואליים בכל תיק, דבר שכלל אינו אפשרי". רע"פ 2714/00 אלחממדה עלי נגד מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: רע"פ אלחממדה). ראו גם ע"פ 348/77 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 517, שם מפנה בית-המשפט בהסכמה להלכה באנגליה, ואף שאינו שולל כי טענה בדבר אחידות ענישה בין עבריינים במקרים שונים תתקבל לעתים הוא קובע כי "קנה-המידה במקרים אלה יהיה תמיד זה, שהפער בין העונשים הוא כה גדול, שכל אדם סביר ירגיש בהם 'אי-צדק צורב'".

⁴⁷ ראו Easterbrook, לעיל הערה 11, בעמ' 302-303. מחקרים בארץ ובעולם מאששים את הטענה כי ישנם פערי ענישה גדולים בין שופטים שונים. ראו שוהם ושבט, לעיל הערה 26, בעמ' 56.

⁴⁸ ראו י' זמיר ומ' סובול, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס) 165, וכן בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל ואח' (לא פורסם), פסקה 14 לפסק-דינו של השופט זמיר.

⁴⁹ זו גם הגישה בארצות-הברית. שם הבחין בית-המשפט העליון בין הפעלה מודעת של סלקטיביות מסוימת באכיפה לבין סלקטיביות המבוססת על שיקולים פסולים, כגון גזע, דת וסיווגים שרירותיים אחרים. רק סלקטיביות מהסוג השני פסולה. ראו Oylar v. Boles 683 U.S. 448 (1962). כך, למשל, במנהטן בניו יורק, התפתחה תוכנית המכונה Federal Day במסגרתה, ביום אחד שנקבע באקראי בכל שבוע, מועברים כל תיקי המעצר של המשטרה בעבירות סמים לטיפול בבית-המשפט הפדרלי, שם העונשים על עבירות סמים חמורים בהרבה מאלו בבתי-המשפט המדינתיים. ראו M.L. Miller & R.F. Wright, *Criminal Procedure - Prosecution and Adjudication* (New York, 1999), 215. זאת ועוד, גם טענת הפליה על בסיס סיווג פסול, נדיר שתתקבל. כדי לבסס טענת הפליה על הטוון להוכיח שלושה תנאים מצטברים: (1) שאחרים שביצעו עבירה דומה לא הועמדו לדין; (2) שהסלקטיביות הייתה מכוונת ותכליתית ("Intentional and Purposeful"); (3) שהסלקטיביות התבססה על שיקולים שרירותיים. במהלך כל המאה ה-20 מעולם לא נתקבלה טענה כזו בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית, ובפועל, גם בערכאות אחרות נדירים המקרים שבהם טענת אכיפה מפלה מתקבלת. ראו P.J. Cardinale, *Procedure* (v. 4, 2nd ed., Criminal Practice Series, St. Paul, Minn., 1999) § 2.6(b), § 13.4(a) & S. Feldman, "The Federal Courts and the Right to Nondiscriminatory Administration of the Criminal Law: A Yick Wo v. Hopkins 118 U.S. 353 Critical View", 29 *Syracuse L. Rev.* (1978) 659, p. 691.

אולם, גם אם נטען כי יש לשאוף למזער את פערי הענישה בין עבריינים שביצעו עבירות דומות, אין להגביל את השימוש בהסדרים. למעשה, ניסיון לקדם את השוויון במערכת האכיפה באמצעות איסור על פשרות של ענישה בהסכמה צפוי רק להחריף פערים אלו. במילים אחרות, איסור על הסדרים יביא לפגיעה חריפה בהרבה בשוויון בין מבצעי עבירות דומות. כאשר התביעה נאלצת להעמיד לדין רק אחוז קטן מהחשודים שבידיה, נוכח מגבלות המשאבים שלה ושל בית-המשפט, נוצר מצב בו רוב מבצעי העבירות, גם אם ייאספו נגדם די ראיות, לא יועמדו לדין, ורק מיעוטם יועמדו לדין וייענשו בעונש הולם. בדוגמא המספרית שהובאה לעיל, במקום להבטיח תגובה עונשית לכל אלף החשודים, איסור על הסדרים יחייב את התביעה להעמיד לדין רק רבע מתוכם, דבר שיגרורם לכך שרוב העבריינים יצאו פטורים בלא כלום; ומיעוטם, אלו שהועמדו לדין והורשעו, יענשו במלוא חומרת הדין. תוצאה זו הינה פחות שוויונית ממצב בו כל הרוב המכריע של הנאשמים מורשעים ונענשים בעונש אחיד למדי, הקל במעט מהעונש ההולם.

(1886) אשר קבעה את תחולת עקרון השוויון בפני החוק על שיקול-הדעת באכיפת החוק, הצליחו רק שמונה אנשים להוכיח טענת הפליה באופן הפעלת שיקול-הדעת המינהלי באכיפת החוק. כמו בארצות-הברית, גם בארץ, נקבע כי התביעה מחויבת לפעול מתוך שוויון, וגם בארץ, ככל הידוע לי, לא נתקבלה בית-המשפט העליון טענת הפליה בהגשת כתב-אישום. פעמים רבות הטענה הועלתה אך נדחתה או שלא נדונה משום שהעותרים לא הביאו דוגמאות למקרים דומים שזכו ליחס שונה לביסוסה. ראו, למשל, בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (להלן: בג"ץ גנור), בעמ' 516 "בשל העדר נתונים מספיקים על מקרים דומים, אנו נמנעים מלקבוע כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה נגועה בהפליה פסולה", וכן בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לד(2) 634, בעמ' 638; בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, בעמ' 332; בג"ץ 1374/91 אלג'מל ואח', נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה ואח' (לא פורסם). במקרים אחרים הטענה לא נדונה בלא שניתן לכך הסבר. ראו, למשל, בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מח(3) 40, שם טען המבקש בין השאר להפליה בין המשיב 2, הרב גורן, שלא הועמד לדין, לבין מקרים נוספים של אישי ציבור אשר לטענתו של המבקש הועמדו לדין בעקבות התבטאויות דומות. אך העתירה נדחתה בנימוק כי ההחלטה סבירה ובלא דיון בטענת ההפליה. במקרה אחד, הביאו העותרים דוגמאות של למעלה מ-50 מקרים אחרים שבהם העמיד הפצ"ר לדין חיילי לבגין התעללות בתושבי האזור, כדי לבסס טענה כי סירובו של הפצ"ר להעמיד לדין את אל"מ יהודה מאיר התבסס על הפליה פסולה. השובט בייסקי, בדעת יחיד, קיבל עמדה זו וקבע כי הפצ"ר הפלה לטובה את המשיב בשל דרגתו הגבוהה. אולם, השובטים קדמי ולוין שכתבו אחריו קיבלו את העתירה מטעמים אחרים, ולא התייחסו לטענת ההפליה. למעשה, השובטים קדמי ולוין קבעו מפורשות שאילו סולק הקצין מידידת משירות העתירה הייתה נדחית. מכאן ניתן ללמוד כי הטענה לא הייתה מקובלת עליהם. למרות שבאותו מקרה הובאו דוגמאות להוכחת ההפליה. בכל מקרה, ניתן לבסס את פסק-הדין של השובט בייסקי על ההנחה כי דרגתו הגבוהה של חייל אינה שיקול רלבנטי בהחלטה שלא להעמידו לדין (למעשה, ייתכן כי דרגתו הגבוהה של החשוד צריכה להיחשב שיקול להחמיר עמו). במילים אחרות, גם עמדת היחיד של השובט בייסקי לא פוסלת את ההחלטה בשל הפליה, אלא בשל שיקולים פסולים של הפצ"ר, ואין בה כדי לבסס טענה שאכיפה סלקטיבית, כשלעצמה, פסולה. בעש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865 טען המערער כי הנהלת הרשות הגישה נגדו תלונה, למרות שרבים אחרים עברו את אותה עבירת משמעת, בשל פעילותו כחבר ועד העובדים. השובט זמיר, שדן בערעור, קיבל את טענת המערער כי ההנהלה ידעה על הנוהג הפסול ולא אכפה אותו כנגד אחרים. הוא לא מצא צורך לקבוע ממצא בשאלה האם הדבר נעשה בשל התנכלות מכוונת, כטענת המערער, אף כי הוא הביע "מורת רוח גם מכך שרק המערער הובא לדין, הוא לבדו מכל העובדים שרשמו דיווחי נוכחות שאינם אמת, באופן שיכול לעורר רושם של הפליה בין עובדים או התנכלות אישית למערער". למרות זאת, הערעור נדחה שכן "אין בכך כדי לפטור את המערער מן האחריות לעבירות המשמעת שהוא ביצע". שם, בעמ' 880. מפסק-דין זה עולה כי גם הפליה על רקע שיקולים זרים, אף כי היא פסולה, אינה עילה לביטול הליכים נגד הנאשם הטוען לה. ראו גם עש"מ 5205/01 פרנס נ' יושב ראש רשות השידור (טרם פורסם). במקרה אחד התקבלה טענה של תושבים בבאר שבע בדבר אכיפה סלקטיבית, אולם זאת מכיוון שהוכח שהשיקולים לסלקטיביות היו שיקולים פסולים. באותו מקרה הורה ראש העירייה להסיר שלטי מתאה שתלו תושבים כנגד מדיניות בטענה שהשלטים נתלו בניגוד לחוק עזר עירוני. אולם, העותרים הוכיחו כי שליחי ראש העירייה הסירו רק שלטים שדיברו בגנותו, והותירו שלטים אחרים. מטעם זה קבע בית-המשפט שהשיקול להבחין בין סוגי השלטים היה פסול ולכן האכיפה הסלקטיבית – אסורה. ראו בג"ץ 6396/96 זקין ואח' נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289. בית-המשפט הדגיש כי אכיפה מדגמית בשל משאבי אכיפה מוגבלים אינה פסולה כשלעצמה. בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב נדונה פעמיים טענת הפליה במסגרת ערעור פלילי. בע"פ 833/93 עדן חשמל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס"מ נד(3) 124 קיבל בית-המשפט את טענת המערערת וקבע כי ניתן לתקוף בהליך פלילי את כתב-האישום בטענת הפליה. באותו מקרה החזיר בית-המשפט את התיק לערכאה הראשונה כדי שזו תדון בטענת ההפליה לגופה. אולם לאחרונה, בע"פ 80074/99 ג'רבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) דחה בית-המשפט המחוזי עמדת בית-המשפט בעניין עדן חשמל וקבע כי טענות הפליה בהגשת כתב-אישום לא ניתן לטעון אלא בתקיפה ישירה בבג"ץ. ממכלול הפסיקה שהובא לעיל עולה כי טענת הפליה יכולה להיות טענה טובה כנגד החלטת התביעה להגיש או להימנע מלהגיש כתב-אישום, אולם לא ניתן לתקוף החלטה זו בהליך הפלילי עצמו אלא רק בתקיפה ישירה בבג"ץ. עוד נראה, וזה העיקר לענייננו, כי אכיפה סלקטיבית, שאינה נובעת משיגור פסול, אלא כדי להבטיח ניהול יעיל של מערכת האכיפה, אין די בה כדי לבסס טענת הפליה, ועל הטוען להפליה להוכיח גם כי היחס המונה נבע ממניע שירותי ופסול. אולם, מכיוון שלא ידוע על מקרה שבו טענה של אכיפה סלקטיבית נדונה באופן מוצה בבית-המשפט העליון, קשה לדעת בוודאות מהי עמדת הפסיקה בתחום זה, מה היקפה של חובת השוויון בתחום אכיפה והאם חל איסור על אכיפה סלקטיבית כאשר הדבר דרוש לקידום מטרות האכיפה.

אמנם, ניתן לטעון כי בפועל, גם שיטת משפט המעודדת הסדרים לא מביאה את כל הנאשמים שביצעו את העבירות להודות. לפיכך, גם משטר שבו קיימים הסדרים גורר בהכרח חוסר שוויון בין עבריינים. אולם חוסר השוויון האמור קטן יותר מזה שייווצר במשטר שבו אין הסדרים. גם אם אחוז קטן יחסית של נאשמים לא מקבל את ההסדר המוצע ונענש בעונש ההולם P, רוב העבריינים שנתפסים מודים וזוכים לעונש הנמוך במעט מ-P. רק על מיעוט קטן יוטל עונש מלא P ועל מיעוט קטן נוסף (מי שיזוכו או מי שנכח חוסר במשאבים לא יועמדו לדין) לא יוטל עונש כלל. לעומת זאת, כאשר נאסרים הסדרים לחלוטין, חלק משמעותי של הנאשמים נענש ב-P ואילו כל היתר יוצא פטור בלא כלום. פערי הענישה במצב זה גדולים בהרבה, והפגיעה בעקרון השוויון גדולה יותר⁵⁰.

זאת ועוד, את טענת חוסר השוויון בפני החוק יש לבחון בעת מתן ההצעה להסדר, ולא בעת סיום ההליך. במילים אחרות, מקום בו לכל נאשם במצב דומה הוצעה הצעה דומה, הרי שהתוצאה השונה בתום ההליך אינה פוגמת בשוויון בפני החוק. הנאשם הבוחר שלא לקבל את ההצעה לוקח על עצמו את הסיכון כי יורשע וההקלה שהוצעה לו כעת לא תעמוד לזכותו, וזאת כדי שיהיה לו סיכוי לעורר ספק באשמתו. בעת קבלת החלטה על ההסדר מצבו דומה למצבו של מי שמחליט אחרת⁵¹. החלטה זו אינה שונה מכל החלטה פרוצדוראלית אחרת של הנאשם העלולה להשפיע על תוצאת ההליך המשפטי. כך, למשל, נאשם עשוי להשפיע על תוצאות ההליך בהחלטתו אם להעיד, בבחירת קו ההגנה, בבחירת הראיות שיציג ועוד. בכל בחירה בין אלטרנטיבות פרוצדוראליות גלומה מידה מסוימת של הימור. אולם, עצם מתן הבחירה לא מהווה פגיעה בשוויון בין מי שבחרו ללכת בדרך אחת לבין מי שבחרו אחרת.

מנגד, במשטר בו נסגרים תיקים רבים נוכח חוסר משאבים והיעדר אפשרות לערוך הסדרים, היחס השונה בין הנאשמים המועמדים לדין לבין אלו שאינם מועמדים לדין נובע מבחירה שעורך התובע. בחירה זו אינה תלויה בהחלטת הנאשמים. איסור על הסדרים שקול לחיוב התובע לבחור את מי ממבצעי העבירה יש להעמיד לדין, באופן המונע מהנאשמים להשפיע על החלטה בדבר גורלם. מצב זה פוגע בעקרון השוויון הרבה יותר מאשר המצב בו הבחירה נתונה בידי הנאשם. ואכן, גם בית-המשפט אינו רואה בהבחנה בענישה בין מי שהסכימו להסדר לבין מי שסירבו לו משום הפליה פסולה⁵².

⁵⁰ התוצאה לא תשתנה גם אם נוסף לחשבון גם את אותם עבריינים שלא נענשים גם במשטר שבו קיימים הסדרים על ענישה מוסכמת. במצב בו העבריינים נחלקים רק לשתי קבוצות, אלו הנענשים בעונש "מלא" ואלו שלא נענשים כלל, הרי שפערי הענישה הממוצעים גדולים. מנגד, כאשר נוצרת קבוצת ביניים של עבריינים המקבלים עונש "חלקי", דהיינו, עונש קל יותר מהעונש המלא אך עדיין גדול מאפס, קטנה, ברוב המקרים, סטיית התקן של העונשים, ואיתה קטן חוסר השוויון. ככל שגדל החלק של העבריינים המשתייכים לקבוצת ביניים זו הולך וקטן חוסר השוויון בענישה. ההסדרים גורמים למעבר עבריינים משתי הקבוצות – אלו שלא נענשים ואלו שנענשים בעונש "מלא" – לקבוצת הביניים, ולפיכך מצמצמים את חוסר השוויון בענישה.

⁵¹ למעשה ניתן אף לטעון כי מתן הקלות דומות למי שהסכים להסדר טיעון ולמי שסירב לו פוגע בעקרון השוויון. כך, למשל, בג"ץ 326/96 **כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'**, פ"ד (4) 133 נדונה החלטה של הממונה על ההגבלים העסקיים להציע למספר חברות דלק הסדר שיאפשר קיצור ההתדיינות בערר שהגישו החברות על החלטתו. אחת מהחברות לא הסכימה להסדר וההתדיינות עימה נמשכה, ולמרות זאת שינה הממונה את החלטתו גם לגבי חברה זו. בית-המשפט קבע, כי החלטה המעניקה למי שלא הסכים להסדר את כל ההטבות הניתנות למי שהסכים להסדר כזה, בלא שהראשון כפוף לחובות המוטלות על המסכימים להסדר, חורגת ממתחם הסבירות ולכן דינה בטלות. אמנם, באותו מקרה דובר בהליך מינהלי ולא פלילי, אולם ההצדקות לגישת בית-המשפט חלות גם במשפט פלילי.

⁵² ראו ע"פ 5640/97 **רייך נ' מדינת ישראל** פ"ד (ג) 433, בעמ' 471: "אמנם בית-המשפט אינו כבול לעסקת הטיעון, בדגש על עניין הענישה, אך משבחר בית-המשפט לכבד את ההסדר, הופכת קביעתו לפסק-דין הניתן לערעור על-ידי

ניתן לטעון כי השאלה אינה שוויון בין עבריינים אלא שוויון בפני החוק, דהיינו, יש להבטיח, ככל הניתן, כי עבריינים המטופלים במערכת האכיפה יטופלו באופן דומה. לפי גישה זו, עצם העובדה שחלק מהעבריינים לא נתפסו או שלא נמצאו נגדם די ראיות אינה פוגעת בשוויון, כל עוד ההחלטות בדבר המשאבים והאמצעים שהושקעו לתפיסתם ולאיסוף הראיות והחלטות התביעה בעניינם התקבלו על בסיס קריטריונים אחידים. כפי שהראיתי לעיל, נוכח רמת הביזור הגבוהה והיקף שיקול-הדעת הרחב של גורמי האכיפה השונים, יש קושי רב בהשגת השוויון אף בהקשר זה. אפילו בהקשר המצומצם של אחדות הענישה בין מקרים דומים שנדונו בערכאות שונות, קבע בית-המשפט כי אין לקבל טענה כנגד גזר-דין רק מן הטעם שבמקרים דומים גזרו בתי-משפט אחרים עונשים קלים יותר, בהכירו כי לא ניתן להבטיח אחדות כזו⁵³. זאת ועוד, ספק רב אם במקום בו ניתן לבחור בין קידום השוויון ביחס לתגובה העונשית לכלל העבריינים, לבין קידום האחדות ביחס הרשויות למי שהובא בפניהם, עדיפה המטרה השנייה. אם ההסדרים מגדילים את מספר העבריינים הנענשים, ובדרך זו מצמצמים את הפערים בתגובה העונשית כלפי עבריינים שונים, נראה כי הם משיגים תוצאה צודקת יותר מזו המושגת במשטר השם דגש על אחדות הענישה בבית-המשפט בלבד⁵⁴.

שלישית, אם פגיעה בשוויון קיימת רק כאשר היחס השונה נובע מהפליה של הרשויות – להבדיל מיחס שונה הנובע מגורמים אחרים – הרי שההסדרים של ענישה מוסכמת, אם מופעלים נכונה, כלל לא פוגעים בעקרון השוויון. פערי הענישה בין מי שהסכימו להסדר לבין מי שדחו אותו, לא נגרמים עקב החלטה מפלה של הרשויות אלא עקב בחירה שונה של הנאשמים. הרשויות הציעו לנאשמים, באופן שוויוני, את אותן הצעות, והתוצאות השונות נגזרו מההחלטה השונה שקיבל כל נאשם. גם מן הטעם הזה אין בפער הענישה שנוצר כדי לבסס טענה של פגיעה בשוויון בפני החוק⁵⁵.

עד כה הנחתי, על-פי מודל של חלופה אותו בחנתי, כי העונש החלופי נקבע על-ידי התביעה. בחלק מן החלופות העונש אינו נתון לשיקול-דעתה של רשות מינהלית כלשהי אלא קבוע בחקיקה. במקרה זה, החלופות עשויות לקדם את השוויון עוד יותר. הליכים של עבירות קנס ועבירות

מי מהצדדים השותפים לו, ולא ע"י מי שבחר לנהוג אחרת ולנהל משפט ארוך מאוד, בשלוש ערכאות. כעת, כשהסתבר לו כי אלו אשר בחרו בדרך של הסדר טיעון, עשו "עסקה" טובה יותר משלו - הוא לא יוכל להישמע בטענת 'אחדות הענישה' כטעם להקלה בעונשו". ראו גם ע"פ 7826/98 דורפמן ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם) שבו, לאחר שדחו המערערים הצעה להסדר טיעון על-פיו יישאו בעונש של שנה וחצי מאסר, הם הורשעו ונגזר עליהם עונש של ארבע שנות מאסר. המערערים טענו כי לא ניתן היה לגזור עליהם עונש גדול מזה שהוצע להם במסגרת הסדר הטיעון רק משום שהם סירבו להסדר. בית-המשפט דחה טענה זו וקבע: "למערערים ניתנה ההזדמנות לסיים את הדיון בענינם בעסקת טיעון, שהתייחסה גם לעונש. ברם, המערערים בחרו לחזור בהם מעסקת הטיעון. בכך נמחקה העסקה כאילו לא הייתה כלל". ראו גם דנ"פ 5053/99 דורפמן ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), שם קבע הנשיא ברק כי "הטענה, כי נאשם קונה לעצמו חזקה בעונש שהוצע לו במסגרת הצעה אותה דחה שוללת כל משמעות ממוסד עיסקת הטיעון, כפי שהוא מוכר במשפטנו". ראו גם ע"פ 804/95 גריינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200, שם הוטל על המערער עונש הגדול פי שלושה מהעונש שהוטל על שותפיו לעבירה שהודו במסגרת הסדר טיעון.

⁵³ ראו רע"פ אלחממדה המצוטט בהרחבה לעיל בהערה 46.

⁵⁴ ראו לעיל בפרק 2, בטקסט הצמוד להערה 100.

⁵⁵ ניתן, כמובן, לטעון שבפועל הרשויות לא יציעו הסדרים דומים למי שביצעו עבירות דומות. זאת מכיוון שההחלטות מתקבלות על-ידי תובעים שונים בלא קווי מדיניות אחידים או פיקוח אפקטיבי. אולם, אין מקום להפנות טענה זו כנגד הסדרים בפרט אלא כנגד אופן הפעלת שיקול-הדעת המינהלי באכיפת החוק בכלל. כמו בעניין הסדרים על ענישה מקבלת התביעה אינספור החלטות בדבר הגשת כתב-אישום, בחירת האישומים, החלטה אם לבקש מעצר או תנאים מגבילים כמו גם קביעת עמדה בכל שלב בהליך. אם הבעיה היא חוסר אחדות במדיניות התביעה, הפסקת השימוש בהסדרים על ענישה אינה הפתרון. נהפוך הוא, החלטה כזו עלולה להחרף את הבעיה. כאשר חל איסור על הסדרים על ענישה, הפערים בין התובעים עלולים להביא לכך שמבין שני עבריינים דומים, האחד יועמד לדין וייענש במלוא חומרת הדין והשני כלל לא יועמד לדין. כאשר הסדרים מותרים, סביר יותר כי הפער בין התובעים יתמקד בגובה העונש שיוצע להם, ולא בעצם הטלת העונש. לפיכך, אין בסיס להניח כי ביטול ההסדרים יצמצם פערים אלו.

מינהליות של קנס קצוב מבטיחים כי בגין עבירות דומות ייענש הרוב המכריע של העבריינים שייתפסו בעונש דומה. לדוגמא, ההליך של ברירת קנס מבטיח כי מי שביצעו עבירות דומות ייענשו בקנס אחיד שגובהו קבוע בחוק. גם אלו הבוחרים להישפט מקבלים ברוב המקרים עונש דומה לעונש המוטל עליהם בדוח או, לכל היותר, עונש החמור במעט מעונש זה. לעומת זאת, בעבירות תעבורה שאינן עבירות קנס פערי הענישה גדולים למדי, והתוצאה הרבה פחות שוויונית⁵⁶.

יתרה מזאת, כאשר חומרת העונש נקבעת ברוב המכריע של המקרים על-ידי רשות מינהלית, כגון בהסדרי טיעון, בהליכי כופר ובעבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב, יכולה רשות מינהלית להבטיח אחידות בענישה בצורה טובה יותר מאשר בית-המשפט. זאת, מכיוון שרשות מינהלית פועלת במסגרת היררכית ריכוזית, המאפשרת קביעת קריטריונים ברורים לענישה, ופיקוח ובקרה על יישומם. לעומתה, מערכת המשפט הינה מערכת ביזורית אשר לכל שופט סמכות להטיל את העונש בלא כפיפות לקריטריונים ברורים. בעולם נעשו נסיונות רבים להבטיח יתר אחידות בענישה באמצעות קביעת הנחיות לעונש. אולם, מקום בו ההנחיות שנקבעו היו מפורטות מאוד באופן שאיפשר, לפחות דה יורה, רמת אחידות סבירה, נמצא כי הן יצרו עיוותים אחרים וחוסר צדק⁵⁷. זאת ועוד, בנוסף לעיוותים שהן יוצרות, ספק רב אם ההנחיות לענישה מסוגלות אף להשיג את אחידות בענישה⁵⁸. רשות מינהלית, הפועלת במסגרת של הנחיות והיררכיה יכולה לפתור בעיה זו. כך, למשל, ניתן לקבוע כי סטייה מההנחיות תחייב אישור של גורם ממונה אחד, באופן שיבטיח אחידות ענישה, אך גם גמישות במקרים החריגים שבהן ההנחיות אינן מתאימות ליישום מלא.

אין פירוש הדברים כי אין מקום לאמץ הנחיות לגזירת הדין בארץ. הנחיות אלו רצויות כדי לצמצם את השרירותיות של העונשים המוטלים על-ידי בית-המשפט וכדי להגדיל את הוודאות בדבר תוצאות ההליך. הגדלת הוודאות מסייעת גם בקידום הסכמות על ענישה. ככל שתוצאת ההליך צפויה יותר, קל יותר לצדדים למצוא את עמק השווה על רקע תוצאה צפויה זו. חוסר ודאות בדבר תוצאות ההליך עלול להוביל לפערי הערכות גדולים בין התביעה לבין ההגנה. כאשר הפערים מתבטאים בפסימיות יחסית, דהיינו, הנאשם צופה עונש גבוה מזה שצופה התובעת, הפערים לא יפגעו ביכולת הצדדים להגיע להסדר. במצב זה אם התובעת תציע עונש קל מעט יותר מהעונש שהיא צופה שייפסק על-ידי בית-המשפט, הנאשם יסכים להצעה. אולם, פערים הפוכים, הנובעים מאופטימיות יחסית – מצב בו הנאשם מעריך שהעונש יהיה נמוך מהעונש שהתובעת צופה – יסכלו הסכמה בין הצדדים. במקרה כזה, העונש שתציע התובעת עלול להיות גבוה מהעונש אותו צופה הנאשם לקבל אם ההליך יתנהל, ואז לא ייערך הסדר. הגדלת הוודאות בדבר העונש הצפוי בתום הליך שיפוטי תצמצם את המקרים שבהם פערי הערכות גדולים מונעים עריכת הסדר. בדרך זו, הנחיות לענישה, בנוסף ליתרונותיהן האחרים, יכולות לסייע בעידוד הסדרים. יצוין, כי מחקרים התנהגותיים מלמדים כי אנשים המתבקשים לייצג עמדה מסוימת מפתחים הערכה כי

⁵⁶ ראו י' חסין ומ' קרמניצר, "אחידות בענישה בעבירות תעבורה", **משפטים** יח (תשמ"ח) 103.

⁵⁷ ראו הביקורות הקשות על ההנחיות הפדרליות לענישה, אצל K. Stith & J.A. Cabranes, *Fear of Judging – Sentencing Guidelines in the Federal Courts* (Chicago, Illinois, 1998) רבים סוברים כי ההנחיות אף כשלו בשיפור האחידות. ראו D.J. Freed, "Federal Sentencing in the Wake of Guidelines: Unacceptable Limits on the Discretion of Sentences", 101 *Yale L.J.* (1992) 1681.

⁵⁸ סקרים שנערכו בין שופטים מלמדים כי לפי תחושתם ההנחיות אף כשלו בשיפור האחידות. ראו שם, בעמ' 1686. ראו גם C. LaCasse, A. Payne, "Federal sentencing guidelines and mandatory minimum sentences: do defendants bargain in the shadow of the judge?", 42 *J.L. & Econ.* (1999) 245.

עמדתם אכן נכונה יותר. כל צד נוטה להאמין שהתוצאה ההוגנת, ולכן התוצאה הצפויה על-ידי בית-המשפט, קרובה יותר לתוצאה המיטיבה עמו⁵⁹. מסיבה זו, צפויה "אופטימיות יחסית" להקשות על הגעה להסדר בתיקים רבים. צמצום פערי הערכת התוצאה באמצעות קיומן של הנחיות לגזירת דין יכול בהחלט לסייע לעריכת הסדרים. הניסיון בארצות-הברית אכן מלמד כי אימוץ הנחיות לענישה מגדיל את שיעור ההודאות באשמה⁶⁰. הנאשמים שיודעים בוודאות גדולה יותר מה העונש הצפוי אם יודו ומה ההקלה הצפויה אם לא יודו נוטים יותר להודות מאלו המחליטים בתנאי חוסר ודאות. לפיכך, אימוץ הנחיות כאמור לא צפוי להביא לצמצום ההסכמות על ענישה אלא דווקא להרחבתן. התביעה תגיע להסדרים בצל ההנחיות, ולכן תוצאת ההסדרים תהיה גם היא שוויונית יותר בזכות ההנחיות לשופטים. למעשה, קיומו של הליך הסכמי, גם אם קיימות הנחיות, צפוי להיות שוויוני יותר מאשר הליך פלילי האוסר על הסכמות. גם לאחר אימוץ הנחיות לענישה ייוותר בידי בית-המשפט שיקול-דעת רחב באשר להתקיימות התנאים השונים הקבועים בהנחיות וכן מידה של שיקול-דעת במסגרת אותן הנחיות. לפיכך, גם לאחר אימוץ ההנחיות תהיה חשיבות לריכוזיות מנגנון קבלת ההחלטות כדי לקדם את השוויוניות. כפי שראינו לעיל, לתביעה יכולת טובה יותר מאשר לבית-המשפט להבטיח ריכוזיות כזו. היא בנויה במסגרת היררכית מינהלית המאפשרת פיקוח והליכי השגה וערר מינהליים, אשר יכולים לסייע ביצירת מדיניות אחידה. לבתי-המשפט אין מנגנונים דומים.

אמנם, ניתן לטעון, כי מערכת של פיקוח היכולה להבטיח אחידות בענישה קיימת גם ברשות השופטת, לאור כפיפות ההחלטות בדבר העונש להליכי ערעור. אולם, יכולתה של ביקורת זו להבטיח אחידות בענישה מוגבלת ביותר. ראשית, מספר כללים שנקבעו באשר להתערבות ערכאת הערעור, כגון הכלל שלא למצות את הדין עם נאשם בערעור או הכלל המגביל את ההתערבות רק למקרים שבהם העונש סוטה קיצונית מהעונש הראוי לקולא או לחומרה, מונעים ביקורת של רוב ההחלטות⁶¹.

שנית, לצורך עריכת הביקורת על-ידי ערכאת הערעור יש צורך שאחד הצדדים יפנה בערעור לערכאה זו, בעוד שביקורת מינהלית אינה מותנית בפנייה של אחד הצדדים. פעמים רבות לא תיערך פנייה כזו. כך, למשל, המדינה ממעטת להגיש ערעורים על קולת העונש גם כאשר עמדתה העונשית לא התקבלה, מטעמי מדיניות. בדומה, הנאשם עשוי להעדיף שלא לערער מקום בו להערכתו עד לשמיעת הערעור הוא יישא כבר ברוב העונש שהוטל עליו.

שלישית, גם ערכאת הערעור אינה מבטיחה אחידות. מקום בו מדובר בעבירות הנדונות בבית-משפט השלום, הערעור מוגש לבתי-המשפט המחוזיים השונים אשר אינם כפופים להכרעת בתי-משפט מחוזיים אחרים. במקרים אלו האופציה של ערעור נוסף לבית-המשפט העליון מוגבלת

⁵⁹ ראו C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 *Stan. L. Rev.* 1471, pp. 1501-1504 (1998). בין המחקרים המובאים במאמר זה להדגמת התופעה של אופטימיות, מוצג ניסוי שבמסגרתו הובא חומר משפטי של תביעה אזרחית אמיתית לסטודנטים למשפטים אשר באופן אקראי חולקו לייצג את התובעים והנתבעים במשא ומתן על הסדר. לאחר שהסטודנטים קראו את החומר ולפני שהחל המו"מ התבקשו הנבדקים לרשום על דף מה להערכתם הייתה תוצאת ההליך האמיתי. התוצאות לימדו על הטיה ברורה של אופטימיות יחסית. דהיינו, הערכת הפיצוי שנפסק על-ידי הסטודנטים שמונו לייצג את התביעה הייתה גבוהה משמעותית מההערכה של הסטודנטים שמונו כנציגי ההגנה. יש להדגיש כי בניגוד למקרה אמיתי בו תהליך ההזדהות עם הלקוח נבנה לאורך זמן, במקרה זה כל שהבדיל בין שתי קבוצות הסטודנטים הייתה אמירה בראשית ההליך באשר לצד אותו הם יתבקשו לייצג.

⁶⁰ ראו למשל LaCasse & Payne, לעיל הערה 58, בעמ' 252-253.

ביותר. זאת ועוד, גם תיקים המגיעים לבית-המשפט העליון, בין אם כערעור ראשון מבית-המשפט המחוזי ובין אם במסגרת ערעור שני, מגיעים לערכאה ביזורית שהחלטות בה מתקבלות על-ידי הרכב מקרי של שלושה שופטים. לשופטי בית-המשפט העליון דעות שונות באשר למשקלם של השיקולים השונים בדבר הענישה, ועל-כן יש קושי רב למצוא בפסיקתם הנחיה ברורה המבטיחה אחידות⁶².

מנגד, רשות מינהלית יכולה לפעול בצורה שוויונית הרבה יותר. המבנה ההיררכי, האפשרות לקבוע הנחיות לענישה, היכולת לרכז את האחריות על מדיניות הענישה בידי גורם אחד או לפחות להבטיח פיקוח יעיל של גורם ממונה על אלו הקובעים את העונש – כל אלו יכולים להבטיח רמה סבירה של אחידות⁶³. מטעם זה, במדינות אירופה רבות, לתביעה מעמד מיוחד בהליך גזירת הדין, והמלצותיה לעונש מתקבלות בדרך כלל על-ידי בית-המשפט⁶⁴. בדומה, הסדרי טיעון, כופר או קנס בידי תובע, אם ינוהלו כראוי, יוכלו להבטיח טיפול שוויוני הרבה יותר בעבריינים מאשר העמדה לדין פלילי⁶⁵.

ניתן לטעון, כי האמור לעיל אינו מוכיח כי משטר בלא הסדרים פוגע בשוויון. שוויון מחייב יחס שווה לשווים. לפי הטענה, אם מגבלות המשאבים של רשויות האכיפה יחייבו סגירת תיקים, תבחר התביעה להביא לבית-המשפט רק את התיקים החמורים ולסגור את כל התיקים שבהן העבירות קלות. במקרה כזה תיפגע אולי ההרתעה, נוכח סגירתם הגורפת של תיקי העבירות הקלות, אולם לא תהיה כל פגיעה בשוויון. במילים אחרות, אם התביעה בוחרת אילו תיקים יש להביא בפני בית-המשפט רק לפי חומרתם, האיסור על הסכמות על ענישה לא יפגע בשוויון.

אולם זה אינו המצב. כפי שהראיתי בפירוט לעיל⁶⁶, שיקולי התביעה, הפועלת במגבלת משאבים, אינם רק חומרת העבירה אלא גם הקשיים והמורכבות של הראיות. הסיכוי של אדם שנתפס גונב סכום כסף קטן מחנות לעמוד לדין גדול בהרבה מהסיכוי של מי שעסק במעשי מרמה סבוכים ומתוחכמים לשבת על ספסל הנאשמים⁶⁷. לצורך העמדה לדין של נאשם במקרה השני התביעה נדרשת לא אחת לבחון את התיק בחלוף זמן רב. בחינת התיק אורכת זמן רב ביותר. הכנת כתב-האישום גם היא מחייבת משאבים רבים. לאחר כל זאת סביר כי הגשת כתב-האישום תחייב את בית-המשפט להקדיש לתיק ימי דיונים רבים, ובמערכת הקיימת הדבר יביא להתמשכות הטיפול בו במשך שנים רבות. במצב זה, נאלצת התביעה במקרים רבים גם כיום לוותר על תיקים חמורים

⁶¹ ראו ר"ע 152/84 מדינת ישראל נ' קריף, פ"ד לח(1) 839.

⁶² ראו ר' קנאי, "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", משפטים כד (תשנ"ד) 97, בעמ' 112-115.

⁶³ זאת, כמובן, בהנחה שרשות האכיפה אכן פועלת במסגרת מבנה היררכי. בעוד שבארץ, כמו ברוב ארצות אירופה, מבנה היררכי כזה קיים, בארצות-הברית, לכל רשות תביעה רמת עצמאות גבוהה יחסית. עם זאת, גם במשטר שבו לכל מחוז עצמאות רבה לקבוע מדיניות תביעה משלו, הענישה המינהלית מאפשרת להשיג אחידות בתוך אותו המחוז, בעוד שהמבנה הביזורי של מערכת המשפט מונע אפשרות לאחידות אפילו במובן מצומצם זה.

⁶⁴ ראו, למשל, על השפעתו הרבה של התובע בחולנד על גזר-הדין אצל J. Fionda, *Public Prosecutors and Discretion – a Comparative Study* (Oxford, 1995), 103-106. העדיפות של התביעה להתוות מדיניות נוכח המבנה ההיררכי שלה היא מהשיקולים המרכזיים שבגללם נותן בית-המשפט מעמד כה משמעותי לעמדת התביעה. שם, בעמ' 105. לעומת זאת, בגרמניה מבנה התביעה ביזורי הרבה יותר ולכן יש קושי להבטיח אחידות על-ידי הענקת מעמד מיוחד לתביעה. ראו שם, בעמ' 134.

⁶⁵ אין משמעות הדבר שעצם קביעת הליך של כופר יבטיח יתר אחידות בענישה. כדי להשיג אחידות זו יש להבטיח גם הליך מינהלי תקין ובכלל זה קיומם של קריטריונים להטלת הכופר, ריכוז סמכויות ופרסום – לפחות אנונימי – של החלטות בדבר הטלת כופר. ראו על כך להלן בסעיף 6.6.3 ובסעיף 7.5.

⁶⁶ ראו לעיל בסעיף 3.4.

⁶⁷ ראו לעיל בפרק 3, הערה 127 והתקסט הצמוד לה.

אלו, כדי לאפשר פעולה תקינה של מערכת האכיפה. איסור על הסכמות בין הצדדים יחריף משמעותית את מגבלת המשאבים ויחייב את התביעה להעניק משקל רב עוד יותר למורכבות התיק בהחלטה אם להעמיד לדין.

זאת ועוד, גם אם יועמדו העבריינים שביצעו עבירות סבוכות יותר לדין, עונשם יהיה לא אחת קל יותר ממי שביצעו מעשי גניבה או מעילה בסכומים קטנים בהרבה נוכח התמשכות הטיפול בתיקים⁶⁸. בדומה, על מי שיעצר עד תום ההליכים יושת בדרך כלל עונש כבד בהרבה ממי שלא תהיה עילה למעצרו או שיהיה בידיו למצוא חלופה מספקת למעצר, בין השאר נוכח העיכוב הרב בטיפול בתיקו שנוצר עקב העומס, וזאת בלא כל קשר לחומרת המעשים⁶⁹. ככלל, ניתן לומר כי ככל שעומס העבודה המוטל על רשויות האכיפה גדול יותר, הפגיעה בשוויון בין העבריינים גדולה יותר⁷⁰. מטעם זה חלופות להליכי המשפט, המקלות על העומס, מקדמות את השוויון.

למעשה, הסטת כמות גדולה של תיקים לטיפול במסגרת החלופות עשויה להביא למצב שבו לא יהיה עוד כל עיכוב בטיפול בתיקים בבתי-המשפט. כך, ניתן להביא כדוגמא ניסוי שנערך לאחרונה במספר בתי-משפט השלום במחוז המרכז. במסגרת הניסוי נקבעו הסדרים אדמיניסטרטיביים של התביעה, ההגנה ובית-המשפט היוצרים את התנאים שיאפשרו הגעה להסדר טיעון כבר בעת הדיון הראשון בשלב ההקראה⁷¹. לניסוי הייתה השפעה כפולה: ראשית, מספר התיקים שהסתיימו בהודאה של הנאשם גדל; ושנית, מבין התיקים שהסתיימו בהודאת הנאשם, שיעור התיקים שבהם ההודאה ניתנה בדיון הראשון או השני (כאשר ההקראה נדחתה), ולא בשלבים מאוחרים יותר של המשפט גדל משמעותית. בדרך זו נחסכו דיונים רבים לבית-המשפט ולתביעה עד כי התור לדיון בהליכים פליליים קטן מחודשים ארוכים עד שנה, לשבועות ספורים, וזאת בלא שהורחב מספר ימי הדיונים שהוקדשו להליכים פליליים⁷². במערכת כזו כל נאשם יודע כי סירובו לחלופה יגרור הליך משפטי מהיר, ולכן אם מטרת סירובו היא למשוך זמן, ובדרך זו להקטין ולהרחיק את העונש, מטרתו תיכשל. הדבר גורם לכך שרק נאשמים הסבורים כי יש סיכוי שיוזכו מסרבים להסדרים, ואילו לאלו היודעים כי סיכוי הרשעתם גבוה אין עוד עניין בניהול ההליך. כך גדל עוד יותר שיעור הנענים להצעה להסדר טיעון והעיכובים מתקצרים.

⁶⁸ ראו לעיל בפרק 3, הערה 68 והטקסט הצמוד לה.

⁶⁹ שם.

⁷⁰ ראו לעיל בסעיף 3.4.

⁷¹ מטרת ההסדרים שנקבעו היא להבטיח כי תיקים שצפויים להסתיים בהודאה או ביטול אישומים בלא שמיעת ראיות יסתיימו כבר במהלך הדיון הראשון או השני, ולא לאחר שהחל שלב הראיות. על-פי ההסדר, נקבעים להקראה ביום מסוים מספר גדול של תיקים, ובאותו יום מגיעים לדיון שני תובעים ונציג מהסנגוריה הציבורית. אחד התובעים מנהל את הדיון באולם ואילו השני מקבל את הנאשמים ובאי כוחם מחוץ לאולם ומנסה לברר באילו מקרים יש די עובדות מוסכמות כדי להגיע להסדר. אם מושג הסדר, התיק מועבר לתובע שבאולם לצורך אישורו על-ידי בית-המשפט. אם לא מושג הסדר, בית-המשפט מברר בעת ההקראה מה המחלוקות המונעות עריכת הסדר ומנסה לסייע לצדדים להגיע אליו. אם בית-המשפט מגיע למסקנה כי אין בסיס ראיתי לאישומים, הוא פונה לתביעה בבקשה לחזור בה מהאישומים או לשנותם. אם בבירור מתברר כי הנאשם אינו חולק למעשה על העובדות או עיקרן, בית-המשפט מסייע לצדדים להגיע להסכמה על העובדות ועל האישומים. בדרך זו מנסה בית-המשפט להבטיח כי רק אותם תיקים בהם יש מחלוקת משמעותית בין הצדדים, ויש לתביעה בסיס ראיתי לעמדתה, יקבעו לשמיעת הוכחות. ראו ריאיון עם השופטת רות שרון-לבהר, מיום 2.12.01, להלן סעיף 10.1.

⁷² ריאיון עם ראש יחידת תביעות מיום 29.12.99, להלן בסעיף 10.11. ראו א' מצא, "שופטי מוקד" לקידום תיקים פליליים והסדר טיעון, מכתב לנשיא א' ברק מיום 1.4.2001, בפסקאות 7 ו-8.

5.2.4. הזכויות הדיוניות של הנאשם

יש הטוענים כי החלופות פוגעות בזכויות הנאשם בהליך הפלילי. מכוח חזקת החפות זכאי נאשם שלא להיענש בלא שהוכחה אשמתו במשפט. מכוח הזכות לאי הפללה עצמית רשאי נאשם להימנע מלהודות בביצוע העבירה. הנאשם בהליך פלילי זכאי גם להתעמת עם הראיות נגדו, להביא ראיות להגנתו, ולהותיר לתביעה לעמוד בנטל ההוכחה של אשמתו מעבר לכל ספק סביר. זכויות אלו, כך על-פי הטענה, נפגעות מקום בו מוצעת לנאשם הקלה בעונש בתמורה לויתור עליהן⁷³. הצעה לעונש חלופי מוסכם מפתה את הנאשם לוותר על הזכויות תמורת הטבה עונשית ולכן פוגעת בזכויות אלו. הנאשם נאלץ לוותר על זכותו למשפט תמורת טובת הנאה כלשהי. על-פי הטענה, אין להעניק טובת הנאה כזו כדי לעודדו להסכים לוותר על זכויותיו.

אולם, זכויות אינן חובות, וכל אדם רשאי לוותר על זכויותיו. גם המקטרגים אינם טוענים כי נאשם אינו רשאי להודות באשמה, או כי אין להרשיעו בעקבות הודאתו⁷⁴. הטענה היא כי אסור שההודאה תינתן בעקבות הסכמה על עונש קל יותר. אולם, אם מותר לנאשם לוותר על זכויותיו שלא במסגרת הסדר, מדוע אסור לו לוותר עליהן במסגרת? הזכויות נועדו להגן על הנאשם ולא לפגוע בו, והטלת איסור על הנאשם לוותר על הזכויות רק משום שהויתור כרוך בהקלה לנאשם – פוגעת בזכויותיו ולא מחזקת אותן⁷⁵.

ניתן כמובן לטעון, כי זכויות אלו שייכות לאותה קבוצה חריגה של זכויות שלא ניתן לוותר עליהן. ידועות מספר דוגמאות לזכויות שאינן עבירות או שאינן ניתנות לויתור. כך, לדוגמה, הזכות לבחור לפי מצפונך אינה ניתנת להעברה בתמורה או שלא בתמורה⁷⁶. בדומה, זכויות עובדים מכוח חקיקת מגן, כגון הזכות לשכר מינימום או חוקי שעות עבודה ומנוחה, לא ניתנות לויתור. אולם, ההצדקה לאיסורים אלו מבוססת על השפעות החיצוניות השליליות הנובעות מהעברת הזכות⁷⁷. האיסור למכור את הזכות לבחור לא נועדה להגן על הבוחר הספציפי, אשר נוכח עוניו ייתכן כי ייטב לו אם ימכור את זכותו לעשיר. האיסור נועד להגן על החברה המעוניינת להבטיח כי הנבחרים ייצגו את העם כולו ולא רק את בעלי האמצעים.

לעתים, האיסור על העברת הזכויות נובע מהרצון להגן על קבוצת בעלי הזכויות. כך, למשל, המצב במקרה של חקיקת המגן בדיני עבודה. לדוגמה, חוק שכר מינימום לא נועד אלא למנוע פגיעה בעובדים, נוכח החשש כי ניצול כוח מיקוח של מעבידים יגרור פגיעה קשה בהם. ניתן לטעון כי כוח המיקוח של התביעה בהליך הסכמה לעונש גדול מכוחו של הנאשם. האם ניתן להצדיק מגבלה על עבירות הזכות של נאשמים מטעם דומה?

⁷³ לדיון בטענות אלו באנגליה ראו A. Ashworth, *The Criminal Process - an Evaluative Study* (Oxford, 1994), 286-292. לדיון בטענות דומות שהועלו בארצות-הברית ראו R.E. Scott & W.J. Stuntz, "Plea Bargaining as Contract" 101 *Yale L.J.* (1992) 1909, pp. 1913-1917.

⁷⁴ יצוין, כי כפי שהוצג בפרק 4, ברוב מדינות יבשת אירופה מקובל, כי הזכות למשפט אינה של הנאשם והוא אינו יכול לוותר עליה בהחליטו להודות. עם זאת, בפועל הודאת הנאשם גם במדינות אירופה חוסכת מהשופט, ברוב המקרים, את הצורך לשמוע עדויות נוספות. ראו גם Ashworth, לעיל הערה 73, בעמ' 266-267.

⁷⁵ ראו T.W. Church Jr., "In Defence of 'Bargain Justice'", 13 *L. & Soc. Rev.* (1979) 509, pp. 513-515.

⁷⁶ יצוין, כי ברוב המדינות ניתן לוותר על הזכות לבחור אך לא ניתן להעבירה – גם לא בעקיפין באמצעות התחייבות להצביע בדרך מסוימת בתמורה לתשלום. לדיון בסיווגן של זכויות שעשויות להפוך גם לחובות ראו בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריז (ישראל) ואח' נ' מדינת ישראל ואח'** פ"ד נ(2) 769 (להלן: בג"ץ **ברקי**), בעמ' 782.

⁷⁷ איני מתייחס בשלב זה להגבלות על עבירות זכות המונעות מפטרנליזם, דהיינו מהרצון להגן על אדם מפני החלטות מוטעות שלו. בסעיף 5.2.6, העוסק בחשש מפני הרשעת חפים מפשע, אדון בסוגיה זו.

לדעתי התשובה שלילית. כדי להסביר זאת יש לעמוד, ראשית, על ההצדקות לחקיקת מגן, כמו חוק שכר מינימום⁷⁸. הסכסס בו מותר העובד על זכותו לשכר מינימום עשוי להיות הסכסס רציונלי מבחינתו. העובד עלול למצוא עצמו במצב בו הסכמה לשכר נמוך יותר תהיה הדרך היחידה למצוא עבודה על חשבון עובד אחר, שמסרב להתפשר. אולם הסכמתו לשכר הנמוך תפגע בעובדים אחרים שיסרבו לוותר על זכויותיהם ויידחו עקב התחרות. פגיעה זו תוביל לכך שהעובדים כמכלול יזכו בתנאי עבודה פחות טובים⁷⁹.

לא ניתן למצוא הקבלה לשיקולים אלו בהקשר של הסדרים על ענישה. אמנם, כמו שהסכמת עובד להתפשר על שכר המינימום פוגעת בעובדים כמכלול, גם הסכמת נאשם להסדר פוגעת בנאשמים כמכלול, שכן היא מפנה לתביעה ולבית-המשפט משאבים לנקוט אמצעים כנגד נאשמים נוספים. לפיכך, לכאורה, שיקולים דומים של הגנה על העובדים והגנה על הנאשמים יכולים להצדיק מגבלות על העברת הזכות. אולם, בניגוד לאינטרס של החברה להבטיח שלעובדים יינתן שכר ראוי, אין לחברה אינטרס להבטיח שלמערכת האכיפה לא יהיו די משאבים לנקוט הליכים כנגד כל מי שראוי כי יינקטו נגדו בהליכים. אם היה לחברה אינטרס כזה, ניתן היה להשיגו על-ידי צמצום המשאבים המופנים לאכיפה. אולם, כמעט הכל מסכימים, כי ניתן היה לשפר את מערכת האכיפה באמצעות הוספת משאבים (מי בטענה כי בדרך זו ניתן היה להרחיב את רשת האכיפה, ומי מן הטעם שבדרך זו ניתן היה להבטיח הליך הוגן יותר לנאשמים). לפיכך, הטענה כי הזכויות הדיוניות של הנאשם אינן עבירות, לא יכולה למצוא תימוכין בזכויות אחרות שאינן עבירות, כמו זכויות עובדים לפי חקיקת מגן. כאשר מדובר בהסדרים על ענישה, ההשפעות החיצוניות של עבירות הזכות הינן חיוביות – פינוי משאבים של רשויות המשפט והאכיפה ושיפור האכיפה. לחברה על-כן אין אינטרס מיוחד, החורג מהאינטרס של הנאשם, למנוע מהאחרון לוותר על זכויותיו. בנסיבות אלו אין לפגוע בכוחו של הנאשם לוותר על הזכות למשפט והזכות להימנע מהפללה עצמית⁸⁰. הצורך להגן על הנאשם אינו מצדיק להטיל עליו איסור לוותר על זכויותיו כשהדבר מיטיב עמו (ובדרך כלל, אם הוא בחר לוותר על הזכות, סימן שהויתור מיטיב עמו⁸¹). ואכן, ככלל, זכויות פרוצדוראליות ניתנות להעברה⁸². הטוענים כי ויתור על הזכויות מהווה פגיעה

⁷⁸ בנוסף להצדקה שתפורט לעיל, יש המצדיקים את חקיקת המגן בטענה שחקיקה זו מגנה על עובדים מפני הסכמה לתנאים שהם אינם מבינים את תוכנם עד תום או אינם מודעים להם. טענה זו, הנוגעת לחוסר הבנת פרטי ההסכסס, תידון בהמשך.

⁷⁹ כך, לדוגמה, אם נניח כי במשק קיימים 90 מקומות עבודה לעובדים מסוג מסוים ו-100 עובדים המתחרים על מקומות אלו, הרי שהמעבידים יכולים, נוכח עודף ההיצע של עובדים, להוריד את שכרם של העובדים עד לרמה נמוכה ביותר, דהיינו עד לרמה שבה יהיו עשרה עובדים שיעדיפו להיות מובטלים על פני עבודה בשכר כה נמוך. במצב זה, יועסקו 90 עובדים בשכר נמוך ביותר. חוק שכר מינימום מגביל אפשרות זו. הוא מחייב את המעבידים לשלם שכר גבוה יותר, כדי להבטיח חלוקה צודקת יותר של המשאבים בין המעבידים לבין העובדים. אם היצע העבודה קשיח לחלוטין, גם לאחר החוק יועסקו במקצוע 90 עובדים, אולם שכרם יהיה גבוה יותר. אמנם, כל אחד מעשרת המובטלים מוכן (אולי) להחליף את אחד העובדים תמורת שכר הנמוך במעט משכר המינימום, אולם אם החוק ירשה זאת, סך שכרם של העובדים ייפגע, בלא שמספר העובדים המועסקים ישתנה משמעותית. יש, כמובן, הכופרים בניחות זה וטוענים כי הביקוש לעובדים גמיש יותר ולכן שכר מינימום עשוי לפגוע בעובדים. איני מבקש במסגרת זו לדון בטענות אלו אלא רק להראות כי גם בהנחה שיש הצדקה לקביעת שכר מינימום או הגנות אחרות לעובדים, הצדקה זו אינה חלה על הסדרים של ענישה בהסכמה.

⁸⁰ ראו Scott & Stuntz, לעיל הערה 73, בעמ' 1917-1915.

⁸¹ ראו לדיון מקיף יותר בסוגיה זו בסעיפים הבאים.

⁸² השוו לבג"ץ ברקי, לעיל הערה 76. באותו מקרה עתרו נאשמים כנגד החלטת בית-המשפט המחוזי שלא לשחררם מנוכחות בדיונים. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה. הוא קבע כי זכותו של הנאשם שלא להישפט מאחורי גבו היא זכות יסוד, שנועדה להבטיח את יכולתו להתמודד עם ראיות התביעה. עם זאת, לעתים התייצבותו של הנאשם נדרשת גם כדי להגן על אינטרסים חיצוניים לו. שני אינטרסים צוינו בפסק-הדין: האחד, הצורך בנוכחות הנאשם כדי להבטיח זיהוי ולאפשר לתביעה להוכיח טענותיה. השני, הצורך הציבורי להבטיח משפט הוגן, מעבר לאינטרס של הנאשם בהגינות ההליך. באותו מקרה לא נטען לצורך מיוחד בהתייצבות הנאשמים לכל הדיונים. התביעה לא הייתה זקוקה לנוכחותם כדי להוכיח את טענותיה. כמו כן, הנאשמים היו מיוצגים על-ידי סגורים, ולא היה חשש

בזכויות, צריכים לבסס טענה כי זכויות אלו שייכות לאותן זכויות חריגות בכלל, ובתחום הדיוני בפרט, של זכויות שאינן עבירות. סבורני כי לא הובא נימוק משכנע להצדיק עמדה כזו.

5.2.5. כפייה

יש הטוענים כי הסכמת נאשם לעונש אינה תקפה כי היא מושגת למעשה בכפייה. הסכמת הנאשם מושגת באמצעות איום בעונש חמור יותר אם יורשע בהליך פלילי. במקרים רבים החמרה זו בעונש משמעה תקופה ארוכה של שלילת חירות הנאשם. אין חולק, כי אם אדם ידרוש מאחר להסכים לעסקה, תוך איום שבמקרה של סירוב הוא יכלא את המאויים לתקופה ארוכה, החוזה שיושג יהיה נגוע בכפייה. אולם, זה בדיוק מה שעושה תובעת המציעה לנאשם לוותר על האפשרות להוכיח את חפותו, תוך איום שסירובו יוביל, אם יורשע, להטלת עונש חמור בהרבה. יובהר כי אין מדובר כאן בטענה כי כוח הרצון של הנאשם נפגע בשל חוסר הבנתו את ההליך, הסתרת מידע על-ידי התביעה או מגבלות אחרות הפוגעות ביכולתו לקבל החלטה רציונלית. בטענות אלו אדון בהמשך. הטענה כאן היא שהאיום שבפניו עומד הנאשם והעונש החמור הצפוי לו בהתחשב בסיכוי ההרשעה, מובילים להחלטה רציונלית, אך שאינה מתוך רצון חופשי אמיתי, להסכים לעונש שמוצע לו על-ידי התביעה.

קיפניס העלה טענה זו במלוא העוצמה. לגישתו, הסדר טיעון דומה להסכם המושג תחת איומי אקדח. אדם, ששודד חמוש באקדח מציע לו לבחור בין הכסף לבין החיים, צריך להחליט אם לבחור להיפרד מכספו או לקחת את הסיכון כי השודד יממש את איומו וייטול את חייו. בדומה, נאשם שמקבל הצעה לעונש קל או לעמוד בפני הסיכון של הרשעה ועונש חמור, מתבקש להכריע בין שלילת חירות או זכות אחרת לתקופה קצרה לבין הסיכון שהוא יורשע וחירותו תשלל לתקופה ארוכה. בשני המקרים ההחלטה הרציונלית מנקודת מבטו של המאויים היא להיכנע לאיום, אולם בשני המקרים יש לראות בכניעה משום הסכמה שהושגה בכפייה⁸³.

אולם, האם ההשוואה בין התובעת לשודד אכן מבוססת? ואם לא, האם יש בסיס אחר לטענת כפייה? סבורני כי התשובה לשתי שאלות אלו היא בשלילה. אדם א ייחשב ככופה הסכם על אדם ב בהתקיים שני תנאים⁸⁴. ראשית, יש להראות כי ההצעה של א גרמה למצב שבו לב לא הייתה אלטרנטיבה סבירה אחרת, אלא לפעול באופן מסוים. ודוק, אין צורך להראות כי לא הייתה כל

כי הנאשמים בהיעדרותם יגרמו לעיוות הדין. בית-המשפט המחוזי סבר כי ראוי שהנאשמים ישבו על ספסל הנאשמים למען ייווכח הציבור שנוהגים בהם כבכל נאשם אחר. בית-המשפט העליון דחה נימוק זה וקבע כי אין בו כדי להצדיק פגיעה בחירות הנאשם להיעדר מן הדיון. בהיקש רחב יותר מפסק-הדין ניתן לומר כי מקום בו מבקש נאשם לוותר על זכות דיונית יש להתיר לו לעשות כן, אלא אם ישנם אינטרסים ציבוריים כבדי משקל למנוע זאת ממנו. האינטרסים יכולים להיות חיזוניים לנאשם (הצורך לאפשר לתביעה להוכיח את טענותיה, הרתעה וכיוצא באלה) או אינטרסים של הנאשם שמסיבה כלשהי לא נשקלו על-ידו ועל המערכת להבטיחם כדי למנוע עיוות דין. האינטרסים האחרונים מחייבים הגנה למרות החלטת הנאשם, שכן יש עניין ציבורי למנוע עיוות דין, גם כאשר הנאשם מסכים לכך (מטעם זה מחויב, למשל, בית-המשפט לברר כי נאשם המודה מבין את ההודאה ואת השלכותיה, והוא אינו עושה כן למרות חפותו). אולם, מקום בו אין חשש כי החלטת הנאשם תגרום לעיוות דין (כמו בבג"ץ ברקי הנ"ל בו היו הנאשמים מיוצגים כיאות), אין לחייבו לממש את זכויותיו.

⁸³ ראו J.H. Langbein, "Torture and Plea Bargaining", 86 *Ethics* (1976) 93; K. Kipnis, "Criminal Justice and the Negotiated Plea", 46 *U. Chi. L. Rev.* (1978) 3, שהשווה את הסדר הטיעון להודאה המושגת בעיניים.

⁸⁴ איני מתייחס בהקשר זה לכפייה המגיעה כדי שלילת יכולת הפעולה, כמו במקרה שהנכפה פעל מתוך רפלקס או שתנועותיו נגרמו באמצעות כוח פיזי ישיר שהפעיל עליו הכופה. מקרים אלו אינם רלבנטיים לסוגיית הענישה בהסכמה. לפיכך, הדיון יתרכז מעתה אך בכפייה המשפיעה על רצונו של הנכפה, וגורמת לו לבחור, אף כי מתוך אילוץ, באופציה שמציע הכופה.

אפשרות אחרת. גם הנתון לאיומי אקדח יכול לסרב ולקחת את הסיכון כי השודד יממש את איומו. אולם, זו אינה אפשרות סבירה, ולכן אין בקיומה כדי לשלול טענת כפייה⁸⁵.

שנית, יש להראות כי ההצעה של א הייתה בבחינת איום פסול. ההצעה של א תחשב איום פסול אם א מאיים לעשות פעולה שאין הוא זכאי לעשותה⁸⁶. לעומת זאת, מקום בו א מאיים אך להשתמש בזכויותיו, האיום אינו פסול, אלא אם מדובר בניצול לרעה של הזכות למטרות פסולות⁸⁷. נוכל לבחון אם תנאים אלו מתקיימים במקרה של הצעה לענישה מוסכמת.

אשר לתנאי הראשון, פעמים רבות לנאשם אופציה סבירה בהחלט לדחות את ההצעה ולעמוד לדין. אם הוא מאמין כי ההצעה אינה מיטיבה עמו, נוכח הסיכוי שיזוכה במשפט והעונש הצפוי לו אם יורשע, ההצעה תידחה. למעשה, במקרים רבים הצעות של הרשויות להסדר נדחות, בכל סוגי החלופות, עובדה המוכיחה כי לנאשמים יש, לפחות באותם מקרים, אופציה סבירה אחרת. אולם, ישנם בהחלט מקרים בהם דחיית ההצעה אינה אלטרנטיבה סבירה מבחינת הנאשם. מקום בו הנאשם יודע כי בחירתו במשפט צפויה להביא להרשעתו ולעונש חמור משמעותית מהעונש שמוצע לו, קשה לראות במשפט אלטרנטיבה סבירה.

עם זאת, אף אם התנאי הראשון לכפייה מתקיים פעמים רבות, אין כך הדבר באשר לתנאי השני. התביעה בוודאי אינה מאיימת לבצע מעשה שאין היא זכאית לעשותו. נהפוך הוא, התביעה זכאית, ואולי אף חייבת, להעמידו לדין. דעה אחרת משמעה שהתביעה אינה רשאית להעמיד חשודים לדין כלל. די בניתוח זה כדי להראות את ההבדל בין איומו של השודד לבין האיום של התביעה. השודד המציע לנשדד "חיים או כסף" מאיים עליו כי הוא ינקוט פעולה אותה אין הוא זכאי לעשות – דהיינו, ייטול את חייו. מסיבה זו האיום של השודד הינו איום פסול. לעומת זאת, התובעת מאיימת להפעיל את הסמכות הנתונה לה בחוק, וככלל, איום להפעיל סמכות כאמור אינו איום פסול⁸⁸.

אולם, גם אם אין מקום להשוואה בין התובעת לבין השודד, אין די בקביעה כי התובעת זכאית להעמיד את הנאשם למשפט כדי לשלול טענת כפייה. אף כי בדרך כלל איום להשתמש בסמכות קיימת אינו מגבש כפייה, ייתכן כי האיום עולה כדי שימוש לרעה בסמכות למטרה אחרת מאשר לשמה היא נועדה. כך, למשל, אם התובעת תדרוש מחשוד לשלם לכיסה סכום כסף נכבד, תוך איום שאם יסרב היא תעמידו לדין, ייתכן שהסכמתו תהיה נגועה (בין השאר) בכפייה. במקרה זה השימוש בסמכות להעמיד לדין נעשה תוך ניצולה לרעה ושלא למטרה לשמה היא נועדה. אולם האם ניתן לומר דבר דומה על הצעה של תובעת לענישה מוסכמת? סבורני כי התשובה על כך שלילית. ברגיל, העמדה לדין של חשוד שיש נגדו די ראיות ושיש בהעמדתו לדין עניין לציבור, לא נועדה כדי לאלצו להסכים להצעה לעונש, גם אם הצעה כזו הונחה בפניו ונדחתה. למעשה, אף אם התובעת הייתה מנועה מלהציע לחשוד לערוך הסכם על ענישה, היה עליה להעמידו לדין בהתקיים עניין לציבור בענישתו. מטרת ההעמדה לדין במקרה כזה היא מימוש החובה להעמיד חשודים

⁸⁵ ראו די פרידמן וני כהן, **חוזים** (כרך ב, תשנ"ג) 919.

⁸⁶ שם, בעמ' 898. ראו גם ג' שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, תשנ"ה), 235-236.

⁸⁷ שם, בעמ' 945. לניתוח מקיף, משפטי ופילוסופי של המבחן הכפול לטענות כפייה ראו A. Wertheimer, *Coercion* (Princeton, New Jersey, 1989).

⁸⁸ ראו 269 *Ethics* (1979) 89, A. Wertheimer, "The Prosecutor and the Gunman".

למשפט בהתקיים התנאים שבחוק. ההצעה לחלופה נועדה לאפשר לתובעת לקדם את תיפקוד מערך האכיפה, אף אם, כתוצר לוואי, היא מיטיבה עם הניצע. אולם, כאשר נדחית ההצעה, התובעת תעמיד את החשוד לדין, לא כדי לכפות עליו או על אחרים בעתיד לקבל הצעות, אלא כדי למלא את תפקידה המטיל עליה אחריות להעמיד חשודים לדין. בהתמלא תנאי הראיות והעניין לציבור זו למעשה חובתה. מטעם זה אין לראות באיום משום שימוש לרעה בסמכות או שימוש בסמכות שלא למטרה לשמה היא נועדה.⁸⁹

עם זאת, חשוב להבהיר כי ייתכנו מקרים שבהם הצעה לענישה מוסכמת תוכל לגבש טענת כפייה תקפה. זאת, כאשר למציעת ההצעה כוח להשפיע על העונש שיוטל אם ההצעה תסורב, ובדרך זו יכולה להעניש את הניצע על סירובו להצעה. כך המצב, למשל, אם התובעת סבורה כי בנסיבות המקרה אין מקום להטיל עונש מאסר בפועל, אולם כדי להשיג הסכמה להצעתה היא מאיימת על הנאשם בהוספת אישום שבצדו עונש מאסר חובה. אם התובעת סבורה כי אין די ראיות לביסוס אישום זה או שאין עניין לציבור בהוספתו, הוספת האישום רק כדי לתמרץ את הנאשם להודות, פסולה⁹⁰. במקרה זה הנאשם אינו עומד אך בפני הצעה מיטיבה, דהיינו בחירה בין הליך משפטי שבמסגרתו, אם הוא יורשע, יוטל עליו העונש המתאים לבין הסכמה לעונש קל יותר. זאת מכיוון שבמקרה זה תוצאת הסירוב תהיה החמרה בעונש, מעבר לזה שהיה מוטל עליו אילו שאלת ההסדר לא הייתה עומדת על הפרק כלל. דהיינו, התובעת גורמת לאיום בעונש חמור, אף כי אין לדעתה מקום להטיל עונש חמור זה, כדי לגרום לנאשם לוותר על זכויותיו. להבדיל מהחשש של הנאשם מתוצאת הליכים הוגנים, שאינה איום פסול, איום בעונש חמור מההולם את המעשה, כשכל מטרת האיום היא לגרום לנאשם להודות, הוא איום פסול, ועל-כן הסכם שהושג בעקבותיו נגוע בכפייה. כדי למנוע חששות אלו יש לשלול מן התובעת את הכוח לכבול את ידי בית-המשפט לעונש מינימום מסוים כאשר הדבר אינו מתבקש בנסיבות.

חשש דומה מפני איום פסול קיים אם בתי-המשפט יחמירו בעונשם של מי שמסרבים להסדר, כדי לעודד הסדרים. ודוק, אין הכוונה כי בתי-המשפט יטילו עונשים חמורים מידי בכל תיק. במקרה זה, הבעיה אינה החלופות אלא מדיניות הענישה המחמירה של בתי-המשפט. במצב זה גם אם תיאסר עריכת הסדרים בין הצדדים, עדיין יוטלו על הנאשמים שיישפטו עונשים חמורים מידי. בסיטואציה זו האופציה הניתנת לנאשם לזכות בהקלה בתמורה להודאה, אינה פוגעת בזכויותיו ואינה נגועה בכפייה, אלא דווקא ההליך הרגיל במסגרתו העונשים חמורים מידי הוא הבעיה. איסור על פשרות, אף במצב זה, רק ירע את מצבו של הנאשם ויחייבו לעמוד בפני העונשים החמורים המוטלים על-ידי בית-המשפט. הבעיה עם החלופות מתעוררת אם בית-המשפט, כדי

⁸⁹ לטענת הכפייה ולדחייתה ראו גם Stuntz & Scott, לעיל הערה 73, בעמ' 1921-1919, וכן Easterbrook, לעיל הערה 11 בעמ' 311.

⁹⁰ מטעם זה סבורני כי עמדת שופטי הרוב בפרשת *Borderkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978) מוטעית (ראו על פסק-דין זה לעיל בפרק 4, בהערה 37). כזכור, באותו מקרה, שינה התובע את כתב-האישום לחומרה מכיוון שהנאשם סירב להסדר טיעון שהוצע לו, ועקב כך נדון הנאשם למאסר עולם בגין זיוף המחאה. לדעתי, החלטה זו מוטעית שכן באותו מקרה התובע הפעיל את סמכותו כנגד הנאשם רק כאמצעי לשכנעו להסכים להסדר, ולא הייתה לו כל כוונה להעמידו לדין כעבריין רצידיביסטי אילו לא היה מתנהל משא ומתן להסדר טיעון. כאשר אלו הם שיקוליו של התובע בקביעת האישומים, הנחת המוצא כי הנאשם לא יכול להיפגע מהצעה להסדר טיעון, מופרכת. ראו גם מ' קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 173, בעמ' 181 ("הכלל צריך להיות כי מה שאין לו הצדקה קיומית לאישום בפני עצמו אינו נעשה מוצדק משיקולים של עסקה עתידית"). ראו גם לעיל בסעיף 5.2.4. עם זאת, הבעיה בעניין *Borderkircher*, לא הייתה אך התנהגות התובע, אלא גם (ואולי בעיקר) החוק שחייב עונש כה חמור בגין עבירה כה קלה ושלל מבית-המשפט סמכות להתאים את העונש לנסיבות. התובע ניצל (לדעתי, לרעה) כוח שראוי היה שלא יהיה בידו מלכתחילה.

לעודד הסדרים, מחמיר בעונשם של המסרבים להגיע להסכם. במקרה זה, העונש החמור אינו תוצר של מדיניות ענישה כללית, אלא תוצאה ישירה של איום פסול שמטרתו לפגוע בזכויות הנאשם כדי לאלצו לוותר על זכויותיו. ההצעה אינה רק הטבה אופציונלית אלא היא כוללת גם איום פסול לנקוט החמרה בעונש, מעבר לראוי בנסיבות המקרה. לפיכך, הסכמה להצעה כזו נגועה בכפייה. כדי למנוע מצב זה יש להבטיח הפרדה בין הגורם המוסמך להגיע להסכמה על העונש מטעם המדינה לבין הגורם הפוסק את העונש במקרה שנוהל הליך. אם המותב המטיל את העונש בתום ההליך אינו מעורב בנסיבות להגיע להסכמה, קטן החשש מפני החמרה מיוחדת בעונשים שנועדה לעודד עריכת הסכמות⁹¹. בית-המשפט אינו יודע אם הוצעה לנאשם הצעה הוגנת והוא סירב לה, ולכן אין סיבה כי ירצה להחמיר בעונשו אם יורשע. לפיכך, כאשר הפרדה זו קיימת, אין בעצם ההצעה לענישה מוסכמת כדי לפגוע בזכויותיו הדיוניות של הנאשם. לדיון בדבר מעורבות שיפוטית במשא ומתן נחזור בהמשך. אולם, כל עוד אין מטילים עונשים חמורים מאלו ההולמים כדי לעודד נאשמים להגיע להסכמים, הסכמה על ענישה אינה נגועה בכפייה.

5.2.6. החשש מהרשעת חפים מפשע

לא אחת נטען כנגד הסדרים על ענישה כי הם עלולים לגרום לחפים מפשע להסכים לענישה⁹². הטענה היא כי הנאשם החף מאשמה עלול להעדיף את ההסכמה על עונש מקל על פני החשש כי הוא יורשע בטעות ויוטל עליו עונש כבד⁹³. גם אם אין מדובר בהסכם הנגוע בכפייה הרי שאם תוצאת ההסכמות היא פגיעה כה קשה בנאשמים חפים מפשע, יש לאסור על הסכמות אלו. הטוענים כך אינם שוללים את האפשרות להרשעת חפים מפשע גם לאחר משפט אולם לגישתם ההסדרים מגדילים את שיעור המורשעים בטעות נוכח התמריצים הניתנים לנאשמים להודות בעבירות⁹⁴. אם לטענה זו יש בסיס, זוהי בוודאי טענה חזקה. הרשעת חפים מפשע הינה הסיוט הגרוע ביותר של שיטת המשפט הפלילית. אולם האם יש בסיס לטענה כי חפים מפשע נתונים לסיכון גדול יותר בשיטה שבה נוהגים הסדרים?

ראשית, אבהיר כי הניתוח להלן מניח כי נאשם זכאי לקבל, קודם להסכמתו לחלופה, את מלוא חומר הראיות שהיה פתוח בפניו אילו הוא היה עומד לדין פלילי. מצב זה קיים בוודאי בחלק מן החלופות, כגון הסדרי טיעון⁹⁵. בחלק אחר מן החלופות, זכות כזו אינה קבועה מפורשות בחוק, ועובדה זו מצריכה דיון נפרד. בהמשך העבודה, אדון בסוגיית חובת הגילוי של חומר הראיות בחלופות השונות. בשלב זה, אבחן את החלופות על רקע ההנחה שהחומר אכן פתוח בפני הנאשם.

⁹¹ ראו Church, לעיל הערה 75, בעמ' 520. על מעורבות שופטים בהסדרים ראו לעיל בסעיף 4.1.6.4.

⁹² לא מדויק לדבר בהקשר זה על החשש מהרשעת חפים מפשע, שכן בחלק מן החלופות העונש המוטל אינו מלווה בהרשעה. כיוון שבפרק זה איני מבקש להפריד בין החלופות השונות אתיחס לאורך רובו לכל עונש המוטל על חף כבעיה השווה בחומרתה להרשעת חף. לפיכך אשתמש במושג "ענישת חפים מפשע" ולא "הרשעת חפים מפשע". אולם, הדבר נעשה למען הדיוק בהתייחסות המשותפת לכלל החלופות. בהמשך הסעיף אבחין בין חלופות שמקבליהן מורשעים בדין לבין חלופות במסגרתן מוטל עונש בלא הרשעה.

⁹³ ראו למשל Alschuler, לעיל הערה 44, בעמ' 713-716. לטענות דומות בארץ ראו א' הרנון וק' מן, **עיסקאות טיעון בישראל – הלכה ומעשה על רקע השוואתי** (תשמ"א), 135-134; ע' גרוס, "עסקאות טיעון וחקר האמת", **פלילים ג** (תשנ"ג) 251, בעמ' 261-260 וכן דברי השופט אלון בע"פ 556/80 **עלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(3) 170, בעמ' 186.

⁹⁴ ראו Alschuler, לעיל הערה 44, בעמ' 714-713. ראו גם מ' גלבוץ, **הפוטנציאל להרשעה של חפים מפשע במערכת אכיפת החוק בישראל** (חיבור המוגש לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, 2000), 98-91.

⁹⁵ הסדר טיעון נערך על בסיס כתב-אישום שהוגש, ואשר עם הגשתו קמה לנאשם זכות לעיין בחומר החקירה נגדו. ראו סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). יצוין כי בארצות-

אזכיר עוד כי אני מניח, בשלב זה, כי הנאשם פועל באופן רציונלי. בהקשר שלנו, אדם ייחשב רציונלי אם הוא פועל באופן אשר, לפי המידע שבידו, ייטיב עמו ביותר. עם זאת, חשוב להדגיש, כי שני אנשים עשויים לפעול ברציונליות ובכל זאת לקבל במצב דומה החלטה שונה. כך, למשל, החלטת הנאשם מושפעת, לא רק מהסיכויים והסיכונים במשפט, אלא גם מאופיו, ממידת החשש שלו מעונש זה או אחר, ממידת הסבל שלו ממצבי אי ודאות וכיוצא באלה. כל אלו עלולים לגרום לכך שהעונש הקריטי של נאשמים שונים במצבים דומים יהיה שונה, ובכל זאת אין בשוני זה כדי לפגוע בהנחת הרציונליות. איני מתעלם מכך כי גם כאשר רציונליות מפורשת באופן זה, ההנחה כי נאשמים פועלים ברציונליות אינה תקפה במקרים רבים. עם זאת, בשלב הראשון, אבחן את הסוגיה על בסיס הנחה זו; בשלב השני, ההנחה תוגמש.

נניח כי תובעת מחליטה להעמיד לדין נאשם חף מפשע. התובעת יכולה לעשות כן מכיוון שהיא מאמינה כי הנאשם אשם או, אם מדובר בתובעת מושחתת, במטרה לפגוע בו למרות חפותו. מערכת המשפט צריכה כמובן להקטין את הסיכון של הנאשם מפני הרשעה בשני המקרים. הנאשם יכול, על בסיס המידע שבידו, להעריך את סיכוייו להוכיח את חפותו בהליך משפטי. אם מערכת המשפט הייתה מושלמת, לא היה כל חשש כי בית-המשפט ירשע אותו. במקרה כזה, ניתן היה, לכאורה, לבסס טענה נגד הסדרים. אולם, במקרה כזה, שום הצעה של התובעת לענישה בהסכמה לא תתקבל. כשהנאשם יודע כי בית-המשפט יזכה אותו בוודאות, אין כל סיבה כי יסכים לשאת בעונש כלשהו במקום ההליך הפלילי.

הקושי מתעורר מקום בו הנאשם חושש כי למרות חפותו, הוא עלול להימצא אשם בהליך משפטי. במקרה כזה, עשוי הנאשם להעדיף עונש מוסכם מסוים על פני הסיכון שבעמידה לדין. גובהו המרבי של עונש זה הוא העונש שהגדרתי קודם לכן בשם "העונש הקריטי". הוא תלוי בהסתברות שהנאשם יימצא אשם לפי הערכתו, בעונש שהוא צופה שיוטל עליו אם הוא אכן יורשע, כמו גם ביחסו לסיכון ובהעדפותיו. אם התובעת תציע לו הסדר מוסכם לעונש קל יותר מהעונש הקריטי, הוא יסכים להסדר, למרות חפותו. בדרך זו מביאים ההסדרים לענישת חפים מפשע.

דוגמא למקרה כזה ניתן אולי למצוא במשפט החוזר של דינה בר יוסף⁹⁶. המבקשת בתיק זה, שעבדה כעוזרת בית בבית המתלוננים הורשעה, בעקבות עסקת טיעון, בגניבת ש450 מבית מעבידיה. הודאתה נתקבלה לאחר שחוקר פרטי, שהוזמן, לבקשת המתלוננים, לחקור מה מקור גניבות הכסף התכופות מביתם, גילה בכליה שטרות כסף שסומנו בצבע זרחני. סימני הצבע נמצאו גם על-ידיה של המבקשת. בנסיבות אלו, קשה היה להניח כי למבקשת סיכוי ממשי להימצא זכאית, והיא הודתה במסגרת הסדר הטיעון. כעבור זמן, הסתבר למתלוננים כי הגניבות נמשכות גם לאחר שהמבקשת הפסיקה את עבודתה. מהעובדות עלה עוד, כי ייתכן שהגניבות בוצעו על-ידי בנם. המתלוננים פנו למשטרה וביקשו לתקן את המעוות, לאחר ששוכנעו כי יד המבקשת לא הייתה במעל. לאור זאת זוכתה המבקשת במסגרת משפט חוזר. זוהי, לכאורה, דוגמא לכך

הברית, הסדר טיעון נערך, במקרים רבים, בשלב מוקדם יותר של החקירה בלא שכל חומר הראיות גובש, וחובת גילוי החומר במשא ומתן להסדר טיעון מצומצמת יותר.

⁹⁶ ראו מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 225.

שהסדר טיעון הוביל להרשעת נאשמת חפה. בוודאי ישנן דוגמאות רבות אחרות, שלא נתגלו⁹⁷. המסקנה שרבים גוזרים מדוגמאות מעין זו היא כי יש לאסור על הסכמות בפלילים⁹⁸.

אולם, האם ביטול החלופות פותר את בעיית הנאשם החף? נניח כי החוק אוסר על הנאשם ועל התובעת להגיע להסכם על ענישה. במקרה כזה הנאשם יאלץ לעמוד לדין ולשאת בסיכון של הרשעה בבית-משפט, ושל העונש החמור הצפוי בעקבותיה. מבחינתו, לפחות כל עוד הוא פועל בצורה רציונלית, מצב זה גרוע מקבלת החלופה. זאת, מכיוון שבעצם החלטתו להסכים לחלופה, גילה הנאשם את דעתו כי הסיכון שבעמידה לדין גורם לו סבל רב יותר מקבלת העונש המוסכם. במילים אחרות, איסור על הסכמים על ענישה ישלול מהנאשם החף את האופציה להסכים לעונש שחומרתו, מבחינתו, פחותה מחומרת עמידה לדין. הטלת איסור על הסדרים יכולה לכן רק לצמצם את האופציות העומדות בפני הנאשם החף, ולכן להרע את מצבו. נאשם חף הסבור כי הראיות בתיק מבססות סיכון ממשי כי בית-המשפט יטעה וירשיעו בטעות, רק יסבול יותר אם ישללו ממנו את האופציה לבחור להגיע להסדר עם התובעת, ויחייבו אותו לעמוד בפני הסיכון שבהליך המשפטי. איסור על הסדרים לא יוכל להגן עליו⁹⁹. כך במקרה של גבי בר יוסף – אם היו שוללים ממנה את הזכות להגיע להסדר טיעון, היא הייתה נאלצת לעמוד בפני הסבל והעלות הכרוכים בהליך פלילי ממושך אשר בסופו, ככל הנראה, היא הייתה מורשעת נוכח ההוכחות החותכות שהצטברו נגדה, ונענשת בלא לזכות בהקלה המוסכמת. בוודאי שלא ניתן להצדיק גישה זו ברצון להגן עליה.

אולם האינטרסים של הנאשם הבודד אינם בהכרח מכריעים. ייתכן כי לכל נאשם חף, כאשר מוצעת לו האלטרנטיבה, כדאי להסכים לחלופה, אולם, במקביל, עצם קיומו של משטר המתיר חלופות פוגע בסך הנאשמים החפים מפשע. כפי שהראיתי קודם לכן¹⁰⁰, הצעה של מעביד לעובד מובטל להעסיקו בשכר הנמוך משכר מינימום עשויה רק להיטיב עם העובד, שכן היא מאפשרת לו אלטרנטיבה שלא הייתה לו קודם לכן. בכל זאת, היתר למעבידים להציע הצעות כאלו יפגע בכלל העובדים, שכן כל הצעה כזו לעובד אחד פוגעת ביכולתם של עובדים אחרים לזכות בשכר הגבוה משכר המינימום. בדומה, ייתכן, כי כל נאשם חף אכן יעדיף שיציעו לו אופציה של עונש מוסכם, אולם כלל החפים ייפגעו ממשטר המאפשר חלופות כאלו.

ואכן, יש בסיס לחשש כי נאשמים חפים ייפגעו מהיתר לערוך הסדרים של ענישה בהסכמה. הסיבה לכך טמונה בהיות הנאשמים החפים חלק מהנאשמים בכלל. החלופות, כפי שראינו בדיון לעיל, מגדילות את הסיכוי של כל הנאשמים, ובכלל זה החפים, להיענש. במילים אחרות, כלל הנאשמים החפים עשויים להיפגע מקיומן של החלופות, מכיוון שהם חלק מכלל הנאשמים, וכלל הנאשמים נפגעים מקיומן של החלופות. החלופות מפנות למערכת האכיפה זמן ומשאבים אחרים. משאבים אלו מופנים לטיפול בנאשמים נוספים, אשר במשטר בו חלופות אסורות, בלית ברירה, לא היו מועמדים לדין ולא היו נענשים. כיוון שבין הנאשמים יש בוודאי מספר חפים מפשע,

⁹⁷ ראו ע' קובו, "הודאת שווא רציונלית", הסנגור 54 (2001) 3.

⁹⁸ יצוין, כי כלל לא ברור אם אכן הנאשמת במקרה זה הייתה חפה. לא נמצא הסבר אחר להימצאות הסימנים על-ידה, ולכן כל שנקבע במשפט החוזר היה כי קיים ספק סביר באשמתה. אולם, המקרה מובא כאן אך כדוגמה להרשעה מוטעית, ואף אם לא הייתה במקרה זה הרשעה מוטעית ניתן להניח כי היו הרשעות מוטעות במקרים דומים אחרים.

⁹⁹ ראו Scott & Stuntz, לעיל הערה 73.

הרחבת מעגל הנאשמים הנתונים לטיפול של מערכת האכיפה, תרחיב גם את מספר החפים הנתונים לטיפול מערכת זו. **שיעור** החפים מפשע שייענשו לא יגדל (וכפי שאראה בהמשך סביר להניח כי הוא יקטן), אולם **מספר** החפים שייפגעו, עשוי בהחלט לגדול, במקביל לגידול במספר הכולל של הנאשמים שייענשו.

אלא שקשה, על בסיס טענה זו, להצדיק איסור על שימוש בחלופות. אם העובדה שגם חפים מפשע סובלים כאשר מערכת האכיפה פועלת כנגד חשודים מצדיקה צמצום בהיקף פעולת מערכת האכיפה, הרי שסגירת מערכת האכיפה לחלוטין היא הפתרון המוחלט והסופי לבעיית הנאשמים החפים. אם אנו מכירים בעובדה שישנם חפים מפשע המורשעים במערכת המשפט, וספק אם יש מי שכופר בכך, הרי שבעצם בחירתנו בקיום מערכת זו הכרנו גם בצורך לקבל שיעור מסוים, גם אם נמוך ביותר, של חפים מפשע המורשעים בדין, כדי לקיים מערכת אכיפה אפקטיבית. הגדלת משאבי רשויות האכיפה בזכות ההסדרים אכן עלולה להגדיל את מספר החפים שיועמדו לדין (או ייענשו במסגרת החלופות), אולם המבחן הראוי הוא האם היא עלולה להגדיל את שיעור החפים בקרב הנענשים. כיוון שהחפים נפגעים בשל הרחבת רשת האכיפה על חשודים רבים יותר, הרי שהגידול בשיעור החפים הנענשים צפוי להיות דומה לגידול בשיעור הנאשמים הנענשים (למעשה, בהמשך אראה כי שיעור הגידול במספר החפים הנענשים צפוי להיות אפילו קטן יותר משיעור הגידול במספר הנאשמים הנענשים). ההגיון שבשליטת החלופות כדי למנוע גידול זה בשיעור החפים הנענשים דומה להגיון של ההצעה לחון כל מורשע שני, ובדרך זו לצמצם למחצית את מספר החפים מפשע המורשעים. חוסר ההגיון שבהחלטה כזו בולט על פניו. פגיעה במשאבי רשויות האכיפה בוודאי אינה האמצעי המידתי לצמצום בעיית הנאשמים החפים. אם במערכת האכיפה הסיכון של חשוד חף מפשע נראה גבוה מידי, ניתן לנצל את המשאבים המתפנים בזכות החלופות כדי לשכלל את ההליך הפלילי ולצמצם סיכון זה. צמצום הסיכון של נאשמים חפים בהליך משפטי יקטין במקביל גם את נכוונותם להסכים לחלופות ויקטין לכן את שיעור החפים המורשעים. בדרך זו יקטן שיעור החפים שייענשו בהשוואה לשיעור הנאשמים שייענשו. אולם צמצום משאבי רשויות האכיפה, באמצעות איסור על הסדרים של ענישה מוסכמת, בוודאי אינו פתרון מידתי לבעיית החף. אם נחזור לדוגמא של דינה בר יוסף, ייתכן כי איסור על הסדרי טיעון היה מגביל את משאבי התביעה כך שגבי בר יוסף לא הייתה מועמדת לדין כלל. אולם איתה לא היו מועמדים לדין גם גנבים רבים אחרים אשר ביצעו את המעשה והיו נגדם ראיות דומות. איש לא יטען כי צמצום זה של משאבי התביעה מהווה פתרון הולם לבעיית החף.

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

זאת ועוד, עד כה הנחתי כי אין כל פערי מידע בין הנאשם לבין התובעת. אלא, שברי, כי הנאשם יודע טוב יותר אם הוא חף או לא. התובעת ניזונה מהראיות בתיק, ועל בסיסן היא יכולה לגבש

¹⁰⁰ ראו הטקסט הצמוד להערה 79.

הערכה של סיכויי ההרשעה. הנאשם מכיר ראיות אלו אך בנוסף לכך הוא יודע גם את אשר אירע באמת. אם הנאשם אכן ביצע את העבירה, וצופה כי בהליך המשפטי יתגלו עובדות או ראיות שאינן בידיעת התובעת היום, הוא יעריך את סיכויי זיכוי כנמוכים יותר מהערכת התובעת. למעשה, אף אם הנאשם האשם אינו יודע דבר על האופן בו יוצגו הראיות בהליך המשפטי, יש לו סיבה לחשוש, כי הדיון הראייתי יחשוף דברים שיגדילו את הסיכוי שבית-המשפט ידע שהוא אשם. כל עוד קיים מתאם כלשהו בין תוצאות ההליך המשפטי לבין האחריות האמיתית של הנאשם, וכל עוד ההליך אינו מתנהל על בסיס הטלת מטבע, אלא על בסיס רציונלי כלשהו, יש בסיס לחשש זה של האשם. אם לא קיים כל מתאם כזה, משמעות הדבר שהדיוק של ההליך המשפטי אינו גדול מהדיוק של הכרעת דין שתתבסס אך ורק על הראיות שבתיק החקירה שבידי התביעה, בלא כל שימוע או חקירת עדים. מעטים יטענו כי זה אכן המצב. גם אילו ניתן היה לבסס טענה כזו, המסקנה הנגזרת צריכה הייתה להיות לשפר את ההליך הפלילי, ואם הדבר אינו אפשרי, לבטלו, שכן הכרעה על בסיס תיק החקירה מדויקת באותה מידה כמו קיום המשפט (לפי הטענה) ובוודאי זולה בהרבה.

אולם זו אינה טענה סבירה. שמיעת ראיות ההגנה, חקירה נגדית של עדי התביעה, והבחינה הגלויה של הראיות במשפט, בוודאי מסייעות בבירור אחריות הנאשם. לפיכך, יש להניח כי קיים מתאם מסוים בין חפות לבין סיכויי הזיכוי, גם כאשר הדבר אינו משתקף בעוצמת הראיות שבידי התביעה. מטעם זה הערכת סיכויי ההרשעה של נאשם אשם צפויה להיות גבוהה יותר מזו של התובעת, אשר אינה יודעת בוודאות אם הוא אכן אשם או לא. מנגד, כאשר הנאשם חף מאשמה, יש לו בסיס להעריך כי סיכויי ההליך משפטי טובים מאלו שניתן להעריך על בסיס בחינה מקצועית של ראיות התביעה.

ניתן להסביר תופעה זו גם בצורה הבאה. בידי התובעת ראיות לביצוע עבירה אשר על בסיסן ניתן להעריך את סיכויי ההרשעה של הנאשם. הנאשם, בנוסף לראיות אלו יודע גם את העובדות לאשורן, דהיינו יודע אם הוא אשם או חף. ההליך השיפוטי מעמיק בחקר הראיות מעבר לחקירה המשטרית. בחינת הראיות על-ידי הצדדים, החקירה הראשית והנגדית של העדים וכיוצא באלה מסייעים בידי בית-המשפט לקבל הערכה טובה יותר, באשר לאשמת הנאשם, מזו שיכולה התובעת לקבל על בסיס הראיות הקבילות שבידיה קודם למשפט¹⁰¹. לפיכך, כאשר הנאשם זכאי, הסיכוי שבית-המשפט ימצא אותו זכאי גדול, במרבית המקרים, מאשר ההערכה המוקדמת של התובעת שכך יקרה; ואילו כאשר הוא אשם, הסיכוי שלו להימצא זכאי קטן מהערכה המוקדמת של התובעת. כמובן, שאיני טוען כי בכל מקרה הערכות התובעת על בסיס הראיות יהיו מוטות בצורה זו. גורמים רבים משפיעים על הערכות הסיכויים של התובעת ושל הנאשם. הטענה כאן היא חלשה הרבה יותר. הטענה היא כי קיים מתאם סטטיסטי כלשהו, שבוודאי אינו מושלם, בין האחריות הפלילית לבין פערי ההערכות שבין הצדדים. בניסוח אחר, כאשר בפני אותה תובעת מונחים שני תיקים זהים מבחינת הראיות שבהן, כנגד שני נאשמים – האחד חף והשני אשם, התובעת צפויה להעריך את סיכויי ההרשעה באופן דומה. מנגד, בהיעדר הבדלים נוספים, הנאשם

¹⁰¹ ייתכן, אמנם, שבידי התובעת יהיו גם ראיות נוספות, אותן היא לא יכולה להציג בפני בית-המשפט, אשר ישנו את הערכותיה באשר לסיכוי כי הנאשם אכן אשם. אולם, ראיות אלו לא ישנו את הערכת התובעת באשר לסיכויי הרשעתו, שכן התובעת יודעת שלא ניתן להציגם בבית-משפט. ההשוואה הנערכת כאן מבחינה בין הערכת התובעת את סיכויי ההרשעה, לבין ההערכה של בית-המשפט באשר לסיכוי כי הנאשם אשם. מטעם זה לראיות שאינן קבילות אין כל השלכה על ההערכות הללו.

החף צפוי להאמין כי הסיכוי שיורשע קטן יותר מאשר הערכת סיכויי ההרשעה של הנאשם האשם. הבדלים נוספים בין הנאשמים, כמו שיקולים נוספים המשפיעים על הערכות הצדדים, יגרמו לכך שבחלק מן המקרים הערכותיו של הנאשם החף את סיכויי זיכוי לא תהיינה גבוהות יותר מהערכות הנאשם האשם, אולם ככלל, נאשמים חפים ייטו להיות אופטימיים יותר מאשר נאשמים אשמים באשר לסיכוייהם להימצא זכאים, גם כאשר הראיות שבתיק התביעה נגדם דומות. במידה רבה, תופעה זו חזקה במיוחד בארץ, לפחות ביחס לאותן חלופות הנערכות לאחר גילוי חומר החקירה לנאשם, בשל הפער הגדול בחובת הגילוי בין התביעה לבין הגנה. יתרון המידע של הנאשם לא ניזון אך מהעובדה שהנאשם יודע את העובדות לאשורן, אלא גם מכך שכל ראיות התביעה חשופות בפניו, ואילו הראיות שבידיו אינן חשופות בפני התביעה. כמובן, שאם הייתה בידו ראיה פשוטה המוכיחה את חפותו, הוא היה מציג אותה בפני התובעת כדי לשכנעה להימנע מנקיטת הליכים נגדו. אולם, במקרים רבים אין מדובר בראיה שקל להציגה אלא בקו חקירה של עדים או בהוכחה אחרת שלא ניתן להציג אלא בהליך משפטי; ובמקרים אחרים אין מדובר בראיה ניצחת, וחשיפתה בשלב מוקדם עלולה לפגוע בסיכויי זיכוי. בדומה, נאשם שאינו חף מאשמה, ינסה להסתיר את הראיות המפלילות אותו, גם אם הוא יודע כי סביר שהן ייחשפו בהליך משפטי. בדרך זו הוא יוכל לגרום לתובעת להעריך את סיכויי הרשעתו כנמוכים ממה שהם באמת. גם מטעם זה, מבין שני נאשמים שעוצמת ראיות התביעה נגדם דומה, ולכן הערכת התביעה את סיכויי הרשעתם דומה, צפוי הנאשם החף להעריך את סיכויי זיכוי כטובים יותר מהערכת העבריין את סיכוייו במשפט.

כיצד משפיעה תופעה זו על החלטות הנאשמים? גרוסמן וכץ¹⁰² הראו כי אם נאשמים מתנהגים באורח רציונלי, הסדרים משמשים כמסננת להפרדת אשמים וחפים מפשע בהליך הפלילי. מרבית הנאשמים האשמים יבחרו בחלופה שתוצע להם על-ידי התביעה, ואילו שיעור קטן בהרבה מהחפים יסכימו לחלופות אלו. בדרך זו, יותר חפים יפנו למשפט וכך סיכוייהם לצאת פטורים מעונש יגדלו¹⁰³. ניתן להסביר תופעה זו באופן הבא. כאשר בפני התובעת מספר נאשמים בעבירה דומה אשר חומר הראיות נגדם דומה, היא אינה יודעת מי מהנאשמים שבפניה אכן אשם. גם הערכתה את סיכויי ההרשעה והעונש שיוטל בבית-המשפט תהיה דומה כלפי הנאשמים השונים. לפיכך, היא תציע לכולם, לחפים ולאשמים, עונש מוסכם דומה. מבין הנאשמים, אלו שאשמים באמת צפויים להעריך כנמוכים יותר את סיכוייהם להימצא זכאים. מטעם זה, העונש הקריטי של האשמים צפוי להיות גבוה מהעונש הקריטי של החפים.

כיוון שכולם יקבלו הצעה דומה, רוב האשמים יעדיפו לקבל את ההצעה ואילו שיעור החפים שיקבלו אותה יהיה קטן יותר. במילים אחרות, הצעת התובעת לנאשמים החפים תתבסס על הערכה של התובעת את סיכויי ההרשעה המוטה לרעת נאשמים אלו. מטעם זה הצעת התובעת לא צפויה להיות אטרקטיבית עבורם. מנגד, הצעת התובעת לנאשמים אשמים תתבסס על הערכה של התובעת המוטה לטובתם, ולכן היא צפויה להיות עדיפה עבורם על פני עמידה לדין. בעוד שמרבית הנאשמים האשמים צפויים להסכים לחלופה, רבים מן החפים ידחו את ההצעה. החפים שידחו אותה יועמדו לדין. כיוון שהמערכת אינה מושלמת, חלקם יזוכו וחלקם יורשעו. לעומת זאת,

¹⁰² ראו G.M. Grossman & M.L. Katz, "Plea Bargaining and Social Welfare" 73 *Am. Econ. Rev.* (1983) 749.

¹⁰³ ראו על כך גם Scott & Stuntz, לעיל הערה 73, בעמ' 1947-1940.

האשמים שיסכימו להסדר ייענשו בוודאות. בדרך זו משמשות החלופות כמסננת בין נאשמים אשמים וחפים, ומקטינות את שיעור החפים מפשע הנענשים.

הוספת שיקולים התנהגותיים-פסיכולוגיים לניתוח לעיל רק מחזקת את מסקנתו. על מי שאינו אשם, יקשה, פסיכולוגית, להודות ולגנות עצמו בגין מעשה שהוא לא עשה. מנגד, עבור אדם אשם, ההודאה יכולה לשמש פורקן ללחץ הכרוך בהסתרת האמת ולהתמודדות עם רגשות החרטה¹⁰⁴. ואכן, ממחקרים שבחנו מקרים של הרשעות מוטעות שנחשפו עולה, כי הודאות באשמה במהלך המשפט – אשר ניתן ליחסן להסדרי טיעון מפורשים או משתמעים – יכולות להסביר רק שיעור קטן ביותר של ההרשעות המוטעות¹⁰⁵. כשמשווים את השיעור הנמוך כל כך של הרשעות השווא שניתן לייחס להסדר טיעון מבין הרשעות השווא שנחשפו, לשיעור הגבוה כל כך של הרשעות שניתן לייחסן להסדרים אלו, עולה כי הסדרי הטיעון אכן משמשים מסננת טובה למדי להפרדת חפים ואשמים¹⁰⁶. גם אותם מקרים ספורים של הרשעות שווא בהסדר טיעון לא מלמדים בהכרח כי הכשל שהביא להרשעה המוטעית נגרם עקב הסדר הטיעון. כך, לעתים, הסדר הטיעון נערך כאשר הנאשם עצור וביודעו כי הסכמתו להודות תזכה אותו בעונש קל שיביא לשחרורו בהקדם¹⁰⁷. במקרים אחרים, הטרחה הרבה והסבל הכרוך בעצם ההליך הפלילי מעודדים נאשמים, בעיקר בעבירות קלות, להודות כדי לסיים את ההליכים במהרה¹⁰⁸. איסור על הסכמות לענישה אינו יכול לפתור את בעיותיהם של נאשמים חפים אלו. דווקא ייעול מערכת ההליך הפלילי, באמצעות

¹⁰⁴ ראו מ' גלבו, "חוסר הרציונליות שבהודאת שוא רציונלית – הערות למאמרו של עו"ד עמי קובו 'הודאת שוא רציונלית'", **הסנגור** 55 (2001) 3, בעמ' 5.

¹⁰⁵ ראו, למשל, H.A. Bedau & M.L. Radelet, "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases", 40 *Stan. L.R.* (1987) 21, p. 63 אשר מבין 350 מקרים של עיוות דין בתיקי רצח ואונס מן המאה ה-20 אותם הם בחנו, נמצאו רק 63 מקרים ספורים שהודאת הנאשם במשפט הייתה הגורם להרשעה המוטעית. בכ-17 מקרים מתוך 350 ההרשעה התבססה, בין השאר, על הודאת שווא או אליבי שיקרי. אולם, ברוב המכריע של מקרים אלו ההודאה התקבלה בעקבות הודאת שווא קודמת במשטרה. במקרים אלו קשה לייחס את ההרשעה להסדר טיעון כלשהו שכן רק במקרים נדירים יכול נאשם שהודה במשטרה להימצא זכאי בהליך משפטי. מנתוני המחקר קשה לדעת בדיוק בכמה מקרים ההרשעה התבססה על הודאת שווא בבית-המשפט שלא בעקבות הודאה במשטרה, אולם ברור מתיאור המחקרים במאמר שמדובר במקרים ספורים בלבד. גם כאשר בוחנים את הסיבות להודאת השווא במחקר עולה כי רובן אינן סיבות הקשורות להסדר טיעון. כך, חלק מההודאות הוצאו מהנאשמים בכפייה ואחרות הושגו בשל מחלת נפש של הנאשם. רק בשלושה מקרים מתוך ה-17 האמורים ההודאה ניתנה כדי להשיג הקלה בעונש - המרת עונש מוות בעונש מאסר. לפיכך, רק שלושת המקרים הללו עשויים להיחשב מקרים של הרשעה מוטעית בגין הסדר טיעון (מפורש או משתמע). מכאן, שמתוך המדגם במחקר זה, ניתן לייחס להסדרים של הקלות בעונש תמורת הודאה באשמה פחות מ-1% מההרשעות המוטעות (שלושה מקרים מתוך 350 ההרשעות המוטעות שנבחנו). מכיוון שבארצות-הברית למעלה מ-90% מההרשעות מושגות באמצעות הסדרי טיעון מפורשים או משתמעים, העובדה שהרוב המכריע של ההרשעות המוטעות בתיקים שבמחקר נבעו מטעות של מושבעים או טעות אחרת ולא מהסדר טיעון משמשת אינדיקציה טובה לכך שהסדרי הטיעון משמשים מסננת טובה של אשמים מחפים. יצוין כי גם שלושת המקרים שבהם הודאת השווא נמסרה למטרת השגת הקלה בעונש אינם מלמדים על פגם בעצם השימוש בהליך של ענישה בהסכמה אלא רק באופן השימוש בהליך זה באותם מקרים. כפי שאראה בהמשך פרק זה, יצירת מנגבלות על שיעור הפשרות בהסדרים יכולה לצמצם עד מאוד את שיעור ההרשעות המוטעות בהסדרים. כך, אטען, כי אין להתיר המרת עונש מוות לעונש מאסר בהסדר טיעון. המחקר לעיל נותן אינדיקציה לכך שאם הסדרי טיעון ייושמו במגבלות המוצעות כאן, הרי שלפחות בעבירות חמורות, החשש מהרשעת החף בעקבות ההסדר הינו זניח. ראו גם C.R. Huff, A. Rattner & E. Sagrin, *Convicted But Innocent - Wrongful Conviction and Public Policy* (Sage Pubs, 1996), 64 אשר בחנו את הסיבה המרכזית להרשעה ב-205 מקרים של הרשעה שנחשפה כמוטעית. אף כי לדעתם הסדרי טיעון עלולים להוביל להרשעות מוטעות, באף אחד מהמקרים שנבחנו לא נימצא כי הסדר טיעון או הבטחה להקלה בעונש היה הסיבה המרכזית להרשעה. להערכתם, הסיבה שהרשעות מוטעות בעקבות הסדרי טיעון לא נחשפו היא שלאחר הסדר טיעון מסתיים ההליך ואין בירור שיפוטי או חקירה נוספת. אולם טענה זו אינה משכנעת שכן רבות מההרשעות המוטעות נחשפות בלא קשר להליכי הערעור. לסיבות לחשיפת ההרשעות המוטעות ראו לעיל במאמרם של Bedau & Radelet, בעמ' 65.

¹⁰⁶ ממצאי המחקרים מלמדים כי הסיבה העיקרית להרשעות שווא היא זיהוי מוטעה של עדי ראיה. ממחקר של כ-700 מקרים של הרשעות שווא בארצות-הברית עלה כי כ-52% מההרשעות השווא ניתן לייחס לסיבה זו. גורמים מרכזיים נוספים להרשעות שווא הם בידוי ראיות על-ידי הרשויות (11%) ועדות שקר של אחד העדים (10%). ראו א' רטנר, "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט", **פלילים** ג (1992) 262.

¹⁰⁷ ראו Huff, Rattner & Sagrin, לעיל הערה 105, בעמ' 74.

¹⁰⁸ ראו שם, שם וכן M. Feeley, *The Process is the Punishment* (New York, 1979), 30.

הרחבת ההסכמות לענישה, עשוי לסייע להם, בזכות יכולתה להביא לזירוז ההליכים הפליליים ולצמצום התמריצים של החפים להודות כדי לקצר הליכים אלו.

ניתן לסכם את שתי הסיבות העיקריות לכך שהחשש מהענשת חפים מפשע אינו יכול לשמש בסיס להתנגדות לחלופות. ראשית, אף כי ייתכן שנאשם חף יסכים לקבל הצעה לעונש חלופי, הרי שביטול החלופות לא יקל את מצבו של נאשם זה. בחירתו בהצעה מלמדת כי החלופה נראית בעיניו קשה פחות מהעמידה בפני הסיכון של הרשעה מוטעית בבית-המשפט. איסור על חלופות ישלול ממנו אופציה המיטיבה עמו. ושנית, החלופות צפויות לשמש כמסננת שברישתה ייתפסו בעיקר האשמים. החפים, שסיכויי זיכויים גבוהים מסיכויי הזיכוי של נאשמים אחרים שכנגדם תיק חקירה דומה, ייטו יותר לדחות את הצעות התובעת, שכן ההצעה לא תשקף את סיכוייהם להוכיח את חפותם. מנגד, לנאשמים אשמים כדאי יהיה לקבל את ההצעה. בדרך זו החפים מאשמה ייטו לדחות הצעות לחלופה ויועמדו לדין, מרבית האשמים יקבלו אותה, וכך יקטן שיעור החפים עליהם מוטל עונש.

ניתן להעלות שלוש טענות מרכזיות כנגד קו טיעון זה. ראשית, ניתן לטעון כי ההפשטה בניתוח לעיל פוגעת באמינותו. שנית, ניתן לטעון כי התבוננות ישירה על האינטרסים של הצדדים במקרה בודד של הסכם על ענישה שוללת את אמינות הניתוח לעיל. שלישית, ניתן לטעון כנגד ההנחה כי הנאשמים פועלים בצורה רציונלית תוך ניתוח נכון של סיכוייהם על בסיס המידע שבידיהם, וקבלת החלטה מושכלת בהתאם. אדון בשלוש טענות אלו על-פי סדרן.

הטענה הראשונה תוקפת את הניתוח בשל ההפשטה שלו. גם אם המודעות לחפות או לאשמה משפיעה על הערכת הנאשם את סיכוייו במשפט, לא ניתן להתעלם מגורמים רבים אחרים המשפיעים על החלטות הצדדים. גורמים אלו שונים מנאשם אחד לשני ומתובעת אחת לשנייה. הם משפיעים על מידת נכונותם של הצדדים להגיע להסדר או סירובם לעשות כן. שילוב גורמים אלו בניתוח עלול לגרום לכך שנאשם חף דווקא יסכים להצעה מחמירה בעוד שנאשם אשם ידחה הצעה דומה, אף כאשר ראיות התביעה כנגד שני הנאשמים דומות. בדומה ייתכן כי ממניעים שונים, אולי אפילו פסולים, התובעת תציע הצעות שונות לנאשמים אשר הראיות נגדם דומות. בנוסף, שיקולים הנובעים מאופי אישי שונה של נאשמים שונים או של תובעות שונות עלולים להביא לעונש קריטי שונה או להצעות שונות, בלא קשר לחפות או לאשם. כל אלו פוגעים בהנחה כי ההסכמות יכולות לשמש מסננת יעילה בין חפים לבין אשמים בדרך שתוארה לעיל.

אלא שאף כי שיקולים אחרים בוודאי משפיעים, ועלולים להוביל נאשם חף להסכים להסדר, כמו גם נאשם אשם לדחותו, אין בכל אלו כדי לפגוע בטיעון לעיל. כל שנטען כאן הוא שקיומו של מידע חד צדדי בידי הנאשם באשר לאשמתו, משפיע על העונש הקריטי שלו, ולכן מקטין את הסיכוי שנאשם חף יסכים להסדר ומגדיל את הסיכוי שנאשם אשם יסכים לו. בוודאי שאין בטיעון כדי להוכיח כי המסננת פועלת באופן מושלם, אלא רק כדי להראות שבזכות אפקט המסננת, שיעור החפים מבין כלל הנענשים יהיה קטן יותר במשטר שבו יש חלופות מאשר במשטר שבו החלופות אסורות. די בהשפעה מסוימת של אפקט המסננת כדי שטענה זו תהיה נכונה. זאת ועוד, ככל שניתן להעריך השפעתם של המשתנים הנוספים על החלטות הנאשמים, נראה כי יהיה בהם דווקא כדי לצמצם את החשש להסכמה של חפים להסדר. כך, למשל, חששו הסובייקטיבי של נאשם

שביצע את העבירה כי האמת תתגלה כמו הרצון לשחרר את הלחץ ולהקל על תחושות האשמה, המתח בהסתרת האמת והקושי להמציא סיפור אלטרנטיבי עלולים כולם להביאו להודות אף כשזה אינו הדבר הרציונלי לעשות. מנגד, על הנאשם החף יפעלו כוחות נגדיים שיתמרצו אותו לעמוד על גירסתו האמיתית, בלא קשר לשאלה אם הדבר רציונלי. לפיכך, ככל שניתן להעריך את הגורמים האחרים הפועלים על נאשמים חפים ואשמים, יש להניח כי אלו רק מחזקים את יעילותו של אפקט המסננת ולא להיפך.

הטענה השנייה המועלית לא אחת כנגד החלופות מתמקדת במקרה בודד ומראה כיצד החלופות מובילות לתוצאה הנראית בעיני הכל פסולה מוסרית. הטענה היא כי גם אם לכאורה ניתוח רציונלי של שיקולי הצדדים מוביל למסקנה כי החלופות לא פוגעות בחפים מפשע, בפועל, עקב החלופות, נאלצים נאשמים רבים להודות בלא שיש בידיהם כל ברירה אמיתית.

ניתן להביא דוגמאות רבות לשימוש בחלופות אשר הפסול המוסרי מהן ברור לחלוטין. הדוגמא הבולטת ביותר הובאה לראשונה על-ידי אלשולר וצוטטה בהמשך פעמים רבות על-ידי המתנגדים להסדרי טיעון¹⁰⁹. אלשולר מציג מקרה שסופר לו על-ידי עורך-דין בסן פרנסיסקו, על נאשם באונס אשר לדעת סנגורו היה זכאי. לתביעה, להערכת הסנגור, לא היו ראיות להוכחת העבירה, והיא הציעה לנאשם עסקת טיעון במסגרתה הוא יורשע בתקיפה, עבירה בגינה אין הוא צפוי לעונש החמור משלושים ימי מאסר. הסנגור הסביר לנאשם כשהציג בפניו את ההצעה כי הסיכוי שיורשע קלוש, אך הנאשם השיב בפשטות, "איני יכול לקחת את הסיכון". התנהגות זו של הנאשם הינה בוודאי רציונלית. אפילו אם הסיכוי שיורשע אינו עולה על אחוזים בודדים, הסיכון בשנות מאסר רבות עשוי להצדיק הסכמה להסדר הטיעון. ובכל זאת, אין צורך להכביר במילים עד כמה בלתי צודק המצב בו הועמד הנאשם.

אכן, דוגמא זו מלמדת שבידי התביעה כוח לפגוע גם בחפים מפשע. אף כי ספק עד כמה נפוץ שימוש ציני בכוח זה באופן המתואר לעיל, הרי שקיים חשש כלשהו כי אם הסדרים על ענישה ייוותרו, הם ינוצלו בצורה צינית על-ידי התביעה כנגד חפים מפשע. סבורני, כי ניתן לצמצם חשש זה באופן משמעותי, באמצעות הסדרה של העונשים המוצעים באופן בו אדון בהמשך. בשלב זה, איני מבקש לבחון, על בסיס הדוגמא של אלשולר, כיצד ניתן לקבוע הסדרים שימנעו שימוש לרעה מסוג זה בחלופות. השאלות שבהן אני מעוניין להתמקד בשלב זה הן כיצד משתלבת דוגמא זו, המראה פגיעה קשה באדם שקיים סיכוי סביר כי הוא חף, עם הניתוח לעיל על-פיו ההסדרים אינם מגדילים את שיעור החפים הנפגעים, והאם ניתן לפתור את בעיית הנאשם בדוגמא של אלשולר באמצעות איסור על הסדרים.

תובעת המציעה הסדר טיעון על תקיפה לנאשם באיננוס יודעת שאין מקום להעמדתו לדין. התנאי להעמדת אדם לדין הוא קיומן של ראיות המבססות אפשרות סבירה להרשעת הנאשם¹¹⁰. גם אם התביעה מעריכה כי הנאשם ביצע את המיוחס לו, אסור לה להעמידו לדין בהיעדר אפשרות סבירה להרשעה¹¹¹. תובעת המציעה לנאשם חלופה המקלה עמו כל כך, עושה זאת רק אם היא יודעת כי

¹⁰⁹ ראו A.W. Alschuler, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining" 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968) 50, p. 61

¹¹⁰ ראו בג"ץ 2534/97 **יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'**, פ"ד נא(3) 1, בעמ' 10.

¹¹¹ שם, בעמ' 12.

אין אפשרות סבירה להרשעת הנאשם. אילו הייתה אפשרות כזו, הייתה התביעה מתעקשת על עונש חמור בהרבה. כיוון שכך, ההצעה לחלופה במקרה כזה, לפחות על-פי הדין בארץ, לא רק שאינה צודקת, היא גם אינה חוקית. אולם בכך אין כדי להסיר את החשש מפני הצגת הצעות כאלו. תובעת עלולה להציעה אם מסיבות אישיות היא מבקשת להתנכל לנאשם או בשל רצונה לפגוע בנאשם משום שזה, לדעתה, ביצע את העבירה, למרות הקשיים הראייתיים. בין אם יש חשש ממשי כי תובעים ירבו לנצל כך לרעה את כוחם, ובין אם פעולה כזו צפויה רק במקרים ספורים, לא ניתן להתעלם מהקושי המותיר את הכוח לפגוע כך בנאשם החף בידי התביעה. אם הסמכות להציע הסדרים של ענישה מוסכמת מאפשרת לתביעה להתעמר בצורה כזו בחפים מפשע, זה בוודאי שיקול נכבד שלא להתיר הסדרים אלו.

אולם, סבורני כי זה אינו המצב. אף שבידי התביעה אכן מצוי כוח רב לפגוע בנאשמים חפים שלא כדין, כוח זה לא ניתן לה על-ידי הסמכות להגיע להסדרים על ענישה. אם התובעת מעוניינת לפגוע בנאשם, והנאשם לא יוכל להגיע עימה להסדר, עדיין תוכל התובעת להעמיד אותו לדין. בדוגמא של אלשולר, שלילת כוחם של הצדדים להגיע להסדר טיעון לא הייתה יכולה למנוע מהתביעה לפגוע בנאשם. במקרה זה התביעה הייתה מעמידה את הנאשם לדין באשמת אונס ויוצר לו סיכון כי חבר המושבעים ירשיעו. עבור הנאשם, סיכון זה, על כל הכרוך בעמידה לדין פלילי, חמור יותר מהסכמה לענישה בגין תקיפה. זאת ניתן ללמוד מבחירת הנאשם בהסדר, כאשר הוא יכול היה לעמוד לדין. במילים אחרות, אם איומה של התובעת אינו אמין, והיא אינה יכולה להעמיד לדין את הנאשם החף, הנאשם לא יסכים לכל עונש חלופי שהתובעת תציע לו. מנגד, אם בכוחה של התובעת להעמידו לדין למרות דלות הראיות נגדו, איסור על הנאשם להגיע להסדר עם התובעת רק יפגע בו יותר. הוא יחייבו לעמוד בפני הסיכון להרשעה ולעונש כבד, ולא יאפשר לו לצמצם את נזקיו באמצעות הסכמה על עונש קל יותר. הבעיה במקרים מעין אלו היא שאף כי התביעה חייבת להעמיד לדין רק בהתקיים אפשרות סבירה להרשעה, אין כלים אפקטיביים למנוע מתובעת להעמיד לדין אף בלא שמתקיים תנאי זה. במילים אחרות, הבעיה אינה סמכות הצדדים להגיע להסדר אלא כוחה של התביעה להעמיד נאשם שאין נגדו די ראיות לדין. משטר ללא הסדרים לא יוכל לפתור את בעייתו של הנאשם החף.

חשוב להבהיר, איני טוען כי אין מקום לטיפול בבעיה המתעוררת בדוגמאות מעין אלו, ככל שהן קיימות בישראל. לדעתי ניתן וצריך ליצור הסדרים שיגבילו את השימוש לרעה בכוחה של התביעה. כפי שאראה בהמשך, סבורני כי דווקא במשטר בו מותרים הסדרים ניתן ליצור מסגרת שתצמצם עד מאוד את החשש מפני שימוש כזה בכוח. כל שאני טוען כאן הוא שאיסור על הסדרים אינו מקדם מטרה זו. איסור כזה לא יוכל למנוע מהתביעה להעמיד נאשם חף לדין, ולהעמידו בפני הסיכון להרשעה ולעונש. הוא רק יוכל לשלול מהנאשם את היכולת לצמצם את נזקיו על-ידי עריכת הסדר עם התביעה על ענישה בהסכמה.

ניתן כמובן לטעון שתובעת מושחתת לא תעמיד את הנאשם החף לדין אם היא לא תדע כי יש סיכוי סביר שהוא יסכים להסדר, כיוון שאין לה די משאבים לכך. אכן, אם לא יותר לתובעת להגיע להסדרים, היא תאלץ לוותר על תיקים רבים, ולהימנע מהעמדת נאשמים רבים לדין. אם חלק מהנאשמים מועמדים לדין רק כדי לפגוע בהם למרות חפותם, יש להניח כי צמצום המשאבים שבידי התביעה יצמצם גם יכולתה לפגוע באותם חפים. התובעת תאלץ לוותר על

האשמת חלק מן הנאשמים האשמים כמו גם לוותר על שאיפתה לפגוע כך בחלק מן הנאשמים החפים. אולם כפי שראינו לעיל, מדיניות המבקשת להגן על החפים על-ידי צמצום משאבי התביעה באמצעות איסור על הסדרים, אינה מדיניות סבירה. היא בודאי נחותה למדיניות שתפנה את המשאבים המתפנים בזכות ההסדרים לשיפור יכולתה של מערכת האכיפה להבחין בין חפים לבין אשמים.

עד כה הנחתי כי הנאשם פועל באופן רציונלי, דהיינו כי הוא יבחר לקבל את ההסדר רק אם זה עדיף מבחינתו על משפט, בהתחשב בהעדפותיו האישיות ובמידע שבידו. בתוך כך הנחתי שהנאשם מנתח נכונה את ראיות התביעה ויודע להעריך באופן הגיוני את סיכויי הצלחתו במשפט על בסיס חומר זה. יובהר, כי ההנחה אינה שהסדר כאמור אכן היה מסתבר בסוף ההליך כנכון. הנאשם, גם אם הוא מודע למלוא הראיות בתיק ומנתח אותן נכונה, אינו יכול לדעת בוודאות את תוצאות המשפט. ההנחה היא כי הנאשם מנתח נכונה את הסיכויים והסיכונים במשפט ולאחר שהנתונים בידו, בוחר באפשרות אשר, לפי אופייו, העדפותיו ונתונים אחרים, נראית בעיניו עדיפה (או לפחות מזיקה פחות). ניתן להעלות טענה, וזו הטענה השלישית, כנגד הניתוח לעיל באמצעות תקיפת הנחה זו. ניתן לטעון כי הנאשם החף עלול להסכים, פעמים רבות, גם להסדר שאינו מיטיב עמו, בשל חוסר הבנת ההליך, ניתוח מוטעה של הראיות וכיוצא באלה. אם הנאשם אינו מסוגל לכלכל את מעשיו באופן שיקדם את האינטרסים שלו או שהוא אינו מסוגל להבין נכונה את מכלול האפשרויות העומדות בפניו, הוא עלול להסכים גם להצעה אשר אינה מיטיבה עמו. יתרה מזאת, התובעת עלולה לנצל את חוסר הבנתו ומגבלותיו ולשכנעו להסכים להצעה גם כאשר אין כל הגיון בהצעה זו, על רקע הראיות או חומרת העבירה בה הוא מואשם. במקרה כזה, כך ניתן לטעון, סמכות התביעה להגיע להסדרים על ענישה תוכל לפגוע בנאשם. הבעיה חריפה במיוחד כאשר הנאשם חף, שכן אז הנאשם עלול להסכים לעונש שלא ניתן לבססו על הראיות הקיימות. בדרך זו ניתן, תוך ניצול בורותו ומגבלותיו של הנאשם, להיעזר בהסדרים כדי להביא לענישתו למרות חפותו. האין בכך כדי להצדיק איסור על שימוש בחלופות?

לדעתי התשובה היא בשלילה. בשני מקרים עלול נאשם להסכים להסדר המזיק לו, דהיינו להסכים להסדר למרות שבחינה מקצועית של החומר הייתה מלמדת שאין לכך הצדקה. הראשון, כאשר הוא אינו מיוצג. במקרה זה הנאשם אינו יודע להבין נכונה את חומר הראיות, את המצב המשפטי ואת סיכויי זיכוי. במקרה כזה לתובעת יש יתרון ברור במשא ומתן והיא עלולה להטעות את הנאשם לחשוב כי סיכויי זיכוי נמוכים. התובעת לא בהכרח תעשה זאת מתוך כוונת זדון. לא אחת התובעת מאמינה בחומר הראיות שבידיה, והנאשם, שבידו לתקוף ראיות אלו אינו יודע כיצד לעשות כן. עם זאת, נראה כי החשש מפני מצב זה אינו מצדיק איסור על שימוש בהסדרים. ראשית, ברוב המקרים של העבירות החמורות זכאים הנאשמים ליוצג. לפיכך, הבעיה מוגבלת לעבירות קלות בלבד. בכך יש אולי כדי להקטין במעט את חומרת הבעיה הנטענת (אף כי בוודאי אין בכך כדי לשלול אותה לחלוטין). שנית, לפחות ככל שמדובר בהסדרי טיעון, בארץ תובעים ממעטים לפתוח במשא ומתן עם נאשמים שאינם מיוצגים. ישנן יחידות תביעה בהן הוצאה הנחיה האוסרת על עריכת הסדרי טיעון עם נאשמים שאינם מיוצגים כאשר התובע סבור שיש להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל. גם ביתר יחידות התביעה, נדיר למדי כי עונשי מאסר בפועל מוטלים במסגרת הסדר טיעון על נאשם שאינו מיוצג. לפיכך, נדיר שיוטל עונש מאסר בהסכמה על נאשם שאינו מיוצג. גם בכך יש כדי להקל במעט על חומרת הבעיה, אף כי לא לפתור אותה

לחלוטין. שלישית, וזה העיקר, נאשם שאינו מיוצג ואינו יודע כיצד להגן על עצמו, עלול לגרום לעצמו נזק גדול יותר אם ההליך ינוהל. במשא ומתן על הסדר על ענישה יכול הנאשם לספר לתובעת באופן חופשי ובלתי פורמלי את גרסתו ולהעלות את טענותיו באופן בלתי אמצעי. בדיון שיפוטי פורמאלי, כאשר כללי הפרוצדורה נוקשים, מצבו של נאשם שאינו בקיא במטריה המשפטית גרוע בהרבה, וסיכוייו להצליח להוכיח את טענותיו בבית-המשפט נמוכים למדי¹¹². כך, למשל, אם הנאשם אינו יודע לנתח נכונה את חומר הראיות, הוא עדיין יכול להסביר לתובעת מה אירע ומדוע הוא אינו אשם (אם הוא אכן חף). לעומת זאת, יהיה לו קשה הרבה יותר לתקוף את ראיות התביעה בבית-המשפט. אמנם בית-המשפט מצווה לסייע בידי נאשם כזה אולם יכולתו לעשות כן מוגבלת ביותר מכיוון שהוא אינו מכיר את חומר הראיות ומכיוון שההליכים הפורמליים מקשים עליו לקבל מן הנאשמים את מלוא המידע הדרוש להגנתם¹¹³. אין משמעות הדבר שאין לעשות דבר כדי לפתור את החשש מפני הסכמה לעונש של נאשם חף, הנגרמת עקב היעדר ייצוג משפטי. כל אשר נטען כאן הוא כי הפתרון לבעיה אינו באיסור על הסדרים אלא בהרחבת הייצוג המשפטי והבטחת הייצוג, לפחות לכל אותם מקרים בהם עונשו של הנאשם עלול לכלול גם מאסר בפועל¹¹⁴ או עונש חמור אחר. במילים אחרות, את החשש מפני הסכמה של נאשמים לענישה, מכיוון שחסרה להם ההגנה המקצועית הדרושה לכלכל נכונה את מעשיהם, אין לפתור באמצעות כפיית הליך פלילי מלא אלא באמצעות הבטחת ייצוג משפטי נאות לאותם נאשמים. איסור על חלופות רק יפגע בנאשמים אלו, חפים כנאשמים, ולא יהיה בו כדי לסייע להם.

אולם, כאמור לעיל, גם נאשם מיוצג עלול לקבל החלטה מוטעית בהסדר על ענישה. עיקר טענותיהם של המתנגדים להסדרי טיעון בארצות-הברית התבססו על החשש מייצוג לקוי. ראשית, כך נטען, סנגורים ממונים רבים חסרים את הכישורים הנדרשים לייצג את הלקוח היטב במשא ומתן להסדר טיעון. שנית, בעיית נציג קשה מעיבה על היכולת של נאשם מיוצג על-ידי סנגור ממונה לקבל הגנה טובה. בארצות-הברית, הסנגור הממונה, ברוב המקרים, מקבל שכר קבוע שאינו תלוי במספר הדיונים. במצב זה יש לו אינטרס ברור לקצר את ההליך ולהגיע להסדר טיעון גם כאשר הדבר פועל כנגד לקוחו¹¹⁵.

¹¹² ראו ק' מן, **דפי עיון: נאשמים בפלילים וייצוגם על-ידי עורכי דין** (1986) 9 המראה כי 59% מהנאשמים בבית-משפט השלום ו-13% מהנאשמים בבית-המשפט המחוזי אינם מיוצגים במהלך שלב ההוכחות. "נתונים אלה לגבי ייצוג לאחר תחילת ההוכחות מעוררים בעיה נורמטיבית קשה מכיוון שמדובר בשלב של ההליך הפלילי הדורש מיומנות משפטית מיוחדת. נאשם עשוי לשקול ולקבל החלטה נכונה בשעה שהוא מתלבט אם להודות בעובדות או לכפור בהן, אבל לאחר שנאשם כבר בעובדות והחליט לנהל משפט, קשה להאמין כי הוא יכול להציג את טיעונו בצורה נאותה מבלי להיות מיומן בהליכים המסובכים של שמיעת ראיות" שם, שם.

¹¹³ ראו דברי הסנגור הציבורי הארצי, פרופ' קנת מן, בדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 24.9.01 "50% מהנאשמים בבתי משפט השלום, לפי מחקר שעשינו לאחרונה, נשפטים ללא ייצוג. כ-1000 נאשמים נשלחים למאסר בפועל ללא ייצוג במהלך שנת עבודה של בית-משפט" [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-09-24-01.html (16.12.01)]

¹¹⁴ ביום 20.12.99 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, על-פיה, מקום בו הנאשם אינו מיוצג, יודיע התובע לבית-המשפט באם, על-פי החומר שלפניו, בדעתו לטעון לעונש של מאסר בפועל. ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון - יידוע נאשם על היותו מועד למאסר), תש"ס-1999. בדברי ההסבר להצעה נאמר כי "למעלה מ-70% מהנאשמים... אינם מיוצגים, כמחצית מנאשמים אלו מוצאים עצמם בתום ההליך הפלילי נגדם מאחורי סורג ובריח... במקרים רבים, לאחר שמורשע הנאשם, על-פי הודאתו או לאחר הבאת ראיות, מבלי שהוא מיוצג, כשמגיע שלב הטיעון לעונש לקראת גזירת הדין, מתברר לבית-המשפט כי עמדתה של התביעה היא לתבוע מאסר בפועל. לא פעם, במקרים אלו, ממנה בית-המשפט לנאשם סנגור, אך ורק לצורך הטיעונים לעונש. במצב זה, עומדים הנאשם וסנגורו בפני שוקת שבורה בכל הנוגע לקביעת האשמה. לעתים, מאפשר בית-המשפט לנאשם המיוצג, רק לצורך גזר-הדין, לחזור בו מהודאתו בשל חוסר הייצוג". בהצעה זו יש כדי לפתור חלקית את בעיית הייצוג אם בתי-המשפט יקפידו לאחר הודעת התובע למנות לנאשמים סנגורים.

