

סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי

מקובל להניח ששופטים מכריעים בשאלת האחריות הפלילית של נאשמים. הנחה זו נכונה רק לגבי מקצת התיקים הפליליים, הואיל ובמשך השנים התפתחה בישראל שיטת הסדרי טיעון המקיפה את רוב התיקים הפליליים. בשיטת הסדרי הטיעון תובעים וסנגורים מחליטים על האחריות הפלילית של הנאשמים באמצעות משא ומתן והסכמות על אודות העובדות והעבירות שיבססו הרשעה בפלילים, ובמקרים רבים הם מסכימים גם על גזר דינם של הנאשמים. כתוצאה מכך, ההליך הפלילי של היום הוא הליך מנהלי ברובו. האחריות הפלילית נקבעת בעיקר במסגרת מנהלית בין תובעים לסנגורים, כשהם פועלים בשדה מנהלי – במשרדי התובעים, בחדרם של התובעים בבית המשפט או בפרוזדור בית המשפט – ובהיעדר מעורבות שיפוטית ישירה בבחינת הראיות שנאספו בחקירה הפלילית. הביקורת השיפוטית ששופטים מפעילים על הסדרי הטיעון בערכאות הדיוניות היא מרוסנת; בפועל היא דומה יותר לביקורת השיפוטית המופעלת בבתי משפט מנהליים ובבית המשפט הגבוה לצדק מאשר לפועלם של שופטים בסדר הדין הפלילי המשמש לניהול הוכחות.

סדר הדין הפלילי המנהלי מגלם ויתור על דיוק עובדתי. ראשית, הערך המוביל אותו הוא יעילות – קרי: סיום תיקים פליליים ללא קיום הליכי הוכחות – מחמת העלות התקציבית הגבוהה של הליכי הוכחות. שנית, סדר הדין הפלילי המנהלי מיועד לשכנע נאשמים להודות באשמה ולהביע חרטה, כדי להשיג את התוצאה ההרתעתית והשיקומית שלפי ההנחה השיפוטית יש לקבלת אחריות על ידי נאשמים. בשיטת הסדרי הטיעון, מערכת המשפט משיגה חיסכון בתקציבים והודאה של נאשמים באשמה באמצעות הענקת סמכות לתובעים ולשופטים ליצור פערי ענישה גדולים בין נאשמים המודים באשמה לבין נאשמים הכופרים באשמה ומנהלים הוכחות. תוצאת לוואי של שיטה זו היא שחלק מהנאשמים האשמים מקבלים על עצמם אשמת שווא חלקית – עמדה סבירה עבורם, בהתחשב בפערי הענישה המוצגים להם בבחירה בין הסדר טיעון לבין ניהול הוכחות. ב"הרשעות שווא של נאשמים אשמים" הכוונה למצבים שבהם נאשמים מסכימים להודות לא רק בעובדות

* פרופסור חבר ברימוס, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; הסניגור הציבורי הארצי (1996-2002); ליבאי, מן ושות', עורכי־דין.

ברצוני להודות לאלה שקראו טיוטות והעירו הערות: עידן ארנון, פרופ' אורן גזל, ד"ר דנה וייס, ד"ר איתמר מן, השופט ד"ר עמי קובו, פרופ' רונן שמיר, המערכת של הכרך, ובמיוחד לפרופ' אלון הראל והאחראית על העריכה דפני בר־נתן.

שהם מקבלים כתיאור נכון של אשמתם אלא גם, בצדן, בעובדות אחרות שאותן הם מכחישים. הרשעת שווא של אשמים במסגרת הסדרי טיעון היא תבנית חוזרת ונשנית בתיקים פליליים המתנהלים בסדר הדין המנהלי, שבו העיקר הוא משא ומתן בין התביעה לבין הסנגוריה. הרשעות אלו הן הרשעות שווא מבחינת הנאשמים האומרים "הורשענו גם בדברים שלא עשינו". מנקודת המבט של נאשמים אלו, ההרשעה בחלקה נכונה ובחלקה פיקטיבית. הרשעת שווא של אשמים היא לא הוגדרה בכירור במסגרת התופעה של הרשעות השווא. אף שהודאות שווא של נאשמים אשמים במסגרת הסדרי טיעון הן תופעה שכיחה, מערכת המשפט ממשיכה להצהיר כלפי חוץ שאין לאפשר לנאשמים להודות בעובדות שהם מכחישים. עם זאת, תובעים, סנגורים ושופטים פועלים מתוך מודעות לכך ששיטת הסדרי הטיעון מביאה נאשמים להודות בעובדות שהם מכחישים. השופטים על-פי רוב מעדיפים שלא לחפור בתופעה זו, מחמת הצורך החיוני להביא לסיום של תיקים פליליים בלי לנהל הליכי הוכחות הגוזלים זמן שיפוטי וכרוכים בעלויות שהמערכת אינה יכולה לשאת.