¹¹⁵ ראו 1989-1991 S.J. Schulhofer, "Plea Bargaining as Disaster", 101 *Yale L.J.* (1992) 1979, pp. 1989-1991.

אשר לבעיה הראשונה, נראה כי הקמת הסנגוריה הציבורית העלתה משמעותית את רמת הייצוג של נאשמים, נוכח מנגנוני הפיקוח ודרכי המינוי של סנגורים הקבועים בחוק. עם זאת, אין ספק כי עדיין לא זוכים כל הנאשמים לייצוג הטוב ביותר האפשרי. אלא שפגמים בייצוג אינם פוגעים רק בנאשמים העורכים הסדרים עם התביעה. ייצוג לקוי פוגע גם בנאשם החף שאינו עורך הסדר כזה. יתרה מזאת, בעוד שמשא ומתן על הסדר ענישה הינו הליך פשוט יחסית, שבו ההצעות והתמורות ברורות יחסית, הרי שניהול הגנה של נאשם במשפט הוא דבר מסובך בהרבה ולכן מחייב כישורים גבוהים בהרבה. נאשם שסנגורו חסר את הכישורים הדרושים יפגע הרבה יותר כאשר הסנגור ייצגו בהליך משפטי מאשר במקרה בו הסנגור ייצגו במשא ומתן על עונש¹¹⁶. זאת ועוד, נאשם חף מפשע יוכל לבקר טוב יותר את החלטותיו המוטעות של סנגורו במשא ומתן להסדר, הן משום שההסדר בדרך כלל פשוט להבנה (עונש מוסכם תמורת ויתור על הזכות למשפט) והן משום שההסדר יוכל להיכנס לתוקף רק אם הנאשם ישכנע בתועלת שבעריכתו. לעומת זאת, טעויות של הסנגור במהלך ההליך המשפטי קשות הרבה יותר להבנה וסביר שהנאשם לא יוכל לאתרן. זאת ועוד, גם כאשר הנאשם יסבור שסנגורו טעה באופן ייצוגו בפני בית-המשפט, כוחו לתקן את הטעות לאחר מעשה מוגבל ביותר. לפיכך, סביר שסנגור בעל כישורים לקויים יפגע בלקוחו בכלל – ובלקוחו החף מפשע בפרט – אם הוא ייצגו במשפט, הרבה יותר מאשר במקרה בו הוא ייצגו במשא ומתן להסדר על ענישה. לכן, גם במקרה זה, איסור על שימוש בחלופות רק יחמיר את הליקויים בייצוג הנאשם.

אשר לבעיה השנייה, נראה כי חומרתה קטנה בהרבה בישראל. למעשה נראה כי בעיית הנציג, אם זו קיימת בכלל, דווקא עלולה לעודד סנגורים לסרב להסדרים בניגוד לאינטרסים של לקוחותיהם ולא להיפך. סנגורים ממונים בישראל מקבלים שכר לכל ישיבה בנפרד¹¹⁷, עד כי בין העוסקים בתחום נשמעת הדעה כי לעתים הסנגורים דוחים הצעות להסדר טיעון, ומעכבים החלטותיהם רק כדי להסכים לאותן הצעות בשלב מאוחר יותר¹¹⁸. גם אם הערכה זו אינה מבוססת, אין בסיס לסבור כי לסנגורים יש אינטרס אישי מיוחד בעריכת הסדר על ענישה בניגוד לטובת לקוחותיהם, כפי שקורה בארצות-הברית, שם מבנה השכר לסנגור ממונה עלול לתמרץ אותו לפעול לקיצור ההליכים. בכל מקרה, במקום בו מבנה השכר של הסנגור הממונה אינו תלוי במספר הישיבות, יש לשנותו כדי להקטין את החשש מפני בעיית נציג זו, אולם אין בכך כדי להצדיק את ביטול ההסדרים.

מהאמור לעיל עולה כי בעיות של חוסר במידע, טעויות בהבנת ההליך וייצוג לקוי אינן מגרעות היכולות לגרום להרשעת חפים מפשע. אלא שמגרעות אלו עלולות להביא לתוצאות הרסניות הרבה יותר כאשר מתנהל הליך פלילי מלא. הסדרים על ענישה רק מקטינים את ההשלכות השליליות של הגנה לקויה.

זאת ועוד, עד כה הנחתי כי חומרת הבעיה הנובעת מעונש המוטל בהסדר על נאשם חף דומה לחומרת הבעיה הנובעת מהרשעת נאשם חף בהליך משפטי מלא. הנחה זו נכונה אולי כלפי אותן

¹¹⁶ ראו Scott & Stuntz, לעיל הערה 73, בעמ' 1928 ו-1934-1933.

¹¹⁷ ראו תקנות הסנגוריה הציבורית (שכר טרחה לסנגורים ציבוריים), תשנ"ו-1996.

¹¹⁸ ראו ריאיון עם עו"ד דרור ארד-איילון, מיום 19.11.01, להלן בסעיף 10.2, ריאיון עם פרקליטת מחוז מיום 9.1.00, להלן בסעיף 10.13, ריאיון עם פרקליטת מחוז מיום 22.12.99, להלן בסעיף 10.6. ראו גם ריאיון עם ד"ר דוד וינר, סגן בכיר א' וממונה, סנגוריה הציבורית הארצית, מיום 15.11.01, להלן בסעיף 10.3.

חלופות במסגרתן נילוות לעונש המוטל הרשעה, כמו הסדרי טיעון או עבירות קנס¹¹⁹. אולם לעונש המוטל באמצעות רוב החלופות לא נילוות הרשעה. כך בכופר, קנס מינהלי או סגירת תיק מותנית הסנקציה המוטלת אינה פלילית, והנענש אינו מורשע. אף כי ייתכן שיש פגם בעצם הטלת חיוב על אדם בגין עבירה שהוא לא עבר, ההרשעה הפלילית, על הסטיגמה השלילית המלווה אליה והאפשרות של שלילת חירות, היא הסיבה ליחסה המיוחד של החברה לחשש מפני חיובם בפלילים של חפים מפשע. חיוב לבר פלילי מוטעה אינו זוכה ליחס דומה. הנזק המוסרי שבהרשעה מוטעית גדול משמעותית מהנזק המוסרי שבחיוב משפטי מוטעה אחר¹²⁰. גם מן הבחינה התועלתנית גרידא, הרשעה מוטעית כרוכה בעלות חברתית גדולה יותר מחיוב מוטעה שלא מתלווה לו הרשעה¹²¹. מטעמים אלו, גם בדין הפוזיטיבי, חיוב, אפילו כספי בלבד, בהליך פלילי, ניתן להטיל רק אם הוכחה אשמה מעל לכל ספק סביר, ואילו חיוב אחר, כגון בדיני מיסים, ואפילו הוא חיוב עונשי, כפוף להוכחה במאזן ההסתברויות בלבד. כאשר מתחשבים גם בעובדות אלו, ברי כי השימוש בחלופות עשוי להקטין את מספר המורשעים, ובכלל זה את מספר החפים מפשע המורשעים. הרחבת השימוש בכופר או בעבירות מינהליות עלולה אולי להגדיל את מספר החפים הנענשים, אולם היא עשויה לצמצם את מספר החפים המורשעים בדין. שימוש בחלופות אלו, לכן, עשוי לסייע לצמצום התופעה של הרשעת חפים מפשע.

ראינו קודם כי התובעת יכולה לפגוע בנאשם חף מאשמה באמצעות העמדתו לדין, אף שאין בידיה ראיות המגבשות אפשרות סבירה להרשעה. אם התביעה עושה זאת ומציעה לנאשם הסדר של ענישה מקלה במקום ההליך, הבעיה אינה בהצעה להסדר אלא ביכולת התביעה לאיים בהעמדה לדין בהיעדר ראיות. עוד ראינו כי איסור על חלופות אינו יכול לשמש תרופה אפקטיבית להגנה על הנאשם החף מפני התנכלות בלתי מוצדקת של התביעה. השאלה היא האם ניתן, במשטר המתיר הסדרים, לצמצם את החשש מפני שימוש לרעה בסמכות לפתוח בהליכים נגד נאשם אשר יש סיכוי סביר כי הוא חף מאשמה?

כמובן שאין דרך להבטיח כי התביעה, אף אם היא פועלת רק משיקולים עניינים, לא תפעל לעולם כנגד נאשמים חפים. התביעה אינה יודעת תמיד אם הנאשם חף או אשם. השאיפה היא, אם כן, להבטיח ככל האפשר כי התביעה תימנע מלנהל הליכים כנגד נאשמים אשר, על-פי הראיות שבידה, הסיכוי שהם אשמים אינו עולה על סף מסוים. לפיכך, איני מתיימר להציע פתרון לבעיה של נאשם חף אשר התביעה, על בסיס ראיות קבילות מוצקות, סבורה בכנות כי הוא אשם וניתן להוכיח את אשמתו ברמת הוודאות הנדרשת. בוודאי ישנם מקרים שהרשעת חף, בין בהסדר ובין שלא בהסדר, לא נגרמת עקב פעולה לקויה של התביעה או בית-המשפט אלא בשל קיומו של חומר ראיות המוביל למסקנה מוטעית. בעיה זו ניתן יהיה לפתור רק אם ישופר ההליך הפלילי באופן שיקטין את החשש מפני טעות. כל עוד הראיות מובילות למסקנה כי הנאשם אשם ולכן יש סיכוי סביר להרשעתו, עלול נאשם חף להימצא אשם, בין אם בהסדר ובין אם בהליך משפטי. כפי שראינו לעיל, איסור על הסדרים לא יוכל לפתור את הסיכון בו הוא עומד.

¹¹⁹ כפי שאראה בהמשך סבורני כי אין מקום להרשעה של מי שהסכים לשלם קנס בעבירת קנס. ראו להלן בסעיף 7.9.

¹²⁰ ראו המקורות להלן בהערות 129 ו-130.

¹²¹ ראו לעיל בסעיף 3.7 וכן להלן בסעיף 7.9.

הבעיה עליה הצביע אלשולר היא שונה. מדובר בסיטואציה בה הראיות נגד הנאשם אינן כה מוצקות, ועל-כן תובעת סבירה מבינה כי קיים סיכוי סביר, ואולי אף יותר מכך, שהנאשם אינו אשם. למרות זאת, התובעת יכולה לפגוע בנאשם באמצעות נקיטת הליכים נגדו כיוון שגם כאשר הראיות אינן מספקות קיים חשש שהוא יורשע אם יועמד לדין. ראינו קודם לכן כי איסור על הסדרים אינו פתרון יעיל לבעיה זו. השאלה היא, אם כן, האם יש דרך אחרת להבטיח כי התביעה לא תנקוט הליכים נגד נאשמים אשר, על-פי הראיות שבידה, יש סבירות גבוהה כי הם זכאים?

אפשרות אחת לצמצם חשש זה היא לאסור על התביעה להגיש כתבי-אישום בהיעדר כמות ראיות מספקת. במקרה כזה, התביעה לא תוכל לנקוט הליכים נגד נאשמים שהסיכוי להרשיעם נמוך, כמו הנאשם בדוגמא שהביא פרופ' אלשולר לעיל, וכך ניתן יהיה לצמצם משמעותית את הפגיעה בחפים מפשע. ואכן, כלל כזה נקבע בפסיקה, בהסתמך על הדרישה הראייתית בחוק¹²². התביעה רשאית להגיש כתב-אישום רק אם יש אפשרות סבירה להרשעה¹²³. אם ניתן לאכוף על התביעה דרישה זו, אין חשש כי נאשם שנגדו אין די ראיות יסכים לחלופה, שכן התביעה לא תוכל לאיים עליו איום אפקטיבי בהעמדה לדין, שיוכל לתמצו להסכים לחלופה. בדרך זו, בין אם הסדרים מותרים ובין אם לא, התביעה לא תנקוט הליכים נגד נאשמים אשר ידוע לה כי אין אפשרות סבירה כי הם יימצאו אשמים, והחשש מפני ענישת חפים מפשע יקטן משמעותית. הנאשם, בדוגמא של אלשולר, לא יועמד לדין.

אלא שאין שום מנגנון המפקח על קיום הדרישה הראייתית על-ידי התביעה. בהיעדר פיקוח, אין בחיוב התביעה כדי למנוע חשש מניצול לרעה של כוחה. לכאורה, ניתן לתקוף את ההחלטה להגיש כתב-אישום בהיעדר ראיות בבג"ץ. אולם אין זה סביר להניח כי בג"ץ ייכנס לבחינה ראייתית מעמיקה של התיק כדי לקבוע כי אין ראיות מספקות להעמדה לדין. ייתכן אף שעתירה כזו, אם תוגש, תדחה בטענה של סעד חלופי במסגרת ההליך הפלילי¹²⁴. ואכן, ככל הידוע, בית-המשפט הגבוה לצדק מעולם לא התערב בהחלטת התביעה להעמיד אדם לדין מטעמים ראייתיים. פתרון ממשי יותר יחייב, לכן, לאמץ מנגנון פיקוח ישיר על החלטות התביעה בהעמדה לדין. כך, למשל, ניתן לקבוע כי כתב-אישום יוגש רק לאחר ששופט אישר כי יש די ראיות להגשתו¹²⁵. בדרך זו, גורם חיצוני לתביעה בוחן את הראיות קודם להגשת כתב-האישום, וכך מצטמצם החשש בפני שימוש בסמכות בהיעדר ראיות. עם זאת, אם מבקשים לקבוע הליך בדיקה מוקדמת רציני ואפקטיבי¹²⁶, העברת חומר הראיות בכל תיק תחת בחינת שופט קודם למשפט תוסיף נטל

¹²² ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹²³ ראו בג"ץ יהב, לעיל הערה 110.

¹²⁴ ראו גם הי"פ 742/97 **חברת מ.ע.ג.ן. נ' עיריית תל-אביב יפו**, דינים (מחוזי) לב(2) 408, שם נקבע שבניגוד לביקורת שיפוטית ישירה על אי הגשת כתב-אישום, המותרת לפי פסק-הדין בבג"ץ **גנור**, לעיל הערה 49, הרי שאין להתיר תקיפה ישירה על ההחלטה להגיש כתב-אישום, הן מכיוון שניתן לתקוף החלטה זו במסגרת ההליך הפלילי, והן מכיוון שבירור מוקדם בתקיפה ישירה של טענות הנאשם יפגע בהליך הפלילי. עם זאת, בית-המשפט לא הוציא מכלל אפשרות מקרים חריגים בהם תותר תקיפה ישירה כזו אם ההליך הפלילי צפוי להכביד על הנאשם הכבדה יתירה.

¹²⁵ עד שנת 1965 הייתה הגשת כתב-אישום בעבירת פשע מותנית באישור בית-משפט שלום מכוח הוראות פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב אשמה), 1924. ראו ק' מן, "זכות הטיועון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 189, בעמ' 192. אפשרות אחרת היא להכפיף את ההעמדה לדין בהגשת כתב-האישום על-ידי חבר מושבעים גדול, כפי שנעשה בחלק מן העבירות במשפט הפדרלי האמריקני.

¹²⁶ יש הטוענים כי הליכי הסינון המוקדם של תביעות חמורות על-ידי שופט בארצות-הברית אינם אפקטיביים. ראו על כך LaFave, Israel & King, לעיל הערה 49, §14.1(a). האפקטביות של הליך הביקורת על שיקול-הדעת של התביעה על-ידי חבר מושבעים גדול נתון לויכוח חריף עוד יותר. ראו שם, §15.3. עם זאת, ברור כי אם יוקדשו להליך משאבי שיפוט ותביעה מתאימים, ניתן יהיה ליצור הליך אפקטיבי של בחינה שיפוטית מקיפה של ראיות התביעה.

משמעותי על התביעה ועל בתי-המשפט. כפי שראינו בפרק השני, עומס ההליכים גם כיום גורם לפגיעה קשה בזכויות הנאשמים, והוספת דרישות פרוצדוראליות נוספות רק תחמיר מצב זה. ניתן כמובן לטעון כי יש להוסיף משאבים שיאפשרו את השימוש בשופט חוקר או אמצעי פיקוח אחר על ההחלטה להגיש כתב-אישום, בלא לפגוע במשאבים המוקדשים כיום לאכיפה. אולם אם ניתן להוסיף משאבים כאמור, יש לבחון קודם לכן אם הוספתם למערכת כיום, בלא שינויה, אינה עדיפה מבחינת זכויות הנאשמים, כדי להקל על העומס בו פועלת המערכת. השוואת האלטרנטיבות מחייבת כמובן מחקר אמפירי מקיף, אולם סבורני כי במצב הנוכחי, בו ההליכים המשפטיים הפליליים נמשכים כמעט תמיד חודשים ולעתים למעלה מזה, העברת משאבים לקיצור ההליכים תצמצם יותר את הפגיעה בנאשמים, מאשר העברת הליך הגשת כתב-האישום דרך מסנתת יקרה זו.

בדיקה ישירה של הראיות אינה, אם כן, הפתרון. האם ניתן ליצור תמריצים אחרים לתביעה להימנע מנקיטת הליכים נגד נאשמים שהראיות נגדם אינן מספיקות? הקושי בפיקוח על החלטות התביעה מתבטא בצורך לבחון, בחינה נוספת, את חומר הראיות שבידיה ולנתחו, פעולה הכרוכה בעלות גבוהה. עם זאת, במשטר בו מותרות חלופות, ניתן להיעזר בחלופה שעליה הצדדים מוכנים להסכים כדי להעריך מהי עוצמת הראיות בתיק, לדעת הצדדים. במקרים בהם הראיות נגד הנאשם חלשות, הנאשם יסכים לחלופה רק אם העונש המוצע לו על-ידי התביעה יהיה נמוך משמעותית מהעונש הצפוי לו אם יורשע. זאת מכיוון שסיכויי הרשעתו נמוכים. לפיכך היחס בין חומרת העונש המוסכם לבין העונש הצפוי בגין המעשה נותן אינדיקציה טובה לסבירות שנאשם אשם. ככל שהעונש המוסכם בין בצדדים קרוב יותר לעונש הצפוי בסוף הליך שיפוטי, סביר יותר כי התביעה וההגנה מעריכים שהנאשם יורשע בבית-המשפט אם יועמד לדין. ככל שהפער גדול יותר, יש חשש גדול יותר כי התביעה הציעה הסדר למרות שיש לנאשם סיכוי גדול להימצא זכאי. אין הכוונה לטעון כי תמיד, כאשר הפער בין העונש המוצע לנאשם לבין העונש הצפוי בגין העבירה גדול, הנאשם חף מאשמה. יכולות להיות סיבות רבות אחרות להקלות משמעותיות, כגון קשיי ראיות או תמורה שניתנת לנאשם בגין סיועו לאכיפת החוק. אולם, ככלל, ככל שההקלה שמוצעת לנאשם במסגרת ההסדר גדולה יותר, כך סביר יותר כי הראיות נגדו חלשות יותר, ולכן הסבירות שהוא אינו אשם גדולה יותר.

אם נחזור לדוגמא של אלשולר, נאשם באונס, אשר הראיות נגדו ברורות וחד משמעיות, יסכים להגיע להסדר על עונש כבד, הקרוב לעונש הצפוי, אם יורשע בבית-משפט. התביעה מצידה, ביודעה כי סיכוייה להוכיח את אשמתו במשפט גבוהים, לא תסכים להציע לו עונש קל משמעותית מעונש זה. לעומת זאת, כאשר אין אפשרות סבירה להרשעת הנאשם, כמו בדוגמא שהביא אלשולר, התביעה תוכל להגיע עם נאשם באונס להסדר, רק אם הצעתה תכלול הקלה משמעותית בעונש. באותה דוגמא, אם התביעה לא הייתה מציעה לנאשם הסדר טיעון על תקיפה, אלא הייתה דורשת עונש חמור יותר, הנאשם היה מסרב להצעה ועומד לדין באשמת אינוס. החלטת התביעה להציע לנאשם הסדר המגלם הקלה כל כך גדולה בעונש ובאישומים, מלמדת כי התביעה סבורה שסיכויי הרשעתו נמוכים. בדרך זו, פערי הענישה בהסדר משמשים אינדיקציה טובה לסיכויי ההרשעה, ובעקיפין גם לחפות.

כיצד ניתוח זה יכול לסייע לצמצם את הסיכון של נאשמים חפים? אם יאסר על התובעת להגיע עם

הנאשם להסכם פשרה המגלם הקלה קיצונית בעונש בלא הצדק סביר, התובעת לא תוכל להציע לנאשם הסדר שהוא יסכים לו. כך, למשל, אם ייקבע שהעונש אותו רשאית התביעה להציע בהסדר, אסור שיפחת ממחצית העונש הצפוי בבית-המשפט, הרי שתובעת לעולם לא תוכל להגיע להסדר עם נאשמים שסיכויי הרשעתם נמוכים, אשר ביניהם שיעור החפים מפשע גדול יחסית. היא כמובן תוכל עדיין להעמידם לדין. אולם הסבירות שהתביעה תעשה זאת קטן יותר במקרה כזה. זאת מכיוון שבמצב זה, ההשקעה בתיק זה ביחס לתיקים אחרים נותנת "תפוקה" נמוכה.

אסביר זאת בדוגמא להלן. נניח כי התביעה מעוניינת בהטלת סך עונשים מרבי על הנאשמים, בלא קשר לאשמתם או לחפותם. אם היא אינה רשאית להגיע להסדרים כלל, היא תבחר את התיקים לפי שלושה גורמים: סיכויי ההרשעה, העונש הצפוי והמשאבים הכרוכים בניהול ההליך. ככל שהסיכויים גדולים יותר, ככל שהעונש הצפוי גבוה יותר וככל שהמשאבים שהתיק דורש נמוכים יותר, כך העונש הצפוי ליחידת משאבים של התביעה יהיה גבוה יותר. במקרה זה עדיין ייתכן כי התביעה תגיש כתבי-אישום כאשר סיכויי ההרשעה נמוכים, אם העונש הצפוי במקרה של הרשעה גבוה וניהול התיק אינו צורך משאבי תביעה רבים. כך, למשל, תובעת עשויה להעדיף תיקים שבהם סיכויי ההרשעה הם 20% והעונש הצפוי לנאשם אם יורשע הוא 10 שנות מאסר, על פני תיקים שבהם סיכויי ההרשעה הם 80%, אך העונש הצפוי במקרה של הרשעה הוא שנתיים מאסר בלבד, אף אם המשאבים הנדרשים לכל אחד מהתיקים זהים. הליכים נגד נאשמים מהסוג הראשון יאפשרו להשיג, בממוצע, עונשים חמורים יותר מהליכים נגד נאשמים מהסוג השני. עם זאת, הסיכוי כי הנאשם בתיק הראשון חף מפשע גדול מהסיכוי שהנאשם השני אינו אשם.

הבעיה לא תיפתר גם אם יותר לתובעת לערוך הסדרים בלא הגבלה. במקרה כזה התובעת תוכל להגיע עם מרבית הנאשמים להסדר על עונש אשר יהיה תלוי בסיכויי ההרשעה ובעונש הצפוי, ולחסוך את רוב המשאבים הדרושים לניהול ההליכים נגדם. כאשר סיכויי ההרשעה נמוכים, התובעת תשיג את הסכמת הנאשמים להסדר כאשר תציע להם עונש נמוך משמעותית מהעונש הצפוי אם יורשעו. גם במצב זה, ייתכן בהחלט שהתובעת תבחר לנקוט הליכים נגד נאשמים שסיכויי הרשעתם נמוכים, כיוון שניתן להציע להם עונש נמוך מהעונש ההולם לעבירה בה הם נחשדים ולעודדם להסכים לחלופה. באותם מקרים שנאשמים יסרבו להצעה, התובעת תעמידם לדין, וכך תבטיח כי האיום בהעמדה לדין יהיה ממשי. אולם, אם העונש המוצע יתחשב נכונה בסיכויי הזיכוי ובעונש הצפוי בהליך שיפוטי, רוב הנאשמים יסכימו להצעה. במקרה זה התביעה תוכל להציע לנאשמים מהסוג השני עונשים של שנת מאסר ומספר חודשים, כדי שרובם יסכימו להצעה. במקביל היא תציע עונש נמוך גם לנאשמים מהסוג הראשון. נאשמים אלו, שרבים מהם צפויים להיות זכאים, עשויים להסכים להצעה כדי שלא לעמוד בסיכון של 20% להיאסר לעשר שנות מאסר. כך עשה התובע בדוגמא של אלשולר. לכן, הרוב המכריע של הנאשמים, הן אלו שסיכויי הרשעתם נמוכים והן האחרים, יסכימו להסדרים המוצעים, ולתביעה יש די משאבים להרחיב את שיעור הנאשמים הנענשים.

לעומת זאת, אם הסדרים מותרים, אולם לא ניתן להציע במסגרתם עונשים הקלים באופן קיצוני מהעונש הצפוי, התביעה תוכל להגיע להסדרים רק עם הנאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים. לפיכך, בכל מקרה בו תבחר התביעה להעמיד לדין נאשם שסיכויי הרשעתו נמוכים, היא תאלץ לוותר על מספר תיקים של נאשמים אחרים איתם היא יכולה להגיע להסדר, דהיינו על תיקים של

נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים. אם נניח, בדוגמא לעיל, שתיק המסתיים בהסדר דורש חמישית מן המשאבים הדרושים לניהול תיק בבית-משפט, התביעה תאלץ לוותר על חמישה תיקים מן הסוג השני, תיקים אותם היא תוכל לסיים בהסדר, כדי לנהל תיק אחד מן הסוג הראשון. זאת, אף שתוחלת העונש של שני סוגי התיקים אינה שונה משמעותית (בראשון 20% מ-10 שנים, דהיינו שנתיים מאסר, ובשני 80% משנתיים, דהיינו 1.6 שנות מאסר).

במצב זה, לתביעה אינטרס ברור להעדיף את התיקים בהם סיכויי ההרשעה גבוהים יותר, שכן בתיקים אלו היא יכולה, באמצעות הסדרים, להשיג סך עונשים גבוה יחסית בהשקעת משאבים מעטים. אם היא תבחר בתיקים שבהם סיכויי הענישה נמוכים, היא לא תוכל להציע לנאשמים הצעות אותן הם יקבלו, ולכן כל תיק יועבר לפסים שיפוטיים מלאים, יצרוך משאבי תביעה רבים, וישלול מהתביעה את היכולת לטפל בתיקים האחרים. המסקנה היא, אם כן, כי משטר שבו מותרים הסדרים אך אסורה הקלה קיצונית בעונש יביא לשיעור קטן יותר של חפים מפשע המורשעים, הן בהשוואה למשטר האוסר הסדרים לחלוטין והן בהשוואה למשטר המתיר הסדרים בלא הגבלה.

למסקנה זו הגעתי, כאמור, בהתבסס על ההנחה כי התביעה מעוניינת רק במיקסום סך העונשים על הנאשמים שלדעתה ראויים לעונש¹²⁷. הנחה זו כמובן אינה סבירה, אולם התוצאה לא תשתנה גם אם התביעה אינה מעוניינת רק במיקסום עונשים. גם במקרה שבחירת התביעה מונעת גם משיקולים אחרים, החלטתה באיזה תיק לבחור תלויה, בין השאר, במשאבים שיש להשקיע באותו תיק ביחס למשאבים הנדרשים לתיקים אחרים. אם תובעת יודעת שנקיטת הליכים כנגד חשוד שחומר הראיות נגדו אינו מגבש אפשרות סבירה להרשעה תחייב הקצאת משאבים רבים, הרבה יותר מבהליכים נגד חשודים שסיכויי הרשעתם גבוהים, האטרקטיביות היחסית, מנקודת מבטה, של הליכים נגד נאשמים שהראיות נגדם חלשות, קטנה משמעותית. אמנם ייתכן כי השיקולים האחרים יגברו במקרה מסוים אולם יצירת פער גדול בין המשאבים הדרושים לתיקים בהם סיכויי החפות גדולים ביחס לתיקים בהם הסיכוי להרשעה גדול יקטינו את הסיכוי שהתביעה תבחר בתיקים מן הסוג הראשון, אף אם לא יבטלו אפשרות זו לחלוטין.

בדוגמא של אלשולר, אם התובע לא היה יכול להגיע להסדר על תקיפה כנגד חשוד באונס הוא היה חייב לוותר על התיק או להעמיד את הנאשם לדין. בחירה באפשרות האחרונה הייתה מחייבת את התובע לוותר על מספר תיקים כנגד עבריינים אחרים, שהראיות נגדם חזקות יותר, ולכן ניתן היה להגיע איתם להסדר. מספר התיקים שהיה עליו לוותר תלוי ביחס בין המשאבים הדרושים להגיע להסדר לבין המשאבים הדרושים לניהול הליך משפטי. במצב זה, אף אם התובע מעוניין לפגוע בנאשם הספציפי למרות היעדר ראיות מספיקות נגדו, ספק אם הוא יהיה מוכן לשלם את המחיר הכבד עבור תיק אחד זה, דהיינו לוותר על הליכים כנגד מספר גדול יחסית של עבריינים אחרים, שהראיות נגדם חזקות יותר. בדרך זו, החשש מפני קיום הליכים כנגד חפים מפשע קטן משמעותית, ועמו קטן החשש מפני הרשעת או הענשת חפים.

¹²⁷ הנחה זו מוצדקת כבסיס לניתוח גם אם היא אינה נכונה עובדתית, כהנחה נורמטיבית. מבנה ההליך הפלילי חייב להתבסס על התפיסה כי זכויות הנאשם מוגנות בעיקר על-ידי בית-המשפט. בקביעת ההסדרים לא ניתן להניח שהתביעה תפעל תמיד להרשיע רק אשמים, ותשאף תמיד רק לעונש הולם, גם אם בפועל זה המצב ברוב המקרים של המקרים. ייחודה של הסנקציה הפלילית מחייב שההגנה על הנאשם תסתמך על גורם שיפטי שאינו תלוי ברשות המבצעת. ראו על כך להלן הערה 139.

יובהר, כי אין בהצעה זו פתרון לכל החפים מפשע, אלא רק הקטנת הסיכון לאלו שהספקות באשמתם עולים מחומר הראיות הקבילות שבידי התביעה. אם התובעת, בהתבסס על הראיות שבידיה, סבורה כי הנאשם החף אכן אשם וסביר כי יורשע אם יועמד לדין, משטר ההסדרים המוצע כאן לא יוכל להגן עליו. אולם במקרה כזה, גם איסור מוחלט על הסדרים וגם היתר לעריכת הסדרים בלא מגבלות לא יסייע בידי נאשם זה. אם חומר הראיות מלמד על אשמתו, לא ניתן יהיה להבחין בין נאשם זה לבין נאשם אחר שאינו חף, והוא יאלץ לעמוד בפני הסיכון של ההליך הפלילי. המשטר המוצע כאן מקטין את הסיכונים של נאשמים שהתביעה יכולה, על בסיס חומר הראיות נגדם, לדעת כי סיכויי הרשעתם נמוכים.

שתי שאלות עדיין מחייבות תשובה. האחת, כיצד נקבע איזה שיעור של הקלה בעונש יש לאסור. השנייה, כיצד, מן הבחינה הפרקטית, נמנע הסדרים שגלומה בהם הקלה אסורה. אשר לשאלה הראשונה סבורני כי לפחות כאשר מדובר בקנס, הקלה של למעלה ממחצית העונש, בלא שקיים הסבר המצדיק הקלה זו, מלמדת בסבירות גבוהה כי הסיכוי שאין די ראיות לביסוס הרשעתו של הנאשם גדול דיו כדי להצדיק הימנעות מקיום הליכים נגדו. אסביר טענה זו להלן.

לצורך הרשעת אדם בפלילים יש להוכיח את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. רמת הוודאות האמורה משקפת את יחסה של החברה לאיזון הראוי בין הצורך להעמיד עבריינים על עונשם לבין החובה למנוע הרשעת חפים מפשע. כדי לשמור על איזון זה, יש לקבוע את סף הענישה המותר באופן שיבטיח, ככל האפשר, שהעונשים בהסדרים יוטלו על נאשמים שאשמים מעבר לכל ספק סביר ורק עליהם. נניח כי הנאשמים אדישים לסיכון ומקבלים את החלטותיהם מתוך מגמה למזער את תוחלת העונש המוטל עליהם. במקרה כזה נאשם הצופה כי סיכויי הרשעתו במשפט הם 50%, יסכים לעונש שגובהו עד מחצית מהעונש הצפוי בהליך משפטי. אם העונש הצפוי במקרה של הרשעה הוא קנס של 10,000, הנאשם יסכים להסדר, במקרה המתואר כאן, אם יוצע לו לשלם במסגרתו קנס של עד 5,000. התובעת תעריך גם היא את העונש הצפוי ואת עוצמת הראיות, ועל בסיסם את נכונות הנאשם ותציע במקרה דומה הסדר שהעונש בו נמוך במעט מתוחלת העונש בהליך, כדי שהנאשם יסכים להסדר. לפיכך, כאשר הצדדים מסכימים על עונש כספי הגבוה ממחצית העונש הצפוי בהליך שיפוטי, הדבר מלמד כי להערכתם, רוב הסיכויים שהנאשם יורשע בהליך כזה. מנגד, כאשר הצדדים יכולים להסכים רק על עונש הנמוך ממחצית העונש הצפוי במשפט, הדבר מלמד כי להערכתם, מחומר הראיות הקביל, אין מקום לבסס הרשעה מעבר לכל ספק סביר¹²⁸. בנסיבות אלו, איסור על פשרות של למעלה ממחצית העונש, יוכל לסייע במניעת הרשעת חפים מפשע¹²⁹.

¹²⁸ נסביר זאת בדוגמא הבאה. נניח כי רמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי היא 95% ודאית. נניח עוד שעל בסיס ראיות התביעה הקבילות, הצדדים מעריכים כי יש סבירות של כ-93% שהנאשם יימצא אשם. הצדדים אינם יודעים כמובן מה תהיה הערכת בית-המשפט באשר להסתברות האשמה, אולם בהנחה שבית-המשפט משתמש באותם כללים משפטיים, התפלגות העונש צפויה להיות התפלגות נורמלית מסוימת שחציונה ב-93%. מכאן שבמקרה זה, הצדדים יעריכו כי רוב הסיכויים שבית-המשפט לא ימצא שהנאשם אשם בסבירות של 95% ומעלה, שהיא כאמור הסבירות הנדרשת להרשעה. במילים אחרות, מכיוון שהצדדים מעריכים שיש ספק סביר באשמה על בסיס הראיות הקבילות, הם גם מעריכים שרוב הסיכויים שגם בית-המשפט ימצא ספק מזכה כזה. מכאן שהסיכוי להרשעה קטן מ-50%. כיוון שהנאשם יסכים להסדר רק אם העונש יהיה קטן מתוחלת העונש הצפוי לו בהליך, כל הסדר שיערך במצב זה יחייב עונש של פחות ממחצית העונש הצפוי בהליך. לעומת זאת, אם הערכת הצדדים היא כי מהראיות הקבילות עולה כי ההסתברות שהנאשם אשם היא 97%, הרי שהם יוכלו להגיע להסדר במסגרתו העונש המוסכם יהיה גבוה ממחצית העונש הצפוי במשפט. בדרך זו, כאשר הצדדים מבקשים להגיע להסכם שבו העונש נמוך ממחצית העונש הצפוי במשפט, הם מגלים כי לדעתם, מהראיות הקבילות עולה כי קיים ספק סביר באשמת הנאשם. כמובן שהערכת הצדדים אינה צריכה להיות זהה. אולם גם אם נבחן את שיקולי הנאשם בלבד נגלה כי הוא לעולם לא יסכים, על בסיס ההנחות לעיל, לעונש הגבוה ממחצית העונש הצפוי, כאשר להערכתו, חומר הראיות מלמד על

אלא שעד כה התבססנו על ההנחה כי העונש הקריטי של הנאשם, דהיינו העונש המקסימלי לו הוא יסכים בהסדר, שווה, לפחות בקירוב, לתוחלת העונש הצפוי לו בהליך שיפוטי. הנחה זו סבירה, במידה רבה, כאשר העונש המדובר הוא קנס בלבד. אמנם גם במקרה של קנס עשוי הנאשם להעדיף משפט על פני עונש מוסכם בגובה תוחלת העונש, בשל שנאת הפסד או מכיוון שגם הסטיגמה הנילווית לעונש משפיעה על שיקוליו ומגדילה את תמריצו לנסות ולהתחמק מהענישה הוודאית בהסדר, אף במחיר של סיכון לעונש חמור יותר¹³⁰. אולם כאשר העונש הוא קנס בלבד, ובייחוד קנס המוטל בחלופה, הסבל מהסטיגמה הנילווית אליו מוגבל ביותר. מנגד, במקרה של קנס, רצונו של הנאשם להימנע מההליכים המשפטיים כדי לחסוך את העלויות הכרוכות בהליך זה, ובכללן ההוצאות הכספיות, הזמן, המתח וחוסר הוודאות, עשוי דווקא לעודדו להגיע להסדר גם במחיר גבוה יותר. תופעות אלו צפויות לקוזז האחת את השנייה במידה מסוימת, ולכן יש להניח כי בממוצע, הקנס לו יסכים נאשם בהסדר יהיה שקול לתוחלת הקנס הצפוי בהליך משפטי.

לעומת זאת, כאשר העונש המוסכם הוא עונש מאסר, נראה כי יש לנאשם תמריצים גדולים יותר להימנע מהסדר, ולכן העונש הקריטי שלו יהיה נמוך מתוחלת העונש. ראינו לעיל כיצד שנאת הפסד, החשש מהסטיגמה והעדפת הווה משפיעים על ההעדפות של נאשמים, וגורמים לכך שהעונש הקריטי, במקרה של מאסר, נמוך משמעותית מתוחלת העונש¹³¹. בנוסף, עלות ההליך הפלילי, הזמן והמשאבים שהוא דורש מן הנאשם, אשר לכאורה עשויים להוביל לגידול בעונש הקריטי, הופכים לשיקול משני כאשר העונש הצפוי לנאשם הוא מאסר¹³². ואכן, מחקרים אמפיריים מלמדים כי נאשמים רואים בעונש של חמש שנות מאסר כחמור כפליים בלבד מעונש של שנת מאסר אחת, ואילו עונש של 10 שנות מאסר נחשב חמור רק פי שלושה מעונש של שנת מאסר אחת¹³³. מטעם זה, כאשר מדובר בעונש מאסר, גם פשרות של למעלה ממחצית מהעונש אינן מלמדות כי הצדדים מעריכים שקיים ספק סביר, על בסיס הראיות הקבילות, באחריות הנאשם.

קיומו של ספק סביר. במקרה זה, כאשר בראיות התביעה או בראיות ההגנה הצפויות, יש לדעת הנאשם כדי לעורר ספק סביר, הוא יעריך כי קיים סיכוי של למעלה מ-50% שגם בית-המשפט ימצא ספק כזה. במקרה כזה, כל הצעה להסכם שבמסגרתה העונש המוסכם גבוה ממחצית העונש הצפוי, תידחה על-ידו.

¹²⁹ איני מתייחס בשלב זה לפער אפשרי בין הערכת הסיכוי שהנאשם יורשע בבית-המשפט לבין ההערכה של התביעה לגבי אשמתו, העשויה להתבסס גם על מידע שלא ניתן להציג בבית-המשפט, כגון ראיות שאינן קבילות. לעתים התביעה תשתכנע מעל לכל ספק סביר שהנאשם ביצע את העבירה, על בסיס ראיות שאינן קבילות או מידע אחר שלא ניתן להציג בבית-המשפט, למרות שסיכויי הרשעתו נמוכים מ-50%. ניתן לטעון כי איסור על פשרות גדולות יכשיל את התביעה במאמציה להביא להענשת נאשמים אלו שיש קשיים להרשיעם. מנגד, ניתן לטעון כי הסתמכות התביעה על ראיות שאינן קבילות כדי להצדיק הרשעת הנאשם במסגרת הסדר טיעון מקל הינה ניסיון לעקוף את הכלל האוסר שימוש בראיה זו. אם הכלל מוצדק – אין לעקפו גם בדרך זו. כך, למשל, אם התביעה משוכנעת באחריות הנאשם בשל עדות שמיעה שבידיה, עריכת הסדר טיעון מקל עמו כדי להביא להרשעתו, חותרת תחת הכלל האוסר להשתמש בעדות שמיעה בשל חוסר מהימנותה. בדומה, הסתמכות על האזנת סתר אסורה חותרת תחת מטרת החקיקה המבקשת למנוע שימוש בראיה פסולה זו. אם הכלל אינו מוצדק, יש לפעול לביטולו, שאז ניתן יהיה להציג את הראיה בבית-המשפט ולא יהיה צורך להציע הקלה גדולה לנאשם בהסדר כדי להרשיעו. אולם אם הכלל מוצדק, היעדרות בראיה הפסולה לצורך עריכת ההסדר חותרת תחתיו. מטעם זה סבורני כי ככלל, בהיעדר סיכוי סביר להרשעה, אין מקום להציע לנאשם עונש קל רק כדי שיסכים להסדר של ענישה מוסכמת, אף אם לדעת התביעה הנאשם ביצע את העבירה. היתר כזה ישמש מעקף לדיני הראיות ויקנה לתביעה כוח רב מידי להביא להרשעת אדם שאין די ראיות נגדו. בכל מקרה, גם אם יש מקום להתיר הסדרים מקלים בנסיבות אלו, יש להבטיח כי ההקלה אכן ניתנה לאחר שהיה בסיס להערכת התביעה בדבר אשמת הנאשם. בפרק הבא אראה כיצד ניתן לערוך פיקוח זה, ככל שמדובר בהסדרי טיעון.

¹³⁰ לתופעות אלו ראו לעיל בטקסט הצמוד להערה 50.

¹³¹ ראו לעיל בסעיף 5.2.1.

¹³² במקרים רבים שהעונש הצפוי הוא מאסר, הנאשם אף זכאי למימון הגנתו מקופת המדינה, דבר המקטין עוד יותר את משקלו של שיקול זה.

¹³³ ראו לעיל פרק 2, הערה 53.

הניתוח לעיל בוודאי אינו נותן תשובה מלאה וחדה לשאלה איזה עונש מוסכם מלמד כי הצדדים מעריכים שקיים ספק סביר באשמה. לעתים יהיו שיקולים נוספים שיוכלו ללמד כי להקלה המשמעותית בעונש הייתה סיבה מיוחדת, ולכן היא אינה כי הצדדים מעריכים שלא קיימת אפשרות סבירה להרשעה. בכל מקרה, העונש הקריטי המדויק תלוי גם במאפיינים ייחודיים של הנאשם, באופיו ובהעדפותיו, כמו גם בנסיבות אחרות. בנוסף, ככל שקשה יותר לנאשם להעריך את סיכויי ההרשעה הוא עלול להגיע ליותר מסקנות מוטעות באשר לעונש שלו כדאי לו להסכים. זאת ועוד, בהיעדר הנחיות לענישה, הערכת העונש הצפוי בהליך משפטי עשויה להיות לא אחידה. מי שיעריך כי העונש בהליך משפטי צפוי להיות חמור מאוד יגיע למסקנה שונה באשר למידת ההקלה שניתנה בהשוואה למי שיעריך כי העונש למורשע בהליך צפוי להיות קל בהרבה. אולם גם אם קיים תחום אפור נרחב, יש בניתוח לעיל כדי לספק בסיס סביר לקביעה כי הסכמות יכולות ללמד אם הצדדים סבורים שקיים לפחות ספק סביר באחריותו של הנאשם על-פי הראיות הקבילות שבידי התביעה. די בניתוח לעיל כדי ללמד כי כאשר מוצע לנאשם באונס, הצפוי לכעשר שנות מאסר אם יורשע, הסדר במסגרתו הוא יענש בגין תקיפה בעונש מאסר של מספר שבועות בלבד, הדבר מלמד כי יש סבירות גבוהה שהצדדים סבורים שקיים ספק סביר באשמת הנאשם. זאת ועוד, בניגוד למקרים אחרים בהם עמימות מושגים עלולה להשפיע על התוצאה, כמו למשל עמימות המושג "ספק סביר" המכריע אם נאשם יורשע או יזוכה, הרי שהקביעה כי הסדר מסוים מעלה חשש שהצדדים מעריכים שיש ספק באחריות הנאשם, תוביל רק לאיסור על הסדר, ועדיין תאפשר לתובעת להביא את הנאשם לדין. לפיכך, סבורני כי, ככלל, ובהיעדר נתונים מיוחדים המלמדים על שיקולים אחרים, יש לאסור על הסדרים במסגרתם העונש המוסכם קטן באופן קיצוני מהעונש הצפוי בהליך. כאשר מדובר בקנס, די בפשרה של כ-50% כדי להעלות חשש שקיים ספק סביר כאמור. כאשר העונש הצפוי בהליך הוא מאסר, יש להתיר גם פשרות משמעותיות יותר, אולם עדיין לאסור פשרות קיצוניות שהעונש המוטל במסגרתן חורג מכל פרופורציה סבירה לעונש ההולם.

גם משהוגדרו הקריטריונים הבסיסיים לקביעת סף הפשרות המותר, עולה השאלה כיצד ניתן להגביל את יכולתה של התביעה לערוך הסדרים בהן הפשרות חורגות מסף זה. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה, והיא שונה מחלופה אחת לשנייה. התייחסות מפורטת יותר לסוגיה תיערך בהמשך העבודה, כאשר יידונו החלופות השונות לגופן. כעת אתווה רק קווים כלליים של פתרונות אפשריים. באותן חלופות שבהן ההסכם טעון אישור שיפוטי, כגון הסדר טיעון, ניתן להבטיח כי בית-המשפט לא יאשר הסדר שבו העונש המוטל קל באופן קיצוני מהעונש ההולם למעשה לאור נסיבותיו, אלא אם הצדדים יציגו בפניו הסבר מספק המלמד כי הסיבה להקלה אינה קשיים ראייתיים¹³⁴. הסבר כזה יכול להיות קיומו של הסכם עד מדינה או קיום שיקולים אחרים להקלה בעונש. במקרה שבית-המשפט מגיע למסקנה כי העונש המוסכם אכן חורג לקולא מן הסף המותר, לא יוחמר העונש עם הנאשם – שכן יהיה בכך כדי להחמיר דווקא עם מי שהסיכוי כי הוא חף גדול – אלא התביעה תחויב לבחור אם להעמיד את הנאשם לדין או לוותר על התיק.

¹³⁴ לגישת אלו הסבורים כי ניתן לאשר הקלות גדולות בהסדרי טיעון כדי לעקוף מחסומים של קבילות ראיות (ראו לעיל הערה 129), בית-המשפט יוכל לאשר גם הסדרים הנובעים מקשיים בראיות הקבילות, אם יוצגו לו נימוקים משכנעים להערכת התביעה כי הנאשם אשם למרות קשיים אלו.

בעבירות של עונש הקצוב בחיקוק, כגון קנס מינהלי קצוב או עבירות קנס, יש להבטיח כי הקנס ייקבע בשיעור שאינו נמוך באופן קיצוני מהקנס שיקבע בית-משפט במקרים דומים. באותן חלופות בהן הרשות קוצבת את העונש בלא צורך באישור שיפוטי, כמו כופר, עבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב או סגירת תיקים מותנית, יש להבטיח פיקוח של דרג מאשר ברשות המינהלית על ההחלטה, תוך הנחייתו לבחון ביחוד תיקים שבהם העונש המוצע על-ידי הרשות נמוך משמעותית מהעונש ההולם. גיבוש הנחיות לגזירת הדין עשוי גם הוא לסייע בחשיפת המקרים שבהם הענישה המוסכמת חורגת קיצונית לקולא מהעונש הצפוי בהליך. כאמור, בהמשך יפורטו הצעות אלו.

לסיכום, ראינו כי הסדרים על חלופות רק מקטינים את שיעור החפים הנענשים, וכי באמצעות הגבלות על הסדרים אלו ניתן לצמצם עוד יותר את החשש כי נאשמים שאינם אשמים יענשו בעקבות הסכמה לחלופה. נעבור בשלב זה לבחינת טענות אחרות כנגד החלופות.

5.2.7. חלוקת התפקידים בין התביעה לבין בית-המשפט

יש הטוענים כי אין להטיל בידי רשות מינהלית את הסמכות לקבוע אשמתו של אדם ולקצוב את עונשו. בעוד שעצם ההחלטה האם להאשים אדם ובאילו עבירות נתונה בדרך כלל לרשות מינהלית (התביעה הכללית)¹³⁵, הסמכות לקבוע אשמה ועונש נתפסה תמיד כסמכותו הבלעדית של בית-המשפט¹³⁶. אף הסמכות הצדדים אינה פוטרת את בית-המשפט מלהחליט על העונש¹³⁷. לפיכך, לפי טענה זו, העברת שיקול-הדעת בתחום זה מבית-המשפט לרשות מינהלית, אף אם הדברים נעשים בהסכמת הצדדים, אינה עומדת בקנה אחד עם תפיסה חוקתית ראויה של תפקידו של בית-המשפט¹³⁸.

בחינת טענה זו מחייבת לבחון את מבנה ההליך הפלילי, חלוקת הסמכויות בו, וההצדקות למבנה זה. ההליך הפלילי מיועד להבטיח איזון נכון בין האינטרס הציבורי בהטלת עונשים הולמים על עבריינים לבין הצורך להבטיח כי לא יוטל על אדם עונש ללא הצדקה. אמנם בתחומים רבים אחרים הרשות המבצעת מופקדת על האיזון בין אינטרסים שונים, גם כאלו הנוגעים לזכויות אדם. כך, החלטות רבות המשליכות על זכויות הפרט, כמו רישוי או גביית מיסים, מתקבלות על-ידי הרשות המינהלית המופקדת על אותו תחום בלא צורך בהחלטה שיפוטית. רשות זו מייצגת באותם מקרים את האינטרס הציבורי אך בה בעת היא מופקדת על איזון השיקולים הראוי בין אותו אינטרס ציבורי לבין האינטרס של הפרט בעניינו היא מכריעה. עם זאת, חומרת הענישה הפלילית וייחודה מחייבים מבנה מוסדי אחר. הסנקציה הפלילית היא האמצעי החודרני והפוגע ביותר הקיים בידי המדינה כנגד חירויות הפרט¹³⁹. לפיכך יש צורך בהפרדה מוסדית בין הרשות

¹³⁵ ראו ר' גביזון, שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק (תשנ"א), 104-107.

¹³⁶ ראו על כך, למשל, בר"ע 486/86 קשת נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 472, בעמ' 474, וכן ע"פ 6967/94 נקן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 397 (להלן: ע"פ נקן), בעמ' 404-405, 417-418.

¹³⁷ ראו שם, שם, וכן הרנון, לעיל הערה 9, בעמ' 543, 561-572.

¹³⁸ ראו ע"פ לוי, לעיל הערה 23, בעמ' 172-173. ראו גם ביקורת דומה כנגד מוסד הכופר, כמוסד החותר תחת עקרון הפרדת הרשויות אצל מגן, לעיל הערה 10, בעמ' 80-81.

¹³⁹ "The criminal sanction is the law's ultimate threat. Being punished for a crime is different from being regulated in the public interest or being forced to compensate another... or being treated for a disease. The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive". ראו H.L. Packer, *The Limits of the*

המבצעת, נציגת הציבור, לבין הגורם המקבל את ההחלטות העלולות לפגוע בחירות הנאשם. מסיבה זו הועתקה הסמכות להטיל עונשים מהרשות המבצעת לבית-המשפט.

ישנן שתי דרכים מקובלות להתמודד עם הצורך להעביר לידי בית-המשפט את הסמכות להכריע בתחום הענישה הפלילית. על-פי האחת, משהועברה לבית-המשפט הסמכות להטיל עונשים, יש להפקיד בידיו את האחריות המלאה למכלול השיקולים הנוגעים להכרעתו. לפי תפיסה זו בית-המשפט מופקד בלעדית על ההגנה על האינטרס הציבורי ועל האינטרסים של הנאשם בדין. עליו לאסוף את כל המידע הדרוש לו להכרעתו ולהחליט מהו האינטרס הציבורי בכל מקרה וכיצד לאזנו עם הזכויות והאינטרסים של הנאשם. בית-המשפט, ולא התביעה, מחליט מה מחייב האינטרס הציבורי. בית-המשפט, ולא הנאשם, מופקד על ההגנה על זכויות הנאשם. האחריות למכלול השיקולים מועברת לידי בית-המשפט. הוא המוסמך לחקור את עובדות המקרה, לקבוע מהם האישומים ואילו ראיות יובאו בפניו ולהכריע בדבר האשמה והעונש. זרועות הרשות המבצעת יכולות לסייע לו, אך עמדתן בדבר האינטרס הציבורי אינה מחייבת אותו. הנאשם יכול לסייע לו בקביעת העובדות, אך הודאתו או הימנעותו מהבאת ראיות לזכותו אינה פוטרת את בית-המשפט מבחינה עצמאית של העובדות. גישה זו, המשקפת במידה רבה את גישת המשפט הקונטיננטלי, מתבססת על הפרדה מוסדית של הסמכות להעניש מידי הרשות המבצעת, אולם היא מותירה את ההכרעה בדבר האינטרסים הציבוריים וזכויות הנאשם בידי גורם ציבורי אחד – בית-המשפט.

גישה אחרת, המקובלת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית פותרת את הצורך בהפרדה מוסדית בדרך שונה. על-פי גישה זו האינטרס הציבורי עדיין מופקד בידי רשות מינהלית. כל עוד האינטרס הציבורי אינו סותר את האינטרס הפרטי של הנאשם, אין צורך בהכרעה שיפוטית. כך, מוסמכת התביעה להחליט שלא להגיש כתב-אישום, והיא אינה זקוקה לאישור שיפוטי להחלטה זו. גם ההכרעה אילו אישומים להגיש נתונה בידי רשות מינהלית. הרשות המינהלית היא גם המופקדת להביא בשם הציבור את הטענות והראיות בפני בית-המשפט.

במקביל, הנאשם מצדו מופקד על הגנתו הוא. מקום בו הוא מסכים להרשעה, ומביע זאת באמצעות הודאה בעובדות כתב-האישום, אין כל צורך בבחינה שיפוטית של האחריות הפלילית¹⁴⁰. הנאשם מופקד על הבאת הראיות להוכחת טענותיו ולביסוסן, כמו גם על הניסיון לבחון ולהפריך את ראיות התביעה. תפקידו של בית-המשפט הוא לבחון את העמדות של הרשות המינהלית – דהיינו, התביעה – והנאשם, ולהכריע ביניהן על-פי החומר שהצדדים הביאו בפניו. תפקידו מוגבל להכרעה בין הצדדים, המייצגים את האינטרס הציבורי והאינטרס של הנאשם. ככלל, אין זה מתפקידו לחקור מהם אינטרסים אלו, בניגוד לעמדת הצדדים. בכפוף לחריגים ספורים, אין זה מתפקידו לחפש ראיות או טענות שלא הובאו על-ידי הצדדים. ההפרדה המוסדית מושגת בשיטה זו, לא באמצעות העברת מכלול השיקולים והסמכויות לבית-המשפט, אלא על-ידי הותרת האחריות לאינטרס הציבורי בידי הרשות המבצעת, הותרת השליטה על ההגנה בידי הנאשם והעברת הסמכות להכריע בין האינטרסים הנוגדים, ורק סמכות זו, לבית-המשפט.

J. Schonsheck, *On Criminalization: An essay in the Criminal Sanction* (Stanford, California, 1968), 250
Philosophy of the Criminal Law (Dordrecht, 1994), 1

מטעם זה, על-פי העקרונות המקוריים של שיטות המשפט ביבשת אירופה, בית-המשפט הוא המופקד על החקירה המוקדמת, הוא המופקד גם על איסוף הראיות בהליך הפלילי ועל חקירת העדים. התביעה היא בעיקר זרוע עזר של בית-המשפט, ולא רשות עצמאית המופקדת על האינטרס הציבורי. היא אינה מוסמכת להחליט אם להגיש כתב-אישום, למחוק או לבטל אישומים, להגביל את הראיות שיובאו בפני בית-המשפט וכיוצא באלה. בדומה, הנאשם אינו פוטר בהודאתו את בית-המשפט מלגלות מיוזמתו את אמיתות החשדות. אף כי הנאשם יכול לבקש מבית-המשפט להביא ראיות מטעמו או לחקור עדים בדרך מסוימת, איסוף הראיות ובחינת אמינותן נתונים לסמכות בית-המשפט, ועליו לבצעם באופן שיקדם בדרך הטובה ביותר את בירור האחריות הפלילית גם אם הצדדים אינם מבקשים זאת ממנו.

לעומת זאת, בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, הצדדים שולטים בהליך. התביעה מוסמכת לקבוע האם להאשים אדם ובאלו אישומים להאשימו. היא מחליטה אילו ראיות להציג בפני בית-המשפט. היא מופקדת על חקירת העדים לצורך הוכחת החשדות, כמו גם על בחינת ראיות הנאשם. הנאשם מצדו מופקד על הגנת האינטרסים שלו. הוא רשאי להודות בעובדות, שאז אין צורך להוכיחם. הוא מופקד על הבאת הראיות מטעמו והוא רשאי לחקור את עדי התביעה כדי להוכיח את עמדתו.

מהאמור לעיל עולה כי תפקידו של בית-המשפט בשיטת המשפט האדוורסרית הנוהגת בישראל הוא אך להכריע במחלוקת שבין הצדדים. הצדדים להליך הפלילי הינם התביעה, המייצגת את האינטרס הציבורי וההגנה המייצגת את האינטרסים של הנאשם¹⁴¹. מקום בו מסכימים הצדדים על האחריות הפלילית אין צורך בהכרעה השיפוטית. אם בשיטת המשפט הקונטיננטלית לבית-המשפט אחריות עצמאית לשמור על האינטרס הציבורי והאינטרסים של הנאשם, והוא אינו כפוף לעמדת התביעה או הנאשם באשר לאינטרסים אלו, הרי שבשיטה האדוורסרית האינטרסים של הציבור והנאשם מיוצגים על-ידי הצדדים בהליך, ובית-המשפט אמור אך להכריע ביניהם כאשר הכרעה כזו דרושה. מטעם זה סבורני כי הליכי ענישה בהסכמה אינם נוגסים בתפקידו החוקתי של בית-המשפט. כאשר הצדדים מגיעים למסקנה כי ההליך תואם את האינטרסים של הציבור והנאשם, הרי שככלל, אין זה מתפקידו של בית-המשפט לערער על כך.

ניתן לתקוף עמדה זו משתי זוויות. ראשית, ניתן לטעון כי העברת הסמכות להעניש מרשות מינהלית לבית-המשפט לא נועדה רק כדי להגן על זכויות הנאשם, שכן לבית-המשפט גם תפקיד

¹⁴⁰ סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית-המשפט שלא לקבל את ההודאה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודאה לפי סעיף 153".

¹⁴¹ איני מתעלם בהקשר זה משינויים שחלו במאפייני התפקיד השיפוטי במהלך השנים. כך, מקום בו אחד הצדדים טועה, כמו למשל שוכח במחדלו להביא ראיה או עדות לחיזוק עמדתו, יכול בית-המשפט, במקרים מסוימים, לתקן את הטעות באמצעות הפעלת סמכויותיו, לזמן עד מטעמו או לשאול את העדים שאלות מיוזמתו. ראו ע' גרוס, "שיטת הדין האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?", **עיוני משפט יז** (תשנ"ג) 867. אולם הגמשה זו של הגישה המסורתית שלפיה סמכות הבאת הראיות מוטלת על הצדדים, לא נועדה לאפשר לבית-המשפט לקבוע מהי המטרה שאליה שואפים הצדדים בהליך אלא רק לתקן את טעויותיהם בהשגת מטרה זו. כך, למשל, הכלל המותיר בידי התביעה את שיקול-הדעת המוחלט (בכפוף לכללי המשפט המינהלי) לקבוע אם לפתוח בהליך ובאלו אישומים להאשים את הנאשם, כמו זה המותיר בידי הנאשם שיקול-דעת להחליט אם לכפור באישומים או להודות, לא נחלש במהלך השנים. כללים אלו של ההליך, המלמדים על חלוקת האחריות לאינטרסים השונים בין הצדדים להליך, תואמים כמעט בלא כל שינוי את המאפיינים הקלאסיים של ההליך האדוורסרי.

עצמאי – הגנה על אינטרסים ציבוריים גם אם אלו אינם מיוצגים על-ידי התביעה¹⁴². יתרונו של ההליך השיפוטי על פני ההליך המינהלי רבים, גם מבחינת אינטרס הציבור. ההליך השיפוטי גלוי ופומבי. הוא כפוף לכללי פרוצדורה ברורים וקשוחים למדי. ההחלטות המתקבלות בו מנומקות באריכות. ההחלטות נתונות לערעור בהליך מסודר המבטיח ביקורת אפקטיבית על ההכרעות של הערכאות הנמוכות יותר. כל אלו מאפשרים ביקורת ציבורית ומערכתית אפקטיבית, ומקטינים את החשש מפני משוא פנים, הפליה, שיקולים זרים ושרירות. במילים אחרות, לפי טענה זו, הפקדת הסמכות בידי בית-המשפט נועדה להגן גם על האינטרס של הכלל ולמנוע מהשלטון לפטור אשם מהרשעה או להסתפק בעונש קל מידי המוטל בחוסר סבירות או, במקרה החמור יותר, מתוך הפליה לטובת נאשם זה או אחר, מתוך שיקולים זרים או בשרירות. הליך שיפוטי, פומבי ומבוקר יכול להבטיח כי הרשות לא תחטא לאינטרסים של הציבור אותו היא מייצגת. במילים אחרות, תפקיד בית-המשפט הוא גם לשמור מפני הקלה בלתי מוצדקת עם הנאשם, העלולה לפגוע באינטרס הציבורי.

טענה זו, בפן הנורמטיבי שלה, אינה עומדת, לדעתי, במבחן הביקורת. אכן, תמיד קיים חשש כי בהליך מינהלי יתקבלו החלטות מתוך משוא פנים, ניגוד עניינים או בחוסר סבירות. ייתכן שבהליך השיפוטי, לאור פומביותו והפרוצדורה המשוכללת שלו, ניתן לצמצם חששות אלו. אלא שבכך אין כדי להצדיק שימוש בהליכי המשפט המסורבלים והיקרים. גם למשפט המינהלי אמצעים למנוע משוא פנים, ניגוד עניינים, הפליה פסולה, שרירות או חוסר סבירות בהליך מינהלי. רוב ההחלטות של רשויות שלטוניות, ובהן אף החלטות בעלות השלכה רחבה ועמוקה בהרבה לציבור מהחלטות על הטלת עונש, מתקבלות על-ידי רשויות מינהליות ולא על-ידי רשויות שיפוטיות. כך, החלטות בדבר מדיניות כלכלית, מדיניות אכיפה, כמו גם החלטות בדבר רישוי, הקצאת משאבים והחלטות מינהליות אחרות משפיעות על הציבור בכללותו הרבה יותר מאשר העונש שיוטל על פלוני או אלמוני. החשש מפני פגמים של משוא פנים, הפליה או שרירות בהחלטות אלו אינו פחות מהחשש לפגמים דומים בהחלטות על ענישה. ובכל זאת, החלטות אלו אינן מתקבלות בהליך שיפוטי ארוך, יקר ומסורבל אלא בהליכים מינהליים על-ידי רשות מינהלית. התחשבות ראויה בצורך לאפשר פעילות יעילה של המינהל שוללת כל אפשרות להעביר הכרעה בכל עניין לגוף שיפוטי. כדי להצדיק העברת החלטות, שעניינן דווקא ענישה, מהמינהל לבית-המשפט, יש להראות כי קיים אינטרס מיוחד לצמצם את הפגמים בהחלטות במקרה זה, אינטרס שאינו קיים בהחלטות מינהליות אחרות. אחרת, אין הצדקה להקצות את המשאבים העצומים הדרושים למנוע פגמים כאלו דווקא בהחלטות בדבר אכיפה ולא בכל החלטה מינהלית אחרת. כאשר האינטרס המיוחד הוא הצורך להגן על הפרט, הנאשם, מפני כוחה העצום של המדינה בהליך הפלילי, יש הצדקה להקצאת משאבים אלו. אולם מקום בו ההליך המשפטי אינו דרוש להגנה על זכויות הנאשם – מדוע לקיימו לשם הגנה על האינטרס הציבורי ולא לקיים הליכים דומים כאשר החלטות מינהליות חשובות לא פחות מחייבות הכרעה?

זאת ועוד, לרשות המינהלית כלים טובים יותר מאשר לבית-המשפט לשמור על האינטרסים של הציבור בכללו. המבנה ההיררכי הריכוזי של התביעה מסייע לקיים מדיניות קוהרנטית ולקדם את

¹⁴² כמובן שלציבור יש גם אינטרס כי זכויות הנאשם לא ייפגעו, וכי חפים מפשע לא ייענשו. התובע מחויב להגן על אינטרסים אלו. ראו קרמניצר, לעיל הערה 90, בעמ' 178. אולם בפסקה זו אתייחס במונח "אינטרסים ציבוריים" לאינטרסים הציבוריים שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרסים של הנאשם. בהמשך אדון בצורך להגן על הנאשם.

המטרות שלשמן הוקם מערך האכיפה הפלילית. לרשות השופטת, הפועלת באופן ביזורי, קשה יותר לקיים מדיניות קוהרנטית להגדרת מטרות ולהשגתן. לפיכך, מבחינת האינטרס של הציבור בכללו (להבדיל מהאינטרס של הנאשם) אין, ברוב המקרים, הצדקה מיוחדת להטיל עונשים דווקא בהליכים שיפוטיים.

בנוסף, בית-המשפט גם אינו מסוגל להגן על האינטרס הציבורי מקום בו הצדדים מגיעים לכלל הסכמה. בהליך אדוורסרי, האינטרסים השונים – הן של הנאשם והן של הציבור – מיוצגים על-ידי הצדדים, ולבית-המשפט אין כמעט אמצעים לבררם בלא עזרת הצדדים. כאשר הצדדים ניצים זה לזה, ההליך האדוורסרי יכול להבטיח כי מלוא המידע הדרוש לקבלת ההחלטה הנכונה יהיה בידי בית-המשפט. אולם מקום בו הצדדים מסכימים על ההחלטה המאזנת, לדעתם, בין השיקולים השונים, אין בידי בית-המשפט כלים אפקטיביים לבחון אם החלטת התביעה אכן משקפת נכונה את האינטרס הציבורי.

בנוסף, התביעה מוסמכת להחליט בהליך מינהלי להימנע מלהאשים אדם ולסגור את תיקו לחלוטין. גם החלטות אלו עלולות להיות נגועות בחוסר סבירות, בהפליה או בשיקולים זרים. בכל זאת, אין ההחלטה בדבר סגירת תיק נתונה לבית-המשפט¹⁴³. יתרה מזאת, החשש לפגם בהליך זה, הנעשה פעמים רבות הרחק מעיני הציבור גדול לא פחות מהחשש לחוסר סבירות בקביעת העונש. מבחינת האינטרס הציבורי (להבדיל מהאינטרס של העבריין) ההחלטה לסגור את התיק לחלוטין בעלת השלכה משמעותית יותר מההכרעה בין הליך פלילי רגיל לבין הליך של ענישה בהסכמה. אם ניתן להפקיד את ההכרעה הראשונה בידי רשות מינהלית אין מניעה להטיל גם את ההכרעה השנייה בידיה, בבחינת המרובה הכולל גם את המועט. יובהר, כי אין באמור לעיל כדי לקבוע שאין צורך לשכלל את מנגנוני הביקורת המינהליים על החלטות בדבר ענישה בהסכמה. החששות מפני פגמים בהליך או בהחלטה קיימים תמיד, כפי שהם קיימים בכל החלטה מינהלית, ומנגנוני ביקורת מינהלית, ציבורית ומשפטית דרושים כדי להקטין את הסכנה שחששות אלו יתממשו¹⁴⁴. בהמשך יידונו דרכים להקטנת החששות האמורים. אין באמור לעיל גם כדי למנוע מבית-המשפט להתערב בהחלטת הרשות, כאשר ההחלטה אינה חוקית או שנמצאו פגמים בשיקול-הדעת המינהלי, בדומה לסמכותו במקרה של פגמים בכל החלטה מינהלית אחרת. כל שנטען כאן הוא שאין הצדקה לקיים הליך שיפוטי מלא, בכל מקרה ומקרה, רק כדי להגן על האינטרסים הציבוריים מפני טעויות או שחיתות של התביעה. ייתכן ובמקרים מסוימים החלטת התביעה תהיה פגומה עד כי בג"ץ או ערכאה מוסמכת אחרת תוכל לפסול אותה אם יעתרו כנגדה. אולם, כפיפותה של התביעה לביקורת שיפוטית, גם למען האינטרס הציבורי, אינה מצדיקה העברת סמכותה לידי בית-המשפט בכל מקרה ומקרה. כפי שהחלטת כל שר או רשות שלטונית אחרת נתונה לביקורת שיפוטית כאשר עותרים נגדה, כך גם הדרך בה התביעה מגנה על האינטרס הציבורי. אולם כפי שאין מעבירים את ההכרעה בכל סוגיה הנתונה בידי רשות מינהלית לבית-המשפט, כך אין מקום לעשות זאת כאשר מדובר בתביעה, כל עוד הדבר אינו דרוש להגנה על

¹⁴³ במדינות יבשת אירופה עקרון החוקיות נתפס לא אחת כמגביל את היקף שיקול-הדעת של התביעה להחליט על סגירת תיק, אולם מעמדו של עיקרון זה הלך ונחלש עם השנים וברוב המוחלט של המדינות יש לתביעה סמכות לסגור תיקים בלא החלטה שיפוטית. ראו הדיון לעיל בפרק 4 וכן גביון, לעיל הערה 153, בעמ' 169-199. בישראל הסמכות לסגור תיק מחוסר ראיות או מחוסר עניין ציבורי מצויה בידי התביעה.

¹⁴⁴ על מנגנוני הפיקוח על החלטות התביעה בישראל ראו גביון, לעיל הערה 153, בעמ' 200-246.

הנאשם. לפיכך, משהסכימו הנאשם והרשות על העונש, וההליך אינו דרוש עוד לשם הגנה על הנאשם, אין עוד צורך בהכרעה השיפוטית¹⁴⁵.

טענה שנייה כנגד הפקדת סמכות להטיל עונש בידי הרשות נוגעת לחשש מפגיעה בזכויות הנאשם. אמנם, כפי שצוין לעיל, הסכמת הנאשם לעונש מפחיתה משמעותית את החשש לפגיעה בזכויותיו. מקום בו העונש המינהלי חמור באופן בלתי מוצדק, יוכל הנאשם לדחות את ההצעה המותנית ולפנות להליך שיפוטי המקנה לו את מלוא ההגנות הקבועות בחוק. אופציה זו תרתיע את הרשות מלקצוב עונשים בלתי הוגנים במסגרת החלופה, ובאותם מקרים בהם הרשות לא תירתע, יוכל העבריין לסכל את כוונתה באמצעות דחיית ההצעה.

עם זאת, ייתכנו מקרים שהאופציה הניתנת לנאשם לדחות את ההצעה לא תוכל להבטיח הגנה מתאימה לזכויותיו. כך, למשל, נאשמים שאינם מודעים לענישה המקובלת או שאינם בקיאים בזכויותיהם עלולים להסכים להצעות מותנות הפוגעות בהם. אף אם סיכון זה אינו גבוה, אין להתעלם מקיומו כאשר מדובר באמצעי עונשי.

אלא שכפיית הליך שיפוטי אינה התרופה לחששות אלו. מקום בו יש חשש לפגיעה משמעותית בזכויות נאשמים, יש להבטיח להם ייצוג ראוי. סנגור יכול לסייע לנאשם להגן עליו מפני עצמו (דהיינו, מפני הסכמתו לעונש בלתי הוגן). הליך שיפוטי אדוורסרי לא יוכל לסייע להשגת המטרה. ההליך המשפטי בשיטה האדוורסרית מבוסס כולו על יכולתו של הנאשם, לבדו או באמצעות בא כוחו, להגן על עצמו. בהליך זה חייב הנאשם לקבל החלטות רבות, כגון האם להודות ובאילו עובדות, כיצד לחקור את עדי התביעה, אילו עדים להביא להגנתו ואילו טענות משפטיות לטעון בסיכומיו. לבית-המשפט יכולת מוגבלת ביותר, אם בכלל, לסייע לו. לבית-המשפט אין גישה לחומר הראיות, אין לו דרך לקבל באופן בלתי אמצעי מידע מהנאשם שיכול לסייע בגיבוש ההגנה ואסור לו להפריז במעורבות בסיוע לצד אחד בהבאת ראיות או בחקירת העדים. כפי שראינו לעיל, אם אנו חוששים שהנאשם לא יידע לייצג עצמו כראוי, הרי שאם נשלול ממנו את הכוח להגיע להסכמות ונחייבו לפנות להליך שיפוטי, יהיה בכך רק כדי להחמיר את מצבו¹⁴⁶. גם הניסיון מלמד על חוסר יכולתו של בית-המשפט לפעול להגנת נאשם שהגנתו לקויה. לא ידוע לי על מקרה בו דחה בית-המשפט הודאה של נאשם בהליך פלילי, ורק במקרים נדירים ביותר מטיל בית-המשפט על נאשם שהסכים בהסדר טיעון לעונש מסוים עונש נמוך יותר¹⁴⁷. אין פירוש הדברים כי אין להבטיח קיומן של די הגנות, במסגרת ההליך המינהלי, שימזערו את החששות מפני פגיעה שלא כדין בזכויות הנאשם. ייתכן אף כי במקרים מיוחדים יש לקבוע פיקוח שיפוטי על הסכמות, כפי שיוצע בהמשך¹⁴⁸. אולם ככלל, אין בסיס להנחה אפריורית כי הטלת עונש בהסכמה אינה עומדת בקנה אחד עם חלוקת התפקידים הראויה בין בית-המשפט לבין התביעה¹⁴⁹.

¹⁴⁵ צוין כי הסדרי טיעון מובאים לאישור בית-המשפט בהליך פומבי, במהלכו נחשפים שיקולי התביעה. בכך יש כדי להבטיח שההסדר יעמוד לביקורת ציבורית. אשר לביקורת השיפוטית, אין מחלוקת כי מקום בו שיקולי הרשות פסולים או חורגים ממתחם הסבירות על בית-המשפט לדחותם. מטעם זה, כאשר מדובר בהסדרי טיעון, אין חשש ממשי מפני הטלת עונשים על-ידי רשות מינהלית שכן הדבר ייחשף לביקורת הציבור וסבירותו תיבחן בבית-המשפט. ראו על כך בהמשך בסעיף 6.3.2.3 ובסעיף 7.3.

¹⁴⁶ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 5.2.6.

¹⁴⁷ ראו על כך להלן בפרק 6, בטקסט הצמוד להערה 154.

¹⁴⁸ ראו להלן בסעיף 7.3.

¹⁴⁹ לדעה אחרת ראו הרנון, לעיל הערה 9, בעמ' 574.

5.2.8. התועלת בהכרעה שיפוטית

יש הטוענים כי להכרעה שיפוטית ערך בפני עצמה. לפי גישה זו תפקיד בית המשפט אינו לקדם את האינטרס הציבורי והאינטרסים של הנאשם בלבד, אלא גם לתת תוקף לערכים החברתיים כפי שאלו משתקפים בדין באמצעות פירוש אותם ערכים ויישומם. תפקיד זה נפגע מקום בו הצדדים מגיעים להסדר. מכיוון שבית המשפט אינו יכול לפרש דברי חקיקה בלא הליך אדוורסרי המתנהל לפניו, הוא תלוי בסכסוכים המובאים להכרעתו. עריכת הסדרים בתיקים רבים מקטינה את מספר המקרים המובאים בפני בית המשפט, ומקטינה את התועלת החברתית שיש לפעילות השיפוטית¹⁵⁰.

טענה זו מעוררת קשיים אחדים. ראשית, כפי שישנם מקרים בהם החברה תפיק תועלת מהכרעה שיפוטית, כך ישנם מקרים בהם דווקא העדרה של הכרעה ייטיב עם החברה. אף פיס, שהעלה את הטענה לעיל במאמרו, מסכים כי במקרים רבים הימנעות מהכרעה שיפוטית עדיפה. אולם, לטענתו לא ניתן להבטיח כי פשרות יושגו דווקא במקום בו עדיפה הימנעות כזו¹⁵¹. אך בכך אין רבותא. אם לא ניתן לדעת מתי ההכרעה השיפוטית תקדם את האינטרס הציבורי ומתי תפגע בו, לא ניתן להשתמש בטיעון זה כדי לשלול פשרות.

שנית, וזה העיקר, במערכת משפט עמוסה, השימוש בהסדרים לא יצמצם את הזמן המוקדש להליכים שיפוטיים. ככל שמספר התיקים שיחייבו הכרעה שיפוטית יקטן, הזמן שיוקדש לכל תיק יגדל. לפיכך, ניתן יהיה להעמיק חקור בכל סוגיה משפטית ועובדתית ולהבטיח הכרעות נכונות יותר. דווקא מערכת הנדרשת לעבד כמות גדולה מידי של תיקים ולהביאם להכרעה שיפוטית עלולה לטעות יותר, ולכן לגרום לנזק רב יותר בהחלטותיה. בנסיבות אלו, דווקא העברת תיקים רבים יותר משפיטה להסדר תקדם את הערך החברתי שבקבלת הכרעות שיפוטיות טובות. לפיכך אין בסיס להנחה כי הסדרים יפגעו בערך המוסף שמקנות ההכרעות השיפוטיות לחברה.

5.2.9. אמון הציבור

הסכמות על ענישה, כגון הסדרי טיעון, כופר או סגירת תיקים מותנית, עלולות לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט. גם אם יש בהן כדי לסייע רבות ליצירת מערכת אכיפה שוויונית, צודקת ואפקטיבית יותר, יש חשש כי בעיני הציבור תיווצר תחושה שונה. הסכמות אלו מתפרסמות ומאירות את עיני הציבור לפרקטיקה של הקלות בעונש בתמורה לחיסכון בטרחה מינהלית. הידיעה על קיומה של פרקטיקה זו עלולה לפגוע בתחושה שנעשה צדק. אמנם האלטרנטיבה מזיקה יותר. בלא הסכמות אלו תאלצנה הרשויות לסגור חלק גדול מאותם תיקים, ולעכב את הטיפול ברבים אחרים, באופן שיחמיר את הפגיעה בשוויון ובאפקטיביות של מערכת האכיפה. אולם ניתן לטעון כי סגירת תיקים פוגעת פחות באמון הציבור במערכת המשפט. זאת מכיוון שהסכמים עם הנאשם נעשים במקרים רבים בגלוי וזוכים לתהודה ציבורית רבה יותר מסגירת תיקים. הסדרי טיעון, בייחוד הסדרים מקלים במיוחד, זוכים לפרסום נרחב. הם נערכים בהליך

¹⁵⁰ טענה זו הועלתה, אמנם בהקשר של פשרות בהליך אזרחי, על ידי O.W. Fiss, "Against Settlement", 93 *Yale L.J.* (1984) 1073.

¹⁵¹ ראו שם, בעמ' 1086.

גלוי בבית-המשפט, ולא ניתן להסתירם מעיני הציבור. גם החלטות על הטלת כופר וסגירת תיקים מותנית נחשפות פעמים רבות לידיעת הציבור, בייחוד כאשר החשוד הינו אישיות ציבורית ידועה¹⁵². לעומת זאת, הרוב המכריע של ההחלטות על סגירות התיקים בלא תנאי מתבצע בלא שניתן כל פרסום להחלטה. זאת ועוד, כאשר מתפרסמת החלטה על סגירת תיק, בדרך כלל בתיקים של אישי ציבור, הנימוק שניתן להחלטה הינו קשיים בראיות, נימוק המתקבל כלגיטימי יותר ממגבלות משאבים או מקשיים מינהליים. הציבור אינו מודע לעובדה כי פעמים רבות הקשיים בראיות נובעים מהעיכובים וממגבלות המשאבים, וכי אילו ההליך היה מתנהל במהירות גבוהה יותר היה האישום מובא להכרעת בית-המשפט. כל אלו, כך ניתן לטעון, גורמים לכך שהשימוש בחלופות פוגע באמון הציבור במערכת המשפט יותר מקיום ההליך הפלילי המלא על מלוא חסרונותיו.

בהחלט יש ממש בטענה זו. מחקרים מלמדים כי בציבור יש תחושה שהשימוש בהסדרי טיעון מקל יתר על המידה עם עבריינים¹⁵³. אף כי לא נעשה מחקר מקיף בנידון, ייתכן בהחלט כי גם חלק מן החלופות האחרות, כגון כופר, מעוררות תחושות דומות. יש גם בסיס להניח כי תחושה זו פוגעת במידה מסוימת באמון הציבור במערכת האכיפה. הדברים משפיעים בוודאי גם על רשויות התביעה הנוקטות עמדה קשוחה יותר בהסדרי טיעון בתיקים בעלי הד ציבורי נרחב. עם זאת, נראה כי בטווח הארוך, אמון הציבור נפגע גם מהעיכובים הרבים בטיפול בתיקים ומחוסר הטיפול בתיקים אחרים. לא ידוע לי על מחקרים אמפיריים שהשוו את יחס הציבור להסדרי טיעון ולנוקי העומס, אולם ידוע כי העיכובים הרבים בטיפול בתיקים זוכים גם הם לביקורת בציבור, וגורמים לביקורת על מערכת המשפט. קורה לא אחת כי לתקשורת מגיע סיפור על עבריין המשוחרר בערובה שחזר ופגע בקורבנו בזמן שהטיפול בתלונה קודמת שהוגשה נגדו טרם הושלם. אין ספק כי גם אירועים מעין אלו פוגעים באמון הציבור במערכת האכיפה. זאת ועוד, הציבור מורכב מפרטים; רבים מהם התלוננו או מכירים אנשים שהתלוננו על ביצוע עבירות. כאשר בידי המשטרה די ראיות ולמרות זאת, בשל עומס העבודה, נסגר התיק בלא שהעבריין נענש, הדבר פוגע באמונם של אותם מתלוננים וקרוביהם במערכת. גם לשיקול זה יש משקל כאשר מנסים למזער את הפגיעה שגורמים המשאבים המוגבלים לאמון הציבור במערכת המשפט. בהיעדר מחקרים מקיפים, קשה לדעת אילו מהגורמים פוגע יותר באמון זה. במצב זה לא נראה כי שיקול זה יכול להכריע כנגד השימוש בחלופות.

5.2.10. חקר האמת

בשונה מארצות-הברית, הדגש של הביקורת על הסדרי הטיעון בחוגי האקדמיה בארץ לא הושם על בעיית החף, אלא על שיקולים הנוגעים למעמדו ולתפקידו של בית-המשפט. אחת הטענות המרכזיות כנגד הסדרי טיעון הינה כי הסדרים אלו פוגעים ביכולתו של בית-המשפט להגיע לחקר האמת. בהקשר זה נטען בעיקר כנגד הסדרי טיעון שבמסגרתם משנה התובעת את כתב-האישום¹⁵⁴. אולם היו גם שטענו כי אף הסדרי הטיעון לעונש פוגעים בכוחו של בית-המשפט להגיע

¹⁵² כך, למשל, פורסמה לאחרונה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לסגור את תיקו של השר א' ליברמן שנחשד באיומים ובהעלבת עובד ציבור, בתנאי שהאחרון יתנצל על דבריו. ראו י' לוי, "ח"כ ליברמן התנצל בכתב – תיקו על העלבת עובד ציבור נסגר", **מעריב**, 28.2.2001.

¹⁵³ ראו להלן בפרק 6, הטקסט הצמוד להערה 74.

¹⁵⁴ ראו גרוס, לעיל הערה 93, בעמ' 253.

לחקר האמת, מכיוון שהודאת הנאשם במסגרת ההסדר מתקבלת כלשונה בלא בירור שיפוטי נוסף¹⁵⁵.

אף כי הביקורת לא התמקדה בחלופות האחרות, נראה כי חלופות אלו פוגעות עוד יותר בכוחו של בית-המשפט להגיע לחקר האמת בשוללן מבית-המשפט כל מעמד מקום בו הנאשם והרשות מסכימים על החלופה. עבירות קנס, עבירות מינהליות, כופר וסגירת תיקים מותנית מאפשרים הטלת עונש (ולעתים גם הרשעה) בלא לאפשר לבית-המשפט לבחון את הבסיס להרשעה או להטלת העונש.

עם זאת, איני סבור שביקורת זו מצדיקה הימנעות משימוש בחלופות. כפי שצינתי לעיל, מטרת ההליך הפלילי היא לקבוע חפות או אחריות פלילית, ועונש. מערכת משפט פלילית תיחשב טובה ככל ששיעור החפים המורשעים בדין יקטן, ככל ששיעור האשמים הנענשים יגדל וככל שהעונשים שיוטלו יהיו תואמים את העונש שראוי להטיל בגין העבירה שבוצעה. העובדה שבפני בית-המשפט לא נחשפת המסכת העובדתית המלאה אינה, כשלעצמה, חיסרון. חשיפת האמת אינה מטרה עצמאית של ההליך הפלילי¹⁵⁶.

מטעם זה התאמתן של החלופות לחשיפת האמת אינה צריכה להיבחן בנפרד מיכולתו של ההליך הפלילי להבטיח הכרעה נכונה בשאלת החפות והטלת עונשים הולמים על האשמים. מקום בו חשיפת האמת עלולה לבוא על חשבון יכולתה של מערכת המשפט להרשיע אשמים, להענישם באופן הולם ולזכות חפים מפשע, נזקה של האמת גדול מתועלתה. קחו, לדוגמא, שתי מערכות משפט הנאלצות להתמודד עם עשרה מבצעי שוד בנסיבות מחמירות¹⁵⁷. במערכת אחת יורשעו חמישה מתוכם בשוד בנסיבות מחמירות וחמישה נותרים לא יורשעו – בין אם יזוכו מחמת הספק נוכח חוסר בראיות קבילות ובין אם לא יועמדן לדין בשל חוסר במשאבים. מנגד, המערכת השנייה תאפשר הרשעת כל העשרה בעבירה של שוד שלא בנסיבות מחמירות¹⁵⁸. ייתכן והמערכת הראשונה מגשימה טוב יותר את מטרת גילוי האמת, שכן לפחות חמשת המורשעים הורשעו על בסיס מערכת עובדתית נכונה בעבירה המתאימה, ואילו לגבי האחרים לא נקבע ממצא כלל. אולם המערכת השנייה מגשימה טוב יותר את מטרות ההליך הפלילי והמשפט הפלילי בכלל. היא משיגה טוב יותר את מטרת הרשעת הנאשמים והענשתם. היא שוויונית יותר. היא משיגה הרתעה יעילה יותר, וגומלת לעבריינים בצורה צודקת יותר. חקר האמת (ככל שמדובר במטרה עצמאית) אולי נפגע, אך תוך שיפור ביכולת השגת המטרות האמיתיות של ההליך הפלילי. החלופות משרתות בדיוק מטרה זו.

יובהר כי גם מקום בו החלופות מתקבלות ככלי לגיטימי, יש מקום להשתמש בהן ככל הניתן באופן שאינו פוגע באמינות תוצאת ההליך. הדבר דרוש בין אם נראה באמת כמטרה בפני עצמה בהליך הפלילי, ובין אם נכיר בחשיבותה כדי להבטיח מטרות אחרות. כך, לדוגמא, הסדרי טיעון

¹⁵⁵ ראו מ' קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", משפטים יז (תשמ"ח) 475, בעמ' 489.

¹⁵⁶ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 2.2.

¹⁵⁷ עבירה לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן חוק העונשין) שהעונש המרבי בגינה הינו 20 שנות מאסר.

¹⁵⁸ עבירה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין שהעונש המרבי בגינה הינו 14 שנות מאסר.

במסגרתם מתוקן כתב-האישום¹⁵⁹ עלולים לפגוע באמינות תוצאת ההליך שכן ההרשעה שתירשם לחובת הנאשם לא תהלום את חומרת מעשיו¹⁶⁰. מעבר לפגיעה בחקר האמת כשלעצמו, עלולה להיפגע גם ההרתעה האישית ויכולת ההליך הפלילי בעתיד להגיע לענישה הולמת, נוכח הרישום הבלתי מדויק של העבירה במרשם הפלילי. הטלת כופר או קנס מינהלי, בלא שנערך מרשם אמין וקביל בבית-המשפט, עלולה לפגוע גם היא באינטרס זה. הרישום הפלילי של אנס שהורשע בהסדר טיעון בביצוע מעשה מגונה, או היעדר רישום פלילי למי שתיקו נסגר בתנאים, יקל עליהם לקבל עונש קל יותר אם יעברו עבירות דומות בעתיד. רישום פלילי בלתי מדויק עלול לפגוע בהרתעה ובסטיגמה השלילית המתלווה לעבירות פליליות חמורות גם במקרים אחרים. חקר האמת בהקשר זה הוא אינטרס הראוי להגנה. לפיכך יש להעדיף, ככל האפשר, הסדרי טיעון שאינם משנים את סעיפי האישום¹⁶¹, ולהבטיח רישום אמין וקביל של השימוש בחלופות האחרות¹⁶². אולם אין בכך כדי להצדיק הימנעות משימוש בחלופות.

5.2.11. פתרונות אחרים למגבלות המערכת

בבסיס התמיכה המובעת לעיל בחלופות המתבססות על הסכמה עומדת ההנחה כי המשאבים העומדים למערכת הצדק מוגבלים. לפיכך, ניתן לפיכך לתקוף את הטענות לעיל על-ידי ערעור הנחה זו. שתי טענות מושמעות בהקשר זה. האחת, היא כנגד התפיסה כי מגבלות המשאבים הינן נתון שיש לחיות עמו. לפי טענה זו, למערכת הצדק יש מחיר. מחיר זה נדרש כדי לאפשר את פעולתה תוך הגנה על זכויות האדם. על החברה לשאת במחיר זה. אין להגמיש את הצדק כדי להפחית מעלותו. הפיתרון לבעיית העומס ולתוצאותיה אינו בחיפוש אחר חלופות להליך הפלילי היקר אלא בהוספת משאבים למערכת הצדק.

הטענה השנייה מכירה במגבלות המשאבים, אך גורסת כי ניתן למצוא דרכים טובות, צודקות ויעילות יותר להתמודד עם מגבלות אלו. כך, למשל, אימוץ מרכיבים משיטת המשפט הקונטיננטלית, שיאפשרו דיון ענייני ומהיר בהרבה בכל תיק פלילי, יביאו לשיפור ההליך הפלילי וכן לחיסכון במשאבים שיאפשר הימנעות מלהזדקק לחלופות אחרות של ענישה מוסכמת.

אשר לטענה הראשונה, יש מקום להטיל ספק אם הסטת משאבים מייתר המערכות למערכת המשפט הפלילי היא אכן הצעד הצודק ביותר. השאלה אינה אם רצוי להגדיל את תקציב מערכת האכיפה והמשפט, אלא אם הגדלתו רצויה על חשבון פגיעה בתקציבי המערכות האחרות, כגון הרווחה, הבריאות או החינוך. מעטים יטענו כי החברה חייבת להעמיד את אמינות ההליך הפלילי

¹⁵⁹ הסדרים מן הסוג הנדון על-ידי פרופ' גרוס במאמרו, לעיל הערה 93.

¹⁶⁰ ספק עד כמה הם פוגעים ביכולת בית-המשפט לדעת את האמת, שכן על-פי הנחיות הלכת ב**חמוצקי** (ע"פ 532/71) **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543 על התביעה לחשוף בפני בית-המשפט את העסקה ואת השיקולים לעריכתה. עם זאת, אף שבית-המשפט מודע בפועל להתרחשויות ולעובדות כפי שהתביעה סבורה שהיו, הרי שתוצאת ההליך מבחינת הרישום הפלילי של הנאשם ומבחינת העובדות המצוינות בפסק-הדין, אינה משקפת את מלוא חומרת המעשה.

¹⁶¹ ראו להלן בסעיף 6.3.2.3.

¹⁶² ראו על כך בהרחבה בסעיף 7.9.

כאינטרס עליון הגובר על כל אינטרס חברתי אחר¹⁶³. ייתכן אף כי משאבים אלו דרושים יותר דווקא במערכות האחרות, גם מבחינת הצורך להגן על כבוד האדם בחברה¹⁶⁴.

בעבודה זו, אין בכוונתי לבחון כיצד יש לחלק את משאבי המדינה, והאם יש להקצות למערך האכיפה משאבים הניתנים כיום למערכות ציבוריות אחרות¹⁶⁵. גם אם יש מקום להרחיב את התקציב המוקצה למערך האכיפה, סבורני כי אין הרחבה סבירה שתוכל לשנות מן היסוד את מערכת האילוצים איתם מתמודד מערך זה. כפי שאראה בהמשך, גם כיום מטופלים רק אחוזים בודדים מן התיקים הפליליים באמצעות הליך פלילי מלא¹⁶⁶, ואף אם ניתן להכפיל שיעור זה באמצעות הגדלה משמעותית של התקציב, לא יהיה בכך כדי לשנות מן היסוד את הצורך למצוא פתרון למרבית התיקים שלא באמצעות הליך פלילי מלא. יתרה מזאת, בנייתו כלכלי פשוט ניתן להראות כי גם חלוקה אופטימלית, המקצה משאבים למטרות החברתיות השונות באופן המשיא את הרווחה החברתית, לא תפטור את הצורך באמצעים לצמצום העומס על ההליך הפלילי. חלוקת משאבים ציבוריים אופטימלית, לפי שיקולי רווחה חברתית, מחייבת כי התועלת השולית של כל יחידת תפוקה זהה (כגון שעת עבודה של עובד ציבור) תהיה שווה בכל המערכות הנהנות מתקציב ציבורי. כיוון שהכלכלה פועלת תמיד במחסור, הרי שבחלוקה אופטימלית גם במערכת האכיפה יהיו תיקים שהתועלת מניהולם בהליך מלא תהיה קטנה מעלות ניהולם. לפיכך, גם בחלוקת משאבים אופטימלית יהיה עומס על מערך האכיפה (אף כי לא ניתן לדעת אם הוא יהיה גדול מהעומס הקיים כיום או קטן ממנו). כדי שהניתוח בעבודה זו יהיה נכון, די להראות כי המשאבים המוקצים למערך האכיפה לא פותרים לחלוטין את בעיית העומס (כלומר, לא כל תיק יקבל את מלוא המשאבים שראוי היה להקדיש לו במערך אכיפה הפועל בלא עלויות)¹⁶⁷.

על כל פנים, מטרת עבודה זו מוגבלת יותר והיא לבחון את היתרונות והחסרונות של החלופות להליכים פליליים בכפיפות להנחה שמערך האכיפה פועל תחת מגבלת משאבים. הקצאת המשאבים למערך האכיפה היא נתון אקסוגני בנייתו זה. מטעם זה לא אדון בשיקולים פוליטיים העשויים להשפיע על מערך חלוקת המשאבים, כגון בטענה לפיה אין מקום לייעל את פעולת מערך האכיפה מטעמים פוליטיים¹⁶⁸. מטעם זה לא אדון גם בשאלה אם רצוי להעביר למערך האכיפה הפלילית תקציבים המוקצים כיום למערכות אחרות באופן שיאפשר לקיים הליך מלא בכל תיק בלא היזקקות לחלופות כלל.

¹⁶³ השו" 84, R. Dworkin, "Principles, Policy, Procedure", *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) 72, p. 84. המסביר כי איזון נכון בין הנזק המוסרי שבטעויות בהליך הפלילי לבין נזקים אחרים מצדיק הגבלת המשאבים המופנים להליך זה, גם במחיר פגיעה באמינות מערכת המשפט הפלילית.

¹⁶⁴ לבחינת שאלת היקף המשאבים שיש להקצות למערכת האכיפה מן הזווית הכלכלית ראו R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics* (3rd ed., Reading, MA., 2000), 444-452.

¹⁶⁵ לניתוח כלכלי של סוגיה זו ראו שם, שם.

¹⁶⁶ ראו הערה 175 להלן.

¹⁶⁷ ראו על כך אצל Cooter & Ulen, לעיל הערה 164.

¹⁶⁸ לפי טענה זו מקום בו העומס על מערך זה מביא לשיתוק, מופעל לחץ על המחוקק להקציב למערך תקציבים נוספים. מנגד, התייעלות תביא לצמצום המשאבים המוקצים למערך. במאמר מוסגר אעיר כי איני משוכנע כלל שיש בסיס אמפירי לטענה זו. זאת ועוד, לטענה זו תוקף רק בהנחה שראוי להעביר משאבים נוספים למערך האכיפה הפלילית על חשבון המטרות הציבוריות האחרות. בהחלט ניתן לטעון כי עלות מערך האכיפה גדולה מדי, ויש דווקא לצמצם את משאביו. במקרה כזה, לפי הגורסים כי התייעלות תביא לצמצום המשאבים למערך האכיפה, תקדם ההתייעלות שתי מטרות. ההתייעלות תביא גם לשיפור חלוקת המשאבים בתוך מערך האכיפה וגם לשיפור חלוקת המשאבים הכללית במשק. בכל מקרה, כאמור, ניתוח סוציו-פוליטי זה של חלוקת המשאבים חורג מגבולות עבודה זו.

על-פי הטענה השנייה, במקום השימוש בחלופות, יש לאמץ הליך פלילי קצר ופשוט. טענה דומה נטענה על-ידי רבים מהמתנגדים להסדרי טיעון בארצות-הברית, שתקפו את גישת בית-המשפט העליון התומכת בהתלהבות רבה בהסדרים אלו¹⁶⁹. הם טענו כי ניתן להקל עד מאוד על העומס במערכת המשפט הפלילי אם ההליך הפלילי יפושט ויקוצר, למשל בדרך של אימוץ מנגנונים הקיימים בהליך הפלילי הקונטיננטלי, המאפשרים בחלק מהמקרים הליכים פליליים מהירים וזולים יחסית.

אין לשלול רעיונות לשיפור ולייעול ההליך הפלילי. השאלה עד כמה ניתן להוזילו ולפשטו בלא לפגוע משמעותית באמינות התוצאה ובהגנות הראויות לנאשם סבוכה, אך בהחלט ראוייה לבחינה. בארץ הדיון בנושא מוגבל למדי. למעט במאמר אחד של פרופ' קרמניצר¹⁷⁰, לא נערך, ככל הידוע לכותב שורות אלו, דיון רציני ומקיף באקדמיה או במערכת המשפט לבחינת האפשרות לאמץ הסדרים קונטיננטליים במערכת המשפט הפלילי, ולא נבחנה לעומקה האפשרות לפשט את ההליך הפלילי. נהפוך הוא, רבים סבורים כי לאור חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לשפר את ההגנה על זכויות הנאשמים באמצעות הוראות שיכבידו עוד יותר על ההליך הפלילי ויוסיפו לסרבולו, כגון הוספת מחסומי קבילות ומגבלות פורמליות¹⁷¹. הוראות אלו יקשו על קביעה אמינה של אחריות וחפות. גם המחוקק נוטה בשנים האחרונות להכביד בדרישות פרוצדוראליות ולהוסיף מגבלות ראייתיות לשם הגנה על אינטרסים שונים, על חשבון יעילות ההליך והאפקטיביות שלו ככלי להטלת עונש הולם על עבריינים¹⁷².

אולם גם אם ימצא כי ניתן לפשט משמעותית את ההליך הפלילי, אין בסיס לתקווה כי בכך תיפתר בעיית העומס על מערך האכיפה הפלילית. הסקירה ההשוואתית לעיל מלמדת כי על אף ההליכים הפשוטים יותר בחלק ממדינות יבשת אירופה, עדיין מערכת המשפט נזקקת להסכמות בין התביעה לבין ההגנה כגון קנסות בידי תובע, סגירת תיקים מותנית וחלופות אחרות. בשנים האחרונות אף החלו להתפתח במדינות אירופה פרקטיקות הדומות להסדרי טיעון. בחלק מהמדינות התפתחו הפרקטיקות האמורות באמצעות שינויי חקיקה¹⁷³, ואילו באחרות הן נוצרו מתוך היום-יום על-ידי העוסקים במלאכה¹⁷⁴. ניסיון של מדינות יבשת אירופה מלמד כי פישוט ההליך הפלילי לא יוכל לפתור לחלוטין את בעיית העומס, עד כי לא יהיה עוד צורך בכל חלופה להליך הפלילי. זאת ועוד, יש לזכור כי גם אם ניתן למצוא כיסים מסוימים של חוסר יעילות בתוך ההליך הפלילי, שתיקונם יאפשר הוזלת ההליך בלא פגיעה באמינותו, ברי כי משלב מסוים כל קיצוץ נוסף במשאבים המופנים לבירור אשמה בהליך פלילי יפגע במהימנות התוצאה. אף אם ניתן

¹⁶⁹ A.W. Alschuler, "Adding a Comparative Perspective to American Criminal Procedure Classes", 100 *W. Va. L. Rev.* (1998) 765; A.W. Alschuler, "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System" 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983) 931; R.S. Frase, "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?" 78 *Calif. L. Rev.* (1990) 542; J.H. Langbein, "A Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It", 78 *Mich. L. Rev.* (1979) 204. גם בארץ הועלו הצעות דומות. ראו קרמניצר, לעיל הערה 155.

¹⁷⁰ ראו קרמניצר, שם.

¹⁷¹ ראו א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו) 139; ע' גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו) 155.

¹⁷² ראו לעיל בסעיף 3.1.

¹⁷³ על ההסדרים השונים בעקבות הרפורמה של 1989 באיטליה ראו לעיל בסעיף 4.4.5.

¹⁷⁴ ראו בגרמניה לעיל בסעיף 4.3.5.

יהיה לקצץ 20% או 30% מהמשאבים הדרושים להליך פלילי בודד בלא לפגוע משמעותית באמינות התוצאה, לא יהיה בכך כדי לשנות משמעותית את הצורך בשימוש בחלופות. רק אחוזים בודדים של העונשים בפלילים מוטלים בתום משפט פלילי מלא¹⁷⁵. גם שינוי משמעותי במשאבים הדרושים לטיפול באחוזים בודדים אלו, לא יוכל לאפשר העברה של יותר מאחוזים בודדים של התיקים המטופלים כיום באמצעות החלופות לפסים של משפט רגיל, בלא לצמצם את היקף האכיפה. לפיכך, שינויים סבירים בהליך הפלילי לא יהיה בהם כדי למלא את מקומן של החלופות.

טענה אחרת המועלת לעתים נגד החלופות עוסקת ביחס בין המטרות השונות אותן הן נועדו להשיג. החלופות להליך הפלילי יכולות לסייע בהפחתת עומס התיקים, בדה-קרימינליזציה של הפרות קלות¹⁷⁶ ובהרחבת רשת האכיפה. כך, רבים סבורים כי הבעיה העיקרית של מערכת האכיפה הינה העומס הרב והשימוש בהליכים פליליים שלא לצורך. מביניהם יש הטוענים כי שימוש בחלופות לא יועיל לפתור חוליי השיטה שכן התביעה תשתמש בהליך החלופי להרחבת רשת האכיפה במקום להשתמש בו לצמצום העומס או לצורך דה-קרימינליזציה של הפרות קלות¹⁷⁷. מי שסבור כי הבעיה המרכזית של מערך האכיפה הפלילית היא תת-אכיפה של עבירות רבות, עלול לחשוש שחלופות שיאומצו לא יישמשו להרחבת האכיפה אלא להקטנת העומס בלבד.

אך חששות אלו לא מצדיקים הימנעות מאימוץ חלופות, אלא קביעת מדיניות באשר למטרת החלופות ופיקוח על יישומה. כך, בסקוטלנד אומץ ההליך של קנס בידי תובע במיוחד כדי להקל בעומס העבודה, ורשויות התביעה הונחו להטיל קנסות רק במקרים שאחרת היו ראויים להליכים פליליים רגילים¹⁷⁸. לעומת זאת, בהולנד המטרה המרכזית של הרחבת השימוש בחלופות הייתה העמקת האכיפה¹⁷⁹. נראה שאצלנו ראוי להיעזר בחלופות לשתי המטרות. יש מקום להסיט תיקים שכיום מטופלים בהליך הפלילי המלא לחלופות כדי להקל על עומס העבודה וכדי שלא להטיל את הסנקציה הפלילית החריפה בגין הפרות חוק קלות. מנגד, יש מקום להרחבת רשת האכיפה באותם סוגי עבירות שבהם רמת האכיפה אינה משביעת רצון¹⁸⁰. החשש כי מטרה אחת תתפוס יתר על המידה את מקומה של השנייה אינו יכול להצדיק ויתור על השימוש בחלופות. חשש זה מצדיק רק הגדרת האיזון הראוי בין שתי המטרות ופיקוח על יישומו.

¹⁷⁵ אפילו מבין עבירות הפשע החמורות ביותר, אלו המטופלות על-ידי הפרקליטות, הרוב המשמעותי של ההליכים מסתיימים באמצעות חלופה, לרוב הסדר טיעון. ראו להלן בפרק 6, הטקסט הצמוד להערה 73. מבין הפשעים והעוונות שבטיפול יחידות התביעה המשטרותיות של אגף החקירות, המטופלות בלמעלה מכפליים מהתיקים המטופלים בפרקליטות, כ-90% מהתיקים מסתיימים בלא הליך משפטי. גם רשויות המס מרבית להשתמש בכופר ובעבירות מינהליות, הרבה יותר מאשר בהליכים פליליים. ראו להלן בסעיף 6.6.2. אם נוסף לסטטיסטיקה את כל מכלול עבירות התעבורה והחניה, אשר רובן המוחלט מטופל באמצעות קנסות, שיעור הנענשים באמצעות הליך פלילי, מתוך סך הנענשים על עבירה פלילית, הופך זעום. גם שינויים של עשרות ואף מאות אחוזים במספר המשפטים הפליליים שניתן לקיים לא יוכל לשנות משמעותית את שיעור התיקים המסתיימים בהסדר על ענישה.

¹⁷⁶ לא כל החלופות מסייעות להמרת הסנקציה מהתחום הפלילי. כך עבירות קנס והסדרי טיעון מותירות את העונש וההליך במישור הפלילי. מנגד, סגירת תיק מותנית, קנס מינהלי, כופר וקנס בידי תובע (לפחות באותם מקומות בהן לא מתלווה לקנס הרשעה) הינן חלופות המסייעות גם לדה-קרימינליזציה של הסנקציה. ראו על כך גם להלן בסעיף 7.9.

¹⁷⁷ לניתוח טענות אלו ראו P. Duff, "The prosecutor fine and social control: the introduction of the fiscal fine to Scotland", 33 *B.J. Crim.* (1993) 481.

¹⁷⁸ שם, בעמ' 487. בחינת ההליך זמן קצר לאחר השקתו מלמדת כי הקנס שימש הן להחלפת הליכים פליליים והן להרחבת רשת האכיפה. ראו שם, בעמ' 491.

¹⁷⁹ ראו לעיל בסעיף 4.4.2 לעיל.

¹⁸⁰ לקשיי מערך האכיפה הפלילית כיום ראו לעיל בפרק 3.

5.2.12. נפגע העבירה

כנגד החלופות נטען לעתים כי הן פוגעות במעמדו של נפגע העבירה בהליך הפלילי. נפגע העבירה החש שזכויותיו הופרו על-ידי העבריין, מצפה ממערכת הצדק להבטיח כי הפוגע ייענש כגמולו. כאשר העבריין זוכה לעונש מקל במיוחד על בסיס הסדר שנערך בלא התייעצות עם הנפגע, עלול האחרון להרגיש כי הוא ננטש על-ידי המערכת שאמורה הייתה להגן עליו¹⁸¹. כך גם הוא עלול לחוש לאחר סגירת תיק מותנית עליה הוחלט בלא היוועצות בו. כיוון שרוב החלופות האחרות מוטלות בעבירות ללא נפגע מסוים, הדברים לא נטענו בארץ כנגד חלופות אלו. עם זאת, הסדרים של קנס בידי תובע בעבירות אלימות ורכוש, אם יאומצו בארץ, צפויים לעורר חששות דומים.

אולם ספק רב אם מעמדו של הנפגע אכן ישופר אם יבוטלו החלופות, ויתנהל, בכל מקרה, הליך פלילי מלא. כמעט כל ההחלטות בהליך הפלילי התקבלו עד לאחרונה בלא שלנפגע מעמד רשמי. כך, למשל, ההחלטה לסגור את התיק מתקבלת ברוב המקרים בלא התייעצות עם הנפגע, ואף שהנפגע רשאי לערור על החלטה זו, עררו נדון על-ידי גורם בתביעה הכללית¹⁸². גם החלטות אחרות, כגון דרך ניסוח סיכומי ראיות התביעה, טיעוניה לעונש או אופן ביצוע החקירה, לא כפופות להתייעצות מוקדמת עם נפגע העבירה, על אף השלכתן על תוצאות ההליך¹⁸³. אמנם פעמים רבות זוכה נפגע העבירה להישמע במהלך ההליך הפלילי, לרוב בעת מתן עדותו. כמו כן, בחוק נקבעו מספר הגנות לנפגע הנדרש למסור עדות. אולם אין בכך כדי ללמד על מתן מעמד לנפגע בתוצאות ההליך. הזכויות המוקנות לנפגע כעד לא נועדו להקנות לו מעמד באשר לאופן ניהול ההליך. עדותו נדרשת לעתים לבירור האשמה, והזכויות הנלוות נועדו רק כדי להקל על הנפגע הנדרש למסור עדות. אולם אין לו זכות להעיד ובוודאי שלא להביע בעדות את עמדתו באשר לעונש הראוי לנאשם¹⁸⁴.

לאחרונה נכנס לתוקפו חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001. חוק זה קובע את זכותם של נפגעי עבירה לקבל מידע שוטף על השלבים השונים בהם נמצא ההליך הפלילי, וכן זכותם של נפגעי עבירות מין או אלימות להשמיע טענותיהם בפני רשויות התביעה קודם להחלטה על הסדר טיעון או על עיכוב הליכים¹⁸⁵. החוק אינו מקנה לנפגעי עבירות אחרות זכות לקבל מידע על כוונה להגיע להסדר טיעון או לעכב הליכים, ועל-כן מצבם, מבחינה זו, דומה למצבם קודם לחקיקתו¹⁸⁶.

¹⁸¹ ראו הרנון, לעיל הערה 9, בעמ' 581-593.

¹⁸² היועץ המשפטי לממשלה או גורם בפרקליטות המדינה. ראו סעיפים 66-64 לחוק סדר הדין הפלילי. במקרים ספורים רשאי המתלונן להגיש קובלנה פלילית פרטית כנגד החשוד. ראו סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁸³ אמנם הנפגע יכול לעתור לביקורת שיפוטית כנגד החלטות התביעה, אולם רק במקרים נדירים יתערב בית-המשפט בהחלטות אלו. בכל מקרה, הנפגע רשאי לעתור גם כנגד החלטות על ענישה בהסכמה של התביעה ולכן אין בזכותו לעתור לבג"ץ כנגד החלטות התביעה כדי לקדם טענה כנגד החלופות.

¹⁸⁴ מטעם זה חולק אני על גישתו של הרנון, הסבור כי ניתן למצוא בחקיקה המגנה על הנפגע כעד ראיה לביסוס מעמדו של הנפגע בהליכי קבלת ההחלטות בהליך הפלילי. ראו הרנון, לעיל הערה 9, בעמ' 587. הרנון מתבסס, למשל, על ההסדרים המיוחדים המקנים הגנות לנפגעי עבירות מין בעת מסירת עדותם. לגישתו, הסדרים אלו מלמדים כי לנפגע יש מעמד בהליך הפלילי ומטעם זה יש מקום להקנות לו מעמד גם בדיון על הסדר טיעון. אולם כאמור, לדעתי, הזכויות של נפגע העבירה כעד אינן מלמדות על כוונת המחוקק להקנות לו מעמד בהחלטות המשפיעות על התגובה האכיפתית כנגד הנאשם.

¹⁸⁵ ראו סעיפים 16 ו-17 לחוק. בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין עיכוב הליכים, שפורסמו קודם לחוק, נקבע כי ככלל אין מקום לבקש את תגובת המתלונן לעיכוב הליכים, אלא במקרים שהדבר מתחייב על-פי החוק. ראו "עיכוב הליכים פליליים, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 סעיפים 231, 232" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.000 (1.5.94) כפי שעודכנה ב-20.6.01). ראו גם להלן בסעיף 7.4.

¹⁸⁶ השוו גם "סיוע לקורבנות עבירה ולעדי תביעה" הנחיות פרקליטת המדינה הנחיה 14.7 (1.8.02), במסגרתה לא נערכה הבחנה כאמור בין סוגי נפגעים.

בנוסף, הנפגע רשאי להעביר לתביעה הצהרה, ולפי דרישתו חייבת התביעה להציג הצהרה זו בפני בית-המשפט בהליך הטיעונים לעונש, גם כאשר הטיעונים באים במסגרת הסדר טיעון¹⁸⁷. כך שלנפגע יש כיום מעמד מסוים, אם כי עקיף, אף בפני בית-המשפט. בעקבות החוק, נוצר מצב כי לנפגע מעמד מקיף יותר בהחלטה להגיע עם הפוגע להסדר טיעון, בהשוואה למעמדו בהחלטה על סגירת התיק של הפוגע. אמנם במקרה האחרון יכול הנפגע, אם הוא המתלונן, לערור בפני גורם בכיר בתביעה כנגד החלטת הסגירה, אולם במקרה של הסדרי טיעון, זכותו להשמיע טענותיו בפני התביעה קודם להחלטה וכן, בעקיפין, להביא טענותיו בפני בית-המשפט. כמו כן, מעמדו המיוחד של הנפגע בהסדר טיעון בולט לאור מעמדו המוגבל הרבה יותר ככל שהדבר נוגע להחלטות אחרות של התביעה. בניגוד לזכות להשמיע טענות בעניין הסדר טיעון או החלטה לעיכוב הליכים, אין לנפגע זכות להשמיע טענותיו כנגד החלטות אחרות שמקבלת התביעה ומשפיעות על ניהול התיק. כמו כן אין לו זכות סטטוטורית להביע עמדתו באשר לסעיפי האישום שעל התביעה לבחור, לראיות שעליה להגיש וכיוצא באלה. לפיכך, אין בסיס לטענה כי יש פחות במעמדו של הנפגע בהליכים לעריכת הסדרי טיעון. אימוץ מנגנונים דומים בחלופות אחרות יכול לאזן נכונה בין הצורך להגן על זכויות הנפגע לבין העיקרון כי ההליך הפלילי מנוהל על-ידי המדינה למען האינטרס הציבורי. כך, לדוגמא, ראוי לקבוע חובת שמיעה של טענות הנפגע, לפחות נפגע מעבירת מין או אלימות, קודם להחלטה על סגירת תיק מותנית, כפי שנעשה בהסדרי טיעון. אולם אין בסיס לטענה כללית כי עצם השימוש בחלופות פוגע במעמד הנפגע בהליך הפלילי.

אך מה באשר לזכויות המהותיות, להבדיל מזכות הטיעון? האם סמכותה של התביעה להגיע להסכמה עם העבריין אינה פוגעת בזכות הנפגע כי העבריין יענש כגמולו? סבורני כי התשובה לכך שלילית. לנפגע אין זכות עצמאית לכך שעל העבריין יוטל עונש. יש לו זכות לפיצוי אזרחי, אותה הוא יכול לממש בהליך אזרחי, אולם ההליך הפלילי נתון בידי המדינה ומיועד להגשמת האינטרס הציבורי. אף כי לנפגע יש בוודאי אינטרס מסוים בהענשת העבריין, וכיום גם זכות להשמיע טענותיו בעניין, ההחלטות בהליך הפלילי נתונות בידי המדינה ולא בידיו (בכפיפות לאפשרות להגיש, במגזר צר של עבירות, קובלנה פלילית פרטית).

אשר לאינטרסים של נפגעי עבירות, אלו יקודמו טוב יותר דווקא אם, בזכות השימוש בחלופות, תוכל התביעה להבטיח תגובה עונשית לעבריינים רבים יותר. מתן זכות לנפגע מסוים לחייב את התביעה לנהל הליך פלילי מלא כנגד עבריין מסוים תפגע באינטרס של נפגעים אחרים, שהתביעה לא תוכל להתפנות לטפל בפוגעיהם. בנסיבות אלו, באמצעות זכות טיעון לנפגע, ניתן לאזן נכונה בין הצורך להבטיח כי האינטרס של הנפגע יובא בחשבון לבין הצורך להבטיח כי ההכרעה בדבר החלופה תישאר בידי גורם המופקד על האינטרס הציבורי.

יתרה מזאת, לא אחת הסדרי טיעון והסכמות על סגירת תיק מותנית נערכים כדי להגן על נפגעי העבירות. עם עריכת ההסדר נחסכת מהנפגע החובה להעיד ובייחוד פטור הוא מהכרח לעמוד בפני החקירה הנגדית. הודאה של הנאשם מסייעת לעתים לנפגע העבירה כאשר בסביבתו מטילים בו דופי בשל התלונה או מפקפקים באמינותו. זאת ועוד, מקום בו ספקות בראיות עלולים להביא לזיכוי הנאשם, עלול הנפגע לחוש נפגע הן מיציאת הנאשם פטור בלא עונש והן מכך שבית-המשפט לא נתן בו אמון מספק. הסדר על ענישה מוסכמת מקנה לנפגע ביטחון כי מי שפגע בו נענש.

¹⁸⁷ ראו סעיף 18 לחוק.

שיקולים אלו בעלי משנה תוקף בייחוד באותם מקרים בהם הפגיעה הנפשית של הנפגעים חמורה במיוחד, כגון בעבירות אלימות במשפחה ובעבירות מין. פעמים רבות, לצורך חיזוק תחושתם של נפגעים אלו כי לא הם אשמים, יש ערך מיוחד בכך שהם שומעים את הודאת הנאשם¹⁸⁸, שהרשעתו מובטחת ושהם נמנעים מלעמוד למולו בחקירה נגדית. הגבלות על עריכת הסדרים צפויות לגרום לפגיעה קשה בנפגעי עבירות אלו. בדומה, פעמים רבות סגירת תיק מותנית נערכת כדי להיטיב עם נפגע העבירה. כך הדבר כאשר התנאי לסגירת התיק הוא הצלחת הליך גישור בין הנפגע לבין העבריין, פיצוי הנפגע, התנצלות או חיוב העבריין לתיקון נזקי העבירה¹⁸⁹. הסדרים אלו נעשים במקרים רבים בתיאום עם הנפגע ומכוונים בין השאר (ואולי אף בעיקר) להקל את נזקו. איסור על שימוש בחלופה זו עלול גם הוא לפגוע בנפגעי עבירות פליליות. לפיכך, הגנה על זכויות הנפגע אינה טענה תקפה כנגד השימוש בחלופות.

5.2.13. קיומו של אינטרס מיוחד להימנע מקיום הליך

לא אחת יש אינטרס מיוחד, נוסף על אלו שנדונו לעיל, בהימנעות מניהול ההליך. כך לעתים ההגנה על אינטרס של הקורבן מצדיקה מאמץ לסיים את התיק בלא הליך משפטי. למשל, כפי שהוזכר לעיל, ייתכן כי ניהול ההליך יגרום לפגיעה קשה בנפגע העבירה. מצב זה ייתכן כאשר עדותו של נפגע עבירת מין נדרשת לצורך ביסוס האשמה, וחשיפתו לחקירה נגדית בבית-המשפט עלולה להוסיף לפגיעה הקשה בו. בדומה, מערכת יחסים עדינה בין הנפגע לבין הנאשם יכולה להקשות על הנפגע להעיד אמת. עוד ייתכן כי חוסר אמון של סביבתו של הנפגע בטענותיו מקשה על שיקומו, ולכן יש חשיבות מיוחדת שהנאשם יודה באשמה.

לעתים אינטרסים של המדינה מחייבים הימנעות מניהול ההליך. כך, לדוגמא, ישנם מקרים בהם ניהול ההליך יחייב חשיפת מידע ביטחוני בבית-המשפט. במקרים אחרים אינטרסים ציבוריים אחרים מחייבים הימנעות מחשיפת ראיות. אמנם בחוק ישנם כלים האמורים לפתור קשיים אלו כגון בקשה לקיום דיון בדלתיים סגורות¹⁹⁰ או חסיונות למען המדינה ולמען הציבור¹⁹¹. אולם כלים אלו אינם חוסמים באופן הרמטי את יציאת המידע והשימוש בהם כפוף תמיד לצורך לאפשר לנאשם לנהל הגנה סבירה¹⁹². החלופות יכולות לאפשר למדינה להבטיח את הענשת העבריין בלא לסכן את האינטרסים הללו, באמצעות הסכמה.

יש הסבורים כי גם קשיים בראיות מצדיקים לא אחת עריכת הסדר על ענישה. כפי שמציין השופט גולדברג, "שיקול רלבנטי הוא לתביעה, ביודעה (או בהעריכה) את חוסר סיכוייה להוכיח את האשמה שהיא מייחסת לנאשם, להעדיף הסדר טעון עמו לפיו יודה בעובדות שבכתב-האישום, על פני זיכוי. שכן, בהכירה את חומר הראיות שבתיק החקירה משוכנעת התביעה באשמת

¹⁸⁸ ראו, למשל, ת"פ (חיי) 1092/97 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח (1)98 (1)948, שם ביקשה התביעה לאשר הסדר טיעון, בין השאר, מכיוון שעצם הודאתו של הנאשם שהורשע בביצוע עבירות מין בבתו בת החמש, יהווה אישור לדברי הנפגעת ואסמכתא לכך שהיא דוברת אמת, ובכך גם יקל את שיקומה בעתיד.

¹⁸⁹ הליך של גישור פלילי ראו להלן בסעיף 6.7.3.5.

¹⁹⁰ ראו סעיף 68 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

¹⁹¹ ראו סעיפים 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

¹⁹² כך, למשל, מקום בו ראייה חסויה חיונית להגנת הנאשם, אין להותירה חסויה בלא כל קשר למידת הפגיעה שתהיה בחשיפתה. ראו, למשל, ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, בעמ' 736-738.

הנאשם¹⁹³. קשיים בראיות עלולים להתעורר כאשר חלק מהעדים הלכו לעולמם¹⁹⁴, או כאשר העד היחידי לביצוע העבירה הינו ילד שהיה קורבן לעבירת מין, חוקר הילדים אוסר על העדתו בבית-משפט, ויש קושי לגבש ראיות סיוע¹⁹⁵. במקרים אלו הטלת עונש בהסכמה תמנע את החשש מפני זיכוי הנאשם, על מכלול ההשלכות שיש לזיכוי כזה על הקורבן ועל החברה¹⁹⁶.

לעתים אף שיש בידי התביעה די ראיות, הוכחת העבירות בבית-המשפט תחייב הליך משפטי ארוך ביותר שירתק את מותב בית-המשפט וצוות התביעה לשנים רבות. במקרה זה, הנזק לאכיפה מניהול התיק, עקב המשאבים הרבים של התביעה ושל בית-המשפט שיהיה צורך להסיט לצורך זה מתיקים אחרים, עלול להיות גדול במיוחד.

במקרים אחרים, ההסכמה עם הנאשם נדרשת כדי להבטיח את סיועו לרשויות האכיפה. כך, לעתים, במסגרת הסדר הטיעון, הסכמה על כופר או סגירת התיק המותנית מסכים הנאשם לסייע למדינה בהשגת ראיות כנגד חשודים אחרים או להעיד נגדם כעד מדינה. בדרך זו מאפשרת החלופה הבאתם לדין של עבריינים אחרים. ברוב המקרים מדובר במי שביצעו עבירות חמורות יותר או מי שחלקם בביצוע העבירה מרכזי יותר. החלופה מאפשרת הבאתם לדין של עבריינים אלו והענשתם בהתאם¹⁹⁷.

העונש המוסכם המוטל על העבריינים כאשר יש צורך מיוחד להימנע מקיום ההליך צפוי להיות קל יותר מאשר במקרים שלא קיים צורך כזה. זאת מכיוון שכוח המיקוח של החשוד גדול יותר נוכח הצורך המיוחד של הרשויות לקבל את הסכמתו להסדר. מנגד, האינטרס הציבורי בעריכת הסדר

¹⁹³ ראו ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672, בעמ' 678.

¹⁹⁴ ראו ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

¹⁹⁵ ראיות סיוע נדרשת במקרה כזה מכוח סעיף 11 לחוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.

¹⁹⁶ אך יש לזכור כי קשיים בראיות עלולים לרמז על חפות. ראו לעיל הערה 128 והשוו הרנון, לעיל הערה 9, בעמ' 576-579. מטעם זה יש להגביל את שיעור ההקלה שניתנת לנאשם בהליך, בלא שניתנה הצדקה מיוחדת להקלה הקיצונית, כדי למנוע עריכת הסדרים במקרים של קשיים משמעותיים בראיות. ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 5.2.6. לפיכך, מקום בו הקשיים בראיות משמשים נימוק להקלה המשמעותית בעונש המוצע לנאשם, אין להתיר הסדרים הכוללים הקלה קיצונית כזו. ניתן לטעון כי אין בהגנה זו די. אמנם הנאשם לא יסכים להודות בעבירה כשסיכויי זיכוי גבוהים, כאשר התביעה לא יכולה להבטיח לו הקלה משמעותית בעונש במסגרת ההסדר, אולם ניתן לטעון כי קיים חשש שהתובע יסתיר מהנאשם את הקשיים כדי לגרום לו להסכים להסדר. החשש מפני "bluffing" אכן נדון בהרחבה בארצות-הברית שם התופעה מוכרת ואף מקובלת. עם זאת, בארץ חומרת הבעיה קטנה בהרבה. ראשית, חובת הגילוי בארץ רחבה בהרבה ולמעשה בפני הסגור מצוי כמעט תמיד מלוא החומר המצוי בידי התובע, כך שהתובע אינו יכול להסתיר מהסגור קשיים בראיות (אמנם ייתכנו מקרים חריגים ביותר בהם ההסדר יכלול הסכמה של הצדדים כי הנאשם לא יבקש הסרת חסיון, אולם יש להניח שכאשר ההגנה תסכים לתנאי זה היא תעשה זאת רק אם גם לדעתה אין סיכוי רב שהחומר החסוי יוכל לבסס את חפות הנאשם). שנית, התביעה בישראל שונה באופייה ובאידאות שלה מזו שבארצות-הברית. בארצות-הברית בראש התביעה עומד, ברוב המקרים, תובע שנבחר על-ידי הציבור ונטיותיו הפוליטיות מוכרות. במקרה כזה התנהגות פופוליסטית נפוצה הרבה יותר. בארץ התובע הינו עובד ציבור שהתקדמותו אינה תלויה במספר ההרשעות, וחשיפתו לעין הציבור נמוכה בהרבה. גורמים אלו מקטינים את החשש מפני הטעיית הנאשם באשר לחומר שנאסף נגדו. ראו גם לעיל סעיף 5.2.6. בכל מקרה, חשש דומה יכול להתקיים גם בהליך פלילי רגיל. אם התביעה מסתירה ראיות מההגנה בניגוד לחוק, היא יכולה לעשות כן גם בהליך פלילי מלא, ואיסור על הליך חלופי לא יכול לפטור בעיה זו.

¹⁹⁷ יש המבקרים את היקף השימוש בעדי מדינה בטענה כי ברוב המקרים ניתן היה להימנע מהצורך בעדויות עדי מדינה אם היו משקיעים משאבי חקירה גדולים יותר. לפי גישה זו, הצורך לחסוך במשאבי חקירה אינו יכול להצדיק הימנעות מהעמדת עבריין לדין נוכח הפגיעה הקשה שגורמת הימנעות זו לאינטרס הציבורי, לשלטון החוק ולשוויוניות באכיפה. ראו למשל ע' גרוס, **עד-המדינה** (1988), 58. אולם כאשר משאבי הרשויות מוגבלים, הקצאת משאבים רבים כדי להימנע מן הצורך בעד המדינה תבוא על חשבון חקירה והעמדה לדין של עבריינים אחרים בתיקים אחרים. השאלה אינה האם העמדת כל העבריינים לדין רצויה, אלא האם עדיף לוותר על העמדתו לדין של העבריין המסייע לרשויות, כדי לפנות משאבים שיאפשרו העמדתם לדין של מספר עבריינים אחרים. כאשר מגבלת המשאבים נלקחת בחשבון, מתברר כי הוויתור על סיועו של עבריין עלול לגרום לפגיעה קשה יותר באינטרס החברתי בהענשת עבריינים, בשלטון החוק ובשוויוניות האכיפה.

במקרים אלו גדול במיוחד, ולכן מצדיק גם את הפשרות הגדולות יחסית שנדרשות לצורך קבלתו¹⁹⁸.

אם ייאסר על התביעה להסכים עם הנאשם על ענישה בלא הליך משפטי, יהיה קושי מיוחד לטפל באותם תיקים בהם האינטרס הציבורי מחייב להימנע מהליך משפטי. התביעה תצטרך לאזן את החשיבות שבקיום ההליך בכל מקרה ומקרה, לעומת הנזק שייגרם מקיומו. במקרה כזה תאלץ התביעה, בחלק מהמקרים, לוותר על ניהול ההליך ולפטור את הנאשם מעונש. במקרים אחרים, יועמד הנאשם לדין, תוך פגיעה באינטרס הציבורי או באינטרס של הקורבן. התוצאה של ברירה זו היא כי אינטרסים ציבוריים ייפגעו, עבריינים רבים לא יורשעו ולא ייענשו וחוסר השוויון ביניהם לבין אלו שהועמדו לדין יגבר.

מנגד, הסדרים של ענישה מוסכמת יאפשרו הטלת עונש על הרוב המוחלט של העבריינים הללו, בלא לפגוע באינטרסים הציבוריים. לנאשמים יהיה כדאי להסכים להסדר נוכח החשש שאם יסרבו תנהל המדינה את ההליך למרות האינטרס שייפגע. הסיכון מפני הרשעה וענישה מחמירה יעודדם להסכים להסדר. אמנם, בודעם על רצונה של התביעה להימנע מניהול ההליך הם ידרשו ויקבלו עונש קל; אך עונשם יובטח, הענישה תהיה שוויונית יותר, והאינטרסים של הנפגע והציבור יישמרו. איסור על הסדרי ענישה בהסכמה רק יפגע באינטרסים אלו.

5.2.14. החלופות כפשרה

לחלופות יתרון נוסף – הן מאפשרות הגעה לתוצאה מוסכמת על הצדדים. גם לולא היו החלופות חוסכות במשאבים או מקטינות את הסיכון של הצדדים, היו להן מספר מעלות הנובעות מהיותן תוצאה המוסכמת על הצדדים, ולא כפויה על-ידי בית-המשפט. לכאורה, כאשר מטרת ההליך המשפטי היא הענשת העברין, לא תיתכן להסכמתו חשיבות מיוחדת. יהיו שיטענו כי מדובר ב"משחק סכום אפס", דהיינו כל הקלה בעונשו של הנאשם מיטיבה עמו אך פוגעת באינטרס הציבורי בהרתעה ובגמול; ולהיפך – כל החמרה בעונש משרתת את האינטרס הציבורי אך פוגעת בנאשם. בית-המשפט בכל תיק ותיק מאזן בין האינטרס של הנאשם לבין האינטרס הציבורי המיוצג על-ידי התביעה – וכל תוצאה אחרת מזו שנפסקה חייבת להרע את מצבו של הנאשם או לפגוע באינטרס הציבורי.

אולם זהו אינו המצב. ההליך הפלילי אינו משחק בו הרווח של צד אחד הוא הפסדו של השני. ייתכנו בהחלט גזרי-דין שאינם מציגים תוצאה אופטימלית פרטו¹⁹⁹. בהחלט ניתן להגיע לתוצאות אשר מבחינת שני הצדדים טובות יותר מגזר-דין שייפסק על-ידי בית-המשפט. בדומה לחוזה בו מעבירים הצדדים זכויות באופן המיטיב עם שניהם, גם בהליך פלילי יכולים התביעה, כמייצגת של האינטרס הציבורי, והנאשם לוותר כל אחד על רכיבים בענישה הצפויה בהליך שיפוטי כדי להגיע לתוצאה טובה יותר לכל הנוגעים בדבר.

¹⁹⁸ אם מוכח קיומו של אינטרס חריג כאמור, אין בעצם ההקלה הקיצונית כדי ללמד על ספקות שקיימים בדבר סיכויי ההרשעה, ולכן יש מקום לאשר את ההסדר גם אם גלומה בו הקלה קיצונית בעונש. ראו על כך להלן בסעיף 7.3. אולם מקום בו ההסבר היחיד להקלה המשמעותית הוא קשיים בראיות, יש להציב מגבלות על שיעור הפשרות. ראו לעיל בסעיף 5.2.6.

¹⁹⁹ Optimum Pareto זה מצב בו כל שיפור שייטיב עם אחד הגורמים חייב לבוא על חשבון פגיעה בגורם אחר.

ניתן לתאר מספר מצבים בהם החלופה המוסכמת תהיה עדיפה לשני הצדדים על פני פסק-הדין. ראשית, לסנקציה המוסכמת יש יתרון משמעותי כאשר בית-המשפט אינו מוסמך לכפות סנקציה מסוימת על הנאשם למרות חשיבותה. במקרה כזה הסכמת הנאשם חיונית להשגת התוצאה הרצויה. לבית-המשפט סמכות מוגבלת ביותר להטיל עונשים. ככלל, בית-המשפט מוסמך להטיל עונשי מאסר בפועל, מאסר מותנה וקנס²⁰⁰. עם זאת, מגוון הסנקציות הנדרשות להשגת מטרות הענישה גדול בהרבה. כך, למשל, בית-המשפט אינו מוסמך לחייב נאשם בעבירת מין לקחת טיפול תרופתי שיקטין את הסיכון שנשקף ממנו עם שחרורו²⁰¹. הוא גם אינו מוסמך לחייב נאשם לקחת טיפול לגמילה מאלכוהול. הוראות מסוג זה אינן חלק מדרכי הענישה הקבועות בחוק. אולם לעתים דווקא הוראות מעין אלו יכולות לסייע, יותר מאשר תקופת מאסר נוספת, להשגת מטרות הענישה. מטעם זה ייתכן כי גם לתביעה, כמייצגת האינטרס הציבורי, וגם לנאשם יש אינטרס בעונש שיכלול מרכיבים הניתנים לביצוע רק בהסכמה, במקום חלק מהעונש המוטל בהליך שיפוטי, או אף במקום כולו.

שנית, ישנם אמצעי ענישה שגם לו היה בית-המשפט מוסמך להטילם, לא ניתן היה בפועל להטילם בלא הסכמת הנאשם. כך, לדוגמא, אף שבית-המשפט מוסמך להוציא צו לטיפול גמילה מסמים, לא ניתן לחייב את הנאשם להסכים לטיפול בניגוד לרצונו²⁰². בדומה, לא ניתן להבטיח את סיוע הנאשם בשיקומו של הנפגע, או להבטיח כי הנאשם ישיב את פירות העבירה שהוחבאו על-ידו בלא הסכמתו. כמו כן, הליכי גישור קורבן-עבריין מבוססים כולם על הסכמה של הנאשם לפעול לתיקון מעשיו בהידברות עם הנפגע. רק באמצעות הסכמה זו ניתן להביא את הנאשם להסכים לגישור, החשוב הן לצורך שיקומו והן כדי להקל על סבלו של הנפגע. גם במקרה זה עדיפה לכל המעורבים הסנקציה המוסכמת על פני העונש שיכול בית-המשפט להטיל.

שלישית, גם כאשר העונש מצוי בסמכות בית-המשפט, הרי שלעתים קשיי אכיפתו פוגמים ביכולתו להשיג את מטרותיו. כך למשל, כפי שיתואר להלן, מערכת גביית הקנסות בישראל רחוקה מלהיות מספקת ולא אחת קנסות המוטלים על-ידי בית-המשפט אינם נגבים. בדומה, ישנם קשיים לא מעטים באכיפת צו לפיצוי המתלונן המוטל על נאשם במסגרת גזר-הדין, וסירוב הנאשם עלול להכשיל את הפיצוי. לעומת זאת, כאשר העונש מוטל בהסכמה, הרי שאכיפת הסנקציה פשוטה בהרבה. כך, למשל, אין כל קושי בגביית כופר המוטל על אדם שכן הכופר מושג לאחר קבלת הסכמת החשוד לעונש, תוך שהוא יודע כי הימנעות מתשלום תוביל לפתיחת הליכים פליליים מהם הוא ניסה להימנע בהגיעו לפשרה עם רשות המס²⁰³. בדומה, כאשר חשוד מסכים לפיצוי הנפגע בתמורה לסגירת התיק נגדו או בתמורה להסכמת התביעה להסדר טיעון שיקל עמו, ניתן להבטיח את התשלום על-ידי התליית ביצוע חיובי התביעה בתשלום הפיצוי, ובדרך זו להימנע מקשיי האכיפה.

²⁰⁰ במקרים מסוימים עומדים לרשות בית-המשפט גם עונשים נוספים כגון שירות לתועלת הציבור, חיוב בפיצוי למתלונן, טיפול בקהילה ועוד. ראו בעיקר חוק העונשין, פרק 1.

²⁰¹ ראו להלן בפרק 7, טקסט הצמוד להערה 70.

²⁰² זו גם גישת חוק העונשין המסמך את בית-המשפט להטיל צו לטיפול במכורים לסמים בקהילה רק בהסכמת הנאשם. ראו סעיף 183(1) לחוק העונשין.

²⁰³ ראו להלן בסעיף 6.6.5.

רביעית, להסכמה כשלעצמה, גם כאשר לא מתלווה אליה סנקציה מיוחדת, עשויה להיות חשיבות מיוחדת. לעתים יש בהסכמת הנאשם להודות כדי לסייע בשיקומו. לעתים כדי להבטיח הליכי שיקום אפקטיביים יש צורך כי הנאשם ייקח אחריות על מעשיו, ולכן הרשעה של מי שטוען לחפותו, אף אם הוא מודע לאשמתו, מקשה על שיקומו. זאת ועוד, לפעמים הודאת הנאשם והסכמתו לעונש חשובים גם לצורך השגת אינטרסים ציבוריים אחרים. כך, למשל, יש לעתים צורך בהודאה כדי להגן על האינטרסים של ילדים שהיו קורבנות לעבירות מין במשפחה וזקוקים לאמון קרוביהם, כמו גם לידיעה כי מי שפגע בהם אינו מתכחש למעשיו, לצורך שיקומם²⁰⁴. בדומה, לעתים יש אינטרס ציבורי מיוחד שהרשעת הנאשם, הנהנה מאמון ציבורי רב, תתבסס על הודאתו²⁰⁵. בכל המקרים הללו הודאת הנאשם במסגרת ההסכמה חשובה יותר מהחמרה מסוימת בעונש, ולכן לשני הצדדים יש אינטרס להעדיף עונש קל מזה שיטל בהליך שיפוטי מלא המושג בהסכמה.

5.3. מסקנות

הסכמות בין הרשות לבין העבריין כתחליף להליך פלילי הינן כלי חיוני לקיום מערכת המשפט הפלילי. הן מביאות להחשת המשפטים ולתוצאות צודקות יותר²⁰⁶. הן מאפשרות מלחמה טובה יותר בפשיעה, הגנה טובה יותר על זכויות הנאשמים, הן מקטינות את שיעור ההרשעות המוטעות וחוסכות נטל רב מנפגעי העבירות. כפי שציין בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *Santobello* בהקשר של הסדרי טיעון, כל עוד ההסדרים נערכים בצורה ראויה יש לעודדם²⁰⁷, והדברים תקפים במידה שווה גם לגבי יתר החלופות. נעבור כעת לדיון מפורט יותר בחלופות העיקריות הנהוגות בישראל.

²⁰⁴ ראו לעיל בהערה 188.

²⁰⁵ ראו ע"פ לוי, לעיל הערה 23, בעמ' 169.

²⁰⁶ ראו דברי השופטת דורנר, בע"פ נקן, לעיל הערה 136, בעמ' 416.

²⁰⁷ ראו עניין *Santobello v. New York* 404 U.S. 257, pp. 260-261 (1971) והדיון בעניינו לעיל בפרק 4 בהערה 35.

6. החלופות להליכי משפט פלילי בישראל

6.1. כללי

בפרק זה אסקור את החלופות השונות באמצעותן ניתן להטיל עונש על מבצע עבירה פלילית בלא עריכת משפט פלילי מלא. הפרק יעסוק בסקירת הדינים הנוגעים לחלופות השונות. הסקירה להלן אינה מתיימרת לתת תמונה מלאה וכוללת של כל חלופה וחלופה. בכוונתי לערוך סקירה כללית של החלופות השונות, ולהתמקד רק באותם היבטים בעלי חשיבות להמשך הדיון. מטבע הדברים אתמקד יותר בחלופות הנפוצות יותר ופחות בחלופות הנפוצות פחות. גם בפרק זה יושם דגש מיוחד על מרכיב ההסכמה המאפיין את רוב החלופות להליכים הפליליים. עם זאת, לשם השלמת התמונה, יידונו גם אותן חלופות אשר מאפשרות שימוש בהליך המקוצר לפי החלטת צד אחד בלבד. כך, לדוגמה, החלטה להודות באשמה בעל-פה או בכתב, כמו גם החלטה להיעדר מדיון ולאפשר לבית-המשפט להכריע שלא בנוכחות הנאשם, תלויה אך ברצונו של הנאשם. בדומה, החלטה על הטלת עיצום אזרחי במקום הליך פלילי, מקום בו שתי האופציות קיימות, היא החלטה של הרשות בלבד.

אין הכוונה בפרק זה לדון בכל אמצעי הענישה העומדים לרשות השלטון לשם אכיפת החוק. בידי השלטון אמצעי אכיפה רבים שאינם פליליים¹ כגון סנקציות מינהליות שונות (שלילת היתרים או רשיונות), סנקציות משמעתיות (למשל כנגד עובדי מדינה) או סנקציות פיקודיות (במשטרה וברשויות הביטחון). סנקציות אלו אינן חלופות להליכים פליליים, הן מכיוון שניתן להטילן גם בלא שנעברה עבירה פלילית, והן מכיוון שהטלתן אינה מונעת קיום הליכים פליליים במקביל אליהן². אף שתחימת הנושא לחלופות דיוניות בלבד מבוססת במידה מסוימת על הבחנה פורמליסטית, סבורני כי תחימה זו נדרשת כדי שלא להרחיב את יריעת הדיון יתר על המידה וכן מכיוון שלמשפט הפלילי מאפיינים ייחודיים המצדיקים בחינה נפרדת של ההליכים לטיפול בהפרתו.

6.2. הודאות והסדרי טיעון לא מפורשים

6.2.1. תפקידה של ההודאה

המשפט הפלילי בישראל נפתח בהקראת כתב-האישום בפני הנאשם ובקבלת תשובתו לאישומים³. עובדה בה הודה הנאשם בשלב זה רואים אותה כמוכחת כלפיו, אלא אם ראה בית-המשפט לא לקבל את ההודאה או שהנאשם חזר בו מההודאה⁴. לפיכך, הודאת הנאשם שנתקבלה אינה רק עוד ראיה העשויה לחסוך בזמן הדרוש לשמיעת הראיות כמקובל במדינות יבשת אירופה. הליך

¹ לדיון נרחב במכלול האמצעים לטיפול בהפרות של נורמות חברתיות ראו T.F. Marshall, *Alternatives to Criminal Courts* (Hampshire, 1986).

² עיצום אזרחי הינו חריג לכלל זה שכן אף שניתן להטילו גם בגין מעשה שאינו עבירה פלילית, הרי שמקום בו הוא מוטל בגין מעשה המהווה גם עבירה פלילית, חייבות הרשויות לבחור בין השימוש בו לבין פתיחה בהליכים פליליים, ואין אפשרות להטיל את שתי הסנקציות. מטעם זה, בהמשך העבודה יידון גם העיצום האזרחי.

³ ראו סעיפים 143 ו-152 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

⁴ ראו סעיף 154 לחוק.

ההודאה הוא הליך המקנה לנאשם כוח למנוע את השלב הראייתי ולהביא לקבלת עובדות כתב-האישום כמוכחות, כמקובל במדינות שמשפטן מבוסס על השיטה האנגלית.⁵

ברור, אם כן, כי הודאת נאשם חוסכת משאבים רבים לבית-המשפט ולתביעה, גם אם אין קושי אמיתי להוכיח את האשמה. מטעם זה יכול שיהיה למערכת המשפט אינטרס לעודד נאשמים שביצעו את המעשים המיוחסים להם, להודות במעשיהם. דרך אחת לעשות כן היא באמצעות הבטחה של התביעה בהסדר טיעון. דרך זו תידון בהמשך. דרך שנייה לעודד נאשמים להודות הינה באמצעות התייחסות להודאה כנסיבה מקלה בשלב גזירת הדין, גם בהיעדר הסדר עם התביעה. הפרקטיקה של מתן עונשים קלים יותר לנאשמים המודים באשמתם מכונה לעתים "הסדרי טיעון לא מפורשים" (Implicit plea bargaining).⁶ תת-פרק זה יעסוק בהסדרי טיעון לא מפורשים אלו.

6.2.2. הסיבות להודאה באשמה

נטל ההוכחה במשפט הפלילי מוטל על התביעה, והנאשם זכאי לכפור באשמה ולהותיר לתביעה לנסות להוכיחה. לכאורה, עדיף לנאשם תמיד למצות את זכותו למשפט ולכפור באשמה, בתקווה שהתביעה לא תעמוד בנטל ההוכחה הכבד המוטל עליה. אפילו במקרים שהראיות כנגד הנאשם מוצקות, אין לו מה להפסיד אם יותיר לתביעה לעמוד בנטל ההוכחה הכבד וכפור באשמה. מדוע, אם כן, מודים נאשמים כה רבים באשמה?⁷ שיעור ההודאות הגבוה כל כך מחייב הסבר.

ניתן להעלות על הדעת מספר סיבות המביאות נאשם להודות. לעתים, בעיקר בעבירות קלות, הטרחה והעלות שבניהול ההגנה במשפט אינן נראות לנאשם מוצדקות,⁸ בייחוד כאשר הראיות נגדו ברורות וסיכויי הזיכוי הנמוכים.⁹ לעתים, המניע להודאה נובע מתפיסות העולם של הנאשם, מתחושת האשם שלו או מחוסר רצונו להיתפס משקר או אף להיראות כמי שאינו משתף פעולה

⁵ מטעם זה ההודאה באשמה היא חלופה להליך הפלילי המלא, על-פי ההגדרה שנתתי למונח במבוא לעבודה זו.

⁶ ראו L.M. Freidman, "Plea Bargaining in Historical Perspective", 13 *L. & Soc'y Rev.* (1979) 247, p. 253. ראו גם W.R. LaFave, J.H. Israel, & H.J. King, *Criminal Procedure* (2nd ed., Criminal Practice Series, V. 4, St. Paul, 1999) §21.1(g).

⁷ אין בארץ מידע בדוק באשר לשיעור ההודאות. מנתוני מחלקת חקירות ותביעות במשטרה עולה כי כ-90% מהתיקים המטופלים על-ידי התביעה המשטרית ומגיעים לכדי הכרעת דין, מסתיימים בהודאה של הנאשם. הנתונים נמסרו על-ידי סני'צ' חנה פסובסקי, ראש מדור תביעות במטה הארצי של משטרת ישראל. עם זאת, יש להניח כי בחלק ניכר מתוכם מושגת ההודאה בעקבות הסדר טיעון מפורש. במסגרת נתונים אלו לא נכללים תיקים אשר מסתיימים בלא הכרעת דין, כגון תיקים בהם ההליכים מותלים מכיוון שהנאשם אינו נמצא או תיקים בהם ההליכים עוכבו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

⁸ M. Feeley, *The Process is the Punishment* (New York, 1979), 30.

⁹ ראו שם, שם; וכן A.W. Alschuler, "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System" 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983) 931, pp. 951-957. בעבירות מסוג חטא או עוון רשאי בית-המשפט לדון אף שלא בפני הנאשם אם הנאשם הודה בעבירות בכתב ולא טען טענות שיש בהם כדי לשנות את תוצאות המשפט. ראו סעיף 128 לחוק סדר הדין הפלילי. בעבירות המוגדרות קלות לפי סעיף 240 לחוק סדר הדין הפלילי הימנעות הנאשם מלהופיע לדיון נחשבת כהודאה ומאפשרת לבית-המשפט לדון בתיק בהיעדר הנאשם. בשני המקרים בית-המשפט אינו מוסמך לגזור את דינו של הנאשם למאסר בלא שניתנה לו הזדמנות להשמיע טענותיו לעונש. הליכים אלו חוסכים מנאשמים בעבירות קלות את הצורך להופיע לדיון אם הם מודים. חיסכון זה עשוי גם הוא להיות שיקול שיתמרץ נאשם להודות באשמה.

עם המערכת¹⁰. במקרים אחרים בוחר הנאשם להודות כדי למנוע מבית-המשפט לשמוע את עדויות התביעה, ששמיעתן עלולה להציג את מלוא חומרת העבירה, וכך לגרום להחמרה בעונשו¹¹.

עם זאת, במסגרת עבודה זו עיקר ענייני הוא בתמריצים שנותנת מערכת האכיפה לנאשם כדי לעודדו להודות. בלא להתעלם מקיום הודאות הנובעות משיקולים של חרטה או גאווה במעשה, סבורני כי יש שנאשמים בוחרים להודות מתוך אמונה כי החלטתם זו הינה הטקטיקה הטובה ביותר עבורם. מבין השיקולים הפרקטיים המעודדים הודאה באשמה בולטת השאיפה להשיג עונש קל יותר בתמורה להודאה. כאשר סיכויי הזיכוי של הנאשם נמוכים, די בהנחה קלה בעונש כדי לשכנעו להודות במעשיו. הדיון להלך יעסוק בסוגיית ההקלות בעונש הניתנות למי שמודים באשמה.

6.2.3. ההודאה כשיקול לקולא – גישת החרטה וגישת התמורה

ניתן לתאר מערכת משפט בה להודאה אין כל השפעה על גזר-הדין. לפי גישה זו, זכותו של הנאשם לכפור באישומים ולהותיר את נטל ההוכחה על התביעה. מתן הטבה לנאשם, בדמות הקלה בעונש, בתמורה לויתור על זכות זו, פוגעת בזכות האמורה.

יש הטוענים כי בחלק ממדינות יבשת אירופה נוהגת גישה זו לפחות במידה מסוימת. במדינות אלו מקובל, כי אין מקום להבחנה בעונש בין מי שמודים באשמה לבין מי שכופרים בה¹². עם זאת, יש המטילים ספק אם בפועל לא זוכים המורשעים שכפרו באשמה בעונשים חמורים יותר, בייחוד על רקע הראיות כי בתיקים רבים מודים הנאשמים באשמה¹³, וקשה להסביר תופעה זו בהיעדר תמורה כלשהי להודאה¹⁴.

כך או כך, ברי כי תפיסה זו אינה משקפת את הדין בארצות המשפט המקובל בכלל, ובישראל בפרט. בארץ נקבע לא אחת בפסיקה כי הודאה באשמה יכולה לשמש נסיבה להקלה בעונש¹⁵. ניתן למצוא שתי גישות אפשריות להצדקת הקלה זו. האחת, גישת החרטה, על-פיה ההודאה הינה אינדיקציה לחרטה או לפחות לנטילת אחריות של הנאשם על המעשה שביצע. השנייה, גישת התמורה, על-פיה ראוי להקל בעונשם של אלו המודים כדי לעודד נאשמים שביצעו את המעשה

¹⁰ ראו J.H. Langbein, "A Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It", 78 *Mich. L. Rev.* (1979) 204, p. 219.

¹¹ ניתן להעלות על הדעת גם סיבות נוספות להודאה, ואף נסיבות שיובילו נאשמים להודות במעשה שלא עשו. ראו על כך הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר – דין וחשבון (תשנ"ה), 8-10. ייתכן אף מצב הפוך, בו הנאשם גאה במעשיו ואינו רוצה להתכחש להם. הודאה מסיבה זו מקובלת בעיקר במעשי עבריינות על רקע אידאולוגי.

¹² ראו Langbein, לעיל הערה 10, 218-223; Alschuler, לעיל הערה 9, בעמ' 986-987.

¹³ במחקר שנערך בגרמניה עולה כי כ-40% מהנאשמים מודים באשמה במלואה ועוד 26% מודים חלקית באשמה. ראו G. Casper & H. Zeisel, "Lay Judges in the German Criminal Courts", 1 *J. Legal Stud.* (1972) 135, pp. 146-147, 151.

¹⁴ ראו, למשל, R.S. Frase, "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?" 78 *Calif. L. Rev.* (1990) 542, p. 637. יצוין כי גם Alschuler ו-Langbein לא שללו לחלוטין את האפשרות שנאשמים שמודים זוכים לעתים להקלה מסוימת בעונשם מקום בו ההודאה משולבת בהבעת חרטה, אולם לטענתם אין מדובר בגישה שיטתית שיש בה כדי לעודד בפועל נאשמים להודות. ראו המקורות, לעיל בהערה 12.

¹⁵ ראו, למשל, ע"פ 5281/98 ואח' מדינת ישראל נ' הייב (לא פורסם); ע"פ 575/95 ברדה נ' מדינה ישראל (לא פורסם). ראו גם ר' קנאי, "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", משפטים כד (תשנ"ד) 97, בעמ' 122-132.

להודות, ובדרך זו להקל על רשויות האכיפה בביסוס האשמה ולפנות משאבי חקירה, תביעה ומשפט לתיקים אחרים.

ההבדל בין הגישות משמעותי. מקום בו החרטה הינה הבסיס להצדקת ההקלה בעונש, מידת ההקלה תיקבע על-פי מידת החרטה שהביע הנאשם, ככל שזו ניתנת למדידה. לעומת זאת, נאשם שהראיות נגדו היו קלושות, ולמרות זאת הודה מיד עם תפיסתו יזכה באותה הקלה כמו נאשם שנתפס בכף. מנגד, מקום בו התמורה לנאשם הינה העילה להקלה בעונש, הרי שנתונים כגון מועד מסירת ההודאה, עוצמת הראיות שהיו בידי הרשויות בעת מסירתה, הקשיים בהוכחת האשמה והשפעת ההודאה לחשיפת המעשה כולו ולאשמתם של אחרים יהיו הנתונים שיילקחו בחשבון בעת קביעת משקלה של ההודאה כשיקול להקלה.

נראה כי גישת החרטה אומצה, לפחות דה-יורה, בהנחיות הפדרליות לענישה בארצות-הברית¹⁶, כמו גם ב-A.B.A. Standard¹⁷. שם נקבע כי הודאה כשלעצמה אינה מהווה שיקול להקלה, אולם מקום בו הנאשם לקח אחריות על מעשיו, הוא יזכה להקלה בעונשו. עם זאת, בפועל, ספק רב אם אכן לקיחת האחריות הינה השיקול המרכזי במתן ההפחתה לפי ההנחיות הפדרליות. כאשר בוחנים את הערות היישום¹⁸ של הנציבות לגזירת הדין¹⁹ עולה כי המבחנים לקביעה האם הנאשם לקח על עצמו אחריות למעשיו מכוונים למעשה לגישת התמורה. כך, קובעת הנציבות, כי הודאת אמת במעשה המיוחס לנאשם והימנעות מהכחשה שיקרית של נסיבות רלבנטיות נוספות הנוגעות לביצוע העבירה מהוות ראיה חזקה לקבלת אחריות. עם זאת, הנציבות מבהירה כי ההקלה עבור לקיחת אחריות לא תינתן למי שכפר באשמה והורשע, ומבקש לקחת אחריות בשלב זה (למעט במקרים חריגים בהם המחלוקת הייתה משפטית ולא עובדתית)²⁰. הדגש הניתן להודאה באשמה מלמד כי רק מי שבפועל הקל על רשויות האכיפה זכאי להקלה בעונש²¹.

באנגליה, אומצה גישת התמורה מפורשות בסעיף 48 ל-Criminal Justice and Public Order Act, 1994. הן סעיף החוק והן הפסיקה בעקבותיו קבעו כי מידת ההקלה בעונש בה יזכה נאשם שהודה תלויה במידת החיסכון במשאבים שהפיקה ההודאה²². גם באיטליה נאשם המבקש

¹⁶ ראו Guidelines United States Sentencing (להלן: U.S.S.G. §3 (and commentary) E1.1.(a) הקובע כך: "If the defendant clearly demonstrates acceptance of responsibility for his offence, decrease the offense level by 2 levels". קשה לכמת את שוויה של כל דרגת הפחתה, נוכח שיטת החישוב הנוהגת בטבלת גזירת הדין אולם ניתן לומר כי כאשר העונש המוטל הוא קל (עד שנת מאסר) כל דרגת חומרה שקולה לכחודשיים מאסר. כאשר העונש הינו כ-10 שנות מאסר, שקולה כל דרגה לשנת מאסר אחת לערך. פערי ענישה גדולים ביותר היו קיימים גם קודם לאימוץ ההנחיות. ראו A.W. Alschuler, "The Trial Judge's Role in Plea Bargaining", 76 Colum. L. Rev. (1976) 1059, pp. 1082-1083 המביא נתונים ממחקרים על הענישה במערכת הפדרלית, המלמדים על פערי ענישה משמעותיים בין מי שמודה לבין מי שמורשע בהליך מלא.

¹⁷ ABA's Standards for Criminal Justice, §14-1.8, הקובע כי הודאה תשמש כנסיבה מקלה כאשר, בין השאר, הנאשם מביע חרטה כנה ומוכן לקבל אחריות.

¹⁸ ראו U.S.S.G., לעיל הערה 16, §3E1.1. application notes.

¹⁹ United States Sentencing Commission.

²⁰ וראו גם U.S.S.G., לעיל הערה 16, §3E1.1.(b) הקובע במקרים מסוימים גם הפחתה מסוימת בעונש כתמורה לחיסכון במשאבים שמקנה ההודאה. הסעיף קובע כי במקרים מסוימים יכול שתצטרף להפחתה בעונש בגין קבלת אחריות גם הפחתה נוספת של דרגה אחת, בעבור מתן הודאה בשלב מוקדם באופן החוסך משאבים לרשויות החקירה, התביעה או המשפט. עם זאת הקלה זו היא קטנה מההקלה בגין לקיחת אחריות, היא ניתנת רק כאשר העונש הצפוי לנאשם חמור יחסית ורק אם הנאשם זכאי גם להקלה לפי ס"ק (a).

²¹ עם זאת, גם שיקולים נוספים מצויינים בהנחיות ביניהם הסכמת הנאשם לפצות את הקורבן או לסייע לרשויות לתקן את תוצאות העבירה.

²² ראו לעיל סעיף 4.2.3.

להודות ובוחר במשפט מקוצר זוכה בתמורה להקלה של שליש בעונשו בלא קשר לקיומה של חרטה.²³

בהיעדר קריטריונים מוסכמים לגזירת הדין, קשה לקבוע איזו מהגישות, אם בכלל, אומצה בארץ. עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה אמרות מנחות לעניין הקריטריונים לענישה, ומאלו עולה כי למעשה שתי הגישות אומצו. שורה ארוכה של פסקי-דין מציינים את החרטה שהביע הנאשם כשיקול לקולא.²⁴ ייתכן כי הבסיס לכך הינו האמונה כי חרטה מלמדת כי הנאשם חזר בו מדרכו הרעה ולא נשקפת עוד סכנה לציבור ממנו.²⁵ מנגד, לא אחת ציין בית-המשפט כי גם בהיעדר חרטה כנה ואמיתית, תשמש ההודאה כשיקול לקולא. הודאה שמקלה על הרשויות בחשיפת הפשע ובהוכחתו הינה כשלעצמה שיקול לקולא. כך, לדוגמא, בע"פ **בחמוצקי**²⁶ קבע השופט קיסטר כי אף ללא המלצה של התביעה, מקובל להקל בעונשו של נאשם שהודה, בעיקר בשלב מוקדם של המשפט, אפילו הודאתו לא באה מתוך תשובה וחרטה אלא מתוך שיקולים של כדאיות.²⁷ עם זאת יש בבית-המשפט הסבורים כי לגישת התמורה אין מקום בשיקולי הענישה.²⁸

הסוגיה נבחנה גם בוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין, בראשות השופט גולדברג.²⁹ כל חברי הוועדה סברו כי על בית-המשפט להתחשב, כשיקול לקולא, ב"עמדתו הכנה של הנאשם במהלך החקירה והמשפט, בכל הנוגע לנסיבות העבירה ולהשתתפות אחרים בה אם היו כאלה".³⁰ הוראה זו דומה לסעיף 48 לחוק האנגלי הני"ל, והיא מלמדת על מתן תמורה לנאשם על עזרתו למערכת הצדק. על-פי דעת המיעוט, שיקול נוסף לקולא הינו "מאמץ העושה לתקן את תוצאות העבירה ולפצות על הנזק שנגרם בה, והבעת חרטה על ביצועה".³¹ בעוד שדעת הרוב, שציינה גם כן את תיקון התוצאות ומתן הפיצוי כשיקולים לקולא, לא מצאה לציין את הבעת החרטה בין שיקולים אלו.³² עולה, אם כן, כי לדעת כל חברי הוועדה, הודאה באשמה כשלעצמה הינה שיקול לקולא גם בלא חרטה, אולם רק חברי המיעוט סברו כי יש גם להבעת חרטה ערך בקביעת העונש.

²³ ראו לעיל סעיף 4.4.5.3.

²⁴ סקירה קצרה מגלה אינספור מקרים בהם ציין בית-המשפט את השפעת החרטה כשיקול לקולא, כמו גם השפעת היעדר חרטה כשיקול לחומרה. ראו, למשל, ע"פ 5249/98 **מירילאשוילי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(3) 550; ע"פ 4331/98 **מדינת ישראל נ' אמארה** (לא פורסם); ע"פ 380/97 ואח' **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

²⁵ ראו, למשל, ע"פ 644/79 **מדינת ישראל נ' לבנת**, פ"ד לד(2) 417, בעמ' 420, וכן קנאי, לעיל הערה 15, בעמ' 122-123.

²⁶ ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543 (להלן: ע"פ **בחמוצקי**).

²⁷ שם, בעמ' 556. ראו לאימוץ עמדה זו בע"פ 1399/91 **ליבוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 174 (להלן: ע"פ **ליבוביץ**), בעמ' 183-184, וכן ראו דברי השופט ח' כהן בע"פ 395/75 **צור נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל(2) 589 (להלן: ע"פ **צור**), בעמ' 599.

²⁸ ראו דברי השופט לנדוי בע"פ **צור**, לעיל הערה 27, בעמ' 594 וכן דברי השופט חשין בע"פ 1289/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 158 (להלן: ע"פ **לוי**), בעמ' 175 "במקום שנאשם מודה באשמה, עשוי בית-המשפט להביא הודאה זו במניין שיקוליו, ובוודאי כך במקום ששוכנע כי הנאשם התחרט על מעשיו הרעים והיכה על חטא (בהקשר זה מצביעים לא אחת על שיקול-לקולא, ולפיו הודאת הנאשם 'חסכה מזמנו היקר של בית-המשפט'. כשאני לעצמי, שיקול זה שלקולא נראה בעיניי תמיד שיקול תמוה, זר ומוזר)".

²⁹ **הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון** (תשנ"ח).

³⁰ ראו סעיף 7 (ג) (1) להצעת החוק של דעת הרוב, בעמ' 24 לדוח וכן סעיף 87 (א) (4) להצעת החוק של דעת המיעוט, בעמ' 94 לדוח. יצוין כי בדעת הרוב, שהפרידה בין שיקולים אותם רשאי בית-המשפט לשקול לבין שיקולים אותם הוא חייב לשקול מופיע שיקול זה כשיקול רשות.

³¹ שם, בסעיף 87 (א) (1) להצעת החוק של המיעוט, בעמ' 94 לדוח.

³² שם, בסעיף 7 (ג) (4) להצעת החוק של הרוב, בעמ' 24 לדוח.

ניתן לסבור כי ברוב המקרים אין משמעות להבחנה. מי שמודה, כמעט תמיד מביע צער וחרטה על מעשיו ולכן מרוקן מתוכן את ההבחנה בין הגישות השונות. אולם לדעתי אין הדבר כך. הרציונל העומד בבסיס ההקלה משפיע על מידת ההקלה הניתנת. מקום בו ביסוד מתן ההקלה בעונש עומד הרצון לעודד נאשמים וחשודים להקל על עבודת מערכת הצדק, תהיה מידת ההקלה שונה בהתאם למידת הסיוע שנתנו הנאשמים למערכת, לפחות ככל שהיא מתגלה על בסיס קריטריונים פשוטים ואובייקטיביים. מבחינה זו הודאה בתחילת החקירה ובראשית ההליך המשפטי אינה דומה להודאה שנמסרה לקראת סוף ההליך. כמו כן, הודאתו של מי שנתפס בעת ביצוע העבירה והראיות נגדו חזקות וברורות אינה דומה להודאתו של מי שהראיות נגדו היו חלשות בהרבה. כך, לדוגמה, לא אחת מציין בית-המשפט כי להודאה אין משקל רב לעניין העונש שכן הנאשם נתפס בכך.³³ גישה זו מוצדקת, אם השיקול להקלה בעונש הוא הרצון לעודד סיוע לרשויות וקיצור ההליך המשפטי. מנגד, כאשר החרטה הינה השיקול המרכזי, לעוצמת הראיות או לשלב שבו מובעת החרטה לא צריכה להיות השלכה על משקלה לעניין העונש. לפי גישה זו ראוי כי חרטה המגיעה אחרי הרשעה תזכה את הנאשם באותה הקלה בעונש כמו חרטה המובעת עם תפיסתו במשטרה.

בפועל חסרונה העיקרי של גישת החרטה טמון בחוסר הפונקציונאליות שלה. אין כל דרך אמיתית להבחין האם החרטה של הנאשם הייתה כנה או שמא מטרתה היחידה הייתה לזכות את הנאשם בהקלה בעונשו. הענקת משקל להבעת חרטה בלא שיש כל דרך לבחון את אמיתותה, פוגעת באחידות הענישה.³⁴ גם בית-המשפט הכיר בעובדה שהשימוש בחרטה כשיקול לקולא הינו, לעתים קרובות פיקטיבי, שכן אין לדעת אם החרטה הייתה אמיתית.³⁵ בנסיבות אלו לא ברור מה הטעם בעיגון ההקלה בעונש בהבעת החרטה.

יש אמנם מקרים (לא רבים) שבהם בית-המשפט מבסס את הערכתו כי הנאשם הביע חרטה כנה על סמך מעשים שעשה כגון החזרת הגזלה, פיצוי הנפגעים וכיוצא באלה. מעשים מעין אלו אכן ראויים להישקל בעת גזירת הדין, בין אם כדי לעודדו ובין אם נאמר כי משתוקן העוול, ולו באופן חלקי, קטנה חומרת המעשה. עם זאת, אין טעם לשוקלם במסגרת הפיקטיבית של חרטה. פיצוי הקורבן או סיוע לרשויות לתקן את הנזק שנגרם במעשה העבירה אינם מלמדים בהכרח על חרטה כנה. בהחלט ייתכן כי פעולות אלו נועדו לסייע לנאשם לזכות בהקלה בעונשו נוכח התנהגותו החיובית לאחר ביצוע העבירה. גם אם יש מקום לגמול לנאשם בדרך של הקלה בעונשו, אין מקום להנחה כי ההודאה מלמדת על חרטה. ואכן, ניתן למצוא בפסיקה עיגון לעמדה כי החזרת הגזלה או פיצוי ישמשו שיקול לקולא גם כאשר הם נעשו ממניעים של כדאיות, כדי להשיג הקלה בעונש, ולא מתוך חרטה כנה.³⁶ רק בנסיבות חריגות, בהן המעשים המלמדים על חרטה נעשו קודם

³³ ראו ע"פ הייב לעיל הערה 15; ע"פ 3726/93 **ברכאת נ' מדינת ישראל** (לא פורסם); ע"פ 3977/98 **מדינת ישראל נ' פראירה** (לא פורסם).

³⁴ ראו גם י' חסין ומ' קרמניצר, "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה", **משפטים** כב (תשנ"ד) 533, בעמ' 564 המבקרים את השימוש בחרטה ובגורמים אחרים שאינם ניתנים לבדיקה בגזר-הדין בטענה כי הימנעות ההגנה מאזכור גורמים אלו אינה מלמדת בהכרח על היעדרם. לשקדנות ולאופן הצגת הדברים על-ידי הסנגוריה משקל רחב בהקשר זה.

³⁵ ראו המקורות לעיל בהערה 27.

³⁶ ראו דברי השופט כהן בע"פ **צור**, לעיל הערה 27, בעמ' 599 המובאים בהסכמה בע"פ **ליבוביץ**, לעיל הערה 27, בעמ' 183-184.

שהנאשם ידע כי עלו על עקבותיו, ייתכן וניתן ללמוד מהמעשים על חרטה כנה³⁷. בכל מקרה אחר, אין מקום להתייחס לחרטה, כשלעצמה, כשיקול לקולא.

יצוין, כי באמור לעיל אין כדי למנוע מבית-המשפט שימוש בחוסר נכוונות להביע חרטה כשיקול לחומרה, מקום בו הנאשם מודה במעשיו. כך, לדוגמא, יש מקום להחמרה בעונשו של נאשם המביע בפומבי גאוותו על העבירה שביצע, כפי שלעתים עושים עבריינים על רקע אידאולוגי. לכך יכולה להיות הצדקה גם משיקולי גמול וגם משיקולי הרתעה. חוסר החרטה המפורש עשוי ללמד על סיכון גבוה יותר הנשקף מהנאשם ועל הצורך בסנקציה חריפה יותר כדי להרתיע אותו ואת שכמותו מביצוע עבירות דומות. אולם כאשר השיקול המרכזי הוא החרטה, אין מקום להחמיר בעונשו של מי שכופר באשמתו, בטענה כי אין הוא מביע חרטה על מעשיו.

לעומת זאת, יש להכיר בהודאה כנסיבה מקלה, כחלק מהשיקול הרחב יותר של סיוע לרשויות האכיפה. אכיפה יעילה של החוק במשאבים מוגבלים מחייבת מתן תמורה לסיוע כאמור של הנאשם. אף כי גם כיום הודאה משמשת שיקול לקולא, ראוי כי בית-המשפט יגדיר מפורשות מהם השיקולים העומדים בבסיס הלכה זו, ויגדיר את היקפה. מטעם זה סבורני כי, בדומה לאנגליה, יש לאמץ מפורשות הסדר הקובע את מידת משקלה של ההודאה כשיקול לקולא לפי מועד מסירת ההודאה ונסיבות מסירתה.

לעניין גזירת העונש, אין משקלה של הודאה של מי שנתפס בעת ביצוע המעשה כמשקלה כשהראיות נגד הנאשם היו חלקיות או קשות לביסוס³⁸. אין משקלה של הודאה מלאה וגלויה במסגרתה פירט הנאשם גם פרטים רלבנטיים שלא היו בידיעת הרשויות, כמשקלה של הודאה המלווה בהסתרת פרטים אחרים³⁹. אין משקלה של הודאה שניתנה בעת תפיסת הנאשם כמשקלה של הודאה שניתנה עם תחילת ההליכים המשפטיים, ואין משקלן של אלו כמשקלה של הודאה שניתנה אחרי שהחלו כבר להישמע ראיות במשפט⁴⁰.

6.2.4. הביקורת על גישת התמורה

כפי שנטען כנגד הסדרי טיעון ויתר החלופות, ניתן לטעון כי הקלות בעונשם של מי שמודים באשמה פוגעות למעשה בזכותם של הנאשמים להימנע מהפללה עצמית ובזכותם למשפט, כי הן אינן הולמות את מטרות הענישה וכי הן עלולות להביא לפגיעה באחידות הענישה, על רקע שיקולים פרוצדוראליים בלתי ענייניים. בטענות אלו דנתי בפרק הקודם, והדברים האמורים שם נכונים גם לחלופה זו. עם זאת, טענה אחת כנגד גישת התמורה מיוחדת להליך שיפוטי של הקלה בעונש בתמורה להודאה. בעוד שביתר החלופות מחליטה **רשות מינהלית** על העונש המוסכם או שהעונש נקבע בחיקוק, הרי שבחלופה זו מתבקש **בית-המשפט** לשקול את השיקולים הפרקטיים של מידת החיסכון במשאבים שהסבה ההודאה לרשויות. ניתן לטעון כי אין זה ראוי לערב את בית-המשפט בשיקולים אלו.

³⁷ ייתכנו אף נסיבות שבהן החרטה תקנה פטור מאחריות. ראו סעיפים 28 ו-34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

³⁸ ראו לעיל הפסיקה בהערה 33.

³⁹ ראו המלצות ועדת גולדברג, בטקסט הצמוד להערה 29, והשוו ל-U.S.S.G., בטקסט הצמוד להערה 20.

לפי טענה זו על התביעה, המכירה טוב יותר את קשיי האכיפה וקשיי חשיפת הראיות בכל תיק, להביא את שיקול התמורה בין שיקוליה, ובמקרים שבהם ראוי להעניק הפחתה בעונש בתמורה להודאה או לסיוע לרשויות, היא תוכל להגיע עם הנאשם להסדר טיעון⁴¹ או לבקש כי בית-המשפט יתחשב בסיוע שנתן הנאשם בעת גזר-הדין. לפי הטענה, עדיף להותיר את הנושא לשיקול-דעתה של התביעה משני טעמים: האחד, בית-המשפט חסר את הכלים להעריך את מידת התרומה לאכיפה שהעניק הנאשם. התביעה, המקבלת גם מידע מהמשטרה, מכירה את דרך פעולתו של הנאשם במהלך החקירה, את עוצמת הראיות קודם לתפיסתו, את מידת הסיוע שהוא נתן לרשויות כמו גם את מידת החיסכון במשאבים שהושגה בזכות ההודאה. בית-המשפט מודע רק לחלק משיקולים אלו, ולכן אין ביכולתו להעריך נכונה את משקל ההודאה כשיקול לעונש⁴².

השני, נוגע לעצם מעמדו ותפקידו של בית-המשפט. לפי הטענה, אין זה ראוי כי בית-המשפט יעסוק בשיקולים מעין אלה שאינם נוגעים ישירות למטרות הענישה המקובלות. כאשר ההקלה מוצגת במסגרת הסדר טיעון או כאשר ההקלה מתבקשת על-ידי שני הצדדים, הרי שנוכח השיטה האדוורסרית קל יותר להצדיק את החלטת בית-המשפט להתחשב בשיקול שאינו נתון במחלוקת בפניו. אולם עיסוק שיפוטי במתן תמריצים לעבריינים להודות בדרך של קביעת העונשים יפגע בכבודו של בית-המשפט⁴³.

לדעתי אין לקבל טענות אלו. ראשית, למרות היתרונות הרבים בהענקת הסמכות להציע הסכמים לתובע, יש לזכור כי התובע מקבל החלטותיו בהליך מינהלי. ההליך אינו כולל את מערך אמצעי הבקרה המיוחד להליך שיפוטי, הכולל בין השאר את פומביות הדיון, מנגנון הערעור, זכות הטיעון הנרחבת וחובת ההנמקה. לפיכך, בהענקת הסמכות לתובע בלבד גדל החשש ליחס שרירותי או מפלה לרעת הנאשם⁴⁴. לדוגמא, במקרה שבו נאשם הודה מיד עם תפיסתו במעשה וסייע למשטרה לחשוף ראיות, התובע לא זקוק עוד לסיועו של הנאשם בעת העמדתו לדין. אמנם לתביעה ככלל יש אינטרס להיטיב עם נאשמים המסייעים לרשויות, כדי להבטיח כי גם בעתיד ניתן יהיה להשיג סיוע כאמור, אולם במקרה הספציפי שבפנינו עלול התובע המסוים שלא לעשות כן ובדרך זו להפלות לרעה את הנאשם⁴⁵. זאת ועוד, תובע שאפתן עלול לנצל את חוסר הבנתו של נאשם שאינו

⁴⁰ השוו סעיף 48 ל-1994, Criminal Justice and Public Order Act, לעיל בסעיף 4.2.3.

⁴¹ ההנחה המוסווית בטענה זו היא כי התביעה יכולה להגיע להסדר טיעון שישפיע על עונשו של הנאשם, וכי בית-המשפט אינו צפוי לחרוג מהעונש המוסכם בהסדר כזה. בסוגיה זו נעסוק בהמשך.

⁴² כך, לדוגמא, לפי ההנחיות לגזירת הדין של ארצות-הברית מתירים לבית-המשפט לסטות לקולא מהקווים המנחים כאשר אדם סיפק עזרה משמעותית לחקירה או להעמדה לדין של אחר שביצע עבירה. ההנחיות אינן מגבילות את מידת ההקלה לה זוכה הנאשם לאור עזרתו אלא רק קובעות שורה של שיקולים שעל בית-המשפט להביא בחשבון. זוהי סמכות חריגה בהיקפה, נוכח צמצום האפשרות של בית-המשפט לסטות מההנחיות. למעשה כשני שלישים מהחריגות לקולא מההנחיות לגזירת הדין נעשות על בסיס סעיף זה. ראו, K. Stith & J.A. Cabranes, *Fear of* Judging – Sentencing Guidelines in the Federal Courts (Chicago, 1998), 76-77. עם זאת, הפעלת סמכות זו מותנית בבקשה של המדינה, ובית-המשפט אינו מוסמך לעשות כן על דעתו בלבד. ראו U.S.S.G. § 13 K1.1.

⁴³ ישנו טעם נוסף להעדפת הסדרי טיעון מפורשים על פני הקלות בעונש בתמורה להודאה. הסדרי טיעון מפורשים, בהם מתחייבת התביעה להמליץ על עונש מסוים, מקטינים את חוסר הוודאות והחרדה הנגרמים בעקבות ההליך לנאשם (בתנאי, כמובן, שבת-המשפט נוטים בדרך כלל לקבל את עמדת התביעה). הקלות בעונש אינן מפורשות ומחייבות את הנאשם להעריך את גזר-הדין, הערכה העשויה להיות אופטימית או פסימית מדי. החרדה המתלווה לחוסר הוודאות האמור פוגעת בתועלת שהנאשם מפיך מההקלה בעונש ולכן מחייבת הקלות גדולות יותר כדי לעודד מספר דומה של נאשמים להודות. ראו Alschuler, לעיל הערה 16, בעמ' 1081-1082.

⁴⁴ אשר לחשש מפני יחס מיטיב שלא כדין עם הנאשם ראו הדיון לעיל בסעיף 5.2.7.

⁴⁵ ואכן בארץ בית-המשפט לא נמנע מלהתערב למניעת הפליה מעין זו כאשר מבין שני שותפים שחלקם בעבירה דומה הציעה התביעה רק לאחד הסדר טיעון מקל, וסירבה להציע הצעה דומה לשותפו. ראו ע"פ 5223/97 רזונטל נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: ע"פ רזונטל).

מיוצג ולמנוע ממנו את ההקלה לה הוא זכאי בשל הודאתו. לכאורה אין בכך כל פסול. על הנאשם שהודאתו סייעה לתביעה יוטל העונש ההולם, כפי שיקבע בבית-המשפט. ההקלות בעונש הניתנות על-ידי התובע אינן מטרה בפני עצמה אלא אמצעי לחיסכון במשאבים, וכאשר האמצעי אינו דרוש, אין הצדקה להקנות הקלה. אולם, במידה מסוימת, תחושת הצדק נפגעת כאשר נאשם אחד זוכה בהקלה משמעותית בעונש כיוון שהוא "מכר" את זכותו למשפט, בעוד שאחר, שלא הקפיד לפעול בחוכמה כמו הראשון ו"נתן" את זכותו בלא תמורה, יזכה בעונש המלא על העבירה. כאשר בית-המשפט יכול להפחית מעונשו של הנאשם גם בלא הסכמת התובע, קטן הנזק מיחס בלתי הוגן של התביעה. גם נאשם אשר הודה בלא לדרוש תמורה לפני מעשה, יקבל עונש קל יותר בזכות הודאתו. בנוסף, סמכות בית-המשפט מקטינה את הפגיעה בנאשם שהתביעה סירבה להגיע עמו להסדר טיעון מטעמים פסולים. כך, למשל, יש חשש כי התביעה תימנע מלהגיע להסדר טיעון עם נאשם מסוים בשל נקמנות, ותהיה מוכנה להשקיע את מלוא המשאבים כדי להבטיח שעונשו יהיה החמור ביותר האפשרי, אף כי במקרים אחרים נאשמים במצבו זכו להסדרים מקלים. אמנם העונש שיוטל על הנאשם במקרה כזה על-ידי בית-המשפט לא יוחמר עקב כך, אלא יהא רק העונש שיראה לבית-המשפט כהולם בנסיבות. אולם התביעה במעשיה תפלה נאשם זה ביחס לנאשמים אחרים במצבו שזכו להקלה בעונש. אם בית-המשפט יטיל עונשים קלים יותר על נאשמים המודים באשמה, הנאשם יוכל לזכות בהקלה גם בלא הסכמה התביעה. בהקשר זה, תפקידו של בית-המשפט הוא להקטין את החשש מפני הפליה לרעה של הנאשם בשל החלטה שרירותית של התובע או בשל פגם אחר בשיקול-דעתו.

יתרה מזאת, כאשר בית-המשפט נוהג להקנות לנאשם שהודה הקלה בעונש, קטנים התמריצים של הצדדים לערוך הסדרי טיעון. במקרים רבים, לולא היה בית-המשפט צפוי להקל בעונשו של נאשם שהודה, היה צורך בהסדר טיעון כדי להבטיח את הודאתו של הנאשם. כאשר בית-המשפט מוסמך לשקול את הודאתו של הנאשם הרי שבחלק מתיקים אלו יסכים הנאשם להודות, גם בלא הסדר עם התביעה, בידעו כי בית-המשפט יפחית בעונשו. לכך שני יתרונות. ראשית, בדרך זו נחסכים המשאבים הדרושים לניהול המשא ומתן להסדר טיעון באותם תיקים, דבר המסייע בצמצום עומס העבודה על רשויות האכיפה. שנית, כפי שציינתי לעיל, יש בסיס לסברה כי הסדרי טיעון פוגעים בתדמית מערכת הצדק⁴⁶, ולכן הקטנת מספר הסדרי הטיעון מסייעת להקטנת פגיעה זו.

6.2.5. המצב בפועל

כאמור אין כמעט חולק כי על-פי הפסיקה הודאה באשמה מהווה שיקול לקולא בישראל. עם זאת, כלל לא ברור עד כמה מופחת עונשם של מי שמודים באשמה. בבתי-המשפט הפדרליים של ארצות-הברית ישנם קריטריונים ברורים להפחתה בהנחיות לגזירת הדין, ונוכח קשיחות ההנחיות, קריטריונים אלו נשמרים⁴⁷. באנגליה הפסיקה קבעה כי ההקלות בעונש תמורת ההודאה יכולות להגיע עד כדי שליש, בהתאם לשלב ולנסיבות המקרה, ומחקרים אמפיריים מאשרים כי אכן ניתנות הקלות משמעותיות למודים⁴⁸. בארץ, לעומת זאת, אין, גם לא בפסיקה, הנחיה ברורה באשר למידת ההפחתה שיש להעניק למי שהודה באשמה. וחשוב לא פחות, אין כמעט מחקרים

⁴⁶ ראו לעיל בסעיף 5.2.9.

⁴⁷ למידת ההקלה שזוכה נאשם שהודה באשמה ראו לעיל הערה 16.

⁴⁸ ראו לעיל בפרק 4, הטקסט הצמוד להערה 79.

מהם ניתן ללמוד מה ההקלה הניתנת בפועל⁴⁹. מחקר מצומצם של חסין וקרמניצר בתיקי עבירות פריצה והתפרצות של עבריינים ללא הרשעות קודמות, כמעט ולא מצא מתאם בין ההודאה באשמה לבין סוג העונש שהוטל על הנאשמים⁵⁰. למרות מוגבלותו של המחקר נוכח היקפו המצומצם, הוא משתלב היטב בתחושה של רבים מהעוסקים בתחום כי בניגוד למה שעולה מלשון גזרי-הדין, אין להודאה השלכה משמעותית על העונש. בראיונות שערכתי היו תובעים וסנגורים שציינו כי לעתים דווקא כפירה באשמה מסייעת לנאשם לקבל עונש קל יותר, בייחוד כאשר עקב הכפירה נמשך המשפט זמן רב. המחקר של חסין וקרמניצר מאשר גם כן כי התמשכות המשפט משפיעה יותר על העונש מאשר ההודאה⁵¹. מחקרים אחרים מלמדים כי אכן נאשמים וסנגורים נוטים לבקש דחיות מרובות ולפעול באופן המעכב את ההליכים, וניתן להניח כי הדבר נעשה משום שהוא משרת את האינטרס של ההגנה⁵².

מצב זה אינו תקין. בעוד שהרטוריקה השיפוטית מבטיחה הקלה למי שמודה, בפועל אין אינדיקציה ליישום שיטתי של גישה זו, ויש אף חשש סביר כי לעתים ההיפך הוא הנכון. ייתכן כי תהיה זו עצה טובה לנאשם שהראיות נגדו חזקות במיוחד (למשל במקרה שבו הוא הודה במשטרה ואין בידיו כל ראיה הפוגעת במהימנות ההודאה) להודות כדי שהתחושה שההליכים נוצלו לריק לא תגרום לבית-המשפט להחמיר עמו שלא לצורך. אולם במקרים אחרים, ספק רב אם הודאה באשמה, בלא הסדר טיעון, הינה עצה משפטית טובה לנאשם שאינו עצור עד תום ההליכים.

הפער בין ההצהרות לבין המציאות פוגע במי שאינו בקיא במציאות. זו ההשלכה החמורה ביותר שלו. אולם מעבר לפגיעה זו הוא פוגע בתמריצים לעבריינים להודות, גם אם ברור להם מהראיות כי הם יורשעו. לכאורה הנתונים שיובאו להלן סותרים הנחה זו⁵³. שיעור ההודאות הגבוה מלמד כי רוב הנאשמים מודים גם אם בפועל הם לא זוכים להקלה בעונשם בזכות הודאתם. עם זאת נראה, כי נאשמים רבים, בייחוד בעבירות קלות, מגיעים לבית-המשפט ללא ייצוג ופעמים אחרות עורך-דינם אינו מודע לחוסר התועלת שבהודאה, ולכן הם מודים בעבירה. זאת ועוד, לא אחת מגיעים הנאשמים לבית-המשפט לאחר שהם הודו בעבירה בחקירת המשטרה, ובשלב זה כפירה באשמה עלולה לתחושתם להסב להם נזק, אם השופט ירגיש כי הזמן בוזבז לריק. ושלישית, וזה העיקר, חלק ניכר מההודאות באשמה, המגיע לכדי רוב בולט בעבירות החמורות יותר, נובע מהסדר טיעון או לפחות תיאום מוקדם כלשהו עם התביעה באשר לאופן הטיעון לאחר מתן ההודאה. במקרה זה הנאשם מבטיח את ההקלה בעזרת התביעה. כפי שצינתי לעיל, אין זה ראוי להסתמך רק על הסדרי טיעון, ועל בית-המשפט לתת משקל רב יותר להודאה בגורו את הדין.

סבורני כי יש מקום לאמץ בחוק הוראה דומה לזו שנקבעה באנגליה, ולקבוע כי על בית-המשפט להעניק הקלה למי שהודה על-פי מועד ההודאה והנסיבות, וכן כי עליו לציין זאת מפורשות בגזר-

⁴⁹ לסקירת מספר מחקרים מן העולם ראו ש' ג' שוהם וג' שביט, **עבירות ועונשים** (תש"ן), 52-53.

⁵⁰ ראו חסין וקרמניצר, לעיל הערה 34. המשתנים שנמצאו משפיעים יותר מכל על סוג העונש היו קיום מעצר לפני משפט, דרישת התובע לעונש וערכאת השיפוט.

⁵¹ המחקר אמנם מצא מתאם נמוך יחסית בין השיהוי לבין סוג העונש אולם משתנה השיהוי חולק דיכוטומית למשפט ארוך (למעלה משנה) ומשפט קצר, ויש להניח כי לו היו בוחנים זאת בצורה עדינה יותר התוצאה הייתה מובהקת יותר. ראו שם, בעמ' 546.

⁵² ראו לעיל הערה 81 בפרק 3. סנגורים עימם שוחחתי לצורך עבודה זו אישרו בפניי הערכה זו. ראו, למשל, ריאיון עם עו"ד דרור ארד-איילון, מיום 19.11.01, להלן סעיף 10.2.

⁵³ ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 69.

הדין. אמנם לכאורה הדבר רק יעגן את ההלכה הקיימת כיום. אולם הוראה כזו עשויה להעמיק את המודעות של בתי-המשפט להקפיד על מתן ההקלה והנמקתה, ובדרך זו לצמצם את הרטוריקה חסרת הכיסוי בנושא. עד אז, ראוי כי בית-המשפט העליון יגדיר מהן הנסיבות שבהן יש להקל בעונשו של נאשם שהודה, ויתווה עקרונות לקביעת שיעור ההקלה הראוי בנסיבות אלו. עד שכך ייעשה, יתקבלו הרוב המכריע של ההודאות בתיקים הסבוכים או החמורים יותר, במסגרת הסדרי טיעון.

6.3. הסדרי טיעון

6.3.1. הדין בישראל - כללי

6.3.1.1. הגדרה וסוגי הסדרים

הסדר טיעון הינו הסכם בין התביעה לבין הנאשם במסגרתו מתחייב הנאשם להודות בעובדות כתב-האישום ולקיים תנאים כמפורט בהסכם בתמורה להסכמת התביעה לפעול בדרך מסוימת העשויה להשפיע על תוצאות הליך פלילי⁵⁴.

בדרך כלל התחייבות התביעה בהסדר טיעון הינה לטעון לעונש באופן מסוים או לתקן את כתב-האישום. אך תיתכנה גם התחייבויות אחרות כגון הסכמת התביעה להגשת תסקיר מבחן לפני קביעת העונש, הסכמה לסגירת תיקים אחרים התלויים ועומדים כנגד הנאשם, הסכמה לשחרורו בערבות או הסכמה להמליץ על חנינה⁵⁵.

הסדרים בעניין הטיעון לעונש יכולים ללוש מספר צורות: הסדר על "עונש מוסכם", במסגרתו מסכימים הצדדים כי שניהם יבקשו מבית-המשפט להטיל עונש מסוים; הסדר "מקסימום", בו מתחייבת התביעה להגביל את בקשתה לעונש מסוים ואילו ההגנה חופשית בטיעוניה לעונש; הסדר "מינימום – מקסימום", במסגרתו גם ההגנה מתחייבת לטעון לעונש שאינו קל מעונש מוסכם מסוים; הסדר על סוג עונש, במסגרתו מסכימים הצדדים כי יבקשו להטיל עונש מסוג מסוים (מאסר על תנאי, קנס, מבחן בלא הרשעה וכיוצא באלה); הסדר על הטענות לעונש, במסגרתו מתחייבת התביעה להציג בפני בית-המשפט שיקולים להקלה בעונשו של הנאשם (כגון הסכמתו לסייע לרשויות) או מסכימה כי לא ייטענו טענות מסוימות לחומרה. כמובן שייכתנו הסדרים נוספים וריאציות של ההסדרים מוצגות לעיל.

⁵⁴ להגדרות נוספות ראו, למשל, הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), תשנ"ה-1995, ה"ח תשנ"ה, 361 (להלן: הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון), המגדירה הסדר טיעון כ"הסכם בין התביעה לנאשם בדבר תוכן כתב-האישום או העונש, או בכל נושא אחר הקשור לתוצאות המשפט או להליך פלילי אחר, לרבות הליך חקירה, וזאת כנגד התחייבות של הנאשם להודות בבית-המשפט בעובדות שנטענו בכתב-האישום, ולקיים תנאים שפורטו בהסכם". בהנחיות פרקליטת המדינה מוגדר הסדר טיעון כ"הסכם בין התביעה לבין נאשם או בא כוחו באשר לסעיפי האישום - או לפרטים בכתב-אישום, או בדבר העונש אשר יוטל על הנאשם, או באשר לנושא אחר הקשור בתוצאות המשפט". עם זאת, הגדרה זו עשויה להיות רחבה מידי שכן היא כוללת גם הסכמים על קבילות ראיות או הסכמות פרוצדוראליות אחרות שאינן קשורות לתשובה לאשמה. לניתוח הגדרות נוספות להסדרי טיעון ראו, W.F. McDonald, "From Plea Negotiation to Coercive Justice: Notes on the Respecification of a Concept", 13 *L. & Soc'y Rev.* (1979) 385.

⁵⁵ למגוון ההסדרים הנוהגים בישראל ראו א' הרנון וק' מן, *עיסקאות טיעון בישראל – הלכה ומעשה על רקע השוואתי* (תשמ"א), 65-52.

הסדרים בעניין כתב-האישום (לעתים מכונים charge bargaining להבדיל מ-plea bargaining) יכולים לכלול הסכמה על שינוי התיאור העובדתי בכתב-האישום, מחיקת חלק מן האישומים או שינוי העבירות המיוחסות לנאשם. כמובן ניתן להגיע להסדרים המשלבים בין שני סוגים של הסכמות.

6.3.1.2. תפקיד התביעה, הנאשם, הקורבן ובית-המשפט

לנוהג של עריכת הסדרי טיעון אין בסיס מפורש בחוק. הצעת חוק להסדרת הנוהג הוגשה כבר לפני מספר שנים⁵⁶ אולם ההצעה טרם הבשילה לכדי חקיקה. ההוראות המנחות בעניין הסדרי טיעון נקבעו עם השנים בפסיקת בית-המשפט העליון.

ההלכה המנחה בעניין זה נקבעה בע"פ **בחמוצקי**⁵⁷. באותו מקרה קבע בית-המשפט כי עם עריכת הסדר טיעון ראוי כי התובע יציג בפני בית-המשפט את ההסדר⁵⁸. על בית-המשפט לוודא כי יוסבר לנאשם שבית-המשפט אינו כבול לכל הבטחה להקלה בעונש או טובת הנאה אחרת הנתונה לשיקול-דעת בית-המשפט⁵⁹. לאחר שמיעת אזהרה זו רשאי הנאשם לחזור בו מהסכמתו ולא להודות. עוד נקבע בע"פ **בחמוצקי** כי "לעולם לא יעשה עצמו בית-המשפט צד להסכם". הנוהג הנפוץ באנגליה, של עריכת הסדרים בלשכת השופט ובתייוכו, "הוא בבל יראה ובבל ישמע אצלנו"⁶⁰. בית-המשפט אמנם אינו כבול בהסכמה על העונש⁶¹, אולם "בית-המשפט אינו נוטה ליטול על עצמו את תפקידו של הקטיגור... חזקה על באי כוח התביעה הכללית והמשטרה, כממונים על המלחמה בפשיעה, כי יודעים הם מהו העונש הדרוש במקרה פלוני, ולכן, כאשר הם מציעים להקל, ובאין נימוקים לסטות מהצעה זו, יתחשב בית-המשפט בהמלצת התביעה הכללית". אשר להסדרים על כתב-האישום, בית-המשפט יתייחס אליהם "בחיוב כל עוד אין מקום לחשש שהנאשם הודה בעבירה שלא עבר אותה ושהתביעה לא ויתרה על חלק מן האישומים מתוך משוא פנים או מתוך שיקולים פסולים אחרים"⁶².

הנאשם רשאי לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא הודה בבית-המשפט, ואילו התביעה רשאית לחזור בה על-פי הקריטריונים המקובלים לחזרה מהסכם שלטוני, דהיינו אם טובת הציבור דורשת זאת, לאחר איזון השיקולים של אמינות השלטון, הגשמת המטרות של המשפט הפלילי והאינטרסים של הנאשם (אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיה)⁶³.

⁵⁶ ראו הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, לעיל הערה 54.

⁵⁷ ראו ע"פ **בחמוצקי**, לעיל הערה 26.

⁵⁸ הנחיות פרקליטת המדינה מרחיבות חובה זו וקובעות כי "על התובע להגיש תוכנו של הסדר הטעון לבית-המשפט, בכתב או בהודעה לפרוטוקול, בטרם הודה הנאשם בעובדות. כמו כן, על התובע לפרוס בפני בית-המשפט את מערכת השיקולים שהובילה להסכמת התביעה לעונש המוצע במידת הפירוט האפשרית, ואין להסתפק בהצגת ההסכמה שהושגה ותו לא". ראו "הסדרי טיעון" **הנחיות פרקליטת המדינה**, 8.1 (1.8.02).

⁵⁹ ע"פ **בחמוצקי**, לעיל הערה 26, בעמ' 553, 555 ו-560.

⁶⁰ ע"פ **בחמוצקי**, לעיל הערה 26, בעמ' 553. בית-המשפט מתייחס בדברים אלו להלכת *Turner*, שדונה לעיל בטקסט הצמוד להערה 84 בפרק 4.

⁶¹ שם, בעמ' שם (השופט ח' כהן).

⁶² שם, 556 (השופט קיסטר).

⁶³ ראו בג"ץ 218/85 **ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח**, פ"ד מ(2) 393.

עד לאחרונה, לנפגע העבירה לא היה מעמד רשמי, כפי שלא היה לו מעמד ביתר שלבי ההליך המשפטי שלאחר הגשת כתב-האישום. עם זאת, לפי הנחיות פרקליטת המדינה על התובע לברר את מצבו של נפגע העבירה קודם לעריכת הסדר טיעון⁶⁴. לאחרונה נקבע בחוק זכויות נפגעי עבירה, שנפגע עבירת מין או אלימות זכאי כי קודם לעריכת הסדר טיעון תינתן לו הזדמנות להביע עמדתו לפני התובע⁶⁵. לנפגעי עבירות אחרות, כגון עבירות רכוש, אין מעמד מכוח חוק בהחלטת התובע לערוך הסדר טיעון.

6.3.1.3. המחלוקת בדבר הסדרי טיעון

נראה כי בשלושת העשורים האחרונים תפסה המחלוקת בדבר הסדרי טיעון מקום מרכזי בין הנושאים השנויים במחלוקת בתחום הפרוצדורה הפלילית. מן העבר האחד עומדים משפטנים רבים התוקפים את היקף השימוש בהסדרי טיעון, את מגמת בתי-המשפט לקבל ככזה ראה וקדש את הסכמת הצדדים, והמדגישים את ההשלכות השליליות שיש לעריכת הסדרים על חקר האמת⁶⁶. גם בבית-המשפט העליון נשמעים לא אחת קולות המסתייגים מן הפרקטיקה מנימוקים שונים. המחלוקת, כמו מחלוקות רבות בעידן הנוכחי, לא פסחה אף על הטרמינולוגיה הנוהגת⁶⁷.

מן העבר האחר עומדת הפרקטיקה הנוהגת, אשר הולכת ומתרחבת ככל שחולפות השנים. אמנם אין בארץ מידע בדוק באשר להיקף השימוש בהסדרי טיעון. עם זאת, מנתוני מחלקת חקירות ותביעות במשטרה עולה כי כ-90% מהתיקים המטופלים על-ידי התביעה המשטרית והמגיעים לכדי הכרעת דין, מסתיימים בהודאה של הנאשם⁶⁸. קשה להעריך בכמה מתיקים אלו ההודאה הושגה בעקבות הסדר טיעון. הערכת העוסקים בדבר מלמדת כי למעלה ממחצית מהתיקים שבהם מודה הנאשם מסתיימים בצורה זו או אחרת של הסדר טיעון, אף כי הדבר שונה מיחידת תביעות אחת לשנייה⁶⁹. בתיקים המטופלים במשטרה יש גם קושי להעריך את שיעור הסדרי הטיעון נוכח

⁶⁴ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 5.2.12.

⁶⁵ ראו סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001.

⁶⁶ ראו למשל ע' גרוס, "עסקאות טיעון וחקר האמת", פלילים ג (תשנ"ג) 251; א' הרנון, "עסקאות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן", משפטים כז (תשנ"ז) 543. בארצות-הברית עמדת המתנגדים גורפת עוד יותר, ויש המצדדים באיסור מוחלט על הסדרי טיעון. המתנגדים הבולטים הם Stephen Schulhofer ו-Albert Alschuler, מאוניברסיטת שיקגו, אשר בשורה ארוכה של מאמרים תקפו את הפרקטיקה בעיקר משיקולים ערכיים, חוקתיים ודוקטרינאליים. ראו בעיקר, A.W. Alschuler, "The Changing Plea Bargaining Debate", 69 Cal. L. Rev. (1981) 652; A.W. Alschuler, "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining" 84 Yale L.J. (1975) 1179; A.W. Alschuler, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", 36 U. Chi. L. Rev. (1968) 50; S.J. Schulhofer, "Criminal Justice Discretion as a Regulatory System" 17 J. Legal Stud. (1988) 43; S.J. Schulhofer, "Due Process of Sentencing", 128 U. Pa. L. Rev. (1980) 733; S.J. Schulhofer "Is Plea Bargaining Inevitable?" 97 Harv. L. Rev. (1984) 1037; S.J. Schulhofer, "Plea Bargaining as Disaster", 101 Yale L.J. (1992) 16.

⁶⁷ בעבר מקובל היה בשימוש המונח "עסקת טיעון" כתרגום המונח האנגלי Plea Bargaining. עם הזמן החלו המסמכים הרשמיים לחפש מונחים אחרים, ככל הנראה מכיוון שהמונח "עסקה" נראה היה בלתי הולם למערכת המשפט הפלילי. כך, למשל, בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה נמצא את המושג "הסכמים בין התביעה לסגוריה". ראו "מדיניות בקשר להסכמים עם הסגוריה", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 50.050 (1.1.72). לאחרונה התגבש השימוש במונח "הסדרי טיעון" במסמכים הרשמיים העוסקים בנושא. ראו הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, לעיל הערה 54; "הסדרי טיעון" הנחיות פרקליטת המדינה 8.1, לעיל הערה 58. פרופ' הרנון תוקף את השימוש במונח הסדרי טיעון בטוענו כי "אם יש היבטים פגומים, צריך לעשות תיקונים מהותיים בשיטה עצמה. שינוי השם לא ירפא אותם". ראו הרנון, לעיל הערה 66, בעמ' 543.

⁶⁸ הנתונים נמסרו על-ידי סני"צ חנה פסובסקי, ראש מדור תביעות במטה הארצי של משטרת ישראל. במסגרת זו לא נכללים תיקים אשר מסתיימים בלא הכרעת דין כגון תיקים בהם ההליכים מותלים מכיוון שהנאשם אינו נמצא או תיקים שבהם ההליכים עוכבו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

⁶⁹ ראו ריאיון עם ראש יחידת תביעות מיום 23.12.99, להלן סעיף 10.8, ריאיון עם ראש יחידת תביעות מיום 29.12.99, להלן סעיף 10.11, ריאיון עם ראש יחידת תביעות מיום 4.1.00, להלן סעיף 10.12.

הקושי לקבוע מתי סיכום בין התביעה לבין ההגנה נחשב הסדר טיעון. כך, למשל, לא אחת קורה שקודם לדיון מסביר התובע לנאשם, אשר בעבירות קלות רבות אינו מיוצג, כי אין בכוונתו לבקש עונש של מאסר בפועל. פעמים רבות הנאשם כבר בשלב זה מסכים להודות, כדי לחסוך את הצורך להופיע בהמשך בבית-המשפט. עם זאת ברור כי חלק ניכר מאותן הודאות ניתנות במסגרת סוג של הסדר טיעון עם התביעה⁷⁰. גם בפרקליטות אין מידע מהימן באשר לשיעור הסדרי הטיעון. פרקליטים שרואיניו לקראת עבודה זו העריכו כי בין 60% ל-70% מהתיקים המטופלים בפרקליטות מסתיימים בעקבות הסדר טיעון⁷¹. פרקליטת המדינה, ציינה בדיון בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת כי כ-50%-60% מהתיקים מסתיימים בהסדרי טיעון⁷². ברור כי אין מדובר בנתונים מבוססים, אולם אין ספק כי הסדרי טיעון נערכים בחלק ניכר מהתיקים הפליליים בישראל⁷³.

הנימוקים להתנגדות להסדרי טיעון שונים בהתאם למקור ההתנגדות. בעוד שבכתיבה האקדמית בארצות-הברית המתנגדים טוענים בעיקר כנגד הפגיעה של הסדרי הטיעון בזכויות הנאשמים ומביעים חשש להרשעת חפים מפשע עקב הנוהג, הרי שבציבור הרחב, עיקר ההתנגדות להסדרים נובע מהתחושה כי הסדרי טיעון נוטים להעניק לנאשמים יחס רחמני מידי⁷⁴. בארץ, המתנגדים להסדרים גם מתחום האקדמיה והמסתייגים מהיקף התופעה בבית-המשפט, קרובים יותר בעמדותיהם לעמדות הציבור. במילים אחרות, עיקר טענותיהם אינן כי זכויות הנאשמים בהסדרי טיעון נפגעות. נהפוך הוא, לגישתם הסדרי טיעון מקלים מידי עם הנאשמים בכך שהם פוגעים בכוחה המרתיע של הענישה⁷⁵, באינטרסים של קורבן העבירה⁷⁶, בשוויון בין נאשמים שונים⁷⁷, או בכוחו של בית-המשפט לחשוף את האמת בדבר חומרת העבירה⁷⁸. ברוב הטענות דנתי בפרק הקודם בהקשר הכללי של ענישה בהסכמה, וחלקן יידונו שוב בפרק זה, ככל שישנם מאפיינים רלבנטיים להסדרי טיעון המצדיקים דיון נפרד כזה. אין בכוונתי לעסוק בכל ההסדרים הקשורים להסדרי טיעון כאן. המאפיין העיקרי המבדיל בין הסדר טיעון לבין כל החלופות האחרות הוא שהסדר טיעון עובר תחת ביקורתו של בית-המשפט ובמסגרת הליכי המשפט הפלילי הרגילים⁷⁹. בחלק זה אתמקד בשתי סוגיות מרכזיות הקשורות ליחס בין בית-המשפט לבין ההסכמה בין

⁷⁰ ואין הכוונה דווקא להסדר טיעון כתוב ופורמאלי, שכן לא אחת שיחה מקדימה בין התובע לבין הנאשם, או אף שיחה הנערכת בחסות בית-המשפט, מביאה את הצדדים להסכמה.

⁷¹ ראו ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז מיום 9.12.00, להלן סעיף 10.2, ריאיון עם פרקליטת מחוז מיום 22.12.99, להלן סעיף 10.6, ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז מיום 22.12.99, להלן סעיף 10.7.

⁷² ראו גם דברי פרקליטת המדינה בדיון שהתקיים בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת ביום 18.6.01 בנושא "מדיניות התביעה הכללית והפרקליטות" - [URL: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-06-18.html>] (29.11.01).

⁷³ בהקשר זה לא נבחנו תיקי תעבורה ותיקים של עבירות המטופלות על-ידי רשויות תביעה מחוץ לפרקליטות ולמשטרה. יש להניח כי בתיקים אלו, בהם העבירות בדרך כלל קלות יותר, מספר ההודאות רב עוד יותר.

⁷⁴ ראו 97, p. 85 (1989-1990) 32 *Crim. L.Q.* "Public attitudes to plea bargaining", S.A. Cohen & A.N. Doob, שערכו מחקר על עמדות הציבור כלפי הסדרי טיעון בקנדה. לעמדת מתנגדי ההסדרים מהאקדמיה ראו לעיל הערה 67.

⁷⁵ ראו עמדת השופט גולדברג בע"פ לוי, לעיל הערה 28, בעמ' 165.

⁷⁶ ראו הרנון, לעיל הערה 67, בעמ' 589-593.

⁷⁷ ראו ע' גרוס, "גבולות מוסריים לאכיפת הדין הפלילי", **מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודות של השופט יצחק שילה בגבורותיו** (אהרן ברק ומנחם שאוה – עורכים, 1999) 401, בעמ' 436.

⁷⁸ ראו גרוס, לעיל הערה 67, בעמ' 256-259. אם כי פרופ' גרוס מתייחס בקיצור גם לחשש מפני הרשעת חפים מפשע. ראו שם, בעמ' 260.

⁷⁹ הבדלים נוספים בין הסדרי טיעון לבין החלופות האחרות, כגון סוג העונש המוטל בהליך, הגורם הקובע את העונש ועוד יידונו בפרק הבא.

הצדדים. בשלב הראשון אדון בשאלת תפקידו של בית-המשפט לאחר שמובא בפניו הסדר טיעון. לאחר מכן אבחן את שאלת מעורבות בית-המשפט במשא ומתן לקראת עריכת ההסדר.

6.3.2. קבלה ודחייה של הסדרים

עצם החוקיות של הסדרי טיעון כמעט ולא הוטל בספק בישראל. מעטים הציגו לאסור על הסדרי טיעון כליל. עם זאת, הבסיס העיוני באשר לתפקידם של ההסדרים היה חסר בדיונים בדבר הדין שראוי שיחול על הסדרים אלו. הדיון בסוגיות שנויות במחלוקת בהקשר להסדרי טיעון חסר שכן הוא לא נערך על רקע הכרת המתדיינים במהות התועלת שהסדרי הטיעון מקנים למערכת הצדק. כך, לדוגמא, שאלת מבחני ההתערבות של בית-המשפט בהסדרי טיעון זכתה להתייחסות רחבה והיא נתונה במחלוקת ארוכה בבית-המשפט. ובכל זאת, בויכוח ארוך זה כמעט ולא הוצגו הטיעונים הנגזרים מהרציונלים של הסכמות על ענישה שהובאו לעיל, בפרק הקודם.

את שאלת מבחני ההתערבות של בית-המשפט בהסדרי טיעון יש לאבחן לפי סוג ההסדרים. הסוג הראשון הינו הסדרי טיעון לשינוי כתב-האישום – בין אם שינוי העובדות ובין אם שינוי סעיף האישום. הסוג השני הינו הסדרי טיעון בדבר הטענות לעונש⁸⁰. לא אחת נמצא בפסיקה אמרות גורפות על-פיהן אותם מבחנים החלים על אימוץ הסדר טיעון לעניין העונש, חלים גם כאשר הסדר הטיעון עוסק בתוכן כתב-האישום⁸¹. למעשה, מבין עשרות פסקי-הדין העוסקים במבחני ההתערבות של בית-המשפט בהסדרי טיעון כמעט ולא ניתן למצוא הבחנה בין מבחני ההתערבות בהסדר על העונש לבין המבחנים החלים בהסדר על האישומים⁸². עם זאת, נוכח אופיים השונה של הסדרי הטיעון האמורים נקטה הפסיקה בפועל מבחנים שונים בשאלת אימוצם.

6.3.2.1. הסדרי טיעון על אישומים

הסדר בעניין כתב-האישום הינו הסדר בו מסכים הנאשם להודות בתמורה לשינויים שייערכו בכתב-האישום או באישומים שתבקש התביעה להוכיח. השינויים יכולים לכלול שינוי של התיאור העובדתי בכתב-האישום, שינוי של סעיפי העבירה, או מחיקה של חלק מן האישומים והותרת אחרים. על-פי הפסיקה לתובע יש מרווח שיקול-דעת נרחב ביותר להגיע להסדרים על כתב-האישום, ולמעשה, לא ידוע לי על מקרה בו נדחה הסדר טיעון בדבר כתב-האישום. כפי שנראה בהמשך, גישת הפסיקה לגבי הסדרים בדבר הטיעון לעונש מצמצמת הרבה יותר.

6.3.2.1.1. ביקורת שיפוטית על בחירת האישומים בבג"ץ

ניתן להעלות על הדעת שתי דרכים שבמסגרתן יכול בית-המשפט להתערב בהסדרי טיעון. האחת, במסגרת תקיפה ישירה של שיקולי התביעה בבית-המשפט הגבוה לצדק. אולם לא ידוע ולו על

⁸⁰ אין אלו סוגי ההסדרים היחידים ולעתים נערכים הסדרים ובהם הסכמות פרוצדוראליות אחרות. ראו הרנון ומן, לעיל הערה 55, בעמ' 52-67. כמו כן ייתכנו כמובן הסדרים ובהם הסכמות הן על כתב-האישום והן על הטיעון לעונש.

⁸¹ ראו, למשל, ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי ואח', פ"ד מה(1) 661 (להלן: ע"פ אסיס), בעמ' 665-666.

⁸² חריג לכך ניתן למצוא בדעת היחיד של השופטת דורנר בע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 672 (להלן: ע"פ שילוח).

מקרה אחד בו הצליחה תקיפה ישירה כזו על החלטת התביעה לערוך הסדר טיעון. הסיבה להימנעות בתי-המשפט מלהתערב בהסדרי טיעון אלו היא שהחלטה על ניהול ההליכים ועל ניסוח כתב-האישום, בניגוד לקביעת עונש, נתונה לסמכותה הבלעדית של התביעה⁸³. "השליטה בדיון הפלילי מבחינת עניין המשכתי או הפסקתו תהיה נתונה בכל עת... בידי הריבון, הווה אומר, בידי היועץ המשפטי לממשלה שהוא נציגו"⁸⁴. כל עוד סמכות זו מופעלת כדין, אין בית-המשפט רשאי להתערב בה. החוק אינו מתאר מהם השיקולים שצריכים להנחות את התביעה באשר לבחירת האישומים ולניסוח התיאור העובדתי. עם זאת, נראה כי אותם שיקולים האמורים להנחות את התביעה בבחירה האם להגיש כתב-אישום, דהיינו דיות הראיות והעניין לציבור, צריכים להנחות גם בניסוח כתב-האישום⁸⁵.

התערבות בית-המשפט במדיניות התביעה ובשיקוליה בנוגע להעמדה לדין הינה מצומצמת ביותר⁸⁶. בנוסף לחוסר תום-לב, שיקולים זרים, שרירות או הפליה, רק טעות ברורה בולטת וקיצונית או חוסר סבירות קיצוני יצדיקו התערבות שכזו⁸⁷. רק במקרים חריגים ביותר יתערב בית-המשפט בשיקולי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו.

אמנם מבחנים אלו נקבעו בשאלת עצם ההעמדה לדין, אולם נראה כי יש להחילם גם במקרה שבו עומד לדין ניסוח כתב-האישום. אם בסמכות הרחבה להעמיד לדין מתערב בית-המשפט רק במקרים נדירים ביותר, ברי כי בסמכות הנגזרת ממנה, כיצד להעמיד לדין, יש לאמץ מבחנים דומים. ואכן, נראה כי זו גישת בית-המשפט. בעניין **גינזברג** דחה בית-המשפט הגבוה לצדק על הסף עתירה של קורבן עבירה בקובעו כי:

"הגשת כתבי-אישום נגד חשודים בביצוע עבירות, היא בתחום סמכותה ובמסגרת הפררוגטיבה של הפרקליטות, אליה מועבר חומר החקירה ולפי שיקול-דעתה המקצועי, מחליטה היא אם להגיש כתב-אישום נגד החשודים ומה הם סעיפי האישום עליהם יש להעמיד את החשודים לדין. כמו כן נתונים בידי הפרקליטות הסמכות ושיקול-הדעת לעשות עיסקת טיעון עם נאשם. מובן מאליו הוא כי כל אלה צריכים להיעשות על-פי שיקולים ענייניים, מקצועיים, כשטובת הציבור לנגד עיניה. ככל שלבנו עם קורבנות העבירות המבוצעות על-ידי עבריינים חסרי מעצורים, אין זכות קנויה בידם להתערב בעבודת הפרקליטות ולהורות לה כיצד תפעל וכיצד תפעיל את שיקול-דעתה, או לבקש מבית-משפט זה לעשות כן. כל עוד עושה הפרקליטות את מלאכתה נאמנה, עצמאית היא בעבודתה ואין להתערב

⁸³ ראו סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁸⁴ ראו בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, בעמ' 301 וכן בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485 (להלן: בג"ץ גנור), בעמ' 507.

⁸⁵ תיתכן גם דעה אחרת לפיה משבחר תובע להביא לפני בית-המשפט עניין מסוים, עוברת הסמכות לקביעת האישומים ולבירור העובדות לבית-המשפט, ועל-כן אל לתובע להכריע בדבר האישומים שיובאו, לפחות לא מטעמי עניין לציבור. גישה דומה מקובלת בארצות יבשת אירופה, גם אלו שבהן מוסמך התובע להימנע מהגשת כתב-אישום מחוסר עניין ציבורי. בשיטת המשפט הקונטיננטלית, מרגע שהובא מקרה לבית-המשפט, עליו לברר את המסכת העובדתית כולה ולהחליט על-פיה, בלא קשר לסעיפי האישום שצוינו על-ידי התביעה. ראו לעיל בסעיף 4.3, וכן H. Kühne, "Germany", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) p. 153. עם זאת, ברי כי בישראל גישה זו אינה נוהגת ורק במקרים חריגים ביותר רשאי בית-המשפט להרשיע אדם על-פי עובדות שלא צוינו בכתב-האישום. ראו סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי וכן ראו להלן הטקסט הצמוד להערות 144-145.

⁸⁶ ראו ד' קרצ'מר, "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה", פלילים ה(2) (תשנ"ז) 121; מ' בן-יאיר, הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק", פלילים ה(2) (תשנ"ז) 5.

⁸⁷ ראו, למשל, בג"ץ גנור, לעיל הערה 84, בעמ' 523-529 וכן בג"ץ 3425/94 ואח' גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד (4) 1, בעמ' 10.

בה. אין העתירה מעלה טענות בדבר שיקולים זרים ובלתי עניינים שבעקבותיהם הוגש כתב-האישום כפי שהוגש⁸⁸.

נראה אם כן כי מבחני הביקורת שהתווה בג"ץ בשאלת ההעמדה לדין חלים גם על הביקורת השיפוטית על אופן עריכת כתב-האישום, ובכלל זה על שינוי כתב-האישום בהסדר.

6.3.2.1.2. ביקורת שיפוטית על בחירת האישומים בערכאה הדיונית

מהי סמכות ההתערבות של הערכאה הדיונית בהסדרי טיעון על האישומים. בהקשר זה יש להבחין בין הסדרי הטיעון לפי מועד עריכתם. הסדרי טיעון יכול שיערכו, במקרים חריגים, עוד קודם להגשת כתב-האישום⁸⁹. במקרים רבים אחרים הם נערכים לאחר הגשת כתב-האישום אך לפני תחילת המשפט⁹⁰, ולעתים ההסדר נערך לאחר תחילת המשפט.

אשר לשני המקרים הראשונים, נראה כי לערכאה הדיונית אין כל סמכות לפסול את הסדר הטיעון. עד לפתיחת המשפט, כתב-האישום נתון לסמכותו הבלעדית של התובע, וגם אם הוא הוגש כבר לבית-המשפט, רשאי התובע לתקנו בכל עת עד לפתיחת המשפט בלא צורך לבקש רשות מבית-המשפט⁹¹. מטעם זה סבורני כי במצב הנוכחי אין לבית-המשפט סמכות לדחות את הסדר הטיעון או למנוע מן התובע לתקן את כתב-האישום על-פי הסדר זה.

לאחר פתיחת המשפט רק בית-המשפט מוסמך לתקן את כתב-האישום⁹². לכאורה עולה מכך שבשלב זה שליטתו של בית-המשפט על החלטות התובע משמעותית יותר, ועל-כן ביכולתו למנוע הסדר טיעון כאמור. אולם בפועל סמכותו להגביל עריכת הסדר טיעון גם בשלב זה מוגבלת ביותר. ראשית, במקום לתקן את כתב-האישום רשאי התובע לחזור בו מאותם אישומים כפי שהוסכם בינו לבין הנאשם, וכל עוד הנאשם לא הודה באותם האישומים, החלטת התובע אינה כפופה לאישור בית-המשפט⁹³. לפיכך, מקום בו התחייבות התובע בהסדר טיעון היא להסיר חלק מן האישומים, ניתן להגיע לתוצאה דומה באמצעות חזרה מאישום בלא צורך בהסכמת בית-המשפט.

שנית, התובע יכול להשיג את מבוקשו בהסדר הטיעון באמצעות הימנעות מהבאת ראיות להוכחת העובדות שבהן לא הודה הנאשם. בדרך זו יכול התובע לעקוף את סירובו של בית-המשפט לקבל הסדר טיעון של הודאה בעבירה כלולה או בעבירה קלה יותר הכוללת חלק מהיסודות של העבירה שבכתב-האישום כמו גם הסדר במסגרתו מורשע הנאשם רק בחלק מהאישומים המופיעים בכתב-

⁸⁸ בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א ואח' (לא פורסם).

⁸⁹ כיוון שעריכת כתב-האישום נעשית, כמעט תמיד, לפני שנוצר מגע בין התובע לבין הנאשם, נדיר שהסדרי טיעון שאינם הסדרי עד מדינה ייערכו כבר בשלב זה. בהקשר זה דומה המצב בארץ למצב באנגליה, והוא שונה מהמצב בארצות-הברית. ראו J. Sprack, *Emmins of Criminal Procedure* (6th ed., London, 1995), 93.

⁹⁰ המשפט נפתח בהקראת כתב-האישום, ראו סעיף 143 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁹¹ ראו סעיף 91 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁹² ראו סעיף 92 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁹³ ראו סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי. אמנם כדי שהחזרה מאישום לא תחשב כזיכוי על התובע לקבל הן את הסכמת בית-המשפט והן את הסכמת הנאשם (ראו סעיף 94 לחוק סדר הדין הפלילי), אולם ספק אם רשאי בית-המשפט למנוע הסכמתו רק כדי למנוע מהתובע לחזור בו מן האישום, ובכל מקרה אין לזיכוי במקרה זה חשיבות שכן בהסדר הטיעון התובע לא מבקש לשמור לעצמו אופציה להגיש בעתיד כתב-אישום נוסף בגין האישומים שהוסרו על-פי ההסדר.

האישים. פרקטיקה זו מקובלת ביותר באנגליה⁹⁴. וגם בארץ ניתן לה הכשר בע"פ **אסיס**⁹⁵. באותו מקרה הואשמה המערערת בשלילת כושר התנגדות לשם ביצוע עבירה, עבירה לפי סעיף 327 לחוק העונשין שדינה 20 שנות מאסר. על-פי כתב-האישום, בעת עבודתה כמטפלת של זקנים היא סיממה אותם בכדורי הרגעה והרדמה כדי לגנוב את רכושם, תוך סיכון בריאותם. במסגרת הסדר טיעון הוסכם כי המערערת תודה במעשה פזיזות ורשלנות, עבירה לפי סעיף 338(8), שדינה 3 שנות מאסר בלבד, והתביעה תימנע מהבאת ראיות לביסוס האישומים החמורים יותר. בית-המשפט המחוזי סבר כי הסדר הטיעון לוקה בחוסר היגיון חמור ונזף בתביעה על כוונתה שלא להביא עדים, אף שהכיר בכך שהדבר נתון לסמכותה. בית-המשפט העליון פסל את הרכב השופטים לבקשת המערערת⁹⁶. נקבע, אמנם, כי בית-המשפט רשאי לדחות את הסדר הטיעון, אולם אל לו להביע עמדתו בדבר ההסדר לפני הכרעת הדין. על בית-המשפט רק לציין בפני הצדדים כי "אינו רואה עצמו קשור בעסקת טיעון ותו לא"⁹⁷, ואל לו להביע כל רמז לדעה מה דעתו על ההסכם. הסיבה העיקרית לפסילת ההרכב הייתה קריאתו המרומזת של הרכב בית-המשפט המחוזי לתביעה להביא עדים להוכחת סעיפי האישום המקוריים. בכך פעל בית-המשפט בניגוד לתפקידו בשיטה האדוורסרית, עד כי "חצה את הקוים בניסיון להשפיע על התביעה בתחום המסור לה, הוא תחום הבאת הראיות"⁹⁸.

לכאורה, משתמש פסק-הדין בכללים שנקבעו בעניין הסדרי טיעון על העונש שיתוארו בהמשך, גם להסדר טיעון בדבר האישומים. בפסק-הדין נקבע כי בית-המשפט רשאי לקבל את ההסדר או לדחותו בהכרעת הדין. עם זאת, רק במקרים נדירים תהיה משמעות פרקטית לכללים אלו. בשלב הכרעת הדין אין בידי בית-המשפט כל אפשרות לחרוג מהמוסכם בין הצדדים, אם לא הובאו לפניו כל ראיות לביצוע העבירות שהופיעו בכתב-האישום המקורי. ברוב המקרים הסדר הטיעון יערך בראשית ההליך, כך שהעובדות המוכחות היחידות שעליהן רשאי בית-המשפט להסתמך הן העובדות בהן הודה הנאשם. במילים אחרות, כאשר מדובר בהסדר טיעון על סעיפי אישום אין כל משמעות פרקטית להחלטת בית-המשפט לקבל או לדחות את ההסדר⁹⁹.

⁹⁴ ראו לעיל בסעיף 4.2.4.2.

⁹⁵ ע"פ **אסיס**, לעיל הערה 81.

⁹⁶ ראו שם, מפי השופט ד' לוי.

⁹⁷ שם, בעמ' 667.

⁹⁸ שם, בעמ' 668.

⁹⁹ בבג"ץ 724/83 **מדינת ישראל נ' כבוד השופט י' זפט**, פ"ד לח(3) 701 (להלן: בג"ץ **זפט**), בעמ' 715 נקבע, כי אין בדרך כלל הצדקה שבית-המשפט יחמיר יותר מן התביעה בבחירת האישום. באותו מקרה נתקבלה עתירת המדינה כנגד שופט בית-משפט השלום שהחליט להעביר את שמיעת התיק לבית-המשפט המחוזי משגילה כי התביעה הגישה כתב-אישום בעבירה מופחתת מזו המשתקפת בראיות (גניבה במקום גניבה ממעבד), ושהעבירה החמורה יותר אינה בסמכותו. בית-המשפט העליון קיבל את העתירה וקבע כי כאשר התביעה מגישה במודע כתב-אישום בעבירה קלה יותר הכלולה בתוך העבירה החמורה שבוצעה באמת (כגון הגשת אישום בתקיפה סתם במקום בתקיפה הגורמת חבלה של ממש) אל לבית-המשפט להרשיע בעבירה החמורה אלא אם עמדת התביעה נגועה באי סבירות קיצונית או בחוסר תום-לב. ראו שם, 717. עם זאת בית-המשפט לא שלל כי במקרים שבהם העמדה אינה סבירה, יחמיר בית-המשפט וירשיע אדם בעבירה החמורה בניגוד לעמדת התביעה. ראו גם בג"ץ 674/88 **חמדאן ואח' נ' שר הבטחון ואח'**, פ"ד מג(2) 195. נוצר, אם כן, מצב שבו בעוד שבמשפט שבו מתנהל שלב הראיות יש בכוחו של בית-המשפט להרשיע נאשם בעבירה חמורה מזו הקבועה בכתב-האישום אם התגלו ראיות על כך במהלך הדיון, הרי שבמשפט המסתיים בהודאת הנאשם בהסדר טיעון כוחו מוגבל הרבה יותר. במקרה האחרון יכול הנאשם להודות רק בעובדות המגבשות את העבירה הקלה יותר והתביעה תימנע מהבאת ראיות לעבירה החמורה. במקרה זה גם אם התביעה נוקטת עמדה שאינה סבירה באופן קיצוני אין לערכאה הדיונית סמכות להרשיע את הנאשם בעבירה חמורה בניגוד לעמדת התביעה, שכן אין בפני בית-המשפט ראיות לביצועה. הדרך היחידה לתקוף את עמדת התביעה במקרה כזה היא בבג"ץ. יצוין כי לבית-המשפט אין סמכות להרשיע אדם בעבירה קלה מזו שצוינה בכתב-האישום ושהוכחה, כאשר התביעה לא חזרה בה מן האישום החמור יותר. ראו ע"פ 66/88 **מדינת ישראל נ' אפרתי**, פ"ד מג(1) 847, בעמ' 856-857.

למעשה ע"פ אסיס מרחיק לכת מעבר להלכה באנגליה. בעוד שבאנגליה רשאי בית-המשפט להביע עמדתו באשר להסדר הטיעון ולבקש מן המדינה לשקול את ההסדר שנית¹⁰⁰, על-פי ע"פ אסיס, הבעת עמדה כזו אסורה ועלולה להוביל לפסילת המותב.

במצב החוקי הקיים נותר לערכאה הדיונית רק פתח צר ביותר לבקר או לדחות הסדרי טיעון בדבר האישומים. התערבות כזו, בניגוד לעמדת התביעה, תתאפשר רק במקרים חריגים שבהם הסדר הטיעון נערך לאחר שראיות התביעה כבר הובאו, והסדר הטיעון מחייב שינוי אישומים ולא חזרה מהם. במקרה זה, ורק אז, יכול בית-המשפט להרשיע את הנאשם בעבירה החמורה בניגוד להסדר. זאת, מכיוון שהראיות להוכחת אשמתו כבר הובאו ושינוי כתב-האישום בשלב זה מחייב אישור בית-המשפט¹⁰¹.

6.3.2.1.3. הרשעה בעבירה חמורה מהמוסכם המתגלה מהעובדות

שאלה מעניינת היא מה הדין כאשר בהסדר הטיעון משנה התביעה רק את סעיפי האישום, אך מותירה את התיאור העובדתי כפי שהיה בכתב-האישום המקורי. האם במקרה כזה רשאי בית-המשפט להרשיע את הנאשם, על-פי הודאתו, בעבירות החמורות יותר כפי שהופיעו בכתב-האישום המקורי¹⁰²?

שאלה זו אינה פשוטה. סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי עובדה שהנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו. זאת בניגוד למצב באנגליה, למשל, שם הודאת הנאשם מתייחסת לאשמה ולא לעובדות. לפיכך, לכאורה, רשאי בית-המשפט, לאחר שנתן הזדמנות לצדדים לטעון טענותיהם, להרשיע את הנאשם בעבירה החמורה העולה מן העובדות שבהן הוא הודה, בניגוד לסעיפי האישום כפי שתוקנו בהסדר הטיעון. יצוין כי הוראות סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי (הרשעה בעבירה על-פי עובדות שלא נטענו בכתב-האישום), המחייבות מתן הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן, אינן חלות ישירות במקרה זה שכן העובדות נתגלו בכתב-האישום ורק סעיפי החוק לא נתגלו בו¹⁰³. ייתכן כי ניתן להחילן בדרך של היקש ולקבוע כי גם שינוי סעיפי האישום מחייב מתן הזדמנות סבירה כאמור. בכל מקרה, מהאמור לעיל עולה, לכאורה, כי מקום בו לא הותאמו העובדות בכתב-האישום לאישומים שהוחלפו, רשאי בית-המשפט להרשיע את הנאשם בעבירות המקוריות.

עם זאת, בית-המשפט לא נוטה לעשות כן¹⁰⁴. ניתן גם למצוא צדוק לגישה זו. ראשית, נאשמים רבים ואף סנגורים לא תמיד ערים להבחנה שבין הודאה בעובדות לבין הודאה באשמה, ויש חשש

¹⁰⁰ ראו לעיל סעיף 4.2.4.2. כפי שצוין לעיל באנגליה מקובלת הפרקטיקה של הימנעות מהבאת ראיות לאחר הודאה חלקית של הנאשם, הרבה יותר מאשר בישראל. בית-המשפט באנגליה רשאי להביע עמדתו בפני התובע כי ראוי במקרה זה להביא ראיות להוכחת מלוא חומרת העבירות, ועל התובע להביא את עמדת בית-המשפט בין שיקוליו.

¹⁰¹ ראו סעיף 192 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁰² בהנחיות פרקליטת המדינה מונחים התובעים לוודא כי "ויתור על חלק מהעובדות ביחס לנאשם שעמו נערך הסדר הטיעון, לא ישמיט את הקרקע, ולא יגרום לחוסר סבירות או לסתירה מהותית ביחס לחלקם של האחרים". ראו "הסדרי טיעון" הנחיות פרקליטת המדינה, לעיל הערה 58.

¹⁰³ להרשעת אדם בעובדות שונות מאלו שנקבעו בכתב-האישום ובסעיף אישום שונה, ראו ע"פ 689/82 מאירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 322.

¹⁰⁴ הכלל הוא כי מקום בו בחרה התביעה הכללית להאשים אדם בעבירה א ולא בעבירה ב המתגבשת על-ידי אותה מסכת עובדתית, על בית-המשפט לכבד, בדרך כלל, את בחירת התביעה. כלל זה אינו מוגבל למקרה של הסכמה בין הצדדים. ראו ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 800; בג"ץ 752/80 מירון נ' בית הדין הצבאי המחוזי,

כי הרשעת אדם בעבירה החמורה מהעבירות המופיעות בכתב-האישום תיפגע באינטרס ההסתמכות שלו, על רקע קשיי הבנה אלו. שנית, אם בית-המשפט יחייב נאשמים בעבירות שאינן מופיעות בכתב-האישום על בסיס הודאתם בהסדר טיעון, הוא יאלץ את התביעה להסכים בעתיד לשינוי העובדות, מקום בו הדבר יידרש לצורך הבטחת הסדר טיעון על אישומים. מצב זה יגדיל את הפער בין התיאור העובדתי בכתב-האישום לבין המציאות. מטעם זה סבורני כי נכונה גישה בתי-המשפט שלא להרשיע נאשמים בעבירה חמורה מזו המוסכמת בין התביעה לבין ההגנה בהסדר הטיעון. אף-על-פי-כן, נראה, כי בכפוף לאזהרה כי הוא אינו מחויב להסדר הטיעון, סמכות בית-המשפט להרשיע בעבירה החמורה בעינה עומדת.

6.3.2.1.4. ההשלכה של שינוי כתב-האישום בהסדר על העונש

שאלה אחרת היא האם על בית-המשפט להתחשב בעובדות שבהן הודה הנאשם כשיקול לחומרה, מקום בו הוא הורשע במסגרת הסדר טיעון בעבירה מופחתת מזו שניתן היה להאשימו. כך, לדוגמה, במקרה אחד הודה הנאשם במסגרת הסדר טיעון בתקיפה בצוותא עם אחר, כאשר הנאשם היכה את הקורבן באבזם חגורה ואילו שותפו פצע את הקורבן באמצעות סכין. על-פי ההסדר שונה האישום של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות והוחלף לתקיפה חבלנית בלבד. בית-המשפט המחוזי גזר את עונשו של הנאשם לחומרה כיוון שראה בו אחראי גם לשימוש שעשה חברו בסכין. בערעור הוקל גזר-הדין. בית-המשפט העליון קבע כי בית-המשפט קמא שגה שכן "מעט שתוקן כתב-האישום כאמור, גילתה התביעה דעתה שהיא איננה מייחסת למערער אחריות לשימוש בסכין על-ידי הנאשם השני"¹⁰⁵. במקרה אחר נקבע כי נאשם שהודה במסגרת הסדר טיעון בסיוע לשוד, לא ייענש כמבצע עיקרי, גם אם מהעובדות שבהן הוא הודה עולה כי בפועל הוא היה מבצע עיקרי¹⁰⁶.

גישה זו של בית-המשפט ראויה לציון מיוחד שכן עונשו של נאשם אינו נקבע רק לפי סעיף האישום. סעיף האישום קובע לרוב את הקצה העליון של הענישה, אולם בתוך מתחם הענישה הקבוע בחוק מוסמך בית-המשפט להטיל עונש לפי שיקול-דעתו בהתאם לעובדות שבפניו. עמדת בית-המשפט, למעשה, היא כי אותן עובדות אשר היו יכולות לבסס הרשעה בעבירה חמורה יותר לא ישמשו נימוק לחומרה, אף לא בתוך מתחם הענישה הקבוע לעבירה הקלה יותר. בדרך זו, במקרה בו הומר סעיף האישום מתקיפה הגורמת חבלה של ממש לתקיפה סתם, ניתן יהיה להתחשב, בעת קביעת העונש בנסיבות שהובילו למקרה ובעוצמת המהלומות שהוטחו, אולם לא ניתן יהיה להתחשב בתוצאות המעשה – גרימת החבלה, שכן אז יעניש בית-המשפט את הנאשם בניגוד להסדר הטיעון.

מהסקירה לעיל עולה, כי על-פי הדין כיום, הסדרי טיעון על אישומים פטורים כמעט לחלוטין מביקורת שיפוטית. בית-המשפט אינו מוסמך לפסול הסדרים כאלו ואף אינו רשאי להעיר לתביעה

¹⁰⁵ מחוז שיפוט גיסות השריון, פ"ד לה' (1) 585; בג"ץ זפט (לעיל הערה 99), בעמ' 715: "אין, בדרך כלל, הצדקה לכך, שבית-המשפט יחמיר יותר מן התביעה בבחירת האישום, אם כי אינו כפות או כפוף, כאמור לעיל, לעמדתה של זו האחרונה".

¹⁰⁶ ראו ע"פ 1768/98 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

¹⁰⁶ ראו ע"פ 1820/98 אנג'ל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב' (5) 97. במקרה זה מתייחסת השופטת ביניש, שדחתה את ערעור התביעה על העונש, בהרחבה לסתירה בין חומרת המעשים בהם הודו הנאשמים לבין סעיף האישום שבו הם הורשעו וקובעת כי "סתירה זו אכן צורמת היא. אך זוהי גזירה המתחייבת מההרשעה על-פי הסדר הטיעון".

ולבקשה לשקול מחדש את ההסדר. אף אם התביעה ציינה בכתב-האישום את העובדות היכולות לגבש הרשעה בעבירה חמורה מזו שסוכמה בין הצדדים, בית-המשפט לא ירשיע את הנאשם בעבירה החמורה יותר והוא אף אינו רשאי להתחשב באותן עובדות כשיקול לחומרה בעת קביעת העונש. כפי שאראה בהמשך, מצב זה, בו אין לבית-המשפט כל אפשרות למנוע הסדרי טיעון על אישומים, פוגע במטרות ההליך הפלילי ומגדיל את החשש מפני הרשעת חפים מפשע. דין זה מפתיע במיוחד על רקע היקף ההתערבות הרחב יחסית בהסדרי טיעון על העונש, בו אדון כעת.

6.3.2.2. קבלה ודחייה של הסדרים בדבר העונש

6.3.2.2.1. סוגי הסדרים על העונש

ישנם סוגים רבים של הסדרי טיעון בעניין הטיעון לעונש. בחלקם מתחייב התובע רק להפנות את בית-המשפט לנסיבות מקלות מסוימות. לעתים הוא אך מסכים להצגת או לאיסוף ראיות מסוימות לעונש, כמו הסכמה לעריכת תסקיר מבחן. עם זאת, צוק העתים והעומס ההולך וגדל על מערכת המשפט חייבו התחייבויות מפורשות יותר אשר הולכות ונפוצות בשנים האחרונות. כך, למשל, התפתחו הסדרי "מקסימום" או "מינימום – מקסימום", על-פיהם מבקש התובע עונש שלא עולה על המוסכם בין הצדדים והנאשם רשאי לטעון בחופשיות לעונש (הסדר "מקסימום") או לטעון לעונש שלא יפחת מעונש שהוסכם בין הצדדים (הסדר "מינימום – מקסימום"). כמו כן הולך ומתרחב הנוהג של הסדרים על עונש מוסכם, על-פיהם שני הצדדים מבקשים מבית-המשפט עונש מסוים עליו הסכימו ביניהם¹⁰⁷. שאלת מבחני הדחייה של הסדרים מתעוררת בייחוד בהסדרים שבהם בקשת התובע לעונש היא מפורשת, בין אם זו בקשה לעונש מוסכם או לעונש מקסימום.

6.3.2.2.2. המחלוקת בפסיקה

בשונה מהסדרים על האישומים, בית-המשפט רשאי לחרוג מהסכמת הצדדים כאשר זו עוסקת בעונש. כך, כבר בע"פ **בחמוצקי** הובהר כי בית-המשפט אינו קשור על-ידי שום "עסקה" שנעשתה בין הנאשם לבין השלטונות תמורת הודאתו באשמה¹⁰⁸. אולם משמעות הדבר אינה כי בית-המשפט, אם מצא כי עליו לדחות את ההסדר, מבטל את העסקה. כל שבית-המשפט עושה במקרה כזה הוא להטיל על הנאשם עונש בסטייה מהמוסכם בין הצדדים. לפיכך, הנאשם אינו רשאי לחזור בו מהודאתו עקב דחיית ההסדר.

בעוד ששאלת המבחנים לדחיית הסדרים בעניין כתב-האישום לא זכתה לדיון סדור ומעמיק בפסיקה, הרי ששאלת הסטייה מהסכמות בעניין העונש היא נושא למחלוקת ארוכה וממושכת

¹⁰⁷ על לאחרונה קבעו הנחיות פרקליטת המדינה כי ככלל, ראוי להימנע מעריכת הסדרי טיעון המציעים לבית-המשפט להטיל עונש מסוים שהוסכם בין הצדדים (להבדיל מסוג עונש) ראו "הסדרי טיעון" הנחיות פרקליטת המדינה, 8.1 (21.1.94) סעיף 12. עם זאת, משיחותי שערכתי עם תובעים הנחיה זו כמעט ולא יושמה בפועל. בנתיים שונתה ההנחיה ובוטל האיסור להציע לבית המשפט עונש מוסכם. ראו סעיף 11 להנחיות פרקליטת המדינה בעניין הסדרי טיעון, לעיל הערה 58.

¹⁰⁸ ע"פ **בחמוצקי**, לעיל הערה 26, בעמ' 549.

בבית-המשפט העליון¹⁰⁹. למרות פסקי-הדין הרבים שבהם נדונה הסוגיה, טרם נתקבלה הלכה ברורה¹¹⁰. שתי גישות מרכזיות ניתנות להבחנה בפסיקה. האחת, גישתו של השופט מצא, אותה אכנה "גישת סבירות ההסדר". לפי גישה זו רק במקרים חריגים, שבהם מוצא בית-המשפט כי שיקולי התביעה בהסכימה להסדר הטיעון היו בלתי ראויים, עליו לחרוג מהעונש שעליו הסכימו הצדדים בהסדר¹¹¹. השנייה, אותה הוביל השופט גולדברג, תכונה להלן "גישת סבירות העונש". לפי גישה זו גם אם שיקולי התביעה בהגיעה להסדר היו ראויים וסבירים, על בית-המשפט לדחות את ההסדר מקום בו יש פער משמעותי בין העונש המוסכם לבין העונש הראוי, אותו היה פוסק בית-המשפט בנסיבות המקרה¹¹². על-פי עמדת השופט גולדברג, ספקות בראיות, הרצון לחסוך מקורבן העבירה את החקירה הנגדית, או הצורך לסיים בהקדם את משפטו של הנאשם כדי להעידו כנגד אחרים, הינם שיקולים לגיטימיים בהסכמת התביעה להסדר טיעון מקל, אולם הם אינם שיקולים רלבנטיים לעניין העונש שעל בית-המשפט להטיל על הנאשם. מבין יתר שופטי בית-המשפט העליון, יש הנוטים לעמדת השופט מצא¹¹³, ואילו אחרים נוטים לגישתו של השופט גולדברג¹¹⁴.

ברוב המקרים יובילו שתי הגישות לתוצאה דומה של אישור העונש המוסכם. זאת מכיוון שברוב המקרים התביעה אינה מסכימה להסדר טיעון שעל-פיו העונש המוסכם יהיה נמוך משמעותית מהעונש ההולם את המעשה. כמי שמופקדת על אכיפת החוק, ביחד עם רשויות החקירה והשפיטה, אין לתביעה עניין בהסדרי טיעון שבמסגרתם יצא נאשם בעבירה חמורה בעונש קל במיוחד. ואכן, ברוב המכריע של המקרים מקבל בית-המשפט את בקשת הצדדים וגוזר את הדין בהתאם להסדר הטיעון.

עם זאת, במקרים מסוימים יש לתביעה אינטרס בעריכת הסדר טיעון, גם אם העונש המוסכם במסגרתו קל משמעותית מהעונש ההולם. הדבר צפוי במקרים שבהם יש קושי בראיות קבילות, כאשר התביעה מעוניינת לחסוך מעד או מעדה את החוויה הקשה של מתן עדות וחקירה נגדית, כאשר התביעה מבקשת להימנע מחשיפת מידע סודי בהליך משפטי, כאשר ניהול ההליך יחייב הקצאת משאבים רבים במיוחד וצפוי להימשך זמן חריג או כאשר יש אינטרס ציבורי מיוחד אחר

¹⁰⁹ ראו א' גזל, "המבחנים לדחיית הסדרי טיעון", **הסנגור** 37 (2000) 3.

¹¹⁰ לאחרונה נדון ערעור פלילי שעסק בסוגיה זו בהרכב של תשעה שופטים, אולם טרם ניתן פסק-דין בתיק זה. ראו ע"פ 1958/99 **פלוני נ' מדינת ישראל**.

¹¹¹ ראו את עמדת השופט מצא בע"פ **לוי**, לעיל הערה 28, בעמ' 169.

¹¹² ראו שם, בעמ' 165 ובע"פ **שילוח**, לעיל הערה 82, בעמ' 678. להלן יכונה הסדר טיעון שבו מסכימה התביעה להמליץ לבית-המשפט להטיל עונש קל משמעותית כאמור "הסדר מקל".

¹¹³ ראו, למשל, פסיקת השופט זמיר בעש"מ 4542/97 **סבג נ' נציבות שירות המדינה**, פ"ד נא(5) 593, בעמ' 596 (יש לסטות מהסדר רק אם שיקולי התביעה בקבלת ההסדר פסולים או בלתי סבירים עד כי העניין הציבורי בסטייה מההסדר גובר על העניין הציבורי בקיום הסדרי טיעון); הנשיא ברק בע"פ 5725/96 **באזוב נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) (להלן: ע"פ **באזוב**) (קשיים בראיות והצורך להעיד את הנאשם כנגד אחרים מצדיקים קבלת הסדר טיעון מקל); השופט בד בע"פ 6967/94 **נקן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 397 (להלן: ע"פ **נקן**) בעמ' 404-405 (המבחן הינו האם התמורה שנתן הנאשם, כפי שהשתקפה בעת עריכת הסדר הטיעון, משרתת את עניינו של הציבור במידה המצדיקה את ההקלה המוסכמת בעונש); וכן ראו עמדת השופטת דורנר, בע"פ **נקן הנ"ל**.

¹¹⁴ ראו עמדת השופט קדמי בע"פ **שילוח**, לעיל הערה 82, בעמ' 683 ("אין די בכך שמניעי התביעה לעשיית עסקת הטיעון היו מניעים ראויים... [חייב] שישמר יחס סביר בין העונש לבין מהות העבירה שבביצועה הודה הנאשם"); וכן ראו עמדת השופט חשין, המוצגת בע"פ **לוי** לעיל הערה 28, בעמ' 174-175 הסבור כי המבחן הקובע הוא התאמת העונש המוסכם לעונש ההולם, אולם לאחר שדחה בית-המשפט את ההסדר לפי מבחן זה, עליו להתחשב גם בעובדת קיומו של ההסדר בקביעת העונש ולא למצות את הדין עם הנאשם, בשל אינטרס ההסתמכות של הנאשם ומתוך כבוד לעמדת הפרקליטות.

להימנע מניהול הליך פלילי בעניין מסוים. במקרים אלו, כוח המיקוח של הנאשם גדל והוא עלול לדרוש ענישה מקלה יותר מהרגיל עבור הסכמתו להסדר.

כך, למשל, נפסק לא אחת כי קשיים בראיות הינם עילה מוצדקת לעריכת הסדר טיעון¹¹⁵. כן רשאית התביעה להגיע להסדר טיעון מקום שהדבר דרוש כדי למנוע עבירות נוספות או להשיג ראיות כנגד עבריינים אחרים¹¹⁶. שיקולים אלו הינם שיקולים רלבנטיים כשהתביעה מחליטה על עמדתה בהסדר טיעון. אולם, לפי גישת סבירות העונש, הם אינם שיקולים רלבנטיים בבוא בית-המשפט להכריע אם לקבל את העמדה העונשית של הצדדים.

כאמור, בהסכמתה לערוך הסדר טיעון על העונש מקבלת על עצמה התביעה, ברוב המקרים, לטעון לעונש קל יותר מהעונש אותו היא הייתה מבקשת בנסיבות אחרות. בהנחיות פרקליטת המדינה נקבע כי הסדר טיעון ייערך כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הציבור¹¹⁷. ההנחיות מפנות לרשימה לא סגורה של שיקולים שהובאו בפסיקה, ביניהם החיסכון בזמן ובמשאבים, הקשיים הצפויים בהוכחת האשמה וסיבות הקשורות בנאשם, בנפגע העבירה ובנסיבות העבירה¹¹⁸. למעט השיקול של הקשיים הצפויים בהוכחת האשמה, שיקולים אלו אינם מיוחדים להסדרי טיעון והם שיקולים רגילים שגם בית-המשפט מביא בחשבון בהחליטו על העונש. מטעם זה הסכמת התביעה להקלות על בסיס שיקולים אלו אינה נוגעת כלל להסדר הטיעון. שיקולים אלו יביאו להקלה בעונשו של הנאשם גם אם הוא יורשע שלא בהסדר. לפיכך, נראה כי שיקולים אלו אינם רלבנטיים בבוא התביעה להחליט על מידת הפשרה לה ניתן להסכים בהסדר. בכל תיק, יהא החמור ביותר, אף אם אין נסיבות מקלות כלל, ניתן להגיע להסדר טיעון, ובלבד שהעונש המוסכם ייגזר מהעונש ההולם. ככלל, על התביעה להחליט בשלב הראשון מהו לדעתה העונש ההולם את המקרה על כל נסיבותיו. ההחלטה על העונש בשלב זה מביאה בחשבון את כל הנסיבות הקשורות בנפגע, בעבריו, בעבירה ובחלוף הזמן. בשלב השני עליה להחליט עד כמה ניתן להתפשר בתיק הספציפי, ולהסכים לעונש נמוך מן העונש ההולם. בדרך כלל, כאשר התיק פשוט להוכחה ואין שיקולים מיוחדים, אין מקום להסכים להקלה משמעותית בעונש. ואכן במקרים אלו, העונש המוסכם בין הצדדים אינו חורג משמעותית מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות, ולכן ההסדר מתקבל על-ידי בית-המשפט גם לפי גישת סבירות הענישה של השופט גולדברג.

ככלל, ניתן לומר, כי כאשר החיסכון בזמן ובמשאבים הוא השיקול היחידי של התביעה בהסכמתה להסדר טיעון, כפי שקורה ברוב המוחלט של הסדרי הטיעון, העונש המוסכם בין הצדדים לא נוהג לחרוג באופן משמעותי מהעונש ההולם את חומרת העבירה, למעט במקרים חריגים ביותר בהם ניהול התיק מחייב השקעת משאבים גדולה במיוחד. במקרה שסיכויי ההרשעה נראים גבוהים, ואין קשיים מיוחדים בחומר הראיות, יסכים הנאשם גם להקלה קטנה יחסית בעונשו כתמורה להודאתו, בודעו כי סירובו להסדר יוביל, קרוב לוודאי, להרשעתו ולנשיאתו בעונש חמור יותר.

¹¹⁵ ראו, למשל, דברי השופט גולדברג בע"פ שילוח, לעיל הערה 82, בעמ' 679-678; השופטת דורנר בע"פ נקן, לעיל הערה 113, בעמ' 416. השאלה האם אכן ראוי להכיר בשיקול זה כלגיטימי בעריכת הסדר טיעון ובאיזה מידה הוא מצדיק החלטה על הקלה בעונש תידון בהמשך.

¹¹⁶ ראו ע"פ נקן, שם.

¹¹⁷ ראו "הסדרי טיעון", הנחיות פרקליטת המדינה, לעיל הערה 58.

¹¹⁸ ראו גם ע"פ 4900/92 ואח' מרקוביץ, פלדר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45, בעמ' 57, המצוטט בהנחיה האמורה.

לעומת זאת, לשני הצדדים יש אינטרס להסכים על הקלה משמעותית יותר בעונש, כאשר מעורבים שיקולים אחרים בהחלטה. שיקולים אלו יכולים להיות קשיים בראיות הקבילות¹¹⁹, רצונה של התביעה לחסוך מעמד קשה לעד או לעדת תביעה, הצורך לסיים את המשפט בהקדם כדי לאפשר העדת הנאשם כנגד שותפים למעשה¹²⁰, הרצון להבטיח את מחויבות הנאשם לפעולת שיקום מיוחדת¹²¹, או קיומו של אינטרס ציבורי אחר למנוע את קיום שלב הראיות¹²². במקרים אלו, על-פי גישת השופט מצא יש לאמץ את ההסדר ואילו על-פי גישת השופט גולדברג, אף שהתביעה רשאית הייתה לערוך הסדר זה, על בית-המשפט לדחותו, אם העונש המוסכם קל משמעותית מהעונש ההולם את העבירה.

יצוין כי אף שגישות אלו הינן שתי הגישות הבולטות, ניתן לאבחן בפסיקה גם גישות ביניים. כך, לדעת השופט חשין, על בית-המשפט לדחות הסדר טיעון לפי מבחן החריגה המשמעותית שטבע השופט גולדברג. עם זאת, גם משנדחה ההסדר, יש להתחשב בקיומו כשיקול לקולא, מן הטעם שהנאשם כבר שינה מצבו לרעה ומכיוון שעל בית-המשפט לכבד את עמדת הפרקליטות. לפיכך, למרות שאין להסתפק בעונש לו עתרו הצדדים, יש להטיל עונש קל יותר מן העונש שהיה מוטל אילולא נערך הסדר טיעון¹²³. השופט דורנר סבורה כי מקום בו התביעה הגיעה להסדר טיעון סביר על בסיס שיקולים רלבנטיים, על בית-המשפט לכבדו. בכך דומה עמדתה לעמדת השופט מצא. עם זאת, לגישתה, מכיוון שהסמכות לגזור את הדין (בשונה מהסמכות לנסח את כתב-האישום) נתונה לבית-המשפט, ביקורתו אינה מתמצית בקביעה כי החלטת התביעה לא חרגה ממתחם הסבירות, אלא עליו לבחון האם הוא עצמו היה מגיע לאותו הסדר בנתונים דומים. למרות השוני הדק בניסוחים, ספק אם יש הבדל מעשי גדול בין גישת השופט דורנר לבין גישת השופט מצא שכן השופט דורנר סבורה שבית-המשפט, בבחנה את סבירות ההסדר, אינו פועל בחלל ריק ועליו לתת משקל נכבד לעובדה שהנאשם שינה מצבו לרעה, כמו גם לעובדה שהתביעה סברה שההסדר ראוי¹²⁴. נראה כי כאשר שני שיקולים אלו מצטרפים לשיקולי בית-המשפט בבחנה את סבירות ההסדר, נוצר למעשה מתחם סבירות שבתוכו רשאית התביעה לפעול בלא שההסדר ייפסל. לפיכך, בדיון להלן אתמקד רק בשתי הגישות הקוטביות בפסיקה.

6.3.2.3 דחיית הסדרי טיעון – הצורך בשינוי הדין

כפי שראינו בפרק הקודם, הסכמות על ענישה מקדמות את ההליך הפלילי. הן מקדמות את הרתעת מערכת המשפט הפלילי, מקטינות את שיעור החפים מפשע המורשעים בדין, מאפשרות הטלת חיובים מיוחדים על הנאשם הניתנים לביצוע רק בהסכמתו, עשויות להקל עם הקורבן ועם העדים ולצמצם את העומס, עינוי הדין והפגיעה בזכויות הנאשמים עקב כך. עם זאת, כדי לצמצם את החשש של הרשעת חפים מפשע, יש למנוע הסכמות הכוללות בחובן פשרות גדולות, בהיעדר נימוק מיוחד להסכמות אלו. הסדרים שהעונש במסגרתם סוטה משמעותית לקולא מהעונש

¹¹⁹ ראו ע"פ שילוח, לעיל הערה 82, בעמ' 678.

¹²⁰ ראו ע"פ באזוב, לעיל הערה 113.

¹²¹ כמו, למשל, להשיג את הסכמת עבריין מין לטיפול לדיכוי היצר המיני או להשיג הסכמתו של עבריין אחר לתיקון נזקי העבירה, ראו להלן בטקסט הצמוד להערה 70 בפרק 7.

¹²² ראו בפירוט לעיל סעיף 5.2.13.

¹²³ ראו בע"פ לוי, לעיל הערה 28, בעמ' 174-175.

¹²⁴ ראו ע"פ נקן, לעיל הערה 113, בעמ' 417-418.

ההולם, עשויים ללמד כי הצדדים סבורים שיש קשיים בראיות נגד הנאשם. אמנם, לעתים ישנו הסבר אחר להסכמת התביעה לענישה מקלה כזו. אולם כאשר לא ניתן למצוא הסבר אחר להקלה החריגה, גדל החשש כי הפשרה נועדה לעודד נאשם אשר אין נגדו די ראיות, ולכן הסיכוי שהוא חף מפשע גדול מהמוצע. השאלה היא האם כללי ההתערבות השיפוטית בהסדרי טיעון שנסקרו לעיל מתמודדים נכונה עם המעלות והקשיים של הסדרי טיעון.

בחלק זה אטען כי גישת הפסיקה מחייבת שינוי בשלושה תחומים. ראשית, אטען, כי התערבות בית-המשפט בהסדרים על העונש, לפחות לפי גישת השופט גולדברג, רחבה מידי, ויש לצמצמה. אין מקום להתערבות שיפוטית בהסדרי טיעון לקידום ההרתעה. יש להגביל את התערבות בית-המשפט רק למקרים שבהם שיקולי התביעה פסולים, החלטתה חורגת ממתחם הסבירות או שהעונש המוסכם חורג באופן קיצוני לקולא ואין נימוק אחר, למעט חולשת הראיות בתיק, שיכול להסביר הקלה זו. בנוסף יש להרחיב את ההתערבות לקולא, כדי להגן על נאשמים המסכימים להסדרי טיעון בלתי הוגנים. שנית, אטען, כי התערבות בית-המשפט בהסדרי טיעון על אישומים מצומצמת מידי, וכי יש להרחיבה. במצב בו הסדרים על אישומים אינם נתונים לביקורת שיפוטית יכולים הצדדים להשתמש בהסדרים אלו כדי לעקוף את המגבלות הפסיקטיות המוטלות על הסדרים על העונש. זאת ועוד, מצב זה מעודד את הצדדים להעדיף דווקא הסדרים על האישומים שחסרונותיהם רבים. הסדרים אלו פוגעים באמינות תוצאת ההליך הפלילי, במהימנות המרשם הפלילי, ויוצרים חוסר ודאות מיותר. לפיכך אציע לקבוע מנגנון ביקורת על הסדרים על אישומים ולקבוע כי הסדרים על אישומים יאושרו רק במידה שניתן להצדיק את שינוי כתב-האישום במחלוקת עובדתית או ראייתית אמיתית בין הצדדים באשר לתקפות האישומים, בבעיות ראייתיות, בשוליות הפרטים או האישומים שהוסרו או בהצדקה מיוחדת אחרת. בכל מקרה אחר, יש להעדיף הסדר על העונש. שלישית, אטען, כי אופן התערבות בית-המשפט כאשר הוא סבור שיש לדחות את ההסדר לקוי. כיום משדוחה בית-המשפט הסדר על העונש הוא מסתמך על הודאת הנאשם ומטיל עליו עונש חמור יותר. אף שהדבר נעשה לאחר שהנאשם הוזהר על אפשרות זו, תוצאה זו פוגעת לדעתי באינטרס ההסתמכות שלו. כיוון שפשרות גדולות בעונש עלולות להוות איתות לחפות הנאשם, דרך התערבות זו מגדילה את החשש כי דווקא נאשם חף יורשע וייענש בעונש חמור במיוחד, ופוגעת ביכולת להגן על נאשמים חפים בהליך של הסדרים. גישת התערבות זו מגדילה את חוסר הוודאות של ההליך הפלילי ואת הסיכונים הטמונים בו ויוצרת, שלא לצורך, תמריצים להתנהגות אסטרטגית מצד ההגנה ועוד שלב של "הימור" במסגרת החלטותיה. היא פוגעת במיוחד בנאשמים שאינם זוכים לייצוג טוב ולכן עלולים לטעות, יותר מאחרים, בהערכת תגובת בית-המשפט להסדר הטיעון. גישה זו גם עלולה לעודד שינויים פיקטיביים של כתב-האישום במסגרת הסדרים על אישומים. יתרה מזאת, שיטת התערבות זו לא יוצרת לתביעה שום תמריץ לנסות להציע הסדרים תקפים, שכן כאשר ההסדר נדחה הנאשם מורשע בכל מקרה ואף מוטל עליו עונש חמור. הדבר מעלה חשש כי התובעת, גם אם תדע שהסיכוי שההסדר יאושר אינו גבוה, תסכים לו, ולכן הדבר מחמיר את בעייתו של הנאשם אשר המידע שבידו על עמדת בית-המשפט מוגבל יותר. לפיכך, סבורני, כי משנדחה הסדר טיעון יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו, ולנהל הליך משפטי מלא, לפחות כאשר כך הוסכם בין הצדדים. במהלך הטיעון אציג גם כיצד ניתן, מן הבחינה הפרקטית, להבטיח ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הסדרי הטיעון כמוצע כאן. להלן אעמוד על שלוש נקודות הביקורת הללו.