א. מבוא

רבים סבורים כי גולת הכותרת של ההליך הפלילי היא הדיון שבו העדים מעידים ונחקרים בחקירה נגדית בבית המשפט, ולאחר מכן השופטים מכריעים באשמתו או בחפותו של הנאשם. במערכות משפט המושפעות ממסורת המשפט האנגלו-אמריקנית, ובהן מדינת ישראל, ניהול הוכחות נחשב לב-לבו של סדר הדין הפלילי, מפני שחקירת עדים בבית המשפט נחשבת הדרך הטובה ביותר לגילוי האמת.¹ זו הסיבה העיקרית לכך שעצם קיומו

1 הכלי החשוב ביותר בניהול הוכחות הוא חקירה נגדית של עדים, המבוצעת על ידי תובעים וסנגורים כדי לערער את אמינות הגרסאות של הצד שכנגד: הסנגור תוקף את גרסאותיהם של עדי התביעה והתובע תוקף את זו של הנאשם ואת אלו של עדי ההגנה האחרים. חקירת עדים בחקירות נגדיות מתרחשת אך ורק כשהנאשם מנהל הליך של הוכחות. וויגמור, המלומד החשוב ביותר של הליכי הוכחות במשפט האנגלו-אמריקני, כתב:

[Cross examination] is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth. However difficult it may be for the laymen, the scientist or the foreign jurists to appreciate this its wonderful power, there has probably never been a moment's doubt upon this point in the mind of a lawyer of experience.

JOHN HENRY WIGMORE & ARTHUR BEST, WIGMORE ON EVIDENCE, Sec. 1367, p. 29 (3rd ed., 1940). קטע זה מצוטט גם אצל אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 106 (1970). על חשיבותו של ההליך ההוכחות ראו גם Ronald F. Wright, *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*, 154 U. PENNSYLVANIA L. REV. 79, 107 (2005). ("lawyers ..., built into their deepest convictions of the adversarial process, [the

של הליך ההוכחות מקבל לעתים מעמד חוקתי במגילת זכויות היסוד של נאשמים בהליכים פליליים. הטיעון הוא שניהול הוכחות במשפט פלילי מעניק לנאשם אפשרות לבחון את האשמות המדינה כלפיו ולנסות להראות כי הראיות שאספו רשויות החקירה אינן מוכיחות את אשמתו. היתרון העיקרי בניהול הוכחות נעוץ בכך שסדר הדין מציב לפני התביעה מכשולים ראיתיים להרשעות שווא: כללי קבילות, כללי רלוונטיות ומהימנות ורף הוכחה גבוה.² נוסף על כך, בשיטת המשפט הישראלית, אחרי ניהול הוכחות השופטים חייבים לנמק את הכרעותיהם בהסבר אנליטי: כיצד העובדות שהונחו לפנייהם מוכיחות או לא מוכיחות את אשמת הנאשם. ההכרעות העובדתיות של השופטים במסגרת נימוקיהם אף נתונות לביקורת בערכאות ערעור, בין שהובילו להרשעה ובין שהובילו לזיכוי.