6.3.2.3.1 דחיית הסדרים על העונש

בחלק זה אטען כי ההתערבות של בית-המשפט בהסדרי טיעון לעונש צריכה להיות בדרך כלל מוגבלת למטרת הגנה על נאשמים. הנטייה של בית-המשפט, בייחוד לפי גישת סבירות העונש, לדחות הסדרי טיעון כדי להגן על אינטרסים ציבוריים אחרים, בעיקר אינטרס ההרתעה, שגויה ראשית, היא שגויה מכיוון שתפקיד ההגנה על האינטרסים הציבוריים מונח קודם כל בידי התביעה, וכל עוד זו פעלה כדין, אין מקום שבית-המשפט יקבל החלטה המנוגדת לעמדתה לשם קידום אינטרסים אלו. שנית, היא שגויה מכיוון שהיא יוצרת לתביעה ולהגנה תמריצים לקבע את שיקול-דעתו של בית-המשפט בדרכים אחרות הפוגעות יותר במטרות ההליך הפלילי, כגון באמצעות הסדרים על אישומים או הסתרת עובדות מבית-המשפט. ובעיקר היא שגויה מכיוון שהיא מובילה לתוצאה ההפוכה מזו שאליה שואף בית-המשפט בהתערבותו. התערבות זו במתכונתה כיום פוגעת בהרתעה ובאינטרסים הציבוריים האחרים. מנגד, דווקא כאשר נדרשת התערבות שיפוטית בהסדר טיעון להגנה על הנאשם, בית-המשפט נמנע מהתערבות זו, או, חמור מכך, מתערב באופן המחמיר את מצבו של הנאשם. כך, בית-המשפט מכיר בקשיים בראיות כשיקול לגיטימי של התביעה להסדר טיעון מקל. אולם דווקא שיקול זה, אם השימוש בו לא מסוייג, עלול להגדיל את הסיכוי להרשעת חפים מפשע. בדומה, בית-המשפט שמטיל במקרים רבים עונשים החמורים מהעונש המוסכם, נמנע כמעט לחלוטין מסטייה לקולא. מכיוון שהנאשם צפוי להיות הצד הפחות מקצועי, הימנעות בית-המשפט מבחינת ההוגנות של הסדר הטיעון עם הנאשם על רקע מדיניות הענישה בהסדרי טיעון בעבירות דומות, פוגעת באותם נאשמים שמסכימים להסדר בשל טעות בשיקול-דעת או בשל כשל בייצוג.

אף שגישת סבירות העונש של השופט גולדברג עדיין מתחרה על הבכורה בפסיקה, הביקורת בפרק זה תתמקד בגישה זו. באמצעות הביקורת אראה את יתרונה של גישה אחרת, אותה אציג במהלך הדיון, הקרובה (אף כי לא זהה) לגישת סבירות ההסדר של השופט מצא.

השופט גולדברג מנמק את עמדתו בצורך להרתיע. לגישתו, קבלת הסכמות על ענישה מקלה מידי פוגעת בהרתעה של מערכת האכיפה, ועל-כן באינטרס החברתי במניעת הישנות העבירה¹²⁵. בלשונו "קיומו של פער משמעותי בין העונש המוסכם בהסדר הטעון לעונש הראוי, מחטיא, לדעתי, את מטרתו של המשפט הפלילי, ואין הוא מתיישב עם ההיבט ההרתעתי, הכללי והאינדיבידואלי, הנדרש כדי להגן על הערך החברתי הנתון בסכנה מהישנות העבירה". אולם, כפי שהראיתי בהרחבה לעיל, אין לטענה זו כל ביסוס. למעשה, ההיפך הוא הנכון. הסדרי טיעון, ככל הליך של ענישה בהסכמה, מאפשרים לתביעה לחלק את משאביה המוגבלים באופן שיאפשר העמקת האכיפה ושיפור ההרתעה¹²⁶.

זאת ועוד, גישת "סבירות העונש" מונעת אפשרות להגיע להסדרי טיעון דווקא באותם מקרים שבהם יש חשיבות מיוחדת בעריכת הסדר כזה¹²⁷. במרבית המקרים, התביעה תסרב להציע עונש הקל משמעותית מהעונש ההולם את המעשה. באותם מקרים, ההסדרים יאושרו אף לפי גישת

¹²⁵ ע"פ לוי, לעיל הערה 28, בעמ' 165.

¹²⁶ ראו לעיל סעיף 5.2.1.

¹²⁷ ראו גזל, לעיל הערה 109.

"סבירות העונש". לעומת זאת, במקרים אחרים, לתביעה אינטרס מיוחד להימנע מניהול הליך פלילי. דווקא באותם מקרים, איסור על עריכת ההסדר יגרום נזק גדול. כך המצב כאשר התביעה מעוניינת להימנע מלהעלות לעדות עד או עדה אשר צפוי כי ייפגעו קשות ממעמד העדות; כאשר ניהול ההליך יחייב לחשוף בבית-המשפט מידע סודי, כגון מידע ביטחוני או שיטות פעולה של המשטרה; או כאשר ניהול המשפט יחייב הבאת עדים רבים, והליך ממושך וארוך, שיגזול משאבים רבים של בית-המשפט, התביעה וגורמי אכיפה אחרים. בכל אחד מהמקרים הללו יש לתביעה אינטרס מיוחד לסיים את ההליך בהסדר¹²⁸. במקרה כזה ניתן להבטיח תגובה עונשית מהירה, ולפנות משאבי שיפוט ותביעה לתיקים רבים אחרים. כמו כן כאשר סיועו של הנאשם דרוש לשם חקירת עבירות של אחרים, יש ורק הסכמה לענישה מקלה תאפשר השגת סיוע זה. בכל המקרים הללו, ובמקרים אחרים שבהם קיים אינטרס מיוחד להימנע מניהול הליך פלילי מלא¹²⁹, לתביעה עשוי להיות אינטרס להציע עונש החורג משמעותית לקולא מהעונש הצפוי לנאשם אם יורשע¹³⁰.

הגבלת הסדרים אלו, תחייב את התביעה להחליט בכל מקרה ומקרה האם לפגוע באינטרס הציבורי שלא לנהל הליך משפטי או לוותר על העמדת הנאשם לדין. לעתים תעדיף התביעה לסגור את התיק כדי שלא לפגוע בעדת התביעה, כדי שלא לחשוף סודות ביטחוניים או אחרים, כדי לאפשר חקירת תיקים אחרים, כדי לחסוך את ההליך הארוך והיקר במיוחד הצפוי או כדי להימנע מפגיעה באינטרס מיוחד אחר. במקרים אחרים יוקרב האינטרס המיוחד לצורך ניהול ההליך. כאשר התביעה תוותר על התיק, ייפגע האינטרס הציבורי באכיפת החוק. כאשר היא תחליט לנהלו, היא תפגע באינטרס המיוחד שהצדיק הימנעות מניהול ההליך. התוצאה תהיה שחלק מהעבריינים בתיקים קשים אלו יזכה לעונש חמור ההולם את העבירה אולם חלק גדול אחר לא יענש כלל, למרות חומרת העבירות שביצע. בנוסף, נפגעי עבירה רבים ייאלצו לעמוד על דוכן העדים למרות הפגיעה הקשה הכרוכה בכך, אינטרסים ביטחוניים או ציבוריים במידע חסוי ייפגעו, זמן שיפוטי ותביעתי רב יושקע בתיק, במקום שיפונה לטיפול בתיקים אחרים ולשיפור ההרתעה של מערכת האכיפה ועבירות שניתן היה לחשוף תוך הסתייעות בנאשמים לא ייחשפו¹³¹. ההגבלה על הסדרי טיעון מקלים מונעת מרשויות האכיפה לאזן טוב יותר בין האינטרסים הנוגדים¹³².

לכאורה, ההתערבות השיפוטית בהסדרים מקלים אינה שוללת הסדרים אלו. בית-המשפט אינו אוסר על הסדרי טיעון מקלים כאשר ישנם שיקולים המצדיקים זאת. בע"פ שילוח הבהיר השופט גולדברג, כי שיקולים מעין אלו הם שיקולים ענייניים. על בסיסם רשאית התביעה להגיע להסדר טיעון מקל. עם זאת, השופט גולדברג מפריד בין שיקולי התביעה לבין שיקולי בית-המשפט בקביעת העונש. לדבריו:

¹²⁸ לנימוקים אפשריים לרצון התביעה להימנע מהליך ראו בהרחבה לעיל סעיף 5.2.13.

¹²⁹ בפסיקה מוזכר אינטרס נוסף להצדקת הסדרי טיעון מקלים, והוא הקושי בראיות. אדון בשיקול זה בנפרד בהמשך.

¹³⁰ יצוין כי אם אין אינטרס מיוחד להימנע מקיום ההליך ואין כל הצדקה אחרת להקלה המשמעותית בעונש, ההסדר יחשב בלתי סביר אף לפי גישת סבירות ההסדר, ולכן ייפסל גם לפי גישה זו. כיוון שכך לא ניתן להצדיק את גישת סבירות העונש בהתבסס על חשש זה.

¹³¹ ראו בפירוט במאמרי, לעיל הערה 109 וכן לעיל סעיף 5.2.1.

¹³² ראו לעיל סעיף 5.2.13.

"לצורך הבחינה אם העונש שבהסדר הטעון חורג באופן משמעותי מהעונש הראוי בנסיבותיו של המקרה, על בית-המשפט ליתן דעתו רק לנסיבות הרלבנטיות שיש בהן להשפיע על העונש (ובכלל זה הודאת הנאשם). נסיבות רלבנטיות כאלה אינן בהכרח אותן נסיבות רלבנטיות שהביאו את התביעה (ואשר לרוב אינן גלויות בשלב זה לנאשם) להגיע להסדר הטעון. שיקול רלבנטי הוא לתביעה, בידעה (או בהעריכה) את חוסר סיכוייה להוכיח את האשמה שהיא מייחסת לנאשם, להעדיף הסדר טעון עמו לפיו יודה בעובדות שבכתב-האישום, על פני זיכוי. שכן, בהכירה את חומר הראיות שבתיק החקירה משוכנעת התביעה באשמת הנאשם אולם לעניין העונש המוסכם אין בידי התביעה גם במקרה כזה לחרוג באופן משמעותי מן העונש הראוי. שכן, השיקול הכרוך בסיכויי ההרשעה אינו יכול להיות רלבנטי לבית-המשפט בשקילת העונש הראוי, ואין הוא רשאי להתחשב בו כללי"¹³³.

בשלב זה איני מבקש להתייחס לשאלה האם קשיים בראיות יכולים להוות שיקול ענייני בקביעת הסדר טעון. בשלב זה אבקש לבחון אך את רעיון ההפרדה בין שיקולי התביעה בהסדר טעון לבין שיקולי בית-המשפט בקבלת ההסדר. האם אכן ניתן, באמצעות הפרדה זו, להתיר לתביעה להגיע להסדרים מקלים בלי לפגוע בחומרת העונשים המוטלים? אם כך הוא המצב, לכאורה מעורבות בית-המשפט אינה פוגעת בהרתעה או באינטרסים המיוחדים נגד ניהול הליך. התביעה תוכל להגיע להסדרי טעון כאשר הדבר דרוש. היא תוכל להציע לטעון לעונשים מקלים, ככל שהדבר יידרש בהתאם לנסיבות. משמעות ההתערבות הינה רק כי בית-המשפט מצדו לא יכבד הסדרים אלו, ויטיל על הנאשמים עונש כבד מזה שהוסכם עם התביעה. התערבות בית-המשפט בהסדרים מאפשרת, כך נראה, לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה.

אלא שבחינה מעמיקה יותר מעמידה את ההפרדה שעורך השופט גולדברג בין שיקולי התביעה לבין שיקולי בית-המשפט באור שונה. אם בית-המשפט יפסול כל הסדר שהעונש המוסכם בו נמוך משמעותית מהעונש ההולם, התוצאה, במקרים שהסדר כזה דרוש, תהיה אחת משתיים: ברוב המקרים, כאשר הנאשם יפעל על בסיס מידע נכון באשר להלכה המשפטית, הוא יבין כי אין כל משמעות להסכמת התביעה לעונש המקל, ועל-כן יסרב להצעה; במקרים אחרים, התביעה תוכל לנצל את בורותו של הנאשם, להבטיח לו לטעון כמוסכם ביניהם, ורק לאחר שהוא ויתר על זכותו למשפט הוא ימצא עצמו נענש בעונש חמור. במקרים מן הסוג הראשון, התוצאה תהיה זהה לאיסור על הסדרים ולכן לא תוכל להביא מזור לבעיה. במקרה השני, ההליך לא יהיה אלא ניצול ציני של בורות הנאשם. הסתמכות על כך שהנאשם לא יבין שלוויתור התביעה בהסדר אין כל משמעות פרקטית, אינה הולמת תפיסה בסיסית של הליך הוגן. הרעיון שתביעה תוכל להפיק את התועלת מוויתור הנאשם על זכותו למשפט, רק בהתבסס על חוסר הבנת הנאשם את הדין ואת העובדה שבית-המשפט נדרש לדחות את ההסדר שנערך עמו, נראה, כך אני סבור, כמעט כמו תרמית ברשות החוק. לפיכך, אין לדעתי להצדיק את ההתערבות השיפוטית על רעיון הפרדת השיקולים של התביעה ושל בית-המשפט.

לסיכום חלק זה, ראינו כי לא ניתן להצדיק את גישת ההתערבות הנרחבת שמציע השופט גולדברג על הצורך לקדם את ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית. הנימוק שמביא השופט גולדברג לגישתו נופל אם כן. האם ישנם נימוקים אחרים שיכולים להצדיק גישה זו?

¹³³ ראו ע"פ שילוח, לעיל הערה 82, בעמ' 678.

ניתן לטעון כי הצורך למנוע הסדרי טיעון מקלים במיוחד נובע מן הצורך לקדם את השוויון בענישה. לכאורה, הסדר המקל עם הנאשם יתר על המידה גורם לפערי ענישה גדולים בינו לבין נאשמים אחרים שהורשעו בעבירות דומות, ופוגע בשוויון. אלא שאם לא ניתן יהיה לערוך הסדרי טיעון מקלים יגדל גם חוסר השוויון בתגובה העונשית של מערכת המשפט. כאמור סביר שהתובעת תמליץ על עונש קל באופן חריג רק כאשר התביעה, כמופקדת על האינטרס הציבורי, תחשוש שייגרם נזק חריג בניהול התיק. איסור על מתן תוקף להסדר טיעון זה, יוביל נאשמים לסרב להסדרים שההבטחות המוצעות בהם אינן ניתנות למימוש. במצב זה, יהיו מקרים בהם תעדיף התביעה לפגוע באינטרס האחר (של הקורבן או של הציבור) כדי להבטיח את הרשעת הנאשם, ואילו במקרים אחרים היא תעדיף לוותר על ניהול ההליך כדי להגן על האינטרס האחר¹³⁴. בדרך זו, נאשמים אשר ביצעו מעשה דומה, יזכו ליחס שונה בתכלית. חלקם יורשעו וייענשו במלוא חומרת הדין והאחרים יצאו פטורים בלא כלום. אימוץ הגישה המחמירה יגרום, בנוסף לפגיעה בקורבן או באינטרס הציבורי, גם להגברת חוסר השוויון בין הנאשמים שביצעו מעשים דומים¹³⁵.

זאת ועוד, במצב הנוכחי, אימוץ גישת השופט גולדברג לא יוכל למנוע מהצדדים לממש את רצונם להגיע להסדר פשרה. זו הייתה מסקנת בית-המשפט העליון של ארצות-הברית, אשר החליט כי יש להכיר בקיומם של הסדרי טיעון בין השאר כדי להבטיח כי ההסדרים ייערכו לאור השמש ולא בהיחבא כפי שהיה קודם להכרה בהם¹³⁶. בארץ, יש להניח כי המגבלות על הסדרי טיעון מקלים תובילנה את הצדדים לשלב בהסדר הטיעון על העונש גם הפחתה של סעיפי האישום כדי להבטיח שהעונש המוסכם יהלום את המתואר בכתב-האישום. כפי שהראיתי לעיל, בית-המשפט אינו מתערב בהסדרים על הפחתת אישומים ולכן כאשר העונש המוסכם יהלום את כתב-האישום (אף כי לא את העבירות שבוצעו באמת) יאומץ ההסדר. אלא שכפי שאראה בהמשך, להסדר הכולל גם שינוי של כתב-האישום חיסרון משמעותי. הסדר כזה פוגע באמינות הרישום הפלילי, שכעת אינו משקף את מספר העבירות שביצע הנאשם ואת חומרתן. פגיעה זו באמינות המרשם הפלילי מונעת מבית-המשפט מידע הדרוש לו לשם הטלת עונש הולם במקרים עתידיים, אם הנאשם יורשע בעבירות נוספות.

אימוץ גישת השופט גולדברג עלול גם לגרום לתוצאה ההפוכה מזו שאליה התכוונו תומכיה, גם מזווית נוספת. כאשר נאשמים יעמדו בפני סיכון גדול יותר שבית-המשפט ידחה את הסדר הטיעון, ההסדר יהיה פחות אטרקטיבי עבורם. אם במערכת המכבדת הסדרים היה הנאשם מסכים

¹³⁴ כך, למשל, ייתכן שבמשטר שבו נוהגת גישת סבירות העונש, ניתן יהיה להשיג הסכמת אדם לסייע לרשויות האכיפה לאסוף ראיות כנגד עבריינים אחרים בתמורה להמלצת התובעת להטיל עליו עונש מוסכם מסוים. אולם אם בית-המשפט צפוי לדחות המלצה זו נוכח הפער בין העונש לבין חומרת העבירה, ייתכן והדרך היחידה להבטיח את קבלת הסיוע תהיה באמצעות הבטחה להימנעות מהגשת כתב-אישום כלל. דוגמא אפשרית אחרת למצב כזה יכולה להיות מקום בו יש מחלוקת בין הצדדים באשר לחובה להסיר תעודת חסיון. כפי שציין בית-המשפט מספר פעמים, מקום בו הראייה החסויה חיונית להגנת הנאשם, אין להותירה חסויה בלא כל קשר למידת הפגיעה שתהיה בחשיפתה. ראו, למשל, ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, בעמ' 738-736. במשטר שבו מותרים הסדרים, תוכל התביעה להציע לנאשמים עונש מופחת בתמורה להודאתם, כדי למנוע את הדיון על הסרת תעודת החסיון. במשטר בו הסדרי טיעון מקלים אינם מחייבים, תגיע המחלוקת לבחינת בית-המשפט. אם בית-המשפט יחליט לדחות את הבקשה להסרת חסיון, יוענש הנאשם (בהנחה שירשע) בעונש "מלא", ואילו אם הוא יחליט לקבלה, והתביעה תראה בחשיפת החומר משום פגיעה קשה באינטרסים של מדינה או הציבור, לא תהא לה ברירה אלא להסכים לזיכוי של הנאשם.

¹³⁵ לדיון נרחב בטענת השוויון ראו לעיל סעיף 5.2.3.

¹³⁶ ראו, למשל, פסק-דין של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית *Borderkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978): "a rigid constitutional rule that would prohibit a prosecutor from acting forthrightly in his dealings with the defense could only invite unhealthy subterfuge that would drive the practice of plea bargaining back into the shadows from which it has so recently emerged"

להסדר מסוים בתמורה לויתור על זכותו להימנע מהפללה עצמית, כאשר קיים סיכוי גדול כי בית-המשפט ידחה את ההסדר, עשוי הנאשם להעדיף לנסות לעורר ספק בהליך שיפוטי מלא. התביעה, שהאינטרסים הציבוריים או שמגבלות המשאבים שלה מחייבים אותה עדיין לסיים תיקים רבים בהסדר, תאלץ להתגמש יותר כדי שהנאשמים יסכימו להסדרים. לפיכך, התביעה תאלץ להסכים להסדרים מקלים עוד יותר, כאלו שההקלות הגלומות בהם תעודדנה את הנאשמים להסכים להסדר למרות החשש מדחייתו. במילים אחרות, נוכח הסיכון החדש שההסדר יידחה על-ידי בית-המשפט, ידרוש הנאשם "פרמיית סיכון" בדמות הקלה נוספת בעונש. תוצאת מהלך כזה תהיה הפחתה נוספת בעונשים שיוטלו בהסדרי טיעון¹³⁷.

תופעה דומה תתרחש אם עקב גישת סבירות העונש, תאלץ התביעה לערוך יותר הסדרים על סעיפי האישום. הסדרים אלו מחייבים הרשעה על בסיס עובדות לא מדויקות ורישום לא מדויק של העבירה במרשם הפלילי¹³⁸. ראינו בדוגמא שהובאה בחלק הקודם, כיצד תובע שביקש להגיע להסדר מקל עם נאשם באונס בלא להכפיפו לאישור שיפוטי, עשה זאת באמצעות האשמתו בתקיפה בלבד. בנוסף לחיסרון זה, הסדרים על אישומים גם מגדילים את חוסר הוודאות של הנאשם באשר לעונש. מעבר לפגיעה שסיכון זה גורם לנאשמים, לחוסר הוודאות גם השפעה מערכתית על יכולתה של התביעה להשיג ענישה קרובה ככל הניתן לעונש ההולם. הנאשמים, נוכח הסיכון הטמון בהסכמה להסדרים אלו, ידרשו הקלות משמעותיות יותר בתמורה להסכמתם להודות, כפיצוי לסיכון אותו הם לוקחים על עצמם. עקב כך תיפגע רמת הענישה, מעבר לפגיעה הצפויה כאשר הצדדים יכולים להגיע להסכמה מחייבת על עונש מוסכם.

בעוד שהשופט גולדברג מצדיק את ההתערבות של בית-המשפט בהסדרי טיעון בעיקר בנימוק תוצאתני – הצורך להבטיח הרתעה – אחרים מתמקדים בנימוקים מבניים. כך, יש בבית-המשפט הסבורים כי הסתמכות נרחבת מידי של בית-המשפט על הסכמת הצדדים משמעה התנערותו ממילוי חובתו לקבוע את העונש. תפקיד הטלת העונש, כך על-פי הטענה, הוטל על בית-המשפט. הוא אשר צריך לבחון את הנסיבות ולהכריע על-פיהן. בקבלה אוטומטית של הסדרי טיעון יש, כך נטען, משום התנערות ממילוי תפקיד זה.

איני סבור כי ניתן לבסס את מבחני ההתערבות הרחבים על טענה זו. לדעתי, אין בשיטת המשפט שלנו דבר הסותר הסתמכות על הסכמת הצדדים. בשיטת המשפט האינקוויזיטורית הנחת המוצא היא כי בהליך פלילי תפקידו של בית-המשפט לברר באורח עצמאי את מלוא העובדות הנדרשות לקביעת החפות או האשמה וחומרת המעשה¹³⁹. אין הוא תלוי ברצונם הטוב של הצדדים. מטעם זה אין בשיטה זו הליך פורמלי של הודאה באשמה, המלמד על היעדר מחלוקת ומביא למעשה לסיום הבירור. הודאת הנאשם בעדותו הינה אך עוד ראיה (גם אם ראיה בעלת משקל מכריע לרוב) לאשמתו. בדומה, אין בית-המשפט כפוף לאישומים שפורטו על-ידי התובעת. התביעה גם אינה

¹³⁷ ראו R.E. Scott & W.J. Stuntz, "Plea Bargaining as Contract" 101 *Yale L.J.* (1992) 1909, p. 1956; וכן S.M. Sigman, "An Analysis of Rule 11 Plea Bargain Options", 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 1317

¹³⁸ ראו לעיל בסעיף 5.2.10.

¹³⁹ כמובן שאין שיטה אינקוויזיטורית אחידה, וההליך הפלילי שונה ממדינה אחת לשנייה. כמו כן, עם שנים חלו התפתחויות משמעותיות בהליך האינקוויזיטורי, כגון הפרדה בין שלבי החקירה והמשפט. לפיכך התיאור להלן יתייחס לעקרונות מבחינים מאפיינים תוך שימוש מודע בהכללות. לקווי המתאר המבחינים בין שתי שיטות ההליך הפלילי ראו מ' קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** יז (תשמ"ח) 475, בעמ' 477-478 והמקורות שם, וכן ראו לעיל ראשית סעיף 4.3 לעיל.

מוסמכת לחזור בה מאישומים או לבטל את כתב-האישום. בית-המשפט מחויב לברר את העובדות בתורת עצמאי, והוא אינו כפוף לעמדת הצדדים, גם כאשר יש ביניהם הסכמה.

לעומת זאת, כפי שראינו בפרק הקודם, גישת השיטה האדוורסרית שונה¹⁴⁰. ההנחה בבסיס שיטה זו היא כי האמת בדבר החפות או האשמה תתגלה כאשר שני צדדים יריבים ינסו להציג את טענותיהם הקוטביות ולהוכיחן. יש הטוענים כי דרך זו אפקטיבית יותר לחשיפת האמת ואף יש מי שמצדיקים שיטה זו בטענה כי היא משרתת את ההגנה על חירויות הפרט¹⁴¹. בכל מקרה, עיון בכללי הדיון מלמד כי בשיטת המשפט הישראלית תפקיד בית-המשפט הוא להכריע במחלוקות בין הצדדים. מטעם זה עובדה בה הודה נאשם רואים אותה כמוכחת כלפיו¹⁴². מטעם זה לתביעה שליטה כמעט מוחלטת על ההחלטה אם לפתוח בהליך, אילו אישומים להגיש, אם לחזור מאישומים וכיוצא באלה. אמנם יש בחוק מספר חריגים המסמיכים את בית-המשפט לפעול מיוזמתו ולהביא ראיות או לקבוע עובדות והאשמות בניגוד לעמדת הצדדים¹⁴³, אולם בית-המשפט נוהג בריסון בשימוש בסמכויות אלו, ורק במקרים נדירים הוא יעשה בהן שימוש בניגוד לעמדת שני הצדדים. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה "שיטת המשפט שלנו היא אדוורסרית... ותפקיד הגשת חומר הראיות מוטל עקרונית על הצדדים ולא על בית-המשפט. מעורבות שיפוטית יתרה, לו גם מתוך רצון כן להגיע לחקר האמת, טומנת בחובה סכנה"¹⁴⁴.

כך לגבי בירור קביעת האשמה¹⁴⁵. מטעם זה נותרת בידי התביעה סמכות רחבה ביותר, וכמעט בלתי מוגבלת, להגיע להסדר טיעון בעניין האישומים. השאלה היא האם יש מקום לגישה שונה בעניין קביעת העונש. במילים אחרות, האם יש הצדקה לקבוע כי בקביעת העונש בית-המשפט אינו משמש עוד כפוסק במחלוקת בין הצדדים ועליו לקחת לעצמו תפקיד פעיל ולפסוק גם בניגוד לעמדת הצדדים. השופט חשין סבור שהתשובה בחיוב.

"נזכיר וניזכר כי לא כל ההליך הפלילי גזור על-פי אותה מידה: לתביעה במשפט הפלילי שליטה רבה, לעתים שליטה מוחלטת (בכפוף לפיקוח בג"ץ) על עצם הגשתו של כתב-אישום לבית-משפט; על העבירה שהנאשם יעמוד בה לדין; על המשכס של ההליכים או על עיכובם; לעניין ויתור על חלק מן האישומים שהועלו נגד נאשם בכתב-האישום המקורי; לעניין שינוי אישומים מאישום כבד לאישום קל יותר. יחיד ומיוחד הוא נושא העונש, שלתביעה נועד בעניינו - תמיד - תפקיד של גוף ממליץ; וגם אם המלצתה של התביעה ראויה היא למשקל משל עצמה - והרי שותפה בכירה היא לבית-המשפט במלחמה בפשע - הנה בעל-סמכות-המלצה לא ייצא לעולם מגדרו של בעל-סמכות-המלצה, והוא אינו בעל סמכות החלטה על-פי-דין."¹⁴⁶

מדברים אלו עולה לכאורה כי הכללים האדוורסריים הבסיסיים החלים בהליך בשלב בירור האשמה אינם בתוקף בשלב קביעת העונש. ההליך, בלשון השופט חשין, אינו גזור כולו על-פי

¹⁴⁰ ראו בהרחבה לעיל סעיף 5.2.7.

¹⁴¹ ראו M.H. Freedman, "Our Constitutionalized Adversary System", 1 *Chapman L. Rev.* (1998) 57.

¹⁴² ראו סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁴³ ראו, למשל, סמכותו של בית-המשפט להביא ראיות מטעמו גם בלא שנתבקש לעשות כן על-ידי הצדדים בסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי וסמכותו להרשיע נאשם בעבירה על-פי עובדות שלא נטענו בכתב-האישום בסעיף 184 לחוק.

¹⁴⁴ ע"פ אסיס, לעיל הערה 81, בעמ' 668. הכלל הוא כי בית-המשפט רשאי לשאול שאלות הבהרה אולם עליו להקפיד על גבולות סבירים ולהימנע מליטול את מלאכתם של בעלי הדין. ראו ע"פ 1996/91 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 837.

¹⁴⁵ וראו על כך גם לעיל סעיף 5.2.7.

¹⁴⁶ ע"פ לוי, לעיל הערה 28, בעמ' 171-172.

אותה מידה. עד לשלב הכרעת הדין מתנהל בפני בית-המשפט הליך אדוורסרי, שבמסגרתו לשני הצדדים מעמד שווה ולבית-המשפט אסור לפעול באופן שיעלה חשש סביר כי הוא חוצה את הקווים בהזדהותו עם צד אחד. לעומת זאת, בשלב קביעת העונש מחליף בית-המשפט את עורו. הוא אינו עוד פוסק במחלוקת בין הצדדים, אלא פועל כגורם הנושא באחריות עצמאית להחלטה בלא תלות בטענות הצדדים, ואף בניגוד לעמדתם. הוא אינו עוד גורם אובייקטיבי המכריע בין שני צדדים בעלי מעמד דיוני שווה, אלא למולו עומד הנאשם ולצדו התביעה כגוף ממליץ וכשותף בכיר. למעשה, מבנה זה, המוצע על-ידי השופט חשין, דומה למדי למבנה ההליך הפלילי המקובל בחלק ממדינות יבשת אירופה, כאשר בית-המשפט אינו כפוף לטענות הצדדים, והתביעה נתפסת כשותפתו של בית-המשפט במשימתו וכגורם ממליץ, ולא כצד בעל מעמד דיוני שווה¹⁴⁷.

סבורני כי אין בסיס או הצדקה לטענה כי לאחר הכרעת הדין משנה ההליך את אופיו האדוורסרי. ראשית, קשה למצוא בסיס לשינוי האמור בתפקידיהם של בית-המשפט והתביעה בהוראות הדנות בשלב הטיעונים לעונש. הראיות לעונש מובאות על-ידי שני הצדדים. אמנם לבית-המשפט סמכויות לערוך חקירה לעניין העונש מיוזמתו, אולם השימוש בסמכות זו, כמו בסמכות להביא ראיות מטעמו בשלב בירור האשמה, נעשה רק במקרים נדירים¹⁴⁸. בדרך כלל, אין בידי בית-המשפט אלא מה שהובא בפניו על-ידי הצדדים¹⁴⁹. גם מן הבחינה הסימלית אין ההליך דומה להליך אינקוויזיטורי. הצדדים טוענים לעונש האחד אחרי השני ביושבם למול בית-המשפט במרחק זהה, באופן המלמד על אופיו האדוורסרי של ההליך. לתובעת אין גם בשלב זה מעמד פרוצדוראלי מועדף, המלמד על תפקידה כיועצת של בית-המשפט או כשותפה בכירה שלו¹⁵⁰.

גם בהתעלם מנתונים סימליים אלו, מן הבחינה הפרקטית אין בידי בית-המשפט די מידע לקבוע את העונש מקום שהצדדים אינם חלוקים עליו. תסקיר המבחן עשוי, במקרים שהוא נדרש, לסייע במידע על הנאשם. אולם בתיק המסתיים בהודאת הנאשם, לבית-המשפט מידע קביל על העבירה רק מתוך האמור בכתב-האישום. ראיות התביעה מסתכמות ברוב המקרים בגליון האישום ואילו ראיות ההגנה בעדויות על אופיו הטוב של הנאשם. מכלול של נסיבות היכולות להשפיע על שיקולי הענישה גלויות בפני התביעה וההגנה, המכירות את חומר החקירה, אך סתומות בפני בית-המשפט. בהיעדר מחלוקת בין הצדדים, ההליך האדוורסרי מתקשה להביא לידי בית-המשפט את מלוא הנסיבות העשויות להשפיע על גזר-הדין¹⁵¹. כאשר לבית-המשפט אין כלים מקובלים לבירור העובדות בכוחות עצמו (למשל על-ידי עיון בתיק החקירה, חקירת הנאשם או זימון עדים מטעמו), הרי שיכולתו לשקול נכונה את כל הנסיבות לקולא ולחומרה מוגבלת. לעומת זאת, התובעת

¹⁴⁷ יצוין כי ברוב מדינות יבשת אירופה אין כל הפרדה בין שלב בירור האשמה לבין שלב קביעת העונש, והכרעת הדין וגזר-הדין ניתנים במסמך אחד.

¹⁴⁸ ראו סעיף 190 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁴⁹ עם זאת בית-המשפט רשאי, ולעתים חייב, לבקש תסקיר קצין מבחן קודם לקביעת העונש. ראו סעיפים 37 ו-38 לחוק העונשין.

¹⁵⁰ זאת בשונה ממעמדו בבית-המשפט באירופה שם ישנה הבחנה ברורה בין מקומה של התובעת וסמכויותיה לבין אלו של הסגור בבית-המשפט.

¹⁵¹ מבחינה פרקטית, כשהצדדים מסכימים על העונש הם מציגים בסיכומיהם לעונש את הנסיבות המקלות. אף כי הנסיבות לקולא מתבססות על טענות עובדתיות, שלכאורה יש צורך להוכיח בראיות, הרי שהסכמת הצדדים על התקיימותן חוסכת את הצורך בהבאת ראיות להוכחתן. כך, למשל, אם יטענו שני הצדדים כי הנאשם סייע לתיקון נזקי מעשיו או פיצה את קורבנו, יש להניח כי בית-המשפט לא ידרוש שיובאו ראיות לכך. עם זאת, ברי כי בהיעדר מחלוקת ובירור ראייתי, יש קושי רב להגיע לגילוי מכלול הנסיבות לקולא ולחומרה בהליך אדוורסרי.

והנאשם מכירים טוב יותר את הנסיבות הרלבנטיות והם יכולים בהסכמתם לאזן בצורה טובה בהרבה את האינטרסים השונים המתחרים בשלב קביעת העונש.

זאת ועוד, גם לו היה החומר גלוי בפני בית-המשפט, ככלל אין הצדקה כי בית-המשפט יחרוג לחומרה מן העונש שביקשה התביעה להטיל. לתביעה, כגוף מינהלי ברשות המבצעת, כלים טובים יותר מאשר לבית-המשפט להעריך איזו רמת ענישה תסייע יותר מכל להשגת האינטרס הציבורי. בזכות המבנה שלה כגוף היררכי והיותה חלק מן הרשות המבצעת היא הגורם המתאים לקבוע את מדיניות האכיפה והענישה. לה יש נגישות טובה יותר למידע הדרוש לקביעת מדיניות הענישה, כגון מידת שכיחות העבירה, מידת ההרתעה הנדרשת, מצב מקומות הכליאה וכיוצא באלה.

האמור לעיל מוביל למסקנה כי גם שלב הטיעונים לעונש, כמו שלב בירור האשמה, נערך בהליך אדוורסרי. גם בשלב זה על בית-המשפט להכריע בין האינטרסים הציבוריים המיוצגים על-ידי התביעה ובין האינטרסים של הנאשם וזכויותיו. תפקידו הוא לפסוק במחלוקת בין הצדדים לאחר איזון השיקולים שהובאו בפניו על-ידי הצדדים. אמנם לא ניתן להעביר את הסמכות להטיל את העונש לידי התביעה, מתוך חשש שקביעת העונש בהליך מינהלי לא תוכל להבטיח כיאות את האינטרסים של הנאשם ואת זכויותיו, כאשר כבודו, חירותו וקניינו עומדים לדיון. עם זאת, מקום שביית-המשפט אינו נדרש להגן על זכויות הנאשם, אין כל מניעה להעניק לתביעה מרחב שיקול-דעת נרחב לקביעת העונש, בדומה לסמכותה בקביעת האישומים.

אין משמעות הדבר כי לבית-המשפט אין סמכות לדחות את הסכמת הצדדים. כפי שבית-המשפט מוסמך להביא ראיות מטעמו, לחקור עדים או לסטות בדרכים אחרות, במקרים חריגים, מכללי המשפט האדוורסריים, כן רשאי הוא לדחות את הסכמת הצדדים לעונש. עם זאת, בפסקאות הבאות אטען כי סטייה זו צריכה להיות מוגבלת לשתי מטרות. האחת, להגן על נאשמים, ובייחוד נאשמים חפים, מפני כוחה של התביעה או מפני טעויות בניהול הגנתם. כאשר זכויות הנאשמים עומדות בסיכון, בין אם בשל ייצוג לקוי לו הם זוכים ובין אם נוכח כוחה העודף של התביעה, התערבות בית-המשפט להגנתם מקובלת ולגיטימית גם כאשר הדבר מחייב סטייה מהכללים האדוורסריים. זאת מכיוון שההליך האדוורסרי מניח כי בפניו צדדים שווים בכוחם המסוגלים לייצג עצמם, וכאשר הנחה זו מופרכת, יש הצדקה לסטייה מעקרונות הליך זה¹⁵². השנייה, למנוע תוקף מהסדרי טיעון שהתקבלו בניגוד לכללי המשפט המינהלי, כגון הסדרים שנערכו משיקולים זרים או בחריגה ממתחם הסבירות. במקרים אלו, בית-המשפט אינו יכול לאשר את ההסדר, שכן בכך הוא ייתן גושפנקא לפעולה בלתי חוקית. אולם מקום בו שיקולי התביעה היו ענייניים וההתערבות אינה דרושה להגנה על הנאשם, אין מקום לסטייה כזו מכללי המשפט האדוורסריים. אפרט על כך להלן.

באילו מקרים ראוי כי בית-המשפט ידחה הסדרים לצורך הגנה על נאשמים? ראשית, בהחלט ייתכן כי בית-המשפט ימצא שהעונש מחמיר מידי עם הנאשם ביחס לנסיבות המקרה ועל רקע הודאתו באשמה. הדבר צפוי בייחוד כאשר הנאשם אינו מיוצג או שמהעונש המוסכם עולה כי

¹⁵² ראו, למשל, סעיף 145 לחוק סדר הדין הפלילי המורה לבית-המשפט להסביר לנאשם, אם יש צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו, במהלך המשפט. סעיף 144 לחוק המאפשר לבית-המשפט לקבל את הסכמת הצדדים לעובדות או לקבילות ראיות, מגביל הליך זה אך למקרה בו הנאשם מיוצג. הוראות אלו, מיועדות להבטיח את זכויות הנאשם גם בסטייה מהעקרונות האדוורסריים, כאשר יש חשש שהנאשם אינו מיוצג כראוי.

ייצוגו היה לקוי, ובנסיבות המקרה, ובהתחשב בהסכמת הנאשם להודות, העונש חמור מהעונש הראוי. בית-המשפט צריך לסייע בהגנה על זכויות הנאשם, כדי למזער את נזקי הייצוג הלקוי. במקרה זה על בית-המשפט, לאחר שבירר את כל שיקולי הצדדים ככל האפשר, להטיל על הנאשם עונש קל יותר מהמוסכם. עליו להשוות את העונש לזה שראוי היה להטיל בהתחשב בכל השיקולים שהיה על התביעה לשקול בעת עריכת הסדר הטעון. בדרך זו ימזער בית-המשפט את החשש מפני הסדרי טיעון בלתי הוגנים שייגרמו עקב היעדר ייצוג או ייצוג לקוי¹⁵³. יובהר כי על בית-המשפט להשוות את העונש המוסכם בהסדר לעונש שראוי היה להטיל לנאשם שהודה, ולא לעונש ההולם את המעשה כפי שצפוי היה שיוטל בתום הליך מלא. במילים אחרות, הסכמת הנאשם לעונש הדומה לעונש שהיה מוטל עליו בתום הליך ראייתי, מלמדת לרוב כי ההסכם לא היה הוגן. עונש כזה מתעלם מן החיסכון במשאבים שהביא הנאשם בהודאתו, ומהוויתור שעשה הנאשם כשוויתר על זכותו לנסות ולעורר ספק סביר באשמתו. יצוין כי לכאורה בדברים אלו אין כל חידוש. גם כיום מוסמך בית-המשפט להתערב לקולא בהסדרי טיעון. אולם בפועל רק במקרים נדירים משתמש בית-המשפט בסמכותו זו¹⁵⁴. בית-המשפט תופס את תפקידו העיקרי, בפיקוח על הסדרי הטעון, כהגנה על האינטרסים הציבוריים מפני פשרות יתרות של נציגי הציבור, אנשי התביעה, ולא כהגנה על הנאשמים מפני טעויות של סנגוריהם או שלהם עצמם. כאמור, זו, לדעתי, טעות¹⁵⁵.

שנית, על בית-המשפט לדחות הסדרים באותם מקרים המעלים חשד כי הנאשם מסכים להסדר למרות חפותו. ראינו בפרק הקודם כי חשד כזה קיים כאשר העונש בהסדר סוטה באופן קיצוני מהעונש ההולם. הסיבה לכך היא שבמקרים שבהם סיכויי הזיכוי גבוהים, הצדדים יגיעו להסדר טיעון שהעונש המוסכם בו קל משמעותית מההולם. הנאשם יסכים רק להסדר של הקלה קיצונית בעונש, שכן רק הקלה קיצונית כזו תוכל לפצותו על הסיכוי הגדול להימצא זכאי. התביעה עלולה להסכים להסדר כזה, אף אם היא משוכנעת באשמת הנאשם או מעוניינת להענישו בחומרה מתוך שיקולים פסולים, שכן בנוסף לעלויות הכרוכות בניהול ההליך, סיכויי הזיכוי הגבוהים מעלים חשש (מנקודת מבטה של התביעה) כי הנאשם לא יענש כלל בלא הסדר. אולם כיוון שסיכויי הזיכוי הגבוהים מאותתים כי קיימת אפשרות סבירה כי הנאשם אינו אשם, יש מקום להגבלת הסדרים אלו. פיקוח הדוק על הסדרים כאלו יחייב את התביעה להביא את מרבית התיקים שבהם

¹⁵³ ראו Scott & Stuntz, לעיל הערה 137, בעמ' 1961-1958. לדעתם מקרב הנאשמים שאינם מנוסים בהופעות בבית-משפט ומגיעים בלא ייצוג, שיעור המסכימים להסדרי טיעון בלתי הוגנים גבוה. כמו כן שיעור המסכימים להודות למרות חפותם גבוה יחסית. הסיבה לכך היא שאותה קבוצת אנשים, שאינם בקיאים בהליך המשפטי, צפויים לטעות הן באשר לסיכויי הרשעתם והן באשר לעונש ההולם את המעשה המיוחס להם. מטעם זה סטיות לקולא מהסדרי טיעון יקלו גם על הנזקים הנגרמים לחפים מפשע המודים במסגרת ההסדר (יובהר כי אין משמעות הדבר שייטב לאותם נאשמים לו הם לא היו מודים, שכן מי שלא ידע לייצג עצמו כראוי במשא ומתן להסדר טיעון, סביר שיקשה עליו עוד יותר לייצג עצמו בהליך המשפטי).

¹⁵⁴ למקרה אחד כזה ראו ת"פ (ת"א) 2921/96 מדינת ישראל נ' גרונר (לא פורסם). לדעתי, אינטרס ההסתמכות של התביעה על ההסדר אינו דומה לאינטרס של הנאשם ולכן אין בסיס לטענה כי בשל אינטרס זה אין לסטות לקולא מן ההסדר. ראשית, מכיוון שהנזק לתביעה מהתערבות בעונש המוסכם אינו דומה בחומרתו לנזק לנאשם מהתערבות הפוכה. שנית, מכיוון שהתביעה לא ויתרה על דבר בהסדר הטעון, ולכן אינטרס ההסתמכות שלה לא נפגע. אם הנאשם היה מורשע על בסיס הודאתו בלא הסדר טיעון, בית-המשפט היה בכל מקרה מטיל עליו את העונש הקל יותר ההולם לדעתו את הנסיבות. לעומת זאת, הנאשם ויתר על זכותו לנסות ולהוכיח את חפותו (לפחות במצב המשפטי הקיים כיום) ולכן לאינטרס ההסתמכות שלו משקל רב יותר. שלישית, התביעה צוברת ניסיון רב יותר מן הנאשם בבית-המשפט, וברוב המקרים גם יותר מן הסנגור, ולכן החשש שהיא תטעה בהערכת סטנדרט הענישה של בית-המשפט קטן יותר.

¹⁵⁵ מעניין לציין כי השופט גולדברג סבור כי התביעה רשאית לערוך הסדר טיעון כדי להתגבר על קשיים ראייתיים בתיק כאשר היא סבורה שהנאשם אכן אשם. ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 133. ברור, אם כן, כי השופט גולדברג לא רואה בצורך להגן על חפים מפשע מפני הודאות שווא, מטרה של הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון. לדעתי, כאמור, זוהי המטרה העיקרית של פיקוח זה.

הראיות נגד הנאשם חלשות להליך שיפוטי מלא הכרוך במשאבים רבים, וכך ייצור לה תמריצים לוותר על תיקים אלו לטובת תיקים שבהם אשמת הנאשם ברורה יותר.

עם זאת, יש להיזהר בדחיית הסדרים מטעם זה, ולעשות כן במשורה. ראשית, ייתכן כי נכונות התביעה להקל בעונש לא נבעה מקשיים בראיות אלא מנימוקים אחרים שבגינם התביעה מעוניינת להימנע מקיום הליך¹⁵⁶. במקרים אלו, דחיית ההסדר לא תוכל לסייע להגנה על נאשמים חפים אלא רק תפגע באינטרס הציבורי שבהעמדת עבריינים לדין, באינטרסים ציבוריים אחרים¹⁵⁷, ואף באינטרס של הנאשם המעוניין להגיע לפשרה האמורה. רק כאשר בית-המשפט משתכנע, בעת הצגת הסדר הטיעון, כי אין סיבה אחרת להקלה הקיצונית בעונש אלא הקשיים בראיות, יש לדחות את הסדר הטיעון¹⁵⁸. לשם כך על בית-המשפט, בעת קבלת הסדר הטיעון, לבקש מהצדדים פירוט באשר לשיקוליהם בעריכת ההסדר ובאשר למצב הראייתי בתיק¹⁵⁹.

שנית, יש לזכור כי ראוי להתיר לצדדים להכיר בקשיים ראייתיים כעילה להקלה מסוימת בעונש המוסכם. גם כאשר הצדדים מעריכים כי מהראיות עולה אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר, הם מכירים באפשרות שקיים סיכוי כלשהו שבית-המשפט ימצא ספק כזה. כפי שהראיתי בפרק הקודם¹⁶⁰, הסדרים שבמסגרתם מוסכם כי הנאשם יישא בלמעלה ממחצית העונש הצפוי לו בהליך מלמדים שהצדדים מעריכים כי מהראיות עולה אשמתו מעבר לכל ספק סביר. כאשר העונש הוא מאסר, גם פשרות שבמסגרתן מוטל על הנאשם עונש הנמוך ממחצית העונש הצפוי במשפט בגין המעשה, אינן בהכרח מלמדות כי על-פי הערכת הצדדים יש בראיות כדי לבסס ספק סביר או להביא לזיכוי מטעם אחר¹⁶¹. לפיכך, אין לפסול הסדרים לשם הגנה על נאשמים חפים אלא אם העונש המוסכם במסגרתם נמוך באופן קיצוני מהעונש ההולם¹⁶².

¹⁵⁶ ראו בהרחבה לעיל סעיף 5.2.13.

¹⁵⁷ ראו על כך לעיל בטקסט הצמוד להערות 127-132.

¹⁵⁸ שאלה מעניינת היא מה הדין כאשר הקשיים בראיות נובעים מכללי קבילות המקשים על התביעה להעביר לבית-המשפט, בהליך פלילי, מידע על אשמת הנאשם. במילים אחרות, מה הדין כאשר בידי התביעה ראיות ברורות המוכיחות את אשמת הנאשם אבל ראיות אלו אינן קבילות. האם במקרה כזה נרצה להתיר לה לערוך הסדר טיעון מקל, כדי שניתן יהיה להבטיח ענישתו של הנאשם במקום הליך פלילי מלא שבסופו יש סיכוי משמעותי שהוא יזוכה? השאלה אינה פשוטה וייתכן כי התשובה לה תלויה ברציונל העומד מאחורי כלל הקבילות הרלבנטי. כך, לדוגמה, אם מטרת הכלל היא 'חינוך רשויות האכיפה' להימנע מאיסוף בלתי חוקי של ראיות, ייתכן ויהיה צורך להגביל את כוחה של התביעה לעשות שימוש בראיות אלו גם לצורך הסדר טיעון. מנגד ניתן לטעון כי לצורך 'חינוך רשויות האכיפה' די בהקלה לה זוכים הנאשמים בזכות החלשת עמדת התביעה במשא ומתן נוכח קשיי הראיות. בדומה תיתכנה דעות שונות באשר לראיות שפסילתן מונעת מחשש שהן אינן מהימנות, כמו הכלל האוסר על עדות שמועה. מצד אחד, אי-קבילות הראיות מלמדת כי ראיות אלו, כך מניח הדין, אינן אמינות, ולכן אם הן נדרשות להבטיח את הרשעת הנאשם, הרי שיש ספק באשמתו. אם כך, אין לאשר הסדר מקל רק מן הטעם שבידי התביעה ראיות בלתי קבילות כאלו. מנגד, ניתן לטעון כי במקרים מסוימים עדות שמיעה יכולה להיות אמינה ביותר, ואז יש פער בין מידת הוודאות באשמת הנאשם המשתקפת מראיות התביעה לזו שניתן יהיה להוכיח בבית-המשפט. במקרה כזה, אין חשש שהסדר טיעון מקל יוביל להרשעת חף. באיזון שיקולים אלו סבורני כי ככלל, על בית-המשפט להימנע מאישור הסדרים שהעונש בהם קל באופן חריג בשל קשיים בראיות, ולאשרם רק במקרים חריגים בהם הוא שוכנע לחלוטין, בעקבות בירור הפרטים שהוא ערך עם הצדדים, באחריות הנאשם. ייתכן כי במקרים מסוימים יהיה מקום לדחות הסדר כאמור גם אם בית-המשפט שוכנע באשמת הנאשם, כדי לשלול שימוש בראיה שאינה קבילה לצורך הסדר הטיעון. זאת מקום שהשיקולים לשלילת השימוש בראיה תקפים גם בהליך זה (לדוגמה הרצון לחנך את רשויות האכיפה).

¹⁵⁹ ראו על כך גם להלן בטקסט הצמוד להערה 174.

¹⁶⁰ ראו לעיל בפרק 5, הערה 129 והטקסט הצמוד לה.

¹⁶¹ ראו לעיל פרק 5, הטקסט הצמוד להערה 133.

¹⁶² ההסבר המפורט לכך נמצא כאמור בטקסט אליו הפניתי לעיל. בתמצית אזכיר הסבר זה באמצעות דוגמה. נניח כי הצדדים סבורים כי מהראיות עולה שהנאשם ביצע את העבירה מעבר לכל ספק סביר. עם זאת, קיים סיכוי של, נאמר, 30%, שבית-המשפט יסבור כי קיים ספק סביר כאמור. כך, לדוגמה, ייתכן כי התיק מתבסס על עדות יחידה של נפגעת העבירה, אשר אף כי עדות זו מהימנה על פניה, ועדות הנאשם אינה מלאה סתירות, יש סיכוי מסוים, שבית-המשפט לא ישתכנע שהאשמה הוכחה מעבר לכל ספק סביר. יודגש כי הערכת הצדדים כי קיים סיכוי כזה

שלישית, אופן ההתערבות אסור שיהיה הטלת עונש כבד יותר מהמוסכם. אינטרס ההסתמכות של הנאשם ראוי שיקבל מעמד מרכזי בשיקולי בית-המשפט בקובעו את מתחם הסבירות. בשלב בו מחליט בית-המשפט אם לקבל את הסדר הטיעון או לא כבר שינה הנאשם את מצבו לרעה. אמנם הנאשם מוזהר קודם להודאתו כי בית-המשפט אינו כבול בהסדר, אולם משהחליט להודות יש להניח שעשה כן לאחר שסנגורו והתובעת אמרו לו כי לדעתם ההסדר יאושר. אינטרס ההסתמכות עשוי להיות גם כיום שיקול מרכזי בשיקולי בית-המשפט בבוחנו האם ההסדר סביר אם לאו¹⁶³. אולם לדעתי אין די בכך. כל החלטה שיפוטית המטילה על הנאשם עונש כבד מזה שהוסכם עליו, לאחר שזה ויתר על זכותו למשפט מלא, פוגעת בנאשם. הנאשם נענש בחומרה לאחר שוויתר על זכויותיו הדיוניות בתמורה לענישה המקלה. הנאשם חש מרומה. בעקבות הבטחת הרשות הוא שינה מצבו לרעה. "ניצול" מצב זה כדי להחמיר עם הנאשם, הוא בעייתי. הוא הופך את ההחלטה אם להסכים לחלופה להימור מסוכן, שתוצאתו תלויה בגורם שאינו שותף להחלטה. מצב זה גם יפגע בכוחה של הרשות להגיע להסכמות בעתיד, ויעודד את הצדדים לנסות ולנקוט אמצעים שינטרלו את כוחו של בית-המשפט להתערב, כגון שינוי האישומים או הימנעות מהבאת ראיות להוכחתם. חמור מכל, הטלת עונש חמור מהמוסכם, דווקא באותם מקרים שבהם התביעה הציעה עונש מקל במיוחד בשל קשיים ראייתיים בתיק, צפויה לפגוע קשות בנאשמים חפים מפשע. כפי שצינתי קודם לכן, דווקא באותם תיקים שבהם הראיות חלשות צפויה התביעה להסכים לעונש הנמוך משמעותית מהעונש ההולם. והנה, דווקא בתיקים אלו, שבהם הסיכוי שהנאשם חף גדול יחסית, מורשע הנאשם בלא הליך משפטי ומוטל עליו לא אחת עונש כבד מהמוסכם. גישה זו גם פוגעת בתמריצי התביעה להעדיף תיקים שבהם הראיות חזקות יותר. אם התביעה לא נאלצת לנהל הליך לאחר שהסדר טיעון נדחה, התמריץ להעדיף תיקים שבהם הסדרי הטיעון יאושרו, דהיינו תיקים שבהם הראיות חזקות יותר, קטן¹⁶⁴.

הפתרון לקושי זה הוא יצירת מנגנון שיבטיח כי מקום בו בית-המשפט דוחה את ההסדר, הנאשם יוכל לממש את זכותו להתגונן. מנגנון כזה קיים בהליך של צו מוסכם. החוק קובע כי אם בית-המשפט דוחה את בקשת הצדדים לאשר צו מוסכם, הצו ותוכן ההתדיינות בהליכים לאישורו

אינה מצדיקה להימנע מהעמדת הנאשם לדין. אין ספק שכאשר סיכויי ההרשעה הם 70% המקרה עומד במבחן האפשרות הסבירה להרשעה. למעשה אם הצדדים מעריכים כי רוב הסיכויים שבית-המשפט שיבחן את הראיות ירשיע את הנאשם, הרי שהם מביעים בכך את עמדתם שלדעתם הראיות עומדות בסדנדרט הנדרש להרשעה בפלילים (אלא אם הם סבורים ששופטים שוגים סיסטמטית לרעת הנאשם). לפיכך, במקרה כזה אנו מעוניינים כי הנאשם יועמד לדין, ואין כל אינטרס להתיר את התביעה מניהול הליכים כנגדו. אולם, כאשר לנאשם סיכוי של 30% להימצא זכאי, הוא צפוי להסכים רק לעונש הנמוך מ-0.7P (P הוא העונש שיוטל עליו אם יורשע בתום הליך). למעשה, אם העונש הצפוי הוא מאסר, סביר שהנאשם ידרוש אפילו עונש נמוך עוד יותר, ואולי אף נמוך מ-0.5P. זאת בשל תופעות של שנאת הפסד, העדפת הווה, ושאפה להימנע מהרשעה, אשר צפויות להקטין את העונש הקריטי אל מתחת לתוחלת העונש (דהיינו אל מתחת ל-0.7P). איסור על פשרה במקרים אלו יעודד את התביעה שלא להגיש כתבי-אישום באותם מקרים, אף שלפי הערכתה, כמו גם לפי הערכת הסנגוריה, הנאשם אכן אשם מעבר לכל ספק סביר. יש לזכור כי איסור על ההסדר במקרה כזה לא נועד להגן על הנאשם הספציפי – שכן נאשם זה מעדיף את הסדר הטיעון לו הוא הסכים על פני העמדתו לדין. האיסור נועד לתמרץ את התביעה שלא להגיש כתבי-אישום כנגד נאשמים בסיטואציה ראייתית דומה בעתיד.

¹⁶³ ראו, למשל, דברי השופטת דורנר בע"פ נקן, לעיל הערה 113, בעמ' 418 "על בית-המשפט לתת משקל ראוי - ובדרך-כלל משקל נכבד - לכך שהנאשם מילא את חלקו על-פי ההסדר ובכך שינה את מצבו לרעה". כן ראו דברי השופט חשין בע"פ לוי, לעיל הערה 28, בעמ' 174. על אינטרס ההסתמכות ראו גם בהמשך.

¹⁶⁴ התמריץ רק קטן אך לא נעלם שכן החשש מהתערבות לחומרה ישפיע על נאשמים לדחות הצעות להסדר גם אם העונש המוסכם קל משמעותית מההולם. דהיינו חלק מהנאשמים שיש קשיים בראיות נגדם, ביחוד אלו שבאמצעות ייצוג מתאים יכולים להעריך טוב יותר מתי ידחה בית-המשפט את ההסדר, יסרבו לכל הסדר עם התביעה מתוך חשש שהסדר מקל המשקף את המצב הראייתי ידחה. בדרך זו יימנעו הסדרים בחלק גדול מאותם תיקים שבהם יש קשיים בראיות, ולכן ישאר לתביעה תמריץ מסוים להימנע מהעמדה לדין של נאשמים אשר הראיות נגדם חלשות. עם זאת, חלק אחר של הנאשמים עלול להסכים להסדר מתוך הערכה מוטעית שבית-המשפט לא ידחה את ההסדר.

אינם קבילים כראיה. החלטת בית-המשפט הדוחה את בקשת הצדדים לא תפגע ביכולתו של החשוד להתגונן אם יפתחו נגדו הליכים פליליים בעקבות דחיית ההסדר. בדין הפדרלי בארצות-הברית ניתן לערוך הסדרי טיעון שבמסגרתם מוצג לבית-המשפט עונש המוסכם על התביעה ועל ההגנה, ואם ההסכמה נדחית, רשאי הנאשם לחזור בו מהודאתו ולנהל את הגנתו בהליך בפני מושבעים¹⁶⁵. בחלק גדול מן המדינות בארצות-הברית מגיעים התובעים והנאשמים לתוצאה דומה באמצעות הסכמה כי אם הסדר הטיעון יידחה יורשה הנאשם לחזור בו מהודאתו. גם באיטליה, דחיית הסכמה של הצדדים על ענישה מוסכמת מחזירה את התיק לפסים רגילים, ומאפשרת לנאשם להתגונן בלא שזכויותיו נפגעו עקב נכונותו לפשרה. בדומה, בגרמניה, דחיית צו ענישה שמעביר תובע לביקורתו של שופט נעשית קודם להעברת הצו לחשוד, ולכן אינה פוגעת בזכויותיו לנהל את הגנתו.

סבורני כי ראוי להבטיח הגנה דומה לנאשם גם בארץ, או למצער, להתיר לצדדים לקבוע בהסדר טיעון תנאי תקף המאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו אם ההסדר יידחה. דבר זה מחייב שינוי חקיקה שכן כיום חזרה מהודאה אפשרית רק באישור בית-המשפט¹⁶⁶. הסדרים כאלו יצמצמו משמעותית את החשש מפני דחיית ההסדר, יצמצמו את חוסר הוודאות של הצדדים הנכנסים להסדר טיעון, ימנעו את הפגיעה הבלתי הוגנת באינטרס ההסתמכות של הנאשם ויקטינו את הצורך של התביעה להשתמש בשינויים בכתב-האישום כדי להגביל את שיקול-הדעת של בית-המשפט. זאת ועוד, מכיוון שנאשמים לא יעמדו עוד בפני הסיכון המתלווה לויתור על זכויותיהם, הליך זה ימנע מהתביעה את הצורך לשלם "פרמיית סיכון" בדמות הקלה נוספת בעונש, בעת עריכת ההסדרים¹⁶⁷. מעל לכל, הסדרים כאלו יקטינו את החשש מפני הרשעת חפים מפשע בהסדר טיעון¹⁶⁸.

ציינתי קודם לכן כי ייתכנו מקרים שבהם תהיה הצדקה לדחיית הסדרים שלא כדי להגן על הנאשמים. עם זאת, דחיית הסדר טיעון מטעמים אלו ראוי שתעשה רק במקרים חריגים ביותר. בעוד שמקרים שבהם נאשם אינו מיוצג נפוצים, ולכן טעויות בהערכת העונש הראוי מצד נאשמים תיתכנה מידי פעם, הרי שהתביעה מיוצגת תמיד על-ידי עורכי-דין, ברוב המקרים תובעים מנוסים העובדים במערכת היררכית מקצועית. מטעם זה אין להניח כי לבית-המשפט יש יתרון על פני התביעה בשקלול השיקולים השונים הנוגעים לאינטרס הציבורי, כגון סיכויי התיק, נסיבות

כאשר דחיית ההסדר משמעותה רק החמרה בעונש ולא כפיית הליך פלילי מלא, לתביעה אין כל תמריץ להימנע מעריכת הסדר כזה.

¹⁶⁵ ראו לעיל סעיף 4.1.6.2. בנוסף כל המשא ומתן לקראת עריכת הסדר טיעון חסוי, ואין להביאו כראיה בהליך הפלילי אם ההסדר לא מושג בסופו של דבר.

¹⁶⁶ ראו סעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי. אף כי ניתן לקבוע כלל הלכתי לפיו כי הסכמת צדדים לחזרת הנאשם מהודאתו, במסגרת הסדר טיעון הינה נימוק מספק לאפשר חזרה כזו.

¹⁶⁷ לבעית "פרמיית הסיכון" ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 137.

¹⁶⁸ יצוין כי גם לאחר אימוץ הסדר זה, סבורני כי אין זה ראוי שבית-המשפט יטיל עונש גבוה מהעונש שנתבקש על-ידי התביעה בהיעדר פגם בשיקול-הדעת של התביעה. גם אם נפתרת בעיית אינטרס ההסתמכות של הנאשם, עדיין התביעה היא הגורם הנגיש יותר למידע הדרוש לקבלת החלטה התואמת את האינטרס הציבורי והיא המופקדת, בהליך האדוורסרי, על אינטרס זה.

העבירה והעברייני וכיוצא באלה. התיק פרוס בפני התביעה, הוא נדון על-ידה. במקרים החמורים יותר ההחלטה על הסדר טיעון מתקבלת בדרגים גבוהים לאחר בחינת כל השיקולים¹⁶⁹.

עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם החלטת התביעה להסכים להסדר טיעון מסוים אינה כדוין. כך ייתכן כי ההחלטה נגועה בשיקולים זרים, בהפליה או שהחלטה כה בלתי סבירה עד כי היא חורגת ממתחם הסבירות. אם בית-המשפט משתכנע שזה המקרה, מוטלת עליו חובה לדחות את המלצת הצדדים. זאת מכיוון שבית-המשפט, כמי שתפקיד גזירת הדין נתון בידיו, אינו יכול לתת ידו לעונש שהחלטה של התביעה להסכים לו פסולה על-פי העילות הרגילות של המשפט המינהלי. במילים אחרות, מקום בו עתירה ישירה כנגד עמדת התביעה הייתה מביאה את בג"ץ להחליט על ביטולה, על הערכאה הדיונית לדחות את ההמלצה של הצדדים גם בלא עתירה כזו. ברי כי בהסדר הטיעון לא התנער בית-המשפט מאחריותו לקביעת העונש. לכן אל לו לתת תוקף להסכמה שהתקבלה משיקולים פסולים או בחריגה ממתחם הסבירות. אמנם, ייתכנו מקרים שבהם הצדדים יוכלו להסתיר את חוסר החוקיות של ההסדר מבית-המשפט. בהליך אדוורסרי יקשה על בית-המשפט לחשוף את כל המקרים שבהם הצדדים מסכימים ביניהם על הסדר בלתי חוקי. מבחינה זו אין שונה המבחן המוצע כאן מכלל מבחן אחר, שכן בלא קשר למבחן ההתערבות, הצדדים בהליך אדוורסרי יכולים בקלות רבה יחסית להסוות את אי החוקיות שבהסכמתם. אולם באותם מקרים שבהם נחשפה אי החוקיות שבהסדר, אל לבית-המשפט לאשרו. זוהי למעשה הגישה שהציג השופט מצא, גישת סבירות ההסדר. רק מקום בו ההסדר אינו חוקי, ובכלל זה מקום בו ההחלטה על ההסדר חורגת ממתחם הסבירות, יש מקום לדחייתו.

כדי להצדיק את הגישה המוצעת לעיל יש להתמודד עם הטענה הבאה. ניתן לטעון כי מבחינה הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית אינם מתאימים לסיטואציה דנו. גזירת הדין הינה החלטה שיפוטית, ובית-המשפט אינו יושב רק כמי שבודק האם התביעה, שהסכימה להסדר, קיבלה החלטה חוקית. עליו, לפי גישה זו, לבחון בעצמו את מכלול השיקולים ולבודק האם הסדר הטיעון, לפי גישתו, משרת את טובת הציבור. אין להסתפק בהותרת "מתחם סבירות" לתביעה שכן הסמכות לקבוע את העונש אינה סמכותה של התביעה. עליו לבחון את ההחלטה לגופה ולאשר את ההסדר רק אם הוא הגיע למסקנה שהוא בעצמו היה מקבל בדיוק אותה החלטה בנתונים הקיימים.

אכן, בית-המשפט הוא הגורם המוסמך לקבוע את העונש. אולם השאלה אינה בידי מי הסמכות אלא כיצד יש להפעילה. טענתי היא כי כאשר מוצג בפניו הסדר טיעון הרי שכלל אל לבית-המשפט להטיל עונש הגבוה מזה שמבקשת התביעה. אין מדובר בשלילת סמכותו להטיל עונש כזה, אלא בקביעת כלל מנחה באשר לאופן הפעלת הסמכות. הטענה היא כי רק כלל התערבות כזה מתיישב עם העקרונות הבסיסיים של ההליך הפלילי האדוורסרי, וכי כלל כזה מסייע בקידום מטרות ההליך הפלילי. מטעם זה יש לאמצו. כלל זה אינו שונה מכללים אחרים המנחים את בית-המשפט בהפעלת שיקול-דעתו. כך, למשל, הכלל בדבר אחידות הענישה מנחה את בית-המשפט להטיל על אדם שהורשע עונש דומה לעונש שהוטל על שותפים אחרים לעבירה שחלקם זהה. הכלל האמור אינו שולל מבית-המשפט את הסמכות להטיל על השותף עונש חמור יותר. אולם על בית-

¹⁶⁹ בפרקליטות מקובל כי רק פרקליט מחוז או, במחוזות הגדולים, מספר קטן של פרקליטים בכירים שהוסמכו לכך, מוסמך לאשר עריכת הסדר טיעון. ברוב יחידות התביעה המשטריות מוסמך כל תובע להגיע להסדר טיעון בלא

המשפט לתת ברוב המקרים משקל מכריע לעונש שהוטל על השותף, ולהטיל על הנאשם עונש דומה גם אם לדעתו עונש זה קל מידי בנסיבות המקרה¹⁷⁰. בדומה, גם כלל הקובע כי בית-המשפט ינחה עצמו לקבל את המלצת הצדדים בדבר העונש אינו שולל את סמכות בית-המשפט כמי שמכריע בעצמו בעניין העונש. כל שעושה הכלל הוא להנחות את בית-המשפט כיצד, בנסיבות מסוימות, עליו להפעיל סמכות זו. לאור עדיפותם של הצדדים בהכרת עובדות המקרה, מקצועיותה של התביעה כגורם המתאים להעריך את האינטרס הציבורי, היתרון שבאימוץ החלטות המבוססות על הסכמה, עקרונות השיטה האדוורסרית ואינטרס ההסתמכות של הנאשם, על בית-המשפט להנחות עצמו שלא לחרוג מהעונש המבוקש על-ידי התביעה, גם כאשר העונש נראה בעיניו קל מידי בנסיבות המקרה, אלא אם ההסדר נערך משיקולים זרים או שהוא חורג ממתחם הסבירות¹⁷¹.

אולם גם כאן נדרשת מבית-המשפט זהירות מיוחדת וזאת בשל מספר נימוקים. ראשית, בטרם יקבע בית-המשפט כי העונש שהוטל אינו סביר ראוי שיקפיד על בירור העובדות. יש להטיל על הצדדים חובה להציג את מכלול השיקולים שהביאו להסדר הטיעון¹⁷². יש לקבוע כי על בית-המשפט להרחיב ולחקור את באי כוח הצדדים על נסיבות כריתת ההסדר והשיקולים שהנחו אותם, שכן בהיעדר שני צדדים יריבים בפניו יש חשש שמידע חיוני להכרעה לא יתגלה ויוביל את בית-המשפט לסבור בטעות שהחלטה אינה סבירה¹⁷³. על בית-המשפט להיות משוכנע כי הבין לפני ולפנים את מלוא השיקולים. עליו לזכור כי כתב-האישום שבפניו מספק אך מידע חלקי על נסיבות האירוע, ואין בו כמעט כל מידע על קשיים ראייתיים ודיוניים שעשויים להצדיק את הסדר

צורך באישור מראש.

¹⁷⁰ ראו ע"פ **רוזנטל**, לעיל הערה 45, שם נפסק כי אף שהעונש שהוטל על הנאשם בבית-המשפט המחוזי (13 שנות מאסר לריצוי בפועל ומאסר על תנאי) היה הולם בנסיבות העניין, הרי שהעובדה שעל שותפו שחלקו היה דומה נגזר מאוחר יותר עונש של 6.5 שנות מאסר בלבד, הופחת עונשו של המערער והוא הותאם לעונש של השותף. לנימוקים לכלל זה ראו, למשל, ע"פ 419/81 **פייביש נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ה) 710.

¹⁷¹ השוו לעמדתה של השופטת דורנר, לעיל בהערה 163.

¹⁷² ראו גם לעיל הערה 58.

¹⁷³ ראו, למשל, ע"פ **באזוב**, לעיל הערה 113. באותו מקרה דחה בית-המשפט המחוזי הסדר טיעון שבמסגרתו הוסכם להטיל על הנאשם 4 שנות מאסר בפועל, והטיל עליו 10 שנות מאסר בפועל. מסתבר כי בית-המשפט המחוזי לא היה מודע למכלול השיקולים שהובילו את התביעה להסכים להסדר המקל ובכלל זה הקשיים הראייתיים בתיק והצורך להסתייע בנאשם כעד לביסוס אשמתם של שותפיו למעשה, עדות שבלעדיה לא ניתן היה להוכיח את אשמתם. בית-המשפט העליון קיבל בהסכמת הצדדים את הערעור ואימץ את הסדר הטיעון. מעניין לציין שבית-המשפט המחוזי קבע כי הן לפי המבחן של השופט גולדברג והן לפי מבחניו של השופט מצא אין מקום לאימוץ הסדר הטיעון. השיקולים הנוספים שהביאה התביעה בפני בית-המשפט העליון בשלב הערעור נגעו רק לשאלת התאמת ההסדר לפי מבחניו של השופט מצא. בית-המשפט בקבלו את עמדת המדינה בערעור, ראה כמובן מאליו שעמדה זו של השופט מצא היא העמדה המחייבת. ראו גם ע"פ **שילוח**, לעיל הערה 82, בעמ' 681-682, שם מבקר השופט מצא את הימנעות השופטים מלברר לעומקם את שיקולי התביעה בהסדר הטיעון בטרם פוסלים הם את ההסדר: "אם הנימוקים שהציגה התביעה להצדקתו של הסדר טיעון נראים, על פניהם, כבלתי ראויים או בלתי משכנעים, רשאי בית-המשפט, ולעתים הוא אף חייב, לחקור ולדרוש בשיקוליה, לבקש ממנה הסברים ופרטים נוספים, ככל הדרוש להערכת עמדתה... דומה, כי בתי-המשפט שלנו אינם מרבים להשתמש במכשיר דיוני זה, של חקירה ודרישה בצדקת שיקוליה של התביעה. המתכונת הדיונית הרווחת, למיטב ידיעתי והתרשמותי, מתמצית בקיום הנחייתה הדיונית העיקרית של הלכת בחמוצקי, בדבר מתן הסבר לנאשם כי הבטחות להקלה בעונש, שניתנו לו על-ידי התביעה במסגרת ההסדר, אינן קושרות ואינן מחייבות את בית-המשפט. נראה שמצוות אי המעורבות, המוכתבת בהנחה זו, כה חזקה על השופטים, עד שהם חוששים מכל חקירה ודרישה במה שהצדדים מיוזמתם אינם מבהירים או מפרטים במידה מספקת. לדידי, יש בכך מידה של החמצה. מן הראוי להטעים, שקיום בירור ענייני בדבר סבירות השיקולים אשר הניעו את התביעה להסכים להסדר טיעון אינו גורע מאי-תלותו של השופט בתנאיו של ההסדר. ואם בירור כזה מקוים בשלב הטיעון לעונש - היינו לאחר שהנאשם חזר והצהיר, לאחר שמיעת הסברו של השופט, כי הוא מודה בעובדות ומסכים להרשעה בדין - ואם הוא נעשה בסגנון נאות, אין גם כל חשש שקיום הבירור יתפרש כרמז מצד השופט אודות העונש שלדעתו ראוי לגזור על הנאשם".

הטיעון. ואכן, קרה כבר שעל נאשם הוטל עונש כבד מהמוסכם בהסדר הטיעון, רק משום שהצדדים לא פירטו בפני בית-המשפט די הצורך את שיקוליהם בהסכמתם להסדר¹⁷⁴.

שנית, ראוי כי בית-המשפט יזכור כי גם לאחר שחקר את באי כוח הצדדים, אין בידיו את מלוא חומר החקירה, וכי בידי התובעת, המכירה את פרטי החקירה טוב יותר מהשופט, כלים טובים יותר להעריך אם ההסדר מתיישב עם טובת הציבור. כך, למשל, יכולה התובעת להתרשם (ישירות או לאחר שיחות עם החוקרים בתיק) ממהימנות העדים או מיכולתם להציג גירסה קוהרנטית בבית-המשפט.

שלישית, בהיעדר בסיס מוצק לסבור שלא כך הוא הדבר, ראוי להעמיד את התביעה בחזקת מי ששיקוליה להקל בעונשו של הנאשם כשרים. מעמדה של התביעה, מקצועיותה המשפטית, כפיפותה ליועץ המשפטי לממשלה ועצמאותה היחסית בתוך הרשות המבצעת מקטינים את החשש מפני השפעות זרות על החלטותיה. אולם גם בהתעלם מכך, חזקת החוקיות מחייבת כי בהיעדר ראיות לסתור, עמדת התביעה הפלילית תתקבל כחוקית.

ורביעית, גם כאן, כדי להגן על אינטרס ההסתמכות של הנאשם יש לאפשר לו לחזור בו מההודאה אם ההסדר נדחה, או לכל הפחות לאפשר לצדדים להתנות כי כך ייעשה במסגרת ההסדר¹⁷⁵.

6.3.2.3.2 דחיית הסדרים על האישומים

ראינו לעיל כי קיימת התערבות יתר של בית-המשפט בהסדרי טיעון לעונש. בחלק זה אטען לתופעה הפוכה בהסדרי טיעון על אישומים. על-פי הדין כיום כמעט ולא תיתכן כל התערבות שיפוטית בהחלטות התביעה לשינוי כתב-האישום בהסדר טיעון. כחלק מהגישה הכללית המקנה לתביעה שיקול-דעת נרחב בניסוח כתב-האישום, נמנע בית-המשפט מהפעלת כל ביקורת על הסדרי טיעון על כתב-האישום. ההלכה בע"פ **אסיס** אף אוסרת על בית-המשפט להביע עמדתו באשר להסדר הטיעון על האישומים או לנסות לשכנע את התביעה לשנות הסדר זה¹⁷⁶. זאת ועוד, על-פי ההלכה, כאשר הצדדים מסכימים על שינוי האישומים, אסור לבית-המשפט להחמיר בעונשם של הנאשמים, גם לא במסגרת מתחם הענישה הקבוע בחוק לעבירה הקלה יותר שנותרה בכתב-האישום, בהסתמך על העובדות שיכלו לגבש את האישום ששונה, וזאת אף אם הנאשמים הודו בעובדות אלו¹⁷⁷. אולם הסיבות המצדיקות התערבות בהסדרים על עונש מצדיקות, במידה שווה, ביקורת על הסדרים על אישומים. כך, לדוגמא, החשש מהרשעת חפים מפשע בהסדרים בוודאי עלול להתממש גם בהסדרים אלו. הדוגמא של פרופ' אלשולר, שהובאה בפרק הקודם¹⁷⁸, הראתה כיצד הסדר טיעון על אישומים, בלא שיש מגבלות על הפשרות המותרות במסגרתו, עלול להוביל להרשעת החף. כזכור, באותו מקרה רצה התובע להביא לענישתו של נאשם באונס למרות שלא היו ראיות מספקות נגדו, עד כי ייתכן שהוא היה זכאי. לפיכך התובע הציע לנאשם להודות בעבירה הקלה של תקיפה ולקבל עונש קל בהתאם, הצעה לה נענה הנאשם. באמצעות פשרות

¹⁷⁴ ראו ע"פ **באזוב**, לעיל הערה 113.

¹⁷⁵ לסיבות בגינן ראוי להתיר לנאשם לחזור בו מההסדר ראו לעיל טקסט הצמוד להערה 168.

¹⁷⁶ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 101.

¹⁷⁷ ראו לעיל סעיף 6.3.2.1.

קיצוניות כמו זו הצליח התובע להביא את הנאשם להסכים להודות במעשה אשר יש סיכוי סביר כי הוא לא ביצע. בדומה, הסדרים על אישומים עלולים להיות בלתי סבירים עד כדי חריגה ממתחם הסבירות או להיעשות משיקולים פסולים. בכל אותם מקרים, על-פי הדין כיום, אין בית-המשפט בפניו מוצג ההסדר מוסמך להתערב.

זאת ועוד, להסדרים על אישומים יש חסרונות נוספים לאלו של הסדרים על עונש. ראשית, הסדרים אלו פוגעים באמינות ההליך הפלילי. כאשר נמחקים אישומים או משונה סעיף האישום במסגרת הסדר טיעון, הדבר משפיע לא רק על עונשו של הנאשם אלא גם על הבסיס העובדתי של ההרשעה ועל הרישום הפלילי כנגד הנאשם. יש הסבורים כי חקר האמת הינו מטרה עצמאית של ההליך הפלילי¹⁷⁹. לפי גישה זו, חסרונם של הסדרים על אישומים בולט. אולם גם אם הדיוק בעובדות עליהן מתבססת ההרשעה אינו מטרה בפני עצמה, יש לדיוק ברישום הפלילי חשיבות פונקציונלית. הרישום הפלילי מהווה כלי נוסף להרתעת העבריין מביצוע עבירות דומות בעתיד, שכן הוא משמש שיקול בקביעת עונש בעבירה המאוחרת. לקביעת הרשעה בעבירה מתאימה חשיבות גם כאמצעי להעברת הגינוי ההולם למעשה.

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

לפיכך סבורני כי ככלל, ראוי להעדיף הסדרי טיעון על עונש על פני הסדרים על אישומים. הסרת אישומים או שינויים עשויה להיות מוצדקת כאשר יש בסיס בראיות להבחנה בין האישומים שהוסרו או שונו לבין אלו שנתרו. כך, לדוגמא, ייתכן כי התביעה סבורה שיש בידה להוכיח שנאשם מסוים ביצע שתי עבירות. עם זאת, הראיות באשר לאחד האישומים חזקות יותר מהראיות באשר לשני. במקרה כזה, הנאשם עשוי להעריך כי אין מקום להרשיעו באישום השני. יש לזכור כי ראיות חלשות יכולות ללמד כי ההסתברות לחפות הנאשם גדולה יותר. במקרה זה, הסדר עם הנאשם שבמסגרתו יוסר האישום שהראיות לביסוסו חלשות יותר, אינו פסול. איסור על הסדר במקרה כזה עלול לחייב את הצדדים להסכים על הרשעת הנאשם בשתי העבירות ועל עונש מוסכם. אולם אם הנאשם סבור כי הוא אינו אשם באישום השני, יהא עליו לבחור בין ההסדר שבו הוא יורשע בשתי העבירות וייגזר עליו עונש קל כמוסכם לבין הליך משפטי שבמסגרתו הוא יעמוד לדין על שתי העבירות. אפילו אם הנאשם סבור כי יוכל בוודאות להוכיח את חפותו באישום השני,

¹⁷⁸ ראו לעיל סעיף 5.2.6.

¹⁷⁹ ראו בהרחבה לעיל סעיף 5.2.10.

הוא עשוי להעדיף את הסדר הטיעון שבמסגרתו הוא מודה בשתי העבירות, כדי להבטיח לעצמו שלא יוטל עליו עונש חמור בגין העבירה הראשונה בתום ההליך. במצב זה יש חשש כי הנאשם יודה בעבירה אותה לא ביצע. הסדר על אישומים יכול לצמצם חשש זה. בדומה, כאשר בין הצדדים יש מחלוקת אם יש להאשים את הנאשם בעבירה חמורה או בעבירה כלולה קלה יותר (למשל, מחלוקת בשאלה אם המעשה הוא שוד או שוד בנסיבות מחמירות), אין מניעה כי התביעה תשמיט פרטים השנויים במחלוקת או תפחית את סעיף האישום במסגרת ההסדר. בדרך זו, היתר לצדדים לערוך הסדר על האישומים עלול לצמצם את החשש מפני הרשעת הנאשם בעקבות הודאתו בעבירות שאותן הוא לא ביצע, רק בשל הצורך להגיע בהסדר טיעון למעין "עסקת חבילה" שבמסגרתה הוא מודה בכל האישומים. יש להדגיש כי אסור לתביעה להוסיף אישומים בהיעדר אפשרות סבירה להרשיע בהם, רק כדי להסירם אחר כך בהסדר טיעון¹⁸⁰. על התביעה להותיר רק את אותם אישומים שיש אפשרות סבירה להוכיחם בהליך פלילי, וכל הסדר טיעון צריך שיתבצע על בסיס אישומים אלו. עם זאת, גם מבין האישומים שיש אפשרות סבירה להוכיחם עשויה התביעה להסכים לוותר על חלקם בתנאים שצוינו לעיל. בכפוף למקרים אלו, יש למעט בשימוש בהסדרים על אישומים. כאשר מטרת ההסדר הינה אך להעניק לנאשם תמורה להודאתו, יש לדעתי לעשות זאת, ככל האפשר, באמצעות הסדרים על העונש. אמנם, במקרים מסוימים, רצונו של הנאשם להימלט מן הסטיגמה הכרוכה בהרשעה בעבירה החמורה יותר הוא התמריץ העיקרי שלו להסכים להסדר. במקרים אלו יהיה קושי לעודד הסדרים באמצעות הקלה בעונש בלבד. אולם גם ברבים מהמקרים הללו ניתן יהיה לפצות על הטלת הסטיגמה באמצעות הקלה בעונש. מבחינת הנאשם, במרבית המקרים, הסבל שבהותרת האישום החמור והסטיגמה הכרוכה בו ניתן לפיצוי באמצעות ההקלה בעונש הפיסי. מבחינת החברה, לתיאור מהימן של ההרשעה במרשם הפלילי יש חשיבות מיוחדת. באמצעות הסדרים על העונש, ניתן לצמצם משמעותית את השימוש בכלי של הפחתת אישומים לצורך עידוד הסדרי טיעון בהיעדר הצדקה מיוחדת להפחיתם. כמו כן, אין להתיר הסדר שבמסגרתו מסכימים הצדדים על תיאור העבירות או סעיפי האישום בניגוד למציאות.

הדין כיום בוודאי אינו נותן תמריץ להעדיף הסדרים על עונש. ההפך הוא הנכון. על-פי הדין כיום, צדדים המעוניינים להבטיח כי הסכמתם תמומש יעדיפו הסדרים על אישומים, או הסדרים משולבים על אישומים ועונש, כדי למנוע מבית-המשפט לדחות את ההסדר. השאלה היא, אם כן, כיצד ניתן לעודד את הצדדים להימנע ככל האפשר מעריכת הסדרים על אישומים רק לשם הבטחת תמורה להודאה.

לדעתי, יש לקבוע כי בית-המשפט מוסמך לדחות גם הסדרים על כתב-אישום. כיוון שכיום אין סייג לסמכות התביעה לבחור אישומים, הדבר מחייב שינוי חקיקה. שינוי זה יכול שיקבע כי כאשר יוצג בפני בית-המשפט הסדר טיעון על אישומים הוא יורשה לשאול את הצדדים לתוכנו של ההסדר על כל פרטיו¹⁸¹. כיוון שברוב המכריע של המקרים בארץ, הסדרי טיעון נערכים רק לאחר הגשת כתב-האישום, הרי שהצדדים יתקשו להסתיר את תוכן ההסדר מכיוון שבפני בית-המשפט יעמוד כתב-האישום המקורי. בשלה הראשון, על בית-המשפט לבחון האם שינוי כתב-האישום

¹⁸⁰ ראו מ' קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", פלילים ה(2) (תשנ"ז) 173, בעמ' 181.

¹⁸¹ כפי שצוין לעיל, על-פי ע"פ בחמוצקי, מחויבים הצדדים להציג בפני בית-המשפט את הסדר הטיעון שערכו ביניהם. ראו לעיל סעיף 6.3.3.1.

מהווה הקלה כה גדולה עד כי קיים חשש שהדבר יעודד גם נאשם חף להסכים להסדר כדי להסיר חשש מהרשעה בכתב-האישום החמור. שינוי סעיף אישום מאינוס לתקיפה, כפי שנעשה בדוגמא של אלשולר, מעלה בוודאי חשש כבד למצב כזה. במקרה שכך הדבר, ההסדר יידחה, אלא אם הצדדים יביאו נימוקים משכנעים שיצדיקו שינוי כה קיצוני בכתב-האישום. נימוק כזה יכול שיהיה גילוי ראיות חדשות המעוררות ספק באשר לביצוע העבירות שהוסרו מכתב-האישום, אך לא פוגעות בתשתית הראייתית לביצוע העבירות שנותרו בכתב-האישום. אולם בהיעדר נימוק כזה, אין לאשר הסדר טיעון כאמור.

בשלב השני, אם לא נמצא כי ההסדר מגלם הקלה כה קיצונית, בית-המשפט יצווה לבחון האם הייתה הצדקה לשינויים האחרים, הקלים יותר. בהיעדר הצדקה כזו ידחה בית-המשפט את ההסדר ויפנה את הצדדים לערוך, אם ירצו, הסדר על העונש. הצדקה כאמור יכולה להיות מחלוקת אמיתית בין התביעה לבין ההגנה באשר לקיומן של העובדות ששנו או באשר לביצוע העבירות שנמחקו. אמנם לעתים יקשה על בית-המשפט לוודא את אמיתות המחלוקת, ובהיעדר ראיות לפגם במחלוקת זו הוא יאשר את ההסדר; אולם במקרים רבים לא יהיה כל קושי לשלול טענה של קיומה של מחלוקת אמיתית. כך, לדוגמא, כאשר נפגע העבירה נדקר, תיתכן כמובן מחלוקת בשאלה האם הנאשם הוא הדוקר או אם הוא עשה כן להגנה עצמית, אולם לא תיתכן מחלוקת אמיתית באשר לשאלה אם מדובר בתקיפה סתם או בתקיפה חבלנית. בדומה, שינוי כתב-אישום של אדם שהיכה את בת זוגתו תוך מחיקת העובדה בדבר הקשר המשפחתי ביניהם, ייאסר¹⁸². מהצדדים לא תישלל האפשרות להגיע לפשרה גם במקרים אלו, אולם הפשרה תתמקד אך בעונש ולא באישומים. כמובן שמערך ביקורת זה אינו מושלם. במקרים מסוימים יוכלו הצדדים לערוך הסדרים בניגוד להנחיות אלו, ולהסתיר זאת מבית-המשפט. כך, לדוגמא, במקרים הספורים שנפתח משא ומתן להסדר טיעון קודם להגשת כתב-האישום יוכלו הצדדים להסתיר את ההסדר כולו, ולא לדווח עליו כלל¹⁸³. בנוסף, וסביר יותר, יהיו מקרים שהצדדים יוכלו להציג קיומה של מחלוקת אמיתית באשר לעובדות מסוימות, בהיעדר מחלוקת כזו. כמו כן, מערך הפיקוח המוצע אינו מבטיח כי התביעה לא תוסיף לכתב-האישום סעיפים שאין די ראיות להוכיחם או שאין בהם עניין לציבור, ואשר כל תפקידם לשמש כלי למיקוח על הסדר טיעון בעתיד. עם זאת, הפיקוח המוצע טוב יותר מהפיקוח הזניח הקיים כיום. הוא יקטין משמעותית את השימוש העודף בהסדרי טיעון על אישומים. כאשר שינוי חקיקה זה ילווה בהקטנת מעורבות הפסיקה בהסדרים על העונש, יקטן גם התמריץ של הצדדים להעדיף הסדרים על אישומים.

הקושי עם עמדה זו טמון בחוסר התאמתה לגישה הכללית בהליך הפלילי המקנה לתביעה שיקול-דעת כמעט מוחלט בגיבוש כתב-האישום. צמצום שיקול-דעת זה בהסדרי טיעון אינו מתיישב עם הגישה המקובלת בשיטה האדוורסרית, שלפיה החלטות בדבר האישומים נתונות בלעדית בידי התביעה. לדעתי, אין בכך כדי להכריע כנגד התרת התערבות מוגבלת, כמוצע לעיל, בהסדרים על אישומים. מבנה ההליך המקנה לתביעה שיקול-דעת רחב בקביעת האישומים מוצדק כי מבנה זה

¹⁸² עבירה של תקיפת בן משפחה דינה כפל העונש הקבוע לעבירת התקיפה. ראו סעיף 382 לחוק העונשין.

¹⁸³ אם כי התביעה, גם אם היא מעוניינת להסתיר את ההסדר מבית-המשפט כדי להבטיח את אישורו, עלולה לחשוש מלעשות כן, שכן במקרה כזה הנאשם עלול לחזור בו מהסכמתו להודות, ולכפור בעובדות כתב-האישום המתוקן. אמנם גם בהסדר גלוי רשאי הנאשם לחזור בו כל עוד הוא לא הודה, אולם במקרה זה התביעה יכולה להביא את חזרת הנאשם מההסכמה כנימוק בבקשה לתיקון כתב-האישום לאחר ההקראה. לעומת זאת, כאשר ההסדר הוסתר מבית-המשפט, לא יהיה לתביעה נימוק משכנע אותו היא תוכל להביא כדי להצדיק שינוי כתב-אישום בשלב זה.

מקדם את מטרות ההליך הפלילי. מטרתו להפקיד את תביעת ריבו של הציבור בידי הגורם המתאים לכך. ככלל, בית-המשפט בשיטה האזורסרית אינו הגוף המתאים לקבוע מהן ההאשמות שיש ראיות ואינטרס ציבורי לבחון, כאשר הצדדים אינם מביאים בפניו האשמות אלו. לתביעה המידע והמבנה הנכון לקבוע זאת טוב ממנו. אולם במקרה של הסדרי טיעון, עלולים להיות מקרים שבהם הצורך להגן על אינטרסים של הנאשמים מחייב ביקורת שיפוטית כזו. כפי שראינו, הסמכת התביעה להפחית אישומים בלא הגבלה עלולה להגדיל את החשש מפני הודאת חפים מפשע. כמו כן, בדומה לצורך בביקורת על הסדרי ענישה, ייתכנו מקרים שבהם ההתערבות השיפוטית נדרשת כדי למנוע החלטות פסולות. במקרים אלו, הטעמים המבניים נגד מעורבות שיפוטית באישומים אינם עומדים כנגד השיקולים הנגדיים¹⁸⁴. כפי שראינו, בלא ביקורת שיפוטית על הסדרים על אישומים, תוכל התביעה לעקוף, באמצעות הסדרים אלו, את כל ההישגים האפשריים של הביקורת על הסדרים על ענישה. בדומה, מצב בו אין ביקורת שיפוטית על הסדרים על אישומים מעודד הסדרים כאלו גם במקום בו עדיף לערוך הסדרים על ענישה. טעמים אלו מצדיקים הכרה בסמכות בית-המשפט לבקר הסדרים מסוג זה על-פי הכללים המותווים לעיל. למצער, ראוי לשנות את הלכת **אסיס** ולהתיר לבית-המשפט להעיר לתביעה מקום בו נראה כי הסדר הטיעון אינו ראוי לפי המבחנים שהותוו לעיל.

גם במקרה שנדחה הסדר על אישומים, יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו, לפחות במקרים שכך הותנה בין הצדדים. לחילופין, ניתן להקדים את מועד החלטת בית-המשפט אם לקבל את הסדר הטיעון לשלב שלפני הודאת הנאשם. משהחליט בית-המשפט לדחות הסדר טיעון על אישומים, תוכל התביעה לנסות ולהציע הסדר טיעון חלופי, להעמיד את הנאשם לדין על-פי כתב-האישום המקורי או לוותר על התיק. מהסיבות שצוינו לעיל, בדיון על הסדרים על העונש, אין זה ראוי להסתמך על הודאת הנאשם במסגרת ההסדר, ולהורות לתביעה להוכיח כעת את החלק שהוסר מכתב-האישום המקורי.

לסיכום חלק זה, הראיתי כי מטרות הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון, כפי שהן מופיעות בפסיקה כיום, שגויות. ראוי כי בית-המשפט ידחה הסדרים על העונש רק באחד משלושת המקרים הבאים: האחד, כאשר העונש המוסכם נמוך באופן משמעותי מן העונש ההולם ואין לכך הסבר סביר,

¹⁸⁴ איני ממעיט בחשיבותם של הטעמים המבניים. לשמירה על קוהרנטיות מבנית יש גם חשיבות פרקטית במניעת התנגשות סמכויות. כך, אם בית-המשפט ידחה הסדר טיעון, עלולה התביעה, השולטת על הבאת הראיות, להימנע מהבאת ראיות או שלא לפעול עם מוטיבציה ראויה להוכיחן. מטעם זה, שליטתו של בית-המשפט על ההסדר מוגבלת. עם זאת, יש להניח כי במרבית המקרים, התביעה תצייט להנחיות בית-המשפט, וכאשר בית-המשפט ידחה את הסדר הטיעון, התביעה תמשיך בניסיון כן להוכיח את האישומים אותם היא ביקשה להשמיט. זאת ועוד, לאחר דחיית הסדר הטיעון, אין לתביעה עוד אינטרס שלא לקיים את הוראת בית-המשפט, שכן מקום בו היא מחויבת להמשיך בניהול ההליך, היא לא תוכל לחסוך משאבים רבים בסיכול ההוראה. לפיכך, ביקורת שיפוטית, אף שהיא אינה אמצעי מושלם, יכולה לסייע במניעת הסדרים פגומים. זאת ועוד, גם כיום קיימים מצבים שבהם התביעה מנהלת הליך כאשר היא סבורה שאין לנהלו. כך למשל חייבת התביעה להגיש כתב-אישום בהוראת שופט חוקר, גם מקום בו אין היא מעוניינת בכך, ואף כאשר היא סבורה כי אין די ראיות להוכיח את האישומים. בבג"ץ 5190/01 **היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט יוסף אלרון, שופט חוקר על-פי חוק חקירת סיבות מוות תשי"ח-1958** (טרם פורסם) המליץ בית-המשפט ליועץ המשפטי לממשלה לחזור בו מעתירה כנגד החלטת שופט חוקר שהורה על הגשת כתב-אישום נגד רופאים באשמת גרימת מוות ברשלנות. ראו כתב גלובס, "בג"ץ ממליץ לרובינשטיין לבטל את עתירתו נגד שופט שלום בחיפה שהורה להגיש כתב-אישום", **גלובס** (11.9.01) וכן ההחלטה מיום 11.9.01. העתירה הוגשה שכן היועץ המשפטי סבר כי אין די ראיות להעמיד לדין. בסופו של הליך בוטל צו האישום והתיק הוחזר לשופט החוקר שכן התברר כי גם לדעתו של השופט החוקר אין די ראיות לצו אישום בשלב זה. ראו פסק-הדין מיום 2.12.01. אולם בית-המשפט מציין מפורשות כי לא היה מקום לבטל את צו האישום רק בשל המחלוקת בין השופט החוקר לבין היועץ המשפטי לממשלה בדבר דיות הראיות. מצב זה קשה הרבה יותר מהמקרה בו בית-משפט דוחה הסדר טיעון שכן במקרה האחרון התביעה נדרשת לנסות להוכיח אישומים שהיא סברה שניתן להוכיח בעת ניסוח כתב-האישום, להבדיל ממקרה בו אין לדעתה די ראיות להגשת כתב-אישום. גם בדין הפדרלי בארצות-הברית נקבע

למעט קשיים בראיות, עד כי יש חשש שההסדר פיתה את הנאשם להודות בעבירה אותה הוא לא ביצע. השני, כאשר שיקול-הדעת של התביעה בעריכת ההסדר הופעל בניגוד לכללי המשפט המינהלי, ובכלל זה כאשר ההסדר בלתי סביר באופן קיצוני. השלישי, כאשר העונש המוסכם כבד מידי בהתחשב בעבירה, בנסיבותיה ובהסכמת הנאשם להודות. בשני המקרים הראשונים כאשר נדחה הסדר על העונש יש לאפשר לנאשם לחזור בו מההסדר, לפחות באותם מקרים שכך הוסכם בין הצדדים. במקרה השלישי, יש להטיל על הנאשם עונש קל מהמוסכם, על-פי הנסיבות.

אשר להסדרים על אישומים, יש מקום להסדרים כאלו רק במידה שבין הצדדים יש מחלוקת אמיתית באשר לסיכויי ההרשעה באישומים בנוסחם המקורי. בכל מקרה אחר יש להעדיף הסדר על העונש. לפיכך, במקרים קיצוניים, יש לדחות הסדרים על אישומים כאשר השינוי באישומים משמעותי וברור כי הוא נועד לספק הקלה לנאשם ולא נבע ממחלוקת אמיתית באשר לאחריות או לסיכויי ההרשעה. כמו כן, כדי להקטין את החשש מהרשעת חפים, יש לדחות הסדרים שבמסגרתם מופחת האישום באופן קיצוני בלא הסבר סביר, עד כי יש חשש שהנאשם הסכים להפחתה למרות חפותו. גם כאן, כאשר נדחה הסדר על האישומים, יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו, לפחות באותם מקרים שכך הוסכם בין הצדדים.

6.3.3. מעורבות שופטים

6.3.3.1. הלכת בחמוצקי

כפי שצויין לעיל, בית-המשפט אינו רשאי להביע דעתו באשר להסדר טיעון שהוצג בפניו על-ידי הצדדים אלא בשלב בו הוא מחליט לקבל את ההסדר. שאלה אחרת היא האם רשאי בית-המשפט ליזום הסדר טיעון מטעמו או לגשר בין הצדדים. במילים אחרות, השאלה היא באיזו מידה רשאי בית-המשפט להיות מעורב בהליך עריכתו של הסדר הטיעון.

בפרשת **בחמוצקי** הובהרו הכללים בצורה חד משמעית. אף שהדבר לא היה דרוש כלל להכרעה באותו מקרה, קבע בית-המשפט, מתוך ציפיה לבאות את הדברים הבאים:

"מן הדברים האמורים עולה כבר בעליל שעל-כל-פנים לעולם לא יעשה השופט את עצמו צד להסכם כאמור. רואה אני צורך להדגיש דבר זה, מפני שלאחרונה ניתנו על-ידי בית-המשפט לערעורים פליליים באנגליה הנחיות לשופטים ולעורכי-דין כיצד לנהוג בכגון דא (*R. v. Turner*¹⁸⁵). מקריאת ההנחיות הללו מתקבל הרושם שהסכמים כגון אלה הנדונים כאן נולדים באנגליה לפעמים בלשכת השופט, לשם מוזמנים עורכי-הדין משני הצדדים, ולאחר ששמעו את אשר בפי השופט, יוצאים ומדברים על לב הנאשם. נוהג שכזה הוא בבל ייראה ובבל יישמע אצלנו: השופט עומד ממעל לכל משא-ומתן בין הקטיגוריה לבין הסנגוריה, ואין לו כל ענין לא בהודאת הנאשם ולא בתוצאותיה האפשריות של הודאה כזו"¹⁸⁶.

כי בית-המשפט יכול לדחות הסדרים על אישומים, ובמקרה כזה על התביעה לנהל את ההליך כאילו לא נערך הסדר טיעון. ראו לעיל סעיף 4.1.6.2.

¹⁸⁵ *R. v. Turner* [1970] 2QB 321. פסק-הדין נדון לעיל בסעיף 4.2.4.2.

¹⁸⁶ אך ראו ע"פ 4237/96 **אופנהיים נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) שם, נוכח מצב בריאותו של המערער והתמשכות ההליכים, נקבע שאין פסול בכך שבית-המשפט העלה אפשרות שהצדדים יפגשו ביניהם וינסו להגיע להסדר טיעון כזה או אחר, כאשר בית-המשפט לא נקט כל עמדה בעניין ההסדר גופו ולא השתתף במשא ומתן עצמו.

6.3.3.2. ההתעלמות מהנחית בית-המשפט העליון

למרות האישור המסויג שניתן באנגליה לזימון הצדדים ללשכת השופט, כפי שתארנו לעיל, גם שם הנחה בית הלורדים את השופטים להימנע ממעורבות בהליך עריכת הסדרי טיעון. באנגליה הצרכים הפרקטיים גברו על הנחיות בית-המשפט, ושופטים המשיכו וממשיכים לסייע לצדדים להגיע להסדר טיעון¹⁸⁷. בפסקי-דין מאוחרים יותר חזר בית הלורדים על האיסור על מעורבות שופטים בהסדרים, אך ללא הועיל. גם בארץ, איסור על מעורבות שופטים בהסדר היא גזירה שאין ציבור השופטים או עורכי-הדין יכול לעמוד בה¹⁸⁸.

במחקר מקיף שנערך בקרב שופטים ותובעים ברחבי הארץ לפני כעשרים שנה, ובו רואיינו 155 שופטים מבתי-משפט השלום והמחוזי ברחבי הארץ, השיבו כ-83% מהשופטים כי הם מנסים לעזור לצדדים להגיע להסדרים. למעלה ממחצית השופטים השיבו כי הם אף יוזמים עריכת הסדרי טיעון, אם כי רובם טענו שהם עושים זאת רק לעתים רחוקות. 89% מהתובעים שרואיינו לאותו מחקר טענו כי השופטים מעודדים עריכת הסדרי טיעון, ו-53% מהתובעים אף השיבו כי השופטים מפעילים לעתים לחץ להגיע להסדרים. כשליש מהשופטים השיבו כי הם אומרים לפעמים לנאשם מה יהיה העונש שיקבל אם יודה, או לפחות אומרים לו שאם יודה העונש לו הוא צפוי יהיה קל יותר. יצוין כי התובעים העריכו שהתופעה נפוצה הרבה יותר. 61% אחוז מהשופטים אישרו כי לעתים הם מקיימים בלשכותיהם ישיבות לניהול משא ומתן לקראת עסקאות טיעון, לפחות לעתים רחוקות¹⁸⁹.

כפי שהוראות בית-המשפט העליון לא שינו את המציאות, גם המציאות לא שינתה את עמדת בית-המשפט העליון. כך, למשל, בע"פ **ביטון**¹⁹⁰ השמיע בית-המשפט ביקורת חריפה על מעורבות שופטים בהסדרי טיעון. באותו מקרה ערעה המדינה על קולת עונשו של המשיב, שנדון לחמש שנות מאסר, מתוכן שנתיים בפועל ולקנס, בגין עבירות סמים. בבית-המשפט המחוזי, לאחר תום פרשת התביעה, זימן השופט את באי כוח הצדדים ללשכתו ושאל מדוע אין הם מגיעים להסדר טיעון. הצדדים השיבו שהסיבה לכך הייתה חוסר היכולת לגשר על הפערים. בעקבות תשובה זו פנה השופט לבא כוח הנאשם באומרו כי אם יודה הנאשם בעובדות האישום כי אז יוטל עליו עונש מסוים, ואילו אם לא יודה באשמה - ויורשע בדינו - כי אז יוטל עליו עונש אחר. על רקע העונש הקל יחסית שהציע השופט לנאשם אם יודה, הוא הודה בעבירות. המדינה ערעה על קולת העונש. לבקשת בית-המשפט העליון, נוכח הסתמכות הנאשם על הצעת השופט, הסכימה התביעה למחוק את הערעור. אולם בית-המשפט הוסיף הערתו בסוף פסק-הדין:

¹⁸⁷ ראו לעיל פרק 4, הערה 85 והטקסט הצמוד לה. ראו גם ע"פ **אסיס**, לעיל הערה 81.

¹⁸⁸ ראו גם ע"פ **אסיס**, לעיל הערה 81; וכן ע"פ 7732/95 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד (3) 371; רע"פ 4122/93 **רוטשטיין נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) (להלן: רע"פ **רוטשטיין**); ע"פ 5518/91 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד (מו"3) 525 (להלן: ע"פ 5518/91 **פלוני**); ע"פ 180/84 **האלדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (לח"1) 836.

¹⁸⁹ ראו הרנון ומן, לעיל הערה 55, בעמ' 100-127. על חוסר הציות של שופטים לפסיקה בעניין זה ניתן ללמוד גם מהאמור בהנחיות פרקליטת המדינה בנושא. אף שההנחיה מצטטת את ההלכה האוסרת לנהל התדיינות להסדר טיעון בפני בית-המשפט, מוסיפה ההנחיה וקובעת כיצד על התביעה להתנהג במקום בו בית-המשפט לא מציינת להלכה: "אכן, לעתים קשה למנוע משופט 'ללחוץ' על הצדדים להסכים להסדר טיעון. יחד עם זאת, יש לנסות למנוע, במידת האפשר, לחץ כזה, ולו כדי למנוע מצב שבו עקב מעורבותו הפעילה של השופט במשא ומתן לקראת חתימת הסדר הטעון, יוטל פגם מהותי בהסדר העלול לפסול אותו". ראו "הסדרי טיעון", הנחיות פרקליטת המדינה, לעיל הערה 58.

¹⁹⁰ ע"פ 6989/99 **מדינת ישראל נ' ביטון**, פ"ד (נד) 226.

"רואים אנו מחובתנו להביע הסתייגות חריפה מן ההצעה שבית-משפט קמא העלה לפני באי-כוח בעלי-הדין. אין ספק קל בדעתנו כי באומרו לבאי-כוח בעלי-הדין את שאמר, חרג בית-משפט קמא מסמכותו ומן הנוהל הראוי בניהולם של משפטים פליליים (דבר שהביא, בין השאר, לביטולו של ערעור המדינה בלא שנדון בו לגופו).

זאת נדע - וידענו מכבר - כי הסדר טיעון בין בעלי-הדין נעשה הוא - המדינה מזה והנאשם מזה - ובית-משפט אל-לו להישים עצמו צד לו. אכן, מטעם זה הלכה מכבר היא עימנו, כי בהיעשות הסדר טיעון בין התביעה לבין נאשם, ובהיגלות אותו הסדר לבית-המשפט, מזהיר בית-המשפט את הנאשם כי אין הוא קשור באותו הסדר וכי יכול הוא ורשאי הוא לסטות ממנו. ואמנם, לא אחת סטה בית-משפט מהסדר טיעון שעשו התביעה והנאשם, ולנאשם לא היה פיתחון-פה לטעון בערעור כי לא הוזהר על הדבר. כך הוא בהיעשות הסדר טיעון בין התביעה לבין הנאשם, הסדר שבית-המשפט נקי ממנו. אולם מה יעשה מקום שבית-המשפט עושה עצמו צד להסדר הטיעון? והרי אינטרס ההסתמכות של הנאשם הינו אינטרס כה-כבד עד שהצדק יתבע מאיתנו כי לא נעלים עין ממנו.

בהביענו תמיחה גדולה על דבריו של בית-משפט קמא, נרמזנו מפי באת-כוח המדינה כי מעשהו של בית-משפט קמא אין הוא מעשה חריג - כפי שסברנו בתחילה - וכי אירוע מעין-זה חוזר על עצמו בבתי משפט שונים מעת-לעת. אנו לא ידענו על כך, ומשנודע לנו הדבר לא נותר לנו אלא להצהיר בפה מלא כי נוהג מעין זה שנגלה לעינינו נוהג פסול-מכל-פסול הוא, וראוי להם לבתי משפט כי ירחיקו עצמם ממנו ולא ילכו בדרכו. הצעה במשפט פלילי כי תישמע מבית-משפט - והיא כהצעת בית-משפט קמא בענייננו - סופה שהיא מביאה לתוצאות הפוכות משנתכוונה להשיג, והמבקש לשמור על ניקיונו ועל טוהרתו של ההליך הפלילי ירחק ממנה"¹⁹¹.

בפועל, לא רק שהתופעה לא חדלה, אלא שהיא הולכת ורבה. מספר בתי-משפט אף יצרו מנגנון רשמי למחצה של עריכת הסדרי טיעון בתיווך שופט. כך, למשל, בבית-משפט השלום בירושלים לוקח לידי הנשיא, בהסכמת הצדדים, תיקים המתנהלים בפני שופט אחר במשך זמן ממושך, בוחן את הראיות ומציע לצדדים הצעות להסדר¹⁹². נוהג זה ידוע לרבים מהתובעים ומהסנגורים המופיעים בבית-המשפט, ובמקרים רבים מבקשים הצדדים מהנשיא לנסות ולסייע להם לסיים תיק המתנהל בפני שופט אחר. בבתי-משפט השלום במחוז המרכז נהוג לקבוע תיקים רבים להקראה ביום אחד בפני "שופט מוקד". ביום זה מגיעים שני תובעים ועורך-דין או שני עורכי-דין מהסנגוריה הציבורית ומנסים להגיע להסכמות על סיום התיק בו במקום. באותם תיקים שבהם הצדדים אינם מצליחים להגיע להסכמה מחוץ לאולם, מנסה השופט לסייע להם בכך עם כניסתם. לצורך כך הוא מבקש לעתים מהצדדים את חומר הראיות או מידע נוסף ככל הדרוש. כשהדבר דרוש לצורך בחינה מעמיקה יותר של הראיות או לצורך גיבוש עמדה, נדחה הדיון, לרוב לבקשת הסנגור, במספר שבועות ליום בו מכוונסים אותם תובעים, סנגורים ושופט ליום הקראות נוסף.

¹⁹¹ שם, בעמ' 229. למקרה דומה ראו ע"פ 5518/91 פלוני, לעיל הערה 188 (כיוון שהשופט הציע בלשכתו לבאת כוח הנאשם עונש מסוים למקרה שהנאשם יודה, ערעור המדינה על העונש התקבל במובן זה שהתיק מוחזר לשמיעה מחודשת בפני שופט אחר). במקרים אחרים שנדונו בבית-המשפט העליון בהם יזם בית-המשפט את הסדר הטיעון ראו רע"פ רוטשטיין, לעיל הערה 188; ע"פ 891/99 ואח' מדינת ישראל נ' פלוני ואח' (טרם פורסם) (להלן: ע"פ 891/99 פלוני) (לבקשת בית-המשפט חזרה בה התביעה מהערעור, אך בית-המשפט העליון העיר לשופט קמא על ההודעה שמסר לנאשמים, בניגוד לעמדת התביעה, ובה פירט מה היא עונשם אם יודו). רק במקרים ספורים ביותר מגיעה מעורבות בית-המשפט בהליך לידיעת בית-המשפט העליון. ברוב המקרים, הצעות השופט מקובלות על הצדדים ומובילות להסדר טיעון, שאז אין מי שיערער. גם כאשר ההצעות אינן מתממשות, הדרך היחידה להעביר את פעולת בית-המשפט תחת ביקורת היא בבקשה לפסלות שופט. עם זאת, הצדדים אינם נוטים לבקש את פסילת בית-המשפט בעקבות הצעתו, במיוחד אם זו נעשית בצורה זהירה. לאחר תום ההליך כבר לא עומדת להם הזכות לטעון כנגד עצם הצגת הצעת הגישור. כמו כן, אף במקרים שבהם בית-המשפט מציע לנאשם הסדר טיעון מחייב בניגוד לעמדת התביעה, זו תימנע פעמים רבות מלערער מכיוון שתובעים המופיעים לעתים קרובות בפני אותו שופט יימנעו מלחשוף את פעולתו הפסולה של בית-המשפט בפני ערכאת הערעור.

¹⁹² ראו א' כהן וע' אבמן-מולר, "שופט פסיבי או שופט אקטיבי? - הצעה למעורבות שיפוטית בעסקאות טיעון", משפטים לא (תשס"א) 745.

ברוב המקרים של המקרים מגיעים הצדדים להסכמות במהלך אחד משני הדיונים הללו, שמביאות לסיום ההליך (בהרשעה, בביטול האישומים או בהסדר טיעון וגזר-דין). באותם תיקים ספורים שבהם ההסכמה לא מושגת מועבר התיק להליך רגיל בפני שופט אחר, שאינו מקבל מידע על שהתרחש ביום ההקראות¹⁹³. בהליך ממוסד למחצה זה מסתיימים רובם המכריע של הדיונים הפליליים כבר בשלב ההקראה¹⁹⁴. לאחרונה הרחיב גם נשיא בית-משפט השלום בירושלים את התערבותו בהליכים, ואימץ הסדר הדומה לזה במקובל בבתי-המשפט במחוז המרכז. אלא שבמחוז זה, התערבות הנשיא, המשמש "שופט מוקד" בהליך התיווך רחבה יותר. הוא נוטל חלק פעיל יותר בבירור העובדות ובנקיטת עמדה גלויה ביחס לעונש הראוי (דבר ששופטי המוקד במחוז המרכז נמנעים מלעשות). במחוז ירושלים רוב ההליך מתנהל בלשכת השופט בנוכחות עורכי-הדין בלבד ובלא נוכחות הנאשם, ורק לאחר השיחה בלשכה יוצא הסנגור עם ההצעה לנאשם. זאת בשונה מההליך במחוז המרכז, המתנהל כולו בדלתיים פתוחות באולם הדיונים¹⁹⁵. לאחרונה המליצה הוועדה לסדר הדין הפלילי, בראשות השופט אליהו מצא, לנשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, להותיר להליך בפני שופטי המוקד להתקיים בשני המחוזות האמורים, תוך המשך המעקב אחרי הליך זה¹⁹⁶. ביתר בתי-המשפט, המעורבות השיפוטית אינה מוסדרת בנוהג כלשהו, אך כפי שהראיתי לעיל, היא מתקיימת בהיקפים נרחבים לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט¹⁹⁷.

¹⁹³ בהליכים שהחלו במהלך שנת 1999 לא הייתה תמיד העברה מוסדרת של התיק לשופט אחר, אולם לאחרונה, הנוהל שהוסדר מחייב כי אם מתקיים שלב ראיתי הוא מתקיים בפני שופט שלא היה מעורב בניסיון לגבש הסכמה.

¹⁹⁴ ניסוי דומה החל לאחרונה גם בבית-המשפט המחוזי בתל אביב יפו. ראו "ירקוני ניסוי: שופטים רשאים לתווך בעסקאות טיעון", **ידיעות אחרונות**, 12.3.01.

¹⁹⁵ ראו א' מצא, "שופטי מוקד" לקידום תיקים פליליים והסדר טיעון, מכתב לנשיא א' ברק מיום 1.4.01. לביקורת שנמתחה על הליך זה בדיוני לשכת עורכי-הדין ראו י' יצחק, "פותרים את הפקק", **גלובס**, 21.8.01.

¹⁹⁶ ראו מכתבו של השופט מצא, לעיל הערה 195.

¹⁹⁷ בהחלטה שנתן לאחרונה הנשיא ברק ניתן למצוא רמז ראשון לנכונות בית המשפט העליון, בפסיקתו, להתיר את פעילות שופטי המוקד. באותו מקרה בירר בית המשפט מדוע נכשל הנסיון של התביעה להגיע להסדר טיעון עם הנאשם. במסגרת בירור זה שמע בית המשפט מידע על הרשעות קודמות של הנאשם. כמו כן הוא המליץ לנאשם להגיע להסדר הטיעון עם התביעה, וחזר והמליץ לו גם לאחר שהנאשם עמד בסירובו. בעקבות הליך זה ביקש הנאשם את פסילת השופט. בקשתו נדחתה והערעור על בקשה זו נדון בפני הנשיא ברק. הנשיא ברק קיבל את הערעור, אך לא קבע כי היה פסול בנסיון שערך בית המשפט להביא את הצדדים לידי הסדר. הנשיא ברק הסתפק בקביעה כי מקום בו נכשל נסיון כזה, יש להעביר את הדיון לשמיעה בפני שופט אחר. בלשונו: "אין חולק כי יש יתרונות בלתי מבוטלים לנסיון לסיים הליכים מעין אלו - גם פליליים - בלא שמיעת ראיות ותוך הסכם בין הצדדים. כך במסגרת עסקאות טיעון או במסגרת הסדרים אלטרנטיביים של פתרון סכסוכים. כך גם נעשה במקרה שבפנינו. במסגרת הליכים מעין אלה, תתכנה נסיבות בהן השופט יהיה מעורב בהליכי משא ומתן לקראת גיבוש הסכם כזה או אחר. בנסיבות אלה, ראוי הוא כי במידה וההליכים לא צלחו, ישמע התיק בפני שופט אחר." ראו ע"פ 4492/02 **שטייק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, ניתן בתאריך 12.8.02).

6.3.3.3. הטענות כנגד מעורבות שיפוטית בהסדרי טיעון

6.3.3.3.1. הנאשם עלול להודות תחת כפייה

החשש מלחץ המגיע כדי כפייה הוא החשש המרכזי המוצג כנגד מעורבות שיפוטית בהסדרי טיעון. אין דומה מצבו של נאשם המתדיין עם תובעת למצבו של נאשם המתדיין עם שופט. בניגוד לתובעת, שאינה יכולה לכפות על הנאשם, באופן ישיר, עונש חמור אם יסרב להסדר, לשופט הכוח להשפיע על תוצאת ההליך גם במקרה שלא יהיה הסדר. במילים אחרות, בעוד שהתובעת יכולה להציע "גֵּר" – דהיינו הקלה בעונש בתמורה להודאה, או לכל היותר המלצה לשופט להחמיר אם הנאשם לא מודה ומורשע, השופט שולט הן במקל והן בגזר. הוא יכול להציע הן הקלה בעונש בתמורה להודאה, אך גם לאיים בהחמרה בעונש אם הנאשם לא ייכנע לתכתיביו. הנאשם יודע זאת ומוצא עצמו במצב המקשה עליו לסרב מקום בו השופט מציג בפניו הסדר ומבקשו להסכים. גם אם נניח ששופטים לא ינצלו כוח זה לרעה, הנחה שכמעט ולא ניתן לאמת בהיעדר קריטריונים ברורים לענישה, עלול הנאשם לחשוש מפני ההשלכות של הסירוב. נאשם אשר בפניו עומדת הצעה של שופט להסדר טיעון עלול לראות בשופט כמי שכבר הגיע למסקנה בדבר אשמתו, ולהטיל ספק בכל הבטחה שהעונש שיוטל עליו אם לא יודה ויורשע יהיה הוגן¹⁹⁸. יש בסיס להניח כי מקום בו מותרת מעורבות שיפוטית, לחץ מסוג זה מופעל על הנאשמים באופן תדיר¹⁹⁹.

במידה מסוימת קיים גם חשש שהשופט יכפה דעתו על התביעה. אמנם לכאורה לתביעה, בניגוד לנאשם, "אין מה להפסיד", ואף אם השופט "יעניש אותה" על סירובה להסדר הטיעון ויטיל את העונש שהציע כתמורה להודאה, בניגוד לעמדתה, יהיה בכוחה לערער על ההחלטה. אולם בפועל יחסי העבודה היום-יומיים בין השופטים לבין התובעים, המופיעים בתדירות גבוהה מאוד בפני אותם שופטים באותו בית-משפט, מקשים על התביעה לערער בטענה המטילה פגם מוסרי בשופט (טענה כגון "השופט העניש את התביעה על סירובה להסדר טיעון")²⁰⁰. זאת ועוד, כפי שהראיתי לעיל, במספר מקרים ערערה התביעה על הסדרי טיעון שנכפו עליה, ולמרות הביקורת של בית-המשפט על פעולת השופט, הערעור נדחה, בשל הסתמכות הנאשם²⁰¹. במצב זה ספק עד כמה תוכל התביעה למנוע הסדרים כפויים מעין אלו²⁰².

¹⁹⁸ ראו LaFave, Israel & King, לעיל הערה 6, §21.3(d).

¹⁹⁹ ראו M. McConville & C. Mirsky, "Guilty Plea Courts: A Social Disciplinary Model of Criminal Justice", 42 *Social Problems* (1995) וכן *Elksnis v. Gilligan* 256 F. Supp. 244 (S.D.N.Y., 1966). יש הטוענים, מנגד, כי בכוחה של התובעת להשפיע על תוצאת ההליך לא פחות, ואף יותר, מאשר השופט. המלצת התובעת לעונש בהסדר מתקבלת כמעט תמיד על-ידי בית-המשפט, והתובעת שולטת בלעדית על האישומים שבכתב-האישום. אלא שטענה זו אינה ממין העניין. השאלה אינה אם התובעת יכולה להיטיב עם הנאשם – שכן בוודאי שבכוחה לעשות כן – השאלה היא האם התובעת יכולה לפגוע בזכויותיו של הנאשם אם יסרב להסדר או להחמיר איתו מעבר לדרוש בשל סירובו. אם אנו מכירים בכך שעונש שמוטל על-ידי בית-המשפט בתום הליך מלא הינו, ככלל, העונש הראוי – הרי שאיום של תובעת לעשות הכל להטלת עונש כזה אינו כופה. התובעת אינה יכולה לאיים, או אף לגרום לנאשם להניח, כי בכוחה להביא לעונש חמור ממה שבית-משפט רגיל יסבור כראוי בנסיבות. מנגד, לבית-המשפט יש כוח לאיים בהחמרה מעבר לעונש ההולם. החמרה כזו, שהיא עונש על עצם הסירוב להודות, היא ההופכת את האיום לכפייה. ראו לעיל בסעיף 5.2.5.

²⁰⁰ ראו ע"פ ביטון, לעיל הערה 190, שם רמזה מנהלת המחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה כי שופטים נוהגים באופן תדיר לכפות על התביעה הסדרים. למרות זאת, התביעה נמנעת בדרך כלל מלהביא את הדבר לידיעת בית-המשפט.

²⁰¹ ראו שם, וכן ע"פ 891/99 פלוני, לעיל הערה 191.

²⁰² עם זאת, יש מקום לטענה כי גם אם יתממש חשש זה, אין זו תוצאה כה קשה, שכן סמכות הטלת העונש מצויה בידי השופט בכל מקרה, ויש שיטענו כי אין כל נזק בכך שבית-המשפט קובע שהודאה תזכה את הנאשם בהקלה גדולה יותר מזו שמציעה התביעה.

6.3.3.2. השופט יתקשה לנהל משפט הוגן אם הצעתו תידחה

טענה כבדת משקל נוספת כנגד מעורבות שיפוטית בהסדרי טיעון היא כי השופט יתקשה לנהל משפט הוגן, אם המשא ומתן לא יגיע לכדי הסדר טיעון. החשש הינו כפול: ראשית, יש חשש שהשופט יתקשה לדון את הנאשם על-פי הראיות בלבד, לאחר שבמשא ומתן הוא שמע על הסכמתו להודות בתנאים מסוימים. כן עולה חשש כי מידע שאינו בגדר ראיה קבילה, שיעלה במסגרת הדיונים על ההסדר, ישפיע גם כן על הכרעת הדין. שנית, מעורבות השופט עלולה ליצור אצלו אנטגוניזם כלפי הצד שהכשיל, לדעתו, את ההסדר שהציע. גם אם השופט יתעלה מעל חששות אלו וינהל את המשפט ללא דופי, עדיין קיים חשש כבד כי הנאשם יתקשה להאמין שבית-המשפט יכול להתעלם מכל מה ששמע בעת הדיון על ההסדר, ואמונו בהליך ייפגע²⁰³.

6.3.3.3. חוסר מידע בידי השופטים

אופן המעורבות הנוכחי של שופטים בהסדרים גורם לכך שהצעותיהם להסדר לוקות נוכח חוסר המידע שברשותם. שופט אינו מודע לעברו הפלילי של הנאשם ולמאסרים המותנים הניתנים להפעלה התלויים ועומדים כנגדו. הוא אינו יודע מה מצב הראיות בתיק, האם הנאשם הודה במשטרה, הודאה מלאה או חלקית, אם הוא נתפס בשעת מעשה, או אם הראיות כנגדו חלשות יותר. בנסיבות אלו מעורבותו אינה יכולה להבטיח תוצאה סבירה והוגנת לנאשם, ובמקביל היא אף עלולה לפגוע באינטרס הציבורי.

6.3.3.4. החשש מפגיעה בטוהר ההליך ובכבוד בית-המשפט

טענה נוספת שנשמעה כנגד הסדרי טיעון בתיווך שיפוטי מבוססת על החשש שהליך של קח ותן בחסות שיפוטית פוגע בכבוד בית-המשפט ובטהרת ההליך הפלילי²⁰⁴. אין מדובר אך בחשש הישיר של הנאשם העומד בפני שופט מסוים, שנדון לעיל. הכוונה לפגיעה באמון הציבור במוסד השפיטה, כגורם אובייקטיבי ובלתי תלוי. יש חשש כי כאשר בית-המשפט מנהל מיקוח, אף אם הוא עושה כן רק כמעין מפשר בין צדדים יריבים בלא לכפות את דעתו, הוא גורם לפגיעה באמון הציבור בהליך הפלילי, כהליך פורמלי המוכרע על-ידי שופט המנותק מכל אינטרס אישי או מוסדי – למעט ממרות הדין.

6.3.3.4. הטענות בזכות מעורבות שיפוטית בהליך

קשה למעט בעוצמתן של הטענות כנגד מעורבות שיפוטית במשא ומתן לקראת הסדרי טיעון. עם זאת, אין להתעלם מהיתרונות הגלומים במעורבות שיפוטית בהתדיינות לקראת הסדר טיעון.

²⁰³ ראו Alshuler, לעיל הערה 16, בעמ' 1111-1110. במידה רבה עוצמתה של טענה זו בארץ גדולה יותר, כאשר השופט, ולא חבר מושבעים, מכריע את הדין.

²⁰⁴ ראו דברי השופט חשין בע"פ **ביטון**, לעיל הערה 190, בעמ' 229: "הצעה במשפט פלילי כי תישמע מבית-משפט - והיא כהצעת בית-משפט קמא בענייננו - סופה שהיא מביאה לתוצאות הפוכות משנתכוונה להשיג, והמבקש לשמור על ניקיונו ועל טוהרתו של ההליך הפלילי ירחק ממנה". ראו גם P.A. Whitman, "Recent development - Judicial Plea Bargaining", 19 Stan. L. Rev. (1967) 1082, 1089.

6.3.3.4.1 סיוע בסיוע מהיר של תיקים

מעורבות שיפוטית יכולה להבטיח כי תיקים רבים שבלעדיה היו נדונים עד תום יסתיימו בהליך מהיר ובהסכמת הצדדים. יש להניח כי עומס העבודה העצום המוטל על השופטים והצורך לעודד הסדרי טיעון, הוא הגורם המרכזי לכך ששופטים רבים יוזמים התדיינות על הסדרי טיעון או משתתפים בהתדיינות כזו, למרות האיסור המוחלט על פעילות זו בפסיקת בית-המשפט העליון.

במערכת משפט הפלילי כשלנו, מעורבות שיפוטית בהסדרים היא כמעט בלתי נמנעת. לשופטי הערכאות הדיוניות אין שליטה על עומס התיקים המוגשים אליהם. טיפול בתיקים על-פי כל הכללים והימנעות מנקיטה בצעדים היכולים לסייע בסיוע מהיר של התיקים, עלולים להביא להתמשכות דיונים הרבה מעבר לסביר, ולחריגה, לעתים תכופות, ממגבלות הזמן שקבע המחוקק לניהול הליכים פליליים²⁰⁵. המשימות שמטיל עליהם הדין, לדון בכל תיק בתוך מסגרת הזמן המתחייבת, ובלא לנקוט צעדים שיסייעו לצדדים להביא לסיומו המהיר – פשוט אינן ניתנות לביצוע. חזרה של בית-המשפט העליון, מידי פעם בפעם, על האיסור לסייע לצדדים להגיע להסדר, במקביל לקובלנות שמעלה הערכאה העליונה על התמשכות ההליכים, נראית כעצימת עיניים כלפי תופעה בלתי נמנעת נוכח הדרישות השונות מהמערכת, שבמשאבים הקיימים לא ניתן ליישבן. הראיה היא כי למרות האיסור המפורש בפסיקה למעורבות שיפוטית בהסדרים, זו נמשכת בכל מחוזות השיפוט ובמקרים רבים אף זוכה למיסוד חלקי במסגרת מקומית²⁰⁶.