תמונה זו של ההליך הפלילי היא תאורטית ואידאלית. בפועל, רוב-רובם של הנאשמים מודים באשמה בהסדרי טיעון שעשו עם התביעה, ולעתים קרובות גם עונשם סוכם בין התביעה לבין הסנגוריה טרם הגעתם לבית המשפט.³ שיטת הסדרי הטיעון איננה דומה להליך הפלילי שבו הצדדים חוקרים עדים והשופטים קובעים אם נעברה עבירה ומה היקף האחריות הפלילית. מבחינת עקרונית משפטית, רוב התיקים הפליליים מסתיימים בהליכים בעלי אופי מנהלי: מעורבות השופטים בהרשעה ובמתן גזר דין לובשת צורה של ביקורת מנהלית על הסכמות שסוכמו במשא ומתן בין נציגי הרשות המנהלית – פרקליטים ותובעים משטרתיים – לבין סנגורים. הביקורת השיפוטית של השופטים בערכאות הדיוניות היא ביקורת מרוסנת, המופעלת אמנם במסגרת סדר הדין הפלילי, אך אינה שונה במהותה מהביקורת המנהלית של בית המשפט הגבוה לצדק או של בתי המשפט המנהליים.⁴

assumption] that the criminal trial is more reliable, on the average across a system, for ascertaining the truth.”)

2 פרופ' דמסקה ניתח במאמרו החשוב את הדרכים שבהן דיני הראיות בהליך ההוכחות משיגים את המטרה של שיקוף האמת בדרך הטובה ביותר. ראו Mirjan Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506 (1973) (Damaska discusses the important of *evidentiary barriers* at trial to the admission of evidence that are used to prevent false convictions and false acquittals, hallmarks of the criminal trial (להלן: Damaska).

3 על פי מחקר מדגמי משנת 2012, 83% מהנאשמים שניתנו נגדם הכרעת דין וגזר דין בתי משפט השלום (לא כולל תיקי שהייה בלתי-חוקית של פלסטינים) מסיימים את תיקיהם בהסדרי טיעון. אם מוציאים מהחישוב תיקים שלא הסתיימו בגזר דין (תיקים שבוטלו או כאלה שהסתיימו ללא הרשעה או בהסדר מותנה), שיעור התיקים המסתיימים בהסדרי טיעון בבית משפט השלום מתקרב ל-90%. בתי המשפט המחוזיים, 87.5% מהנאשמים שניתנו נגדם הכרעות דין וגזרי דין מסיימים את תיקיהם בהסדרי טיעון. אורן גזל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל *שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים* (מחלקת המחקר של רשות השופטת) 2012 <http://bit.ly/2mB9ORc>. הודאה באישומים בלא הסדר לא נספרה בגדר האחוזים ולכן שיעור המשפטים בהם הכרעת דין ניתנת לאחר שמיעת ראיות עומד על כ-5%.

4 ראו דברי השופט א' לוי בבג"ץ 5699/07 פלונית (א) ג' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם נבנו, 26.2.2008) פס' 49 (ההדגשה במקור):

אופיה המנהלי של הסמכות [לעשות הסדר טיעון; ק' מ'], כמו זה של הרשות האוחזת בה, מפקידים את מוסרות הביקורת בידי של בית המשפט הגבוה לצדק [...] ביקורת

1. מתודולוגיה

כדי להבין את שיטת הסדרי הטיעון יש להתחקות אחרי פועלם של תובעים, של סנגורים ושל שופטים בערכאות הדיוניות של בתי המשפט. כמו הליכים משפטיים רבים אחרים, ההליך הפלילי מקבל את מהותו מהנעשה על ידי שחקני המשפט המעצבים את ההליך המשפטי בעבודתם היום-יומית בערכאות הדיוניות. נאמן לרעיון זה, המאמר הנוכחי מבוסס על תצפיות בבתי משפט, על שיחות עם תובעים, עם סנגורים ועם שופטים על אודות עבודתם השוטפת, וכן על לקחים שהפקתי תוך כדי ייצוג נאשמים בשנים שבהן שימשתי סגור מייצג וסגור המפקח על סנגורים אחרים.⁵ ההשתתפות כ"שחקן" בתהליכים עצמם, תוך התבוננות בנעשה בעיניים של חוקר השואף לגבש זווית נורמטיבית על המתרחש, יוצרת תובנות מחקריות.⁶ אכן, מאמר זה מבוסס במידה רבה על מתודולוגיה המכונה participant

זו, המיושמת על-פי כללי של המשפט המנהלי, מאפשרת לבית-משפט זה לקבוע כי החלטה להיקשר בהסדר טיעון או להימנע מלהיקשר בו, שפגם מהותי נגלה בה, פסולה ודינה להתבטל מן העולם או לעבור תיקון. באומרי 'פגם מנהלי', כוונתי היא לאותו יסוד בפעולה שננקטה העומד בסתירה לאינטרס הציבורי אותו מצווה, כפי שכבר ציינתי, כל רשות מנהלית לקדם מעצם מהותה [...]

ראשה השני של הביקורת, מקורו במשפט הפלילי. הוא מתייחס לסמכותה של הערכאה שבפניה מתברר האישום, ולפתחה הונח הסדר טיעון שגובש, שלא להיעתר לו [...] בפרשת פלוני, שנגעה להסדר בענין מידתו של העונש, מוקדה הביקורת השיפוטית בשאלה כלום שיקף ההסדר איוון ראוי בין טובת ההנאה הגלומה בו לנאשם, לבין אינטרס הציבור [...]. הנה כי כן, גם על-פי קנה המידה של הערכאה הדיונית, נדרש הסדר-הטיעון להלום את ענינו של הציבור.

5 במשך שנים רבות שימשתי כסניגור הן עבור נאשמים מעוטי יכולת (בעבר, כראש התוכנית לסיוע משפטי בפלילים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב וכראש הסניגוריה הציבורית) והן עבור נאשמים בעלי אמצעים כלכליים (כסניגר במשרד עורכי-דין המתמחה במשפט פלילי). על כן, תיאור ההליך הפלילי המוצג במאמר זה מבוסס על מגוון רחב של עבירות שבהן טיפלתי, בהן עבירות שגרתיות כגון גניבה, עבירות סמים ותקיפה, כמו גם עבירות שגרתיות פחות כגון רצח, עבירות מין, עבירות כלכליות בחברות מסחריות ציבוריות ועבירות שוחד.

6 אשר לחשיבות של מחקר אמפירי להבנת ההליך הפלילי ראה אורן גזל, "שאינה צריך ראייה – מחקר וידע אמפירי בהליך הפלילי" **הסניגור** 234 58-54 (2016). אשר למתודולוגיה מחקרית המבוססת על השתתפות פעילה של חוקר בסביבה או עם האנשים הנחקרים במילוי תפקידם, ראו Jack Katz, *A Theory of Qualitative Methodology: The Social System of Analytic Fieldwork* (2015) ("Assessing the strengths of qualitative social research, whether conducted as ethnography, participant observation, or in situ interviewing, [...] may be guided and evaluated for their power to warrant generalization, their success in transforming researcher-subject interactions into resources for improving substantive explanations..."); Mark C. Suchman & Elizabeth Mertz, *Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, 6 Ann. Rev. L. Soc. Sci. 555, 557 Stephen J. Schulhofer, ראו גם (2010). (stressing the importance of participant observation). *Is Plea Bargaining Inevitable*. 97 HARV. L. REV. 1037 (1984) ("...observations were carried out over a relatively short interval, the use of four full-time researchers made

observation. מתודה מחקרית זו היא אחד הכלים המוכרים והחשובים בארגז הכלים של חוקרי מערכות, לרבות מערכות משפט.⁷ ייחודיותה נובעת מכך ש"החוקר המשתתף" יכול לראות דברים שכלל אינם נגישים לחוקרים המסתמכים על תשובות של מרואיינים: החוקר המשתתף רואה ושומע בעצמו את הנעשה על ידי השחקנים נשוא המחקר. כשחקן בהליך הפלילי, החוקר המשתתף שומע ורואה, לדוגמה, מה ששחקני המשפט אומרים בשיחת משא ומתן בחדרו של התובע במשרדי המשטרה ובפרקליטות. לעומתו, חוקר שרק מראיין את שחקני המשפט נאלץ לסמוך על תשובות הניתנות על יד מרואיינים בדעיכה – לאחר המעשים שהמרואיינים נשאלים עליהם. במצב זה החוקר מתקשה לבחון את מהימנות התשובות. מסיבות אלה, החוקר המשתתף יכול לדווח במחקרו על דברים שאינם נגישים לחוקרים המבצעים מחקר אמפירי כמותי או מחקר איכותני המבוסס על ראיונות או תצפיות בלבד.