בית-המשפט יכול לסייע לצדדים להגיע לידי הסכמה, גם במקרים שבהם התדיינות מוקדמת בין הצדדים נכשלה. מעמדו כגורם אובייקטיבי, היכול להעריך את הטענות, הראיות וחומרת המעשה בצורה ניטרלית, יסייע לצדדים להעריך מחדש את עמדותיהם. עמדה של שופט כי בתיק אין די ראיות או כי חומרת העבירה אינה מצדיקה לטעמו הרשעה, צפויה לקבל משקל רב יותר מאשר עמדה דומה שתוצג על-ידי בא כוח הנאשם. בדומה, הצדדים צפויים לתת משקל להערכה של שופט באשר לעונש הראוי בהסדר טיעון. הנאשם מצדו צפוי להעניק משקל רב יותר לעמדה של שופט שתתקבל כאובייקטיבית יותר מאשר הצעה של התביעה. גם התביעה צפויה לייחס חשיבות לעמדה שיציג השופט, מטעמים דומים. כך, למשל, מקום בו קודם להתדיינות השיפוטית סברה התביעה כי העונש הראוי בנסיבות אינו יכול להיות נמוך מסף מסוים, יכולה הערכת השופט, אשר אינו חשוד בעיניה כבעל אינטרס מיוחד להיטיב עם הנאשם, לשכנעה כי בנסיבות המקרה ניתן לספק את האינטרס הציבורי גם בעונש קל יותר. זאת ועוד, התביעה עשויה לתת משקל יתר לעמדת השופט גם מתוך כבוד לבית-המשפט.

משמעותית במיוחד צפויה להיות תרומת השופט לשפר את הערכת הצדדים באשר לתוצאות ההתדיינות, ולקרב את עמדותיהם באופן שיאפשר פשרה. המכשלה העיקרית לכל משא ומתן, ובכלל זה משא ומתן בהליכים פליליים, היא "אופטימיות יחסית", דהיינו מצב בו הנאשם מעריך

²⁰⁵ ראו לעיל בסעיף 3.2.

²⁰⁶ ראו לעיל בסעיף 6.3.3.2.

את תוצאות ההתדיינות כטובות יותר עבורו מאשר התובעת מעריכה אותם²⁰⁷. בהקשר זה תוצאות ההתדיינות הן שיקלול של סיכויי ההרשעה והעונש הצפוי.

כאשר הערכות התביעה וההגנה באשר לסיכויי ההרשעה ולעונש הצפוי אם תהיה הרשעה דומות, יקל עליהם להגיע להסדר שישקף הערכה משותפת זו. כך, למשל, אם שני הצדדים מאמינים שנכח הראיות קיימת ודאות כמעט מוחלטת להרשעה, וכי אם הנאשם יורשע הוא צפוי לעונש של כ-10 שנות מאסר, יש להניח כי הם לא יתקשו להגיע להסדר על עונש שנמוך במעט מ-10 שנים, שישקף גם את הוויתור שעשה הנאשם על הסיכוי לעורר ספק באשמתו ואת החיסכון שהוא הביא להליכי המשפט בחוסכו לתביעה משאבים. גם אם ההערכה המשותפת של הצדדים מניחה כי סיכויי ההרשעה נמוכים יותר, נאמר 80%, ניתן להגיע להסדר שישקף הערכה זו בעונש שיוסכם²⁰⁸. אם התובעת מעריכה שהעונש יהיה קל יותר או שסיכויי ההרשעה קטנים יותר בלא שהנאשם שינה את הערכתו (פסימיות יחסית), יקל על הצדדים עוד יותר להגיע להסדר, שכן מוכנות התביעה להתפשר תגדל. אף אם קיימת אופטימיות יחסית, אך הפערים בהערכות אינם גדולים, ניתן לצפות שהצדדים יגיעו להסדר. לתביעה יש עניין בהסדר גם כאשר עליה להציע עונש קל יותר מהעונש הצפוי לדעתה בתום הליך, לאור החיסכון במשאבים שההסדר מקנה לה. לנאשם עשוי גם להיות עניין מיוחד בהסדר שיקטין את חוסר הוודאות והחרדה הכרוכים בהליך הפלילי. כשהפערים אינם גדולים, החיסכון בזמן של התביעה ושאיפת הנאשם לוודאות צפויים, ברוב המקרים, לסייע לצדדים להגיע להסכמה.

הקושי מתעורר כאשר הערכות הצדדים הן רחוקות יותר. במקרה כזה, הסדר שיוצע על-ידי הנאשם צפוי להידחות על-ידי תובעת הסבורה שבנסיבות העניין ההסדר אינו משקף בצורה הוגנת את הסיכויים והסיכונים של הצדדים. בית-המשפט יכול להביט בראיות במנותק מהשתלשלות קודמת העלולה להשפיע על ההערכות של הצדדים. חוות דעתו יכולה לסייע להגנה ולתביעה לצמצם את פערי ההערכה שביניהם באופן שיאפשר הסדר.

כך, למשל, אם התובעת מעריכה שבתום משפט צפוי הנאשם לקבל עונש של 6 שנות מאסר ואילו הנאשם סבור שעונשו יסתכם ב-3 שנות מאסר, ייתכן שיקשה על הצדדים להגיע להסכמה על עונש משותף. אולם שופט שישמע את הטענות ויביע עמדתו כי העונש צפוי להיות בסביבות 4 שנות מאסר, עשוי לסייע בתיקון הערכות הצדדים, כך שכל אחד מהם יהיה מעט פחות אופטימי

²⁰⁷ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 59 בפרק 5. המונח "אופטימיות יחסית" אינו מדויק לחלוטין בהקשר זה, שכן לתביעה אין אינטרס אישי בתיק ולכן יש קושי לדבר על "אופטימיות" שלה באשר לסיכויי התיק. ניתן לטעון כי התביעה מעוניינת בהגנה על האינטרס הציבורי, ומבחינה זו היא אופטימית כאשר היא מאמינה שעמדתה, האמורה לקדם אינטרס זה, תתקבל. בכל מקרה, השימוש במונח המקובל בהקשרים אחרים נעשה אך לצרכי נוחות.

²⁰⁸ אם הנאשם מקבל החלטותיו מתוך מגמה למזער את תוחלת העונש הוא צפוי להסכים, במקרה זה לכל עונש שיפחת מ-8 שנות מאסר (80% מ-10 שנות מאסר). בשל תופעות של העדפת הווה ושנאת הפסד שנדונו לעיל בסעיף 2.3.1.2, יש להניח כי הנאשם ידרוש עונש נמוך יותר כתנאי להסדר. במילים אחרות, כדי לפצות עברייני על ויתורו על סיכוי של 20% להיות מזוכה יש להבטיח לו הקלה של יותר מ-20% בעונש. מנגד, התובעת מוכנה גם כן להסכים להסדר שישקף הקלה גדולה מזו המשתקפת מתוחלת העונש. ראשית, מכיוון שההסכמה כשלעצמה מפנה לה משאבים המאפשרים לה להשיג הרשעות ועונשים בתיקים נוספים, ולכן, גם אם מטרתה מקסימום עונשים והרתעה, פשרה כזו תקדם את מטרתה. שנית, מכיוון שיש להניח שהתובעת מעוניינת גם להבטיח את הצלחתה להרשיע, מעבר לרצון להשיג עונש מרבי. ושלישית, מכיוון שהתובעת מודעת לכך שלענישה מוסכמת מידית השפעה גדולה יותר מעונש שאינו ודאי, גם אם תוחלתו דומה, ועל-כן נכונותה לפשרה תגדל באופן שישקף גם את הרווח מהמידיות של העונש. לפיכך, המשתנים המקטינים את נכונות הנאשם להתפשר מגדילים את נכונות התביעה להתפשר, ולכן כאשר הערכות הצדדים את תוצאות הדיון דומות הם צפויים, ברוב המקרים, להגיע לפשרה.

(מבחינתו) בהערכתו. צמצום הפער בהערכות יכול לסייע בגיבוש הסכמה שתביא לסיום מהיר של התיק²⁰⁹.

6.3.3.4.2. הסרת עננת חוסר הוודאות

להסדרי טיעון שיפוטיים יתרון משמעותי נוסף בהסרת "עננת חוסר הוודאות" מעל הנאשם. בהסדר טיעון רגיל הנאשם מתבקש לוותר על זכויותיו הדיוניות בתמורה להמלצה של התובע. הנזקים הגלומים במצב זה, לנאשם, לתביעה ולמערכת האכיפה נדונו בהרחבה לעיל²¹⁰. אמנם אם יתקבלו ההמלצות לעיל, והנאשם יוכל לחזור בו מהודאה בהסדר שנדחה, תקטן משמעותית "עננת חוסר הוודאות". אולם גם במקרה כזה הנאשם עלול לחשוש מפני דחיית ההסדר, והסיכון שיוותר אם הוא יועמד לדין. מנגד נטען כי הכפפת בית-המשפט להסכמת הצדדים וצמצום סמכותו להתערב בהסדר שוללת ממנו את תפקידו הייחודי בקביעת העונש.

ההתדיינות על הסדרי הטיעון הנערכת בחסות בית-המשפט פותרת את בעיית חוסר הוודאות בלא לפגוע בשליטת בית-המשפט על העונש. בית-המשפט הוא המציע את העונש, והוא יכול להבהיר את עמדתו באשר להצעות התביעה עוד לפני שהנאשם ויתר על זכויותיו. העובדה שהעונש הוצע על-ידי השופט מסירה את החשש שהשופט ימצא את ההסכמה כבלתי סבירה ויטה ממנה לאחור הרשעת הנאשם. מנגד, אם השופט סבור כי עמדת התביעה מקלה מידי בהתחשב בנסיבות, עמדתו זו תועבר לידיעת הצדדים עוד בהתדיינות ולפני שהנאשם ויתר על זכויותיו. בדרך זו נפתרת בעיית "עננת חוסר הוודאות" בלא שנפגע כוחו של בית-המשפט לפקח על סבירות הסכמת הצדדים²¹¹.

6.3.3.4.3. החזרת השליטה על גזירת הדין לבית-המשפט

החזרת השליטה בהסדרי טיעון לידי בית-המשפט יכולה אף להיחשב כשיקול בפני עצמו במעבר מהליך של הסדרי טיעון הנערכים מחוץ לאולם להסדרים בניהול בית-המשפט. אלו הרואים באור שלילי את מעמדה של התביעה בהסדרי הטיעון ואת כוחה לקבוע למעשה את העונש בהליך הפלילי, יכולים למצוא במעורבות השופטים תרופה שתחזיר את השליטה בגזר-הדין לבית-המשפט בלא למנוע את מימוש היתרונות של הסדרי הטיעון²¹².

6.3.3.4.4. ביקורת על התביעה

זה אינו השיקול היחיד בעד מעורבות שיפוטית בהסדרי טיעון. מעורבות שופט בהתדיינות על הסדרי טיעון יכולה לשמש כמנגנון בקרה על התביעה מפני ניצול כוחה כנגד הנאשם. אמנם, ככלל, אמור הסגור להבטיח את זכויות הנאשם, ובהסדרי טיעון המבוססים על הסכמה, בכוחו למנוע יישום של הצעות הפוגעות בנאשם; אולם ייתכנו מקרים שבהם התביעה עלולה לנצל, ולו שלא

²⁰⁹ לחשיבות שיפור הוודאות באשר לתוצאות ההליך בקידום הסדרים ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 59 בפרק 5.

²¹⁰ ראו לעיל סעיף 6.3.2.2.

²¹¹ ראו Alschuler, לעיל הערה 16, בעמ' 1069-1076, וכן LaFave, Israel & King, לעיל הערה 6, §21.3(d).

²¹² בארצות-הברית, במקומות רבים השופט כלל לא מבקש את הסכמת התביעה להצעה המועברת לנאשם, ולמעשה ההתדיינות כולה נערכת בינו לבין הנאשם. ראו לעיל בסעיף 4.1.6. פרופ' אלשולר סבור שכל עוד ממשיכים לקיים הסדרי טיעון, עדיפה שיטה בה השופט מנהל את ההתדיינות עם הנאשם ישירות משיטה המתבססת על הסכמת התביעה. בדרך זו הוא מציע להחזיר לבית-המשפט את התפקיד המרכזי הראוי לו בקביעת גזר-הדין. ראו Alschuler, לעיל הערה 16.

במשים, את בורותו של נאשם שאינו מיוצג, או נאשם שייצוגו לקוי, ולקבל הסכמתו להסדר טיעון שאינו הוגן (לדוגמא, הסדר טיעון במקום בו אין ראיות להרשעה). פיקוח שיפוטי לאחר מעשה, אשר בוחן את ההסדר רק לאחר שהנאשם הודה בעובדות כתב-האישום, יתקשה להגן על זכויות הנאשם. במקרה כזה אין לבית-המשפט כל דרך לדעת מה היו הראיות, והוא מוגבל ביותר ביכולתו לברר עד תום את נסיבות המקרה על בסיס עובדות כתב-האישום בלבד – מסמך שנוסח על-ידי התביעה. מנגד, מעורבות שופט השומע בהליך בלתי פורמלי את טענות הנאשם והתביעה ויכול בצורה בלתי אמצעית להתרשם מהראיות ממכלול העובדות הרלבנטיות, יכולה לשמש כמכשיר לפיקוח על התביעה ודרכי פעולתה במשא ומתן, ולסייע בהגנה על זכויות הנאשם.

6.3.3.4.5. חשיפת הפעילות, הסדרתה והבטחת ביקורת

סיבה נוספת להתיר מעורבות שיפוטית נעוצה בחוסר היכולת למנעה. כפי שהוצג לעיל, האיסור המפורש והמוחלט שבית-המשפט העליון חוזר ומדגיש מדי פעם בפעם על מעורבות שיפוטית מופר מידי יום. בתי-המשפט, הקורסים תחת עומס התיקים, נאלצים לחפש דרכים לסיים תיקים בדרך מהירה. כמו באנגליה וברוב מערכות המשפט בארצות-הברית, איסור על פעילות זו רק דוחק את הפעילות אל חדרי חדרים, שם שופטים ועורכי-דין מקבלים החלטות על בסיס אמון אישי והסכמה בשתיקה שהדברים לא ייחשפו. מצב זה מעוות את השיקולים של כל הנוגעים בדבר. כך, למשל, קיים חשש ששופטים יערכו דיונים מפורשים רק עם סגורים ותובעות עליהם הם יוכלו לסמוך שלא יחשפו את קיום הדיונים, כדי להימנע מביקורת של בית-המשפט העליון²¹³. בדומה, קיים חשש ששופטים ינקטו צעדים להסתיר את פעילותם (הימנעות מתיעוד בפרוטוקול, קבלת הבטחה מוקדמת של הצדדים לא לערער על עצם ההתדיינות השיפוטית וכיוצא באלה) אשר יקשו על קיומו של פיקוח ציבורי ומשפטי על ההליך, ויפגעו בהגינותו.

6.3.3.5. הפתרון המוצע – הסדרת המעורבות השיפוטית

הן החסרונות של מעורבות שיפוטית בהסדרים והן יתרונותיה כבדי משקל. סבורני כי מצב זה מחייב מציאת דרך ביניים שתאפשר ליהנות מהיתרונות תוך מזעור הנזקים מהחסרונות. נראה כי את עיקר החששות מההליך ניתן להבטיח אם שופט אחד ינהל את ההתדיינות על ההסדר ושופטת אחרת תנהל את ההליך אם ההסדר ייכשל.

הדרך הטובה להבטיח הליך זה היא לקבוע מינהלית כי את שלב ההקראה יבצע שופט אשר בנוסף להקראה ינסה להביא את הצדדים לידי הסכמה על סיום ההליכים. שלב ההקראה הוא השלב המתאים לעריכת נסיונות התיווך, הן מכיוון שזהו השלב הראשון בהליך הפלילי שבו חומר החקירה ערוך ומצוי בידי הנאשם, והן מכיוון שאין מניעה חוקית להעביר את התיק לאחר שלב זה לשופט אחר²¹⁴.

כדי להבטיח את זכויות הנאשם, על השופט, לאחר הקראת כתב-האישום, לבקש את רשות הצדדים לערוך בירור לבחינת האפשרות של סיום התיק, להבהיר להם כי אין הם חייבים להסכים להליך האמור וכי אם ההליך ייכשל והתיק ייקבע לדיון, הוא יידון על-ידי שופטת אחרת. כן יש

²¹³ לתופעה זו באנגליה ראו לעיל סעיף 4.2.4.2.

לומר לצדדים כי בהסכמתם ההתדיינות לא תירשם בפרוטוקול, וכל מה שיאמר בהליך לא יועבר לידיעת השופט שתנהל את התיק, אם הניסיון לסיום ההתדיינות ייכשל. לאחר שהצדדים יביעו הסכמתם להליך יוכל השופט לברר האם היו מגעים קודמים בין הצדדים ואת תוכנם, לקבל סקירה קצרה של הראיות ונסיבות האירוע ואם יש צורך, בהסכמת הצדדים, אף לעיין בתיק החקירה. בתום בירור הפרטים והמחלוקות יוכל השופט לבחון את עמדות הצדדים, לנסות לסייע להם להגיע להסכמה ואף להציע הצעה לסיום התיק, בדרך של חזרה מאישומים או הסדר טיעון או כל פתרון הנראה הוגן בנסיבות העניין. אם תושג הסכמה, ניתן יהיה לסיים את ההתדיינות בו במקום בהתאם למוסכם²¹⁵. אם לא, התיק יועבר להמשך טיפול בפני שופטת אחרת, אשר לא תקבל כל מידע על הדברים שנחשפו בעת ההקראה. בכל שלב אחר ניתן יהיה, לפי בקשה משותפת של שני הצדדים, להחזיר את התיק לשופט שערך את ההקראה להמשך הניסיון להגיע לפשרה.

הליך זה מנטרל את רוב החששות שהועלו כנגד מעורבות שיפוטית. החשש כי השופט יתקשה לנהל את ההליך בהמשך מוסר באמצעות החלפת השופטים. החשש מפני כפיית הנאשם להודות מוסר באמצעות הוולונטריות של ההליך והעובדה שהשופט המנהל את ההליך לא יכריע בדין ולא יגזור את דינו של הנאשם במקרה שהצעותיו יידחו. החשש מפני הצעות שיפוטיות המתבססות על מידע חלקי יוסר אם השופט יוכל לברר כל מידע דרוש, כגון מידע על הרשעות קודמות הדרוש להכרעה בדבר העונש, וזאת בלא שהצדדים יחששו מהשלכות חשיפת המידע להמשך ההליך. קביעת מסגרת מסודרת להתדיינות וקבלת הסכמה של הצדדים יקטינו (אף כי לא יסירו לחלוטין) את החשש מפני הפגיעה בכבוד מוסד השפיטה ובטוהר ההליך הפלילי.

מנגד, רוב היתרונות הגלומים במעורבות שיפוטית יושגו גם במסגרת זו. בית-המשפט יוכל לקדם את יכולת הצדדים להגיע להסכמה, לקרב את ההערכות שלהם את תוצאות ההליך, ולספק להם נקודת מבט אובייקטיבית על התיק. בנוסף לקידום הסדרי הטיעון יסיר ההליך את עננת חוסר הוודאות השורה על נאשם העורך הסדר עם התביעה בלבד, ויגדיל את שליטת בית-המשפט על גזר-הדין. ההליך הגלוי ינטרל חלק ניכר מהצורך בתיווך השיפוטי הרגיל על-ידי השופט המנהל את שלב הראיות, יחשוף את ההליך לעין הביקורת ויקטין את החשש מהתוצאות השליליות של פעולות ההסתרה²¹⁶.

²¹⁴ ראו סעיף 233 לחוק סדר הדין הפלילי.

²¹⁵ אף כי ייתכנו מקרים שבהם הצדדים יסכימו על שלב נוסף בדרך לסיום התיק, כגון בקשת תסקיר מבחן.

²¹⁶ ייתכן כי גם במצב החוקי כיום ניתן לקיימו. ראשית, ניתן להיעזר בהוראת סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי המסמיכה את בית-המשפט לזמן את הצדדים אליו, כאשר הנאשם מיוצג, כדי לברר הסכמות לשאלות שבעובדה או שאלות דיוניות. על בסיס סעיף זה יכול בית-המשפט להתערב במשא ומתן להסדר על העובדות והאישומים הנגזרים מהם. שנית, ניתן להתבסס על הסכמת הצדדים להליך. בענייני סדר דין להסכמת הצדדים משקל רב. ככלל, הסכמה של בעלי הדין מכשירה סטייה מכללי סדר הדין כל עוד הסטייה אינה כרוכה בעיוות דין. ראו י' קדמי, **על סדר הדין בפלילים** (חלק שני, ספר שני, תשנ"ח-1998), 1264. את החשש מעיוות דין ניתן להסיר באמצעות ההסדר שהוצע לעיל. בכל מקרה, ראוי כי הסדר זה לא ייערך על בסיס רעוע, אלא יעוגן בבירור בחקיקה.

6.4. עבירות קנס

6.4.1. כללי

חוק סדר הדין הפלילי קובע סדרי דין מיוחדים לעבירות שהוגדרו כעבירות קנס²¹⁷. ככל הנראה רוב ההרשעות בעבירות פליליות בישראל מושגות באמצעות הליכים אלו. בדרך זו מטופלות רוב עבירות התעבורה הקלות, כמו גם עבירות רבות על חוקי עזר עירוניים, ובכלל זה רוב עבירות החניה²¹⁸.

בהליך של ברירת קנס מקבל מבצע העבירה "הזמנה לדיון", כשבצידה שובר לתשלום קנס. אם הוא בוחר לשלם את הקנס, רואים בו כמי שהודה באשמה, הורשע ונשא את עונשו. אם הוא אינו משלם, עליו להתייצב בבית-המשפט במועד הקבוע בהזמנה, שאז ינוהל נגדו הליך פלילי רגיל. הליך של ברירת משפט הינו הליך דומה, אלא שעל-פיו, על מקבל הודעת הקנס להודיע על רצונו להישפט על העבירה, שאחרת הופך החיוב בתשלום קנס לסופי. לפיכך ההבדל העיקרי בין שני ההליכים הוא בברירת המחדל. בעוד שבהליך של ברירת קנס מחדלו של הנקנס מלהגיב להזמנה הנמסרת לו תוביל לפתיחת הליך פלילי נגדו, הרי שבהליך של ברירת משפט, הימנעות מתגובה במועד תהפוך את הקנס לסופי ותחייב את הנקנס לשלמו.

הליכים של ברירת קנס וברירת משפט אפשריים רק בעבירות שאינן פשע, שנקבעו כעבירות קנס על-ידי שר המשפטים באישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת²¹⁹. העונש שניתן להטיל בהליכים כאלה הוא קנס בלבד. גובה הקנס קבוע בתקנות ואינו נתון להחלטה של מטיל הקנס, והוא מוגבל בחוק לסכום מרבי של 490 ₪ לעבירה ראשונה או 990 ₪ לעבירה חוזרת²²⁰.

6.4.2. סמכות תובעת

בהמשך העבודה נעסוק במידת המעורבות של התביעה בחלופות השונות. לצורך זה נבחן בשלב זה את תפקידי התובעת בכל הנוגע לעבירות קנס. ככלל הסמכות להוציא הזמנה לדיון או הודעת הקנס (להלן יקראו שני מסמכים אלו דוח) נתונה לשוטר, מי שהוסמך לכך על-ידי שר הפנים, השר הממונה או ראש רשות מקומית (להלן: פקח), לפי העניין, והוא אשר רשאי להחליט אם להסתפק

²¹⁷ החוק מסמיך את שר המשפטים באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקבוע שעבירה על הוראה פלגית שאינה פשע היא עבירת קנס. מקום בו שר אחר ממונה על ביצועו של החוק הרלבנטי, טעונה הקביעה אישורו של אותו שר. ראו סעיף 221 לחוק סדר הדין הפלילי. קביעה זו אינה שוללת את סמכותו של שר אחר שהוסמך בחוק אחר לקבוע עבירות מסוימות כעבירות קנס. ראו למשל סעיף 265 לפקודת העיריות [נוסח חדש] המסמיך את שר הפנים באישור שר המשפטים לקבוע הפרת הוראה בחוק עזר כעבירת קנס. ישנם חוקים נוספים הקובעים הסדרים דומים בדבר עבירות קנס, בשינויים קלים. ראו, למשל, סעיף 25 לפקודת מניעת זיהום ים בשמן [נוסח חדש], תש"ס-1980.

²¹⁸ אך יש שעבירות חניה הינן עבירות מינהליות. ראו בג"ץ 2126/99 דה ס' נ' עיריית תל אביב יפו ואח', פ"ד נד(1) 468 (להלן: בג"ץ דה ס') בין השאר הוגדרו כעבירות קנס עבירות על חיקוקים הקשורים בגנים הלאומיים ובהגנת הטבע, עבירות לפי דיני ההתגוננות האזרחית, עבירות לפי חוק הטייס, 1927, עבירות על חוקי יום הזכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזכרון לשואה ולגבורה, עבירות לפי דיני איכות הסביבה.

²¹⁹ או על-ידי שר אחר שהוסמך לכך לסוג מסוים של חיקוקים. דוגמה לכך ראו בסעיף 227 לחוק סדר הדין הפלילי, וכן בסעיף 265 לפקודת העיריות [נוסח חדש], המסמיך את שר הפנים, באישור שר המשפטים, לקבוע כי הוראה פלגית בחוק עזר עירוני תהיה עבירת קנס.

²²⁰ בעבירות קנס לפי פקודת התעבורה נקבעו שיעורים מרביים גבוהים יותר, של עד 2,000 ₪ לחיוב לעבירה ראשונה ועד 3,000 ₪ לחיוב לעבירה חוזרת. ראו סעיף 30 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]. גם בעבירות על דיני איכות הסביבה נקבעו שיעורי קנסות החורגים מאלו הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי. ראו, למשל, סעיף 25 לפקודת מניעת זיהום ים בשמן [נוסח חדש], תש"ס-1980 הקובע כי שיעורי הקנסות לא יעלו על 36,000 ₪ לחיוב ראשונה ו-73,400 לעבירה נוספת.

בהודעת הקנס, להעביר לתובעת את החומר להגשת כתב-אישום או שלא לעשות דבר. מקום בו בוחר מבצע העבירה לשלם את הקנס, מסתיים ההליך בלא מעורבות של תובעת.

אמנם, קביעת עבירה כעבירת קנס אינה שוללת את סמכותה של תובעת להגיש בגין העבירה כתב-אישום שיביא לפתיחת הליך פלילי רגיל. עם זאת, סמכות זו קיימת רק כל עוד לא נמסרה למבצע העבירה ההזמנה או הודעת קנס. כיוון שברוב המקרים ההחלטה על הוצאת דוח נעשית מיד עם גילוי העבירה, הרי שברוב המקרים לא נותר בידי התובעת שיקול-דעת אם לפתוח בהליך פלילי רגיל. רק מקום בו בוחר מקבל הדוח להישפט, חוזרת השליטה בהליך לידי התובעת.

בעבירות של ברירת משפט ניתנת לנקנס, בנוסף לאופציה לבקש להישפט, גם אפשרות לפנות לתובעת בבקשה לביטול הודעת הקנס בתוך שלושים יום מיום המצאת הודעת הקנס. התובעת רשאית לבטל את הודעת הקנס הן מן הטעם שהנקנס לא עבר את העבירה והן מחוסר עניין לציבור. תובעת גם רשאית לבטל את חובת תשלום כפל הקנס או תוספת הפיגור, כולן או מקצתן²²¹. אופציה דומה של פנייה לתובעת לא קיימת בעבירות של ברירת קנס. יש להניח כי הסיבה לכך היא שבעבירות אלו הימנעות מתשלום הקנס מעבירה בכל מקרה את החומר להכרעת תובעת שרשאית להחליט שלא להמשיך בהליכים. בדרך זו ניתן לקיים ביקורת מינהלית של התביעה על שני סוגי ההליכים.

6.4.3. הרשעה בעבירת קנס

ייחודה של עבירת הקנס היא שהיא מאפשרת הרשעת אדם בלא כל הליך שיפוטי. רשות מינהלית מוסרת את ההזמנה או הודעת הקנס, ועם תשלום הקנס נרשמת לחובת המשלם הרשעה פלילית. שאלה קשה היא האם בהימנעותו של מקבל הודעת קנס מלהגיב עליה יש לראותו כמי שהורשע? עד לאחרונה לא נאמר בחוק במפורש כי הימנעות מתגובה תיחשב כהרשעה. בבית-המשפט המחוזי היו שפסקו כי הימנעות מתשלום הקנס אינה גוררת הרשעה²²². אולם בית-המשפט העליון לא היה בדעה זו. לגישתו משנמנע אדם מלהגיב להודעת קנס, הרי שהמועד בו הוא מחויב בכפל קנס ייחשב למועד בו הוא הורשע²²³.

לאחרונה עוגנה גישה זו גם בחוק²²⁴. לפי החוק אדם יכול שיורשע רק משום שלא הגיב על הודעת קנס שנשלחה לו. מצב זה מעורר קושי מיוחד שכן הנקנס עלול במקרים רבים כלל לא לדעת על הודעת הקנס. על-פי התקנות רואים את הודעת הקנס כאילו הומצאה כדין אם נשלחה בדואר רשום בתוך 15 יום משליחתה גם בלא חתימה על אישור המסירה "זולת אם הוכיח הנמען שלא קיבל את ההודאה או ההזמנה מסיבות שאינן תלויות בו ולא עקב הימנעותו מלקבלן"²²⁵. כך שכל

²²¹ ראו סעיפים 229 (ג) עד (ז) לחוק סדר הדין הפלילי. להנחיות מפורטות באשר לאופן הפעלת הסמכות ראו "שיקול-דעתו של תובע לעניין ביטול הודעת תשלום קנס ותוספת פיגור בעבירות ברירת משפט לפי סעיפים 229 (ג) עד (ז) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 52.003 א (20.7.90).

²²² ראו ע"פ (חיי) 1006/98 פסי נ' מדינת ישראל תק-מח 99 (2) 1840.

²²³ ראו בג"ץ 1618/97 סצי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 542, בעמ' 549 וכן ע"פ 3482/99 פסי נ' מדינת ישראל פ"ד נג(5) 715, עמ' 717-718.

²²⁴ ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 32), תשס"א-2001 שהוסיף לחוק העיקרי את סעיף 229 (ח) הקובע כי בחלוף המועדים לתשלום רואים בנקנס כמי שהורשע בבית-המשפט ונגזר עליו הקנס הקבוע בהודעת תשלום הקנס.

²²⁵ ראו תקנה 44 לתקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974.

עוד הנקנס לא פעל לביטול ההרשעה והוכיח כי הסיבות לאי קבלת הודעת הקנס לא היו תלויות בו, הרשעתו בעינה עומדת²²⁶.

6.4.4. התמריצים לשלם את הקנס

6.4.4.1. הטרחה בקיום הליך משפטי

נראה כי התמריץ העיקרי לשלם את הקנס הינו הרצון לחסוך את הטרחה שבהליך המשפטי. תשלום הקנסות, שגובהם נמוך יחסית²²⁷, זול לעתים מהתמודדות עם הראיות בבית-המשפט. לעתים, הטרחה והעלות הכרוכות בהליך משפטי כה גבוהות עד כי עדיף למקבל הדוח לשלם את הקנס, גם אם הוא משוכנע ביכולתו להוכיח את חפותו.

6.4.4.2. השפעת ההרשעה על התמריצים לשלם את הקנס

לכאורה צפוי היה שההרשעה המתלווה לתשלום הקנס תרתיע את מי שלא ביצע את העבירה מלשלם את הקנס. אולם להרשעה תפקיד שולי ביותר, אם בכלל, בשיקולים של מקבלי הדוחות.

ראשית, בניגוד להרשעה בהליך פלילי רגיל, רוב הציבור אינו רואה את ההרשעה הנלווית לתשלום קנס ככתם. הדבר נכון בייחוד בעבירות הרבות הקשורות בחניה ובנהיגה המהוות את הרוב המכריע של הקנסות המוטלים בעבירות הקנס²²⁸.

שנית, השלכותיה הפורמליות של הרשעה בעבירת קנס מוגבלות. עבירות תעבורה נרשמות אמנם במרשם פלילי, אולם הרישום נערך במרשם המופרד מהמרשם הפלילי הרגיל. ברוב המקרים אין לרישום זה השלכות לעתיד. הוא לא נמסר לבית-המשפט בטיעונים לעונש בעבירות שאינן עבירות תעבורה. הוא אינו מגביל את בעל הרישום לקבל "תעודת יושר" מהמשטרה, או מלקבל סמכויות או תפקידים בשירות הציבורי²²⁹. במקרים מסוימים יש בו כדי למנוע מבעליו רישיון עיסוק אולם זאת רק כאשר מדובר בעיסוק הקשור בתעבורה²³⁰. למעשה, גיליון ההרשעות בעבירות תעבורה משפיע כמעט רק במסגרת טיעונים לעונש של מי שהורשע בבית-משפט בעבירת תעבורה. במקרה כזה, לעברו הפלילי בתחום בתעבורה של הנאשם יש השפעה משמעותית²³¹. עבירות קנס שאינן עבירות תעבורה כלל לא נרשמות במרשם הפלילי²³².

²²⁶ ראו להלן בסעיף 7.9 דיון על מצב זה.

²²⁷ ראו לעיל הערה 220 והטקסט הצמוד לה.

²²⁸ ראו ע"פ 348/96 (י-ם) **מדינת ישראל נ' סרגובי**, תק-מח 96 (4) 212: "רוב הציבור, כמו חלק גדול של קרימינולוגים ומשפטנים בארץ ובעולם, אינו רואה את עבירת התעבורה כעבירה פלילי 'רגילה'" (ההפניות הושמטו). ספק גם אם רוב הציבור מודע לכך שעבירות קנס הינן עבירות פליליות לכל דבר, וכי ביצוען מופיע במרשם הפלילי של מבצעייהם.

²²⁹ ראו לעיל בסעיף 3.7.

²³⁰ ראו ע"א 316/88 **שרר נ' ועדת המוניות במשרד התחבורה ואח'**, פ"ד מד(2) 420.

²³¹ ראו גם רע"פ 1978/91 **שמיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(3) 717.

²³² ראו לעיל הערה 197 בפרק 3.

6.4.4.3. החמרה בעונש בהליך משפטי

תמריץ נוסף להסכים לתשלום הקנס הינו החשש מפני עונש חמור יותר אם תתקבל ההרשעה בהליך משפטי. כפי שציינו לעיל בחלק מהמדינות שבהן נוהגת האופציה של קנס מותנה מקובל כי דחיית ההצעה ובקשה להישפט יגררו החמרה בענישה ואילו באחרות לא.

בעניין זה קובע החוק כי מי שקיבל דוח, בחר להישפט, הורשע ונגזר דינו לקנס, לא יפחת הקנס מהסכום הנקוב בדוח אלא אם נמצאו נסיבות מיוחדות המצדיקות הפחתה²³³. אף כי יש בסעיף תשובה מסוימת למגמת החוק, בהנחותו את בית-המשפט שלא להעניק תמריצים לאנשים לבחור במשפט לצורך השגת הקלה בעונש, אין בו כדי להשיב לשאלה האם, בהיעדר נסיבות מיוחדות לקולא או לחומרה ראוי להטיל על הנאשם שבחר במשפט עונש העולה על הנקוב בהודעת הקנס. כיוון שברוב המקרים העבירות שבהן מדובר הן פשוטות, ואין הצדקה לפערי ענישה בין מבצעה, הרי שיש חשיבות מיוחדת לשאלה זו. כך, למשל, בעבירה של תקיפה, צפוי שנסיבות ביצוע התקיפה וחומרתה יהיו שונות משמעותית ממקרה למקרה. לעומת זאת, יש מקום ליותר אחידות בענישה כלפי מי שנסעו במהירות העולה על המותר, בהתחשב כמובן במידת הסטייה מהמהירות המותרת²³⁴. לפיכך השאלה היא האם על בית-המשפט לראות בעונשים הקבועים בתקנות כאינדיקציה לעונש הראוי, או שמא עליו להניח כי התקנות קובעות מראש עונש קל יותר מהעונש ההולם.

השאלה אינה פשוטה. מחד, סביר כי תכלית החקיקה הייתה לעודד את מי שביצעו את העבירות לשלם את הקנס, ולא לפנות להליכים משפטיים. מאידך, עצם החיסכון בצורך לפנות להליכי משפט מהווה הקלה משמעותית למי שבחר לשלם את הקנס. אם נוסף על פערי עלות זו גם פער בעונש הפורמלי המוטל, עלול הפער הכולל בין העלות המוטלת על מי שבחר בהליך שיפוטי לבין העלות המוטלת על משלם הקנס להיות גדול. אם הפער גדול מידי, שיעור גדל והולך של נקנסים יבחרו לשלם את הקנס למרות חפותם. נקנסים אלו עלולים להחליט כי הסיכוי שיזוכו ולא יידרשו לשלם את הקנס אינו מכפה על העלות שבקיום ההליך, בתוספת הסיכון שאם יורשעו בו, יידרשו לשלם יותר. במצב זה, יקטנו התמריצים לרשות להקפיד על ראיות מספקות בטרם הטלת הקנס²³⁵. מנגד, הימנעות מכל פער בין הקנסות המוטלים בהליך שיפוטי לבין הקנס הקבוע בחוק, תעודד נקנסים רבים, שעלות הזמן שלהם אינה גבוהה, לפנות להליך משפטי למרות אשמתם והסיכוי הנמוך שיזוכו.

לסיכום שיקולים אלו סבורני כי אין לראות בקנס הקבוע בתקנות אינדיקציה לעונש ההולם את המקרה, אולם יש להבטיח כי הפער בין העונשים יהיה קטן. הקנס הקבוע מגלם בתוכו כבר את ההקלה לה זכאי נאשם שהודה וההקלה הניתנת בתמורה לחיסכון במשאבים שהתאפשר בזכות ההחלטה שלא לבקש להישפט. מטעם זה, כאשר גוזרים את דינו של מי שבחר להישפט, ובהיעדר נסיבות מיוחדות לקולא או לחומרה, יש להטיל עליו עונש כבד מעט יותר מהקנס הקבוע בחוק²³⁶.

²³³ ראו סעיפים 224, 230 לחוק.

²³⁴ בפועל מתברר כי בהליך שיפוטי הפער בעונשים המוטלים על-ידי בית-המשפט, גם בעבירות תעבורה, גדול למדי. ראו חסין וקרמניצר, לעיל הערה 34, בעמ' 127.

²³⁵ להסבר מפורט יותר של תופעה זו ראו לעיל בסעיף 5.2.6.

²³⁶ כך גם נפסק בבית-המשפט המחוזי בחיפה, ברוב דעות בע"פ 1075/00 (ח"י) **מדינת ישראל נ' גולדבליט**, דינים (מחוזי) לב (7) 937. ראו גם ע"פ 1246/99 (י-ם) **לוי נ' מדינת ישראל**, דינים (מחוזי) לב (5) 134.

ההקלה הניתנת למי שבוחר לשלם את הקנס בלא לפנות למשפט מוצדקת כפי שמוצדקת ההקלה בעונשו של מי שמודה בכל הליך פלילי אחר, כפיצוי על ויתור הנקנס על הסיכוי להימצא זכאי וכתמורה לחיסכון במשאבים. עם זאת, כדי לצמצם את החשש מהרשעת חפים מפשע בהודעות קנס יש להבטיח שהפער בין העונש בהליך הפלילי לבין העונש הקבוע בחוק לעבירת הקנס לא יהיה גדול. פער של כ-10% או 20% יוכל לתת תמריץ סביר לנקנסים להימנע מהליכים מיותרים ובמקביל לא יהיה גבוה מספיק כדי לגרום לנאשם המאמין שיש אפשרות סבירה כי יזוכה לשלם את הקנס. כדי לצמצם עוד יותר את חששם של נאשמים חפים מפנייה להליך השיפוטי, ניתן לשקול גם הטלת הוצאות על המדינה לטובת הנאשם באותם מקרים שבהם מתברר לבית-המשפט כי לא היה בסיס ראייתי להטלת הקנס.

6.4.5. גבייה ואכיפה

מרכיב מרכזי בהצלחת מערכת חלופות הינו אמצעי אכיפה יעילים כנגד החייבים. נראה כי בארץ, החלופות של עבירות קנס ועבירות מינהליות נכשלו במידה רבה נוכח מנגנוני אכיפה לקויים. אכיפת תשלום הקנסות המוטלים בעבירות קנס מהווה דוגמה טובה לכך. קנסות רבים המוטלים בהליך זה אינם נגבים, עד שבמקרים רבים חולפת תקופת התיישנות העונש בלא שמבצע העבירה נשא בעונשו²³⁷.

כאמור לעיל קנס המוטל בהליך של ברירת משפט הופך סופי אם הנקנס לא הגיב להודעה שנשלחה לו בלא צורך בהליך משפטי. יתרונו של הליך זה הינו ביעילותו. רבים מבין מקבלי הדוחות לא מגיבים עם קבלתם. במקרה של ברירת קנס, אי תגובתם מחייבת הגשת כתב-אישום כנגדם (אף כי בהליך פשוט יותר מהמקובל בעבירות אחרות). מנגד, בהליך של ברירת קנס, אי תגובתם הופכת את הקנס לסופי, ובדרך זו נחסכים הליכים שיפטיים. עם זאת, חיסכון זה בהליכים להטלת הקנס בא על חשבון יכולת הגבייה. הקנס המוטל אינו יכול לכלול עונש מאסר תמורתו. במצב זה לא ניתן לגבות את הקנס בדרך של מאסר. הדרך היחידה לגביית חוב זה הינה באמצעות הוראות פקודת המסים (גבייה). אולם אמצעי הגבייה בפקודה זו מסורבלים ועלותם גבוהה עד כי כמעט ואין משתמשים בהם לגביית חובות בסכומים נמוכים של כמה מאות שקלים, חובות מן הסוג המוטל במסגרת הליכי ברירת משפט. כך יוצא, שבפועל, קנסות רבים המוטלים בדרך של ברירת משפט לא משולמים כלל²³⁸.

חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995 אמור היה לתת מענה לבעיה זו באמצעות הקמת מרכז ארצי בעל כלים וסמכויות לגביית הקנסות. עם זאת, גם בחוק זה אין מזור לבעיית האכיפה. ראשית, גם המרכז לגביית קנסות אינו עומד במשימות המוטלות עליו, ובפועל נמנע מגביית קנסות נמוכים. שנית, המרכז לגביית קנסות אינו מוסמך לגבות קנסות שהטיל בית-המשפט אשר אינם משולמים לאוצר המדינה, ובכלל זה קנסות המשולמים לרשויות מקומיות²³⁹. שלישית, על-פי חוק זה, מועד תחילתו לעניין קנסות שהוטלו בהליכי ברירת משפט ייקבע על-ידי

²³⁷ ראו על כך במקורות בהערות 239, 240 וכן "מסמך רקע כללי בנושא קנסות על עבירות תעבורה", **הכנסת – מרכז מחקר ומידע** (10.6.01, הוכן על-ידי מ' סייד-אחמד), פורסם באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת [URL: <http://www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00031&type=rtf> (28.1.01)].

²³⁸ בתחום קנסות התעבורה, כ-26% מהקנסות שהוטלו בהליך של ברירת משפט בשנים 1996-1999 לא שולמו, נכון ליוני 2001. ראו שם, בעמ' 2. כפי שאראה בהמשך, בעבירות אחרות שיעורי הגבייה נמוכים עוד יותר.

שר המשפטים בצו – וצו כזה לא הוצא עד כה. משרד האוצר מתנגד להוצאת הצו נוכח תוספת התקציב למרכז לגביית קנסות שתידרש לביצוע הצו. נוצר מצב בו עדיף לנקנסים שלא לשלם קנסות שהוטלו עליהם, ואין חשש כי ניתן יהיה לגבות קנסות אלו.

לכאורה, בעבירות של ברירת קנס הבעיה אינה קיימת. מקום בו מקבל הזמנה למשפט לא משלם את הקנס הוא מוזמן לדיון משפטי, שבמסגרתו ניתן להטיל עליו קנס ומאסר תמורתו. בפועל אין בכלים אלו כדי לסייע. רוב מבצעי העבירה המתעלמים מהזימון לבית-המשפט מתעלמים גם מפקודת המאסר. המשטרה העמוסה אף היא כלל לא מבצעת פקודות מאסר אלו. עשרות אלפי פקודות מאסר ממתונות לביצוע ולא מבוצעות.

כך, למשל, בדוח מבקרת המדינה²⁴⁰ הוצג שיעור הגבייה הנמוך של קנסות שהוטלו על-ידי בית-משפט לעניינים מקומיים בתל-אביב לאחר שנאשמים בחרו שלא להגיב להזמנה למשפט. מסתבר כי 95% מבין מקבלי הקנסות בגין העמדת רכב על המדרכה שלא הגיבו לדוח, לא שילמו את הקנס גם לאחר שבית-המשפט גזר את דינם לקנס ולמאסר תמורתו²⁴¹. אלפי פקודות מאסר הוצאו על-ידי בית-המשפט, אולם פקודות אלו לא בוצעו²⁴².

בעבירות תעבורה בעיית הגבייה חמורה פחות. הסיבה לכך היא שרשות הרישוי מעכבת חידוש רישיונם של מי שלא שילמו קנסות בגין עבירות תעבורה, מכוח סמכותה לפי פקודת התעבורה²⁴³. עם זאת, למרות קיומו של אמצעי מינהלי זה, למעלה מרבע מהקנסות המוטלים בגין עבירות תעבורה לא משולמים. עיכוב חידוש הרישיון אינו מספק תמריץ אפקטיבי לשלם את הקנסות במקרים רבים. זאת מכיוון שרק אחת לחמש שנים נזקק אדם לחידוש רישיון. שיטת כפל הקנס וריבית הפיגורים גורמים לכך שהקנסות תופחים במהירות עד שבמועד חידוש הרישיון הם כה גבוהים, שעברייני תנועה רבים נמנעים מתשלומם גם במחיר עיכוב חידוש הרישיון²⁴⁴. כיום יש בישראל כ-220,000 רישיונות שחידושם מעוכב²⁴⁵. רובם ממשיכים בשגרת חייהם למרות העיכוב בחידוש הרישיון. חלק מעברייני התנועה פונים בשלב זה לנשיא המדינה בבקשה להקלה בקנס במסגרת הליכי החנינה. כ-1,700 בקשות חנינה כאלו הוגשו במהלך 1999 – כ-40% מסך בקשות החנינה שהוגשו לנשיא. קרוב למחצית הבקשות נענו בחיוב. עם זאת, חלק גדול מעברייני התנועה ממשיך בשגרת חייהם בלא לבקש חנינה תוך התעלמות מהחובה לשלם את הקנסות. מנתוני משרד התחבורה והמשטרה עולה כי סך החוב מקנסות תעבורה (לא כולל דוחות חנינה) מגיע לכ-740 מליון ש"ח²⁴⁶.

²³⁹ ראה הוועדה לבית-משפט מקומיים – דין וחשבון (י' זמיר – יו"ר, תשנ"ה), 99.

²⁴⁰ מבקר המדינה, דוח שנתי מס' 44 (תשנ"ד), 535-541.

²⁴¹ בעבירות רישוי ותכנון ובנייה נע שיעור המשלמים בין 39% ל-56% בשנים 1990-1992. ראו שם, בעמ' 541.

²⁴² ראו גם הוועדה לבית-משפט מקומיים – דין וחשבון, לעיל הערה 239, בעמ' 100-84.

²⁴³ ראו סעיף 70 (23) לפקודת התעבורה ותקנה 172 לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961.

²⁴⁴ בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 32), תשס"א-2001 צומצמו משמעותית תוספות הפיגור המוטלות על מי שלא שילם במועד את הקנס שהוטל עליו. כיום במקום תשלום כפל קנס מוטלת על המאחר תוספת פיגור בשיעור של 5% בלבד, ו-5% נוספים בגין איחור של שישה חודשים נוספים.

²⁴⁵ ראו "מסמך רקע כללי בנושא קנסות על עבירות תעבורה", לעיל הערה 237.

²⁴⁶ ראו ע' ציגלמן, "שליש מהאנשים פשוט לא משלמים קנסות", הארץ, 8.5.2000. ראו גם "מסמך רקע כללי בנושא קנסות על עבירות תעבורה", לעיל הערה 237.

על-פי הדין ששרר עד לאחרונה לא ניתן היה להטיל עונש מאסר במקום קנס, בעבירות קנס, ולא ניתן היה להוציא צו מאסר לביצוע מאסר במקום קנס אלא בנוכחות הנאשם. לאחרונה חוקקה הכנסת תיקון לחוק סדר הדין הפלילי, בדרך של הוראת שעה לתקופת ניסיון של שלוש שנים, המאפשר הטלת מאסר במקום קנס במקרים שקנס שהוטל לא שולם במועדו, וכן הוצאת צו מאסר לביצוע מאסר במקום קנס, גם בהיעדר הנאשם וסנגורו²⁴⁷. תיקון זה מאפשר הטלת מאסר במקום קנס והוצאת צו מאסר כאמור גם בעבירות קנס, אף בהיעדר הנאשם, ובלבד שהנאשם הוזהר על כך בהזמנה לדיון. אין עדיין הערכות באשר להצלחת התיקון לשפר את גביית הקנסות.

6.5. עבירות מינהליות

6.5.1. כללי

חוק העבירות המינהליות נחקק במטרה להוות חלופה למסה הגדולה של "עבירות הסדר" (regulatory offences). הרעיון היה למצוא פתרון יעיל ומהיר לרוב המכריע של העבירות שאין בביצוען קלון, עבירות של "רע מכוח איסור" (*mala prohibita*). כאמור לעיל עבירות אלו תופסות נפח הולך וגדל במדינה המודרנית²⁴⁸, ומחמירות את נזקי העומס הכבד ממילא על רשויות אכיפת החוק. כמו כן נראה היה ליוזמים כי אין מקום להטלת אחריות פלילית בגין עבירות הסדר²⁴⁹.

היוזמה לחקיקת החוק הייתה של היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר. ביום 17.6.82 הוא מינה וועדה של משפטנים משירות המדינה ומחוצה לו, בראשות יצחק אליסוף, לבחון הצעה לקביעת קנסות מינהליים על עבירות שבמהותן אינן בעלות אופי פלילי. הוועדה ישבה על המדוכה מספר חודשים, בחנה את המודל של חוק העבירות על הסדר הציבורי הגרמני, ודנה בעקרונות המנחים של החוק המוצע. בין השאר נבחנה השאלה האם יש להותיר את האופי הפלילי של העבירה המינהלית בחוק, האם יש להסמיך את מטיל הקנס להטיל גם עונשים אחרים, האם יש לקצוב את גובה הקנס בחוק ועוד. כן נדונו שאלות הנוגעות למיחות הרשות שתוסמך להטיל את הקנס, כגון האם יש להעדיף גישה ביזורית המסמיכה שוטרים ופקחים של רשויות שונות להטיל קנסות או גישה ריכוזית על-פיה הסמכות תוטל על רשות מינהלית מרכזית שתוסמך לכך. כן בחנה הוועדה האם ראוי לאפשר גם לרשויות החקירה ולגופים המפקחים עליהן להטיל קנס מינהלי לפי ממצאי חקירה פלילית.

6.5.2. הוראות חוק העבירות המינהליות

בשנת 1985 קיבלה הכנסת את חוק העבירות המינהליות²⁵⁰ המתבסס על ההצעה של הוועדה האמורה. חוק זה מסמיך את שר המשפטים, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,

²⁴⁷ ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראת שעה), תשי"ס-2000.

²⁴⁸ ראו לעיל בסעיף 3.1.

²⁴⁹ ראו הצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985, ה"ח תשמ"ה 59.

²⁵⁰ ראו חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985 (להלן: חוק העבירות המינהליות, ובתת-פרק זה לעתים גם החוק). ראו "נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 60.004 (20.5.1987).

לקבוע כי עבירה על הוראה שנקבעה בחוק מהחוקים המנויים בתוספת, שאינה פשע, תהיה עבירה מינהלית²⁵¹. הקביעה יכול שתהיה דרך כלל בתנאים או בסייגים²⁵². השר מוסמך, גם זאת באישור הוועדה, להוסיף חוקים לרשימה שבתוספת²⁵³. קנס מינהלי יכול שיהיה גבוה מן הקנס המרבי שניתן להטיל בשל אותה עבירה בהליך משפטי ובלבד שלא יעלה על כפל הקנס האמור²⁵⁴. כיוון שבמסגרת הליך משפטי ניתן להטיל קנס הגבוה עד פי ארבעה מן הנזק שגרם הנאשם או טובת ההנאה שהשיג באמצעות ביצוע העבירה²⁵⁵, הרי שבדרך מינהלית ניתן להטיל קנס שגובהו עד פי שמונה משווי הנזק שנגרם או משווי טובת ההנאה לעבריין או עד פי שניים מן הקנס הקבוע בחיקוק – לפי הגבוה מביניהם²⁵⁶. לפיכך, בניגוד לעבירות קנס, הקנסות המינהליים עשויים להיות גבוהים למדי.

השר רשאי לקבוע בתקנות קנס קצוב או קנס שאינו קצוב לעבירות המינהליות²⁵⁷. קנס קצוב הינו קנס בסכום קצוב או בשיעורים שיחושבו בשיטה שנקבעה בתקנות, או בשילוב של שתי השיטות²⁵⁸. התקנות יכולות גם לקבוע קנס קצוב בגובה שונה לעבירה מינהלית חוזרת²⁵⁹. קנס מינהלי שאינו קצוב הוא קנס שנקבע לו בתקנות סכום או שיעור מרביים, ובהתאם לצורך, גם סכום או שיעור מזעריים. בתוך טווח זה, רשאי מטיל הקנס להחליט על גובהו בהתאם לנסיבות המקרה. החוק מאפשר (אך לא מחייב) לקבוע בתקנות נסיבות הנוגעות לעבריין או לביצוע העבירה, שיהיה צורך להתחשב בהן בעת קביעת הקנס²⁶⁰.

הליך הטלת הקנס שונה בעבירה של קנס קצוב ובעבירה של קנס שאינו קצוב. הטלת קנס מינהלי קצוב נעשית על-ידי מי שמונה ל"מפקח" על-פי החוק. מפקח שהיה לו יסוד להניח כי אדם עבר עבירה ימסור לנקנס הודעה על הטלת הקנס, והנקנס יוכל לבחור אם לבקש להישפט על העבירה או לשלם את הקנס שהוטל²⁶¹.

קנס מינהלי שאינו קצוב מוטל על-ידי מי שמונה ל"רשם" לפי החוק, בשני שלבים. בשלב הראשון מודיע הרשם לנקנס על הכוונה להטיל עליו קנס בשל עבירה שיש יסוד להניח שביצע, כמפורט בהודעה. על הנקנס להשיב להודעה בתוך 14 יום. הנקנס רשאי להשיב כי הוא מודה בעובדות, ולטעון טענותיו לגבי גובה הקנס, וכן רשאי הוא לבקש להישפט או לכפור בעובדות, כולן או מקצתן, שאז יראו אותו כמי שביקש להישפט.

²⁵¹ סעיף 1 לחוק העבירות המינהליות.

²⁵² שם, שם.

²⁵³ סעיף 4 לחוק העבירות המינהליות.

²⁵⁴ ראו סעיף 2(ה) לחוק העבירות המינהליות.

²⁵⁵ ראו סעיף 63 לחוק העונשין.

²⁵⁶ תזכיר חוק שהופץ לאחרונה על-ידי משרד המשפטים מציע לבטל את האפשרות להטיל בהליך מינהלי קנס הגבוה מהקבוע לעבירה בחוק. ראו תזכיר חוק העבירות המינהליות (תיקונים שונים), תש"ס-2000 (הופץ ביוני 2000).

²⁵⁷ סעיף 2(א) לחוק העבירות המינהליות.

²⁵⁸ סעיף 2(ב) לחוק העבירות המינהליות.

²⁵⁹ סעיף 2(ג) לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁰ סעיף 2(ד) לחוק העבירות המינהליות.

²⁶¹ סעיף 8 לחוק העבירות המינהליות.

לא השיב הנקנס, רואים אותו כמי שהודה בעבירה ואינו טוען לעניין גובה הקנס²⁶². הודה אדם בעבירה או שלא השיב להודעה של הרשם, יחליט הרשם על גובה הקנס שיוטל, ויודיע על החלטתו לנקנס²⁶³. על הנקנס לשלם את הקנס בתוך 30 יום ממועד הטלתו²⁶⁴. הנקנס רשאי לערור על גובה הקנס לבית-המשפט שהיה מוסמך לדון בעבירה לו הוגש בגינה כתב-אישום, ואז רשאי בית-המשפט לאשר את הקנס או להפחיתו, וכן רשאי הוא להטיל על העורר את תשלום הוצאות הערר²⁶⁵. בית-המשפט אינו מוסמך, בערר על גובה הקנס, לקבוע קנס גבוה יותר. עד להחלטת בית-המשפט, מחויב הנקנס לשלם את הקנס שנקבע לו, שכן הגשת ערר אינה דוחה את מועד תשלום הקנס²⁶⁶.

נוכח הסמכות שמקנה החוק לרשם לקבוע את גובה הקנס על-פי נסיבות האירוע, קובע החוק כי יכול להתמנות לרשם מי שכשיר להיות שופט של בית-משפט השלום²⁶⁷. יצוין כי עד היום לא נקבעו עבירות של קנס מינהלי שאינו קצוב, ולכן גם לא מונו רשמים לשם כך.

6.5.3. התמריצים לתשלום הקנס

מספר תמריצים אמורים לעודד את הנקנסים להסכים לתשלום הקנס המינהלי. ראשית, לחובת משלם הקנס לא נרשמת הרשעה פלילית, בעוד שאם יבחר להישפט ויימצא חייב הוא יורשע בדין. שנית, הליך הטלתו של קנס מינהלי אינו נתון לכללי פומביות הדין. בדרך זו נמנע מן המשלם הפרסום השלילי העלול, במקרים מסוימים, לפגוע בנאשם בהליך פלילי. שלישית, ממשלם הקנס נמנעים עינוי הדין והטרחה הכרוכים בניהול הליך פלילי. בחלק גדול מעבירות הקנס הטרחה האמורה מהווה את עיקר העונש שכן מדובר במקרים רבים (אף כי לא תמיד) בעבירות קלות שהעונש בגינן אינו גבוה. העונש שיוטל על הנקנס בהליך פלילי עלול להיות חמור יותר, ובכל מקרה לא צפוי כי הנקנס יזכה בעונש קל מזה שהוטל עליו על-ידי הרשות המינהלית. החוק קובע כי מקום בו בחר אדם להישפט והורשע, לא יפחת הקנס, אם הוא העונש היחיד, מסכום הקנס המינהלי שהוטל עליו אלא אם יש נסיבות מיוחדות המצדיקות הפחתת הקנס, אותן על בית-המשפט לרשום בהחלטתו²⁶⁸. עונשו של מי שהורשע בעבירה מינהלית עלול אף לכלול מאסר בפועל.

²⁶² סעיף 9 לחוק העבירות המינהליות.

²⁶³ סעיף 10 לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁴ סעיף 16(א) לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁵ סעיף 11 לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁶ סעיף 16(ב) לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁷ סעיף 6 לחוק העבירות המינהליות.

²⁶⁸ הוראה זו מעלה מספר קשיים. ראשית, ההוראה מתייחסת רק למקרה שבו הקנס שהוטל בעקבות הרשעה הינו עונש יחיד. לפיכך מקום בו מטיל בית-המשפט, בנוסף לקנס, גם עונש מאסר מותנה ולו סימלי, אין הוא מחויב עוד בקנס המינהלי כעונש המינימום. שנית, הסעיף מתייחס אך לקנס מינהלי קצוב שהוטל. לא ברור מדוע אין מקום לעודד גם עבריינים שהוטל עליהם קנס מינהלי שאינו קצוב לשלמו, בדרך של שיעור הקנס שנקצב כעונש מינימום. יצוין כי מי שהוטל עליו קנס שאינו קצוב רשאי לערור על גובה הקנס ואם עשה כן ברי כי הסכום שנקצב על-ידי הרשם לא ישמש כעונש מינימום. אולם מקום בו הנקנס בחר שלא לערור על גובה הקנס אלא לפתוח חזית רחבה באשר לעצם ביצוע העבירה, קשה להצדיק הבחנה בינו לבין מי שהוטל עליו קנס קצוב.

6.5.4. סמכות תובעת

כמו בעבירות קנס, גם בעבירות מינהליות, הגדרת עבירה כמינהלית לא שוללת מתובעת סמכות להגיש כתב-אישום בגין העבירה. התובעת מוסמכת להעביר את ההליך המינהלי לפסים של כתב-אישום גם לאחר הטלת הקנס וכל עוד הקנס לא שולם. לשם השוואה יוזכר כי בעבירת קנס סמכות התובעת להגיש כתב-אישום פוקעת עם מסירת הדוח (ולא עם תשלום הקנס). הרחקת המועד בו פוקעת סמכות התובעת מאפשרת פיקוח יעיל מעט יותר על החלטות המפקח וכן מאפשרת העברת הליך מינהלי לפלילי כתגובה להימנעות מתשלום קנס, כחלופה לפתיחה בהליכי גבייה. עם זאת, בעיקרה מוגבלת מאוד אפשרות הפיקוח של תובעת על החלטות בעניין קנס מינהלי, מאותן סיבות שהוזכרו לעיל בדיון על עבירות קנס²⁶⁹.

חוק העבירות המינהליות מטיל מגבלה נוספת על הגשת כתב-אישום בעבירה מינהלית. סעיף 15 לחוק קובע כי תובעת רשאית להגיש כתב-אישום כאשר היא סבורה שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שירשמו. סייג זה מטיל על התובעת חובה להחליט האם הנסיבות מצדיקות הגשת כתב-אישום. נימוקים אלו צריכים להירשם לפני הגשת כתב-האישום, וחובה להעמידם לעיון הנאשם²⁷⁰.

החובה לרשום את הטעמים פורשה בפסיקה כמלמדת שדרך המלך בעבירה מינהלית הינה הטלת קנס מינהלי ואילו רק במקרים חריגים רשאית התובעת להגיש בגין המעשה כתב-אישום²⁷¹. בדומה, כאשר המעשה האסור מהווה הן עבירה מינהלית והן עבירה של ברירת קנס, הרי שבהיעדר טעמים שיירשמו יש להעדיף את ההליך המינהלי, גם אם הליך זה יעיל פחות וגם אם הקנס בהליך זה נמוך מהקנס שניתן להטיל בעבירת הקנס²⁷².

6.5.5. הביקורת השיפוטית על החלטת התביעה

כפי שהראינו לעיל היקף הביקורת השיפוטית של בית-המשפט על החלטות בדבר הגשת כתב-אישום מצומצם ביותר²⁷³. עם זאת, כאשר מדובר בעבירה מינהלית, נוקט בית-המשפט גישה שונה. מחובת רישום הטעמים להחלטה הסיק בית-המשפט כי כוונת המחוקק היא לאפשר ביקורת חיצונית על ההחלטה להגיש כתב-אישום²⁷⁴. עם זאת, אין להסיק מכך שכעת החלטת התובעת נתונה לערעור בפני בית-המשפט. גם אם הביקורת קפדנית יותר, עדיין מהות תפקידו של בית-המשפט, כמי שבוחן אך את חוקיות ההחלטה המינהלית, לא השתנתה. תפקיד בית-המשפט הוא אך לבחון האם החלטת התובעת הייתה חוקית, אם נתקבלה משיקולים ענייניים בלא משוא פנים או ניגוד עניינים, ואם היא מצויה במתחם הסבירות. כמו בכל מקרה של ביקורת שיפוטית על רשות מינהלית, בית-המשפט אינו שם עצמו במקומה של הרשות אלא בוחן אם החלטת הרשות

²⁶⁹ ראו לעיל סעיף 6.4.2.

²⁷⁰ ראו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (להלן: בג"ץ אפרתי), בעמ' 512-511; רע"פ 91/92 קאסם נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (להלן: רע"פ קאסם).

²⁷¹ ראו בג"ץ אפרתי לעיל הערה 270 בעמ' 509. לביקורת על גישה זו ראו א' מגן, "שיקולי ענישה לגבי תושבי שטחים השוהים בארץ שלא כדין ולגבי מעבידיהם", הסנגור 34 (תש"ס) 3, בעמ' 5.

²⁷² ראו בג"ץ דה הסי, לעיל הערה 218.

²⁷³ ראו לעיל טקסט הצמוד להערה 86.

²⁷⁴ ראו בג"ץ אפרתי, לעיל הערה 270, בעמ' 509.

חוקית. היקף ההתערבות הנרחב מעט יותר במקרה זה הוא נגזרת של ההוראות המיוחדות החלות בעניין עבירה מינהלית. כך, למשל, מקום בו תימנע התובעת מרישום נימוקי החלטתה עובר להגשת כתב-האישום²⁷⁵, תימנע מלהעמידם לעיון הנאשם או תאמץ מדיניות ההופכת את השימוש בקנס המינהלי לחריג ואת כתב-האישום לכלל²⁷⁶, הרי שהחלטת התובעת פגומה ובית-המשפט מוסמך להורות על תיקון הפגם. אולם אין משמעות הדבר כי עצם שיקולי התובעת נתונים לביקורת שיפוטית שונה מזו המוטלת על החלטת התובעת להעמיד לדין. המשמעות היא אך שקיום חובת ההנמקה, שלא מוטלת בהליכים של עבירה פלילית רגילה, נתון גם הוא לביקורת שיפוטית ולכן ביקורת זו נרחבת יותר בעבירות מינהליות.

שאלה אחרת היא באיזו ערכאה תידון טענה כנגד כתב-אישום שהוגש שלא כדין. אין ספק כי בג"ץ מוסמך לדון בטענה כנגד הגשת כתב-האישום, שכן מדובר בביקורת על החלטה של רשות מינהלית. אך האם גם הערכאה הדיונית מוסמכת לבטל את כתב-האישום כאשר חובת ההנמקה לא מולאה או כשלא היה מקום להגיש כתב-אישום? נראה כי בהקשר זה יש להבחין בין הפרה מוחלטת של חובת ההנמקה לבין מצב שבו הנימוקים שנרשמו אינם יכולים להיחשב טעמים מספקים לסטייה מן ההליך המינהלי. במקרה הראשון אין מדובר אך בהפעלה בלתי תקינה של שיקול-הדעת המינהלי אלא בהפרת אחד התנאים להגשת כתב-אישום. מקום שהופר תנאי להגשת כתב-האישום, מוסמכת הערכאה הדיונית לבטל את כתב-האישום או לדרוש את תיקון החסר²⁷⁷. מנגד, כאשר טוען הנאשם כנגד אופן הפעלת שיקול-הדעת המינהלי בהגשת כתב-האישום, דהיינו כנגד ההנמקה לגופה, אין הערכאה הדיונית מוסמכת להכריע בטענתו. במקרה זה חל הכלל כי החלטתה של התובעת להגיש כתב-אישום אינה נתונה לביקורת הערכאה הדיונית. כפי שציין השופט חשין בג"ץ **אפרתי**, "טענה, שעניינה שיקולים זרים בהגשת כתב-אישום, יפה היא לבית-משפט הגבוה לצדק ואין היא יפה לבית-משפט השלום"²⁷⁸. לכלל זה היגיון רב גם בהתחשב בעובדה שנימוקי התביעה בהגשת כתב-אישום, אף שגלויים הם בפני הנאשם, אינם בהכרח חשופים בפני הערכאה הדיונית²⁷⁹.

²⁷⁵ ראו בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 270, בעמ' 511. שאלה אחרת היא מה תרופתו של נאשם כאשר התובעת מאחרת ברישום הנימוקים והרישום נעשה רק לאחר הגשת כתב-האישום. האם זכאי אותו נאשם לביטול כתב-האישום מטעם זה בלבד? אם נאמר כי כתב-האישום בטל מעיקרו עקב אי רישום הנימוקים, ייתכן והפגם לא ניתן לריפוי ברישום מאוחר. עם זאת, בג"ץ **אפרתי** נראה היה כי השופט חשין נוטה לדעה שהפגם האמור אינו מביא לבטלות מוחלטת של כתב-האישום, שכן לגישתו משאיתור הנאשם לטעון כנגד פגם זה בתחילת ההליכים נגדו, הוא החמיץ את השעה לטעון טענה זו. ראו גם ע"פ (ת"א) 70856/99 **יצקן נ' מדינת ישראל** תק-מח, 2000 (2) 1537 (להלן: ע"פ **יצקן**) שם נקבע כי רישום הטעמים באיחור אינו גורם לבטלות מעיקרא של כתב-האישום. לדעתו, התרופה במקרה שהופרה החובה לרשום נימוקים צריכה להחזיר את הטוען כנגדה למצב בו היה לו החובה קוימה ולא להציבו במצב טוב יותר. לפיכך, אם רישום מאוחר של הנימוקים לא יגרום לעיוות דין, אין מניעה להסתפק ברישום מאוחר כתרופה לתיקון ההימנעות מרישום נימוקים במועד. אין טעם בביטול כתב-האישום רק כדי לאפשר לתובעת להגישו מחדש, על הטרחה חסרת התועלת הכרוכה בפתחה מחדשת של ההליכים לבית-המשפט, לתביעה ולנאשם. נראה כי לצורך זה ניתן להיעזר גם בהוראת סעיף 238 לחוק סדר הדין הפלילי המאפשרת תיקון פגמים טכניים בדרך של מתן הוראות המסירות את החשש כי הפגם יגרום לעיוות דין.

²⁷⁶ ראו בג"ץ **דה הס**, לעיל הערה 218.

²⁷⁷ והשוו בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 270, בעמ' 507-508; בג"ץ **דה הס**, לעיל הערה 218, בעמ' 472. אך ראו פסיקת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בע"פ **יצקן**, לעיל הערה 275, שם נקבע כי הטענה שהתביעה אינה רשאית להגיש כתב-אישום בכל מקרה של עבירה מינהלית על בסיס מדיניות כללית מופנית כנגד סבירות החלטת התביעה. ככזו מקומה רק בתקיפה ישירה של כתב-האישום בג"ץ ולא בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי.

²⁷⁸ בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 270, בעמ' 508.

²⁷⁹ ראו בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 270, בעמ' 509-510; רע"פ **קאסם**, לעיל הערה 270. ראו גם ע"פ **יצקן**, לעיל הערה 275. עם זאת, בפסק-דין שניתן לאחרונה בבית-משפט השלום ביטל בית-המשפט כתב-אישום שהוגש בגין עבירה מינהלית מן הטעם שהנימוקים שניתנו להגשתו אינם יכולים להיחשב נימוקים רלבנטיים במקרה דומה. ראו ת"פ (אשדוד) 1292/00 **מדינת ישראל נ' מסאעד** (טרם פורסם). השאלה טרם נדונה בבית-המשפט העליון אולם ניתן למצוא בפסיקת בית-המשפט העליון רמז לדעה שלפיה יש לערכאה הדיונית סמכות לדון בטענות כנגד הגשת כתב-

6.5.6. גבייה ואכיפה

כמו בעבירות של ברירת משפט, גם בעבירות מינהליות הבעיה הפרקטית המרכזית היא בעיית הגבייה. בידי הרשויות מספר אמצעי גבייה. ראשית, ניתן לגבות את החוב בהתאם להוראות פקודת המסים (גבייה)²⁸⁰. גם המרכז לגביית קנסות רשאי לגבות חלק מהקנסות המינהליים, בהתאם לצו של שר המשפטים²⁸¹. כן רשאי בית-המשפט לבקשת תובעת לצוות על מחיקת רישומו של החייב מפנקס המתנהל על-פי דין או על שלילת רישיון או היתר שניתן לו אם הקנס המינהלי הוטל על החייב בשל עבירה מינהלית הקשורה ברישום, בהיתר או ברישיון²⁸². לבסוף רשאי בית-המשפט לבקשת תובעת גם להוציא צו מאסר של עד שנה במקום הקנס שלא שולם²⁸³. בפועל, למרות סעיפים אלו, יש קשיים רבים בגביית החובות, בדומה לקשיים הקיימים בגביית קנסות שהוטלו בעבירות קנס²⁸⁴. קשיי אכיפת תקבולי הקנס פוגעים משמעותית באפקטיביות של השימוש בחלופה זו.

6.6. כופר

6.6.1. כללי

חלופה אחרת של ענישה כספית-מינהלית הקבועה בחוקים פיסקליים רבים, אף כי לא רק בחוקים כאלו, הינה הכופר²⁸⁵. הליך של כופר נוהג בארץ כבר מימי המנדט הבריטי, בהתבסס על הוראות חוק מס ההכנסה האנגלי משנת 1918²⁸⁶. עם השנים אומץ הליך דומה בעבירות מס רבות נוספות, כמו גם בעבירות אחרות. הוראות הסעיפים השונים אינן זהות אולם לכולן מספר מאפיינים דומים. על-פי הוראות אלו הכופר הוא סנקציה כספית המוטלת על חשוד בעבירה על-ידי רשות מינהלית²⁸⁷. גובה הכופר נקבע על-ידי הרשות במסגרת המגבלות בחוק. עם תשלום הכופר אין נוקטים עוד כנגד העבריין כל הליך, ואם החלו הליכים כנגדו הם מופסקים לאלתר. החשוד אינו חייב לשלם את הכופר, והוא עושה כן על מנת להימנע מהליכים פליליים²⁸⁸. עם תשלום הכופר, כופרה העבירה ולחובת מבצעה לא נרשמת הרשעה פלילית.

²⁸⁰ האישום, בלא לפרט אילו טענות ניתן להעלות בהליך זה. ראו בג"ץ **דה הס**, לעיל הערה 218 בעמ' 472. עם זאת, ספק עד כמה ניתן ללמוד מאותו מקרה שכן שם דובר בכתב-אישום שהוגש בלא הנמקה כלל.

²⁸¹ ראו סעיף 18 לחוק העבירות המינהליות.

²⁸² ראו צו המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי על העסקת עובדים זרים שלא כדין), תשנ"ח-1998; צו המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי בענין בטיחות בעבודה ובענין שעות עבודה ומנוחה), תשנ"ט-1999. תקנות המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי חיקוקים שונים), תשנ"ח-1998.

²⁸³ ראו סעיף 20 לחוק העבירות המינהליות.

²⁸⁴ ראו סעיף 19 לחוק העבירות המינהליות.

²⁸⁵ ראו בג"ץ **דה הס**, לעיל הערה 218 וכן ג' עמיר, **עבירות מס** (1992), בעמ' 53-55.

²⁸⁶ הוראות בדבר כופר מצויות בלמעלה מעשרים דברי חקיקה כאשר חלקן הגדול עוסקות בעניינים כלכליים (כגון מיסוי, סחר, ייצור ומטבע חוץ), אך חלקן עוסקות גם בעניינים אחרים. ראו למשל סעיף 3 לחוק שירות הציבור (מתנות), תש"ס-1979.

²⁸⁷ ראו א' מגן, "והוא רחום יכפר עוון", **הרבעון הישראלי למיסים** כד (1996) 64. לסקירה היסטורית של סוגי כופר שונים ראו ח' גבאי, "כופר כסף מאז ימי המקרא ועד לתקופתנו" **מיסים** ט(2) (1995) א-78.

²⁸⁸ בחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1976 נקבע כי המנהל רשאי להתנות את כפרת העבירה גם בקבלת התחייבות כספית המגובה בערובה להימנע מעבירה לתקופה שלא תעלה על שלוש שנים.

²⁸⁹ לדיון ביסוד ההסכמה ראו ש' שטרית, "כופר כסף – ענישה פלילית בידי המינהל", **משפטים** ב (תשל"ל) 577, בעמ' 586-587. אמנם במספר הוראות ישנות לא נקבע יסוד ההסכמה של משלם הכופר במפורש אולם מנוסח סעיפי החוק

מספר פנים להטבה הגלומה בהליך של כופר. ראשית, לחובת משלם הכופר לא נרשמת הרשעה פלילית. שנית, תשלום הכופר נשמר ברוב המקרים בסוד, וההליך אינו נתון לכללי פומביות הדין²⁸⁹. שלישית, ממשלם הכופר נחשבים עינוי הדין והחשש מעונש חמור הכולל אף מאסר. מטעם זה מסכימים לא אחת נישומים רבים לכופר, גם כאשר סכום הכופר גבוה מהקנס הצפוי להם אם יורשעו בהליך פלילי.

6.6.2. היקף השימוש בכופר

בחלק גדול מהוראות הכופר כמעט ולא נעשה שימוש, אולם בחלק אחר, ובייחוד במסגרת חוקי המס, נעשה שימוש הולך וגובר בחלופה זו. כך, למשל, בעשורים האחרונים גדל משמעותית שיעור העונשים המוטלים באמצעות כופר בעבירות המהותיות על חוקי מס הכנסה (להבדיל מהעבירות הטכניות). אם בסוף שנות ה-60 הוטל כופר על כשליש מאלו שהאשמו בעבירות מס מהותיות (כשהיתר הועמדו לדין), הרי שבראשית שנות ה-90 כבר היה כמעט שוויון בין מספר התיקים שהומרו בכופר בגין עבירות אלו לבין מספר התיקים שבהם הנאשמים הועמדו לדין, ואילו באמצע שנות התשעים היה היחס שניים לאחד לטובת הכופר²⁹⁰. הסיבה לגידול האמור הינה, בלי כל ספק, העומס. כפי שמציין השופט מגן, "במחלקת החקירות [של מס הכנסה] חיטבו ומצאו כי, בקצב הנוכחי של שמיעת התיקים, הרי שסיום התיקים שכבר הוגשו לבית-המשפט או ממתניים בפרקליטות יצריך יותר מ-6 שנים"²⁹¹. כמובן שלעיוכובים הרבים יש השפעה על גובה הכופר. נכוונתם של עברייני מס לשלם סכומי כופר גדולים קטנה נוכח ידיעתם כי אם ייפתח נגדם הליך משפטי יחלוף זמן רב עד שיוטל עליהם עונש. מנגד, רצונן של רשויות המס לסיים את ההליך במהירות גדל נוכח הצורך לקצר את התורים בתיקים הממתניים למשפט, ולהבטיח ענישה מהירה ויעילה. שתי המגמות מחייבות את רשויות המס להקטין משמעותית את סכום הכופר הנדרש מן הנישום²⁹². חוק העבירות המינהליות צמצם את היקף השימוש בכופר בקובעו כי עבירה שנקבעה כעבירה מינהלית, לא תחולנה עליה הוראות כל חיקוק בדבר כופר כספי²⁹³. רבות מעבירות המס הקלות יותר נקבעו כעבירות מינהליות, ולכן בגין עבירות מס קלות מוטל קנס מינהלי ולא כופר²⁹⁴.

6.6.3. הרשות המטילה את הכופר

הכופר מוטל, ברוב המקרים, על-ידי גורם ברשות המינהלית המופקד על ביצוע החוק שהופר. בחלק מהמקרים הסמיך החוק את הגורם המופקד על הטלת הכופר לאצול מסמכותו זו²⁹⁵.

עולה כי התוצאה היחידה של הימנעות מתשלום הכופר באותם מקרים הינה כפיפות העברייני להליכים פליליים. לדעה שונה במעט ראו שטרית, שם. בכל מקרה, בפועל אין מטילים כופר בלא הסכמת מבצע העבירה.

²⁸⁹ לדין בסוגיית החשיפה של תשלומי כופר לאחר חקיקת חוק חופש המידע ראו ז' הנדלר וס' הנדלר "הסדרי כופר וחוק חופש המידע – עידן חדש?", **מיסים** יג(2) (תשנ"ט) א-85.

²⁹⁰ ראו שם, בעמ' 66.

²⁹¹ ראו מגן, לעיל הערה 286.

²⁹² יצוין כי בנוסף לכופר עומדות לרשות רשויות המס סנקציות אחרות רבות בהן לא נדון בעבודה זו. ראו עמיר, לעיל הערה 284, בעמ' 205-215. לדעה התומכת בהעדפת הכלים האזרחיים באכיפת דיני המס ראו ג' עמיר, "על מדיניות רשויות המס בנושאים פליליים", **מיסים** יא/4 (1997) א-44.

²⁹³ סעיף 25 לחוק העבירות המינהליות.

²⁹⁴ ראו תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – חיקוקי מס), תשמ"ז-1987.

²⁹⁵ ראו שטרית, לעיל הערה 288, בעמ' 589.

במקרים חריגים הטלתו כפופה לאישור היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו²⁹⁶. כאמור לעיל, בניגוד לעבירת קנס או לעבירה מינהלית, הרשות המטילה כופר רשאית גם לקצוב את גובהו במגבלות הוראות החוק. רוב החוקים קובעים מגבלות על גובה הסכום שניתן להטיל, כאשר בחלקם הגדול של הוראות הכופר מוגבל הסכום לקנס המרבי שניתן להטיל בגין ביצוע העבירה או לכפליים קנס זה. נוצר מצב בו גורם מינהלי, שאין לו כל הכשרה משפטית, ושתפקידו מתמצה בעיקר בהשגת המטרות הספציפיות של החוק שעליו הוא מופקד (כגון העמקת הגבייה בחוקי מס), מוסמך להטיל סנקציה כספית על עבירה פלילית, בשיעור שייקבע לפי שיקול-דעתו, בלא כל פיקוח ובהליך שאינו פומבי. בפועל נעזרות רשויות המס בוועדות כופר המייעצות לרשות באשר לכופר שיוטל. עם זאת, אין לוועדות אלו כל מעמד בחוק וההחלטה הסופית נתונה בידי ראש הרשות או הגורם שהוסמך לכך בחוק. אין בנמצא גם הנחיות מינהליות גלויות באשר למדיניות הטלת הכופר²⁹⁷.

6.6.4. סמכות תובעת

הסמכות להטיל כופר אינה מונעת כמובן מהתביעה להחליט כי בנסיבות המקרה אין מקום להליך של כופר ולהורות על ניהול הליכים פליליים רגילים. למעשה, בניגוד לעבירות קנס או לעבירות מינהליות, מנוסח הוראות החוק עולה, לכאורה, כי הליכים פליליים הינם הכלל וכופר הינו החריג. עם זאת, בפועל, ההחלטה על הטלת הכופר נעשית ברוב המכריע של המקרים על-ידי הרשות המוסמכת, בלא היוועצות ביועץ המשפטי לממשלה או בנציגיו. כך שעבירות פליליות חמורות למדי כלל לא מגיעות לידיעת רשויות התביעה.

מידה מסוימת של פיקוח על ההליך קיימת באותם מקרים שבקשת הכופר מוגשת על-ידי העבריין לאחר הגשת כתב-האישום. במקרה כזה קובעות חלק מהוראות הכופר כי הטלת כופר אפשרית רק לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה עיכב את ההליכים. באותם מקרים מתקבלת ההחלטה על הכופר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או משנהו לאחר קבלת המלצת רשויות המס. עם זאת, הוראות בחוקים אחרים אינן מקנות מעמד מפורש ליועץ המשפטי לממשלה גם בשלב זה, וקיימת אי בהירות באשר לסמכות הרשויות להטיל כופר לאחר הגשת כתב-האישום בלא הסכמת התביעה²⁹⁸. בפועל, על-פי הנחית היועץ המשפטי לממשלה מקבלות על עצמן רשויות המס כי לאחר הגשת כתב-האישום הטלת כופר תתאפשר רק במסגרת החלטת היועץ המשפטי לממשלה על עיכוב הליכים.

6.6.5. גבייה ואכיפה

כיוון שהטלת כופר מותנית בהסכמת מבצע העבירה לכופר, או לפחות נעשית בתיאום עמו, בעיית הגבייה כמעט ולא מתעוררת. נמנע אדם מלשלם כופר שהוטל עליו בהסכמתו, רשאית הרשות

²⁹⁶ ראו סעיף 15 לחוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978; סעיף 57 לפקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיף 15 לחוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, תשל"ח-1978.

²⁹⁷ קריטריונים באשר להפעלת הסמכות מצויים ככל הנראה בידי הרשויות אולם הם לא פורסמו. ראו ג' עמיר, "נציב מס הכנסה – סמכויותיו והשימוש בהן", **מיסים** 6(1993) א-52, בעמ' א-60. ברי כי קריטריונים אלו חייבים להיות גלויים, הן על-פי ההלכה הפסוקה (ראו בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 270) והן על-פי הוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.

²⁹⁸ ראו שטרית, לעיל הערה 288, בעמ' 591-592.

לפתוח בהליכים פליליים נגדו. יש להניח כי מטעם זה לא נזקק המחוקק, ברוב המקרים, להסמיק את הרשויות להפעיל את הוראות פקודת המסים (גבייה) וחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות לעניין כופר כסף²⁹⁹.

6.7. סגירת תיק מותנית

6.7.1. כללי

בדומה להסדרי טיעון, סגירת תיק מותנית הינה הליך שאינו מעוגן בהוראה חקוקה, ואשר נתגבש כפרקטיקה במהלך השנים. עם זאת, בניגוד להסדרי טיעון, אשר זכו להתייחסות מקיפה ומעמיקה, הן בכתיבה האקדמית והן בפסיקה, כמעט שלא ניתן למצוא התייחסות להליך זה בארץ. מדובר בהסדר בלתי פורמלי בין תובעת לבין חשוד, על-פיו התובעת תימנע מהגשת כתב-אישום אם החשוד יסכים לבצע פעולה מסוימת.

מקובל להתנות את סגירת התיק בתשלום פיצוי למתלונן או בביצוע עבודות למען הציבור. עם זאת, לעתים מותנית סגירת התיק בתנאי אחר, כגון התפטרות החשוד מתפקיד מסוים בו הוא נושא, הסכמתו להודות בביצוע העבירה במסגרת הליך משמעותי כלשהו או התחייבותו לשקם עצמו, למשל בהצטרפותו להליך גמילה. לפעמים החלופה מוצעת לנאשם על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או משנהו לאחר הגשת כתב-האישום, כתנאי לעיכוב הליכים.

אין מידע על היקף השימוש בהליך זה. בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ישנה התייחסות מוגבלת להליך האמור. כך, מונחית המשטרה, בשורה של עבירות קלות ובהתקיים תנאים מסוימים, לנקוט אמצעים חלופיים לכתב-אישום כגון אזהרה או פיצוי הניזוק³⁰⁰. כמו כן, על-פי ההנחיות, רשאי היועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליכים הפליליים כנגד אדם בכפוף להתחייבותו לפעולה מסוימת³⁰¹. בפועל נוהג היועץ המשפטי לממשלה פעמים רבות לעכב הליכים בכפוף לתנאים כגון הסכמת הנאשם לבצע שירות למען הציבור, פיצוי המתלונן, הפקדת רישיון נשק או רישיון נהיגה, התנצלות או התחייבות להימנע מביצוע עבירה³⁰². לצורך זה נעזר היועץ המשפטי לממשלה בשירות המבחן. אשר להליכים קודם להגשת כתב-אישום, המידע מועט עוד יותר ובהיעדר הנחיות ברורות יש להניח כי אין אחידות באשר לאופן השימוש בחלופה זו ביחידות התביעה השונות. עם זאת, לא מעט תיקים נסגרים לאחר שהחשוד קיים תנאי שהוצב לו על-ידי הרשות התובעת.

²⁹⁹ אך ראו חריג בסעיף 213 לפקודת המכס וכן ראו שטרית, לעיל הערה 288, בעמ' 596-597.

³⁰⁰ ראו "מדיניות חקירה ותביעה: שיקולים כלליים", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 51.051 (1.12.85).

³⁰¹ ראו "עיכוב הליכים פליליים, חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 סעיפים 231, 232" הנחיה, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 51.000 (1.5.94) כפי שעודכנה ב-20.6.01), בתת-פרק 8.7 נאמר כי "בנסיבות מיוחדות יכול שהחלטה לעכב תהיה מותנית בתנאי מוקדם או בתנאי מאוחר כגון עמידה מרצון בפיקוח קצין מבחן לפי תקנה 8 לתקנות העמדת עבריינים במבחן, תשי"ט-1955, או שירות לתועלת הציבור במסגרת זו, או העמדת העמדת המבקש לדין משמעותי. כן תיתכן התניה מצד היועץ המשפטי לממשלה במכתב בו מביע הנאשם חרטה על המעשה ומתחייב שלא לחזור לעבור עבירות בעתיד". ההוראה שהייתה קיימת בגירסה המקורית של הנחיה, לפיה ניתן להתנות את עיכוב הליכים גם בפיצוי הנפגע, שונתה ובמקומה נקבע כי "ככלל לא יעסוק היועץ המשפטי לממשלה במסגרת עיכוב הליכים בקביעת פיצוי לקורבן העבירה". ראו פסקה 8.6 להנחיה המעודכנת. ראו באתר משרד המשפטים [URL: <http://www.justice.gov.il/Hadash/pdf/ikuvnew.pdf> (15.8.01)]

6.7.2. הסמכות

שאלה קשה היא מה מקור סמכותה של תובעת להתנות את סגירת התיק. נראה כי ניתן לבסס סמכות זו על הסמכות הכללית להימנע מהגשת כתב-אישום בהיעדר עניין לציבור. האינטרס הציבורי בנייהול הליכים פליליים תלוי, בין השאר, בשאלה האם העברין פיצה את הקורבן, האם הוטלו עליו כבר סנקציות אחרות, מהם סיכויי שיקומו וכיוצא באלה³⁰³. נראה כי מקום בו רשאית תובעת לשקול את הפיצוי שניתן לקורבן בין שיקוליה להעמדה לדין, רשאית היא גם להודיע לחשוד כי מתן הפיצוי יהיה השיקול המכריע בהחלטתה אם להעמידו לדין. בדומה, מקום בו רשאית התובעת לשקול האם הוטלה על החשוד סנקציה חלופית, רשאית היא להציע לחשוד להסכים לסנקציה כזו – כגון שירות למען הציבור – סנקציה שנשיאה בה תכריע את הכף כנגד העמדה לדין. על-פי אותו קו מחשבה סמכות התביעה לשקול את סיכויי שיקומו של העברין כוללת בחובה גם את הסמכות להתנות את סגירת התיק כנגדו בהסכמתו למבחן. בדרך דומה ניתן להצדיק התניה של התנצלות, התפטרות ממשרה וכיוצא באלה³⁰⁴. כאשר יש אינטרס ציבורי בקיום התנאי, יכול שיקומו יצדיק הימנעות מהגשת כתב-אישום.

עם זאת, היעדר בסיס חקיקתי מעמיד בסימן שאלה את חוקיות הפרקטיקה. לכאורה, במסגרת הסמכות לסגור תיק מחוסר עניין לציבור רשאית התובעת להטיל כמעט כל סנקציה סבירה כל עוד מסכים לכך החשוד, עד כי החלופות האחרות, המוסדרות בחקיקה, נראות אך כעין מקרה פרטי של הסמכות לסגירת תיק מותנית. אמנם עד כה השימוש בסמכות זו, נרחב ככל שיהיה, אינו מגיע להיקפים של קנסות מינהליים או הודעות קנס וברירת משפט, אולם משמוכרת חוקיות ההליך במקרים המעטים יחסית שנעשה בו שימוש, יהיה קושי רב לקבוע כי ההליך אינו חוקי רק משום שהוא הולך ונפוץ³⁰⁵. שאלת הצורך בבסיס חוקי מפורט יותר לסגירת תיקים מותנית תידון בהמשך העבודה³⁰⁶.

³⁰² ראו דברי היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין, בדיון ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 31.1.00 בנושא: "עיצוב הליכים" [URL: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-01-31-01.html>] (29.11.01).

³⁰³ ראו בג"ץ גנור, לעיל הערה 84, וכן "מדיניות התביעה בהחלטות על העמדה לדין וסגירת תיקים – שיקולים לסגירת תיק בשל היעדר עניין לציבור", הנחיות פרקליטת המדינה, הנחיה 1.1 (1.8.02).

³⁰⁴ השו"ב בג"ץ 326/96 כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פ"ד (5) 133, שם נדונה סמכות הממונה על ההגבלים העסקיים להפעיל את סמכויותיו בתחום האכיפה על דרך ההסכמה והפשרה (הדיון נערך קודם להענקת סמכות מפורשת לעשות כן במסגרת צו מוסכם, ראו להלן סעיף 6.9). בית-המשפט קבע כי אין לפקפק אחר קיומה של סמכות להגיע להסכמים בדבר אופן הפעלת שיקול-הדעת של הממונה באכיפת החוק. "מקום בו סבור הממונה, כי בנסיבותיו של עניין פלוני גיבוש הסדר מוסכם יקדם בדרך הטובה ביותר את האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד, רשאי הוא להעדיף הוצאת קביעה המבוססת על הסדר מוסכם על-פני קביעה העתידה לעורר (או שכבר עוררה) מחלוקת משפטית; וממילא רשאי הוא גם לשאת ולתת עם הגורמים הנוגעים בדבר בעניין תנאיו של ההסדר המוסכם". שם, בעמ' 155. בית-המשפט מבחין בפסק-דינו בין ויתור פרגמטי, אותו רשאי הממונה לעשות לצורך השגת תכלית החוק עליו הוא מופקד, לבין ויתור נורמטיבי, שאינו בסמכות הממונה. כך, למשל, החלטת הממונה שלא לפתוח בהליכים במקרה זה או אחר במסגרת הסדר מותרת, אולם כבילת שיקול-דעת הממונה במקרים עתידיים אסורה.

³⁰⁵ אין פירושו של דבר כי מן הנמנע להכריז על פרקטיקה מסוימת כבלתי חוקית רק משום הפיכתה לנפוצה. במקרים רבים, "הכמות עושה את האיכות". ייתכן מצב בו ניתן לפרש הוראת חוק כמקור מסמך מספק לביצוע פעולה שלטונית מסוימת, אולם מקום בו ביצוע אותה פעולה יהיה נפוץ יותר, תידרש הסמכה חוקית מפורשת יותר לעריכתה. כך, למשל, בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד (5) 481, בעמ' 529 נקבע כי הרחבת מספר תלמידי הישיבות הזוכים לדחיית שירות בהסדר "תורתו אומנותו" מחייבת הסדר חקיקתי מפורש יותר, אף שכאשר כמות הנהנים מההסדר הייתה קטנה יותר די היה בבסיס החקיקתי הקיים.

³⁰⁶ ראו להלן בסעיף 7.2.

6.7.3. סוגי התנאים לסגירת התיק

6.7.3.1. שירות למען הציבור

אחד התנאים המקובלים לסגירת תיק ולעיכוב הליכים הינו הסכמת החשוד או הנאשם לבצע עבודות לתועלת הציבור. הליך זה מתבסס על המנגנונים הקיימים של שירות המבחן. לצורך הפניית אדם לשירות למען הציבור מועבר העבריין לשירות המבחן בצירוף ההוראה, שניתנה בהסכמתו, על משך השירות (לרוב בין 100 ל-200 שעות)³⁰⁷. שירות המבחן מפנה את הנבחן לשירות לתועלת הציבור על בסיס המנגנונים הקיימים שנועדו לשם ביצוע הוראות חוק העונשין בדבר הטלת שירות לתועלת הציבור על-ידי בית-המשפט³⁰⁸.

6.7.3.2. תרומה למטרה מסוימת

בניגוד לעבודות לתועלת הציבור, לא מקובל בארץ להציע לחשודים לתרום למוסד מסוים כתנאי לסגירת התיק נגדם³⁰⁹. נראה כי במצב החקיקתי הקיים יש מקום לחשוש מפני שימוש בתנאי זה בארץ. לתביעה אין מנגנונים שיוכלו לקבוע מי יזכה בתרומה. התביעה אינה גורם מקצועי מתאים לקבוע כיצד יש לחלק את התרומות. הטלת הסמכות בידי התובעת בלא יצירת מנגנוני פיקוח ודיווח מוסדרים עלולה לגרום לחלוקה שרירותית ואף לעודד שחיתות. יתרה מזאת, במצב הקיים כיום, לתביעה אף אין מנגנונים לקביעת יכולתו הכספית של החשוד לשלם ויש חשש כי הסכומים שיתרמו יתעלמו ממצבו הכספי³¹⁰. מן הטעם הזה ראוי שבהיעדר מנגנונים מתאימים והסדר חקיקתי לא ייעשה שימוש בתנאי מעין זה. עם זאת, סבורני כי אין כיום מניעה חוקית להסכים לסגירת תיק בתנאי לקבלת תרומה, ומבחינה עקרונית אין הבדל בין תרומה של שעות עבודה הניתנות באמצעות שירות לתועלת הציבור לבין תרומה של סכום כספי מסוים.

6.7.3.3. פיצוי הנפגע

לעומת תרומה למוסד מתאים, הליך של פיצוי לנפגע כתנאי לסגירת תיק מקובל מעט יותר³¹¹. הליך זה מקובל אף במסגרת הסדרי טיעון, כאשר הסכמת הנאשם בהסדר כוללת גם התחייבות לפיצוי הנפגע. כיוון שמצבו של נפגע העבירה ומידת הפגיעה בו הם מהשיקולים המרכזיים

³⁰⁷ ראו דברי היועץ המשפטי לממשלה בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 30.1.00, לעיל בהערה 302. הבסיס לפעולת שירות המבחן בעניין זה הינו תקנה 8 לתקנות העמדת עבריינים במבחן (שירותי המבחן), תשי"ט-1959 הקובעת כי קצין מבחן מחוזי ראשי, באישור קצין מבחן ארצי, לטפל בכל אדם שהופנה אליו על-ידי רשות מרשויות המדינה, ככל אשר ייראה לו לטובת אותו אדם. לא ברור מהו הבסיס החוקי להוראת תקנה זו שכן בפקודת המבחן, שמכוחה הוצאו התקנות, צו של בית-משפט הוא תנאי לפיקוח שירות המבחן. בכל מקרה, לפיקוח זה אין תוקף של צו מבחן ולכן כאשר מפר מי שנתון לפיקוח את תנאי עיכוב ההליכים, לא מוטלות עליו הסנקציות שניתן להטיל על מי שהפר צו מבחן.

³⁰⁸ ראו סעיפים 171-א-71 לחוק העונשין.

³⁰⁹ השוו, למשל, למצב בגרמניה שם הליך כזה מקובל ואף מוסדר בחקיקה, ראו לעיל בסעיף 4.3.4.2.

³¹⁰ יש שיטענו כי דרישה לתרומה כתנאי לסגירת תיק עלולה להיחשב לדרישה לקבלת שוחד. איני מסכים לגישה זו. אמנם נקבע כי דרישת תרומה כתנאי למתן שירות או לשיפור השירות על-ידי עובד ציבור היא דרישה לשוחד. ראו, למשל, ע"פ 2567/97 לחמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם). אולם סבורני כי אין הנדון דומה לראיה. במקרה של סגירת תיק המותנית בתרומה מטרת התרומה אינה קבלת שירות טוב יותר אלא ענישה חלופית שתמנע את העניין לציבור בניהול ההליך. הסמכות לסגור תיק מחוסר עניין לציבור מוסדרת בחוק בעוד שהסמכות לתת שירות רפואי שונה לאדם זה או אחר אינה קבועה בחוק. זאת ועוד, באותם מקרים שנדונו בפסיקה ניתנה התרומה למוסד הציבורי שנתן את השירות (לרוב בית חולים ממשלתי) ואילו במקרה זה התרומה תינתן לגורם שלישי כגון לגורמים המסייעים לנפגע עבירות מן הסוג שביצע הנאשם, ולא לתביעה.

³¹¹ עם זאת, אין כל רישום או תיעוד המאפשר מעקב אחר היקף השימוש בהליך זה.

בהחלטה אם יש עניין לציבור בתיק, הרי שברור מדוע פיצויו יכול שיביא למסקנה כי אין עניין לציבור בהליכים נגד החשוד. זאת ועוד, התניית סגירת התיק בפיצויו נפגע העבירה, בנוסף להיותה כלי המסייע ליצירת הרתעה, מקלה על הנפגעים ומקטינה את נזקייהם, וחוסכת מהם את הצורך בהתדיינות משפטית אזרחית. גם הצורך להקל עם נפגעי העבירה הינו שיקול לגיטימי במסגרת האינטרס הציבורי. נראה כי גם מטעם זה ראוי להרחיב את השימוש בכלי האמור.

עם זאת, אין להתעלם מהקשיים בשימוש בתנאי זה. ראשית, לתובעת אין כלים מתאימים לקביעת גובה הנזק של נפגע העבירה, ולכן החלטותיה בדבר גובה הפיצויו עלולות להיות שרירותיות. שנית, הרחבת השימוש בחלופה זו עלולה לעודד תלונות שווא, הפרזות, או שימוש לרעה בתלונה פלילית להשגת יתרון במחלוקת אזרחית. בדרך זו חוסך הנפגע את הצורך להוכיח טענותיו בהליך משפטי, שם ניתן לברר את אמיתותן בצורה טובה יותר. לתובעת אין כלים יעילים לברר את אמיתות טענות הנפגע, ואילו החשוד, אף אם בידו להוכיח בבית-המשפט את אשר אירע באמת, עלול להעדיף לשלם גם פיצויו מוגזם כדי להימנע מהסיכון של הרשעה פלילית, או, כאשר הוא ביצע עבירה קלה מזו שנטענת, לחסוך מעצמו את ההרשעה בעבירה הקלה. מצב זה יוצר תמריץ לנפגע להפריז בגובה הנזק שנגרם לו. מן הטעם הזה ראוי להיזהר בשימוש בהליך האמור, ובמקרים של ספק בדבר חומרת הפגיעה או מניעי הנפגע – להימנע משימוש בו. במקרים אלו קנס בידי תובעת, לו היה אפשרי, היה כלי אפקטיבי יותר מאשר פיצויו הנפגע.

6.7.3.4. התפטרות ממשרה או הליכים משמעתיים

כאשר אדם ביצע עבירה פלילית במסגרת תפקידו, ניתן להתנות את סגירת התיק בהתפטרות מהתפקיד³¹². במקרים אחרים ניתן להתנות את סגירת התיק בהסכמת החשוד לעמוד לדין בהליך משמעתי, כאשר התחייבות החשוד להודות באותו הליך עשויה להיות תנאי נוסף לסגירת התיק. כך לעתים קורה, כי לעורכי-דין המבצעים עבירה פלילית במסגרת תפקידם מוצע להסכים להודות בהליכים משמעתיים של לשכת עורכי-הדין, בתמורה לסגירת התיק הפלילי. במקרים אחרים, עבירות שאינן חמורות במיוחד של נושאי משרה בשירות הציבורי או בתאגידים מסתיימות בהתפטרותו של העבריין מתפקידו. נראה כי הליך זה מאפשר לא אחת הטלת סנקציה מהירה המתאימה לעבירה שבוצעה במקביל לפינוי משאבי אכיפה לתיקים אחרים.

6.7.3.5. גישור פלילי

הליך מיוחד של סגירת תיק מותנית שראוי להזכיר בהקשר זה הינו הגישור הפלילי. גישור פלילי הוא שם כולל לשורה ארוכה של תוכניות טיפול בעבירות שבבסיסן מפגשים בין העבריין לבין נפגע העבירה או הקהילה. הליכים אלו נועדו להתגבר על המכשלות של ההליך הפלילי, וחוסר יכולתו לפתור סכסוכים באופן משביע רצון. בין השאר הולך ונפוץ השימוש בהליכים של גישור בין הנפגע לבין העבריין בחסות גורם מתווך (Victim Offender Mediation), ובהליכי שיקום המתבססים על החלטות המתקבלות בהסכמה במפגשים של העבריין עם משפחתו הרחבה, הקהילה ממנה הוא בא, והקורבן (Family Group Conference).

³¹² לתיאור מקרה כזה, שבמסגרתו עוכבו הליכים בתנאי שהנאשם יושעה מתפקידים ציבוריים ראו דברי היועץ המשפטי לממשלה בדיון בפני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לעיל הערה 302.

בתוכניות אלו, הסכמת הצדדים או הצלחת ההליך מהוות לרוב תנאי לסגירת התיק (אם כי לעתים הן מהוות אך שיקולים להסכמה של הרשויות להמליץ לבית-המשפט להקל בעונש או להסכמת התביעה להסדר טיעון מקל). כך נהוג, למשל, בהליך של גישור נפגע-עבריין. במסגרת הגישור מנסה גורם בלתי תלוי לסייע לצדדים להסכים לתוכנית מסוימת, שבמסגרתה מתבקש לרוב החשוד לנקוט מספר פעולות כגון להתנצל על מעשיו, לפצות את הנפגע, לבצע פעולות לתיקון מעשיו, לתרום סכום מסוים למטרה שתוסכם או לבצע עבודות לתועלת הציבור. תוכניות של גישור פלילי בוואריציות שונות הולכות ונפוצות ברחבי העולם³¹³.

בארץ נבחנת, בעת האחרונה, במרכז הארצי לגישור במשרד המשפטים, האפשרות ליישום תוכניות גישור בישראל. במקביל, החל משנת 1992 נערך ניסוי ביוזמה מקומית של שירות המבחן לנוער במחוז הדרום, שבמסגרתו נערכו כחמישים הליכי גישור בין נוער עבריין לבין נפגעי העבירות. לדעת עורכי הניסוי התוצאות מלמדות על הצלחתו הרבה של הפרוייקט³¹⁴. יש להניח כי בשנים הקרובות יאומצו תוכניות גישור בהיקף נרחב יותר בישראל³¹⁵.

6.8. עיצומים וקנסות אזרחיים

6.8.1. כללי

ככלל, סנקציות אזרחיות או מינהליות, כגון הליכים משמעתיים, שלילת רישיון וכיוצא באלה, אינן נופלות למסגרת הדיון בעבודה זו. סנקציות אלו אינן חלופות להליך פלילי הן מכיוון שהן מוטלות גם בגין הפרות של הוראות שאינן מהוות עבירות פליליות, והן מכיוון שניתן להטילן גם בנוסף להליך פלילי ולא רק במקומו. עם זאת, לשלמות התמונה יש להתייחס לסוג אחד של סנקציה אזרחית – הקנס האזרחי. זאת מכיוון שהקנס האזרחי דומה מבחינות רבות לחלופות הפרוצדוראליות הנדונות בעבודה זו. ראשית, העונש המוטל בהליך זה – קנס כספי – דומה לעונש המוטל בעבירות קנס, בעבירות מינהליות ובכופר. שנית, ברוב החוקים שאימצו הסדר של קנס אזרחי, נקבע כי אין להטיל קנס מקום בו נפתחו הליכים פליליים בגין אותו מעשה. הוראה זו מקרבת עד מאוד את הקנס האזרחי לחלופות הפרוצדוראליות. שלישית, ניכר כי בחקיקה החדשה מחליף המחוקק הוראות שעד כה נאכפו באמצעים פליליים בהוראות שהפרתן גוררת הטלת סנקציה אזרחית. כך, למשל, בחוק החברות החדש הקנס האזרחי החליף שורה של הוראות שקבעו סנקציה פלילית בחוק הישן³¹⁶. עובדה זו מחייבת בחינת ההסדר והשוואתו לחלופות להליכים הפליליים.

השוואת הקנס האזרחי לחלופות הפרוצדוראליות חשובה גם מטעם נוסף. הבעיות של ההליך הפלילי שתוארו לעיל בפרק השלישי, דהיינו בעיית העומס על מערכת האכיפה ועודף השימוש בכלים פליליים, ניתנות לפתרון גם באמצעות איזרוח ההפרות, ולא רק באמצעות שימוש בחלופות

³¹³ ראו M. Umbreit, *Mediating Interpersonal Conflicts: a Pathway to Peace* (Minnesota, 1995), 135-163

³¹⁴ ראו ש' גרבלי ור' שרביט, **גישור – פרויקט גישור בשירות מבחן לנוער, המפגש עבריין קורבן כדרך לתיקון** (דוח פנימי של שירות מבחן לנוער, 2000).

³¹⁵ לכתובה בארץ בנושא גישור פלילי ראו גם א' טננבוים, "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?", **שערי משפט** ב (תשס"א) 261, בעמ' 276-281; ב' שטיינברג, "גישור פלילי בין קורבן לפוגע", **הסנגור** 33 (2000) 3.

³¹⁶ ראו מ' אגמון וד' לחמן-מסר, "תיאורית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", **משפטים** כו (תשנ"ו) 543.

פרוצדוראליות המותרות את האיסור הפלילי בעינו. במילים אחרות, איזרוח ההפרה יכול לשמש אלטרנטיבה לחלופות הדיוניות. התעלמות מאלטרנטיבה מהותית זו עשויה להציג תמונה חלקית ולהחליש את מסקנות המחקר. הקנס האזרחי משמש דוגמא טובה לבחינת היתרונות והחסרונות של איזרוח הפרות פליליות. בניגוד לקנס האזרחי, לרוב אמצעי הענישה המינהלית האחרים, מטרות או מאפיינים ייחודיים שאינם רלבנטיים לעבודה זו. כך, לדוגמא, שלילת רישיון אינה בהכרח עונש. פעמים רבות זהו אמצעי שנועד להגן על הציבור בתחום שבו המדינה מראש מצאה לנכון להסדירו באמצעות רישוי. סנקציות משמעתיות מוטלות, ברוב המקרים, במקום בו הממשלה משמשת גם כמעביד או כממונה על הגורם שמוטל עליו עונש. שיקולים אלו ייחודיים לסנקציות מינהליות אלו, והם אינם רלבנטיים ברוב המכריע של העבירות הפליליות³¹⁷. הדמיון הרב בין הקנס האזרחי לבין העונש הפלילי – באופיו של העונש ובהתאמתו ככלי ענישה גם במגזרים שבהם אין מעורבות מיוחדת של הרשויות – מאפשר לבחון את היתרונות והחסרונות של איזרוח האיסורים, בלא ההסחה הנובעת ממאפיינים ייחודיים של ענישה מינהלית אחרת. בחלק זה אטען כי אף אם יש מקום לאזרח חלק מן האיסורים הפליליים, ענישה אזרחית אינה תחליף מושלם לחלופות להליכי משפט פלילי. לאחר סקירה קצרה של הוראות החוק הנוגעות לקנסות אזרחיים אבחן את היתרונות והחסרונות של ענישה אזרחית ביחס לחלופות להליכי משפט פלילי. על בסיס בחינה זו אראה כי במקרים מסוימים יתרונותיה של ענישה אזרחית גדולים מהיתרונות של החלופות הפרוצדוראליות, אך באחרים החלופות הדיוניות מספקות צורך שלא ניתן להשיג באמצעות איזרוח ההפרות. מטעם זה, איזרוח ההפרות לא יכול להוות תחליף מספק לחלופות להליכי משפט פלילי.

6.8.2. ההסדר בחקיקה

בניגוד לחלופות הדיוניות להליך הפלילי, הקנס האזרחי מוטל בשל הפרת הוראת חוק שאינה פלילית. מי שמפר הוראה שבגינה מוטל קנס אזרחי אינו עומד בסיכון כי יועמד לדין ויורשע בגין הפרה זו, אלא אם במקביל היווה המעשה גם הפרה של הוראת חוק פלילית.

בחקיקה בארץ אין הסדר כללי העוסק בקנסות אזרחיים. קנסות אזרחיים מוטלים מכוח הוראות ספציפיות המופיעות בחוקים שונים. על אף הדמיון הרב בין ההסדרים השונים, ישנם גם לא מעט הבדלים המקשים על ניתוח מאוחד של כל הקנסות האזרחיים. אפילו השם של הסנקציה שונה מחוק לחוק, ושמות כגון "קנס אזרחי", "עיצום אזרחי" או "עיצום כספי" מופיעים בחקיקה לסירוגין³¹⁸. במסגרת זו לא נתמקד בהבדלים קלים אלו, ונתאר את ההסדר הנפוץ במרבית החוקים הקובעים קנס אזרחי.

³¹⁷ כמובן שהבחנה אינה כה חדה. גם סנקציה פלילית יכולה לשמש למטרות מניעה – ולא רק להרתעה או לגמול. למעשה, במקרים מסוימים ניתן להטיל עונש של שלילת רישיון בהליך פלילי, ותכליתו של עונש זה דומה לתכלית של שלילת רישיון בהליך מינהלי. בדומה, לא אחת הסנקציות המינהליות נועדו בעיקר למטרות ענישה והטלתן לא נובעת ממעמדה המיוחד של המדינה כלפי המפר. אולם ההפרדה בין השיקולים השונים קשה. הקנס האזרחי יכול לשמש כדוגמא טובה לבחינת היתרונות והחסרונות של איזרוח האיסור בלא כניסה להתדיינות בשיקולים ייחודיים אלו הנוגעים לסנקציות מינהליות ספציפיות.

³¹⁸ ראו חוק החברות, תשנ"ט-1999, סעיפים 354-363; חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, סעיפים 114-120; פקודת מחלות בעלי החיים [נוסח חדש], תשמ"ה-1985, כפי שתוקנה במסגרת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), תשנ"ה-1995, סעיפים 27-27א; חוק הפיקדון על מכלי משקה, תשנ"ט-1999, סעיפים 11-17; חוק הבזק, תשמ"ב-1982, סעיפים 37א-37ח כפי שתוקן בחוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), תש"ס-2000, סעיף 17; פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970, סעיפים 11ב-11ה, כפי שהוספו בחוק ביטוח רכב מנועי (ביטוח בתנאי תחרות מבוקרת והסדרים

קנס אזרחי מוטל על-ידי רשות מינהלית שהוסמכה לכך בחוק. גובה הקנס קבוע גם הוא בחוק, ואינו נתון לשיקול-דעתו של מטיל הקנס³¹⁹. גובה הקנס נע בין כמה אלפי שקלים לעשרות אלפי שקלים ולעיתים אף למעלה מזה³²⁰. על ההחלטה להטיל קנס אזרחי ניתן לערער, על-פי רוב החוקים, לבית-משפט השלום³²¹. תשלום קנס אזרחי אינו גורע מאחריותו הפלילית של המשלם בגין ההפרה (מקום בו המעשה מהווה גם הפרה של האיסור האזרחי וגם הפרה של הוראה פלילית כלשהי). עם זאת, רוב החוקים הקובעים הסדר זה מחייבים את הרשויות לבחור בין האפיק הפלילי לבין האזרחי. לפיכך, אם הוגש כתב-אישום לא יחויב המפר בתשלום הקנס, ואם שולם הקנס הוא יוחזר לו³²². בחלק מהחוקים נקבע כי הגשת כתב-אישום בשל הפרה שניתן להטיל בגינה קנס אזרחי אפשרית רק "מטעמים שירשמו" בדומה להגשת כתב-אישום בגין עבירה מינהלית³²³. נראה, אם כן, כי מקום בו האחריות הפלילית נותרת במקביל לאיסור האזרחי, ההבדל העיקרי בין קנס אזרחי לבין קנס מינהלי הוא שבמקרה של קנס אזרחי הבחירה בין האפיק האזרחי לבין הפלילי נתונה בידי הרשות בלבד, בעוד שבמקרה של קנס מינהלי יכול גם הנקנס לבחור להישפט בהליך פלילי. במילים אחרות, ההחלטה להמיר את האישום הפלילי בקנס מינהלי מחייבת הסכמה של שני הצדדים ואילו במקרה של קנס אזרחי אין צורך בהסכמה וההחלטה נתונה לשיקול-דעת הרשות המינהלית בלבד.

6.8.3. ענישה אזרחית והחלופות להליכי משפט פלילי

בדומה לחלופות הדיוניות, גם עונשים אזרחיים מוטלים בהליך זול ופשוט, בלא צורך להעסיק את מערכת המשפט העמוסה. אולם בעוד שהחלופות להליכים פליליים הינן חלופות פרוצדוראליות שאינן מבטלות את אופיו הפלילי של המעשה, הרי שאיזרוח ההפרות ושימוש בסנקציות אזרחיות כנגד המפירים גורם לשינוי במהות האיסור ומעבירו מן המשפט הפלילי למשפט המינהלי-אזרחי. להבדל זה השלכות פרקטיות. ראשית, כפי שצוין לעיל, בעוד שעונש במסגרת חלופה ניתן להטיל רק בהסכמת הנענש, הרי שסנקציה אזרחית מוטלת לפי שיקול-דעת הרשות גם בלא הסכמתו. שנית, כאשר הנאשם בוחר לתקוף את ההחלטה להטיל עליו סנקציה אזרחית, מוטל עליו הנטל לפנות לבית-המשפט ולעתור כנגד החלטת הרשות. במקרה זה, עצם הפנייה אינה מבטלת את חובתו לשאת בסנקציה עד שזו תבוטל על-ידי בית-המשפט. לעומת זאת, הטלת עונש באמצעות חלופה להליך הפלילי אפשרית רק בהסכמת החשוד. אם סירב החשוד לחלופה, ניתן להענישו רק

לתקופת מעבר (תיקון), תש"ס-2000, סעיף 6; חוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, סעיפים 20-12; חוק הבלו על הדלק, תשי"ח-1958, סעיפים 25א-125 כפי שתוקן בחוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), תש"ס-2000, סעיף 19. ראו גם הצעת חוק משק הגז הטבעי, תש"ס-2000, בסעיפים 109-103. לא ברור מדוע במסגרת חוקים שנתקבלו בתוך תקופה קצרה כל כך משתמש המחוקק במונחים שונים לתיאור אותו הסדר.

³¹⁹ אך ראו חריג לכך בחוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, סעיפים 14-16.

³²⁰ במספר חוקים נקבע הקנס כתלות בקנס הקבוע בסעיף 61(א) לחוק העונשין, שעומד כיום על 9,600 ש"ח. כך, לדוגמה, בחוק השקעות משותפות בנאמנות, לעיל הערה 318, נקבעו להפרות שונות קנסות שבין פי שלושה מהקנס הקבוע בסעיף 61 (א) (1) האמור לבין פי 15 מסכום זה (דהיינו סך של כמעט 150,000 ש"ח). כמו כן נקבעו בחלק מן החוקים שיעורי קנסות להפרה חוזרת או נמשכת.

³²¹ ראו החיקוקים בהערה 318 לעיל.

³²² ראו סעיף 37 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982; סעיף 189(ב) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש); סעיף 361 לחוק החברות, תשנ"ט-1999; סעיף 120 לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994. הגשת כתב-אישום פלילי בנוסף לקנס אזרחי אפשרית בחלק מהקנסות האזרחיים לפי פקודת מס הכנסה (נוסח חדש). ראו סעיפים 191-190 לפקודה. כאשר אין הוראה מפורשת האוסרת זאת בחוק, אין מניעה להטיל על אדם גם סנקציה אזרחית וגם עונש פלילי. ראו ר"ע 277/82 נירוטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 826 (להלן: ר"ע נירוטה).

³²³ ראו למשל סעיף 17 לחוק הפיקדון על מכלי משקה, תשנ"ט-1999; סעיף 25 לחוק הבלו על הדלק, תשי"ח-1958.

כאשר הוא ימצא חייב בבית-המשפט בתום הליך פלילי בו פתחה הרשות³²⁴. שלישית, ההליך השיפוטי לביקורת על הקנס האזרחי הינו הליך אזרחי, בעוד שמקום בו החשוד דוחה הצעה לחלופה מתנהל נגדו הליך פלילי, על-פי כללי הראיות והפרוצדורה של הליך זה. על רקע הבדלים אלו ניתן לבחון עד כמה ניתן להיעזר בסנקציות אזרחיות כתחליף להליך הפלילי ולחלופות הדיוניות הנדונות בעבודה זו.

6.8.3.1. היתרונות של הענישה האזרחית בהשוואה לחלופות

להפיכת הפרות חוק מפליליות לאזרחיות מספר יתרונות על פני החלופות להליכים הפליליים. ראשית, איזרוח הסנקציה מבטיח כי שיקולים פרוצדוראליים לא יהפכו הפרה אזרחית לעבירה פלילית. החלופות הפרוצדוראליות מקנות למפר ההוראה אופציה לבחור להישפט בהליך פלילי אם הוא מתנגד לסנקציה שהוטלה עליו. במקרה האחרון יוטל על המפר עונש פלילי. מכאן שכאשר מטרת השימוש בחלופה היא למנוע הליכים פליליים בגין הפרות חוק שלא ראוי לטפל בהן במישור הפלילי, הרי שהחלופה הפרוצדוראלית, בניגוד לענישה אזרחית, לא נותנת מענה מלא לבעיה.

שנית, הבחירה המוקנית בידי המפר יוצרת מצב בו שיקול פרוצדוראלי עלול להשפיע על ההחלטה אם הסנקציה תוטל בהליך מינהלי או פלילי, ואם תתלווה אליה הרשעה³²⁵. שיקול פרוצדוראלי זה אינו נראה שיקול ענייני כאשר מחליטים האם חומרת המעשה מצדיקה הטלת סנקציה פלילית או לא. כאשר הענישה אזרחית לחלוטין, עתירתו של הנענש לבית-המשפט כנגד הטלת הסנקציה אינה משנה מאופייה, ועל-כן אין להחלטות פרוצדוראליות השלכה על סיווג ההפרה.

שלישית, החלופות הפרוצדוראליות לא שוללות מן הרשויות את הסמכות לפתוח בהליכים פליליים במקום להטיל עונש חלופי. אחת הטענות כנגד החלופות היא כי קיים חשש שהחלטותיה של הרשות המינהלית, שאינן מתקבלות בהליך שיפוטי, תהיינה שרירותיות או נגועות בפגם אחר. ההחלטה איזה חשוד ייענש במסגרת ההליך הפלילי המלא ולאיזה חשוד תוצע חלופה, נעשית, במקרה של החלופות הדיוניות, על-ידי רשות מינהלית ובלא הליך שיפוטי. איזרוח ההפרה שולל מן הרשות את הסמכות להעביר את הטיפול למישור הפלילי.

רביעית, ההליך המשפטי במקרה שהנענש מסרב לקבל את העונש המוטל עליו פשוט בהרבה כאשר הסנקציה היא אזרחית. בניגוד לסירוב לחלופה, אשר בעקבותיו נפתחים הליכים פליליים מלאים, ההליך המשפטי שפותח אדם המתנגד לעונש אזרחי שהוטל עליו הוא הליך אזרחי או מינהלי ולא פלילי. מבחינת האכיפה, להליך האזרחי יתרונות רבים ביחס לפלילי. דיני הראיות בפלילים, המקשים על הרשות לבסס את החיוב, אינם חלים בהליך זה. זכות השתיקה אינה עומדת לנענש. אין די בספק סביר כדי לבטל את חיובו של הנענש³²⁶. גם לחזקת החפות אין מקבילה בהליך האזרחי, ולמעשה היא מוחלפת בחזקת התקינות של המעשה המינהלי, על-פיה הנטל להוכיח כי

³²⁴ בשנים האחרונות הולכת וגוברת תשומת הלב האקדמית הנתונה לסוג זה של סנקציות אזרחיות. ראו K. Mann "Punitive Civil Sanctions: the Middleground Between Criminal and Civil Law" 101 *Yale L. Rev.* (1992) 1795, 1978; L.J. Kerrigan & others "The Decriminalization of Administrative Law Penalties, Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications", 45 *Admin. L. Rev.* (1993) 367 אזרחיות-עונשיות", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 243.

³²⁵ בקנס שאינו קצוב יכול הנקנס לערור על גובה הקנס שהוטל בלא לשנות את סיווג הסנקציה מאזרחית לפלילית, אולם אין בכוחו לערור על עצם הטלת הקנס.

³²⁶ כמובן שמנקודת מבט של זכויות המפר, פשטות זו של ההליך עלולה להיחשב חיסרון. בסוגיה זו אדון בהמשך.

הרשות הטילה את העונש שלא כדין מוטל על הנענש³²⁷. בנוסף, ההליך המשפטי מנוהל לאחר הטלת העונש ולכן לנענש אין עניין בעריכתו רק לשם "משיכת זמן" או בניהולו האיטי, דבר המקל והמקצר את ההליך³²⁸. זאת ועוד, לעתים הענישה הפלילית הצפויה, בעיקר בעבירות בעלות גוון כלכלי (עבירות מיסוי, עבירות צווארון לבן, עבירות איכות הסביבה וכיוצא באלה), אינה מספקת את ההרתעה הנדרשת באשר העונש הפלילי צפוי, במקרים מסוימים, להיות נמוך מרווחי העבירה. במקרה זה השימוש בחלופה מוסכמת לא יוכל לסייע, שכן כדי להשיג את הסכמה לחלופה יש להבטיח כי העונש המוסכם לא יעלה על הסנקציה הפלילית הצפויה למי שיורשע בעבירה. סנקציות אזרחיות כבדות המחושבות כמכפלה של רווחיו הבלתי חוקיים של המפר יכולות להבטיח הרתעה אפקטיבית הרבה יותר. העובדה כי הטלת הסנקציה אינה תלויה בהסכמתו של הנענש מקלה גם היא על הליך ההטלה³²⁹.

6.8.3.2. היתרונות של החלופות על פני הענישה האזרחית

מנגד, לחלופות הפרוצדוראליות מספר יתרונות משמעותיים לא פחות. ראשית, אפשרות הרשות לבחור אם לפתוח בהליכים פליליים, להטיל עונש מוסכם במסגרת חלופה להליך או לסגור את התיק, מקנה לה גמישות המאפשרת התאמת טובה יותר של התגובה העונשית לחומרת המעשה. במקרים רבים לא ניתן לקבוע בחוק הבחנה ברורה בין הפרות שחומרתן מצדיקה איסור פלילי לבין הפרות שדי לאכפן באמצעים אזרחיים. חומרת המעשה האסור תלויה בנסיבות רבות אשר קשה להביאן לידי ביטוי בנוסח החוק³³⁰. אמנם, בחלק אחר של המקרים ניתן יהיה להגדיר בחוק את רמת החומרה המצדיקה שימוש בכלים פליליים. כך, למשל, בעבירות מס ניתן להגדיר את רמת החומרה לפי גובה הסכום שלא שולם, היסוד הנפשי של המפר וכיוצא באלה. אולם גם אז תיכנסנה, פעמים רבות, במסגרת האיסור הפלילי, הפרות שאף כי הן מצדיקות תגובה אכיפתית, הן אינן מצדיקות הרשעה פלילית של מבצעה. אמנם, לעתים, הקושי לקבוע בחוק את הנסיבות שבגינן הפרה מסוימת חמורה דיה כדי להצדיק שימוש בכלים פליליים עשוי להוות שיקול נגד שימוש בכלים פליליים כנגד הפרות אלו³³¹. אולם במקרים רבים, חלק מההתנהגויות האסורות על-פי החיקוק הן כה חמורות עד כי אין זה סביר להימנע מהפיכתן לפליליות. אם לא ניתן לנסח את החיקוק באופן שיגביל את תחולת האיסור הפלילי למקרים המצדיקים את הפעלתו, יש צורך להעניק שיקול-דעת לרשויות האכיפה בכל מקרה ומקרה. החלופות הפרוצדוראליות מספקות לרשויות אמצעי לעשות זאת. הותרת שיקול-הדעת בידי הרשות להחליט אם להציע לנאשם חלופה או לפתוח בהליך פלילי יכולה לסייע בהשגת תגובה פרופורציונאלית יותר למעשה. כך, ישנם

³²⁷ לחוקת התקינות (או בשמה האחר חוקת החוקיות) ראו י' זמיר, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 295, בעמ' 297-308. לתחולת חוקה זו בתחום דיני המס ראו רע"א 1436/90 **ארד נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד מו(5) 101, בעמ' 107-108 וכן ד' ביין, "נטל השכנוע וחובת הראייה בדיני המסים", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 277. לעניין נטל ההוכחה בערעור על הטלת קנס אזרחי ראו גם ע"א 3576/92 **מנהל מס ערך מוסף נ' חברת מפגש האון בע"מ**, פ"ד מט(3) 726.

³²⁸ לאינטרס של הנאשם בפלילים בעיכוב ההליך ראו לעיל בסעיף 3.2.

³²⁹ בדיון זה עסקתי בתמצית ביתרונותיה של הענישה האזרחית ביחס לחלופות להליך הפלילי. לדיון ביתרונות הענישה האזרחית על פני ההליך הפלילי המלא ראו L.J. Kerrigan, & others "The Decriminalization of Administrative Law Penalties, Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications" 45 *Admin. L. Rev.* (1993) 367, 374-376.

³³⁰ ראו M. Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law", 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84, p. 94.

³³¹ לעמדה כזו כלפי סוג מסוים של עבירות ראו מ' קרמניצר ולי לבנון, "האיסור על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירי", **שערי משפט** ב (תשס"א) 285, בעמ' 299.

מקרים שבהם ראוי להסתפק בגישור פלילי או בסגירה מותנית אחרת, ואילו במקרים אחרים יש מקום להעמיד את הנאשם לדין פלילי.³³² בדומה ייתכן כי די בקנס מינהלי למי שעבר עבירה מינהלית, ולעומת זאת ייתכנו מקרים שההפרה כה חמורה ובוטה שרק הרשעה בפלילים תהלוס את ביצועה. איזרוח ההפרה ימנע את התאמת סוג הסנקציה לחומרת העבירה.³³³

שנית, גם הסנקציה האזרחית אינה גמישה דיה כדי לאפשר התאמתה לחומרת העבירה. כך, למשל, ההוראות הקובעות קנס אזרחי בגובה של 1% למי שניהל פנקסיו בסטייה מהותית מהוראות הדין³³⁴ או תוספת של 10% או 20% למס המשולם בשל ניהול חלקי של הפנקסים³³⁵ אינן מאפשרות התאמת הסנקציה לחומרת ההפרה, ועלולות לבסס ענישה בלתי פרופורציונאלית לחלוטין. גם ברוב יתר הוראות החוק נקבע הקנס האזרחי בהליך טכני בלא שיש לרשות שיקול-דעת באשר לגובהו. בדומה, הליכים אזרחיים עונשיים של חילוט או החרמה גורמים להתאמת העונש לשוויו של הרכוש שחולט שאינו בהכרח עומד ביחס מתאים לחומרת המעשה. ההצדקה לקביעות שרירותיות אלו של גובה הסנקציה היא, ככל הנראה, החשש ממתן סמכות לרשות מינהלית, להבדיל מבית-משפט, לקצוב עונש אזרחי. אולם התוצאה עלולה להיות בלתי פרופורציונאלית לחומרת המעשה. לעומת זאת, חלק מן החלופות, כגון כופר וקנס מינהלי שאינו קצוב, מקנות לרשות שיקול-דעת באשר לחומרת העונש שיש להטיל. במקרה זה החשש מפני קציבת עונש על-ידי הרשות קטן יותר שכן הרשות חייבת לפעול בצל ההחלטה הצפויה של בית-המשפט. אם העונש שהרשות תטיל יהיה חמור מידי, החשוד יוכל לדרוש להישפט בהליך פלילי

³³² תקיפה מוגדרת בחוק באופן רחב ביותר. לפי סעיף 378 לחוק העונשין "המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חוס, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות". כמובן שבמקרים רבים הוראה זו תתפוס התנהגות אשר אליבא דכולי עלמא היא פלילית. במקרים אחרים ההוראה תתפוס התנהגות שאינה ראויה לתגובה אכיפתית כלשהי, פלילית או אזרחית. במקרה זה יש להניח כי התביעה כלל לא תפתח בהליכים. אולם קיימת קבוצת ביניים של הפרות של אותה הוראה שמצדיקות תגובה אכיפתית כלשהי אולם הן אינן מצדיקות שימוש באמצעים פליליים.