possible a data base that compares favorably – in terms of both sample size and sampling procedure – with that of related observational studies.”); MARK C. SUCHMAN & ELIZABETH MERTZ, *Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, 6 Ann. Rev. L. Soc. Sci. 555, 557 (2010). (stressing importance of participant observation); HOWARD ERLANGER, BRYANT GARTH, JANE LARSON, ELIZABETH Mertz, Victoria Nourse, & David Wilkins, *New Legal Realism Symposium: Is it time for a New Legal Realism?*. 2005 Wis. L. REV. 335 (2005) (“Putting what we have learned from Larson and Wilkins together, we see the importance of empirical research at the ground level to unpacking how the law works.”); *Symposium on Norms, Law and Order in the City: After the “Social Meaning Turn”: Implications for Research Design and Methods of Proof in Contemporary Criminal Law Policy Analysis* 34 L. & SOCIETY REV. 179 (2000) (“In anthropology, Geertz suggests, proof is more a matter of detailed and convincing case studies, of thick descriptions derived from intense *participant observation*, and of immersion into language, customs, and practices than it is of using someone else’s data and running regressions.”) See Debra S. Emmelman, *Gauging the Strength of Evidence Prior to Plea Bargaining: The Interpretive Procedures of Court-Appointed Defense Attorneys* 22 L. & SOC. INQUIRY 927 (1997) (“Data were initially collected through *participant observation*: For an average of about eight hours per week, I observed defenders’ behavior while serving as a student intern and law clerk. I was permitted to observe virtually every aspect [...]”; RICHARD A. LEON, CRIMINAL L.: INSIDER THE INTERROGATION ROOM 86 J. Crim. L. & Criminology 266, 269 (1996) (“*Participant observation* may be the ideal method to get as close as possible to the phenomena the researcher intends to analyze and understand”)

7 השתמשתי במתודולוגיה זו כשחקרתי את עבודתם של סנגורים במתן הגנה לעברייני צווארון הלבן בהליך הפלילי האמריקני. לשם איסוף נתונים למחקר עברתי כ"משתתף חוקר" במשרד עורכי-דין בניו-יורק, שהתמחה בייצוג של נאשמים בעבירות צווארון לבן. לאחר כל יום עבודה רשמתי תיאורים, הערות וניתוחים של דברים שראיתי, שמעתי וטיפלתי בהם עצמי. המחקר פורסם ב" K. MANN, DEFENDING WHITE COLLAR CRIME, A PORTRAIT OF ATTORNEYS AT WORK, Yale U. Press, 1985

2. מבנה המאמר

פרק ב' של המאמר מתאר את תמונת המצב הרווחת בהסדרי טיעון, את האופן שבו מתנהל משא ומתן בין תובעים לסנגורים בדרך להסדרי הטיעון ואת השיקולים שנאשמים וסנגורים שוקלים בקבלת החלטות הנוגעות לסיום התיק. בהקשר זה אתמקד בתופעה שהיא ייחודית להסדרי טיעון – ההכשר המערכתי שסדר הדין נותן לשכנוע נאשמים להודות באשמה. טענה מרכזית שאציג היא שאמצעי השכנוע שבהם שחקני המשפט משתמשים בשיטת הסדרי הטיעון מביאים תדיר להרשעות שווה של נאשמים אשמים. הרשעת שווה של נאשם אשם היא הרשעת נאשם שעשה מעשה או מעשים המהווים עבירה פלילית (הנאשם אשם), אך מפאת הצורך בהסדר טיעון הנאשם מסכים להודות במעשה או במעשים נוספים שאותם הוא מכחיש או בעבירה נוספת שמבחינתו לא ביצע. ההסכמה להודות באשמה שמבחינת הנאשם היא אשמת שווה נובעת מהרצון להימנע מגזר דין מחמיר הצפוי להיגזר עליו אם יבחר לכפור בעובדות שבכתב האישום ולנהל הוכחות – וייכשל להראות כי אינו אשם. פעולות השכנוע המופעלות על נאשמים בשיטת הסדרי הטיעון מביאות לכך שנאשמים רבים מודים בעובדות מהותיות שלא מרצונם. לגישת הערכאות הגבוהות, אם ההודאה באשמה⁸ מלווה בייעוץ משפטי של סנגור והנאשם מאשר את הסדר הטיעון – אין מדובר בשלילת הרצון החופשי. הפרקטיקה היום-יומית בהליך פלילי שבו מתגבשים הסדרי טיעון מביאה את רוב הנאשמים להודות באשמה ולהביע חרטה על מעשיהם ועל הנזק שגרמו לציבור, אף שרבים מהם היו מעדיפים לכפור בחלק מהעובדות שבכתב האישום ולנהל לגביהן הליך הוכחות.⁹ על כן, מה שבתי המשפט מפרשים כרצון חופשי אינו בהכרח מה שהנאשמים מגדירים כרצון חופשי. מבחינתם של נאשמים רבים, "רצון חופשי" הוא פיקציה משפטית הבאה להסוות את אי-רצונם להודות בחלק מהעובדות שבכתב האישום המתוקן. אם להרשעות של הטוענים לחפות (לא ביצעו מעשים פליליים כלל) נצרך את אלו הטוענים לחפות חלקית – כלומר: אלו הטוענים שלא ביצעו חלק מהעובדות או מהעבירות שבהן הודו (ביצעו מעשים פליליים אך לא את כל אלה שבהם הודו) – נמצא כי סך כל

8 על פי ס' 152 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הנאשם מודה בעובדות ולא באשמה ואילו השופט קובע את האשמה. במקום להשתמש בביטוי "הודיה בעובדות", הנאמן לתפיסת החוק, אני משתמש בביטוי "הודאה באשמה", הנאמן לתפיסה הלא-פורמלית של שחקני המשפט בעבודתם השוטפת. מבחינת הנאשם, הודאתו באשמה ככתב האישום כמוהו כהודאה באשמה. נוסף על כך, הן התובע והן הסנגור רואים את הודאת הנאשם כהודאה באשמה. בהקשר זה ראוי לציין כי נוכח הדרישה בחוק סדר הדין הפלילי שהנאשם יודה בעובדות, הנאשם אינו יכול להודות שביצע עבירה בלי פירוט עובדתי של אותה עבירה ככתב האישום. דרישה זו מכבידה על המשא ומתן להסדרי טיעון משום שהנאשמים חייבים להסכים לאשר גרסה עובדתית מסוימת ולא יכולים להסתפק בכך שיוודו בעבירה מסוימת.

9 בעיית הרשעתם של חפים מפשע מוכרת בישראל. למאמר מקיף וחשוב בנושא זה ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים (2005) (להלן: אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף"). מאמר זה תרם לי רבות בגיבוש מחקר זה. בין היתר הצביע בו פרופ' גזל על ההנחה שלפחות חלק מהנאשמים הטוענים לחפות מקבלים החלטות רציונליות ומוצדקות כשהם מודים באשמה וגורמים להרשעת שווה, ושתופעה זו היא חלק בלתי-נפרד מההליך הפלילי. ראו שם, בעמ' 26.

הרשעות השווא גדול בהרבה מהמשוער.¹⁰ תובעים, סנגורים ושופטים מבינים שיש תופעה של נאשמים המודים גם במעשים שלתפסתם לא ביצעו, הנובעת מכוח השכנוע המופעל עליהם בשיטת הסדרי טיעון, אך רובם סבורים כי מדובר בתוצאה הכרחית של שיטת הסדרי טיעון ושל ההליך הפלילי כולו.

בפרק ג' אגדיר את משמעות המונח "הליך פלילי מנהלי", שבו אני משתמש כדי לתאר את פועלם של תובעים, סנגורים ושופטים בשיטת הסדרי טיעון. בפרק זה אדגיש את האינטגרציה שנוצרה בין שלושת התפקידים – תביעה, סנגוריה ושפיטה – שיצרה את ההליך הפלילי המנהלי, שבראשיתו התפתח ללא חקיקה מסמכה. ההליך הפלילי המנהלי נוסד בפועל בתוך מרחב שבו המחוקק היה פסיבי ואילו השופטים והנהלת בית המשפט פעלו כדי להביא לשינוי מהותי. בהליך הפלילי המנהלי השופטים אינם מכריעים מה היקף אשמתם של הנאשמים אלא מפקחים על הכרעות המתקבלות במשא ומתן בין תובעים לסנגורים. כך, רוב הפעולות המשפטיות בהליך הפלילי המנהלי הן מנהליות באופיין.