³³³ איני מתעלם מקושי מסוים הקיים בגישה זו הטמון בהסמכת הרשות המינהלית לקבוע מתי ניתן להסתפק בחלופה ומתי יש לפתוח בהליך פלילי רגיל. כאשר החלופות משמשות רק כאמצעי לזירוז ההליכים, והעונש המוצע במסגרתן נמוך מהעונש הצפוי להיקבע על-ידי בית-המשפט, החשש מפגיעה שלא כדין בחשוד מוגבל כפי שהראיתי לעיל. עם זאת, כאשר החלופות משמשות כדי לצמצם את השלכות הענישה, משום שעונש שיינתן בהליך פלילי הוא חמור מידי, הרי שהתביעה אינה רק נותנת הקלה לנאשם אלא מחליטה, בהליך שאינו שיפוטי, אם להחמיר בעונשו (באמצעות הגשת כתב-אישום) או להטיל עליו את העונש הראוי (באמצעות החלופה). במקרה זה ההסכמה אינה נוצרת בצל ציפיית הצדדים שההליך הפלילי יביא לענישה צודקת אלא בצל ידיעת הצדדים כי ההליך הפלילי יביא להטלת עונש חמור מידי. למעשה עצם הפתיחה בהליך פלילי באותם מקרים היא פגיעה קשה מידי במפר. מקום בו להחלטת התביעה יש חשיבות מהותית כזו, יש לכאורה קושי להסכים לקבלת ההחלטה בהליך מינהלי. אולם בעיה זו לא יתפתר בהיעדר החלופות, שכן הרשות המינהלית מוסמכת כבר כיום לבחור בין ההליך הפלילי לבין סגירת התיק. כיום רשאית התביעה לקבוע שאף שנעברה עבירה שאינה בגדר זוטרי דברים, חומרת המעשה בנסיבותיו אינה כה גדולה עד כדי הצדקת הליכים פליליים. במקרה כזה התביעה סוגרת את התיק מחוסר עניין לציבור. קיומה של אופציה ביניים המאפשרת תגובה אכיפתית בלא הליך פלילי ובלא הסטיגמה של הרשעה פלילית, צפויה רק לצמצם את השימוש הרחב, לעתים רחב מידי, בהליך הפלילי. כל עוד קיימות הוראות פליליות אשר לשונן מתפרשת גם על מעשים שלא ראוי שיוכתרו כפליליים, יש לתביעה כוח להביא להרשעת אדם שלא ראוי כי הוא יורשע. בשל מגבלות השפה, מצב זה בלתי נמנע. הוספת כלי ביניים של חלופות שאינן פליליות מרחיב את כוחה של התביעה לשאת ולתת בצילו של עונש חמור מהראוי אך מנגד הוא מצמצם את החשש שיוטל עונש פלילי מעבר לדרוש. יתרה מזאת, בית-המשפט מהווה גורם מרסן המקטין את החשש שהתביעה תשתמש באופן מופרז בהליך הפלילי. אמנם ברוב המקרים בית-המשפט אינו מוסמך לפטור את הנאשם מחיוב מקום בו ההעמדה לדין נראית בעיניו מיותרת (כל עוד אין מדובר בזוטרי דברים). אולם אם בית-המשפט יטיל עונש סימלי בלבד, יהיה בכך איתות ברור לתביעה כי היא טעתה בשיקול-דעתה. בקרה זו קיימת גם על החלטות התביעה לנקוט בהליך פלילי מקום בו ניתן היה להסתפק בחלופה, ואף במקרים בהם היה ראוי להימנע מכל תגובה אכיפתית והרשות בחרה בחלופה. במקרה האחרון הבקרה תתקיים בעזרת אותם שוודים שלא יקבלו את החלטת הרשות לנקוט נגדם בהליך כלשהו ויעמדו על זכותם למשפט. במקרים אלו בית-המשפט יוכל לבקר את התביעה על החלטתה לפתוח בהליכים (אם ביקורת כזו מוצדקת). לפיכך, החשש מפני ניצול לרעה של התביעה את סמכותה להחמיר עם הנאשם בבחירת החלופה או בהליך הפלילי המלא אינו מצדיק הימנעות משימוש בחלופות.

³³⁴ ראו סעיף 75 לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975.

³³⁵ ראו סעיף 191ב לפקודת מס הכנסה.

במסגרתו עומדות לו מלוא ההגנות של נאשם. זאת ועוד, גם החלופות הקובעות עונש קצוב מאפשרות גמישות כאשר במקרה המתאים יכול הנאשם לדחות את ההצעה לעונש חלופי, ולבקש מבית-המשפט להטיל עונש המתחשב יותר בנסיבות המקלות, ובמקרה אחר יכולה הרשות להחליט כי נסיבות המקרה מחייבות עונש חמור מזה שניתן להטיל באמצעות החלופה, ולפיכך להגיש כתב-אישום. בדרך זו החלופות הפרוצדוראליות מאפשרות גמישות רבה יותר בהתאמת העונש למעשה.

שלישית, החלופות מבוססות על הסכמה בין הצדדים. מטעם זה ניתן להתאים את הסנקציה בצורה טובה יותר למטרות הצדדים (כאשר מטרת הרשות היא אכיפת החוק ומטרת העבריין הקלה בעונשו). לעתים סנקציה אזרחית קשיחה הקבועה בחוק תשרת פחות טוב, הן את האינטרס הציבורי והן את האינטרס של המפר, מאשר סנקציה המוטלת בהסכמת המפר והרשות³³⁶.

רביעית, החלופות מאפשרות הטלת סנקציה מינהלית בלא לפגוע בזכויות של מי שנחשד כמפר. אחת הביקורות המרכזיות כנגד הענישה האזרחית היא שהליך ענישה זה מאפשר לעקוף את ההגנות הפרוצדוראליות המוענקות לנאשם בפלילים. הענישה האזרחית עשויה להיות מועדפת על-ידי הרשויות כדי לעקוף את זכות השתיקה, חזקת החפות, זכות הנאשם להתמודד עם הראיות המובאות נגדו והזכות שלא להיענש אם אשמתו לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר. בארצות-הברית הפסיקה עסקה רבות בסוגיית הסנקציה האזרחית בהקשר זה, כדי לקבוע האם הגנות מן המשפט הפלילי יחולו בהליכי ענישה אזרחיים, ואם כן – באילו מקרים³³⁷. מבחינה זו לחלופות יתרון ברור על פני הסנקציה האזרחית. כיוון שעונש חלופי ניתן להטיל רק בהסכמת הנאשם, אין חשש שהחלופות ינוצלו כדי לאפשר פגיעה בזכויות המוקנות לנאשם בהליך פלילי³³⁸. בעוד שבענישה האזרחית זכויות אלו לא מוענקות לו כלל, בחלופות ההליך הפלילי הזכויות לא ייפגעו אלא יילקחו מהנאשם רק בהסכמתו. זאת ועוד, ענישה אזרחית יכולה לבוא בנוסף לענישה פלילית ובדרך זו לגרום להטלת עונש כפול בגין אותו מעשה, ולשמש כאפיק לעקיפת הגנת הסיכון הכפול³³⁹.

חמישית, הסנקציה האזרחית לא יכולה לשמש תחליף לענישה פלילית מקום בו יש צורך במאפיינים הייחודיים של הסעד הפלילי. כך, באותם מקרים שבהם נוכח חומרת העבירה ומאפייניה יש צורך להטיל בעבריין סטיגמה של מי שהורשע בעבירה פלילית או להטיל עליו עונש מאסר, לא ניתן להמיר את ההליך הפלילי באזרחי. חלק מהחלופות הפרוצדוראליות (כגון הסדרי טיעון ובאופן חלקי גם עבירות קנס) שומרות על אופיו הפלילי של הסעד, ולכן ניתן להיעזר בהן גם במקרה שבו סנקציה אזרחית לא תתאים.

6.8.3.3 מסקנות

על רקע היתרונות והחסרונות של כל אחת מהאופציות לענישה מינהלית, נראה כי אף כי ייתכן וראוי להרחיב את השימוש בסנקציות אזרחיות, יהיו מקרים רבים בהם רק חלופה פרוצדוראלית

³³⁶ ראו על כך לעיל בסעיף 5.2.14.

³³⁷ ראו על כך לעיל בסעיף 4.1.7.

³³⁸ ראו על כך לעיל בסעיף 5.2.4.

³³⁹ ראו ר"ע נירוסטטה, לעיל הערה 322. כיום, כפי שצוין לעיל, חלק גדול מן החוקים הקובעים קנסות אזרחיים מורים כי אין להטיל קנסות אלו ולפתוח בהליכים פליליים בגין אותו מעשה.

להליך הפלילי תוכל להשיג תוצאה יעילה והוגנת, תוך שמירה על כללי ההליך ההוגן. כך, למשל, כאשר העונש ההולם הוא עונש מאסר, יש חשיבות מיוחדת להגנות הרבות שמקנה ההליך הפלילי, ואין להסירן בלא הסכמת המפר. גם כאשר העונש אינו כולל שלילת חירותו של המפר, הרי שככל שהוא חמור יותר, כך יש להקפיד הקפדה רבה יותר על זכויותיו הפרוצדוראליות של החשוד בהפרה. זאת ועוד, ייתכן והסנקציה האזרחית הולמת יותר עבירות המבוצעות לרוב על-ידי בעלי ממון כגון עבירות צווארון לבן. במקרים אלו פערי הכוחות בין המדינה לבין מי שחשוד בהפרה אינם כה גדולים, והאמצעים העומדים לרשות מבצעהן שוללים חלק מההצדקות ליתרונות הפרוצדוראליים של נאשם בפלילים. לפי תפיסה זו, העברייך הקלאסי, אותו עני הבא מסביבה שאינה תומכת ואשר מתקשה בהפנמת נורמות חברתיות, זכאי להגנת הפרוצדורה הפלילית מפני כוחו העדיף של השלטון. עם זאת, עברייך צווארון לבן הפוגע בחברה יכול להתמודד עם התביעה של מייצגי האינטרס הציבורי כשווה בין שווים, ולכן לכללי הראיות והפרוצדורה המקנים עדיפות לנאשם אין הצדקה בסכסוך בינו לבין הציבור³⁴⁰. ברי כי גם אם נקבל גישה זו, יש בה כדי להצדיק שימוש בסנקציות אזרחיות רק בהקשר מצומצם. כמו כן, כאשר הפרת החוק אינה טכנית באופייה, יש לנסיבות ההפרה חשיבות מיוחדת כשיקול באשר לחומרת העונש, והסנקציה האזרחית אינה נותנת מענה מועיל לגמישות הנדרשת בהטלתה. לפיכך, איזרוח ההפרות אינו יכול לייתר את הצורך בשימוש בחלופות פרוצדוראליות המתבססות על הסכמה.

6.9. צו מוסכם

על-פי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, שהוסף לחוק בראשית שנת 2000, רשאי בית-משפט הדן בעבירות לפי חוק זה לתת תוקף של צו להסכמה בין הממונה לבין אדם³⁴¹. צו מוסכם כאמור יכול שיהיה בלא הודאה בחבות או באחריות כלשהי, ויכול שיכלול, בין השאר, חיוב של אותו אדם בתשלום סכום כסף לאוצר המדינה וחיוב מצדו לעשות דבר או להימנע מעשותו. הצו יכול שיינתן כחלופה לסעד בהליך אזרחי או לעונש בהליך פלילי. במישור הפלילי, מטרת הסעיף היא לחסוך התדיינות מסובכת ומורכבת בין הממונה לבין מי שנחשד שהפר את החוק. הצורך באישור של בית-המשפט נועד להבטיח שהסמכות לא תופעל במקרים שאינם מתאימים לכך³⁴². לשם כך גם מותנה אישור צו מוסכם בפרסום מוקדם של הכוונה להגישו לאישור ובמתן הזדמנות למי שעלול להיפגע מן הצו לטעון טענותיו בפני הממונה.

צו מוסכם שונה מהסדר טיעון במספר מאפיינים משמעותיים. ראשית, הרשות המוסמכת להגיע להסכמה אינה התביעה הכללית אלא רשות מינהלית אחרת - הממונה על ההגבלים העסקיים. שנית, אם בית-המשפט דוחה את ההסכמה, הנאשם אינו כבול בביצוע התחייבותו (זאת בניגוד להסדר טיעון שהחלטת בית-המשפט לגבי נעשית לאחר שהנאשם קיים את חלקו בהסדר והודה). שלישית, הנאשם אינו חייב להודות בביצוע עבירה ואינו מורשע אם מתקבל צו מוסכם. רביעית, הסנקציות שניתן להטיל במסגרת צו מוסכם כאמור הינן מגוונות הרבה יותר. חשיבות מיוחדת

³⁴⁰ השוו 1998, p. 1985, 101 *Yale L.J.* (1992) A.S. Goldstein, "White Collar Crimes and Civil Sanctions", הסבור שלתפיסה זו היה משקל בגידול המתמשך בשימוש בסנקציות אזרחיות כנגד עברייני צווארון לבן.

³⁴¹ צו מוסכם יכול גם שיינתן גם במסגרת הליכים שאינם פליליים בפני בית-הדין להגבלים עסקיים.

³⁴² ראו הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), תש"ס-2000 (קריאה שנייה ושלישית) (דיון מיום 9.2.00, טרם פורסם), דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ח"כ א' פורז; ראו גם י' יגור, **דיני הגבלים עסקיים** (מהדורה שנייה, 1999), 555, 588.

נודעת לאפשרות להביא את המפר, באמצעות צו מוסכם, לנקוט פעולות מסוימות ששיבו את התחרות למסלול תקין בלא להמתין לסיום ההליכים המשפטיים הארוכים. מכאן שמטרת הצו המוסכם אינה רק עונשית אלא גם (ואולי בעיקר) מניעתית. עם זאת, בבסיס הדברים ממלא צו מוסכם את אותן הפונקציות שממלא הסדר הטיעון, כמו גם יתר החלופות של ענישה בהסכמה בהן דנו לעיל, דהיינו לחסוך במשאבי האכיפה, לאפשר תגובה אכיפתית מהירה, לאפשר הטלת סנקציות שלא ניתן להטיל בלא הסכמת החשוד והכל בלי לפגוע בזכויותיו.

7. המאפיינים השונים של החלופות

7.1. כללי

כפי שהוצג לעיל בפרק החמישי רוב החלופות דומות זו לזו במאפיין מרכזי אחד – מאפיין ההסכמה. רוב סוגי החלופות מבוססות על הסכם בין הרשות לבין העבריין, שבמסגרתו מוותר העבריין על זכותו למשפט ובתמורה הוא זוכה בהסכמת הרשות להקלה בעונש באופן ישיר או עקיף. בפרק החמישי נדון מאפיין זה המשותף לחלופות השונות. בפרק זה יידונו המאפיינים המבחינים בין החלופות השונות, והצדקותיהם.

ניתן למצוא מספר מאפיינים המבחינים בין החלופות שנסקרו לעיל. ראשית, הבסיס המשפטי של החלופות שונה. בעוד שחלק מן החלופות מבוססות על הוראות חוק המסדירות את אופן הפעלתן (עבירות קנס, עבירות מינהליות, קנס אזרחי וצו מוסכם), אחרות מתבססות על פרקטיקה של רשויות התביעה המתנות את הפעלת סמכויותיהן באופן מסוים בהסכמת החשוד או הנאשם לסנקציה (סגירת תיקים מותנית, הסדרי טיעון מפורשים ושאנים מפורשים).

מאפיין מבחין שני בין החלופות הינו מעורבותה של הרשות השופטת בפיקוח על השימוש בחלופה. בעוד שהסדרי טיעון וצו מוסכם לפי חוק ההגבלים העסקיים הינם חלופות שיישומן כפוף להחלטת בית-המשפט בכל מקרה ומקרה, הרי שרוב החלופות אחרות ניתנות לביצוע בהסכמת הצדדים ובלא פיקוח שיפוטי ישיר.

שלישית, סוג העונש שניתן להטיל במסגרת ההליך שונה. בעוד שברוב ההליכים (עבירות קנס, כופר, עבירות מינהליות וקנסות אזרחיים), ניתן להטיל עונש כספי בלבד, הרי שהליכים אחרים מאפשרים סנקציות אחרות כגון מאסר (הסדרי טיעון), או מגוון סנקציות מוסכמות אחרות (בסגירת תיקים מותנית ובצו מוסכם).

אלמנט רביעי המבדיל בין החלופות קשור למידת שיקול-הדעת הנתונה לרשות המינהלית. בעוד שבכל החלופות מוסמכת הרשות המינהלית לקבוע האם להציע לחשוד עונש, הרי שרק בחלקן יש לה גם סמכות לקבוע את סוג העונש או את מידתו. כך, בכופר, בהסדרי טיעון, בסגירת תיקים מותנית, בצו מוסכם ובקנסות מינהליים שאינם קצובים, מוסמכת הרשות המינהלית לקצוב את גובה הקנס, את תקופת המאסר או השירות למען הציבור או את חומרת האמצעי האחר שיוטל בהסכמת הנאשם. לעומת זאת בעבירות קנס ובקנסות מינהליים קצובים כמו גם ברוב הקנסות אזרחיים, גובה הקנס נקבע בחיקוק, ושיקול-הדעת של הרשות מוגבל לשאלה האם להטילו.

מאפיין חמישי המבדיל בין החלופות הינו הרשות המטילה את העונש. בעוד שבחלק מהחלופות (כופר, צו מוסכם, עבירות מינהליות, עבירות קנס וקנסות אזרחיים) ניתן כוח בידי הרשות המינהלית המופקדת על אכיפת החוק הספציפי, בחלק אחר של החלופות (הסדרי טיעון, סגירת תיקים מותנית) הסמכות להחליט על ההצעה המותנית נתונה בידי התביעה הכללית.

נקודת שוני שישית בין חלופות שונות נוגעת לאופן מעורבות ההגנה בשלב גיבוש ההצעה להסדר. בהסדרי טיעון, בסגירת תיקים מותנית, בעבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב, בצו מוסכם וברובן המוחלט של הצעות כופר נבחרת החלופה רק לאחר שההגנה והרשות דנו באופייה של הסנקציה המוטלת על החשוד. ואילו בעבירות קנס, בעבירות מינהליות של קנס קצוב, ובקנסות אזרחיים (כמו גם בצווי ענישה במדינות שבהן נוהגת פרקטיקה זו), החלטת הרשות הינה כמעט תמיד עצמאית, בלא שמתקיים עליה משא ומתן, ולחשוד נותר לבחור אם לקבלה או לדחותה כפי שהיא¹.

הבחנה שביעית בין החלופות נוגעת להודאת החשוד. בעוד שבחלק מהחלופות (הסדרי טיעון, הקלות בעונש למודים, עבירות קנס ועבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב) על החשוד להודות בביצוע העבירה כתנאי לשימוש בחלופה, או, למצער, בהסכמתו לחלופה רואים אותו כמי שהודה, הרי שבחלופות אחרות (כופר, עבירות מינהליות של קנס קצוב, קנס אזרחי, סגירת תיקים מותנית וצו מוסכם) ניתן לאמץ את החלופה אף בלא שהחשוד מודה בביצוע העבירה.

הבדל שמיני בין החלופות נוגע לשאלת ההרשעה. בעוד שבחלק מהחלופות מצטרפת לסנקציה המוסכמת הרשעה בפלילים (כגון ברוב הסדרי הטיעון ובעבירות הקנס), הרי שבאחרות, משהסכים מבצע העבירה לסנקציה המוטלת עליו, פטור הוא מהרשעה פלילית (בעבירות מינהליות, בצו מוסכם, בכופר, בסגירת תיק מותנית ובקנס אזרחי).

מאפיין נוסף, תשיעי, המבחין בין החלופות הינו תוצאת מחדלו של החשוד להגיב להצעה. בעוד שברוב החלופות (הסדרי טיעון, סגירת תיקים מותנית, עבירות של ברירת קנס, צו מוסכם וכופר) יש צורך בהסכמה פוזיטיבית של החשוד לחלופה כדי שזו תחייב אותו, הרי שבאחרות (עבירות מינהליות, קנסות אזרחיים ועבירות של ברירת משפט) מחדלו של החשוד מלהגיב להצעה הופך אותה לסופית ומחייבת.

¹ במקרה של קנסות מינהליים שאינם קצובים קובע החוק הסדר המאפשר לנקנס לטעון לעונש בכתב. ראו סעיף 9(ב) לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985.

ניתן לסכם את ההבדלים בין החלופות באמצעות הטבלה הבאה²:

קנס אזרחי	קנס צו מוסכם	סגירת תיק מותנית	קנס מינהלי לא קצוב	קנס מינהלי קצוב	ברירת משפט	ברירת קנס	כופר	הסדרי טיעון מפורשים	הסדרי טיעון לא מפורשים	
+	+	-	+	+	+	+	*+	-	-	בסיס חוקי
-	+	-	-	-	-	-	-	+	+	כפיפות להליך שיפוטי
-	+	+	-	-	-	-	-	+	+	היתר להטיל סנקציה שאינה כספית*
*-	+	+	+	-	-	-	+	+		הסמכות הרשות לקצוב עונש
-	-	+	-	-	-	-	-	+		הסמכות בידי התביעה בלבד
-	+	+	+	-	-	-	*+	+		מעורבות ההגנה קודם לקביעה סופית של העונש
-	-	-	+	-	+	+	-	+	+	קבלת ההצעה מחייבת הודאה
-	-	-	-	-	+	+	-	*+	*+	קבלת ההצעה גוררת הרשעה
+	-	-	+	+	+	-	-	-	-	חשוד המתעלם מפנית הרשות מחויב לה

* חריגים או סייגים מפורטים בגוף העבודה.

בפרק זה אתמקד בהבדלים הללו בין החלופות. בפרק אבחן את המאפיינים השונים של החלופות, ואבדוק האם יש הצדקה להבדלים אלו. במהלך הפרק אראה כי ההבדלים בין החלופות השונות, במידה רבה, אינם מוצדקים. כל חלופה מהווה למעשה מקשה אחת של כללים, שיוצרת מבנה שרירותי במידה רבה של אמצעים חלופיים להליך הפלילי. בתום הפרק יוצגו קווים ראשוניים של הצעה לאיחוד מרבית החלופות תחת קורת גג אחת שתאפשר את הגמישות הנדרשת בשימוש בחלופות במקרים שונים, תוך מתן הגנה טובה וקוהרנטית יותר לזכויות החשודים.

7.2. הבסיס המשפטי

רוב החלופות מוסדרות בחקיקה מפורטת. כך, למשל, בעבירות קנס, בעבירות מינהליות, בקנסות אזרחיים ובצו מוסכם החוק קובע מי מוסמך להטיל את העונשים, באילו מקרים מותר לרשות מינהלית לבטל את העונש שהוטל, מהם המועדים להגשת בקשות או הליכים וכיוצא באלה. למול חלופות אלו, חלופות אחרות התגבשו במהלך השנים בפרקטיקה, בלא להתבסס על מהלך חקיקתי. כך נוצרה הפרקטיקה של הסדרי טיעון, כמו גם הנוהג של סגירת תיקים מותנית – תוך שימוש בסמכויות הקיימות של התביעה, בלא שהליכים אלו הוגדרו בחוק. בדומה, הנוהג להקל בעונשם של מי שמודים נוצר על-ידי בית-המשפט בלא הוראת חוק מפורשת.

² במסגרת הטבלה הוכללו גם קנס אזרחי והסדרי טיעון לא מפורשים, אף שאלו אינם חלופות של ענישה בהסכמה.

הוראות הדין בעניין כופר מוסדרות גם הן בחקיקה אולם באופן הרבה פחות מפורט מיתר החלופות המבוססות על הוראה בחוק. למעשה החוק קובע רק את ההסדר הראשוני המתיר הטלת כופר, אך אין הוראות חוק או תקנות הקובעות את ההסדרים המשניים לביצוע, דהיינו אופן הטלתו, דרכי הפנייה לרשויות, הדרך להגשמת זכות הטיעון וכיוצא באלה. כמו כן, החוק אינו כולל הוראות המנחות את הרשות באילו נסיבות להטיל כופר, מהם השיקולים בקציבתו וכיצד ניתן להשיג על ההחלטה. מטעם זה, מבחינות רבות דומה הכופר יותר לאותן חלופות שאינן מוסדרות בחקיקה מאשר לאלו המתבססות על הסדר חקיקתי.

הבסיס ההסכמי של החלופות מאפשר את יישומן למרות היעדר חקיקה המסדירה בפירוט את אופן הפעלתן. כך, למשל, הטלת כופר לא נעשית בהליך פורמאלי שבו פונה רשות המס בכתב לחשוד ומודיעה לו על סכום הכופר המוטל, אלא בהליך של הידברות, אשר ברוב המקרים יזום על-ידי החשוד. בדרך זו ניתן לסכם את מועד הטלת הכופר ואת הפרטים הנוגעים להטלתו למרות היעדר פירוט בחקיקה, ומחלוקות בעניין אינן מגיעות לדיון בבית-המשפט. בדומה, הסדרי טיעון וסגירת תיקים מותנית מתבססים על הסכם בין הצדדים, ולכן ניתן לערכם למרות החוסר הבולט בהסדרים מפורשים בחקיקה.

אין פירוש הדבר כי בשל יסוד ההסכמה יש לשלול כל הסדר חקיקתי. אף כי נוכח הבסיס ההסכמי של החלופות ניתן להותיר לצדדים להחליט על סדרי הדין ודרך ההתדיינות ביניהם, הרי שאין כל מניעה לקבוע את הפרוצדורה לעריכת ההסדר בחקיקה. השאלה היא מהם היתרונות ומהם החסרונות של קביעת ההסדרים הראשוניים והמשניים של החלופות בחקיקה. לכאורה ניתן היה לסבור כי הסדר חקיקתי יגדיל את בהירות הדין ובדרך זו יצמצם את המחלוקות המשפטיות סביב הפעלת החלופה. ולא היא. דווקא אותן חלופות המוסדרות בחוק בצורה מפורטת מעוררות מחלוקות משפטיות רבות, כאשר אדם טוען שהרשות הפרה את החובות המפורטות בחקיקה. ניתן למצוא התדיינות ענפה הרבה יותר בעניין עבירות מינהליות ועבירות קנס³ בעוד שהליכים משפטיים כנגד החלטות בעניין כופר, הסדרי טיעון או סגירת תיקים מותנית כמעט ואינם קיימים⁴. כך, למשל, בערכאות הדיוניות נדונות פעמים רבות טענות בדבר פגמים פרוצדוראליים באופן משלוח הודעות על קנס מינהלי או דוחות, בעוד שלא ניתן למצוא טענות דומות באשר לאופן העלאת הצעות להסדר טיעון, לכופר או לסגירת תיק מותנית⁵. כמו כן, כמעט ולא נמצא עתירה של אדם הדורשת מן התביעה להסכים להסדר טיעון מסוים⁶, בעוד שלא פעם נדונה טענתו של נאשם

³ הפסיקה עסקה בשאלה מתי חייבת הרשות להעדיף את החלופה על פני ההליך הפלילי (ראו בג"ץ 2126/99 דה הס נ' עירית תל אביב יפו ואח', פ"ד נד(1) 468 (להלן: בג"ץ דה הס); מה היקף חובת ההנמקה של הרשות בסרבה להעדיף את החלופה (ראו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (להלן: בג"ץ אפרתי) וכן, בעיקר בערכאות הנמוכות יותר, בסוגיות טכניות רבות הנוגעות לאופן הפעלת הסמכות והתוצאות המשפטיות של פגמים במילוי אחר הוראות החוק. ראו, למשל, ע"פ 535/97 (ת"א) מאיר נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) כז(1) 520; ע"פ (ת"א) 80011/99 לוי נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) לב(6) 4; ע"פ (חי) 314/97 זלישניק נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) כז(8) 168 (להלן: ע"פ זלישניק).

⁴ הפסיקה בעניין הסדרי טיעון רחבה למדי אך זו עסקה בעיקר במחלוקות שנבעו מהחלטת בית-המשפט לדחות הסכמות בהסדר טיעון, ולא במחלוקות בין הנאשם לבין התביעה. רק במקרים ספורים ניתן למצוא דיון במחלוקת בין הנאשם לבין התביעה בטענה של אחד הצדדים כי השני הפר את חובותיו בהקשר להסדר טיעון. למקרה כזה ראו, למשל, בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פ"ד מ(2) 393 (להלן: בג"ץ ארביב).

⁵ בתי-המשפט המחוזיים אף קבעו לא אחת כי יש להקפיד על מילוי כל פרטיו ודקדוקיו של סדר הדין בעבירות קנס. ראו ע"פ זלישניק (לעיל הערה 3); ע"פ 1075/00 (חי) מדינת ישראל נ' גולדבלט, דינים (מחוזי) לב(7) 935.

⁶ מקרה חריג ניתן למצוא בבג"ץ ארביב (לעיל הערה 4), שם ביקשה העותרת שהתביעה לא תחזור בה מהסדר טיעון.

בעבירה מינהלית נגד בחירת הרשויות בהליך פלילי ולא מינהלי.⁷ לכאורה ניתן היה לצפות שההתדיינות הפרוצדוראלית סביב הסדרי טיעון תהיה נפוצה יותר מאשר ההתדיינות סביב הודעות קנס, מכיוון שההשלכות של חיוב בקנס מינהלי או ברירת קנס, ברוב המקרים, הרבה פחות משמעותיות מההשלכות של הסדר טיעון. עם זאת, בהיעדר בסיס חקיקתי המנחה מתי מוטלת על התביעה החובה להציע הסדר טיעון או סגירת תיק מותנית, נאשמים כמעט ולא תוקפים את החלטותיה בעניין זה.⁸

ניתן להניח כי הסיבה העיקרית להיעדר התדיינות בעניין נובעת מהתפיסה הרווחת כי התרופה היחידה של מי שאינו מסכים עם החלטות הרשות בעניינים אלו הינה דחיית ההצעה ולכן פנייה למשפט. היעדרם של הסדרים בחוק מאפשר לרשות שיקול-דעת רחב לפעול כמעט בלא בקרה, ושיקול-דעת זה נתפס כמעט בלתי מוגבל. ואכן, בארצות-הברית פורשה סמכות התובע בצורה רחבה ביותר. נקבע כי לאדם אין זכות להסדר טיעון, ועד למילוי חלקו בהסדר רשאי התובע לחזור בכל עת מהצעתו לנאשם. יש אף שקבעו כי הסדר טיעון הינו מעשה חסד של התובע ולכן נתון לשיקול-דעתו המוחלט.⁹ בכל מקרה, יש להניח כי ככל שיגדל הפירוט החקיקתי באשר לאופן הפעלת הסמכות, והשיקולים שעל הרשויות לשקול בהחלטותיהן, כן יגדל מספר המחלוקות המשפטיות סביב קיום ההוראות ותוצאות הפרתן. הסתמכות על ההסכמה כחלופה לפרוצדורה מפורטת, מסייעת מבחינה זו להפחתת ההתדיינות המשפטיות.

להימנעות מהסדרת החלופות בחקיקה מפורטת יתרון נוסף. כאשר מבססים את השימוש בחלופה רק על הסכמת הצדדים, בלא כל מגבלות חקיקה, מתאפשרת גמישות רבה בהתאמת ההליך לנסיבות המקרה. לא אחת יש צורך בגמישות זו כדי להבטיח הליך אפקטיבי. זאת ועוד, קיומו של הסדר מפורט עלול לסרב את ההליך ולפגוע ביעילותו, עד כי עלותו לרשות תהיה גדולה מתועלתו.¹⁰ במקרה כזה עלולה הרשות להימנע משימוש בחלופה. קל להסביר זאת באמצעות השוואת שני הסדרים המאפשרים הטלת קנס שאינו קצוב: כופר ועבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב. בעוד שהחוק והתקנות כוללים נוהל מפורט להטלת קנס מינהלי שאינו קצוב, דרכי הפנייה לרשות, הליך הטיעון וכיוצא באלה, ההוראות בעניין כופר מסתכמות לרוב בסעיף חוק אחד הקובע את הסמכות להטיל כופר, בלא כל הסדרים משניים. היעדרם של הסדרים פרוצדוראליים מפורטים לשימוש בכופר מאפשר לרשויות המס לקבוע בכל מקרה ומקרה האם להציע לחשוד כופר או להמתין להצעה מטעמו, האם לזמן את בא כוחו לדיון על הכופר או לקבל את נימוקיו בכתב בלבד וכיוצא באלה. גמישות זו מפשטת את הליך הטלת הכופר, ומתמרצת את הרשות להפעיל הליך זה.

⁷ ראו פסקי-הדין לעיל בפרק 6, הערה 279.

⁸ ראו בג"ץ **דה ס**, לעיל הערה 3, ובג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 3. בע"פ (ת"א) 1825/95 **ברנוביץ' ואח' נ' מדינת ישראל**, דינים (מחוזי) כו(8) 404, טענה הנאשמת כי במקרים אחרים הסכימו רשויות המס להסתפק בהטלת כופר על מי שביצעו עבירות דומות. בית-המשפט לא התיר לה להביא ראיות להוכחת הטענה בקובעו כי נוכח האינדיבידואליזציה הנדרשת בקביעת עונשים, לא ניתן ללמוד מהחלטה במקרה אחד למקרה אחר. בעניין אחר דחה בית-המשפט טענה להפליה בין משלמי כופר לנאשם בקובעו כי הנאשם לא הצליח לבסס את הטענה העובדתית, תוך שהוא משאיר בצריך עיון את השאלה אם מוסמך בית-המשפט לבטל כתב-אישום מקום בו מתבררת טענה דומה ככנונה. ראו ת"פ 4311/93 (ת"א) **מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ ואח'**, מיסים 1/1 (פברואר 1995) ה-47.

⁹ ראו C.J.S. § 365, 22.

¹⁰ ראו י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו), 677-679.

מנגד, קנס מינהלי שאינו קצוב מחייב מסירת הודעה על הטלת הקנס, המתנה לקבלת נימוקי הנקנס בכתב, מסירת הודעה נוספת על קציבת הקנס. עם קבלת ההודעה על קציבת הקנס רשאי הנקנס לשלם את הקנס או לערור על גובהו לבית-המשפט. בהליך זה המובנה בהסדרים מפורטים ובמערכת התדיינות פורמלית, יש קושי ליצור דיאלוג פתוח בין הצדדים, שיאפשר מניעת אי הבנות; עקב כך יש קושי להבטיח העברת מידע בלתי אמצעית בין הצדדים. בהיעדר תקשורת ישירה ובלתי אמצעית עלולים הצדדים להתקשות במציאת פתרונות יצירתיים שיאפשרו שימוש בהליך המינהלי במקרים מיוחדים (פתרונות כאלו יכולים להיות הסדר על פריסת תשלומים או התניית העברת ההליך מהאפיק הפלילי למינהלי בהתחייבות הנקנס לבצע פעולה מסוימת או להפסיק פעילות מסוימת וכו'). באותם מקרים שבהם יש אפשרות להגיע להסדר באמצעות דיאלוג, שבו מסכימים הרשות והנאשם על הקנס וגובהו, הופכות ההוראות הפרוצדוראליות בחוק לנטל על שני הצדדים. במקום לקבל את תשלום הקנס מהנקנס כפי שסוכם בין הצדדים, יש לפתוח בהליך הפורמלי של הודעה על עצם הטלת הקנס, העברת נימוקי הנקנס לעונש לידי הרשות, קביעת הקנס ורק אז תשלומו – כאשר באותם מקרים שבהם התנאים כבר סוכמו בעל-פה, הליך זה גורם לנטל מיותר הן על המדינה והן על הנקנס. חוסר הגמישות של ההליך והכבדת הדרישות הפרוצדוראליות הפורמליות אינם מעודדים את משרדי הממשלה השונים לבקש הפיכת עבירות הנתונות לטיפולם לעבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב. מטעם זה, עד היום, לא נקבעה ולו הוראת חוק אחת כעבירה של קנס מינהלי שאינו קצוב. בו בזמן השימוש בכופר הולך ורב. התוצאה היא שדווקא ההסדר המפורט והמשוכלל שבחוק העבירות המינהליות נותר כאות מתה, בעוד שהשימוש בהליך הבלתי מוסדר של כופר הולך ומתרחב.

למול יתרונות אלו, לא מעט קשיים עולים מהחוסר בהסדר חקיקתי. ראשית, יש קושי לבסס את חוקיות פעולת הרשות. על-פי עקרון חוקיות המינהל לרשות מינהלית אין סמכות אלא מכוח הסמכה בדין¹¹. כאמור הפסיקה הכירה בסמכות התביעה לערוך הסדרי טיעון, וכפי שהצגתי לעיל, סבורני כי יש לתביעה גם סמכות להציע סגירה מותנית של תיקים. עם זאת, היעדר בסיס חקיקתי ברור מקשה על הגדרת גבולות חוקיות המעשים. כך, למשל, לא ברור מהן התמורות שראשית רשות לדרוש בהסדר טיעון או בסגירת תיק על תנאי. ברור כי הודאה באשמה (בהסדר טיעון) או סיוע לרשויות האכיפה (בהסדר עד מדינה) הן תמורות מקובלות וחוקיות. אולם האם הרשות רשאית לדרוש מהנאשם גם שיפצה את הנפגע? האם היא רשאית לדרוש ממנו ביצוע פעולות אחרות לתיקון נזקי מעשיו? האם היא רשאית לחייבו לתרום מכספיו או מזמנו לפעילות אחרת למען הציבור, הקורבן או מערכת המשפט, ואם כן מי מוסמך לקבוע לאיזו מטרה תופנה התרומה? כמו כן, כפי שראינו לעיל, פעילות המבוססת על עוגן חקיקתי רעוע, עלולה להיות בלתי חוקית מקום בו היא הופכת נפוצה מאוד, גם אם היא חוקית כאשר היא נעשית במקרים חריגים¹². אולם יש קושי לקבוע מתי הפרקטיקה הופכת כה נפוצה עד כדי בלתי חוקית.

שנית, הסדר פרוצדוראלי מפורט מספק הליך ברור וגלוי. למרות הקשיים שתוארו לעיל, להסדרה נכונה של ההליך יש גם יתרונות מבחינת הרשות. כאשר הפרוצדורה מוסדרת בחקיקה הרשות אינה צריכה להחליט בכל מקרה מחדש כיצד לפעול. כך, לאור המסגרת הקבועה בחוק העבירות המינהליות ובתקנות יודעים הצדדים כיצד יש להודיע לחשוד על ההחלטה להטיל את הקנס,

¹¹ ראו ב' ברכה, משפט מינהלי (כרך א, תשמ"ז), 35-52; י' זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), 47-57.

באיזה אופן ניתן לו לטעון טענותיו, כיצד מתקבלת ההחלטה על גובה הקנס וכיוצא באלה. מנגד בהסדרי טיעון ובסגירת תיקים מותנית, השאלה כיצד לפתוח בהתדיינות על החלופה וכיצד להתדיין תלויה בצדדים ומחייבת את הרשות להשיב עליה בכל מקרה מחדש.

חשוב מכך, חוסר הבהירות מקשה על הנאשם או החשוד לדעת כיצד עליו לנהוג. לחשוד שאינו בקיא בדרכי הפעולה של הרשות אין דרך לדעת האם עליו ליזום את ההתדיינות או לצפות שיפנו אליו, האם לפנות בכתב או בעל-פה וכיוצא באלה. הבעיה אינה תיאורטית בלבד. ככלל, מקובל בפרקליטות וברוב יחידות התביעה המשטרתית כי היוזמה להסדרי טיעון צריכה לבוא מהנאשם, והתביעה כמעט לעולם לא יוזמת התדיינות על הסדר טיעון. נאשמים רבים לא מודעים לכך שהיוזמה להסדרים צריכה לבוא מהם, ועלולים להיפגע מחוסר הידע. גם כאשר הנאשם מודע לעובדה זו, יש לנאשם שאינו מיוצג קושי רב ליזום הסדר טיעון שכן פנייה לרשויות בעניין זה יכולה להיחשב לראשית הודאה¹³. בהיעדר הסדר חוקי המבהיר כיצד ניתן לפנות לתביעה בבקשה להסדר, בלא להסתכן בכך שעצם הפנייה תפגע בנאשם, יש חשש ממשי כי רק אותם נאשמים המיוצגים על-ידי עורכי-דין מנוסים המכירים את אופן פעולת התביעה, נהנים מהאפשרות לסיים את ההתדיינות בהסדר¹⁴. מצב זה פוגע גם בשוויון בין חשודים או נאשמים שונים. בהיעדר הסדר פרוצדוראלי גלוי וחקוק, נהנים חשודים המיוצגים על-ידי פרקליטים הבקאים בדרכי העבודה של הרשות, ונפגעים אלו שאינם מכירים את נהגיה.

זאת ועוד, הסדרים פרוצדוראליים מובנים וגלויים מקטינים את החשש מפני החלטות שרירותיות וממשוא פנים של הרשויות. בהיעדר כללים, יש קושי לבקר ולפקח על פעילות הרשות והגינות החלטותיה. בחינת עמידת הרשות בכללים הקבועים בחוק פשוטה יותר, וקיומה מקטין את החשש מפני קבלת החלטות בהליך בלתי הוגן¹⁵. לקיומן של הוראות מפורטות יתרון נוסף בהבטיחן הגינות ושוויון דיוני בין חשודים שונים, ובהקטנת החשש כי חשוד אחד יקבל זכות טיעון מועדפת על פני האחר¹⁶.

היעדר בסיס חקיקתי עלול להקשות על אכיפת ההתחייבויות המוסכמות. ברוב המקרים ההתחייבות מבוצעת נוכח חששו של הנאשם כי אם לא יקיים את התחייבותו התביעה לא תמלא

¹² ראו לעיל בפרק 6, הערה 305.

¹³ ראו בש"פ 4061/90 **מדינת ישראל נ' אחיעם**, פ"ד מד(4) 244 (להלן: בש"פ **אחיעם**), בעמ' 248; ע"פ 420/81 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(2) 29 (להלן: ע"פ **כהן**), בעמ' 42. ראו על כך גם לאחרונה בע"פ 5825/97 **שלום נ' מדינת ישראל** פ"ד נה(2) 933 (להלן: ע"פ **שלום**), בעמ' 947. ראו גם להלן הערה 16.

¹⁴ ככלל, פנייה של נאשם לתובעת (גם תובעת משטרתית) בשונה מפנייה לשוטרת בשלב החקירה, שבמסגרתה מציע הנאשם הסדר טיעון לא משמשת את התביעה כראשית הודאה. אולם נאשמים רבים אינם מודעים להבדל בין משמעות הפנייה לשוטרת בשלב החקירה ומשמעות הפנייה לתובעת ועלולים לשגות לשני הכיוונים. כך, לעתים פונים נאשמים לשוטרים בשלב החקירה עם הצעה להסדר כיוון שהם לא יודעים שהדבר עלול לשמש כראיה נגדם וכך, יש להניח, חלקם נמנע מלפנות לתביעה בשלב ההליך מתוך חשש שהדבר ישמש לחובתם.

¹⁵ על האיזון בין הצורך בגמישות ההליך מחד, ובין הקושי להשיג את מטרות ההליך באי הסדר העלול לשרור אם לא נקבעים כללים, ראו ב' ברכה, **משפט מינהלי** (כרך ב, תשנ"ו), 11-12.

¹⁶ ראו שם, בעמ' 13. בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), תשנ"ה-1995, ה"ח **תשנ"ה** 361, הוצע לקבוע כי דברים שהוחלפו בין התביעה ובין נאשם או סנגורו במסגרת משא ומתן לקראת הסדר טיעון לא יהיו קבילים כראיה בהליך. אולם ספק רב אם סעיף זה יסיר את החשש מפני הפליית נאשמים שאינם מיוצגים, שכן הסעיף שולל רק את קבילות תוכן הדברים שנאמרו ולא את קבילות העדויות להוכחת עצם היוזמה לעריכת הסדר הטיעון. פנייה של נאשם בבקשה לדון עמו בהסדר טיעון יכולה להיחשב ראשית הודאה, ולשמש נגדו בבית-המשפט. ראו ע"פ **שלום**, לעיל הערה 13, בעמ' 947: "מקום בו הנחקר יזום משא ומתן לחתימה על 'הסכם עד מדינה' – בהבדל ממקום בו היוזמה באה מאת רשויות החקירה – אין מניעה להשתמש בדברים שאמר הנחקר כנגדו, במשפטו". הדברים חלים גם על הצעה להסדר טיעון שאינו הסדר עד מדינה. להתפתחות ההלכה בתחום זה ראו ת"פ (י-ם)

את התחייבויותיה כלפיו. אולם לעתים חלקו של הנאשם צריך להתבצע לאחר שהתביעה כבר מילאה את חלקה, ואין עוד דרך לחדש את ההליכים נגדו. כך, למשל, ייתכן כי בהסדר טיעון מבקשים הצדדים להבטיח כי הנאשם יעבור הליך שיקומי או טיפולי כלשהו לאחר שחרורו ממאסר. בדומה ייתכן כי ההתחייבות לשירות לתועלת הציבור בתמורה לעיכוב הליכים צפויה להתממש רק לאחר חלוף התקופה שבמהלכה מוסמך היועץ המשפטי לממשלה לחדש הליכים שעוכבו¹⁷. גם בסגירת תיק מותנית עלול להיות מצב שבו בשלב הפרת ההתחייבות (כגון חזרת העבריין לעיסוק ממנו התחייב לפרוש לצמיתות או הפרת התחייבותו שלא להטריד את המתלונן) לא ניתן להעמידו לדין בשל התיישנות.

יש שניתן למצוא בחוק פתרון להבטחת ביצוע ההתחייבות, אף שהחלופה אינה מוגדרת בחקיקה. כך, למשל, ניתן להשתמש בהטלת צו מבחן בהסכמה במסגרת הסדר טיעון, באופן שיאפשר פיקוח ואכיפה על התחייבויות שנוטל הנאשם, לתקופה של עד שלוש שנים¹⁸. אולם במקרים רבים הוראות כאלו אינן יכולות לסייע ובהיעדר הסדר חקיקתי אין סמכות שלטונית לאכוף את ההתחייבות. מקור החיוב המשפטי עשוי להיות חוזי, אולם אכיפת חיוב חוזי מחייבת פנייה בתביעה אזרחית והליכי הוצאה לפועל, ויש להניח כי רק במקרים חריגים ביותר, אם בכלל, תפנה המדינה להליכים אלו. זאת ועוד, לעתים ההתחייבות כלל אינה ניתנת לאכיפה בדיני חוזים, וכיוון שמדובר בעונש שאינו מטיב ישירות עם הרשות, יש קושי רב לקבוע פיצוי כתרופה חלופית לאכיפה.

הסדר חקיקתי מפורט מסייע ברוב המקרים להכוונה של שיקול-הדעת של הרשויות ויוצר מערכות בקרה ופיקוח על אופן הפעלת שיקול-הדעת. מספר מערכות הכוונה ובקרה קיימות בחוק העבירות המינהליות. כך, למשל, קובע החוק את חובת ההנמקה מקום בו מגישה הרשות כתב-אישום בעבירה מינהלית, את חובתה להגיש כתב-אישום מקום בו הודיע אדם על רצונו להישפט (אלא אם קיימים טעמים מיוחדים שיירשמו שלא לעשות כן), את אופן מתן זכות הטיעון בטרם קציבת הקנס, את זכות הערר של מי שסבור שהוטל עליו קנס גבוה מידי, את סדרי הרישום של העבירות המינהליות ועוד¹⁹. כמו כן מסמיך החוק את השר לקבוע בתקנות את הנסיבות שיש לשקול בעת קביעת גובה הקנס²⁰. בדומה קובע חוק ההגבלים העסקיים מערך פיקוח משפטי וציבורי בדרך של פרסום מוקדם על הכוונה לבקש צו מוסכם ומתן זכות טיעון למתנגדים לו בטרם קבלת החלטה על אישורו²¹.

417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה ישראלית לביטוח ואח' (לא פורסם). ראו גם בש"פ אחיעם, לעיל הערה 13; ע"פ כהן לעיל הערה 13.

¹⁷ בעבירות פשע ניתן לחדש הליכים בתוך חמש שנים מעיכובם ובעוון – בתוך שנה. ראו סעיף 232 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

¹⁸ ראו סעיף 4 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.

¹⁹ ראו סעיפים 15, 13, 9 (ב), 11 לחוק העבירות המינהליות ותקנה 16 לתקנות העבירות המינהליות, תשמ"ו-1986.

²⁰ ראו סעיף 2(ד) לחוק העבירות המינהליות.

²¹ מכיוון שעבירות קנס קובעות קנסות קצובים ולכן מותירות שיקול-דעת מצומצם יותר לרשות המטילה אותם, יש צורך במערך בקרה ופיקוח מצומצם יותר על אופן הפעלת הליך זה. למרות זאת, גם בהליך של עבירות קנס קבועים מספר מנגנוני פיקוח ובקרה, ביניהם הסמכות של התובע לבטל את הודעת הקנס בעבירה של ברירת משפט, לפי בקשה של הנקנס (ובכלל זה הגדרת השיקולים שאמורים להנחות את התובע כשהוא דן בבקשה כזו וחובת ההנמקה), וכן הנחיה (כללית למדי), המלמדת כי הגשת כתב-אישום בעבירות קנס היא חריג שניתן ליישמו רק בהתקיים נסיבות המחייבות בירור משפט. ראו סעיפים 229 ו-225 לחוק סדר הדין הפלילי.

בהיעדר הסדר חקיקתי מפורט, אין הבטחה כי תיערך בקרה אפקטיבית, ציבורית, מינהלית או משפטית, שתמנע שימוש לרעה בסמכות ופגמים בשיקול-הדעת. הבעיה אולי אינה כה חריפה בהסדרי טיעון. אלו נערכים במסגרת ההליך השיפוטי. לפיכך מובטחת ביקורתו של בית-המשפט על ההסדר. כמו כן, פומביות ההסדר, אשר תוכנו ושיקולי התביעה לעורכו נפרסים בפני בית-המשפט בדלתיים פתוחות, מבטיחה ביקורת ציבורית המקטינה את החשש מפני משוא פנים, הפליה או חוסר סבירות קיצונית.²²

מנגד, החלטות בעניין כופר וסגירת תיקים מותנית אינן נתונות לביקורת בית-המשפט והן נעשות בחשאי ובלא כל פיקוח ציבורי. בסגירת תיקים מותנית, הליך שכלל לא מוזכר בחוק, לא ניתן אף להבטיח כי ההחלטה תתקבל על-ידי גורם בכיר או בעל כשירות מספקת, באין הוראה בעניין זה בחוק.²³ ספק רב אם בהיעדר מנגנון מסודר לביקורת ולפיקוח ניתן להבטיח החלטות הוגנות ולמנוע שרירות ואף שחיתות. החוסר בהסדרים חקיקתיים המפרטים את השיקולים הנוגעים לשימוש בחלופות, דרכי הפרסום של ההליכים, הבקרה המינהלית, הציבורית והביקורת המשפטית על החלטות בדבר כופר וסגירת תיקים מותנית מגדיל משמעותית את החשש להפליה, לחוסר סבירות, לשיקולים זרים ולפגמים אחרים, פרוצדוראליים ומהותיים, בהפעלת הסמכות.

סבורני כי ראוי להשלים את החסר בהסדרי חקיקה ראשוניים, ככל שהדבר נוגע להסדרי טיעון ולסגירת תיקים מותנית, ובהסדרי חקיקה משניים, כאשר מדובר בכופר. קביעת הסדרים ראשוניים תבטיח עמידה בדרישות החוקיות, ותסיר חששות לחריגה מסמכות. קביעת הפרוצדורה בחיקוק תסייע לחשודים לדעת כיצד יוכלו לממש את זכויותיהם הדיוניות ותסייע לרשות לפעול ביעילות ובאפקטיביות, בלא צורך לקבוע נוהל מיוחד לכל מקרה ומקרה.²⁴ בחקיקה ניתן גם לקבוע הוראות שיבטיחו בקרה משפטית (כגון הליכי ערר), מינהלית (כגון חובת עריכת מרשם מפורט או קביעת הליכים של השגה מינהלית) וציבורית (כגון חובת פרסום נתונים ואולי אף פרסום החלטות במקרים ספציפיים עם פירוט שמות הנענשים או בלעדיו וכיוצא באלה).

את החשש מפני קשיחות יתר של ההסדרים החקיקתיים ניתן למזער אם תיקבענה הוראות שתאפשרנה קיצור הליכים בהסכמת הצדדים. כך, למשל, יש מקום, בחוק העבירות המינהליות, לקבוע הסדר שיאפשר הטלת קנס שאינו קצוב בהליך אחד, כפי שנעשה בכופר, כאשר יש הסכמה על פרוצדורה זו בין הצדדים. בדרך זו ניתן יהיה לשלב בין היתרונות של ההליך הפורמלי הנוהג ברוב המקרים של המקרים ושאינו כרוך בשיקול-דעת רב, לבין הליך המבוסס על תקשורת בלתי

²² הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, לעיל בהערה 16, אם תתקבל, תסייע להבהיר את אופן הטיפול בתחום זה. ההצעה מגדירה את השיקול המרכזי האמור להנחות הן את התובע בעריכת הסדר טיעון, והן את בית-המשפט בהחלטתו אם לקבל הסדר כאמור, והוא טובת הציבור (בניגוד, למשל, לאחת הדעות בפסיקה שלפיה המבחן אותו אמור בית-המשפט להפעיל הוא מבחן ההלימה של העונש המוסכם לחומרת העבירה). ההצעה גם מפנה למספר שיקולים נוספים כגון החובה שההסדר יהלום את היחס בין חלקו של הנאשם לבין חלקם של יתר המעורבים. בהצעה יש גם התייחסות למעמדו של הקורבן במשא ומתן לעריכת הסדר טיעון. כמו כן ההצעה קובעת אילו התחייבויות אסור לתובע ליטול על עצמו (התחייבות שלא ליידיע את בית-המשפט על עברו הפלילי של הנאשם או התחייבות שלא לערער על קולת העונש). ההצעה גם מעגנת את סמכותו של בית-המשפט לבקש פרטים על ההסדר מן הצדדים, מבהירה באיזו מידה מחויבים הצדדים להסדר וקובעת כי תוכן המשא ומתן לקראת הסדר הטיעון אינו קביל כראיה. נראה כי ראוי היה לפרט בהצעה מעט יותר מהם השיקולים האמורים להנחות את התובע בעריכת ההסדר ובקביעת הוויתורים המוסכמים במסגרתו.

²³ למעשה הסמכות נתונה בידי כל תובע או קצין משטרה המוסמך לגנוז או לסגור תיק. לשם השוואה נציין כי ההחלטה להטיל כופר מוטלת לרוב על ראש רשות המש והחלטה לקצוב קנס מינהלי מוטלת על רשם שמונה לכך, והוא כשיר להתמנות לשופט של בית-משפט השלום.

²⁴ ליתרונות והחסרונות שבקביעת כללי מדיניות ראו ברכה, לעיל הערה 15, בעמ' 219; י' דותן, "החובה לקבוע כללים מינהליים", משפטים כג (תשנ"ד) 437, בעמ' 449-453; זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 778-779.

פורמלית במקרים מיוחדים, כגון כאשר הקנס שיש להטיל גבוה במיוחד או במקרים שיש צורך לקבל התחייבות של הנקנס שתתלווה לתשלום הקנס וכיוצא באלה. אולם אין להצדיק, בשם הגמישות, הימנעות מפירוט ההסדרים לשימוש בחלופות בחוק.

7.3. אישור משפטי

ישנן חלופות אשר לצורך יישומן חייבים הצדדים לקבל גושפנקא להסכמה מבית-המשפט. זה, למשל, המצב בהסדרי טיעון על העונש שמימושם תלוי בהחלטת בית-משפט²⁵. בדומה, צו מוסכם בהגבלים עסקיים אינו תקף עד לאישור בית-משפט. לעומת זאת, רוב החלופות מאפשרות הטלת עונש בלא אישור שיפוטי של ההחלטה. כך המצב בעבירות קנס, בעבירות מינהליות, בכופר ובסגירת תיקים מותנית. ודוק, אין הכוונה כי לא ניתן, במקרים המתאימים, לתקוף את החלטת הרשות המינהלית להציע הסדר מוסכם כלשהו. החלטה להטיל קנס מינהלי, כמו כל החלטה מינהלית אחרת, כפופה לביקורת שיפוטית כאשר מוגשת עתירה כנגדה. עם זאת, במהלך הדברים הרגיל אין ההסכמה בין הצדדים טעונה אישור של בית-משפט כדי שיינתן לה תוקף מחייב. בפרק זה הדיון מתרכז בהצדקה להתנות את תוקפה של ההסכמה בקבלת אישור משפטי. במילים אחרות, ההבחנה היא בין אותן חלופות שבמהלך הדברים הרגיל אינן עוברות תחת ביקורתנו של בית-המשפט לבין אלו שבלא אישור מבית-המשפט אין להן תוקף²⁶.

להכפפת תוקפה של החלופה לאישור בית-המשפט עשויים להיות מספר יתרונות. ראשית, בית-המשפט יכול לוודא כי הסכמת החשוד לחלופה ניתנה מתוך רצון טוב וחופשי, בלא שהופעלו עליו לחצים בלתי חוקיים מצד הרשויות. בית-המשפט הדין בבקשה להטיל עונש באמצעות חלופה יכול לברר עם הצדדים את נסיבות עריכת ההסדר ולמזער את החשש מפני כפיית הסדר על החשוד או על הנאשם. כמו כן, יכול בית-המשפט לצמצם את החשש כי טעויות בהבנת ההליך או ייצוג לקוי יובילו את החשוד להסכים להסדר הפוגע בו. שנית, בית-המשפט יכול להבטיח כי לא יוצעו בהסדר עונשים קלים באופן קיצוני מהראוי, העלולים להוביל גם נאשמים שיכולים, בסבירות גבוהה, להוכיח את חפותם, להסכים להסדר²⁷. מניעת הסדרים כאלו תוכל לצמצם את החשש שנאשמים חפים מפשע יקבלו על עצמם את העונש במסגרת החלופה. שלישית, הליך שיפוטי עשוי לסייע בהגנה על האינטרסים הציבוריים. הברור השיפוטי יכול למנוע מהרשות להגיע להסכמות בלתי סבירות, לפעול בשרירות, לשקול שיקולים פסולים וכיוצא באלה. רביעית, ההליך השיפוטי יכול

²⁵ פורמלית סמכותו של בית-המשפט אינה לאשר את ההסדר אלא לגזור את הדין. אולם מבחינה פרקטית, משהוצע הסדר טיעון, בית-המשפט בוחן בשלב ראשון האם לקבלו או לדחותו. מטעם זה, לצורך הדיון להלן, אין זה משנה שלהמלצת הצדדים אין מעמד פורמלי בחוק.

²⁶ לפיכך איני עוסק כעת בביקורת ישירה על החלטות הרשות בפני בית-המשפט הגבוה לצדק. ביקורת כזו אפשרית תמיד כנגד החלטה על כל חלופה. אולם ביקורת כזו שונה מפיקוח שיפוטי מהסוג הנדון בפרק זה. הביקורת הישירה בוחנת אך את חוקיות החלטת הרשות, אולם בית-המשפט אינו משים עצמו במקומה של הרשות כך שהסמכות נותרת בידה. אמנם התפתחות המשפט המינהלי בעשורים האחרונים הגבירה את פיקוח בית-המשפט הגבוה לצדק על שיקול-הדעת המינהלי, בעיקר באמצעות עילת הסבירות. אולם גם כיום הביקורת השיפוטית בוחנת רק את חוקיות ההחלטה, תוך הותרת מתחם פעילות רחב לרשות. זאת ועוד, ביקורת ישירה, בניגוד להליך אישור שיפוטי הנדון כאן, נערכת רק כאשר יש צד התוקף את החלטת הרשות בפני בית-המשפט. מטעם זה היא תיערך רק כאשר אדם מסוים חש שהחלטה פגומה ולא בכל מקרה ומקרה. בנוסף, ביקורת ישירה נערכת כאשר בפני בית-המשפט עומדים שני צדדים כך שבהליך אדוורסרי ניתן להכריע במחלוקת. זאת בשונה מאישור שיפוטי הנדון כאן, שבמסגרתו בית-המשפט, מיוזמתו, מתבקש לברר האם החלטה פגומה בלא שאיש טוען כך בפניו.

²⁷ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 5.2.6 וכן לעיל בסעיף 6.3.2.3.

להבטיח שאינטרסים של צדדים שלישיים, כגון נפגע העבירה, יובאו בחשבון. חמישית, הליך שיפוטי דו צדדי ופומבי מאפשר פיקוח ציבורי על הענישה המוסכמת²⁸.

עם זאת, להכפפת תוקף ההסכמות להחלטה שיפוטית יש עלות. אם כל קנס מינהלי או הודעת קנס יחייבו הליך שיפוטי, אחד מיתרונותיהן העיקרי של החלופות – כוחן לפנות משאבי משפט – יאבד במידה רבה. ראינו כיצד העומס על מערכת המשפט מביא לפגיעה בכל אותם אינטרסים שלשמן נועדה הביקורת השיפוטית: זכויות הנאשם, האינטרסים הציבוריים באכיפה והאינטרסים של נפגעי העבירה²⁹. השאלה היא באילו מקרים מוצדק, באיזון אינטרסים אלו, להכפיף את הסכמת הצדדים להליך שיפוטי. בחלק זה אטען כי כל הסכמה על עונש מאסר, בפועל או מותנה, וכן הסכמה על עונש אחר המגביל משמעותית את חירותו של הנענש, מחייבת הליך שיפוטי שבו תיבחן ההסכמה בנוכחות הצדדים. כמו כן, ייתכן כי מאזן השיקולים נוטה לטובת הפיקוח השיפוטי כאשר הסכמת הנאשם לעונש מובילה להרשעתו. לעומת זאת, אין צורך באישור שיפוטי להסכמות על סנקציות אזרחיות, ובייחוד להסכמות על סנקציות כספיות שלא נלווית להן הרשעה.

כדי לקבוע האם נדרש פיקוח שיפוטי על ההסכמות יש לבחון עד כמה יכול בית-המשפט, אם ניתנה לו סמכות פיקוח כזו, להגן על הזכויות ולקדם את אותם אינטרסים של הנאשמים, של צדדים שלישיים ושל הציבור. כדי להצדיק העברת ההסכמה תחת פיקוח שיפוטי יש להראות כי התקיימו שלושה תנאים: האחד, כי קיימים חששות מוחשיים לכשלים בהליך המינהלי. השני, כי בידי בית-המשפט כלים אפקטיביים לאתר ולתקן כשלים אלו. והשלישי כי אין אמצעים מידתיים יותר להתמודד עמם. סבורני כי במרבית המקרים תנאים אלו לא מתקיימים.

אשר להגנה על זכויות הנאשם – כוחו של בית-המשפט לספק הגנה כזו מוגבל ביותר. הליך מינהלי המותנה בהסכמה מקנה לנאשם אמצעי הגנה מרכזי אחד – הסמכות להטיל וטו על העונש המוצע ולכפות הליך פלילי רגיל. בהנחה שההליך הפלילי הרגיל אינו פוגע שלא כדין בזכויות הנאשם, החשש מפני פגיעה כזו עלול להתממש רק כאשר הנאשם אינו מבין את זכויותיו או מקבל החלטות בלתי רציונליות. אין בכך כדי לטעון כי חשש כזה אינו ממשי. אולם לבית-המשפט יכולת מוגבלת ביותר לתקן כשלים הנובעים מהחלטה בלתי מקצועית של חשוד או נאשם. בהליך אדוורסרי בו מסכימים שני הצדדים לתוצאה אחת, יכולתו של בית-המשפט לגלות כי החלטותיו של אחד הצדדים שגויות מוגבלת ביותר³⁰. בידי בית-המשפט יש רק את אשר מביאים בפניו הצדדים. כאשר הצדדים מסכימים על התוצאה, כמו למשל בהליך פלילי בו הנאשם מודה, אין בידי בית-המשפט מידע על חומר הראיות. הסיכוי שנאשם שהודה בבית-המשפט יזוכה, אפסי³¹. זאת ועוד, בית-המשפט אינו יכול לדעת מהן טענות ההגנה האפשריות ומהן הראיות שיכולה הייתה הגנה מקצועית להביא. גם לו היה בית-המשפט רשאי לבקש מהנאשם פרטים אלו, כדי לוודא שהסכמתו לעונש שהוטל עליו לא נבעה בשל היעדר ייצוג או בשל ייצוג לקוי, לא היה ביכולתו, במסגרת הליך פומבי ובמעמד שני הצדדים, לספק לו ייעוץ משפטי. אם בית-המשפט יתפתה להציע לנאשם

²⁸ אין הכרח כי הליך שיפוטי יהיה אכן דו צדדי ופומבי. כך, למשל, במדינות שבהן נוהג הליך של צו ענישה, כמו גרמניה וצרפת, הקנס מועבר תחת שבט ביקורתו של בית-המשפט, אף כי בהליך שאינו פומבי, המתבצע *ex parte* ובכתב. ראו לעיל בסעיפים 4.3.3.1 ו-4.4.1.2.

²⁹ ראו לעיל פרק 3.

³⁰ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיפים 5.2.6 ו-5.2.7.

טקטיקת הגנה שתטיב עמו, יש להניח כי הוא יחויב לפסול עצמו מהמשך הטיפול בתיק. בשיטת משפט אדוורסרית, יכולתו של בית-המשפט לתקן טעויות הנובעות מייצוג לקוי מוגבלת ביותר³². יש להניח כי זו אחת הסיבות שלא ידועים מקרים שבהם בית-המשפט לא קיבל הודאה של נאשם בהסדר טיעון ורק לעתים נדירות ביותר הוטל על נאשמים עונש הנמוך מהמוסכם בין הצדדים. אמנם, כפי שהראיתי בפרק הקודם, יש מקום להרחיב את התערבות בית-המשפט כדי להגן על נאשם מהסכמה להצעת ענישה בלתי הוגנת. אולם גם אם עמדה זו תתקבל, יכולתו של בית-המשפט לעשות כן מוגבלת. בית-המשפט אינו יכול לשמש מגן אמיתי לזכויות הנאשם בהסדר שבמסגרתו מסכים הנאשם עם התביעה על הענישה.

הגנה טובה מעט יותר תיתכן באמצעות ביקורת שיפוטית של שיעור ההקלות בעונש. ביקורת שיפוטית תוכל להבטיח, במרבית המקרים, כי לא יוטלו בהסדרים עונשים קלים עד כדי יצירת חשש ממשי שנאשמים, שיש אפשרות סבירה שיזוכו בהליך פלילי, יסכימו לקבלם. במקרים אלו, הפיקוח השיפוטי יכול להשוות את העונש המוסכם לעונש ההולם, ואם הפער גדול מידי, בהיעדר הסבר מספק לפער זה, לדחות את ההסדר ולכפות על הצדדים הליך פלילי. עם זאת, גם כאן, יכולתו של בית-המשפט מוגבלת. תיאור העובדות והאישומים תלוי במידה רבה בצדדים, ובהליך אדוורסרי קשה לבית-המשפט לפקח על אופן פעולתם. זאת ועוד, בשל הקשיים הרבים של התערבות מעין זו, המאלצת נאשם לעמוד בפני סיכוי להיענש בעונש חמור למרות רצונו בהסדר, רק לעתים רחוקות יש הצדקה להתערבות זו. יתרה מזאת, קביעת סולמות ענישה, בין אם בחקיקת משנה, כפי שנעשה בעבירות קנס ובעבירות מינהליות, ובין אם בהנחיות מינהליות, מאפשרת פיקוח חלופי, פשוט ויעיל יותר על העונשים המוטלים בהסדר. אמנם, כאשר סולמות הענישה נקבעים בהנחיות מינהליות, רשאית הרשות לסטות מהם בנסיבות מתאימות. אולם ניתן לקבוע, בחוק או בהנחיות עצמן, כי סטייה כזו תחייב אישור של גורם נוסף, מלבד הגורם המחליט, אפילו הוא גורם משפטי ברשות המבצעת. החובה לקבל אישור לסטייה לקולא מההנחיות, בהליך של הגשת בקשה מנומקת, יכולה להקטין משמעותית את החשש כי הרשות תשתמש באופן סיסטמטי בהליכים חלופיים כדי להטיל עונשים קלים על חפים.

בית-המשפט גם אינו הגוף המתאים לבקר הסכמות הפוגעות באינטרס הציבורי. אשר לחשש מפני עונשים קלים באופן בלתי סביר, ספק אם בידי בית-המשפט כלים לדעת האם העונש הקל משרת את טובת הציבור. ההכרעה האם העונש המוסכם משרת את טובת הציבור אינה תלויה רק בעבירה שבוצעה ובחומרת העונש. כדי להגיע למסקנה האם ההסכמה מועילה לאינטרס הציבורי יש לדעת גם אילו קשיים צפויים בניהול התיק, כמה משאבים צפוי ניהולו לצרוך מרשויות האכיפה, מהי רמת העומס הנוכחית המוטלת על התביעה, ומהם התיקים הצפויים להגיע לטיפול בקרוב ממערך החקירות. רק על בסיס נתונים אלו ניתן לדעת מה הנזק בהימנעות מעריכת ההסכם על העונש. מידע זה מצוי בידי התביעה, ויכולתה להעבירו לידיעת בית-המשפט מוגבלת. לפיכך, ככלל, יכולתה של התביעה להעריך מה ההשלכות של דחיית ההסדר טובה מיכולתו של בית-המשפט. זאת ועוד, התביעה כארגון היררכי יכולה להצליח יותר מבית-המשפט, הפועל

³¹ ראו מ' קרמניצר, "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?", המשפט א (תשנ"ג) 205.

³² אשר לנאשמים שאינם מיוצגים, מימון ייצוגם ייתן מענה זול ואפקטיבי יותר לחשש מפני פגיעה בזכויותיהם. ראו לעיל בפרק 5, הטקסט הצמוד להערה 114.

במערכת ביזורית, לגבש מדיניות וסדר עדיפויות בטיפול בתיקים, כדי לשפר את האכיפה על רקע מגבלות המשאבים. השאלה האם יש מקום להשקיע בתיק מסוים את המשאבים כדי להבטיח עונש חמור יותר, אינה ניתנת להכרעה רק על בסיס תיק זה, אלא מחייבת מידע על מכלול התיקים שבטיפול מערכת המשפט והתביעה ומכלול האמצעים העומדים לרשות מערכות אלו. רק גוף היררכי המופקד על מכלול התיקים הפליליים מחזיק במידע הדרוש לעריכת איזונים אלו. כפי שצינתי לעיל, גם מן הבחינה התיאורטית, ייצוג האינטרס הציבורי בהליך הפלילי הוא תפקידה של התביעה ובית-המשפט מופקד על האינטרס הציבורי, רק במידה שזה מוצג על-ידי התביעה. לכן, כאשר הדבר אינו דרוש להגנת הנאשם, אין כל מניעה להפקיד את הסמכות בידי התביעה בלא הליך שיפוטי³³.

קשה לא פחות משימתו של בית-המשפט החושד שהתביעה פעלה ממניעים פסולים. בהליך אדוורסרי קשה לבית-המשפט לברר מהם השיקולים האמיתיים שהנחו את הצדדים, כאשר אלו מבקשים לשכנעו להגיע לאותה תוצאה. כוחו של ההליך האדוורסרי לברר את האמת מותנה בקיומם של שני צדדים ניצים. צדדים המעוניינים בתוצאה דומה יוכלו בנקל להציג בפני בית-המשפט את הדברים באופן שיסווה שיקולים פסולים או פגמים אחרים בשיקול-הדעת. בית-המשפט, היודע זאת, יאלץ לעסוק בהערכות ובניחושים כדי שלביקורתו יהיה תוקף, והסיכוי כי ישגה גדול. מטעמים אלו ספק רב עד כמה יכול פיקוח שיפוטי על עונשים מוסכמים לספק הגנה לאינטרסים הציבוריים מפני שגיאות של התביעה ומפני מעילתה באמון הציבורי. יש להניח כי נוכח נחיתותו של בית-המשפט ביכולת לברר מהם האינטרסים הציבוריים, עלול פיקוח שיפוטי לגרום לפגיעה באינטרסים אלו במקום להגן עליהם. יובהר כי אין פירוש הדבר שלא ניתן יהיה לתקוף את החלטת הרשות ישירות. אלא שבמקרה כזה יעמוד בפני בית-המשפט עותר המתנגד לפעולת הרשות, ואז ניתן יהיה לבחון טוב יותר בהליך אדוורסרי את השיקולים בעד ונגד ההחלטה ולהגיע למסקנה באשר לחוקיותה. אולם בהיעדר עותר כאמור, אין לבית-המשפט כלים לבחון זאת ביעילות.

האמור לעיל נכון גם באשר לצורך להגן על צדדים שלישיים, כמו נפגע העבירה או קרוביו. בהליך פלילי אין בדין מעמד מלא בפני בית-המשפט אלא לתביעה ולנאשם. מטעם זה לתביעה הפועלת במסגרת הרבה פחות פורמלית כלים טובים בהרבה לברר מהם האינטרסים של צדדים שלישיים³⁴. זאת ועוד, ניתן להבטיח פיקוח שיפוטי אפקטיבי יותר, לטובת צד שלישי, במסגרת החלופות. לשם כך יש לקבוע כי צדדים שלישיים העלולים להיפגע מההסדר זכאים לקבל עליו מידע בטרם הוא הפך סופי. הליך כזה יאפשר להם לתקוף את ההסדר ישירות בבית-המשפט. הליך מעין זה קיים כיום בהוראות העוסקות בצו מוסכם, המחייבות מתן הודעה מוקדמת על הצו קודם לאישורו³⁵. בדומה, בהסדרי טיעון בעבירות מין ואלומות זכאי נפגע העבירה לקבל מידע על הכוונה להגיע להסדר ואף לטעון טענותיו בפני התביעה³⁶. אולם הצורך להגן על צדדים שלישיים אינו מצדיק ביקורת שיפוטית אוטומטית, גם כאשר הצדדים השלישיים המושפעים מההחלטה (אם יש כאלו) אינם מבקשים לתקוף את ההחלטה.

³³ ראו על כך לעיל בסעיף 5.2.7.

³⁴ ראו על כך לעיל בסעיף 5.2.12.

³⁵ ראו לעיל בסעיף 6.9.

³⁶ ראו לעיל בסעיף 5.2.12. עם זאת, לנפגע מעמד מוגבל ביותר בשלב העונש לאחר שהסדר כזה אושר בניגוד לדעתו.

אשר לפומביות, אכן, הליך שיפוטי פומבי מאפשר פיקוח ציבורי טוב יותר על מערכת האכיפה מהליך מינהלי חסוי. אולם היתרון אינו נובע מהיות ההליך "שיפוטי" אלא מהיותו "פומבי". כך, למשל, ביקורת שיפוטית המתנהלת בלשכתו של השופט, כפי שנעשה בהליך של צו ענישה בגרמניה, אינה מסייעת להבטיח ביקורת ציבורית. מנגד, הליך ענישה מינהלי גלוי מאפשר ביקורת ציבורית כזו. מכאן שכדי להבטיח שהמרת ההליך משיפוטי למינהלי לא תפגע ביכולתו של הציבור לבחון את ההליך, יש להבטיח גילוי נאות של רשויות המינהל, פרסום מידע ונתונים על אופן הפעלת החלופות, ובמקרים של עבירות חמורות אף פרסום מידע לגבי כל הליך ספציפי.³⁷

למול היתרונות המוגבלים ביותר, כפי שפורט לעיל, של הבקרה השיפוטית על ענישה מוסכמת, עומד חסרונה הבולט, נוכח משאבי התביעה והשיפוט שיש צורך לפנות כדי לאפשר בקרה זו. חיובה של ביקורת שיפוטית מטיל עומס עבודה נוסף על מערכת התביעה והמשפט, על מלוא נזקיו כפי שפורטו לעיל בפרק השלישי, לנאשמים, לנפגעי העבירות ולאינטרס הציבורי באכיפת החוק. בנוסף הסיכוי כי בית-המשפט, החסר את המידע והכלים להכריע בדבר תקינות ההחלטה, ישגה, גדול.

זאת ועוד, לא אחת ניתן לספק הגנה טובה יותר לאינטרסים האמורים באמצעים זולים ויעילים יותר. כך את הסיכון מפני טעויות של החשוד ניתן לצמצם בצורה טובה יותר באמצעות הענקת ייצוג לאותו חשוד. על האינטרסים של צדדים שלישיים ניתן להגן אם יינתן להם מעמד בהליך, בין אם ההליך משפטי או מינהלי. בהיעדר מעמד כזה, דווקא הליך מינהלי שאינו כפוף לאישור שיפוטי יוכל לספק להם הגנה מסוימת, שכן את החלטת הרשות המינהלית ניתן לתקוף בבג"ץ, ואילו פסק-דין של בית-משפט כלל אינו ניתן לערעור או תקיפה על-ידי צדדים שלישיים. ביקורת ציבורית ניתן להבטיח בכל מקרה שמדיניות האכיפה תהיה גלויה, בלא צורך בהליכים משפטיים.

סבורני, למרות האמור לעיל, כי בשלושה מקרים ישנם שיקולים כבדי משקל לטובת הכפפת ההסכמה לאישור שיפוטי. האחד, כאשר העונש המוטל במסגרת החלופה כולל עונש מאסר, בפועל או על תנאי, או עונש אחר המגביל משמעותית את חירותו של הנאשם. השני, כאשר החלופה מאפשרת הרשעתו בפלילים של הנאשם. השלישי, כאשר לצדדים שלישיים יש אינטרס ברור בהליך, והאפשרות של תקיפה ישירה לא תוכל להקנות הגנה מספקת לאינטרסים אלו. אבחון את המקרים הללו על-פי סדרם.

לדעתי, למרות מגבלותיה של הביקורת השיפוטית, אין בשום מקרה לאפשר הטלת מאסר, אף בהסכמה, שלא בכפיפות להחלטה שיפוטית, וזאת משני טעמים. ראשית, בארץ, כמו בכל העולם, מקובל כי את עונש המאסר לא ניתן להטיל אלא על-ידי שופט בנוכחות הנאשם. גם ההוראות המאפשרות שפיטת נאשם במקרים חריגים שלא בפניו מכפיפות, בדרך כלל, חריגים אלו לעיקרון האוסר לגזור על אדם עונש מאסר שלא בפניו.³⁸ כפי שהראינו לעיל, גם במדינות המערב האחרות

³⁷ בעבירות קלות אין חשיבות רבה לפרסום מידע באשר לכל עונש שהוטל בגין ביצוע העבירה (בניגוד למידע כללי על מדיניות ומידע סטטיסטי על אופן הפעלת החלופה). הסבירות כי הציבור אכן יתעניין בתיק ספציפי של עבירה קלה ויבקר את אופן פעולת הרשויות קטן ביותר. בפועל גם בבת-המשפט, תיקים של עבירות קלות אינם זוכים להתעניינות ציבורית ואף כי דה יורה הם נידונים בפומבי, דה פקטו אין באולם איש מלבד הצדדים. לעתים בבת-משפט לתעבורה הדיונים אף מתנהלים בלשכת השופט בלא שמתאפשר לקהל להיות נוכח.

³⁸ ראו סעיפים 129 ו-130(ג) לחוק סדר הדין הפלילי. אך ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26) המאפשר להטיל על נאשם מאסר במקום קנס שלא שולם גם בהיעדרו ובלבד שבהזמנה שנמסרה לידו הוא יוזהר על כך מראש. תיקון זה מוגבל לתקופת ניסיון של שלוש שנים.

אין מטילים עונש מאסר, אף אם הוא מוסכם, בלא הליך שיפוטי במעמד הנאשם. אמנם בגרמניה ניתן היה פורמאלית להטיל עונש מאסר של עד שלושה חודשים בהליך של צו ענישה, אולם בפועל כמעט ולא נעשה שימוש בסמכות זו עד שלבסוף היא בוטלה בחוק³⁹. כך שלמרות שניתן במקומות רבים להטיל עונשים כספיים גבוהים ביותר, לעתים של עשרות או מאות אלפי שקלים, בהליך מינהלי (כגון סנקציה אזרחית בארצות-הברית, צו ענישה בגרמניה או כופר בישראל) לא ניתן במדינות אלו לחייב אדם במאסר, ולו מאסר לתקופה קצרה, בהליכים חלופיים אלו. לדעתי, יש לשמור על העיקרון כי עונש מאסר יכול להטיל רק בית-המשפט. גם אם ניתן להבטיח את זכויות הנאשם בהליך מינהלי המושג בהסכמה, יש חשש כי הסמכת רשות מינהלית להטיל עונש מאסר, גם כאשר הדבר נעשה בהסכמה, עלולה לפתוח פתח ראשון שיאפשר הטלת עונש מאסר בלא הליך שיפוטי. חומרתו הייחודית של עונש המאסר מחייבת כי ההחלטה על הטלתו תהיה בידי בית-משפט, גם מקום בו הצדדים מסכימים על הטלתו.

שנית, מכיוון שהפגיעה הצפויה בנאשם עקב עונש מאסר שגוי היא כה גדולה, יש מקום להבטיח בקרה שיפוטית על ההחלטה, גם כשזו מוגבלת. אמנם רק במקרים מעטים יוכל בית-המשפט למנוע שגיאות אלו, אולם כאשר חירותו של אדם עומדת על הפרק, ההליך השיפוטי מוצדק גם למען מקרים ספורים אלו⁴⁰. עם זאת, כדי להבטיח את זכויות הנאשם המסכים לעונש מאסר, יש לדרוש כי בית-המשפט יערוך את הבירור העובדתי הדרוש. על בית-המשפט לבחון בקפידה את האותנטיות של הודאתו של הנאשם בהליך גלוי, ולברר עמו כיצד הושגה הודאה זו. כן יש להקנות לבית-המשפט כלים לבחון אם הנאשם לא הסכים לעונש חמור מידי, בשל בורות או ליקוי אחר בשיקול-הדעת. כך, למשל, על בית-המשפט לוודא כי הנאשם מימש את זכותו לעיין בחומר החקירה, או, אם הוא ויתר על זכות זו, להשתכנע כי הוויתור היה מושכל. לא אחת קורה, בעבירות קלות, כאשר הנאשם אינו מיוצג, שהנאשם כלל לא מודע לזכותו לעיין בחקירה. בנוסף לאלה, על ההליך השיפוטי לפעול כדי למנוע הקלות קיצוניות בעונש במסגרת ההסדר, כאשר אין להן הצדקה, כדי לצמצם את החשש שהתביעה תפעל באופן שיעודד חפים להסכים לחלופה⁴¹.

שאלה אחרת היא האם יש הצדקה לביקורת שיפוטית של עונשי מאסר מטעמים של אינטרס הציבור, להבדיל מביקורת המכוונת להגנה על זכויות הנאשם. במילים אחרות, האם ניתן להצדיק החלטות שבמסגרתן מוטל על הנאשם עונש חמור מהמוסכם בהסדר. ניתן להצדיק החלטות אלו כאשר הן ניתנות לפי המבחנים שהותוו לעיל, בתפיסה שבית-המשפט אינו יכול לאשר בחותמתו עונש החורג ממתחם הסבירות או עונש לו הסכימה התביעה משיקולים פסולים. בית-המשפט אינו

³⁹ ראו לעיל סעיף 4.3.3.4.

⁴⁰ יצוין כי בעוד שכיום לא ניתן להטיל מאסר בלא פיקוח שיפוטי, הרי שניתן להטיל עונש מאסר לנאשם שאינו מיוצג. זאת למרות שהענקת ייצוג הולם לכל נאשם הצפוי לעונש מאסר יכולה להבטיח טוב יותר את זכויותיו מאשר העמדת ההסכמות לפיקוח שיפוטי. כיום, כ-50% מהנאשמים בבתי-משפט השלום אינם מיוצגים בהליך, משום שאינם זכאים לייצוג של הסנגוריה הציבורית. לפי בדיקה מדגמית שערכה הסנגוריה הציבורית מתברר כי 52% מהנאשמים שאינם מיוצגים נשלחים לרצות עונשי מאסר לריצוי בפועל או בעבודות שירות. במדגם שערכה הסנגוריה הציבורית בשלושה בתי-משפט שלום נמצא גם כי בעוד ששיעור המיוצגים שזוכו עמד על כ-7% שיעור הלא מיוצגים שזוכו עמד על 1% בלבד. ראו דברי פרופ' קנת מן בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא "שפיטת נאשמים ועצורים ללא ייצוג עורכי דין" מיום 4.1.00 [URL: Http://www.Knesset.gov.il/protocols/huka/2000-01-04-01.html (20.1.01)]. המצב הנוכחי, שעל-פיו נאשם העורך הסדר טיעון והצפוי לעונש מאסר זכאי להליך שיפוטי אך לא זכאי לייצוג מלמד על חלוקת משאבים לקויה בהגנה על זכויות הנאשם.

⁴¹ ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 6.3.2.3.

יכול לתת ידו להליך שאינו חוקי. גם העלות של ההגנה השיפוטית על האינטרס הציבורי במקרה זה קטנה הרבה יותר, מכיוון שהביקורת השיפוטית נדרשת בכל מקרה כדי להבטיח את האינטרסים של הנאשם. עם זאת, מן הטעמים שנדונו בהרחבה קודם לכן⁴², יש להגביל את התערבות בית-המשפט רק למקרים חריגים ביותר בהם ההסדר חורג ממתחם הסבירות או שנפלו פגמים אחרים בהליך עריכתו. כמו כן, הצורך להבטיח את סבירות ההסדר כדי להגן על האינטרס הציבורי אינו, כשלעצמו, מצדיק הכפפת הענישה המוסכמת להליך שיפוטי. כאשר אין הצדקה אחרת לפיקוח השיפוטי, די בביקורת השיפוטית הרגילה על החלטות המינהל, בבית-משפט לעניינים מינהליים ובבג"ץ. בהיעדר סיבה אחרת לפיקוח שיפוטי, אין צורך באישור שיפוטי לכל החלטה והחלטה, כפי שאין הצדקה לאישור שיפוטי לכל החלטה מינהלית אחרת.

האם האיסור על הטלת מאסר בפועל בלא הליך שיפוטי ראוי גם לגבי עונש מאסר מותנה? למעט בגרמניה, באף אחת מן המדינות שנסקרו לעיל אין לתובעת סמכות להטיל עונש מאסר מותנה בהסכמה בהליך שאינו נתון לפיקוח שיפוטי במעמד הצדדים. גם גרמניה, שהתירה בעשור האחרון הטלת עונש מאסר מותנה בצו ענישה, התנתה את השימוש בעונש זה בכך שמקבל הצו מיוצג על-ידי עורך-דין ושהסנגור רשאי (אך לא חייב) להציג טענותיו בפני שופט כנגד העונש המוצע בצו⁴³.

במידה רבה הצורך להבטיח מעגל ביקורת נוסף, שיפוטי, כדי להגן על הנאשם מהסכמות מוטעות, תקף ביתר שאת כאשר עונש המאסר מותנה. התנאי אינו שולל ממהותו של העונש כעונש מאסר. אמנם ניתן לטעון כי ההחלטה על מימוש העונש המותנה תובא לביקורת שיפוטית בעת הדיון בהפעלת התנאי, אולם בשלב הפעלת התנאי מוגבל בית-המשפט בהחלטתו ורק במקרים חריגים ניתן לדחות את הפעלת התנאי⁴⁴. יתרה מזאת, הבנת מהותו של עונש מאסר על תנאי קשה יותר, והחשש שנאשמים לא יבינו את הנסיבות שתחייבנה את בית-המשפט להטיל עליהם מאסר בעתיד כבד יותר. נאשמים עלולים גם לטעות בהערכת הסיכוי שהם יועמדו לדין בעבירה נוספת, ולכן להסכים לעונש שלכאורה פוטר אותם ממאסר בלא לנתח נכונה את השלכותיו. לפיכך, יש מקום להכפפת הסכמות על עונש מאסר מותנה לאישור שיפוטי.

עם זאת, ניתן להתיר הטלת סנקציות כספיות בהסכמה גם בלא הליך שיפוטי. במקרה זה, יתרונותיו של הפיקוח השיפוטי בטלים למול חסרונותיו. גם מבחינה חוקתית אין כל מניעה להסמיק רשות מינהלית להטיל על אדם חיוב כספי (זאת בשונה משלילת חירות, סנקציה שמוטלת בהליך משפטי בלבד⁴⁵). זאת ועוד, כאשר מדובר אך בסנקציה כספית בשיעור נמוך, קטן באופן טבעי הנזק שנגרם עקב ייצוג לקוי של הנאשם. כאשר הסנקציה הכספית כבדה יותר, הרי שכמעט תמיד מי שעליו היא הוטלה נעזר בייצוג משפטי⁴⁶. כך, למשל, בכופר, רק מעטים פונים לרשויות בלא להיעזר בשירותיו של עורך-דין. עם זאת, קשה להצדיק את הסמכות הקיימת להטיל כופר או

⁴² ראו לעיל בסעיף 6.3.2.3.

⁴³ ראו לעיל בפרק 4, הערה 121.

⁴⁴ סעיף 55 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) קובע את הכלל כי כאשר מורשע אדם בעבירה נוספת, יצווה בית-המשפט על הפעלת התנאי. סעיף 56 לחוק העונשין מאפשר לבית-המשפט להאריך את תקופת התנאי, מטעמים שיירשמו, אם על הנאשם לא הוטל עונש מאסר בשל העבירה הנוספת וזוהי ההרשעה הראשונה של הנאשם בשל עבירה נוספת.

⁴⁵ ראו סעיף 129 לחוק סדר הדין הפלילי.

⁴⁶ אין פירוש הדבר כי יש לחייבו להיעזר בשירותים משפטיים. כאשר אדם סבור כי עלות שכירת עורך-דין גבוהה מהתועלת שתושג באמצעות הייצוג המשפטי, התניית ההליך בייצוג רק תפגע בו.

קנס מינהלי שאינו קצוב בהליך מינהלי בלא פיקוח שיפוטי ישיר, לעומת האיסור על הטלת קנס בעבירות אחרות בלא אישור שיפוטי (בכפוף לעניין ההרשעה שיידון בהמשך). כפי שהוצג לעיל, מדינות רבות אימצו הליך המאפשר לתובע להציע לנאשם לשלם קנס במקום לקיים הליך פלילי, ובלא צורך בדיון שיפוטי במעמד הצדדים. בארץ, תובע הסבור שניתן להסתפק בקנס בהסכמת הנאשם, חייב להביא את העניין לבית-המשפט, ולפתוח בהליך יקר הפוגע הן בנאשם והן ביכולתן של התביעה ומערכת המשפט לטפל בתיקים אחרים. איני סבור כי יש לכך הצדקה.

מטעמים דומים סבורני כי אין מניעה להתיר לרשויות להטיל בהסכמה עונשים אחרים, כגון שלילת רישיון, צו מבחן, שירות למען הציבור וכיוצא באלה, בלא הליך משפטי. בפועל, חלק מעונשים אלו אכן מוטלים על-ידי התביעה במסגרת סגירת תיק מותנית, אולם בהיעדר עיגון חקיקתי, השימוש בהליך זה מוגבל ביותר. בשונה ממאסר, עונשים אלו אינם פוגעים בחירות באופן כה קשה עד כי אין להטילם ללא הליך בפני בית-משפט. למעשה, במקרים רבים מוסמכת רשות מינהלית להורות על סנקציות דומות אף בלא הסכמת הנאשם, כאשר האינטרס הציבורי מצדיק זאת. רשות רשאית לשלול רישיונות עיסוק או נהיגה במקרים מסוימים הקבועים בחוק, בעיקר כאשר הדבר נעשה למטרות מניעה⁴⁷.

קשה יותר שאלת הצורך בפיקוח משפטי על הרשעה. בתחום זה הגישה במדינות השונות שבהן מקובל השימוש בחלופות אינה אחידה. ישנן מדינות שבהן מי שמסכים לחלופה שאינה במסגרת הליך שיפוטי לא מורשע, בעוד שאחרות מאפשרות הרשעת אדם גם בלא התדיינות שיפוטית. בעוד שבתחום המאסר, כמעט כל שיטות המשפט מחייבות אישור שיפוטי להליך, הרי שבחלק מהמדינות ניתן להרשיע אדם באמצעות הליך של חלופה בהסכמה בלא הליך שיפוטי⁴⁸. בארץ, נרשמת הרשעה לחובת מי שנקנס בעבירת קנס, בעוד שהחלופות האחרות שאינן כפופות לפיקוח שיפוטי, כגון כופר או קנס מינהלי, אינן מובילות להרשעה.

החסרונות העיקריים של הרשעת נאשם בלא הליך שיפוטי הם שניים. ראשית, הרשעת נאשם בהליך מינהלי מגדילה את החשש כי נאשמים יסכימו להליך בלא להבין כי בכך הם מורשעים בפלילים או שיסכימו להרשעה רק כדי להימנע מהעלות ומהסבל הכרוכים בהליך הפלילי. שנית, יש חשש שהרשעת אדם בהליכים מינהליים תגרום לפיחות בערכה של ההרשעה כסמן לחומרת ההתנהגות. לפיכך, קיומה של הרשעה במסגרת החלופה מהווה שיקול כבד משקל בעד הכפפת החלופה להליך שיפוטי.

הסנקציה הפלילית, שאליה נלווית הרשעה, היא האיום החמור ביותר של המדינה באמצעות החוק, ועל-כן יש חשיבות מיוחדת להבטיח כי ההרשעה הפלילית תוטל רק בגין מעשים שחומרתם והאשם הנלווה להם מצדיקים זאת ורק על מי שעשו מעשים אלו ברמת ודאות גבוהה⁴⁹. הרשעת מי שהסכימו לעונש חלופי עלולה להרחיב את היקף ההרשעות מעבר לדרוש. זאת משתי סיבות

⁴⁷ ראו, למשל, סעיף 47 לפקודת התעבורה המסמיך קצין משטרה לפסול אדם מלהחזיק ברישיון נהיגה לתקופות של 30-90 יום.

⁴⁸ כך, לדוגמה, בדנמרק מי שמשלם קנס שהוטל עליו על-ידי מפקד המשטרה מורשע בדיון. בגרמניה, היענות לצו ענישה מובילה גם היא להרשעה. אמנם צו ענישה מוטל באישור שופט, אך אישור זה מתקבל בהליך המתבצע בכתב ואקס פרטה. לעומת זאת, בסקוטלנד ובבלגיה הקנסות המוטלים על-ידי תובע אינם גוררים הרשעה. ראו לעיל פרק 4.

⁴⁹ ראו לעיל בסעיף 3.7 וכן לעיל בסעיף 2.1.

עיקריות. ראשית, יש חשש כי חשודים חפים, אשר יודעים כי יש סיכוי סביר שחפותם תתגלה בהליך משפטי, יעדיפו להסכים לעונש החלופי כדי לחסוך את אי הנוחות והעלות של ההליך המשפטי. כך, למשל, ייתכן בהחלט כי אנשים שקיבלו דוח בגין עבירת קנס, ישלמו את הקנס, אף אם יש להם סיכוי משמעותי להימצא זכאים בהליך משפטי, כדי להימנע מהטרחה הכרוכה בהליך כזה. כאשר מדובר בחיוב אזרחי, אין אינטרס ציבורי לכפות עליהם, במקרה כזה, הליך משפטי. בבחירתם לשלם את הקנס הם הראו כי סכום החיוב גורם להם נזק קטן יותר מההתדיינות המשפטית. לפיכך פעולות שיעודדו נאשמים כאלו לפנות להליך משפטי לא יקדמו את הצורך להגן עליהם. אולם כאשר לחיוב מתלווית הרשעה פלילית, קיים אינטרס ציבורי נוסף, החורג מהאינטרס של הנאשם. הכוונה לאינטרס הציבורי כי ההרשעה תהווה סמן אמין לביצוע עבירה פלילית ולכן בסיס מהימן להצדקת גינוי המורשעים⁵⁰. הנקנס, השוקל את האינטרסים שלו בהחלטתו אם להסכים לקנס או לפנות להליך משפטי, אינו מפנים בשיקוליו את הנזק החברתי שייגרם אם הוא יורשע למרות חפותו. לפיכך, הוא עלול להסכים להרשעה גם כאשר התחשבות באינטרס הציבורי למניעת הרשעות מוטעות היה מחייב את סירובו להצעה. מטעם זה יש לצמצם את החשש מפני הסכמה של חפים לחלופות שמתלווה להם הרשעה, אף אם הדבר יעשה למורת רוחם של אותם חפים. כאשר ההסכמה כפופה להליך שיפוטי, החשש מפני הסכמה כזו מצטמצם זאת מכיוון שהנאשם מופיע בבית-משפט בכל מקרה, והחלטתו אם להודות או לנהל הליך משפיעה פחות על עלויות ההגנה וחוסר הנוחות הכרוכה בה. לעומת זאת, באותן חלופות שאינן כפופות להליך משפטי, החשש מפני הסכמה לחלופה מטעמי נוחות דיונית גדולה יותר, ולכן גם החשש מפני הסכמה של חף להרשעה גדולה יותר.

ניתן לטעון כי יש גם אינטרס ציבורי מיוחד, החורג מהאינטרס של הנאשם החף, למנוע ממי שלא ביצע עבירה להסכים לחיוב עונשי אזרחי, מלבד מניעת הרשעה מוטעית. לפי טענה זו, ההבחנה שערכתי לעיל בין סנקציות הכוללת הרשעה לבין סנקציות אזרחיות שאינן מובילות להרשעה אינה עניינית. גם חיוב עונשי אזרחי מוטעה פוגע באינטרס הציבורי למניעת הטלת עונשים מוטעים. אלא שמבחינת האינטרס הציבורי (להבדיל מהאינטרס של הנאשם) הנזק מחיוב אזרחי מוטעה אינו דומה בחומרתו לנזק מהרשעה מוטעית. כפי שהראיתי באריכות לעיל⁵¹, חיוב אזרחי, ואפילו חיוב המכונה אזרחי-עונשי, אינו כפוף לאותם עקרונות מחמירים של המשפט הפלילי, כגון עקרון האשמה, חובת הוכחה מעבר לכל ספק סביר וכיוצא באלה. כמובן שמערכת המשפט חייבת להבטיח רמת אמינות גבוהה גם בהטלת חיובים אזרחיים, אולם הנזק לאינטרס הציבורי מטעות בהטלת חיוב אזרחי אינו דומה לנזק מהרשעה מוטעית. לחיוב זה לא מתלווה אותו גינוי רשמי, שבו טמונה החומרה המיוחדת של הסנקציה הפלילית. מטעם זה אין דומה טעות בענישה אזרחית להרשעה מוטעית בפלילים⁵².

זאת ועוד, ראינו לעיל כי פיקוח שיפוטי המונע הקלות גדולות מידי בהליך של הסכמה, יכול להקטין במידה מסוימת את החשש מפני הסכמה של נאשמים לחלופה כאשר הם חפים מפשע⁵³.

⁵⁰ S.J. Schulhofer, "Plea Bargaining as Disaster", 101 *Yale L.J.* (1992) 1979, pp. 1985-1986; A.W. Alschuler, ראו "The Changing Plea Bargaining Debate", 69 *Cal. L. Rev.* (1981) 652, p. 714.

⁵¹ ראו לעיל בסעיף 3.7.

⁵² ראו בהרחבה שם.

⁵³ ראו לעיל סעיף 5.2.6.

מכאן, שכאשר עוצמת האינטרס הציבורי שחפים לא יסכימו לענישה, גם על חשבון רצונם הרציונלי של אותם חפים לסיים את התיק בחלופה, מתחזק, יש בכך כדי לחזק את הצורך בפיקוח שיפוטי. כיוון שהאינטרס הציבורי האמור קיים בייחוד במקום בו לענישה המוסכמת נילוית הרשעה, יש בכך כדי לחזק את הצורך בפיקוח שיפוטי על ענישה מוסכמת הכוללת הרשעה פלילית.

יתרה מזאת, הפיקוח השיפוטי יכול לסייע למנוע מנאשם שאינו מבין כי משמעות הסכמתו היא הרשעתו בפלילים להסכים לענישה זו. אמנם, לבית-המשפט בהליך אדוורסרי כלים מוגבלים בלבד להגן על נאשם מפני טעויות שלו עצמו. אולם, במקרה זה, עצם ההליך המשפטי יאותת לנאשם כי אין מדובר אך בהסכמתו לחיוב כספי כלשהו שיסגור את הנושא, אלא כי מדובר בעונש פלילי. כך, יש להניח כי רבים המשלמים קנסות חניה או תעבורה אינם מודעים לכך שבתשלום הקנס הם קיבלו על עצמם הרשעה פלילית, בעוד שנאשמים בעבירות תעבורה אשר עומדים להליך בפני בית-המשפט, בוודאי מודעים יותר לאופיו הפלילי של ההליך, גם כאשר הם בוחנים הסכמה להסדר טיעון במסגרתו. זאת ועוד, הסבר קצר של בית-המשפט יכול להבהיר לנאשם בהליך משפטי את משמעות הודאתו ולוודא הבנתו, בעוד שקשה הרבה יותר להבטיח הבנה דומה של השלכות ההסכמה להודעת קנס. כאשר הקנס משמעותו אך חיוב כספי, ולא מתלווה לו הרשעה, חשש זה מחוסר הבנת השלכות ההסכמה קטן יותר, שכן הסכמת הנאשם נעשית במקרים אלו באמצעות תשלום החיוב. אולם כאשר משמעות ההסכמה היא גם הרשעה פלילית – החשש מפני חוסר הבנת ההליך גדל⁵⁴.

סוג נוסף של סנקציות העשוי להצדיק ביקורת שיפוטית הוא אותן סנקציות שנועדו להגן על צדדים שלישיים שאינם צד להסכמה בין הרשות לבין הנאשם. כך, למשל, הטלת צו מוסכם מכוח חוק ההגבלים העסקיים כפופה לאישור שיפוטי שמטרתו להגן על צדדים שלישיים⁵⁵. זאת מכיוון שמטרתו העיקרית של הצו היא להגן על לקוחות או מתחרים של הנאשם. הליך הטלת צו מוסכם מקנה מעמד גם לכל אדם העלול להיפגע מן הצו וכן לאירגון צרכנים או לארגון עסקי, להביא טענותיהם בפני הממונה על ההגבלים העסקיים, המבקש את אישור הצו המוסכם, וטענות אלו מובאות גם בפני בית-המשפט. בדרך זו יש בידי בית-המשפט טיעונים של צדדים ניצים (הממונה והאדם המחויב על-פי הצו מצד אחד והצדדים השלישיים הטוענים כנגדו מצד שני). לאחר הצגתן של טענות נגדיות בפני בית-המשפט, גדלה משמעותית יכולתו של בית-המשפט לאזן בין האינטרסים הנוגדים⁵⁶. קשה יותר המקרה בו הצד השלישי הוא נפגע עבירה. במקרה זה הסנקציה

⁵⁴ לדיון מקיף יותר בסוגית ההרשעה במסגרת הליך חלופי ראו להלן בסעיף 7.9.

⁵⁵ ראו לעיל בסעיף 6.9.

⁵⁶ ברי כי כוונת המחוקק לא הייתה כי בית-המשפט או בית הדין יוכל לדחות בקשה לצו מוסכם רק כאשר הוגשו התנגדויות לצו. לו זו הייתה הכוונה היה המחוקק קובע במפורש כי הצו מחייב אישור שיפוטי רק במקרה זה. ראו גם הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6), תש"ס-2000 (קריאה שנייה ושלישית) (דיון מיום 9.2.00, טרם פורסם) דברי יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, ח"כ א' פורז, "כדי לוודא שהסמכות הזו לא תופעל במקרים שאינם מתאימים באופן קיצוני, כמו במקרים של אי חוקיות ברורה ופגיעה קשה בעבר בציבור, על הרשות להביא הסדר זה לפני בית-המשפט, ושם יש אפשרות גם לצדדים אחרים להישמע". גישה זו משתלבת עם התפיסה הכללית של המחוקק ובית-המשפט לפיה ההליך בפני בית-הדין להגבלים עסקיים אינו הליך אדוורסרי במובנו המקובל, ומטעם זה אין בית-הדין כפוף להסכמת הצדדים. ראו בג"ץ 570/78 אפיקים נ' יו"ר המועצה לפיקוח על ההגבלים העסקיים, פ"ד (1) 68, בעמ' 69. הליך של צו מוסכם, בהקשר זה, דומה להליך אזרחי בהגבלים עסקיים שכן מטרתו אינה רק ענישה אלא גם החזרת השוק למסלול תחרותי. מטעם זה ניתן גם מעמד לנפגעים פוטנציאליים. עם זאת, נראה כי, כפי שאמר ח"כ פורז, רק במקרים "שאינם מתאימים באופן קיצוני" להליך של צו מוסכם, ידחה בית-המשפט או בית-הדין את בקשת הצדדים למרות היעדר התנגדויות. המבחנים בהקשר זה דומים למבחני הדחייה של הסדר טיעון. השווה ה"ע 445 אי. סי. אס. מערכות כבלים בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם): "ככלל, חזקה על הממונה ששקל היטב את טובת הציבור, וחזקה על מי שעלול להיפגע מהסדר כובל שימצא את דרכו לבית הדין, כדי שזה ישקול את האינטרסים השונים המתנגשים זה בזה וימצא את

לא נועדה להגן עליו, אך יש לו אינטרס, אשר במקרים מסוימים הוכר בדיון, בהטלתה. כפי שכבר ציינתי, השוואת מעמדו של נפגע העבירה בהליך החלופי למעמדו בהליך הפלילי המלא לא מחייבת הכפפת ההסכמה לאישור שיפוטי⁵⁷. עם זאת, באותם מקרים שהדיון מקנה לנפגע מעמד לטעון בפני התביעה קודם להסדר טיעון, יש להקנות לו מעמד דומה לטעון בפניה גם בהחליטה על חלופה אחרת (כגון סגירת תיק מותנית בעבירות מין או אלימות)⁵⁸.

ככלל, החלופות בישראל כיום עומדות בכללים שהותוו לעיל, למעט החלופה של עבירת קנס. הליכים של הסדר טיעון וצו מוסכם כפופים לאישור שיפוטי. לגבי הסדרי טיעון, ההליך השיפוטי נדרש מכיוון שהעונש המוטל יכול לכלול מאסר או פגיעה קשה בחירות הנאשם וכן מכיוון שלהסכמת הנאשם נילוית, ברוב המקרים, הרשעה פלילית. במקרה של צו ענישה, הצורך להבטיח הגנה לצדדים שלישיים העלולים להיפגע מהשימוש בחלופה מצדיק הכפפת ההליך לאישור שיפוטי. מנגד, כופר ועבירות מינהליות, כמו גם סגירת תיקים המותנית בתנאי שאינו מגביל משמעותית את חירות הנאשם, אינם מחייבים הליך משפטי. עבירת קנס מהווה חריג לאמור לעיל, שכן הליך זה מאפשר הרשעת הנאשם בלא הליך משפטי. כמובן שייתכנו שיקולים נוגדים המצדיקים הרשעת הנקנס במקרה זה, אולם, כפי שאראה בפירוט בהמשך, אלו לא קיימים בעבירות קנס. מטעם זה, בין השאר, סבורני כי אין מקום להרשעת הנקנסים בעבירות קנס⁵⁹.

7.4. סוג העונש

הבדל נוסף בין החלופות השונות נוגע לסוג העונש שניתן להטיל במסגרת החלופה. רוב החלופות מאפשרות הטלת סנקציה כספית על החשוד. אולם בעוד שבכופר, בעבירות מינהליות, בעבירות קנס ובעיצומים אזרחיים הסנקציה הכספית היא הסנקציה היחידה האפשרית, הרי שבסגירת תיקים מותנית, בהסדרי טיעון ובצו מוסכם ניתן להטיל גם עונשים אחרים. במקרה של הסדרי טיעון ניתן להיעזר במכלול דרכי הענישה הקבועים בחוק העונשין ובחוקים נלווים, ובכלל זה עונש של מאסר. סגירת תיקים מותנית מאפשרת הטלת מגוון של סנקציות ובכללן שירות למען הציבור, מחויבות להליך גישור ומחויבות לתיקון נזקי העבירה. צו מוסכם מאפשר הטלת כמעט כל התחייבות שתסייע להשגת מטרות דיני ההגבלים העסקיים.

האיזון הראוי ביניהם במסגרת סעיף 10 לחוק ההגבלים. אין עניין קונקלוסיבי, מפני שההליך בפני בית הדין להגבלים עסקיים, אינו הליך אדוורסרי, במובנו המקובל, אך אלה שיקולים כבדי משקל. לעניין המשקל שיש לתת לעמדת הממונה ניתן למתוח, בגבולות מסוימים, גזירה שווה מן הפסיקה בנושא עיסקות הטיעון. בדרך כלל, ייתן בית הדין משקל רב (אך לא מכריע) לעמדתו של הממונה. הדברים אמנם נאמרו בהליך אזרחי בפני בית-הדין, אך בשל אופיו האזרחי למחצה של הצו המוסכם, כוחם של הדברים יפה גם להליכים פליליים שבמסגרתם מתבקש אישור של צו כזה.

⁵⁷ בארץ אין לנפגע העבירה מעמד של צד בהליך הפלילי, ואין הוא רשאי לטעון טענות לעונש. עם זאת, במקרים מסוימים יש בידי נפגע העבירה אמצעים להעביר את עמדתו לבית-המשפט. כך בעבירות מין רשאי בית-המשפט להורות על הכנת תסקיר בדבר מצבו של נפגע העבירה, אם הנפגע מסכים לכך. באמצעות דברי הנפגע למכין התסקיר בידו להשפיע על התמונה שבידי בית-המשפט. השפעה ישירה יותר אפשרית באמצעות הצהרת נפגע, לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה). סעיף זה מקנה לנפגע עבירה זכות למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר בדבר פגיעתו ולדרוש כי הצהרה זו תובא לפני בית-המשפט בדיון בעניין העונש. אולם גם במקרים אלו, תגובת הנפגע מובאת בכתב, ואין לו מעמד של צד להליך. כמו כן, המסמך מטעם הנפגע אמור לכלול רק תיאור עובדתי של פגיעתו, ולא טענות לגוף העונש הראוי. מטעם זה, על רקע מעמדו של הנפגע בהליך הפלילי הרגיל אין במתן היתר לצדדים להגיע להסכמה בלא פיקוח שיפוטי כדי לפגוע ממשית בזכויותיו.

⁵⁸ ראו סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה. החוק מקנה לנפגע עבירת מין או אלימות גם מעמד בהליך המינהלי לעריכת הסדר טיעון, בהקנתו לנפגע זכות להביע עמדתו בדבר ההסדר בפני התביעה.

⁵⁹ ראו על כך להלן בסעיף 7.9.

ככלל, לסנקציה הכספית יתרון על פני עונש המאסר ורוב העונשים האחרים⁶⁰. בעוד שעונשים אחרים כמו מאסר או מבחן גורמים הן להענשת העבריין והן לנטל ישיר על החברה המחויבת לממן עונש זה, הרי שקנס כספי רק מעביר מקורות מהעבריין לרשויות, בלא שהחברה נאלצת לשאת בעלות ריזי העונש (למעט עלויות הטלת הקנס והגבייה)⁶¹. את תוספת המקורות שיוצרת הסנקציה הכספית ניתן להעביר לשיפור דרכי האכיפה. זאת ועוד, הקנס הוא עונש חודרני פחות, ולכן פוגע פחות בחירות הפרט מאשר עונש אחר (כגון מאסר, צו מבחן, שירות לתועלת הציבור וכיוצא באלה)⁶². מטעמים אלו, ונוכח הצפיפות הרבה בבתי המאסר, טוענים רבים כי במדינות המשפט המקובל יש להרחיב את השימוש בקנסות כחלופה לעונשי מאסר ולעונשים אחרים⁶³. להטלת סנקציה כספית בחלופה יתרון נוסף על פני עונש המאסר. שכן, כפי שראינו בפרק הקודם, הטלת עונש מאסר, גם בהסכמה, מחייבת הליך שיפוטי המוסיף לנטל על רשויות האכיפה. עם זאת, קנס אינו יכול להחליף את אמצעי הענישה האחרים לחלוטין.

כך, למשל, קנס אינו יכול לשמש תחליף אפקטיבי לסנקציות שמטרתן אינה גמול או הרתעה. קנס אינו יכול לשמש אמצעי חלופי לסנקציה שתפקידה הוא תיקון הנזק (באמצעות פיצוי הקורבן למשל), שיקום (כגון עידוד העבריין להסכים לטיפול כלשהו) או מניעה.

השאלה העיקרית היא האם סנקציה כספית יכולה לשמש תחליף אמיתי לעונש מאסר. לשאלה זו חשיבות מיוחדת לענייננו, שכן הרחבת השימוש בקנסות במקום עונשי מאסר תאפשר הרחבת השימוש בחלופות, בלא מעורבות שיפוטית. כדי לבסס את הקנס כחלופה למאסר יש להראות כי ניתן להשיג את מטרות המאסר באמצעות קנסות. התיאוריה הטוענת לחלופיות בין מאסר לבין קנס מניחה כי ניתן להגדיל את גובה הקנס לרמה שתבטיח כי סבלו של הנאשם מהקנס יהיה זהה לסבל שייגרם לו מתקופת המאסר שאותה הקנס אמור להחליף. בדרך זו ניתן להבטיח שהעונש יספק אותה מידה של הרתעה ואותה מידה של גמול, תוך הקטנה משמעותית של העלות החברתית של הטלת העונש⁶⁴. הקטנת המשאבים הדרושים לאכיפה תתבטא בתוספת ההכנסות מקנסות, בהקטנת הצפיפות בבתי המאסר, ואם בזכות המעבר לקנס ניתן להטיל עונש בלא הליך שיפוטי, גם בחיסכון במשאבי תביעה ומשפט.

כנגד גישה זו ניתן להעלות מספר טענות. ראשית, גם אם קנס בגובה מתאים יכול להבטיח גמול או הרתעה, אחת ממטרות המאסר היא מניעה ישירה. עבריין הנתון במאסר מוגבל ביכולתו לבצע עבירות נוספות. גם הגבלות אחרות (כגון שלילת רישיון) מסייעות לשלול מהעבריין את האפשרות לחזור ולעבור עבירה. מטרה זו לא ניתן להשיג באמצעות קנס. שנית, גם אם נקבל את הטענה כי ניתן להתאים את גובה הקנס כך שישמש תחליף ראוי לכל תקופת מאסר, לעתים גובה הקנס שיש

⁶⁰ באומרי סנקציה כספית הכוונה בהקשר זה לקנס או לכופר, דהיינו תשלום עונשי לקופת המדינה, ולא חיוב הנאשם לשלם לגורם אחר, כגון פיצוי הקורבן או תרומה.

⁶¹ ראו A.M. Polinsky & S.Shavell, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", 38 *J. Econ. Literature* 45, p.51 (2000), וכן R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics* (3rd ed., Reading, MA., 2000), 400-405.

⁶² ראו P. Duff, "The prosecutor fine and A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (1992, London), 252 וכן "social control: the introduction of the fiscal fine to Scotland", 33 *B.J. Crim.* (1993) 481.

⁶³ ראו, למשל, G.F. Cole, B. Mahoney, M. Thornton & R.A. Hanson, "The use of fines by trial court judges", 71 *Judicature* (1988) 323, p. 325.

⁶⁴ ראו גם G.S. Becker "Crime and punishment: An economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169. יצוין כי העלות החברתית של עונש מאסר אינה רק העלות הישירה של מתקני הכליאה אלא כוללת גם עלויות משמעותיות נוספות. גדול במיוחד הנזק החברתי הנגרם עקב הימנעות הנאשם מייצור ערך מוסף בשוק העבודה החופשי.

להטיל כדי להבטיח את אותה הרתעה וגמול המושגים באמצעות מאסר הוא כה גדול עד כי העברייני אינו יכול לשלמו. במקרים אחרים, יהיה צורך בקנס כה גדול שיגרום פגיעה בלתי נסבלת בקרוביו של הנאשם. יש הטוענים, במידה רבה של צדק, כי גם לו ניתן לכמת עונשים ולבחון חלופיות של עונשים מסוגים שונים, נוכח חומרתו, המאסר הוא עונש ייחודי שככלל, או לפחות במקרים שבהם מדובר בתקופת מאסר ממושכת, לא ניתן להחליפו בקנס⁶⁵. שלישית, בציבור מקובלת התפיסה שקנסות, גם קנסות כבדים, יכולים להתאים לעבירות רכוש אולם הם אינם עונש הולם לעבירות כנגד הגוף⁶⁶. גזירת הדין אינה נעשית הרחק מעיני הציבור, ואם המדיניות תגרור התנגדות ציבורית משמעותית, לא ניתן יהיה להסתפק בקנסות בעבירות מסוג זה⁶⁷. רביעית, הטלת קנס כחלופה למאסר מחייבת לחשב את גובהו של הקנס השקול לתקופת המאסר. לא ניתן לקבוע קנס אחיד השקול ליום מאסר, שכן לאנשים שונים יחס העדפה שונה בין כסף לבין חירות, כתלות בעושרם, בהכנסתם ובמאפיינים אישיים אחרים. במילים אחרות, הטלת קנס דומה על עני ועל עשיר, שביצעו אותו מעשה, אינה שוויונית שכן עבור העני עלול העונש הכספי להיות כבד בעוד שעבור העשיר זהו עונש קל. בעיה זו ניתנת לפתרון, לפחות חלקי, אם תאומץ שיטת הקנס היומי, שעל-פיה גובה הקנס נקבע לפי מספר ימי המאסר אותו הוא אמור להחליף כפול סכום יומי התלוי בהכנסתו של הנאשם. שיטה זו נוהגת זה שנים במדינות שבהן נוהגת שיטת המשפט הקונטיננטלית, ולאחרונה היא מאומצת גם במדינות אחרות⁶⁸. אולם אימוץ שיטה של קנס יומי מחייב פיתוח מערכות לבירור הכנסתו של הנאשם שעדיין לא קיימות בישראל. כמובן, שלמערכות כאלה עלות משל עצמן, אם כי הדעת נותנת שהיא פחותה מזו של מאסר. חמישית, במדינות רבות נוטה מערכת האכיפה לזלזל בחשיבות מערך גביית הקנסות ולהימנע מהפניית משאבים לאכיפת תשלום הקנסות⁶⁹, וזאת בניגוד למשאבים הרבים המופנים לאכיפת עונשי מאסר, להקפדה היחסית באכיפת פקודות מאסר, ולמרות שעלויות הכליאה גבוהות בהרבה

⁶⁵ ראו ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39, בעמ' 56 והשוו N. Morris & M. Tonrey, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishment in a Rational Sentencing System* (New York, 1990), 78, הסבורים כי קנס יכול לשמש חלופה טובה לתקופת מאסר שאינן עלולות על שנתיים.

⁶⁶ ראו V. Marinos, "Equivalency and Interchangeability: The Unexamined Complexities of Reforming the Fine (Fines Instead of Imprisonment in U.S. and Canada)", 39 *Canadian J. Criminology* (1997) 27.

⁶⁷ ראו שם.

⁶⁸ אף כי ניסיון לאמץ שיטה דומה בבת-משפט השלום באנגליה נחל כישלון. ראו D. Moxon, "England Abandons Unit Fines", *Sentencing Reform in Overcrowded Times* (New York, 1997) 139. על-פי התוכנית השופט הטיל על אדם מספר יחידות קנס כאשר שווין של יחידות הקנס נקבע לפי הכנסתו. התוכנית נכשלה בשל הפערים הגדולים בשווי יחידת הקנס שהשיטה התיירה. כל יחידת קנס יכולה הייתה להיות שווה בין 4 לירות שטרלינג (לבעלי הכנסה מינימלית) ל-100 לירות שטרלינג (לבעלי הכנסה בינונית ומעלה) לפי שכרו של הנאשם, דבר שיצר פערי ענישה שנתפסו בציבור כבלתי הגיוניים. השיטה יושמה לא רק כתחליף למאסר אלא גם כתחליף לקנסות שהיו נהוגים קודם ליישומה. התוצאה הייתה שבתקשורת הופיעו מידי פעם סיפורים על אנשים ששילמו קנסות בלתי סבירים. במקרה אחד אדם חנה במקום אסור מכיוון שרכבו התקלקל. הוא ביקש להישפט (ולא שילם את הקנס שהוטל עליו בדרך) מכיוון שסבר בטעות שיש לו הגנה טובה. בית-המשפט הרשיעו ופסק קנס של 5 יחידות, שהסתכם ב-500 לירות שטרלינג. שווי הקנס היה כפליים מערך המכוננית. במקרים אחרים בעלי הכנסות נמוכות שילמו על גניבה סכומים נמוכים משווי הרכוש שנגנב. התוצאה הייתה אבסורדית. למרות שתיקון התקלה יכול היה להיעשות בפשטות על-ידי צמצום טווח המינימום והמקסימום של הקנסות, וצמצום השימוש בשיטה לעבירות חמורות בלבד, סיפורים מעין אלו גרמו ללחץ ציבורי שהביא לביטול השיטה מספר חודשים לאחר אימוצה. במקומה אומצה שיטה גמישה יותר המתירה לשופטים לקבוע קנסות בהתחשב באמצעים של הנאשם, אך בלא להכפיפם לחישוב מתמטי מדויק.

⁶⁹ ראו T. Einat, "How Effective is Criminal Fine Enforcement in the Israeli Criminal Justice System", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 322 המפנה למחקרים המלמדים כי שיעור ההשתמטות מתשלום קנסות באנגליה מגיע לכ-21%-25% ובניו יורק לכ-33%. בארץ, חל שיפור ניכר במערך גביית הקנסות עם הקמת המרכז לגביית קנסות. עם זאת, שיעור גביית הקנסות עדיין נמוך. ראו לעיל סעיף 6.4.5.

מעלויות גביית הקנס. עם זאת, פתרון מועדף לבעיה זו יהיה שיפור מערך גביית הקנסות ולא שימוש עודף בעונש מאסר.

למרות כל האמור לעיל, נוטה אני לדעה כי הרחבת השימוש בקנסות רצויה. אף כי קנסות אינם יכולים להחליף את מרבית עונשי המאסר, ניתן להחליף חלק ניכר מעונשים אלו, בייחוד עונשי מאסר מותנים ועונשי מאסר קצרים, בקנס. באותם מקרים שבהם העונש אינו מכוון למניעה או לשיקום (ורוב עונשי המאסר הקצרים אינם מכוונים להשגת מטרות אלו), וכאשר ניתן להשיג הרתעה וגמול באמצעות קנס, עדיף להשתמש בענישה כספית במקום במאסר. את קשיי הגבייה ניתן לתקן באמצעות חיזוק מנגנון הגבייה, ובענישה מוסכמת, באמצעות התניית הפסקת ההליך הפלילי בתשלום הקנס – כפי שנעשה בהליך של כופר. במקרה של עונשים קלים, הצורך להתאים את גובה הקנס לעושרו של הנקנס קטן יותר, ובכל מקרה, גם כאן, יצירת מנגנון בירור יכולתו של הנאשם יכולה לפתור קושי זה. לפיכך, הרחבת השימוש בקנסות עשויה להביא לייעול מערכת האכיפה והענישה, ובשילוב עם הסדר המתיר הטלת קנסות בהסכמה, ניתן יהיה להמיר רבים מכתבי-האישום בהליך מינהלי פשוט ומהיר יותר.

כאמור, חלק מן החלופות מאפשרות הטלת עונשים שאינם כספיים. מכיוון שאין הסדר חקיקתי הקובע אחרת, ניתן במסגרת סגירת תיקים על תנאי להטיל מגוון רחב ביותר של סנקציות כגון שלילת רישיון, התחייבות להתפטר מעבודה וכיוצא באלה. עונש המוטל בהסדר טיעון יכול שיכלול את כל דרכי הענישה הקבועות בחוק כגון שירות לתועלת הציבור, צו מבחן, התחייבות להימנע מביצוע עבירה או מאסר על תנאי. בנוסף יכולה התביעה, במסגרת הסדר טיעון, להסכים עם הנאשם על סנקציות אחרות בהסכמה. כך, למשל, לעתים מוסכם בין הצדדים להסדר כי נאשם בעבירות מין יעבור טיפול לדיכוי היצר המיני⁷⁰, או יפצה קורבן בסכום הגבוה מזה הקבוע בסעיף 77 לחוק העונשין⁷¹. כמובן שבמקרה כזה החיוב ייעשה מכוח התחייבות הנאשם ולא מכוח פסק-הדין, שכן בית-המשפט לא הוסמך לקבוע עונשים אלו⁷². גם צו מוסכם מאפשר לרשות להטיל מגוון סנקציות בהסכמה. עם זאת, רוב החלופות מוגבלות לסנקציה כספית בלבד. כך המצב בכופר, בקנס מינהלי, בעבירות קנס ובעיצומים אזרחיים⁷³. השאלה היא האם יש הצדקה להגביל את אמצעי הענישה החלופיים, ולאסור על הטלת עונשים מוסכמים שאינם כספיים?

⁷⁰ ראו תפ"ח (ת"א) 5186/99 מדינת ישראל נ' מורדוף (טרם פורסם).

⁷¹ ראו ע"פ 2434/00 שרון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). ראו גם ב' ציטרין, "פלאטו שרון ביטל התחייבותו לפצות את החברה הצרפתית CFPI ב-1.2 מיליון דולר", הארץ, 15.5.2000. לעתים ניתן יהיה להבטיח את מחויבות הנאשם לטיפול השיקום על-ידי קביעתו במסגרת צו מבחן.

⁷² במצב המשפטי הקיים כיום יש קושי מסוים באכיפת ההתחייבות של העבריין במקרים אלו. לא אחת אין מדובר בהתחייבויות חוזיות אכיפות. בנוסף, לתביעה אין האמצעים הכספיים והמערך המינהלי הדרושים לאכיפת ההתחייבויות החוזיות. מן הטעם הזה יש צורך בכלים של המשפט הפלילי כדי להבטיח קיום ההתחייבות. מקום בו לא ניתן לתת להסכמה תוקף של פסק-דין בפלילים, ייתכן וניתן לראות בהפרתה בסיס להליכים בגין קבלת דבר במרמה או הפרת הוראה חוקית אולם הדבר אינו נטול קשיים משפטיים. במקרים מסוימים ניתן לאכוף את ההסכמה על-ידי העמדת הנאשם במבחן בין בלא מאסר ובין במסגרת עונש מאסר מותנה שיכול להתווסף לעונש מאסר בפועל. ראו סעיף 53 לחוק העונשין. קביעת ההסכמות כתנאים במסגרת צו מבחן מאפשרת שימוש בכלי האכיפה בפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. עם זאת, תקופת הצו לא יכולה לעלות על שלוש שנים.

⁷³ במקרים חריגים מאפשר החוק גם הטלת סנקציה נוספת. כך, למשל, הליך של כופר לפי חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 מאפשר למנהל להטיל על העבריין בהסכמתו גם התחייבות להימנע מביצוע עבירה למשך עד שלוש שנים, מגובה בערובה. ראו סעיף 121(ב) לחוק. ראו גם את שיטת הניקוד הקבועה בפרק עשירי של חלק ז' לתקנות התעבורה, הקובעת סנקציות נוספות על הסנקציה הכספית למי שהורשע בעבירות תעבורה. כיוון שרוב ההרשעות בעבירות תעבורה מושגות באמצעות הליכי ברירת קנס, יש בשיטה זו משום חריג מסוים לאמור לעיל, לפיו לא מתלווים לעבירת קנס עונשים שאינם כספיים.

אכן, עונש כספי הוא עונש אפקטיבי וזול, ויש הגיון רב בהעדפתו על פני עונשים אחרים. מטעם זה ראוי, ברוב המכריע של המקרים, להשתמש בסנקציה כספית מוסכמת. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם עונשים אחרים יהיו מידתיים יותר או אפקטיביים יותר בהשגת תכלית הענישה. כך, למשל, להתחייבות כספית להימנע מביצוע עבירות בעתיד יש יתרון רב מבחינת ההרתעה האישית. בדומה, לשלילת רישיון או היתר לעסוק בפעילות מסוימת יש לעתים יתרון, ככלי למניעת ביצוע עבירות דומות בעתיד. כמו כן, לעתים יהיה צורך בהסכמת העבריין לפצות את הקורבן או לתקן את הנזק שנגרם. הרחבת סמכויות הרשות להטיל סנקציות שאינן כספיות במסגרת החלופות יכולה לתת מענה לצרכים אלו. מן הטעם הזה ראוי להרחיב את סמכויות הענישה במסגרת החלופות, ולאפשר הטלת סנקציות שאינן כספיות. עם זאת, יש להיזהר מפני הסמכת הרשות להטיל עונשים שעלולים לשמש כר לשחיתות. כך, למשל, אין, לדעתי, להתיר התניית סגירת תיק בחיוב הנאשם לתרום כסף לגוף מסוים, נוכח החשש הטמון בהעברת הכוח לידי רשות ציבורית להשפיע על הגופים שיזכו בכספים⁷⁴. בדומה יש לאסור על עונשים הפוגעים בזכויות פוליטיות, כגון הזכות לבחור או להיבחר, או חופש הביטוי נוכח ההשלכות הפוליטיות של הטלת עונשים כאלו⁷⁵.

7.5. סמכות הרשות לקצוב את העונש

מאפיין מבדיל נוסף בין החלופות הינו אופן קביעת גובה הסנקציה. בעוד שבחלק מהחלופות גובה הסנקציה נקבע בחיקוק (כך בעבירות קנס, בעיצומים אזרחיים ובעבירות של קנס מינהלי קצוב – להלן: עבירות של עונש קצוב), באחרות גובה הסנקציה נקבע על-ידי הרשות המינהלית המטילה את העונש (כך בהסדרי טיעון, בכופר ובעבירות של קנס מינהלי שאינו קצוב – להלן: עבירות של עונש שאינו קצוב).

יש הטוענים כי אין להטיל בידי רשות מינהלית את הסמכות לקצוב את עונשו של אדם. בטענות אלו דנתי בהרחבה לעיל⁷⁶. כפי שצינתי, בשיטת משפט המתבססת על הליך אדוורסרי, תפקידו החוקתי של בית-המשפט הוא להכריע במחלוקות בין התביעה כנציגת הציבור לבין הנאשם. בהיעדר מחלוקת כזו, אין כל פגם בהטלת עונש בלא הליך שיפוטי. עם זאת, למרות שאין פגם חוקתי בהסמכת רשות להטיל עונש שאינו קצוב, ישנם שיקולים פרגמטיים התומכים בקביעת עונשים קצובים בלבד.

לעונש קצוב יש מספר יתרונות. ראשית, שיקול-הדעת של הרשות בקביעת עונש שאינו קצוב הוא רב. מצב זה יוצר כר נרחב להפליה ולהחלטות שרירותיות⁷⁷. ביחוד מסוכן הדבר כאשר מדובר

⁷⁴ כפי שהראינו לעיל, בגרמניה מקובל להתנות סגירת תיק במתן תרומה. ראו לעיל בסעיף 4.3.4.2.

⁷⁵ אין פירוש הדבר כי יש לאסור כל הגבלה על זכויות יסוד. ההסכמה מושגת בצלו של הליך פלילי העלול לפגוע בזכויות היסודיות ביותר, כגון הזכות לחירות ממאסר. יתרה מזאת, הטלת קנס, אף היא יכולה להיחשב פגיעה בזכות יסוד מוגנת - זכות הקניין. ראו בג"ץ 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 328, 431. השיקול המכריע אינו הרצון להגן על הנאשם מפני פגיעות בזכויותיו, שכן אלו מוגנות באמצעות הסכמתו כפי שהראיתי לעיל. השיקול בהגבלת סוג העונשים הוא בעיקר למנוע מהתביעה להשתמש בכוחה להטיל על הנאשם עונש בהסכמתו באופן העלול לפגוע באינטרסים חברתיים. כך, הגבלת זכויות נאשמים להצביע בבחירות עשויה להיחשב עונש קל עבור הנאשם אולם פגיעתה באינטרס החברתי של ייצוג הולם תהיה משמעותית.

⁷⁶ ראו לעיל סעיף 5.2.7.

⁷⁷ ר' גביון, **שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק** (תשנ"א), 54-55.

בסמכות להטיל עונש, תחום שבו יש חשיבות מרכזית לערכים של שוויון, הגינות דיונית, צפיות ורכישת אמון הציבור⁷⁸. החלטות שאינן שוויוניות תתקבלנה אף אם לרשות אין כל כוונה להפלות. בהיעדר הוראת חוק ברורה בדבר הגובה המדויק של הקנס או חומרת העונש שיש להטיל בנסיבות מסוימות, לא ניתן למנוע מצב שבו במקומות שונים או בזמנים שונים יוטלו עונשים שונים בגין אותו מעשה. לעומת זאת, כאשר העונש אחיד וקבוע בחוק, כפי שקורה למשל בעבירות קנס, החשש האמור קטן בהרבה.

שנית, עונש קצוב פשוט וזול יותר מן הבחינה המינהלית. ההחלטה על עצם הטלת העונש פשוטה למדי, וברוב המקרים שבהם נתפס אדם בביצוע עבירה, הוא נקנס על כך. מנגד, ההחלטה על קציבת העונש עלולה להיות סבוכה הרבה יותר. מתחם שיקול-הדעת של הרשות רחב יותר, ולכן קבלת ההחלטה מחייבת השקעת זמן רב יותר ומשאבים רבים יותר. כמו כן, כדי להבטיח את זכויות החשוד יש לאפשר לו לטעון טענותיו באשר לחומרת העונש, לקבוע הליכי השגה על ההחלטה וכיוצא באלה. כך, למשל, הסדר טיעון על העונש נקבע לאחר משא ומתן בין הצדדים. בדומה, הטלת כופר וקביעת שיעורו נעשים לאחר שהעבריין טען טענותיו בפני רשות המס. קנסות מינהליים שאינם קצובים מוטלים בהליך מסורבל ויקר בהרבה מהליך הטלת קנס קצוב.

מנגד, ישנם יתרונות להענקת הסמכות לקצוב את העונש לרשות המציעה את החלופה. כאשר לרשות ניתן שיקול-דעת לקבוע את העונש, יש בידיה להתאים טוב יותר את הסנקציה למעשה ולנסיבותיו. במצב שבו העונש קצוב בחוק, שיקול-הדעת של הרשות מוגבל לשאלה אם לפטור את העבריין מכל עונש או להטיל עליו את העונש המסוים הקבוע בחוק. במצב זה, לנסיבות המצדיקות עונש קל יותר או עונש כבד יותר אין השלכה על התוצאה. אולם נסיבות ביצוע העבירה שונות ממקרה למקרה ומחייבות לא אחת מדרג של עונשים. קביעה שרירותית של עונש אחיד לעבירות שחומרתן שונה בתכלית אינה מידתית. למעשה, במקרים רבים דווקא שלילת שיקול-הדעת וקביעת עונש אחיד תפגענה בשוויון. עונש אחיד הקבוע בחקיקה מאפשר אולי שוויון פורמלי אולם הוא מונע התחשבות בשיקולים רלבנטיים רבים לעניין העונש, ולכן אינו מסייע להשגת שוויון במובנו המהותי⁷⁹. אחידות עונשים כזו אינה צודקת ואינה שוויונית. כך, למשל, עבירה של תקיפה סתם, יכול שתהיה כרוכה בדחיפה קלה וחד פעמית של אדם את רעהו, אך יכול שתהיה כרוכה במעשה אלים הרבה יותר של אדם חזק כנגד אדם חלש ממנו משמעותית (מבוגר כלפי ילד, למשל). חומרת המקרה הראשון אינה דומה לחומרת השני, והטלת עונש אחיד אינה הוגנת ולא תוכל להלום את המקרים השונים.

זאת ועוד, קביעת עונש קצוב עלולה לפגוע גם ביעילות מערכת האכיפה. במקרים רבים עונש קצוב לא יוכל להלום את מגוון האפשרויות לביצוע העבירה. כאשר העונש הקצוב יהיה כבד מידי לנסיבות המקרה, יסרב העבריין להצעה המותנית ויבקש כי עונשו ייקבע על-ידי בית-המשפט שבידיו שיקול-דעת בקביעת העונש. כאשר העונש הקצוב יהיה קל בהרבה מהראוי למקרה, תיאלץ התביעה להעדיף הגשת כתב-אישום במקום להציע חלופה. לפיכך, היקף השימוש בחלופות יקטן,

⁷⁸ ראו דותן, לעיל הערה 24, בעמ' 458.

⁷⁹ ראו שם, בעמ' 426-442.

ומספר ההליכים הפלילים יגדל. המשאבים שיידרשו להליכים אלו עלולים להיות גדולים מאלו שייחסכו לאור פשטות הליך הטלת העונש הקצוב⁸⁰.

ניתן לפתור חלקית את הבעיות של העונש הקצוב על-ידי קביעת מדרגים שונים של עונשים על-פי הנסיבות. כך, למשל, ניתן לקבוע עונשי קנס שונים לעבירות מהירות לפי מידת הסטייה בקמ"ש מן המהירות המותרת. בדרך זו ניתן להתאים את העונש לחומרת העבירה בלא לפגוע ביתרונות הגלומים בקביעת עונש הקצוב בחקיקה. עם זאת, במקרים אחרים, היכולת להגדיר את חומרת נסיבות העבירה בחקיקה מוגבלת ביותר, ולכן לא ניתן להימנע מהותרת שיקול-דעת לקצוב את העונש. השאלה היא, אם כן, מתי גוברים השיקולים התומכים בקביעת חלופות של עונש קצוב, ומתי יש להותיר בידי הרשות גם את הסמכות לקצוב את העונש.

מספר שיקולים צריכים להיבחן כאשר מבקשים לקבוע אם לעבירה מסוימת מתאים עונש קצוב או עונש שאינו קצוב. ראשית, חומרת העבירה וחומרת הענישה שבצידה. ככל שהעבירות חמורות יותר, והעונשים המוטלים בגינן כבדים יותר, יקשה למצוא עונש אחיד שיהלום את הרוב המכריע של הנסיבות. כאשר העונש המוטל קל, לדוגמה קנס של עד כמה מאות שקלים, הרי שהשוני בנסיבות ביצוע העבירה או בנסיבות העברייני ישפיע אך במעט על הפערים בין העונשים ההולמים. גם אם ראוי במקרים מסוימים להטיל על אדם כפליים העונש המוטל על אחר שביצע אותה עבירה נוכח הנסיבות השונות, הרי שהפער בין העונשים יסתכם בעשרות שקלים או מעט יותר בגובה הקנס. פער זה אינו מצדיק את הסירבול הכרוך בהטלת הסמכות להטיל את העונש בידי הרשות המינהלית. מנגד, כאשר העבירה חמורה, הכפלת העונש ואף תוספת בשיעור קטן יותר, יצרו פערי ענישה משמעותיים הרבה יותר. מקום בו ראוי לקבוע פערי ענישה כה גבוהים בין עברייני אחד למשנהו, עדיף לאפשר לרשות להפעיל שיקול-דעת באשר לעונש, ולא להסתפק בעונש אחיד.

שיקול שני שיש לבחון בהקשר זה נוגע למידת השונות הסטטיסטית של העונשים ההולמים לעבירה מסוימת. כאשר נסיבות העבירה והעברייני עלולות להיות שונות באופן משמעותי ממקרה למקרה, עד כי העונשים הראויים לכל מקרה שונים משמעותית, הרי שקביעת עונש שאינו קצוב תתאים יותר. כך, למשל, עבירה של תקיפה סתם, כפי שתיארנו לעיל, עלולה להתבצע בנסיבות השונות משמעותית האחת מהשנייה או על-ידי עבריינים שאופיים (גילם, מצבם הכספי וכיוצא באלה) שונה משמעותית זה מזה באופן המצדיק שוני גדול בין העונשים המוטלים עליהם. מנגד, ישנן עבירות אשר בדרך כלל אין שוני גדול בין נסיבות ביצוען, ככל שהנסיבות רלבנטיות לקביעת העונש. כך, למשל, הפרה של חובה המוטלת על תאגיד להגיש דוח מסוים לרשויות. ברוב המקרים השוני בין נסיבות ביצוע הפרה אינו מצדיק פערי ענישה גדולים. עבירה זו מבוצעת תמיד על-ידי תאגיד, כך שהעונש ההולם הינו קנס. רק במקרים מעטים יהיו לסוג התאגיד ולנסיבות ההפרה השפעה על העונש ההולם את ביצוע העבירה. ברוב המכריע של המקרים אין בין הפרות שונות של אותה הוראה כדי להצדיק עונשים השונים משמעותית זה מזה.

⁸⁰ נראה כי במידה רבה זו הסיבה לשיעור הנמוך יחסית של שימוש בהצעה מותנית לקנס בסקוטלנד. הניסיון לקבוע עונש קל ואחיד לעבירות הקנס מונע אפשרות לכלול במסגרת זו את רוב העבירות המחייבות עונש כבד יותר. מטעם זה שיעור התיקים המסתיימים בקנס בסקוטלנד נמוך ביותר, ראו לעיל בסעיף 4.4.6.4, בהשוואה לשיעור השימוש בקנסות שאינם קצובים במדינות שבהן קיים הליך כזה. ראו, למשל, המצב בדנמרק, לעיל בסעיף 4.4.4.

לעונש קצוב יתרון גם כאשר הנסיבות המשליכות על חומרת העבירה ניתנות לניסוח פשוט וחד משמעי בחוק. במקרה זה קביעת הסדר קצוב מדורג בחקיקה תשלב בין היתרונות של עונש שאינו קצוב, מבחינת התאמת הסנקציה לחומרת העבירה, ליתרונות של עונש קצוב, מבחינת הבהירות, השוויוניות ופשטות ההליך. כך, למשל, ניתן לקבוע קנס קצוב בגין עבירות של זיהום אוויר או מים, כשגובהו של הקנס תלוי במידת הזיהום (בהנחה שזו ניתנת למדידה פשוטה). בדומה ניתן לקבוע עונש קצוב לעבירה של נהיגה במהירות מופרזת, כאשר החיקוק קובע מדרגים של ענישה לפי מידת החרیגה מהמהירות המותרת.

נראה, כי שילוב שיקולים אלו מוביל לכך, שברוב מדינות העולם, עבירות תעבורה רבות מטופלות באמצעות עונש מינהלי קצוב. הדבר נכון גם במדינות שבהן קיים הליך של קנס מינהלי שאינו קצוב לעבירות אחרות, כגון גרמניה. הסיבה לכך היא שעבירות תעבורה הינן עבירות קלות יחסית, העונש בגינן אינו כבד ואין הצדקה מיוחדת לפערי ענישה גבוהים בין מבצעי העבירות. מנגד, עבירות של תקיפה או מרמה מטופלות, ברוב המקרים, בהליכים של עונש שאינו קצוב, בין אם במסגרת קנסות מינהליים, כמו בחלק ממדינות יבשת אירופה, ובין אם במסגרת הסדרי טיעון, כמקובל במדינות אחרות.

האם האָשָם המוסרי המתלווה להפרה מהווה גם הוא שיקול רלבנטי להעדפת הליך של עונש שאינו קצוב? במילים אחרות, האם יש מקום לקביעה כי אין לטפל בעבירות מסוג *mala in se* באמצעות עונשים קצובים? ברוב שיטות המשפט הליך של עונש קצוב אינו מקובל בעבירות מסוג זה, בעלות אופי פלילי מובהק⁸¹. גם בארץ נהוג הסדר של קנס מינהלי קצוב על עבירות המס הטכניות יותר באופיין, ואילו הכופר, שקובע עונש שאינו קצוב, משמש ככלי לענישה כאשר הפסול המוסרי בביצוע העבירה גדול יותר, כגון במקרה של העלמת מס במרמה. אולם נראה כי הסיבה לשימוש המוגבל בעונשים קצובים בעבירות של *mala in se* היא שברוב המקרים עבירות אלו חמורות יחסית, העונש בגינן כבד יותר ומגוון נסיבות ביצוען רחב יותר. דהיינו, אין מניעה לקבוע עונש קצוב לעבירות בעלות אופי פלילי מובהק אם הדבר רצוי לפי הקריטריונים שצוינו לעיל. לעתים הדבר יחייב שימוש רב יותר במספר דרגות של ענישה. כך, לדוגמא, ניתן לקבוע מספר דרגות של עונש קצוב בגין גניבה מחנות (shoplifting) כאשר דרגת העונש תיקבע לפי שווי הגניבה.

גם כאשר אין מקום לקביעת עונשים קצובים בחוק, ניתן להשיג את מרב היתרונות של עונשים קצובים באמצעות תקנות או הנחיות מינהליות הקובעות עונשי מוצא, או מתחמי ענישה והסדרים לסטייה מהם. הוראות מפורטות כאלו, כדוגמת "קטלוג הקנסות"⁸² בדנמרק, יכולות לקבוע מעין תפריט של עונשים לפי העבירה ונסיבותיה. בה בעת, הגדרת העונשים כעונשי מוצא בלבד תבטיח כי ניתן יהיה לסטות מהם, על-פי הנסיבות, במקרים חריגים שיחייבו זאת. הוראות כאלו יוכלו לשפר משמעותית את האחידות בענישה, לאפשר בקרה על רמת העונשים, לפשט את הליך קביעת העונש והכל תוך שמירת הגמישות הנדרשת למקרים חריגים.

⁸¹ חריג בולט למדי נמצא כאמור לעיל בסקוטלנד, שם קנסות קצובים מוטלים גם בעבירות בעלות אופי פלילי מובהק, כגון תקיפה ומרמה.

⁸² ראו לעיל בסעיף 4.4.4.

הסמכת הרשות לקצוב את העונש מחייבת מנגנוני פיקוח ובקרה אפקטיביים שיצמצמו, ככל האפשר, חששות מפני משוא פנים או שרירות⁸³. מספר אמצעים חייבים להינקט כדי למזער חששות אלו. ראשית, יש להבטיח פיקוח שיפוטי על הענישה כאשר זו כוללת עונש מאסר, כפי שהוצע לעיל⁸⁴. זה גם המצב בעולם. חלופות המאפשרות הטלת עונש מאסר, כמו הסדרי טיעון במדינות המשפט האנגלו-אמריקני או ענישה בהסכמה באיטליה, כפופות לאישור של בית-המשפט בהליך הנערך בנוכחות הנאשם. בהליך זה מברר בית-המשפט את מהימנות הודאת הנאשם באשמה, ואת הבנתו את ההליך. אם התביעה ניצלה לרעה את בורותו של הנאשם והעונש המוטל עליו על-פי ההסדר גבוה מידי, לבית-המשפט סמכות להפחית מעונש זה⁸⁵.

כאשר מדובר בעונש כספי המוטל בהסכמת העברין, די בכלים המצויים במשפט המינהלי כדי להבטיח את זכויות הנאשם בהליך של קציבת עונש בהסכמה⁸⁶. עם זאת, יש לפתח כלים אלו כדי להבטיח שהנקנסים אכן יוכלו להגן על עצמם כראוי. ראשית, יש להבטיח כי תקנות או הנחיות מינהליות לעניין קביעת העונש יוצאו ויפורסמו, כך שכל אדם יוכל לבחון האם העונש הוטל עליו במסגרת ההנחיות. כמובן שלא ניתן בהנחיות אלו לקבוע עונשים מדויקים לכל מקרה ומקרה, אולם ניתן לקבוע בהנחיות את העונשים הראויים בנסיבות רגילות שיפורטו בהם, ושיקולים לחומרה ולקולא שיסייעו בקביעת העונש.

שנית, יש לקבוע הליכי ערר או השגה מינהלית על ההחלטה, מקום בו הנקנס אינו כופר בעצם החובה לשאת בעונש אך סבור, כי בנסיבות האירוע, העונש שהוטל עליו חמור מזה המוצע לאחרים בנסיבות דומות או שאינו הולם את חומרת העבירה. אמנם הנקנס רשאי לדחות את ההצעה המותנית ולבקש להישפט, אולם לעתים אין מקום לפתוח חזית עובדתית רחבה כאשר הנושא השנוי במחלוקת הוא חומרת הסנקציה בלבד⁸⁷.

שלישית, יש מקום לקבוע חובת פרסום החלטות של הרשות, ולו בעילום שמו של מבצע העבירה, כמקובל בדנמרק. פרסום תמציתי של העובדות והעונש, או לפחות פרסום הקריטריונים לענישה, יוכלו לסייע הן בידי הרשות והן בידי נאשמים בעתיד לטעון בדבר העונש הראוי, וישפרו את הביקורת הציבורית על תהליך קבלת ההחלטות.

בחינת ההצעות הללו מלמדת עד כמה פגום הליך הטלת הכופר, ועד כמה משמעותי יתרונו של ההליך הקבוע לקציבת העונש בחוק העבירות המינהליות. הליך הכופר נעשה כולו במחשכים. מעולם לא פורסמו קריטריונים להטלת כופר או לקביעת גובה הכופר המוטל. החוק אינו מסדיר את הדרכים להבאת טענות החשוד בפני הרשות, וגם בעניין זה לא השלימו הנחיות מינהליות גלויות את החסר בחקיקה. ההחלטות בדבר כופר לא מפורסמות, ולחשודים אין כל דרך לדעת

⁸³ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 77.

⁸⁴ ראו לעיל בסעיף 7.3.

⁸⁵ כפי שציינתי לעיל, בתי-המשפט ממעטים להשתמש בסמכות להפחית מהעונש המוסכם ולעומת זאת משתמשים הרבה יותר בסמכותם להחמיר בענישה המוסכמת. נראה כי בית-המשפט רואה עצמו בשלב אישור הסדר הטיעון יותר כמגן האינטרס הציבורי ופחות כמגן של זכויות הנאשם. סבורני כי בגישה זו יש סכנות. מקום בו התביעה סברה כי האינטרס הציבורי מצדיק את הסדר הטיעון, על בית-המשפט להיזהר עד מאוד מהטלת עונש חמור יותר. מנגד, דווקא במקרים שבהם יש חשש כי עקב פגמים בכוחו של הנאשם להגן על עצמו כראוי הוצע לו הסדר טיעון מקפח, ראוי כי בית-המשפט יתערב בעונש המוסכם וישנה אותו לקולא. ראו על כך לעיל בסעיף 6.3.2.3.

⁸⁶ ראו לעיל בסעיף 7.3.

⁸⁷ ראו על כך להלן בסעיף 7.7.

מהם העונשים המוטלים במקרים דומים. מידע זה דרוש להם כדי לדעת כיצד לטעון לעונשם. החוק אינו קובע הליכי ערר או השגה על החלטות הכופר. הסמכות נתונה ברוב המקרים בידי ראש רשות המס, ואף שבפועל ההחלטות מתקבלות ברוב המקרים על בסיס המלצות של ועדה בלתי פורמלית, אין דרך להשיג על ההחלטה. לליקויים אלו בהליך הטלת הכופר יש לא מעט השלכות שליליות. הם יוצרים הפליה, או לפחות תחושה של הפליה, שבהיעדר הליך מסודר זוכים נשואי הפנים ליחס מועדף⁸⁸. היעדרם של קריטריונים גורר החלטות שרירותיות ולא אחת קורה שבשני מקרים דומים מתקבלות החלטות שונות בתכלית⁸⁹. מכיוון שאין בנמצא קריטריונים ומכיוון שאין לנישומים גישה להחלטות קודמות בדבר כופר, לא ניתנת לחשוד אפשרות סבירה לטעון טענותיו וכללי הצדק הטבעי נפגעים⁹⁰.

מנגד, חוק העבירות המינהליות קובע הסדר מפורט ומסודר לקציבת הקנס. ההחלטה על הטלת הקנס מועברת לחשוד ואז ניתנת לו האפשרות, אם הוא אינו מבקש להישפט, לטעון טענותיו לעונש בכתב. לאחר קבלת הטענות מחליט הרשם על גובה הקנס. לרשם כשיר להתמנות מי שכשיר להיות שופט של בית-משפט השלום. על החלטת הרשם רשאי הנקנס לערור בפני בית-המשפט. בדרך זה מובטחות זכויותיו הדיוניות של הנקנס. אולם, כפי שצינתי לעיל, בהליך זה לא נעשה כל שימוש. לעומת הכופר שהשימוש בו הולך ורחב, עד כה לא נקבעו עבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב.

ייתכן שהסיבה להימנעות מקביעת עבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב נעוצה בסירבול הרב של ההליך. הליך הטלת קנס מינהלי שאינו קצוב כולל שלב של טיעון מוקדם בכתב ואפשרות להגיש ערר לבית-משפט על קציבת העונש. מנגנונים אלו לא קיימים בהליך הכופר או בהליכים של הטלת קנסות בלתי קצובים בגרמניה, בדנמרק, בבלגיה ובהולנד. בשל ההליך הדו שלבי והחשש כי רבים מהנקנסים יערזרו על ההחלטה, ולכן השימוש בהליך המינהלי לא יחסוך את ההליך המשפטי, הרשויות נמנעות מלבקש להפוך עבירות שעל אכיפתן הן מופקדות לעבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב. מטעם זה ראוי לאמץ, במקום הערר השיפוטי, הליך פשוט יותר של השגה מינהלית על גובה הקנס כפי שמקובל בדנמרק או הליך של ערר בכתב בפני בית-המשפט – שיהיה פשוט ומהיר יותר. כמו כן, יש לקבוע הסדרים מקוצרים שיאפשרו הטלת קנס מינהלי שאינו קצוב באמצעות הודעה אחת (ולא בהליך דו שלבי שלאחריו זכות ערר) במקרה שהנקנס מסכים לכך. הליך זה יאפשר תקשורת בלתי אמצעית בין הרשות לבין הנקנס והגעה להסדר עונשי שניתן יהיה ליישום במהירות ובפשטות.

כמו כופר, גם הליך של סגירת תיק מותנית נעשה בלא כל פיקוח והנחיה. אמנם, בשונה מכופר, הליך זה מתבצע על-ידי באי כוח היועץ המשפטי לממשלה, דבר העשוי להקטין במעט את

⁸⁸ ראו ג' עמיר, **עבירות מס** (1992), 162 המספר כי על נציגי מס הכנסה מופעלים לחצים רבים וחזקים בעניין הכופר עד כי אחד מנציגי המס הציע לבטל את הסמכות להטיל כופר כדי שלא ייאלץ לעמוד בלחצים אלו. ראו גם ז' הנדלר וס' הנדלר "הסדרי כופר וחוק חופש המידע – עידן חדש?", **מיסים** יג (2) (תשנ"ט) א-85; וכן א' מגן, "והוא רחום יכפר עוון", **הרבעון הישראלי למיסים** כד (1996) 82.

⁸⁹ ראו ג' עמיר, לעיל הערה 88, בעמ' 162; ח' גבאי, "כופר כסף מאז ימי המקרא ועד לתקופתנו" **מיסים** ט (2) (1995) א-78, בעמ' א-86.

⁹⁰ ראו מגן, לעיל הערה 88, בעמ' 78. השוו בג"ץ **אפרתי**, לעיל הערה 3, בעמ' 515.

החששות מפני שימוש לרעה בסמכות⁹¹, אולם יישום הוגן ושוויוני של ההליך מחייב קיומן של הנחיות לשימוש בסמכות, וקביעת פרוצדורה ברורה וגלויה להטלת העונשים במסגרתו.

הסדרי טיעון נערכים על רקע העונשים המקובלים בבית-המשפט ובפיקוח בית-המשפט, בהליך גלוי ופומבי. מכוח הנחיות הפסיקה נחשפים בפני בית-המשפט בהליך פומבי גם שיקולי התביעה בהסכימה להסדר הטיעון. הענישה המקובלת בבית-המשפט מסייעת לקביעת העונשים בהסדרי טיעון⁹². הסדרי טיעון נערכים גם על רקע הנחיות מינהליות שהוציאה פרקליטת המדינה, המחייבות את כלל רשויות התביעה⁹³. חשיפת נימוקי הצדדים ותוצאת ההליך מסייעת להבטיח ביקורת ציבורית, בנוסף לביקורת השיפוטית, על הסדרי הטיעון. עם זאת, גם בהקשר זה ראוי לקבוע בחקיקה את הכללים הבסיסיים הנוגעים לשימוש בחלופה זו, ובכלל זה שיקולים מנחים לקביעת העונש המוסכם⁹⁴.

7.6. הרשות המינהלית המטילה את העונש

ההחלטה אם להטיל כופר, קנס מינהלי, קנס בעבירת קנס או להגיש בקשה לצו מוסכם היא של הרשות המינהלית המופקדת על ביצוע החוק הספציפי שהוראותיו הופרו. לעתים, כמו בעבירות תעבורה, מוטל הקנס על-ידי המשטרה. במקרים אחרים הרשות האוכפת היא רשות מינהלית אחרת המופקדת על אכיפת החוק הספציפי שהופר, כמו נציב רשות המס בהליכי כופר או הממונה על הגבלים עסקיים בצו מוסכם.

לעומת חלופות אלו, חלופות אחרות, כגון הסדרי טיעון וסגירת תיקים מותנית, נערכות על-ידי התביעה הכללית⁹⁵. באירופה מקובל הרבה יותר להטיל את הסמכות לקבוע חלופה על רשויות התביעה, לפחות ככל שמדובר בחלופה של עונש שאינו קצוב⁹⁶.

להענקת הסמכות להציע חלופה לרשות המינהלית המתמחה באכיפת החוק הספציפי (כמו רשות המס, מפקח מטעם משרד ממשלתי כלשהו או יחידת החקירות המשטרתית) שני יתרונות עיקריים. ראשית, במקרים רבים לרשות זו מומחיות מיוחדת שאין לתביעה הכללית. כך, לדוגמא,

⁹¹ ראו על כך בהרחבה להלן בסעיף 7.6.

⁹² חוסר האחידות בענישה בישראל מקשה אמנם להיעזר בפסיקה לקביעת העונש, אולם חוסר אחידות זה הינו בעיה הנוגעת לכל מערכת גזירת הדין, ואינה ייחודית לחלופות, ומטעם זה לא תידון בעבודה זו. ראו על סוגיה זו " חסין ומ' קרמניצר, "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה", משפטים כב (תשנ"ד) 533; ר' קנאי, קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול-הדעת של השופט בענישה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, תשנ"א) וכן דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון (תשנ"ח).

⁹³ ראו "הסדרי טיעון" הנחיות פרקליטת המדינה, הנחיה 8.1 (1.8.02).

⁹⁴ ראו הצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, לעיל הערה 16.

⁹⁵ המשטרה בישראל משמשת גם היא כרשות תביעה. עם זאת, יש להבחין בין הסדרי טיעון וסגירת תיקים מותנית שנערכים על-ידי לשכות התביעה המשטרתית לבין הטלת קנסות מינהליים ודוחות בעבירות קנס הנערכת על-ידי יחידות האכיפה האחרות של המשטרה שאינן מהוות רשות תובעת. הראשונות פועלות כגוף חקירה ואכיפה ואילו האחרונות כפופות מקצועית, כיחידות תביעה, ליועץ המשפטי לממשלה, ופועלות על-פי הנחיות הפרקליטות. ראו על כך גם להלן בהערה 98. בפרק זה אשתמש במונח משטרה לציון יחידות האכיפה המשטרתיות שאינן יחידות תביעה.

⁹⁶ כך, צו ענישה בגרמניה מנוסח על-ידי תובע, וכך הליכים המכונים transaction בהולנד ובבלגיה או fine compound בדנמרק, נערכים גם הם על-ידי רשויות התביעה.

לרשויות המס ידע רב יותר בדיני מיסים ובמדיניות המס מאשר לפרקליטות. בדומה, למשרד הבריאות המומחיות הדרושה לאכיפת צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (איכות מזון)⁹⁷.

שנית, הטלת הסמכות בידי רשויות אלו חוסכת את מעורבות התביעה ומייעלת את ההליך. כך, למשל, הטלת הסמכות להטיל קנס בגין עבירת תנועה למשטרת התנועה, כמו גם מתן סמכות לפקח חניה עירוני להטיל קנס בגין עבירות חניה, מפשטים את הליך הטלת הקנס וחוסכים את הצורך לפנות לתובע לאישור ההצעה על הסירבול המינהלי הכרוך בכך.

מנגד, ישנם שיקולים כבדים לא פחות למתן הסמכות לתביעה הכללית. ראשית, הטלת הסמכות בידי התביעה תצמצם חששות לשימוש פוליטי זר בסמכות. אף כי החובה לקבל את הסכמת החשוד מצמצמת את החששות מפני פגיעה בו שלא כדין, הסמכות להטיל עונשים עלולה להיות מופעלת באופן שרירותי, מפלה או מתוך שיקולים פוליטיים או שיקולים פסולים אחרים. ניתן לצמצם חששות אלו אם הסמכות תימסר לגוף הנהנה מאי תלות יחסית בגורמים פוליטיים, ואשר תחום מומחיותו העיקרי הינו משפטי. התביעה הכללית, הכפופה ליועץ המשפטי לממשלה, מקיימת תנאים אלו⁹⁸.

שנית, עיקר מעיניה של הרשות המינהלית המופקדת על ביצוע החוק הספציפי הוא ביצירת הרתעה, והשגת התכלית הספציפית של התחום שעליו היא מופקדת, יהא זה מיסוי, בריאות או כל תחום אחר. לעומתה, היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו מופקדים על אכיפת החוק במובן רחב יותר. שיקולים כגון שוויון, שמירה על זכויות דינוניות של חשודים או הקפדה על הוראות החוק צפויים לקבל משקל נכון יותר בהישקלם על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו. ודוק, אין הכוונה כי עובדי רשויות מינהליות אחרות ישרים פחות מאנשי התביעה. הכוונה היא כי האתוס המקצועי השונה עלול להשליך על אופן התייחסותם להליך. כך, למשל, רשויות המס בוחנות עצמן בעיקר לפי רמת הגבייה. זהו המדד העיקרי להערכת הצלחתם. לפיכך, המשקל שיינתן על-ידיהן לרמת הגבייה, בעת הפעלת סמכותן להטיל עונשים עלול להיות גבוה מאוד, והוא עלול לדחוק את השיקולים האחרים, המשפטיים, מעבר לרצוי. לעומתן, רמת הגבייה אינה אבן הבוחן המרכזית של התביעה הכללית בבוחנה את עצמה. לכן החשש מפני להיטות יתר באכיפה או דחיקת שיקולים משפטיים לקרן זוית קטן יותר כשהסמכות מופקדת בידי גוף זה.

⁹⁷ תשי"ח-1958. הפרת הוראות צו זה היא עבירה מינהלית בגינה מוגש קנס מינהלי על-ידי מפקח משרד הבריאות. ראו תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – איכות מזון), תשמ"ח-1988.

⁹⁸ להגדרת התובעים בהליכים פליליים ראו סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי. מידת אי התלות של התביעה משתנה בהתאם לגוף התובע. הפרקליטות נהנית ממידה מרבית של אי תלות. היא כפופה ישירות ליועץ המשפטי לממשלה ואינה תלויה ברשויות חקירה או אכיפה אחרות. התביעה המשטרתית, לעומת זאת, נהנית ממידה קטנה יותר של אי תלות. מצד אחד כפופים התובעים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה (אף כי פורמלית הם מקבלים את הסמכותם כתובעים ממפקח"ל המשטרה). ראו גביזון, לעיל הערה 77, בעמ' 142. ראשי התביעה המשטרתית מקיימים גם קשר הדוק עם היועץ המשפטי לממשלה, פרקליטת המדינה ופרקליטי המחוזות, ומקבלים את הנחיותיהם. ראו **פרקליטות 2000 - דין וחשבון** (תש"ס, עדנה ארבל – יו"ר הוועדה) (להלן: **דוח פרקליטות 2000**), 47. מנגד, כפופה התביעה המשטרתית למערך החקירות המשטרתית, המופקד על חקירת חלק ניכר מן העבירות הפליליות, דבר הפוגע בעצמאותה ובאי תלותה של התביעה. על מצב זה נמתחה לא אחת ביקורת. ראו, למשל, מ' קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", **פלילים** (2) (תשנ"ז) 173, בעמ' 178. מספר ועדות רשמיות המליצו לאחרונה לשתוף. ראו **דוח פרקליטות 2000** הני"ל, בעמ' 46-48, וכן **הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש – דין וחשבון** (חיים צדוק – יו"ר, תש"ס), 66. תובעים אחרים פועלים במסגרת רשויות ציבוריות אחרות, מכוח הסמכה של היועץ המשפטי לממשלה. בפועל, מידת אי התלות של תובעים אלו היא הנמוכה ביותר, ואף שהם כפופים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה, הבקרה על פעולתם רופפת. ראו **דוח פרקליטות 2000**, בעמ' 44.

זאת ועוד, מתן הסמכות לתביעה הכללית מבטיח, ברוב המקרים, ערכאת ביקורת נוספת על ההחלטה⁹⁹. הרשות המינהלית המופקדת על ביצוע החוק או המשטרה היא אשר, ברוב המקרים, תיזום פנייה לתביעה בבקשה להטיל סנקציה, דבר אשר יבטיח כי התביעה תוכל לשמש ערכאת ביקורת על רשות זו. הענקת הסמכות להטיל סנקציה לרשות המינהלית המופקדת על ביצוע החוק תמנע קיומה של מערכת בקרה זו, המחייבת כי שתי רשויות שונות יבחנו את ההחלטה¹⁰⁰.

ליועץ המשפטי לממשלה ולתביעה הפועלת מכוחו יתרון נוסף על רקע היותם הגורם המרכזי את הטיפול המינהלי באכיפת הדין הפלילי, כך שהטלת התפקיד עליהם תבטיח יתר אחידות. הטלת התפקיד על התביעה תאפשר גיבוש מדיניות אחידה וקוהרנטית יותר, לאור העובדה שהתביעה היא הגוף המוסמך לנהל את ההליך הפלילי במקרה שיוחלט על-ידי אחד הצדדים להעביר את התיק לפסים שיפוטיים.

מנגד, הוצאת הסמכות מידי התביעה מביאה למצב שבו רשות אחת (הרשות המופקדת על החוק (הספציפי) מוסמכת להחליט אם להטיל את הסנקציה באמצעות החלופה, ואילו רשות אחרת (התביעה הכללית) מוסמכת להחליט אם להגיש כתב-אישום. הדבר יוצר קושי שכן החלטות אלו תלויות זו בזו, והפרדת הגורם המוסמך לקבלן עלולה להקשות על הליך קבלת ההחלטות. כך, לדוגמה, במקרה שבו התביעה תסבור כי יש להגיש כתב-אישום, ואילו הרשות המופקדת על הטלת החלופה תגיע למסקנה שניתן להסתפק בחלופה, או במקרה ההפוך בו התביעה תחשוב כי הרשות האחרת צריכה להציע חלופה ואילו הרשות המופקדת על הטלת החלופה תסבור כי המקרה מתאים להגשת כתב-אישום. זאת ועוד, מחלוקות בין התביעה הכללית לבין הרשות המופקדת על הטלת החלופה עלולות להתעורר גם ביחס לגובה הסנקציה. התביעה עשויה לסבור כי במקרה מסוים הסנקציה החלופית שמציעה הרשות האחרת קלה מידי עד כי היא אינה הולמת, וכדי להביא לענישה ראויה התביעה תגיש כתב-אישום, למרות שניתן היה, גם לגישת התביעה, להסתפק בחלופה חמורה יותר, אם הסמכות להטיל עונש חלופי הייתה בידיה.

לכאורה מצב דומה קיים כיום בעבירות כופר. הסמכות להטיל כופר בגין עבירות לפי פקודת מס הכסה מצויה בידי נציב מס הכנסה¹⁰¹. מנגד, הסמכות להגיש כתב-אישום מצויה בידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו. הטלת כופר לאחר הגשת כתב-אישום מותנית בעיכוב הליכים של היועץ המשפטי לממשלה. מצב זה יוצר כר נרחב למחלוקות. עם זאת, בפועל אין חיכוך יום-יומי בין הרשויות. הסיבה לכך היא שהתביעה כלל לא מקבלת לידיה מידע על תיקים שמסתיימים בכופר קודם להגשת כתב-אישום ולכן לא יכולה להחליט כי התיק ראוי לטיפול במישור הפלילי. לפיכך, בטרם הגשת כתב-אישום, הסמכות מצויה כל כולה בידי נציבות המס. מנגד, לאחר הגשת

⁹⁹ אך ראו פתרון אפשרי נוסף שבו הסמכות להטיל את הסנקציה נתונה בידי הרשות המינהלית המופקדת על החוק, באישור היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, בשלוש הוראות כופר: חוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978, סעיף 15; פקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971, סעיף 57(א); חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, סעיף 40.

¹⁰⁰ ניתן להקיש לעניין זה מהצורך בהפרדה בין הגורם המטיל את העונש המוסכם לבין הגורם המינהלי החוקר ומאתר את העבירה, להפרדה הנדרשת בין רשויות החקירה לבין רשויות התביעה. הצורך בהפרדה בין רשות החקירה לבין רשות התביעה הועלה פעמים רבים מטעמים דומים לאלו שצוינו בענייננו. הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש קבעה בהקשר של התביעה המשטרתית כי "ערבוב שבין הגוף החוקר לגוף המנהל את התביעה אינו רצוי, שכן הגוף החוקר עניינו השגת תוצאות, וקיים חשש כי לא תופעל הבקרה הראויה לפני העמדתו של אדם לדין משיקולים של חוסר רצון להודות בטעות של מערכת החקירות". ראו ועדת צדוק, לעיל הערה 98, בעמ' 66. לעמדה דומה ראו גם דוח פרקליטות 2000, לעיל הערה 98, בעמ' 47.

כתב-האישום, כאשר מוגשת בקשה לעיכוב הליכים, והיועץ המשפטי לממשלה מחליט להיענות לבקשה בכפוף לתשלום כופר, מקובל כי נציב מס הכנסה מקבל את מרות היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, אין בפתרון זה כדי להבטיח אכיפה אחידה וביקורת מינהלית על החלטות הכופר של נציבות המס. זאת, מכיוון שהחלטות על הטלת כופר לפני הגשת כתב-אישום, שהן הרוב המוחלט של החלטות, מתקבלות בלא שהתביעה מעורבת ולכן בלא שיש בידי היועץ המשפטי לממשלה לבחון אם יש עניין ציבורי בהגשת כתב-אישום.

מהו, אם כן, האיזון הראוי בין שיקולי היעילות והמקצועיות לבין השיקולים התומכים בהעברת הסמכות לידי התביעה? סבורני, כי כאשר מדובר בחלופות של קנס קצוב, ובייחוד מקום בו העונש המוטל אינו כבד, גוברים שיקולי היעילות המוזכרים לעיל. הסמכות להטיל עונש קצוב מקנה שיקול-דעת מצומצם מאוד לרשות האוכפת. מדיניות הענישה נקבעת למעשה בחקיקה, והיקף שיקול-הדעת שבידי הרשות המוסמכת אינו גדול. זאת ועוד, חלופות של עונש קצוב מוטלות בדרך כלל בעבירות קלות יחסית. הביקורת המינהלית הדו שלבית אינה כה חיונית בעבירות אלו, בהשוואה, למשל, לחשיבותה בעבירות מס מהותיות. בנוסף, היקף השימוש בחלופות של עונש קצוב גדול ביותר; קשה להניח כי ניתן יהיה במערך הקיים להעביר כל דוח תעבורה או חניה לאישור תובעת לפני הטלת הקנס, בלא להכביד קשות על עומס העבודה של רשויות התביעה.

מנגד, בחלופות של עונשים שאינם קצובים ראוי, ככלל, כי הסמכות תהיה בידי התביעה. הסמכות לקבוע את סוג העונש או לקצוב אותו, היא סמכות רחבה למדי. כדי להבטיח הליך הוגן ואכיפה שוויונית ראוי להותירה בידי באי כוח היועץ המשפטי לממשלה¹⁰². היקף שיקול-הדעת הנתון לרשות במקרים אלו מגדיל את החשש לשחיתות או להפליה. הפקדת הסמכות בידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו מקטינה חשש זה, הן בשל אי התלות היחסית של התביעה, הן לאור מעמדה המשפטי הייחודי של התביעה והן מכיוון שעל-ידי העברת הסמכות לידי התביעה מובטחת ערכאת ביקורת נוספת על הטלת הסנקציה וקביעתה.

זאת ועוד, להחלטות בדבר קציבת העונש השלכה רחבה על מדיניות האכיפה הכוללת. אין לנתק החלטות אלו מההחלטות האחרות של רשויות התביעה, אשר היועץ המשפטי לממשלה עומד בראשן. ברוב המקרים מדובר גם בעבירות חמורות יותר. גם אם ניתן, מטעמי יעילות, להעביר את הסמכות להחליט בדבר חלופה בעבירות קלות לרשות מינהלית אחרת, ראוי כי אכיפת הדין בעבירות חמורות תרוכז בידי היועץ המשפטי לממשלה. יתרה מזאת, יש להותיר בידי התביעה לשקול כל תיק לגופו כדי להבטיח מדיניות אכיפה שוויונית וקוהרנטית. כך, לדוגמא, מדיניות הענישה בעבירות מרמה קשורה למדיניות הענישה בעבירות של העלמת מס, והעברת הסמכות להטיל עונשים במקרה השני לידי רשות מינהלית בלא פיקוח של רשויות התביעה עלולה ליצור מערכי מדיניות שונים ובלתי הוגנים.

¹⁰¹ במע"מ המצב סבוך יותר מכיוון שלנציבות המכס והמע"מ יש מערך תביעה עצמאי המטפל ברוב כתבי-האישום בתחום זה. ראו דוח פרקליטות 2000, לעיל הערה 98, בעמ' 58.

¹⁰² בהסדרי טיעון ובהליך של צו מוסכם, נדרש אישור של בית-המשפט לסנקציה המוטלת על-ידי הרשות, דבר המבטיח בקרה נוספת. בקנסות מינהליים שאינם קצובים מוטל התפקיד לקצוב את הקנס על מי שמונה לרשם על-פי חוק העבירות המינהליות. לרשם יכול להתמנות רק מי שכשיר להתמנות לשופט של בית-משפט השלום. ראו סעיף 6 לחוק העבירות המינהליות.

מטעם זה סבורני כי סמכות הטלת הכופר צריכה לעבור גם היא לידי היועץ המשפטי לממשלה או לבאי כוחו. כיום, ההליך מתבצע במידה רבה במחשכים, כשהסמכות נתונה בידי עובד ציבור אחד בלא פיקוח. כפיפותו המלאה של מטיל הכופר לדרג המיניסטריאלי מקשה עוד יותר להבטיח כי לחצים פוליטיים לא ישפיעו על ההחלטות וכי שיקולים זרים לא ישתרבו לתהליך¹⁰³.

מטעמים אלו סבורני כי ראוי שהסמכות להטיל קנס מינהלי שאינו קצוב תוטל גם היא על גורם הכפוף ליועץ המשפטי לממשלה. אמנם המחוקק קבע כי לרשם לפי חוק העבירות המינהליות, המוסמך להטיל קנס שאינו קצוב, יכול להתמנות מי שנתמלאו בו תנאי הכשירות של שופט של בית-משפט השלום. יש להניח כי כנגזרת מהוראה זו עולה כי מדובר בסכמות מעין שיפוטיות ולכן מטיל הקנס ייהנה מעצמאות ומאי תלות רחבים ביחס לרשויות מינהל אחרות¹⁰⁴. עם זאת, סבורני כי אין די בכך כדי להבטיח את אי תלותו של מטיל הקנס ברשות שאליה הוא משתייך, ולאפשר לו את אותה עצמאות ממנה נהנה היועץ המשפטי לממשלה. זאת ועוד, תנאי הכשירות האמור אינו מסייע לפתור את הקשיים האחרים שבהטלת הסמכות בידי גורם שאינו כפוף לתביעה הכללית. אין מדובר בתוספת משמעותית לעומס העבודה, שכן מספר תיקי הכופר אינו רב (מאות ספורות של תיקים בשנה).

עם זאת, צו מוסכם יכול שיהיה חריג לכלל זה. מספר שיקולים מחזקים את הצורך להותיר את הסמכות להגיע לצו מוסכם בידי הממונה על ההגבלים העסקיים ולא בידי היועץ המשפטי לממשלה. ראשית, בניגוד לחלופות האחרות, מטרתו העיקרית של צו מוסכם אינה להעניש אלא למנוע פגיעה בתחרות. בתחום זה יתרון מומחיותו של הממונה על ההגבלים העסקיים על פני היועץ המשפטי לממשלה בולט. שנית, הביקורת השיפוטית על הוצאת צו מוסכם וההליכים המבטיחים את פרסום הצו קודם לאישורו מקטינים את חשיבות הביקורת של התביעה.

7.7. שימוע מוקדם, השגה וערר

החלופות השונות נבדלות זו מזו גם במידת ההשפעה של ההגנה על קביעת העונש המוצע. בעוד שבחלקן מתגבשת ההסכמה על העונש רק לאחר דין ודברים בין ההגנה לבין הרשות, בכתב או בעל-פה, באחרות שולחת הרשות לחשוד הודעה על חיובו בלא לשומעו קודם לכן, והוא זכאי רק לקבל את ההצעה או לדחותה ולהתמודד עם הטענות נגדו בבית-המשפט. בקנס מינהלי שאינו קצוב קיים הסדר מיוחד שבמסגרתו זכאי הנקנס להציג טענותיו לעניין הקנס בכתב קודם לקציבתו וכן לערר על גובה הקנס שנקצב בפני בית-המשפט לאחר הטלתו בלא לפנות להליך הפלילי.

השאלה היא מה צריכה להיות מעורבותו של החשוד בגיבוש ההצעה בהליך של ענישה בהסכמה. האם עדיף הליך שבמסגרתו מציעה הרשות עונש באופן חד צדדי והחשוד רשאי רק לקבלו או לדחותו או שעדיף הליך שבו לחשוד יש מעמד להשמיע טענותיו לפני קביעה סופית של העונש המוצע? אם המסקנה היא כי יש להקנות לחשוד מעמד קודם לקביעה סופית של העונש המוצע,

¹⁰³ יצוין כי בשלושה חוקים נקבע שהטלת כופר מותנית באישור היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו (ראו לעיל הערה 99). אולם ברוב הסדרי הכופר, היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו אינם מעורבים בהחלטה.

¹⁰⁴ ראו ברכה, לעיל הערה 11, בעמ' 56.

האם ראוי להעניק לו זכות טיעון קודם לגיבוש ההצעה, להקנות לו זכות להשיג מינהלית על ההצעה שגובשה או להקנות לו זכות לערור על העונש המוצע לבית-משפט?

התשובה לשאלות אלו תלויה גם בשאלת היקף זכות הטיעון לפני הגשת כתב-אישום. על-פי הדין כיום, בהליך פלילי, כללי הצדק הטבעי אינם מחייבים את התביעה לשמוע את הנאשם קודם להחלטה להגיש נגדו כתב-אישום. כתב-האישום הינו הביטוי המשפטי להחלטות שלטוניות פנימיות, ועל-כן זכות הטיעון כנגדו מתגבשת בבית-המשפט¹⁰⁵. על רקע זה עולה השאלה האם, לאור העקרונות המשפטיים המקובלים בעניין זכות הטיעון, זכאי מי שהוצע לו עונש כחלופה להליך פלילי, לטעון טענותיו כנגד ההליך או חומרת העונש שהוצע קודם לקבלת ההצעה.

לפי הלכת בית-המשפט העליון, התנאי הראשוני המקים זכות טיעון הוא קיומה של פגיעה¹⁰⁶. כוונה להעניק הטבה לאדם לא מקנה לו זכות טיעון¹⁰⁷. על פניו, ההחלטה להחליף את כתב-האישום בהצעה לעונש מותנה, אינה פגיעה. זוהי רק הצעה אשר אם היא מיטיבה עם החשוד הוא רשאי לקבלה, ואם היא מזיקה לו, הוא יוכל לחזור למסלול הפלילי הרגיל ולהשמיע טענותיו בפני בית-המשפט. לפי גישה זו, בהיעדר זכות טיעון קודם להגשת כתב-אישום, אין לחשוד זכות להשמיע טענותיו קודם להגשת הצעה לענישה בהסכמה. לפיכך, לפחות בתוך מסגרת העקרונות בדין כיום, אין חובה להעניק לחשוד זכות לטעון טענותיו קודם לגיבוש ההצעה. גם מן הבחינה הפרקטית לא ניתן לקבוע זכות טיעון לפני מסירת כל הודעת קנס או קנס מינהלי בלא להסיט לחלופות משאבים רבים ממקורות אחרים.

עם זאת, אין באמור לעיל כדי להצדיק הסדר השולל את השתתפות החשוד בהליך גיבוש ההצעה הסופית. גם אם בדין אין הוא זכאי לשימוע בהיעדר קביעה אחרת בחוק, השאלה היא האם ראוי להעניק לו בחקיקה מעמד להציג טענותיו קודם לקביעת ההצעה הסופית של הרשות. שורה של שיקולים תומכים בהשתתפות החשוד בגיבוש ההחלטה בעניינו. החשוד יכול, כמי שמכיר את הפרטים הרלבנטיים, להאיר עובדות ולהביא טיעונים שישכנעו את הרשות להכיר בטעותה. מניעת השתתפותו והפנייתו להליך השיפוטי בכל מקרה כזה עלולה להכביד עליו שלא לצורך. לעתים דחיית ההצעה תביא גם לשינוי הסטטוס של ההפרה שתירשם כנגד החשוד. כך, למשל, המצב כאשר אדם מקבל הודעה על קנס מינהלי שהעונש הקבוע בו כבד מידי לאור נסיבות שלא ידועות למטיל הקנס. במקרה זה יכול הנקנס, לכאורה, לדחות את ההצעה כדי לעמוד לדין, ואז יוכל בית-המשפט להתאים את העונש לנסיבות. אולם אם כך ייעשה החשוד יורשע בעבירה פלילית, בעוד שעם קבלת הקנס המינהלי לא הייתה נרשמת לחובתו הרשעה. אם ניתנת לחשוד זכות לטעון

¹⁰⁵ ראו בג"ץ 3406/91 בבלי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1. ראו גם בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליט המדינה, פ"ד מה(2) 872; בג"ץ 1656/94 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם). ראו גם "שימוע וטיעון לפני הגשת כתב-אישום", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 51.015 (28.7.01). בעקבות תיקון מתש"ס לחוק סדר הדין הפלילי, על התביעה ליידע חשוד בעבירה מסוג פשע כי חומר החקירה בעניינו הועבר לטיפולו, והחשוד זכאי להגיש טיעונים בכתב לתובע בתוך 30 יום. עם זאת, זכות השימוע, גם במקרה זה, מוגבלת למדי. היא חלה רק על חשודים בעבירות מסוג פשע. ראש יחידת התביעות או פרקליט מחוז רשאים להורות שלא לשלוח הודעה אם יש מניעה לכך. התביעה רשאית גם להגיש כתב-אישום לפני שחלף המועד האחרון לקבלת טענותיו של הנאשם (וכך סביר שיעשה ברוב העבירות החמורות שהנאשם נתון במעצר בשלב הכנת כתב-האישום). כמו כן, התביעה אינה חייבת לנמק החלטתה לדחות את הטענות שהוגשו לה. ראו סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי. כאמור בעבודה זו איני בוחן את כלל הוראות ההליך הפלילי אלא אך את החלופות על רקע הוראות אלו. לפיכך, אם תורחב זכות השימוע, יהא מקום להרחיבה גם בהקשר של החלופות. ככלל, מקום בו זכאי נאשם לשימוע לפני הגשת כתב-אישום, יש לזכותו בשימוע גם בהליך קבלת הצעה מותנית.

¹⁰⁶ ראו בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, בעמ' 1508 וכן זמיר, לעיל הערה 10, בעמ' 797.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 798.

טענותיו קודם לקביעה סופית של הקנס המוצע, הוא יוכל להביא לתיקון העונש בלא לשנות את סוג החיוב ממינהלי לפלילי. זאת ועוד, לעתים בהיעדר זכות להשתתף במהלך השלב המינהלי יותר החשוד על ההליך השיפוטי שעלותו עלולה להיות גבוהה, ויקבל על עצמו את העונש המוצע גם כשזה אינו צודק. מעבר לפגיעה הבלתי צודקת בחשוד, הדבר יקטין את התמריצים לרשות לוודא כי העונשים המוצעים אכן מותאמים למעשים. בנוסף, מצב זה יצמצם את המתאם בין חומרת המעשים לבין הענישה ועל-כן יפגע באכיפה. יתרה מזאת, גם לרשות יש אינטרס כי טעויות ייחשפו עוד בשלב המינהלי, ולא יהיה צורך בהליכים פליליים רבים. שמיעת החשוד עשויה להביא לתיקון החלטות שיקטינו את הצורך של חשודים להפעיל את מנגנון המשפט הפלילי שלא לצורך.

השאלה היא כיצד יש לאזן בין שיקולים אלו לבין החשש כי השתתפות החשוד בהליך קביעת העונש בדרך של טיעון מוקדם, השגה או ערר, תסרב את ההליך ותפגע ביתרונו העיקרי כאמצעי לפינוי משאבים לצמצום נזקי העומס. סבורני כי לעניין זה יש להבחין בין חלופות של עונש קצוב לחלופות של עונש שאינו קצוב.

כאשר העונש המוטל על אדם במסגרת ההליך החלופי קבוע בחיקוק ניתן לאזן בין השיקולים השונים באמצעות הסמכת גורם ברשות לבטל את ההצעה ולסגור את התיק לפי בקשה החשוד. במקרה זה, אין טעם בחיוב הרשות לשמוע את הנאשם קודם להטלתו או להעניק לו סמכות לערוך על העונש. ההחלטה להטיל עונש קצוב דומה באופייה להחלטה להגיש כתב-אישום. הרשות רק מחליטה כי יש ראיות מספיקות ועניין לציבור בהליכים כנגד החשוד, והיא אינה קובעת דבר לעניין עונשו. ההחלטה בעניין דיות הראיות והעניין לציבור דומה להחלטת התביעה בהגשת כתב-אישום ותוצאותיה אינן קשות יותר מהחלטה זו. האיזון שנקבע בהליך הפלילי מעניק לחשוד זכות טיעון נרחבת, אולם זו מתגבשת רק בשלב המשפטי. על רקע איזון זה אין זה סביר להעניק זכות טיעון דווקא לפני החלטות על עונש קצוב. כמו כן, אין מקום להעניק זכות ערר על חומרת העונש, שכן זה אינו נתון לשיקול-דעתה של הרשות. מתחם שיקול-הדעת של הרשות מוגבל מאוד. מקום בו הנאשם מסכים כי הוא אחראי בפלילים ויש להטיל עליו עונש, אין כל תועלת בהשתתפותו שכן לרשות אין שיקול-דעת איזה עונש יוטל. מקום בו הוא אינו מסכים, דומה מצבו לנאשם שהוגש נגדו כתב-אישום בלא השתתפותו בהחלטה ודחייתו את ההצעה תוביל לפתיחת הליך משפטי. בוודאי שאין הצדקה להענקת זכות ערר על עצם ההחלטה להציע עונש כאמור, שכן החשוד יכול תמיד להמיר החלטה זו בכתב-אישום, ועל ההחלטה להגיש כתב-אישום אין זכות ערר.

אמנם, גם במקרה זה יכול שיהיה טעם בשמיעת טענות הנאשם, כדי למנוע הליכים מקום בו ניתן להעמיד את הרשות על טעותה לאחר מסירת הצעת הענישה. מטעמים אלו יש להסמיך את הרשות לבטל את ההצעה לעונש לאחר מסירתה לפי בקשת החשוד. כפי שתובע מוסמך לחזור בו מאישום לאחר הגשתו כך יש להסמיך את הרשות לחזור בה מהטלת העונש. הסמכה כזו תאפשר למקבל ההצעה לפנות לתביעה ולבקש שתפעיל סמכות זו בלא לפגוע ביעילות ההליך במרבית המקרים שבהם אין לחשוד טענות תקפות כנגד עצם הגשת ההצעה. סמכות כזו קיימת בעבירות קנס. בידי תובע יש סמכות לבטל הודעת קנס לבקשת קנס. ראוי להוסיף סמכות כזו גם בעבירות

מינהליות¹⁰⁸. אולם בכפוף להליך זה, אין מקום, על רקע מבנה ההליך הפלילי כיום, להשתתפות נוספת של החשוד בהליך קביעת ההצעה.

לעומת זאת, כאשר הרשות המטילה את העונש מוסמכת גם לקוצבו, מגוון ההחלטות שהיא יכולה לקבל רחב. במקרה כזה, האופציה הניתנת לנאשם לבחור בהליך הפלילי אינה תחליף מספק להשתתפותו קודם לגיבוש סופי של ההחלטה. ראשית, הסיכוי שהנאשם יחלוק על נכונות החלטת הרשות גדול הרבה יותר. כאשר הרשות מקבלת רק החלטה בינארית בדבר קיומן או אי קיומן של ראיות לקיום ההליכים, הסיכוי כי החלטתה תסטה מזו שתקבל בהליך שיפוטי קטן יחסית. במרבית המקרים סוגיית האחריות פשוטה יחסית להכרעה, והתוצאות האפשריות הן אך חיוב באחריות או פטור. מנגד, כאשר הרשות מפעילה שיקול-דעת חזק בדבר העונש הראוי, לדעתה, בהתחשב בנסיבות, המגוון האינסופי של אפשרויות ההחלטה יצמיח, במקרים רבים, מחלוקת בדבר האיזון הנכון של האינטרסים¹⁰⁹. לפיכך, הסיכוי שבחינה נוספת של ההחלטה תשפיע עליה גדול יותר. בנוסף, במקרה זה, מכיוון שההחלטה אינה בינארית אלא אנלוגית, כל נתון רלבנטי עשוי בסבירות גבוהה להביא לשינויה. מטעמים אלו, כאשר הרשות קובעת גם את העונש, הסיכוי שלנאשם יהיו טענות העשויות להשפיע על ההחלטה גדול בהרבה. שנית, החשוד עשוי לסבור שהעונש שהוצע לו אינו משקף נכונה את ההקלה שראוי שתיתן לו בתמורה להסכמתו לחלופה. להקלה זו אין הוא יכול לטעון, על-פי הדין כיום, בבית-המשפט. זאת בניגוד למצב שבו החשוד סבור כי אין די ראיות כנגדו, טענה שיש ביכולתו לטעון בהליכים המשפטיים. שלישית, כאשר שיקול-הדעת של הרשות כה רחב, ומגוון ההחלטות האפשריות כה רב, הסיכון שבדחיית החלופה גדול יחסית לסיכוי הטמון בהחלטה זו. כאשר המחלוקת נוגעת אך לאשמה, הסיכון שלוקח החשוד הדוחה את ההצעה הוא שגם בית-המשפט יסבור, כמו הרשות, כי הוא ביצע את העבירה, ואז עונשו עלול להיות כבד מעט יותר מזה שהציעה לו הרשות¹¹⁰. מנגד, קיים סיכוי שבית-המשפט יקבל את עמדתו והוא יצא פטור בלא כלום. במצב זה, אם החשוד סבור שהחלטת הרשות מוטעית יש לו תמריץ משמעותי לפנות להליכים משפטיים. מנגד, כאשר המחלוקת עם הרשות נוגעת אך לחומרת העונש, מתחם הסיכויים משתנה. כמו במקרה הקודם קיים סיכון של החמרה מסוימת בעונש. אולם בניגוד למקרה הקודם, התועלת היחידה שיכולה לצמוח לחשוד מההליך הפלילי היא הקלה בעונש ולא פטור מלא מאחריות. במצב זה האטרקטיביות של דחיית ההצעה, במקרה שזו נראית בעיני החשוד מוטעית, קטנה, ולכן גדל הסיכוי שהחשוד יסכים להחלטה שבעיניו אינה צודקת, בלא שטענותיו נשמעו. אם הוא לא יוכל להשתתף בגיבוש הסופי של ההצעה ולהצביע על חוסר הצדק קודם לשלב ההליך הפלילי, ישנו חשש גדול יחסית כי יותר החלטות בלתי צודקות ייחפכו סופיות. גם מטעם זה, הזכות לדחות את ההצעה ולטעון בפני בית-המשפט אינה חלופה מספקת לטיעון קודם לקציבת העונש.

¹⁰⁸ ראו, למשל, הוראת סעיף 229(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, המסמיכה תובע לבטל הודעת קנס בהיעדר עניין לציבור; הצעת חוק העבירות המינהליות (תיקון מס' 4), התשס"ב-2001, ה"ח תשס"ב 189 בה מוצע להוסיף את סעיף 8א לחוק העיקרי שיקנה לתובע סמכות לבטל קנס מינהלי שהוטל.

¹⁰⁹ שיקול-הדעת של רשות הקוצבת את העונש הוא במידה רבה שיקול-דעת חזק, במובנו הדוורקיניאני. ישנה יותר מהחלטה אחת נכונה במקרה כזה. דהיינו מדובר בסמכות לקבל החלטה כאשר ישנו מתחם של החלטות חוקיות אפשריות. ראו - R. Dworkin, "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously* (Cambridge, 1977-1978) 14, pp. 31-32. לעומת זאת, לצורך ההחלטה האם כלל להאשים את החשוד מופעל, לפחות לעניין הראיות, שיקול-דעת חלש, שבמסגרתו מנסה המחליט לדעת האם עובדתית הנאשם אשם ברמת הוודאות הנדרשת על-פי הראיות שבפניו.

¹¹⁰ הכבדה זו יכולה להיות הן בעונש הפורמלי והן בעונש הבלתי פורמלי – דהיינו בסבל הכרוך בעצם כפיפותו להליך הפלילי.

שיקולים אלו מחייבים איזון שונה במקרה של עונש בלתי קצוב ומצדיקים לקבוע לחשוד זכות להשתתף בקביעת ההצעה קודם לגיבושה הסופי. מטעם זה סבורני כי ההסדרים הקיימים כיום במרבית מדינות אירופה, כגון גרמניה, צרפת ודנמרק, ואשר לא מקנים לחשוד כל מעמד בשלב הקודם לגיבוש הסופי של ההצעה, אינם מספקים. זכות כלשהי להציג את טענותיו קודם להכרעה סופית בדבר העונש ראוי שתיתן. השאלה היא מה צריך שיהיה אופייה של זכות זו. אפשרות אחת היא לקבוע כי החשוד יורשה לטעון טענותיו קודם לקביעה הראשונית של העונש על-ידי הרשות. אפשרות שנייה היא להעניק לו זכות להשיג על החלטת הרשות בפני גורם מינהלי אחר לאחר קביעה ראשונית של העונש, ולהסמיך את אותו גורם לתקן קביעה זו. אפשרות שלישית היא להעניק זכות לערור על העונש המוצע בפני בית-משפט. ודוק, אין הכוונה לזכות לדחות את ההצעה לעמוד לדין פלילי אלא לערר על ההחלטה המינהלית לקצוב עונש מסוים ולא אחר. זאת ועוד, אין הכוונה לערר על עצם השימוש בהליך החלופי. חשוד הסבור כי האירוע אינו מתאים לטיפול במסגרת חלופה יוכל, בלא צורך בערר, להעבירו לפסים של משפט פלילי. חשוד הסבור כי אין מקום לנקיטת הליכים נגדו יוכל לבקש מהרשות את ביטול ההליכים. אולם, כפי שאין ערר על הגשת כתב-אישום אין מקום לערר כנגד עצם נקיטת ההליכים נגד החשוד. הערר הנדון במסגרת החלופה השלישית הינו ערר על העונש בלבד, של חשוד המקבל אחריות למעשיו. זאת מכיוון שכפי שהראיתי לעיל החלטה על העונש מעוררת קשיים יחודיים המצדיקים השתתפות החשוד קודם לגיבושה הסופי.

יתרונה של האפשרות הראשונה הוא כי ההחלטה הראשונית תתקבל כבר לאחר שכל המידע שבידי החשוד והטענות שבפיו נשמעו על-ידי מקבל ההחלטה. בדרך זו לא יהיה צורך בקביעה מיותרת של עונש ובתיקונה. זאת ועוד, שימוע מוקדם נעשה מטבעו מתוך פתיחות גדולה יותר לטענות. לאחר קביעת העונש עלולה הרשות להיות "נעולה" על החלטתה ולהתקשות יותר לשנותה. גם אם בפועל תפעל הרשות בפתיחות, עשוי החשוד לחשוש, כאשר בקשתו תידחה, כי הרשות לא שמעה טענותיו בלב פתוח. מנגד, חסרונה העיקרי של חלופה זו הוא בסירבולה. חלופה זו כופה את השתתפות החשוד, בין אם החשוד סבור שיש לו טענות טובות שלא בידיעת הרשות ובין אם לא. יש לזכור כי במרבית המקרים תיק החקירה מקנה לרשות מידע מספק באשר למכלול השיקולים הרלבנטיים בקביעת העונש ולחשוד אין טענות או מידע היכולים להוסיף על שיקולים אלו. במקרים אלו פנייה מוקדמת לחשוד להביא טענותיו תאריך את ההליך ותסרבלו שלא לצורך. היא תחייב קיומו של הליך דו שלבי של הגשת ההצעה לעונש כאשר בשלב הראשון תודיע הרשות על כוונתה לקבוע עונש ותבקש מהחשוד להביא טענותיו ובשני תקצוב את העונש. הליך זה מיותר בייחוד באותם מקרים שבהם הרשות תפעל על-פי הנחיות מפורטות לענישה. אמנם ייתכן כי החשוד יוכל בטענותיו להראות כי עובדה הרלבנטית לשינוי העונש על-פי ההנחיות נשמטה מעיני הרשות אולם במקרים רבים לא תהיינה בידי טענות כנגד הפעלת הקריטריונים וההליך כולו יסורבל שלא לצורך.

החלופה השנייה, של השגה מינהלית, פותרת בעיה זו. היא מקנה לחשוד זכות להשמיע טענותיו רק אם ברצונו לעשות כן, ומאפשרת הליך חד שלבי בכל המקרים שבהם אין לחשוד טענות כנגד העונש שנקצב. מנגד, כל יתרונותיה של החלופה הראשונה לא מתקיימים בחלופה זו.

יתרונותיה של החלופה השלישית רבים. כמו החלופה השנייה היא מאפשרת, במקרים שבהם

לחשוד אין טענה כנגד קציבת העונש, לסיים את ההליך באמצעות מסירת הודעה אחת ותשובה אחת. מכיוון שבחינת החלטה נעשית על-ידי בית-משפט, החשש מפני חוסר פתיחות לשינוי החלטות או במראית עין של חוסר פתיחות כזה קטן. על רקע מעמדו המוסדי, ביקורת של בית-משפט מקטינה את החשש מפני קבלת החלטות שרירותיות או פסולות¹¹¹. אמנם, בידי החשוד לדחות את ההצעה מקום בו היא אינה הוגנת לדעתו, אולם כפי שהראיתי לעיל המעבר לאפיק הפלילי של מי שאך רוצה לטעון כנגד העונש עלול לפגוע בחשוד מעבר לדרוש. חסרונה העיקרי של חלופה זו הוא בעלותה. שימוש בהליך שיפוטי לשם מימוש זכות ההשתתפות של החשוד בקבלת החלטה עלול לחייב הקצאת משאבים גדולה, עד כי זו תרוקן מתוכן את היתרונות של השימוש בחלופה. זאת ועוד, הליך משפטי עלול להיות יקר ומסורבל מידי גם לחשוד, שעשוי להעדיף שלא לטעון טענותיו כדי לחסוך עלות זו. עם זאת, ניתן לדעתי לצמצם חששות אלו אם ייקבע הליך ערר פשוט ויעיל. כך, ניתן לקבוע כי החשוד יוכל במסגרת תשובתו לעונש להודיע כי הוא מקבל אחריות למעשה אך מבקש לערור על העונש בערר מנומק בכתב. הרשות תקבל את הערר ותעבירו, עם תשובתה וחומר הראיות, לבית-המשפט. הליך זה, אף כי הוא מסורבל מעט יותר מהליך מינהלי שאינו כפוף לביקורת שיפוטית, בוודאי יפחית מהנטל על רשויות האכיפה, בהשוואה למשאבים הנדרשים מהרשויות לצורך הליך פלילי מלא. גם לחשוד אופציה זו מקנה יתרונות משמעותיים. באמצעות זכות זו יוכל החשוד לחסוך מעצמו את הסבל, המתח והעלויות הכרוכות בניהול משפט פלילי. כמו כן, יוכל החשוד לזכות בבחינה שיפוטית של חומרת העונש בלא שהדבר יוביל להרשעתו בפלילים. הסדר זה עדיף, לדעתי, על ההסדר הקיים בהולנד, בבליה ובדנמרק, שאינו מקנה לחשוד אופציה לערור על העונש בלבד. כמו כן, יתרונו על פני ההסדר בגרמניה מתבטא בכך שהחלטה של בית-המשפט אינה מתקבלת רק על סמך מסמכי התביעה אלא גם על בסיס טענות החשוד. יתרה מזאת, הגשת הערר תהיה אפשרית רק אם החשוד מקבל אחריות למעשה, שכן אם הוא כופר באחריותו יהא עליו לדחות את ההצעה ולדרוש כי התביעה תוכיח את אשמתו בבית-המשפט. מטעמים אלו סבורני כי יתרונותיה של החלופה השלישית עולים על חסרונותיה.

יצוין, כי אין מניעה שהרשות תפנה לחשוד קודם להגשת ההצעה הפורמלית בלא שקיימת חובה לכך בחוק. לרשות עשוי להיות עניין בהליך כזה כאשר לדעתה יש בידי החשוד מידע או טענות אפשריות שלהם היא אינה מודעת או במקרים שבהם העונש המוצע הוא כה חמור עד כי יש להניח שתהא החלטה אשר תהא החשוד יערור עליה. במקרה כזה ניתן יהיה, בהידברות מוקדמת, להגיע לסיכום על העונש ובמסגרתו להסכים כי לא יוגש ערר¹¹². בדרך זו ניתן יהיה, בהסכמת שני הצדדים, להחליף את זכות הערר בזכות טיעון מוקדמת.

לסיכום, סבורני כי בחלופות כגון קנס מינהלי ועבירת קנס, המתבססות על הודעה רשמית של הרשות בה כלולה הצעה לעונש, יש להקנות לגורם ברשות סמכות לבטל החלטה על חלופה, בדומה לסמכות תובע לחזור בו מאישום, כדי לתקן טעות באשר לעצם פתיחת ההליך. בנוסף, בחלופות כמו אלו, כאשר העונש אינו קצוב, יש להקנות לחשוד זכות ערר בכתב לבית-משפט¹¹³. כמו כן, יש

¹¹¹ בגרמניה, כאמור לעיל בסעיף 4.3.3, צו ענישה שמוציא תובע כפוף לאישור בית-המשפט. אולם שם בית-המשפט מקבל החלטתו בלא לשמוע את טענות החשוד.

¹¹² כפי שהראינו לעיל, בדנמרק, אף שאין הליך של ערר, באה התביעה בדברים עם חשודים קודם לקביעת קנסות גבוהים במיוחד, כדי לוודא מראש שהצעת הענישה תתקבל.

¹¹³ הדברים האמורים לעיל אינם מתייחסים להסדרי טיעון אשר מעצם טיבם מתבססים על התדיינות מוקדמת בין התביעה לבין ההגנה. ההתדיינות המוקדמת מבטיחה רמה מספקת של השתתפות מוקדמת של ההגנה, קודם

להתיר לצדדים להגיע להסכם תקף על קיצור ההליכים הפורמליים להטלת עונש שסוכם מראש, כגון הסכמה על ויתור החשוד על זכות הערר, מקום בו קיימת התדיינות מוקדמת בין הצדדים.

7.8. הצורך בהודאת החשוד

כאמור, על-פי חלק מהחלופות ניתן להטיל על החשוד עונש בהסכמתו אף בלא שהוא הודה בביצוע העבירה. בהסדרי טיעון, בעבירות קנס ובעבירות מינהליות של קנס שאינו קצוב, על החשוד להודות בביצוע העבירה כתנאי לשימוש בחלופה, או, למצער, בהסכמתו לחלופה רואים אותו כמי שהודה. בכופר, בעבירות מינהליות של קנס קצוב, ובסגירת תיקים מותנית ניתן לאמץ את החלופה אף בלא הודאה של החשוד.

יש להניח, כי טעמי יעילות הנחו את המחוקק לאפשר אופציה זו בהליכי כופר ובעבירות מינהליות של קנס קצוב. ההנחה היא, כי יהיו חשודים לא מעטים שיסרבו לסנקציה, אם קבלתה תתפרש כהודאה באשמה. דבר זה יביא לריבוי הליכים משפטיים, שאותם ניסה המחוקק למנוע. אולם כנגד שיקולים אלו עומדים שיקולים כבדי משקל השוללים שימוש בחלופות בלא הודאה.

ראשית, פעמים רבות יש לעצם ההסכמה לעונש המינהלי השלכות לעתיד. כמובן שכך המצב כאשר לענישה החלופית מתלווה הרשעה, כמו בעבירות קנס ובהסדרי טיעון. אולם לעונש המוסכם השלכה לעתיד גם כאשר לענישה לא מתלווה הרשעה, כמו במקרה של הטלת כופר או קנס מינהלי. כך, למשל, כאשר אדם מבצע עבירה מינהלית, הרי שהעובדה שעבירה דומה כופרה על-ידו בעבר באמצעות קנס משפיעה על גובה הקנס המוטל עליו¹¹⁴. בדומה, תשלום כופר יכול שילקח בחשבון לחובתו כראיה מינהלית על ביצוע העבירה, באופן העלול לפסול את המשלם ממשרה ציבורית¹¹⁵. יש קושי להצדיק השלכות עתידיות אלו כאשר החלופה מספקת רק אמצעי לחלוקת סיכונים ועלויות בין הצדדים, ולא ניתן ללמוד ממנה דבר על אחריות הנאשם. ההודאה באשמה היא תחליף לקביעת בית-משפט כי הנאשם הפר את הדין, ובלעדיה אין בסיס למסקנה כי ההסכמה לקנס או לכופר מלמדים על אחריותו¹¹⁶. יתרה מזאת, אמון הציבור במערכת האכיפה צפוי להיפגע מקום בו אדם נענש בלא שהוכחה אשמתו באמצעות הודאתו או בראיות.

שנית, הוויתור על דרישת ההודאה עלול להגדיל את הסיכון שחפים מפשע יסכימו לשאת בעונש. אנשים שמטעמים עקרוניים אינם מוכנים להודות במעשה שלא עשו, עלולים להסכים לחלופה שאינה מחייבת הודאה, רק כדי לחסוך את הטרחה הכרוכה בהליך פלילי. גידול בנכונות של חפים

לקביעה סופית של העונש המוסכם. זאת ועוד, היתרון העיקרי של ערר על פני דחיית ההצעה בחלופות האחרות טמון בעובדה שהביקורת השיפוטית בערר לא יכולה לגרום לשינוי סיווג החיוב מאזרחי לפלילי. לעומת זאת, בהסדר טיעון, העונש המוטל הוא פלילי בכל מקרה. מטעם זה אין כל צורך בהליך של ערר על הצעת התביעה. אשר לכופר וסגירת תיק מותנית, אם אלו יוסדרו כחלק מהליך פורמלי אחיד של הצעת ענישה, כפי שמוצע להלן בסעיף 7.10, ההצעה לאפשר הליך ערר תהא ישימה גם לגביהם.

¹¹⁴ חוק העבירות המינהליות מסמיק את השר לקבוע קנס שונה לעבירה מינהלית חוזרת. ראו סעיף 2(ג) לחוק. ואכן כמעט בכל העבירות המינהליות שנקבעו קנס בגובה שונה לעבירה חוזרת.

¹¹⁵ ראו בג"ץ 194/93 **שגב נ' שר החוץ ואח'**, פ"ד מט(5) 57 (להלן: **בג"ץ שגב**), בעמ' 62. בית-המשפט התייחס לתשלום הכופר כאל הודאה, למרות שמשלם הכופר והנציבות אמרו מפורשות כי יש מחלוקת משפטית בשאלה אם המעשה מהווה עבירה.

¹¹⁶ מעניין לציין כי באנגליה ניתן לרשום "התראה פורמלית" לאדם רק אם הוא הודה בעבירה. בדמרק מהווה דרישת ההודאה תנאי לתשלום קנס מינהלי אולם בפועל מקבלים השלטונות קנס גם בלא הודאה, ובלבד שהקנס לא כופר מפורשות בביצוע העבירה.

מפשע להסכים לסנקציה עלול לפגוע בתמריצים של הרשות להבטיח, כי רק כאשר בידיה ראיות ברורות לביצוע העבירה יוטל על החשוד עונש. היענות רבה של חפים מפשע לסנקציות מרחיבה את הכר להתפתחות שחיתות ושרירות, והיא אף פוגעת בהרתעה, נוכח הפגיעה במתאם בין ביצוע עבירה לבין הסיכוי להיענש.

אמנם ייתכן, כי גם חשוד שביצע את העבירה יסרב לחלופה המחייבת אותו להודות בביצועה, בעיקר מקום בו להודאה באשמה יש השלכות פרקטיות כאמור לעיל. אולם הסבירות שאדם שביצע את העבירה יסרב לחלופה נוכח החובה להודות קטן יותר. אדם כזה יודע שהסבירות שירשע בתום הליך משפטי גבוהה, וכי להרשעה תהיינה השלכות שליליות לא פחות מלהודאה. גם תחושת הצדק הפנימית המונעת לעתים מחף מפשע להודות, לא תפעל באותה עוצמה אצל האשמים. לפיכך החובה להודות צפויה לצמצם את שיעור החפים מפשע שיסכימו לשאת בעונש.

מנגד, עולה החשש כי דרישת ההודאה באשמה תקטין את היתרונות שיש להליך החלופי, ולכן תקטין את השימוש בו. אולם קושי זה ניתן לפתור על-ידי הקלה בעונשים המוטלים במסגרת החלופה באופן שיפצה על דרישת ההודאה ויבטיח כי שיעור המסכימים לחלופה לא ייפגע. בעוד שהפחתה בחומרת העונשים צפויה להשפיע הן על נכונותם של החפים מפשע והן על נכונותם של האשמים להסכים לחלופה, הרי שדרישת ההודאה צפויה להשפיע יותר על נכונותם של החפים. לפיכך, עמידה על דרישת ההודאה והפחתה פרופורציונאלית בחומרת העונשים תוכלנה להבטיח כי מספר המסכימים לחלופות ייוותר בלא שינוי, אך מבין המסכימים, שיעור החפים שיענשו יקטן.

מטעמים אלו, ככלל, אין מקום להטיל עונש מוסכם בלא הודאה. רק כאשר יש צורך מיוחד בנכונות מהירה של החשוד לבצע פעולה מסוימת בהקדם, ניתן לוותר על דרישת ההודאה. כך, לדוגמה, לעתים, כדי להפסיק פעילות הפוגעת בתחרות, יש הצדקה לבקש צו מוסכם לפי חוק ההגבלים העסקיים, שבמסגרתו תוטלנה על החשוד חובות כדי למנוע פגיעה בתחרות. ביצוע הצו בלא להמתין להליכים משפטיים דרוש לעתים גם אם החשוד טוען כי לא בוצעה עבירה. בדומה, ייתכנו מקרים שבהם יש חשיבות מיוחדת כי חשוד יפצה את נפגע העבירה או יבצע פעולה אחרת לתיקון מעשיו, שאז ייתכן וניתן להסכים לסגירת תיק כדי לעודדו לעשות כן, אף בלא הודאה. עם זאת, ככלל, יש לדרוש את הודאת החשוד במעשה כתנאי להטלת העונש החלופי. כך, למשל, ראוי כי בהיעדר אינטרס חריג לעודד את החשוד להסכים לסנקציה, אין להסכים לסגירת תיק מותנית בלא שהחשוד הודה בביצוע העבירה.

הדין בסוגיית ההודאה כיום אינו קוהרנטי. כך, למשל, בעוד שבעבירות קנס תשלום הקנס מהווה הודאה, הרי שתשלום כופר אינו מהווה הודאה באשמה – למרות שהעבירות שבגינן הוא מוטל חמורות בהרבה. חוסר קוהרנטיות ניתן למצוא גם במסגרת חוק העבירות המינהליות. חוק זה דורש הודאה באשמה כחלק מהליך תשלום קנס מינהלי שאינו קצוב. ההודאה יכול שתהיה במפורש או במחדל, שכן גם מי שלא מגיב להודעת הרשם רואים אותו כמי שהודה¹¹⁷. מנגד, קנס

¹¹⁷ ראו סעיפים 9 (ב) ו-9 (ג) לחוק העבירות המינהליות.

מינהלי קצוב ניתן לשלם בלא להודות בביצוע העבירה¹¹⁸. לא מצאתי הצדקה להבחנה זו בין סוגי הקנסות המינהליים.

7.9. הרשעה

בחלק מן החלופות, הסכמת העבריין לעונש המותנה גוררת גם את הרשעתו בעבירה פלילית. מנגד, חלופות אחרות פוטרות את מי שנענש באמצעותן מההרשעה. השאלה באילו נסיבות ראוי ללוות את הסנקציה המוסכמת בהרשעה אינה פשוטה. שאלה זו זכתה לתשובות שונות בשיטות משפט שונות. כך, למשל, בדנמרק תשלום קנס המוטל על-ידי מפקד המשטרה המקומי נחשב כהרשעה לכל דבר¹¹⁹. גם בגרמניה, צו ענישה המוטל בגין עוונות הוא גזר-דין פלילי לכל דבר, אולם במקביל להליך של צו ענישה קיים הליך של סגירת תיק על תנאי, שבאמצעותו יכול אדם לתרום למדינה או לגוף אחר שייקבע על-ידי התובע סכום כסף, ועל-ידי כך להביא לסגירת התיק בלא הרשעה. כמו כן, בעבירות קלות יותר אומץ הליך של סנקציה אזרחית לחלוטין, שבו תשלום העונש אינו מהווה הרשעה¹²⁰.

מנגד, בסקוטלנד הוחלט כי תשלום הקנס המוטל על-ידי פרקליט המחוז לא יהווה הרשעה, כדי לעודד אנשים לסיים את ההליכים בתשלום קנס¹²¹. גישה דומה אימץ גם המחוקק בבלגיה כשקבע, כדי לעודד תשלום קנסות, כי תשלום הקנס אינו מהווה הרשעה פלילית ואינו גורר רישום במרשם הפלילי. גישה זו מעניינת במיוחד מכיוון שהקנס מוטל בבלגיה גם על חשודים בעבירות חמורות יחסית, שהעונש בגינן מגיע עד חמש שנות מאסר¹²². באיטליה ברוב ההליכים החלופיים הסכמת הנאשם גוררת רישום הרשעה לחובתו אולם בהליך של ענישה מוסכמת, שיכול לגרור עונש של עד שנתיים מאסר, אין הנאשם נדרש להודות כדי לזכות בחלופה והחוק שולל מפורשות את ההשלכות האזרחיות והמינהליות של הרשעה ממי שנשא עונש במסגרת חלופה זו¹²³.

בארץ ניכרת גישה שאינה אחידה בין הסנקציות השונות המוטלות בלא משפט. הסדרי טיעון נערכים בפני בית-המשפט וברוב המקרים לסנקציה המוטלת במסגרתם מתלווה הרשעה¹²⁴. סגירת תיקים מותנית אינה שונה מבחינת החוק מסגירת תיק מכל סיבה אחרת ולכן אינה מלווה בהרשעה. אולם בעוד שהמקור המשפטי של החלופה מסביר את ההבחנה בין הסדרי טיעון לבין סגירת תיקים מותנית, קשה יותר להסביר את ההבחנות לעניין זה בין הסנקציות הכספיות המוטלות על-ידי רשויות מינהליות. מן העבר האחד, בעבירות של ברירת קנס וברירת משפט, תשלום הקנס נחשב כהודאה באשמה וגורר הרשעה. מנגד, תשלום כופר או קנס מינהלי אינם גוררים הרשעה של המשלם.

¹¹⁸ ראו סעיף 8 לחוק.

¹¹⁹ ראו לעיל סעיף 4.4.4.

¹²⁰ ראו לעיל סעיף 4.3.

¹²¹ ראו לעיל סעיף 4.4.6.

¹²² ראו לעיל סעיף 4.4.3.

¹²³ ראו לעיל סעיף 4.4.5.

¹²⁴ לבית-המשפט סמכות, במקרים מסוימים, להימנע מלהרשיע נאשם שנמצא שביצע את העבירה, ולהטיל עליו צו שירות למען הציבור או צו מבחן.

ניתן לציין מספר שיקולים התומכים בהרשעת אדם שהסכים לחלופה. הימנעות מהרשעת אדם בהליך מינהלי פוגעת באמינותה של ההרשעה. העבירה בגינה מוצעת חלופה הינה עבירה פלילית. סיווג זה מלמד כי מידת החריגה של העבריין מהסטנדרטים החברתיים גדולה מספיק כדי להצדיק הרשעה פלילית¹²⁵. ההרשעה היא הטלת סטיגמה שלילית על מעשה זה. הימנעות מהרשעת מי שביצע עבירה זו פוגעת בכוחה של ההרשעה ככלי המצביע על מי שביצעו מעשה הראוי לגנאי.

זאת ועוד, ההליך המינהלי המדובר הינו אך חלופה להליך פלילי. במקרים רבים יעמוד מבצע העבירה לדין עקב מעשיו. כך יכול שיהיה אם תתגלע מחלוקת משפטית או עובדתית בינו לבין הרשות, או אם יבקש החשוד להראות קיומן של נסיבות המצדיקות הטלת עונש קל יותר מזה שהוטל על-ידי הרשות. עקב כך ייווצר מצב שבו השאלה אם אדם יורשע בפלילים תוכרע על-פי החלטה פרוצדוראלית שלו האם להסכים לעונש המוצע או לא, ולא על-פי אשמתו. שוב ישחק כוחה של ההרשעה כסמן המבחין בין מי שביצעו מעשים פסולים לבין אחרים.

מנגד, ישנם טעמים חזקים לא פחות המצדיקים הימנעות מהרשעת אדם בהליך מינהלי. ראשית, ההימנעות מהרשעה היא אחת התמורות הניתנות למי שמסכים לחלופה. כדי לאפשר שימוש אפקטיבי בחלופות יש להבטיח תמורה מספקת לעבריין. לפיכך אם אדם יורשע לאחר תשלום חובו, פחות חשודים יסכימו להליך המינהלי והיתרונות הגלומים בשימוש בחלופות יקטנו.

אולם חשוב מכך, לא אחת העונש המינהלי הוא עונש קל מאוד. במקרים רבים העונש כה קל עד כי לנקנס לא כדאי לפנות להליכים משפטיים גם אם הוא משוכנע בחפותו, שכן עלות ניהול הליכים על הזמן הנדרש לשם כך גדולה מעלות הנשיאה בעונש. במקרים אלו, הרשעת אדם רק משום שבחר לשלם קנס מינהלי תביא להרשעת חפים מפשע רבים. מעבר לנוק שהדבר גורם לנאשם שהורשע, יש בהרשעות מוטעות אלו כדי לפחת מאמינותה של ההרשעה כסמן לפסול מוסרי¹²⁶.

זאת ועוד, במקרים רבים רצוי לתת בידי התביעה כלי להטיל עונש על אדם בלא להטיל בו סטיגמה של הרשעה בפלילים. כפי שצינו לעיל, אחד מחסרונותיו של ההליך הפלילי כיום הוא אי התאמתו לעבירות קלות או לעבירות המתבצעות בלא אשמה, בעיקר בשל הסטיגמה השלילית המתלווה לעונש המוטל במסגרת הליך זה¹²⁷. במקרים רבים החלופות מוטלות בגין עבירות אשר מראש יש ספק אם היה מקום לסווגן כפליליות, ונראה כי רק טעמי נוחות או סיבות היסטוריות מונעים את סיווגן מחדש כהפרות אזרחיות¹²⁸. במקרים אחרים, יש הצדקה לסיווגה של העבירה כפלילית, אולם נוכח הנסיבות של ביצועה או נוכח נסיבותיו של עבריין מסוים, יש להימנע מצירוף סטיגמה פלילית לעונש המוטל. באותם מקרים שבהם יש צורך באכיפה וענישה אך אין מקום להטיל בנענש סטיגמה פלילית, החלופות יכולות לספק פתרון רק אם לא תתלווה לעונש המוטל הרשעה בפלילים.

¹²⁵ ראו A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford, 1999), 32-37; וכן הדיון לעיל בסעיף 3.7.

¹²⁶ ראו לעיל הטקסט הצמוד להערה 50.

¹²⁷ ראו לעיל בסעיף 3.7.

¹²⁸ ראו לעיל בסעיף 3.1. כמובן שניתן לטעון כי במקרים אלו הפתרון הוא סיווג ההפרות מחדש כאזרחיות. עם זאת, גם לפתרון זה חסרונות, אשר לעתים עולים על יתרונותיו. ראו על כך בהרחבה לעיל בסעיף 6.8.

בנוסף לכל זאת, ראוי להימנע ככל האפשר מהרשעת אדם שלא על-ידי בית-משפט. כפי שצינתי לעיל, לאור ייחודה של ההרשעה הפלילית, הרשעה בהליך מינהלי אינה רצויה, גם אם היא נעשית בהסכמה¹²⁹. ניתן כמובן לפתור בעיה זו על-ידי הכפפת החלופה לאישור שיפוטי, אולם פעולה זו תסרב את הליכי הטלת העונש המוסכם, ולכן תפגע ביעילות השימוש בחלופות ובתועלת שניתן להפיק מהן.

יש צורך לאזן בין מכלול השיקולים האמורים. מבין שיקולים אלו, סבורני כי ככל שהעבירה חמורה יותר, וככל שהסנקציה המינהלית כבדה יותר, כך מתחזקת עוצמת השיקולים המצדיקים הרשעה. כאשר העבירה חמורה החשש שהחשוד יסכים לחלופה רק כדי לחסוך את הטרחה שבניהול ההליך אינו גדול. בעבירות חמורות, חשיבות רישום ההרשעה גדולה יותר, הן כמכשיר להטלת סטיגמה שלילית בעבריו והן משום שמהימנות המרשם הפלילי חשובה במיוחד בעבירות חמורות. בעבירות אלו, ההליכים הפליליים נוטים להיות ארוכים יותר, ולכן גם הכפפת ההסכמה להליך שיפוטי קצר לא תפגע בתועלתה. מנגד, כאשר מדובר בעבירות קלות יחסית, וכאשר הסנקציה המינהלית המוטלת קלה, הרי שהסיכוי שאדם יסכים לעונש למרות חפותו גדל, וחשיבות הרשעת אותו אדם בפלילים קטנה.

עוד חשוב להבטיח כי לא יורשע אדם במסגרת חלופה, אלא אם הוא הודה בביצוע העבירה. כאמור לעיל, ההודאה מהווה אמצעי חשוב לצמצום החשש מפני הסכמת חפים לעונש. הקפדה על הודאה כתנאי להרשעה תצמצם את שיעור ההרשעות המוטעות. זאת ועוד, הרשעת אדם בלא שאשמתו הוכחה במשפט עלולה לפגוע באמון הציבור במהימנות הרישום הפלילי – כסמן לאשמה. כאשר מרשיעים את מי שהודה, ההימנעות ממשפט הופכת, במידה מסוימת, אך לסטייה טכנית מן הכלל שאין להרשיע אדם בלא משפט, שכן גם במשפט הודאת הנאשם שוללת את הצורך להוכיח את ביצוע העבירה. מטעם זה, העובדה שההודאה נמסרה מחוץ לכתלי בית-המשפט לא צריכה להשפיע על אמינות ההרשעה. לעומת זאת, מקום בו יורשע אדם שלא הודה ולא נמצא אשם בהליך שיפוטי, הפגיעה באמון שיירכש למירשם הפלילי עלולה להיות משמעותית.

האם ראוי לקבוע בחקיקה באילו מקרים יש לצרף הרשעה לעונש המוסכם, או שמא יש להותיר זאת לשיקול-הדעת של הצדדים? כפי שהראיתי לעיל, בחלק מן המדינות, כמו, למשל, בגרמניה, בידי התביעה סמכויות מקבילות להטיל עונשים כספיים בצירוף הרשעה (באמצעות צו ענישה) או בלא הרשעה (בדרך של הסכמה על תרומת כסף למדינה). באיטליה, ניתן בהליך של משפט מקוצר להטיל עונש, כולל עונש מאסר, אליו מצטרפת הרשעה, ובמקביל, בהליך של ענישה בהסכמה ניתן להטיל עונש, כולל עונש מאסר, אשר נלווית אליו הרשעה בעלת השלכות חלקיות בלבד¹³⁰. גם בארץ רשאי תובע לבחור בין הסדרי טיעון לבין כופר או סגירת תיק על תנאי, ובדרך זו לקבוע האם תתלווה הרשעה לעונש המוסכם. בנוסף, במסגרת הסדר טיעון ניתן להגיע להסכמות על מבחן ללא הרשעה. השאלה היא האם יש מקום לעגן הסדר שיתיר לצדדים לקבוע, בנוסף לעונש, גם אם לרשום לחובת הנענש הרשעה.

¹²⁹ ראו לעיל בסעיף 7.3.

¹³⁰ החוק קובע כי הטלת עונש בהסכמה שקולה להרשעה, אך להרשעה זו אין השלכות אזרחיות ומינהליות כמו להרשעה רגילה והיא נמחקת בתוך תקופה קצרה. ראו לעיל בסעיף 4.4.5.

התשובה לשאלה זו תלויה במידת היכולת לקבוע בחוק את הנסיבות שבהן יש מקום לצרף הרשעה לענישה המוסכמת. כך, לדוגמא, בחלופות של עונש קל וקצוב, כגון עבירת קנס או עבירות מינהליות שהעונש בגינן אינו גבוה, ניתן לקבוע בחוק שאין מקום להרשיע את הנקנסים. במקרים אלו אין להותיר לצדדים את האפשרות לקבוע בהסדר ביניהם כי לעונש תתלווה הרשעה, שכן רק במקרים חריגים, אם בכלל, יש מקום להרשיע אדם שהסכים לעונש קל מעין זה. לעומת זאת, קשה יותר לקבוע בחקיקה מהם המקרים שבהם סעיף העבירה ונסיבות ביצועה חמורים מספיק כדי להצדיק הרשעה. כיום בידי התביעה למנוע הרשעה באמצעות הליך של סגירת תיק מותנית. כאשר התביעה סבורה כי יש מקום לתגובה אכיפתית כנגד התוקף אולם אין מקום להביא להרשעתו, מוצע לו לעתים לפצות את נפגע העבירה, להתנצל או לפנות להליך גישור כתנאי לסגירת התיק. כמו כן יכולה התביעה להמליץ לבית-משפט, במסגרת הסדר טיעון, על חיוב נאשם בלא הרשעה. אולם חיוב כזה מופיע במרשם הפלילי. מנגד, כאשר התביעה סבורה כי יש מקום להרשעתו, החלופה היחידה שתתאפשר היא הסדר טיעון. בדומה, ניתן לבחור בין הטלת כופר לבין הטלת קנס במסגרת הסדר טיעון כאשר יש צורך בהרשעה. ההחלטה אם להסכים לכופר או להגיש כתב-אישום ולהגיע להסדר טיעון על קנס משליכה רק על הרשעתו של עבריין המס. אולם אם ניתן לתת לתביעה סמכות לקבוע אם לבחור חלופה שאליה מתלווה הרשעה, אין מניעה להסמיך את הצדדים לקבוע האם יש לצרף, במקרה מסוים, הרשעה לעונש המוסכם. כך, לדוגמא, ניתן לקבוע הליך ענישה מוסכמת אשר, ככלל, קבלתו לא תגרור את הרשעת הנקנס, אך לצרף סייג המאפשר לצדדים לקבוע בנסיבות מסוימות כי לחובת הנענש תירשם הרשעה. שימוש בחריג זה צריך שיותנה באישור גורם בכיר בתביעה ובנקיטת אמצעים שיבטיחו כי הנאשם הבין את משמעות הסכמתו לחלופה בטרם קיבלה. אמצעי אפשרי אחר הוא התניית צירוף הרשעה לעונש בייצוג הנאשם על-ידי עורך-דין.

נראה, כי בארץ השיקולים שהובאו לעיל לא עמדו לנגד עיני המחוקק בהחליטו באילו מקרים ללוות את החלופה בהרשעה. עבירות הקנס, ברוב המקרים, קלות מהעבירות שבגינן מוטל כופר, והן אף אינן חמורות, בדרך כלל, מעבירות מינהליות אשר תשלום הקנס בגינן פוטר מהרשעה. העונש בעבירות קנס קל משמעותית מהעונש המוטל במסגרת הליכי כופר, וגם הקנסות המינהליים הינם ברוב המקרים כבדים יותר.

מטעם זה אין לדעתי מקום להרשיע אדם בעקבות תשלום של דוח בעבירת קנס. הרשעה פלילית אינה הולמת עבירות אלו. ברוב המקרים אין מדובר בהפרות המצדיקות הטלת סטיגמה פלילית בעבריין. בפלילים יש להבטיח כי אשמתו של אדם תוכח מעבר לכל ספק סביר בטרם יורשע. אולם מקום בו יכול אדם לפטור עצמו מהליך פלילי תוך נשיאה בקנס הנמוך שבדוח, רבים מעדיפים לשלם את הקנס ולחסוך מעצמם את הטרחה שבניהול הגנה בהליך שיפוטי. לא אחת הם נמנעים מלבקש להישפט נוכח חוסר יכולתם להוכיח את חפותם או אי ידיעתם האם ביצעו את העבירה. כך, למשל, אדם אשר קיבל הודעת קנס על נסיעה במהירות מופרזת או עבירת חניה שנעשתה לפני מספר חודשים עלול שלא לזכור האם ביצע את העבירה וגם אם הוא זוכר שלא ביצעה, יהיה לו קושי מיוחד להוכיח זאת, כנגד דוח של שוטר או ממצאים של מכשיר אלקטרוני. גם מטעם זה רבים בוחרים לשלם את הקנס ולסיים בזאת את ההליכים. בדרך זו מורשעים רבים שלא ביצעו את עבירה. הדבר פוגע בכוחה הסטיגמטי של ההרשעה.

פגיעה נוספת בייחודה של העבירה הפלילית למעשים חמורים נגרמת עקב חוסר העקביות בשימוש בהרשעה, כפי שתואר לעיל. מי שעברו עבירות מס חמורות יחסית פטורים מהרשעה עם תשלום כופר או קנס מינהלי. לעומת זאת, מי שחנה בניגוד להוראות חוקי עזר עירוניים מורשע בעבירה פלילית. היעדר קשר רציונלי בין הרשעה בפלילים לבין חומרת המעשה נוגד את עקרון המידתיות ופוגע בכוחה של ההרשעה הפלילית כסמן לחומרת הסטייה של המעשה מהתנהגות חברתית ראויה.

חומרה מיוחדת יש להרשעה בהליך של ברירת משפט. בהליך זה הימנעות הנקנס מלהגיב להודעת הקנס הופכת את הודעת הקנס לסופית ומחייבת את הנקנס בכפל קנס. לאחרונה קבע בית-המשפט העליון כי רואים את הנקנס כמי שהורשע בדינו במועד שבו הוא מחויב בכפל קנס¹³¹. נוצר מצב בו אדם מורשע, לא רק בלא משפט, אלא אף בלא להודות או להגיב בדרך כלשהי להאשמות המוטחות בו¹³².

מנגד, סבורני כי יש קושי בהימנעות מהרשעת עברייני מס שעברו עבירות מירמה או העלמת מס ונפטרו מחבותם בכופר. חומרת העבירה במקרה זה גדולה, הסנקציה המינהלית גדולה גם היא, ולכן להרשעה תפקיד חשוב כסמן להתנהגות פסולה.

כפי שצוין לעיל, להרשעה פלילית עשויות להיות השלכות רבות על עתידו של המורשע, כגון לצורך קביעת כשירותו לקבלת היתר או רישיון או לקביעת התאמתו לתפקיד ציבורי. השאלה היא האם ישנן השלכות דומות או אחרות גם להסכמה לעונש מינהלי בלא הרשעה.

חוק העבירות המינהליות קובע כי אם שולם קנס מינהלי כופרה העבירה. גם הכופר, כפי שניתן להבין משמו, מכפר על העבירה. עם זאת, כפרת העבירה אין משמעותה איונה. משמעות הכפרה היא שבתשלום הכופר או הקנס המינהלי משתחרר המשלם מכל אחריות פלילית למעשה העבירה¹³³. אך תשלום הכופר וכמוהו תשלום הקנס המינהלי אינם מחילה כי אם אמצעי ענישה¹³⁴. אין דינו של הנושא בעונש מינהלי כדינם של מי שזוכה או מי שלא נחשד כלל בעבירה. שורה של הוראות בחקיקה מלמדות כי אין בתשלום קנס מינהלי כדי לאיין את עצם ביצוע העבירה. כך, קובע חוק העבירות המינהליות כי אמנם עם תשלום הקנס כופרה העבירה, אולם אין בתשלום קנס או כופר כדי לפטור את המשלם מהוראות כל חיקוק¹³⁵. כן נקבע כי חילוט אינו סותר הטלת קנס מינהלי או כופר¹³⁶. לתשלום כופר או קנס מינהלי יש תוצאה דומה לתוצאת הרשעה לצורך מתן אישור ליבואן בהסדר לפי חוק מס קניה¹³⁷. הטלת כופר, כמו הרשעה, מאריכה

¹³¹ ראו בג"ץ 1618/97 סצ"י נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 542, בעמ' 549; ע"פ 3482/99 פסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 715. בינתיים עוגנו הדברים בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 32), תשס"א-2001 שהוסיף לחוק העיקרי את סעיף 229 (ח) הקובע כי בחלוף המועדים לתשלום רואים בנקנס כמי שהורשע בבית-המשפט ונגזר עליו הקנס הקבוע בהודעת תשלום הקנס.

¹³² גם בעבירות אחרות המוגדרות קלות לפי סעיף 240 לחוק סדר הדין הפלילי, ובכללן כל עבירות הקנס, ניתן להרשיע אדם שלא בפניו אם לא התייצב לדין, ואף בלא שהזוהר שאי התייצבותו יכולה להביא להרשעתו שלא בפניו. לפיכך גם בעבירות אלו מחדלו של הנאשם מלהגיב להזמנה ששלחה אליו עלול להביא להרשעתו.

¹³³ ראו עמ"ר, לעיל הערה 88, בעמ' 161.

¹³⁴ ראו ש' שטרית, "כופר כסף – ענישה פלילית בידי המינהל", משפטים ב (תש"ל) 577, בעמ' 585-584.

¹³⁵ סעיף 23 לחוק העבירות המינהליות וכן סעיף 123 לפקודת מס ערך מוסף, תשל"ו-1976 (להלן: פקודת מע"מ).

¹³⁶ סעיף 24 לחוק העבירות המינהליות וסעיף 124 לפקודת מע"מ.

¹³⁷ ראו סעיפים 6 ו-66 לחוק מס קניה (טובין ושירותים), תשי"ב-1952.

את התקופה שבמהלכה רשאי נציב מס הכנסה לעיין מחדש בשומות ולתקן. על אופיו העונשי של הכופר ניתן ללמוד גם מההוראות הרבות המקבילות אותו לקנס לעניין גבייה, איסור תשלום על-ידי הזולת¹³⁸, איסור בניכוי כהוצאה ועוד¹³⁹. תשלום הכופר גם אינו מונע מרשות מינהלית לשקול את עצם ביצוע העבירה בבואה להכריע האם למנות את משלם הכופר לתפקיד ממלכתי בכיר¹⁴⁰. לכך יש להוסיף את העובדה שהמחוקק עצמו ראה בתשלום קנס מינהלי שיקול רלבנטי לעניין גובהו של קנס מינהלי על עבירה חוזרת. לפיכך, נראה, כי היעדרה של הרשעה בתשלום כופר או קנס מינהלי אינה שוללת את סמכות הרשות להתייחס בעתיד לביצוע העבירה בשיקוליה, ככל שהדבר רלבנטי.

אחת ההשלכות העיקריות של ההרשעה בפלילים היא היכולת להציגה בבית-המשפט כראיה לחובת הנאשם בשלב הטיעונים לעונש. האם ניתן להתחשב בעבירה שנסתיימה בעונש מינהלי כשיקול לחומרה מקום בו העבריין מבצע עבירה נוספת? לשאלה זו חשיבות רבה בבחינת האפקטיביות של הענישה המינהלית להרתעת היחיד. בהליכים פליליים יש לגליון הרישום הפלילי חשיבות רבה בקביעת עונשו של אדם. בדרך כלל בשלב גזירת הדין מציג התובע כראיה מרכזית (ולרוב יחידה) לעונש את המרשם הפלילי של העבריין¹⁴¹. לרישום השלכה על עונשו בעבירות החדשות, ולכן יש לו אפקט מרתיע. אם לא ניתן יהיה להציג בפני בית-המשפט מידע על עבירות בגינן נשא הנאשם בעונשים מינהליים, תיפגע ההרתעה האישית המושגת על-ידי הענישה המינהלית.

כאשר העבירה המאוחרת מטופלת במישור המינהלי, אין ספק שניתן יהיה להיעזר במידע על עונשים מינהליים קודמים שנשא העבריין בקביעת עונשו במקרה זה. החלטת הרשות במקרים הקודמים להטיל על העבריין סנקציה והסכמתו לסנקציה האמורה הינן ראיות מספקות במשפט המינהלי לצורך המסקנה כי העבריין ביצע עבירות דומות בעבר¹⁴². שיקול זה הינו בוודאי שיקול רלבנטי לקביעת העונש. מטעם זה רשאית רשות מס להטיל כופר בסכום גבוה מקום בו לנישום עבירות קודמות שבגינן שולם כופר כסף, או שהוטלו עליו קנסות מינהליים בעבר. הרשות רשאית גם לסרב לבקשה להטיל כופר ולהעביר את התיק להליכים פליליים נוכח עבירות שביצע בעבר גם אם אלו נסתיימו בסנקציה מינהלית. למעשה, המחוקק הכיר בשיקול זה מפורשות בעבירות מינהליות של קנס קצוב ובעבירות קנס כאשר קבע כי ניתן להטיל קנסות גבוהים יותר בגין עבירה חוזרת¹⁴³. גם מכאן ניתן ללמוד כי העובדה שבוצעה בעבר עבירה הינה שיקול רלבנטי לעונש, גם כאשר ההליך נסתיים בסנקציה מינהלית.

¹³⁸ ראו סעיף 2220 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], וסעיף 263 לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

¹³⁹ לדעה שונה בדבר מהותו של הכופר והשלכותיו ראו א' וינרוט וב' אדלשטיין, "תשלום כופר כשיקול במינוי לכהונת דירקטור בתאגיד בנקאי", מיסים 1/ (פברואר 1996) א-35.

¹⁴⁰ ראו בג"ץ **שגב**, לעיל הערה 115.

¹⁴¹ ראו סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע "הרשיע בית-המשפט את הנאשם, יביא התובע לענין העונש ראיות בדבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם, ורשאי הוא גם להביא ראיות אחרות לענין זה".

¹⁴² לכללי הראיות במשפט המינהלי ראו ב' ברכה, לעיל הערה 15, בעמ' 288-308; וכן י' זמיר, לעיל הערה 11, בעמ' 750-756. לעניין תשלום כופר כראיה מינהלית לביצוע עבירה פלילית בעבר ראו בג"ץ **שגב**, לעיל הערה 115; עמ"ה (ח"י) 28/95 **עיסה נ' פקיד שומה עכו נהריה**, מיסים יב/2 (אפריל 1992) 152.

¹⁴³ ראו סעיף 221(ב) לחוק סדר הדין הפלילי וסעיף 2(ג) לחוק העבירות המינהליות. בפועל נקבעו בתקנות קנסות בסכומים גבוהים יותר בעבירות חוזרות.

קשה יותר השאלה כאשר ההליך המאוחר הינו פלילי. במקרה זה החוק מסדיר מפורשות רק את דרכי הבאת הראיות בדבר הרשעות קודמות. אף כי חוק סדר הדין הפלילי קובע מפורשות כי התובע רשאי להביא גם ראיות נוספות לעונש, אין בו הסדר מפורש המתיר הבאת ראיות בדבר עבירות קודמות שנסתיימו בסנקציה מינהלית.

ראשית, ניתן לטעון כי כלל לא ברור כי עצם החלטתו של אדם לשאת בעונש מינהלי מוסכם, כשלא מתלווה להחלטה הודאה באשמה, מלמדת כי העבירה בוצעה. בניגוד למצב בעבירות קנס, לא נקבע בחוק כי בתשלום הכופר או הקנס המינהלי יש משום הודאה באשמה¹⁴⁴. עם זאת, מבג"ץ שגב¹⁴⁵ עולה כי בית-המשפט רואה בתשלום כופר משום הודאה בביצוע העבירה, וזאת למרות שבאותו מקרה היו חילוקי דעות בין משלם הכופר לבין רשויות המס בשאלה אם המעשה מהווה עבירה. בכל מקרה, גם בהתעלם מהערת אגב זו, סבורני כי בדרך כלל שילוב של החלטה על הטלת כופר או קנס מינהלי עם החלטת הנקנס לשלם את הכופר מהווה בסיס ראיתי מספק לקביעה כי העבירה בוצעה.

השאלה האם ניתן להביא ראיות על עבירות קודמות של הנאשם למרות שהנאשם לא הורשע בהן, כמעט ולא נדונה בפסיקה. במקרה אחד העיר בית-המשפט, בלא להכריע, כי הבאת ראיות להוכחת היות הנאשם סוחר סמים דרך קבע בשלב הטיעון לעונש היא צעד קיצוני המחייב זהירות מרבית, אפילו אם במקרים מסוימים ניתן ורצוי לנקוט בו¹⁴⁶. עם זאת, באותו מקרה לא דובר בעבירות שבגינן נענש החשוד בהליך מינהלי. בשאלה זו לא נקבעה עדיין הלכה ברורה בבית-המשפט העליון¹⁴⁷.

בערכאות אחרות השאלה עלתה, והתשובות עליה היו סותרות. בעוד שהיו בתי-משפט שהתירו, בשלב הטיעון לעונש, הבאת ראיות בדבר כופר קודם ששילם הנאשם, היו גם שאסרו זאת¹⁴⁸. ההכרעה בשאלות אלו מחייבת קביעה מוקדמת באשר לכללי קבילות הראיות ונטל ההוכחה בשלב הטיעונים לעונש. בארצות-הברית, שם נדונה הסוגיה בהרחבה, נקבע כי לצורך גזר-הדין רשאי בית-המשפט להשתמש כמעט בכל ראיה רלבנטית, גם אם לצורך קביעת האשמה הראיה הייתה בלתי קבילה. מטעם זה מותר שימוש בעדויות שמיעה כמו גם בראיות שהושגו בחיפוש או במעצר

¹⁴⁴ למעט מבמקרה של עבירה של קנס שאינו קצוב. ראו סעיף 9 לחוק העבירות המינהליות.

¹⁴⁵ בג"ץ שגב, לעיל הערה 115, בעמ' 62.

¹⁴⁶ ראו ע"פ 360/80 אפנג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 228.

¹⁴⁷ יש הסוברים כי על-פי סעיף 188 לחוק סדר הדין הפלילי, ניתן להביא כראיות לעונש גם מידע על תיקים שנסגרו בלא שהוגש כתב-אישום, ובמקרה כזה בוודאי שניתן להביא את פרטי המרשם המשטרתי הנוגעים לתיקים שנסגרו בשל תשלום קנס מינהלי כשקיים רישום כאמור. ראו י' קדמי, **על סדר הדין בפלילים** (חלק שני, ספר שני, תשנ"ח-1998), 1005. המחבר מעלה את הסברה שעל-פיה, נוכח ההוראה המאפשרת הצגת המרשם הפלילי לפני גזר-הדין, הרי שניתן להציג את המרשם של כל התיקים מלבד זיכויים, ובכלל זה תיקים שבהם לא הוגשו כתבי-אישום. לדעתי קשה לקבל עמדה זו. אמנם סעיף 188 קובע כי העתק של המרשם הפלילי קביל כראיה בתנאים האמורים בסעיף, אולם בכך אין לדעתי למצוא היתר לקבילות מידע על תיקים שלא הסתיימו בהחלטה של בית-המשפט. ראשית, המרשם הפלילי לעניין זה הינו רק מרשם פסקי-הדין המחייבים של בית-המשפט, לפי סעיפים 1(א) ו-2 של חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי). מרשם זה אינו כולל תיקים שנגנזו. המידע על תיקים אלו מופיע במרשם המשטרתי הפנימי, המתנהל לפי סעיף 1(ג) לחוק המרשם הפלילי, מרשם שאינו חלק מ"המרשם הפלילי". שנית, סעיף 188 מתייחס מפורשות להצגת המרשם כאמצעי להוכחת הרשעות קודמות, כאמור בסעיף 187, ולכן לא ניתן להשתמש במרשם כדי להוכיח פריטים אחרים.

¹⁴⁸ ראו ת"פ (עפולה) 81/89 מדינת ישראל נ' מוסטאפה, מיסים ד/3 (יוני 1990) ה-152 "אינני לוקח בחשבון את טענת ב"כ המאשימה שהנאשם עבר כבר בעבר עבירה כזו והוטל עליו תשלום כופר, לפי בקשתו, מכיון שאינני רואה זאת כהרשעה קודמת". מנגד ראו ת"פ (ב"ש) 923/89 מדינת ישראל נ' אלקשור נא(2) 260, בעמ' 264 "כופר מוטל, בדרך כלל, על אדם שהוא אשם בעבירה... על-כן, הגם שלא בלי היסוס, אני מתיר את הגשת הבקשה להמרת משפט". ראו גם עמיר, לעיל הערה 88, בעמ' 164.

בלתי חוקתיים¹⁴⁹. עוד נקבע כי בשלב הראיות לעונש מותר לקבל כראיה גם מידע על עבירות שבגינן הנאשם לא הורשע¹⁵⁰, ואפילו עבירות שבגינן הנאשם זוכה, כאשר אלו הוכחו לפי מאזן ההסתברויות¹⁵¹. אפילו כאשר החוק קובע עונש מינימום או עונש חובה כשהעבירה נעשית בנסיבות מסוימות, די להוכיח את אותן נסיבות במאזן ההסתברויות, לפחות כל עוד ההחמרה בעונש אינה כה גדולה עד שהיא "זנב המכשכש בכלב של העבירה המהותית"¹⁵². בארץ שאלות אלו טרם נדונו. ייתכן וניתן ללמוד על גישת בתי-המשפט מהאופן שבו מתקבלים תסקירי קצין מבחן. תסקירים אלו, ובכלל זה תסקירי נפגע העבירה, מובאים בשלב גזירת הדין בלא הכפפת האמור בתסקירים לבחינה בחקירה נגדית, ובלא שהאמור בהם הוכח מעבר לכל ספק סביר¹⁵³. גישה זו מרמזת כי גם בארץ ניתן להסתפק בעדויות שמיעה מעין זו, ואין צורך בהוכחת הטענות מעבר לכל ספק סביר בשלב הטיעונים לעונש¹⁵⁴.

בפועל, התביעה נמנעת בדרך כלל מהבאת ראיות על עבירות פליליות אם אלו אינן מופיעות במרשם הפלילי. נראה כי אחת הסיבות לכך נעוצה בקושי הטכני הכרוך בהוכחת עבירות קודמות במצב זה. החוק קובע הסדרים ברורים ופשוטים להבאת המרשם הפלילי כראיה, אולם אין הסדרים דומים להוכחת תשלום כופר או קנס. בשונה מהרישום הפלילי שמתוּק בתיק התביעה בכל מקרה שבו מוגש כתב-אישום, הנתונים בדבר קנסות מינהליים וכופר מפוזרים ברשויות השונות ואינם כה זמינים.

האם ראוי לאפשר הצגת מידע על סנקציות מינהליות קודמות כראיה לעונש בהליך פלילי? לדעת התשובה על כך חיובית. האינטרס הציבורי בהרתעת היחיד, כמו גם הצורך להבטיח עונש הולם המתחשב ברצידיביזם של העבריין, מחייבים זאת. אמנם ניתן לטעון כי נטיית החשודים להסכים לחלופה תקטן אם הסכמתם תשליך על עונשם בעבירות עתידיות. עם זאת, מי שאינו מתכוון להפר שוב את הוראות החוק לא יירתע מהעובדה שהסכמתו תשמש כראיה לחומרה אם יורשע בעתיד בהליכים פליליים.

אמנם, הדברים אינם נכונים לגבי אלו החוששים כי בעתיד יעמדו לדין פלילי בעבירות דומות. בהחלט ייתכן כי מבין אלו יהיו שיסכימו לעונש המינהלי רק אם העונש לא ייחשב לחובתם לכשיועמדו לדין בעתיד. מטעם זה, מתן היתר לשימוש במידע בטיעונים לעונש בהליך פלילי יקטין במעט את מספר הנענים להצעה לעונש המינהלי. אולם אלו שיבחרו בחלופה מכיוון שבחירה זו

¹⁴⁹ W.R. LaFave, J.H. Israel, & H.J. King, *Criminal Procedure* (v. 4, 2nd ed., Criminal Practice Series, St. Paul, Minn., 1999), §26.5(a)

¹⁵⁰ ראו *Williams v. New York* 337 U.S. 241 (1949) (עונש מוות נגזר על נאשם ברצח בניגוד להמלצת המושבעים להטיל מאסר עולם בלבד, בהתבסס על תסקיר מבחן שחשף שהנאשם ביצע כ-30 עבירות פריצה קודמות, מידע שלא היה ידוע למושבעים, וזאת, אף שהנאשם מעולם לא הועמד לדין בגין עבירות אלו).

¹⁵¹ ראו *United States v. Watts* 519 U.S. 148 (1997) (אין מניעה לקבוע את רמת הענישה לפי ההנחיות לענישה גם בהתבסס על עובדות שחבר המושבעים קבע שלא הוכחו שכן בשלב גזירת הדין רמת ההוכחה הנדרשת היא מאזן ההסתברויות).

¹⁵² "A tail which wags the dog of the substantive offense" ראו *McMillan v. Pennsylvania* 447 U.S. 79 (1986)

¹⁵³ אך ראו לאחרונה, החלטת השופט ע' ר' זועבי בת"פ (נצרת) 1027/01 **מדינת ישראל נ' פלדמן** (טרם פורסם), שם נדחתה בקשת התביעה להביא בפני בית-המשפט בשלב גזירת הדין הצהרת נפגע לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה. בית-המשפט קבע כי ההוראה אינה בתוקף עדיין, אך גם לו היא הייתה בתוקף, החוק החדש לא בא לתת זכות גורפת לאי העדת הנפגע בהליך הפלילי. זכות הנאשם לחקור עד בחקירה נגדית נגזרת מזכותו למשפט הוגן ומעוגנת ומושרשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁵⁴ מנגד ניתן לטעון כי מדובר בהסדר ספציפי המוסדר בהוראת חוק מפורשת. ראו סעיף 191 לחוק סדר הדין הפלילי הקובע את אופן השימוש בתסקירי מבחן.

תקטין את עונשם בעתיד, הם אלו שמועדים יותר לעבור עבירות בעתיד. לגביהם יש להרתעה משנה חשיבות. דווקא קבוצה זו, ראוי שתדע כי עבירות חוזרות יזכו את חבריה בענישה מחמירה. גם אם מספר המסכימים לעונש המינהלי יקטן במידת מה נוכח השלכת ההליך על העונשים בעתיד, חיסרון זה אינו משתווה ליתרון שבהרתעת אלו הסבורים כי בעתיד ישובו ויפרו את החוק. ייתכן אף שראוי לעודד את מי שצופים לעבור עבירות בעתיד לפנות להליך פלילי, כדי להביא להרשעתם ולהטלת עונשים מותנים שיסייעו להרתיעם מלהפר את החוק בעתיד.

סבורני גם כי אין כל מניעה, גם במצב החקיקתי הנוכחי, להציג, בשלב הטיעון לעונש, מידע על עבירות קודמות גם כאשר אלו נסתיימו בסנקציה מינהלית שלא לוותה בהרשעה. החוק קובע מפורשות כי תובע רשאי להביא ראיות נוספות, מעבר לראיות בדבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם¹⁵⁵. ברור, אם כן, כי גם ראיות אחרות העשויות להשליך על העונש שראוי להטיל על הנאשם יכול שיובאו על-ידי התובע. ראיה לביצוע עבירות שבגינן הנאשם לא הורשע נוכח הסכמתו לחלופה, הינה בוודאי ראיה רלבנטית. נראה כי די בהוכחת החלטת הרשות המינהלית להטיל עונש והסכמת הנאשם לעונש כדי שבית-המשפט ישתכנע, בהיעדר ראיות לסתור, שהנאשם אכן ביצע את העבירה שבגינה הוא נענש בעבר¹⁵⁶.

עם זאת, הן לצורך הסרת הספקות בדבר קבילות הראיות בעניין הטלת כופר או קנס מינהלי והן כדי לאפשר טכנית הצגת ראיות אלו ראוי לקבוע בחוק הסדר המאפשר הצגת מרשם בדבר תשלומים אלו, בדומה להסדר המאפשר כיום את הצגת המרשם הפלילי. הוראה כזו תיתן בידי התביעה כלי פשוט ואפקטיבי לגלות כי היו עבירות קודמות ולהציגן בבית-המשפט.

כאמור בסעיף הקודם, סבורני כי בהסדר עתידי ראוי לקבוע, ככלל, שחשוד חייב להודות בביצוע העבירה כתנאי להטלת העונש המוסכם, ורק במקרים חריגים לאפשר הטלת חיובים בלא הודאה. אם תתקבל עמדה זו ניתן לראות בהודאה ראיה לביצוע העבירה, ולהתיר הצגתה בשלב קביעת העונש בהליך פלילי או מינהלי מאוחר יותר. במקרים שבהם הוסכם בין הצדדים כי החיוב יוטל בלא הודאה, אין לראות בחיוב ראיה לביצוע העבירה. זאת מכיוון שקיומו של סיכום מפורש כאמור לחרוג מן הכלל הקובע שענישה מוסכמת תוטל בכפוף להודאה מחליש מאוד את הערך ההוכחתי של ביצוע החיוב. זאת ועוד, שימוש בהסכמה של אדם לחיוב כשזו ניתנה במפורש בלא להודות במעשה שולל למעשה כל נפקות ממשית מחסרונה של ההודאה, ומרוקן מתוכן הסדר זה, שיתרוניתו, במקרים חריגים, הוצגו בתת-הפרק הקודם.

7.10. הצעה לאיחוד החלופות

קיום מגוון רחב של חלופות של ענישה בהסכמה מאפשר חופש פעולה נרחב לרשויות. כך, יכולה רשות התביעה לבחור בין אמצעי הענישה הפורמליים, כגון קנס או מאסר, בהחליטה על הסדר טיעון, לבין אמצעי ענישה בלתי פורמליים, כגון התנצלות, תיקון נזקי העבירה או התפטרות ממשרה בהליך של סגירת תיק מותנית. בדומה יכול מחוקק המשנה לבחור בין קנס המלווה בהרשעה באמצעות קביעת עבירת קנס לבין קנס שאינו מלווה בהרשעה בקביעת עבירה כמינהלית.

¹⁵⁵ סעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁵⁶ זאת בתנאי שרמת ההוכחה בשלב הצגת הראיות לעונש אינה כה גבוהה כנדרש בשלב קביעת האשמה.

אולם, מן הצד השני, ריבוי ההסדרים דווקא פוגע בגמישות. הצדדים מחויבים לבחור בהסדר קיים כחבילה אחת, על כל השלכותיה, אף אם התוצאה האופטימלית תושג מאימוץ מרכיבים מהסדרים שונים. כך, לדוגמה, מקום בו סנקציה כספית היא העונש ההולם יכולים הצדדים להסכים על הסדר טיעון. אולם במקרה כזה הם כפופים למכלול המאפיינים של הסדרי טיעון, שאינם בהכרח הולמים את הסיטואציה. כך, ייתכן כי בנסיבות המקרה ראוי היה שלא ללוות את העונש הכספי ברישום פלילי, אולם הסדר טיעון מחייב רישום כזה. מנגד, בחירה בחלופה של סגירת תיק על תנאי תאפשר ענישה בלא רישום פלילי, אולם תקשה על הטלת סנקציה כספית כעונש. בדומה, יכול מחוקק המשנה לבחור בין קנס מינהלי לבין עבירת קנס בהתאם לשאלה האם ראוי לצרף הרשעה לעונש. אולם משנבחרה החלופה של עבירת קנס כדי לאפשר הרשעה, לא ניתן לקבוע הסדר של קנס שאינו קצוב, המופיע בחוק העבירות המינהליות, גם כאשר הסדר זה מתאים יותר לאותה עבירה.

לבעיה זו מצטרפים הקשיים שכבר נדונו בפרק זה: חוסר הקוהרנטיות של ההסדרים הקיימים, הצורך לעודד את השימוש בחלופות ולהבטיח כי הטלת העונשים באמצעות החלופות תיעשה בהליך הוגן. לאור כל אלו יש מקום לבחון רביזיה בגישה לחלופות, אשר במסגרתה יאוחדו רוב החלופות להסדר גמיש אחד, שניתן להתאימו לצרכים המשתנים במקרים השונים. להלן, בקווים כלליים, הצעה להסדר של ענישה בהסכמה, המותווית על-פי מסקנות פרק זה והפרקים הקודמים. אין הכוונה לעמוד במסגרת זו על כל הפרטים של ההסדר המוצע. עקרונות רבים באשר להסדר זה הובאו במהלך הפרק, במסגרת הדיון במאפיינים השונים של החלופות, ורק חלקם יוזכר כאן בשנית. הדגש בפרק זה הוא על האופן שבו מוצע ליצור מבנה אינטגרטיבי של החלופות של ענישה בהסכמה, בהתאם למסקנות שאליהן הגעתי בחלקים הקודמים של העבודה.

מוצע שהוראת היסוד של ההסדר תקבע כי תובע המוסמך להחליט שלא להגיש כתב-אישום בשל היעדר עניין לציבור, מוסמך, במקום להעמיד את החשוד לדין, להציע לו לשלם קנס או לשאת בעונש אחר כתנאי לסגירת התיק נגדו. אם החשוד יקבל את ההצעה וישא בעונש המוסכם, יופסקו ההליכים הפליליים נגדו. על בסיס הוראת יסוד זו, ייקבעו שורה של חריגים באשר לזהות מטיל העונש, סוג העונש המוטל, קציבת העונש, הליכי הטלתו וכיוצא באלה.

בהסדר הבסיסי יינתן לתובע שיקול-דעת לקצוב את הקנס או העונש האחר. שיקול-דעת זה יאפשר התאמת העונש לחומרת העבירה ולנסיבותיה¹⁵⁷. הנחיות לענישה שייקבעו, לפחות בעבירות נפוצות, יבטיחו רמת ודאות ואחידות סבירה ויסייעו לפיקוח ציבורי על הענישה¹⁵⁸. כדי לאפשר הליכי ענישה מהירים בעבירות קלות מוצע לקבוע הוראות מיוחדות שיחולו על עבירות שבגינן נקבע בחקיקה קנס קצוב¹⁵⁹. הוראות אלו יחליפו את עבירות הקנס וההסדר של קנס קצוב בחוק העבירות המינהליות. בעבירות אלו ניתן יהיה להתיר הטלת עונש בלא מתן זכות טיעון מוקדמת, כאשר הנקנס רשאי לפנות בבקשה לביטול קנס או לבקש להישפט, כפי שנעשה כיום בעבירות קנס ובעבירות מינהליות. כאשר העבירה נקבעה כעבירה של קנס קצוב, ניתן להסמיך גם

¹⁵⁷ ראו לעיל בסעיף 7.5.

¹⁵⁸ לענין זה ראו להלן.

¹⁵⁹ השיקולים לשימוש בעונש קצוב הינם חומרת העבירה והעונש המוטל עליה, מידת השונות בין חומרת העונשים המוטלים על אותה עבירה וחוסר היכולת להגדיר שונות זו בחקיקה וליצור מדרגים של עונשים בהתאם. ראו לעיל בסעיף 7.5.

שוטרים ומפקחים מטעם הרשויות המופקדות על החוק שהופר – ולא רק תובעים – להטיל את הקנס. כדי לאפשר ביקורת גם במקרים אלו, יש להקנות לחשוד-הקנס זכות לפנות לתובע בבקשה לבטל את הקנס. בנוסף, כפי שרשאי תובע להחליט כי בנסיבות המקרה יש להגיש כתב-אישום ולא להסתפק בקנס הקצוב הקבוע בחוק, אין מניעה כי גם בעבירות של קנס קצוב יוכל תובע, נוכח חומרת הנסיבות, להטיל עונש שייקצב על-ידו באמצעות החלופה הכללית. בדרך זו ניתן יהיה להפיק את מרב התועלת משני העולמות – גם הליכים פשוטים ומהירים של עונש קצוב ברוב המכריע של המקרים, וגם אופציה לעונש בלתי קצוב, במקום הליך פלילי מלא, כאשר הצדדים מסכימים על עונש אחר.

מנגד, בכל מקרה שהעונש המוטל אינו עונש הקצוב בחוק, הסמכות היחידה להטילו צריכה להיות של התביעה. מטעם זה יש לבטל את מוסד הכופר, כך שסנקציה כספית בגין עבירת מס ניתן יהיה להטיל רק במסגרת החלופה הכללית, על-ידי התביעה. מוצע לקבוע זכות ערר בכתב לבית-משפט על קציבת עונש על-ידי תובע. אף כי במרבית המדינות שבהן קיים הליך של ענישה על-ידי תובע אין לחשוד זכות כזו, סבורני, כפי שהראיתי לעיל, כי זכות ערר זו נדרשת. מקום בו נפגע העבירה זכאי לטעון טענותיו בפני התביעה כנגד הסדר טיעון, יש להקנות לו זכות טיעון דומה גם בהליך חלופי זה.

סבורני, כי אין זה רצוי שהחלופה הכללית המוצעת תחליף את הנוהג של הסדרי הטיעון, ועדיף שנוהג זה ימשיך להתקיים במקביל לה. בדרך זו ניתן יהיה להימנע מהטלת עונשי מאסר בפועל או מותנים במסגרת החלופה הכללית¹⁶⁰. כך, מקום שיש צורך להטיל עונש מאסר, תפתח התביעה בהליך פלילי רגיל, ובמסגרתו יוכלו הצדדים לערוך הסדר טיעון, לאחר שהליקויים בכללים הנוהגים כיום בהליך הסדרי הטיעון יתוקנו¹⁶¹. בנוסף, הסדר טיעון מאפשר לצדדים להגיע להסכמות חלקיות, כגון הסכמות על אישומים או על טווח ענישה שבמסגרתן כל צד טוען לעונש שונה, באופן שמותר לבית-המשפט שיקול-דעת להכריע בטווח שנקבע לו על-ידי הצדדים. הרחבת מגוון ההסדרים שהצדדים יכולים להגיע אליהם עשויה לסייע להם בגיבוש ההסכמה¹⁶². עם זאת, יש להניח כי השימוש בהסדרי טיעון יצטמצם, שכן בחלק גדול מן ההסדרים ניתן יהיה לסכם על עונש שאינו כולל מאסר, ולכן להיעזר בחלופה הכללית. בשל אופיו המיוחד של צו מוסכם לפי חוק ההגבלים העסקיים, שמטרתו העיקרית אינה ענישתית אלא קידום התחרות בשוק, ובשל הצורך בפיקוח שיפוטי בהליך זה, גם חלופה זו ראוי שתמשיך ולהתקיים במקביל לחלופה הכללית.

אשר ליתר העונשים, ככלל, ראוי לקבוע את הקנס כעונש הסטנדרטי שיטל במסגרת החלופות. זאת מכיוון שקנס יכול לשמש כעונש מרתיע, פשוט להפעלה, זול ובעל השלכה מינימלית על חירות הפרט של החשוד. בנוסף, כאשר העונש הוא קנס, קל יחסית להתאים את חומרת העונש לחומרת העבירה. עם זאת, אין לשלול את סמכות התובע לקבוע עונשים אחרים (שאינם מאסר) כאשר אלו יכולים לקדם את האינטרס הציבורי, כגון באמצעות תיקון הפגיעה שגרמה העבירה או סנקציה שתסייע למנוע עבירות בעתיד. כך ניתן להשתמש בשורה של עונשים כגון צו מבחן, שירות למען הציבור, פיצוי הקורבן, תיקון נזקי העבירה, השתתפות מועילה בהליך גישור עם הקורבן, הסכמה

¹⁶⁰ כפי שהראיתי לעיל אין להטיל עונש מאסר אלא בהליך שיפוטי. ראו לעיל סעיף 7.3.

¹⁶¹ לביקורת על הסדרי טיעון כיום וההצעות לתיקון ראו סעיף 6.3.

¹⁶² ראו לעיל סעיף 6.3.1.1.

לענישה משמעתית או מינהלית במסגרת מקום העבודה שבו בוצעה העבירה, הצטרפות להליכי שיקום וכיוצא באלה. את החשש מפני שימוש לרעה במגוון העונשים הרחב ניתן לצמצם על-ידי איסור על עונשים מסוג מסוים (כגון איסור על חיוב החשוד להעניק תרומות לגוף שידרוש התובע או איסור על עונשים הפוגעים בזכויות האזרחיות של החשוד, כמו הזכות להצביע). לחילופין, ניתן לנקוט גישה שמרנית מעט יותר ולקבוע בחוק רשימה מוגדרת של סנקציות שאותן רשאי התובע להציע, בלא להותיר לו שיקול-דעת להגיע להסכם על עונשים אחרים.

את גובה הקנס המרבי ניתן לקבוע בחוק כפונקציה של הקנס המרבי שרשאי היה בית-משפט להטיל בגין עבירה דומה. עם זאת, יש קושי לקבוע בחוק את חומרת העונש המרבי כאשר זה אינו מורכב אך מקנס. כיוון שהחשודים עשויים לדחות הצעות לעונשים חמורים מדי, עיקר הקושי בהליך אינו בקביעת מתחם העונשים אלא בקציבת העונש על-ידי התובע בתוך המתחם. כדי להבטיח אחידות ולחסוך את הצורך לקבוע את הקנס בכל מקרה מחדש יש לקבוע תקנות או הנחיות, מפורטות ככל שניתן, באשר לעונשי מוצא או מתחמי ענישה מומלצים בגין עבירות שונות לפי נסיבות ביצוען, תוך קביעת הגורם בתביעה שיורשה להחליט על סטייה מעונשי מוצא אלו¹⁶³. קביעת מעין "קטלוג קנסות", לפחות בעבירות נפוצות, תגדיל את הוודאות ותשפר את אחידות העונשים, בלא לפגוע בסמכות התביעה להתאים את העונש בכל מקרה לגופו.

ככלל, מוצע לקבוע כי הסכמת הנאשם לחלופה מותנית בהודאתו בעבירה. כפי שהראיתי לעיל, באמצעות דרישת ההודאה ניתן לצמצם במעט את מספר העונשים המוטלים על מי שלא ביצע את העבירה¹⁶⁴. כמו כן, כאשר הנאשם מודה בעבירה יש בסיס מוצק יותר להסתמך על הענישה הקודמת כסימן לביצוע עבירה קודמת, לצורך קציבת העונש במקרים של עבירות חוזרות. עם זאת, ייתכן ויש להותיר, במקרים חריגים, לתביעה את הסמכות להטיל עונש בהסכמה בלא הודאה. ישנם מקרים שבהם יש חשיבות מיוחדת להסכמת החשוד לסנקציה המוצעת. כך הוא, למשל, כאשר רק החשוד יכול לתקן את נזקי העבירה, ולכן קבלת הסכמתו להסדר נדרשת כדי להקל עם נפגע העבירה. במקרים אחרים, ההטבה העיקרית שבה זוכה החשוד היא הימנעותו מלשאת בקלון של ביצוע העבירה, ולכן בלא פטור מהודאה, לא ניתן יהיה להגיע להסכמה. כך, בעבירות מס רבות, הסכמת החשודים לכופר נובעת בעיקר מרצונם שלא להודות בביצוע העבירה ולא לעמוד לדין פלילי, ולא דווקא מרצונם להשיג הקלה בעונש הפורמלי. ייתכן שבעבירות מסוג זה, עמידה על דרישת ההודאה תצמצם משמעותית את מספר הנענים להצעות החלופה, ותגדיל את מספר ההעמדות לדין, עד כי העומס שייווצר על רשויות האכיפה יחייב לוותר לחלוטין על ענישת מי שביצעו עבירות חמורות יחסית. בכל מקרה, אם יש מקום להכרה במקרים חריגים כאלו, יש לקבוע כי הכלל הוא כי הסכמת החשוד לעונש המוצע כוללת הודאה, ורק במקרים שבהם ניתן אישור של גורם בכיר במערך התביעה הכללית, ניתן להגיע להסדר בלא הודאה של החשוד. ככלל, הענישה המינהלית לא תלווה בהרשעה. אולם, כפי שהראיתי בפרק הקודם¹⁶⁵, ישנם מקרים שאיזון השיקולים מחייב לאפשר לצדדים להסכים גם על הרשעת החשוד במסגרת

¹⁶³ כך ייתכן שיש להבחין בין סטייה לחומרה, שתחייב אישור של גורם בכיר בתביעה, לסטייה לקולא שלא תהיה כפופה לאישור כזה. זאת מכיוון שהסמכות לקבוע את התנאי לסגירת התיק מופקדת מראש בידי תובע, המוסמך לסגור את התיק בלא תנאי. לפיכך, ספק אם יש מקום להסמיך אדם לסגור תיק בלא תנאי אולם להימנע מהסמכות לקבוע עונש מותנה שחומרתו קלה יותר מעונש המוצא.

¹⁶⁴ ראו לעיל סעיף 7.8.

¹⁶⁵ ראו לעיל סעיף 7.9.

ההסדר. ככל שניתן, יש לקבוע בחוק קריטריונים לגבי הרשעת הנענשים בהסדר, על-פי חומרת העבירות או העונשים המוטלים בגינן, אולם אין מניעה להותיר גם מידה מסוימת של שיקול-דעת לצדדים. באותם מקרים שבהם יוסכם על הרשעת החשוד, יש לוודא כי הדבר צוין בבהירות מספקת בהצעה שהועברה לחשוד. ייתכן שיש מקום גם לקבוע כי לא יורשע אדם בלא הליך משפטי אלא אם הוא מיוצג על-ידי סגור, כדי לצמצם את החשש מפני חוסר הבנת השלכות ההחלטה. במקרה כזה יהיה צורך להרחיב את זכות החשוד לייצוג של הסנגוריה הציבורית גם להליכים אלו.

שאלה אחרת היא האם יש להגביל את סוג העבירות שבגינן ניתן להטיל עונש במסגרת החלופה. בעוד שבחלק מן המדינות שבהן מוסמך התובע להטיל עונש על חשוד, כגון גרמניה, הולנד ובלגיה, ההליך מוגבל רק לעבירות קלות (עוונות בגרמניה או עבירות שדין עד חמש שנות מאסר בבלגיה או עד 6 שנות מאסר בהולנד), באחרות (כמו דנמרק) ההליך אינו מוגבל לפי סוג העבירה וניתן להשתמש בו בכל מקרה שבו התובע סבור שאין צורך להטיל עונש מאסר. גם באנגליה ניתן לרשום "התראה רשמית" לחשודים שהודו אף בעבירות חמורות¹⁶⁶. לדעתי, אין מקום להגביל את תחולת ההסדר לעבירות מסוימות לפי חומרתן. בכל מקום שבו מוסמך התובע לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור, יש להסמיכו להגיע להסדר ענישה עם החשוד. מקום שבו תובע מוסמך לבחור בין הגשת כתב-אישום לבין סגירת תיק מחוסר עניין לציבור, אין מניעה להסמיכו גם לבחור בדרך ביניים של ענישה בהסכמה. אמנם סביר להניח כי בעבירות חמורות במיוחד לא ניתן יהיה להסתפק בהליך שאינו מאפשר מאסר, ולכן רק במקרים נדירים, אם בכלל, ייעזרו בהליך המוצע, אולם באותה מידה, רק במקרים נדירים יסגרו תיק מחוסר עניין לציבור בעבירות אלו, ובכך בלבד אין כדי לשלול את סמכות התביעה להחליט על סגירת התיק כאמור.

עוד מוצע לקבוע כי בניגוד להחלטה על סגירת תיק, שהתביעה רשאית לשנותה בכל עת, משהסכים חשוד להחלטה על סגירת תיק מותנית וכל עוד לא הפר את התחייבותו בהסכם, לא תורשה התביעה, ככלל, לנקוט נגדו הליכים נוספים בגין אותה הפרה. כדי למנוע שימוש לרעה בהליכי סגירת תיק מותנית ניתן לקבוע חריג שיאפשר פתיחה מחודשת של התיק בנסיבות שיפורטו בחוק, כגון במקרים שהצעת התביעה הושגה במרמה. במקרים כאלו יש להתנות את פתיחת התיק מחדש בהחלטה שיפוטית ובהשבת הקנס ששולם. כאשר חלק מן העונש שהוטל לא ניתן להשבה יש לקבוע הסדר שיקנה לחשוד פיצוי בגין העונש שבו הוא נשא, אם ההליכים לא הסתיימו בהרשעתו, או הפחתה מהעונש שהוטל עליו בהליך כאשר ההליכים הסתיימו בענישתו.

לסיכום, מוצע לבטל את ההליכים של כופר, עבירות קנס, עבירות מינהליות של קנס קצוב ושאינו קצוב וסגירת תיק מותנית ולהחליפם בהסדר חדש. הסדר כזה יכול שיתבסס על המאפיינים העיקריים של ההסדר המוצע והמפורטים להלך:

1. תובע, המוסמך להחליט שלא להגיש כתב-אישום בשל היעדר עניין לציבור, מוסמך, במקום להעמיד את החשוד לדין, להציע לו לשלם קנס או לשאת בעונש אחר כתנאי לסגירת התיק נגדו.

¹⁶⁶ ראו לעיל סעיף 4.2.6.

2. תקבענה הנחיות לענישה, לפחות בעבירות נפוצות, אולם יותר, באישור גורם בכיר שייקבע לשם כך בתביעה, לקצוב עונשים בחריגה מההנחיות.
3. לעבירות שתוגדרנה בתקנות ייקבע עונש קצוב. הצעת עונש קצוב תוכל להיעשות גם על-ידי מפקח או שוטר שאינו תובע.
4. הקנס יהיה העונש המקובל שיוצע במסגרת ההליך אולם התביעה תוסמך להציע גם עונשים אחרים במגבלות שתקבענה בחוק.
5. ככלל, קבלת ההצעה תותנה בהודאה בביצוע העבירה אולם במקרים שבהם יש אינטרס ציבורי מיוחד שהחשוד ימלא את תנאי סגירת התיק ניתן יהיה, באישור גורם שייקבע לשם כך, להתיר הסדר בלא הודאה. הסדר כזה לא ישמש ראיה לביצוע העבירה בהליך עתידי.
6. ככלל, ההסכמה לחלופה לא תוביל להרשעת החשוד. בכל מקרה, מקום בו ההסכמה מובילה להרשעתו, ייקבעו מנגנונים שיבטיחו את הבנת החשוד את תוצאות ההליך, כגון התניית ההליך המלווה בהרשעה בהיות החשוד מיוצג.
7. מקום בו הסכים החשוד להסדר, וכל עוד הוא לא הפר את התחייבויותיו, לא ניתן יהיה להגיש נגדו כתב-אישום בגין אותו מעשה. עם זאת, בנסיבות חריגות שייקבעו בחוק, כגון במקרה שההצעה הושגה במרמה, רשאי יהיה בית-המשפט להתיר לתביעה לפתוח מחדש בהליכים בגין אותה עבירה.

8. סיכום

הרעיון של פשרות והסכמות נתפס בעיני רבים כזר וכבלתי מתאים להליך הפלילי. החשד המובנה כלפי כל סוג של הסכמה, פשרה או משא ומתן דחק את החלופות של ענישה בהסכמה לשוליים, והקנה להן מעמד של ילדים חורגים להליך הפלילי בשיח המשפטי. ההליך הפלילי המלא זוכה לבחינה ולשינויים בלתי פוסקים בהתאם לשינויים בתפיסות חוקתיות ובערכים המושפעים ממנו. לעומתו, חלק מן החלופות, בעיקר אלו העוסקות בהפרות קלות יותר, נתפס כשולי ולכן זוכה להתייחסות מוגבלת ביותר בשיח המשפטי. חלק אחר, כגון הסדרי טיעון וכופר, זוכה להתייחסות מסוימת, אך זו מתמקדת בביקורת על עצם השימוש בחלופה או על היקפו. ביקורת זו מונעת מהגישה החשדנית כלפי הסכמה כתחליף להליך פלילי, והתפיסה כי לכל היותר ניתן לראות בהסכמות כאלו רע הכרחי. במחקר המשפטי ובספרות בישראל ממעטים לעסוק בפירטי ההסדרים של החלופות השונות של ענישה בהסכמה, בהבדלים בין החלופות הללו ובהצדקות להן, ככל הנראה בשל היחס הממעיט והחשדני להסכמות אלו. כל זאת למרות שרק מיעוט כמעט מבוטל של העונשים בגין עבירות פליליות מוטל בהליך פלילי מלא, ואילו הרוב המכריע מוטל במסגרת חלופות של ענישה בהסכמה.

בעבודה זו הראיתי כי החשד שבו מתקבל השימוש בהסכמות כחלופה להליכי משפט פלילי אינו מוצדק. מבחינת מטרות ההליך הפלילי ואופן פעולתו עולה כי ענישה בהסכמה יכולה, תחת הסדר ופיקוח נאותים, דווקא לקדם את מטרות ההליך הפלילי.

ההליך הפלילי, כמו כל מוסד משפטי, מיועד להשיג מטרה. תכליתו של ההליך הפלילי היא לקבוע חפות או אחריות פלילית ועונש. מערך האכיפה הפלילית יהיה טוב יותר ככל ששיעור הטעויות בקביעת האחריות הפלילית קטן יותר (כשמשקל מוגבר ניתן לטעויות בהרשעה). גם אם נניח כי ההליך הפלילי המלא, כאשר הוא נערך ככתבו, הוא הכלי הטוב ביותר לקביעה נכונה של חפות או אחריות פלילית ועונש, ענישה בהסכמה יכולה לקדם את מטרות מערך האכיפה הפלילית.

הסיבה העיקרית לכך היא עומס העבודה על רשויות האכיפה. עומס זה גורם להתמשכות ההליך הפלילי, כאשר הוא מנוהל על כל שלביו, על פני זמן רב. התמשכות ההליכים פוגעת, במקרים רבים, בנאשמים, בייחוד נאשמים להודות ולסיים את ההליך בלא קשר לאחריותם הפלילית. נוכח יוצרים תמריצים לנאשמים להודות ולסיים את ההליך בלא קשר לאחריותם הפלילית. התמשכות ההליכים הפליליים נפגעת אמינות הראיות ולכן אמינות תוצאת ההליך הפלילי. התמשכות ההליכים פוגעת גם באפקטיביות של ההליך הפלילי. העומס מחייב את הרשויות להימנע מנקיטת הליכים נגד חשודים רבים אף אם יש עניין ציבורי בענישתם. כל אלו פוגעים בנפגעי העבירה, ובאמון הציבור ביכולתה של מערכת המשפט הפלילית למלא את תפקידה.

אולם לא רק עומס העבודה הביא להתפתחות החלופות להליכים הפליליים. ההליך המלא, על הסנקציה הפלילית המוטלת בסופו על מי שהורשע, אינו מתאים בכל מקרה שבו הופרה הוראה מדיני העונשין. לעתים ההפרה קלה, ואף כי יש צורך ביצירת תמריצים להימנע מהפרות כמוה, ההליך הפלילי אינו האמצעי המידתי להתמודד עמה. במקרים אחרים ההסכמה בהליך החלופי נדרשת כדי שיתאפשר טיפול במפר, שיקומו, תיקון נזקי העבירה או איחוי הסכסוך עם הנפגע.

מגבלות אלו של ההליך הפלילי מוכרות בכל העולם המערבי. על רקע זה, נוצרו במדינות רבות חלופות שונות של ענישה המתבססות על הסכמה בין הרשות לבין העבריין. הסדרי טיעון והליכי ברירת קנס תופסים נתח הולך וגדל במערך האכיפה במדינות המשפט המקובל. במרבית מדינות יבשת אירופה מוכר הליך של עונש המוטל על-ידי התביעה בהסכמת החשוד, כתחליף להליך הפלילי. גם חלופות אחרות, כגון קנס מינהלי או סגירת תיק מותנית, מוכרות בחלק מן המדינות.

המשותף לרוב המכריע של החלופות להליכים המלאים הוא ההסכמה, המפורשת או המשתמעת, בין מי שנחשד כי הפר את החוק לבין הרשות. מרבית החלופות מותנות בכך ששני הצדדים להליך הפלילי מעדיפים את החלופה על פני ההליך הפלילי המלא. הצורך להגיע להסכמה זו הוא אשר מעורר רבים להתנגד לחלופות, ולהתייחס אליהן כבלתי מתאימות למשפט הפלילי. אולם חלופות של ענישה מוסכמת יכולות לסייע רבות בקידום מטרות מערך האכיפה הפלילית. החלופות מאפשרות להטיל על עבריינים רבים יותר, אשר יש עניין ציבורי בהענשתם, סנקציה, למרות העומס המוטל על מערך האכיפה. אף שהעונש המוטל בהסכמה עשוי להיות נמוך מהעונש שהיה צפוי לו היה מתנהל הליך פלילי מלא, הרחבת מספר העבריינים הנענשים משפרת את הרתעת מערכת האכיפה. החלופות מסייעות לצמצם את שיעור החפים שנענשים. הן מאפשרות לקדם את הענישה גם במקום בו האינטרס הציבורי או האינטרס של נפגע העבירה מחייב כי לא יקויים הליך פלילי מלא. הן מאפשרות לגשר מחוץ לכתלי בית-המשפט בין הנפגע לבין העבריין ולסייע בדרך זו לאיחוי הקרע שגרם הסכסוך שביסוד העבירה. הן מאפשרות להטיל על העבריין חיובים שלא ניתן היה להטילם בלא הסכמתו.

מבין החלופות של ענישה בהסכמה, הסדרי טיעון ריכזו את מרב תשומת הלב בארץ ובעולם. הרעיון שאדם מורשע בהליך פלילי בפני בית-משפט ונענש, לעתים במאסר, בעקבות משא ומתן והסכם נראה בעיני רבים כפגיעה בטהרת ההליך הפלילי. בית-המשפט הכיר בנחיצות התופעה אולם נמנע מפיתוח כלים מתאימים להתמודד עם הקשיים שהיא מציבה. בתחום ההסדרים על עונשים רואה בית-המשפט את תפקידו כמגן האינטרס הציבורי והוא מתערב, יתר על המידה, בהחמרת העונשים מעבר למוסכסם. מנגד, נמנע בית-המשפט ככליל מהתערבות להגנת הנאשם ולהטלת עונש קל מהמוסכסם. כמו כן, כשההסדרים נוגעים לתחום האישומים נאסר על בית-המשפט להתערב בכל דרך שהיא, ולו באמצעות הבעת עמדה כנגד ההסדר קודם למימושו. מצב זה יוצר תמריצים מעוותים לתביעה ולהגנה לערוך הסדרים על אישומים מקום בו הם מעוניינים לקבע את שיקול-דעתו של בית-המשפט.

הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון צריך להתבסס על הנחות ההליך האדוורסרי שלפיהן התביעה מופקדת על האינטרס הציבורי וההגנה – על האינטרסים של הנאשם. ככלל, אל לבית-המשפט להתערב בשיקולי הצדדים בהגנתם על האינטרסים שעליהם הם מופקדים. עליו להסתפק בהכרעה במחלוקות בין הצדדים כשאלו מתעוררות. למרות זאת, יש צורך בפיקוח שיפוטי על הסדרי טיעון. אולם פיקוח זה צריך שיכוון, בראש ובראשונה, להגנה על הנאשמים בהסדר, מפני טעויות שלהם או מפני עמידה בסיכון גבוה שיוודו למרות חפותם. על בית-המשפט להימנע מהתערבות לחומרה מעבר לדרישת התביעה, הן מן הטעם שבידי התביעה כלים טובים יותר לקבוע איזו חומרת עונש דורש האינטרס הציבורי, והן מכיוון שטעויות של התביעה המקלות עם נאשמים חמורות הרבה פחות מטעויות אפשריות של בית-המשפט שיחמירו עם נאשמים יתר על המידה. לפיכך התערבות

למען הגנה על האינטרס הציבורי חייבת להיעשות במשורה, רק במקרים שבהם יכול בית-המשפט לקבוע בוודאות כי ההסדר אינו חוקי נוכח שיקולים זרים של התביעה או חריגה ממתחם הסבירות. בכל מקרה אחר על ההתערבות להתמקד בצורך להגן על הנאשם מפני טעויות שלו ומפני הרשעה מוטעית. כך, על בית-המשפט לפסוק לנאשם עונש קל מהמוסכם, כאשר עקב בורות או ייצוג לקוי הוא הגיע להסדר בלתי הוגן. בנוסף, על בית-המשפט לאסור על הסדרים שבמסגרתם מציעה התביעה הקלות קיצוניות כשהנימוק היחיד להקלה הוא קשיים בראיות, שכן התרת הסדרים כאלו עלולה לעודד נאשמים חפים להודות. בכל מקרה שבו נפסל הסדר, מכל סיבה שהיא, יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו ולנהל את הגנתו. החמרה בעונשם של אלו שהסכימו להסדר מקל במיוחד פוגעת באינטרס ההסתמכות של הנאשם ומסכנת בעיקר את הנאשמים שסיכויי הזיכוי שלהם, אם היו מנהלים הליך, גדולים יחסית. כדי למנוע עקיפת הביקורת השיפוטית על הסדרים באמצעות הסדרים על אישומים, יש לקבוע כללים חדשים גם להסדרים אלו. יש לחייב את הצדדים להציג הסדרים על אישומים בפני בית-המשפט ולנמקם, ולאפשר לבית-המשפט לפסול הסדרים אלו על בסיס אותם שיקולים שמביאים לפסילת הסדרים על העונש. בנוסף, יש לעודד העדפת הסדרים על העונש על פני הסדרים על אישומים.

לפי גישת בית-המשפט העליון, תפקידו של בית-המשפט בהסדר טיעון מתמצא בפיקוח על ההסדר לאחר עריכתו. לבית-המשפט אסור להתערב בכל דרך שהיא במשא ומתן לקראת עריכת הסדר. בפועל, נסיונות למנוע מעורבות כזו לא צלחו. פעמים רבות מסייע בית-המשפט לצדדים להגיע להסדר. האיסור על מעורבות, אם היה נאכף, היה מחמיר משמעותית את העומס על מערך האכיפה. הסדר טיעון הנערך בתיווך בית-המשפט מקטין גם את חוסר הוודאות של הצדדים באשר לאישורו, ומסייע בהחזרת השליטה על גזר-הדין לבית-המשפט. את עיקר החששות כנגד מעורבות שיפוטית במשא ומתן על הסדר טיעון ניתן לצמצם אם ייקבעו הסדרים שיבטיחו כי מעורבות זו תיעשה רק בהסכמת הצדדים. כמו כן, יש להבטיח כי אם ייכשל ההליך, השופט שעסק בניסיון להביא את הצדדים לידי הסדר לא יישב בהרכב שיידון בתיק וכי לא יועבר להרכב זה כל מידע מההתדיינות המוקדמת.

הודאה באשמה, גם אם זו באה שלא במסגרת הסדר טיעון, היא שיקול להקלה בעונשו של המודה. הקלות אלו מכונות, לעתים, הסדרי טיעון לא מפורשים. זאת מכיוון שכמו בהסדר טיעון הנאשם מוותר על זכותו למשפט בתמורה להקלה בעונש, אף שאין התדיינות גלויה בין הצדדים. בניגוד למצב במדינות אחרות, אין בדין בישראל קריטריונים באשר למקרים שבהם יזכה הנאשם בהקלה בשל הודאתו ולשיעור ההקלה אותה יש להעניק למודים. קריטריונים אלו נדרשים כדי לקבוע בסיס אחיד להקלה הניתנת במקרים שונים.

בנוסף להסכמות במסגרת הסדרי טיעון, פועלת התביעה לעתים להסכמות עם חשודים מחוץ לכתלי בית-המשפט, בהליכים בלתי פורמליים של סגירת תיק מותנית. במקרים אלו, החשוד מתחייב לביצוע פעולה מסוימת, כגון פיצוי הניזוק, תיקון תוצאות העבירה, קבלת עונש משמעותי בהסכמה או התחייבות להליכי שיקום או גמילה. התביעה מצידה מסכימה כי כל עוד החשוד ימלא התחייבותו היא תימנע מהגשת כתב-אישום. כמו הסדר טיעון, גם הליך זה אינו מוסדר בחקיקה כלל. ההליך מנוהל בלא קריטריונים או מדיניות ברורה ובלא שנקבע אילו תמורות מותר לתביעה להציע במסגרתו. חלופות אחרות מתבססות על הסכמה, או מעין הסכמה, בין חשוד לבין

רשות אחרת, שאינה התביעה. כך הליכים של כופר, קנס מינהלי או עבירת קנס מאפשרים לרשות להטיל סנקציה כספית שעם קבלתה על-ידי החשוד באים לידי סיום ההליכים הפליליים נגדו.

הסוגים השונים של הליכי ענישה בהסכמה מחייבים בחינה מחודשת. עמידה על ההבדלים בין ההליכים השונים מגלה שלחלק ניכר מההבחנות לא ניתן למצוא צדוק. מערך החלופות בנוי מאיים של הסדרים שונים בלא קישור סביר ביניהם, בלא קונספציה עליונה ברורה ובלא מבנה הגיוני או קוהרנטי.

בעבודה זו הראיתי כי יש לקבוע הסדר מרכזי אחד שבמסגרתו יוסמך כל תובע הרשאי לסגור תיק חקירה, לסגור את התיק בתנאי שחשוד ישלם קנס או ימלא חובה עונשית אחרת שתוטל עליו. לכללי הסדר זה ניתן לקבוע חריגים שיתאימו אותו למקרים מיוחדים, כמו, למשל, היתר לגורם שאינו תובע להטיל קנס שגובהו נקצב מראש בחוק בעבירות קלות. ככלל, ובכפוף לחריגים ספורים, יש לקבוע כי מילוי התנאי מחייב הודאה של הנקנס באשמה. כמו כן, ככלל, יש להימנע מהרשעת החשוד המסכים לסנקציה, ולהבטיח כי אם הוא מורשע בעקבות ההליך יינתן לו, קודם להחלטתו, ייצוג משפטי. בדרך זו ניתן יהיה לצמצם את מספר הנענשים החפים, ולצמצם עוד יותר את שיעור החפים המורשעים בפלילים. הסדר זה יחליף את הסדרי הכופר, קנס מינהלי, עבירת קנס וסגירת תיק מותנית הקיימים כיום. הוא יוכל להחליף גם את אותם הסדרי טיעון שבמסגרתם לא מוטל על הנאשם עונש מאסר. במקביל להסדר האמור, יתוקן אופן הפיקוח השיפוטי על הסדרי טיעון, תוך הסטת מרכז הכובד מפיקוח על נאמנות התביעה לאינטרסים הציבוריים למתן הגנה לנאשמים בהליך.

דחיקת החלופות של ענישה בהסכמה אל שולי השיח המשפטי לא הפכו אותן לשוליים בפרקטיקה. נהפוך הוא. ככל שההליך הפלילי המלא והצורך בריסון כוחה של המדינה לפעול באמצעותו תפסו מקום מרכזי יותר על הבימה הציבורית, כך הועמקה הרגולציה של הליך זה. ככל שהחקיקה והתפיסות החוקתיות החדשות העמיסו עוד הסדרים על ההליך הפלילי המלא, התחזקה הזרימה דרך שסתום הלחץ הפרוץ של החלופות אל עבר הפתרונות של ענישה בהסכמה. אלו המשיכו לצמוח כמעט בלא הסדרה, ולקלוט את המסה ההולכת וגדלה של מקרים שההליך הפלילי המלא, חסר הגמישות והעמוס לעיפה, לא יכול היה לתת להם מענה הולם. אלו החרדים למעמדו של ההליך הפלילי צפו בתופעה בחשש והציעו לסתום את המעבר דרכו בורח הלחץ אל עבר החלופות. אולם כל ניסיון לסגור את הפתח או לצמצם את השימוש בחלופות לעבירות קלות בלבד בלא לאפשר בריחת לחץ למקום אחר נדון לכישלון.

בעבודה זו הצעתי גישה אחרת. הראיתי כי אין כל בסיס להתייחסות השלילית לעצם הרעיון של ענישה בהסכמה. הפתרון לא יכול להיות, וגם לא צריך להיות, ביטול או צמצום השימוש בהסכמים במקום הליך פלילי. במקום גישה חשדנית זו לחלופות הגיעה העת לעבור לגישה שונה. יש להכיר בכך כי הסכמות בין התביעה לבין נאשמים אינן פסולות אלא רצויות. הסכמות אלו מתבצעות תמיד בצל ההליך הפלילי, הקובע את מחיר הרקע, המחיר האלטרנטיבי, של הצדדים. לפיכך הן מאפשרות לצדדים לבחור בפתרון המקדם הן את האינטרס הציבורי (המיוצג על-ידי התביעה) והן את האינטרס של הנאשם (המיוצג על-ידי ההגנה) טוב יותר מהליך הפלילי. לאחר שמתגברים על החששות כי הסכמות אלו, מעצם טיבן, פוגעות בטוהרת ההליך הפלילי, ניתן לעגון,

להסדירן ולהבטיח את השתלבותן הקוהרנטית, הצודקת והיעילה במסגרת מערך האכיפה הפלילי.

9. רשימת מקורות

9.1. חקיקה

חקיקה ראשית

- חוק-יסוד : הממשלה.
- חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.
- חוק איכות הסביבה (דרכי ענישה) (תיקוני חקיקה), תשל"ז-1977.
- חוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000.
- חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), תשנ"ט-1999.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.
- חוק בתי-המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.
- חוק הבזק, תשמ"ב-1982.
- חוק הבלו על הדלק, תשי"ח-1958.
- חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 4) (מאגרי מידע), תשנ"ו-1996.
- חוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975.
- חוק החברות, תשנ"ט-1999.
- חוק הכנסת, תשנ"ד-1994.
- חוק המועצה לענף הלול (ייצור ושיווק), תשכ"ד-1963.
- חוק המחשבים, תשנ"ה-1995.
- חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981.
- חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971.
- חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995.
- חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.
- חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985.
- חוק העונשין, תשל"ז-1977.
- חוק הפיקדון על מכלי משקה, תשנ"ט-1999.
- חוק הפיקוח על המטבע, תשל"ח-1978.
- חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957.
- חוק הפיקוח על מוצרים ושירותים, תשל"ח-1978.
- חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965.
- חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975.
- חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990.
- חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994.
- חוק ועדות-חקירה, תשכ"ט-1968.
- חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.
- חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001.

- חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.
- חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998.
- חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998.
- חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.
- חוק מכוני כושר (רישוי ופיקוח), תשנ"ד-1994.
- חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975.
- חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1976.
- חוק מס קניה (טובין ושירותים), תשי"ב-1952.
- חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968,
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.
- חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 33) (הוראת שעה), התשס"א-2001.
- חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.
- חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), תשנ"ד-1994.
- חוק צער בעלי חיים (ניסויים בבעלי חיים), תשנ"ד-1994.
- חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), תשנ"ה-1995.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.
- חוק שירות הציבור (מתנות), תש"ם-1979.
- חוק שירותי הובלה, תשנ"ז-1997.

חקיקה משנה

- פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], תש"ל-1970.
- פקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.
- פקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969.
- פקודת המכס [נוסח חדש].
- פקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971.
- פקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971.
- פקודת העיריות [נוסח חדש].
- פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).
- פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.
- פקודת התעבורה [נוסח חדש].
- פקודת מחלות בעלי החיים [נוסח חדש], תשמ"ה-1985.
- פקודת מניעת זיהום ים בשמן [נוסח חדש], תש"ם-1980.
- פקודת מס הכנסה [נוסח חדש].
- צו המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי על העסקת עובדים זרים שלא כדין), תשנ"ח-1998.
- צו המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי בענין בטיחות בעבודה ובענין שעות עבודה ומנוחה), תשנ"ט-1999.
- צו הסנגוריה הציבורית (יצוג נאשמים מחסרי אמצעים), תשנ"ו-1996.
- תוספת חמישית לתקנות רישוי עסקים (הדברת מזיקים), תשל"ה-1975.

- תקנות המים (מניעת זיהום מים) (בריכות אידוי ואגירה), תשנ"ז-1997.
- תקנות המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (תחילת החוק לגבי קנס מינהלי חיקוקים שונים), תשנ"ח-1998.
- תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופות ההתיישנות או המחיקה), תשמ"ד-1984.
- תקנות הסנגוריה הציבורית (שכר טרחה לסנגורים ציבוריים), תשנ"ו-1996.
- תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – איכות מזון), תשמ"ח-1988.
- תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי – חיקוקי מס), תשמ"ז-1987.
- תקנות העמדת עבריינים במבחן (שירותי המבחן), תשי"ט-1959.
- תקנות התעבורה, תשכ"א-1961.
- תקנות סדר הדין הפלילי (כשירות שוטר-תובע וסמכויותיו), תשכ"ו-1966.
- תקנות שירותי כבאות (מינוי והעסקה של כבאים), תשכ"ט-1969.

חקיקה זרה

- Administrative of Justice Act (Denmark).
- Code for Crown Prosecutors (1994) (England & Wales).
- Criminal Justice (Scotland) Act, 1987.
- Criminal Justice and Public Order Act, 1994 (England & Wales).
- Criminal Procedure and Investigation Act, 1996. (England & Wales).
- False Claim Act (United States).
- Fed. R. Crim. (United States).
- Fed. R. Crim. (United States).
- Magistrate Court Act, 1980 (England & Wales).
- New Zeland Bill of Rights Act 1990.
- Rev. Code Wash (ARCW) (WA, United States).
- The European Convention on Human Rights and Other Human Rights Instruments, Rome 1950.

9.2. פסיקה

בית המשפט העליון

- בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל ואח' (לא פורסם).
- בג"ץ 1374/91 אלג'מל ואח', נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה חיפה ואח' (לא פורסם).
- בג"ץ 570/78 אפיקים נ' יו"ר המועצה לפיקוח על ההגבלים העסקיים, פ"ד לג(1) 68.
- בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501.
- בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח', פ"ד מ(2) 393.
- בג"ץ 3406/91 בבלי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1.
- בג"ץ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1.
- בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221.
- בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493.
- בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריז (ישראל) ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נ(2) 769.
- בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א ואח' (לא פורסם).
- בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485.
- בג"ץ 3425/94 ואח' גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 1.
- בג"ץ 2126/99 דה הס נ' עיריית תל אביב יפו ואח', פ"ד נד(1) 468.
- בג"ץ 5190/01 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט יוסף אלרון, שופט חוקר על-פי חוק חקירת סיבות מוות תשי"ח-1958 (טרם פורסם).
- בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לד(2) 634.
- בג"ץ 6396/96 זקין ואח' נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289.
- בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(1) 191.
- בג"ץ 674/88 חמדאן ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מג(2) 195.
- בג"ץ 2534/97 יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 1.
- בג"ץ 1656/94 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם).
- בג"ץ 3090/97 כהן נ' הממונה על מחוז דרום, במשרד הפנים, פ"ד נב(2) 791.
- בג"ץ 326/96 כספי ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פ"ד נ(4) 133.
- בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' כבוד השופט י' זפט, פ"ד לח(3) 701.
- בג"ץ 752/80 מירון נ' בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוט גיסות השריון, פ"ד לה(1) 585.
- בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326.
- בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליטת המדינה, פ"ד מה(2) 872.
- בג"ץ 1618/97 סצי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 542.
- בג"ץ 251/88 עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד מב(4) 837.
- בג"ץ 147/50 צינדר נ' ראש אגף החקירות של משטרת תל אביב ואח', פ"ד ה 509.
- בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נג(5) 241.
- בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נב(5) 481.
- בג"ץ 4974/92 רובין נ' כבוד השופט סגלסון, פ"ד מו(5) 772.
- בג"ץ 194/93 שגב נ' שר החוץ ואח', פ"ד מט(5) 57.

- בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285.
- בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מח(3) 40.
- בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757.
- בע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 170.
- בר"ע 486/86 קשת נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 472.
- ב"ש 787/85 שמשילאשווילי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- ב"ש 838/84 לבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729.
- בש"פ 6454/96 אבו ספייה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- בש"פ 1871/00 אייזון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
- בש"פ 627/94 גהלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133.
- בש"פ 3646/96 חזות נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- בש"פ 7647/00 חינוואי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 812.
- בש"פ 4827/99 טורק ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
- בש"פ 7438/01 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1), 345.
- בש"פ 4061/90 מדינת ישראל נ' אחיעם, פ"ד מד(4) 244.
- בש"פ 8362/99 מדינת ישראל נ' חוטר-ישי (טרם פורסם).
- בש"פ 93/99 מדינת ישראל נ' מיכאלוב ואח' (לא פורסם).
- בש"פ 6605/97 מדינת ישראל נ' סלימאן ואח', פ"ד נא(5) 105.
- בש"פ 3838/90 מדינת ישראל נ' שילון, פ"ד מד(4) 360.
- בש"פ 2762/94 עקול נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- בש"פ 5098/94 שריקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.
- דנ"פ 5053/99 דורפמן ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
- מ"ח 1114/00 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 225.
- ע"א 2211/96 כהן נ' כהן ואח', פ"ד נ(1) 629.
- ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית - קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (לא פורסם).
- ע"א 3576/92 מנהל מס ערך מוסף נ' חברת מפגש האון בע"מ, פ"ד מט(3) 726.
- ע"א 316/88 שרר נ' ועדת המוניות במשרד התחבורה ואח', פ"ד מד(2) 420.
- על"ע 4/79 דוד נ' בית הדין הארצי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד לד(1) 153.
- ע"פ 4237/96 אופנהיים נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- ע"פ 1820/98 אנג'ל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97.
- ע"פ 2848/90 אסא נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 837.
- ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי ואח', פ"ד מה(1) 661.
- ע"פ 360/80 אפנ'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 228.
- ע"פ 5725/96 באזוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
- ע"פ 6621/01 בדליאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
- ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543.

- ע"פ 10/48 בנימיני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקים א 328.
 ע"פ 575/95 ברדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 3726/93 ברכאת נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 80074/99 ג'רבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
 ע"פ 7826/98 דורפמן ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 1996/91 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 837.
 ע"פ 139/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' קינן, פ"ד ז 619.
 ע"פ 876/90 וינקרנץ ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 188/77 ורטהיים נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 225.
 ע"פ 180/84 חאלדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 836.
 ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2), 539.
 ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1541.
 ע"פ 420/81 כהן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 29.
 ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158.
 ע"פ 2567/97 לחמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 174.
 ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 443.
 ע"פ 689/82 מאירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 322.
 ע"פ 4331/98 מדינת ישראל נ' אמארה (לא פורסם).
 ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847.
 ע"פ 6989/99 מדינת ישראל נ' ביטון, פ"ד נד(1) 226.
 ע"פ 5281/98 ואח' מדינת ישראל נ' הייב (לא פורסם).
 ע"פ 795, 786/84 מדינת ישראל נ' הלוי ואח', פ"ד לט(2) 714.
 ע"פ 644/79 מדינת ישראל נ' לבנת, פ"ד לד(2) 417.
 ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525.
 ע"פ 7732/95 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נ(3) 371.
 ע"פ 891/99 ואח' מדינת ישראל נ' פלוני ואח' (טרם פורסם).
 ע"פ 3977/98 מדינת ישראל נ' פראיירה (לא פורסם).
 ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 800.
 ע"פ 5249/98 מירילאשוילי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 550.
 ע"פ 4900/92 ואח' מרקוביץ, פלדר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45.
 ע"פ 6967/94 נקן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 397.
 ע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 710.
 ע"פ 380/97 ואח' פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 1768/98 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 3482/99 פסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 715.
 ע"פ 395/75 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 589.
 ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505.
 ע"פ 5223/97 רוזנטל נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

- ע"פ 5640/97 רי"ך נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 433.
 ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769.
 ע"פ 4492/02 שטייק נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
 ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672.
 ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933.
 ע"פ 6129/94 שמבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 ע"פ 2434/00 שרון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).
 ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337.
 עש"מ 6198/99 הייב נ' מדינת ישראל – נציבות שירות המדינה (טרם פורסם).
 עש"מ 6978/00 מוטיל נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נד(4) 865.
 עש"מ 4542/97 סבג נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נא(5) 593.
 עש"מ 5205/01 פרנס נ' יושב ראש רשות השידור (טרם פורסם).
 ר"ע 152/84 מדינת ישראל נ' קריף, פ"ד לח(1) 839.
 ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826.
 רע"א 1436/90 ארד נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101.
 רע"פ 91/92 קאסם נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 רע"פ 4122/93 רוטשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 רע"פ 1978/91 שמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 717.

ערכאות אחרות

- ה"ע 445 אי. סי. אס. מערכות כבלים בישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם).
 ה"פ 742/97 חברת מ.ע.ג.ן. נ' עירית תל-אביב יפו, דינים (מחוזי) לב(2) 408.
 ע"פ (ת"א) 1825/95 ברנוביץ' ואח' נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) כו(8) 404.
 ע"פ (חי) 314/97 זלישניק נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) כו(8) 168.
 ע"פ (ת"א) 70856/99 יצקן נ' מדינת ישראל, תק-מח, 2000 (2) 1537.
 ע"פ 1246/99 (י-ם) לוי נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) לב(5) 134.
 ע"פ (ת"א) 80011/99 לוינ' נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) לב(6) 4.
 ע"פ 535/97 (ת"א) מאיר נ' מדינת ישראל, דינים (מחוזי) כז(1) 520.
 ע"פ 1075/00 (חי) מדינת ישראל נ' גולדבליט, דינים (מחוזי) לב(7) 937.
 ע"פ 348/96 (י-ם) מדינת ישראל נ' סרגובי, תק-מח 96 (4) 212.
 ע"פ (חי) 1006/98 פסי נ' מדינת ישראל, תק-מח 99 (2) 1840.
 ע"פ 833/93 עדן חשמל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס"מ נד(3) 124.
 עמ"ה (חי) 28/95 עיסה נ' פקיד שומה עכו נהריה, מיסים יב/2 (אפריל 1992) 152.
 ת"פ 4311/93 (ת"א) מדינת ישראל נ' אחים עופר נכסים בע"מ ואח', מיסים מ/1 (פברואר 1995) ה-47.
 ת"פ (בי"ש) 923/89 מדינת ישראל נ' אלקשחר, פס"מ נא(2) 260.
 ת"פ (אשדוד) 1292/00 מדינת ישראל נ' מסאעד (טרם פורסם).
 ת"פ (ת"א) 2921/96 מדינת ישראל נ' גרונר (לא פורסם).

- ת"פ (נצרת) 1027/01 מדינת ישראל נ' פלדמן (טרם פורסם).
 ת"פ (חי') 1092/97 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 198(1).
 ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס חברה ישראלית לביטוח ואח' (לא פורסם).

פסיקה אמריקאית

- Barker v. Wingo* 407 U.S. 514, 519-520 (1972).
Blanton v. City of North Las Vegas 489 U.S. 538 (1989).
Borderkircher v. Hayes 434 US 357 (1978).
Brady v. United States 397 U.S. 742 (1970).
Cleavland v. State 417 So.2d 653 (Fla. 1982).
Coolidge v. New Hampshire 403 U.S. 443 (1971).
Dickey v. Florida 398 U.S. 30, p. 42 (1970).
Hudson v. United States 522 U.S. 93 (1997).
McMillan v. Pennsylvania 447 U.S. 79 (1986).
North Carolina v. Alford 400 U.S. 25 (1970).
Oyler v. Boles 683 U.S. 448 (1962).
Santobello v. New York 404 U.S. 257 (1971).
State v. Baynes 690 A.2d 594 (N.J. 1997).
State v. Greenlee 228 Kan. 718, 620 P. 2d 1132 (1980).
U.S. v. Ewell 383 U.S. 116 (1960).
United States v. Bethea 483 F. 2d 1024 (4th Cir. 1973).
United States v. Cox 342 F. 2d 167 (5th Cir. 1965).
United States v. Halper 490 U.S. 435 (1989).
United States v. Ward 448 U.S. 242 (1980).
United States v. Watts 519 U.S. 148 (1997).
Williams v. New York 337 U.S. 241 (1949).
Yick Wo v. Hopkins 118 U.S. 353 (1886).

פסיקה אנגלית

- R. v DPP ex parte C* [1995] Cr. App R136, 141.
R. v. Turner [1970] 2QB 321.
Smith (WH) Do-It-All Ltd v Peterborough City Council [1991] 1 QB 304; [1990] 3 WLR 1131.

9.3. פרסומים רשמיים והנחיות מינהליות

"הטיפול בתלונה ובתיק חקירה", פקודות המטה הארצי, 14.01.01 (1.8.94) י"פ 4230, תשנ"ד (14.7.1994), 4261.

הנחיות פרקליות המדינה (1.8.02)

"הסדרי טיעון" הנחיות פרקליטת המדינה, 8.1 (21.1.94).

"מדיניות בקשר להסכמים עם הסנגוריה", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 50.050 (1.1.72).

"נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 60.004 (20.5.87).

הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש – דין וחשבון (תש"ס, צדוק, חיים – יו"ר הוועדה).

"עיקוב הליכים פליליים, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 סעיפים 231, 232", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 51.000 (1.5.94) כפי שעודכנה ב-20.6.01, [URL: <http://www.justice.gov.il/Hadash/pdf/ikuvnew.pdf>] (15.8.01).

"שימוע וטיעון לפני הגשת כתב אישום", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 51.015 (28.7.01).

"שיקול דעתו של תובע לעניין ביטול הודעת תשלום קנס ותוספת פיגור בעבירות ברירת משפט לפי סעיפים 229 (ג) עד (ז) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 52.003 א (20.7.90).

הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון (תשנ"ח, גולדברג, אליעזר – יו"ר הוועדה).

הוועדה לבחינת מבנה בתי משפט הרגילים בישראל – דין וחשבון (1997, אור, תיאודור – יו"ר הוועדה).

הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר – דין וחשבון (תשנ"ה, גולדברג, אליעזר – יו"ר הוועדה).

הוועדה לבחינת חוק המעצרים – דין וחשבון (2000, בן-אור, נאווה – יו"ר הוועדה).

הפשיעה בישראל, 1988 דוח סטטיסטי (בהוצאת משטרת ישראל, אג"ת, סטטיסטיקה, 1999).

הפשיעה בישראל, 1999 דוח סטטיסטי (בהוצאת משטרת ישראל, אג"ת, סטטיסטיקה, 2000).

מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 26 (תשל"ו)

מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 32 (תשמ"ב)

מבקר המדינה, דו"ח שנתי מס' 39 (תשמ"ט)

מבקר המדינה, דוח שנתי מס' 44 (תשנ"ד).

מבקר המדינה, דוח שנתי מס' 51 (תשס"א).

סטטיסטיקה פלילית 1985, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 817 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1988).

סטטיסטיקה פלילית 1992, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 988 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1995).

סטטיסטיקה פלילית 1995, לקט ממצאים סטטיסטיים מס' 41 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1996).

פלילית 1998-1999, לקט ממצאים סטטיסטיים מס' 5 (בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2001).

פרקליטות 2000 – דין וחשבון (תש"ס, ארבל, עדנה – יו"ר הוועדה).

פשיעה ומשפט (פרסום מס' 8, סדרת פרסומי יובל, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 1998).

- ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, דיון בנושא: "מדיניות התביעה הכללית והפרקליטות", ביום 18.6.01
 [URL:<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-06-18.html>] (2.11.02)
- ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, דיון בנושא: "תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שההרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה) (תיקון), התשס"א-2000", ביום 23.1.01.
 [URL:<http://www.Knesset.gov.il/logical/protocols/2001-01-15.html>] (20.3.01)
- ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, דיון בנושא: "הצעת חוק לשחרור מוקדם של אסירים (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998" ביום 23.5.00.
 [URL:<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-05-23.html>] (29.11.01)
- ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, דיון בנושא: "המשבר בסנגוריה הציבורית", ביום 24.9.01.
 [URL:<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2001-09-24-01.html>] (16.12.01)
- "מסמך רקע כללי בנושא קנסות על עבירות תעבורה", **הכנסת – מרכז מחקר ומידע** (10.6.01), הוכן על-ידי מ' סייד-אחמד)
 [URL:<http://www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m00031&type=rtf>] (28.1.01)
- לשכת הסטטיסטיקה ההולנדית Statistics Netherlands
 [URL:<http://www.cbs.nl/en/services/press-releases/pb99e184.htm>] (17.4.00)
- אתר התביעה הכללית של הולנד (*Openbaar Ministerie*)
 [URL:<http://www.openbaarministerie.nl/english/general/general2.htm#5>] (22.5.01)
- אתר הסטטיסטיקה הרשמי של ממשלת סקוטלנד, Criminal Proceedings in Scottish Courts, 1998 page 5
 [URL:<http://www.scotland.gov.uk/library2/doc9/cpsc-05.asp>] (20.6.00)

9.4. ספרות**עברית**

- אגמון, מיכל ולחמן-מסר, דוידה, "תיאורית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש", **משפטים** כו (תשנ"ו) 543.
- אלון, גדעון, "מחכים לכבודו", **הארץ**, 10.8.2001.
- ביין, דן, "נטל השכנוע וחובת הראייה בדיני המסים", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 277.
- בן-יאיר, מיכאל, "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 5.
- ברכה, ברוך, **משפט מינהלי** (כרך א, תשמ"ז).
- ברכה, ברוך, **משפט מינהלי** (כרך ב, תשנ"ו).
- ברק, אהרן, "משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז (תשנ"ו) 11.
- ברק, אהרן, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (כרך ג, תשנ"ד).
- גבאי, חיים, "כופר כסף מאז ימי המקרא ועד לתקופתנו", **מיסים** ט(2) (1995) א-78.
- גביון, רות, **שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק** (תשנ"א).
- גור-אריה, מרים, "אחריות מוחלטת לעבירות של תקנת הציבור – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המינהלי", **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 241.
- גור-אריה, מרים, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", **משפטים** כד (תשנ"ד) 9.
- גור-אריה, מרים, "סטיות מעקרון האשמה – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 129.
- גזל, אורן, "המבחנים לדחיית הסדרי טיעון", **הסנגור** 37 (2000) 3.
- גזל, אורן, "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'", **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 381.
- גלבע, מאיר, **הפוטנציאל להרשעה של חפים מפשע במערכת אכיפת החוק בישראל** (חיבור המוגש לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, 2000).
- גלבע, מאיר, "חוסר הרציונליות שבהודאת שוא רציונלית – הערות למאמרות של עו"ד עמי קובו יהודאת שוא רציונלית", **הסנגור** 55 (2001) 3.
- גלעד, עמיהוד, "ציווי מוסרי מוחלט לא לענות", **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 425.
- גרבל, שרי, שרביט, רחל, **גישור – פרויקט גישור בשירות מבחן לנוער, המפגש עברין קורבן כדרך לתיקון** (דוח פנימי של שירות מבחן לנוער, 2000).
- גרוס, עמנואל, "גבולות מוסריים לאכיפת הדין הפלילי", **מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודות של השופט יצחק שילה בגבורותיו** (אהרן ברק ומנחם שאוה – עורכים, תשנ"ט) 401.
- גרוס, עמנואל, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 155.
- גרוס, עמנואל, "החסיון מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה", **מחקרי משפט** ז (תשמ"ט) 167.
- גרוס, עמנואל, "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 437.
- גרוס, עמנואל, "עסקאות טיעון וחקר האמת", **פלילים** ג (תשנ"ג) 251.
- גרוס, עמנואל, **עד-המדינה** (תשמ"ט).
- דותן, יואב, "החובה לקבוע כללים מנהליים", **משפטים** כג (תשנ"ד) 437.
- דייקן (דיקשטיין), פלטיאל, **דיני עונשין בישראל, בעמים, בעבר ובהווה** (מהדורה שנייה, 1955).

הנדלר, זבולון והנדלר, ספי "הסדרי כופר וחוק חופש המידע – עידן חדש?", **מיסים** יג (2) (תשנ"ט) א-85.

הראל, אלון, "יעילות וצדק במשפט הפלילי", **משפטים** כב (תשנ"ג) 499.

הרנון, אליהו ומן, קנת, **עסקאות טיעון בישראל – הלכה ומעשה על רקע השוואתי** (תשמ"א).

הרנון, אליהו, "עסקאות טיעון בישראל – חלקות התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן", **משפטים** כז (תשנ"ז) 543.

הרנון, אליהו, "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 139.

הרנון, אליהו, **דיון פלילי** (רות גביזון ועקיבא באום – עורכים, 1973).

וינרוט אברהם ואדלשטיין בועז, "תשלום כופר כשיקול במינוי לכהונת דירקטור בתאגיד בנקאי", **מיסים** י(1) (1996) א-35.

זלצברגר, עלי, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", **משפטים** כב (תשמ"ג) 261.

זמיר, יצחק, "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 295.

זמיר, יצחק, **הסמכות המינהלית** (כרך א, תשנ"ו).

זמיר, יצחק, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, תשנ"ו).

חסין, יעל וקרמניצר, מרדכי, "אחידות בענישה בעבירות תעבורה", **משפטים** יח (תשמ"ח) 103.

חסין, יעל וקרמניצר, מרדכי, "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה", **משפטים** כב (תשנ"ד) 533.

טננבוים, אברהם, "הגישה האבולוציוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?", **שערי משפט** ב (תשס"א) 261.

יגור, יצחק (צחי), **דיני הגבלים עסקיים** (מהדורה שנייה, 1999).

יצחק, יואב, "פותרים את הפקק", **גלובס**, 21.8.2001.

ירקוני, יורם "ניסוי: שופטים רשאים לתווך בעסקאות טיעון", **ידיעות אחרונות**, 12.3.2001.

כהן, אמנון ואבמן-מולר, עינת, "שופט פסיבי או שופט אקטיבי? – הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקאות טיעון" **משפטים** לא (תשס"א) 745.

כהנא, בלהה וזנדברג, חיה, "שחרור בערובה של תושבי השטחים", **המשפט** גליון מס' 11 (תשס"א) 20.

כספי, יהושע, **עבירות ועבריינים בישראל 1948-1998** (1999).

לוי, יובל ולדרמן אליעזר, **עיקרים באחריות פלילית** (התשמ"א).

מגן, איתן, "והוא רחום יכפר עוון", **הרבעון הישראלי למיסים** כד גליון 96 (תשנ"ז) 63.

מגן, איתן, "שיקולי ענישה לגבי תושבי שטחים השוהים בארץ שלא כדין ולגבי מעבידיהם", **הסנגור** 34 (2000) 3.

מן, קנת, "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 189.

מן, קנת, "סנקציות אזרחיות-עונשיות", **עיוני משפט** יז (תשנ"ב) 243.

מן, קנת, **משך הטיפול בתיקים פליליים בבתי-המשפט בתל-אביב-יפו** (1989).

מצא, אליהו, "שופטי מוקד" **לקידום תיקים פליליים והסדר טיעון** (מכתב לנשיא א' ברק מיום 1.4.2001).

עמיר, גיורא, "נציב מס הכנסה – סמכויותיו והשימוש בהן", **מיסים** ז(6) (1993) א-52.

עמיר, גיורא, "על מדיניות רשויות המס בנושאים פליליים", **מיסים** יא(4) (1997) א-44.

עמיר, גיורא, **עבירות מס** (1992).

פולק, יוסי ולור, אמנון "השפעת הטיפול לפי צו מבחן ושירות לתועלת הציבור במניעת עבריינות חוזרת בקרב מטופלים בשירות המבחן למבוגרים", **עובדי חוק בישראל** (מאיר חובב, מרים

- גולן, ויוחנן וזנר – עורכים, 149 (1999).
- פלא, ש"ז, **יסודות בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד).
- פרוש, עדי, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 87.
- פרידמן, דניאל, "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" **הפרקליט** לה (תשמ"ד) 155.
- ציגלמן, ענת, "שליש מהאנשים פשוט לא משלמים קנסות", **הארץ**, 8.5.2000.
- ציטרין, בן-ציון, "פלאטו שרון ביטל התחייבותו לפצות את החברה הצרפתית CFPI ב-1.2 מיליון דולר", **הארץ**, 15.5.2000.
- קדמי, יעקב, **על סדר הדין בפלילים** (תשנ"ח).
- קובו, עמי, "הודאת שווא רציונלית", **הסנגור** 54 (2001) 3.
- קנאי, רות, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39.
- קנאי, רות, "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", **משפטים** כד (תשנ"ד) 97.
- קנאי, רות, **קביעת מסגרות משפטיות להזרחת שיקול הדעת של השופט בענישה** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, תשנ"א).
- קראו, ניקול, "המשטרה: מערכת המשפט סלחנית כלפי עברייני סמים", **הארץ**, 29.5.2000.
- קרמניצר, מרדכי ולבנון, ליאת, "האיסור על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו", **שערי משפט** ב (תשס"א) 285.
- קרמניצר, מרדכי, "האם חסרי עבירות אנחנו – על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 13), תש"מ-1980", **משפטים** יג (תשמ"ג) 159.
- קרמניצר, מרדכי, "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?", **המשפט** א (תשנ"ג) 205.
- קרמניצר, מרדכי, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** יז (תשמ"ח) 475.
- קרמניצר, מרדכי, "עקרון האשמה", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 109.
- קרמניצר, מרדכי, "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו", **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** (אלי לדרמן – עורך, תשס"א) 55.
- קרמניצר, מרדכי, "תפקידו של התובע בהליך פלילי", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 173.
- קרפ, יהודית, "החקיקה הפלילית לאור חוקי היסוד", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 275.
- קרפ, יהודית, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 64.
- קרצמר, דוד, "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה", **פלילים** ה(2) (תשנ"ז) 121.
- רודיטי, משה, **עיונים בסדר הדין הפלילי** (תשמ"ב).
- רטנר, אריה, "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט", **פלילים** ג (1992) 262.
- שגיב, בלה, חובב, מאיר, פלאי, אביבה, איגלשטיין, שלמה וניר, שושנה, **הערכת תוצאות התערבות – המבחן והשירות לתועלת הציבור** (מחקר של האגף לשירותי תיקון והאג, למחקר תכנון והכשרה במשרד העבודה והרווחה, תש"ס).
- שוהם, שלמה גיורא ושביט, גבריאלי, **עבירות ועונשים** (תש"ן).
- שטיינברג, בני, "גישור פלילי בין קורבן לפוגע", **הסנגור** 33 (2000) 3.
- שטרית, שמעון, "כופר כסף – ענישה פלילית בידי המינהל", **משפטים** ב (התש"ל) 577.
- שלו, גבריאלי, **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, תשנ"ה).
- שמגר, מאיר, "כבוד האדם ואלמות", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה) 33.

אנגלית

ABA Committee on Professional Ethics, Informal Opinion No. 779, 51 *A.B.A.J.* (1965) 444.

Acevedo, Roland, "Note Is a Ban on Plea Bargaining an Ethical Abuse of Discretion? A Bronx County, New York Case Study", 64 *Fordham L. Rev.* (1995) 987.

Adelstein, Richard P., "Plea Bargaining: a comparative approach", *The New Pilgrave Dictionary of Law and Economics* (v. 3, Peter Newman – ed., 1998) 46.

Adelstein, Richard P., "The Plea Bargain in England and America: A Comparative institutional view", *The Economic Approach to Law* (Paul Burrows & Cento G. Veljanovski – eds., London, 1981) 226.

Alexander, Larry, "Are Procedural Rights Derivative Substantial Rights", 17 *L. & Phil.* (1998) 19.

Alschuler, Albert W., "A Peculiar Privilege in the Historical Perspective: The Right to Remain Silent", 94 *Mich. L. Rev.* (1996) 2625.

Alschuler, Albert W., "Adding a Comparative Perspective to American Criminal Procedure Classes", 100 *W. Va. A.L.* (1998) 765.

Alschuler, Albert W., "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System", 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983) 931.

Alschuler, Albert W., "The Changing Plea Bargaining Debate", 69 *Cal. L. Rev.* (1981) 652.

Alschuler, Albert W., "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining", 84 *Yale L.J.* (1975) 1179.

Alschuler, Albert W., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968) 50.

Alschuler, Albert W., "The Trial Judge's Role in Plea Bargaining", 76 *Colum. L. Rev.* (1976) 1059.

Amsterdam, Anthony, "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies", 27 *Stan. L. Rev.* (1975) 525.

Andrews, Claire, *The Enforcement of regulatory Offences* (London, 1998).

Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law* (3rd ed., Oxford, 1999).

Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice* (London, 1992).

Ashworth, Andrew, *The Criminal Process – An Evaluative Study* (Oxford, 1998).

Bar Gil, Oren & Harel, Alon, "Crime Rate and Expected Sanction: The Economics of Deterrence Revisited", 30 *J. Legal Stud.* (2001) 485.

Becker, Gary S., "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *J. Pol. Econ.* (1968) 169.

Belenko, Steven, "The Challenges of Integrating Drug Treatment into the Criminal Justice Process", 63 *Alb. L. Rev.* (2000) 833.

- Bentham, Jeremy, *The Principles of Moral and Legislation* (New York, 1988).
- Bentham, Jeremy, *The Theory of Legislation* (Richard Hildreth – trans., London, 1931).
- Bishop, John B., *Prosecution without trial* (Sydney, 1989).
- Boari, Nicola, "On the Efficiency of Penal Systems: Several lessons from the Italian Experience", 17 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1997) 115.
- Bond, James Edward, *Plea Bargaining and Guilty Pleas* (2nd ed., New York, 1982)
- Braithwaite, John & Pettit, Philip, *Not Just Desert: A Republican Theory of Criminal Justice* (New York, 1990).
- Brants, Crisje & Field, Stewart, "Discretion and Accountability in Prosecutions: a comparative Perspective on keeping crime out of court", *Criminal Justice in Europe – A Comparative Study* (Phil Fennel, Christopher Harding, Nico Jörg & Bert Swart – eds., Oxford, 1995) 127.
- Bunzel, Sharon M., "Note: The Probation Officer and the Federal Sentencing Guidelines: Strange Philosophical Bedfellows", 104 *Yale L.J.* (1995) 933.
- Bureau of Justice Statistics, *Felony Defendants in Large Urban Counties* (Washington D.C., 1992).
- Card, Richard, *Criminal Law* (13th ed., London, 1995).
- Cardinale, Philip J. & Feldman, Steven, "The Federal Courts and the Right to Nondiscriminatory Administration of the Criminal Law: A Critical View", 29 *Syracuse L. Rev.* (1978) 659.
- Carns, Teresa W. & Kruse, John A., "Alaska's Ban on Plea Bargaining Reevaluated" 75 *Judicature* (1992) 310.
- Casper Gerhard & Zeisel, Hand, "Lay Judges in the German Criminal Courts", 1 *J. Legal Stud.* (1972) 135.
- Church, Thomas W. Jr., "In Defence of 'Bargain Justice'", 13 *L. & Soc. Rev.* (1979) 509.
- Code, Michael A., *trial Within Reasonable Time* (Ontario, 1992).
- Cohen, Stanley A. & Doob, Anthony N., "Public Attitudes to Plea Bargaining" 32 *Crim. L.Q.* (1989-1990) 85.
- Cole, George F., Mahoney, Barry, Thornton, Marlene & Hanson, Roger A., "The use of fines by trial court judges", 71 *Judicature* (1988) 323.
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law and Economics* (2nd ed., Reading, MA., 1997).
- Corso, Piermaria, "Italy", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 233.
- Davis, Michael, "How to make the Punishment Fit the Crime", 93 *Ethics* (1983) 726.
- Doherty, Barry & O'keeffe, Siùn, "Justice Denied: Delay in Criminal Cases", 49 *N. Ir. Legal Q.* (1998) 385.
- Dubber, Markus Dirk, "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure", 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 547.

- Duff, Antony & Garland, David, *A Reader on Punishment* (Oxford, 1994).
- Duff, Peter "The prosecutor fine and social control: the introduction of the fiscal fine to Scotland", 33 *B.J. Crim.* (1993) 481.
- Duff, Peter & Meechan, Kenneth, "The Prosecutor Fine" [1992] *Crim. L. Rev.* 22.
- Duff, Peter., "The prosecutor fine", 14 *Oxford J. Legal Stud.* (1994) 565.
- Dworkin, Ronald, "The Model of Rules I", *Taking Rights Seriously* (Cambridge, 1977-1978) 14.
- Dworkin, Ronald, "Principles, Policy, Procedure", *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) 72.
- Easterbrook, Frank H., "Criminal Procedure as a Market System", 12 *J. Legal Stud.* (1983) 289.
- Easterbrook, Frank H., "Plea Bargaining as Compromise", 101 *Yale L.J.* (1992) 1969.
- Eide, Erling, "Economics of Criminal Behavior", *The Encyclopedia of Law and Economics* (v. 5, B. Bouckaert & G. De Geest – eds., Cheltenham and Northampton, MA., 2000) 345.
- Einat, Tomer, "How Effective is Criminal Fine Enforcement in the Israeli Criminal Justice System?", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 322.
- Ellerson, Alex S., "Note, The Right to Appeal and Appellate Procedural Reform", 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 373.
- Fabri, Marco, "Program II: Commentary", 40 *St. Louis L.J.* (1996) 1045.
- Felstiner, William L. F., "Plea Contracts in West Germany", 13 *L. & Soc'y L. Rev.* (1979) 309.
- Fionda, Julia, *Public Prosecutors and Discretion – a Comparative Study* (Oxford, 1995).
- Fisher, George, "Plea Bargaining Triumph", 109 *Yale L.J.* (2000) 857.
- Fiss, Owen M. "Against Settlement", 93 *Yale L.J.* (1984) 1073.
- Fletcher, George P., *Basic Concept of Criminal Law* (Oxford, 1998).
- Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law* (Boston, MA., 1978).
- Foucault, Michel, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (Alan Sheridan – trans., New York, 1977).
- Franklin, Erica G., "Waiving Prosecutorial Disclosure in the Guilty Plea Process: A Debate on the Merits of 'Discovery' Waivers", 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 567.
- Frase, Richard S., "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?", 78 *Calif. L. Rev.* (1990) 542.
- Freed, Daniel J., "Federal Sentencing in the Wake of Guidelines: Unacceptable Limits on the Discretion of Sentences", 101 *Yale L.J.* (1992) 1681.
- Freedman, Monroe H., "Our Constitutionalized Adversary System", 1 *Chapman L. Rev.* (1998) 57.
- Freidman Lawrence M., "Plea Bargaining in Historical Perspective", 13 *L. & Soc'y*

Rev. (1979) 247.

Goldstein, Abraham S., "White Collar Crimes and Civil Sanctions", 101 *Yale L.J.* (1992) 1985.

Grande, Elisabetta, "Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance", 48 *Am. J. Comp. L.* (2000) 227.

Greve, Vagn, "Denmark", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 51.

Grogger, Jeffrey, "Certainty vs. Severity of Punishment", 29 *Economic Inquiry* (1991) 297.

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

Guidorizzi, Douglas D., "Comment: Should We Really "Ban" Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics", 47 *Emory Int'l. L.J.* (1998) 753.

Gunger-Tas, Josine, "Juvenile Delinquency: What to Do? The Case of The Netherlands", 2 *Fed. Sent. R.* (1999) 248.

Harcourt, Bernard. E., "Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Window Theory, and Order Maintenance Policing, New York Style", 97 *Mich. L. Rev.* (1998) 291.

Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968).

Henham, Ralph, "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discounts and the Criminal Process", 62 *Modern L. Rev.* (1999) 515.

Herman, G. Nicholas, *Plea Bargaining* (Charlottesville, Virginia, 1997).

Herrmann, Joachim, "Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?", 53 *U. Pitt. L. Rev.* (1992) 755.

Herrmann, Joachim, "Models for the Reform of the Criminal Trial in Eastern Europe: A Comparative Perspective" [1996] *St. Louis-Warsaw Trans'l L.J.* 127.

Herrmann, Joachim, "The rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany", 41 *U. Chi. L. Rev.* (1974) 468.

Hoffman, Thomas R., "Studies of the Code Tax Penalty Structure: A Fitful Step Toward Reform", 43 *Tax Law* (1989) 201.

Huber, Barbara, "Criminal Procedure in Germany", *Comparative Criminal Procedure* (London, 1996) 96.

Jolls, Cristine, Sunstein, Cass R. & Thaler, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471.

Kagan, Shelly, *Normative Ethics* (Oxford, 1998).

Kahan, Dan F., "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", 95 *Mich. L. Rev.* (1997) 2477.

Kahneman, Daniel & Tversky, Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", 47 *Econometrica* (1979) 263.

Kamisar, yale LaFave, Whyne R. & Israel, Jerold H., *Modern Criminal Procedure* (St. Paul, Minn., 1996).

Kant, Immanuel, *Metaphysical elements of justice: part I of The metaphysics of morals* (John Ladd – trans., Indianapolis, Indiana, 1999 - originally 1797).

Kaplan, J., "American Merchandising and the Guilty Plea: Replacing the Bazaar with a department store", 5 *Am. J. Crim. L.* (1977) 215.

Kelk, Constantijn, "Criminal Justice in the Netherlands", *Criminal Justice in Europe – A Comparative Study* (Phil Fennel, Christopher Harding, Nico Jörg & Bert Swart – eds., Oxford, 1995) 1.

Kerrigan, Laura J. & others, "The Decriminalization of Administrative Law Penalties, Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications", 45 *Admin. L. Rev.* (1993) 367.

Kipnis, Kenneth, "Criminal Justice and the Negotiated Plea", 86 *Ethics* (1976) 93.

Kremmnitzer, Mordechai, "Constitutional Principles and Criminal Law", 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 84.

Kühne, Hans-Heiner, "Germany", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 137.

LaCasse, Chantale, Payne, Abigail, "Federal sentencing guidelines and mandatory minimum sentences: do defendants bargain in the shadow of the judge?", 42 *J.L. & Econ.* (1999) 245.

LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H. & King, Nancy J., *Criminal Procedure* (v. 4, 2nd ed., Criminal Practice Series, St. Paul, Minn., 1999).

Lancey, Nicola & Wells Celia, *Reconstruction Criminal Law* (2nd ed., London, 1998).

Landes, William M., "An Economic Analysis of the Courts", 14 *J.L. & Econ.* (1971) 61.

Langbein, John H., "The Criminal Trial Before the Lawyers", 45 *Chi. L. Rev.* (1978) 263.

Langbein, John H., "Controlling Prosecutorial Discretion in Germany", 41 *U. Chi. L. Rev.* (1974) 439.

Langbein, John H., "Land Without Plea Bargaining: How do Germans do It", 78 *Mich. L. Rev.* (1979) 204.

Langbein, John H., "On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial", 15 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y.* (1992) 119.

Langbein, John H., "Torture and Plea Bargaining", 46 *U. Chi. L. Rev.* (1978) 3.

Langsted, Lara Bo, Garde, Peter & Greve, Vagn, "Denmark", *The International Encyclopedia of Laws – Criminal Law* (Boston, MA., 1998).

Langsted, Lara Bo, Greve, Vagn, & Garde, Peter, *Criminal Law in Denmark* (Hague, 1998).

Lewis, Peter, "Criminal Procedure", *The Encyclopedia of Law and Economics* (v. 5, B. Bouckaert & G. De Geest – eds., Cheltenham and Northampton, MA., 2000) 241.

Mann, Kenneth, "Punitive Civil Sanctions: the Middleground Between Criminal and Civil Law", 101 *Yale L. Rev.* (1992) 1795.

Marinos, Voula, "Equivalency and interchangeability: the unexamined complexities

- of reforming the fine. (Fines Instead of Imprisonment in U.S. and Canada)", 39 *Canadian J. Criminology* (1997) 27.
- Marshall, Tony F., *Alternatives to Criminal Courts* (Hampshire, 1986).
- Matravers, Matt, *Justice and Punishment* (Oxford, 2000).
- McConville, Mike & Mirsky, Chester, "Guilty Plea Courts: A Social Disciplinary Model of Criminal Justice", 42 *Social Problems* (1995) 216.
- McDonald, William F., "From Plea Negotiation to Coercive Justice: Notes on the Respecification of a Concept", 13 *L. & Soc'y Rev.* (1979) 385.
- Melenyzer, Liza, "Double jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States", 89 *J. Crim. L. & Criminology* (1999) 1007.
- Miller, Herbert S., McDonald, William F. & Cramer, James A., *Plea Bargaining in the United States* (Washington D.C., 1978).
- Miller, Jeffrey J., "Plea Bargaining and Its Analogues Under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States: Towards a New Understanding of Comparative Criminal Procedure", 22 *N.Y.U. Jour. Int. L. & Pol.* (1990) 215.
- Miller, Marc L. & Wright, Ronald F., *Criminal Procedure - Prosecution and Adjudication* (New York, 1999).
- Moor, Michael, *Placing Blame* (Oxford, 1997).
- Moore, Michael S., "Justifying Retributivism", 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 15.
- Morgan, Eben, "Taking the Fifth: Reconsidering the Origin of the Constitutional Privilege against Self Incrimination", 92 *Mich. L. Rev.* (1994) 1086.
- Morgan, Patricia T., *Tax Procedure and Tax Fraud in a nutshell* (St. Paul, Minn., 1990).
- Morris, Norval & Tonrey, Michel, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishment in a Rational Sentencing System* (New York, 1990).
- Morris, Norval, *Madness and the Criminal Law* (Chicago, Illinois, 1982).
- Moxon, David, "England Abandons Unit Fines", *Sentencing Reform in Overcrowded Times* (New York, 1997) 139.
- Nasheri, Hedieh, *Betrayal of Due Process – A Comparative Assessment of Plea Bargaining in the United States and Canada* (Lanham, Maryland, 1998).
- Nasheri, Hedieh, *Justice in a democracy: A comparison of Plea Bargaining Practices in the United States and Canada* (An Arbor, Michigan, 1992).
- Nashery, Hedieh, *Betrayal of Due Process – A Comparituve Assessment of Plea Bargaining in the United States and Canada* (Boston, MA., 1998).
- Note, "The Prosecutor's Duty to Disclose to Defendants Pleading Guilty", 99 *Harv. L. Rev.* (1986) 1004.
- Nozick, Robert, *Philosophical Explanations* (Oxford, 1981).
- Packer, Herbert L., *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford, California, 1968).
- Padfield, Nicola, "Plea Before Venue", 147 *New L.J.* (1997) 1396.
- Pardel, Jean, "France", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian

- Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 105.
- Polinsky, A. Mitchell & Shavell, Steven, "Public Enforcement of Law", *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law* (v. 3, Peter Newman – ed., London and New York, 1998) 178.
- Polinsky, A. Mitchell & Shavell, Steven, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", 38 *J. Econ. Literature* (2000) 45.
- Polinsky, Mitchell & Shavell, Stevan, "On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence", 28 *J. Legal Stud.* (1999) 1.
- Posner, Richard, *Economic Analysis of Law* (5th ed., New York, 1998).
- Ralph, Henham, "Bargain Justice or Justice Denied? Sentence Discount and Criminal Process", 62 *Modern L. Rev.* (1999) 515.
- Rasmusen, Eric, "Stigma and self-fulfilling expectations of criminality", 39 *J. Law & Econ.* (1996) 519.
- Rawls, John, "Two concept of Rules", 64 *Philos. Rev.* (1955) 3.
- Rawls, John, *A Theory of Justice* (Rev. ed., Cambridge, 1999).
- Robinson, Paul H. & Darley, John M., "The Utility of Desert", 91 *Nw. U.L. Rev.* (1997) 453.
- Roording, Jaap, "The Punishment of Tax Fraud" [1996] *Crim L.R.* 240.
- Rothman, David, *The Discovery of the Asylum* (Boston, MA., 1971).
- Rubinstein, Michael L. & White, Teresa J., "Alaska's Ban on Plea Bargaining", 13 *L. & Soc'y Rev.* (1979) 367.
- Sadurski, Wojciech, "Social Justice and the Problem of Punishment", 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 302.
- Scheb, John M. & Scheb, John M. II, *Criminal Procedure* (St. Paul, Minn., 1996).
- Schonsheck, Jonathan, *On Criminalization: An essay in the Philosophy of the Criminal Law* (Dordrecht, 1994).
- Schulhofer, Stephen J., "Criminal Justice Discretion as a Regulatory System", 17 *J. Legal Stud.* (1988) 43.
- Schulhofer, Stephen J., "Due Process of Sentencing", 128 *U. Pa. L. Rev.* (1980) 733.
- Schulhofer, Stephen J., "Is Plea Bargaining Inevitable?", 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 1037.
- Schulhofer, Stephen J., "Plea Bargaining as Disaster", 101 *Yale L.J.* (1992) 1979.
- Scott, Robert E. & Stuntz, William J., "A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants", 101 *Yale L.J.* (1992) 2011.
- Scott, Robert E. & Stuntz, William J., "Plea Bargaining as Contract", 101 *Yale L.J.* (1992) 1909.
- Sieghart, Paul (chairman) and other, *Breaking the Rules* (A Report by Justice, British Section of the International Commission of Jurists, London, 1980).
- Sigman, Shayna M., "An Analysis of Rule 11 Plea Bargain Options", 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 1317.

- Spark, John, *Emmins on Criminal Procedure* (6th ed., London, 1995).
- Spelman, William, "The severity of Intermediate Sanctions", 32 *J. Res. Crime & Delinq.* (1995) 107.
- Spencer, J. R. S., "French and English Criminal Procedure: A Brief Comparison", *The Gradual Convergence* (Oxford, 1994) 33.
- Stanley, Alessandra, "Italians Argue Over Efforts to Make Trials Fairer", *New York Times*, Jan 31, 2000.
- Steinberg, Allen, "From Public Prosecution to Plea Bargaining: Criminal Prosecution, the District Attorney, and the American Legal History", 30 *crime and Delinquency* (1984) 568.
- Stepan, Jan, "Possible Lessons from Continental Criminal Procedure", *The Economics of Crime and Punishment* (Washington D.C., 1973).
- Stith, Kate, & Cabranes, José A., *Fear of Judging – Sentencing Guidelines in the Federal Courts* (Chicago, Illinois, 1998).
- Stuntz, William J., "The Uneasy relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice", 107 *Yale L.J.* (1997) 1.
- Subin, Harry I., Mirsky, Chester L. & Weinstein, Ian S., *the criminal process: prosecution and Defence Functions* (St. Paul, Minn., 1993).
- Summers, Eobert S., "Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for 'Process Values'", 60 *Cornell L. Rev.* (1974) 1
- Swaigen, John, *Regulatory offences in Canada* (Ontario, 1992).
- Swart, A.H. J., "The Netherlands", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 279.
- Swenson, Thomas, "The German 'Plea Bargaining' Debate", 7 *Pace Int. L. Rev.* (1995) 373.
- Tebbit, Mark, *Philosophy of Law* (New York, 2000).
- Tonrey, Michael, "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishment", *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice* (Antony Duff, Sandra Marshal, Rebecca Emerson Dobash & Russell P. Dobash – ed., Manchester, 1994) 59.
- Tonrey, Michael, *Malign Neglect - Race Crime and punishment in America* (New York, 1995).
- Turner, A. J., "The New Fixed Penalty System" [1986] *Crim. L. Rev.* 782.
- Tversky, Amos & Kahneman, Daniel, "Rational Choice and the Framing of Decision", *Rational Choice the Contract Between Economics and Psychology* (R.M. Hogarth & M.W. Reder – ed., Chicago, Illinois, 1987) 67.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law* (New Haven, Conn., 1990).
- Van Cleave, Rachel A., "An Offer You Can't Refuse? Punishment Without Trial in Italy and the United States: The Search for Truth and an Efficient Criminal Justice System", 11 *Emory Int'l L. Rev.* (1997) 419.
- Huff, C. Ronald, Rattner, Arye & Sagrin, Edward, *Convicted But Innocent - Wrongful*

- Conviction and Public Policy* (Sage Publs, 1996).
- van den Wyngaert, Christian, "Belgium", *Criminal Procedure in the European Community* (Christian Van Den Wyngaert – ed., London, 1993) 42.
- van Dijk Pieter & van Hoof G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., Hague, 1998).
- Bedau, Hugo Adam & Radelet, Michael L., "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases", 40 *Stan. L.R.* (1987) 21.
- VanVleave, Rachel, "Chapter 8: Italy", *Criminal Procedure: A worldwide Study* (Craig M. Bradley – ed., Durham, N.O., 1999) 245.
- Vogel, Mary E., "The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860" 33 *L. & Soc. Rev* (1999) 161.
- von Hirsch, Andrew & Ashworth, Andrew, "Not Not Just Desert: A Respond to Braithwait and Pettit", 12 *Oxford J. Legal Stud.* (1992) 83.
- von Hirsch, Andrew, "Censure and Proportionality", *A Reader on Punishment* (Antony Duff & David Garland – ed., Oxford, 1994) 115.
- von Hirsch, Andrew, Bottoms, Anthony e., Burnew, Elozabeth & Wikström, P-O, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research* (Oxford, 1999).
- Walker, Nigel & Padfield, Nicola, *Sentencing - Theory, Law and Practice* (London, 1996).
- Walker, Nigel, "Reductivism and Deterrence", *A Reader on Punishment* (Antony Duff, & David Garland – eds., Oxford, 1994).
- Wasik, Martin, Gibbons, Thomas & Redmayne, Mike, *Criminal Justice – Text and Materials* (London, 1999).
- Weigend, Thomas, "Chapter 6: Germany", *Criminal Procedure: A world Wide Study* (Craig M. Bradley – ed., Durham, N.O., 1999) 187.
- Weigend, Thomas, "Symposium: Comparative Criminal Justice Issues in The United States, West Germany, England, and France: Sentencing in West Germany", 42 *Md. L. Rev.* (1983) 37.
- Weninger, Robert A., "The Abolition of Plea Bargaining: A Case Study of El Paso County, Texas", 35 *UCLA L. Rev.* (1987) 265.
- Wertheimer, Alan, *Coercion* (Princeton, New Jersey, 1989).
- Whitehouse, Chris, *Revenue Law – Principles and Practice* (15th ed., London, 1997).
- Whitman, Peter A., "Recent development - Judicial Plea Bargaining", 19 *Stan. L. Rev.* (1967) 1082.
- Wilson, James Q. & Herrnstein, Richard J., *Crime and Human Nature* (New York, 1985).
- Wilson, James Q., *Thinking About Crime* (2nd ed., New York, 1983).
- Wise, Edward M., "The Concept of desert", 33 *Wayne L. Rev.* (1987) 1343.
- Zander Michael & Henderson, Paul, *The Royal Commission on Criminal Justice – Crown Court Study* (London, 1993).

Zander, Michael, "What the Annual Statistics Tell Us About Pleas and Acquittals"
[1991] *Crim. L. Rev.* 252.

10. נספח – תמצית ראיונות

במהלך כתיבת העבודה ערכתי ראיונות עם שופטת, סנגורים ותובעים. כיוון שבאמצעות ראיונות עם מספר מצומצם יחסית של ראשי יחידות תביעה ניתן לקבל תמונה טובה וכוללת על הנוהגים בהליכים הפליליים בכל רחבי הארץ, ראיינתי בעיקר פרקליטי מחוז וראשי לשכות תביעה באזורי הארץ השונים. עם זאת, כדי לקבל תמונה מלאה יותר, ראיינו גם מספר סנגורים, מהסנגוריה הציבורית, כמו גם עורך-דין פרטי העוסק בין השאר בפלילים. במסגרת זו ראיינו פרקליטי מחוז והממונים על המחלקות הפליליות בשלוש מתוך שש פרקליטויות המחוז העוסקות בפלילים, פרקליטים בכירים בלשכה הראשית של פרקליטות המדינה וארבעה מתוך אחד-עשר ראשי לשכות התביעה המשטריות. להשלמת התמונה ראיינו גם מספר תובעים ופרקליטים זוטרים. באותה תקופה גם הצטרפתי לתובעים לימי דיונים במספר בתי-משפט שלום. להלן תמצית חלק מן הראיונות הללו, כמו גם רישומי ההליכים בבתי-משפט השלום. החומר המלא נמצא בידי.

10.1. ראיון עם השופטת רות שרון – נשיאת בית-משפט השלום

מנהלת מנ"ת ארצית, 2.12.01

בשלב הראשון, במסגרת המנ"ת הפלילי, מסווגים את כתבי-אישום המוגשים לבית-המשפט, לפי התאמתם להליך. מטרת שלב זה היא לנפות מההליך את אותם תיקים שלא מתאימים לטיפול מסוג זה כגון עבירות מין חמורות, עבירות סחיטה באיומים וכיוצא באלה. למנ"ת שלוש מטרות:

1. להבטיח כי העונש יוטל בסמוך לביצוע העבירה.
2. לוודא כי ההקראות תתבצענה בפני שופט פלילי מנוסה. מטרת ההקראה אינה לעודד הודאות באשמה. תפקיד השופט ביום ההקראות הוא לוודא שאדם שלא ביצע את העבירה לא יודה.
3. לדאוג שנאשם המתכוון להודות יעשה זאת בשלב מוקדם ככל האפשר של ההליך. בדרך זו אנו מצמצמים את הסחבת. זה גם מסייע לשיקום הנאשמים – בייחוד אלו שזו להם עבירה ראשונה ומינורית. הם זוכים בייצוג משפטי בהליך שמבטיח כי, כאשר הדבר מתאים, מוטל עליהם צו מבחן בלא הרשעה.

בהסדר שייצרנו יש תיאום בין התביעה לבין הסנגוריה. לפי המוסכם כיום סנגור ציבורי מגיע ליום הקראות וממונה לצורך ההליך לנאשמים שאינם מיוצגים. ייצוג של סנגור בשלב זה הוא קריטי. נאשמים שאינם מיוצגים מקבלים לעתים החלטות מוטעות בשלב ההקראה או הדיון לעונש, והנזק שנגרם להם עקב כך עלול להיות בלתי הפיך.

איני תומכת ברעיון שבית-המשפט יציע גם עונש. זה עלול להיראות כמסחר. בית-המשפט גם לא צריך לבקש מיד פרטים על העבר הפלילי של הנאשם. יש מצבים שזה מתבקש, אך זה לא צריך להיעשות בשלב ראשון. הכל עניין של מידה. בדרך כלל התובע והסנגור מגיעים להסדר. ההליך לא מתבצע כמו פשרה במשפט אזרחי. המטרות של ההליך הפלילי שונות.

בשלב זה מינוי הסנגורים נעשה לפי סעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995. המינוי בתוקף רק כל עוד התיק לא נקבע להוכחות. כאשר התיק נקבע להוכחות ניתן, עד לשלב ההוכחות, לבדוק אם הנאשם זכאי למינוי קבוע, ואם כן למנותו על-פי התנאים בסעיף 18(א). אני סבורה שההליך מקטין את הסיכון של חפים להימצא אשמים.

נעשה ניסיון של שופטת בבית-המשפט המחוזי לערוך הליך שבמסגרתו נלקחים תיקים לגישור לפי פניה. הליך כזה יכול לסייע להקדים ביצועם של הסדרי טיעון כאשר אלו ייערכו בכל מקרה בשלב מאוחר יותר.

10.2. ריאיון עם עו"ד דרור ארז-איילון, 19.11.01

אין מניעה עקרונית להיעזר בשופטים שלא דנים בתיק במהלך שלב הראיות כדי לסגור עסקאות. שופט אמיץ יכול לומר לתובע במהלך ההליך שהוא לא הוכיח אישומים מסוימים ולהגיע להסדר – וזה טוב. אולם ימי הקראות זה שערורייתי. ראשית, מכיוון שאף אחד לא החליט עליהם באופן מסודר. לא היה כאן דיון ציבורי. ההחלטות מתקבלות על-ידי שופטים, והשיקול היחיד שעומד בפניהם הוא שיקול היעילות, וזה פוגע בצדק. שנית, וזה נגזר מהעניין הראשון, עורך-דין שמגיע ליום כזה אינו יודע כיצד להתמודד עם ההליך. ההליך לא מופיע בתקנות או בהוראות גלויות. שלישי, הליך כזה צריך שיתנהל כאשר לנאשם יש לוח זמנים סביר אצל השופט כדי לאפשר לו לימוד מספק של הראיות. המודל הזה, שפועל בבתי-משפט לתעבורה, הוא אסוני בעבירות פליליות רציניות. אני משוכנע שבהליך זה מורשעים אנשים שלא היו צריכים להיות מורשעים על בסיס עיון מדוקדק בראיות. רביעית, זה הרסני למקצוע עריכת הדין. המינוי של סנגורים לא נעשה בהתאם להוראות חוק הסנגוריה. ממנים סנגורים בסיטונות בלא בדיקת זכאות. יש להבטיח קודם כל שתינתן לנאשם האופציה לבחור בעורך-דין פרטי. יש כאן אימפריאליזם של הסנגוריה שמעוניינת לייצג כל אחד. אבל בדרך זו אדם שיכול היה לשכור סנגור פרטי – מקבל סנגור ציבורי ואין לו אינטרס לשלם לסנגור. בדרך זו תיעלם כמעט לחלוטין הסנגוריה הפרטית, ולמעט עורכי-דין ספורים שיעסקו בתיקים של גדולים ועשירים, הכל יטופל על-ידי הסנגוריה הציבורית. זו לא רק בעיה של עורכי-הדין, שיאבדו עבודה, אלא יש כאן גם בעיה נוספת. סנגור ציבורי ייהפך במשך השנים לחלק מהממסד ויחסר את הקנאות הנדרשת מסנגור בהגנה על נאשמים. עדיף לדעתי מצב בו כמחצית מהנאשמים מיוצגים על-ידי סנגור פרטי ומרבית האחרים לא מיוצגים כלל, על פני מצב בו הרוב המכריע של הנאשמים מיוצג על-ידי סנגור ציבורי ורק מתי מעט מיוצגים על-ידי סנגור פרטי (אף שבמצב האחרון כל אדם זוכה לייצוג).

בעיני המערכת ההליך בא לפתור את בעיית העומס – וזו שגיאה. הפתרון לבעיית העומס הוא הוספת זמן שיפוטי. מעורבות שופטים בהסדרי טיעון צריכה להתמקד באותם סכסוכים שלא ניתן לפתור בהסדר בלא מעורבות שיפוטית. זאת ועוד, ימי ההקראות מקלקלים שופטים, ומשנים את תפיסותיהם על ההליך. אשר להסדרי טיעון רגילים, הם לא מזיקים. הם מחלקים סיכונים בצורה סבירה. לעתים הכי רציונלי להודות, אף בדבר שהנאשם לא ביצע. במרבית התיקים שאני מנהל, יש מגע כלשהו עם התביעה או הפרקליטות במהלך הדיונים, ולכן אם יש אופציה להסדר טיעון היא נדונה. קורה לא אחת כי סנגורים נמנעים מהסדרי טיעון כדי להשיג את שכר הטרחה, גם כשהסדר יכול לשרת את הנאשם. תומך ביישום הרעיון של אזהרה כמקובל באנגליה גם בארץ.

בנוסף נוטה לתמוך גם בענישה בידי תובע בתנאי שזו לא תכלול סמכות להטיל מאסר בפועל או על תנאי ואם לעונש לא תלווה הרשעה. מעריך כי לעתים בהסדר טיעון לא משיגים הקלה משמעותית בעונש, אולם במקרים רבים אחרים, בזכות ההסדר, ההקלה בעונש משמעותית ביותר – ביחוד שינוי סוג העונש: ממאסר בפועל למאסר על תנאי או ממאסר של למעלה מחצי שנה לעבודות שירות. קשה למדוד את שיעור ההקלה במקרים כאלו – אך לנאשם זה משמעותי. לעתים ההסכמה מסתכמת בהסדר דיוני על קבלת תסקיר לבדיקת היתכנות של אי הרשעה וכיוצא בזאת.

10.3. ריאיון עם ד"ר דוד וינר, סגן בכיר א' וממונה, הסנגוריה

15.11.01, הציבורית הארצית,

החל מהשבוע הבא נתחיל להפעיל תוכנית מוסכמת עם הנהלת בתי-המשפט שבמסגרתה סנגורים שימונו לצורך ימי הקראות ימומנו במשותף על-ידי משרד המשפטים והנהלת בתי-המשפט. מבחינתנו, שיתוף הפעולה נועד בעיקר כדי לאפשר הרחבת הייצוג לנאשמים שבלא ההסדר איננו מיוצגים. החשש של לשכת עורכי-הדין מפני פגיעה בסנגוריה הפרטית, בתיקי מעצרים, לא נמצא מוצדק. מספר עורכי-הדין הפרטיים המופיעים בתיקי מעצר לא השתנה מאז כניסת הסנגוריה לפעילות עד היום, והוא עומד על כ-20%, בעוד שהשינוי היחיד היה במספר התיקים שבהם העצור זכה לייצוג מטעם המדינה. כיום כ-80% מהנאשמים בשלב המעצר מיוצגים.

הסנגוריה השתתפה בניסוי של ימי הקראות בחסות ועדת מצא עד 15.7.01. במהלך הניסוי הצלחנו לשפר את השיטה. בתחילה היו מקרים שהופעל על הנאשם לחץ להודות, והיה אף מקרה חריג שעורך-הדין שוחרר מתפקידו משום שהנאשם לא הודה. במסגרת הפעולה כיום זה לא קורה. בסנגוריה יש מחלוקת באשר להליך. התומכים בהליך סבורים כי זו הזדמנות להרחיב את הייצוג לנאשמים, ולצמצם את מספר הנאשמים הבלתי מיוצגים. ההתנגדות נובעת כמובן מהחשש מפגיעה בנאשמים. לפעמים אנו חשים כי מטרת ההליך, מטעם הנהלת בתי-המשפט, היא קודם כל "חיסול תיקים". וכשזו המטרה, החשש הוא מפני לחצים שיפגעו בנאשמים. מינוי הסנגורים נעשה מבחינה חוקית לפי סעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. עד היום פטרו חלק גדול מהנאשמים מתשלום האגרה, כדי לאפשר את יעילות ההליך. הניסוי הראשוני הסתיים וכיום אנו עוברים לשלב חדש במתכונת שתיארתי לעיל.

אשר להסדרי טיעון, כמעט בכל תיק אנו פונים לפרקליטות או לתביעה כדי לבדוק אפשרות להגיע להסכמות. רק בתיקים מעטים הם פונים אלינו. מעריך כי כ-75% מהתיקים המסתיימים בהכרעת דין, מסתיימים בעקבות הסדר טיעון במובנו הרחב (הסכמה דיונית כלשהי או התחייבות של התביעה לטיעון כלשהו והודאה של הנאשם). מתוך התיקים בהם מודים נאשמים כמעט בכולם, נאמר בכ-90%, ההודאה הגיעה לאחר קבלת הסכמה או הבהרה כלשהי מהתביעה. הסדר טיעון ערוך וחתום, נדיר הרבה יותר. בפרקליטות ניתן למצוא הסדרים כאלו מעט יותר מאשר בתביעות.

התחושה היא כי בבית-משפט השלום, בתיקי תביעות, אפשר להשיג הישגים משמעותיים יותר מבחינת ענישה ומחיקת אישומים והעדר הרשעה בעסקאות טיעון. בתיקים רבים ההנחה בעונש היא עצומה – שינויים בסוג העונש הצפוי שקשה למדוד אותם באחוזים.

היועץ המשפטי הוציא הנחיה כי כאשר התביעה מציגה עמדה עונשית של מאסר בפועל, היא תבקש שהנאשם ייוצג. זה לא מיושם באופן מלא. אשר לענישה מותנית בידי תובע (שאינה כוללת עונש מאסר בפועל או על תנאי), כאשר הנאשם מיוצג או כאשר אין הרשעה – אין בעיה עם הסדר כזה.

אשר לטענה כי סנגורים מושכים דיונים כדי להגדיל את שכר הטרחה, אין בזה ממש. אנחנו בודקים את הדרישות שלהם, ולא משלמים עבור פעולות מיותרות. בכל מקרה, הריטינרים שיופיעו בימי הקראות – לא יהיה להם אינטרס כזה, כי שכרם יינתן על בסיס חודשי. חוץ מזה, יש לזכור, כי פעמים רבות דחיית הדיון היא הדבר הטוב ביותר עבור הנאשם. דחיות כאלו מרחיקות את מועד סיום ההליך ממועד העבירה, מאפשרות תסקיר והליך גמילה ושיקום ומביאות לא אחת להקלה בעונשו של הנאשם.

10.4. ריאיון עם ענבל רובינשטיין, סנגורית מחוזית תל אביב,

15.11.01

במקום שבו אין ימי הקראות מסודרים ההליך הרבה יותר גרוע. התפתחה פרקטיקה לא כתובה שבה שופטים רבים מתערבים באמצעות רמזים המופנים לעורכי-הדין באולם או דיונים בלשכה ללא הנאשם. לעתים היו מנהלים דיון "מחוץ לפרוטוקול" או שאלות באמצעות סימנים שכבר הפכו מוסכמים באשר לקיומו של עבר פלילי, מאסר על תנאי בר הפעלה, ומאסר על תנאי עם חובת הפעלה וכיוצא באלה. הנאשם נמצא באולם ולרוב לא מבין מה שמתרחש סביבו. אם לא מסבירים לו – הוא יוצא נפגע. שאלות כמו "כמה ישיבות תצטרכו" מסייעות לשופט לדעת פרטים על מצב הראיות בתיק, האם יש עדות מומחה וכיוצא באלה. היתרון הראשון של יום הקראות – שהכל גלוי.

אנחנו לא משתתפים בפרויקט כדי לקדם את יעילות הטיפול בתיקים. זה לא האינטרס שלנו. הייתה הצעה שסנגור ימונה רק ליום ההקראות. אנחנו לא הסכמנו. הסכמנו לתקופת ניסיון, שכל מי שאין לו סנגור ולא מבקש סנגור פרטי, יוכל לקבל סנגור ציבורי שנמצא באולם, הסנגור ייצג אותו באותה ישיבה ובכל ישיבה נדחית וכן בשלב ההודאה והטיעונים לעונש. רק כאשר הנאשם מחליט סופית שהוא הולך להוכחות, ומדובר בכ-4%-5% מהנאשמים המוזמנים לימי הקראות במחוז המרכז, רק אז, המינוי נתון לשיקול דעת מחודש של השופט. הסכמנו להסדר זה כי ביום ההקראות עצמו לא ניתן לבדוק את זכאות הנאשם לייצוג, אולם בחלוף הזמן ניתן לבדוק זאת ולקבל החלטה בהתאם לזכאות. העיקרון של ייצוג חלקי הוא עיקרון לקוי.

הסנגור מקבל את התיק במקום, ואם יש צורך מבקש דחייה ליום ההקראות הבא. השופטים מקבלים את התיק במקום ביום הדיון. לבית-המשפט אין התנגדות לדחייה אחת של התיק ליום ההקראות הבא. בדרך כלל מדובר בדחייה של כחודש, או אם מבקשים תסקיר, חודשיים שלושה. מעריכה כי כ-15% מהתיקים מסתיימים ביום ההקראות הראשון, עוד 40% מקודמים ביום זה התקדמות משמעותית, והיתר נדחים לבחינה מעמיקה יותר.

כיום נעשים הסדרי טיעון פעמים רבות עם נאשמים לא מיוצגים, כולל הסדרים הכוללים עונש

מאסר. זה קורה בעיקר בתל אביב. במחוז המרכז, אם מתבקש עונש מאסר השופטים ממנים לנאשם סגור.

10.5. ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז, 9.12.00

מעריכה כי כ-60%-70% מהתיקים מסתיימים בהסדר טיעון. המועד של הסדר הטיעון נקבע על-ידי הסגור, כשהוא פונה אלינו. לרוב, אנו בודקים את הענישה המקובלת בפסיקה במקרים דומים ולא נותנים הנחות משמעותיות. [מתארת מקרה בו הם מציעים עכשיו 18 חודשי מאסר] בתיק זה נסכים עוד להתגמש, אף כי אם התיק היה מטופל בזמן אמת העונש המתאים היה 3 עד 4 שנים. מעריכה את ההקלות הניתנות למי שמסכים להסדר בכ-20% עד 30% מהעונש. אנחנו לא יוזמים הסדרים, היוזמה באה מהסגורים בשלב שבו הם חושבים שזה נכון מבחינתם. יש הסבורים שכדאי להם להגיע להסדר קודם לשמיעת הראיות, בהנחה שאז הם יוכלו לקבל הצעה טובה יותר. אחרים סבורים שקודם כדאי לנסות לערער את עדותו של העד המרכזי. חלוף הזמן עשוי לשחק לשני הכיוונים. לפעמים התמשכות הדיון, בעיקר בתיקי מעצר שבהם אנו עומדים לקראת תום 9 החודשים, מובילה אותנו להסכים לפשרות משמעותיות יותר כדי לסיים את התיק בהקדם ולעתיים לאחר שביססנו את התיק, למשל לאחר שעדת התביעה המרכזית כבר העידה, עמדתנו מתקשחת.

מעורבות שופטים בהסדרים – חוששת מכפייה על הנאשמים. בכל מקרה, אם הנאשם מיוצג והסגור בא אלינו – כמעט תמיד אנו מגיעים להסדר, כך שההליך מיותר. זה יפגע גם בתדמית של מערכת בתי-המשפט.

10.6. ריאיון עם פרקליטת מחוז, 22.12.99

הקושי העיקרי הוא השיהויים הגדולים בבית-המשפט. כשהיה ניסיון לערוך הסדרים בשלב מוקדם ובעידוד שופט של בית-המשפט, הוא נכשל. הסגורים היו מגיעים לא מוכנים וביקשו דחייה בהקראות. בישיבה הנדחית באו סגורים מוכנים וכפרו סתם.

יש קושי מיוחד להגיע להסדר טיעון עם בעלי מקצועות העלולים לאבד את רישיונם אם יורשעו כגון רופאים או שוטרים. בדומה, כאשר יש השלכות אחרות להרשעה, כגון במקרה של עבירות מין במשפחה, להרשעה עלולה להיות השלכה על זכויות המפגש עם הקטין, קשה להגיע להסדר טיעון. מעריכה כי כ-70% מהתיקים מסתיימים בהסדר טיעון. בהרבה מקרים ההתדיינות להסדר מגיעה אחרי פרשת התביעה או אפילו אחרי עדות הנאשם. אנחנו לא מציעים הסדרי טיעון מתוך חשש שאם זה לא ייצא לפועל הנאשם יטען לעונש שהוצע לו.

10.7. ריאיון עם ממונה בכירה בפרקליטות מחוז, 22.12.99

מתנגדת למעורבות שופטים בהסדרי טיעון. זה יפגע במעמד בית-המשפט. ברוב המכריע של התיקים מבקש הנאשם עריכת הסדר. אנחנו לא יוזמים הסדר טיעון. לנאשמים שאינם מיוצגים מצויים לפעמים את העמדה העונשית של התביעה אם יודו, אך לא כהבטחה במסגרת הסדר. לא עורכים הסדר על עונש מאסר בפועל עם נאשם שאינו מיוצג. רוב הסדרי הטיעון נערכים

בתחילת ההליך לפני שלב הראיות. רוב התיקים מסתיימים בהסדרי טיעון. אשר לעונש המוצע בהסדר טיעון – אנו בודקים את רמת הענישה של בית-המשפט העליון ומציעים עונש המצוי בחלק התחתון של מתחם הענישה המקובל, בייחוד אם יש קשיים בניהול התיק. בהיעדר קשיים – הרף מעט גבוה יותר. רוב ההסדרים נערכים במשרד, אולם לעתים בבית-משפט השלום עורך הפרקליט הסדר ביום הדיון במקום, לאחר קבלת אישור. גם כך, הדבר נעשה אחרי דחיות רבות לבקשת הסנגוריה.

10.8. ריאיון עם ראש יחידת תביעות, 23.12.99

מעריך כי בין 30% ל-40% מהתיקים מסתיימים בהסדר ועוד כ-30% בהודאה בלא הסדר. עורכים הסדר טיעון גם עם נאשמים שאינם מיוצגים. מידי שבוע יש יום פתוח לעורכי-דין בלשכתו, במסגרתו נדונות בקשות להסדר טיעון. בדרך כלל היוזמה באה מהסנגוריה אולם בתיקים סבוכים קורה שגם הוא יוזם פנייה לסנגור בניסיון לסיים את התיק. בכ-85%-90% מהתיקים שבהם מתחיל משא ומתן להסדר – מגיעים להסדר.

לעתים בשל העומס סוגרים קבוצות תיקים. יש תיקים שמראש ספק אם צריך לטפל בהם באמצעות כתב-אישום כמו, למשל, תיקי גניבה או תיקי צ'קים ללא כיסוי. העומס אדיר, ולעתים יש תובע אחד לשני שופטים. מעריך שאם הם היו יוזמים יותר פניות לסנגורים, היו יותר הסדרים. לא משוכנע שראוי לערב שופטים בהליך המשא ומתן לקראת הסדר בשל מראית פני הצדק.

10.9. ריאיון עם פרקליט בכיר בפרקליטות 28.12.99

יחידות התביעה המשטריות עורכות מבצעי חיסול תיקים חדשות לבקרים. במבצעים אלו הם סוגרים בסיטונות תיקים לפי קטגוריות – כגון תיקי צ'קים ללא סיכוי, עבירות מרמה קלות, תאונות דרכים בתנאים מסוימים וכיוצא באלה. הטיפול בתיקים גדולים וסבוכים נדחה למשכי זמן ארוכים כאשר החשוד או הנאשם אינם במעצר. לעומת זאת תיקי מעצר, כגון תיקי אלימות חמורה ותיקים אחרים במגבלות זמנים של חוק סדר הדין הפלילי מטופלים במהירות. כ-11% מהעוררים על סגירות תיקים מתקבלים אולם במרבית התיקים כשמתקבל הערר כבר אין אפשרות להשלים חקירה ולאסוף די ראיות.

10.10. ריאיון עם ראש מדור תביעות במשטרה 28.12.99

החשש מקביעת חלופות של עבירה מינהלית הוא שנאשמים לא ישלמו. לעומת זאת, בהליך של הסדר טיעון, כמו בהליך שמבוצע בבתי-המשפט במחוז מרכז, האדם נושא בעונש. ההליך במחוז מרכז הצליח מאוד והוריד בצורה דרסטית את מספר התיקים שנקבעו להוכחות. בימי הקראות רגילים במחוזות אחרים, הרבה פחות תיקים מסתיימים בהסדר. במקרים רבים השופטים קובעים עשרה תיקי הוכחות לאותו יום מתוך ידיעה שחלק מהתיקים יידחו מסיבות שונות או שתהיה הודאה. העדים, ובייחוד המתלוננים, מגיעים לריק ונפגעים כשמסתבר להם שהושגה הודאה ולא זקוקים להם יותר. אני מקבלת על כך מכתבי תלונה. יש יחידת תביעות שבה אין תורים כלל, ולכן הסיכוי שתיק ייסגר בשל העומס קלוש. לעומת זאת, ביחידה אחרת יש תור של

כ-20,000 תיקים. זו כמות עצומה. לתיק דומה שמגיע לשם יש סיכוי גדול להיסגר. ואז סוגרים אלפי תיקים במבצעי חיסול תיקים, אחרי שהושקעו בהם שעות של עבודה של חוקרים.

10.11. ריאיון עם ראש יחידת תביעות, 29.12.99

הקושי בעבירות קלות רבות הוא שכל ההליך כל כך מסורבל. הכנת כתב-האישום, איתור הנאשם, ההקראה, תסקיר המבחן לצורך שירות למען הציבור ללא הרשעה דיון נוסף בבית-המשפט פיקוח על השירות למען הציבור – זה מסורבל. אם ניתן היה להציע לנאשם, בלי כל ההליך הזה, לשלם קנס של 1000 ולסגור את התיק זה היה פותר את הבעיה. כיום רוב התיקים האלו פשוט נסגרים.

מעורבות שופטים בהסדר – בבתי-משפט השלום כאן השופטים קובעים ימי הקראות מרוכזים, במסגרת מערך ניתוב התיקים. התיקים נקבעים לפי חומרה. אנחנו מגיעים עם שני תובעים. אחד נמצא בחוץ ועורך הסדרים והשני בפנים מנהל את ההליך. סטטיסטיקה שערכה אחת השופטות מלמדת כי כ-90% מהתיקים מסתיימים בהליך זה בשלב ההקראה. השופטים מעולם לא לקחו את התיק לראות ראיות ואנחנו גם נמנעים מלומר להם אם יש לנאשם מאסר על תנאי, בהוראת היועץ המשפטי לממשלה [פרקטיקה זו שונתה בנתיים – א.ג.]. אחת השופטות קוראת תמיד ליום הקראות כזה גם סגור ציבורי שיטפל במקום בתיקים שמצריכים סגור, אבל ברוב התיקים הנאשמים לא מיוצגים. בזכות הליך זה אין אצלו תיקים הממתניים להכנה. אין תור בכלל. הטיפול בכל תיק שמגיע מסתיים מבחנתינו (דהיינו בהגשת כתב-אישום או בסגירה) בתוך חודש. זאת למרות הגידול העצום במספר התיקים במהלך השנה האחרונה. תובע נשלח להכין כתב-אישום, ומקבל כארבעה תיקים להכנה לשעה. העונש אותו אנו מבקשים בהסדרי טיעון הוא כמעט תמיד העונש שהיינו מבקשים בלאו הכי. אנו מתפשרים רק כשהתיק מסובך או בעייתי.

10.12. ריאיון עם ראש יחידת תביעות, 4.1.00

הודאות - כ-75% מהתיקים מסתיימים בהודאות. אם ההודאה מושגת ביום ההקראה הראשון, החיסכון הוא של כ-85% מזמן העבודה על התיק, אולם זה נדיר. ברוב המקרים ההודאה מושגת בשלב מאוחר יותר. מעריך את החיסכון במקרים כאלו בכ-40% מזמן העבודה על התיק. בלשכת תביעות זו לא מגיעים להסדר טיעון על מאסר בפועל עם נאשמים שאינם מיוצגים. מעריך שכ-20% עד 30% מהתיקים המטופלים בלשכת התביעות מסתיימים בעונש מאסר בפועל – רבים מהם תיקי אלימות במשפחה. בעבירות אלימות במשפחה צריך כמעט תמיד תסקיר – אף אם לא מבקשים מאסר בפועל. זה מגדיל משמעותית את זמן הטיפול בתיק והזמן המושקע בו. מעריך כי תיקי אלימות במשפחה מהווים כ-40% מהתיקים. זמן רב מושקע בניסיון לאתר תיקים נוספים של הנאשם לצורך איחוד תיקים. הרוב המכריע, כ-80%-90% מהתיקים בהם מודה הנאשם, הדבר נעשה בעקבות הסדר טיעון.

יש גידול משמעותי במספר התיקים בהם ההודאות ניתנות בשלב מאוחר יותר בהליך – ולא בהקראה הראשונה. אחת הסיבות לכך היא הייצוג. שיעור הנאשמים המיוצגים גדל מאוד בשנים האחרונות, מאז הקמת הסגוריה. שופטים נותנים לנאשמים סגור ציבורי ביד רחבה.

הסדרי טיעון - עד לפני שנתיים כל תובע היה מוסמך לערוך הסדרי טיעון. היום הלשכה מחולקת לצוותים ותובע צריך אישור של ראש הצוות לכל הסדר. כיוון שקבלת אישור הייתה דבר מסובך ולא ישים במקרים רבים, חילקנו לתובעים הנחיות באשר לעונשי מינימום, לפי העבירות השונות, שכל עוד לא חורגים מהנחיות אלו התובע מוסמך להגיע להסדר בלא אישור.

ענישה מינהלית – [המרואיין מפרט אילו עבירות מתאימות לדעתו לשימוש בענישה מינהלית, על-פי מידת נפוצותם, חומרתם והעונשים המקובלים בגינם].

מעורבות שופטים בהסדרי טיעון – מתנגד לרעיון. זה יפגע באיכות התובעים ויצור אווירה של שוק. מרכז הכובד יהפוך להיות סגירת תיקים רבים ככל האפשר, וזה יגלוש גם להסדרים בתיקים שאינם מצדיקים זאת. אווירה של שוק כזו קיימת כיום בבית המשפט לתעבורה. שופט בית-משפט השלום שלעתים עורך הסדרים בהליך בניהולו לוחץ עלי פעמים רבות ומאלץ אותי להסכים בניגוד לרצוני. לא מתנגד לרעיון של הסדרים על-ידי שופטים בתיקים שהתביעה לא מבקשת מאסר בפועל.

חלק ניכר מן העומס על התובעים הוא איתור הנאשמים והעדים, והדחיות עקב היעדרות נאשמים ועדים.

10.13. ריאיון עם פרקליטת מחוז, 9.1.00

אנחנו לא יוזמים הסדרי טיעון. אחת הבעיות היא שהסנגוריה הציבורית מטפלת בתיקים רבים ולסנגורים אין עניין בעריכת הסדר טיעון. שופט מפשר שיכול לקרוא את התיק יוכל לפתור בעיות, הבעיה שצריך שופט מתאים. מעריכה כי הפשרות הן של כ-20% מהעונש שיינתן. חשוב היה להוציא מדיניות תביעה לגבי ענישה בעבירות השונות.

10.14. ריאיון עם ראש יחידת תביעות, 9.1.00

תיקים רבים נסגרים בגלל עומס העבודה. תיקים ישנים שעדיין ממתנינים אצלנו נסגרים כמעט באופן גורף [מפרט שיקולים לסגירת תיקים ישנים]. דיונים ממוצע נקבעים כ-25 תיקים להקראה ועוד 3 לשמיעת עדויות. נאשמים רבים לא מגיעים להקראה וקשה לאתרם בשל פער הזמן בין העבירה לבין הדיון. [מפרט על קשיי איתור הנאשמים]. בעיה נוספת, בחלוף 180 יום רוב הערבויות פגות על-פי החוק. כיוון שהדיונים נקבעים בחלוף למעלה משנה, אין לנאשמים תמריץ משמעותי להופיע לדיון. התובעים מוסמכים להגיע להסדרים, אך תובעים צעירים לעתים נמנעים מלעשות זאת מחוסר ניסיון. כמעט אין הסדרים הכוללים עונשי מאסר בפועל.

10.15. תמצית יום דיונים בבית-משפט השלום בנתניה, 5.1.00

ליום הדיונים שמוקדש להקראות ובמסגרתו מנסים להביא לסיום תיקים רבים ככל האפשר, מגיעות שתי תובעות. תובעת אחת (הבכירה) ממתניה מחוץ לאולם, מקבלת את פני הנאשמים, מסבירה להם את ההליך ואת מצבם ואת העונש שהתביעה תבקש אם הם יודו. התובעת השנייה מנהלת את הדיון על-פי הנחיות שרושמת לה התובעת הבכירה בתיק, לאחר שיחותיה עם

הנאשמים. להלן תמצית של חלק מהשיחות של התובעת הבכירה עם נאשמים והאירועים באולם אחר כך.

בחוץ

1. נאשם 1 – חייל הנאשם באלימות כלפי חברתו. התובעת מראה לו את כתב-האישום. הוא טוען כי החבלה לא הייתה ממשית, וכי לא היה היזק בזדון. היא מסבירה לו את פירוש המושג "חבלה ממשית" ואומרת לו כי קריעת חולצה משמעה היזק בזדון. בתשובה לשאלתה הוא אומר כי אין לו קשר עוד עם המתלוננת. הוא מסכים לאמור בכתב-האישום. התובעת מסבירה כי תבקש מאסר על תנאי + פיצוי למתלוננת. הוא טוען שאין לו כסף והיא אומרת לו להסביר זאת לשופט בהליך. היא מסבירה כי הוא רשאי לבקש תסקיר שיבחן אפשרות של שירות למען הציבור ללא הרשעה, והוא מסביר כי כחייל אין לו זמן לעשות שירות למען הציבור. התובעת רושמת את פרטי הסיכומים ומכניסה את התיק לתובעת שבאולם.

באולם

התובעת באולם מדווחת כי הנאשם הודה ואין הסדר לעניין העונש, מבקשת מאסר על תנאי ופיצוי. השופט שואל מדוע לא שירות למען הציבור בלי הרשעה והתובעת, שהפרטים לא בידה, קוראת לתובעת השנייה ששוחחה עם הנאשם מחוץ לאולם, וזו משיבה על שאלות השופט (מסבירה מדוע לא מבקשים שירות למען הציבור – שכן הנאשם טוען שאין לו זמן לעשות שירות למען הציבור). השופט פונה לנאשם ושואל אם זה נכון שהוא מעדיף הרשעה ומבחן כדי להימנע משירות. הנאשם עונה שכן, כיוון שהוא צריך בכל שעה פנויה מהצבא לעבוד. השופט מברר עם הנאשם פרטים על האירוע והרקע לו. לפיכך השופט מרשיע אותו. הוא דוחה את בקשת התביעה למאסר על תנאי ומטיל קנס של 200 ₪ ופיצוי סמלי של 120 ₪.

בחוץ

2. שני נאשמים (בני זוג) תקיפת שכן – כיוון שתלוי ועומד נגד הנאשם מאסר על תנאי התובעת ממליצה לו לבקש סנגור. הנאשם אומר כי הוא לא צריך עורך-דין. מציעה לנאשמת להודות והיא תבקש מאסר על תנאי וקנס. הנאשם אומר כי אין להם כסף. התיק מועבר פנימה.

באולם

הנאשמת מודה. התובעת מבקשת הרשעה, מאסר על תנאי ופיצוי. הנאשמת מסבירה כי השכנים הציקו לה זמן רב ומתנגדת לפיצוי בשל מצבה הכספי. נפסק מאסר על תנאי חודש, פיצוי 100 ₪.

הנאשם כופר. השופט מתחיל לברר את האירועים ("רק דחפתי אותו – זו לא תקיפה"). השופט מציע לנאשם להיוועץ בסנגור.

בחן

3. הנאשם והמתלוננת, בת זוגתו, משוחחים עם התובעת ומבקשים ממנה להקל. התובעת מסבירה להם את האופציות (מבחן בלא הרשעה אך הדבר כרוך בפגישות עם שירות המבחן, או מאסר על תנאי וקנס). לאחר התדיינות ושאלות הם מסכימים כי הוא יודה ובני הזוג ילכו לפגישה בשירות המבחן, לבחינת האפשרות של מבחן בלא הרשעה.

באולם

בהתאם לסיכום הנאשם מודה ונשלח לשירות המבחן בטרם הרשעה.

בחן

נאשם מגיע עם סנגור – הסנגור טוען שבנסיבות הענין היה מקום לסגור את התיק. התובעת משתכנעת כי יש מקום לשקול את הבקשה ומפנה אותו לקבוע פגישה עם ראש הלשכה, שרק היא מוסמכת לסגור תיק. התיק מוכנס לאולם כדי שתתבקש דחייה בהסכמה.

תיקים נוספים באולם

תיק 1 - בית-המשפט נענה לבקשת סנגורית לדחייה, בשל בקשה שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה לעיכוב הליכים, תוך שהוא קובע כי לא תינתן דחייה נוספת.

תיק 2 – התובעת מדווחת על הסדר טיעון (שהושג על-ידי התובעת השנייה בחוץ) במסגרתו מוסכם על מאסר על תנאי והתחייבות. השופט מאשר את הפרטים עם הנאשם, מרשיע וגוזר את הדין בהתאם.

שני תיקים נוספים נדחים לבקשת הסנגורים שכן הם רוצים לשוחח עם ראש לשכת התביעות.

תיק 5 – נאשם שהשופט החליט למנות לו סנגור. במקום מונה סנגור שהמתין באולם מטעם הסנגוריה הציבורית. הסנגור קיבל לידי את החומר לעיון ויצא מהאולם, ובניתיים התנהלו דיונים בתיקים אחרים. כעת חוזר הסנגור לאחר קריאת התיק ושיחה עם התובעת, במסגרתם הוסכם לשלוח את הנאשם לשירות המבחן לצורך הכנת תסקיר לשל"צ בלא הרשעה. השופט מקבל את ההסכמה ומורה בהתאם.

10.16. תמצית יום דיונים בבית משפט השלום בירושלים, 11.1.00

תיק 1 - טיעונים לעונש – הגיע רק סנגור של אחד הנאשמים לדיון בטיעונים לעונש. מציג אישור רפואי. הדיון נדחה ליום 2.5.00.

תיק 2 - הנאשם לא התייצב. מוצא צו הבאה. נדחה ליום 2.5.00.

תיק 3 – אין התייצבות מטעם הנאשם. יש אישור מסירה חתום בידי הנאשם. השופט החליט על ביטול צו המעצר הטיפולי והחלפתו בצו הבאה בלא שיחרור. הנאשם ייעצר ויובא בפני שופט בתוך 24 שעות. הוצא צו הבאה כנגד אישתו, הערבה להתייצבותו, ושחרורה בערבות עצמית של 500 ₪.

תיק 4 – תיק אלימות במשפחה – (ניכר כי הנאשם אינו יודע מה קורה סביבו). האשה מתפרצת ואומרת שהכל בסדר בבית. לבקשת התובעת ובהסכמת הנאשם השופט מחליט על תסקיר פנימי. נדחה להמשך ליום 2.5.00.

תיק 5 – התייצבות של סנגורית בלבד. טוענת שלא זימנה את הנאשם כיוון ששירות המבחן ביקש דחייה. השופט גוער בסנגורית כיוון שלא ניתנה החלטה על דחייה. התיק נדחה להמשך.

תיק 6 – הקראה – עבירה של ניהול משחקים אסורים. השופט מנסה לברר אם הנאשם מוכן להודות ולקבל קנס ועונש מותנה. הנאשם מכחיש. השופט יוצא כדי לאפשר לצדדים להידבר. התובעת מציינת בפני הנאשם כי לחובתו שלוש הרשעות קודמות בניהול משחקים אסורים ואין סיכוי שהוא יקבל פחות ממה ששותפו לעבירה קיבל. הנאשם עומד בהכחשתו. השופט חוזר לדיון. הנאשם מכחיש וטוען כי היה במקום רק כצופה ולא כמארגן המשחקים. מציג אישורים רפואיים. השופט מסביר לו שזה רלבנטי רק לעניין העונש ומסביר לו כיצד לזמן עדים וכיצד לעיין בחומר הראיות אם הוא רוצה. השופט מציע קנס של 2000 ₪, כפי שניתן לשותף. הנאשם טוען שאין לו סכום כזה ומבקש מאסר על תנאי במקום. השופט מסביר לו שאם כך, ניתן להרשיעו, אם הוא יודה והוא ירצה מספר ימי מאסר במקום. הנאשם שואל האם הוא חייב להודות בשביל זה. השופט אומר כי אם הוא לא מודה אז התיק ייקבע להוכחות וקובע להוכחות ליום 27.6.00. מזהיר את הנאשם בעניין התייצבות ומבטל את צו ההבאה (כנראה שבמקרה קודם הנאשם לא התייצב).

תיק 7 – הסנגור מבקש דחייה לשם איחוד תיקים. ניתנת בהסכמה. נדחה ליום 1.2.00.

תיק 8 – אין התייצבות. זה צו הבאה רביעי שלא בוצע. השופט מחליט על התליית הליכים והוצאת צו מעצר כללי נגד הנאשם.

תיק 9 – השופט מבקש הבאת נאשם עצור. מסתבר שהנאשם שוחרר בינתיים ולא התייצב. השופט מוציא צו מעצר כללי ומתלה הליכים.

תיק 10 – פעם שלישית שהנאשמת מזומנת ולא מתייצבת. נדחה לתזכורת.

תיק 11 – טיעונים לעונש. הסנגור טוען שלא קיבל את התסקיר. השופט נותן לו. במשך כ-3 דקות לא קורה דבר. הסנגור לומד את התסקיר והתובעת לומדת את התיק. ואז נשמעים הטיעונים לעונש. הסנגור טוען שחלפו כבר שנתיים וחצי מהתלונה. השופט מחליט שלא להרשיע ולגזור מאסר על תנאי. התובעת מסיבה את תשומת ליבו שאין לו סמכות להטיל עונש מאסר בלי הרשעה והשופט מתקן את גזר-הדין.

תיק 12 – הנאשמת מזוכה בהסכמה לאור המלצת הפסיכיאטר המחוזי בשל מחלת נפש.

תיק 13 – שני נאשמים. אחד במעצר עד תום ההליכים בתיק אחר והשני אסיר. העציר כופר באשמה. האסיר מבקש צירוף תיקים. השופט שואל את התובעת אם ניתן להסתפק במקרה זה בעונש מאסר חופף לאסיר ולסגור את התיק. התובעת לא מוצאת את הגליון הפלילי ומבקשת לדחות. השופט שואל את הנאשם אם הוא מסכים לעונש חופף. הנאשם מבקש שקודם יצורף גם תיק נוסף שתלוי נגדו. השופט דוחה להמשך ביום אחר עד שיבוררו הפרטים.

10.17. תמצית יום דיונים בבית-משפט השלום תל אביב, 12.1.00

תיק 1 – טיעונים לעונש – איומים על עובד ציבור. כיוון שחלפו 5 שנים מהעבירה מסכימה לשרות למען הציבור.

תיק 2 – הנאשם לא התייצב זו פעם שלישית. כתב-האישום בוטל עד שהנאשם יאותר.

תיק 3 – אלימות במשפחה. הסנגור מבקש להימנע מהרשעה השופט דוחה את הרעיון מכול וכול. הסנגור מבקש דחייה לצורך צירוף תיקים. נדחה להמשך כדי שתיבדק אפשרות של צירוף תיקים.

תיק 4 – יש הסדר טיעון שבמסגרתו שונו עובדות כתב-האישום וסעיפי האישומים. התובעת טוענת לעונש מאסר על תנאי וקנס, למרות שלנאשם עבר של ארבע הרשעות קודמות באיומים והעלבת עובד ציבור, בשל חלוף הזמן (4.5 שנים). הנאשם מבקש להסתפק במאסר על תנאי מציג טיעונים לקולא, ומבקש בשל המצב הכלכלי להימנע מהטלת קנס. נגזר מאסר על תנאי ו-1000 ₪ קנס.

מתייצבת עדה שהוזמנה לתיק זה ומתלוננת שהזמינו אותה סתם. השופטת פוסקת לזכותה הוצאות.

תיק 5 – הנאשם טוען כי הוא ריצה 30 חודשים מאסר שנסתיימו לפני 3 חודשים בעקבות צירוף תיקים ולכן אין להענישו שוב. התובעת לא מצליחה לברר מדוע תיק זה לא צורף. השופטת מציעה לנאשם להודות ואז יוטל עליו מאסר על תנאי החופף את המאסר על המותנה אותו הוא מרצה כעת. התובעת והנאשם מסכימים. ניתן גזר-דין בהתאם.

תיק 6 – לבקשת הסנגור השופטת יוצאת להפסקה כדי לאפשר לצדדים להידבר. לאחר צאתה, הסנגור מבקש שינוי האישומים על בסיס ראיות חדשות. התובעת טוענת כי היא לא התכוננה לתיק שנקבע רק להקראה ואין לה פנאי לקרוא את התיק כעת (הסנגור צריך היה לפנות אתמול).

בהפסקה מגיע נאשם אחר. התובעת מסבירה לו את ההליך וכי עליו לטעון לאי שפיות (היא הבינה זאת מנתונים שהיו בתיק שבידיה) וכי כדאי לו שימנו לו סנגור.

נאשם אחר מגיע. התובעת מסבירה לו את האישומים ומציעה לו להודות ולסגור הכל. הנאשם

טוען כי הוא לא יודה במה שלא עשה.

תיק 7 – שלב הוכחות. מעיד תלמיד כיתה י' על אירוע בטיול שנתי בכיתה ו'. אינו זוכר פרטים רבים. השופטת גוערת על התביעה על השיהוי בהגשת כתב-האישום.

תיק 8 – השופטת גוערת בנאשם על שלא הגיע לדיון הקודם. התובעת מציינת כי יש חשש למחלת נפש ולבקשתה מורה השופטת על מינוי סגור.

שיחה עם התובעת לאחר הדיון – משתדלת לקרוא גם תיקי הקראות לפני הדיונים אבל אין לה דמיון בדרך כלל, והיא לא מסוגלת בתוך המולת יום הדיונים לפגוש נאשמים קודם לדיון ולנסות להגיע איתם להסדרים. פעמים רבות נקבעים להוכחות תיקים שלא לצורך.