10 בעניין זה הערכתי שונה מזו של גול, משום שהסתכלנו על תופעות שונות. גול אינו סבור שהרשעות שווא מאפיינות רבים מהסדרי טיעון (שם, בעמ' 29) ואילו להערכתי רבים מהסדרי טיעון מהווים הרשעות שווא. ההבדל בין שתי ההערכות נעוץ בכך שגול מתייחס במאמרו להרשעת שווא של "חפים מפשע" ואילו במאמר זה אני מתייחס להרשעות שווא של "אשמים". לכן, אין בהכרח סתירה בין הגישות, בעיקר משום שמדובר בהתייחסות לתופעות שונות זו מזו. בהקשר זה מעניין להשוות בין הנחיות פרקליטת המדינה לעריכת הסדר טיעון, שבהן נאמר "בכל מקרה אין להסכים להסדר טיעון כאשר הנאשם או סנגורו טוענים לחפות, ומודעים כי הם מעוניינים ב'הסדר טיעון' רק כדי להימנע מהרשעה בסעיף אישום חומר יותר ומעונש חמור יותר" (הנחיה מס' 26). הנחיה זו סותרת הנחת יסוד – הן שלי והן של פרופ' גול – שלפיה הסדרי טיעון שבהם נאשמים מסכימים להודות במה שמוכחש על ידם הם תופעה אינהרנטית להסדרי טיעון. כך, למשל, המשפט האמריקני מתיר לאשם לטעון שאינו אשם אך גם להודות ולקבל על עצמו סנקציה פלילית. ראו (1970). North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 at 37. במקרה, שבעקבותיו נוצר הכינוי Alford Plea, הורשע הנאשם על פי הודאתו ונגזר עליו עונש אף שהכחיש במפורש כי ביצע את העבירה. בית המשפט העליון בארצות הברית אישר את הרשעתו וציין כי נאשמים רשאים להודות באשמה אף אם הם טוענים כי אינם אשמים:

While most pleas of guilty consist of both a waiver of trial and an express admission of guilt, the latter element is not a constitutional requisite to the imposition of a criminal penalty. An individual accused of a crime may voluntarily, knowingly and understandingly consent to the imposition of a prison sentence even if he is unwilling or unable to admit his participation in the acts constituting a crime.

על כוחו של הסדר טיעון להביא חפים מפשע להודאה באשמה ראו, ALBERT A. ALSCHULER, *A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent* 79 ALB. L. REV. 919 (2015-2016) ("Convicting defendants who would be acquitted at trial is one of the principal goals of plea bargaining")

שגובשו הצעות חוק שנועדו להסדיר את סוגיית הסדרי טיעון, טרם ננקטה יוזמה מספקת לחקיקת תיקון לחוק סדר הדין הפלילי בסוגיית הסדרי טיעון.¹¹ בפרק ד' אתאר את הנסיגה מהמרכזיות של ערך האמת בהליך הפלילי. שתי תופעות ברו־זמניות בשיטת הסדרי טיעון מקטינות את ערך האמת בהליך הפלילי. ראשית, במסגרת הסדרי טיעון, התביעה מוכנה שנאשמים יודו בעובדות שהם לא רוצים להודות בהן, ובתי המשפט אינם פועלים כדי לבדוק אם יש תשתית ראייתית מספקת להודאות באשמה המושגות בהסדרי טיעון. שנית, בתיקים אחרים, במסגרת הסדרי טיעון, התביעה מוותרת על עובדות מפלילות ועל עבירות שביצעו נאשמים אף שחומר החקירה כולל ראיות מפלילות חזקות ואף שאין לנאשמים הגנה סבירה, וזאת כדי להביא נאשמים להודות באשמה במהירות וללא העמסה יתרה על משרדי התביעה ובתי המשפט.

שיטת הסדרי טיעון הופכת את ההודאה באשמה לדרך העיקרית לסיום תיקים פליליים. הוכחה לכך טמונה בנתון שלפיו כ-90% מהמורשעים מודים באשמה במסגרת הסדרי טיעון. מרכזיות ההודאה קשורה בשתיים. סיבה אחת היא שמעצבי המדיניות המשפטית באכיפת איסורים פליליים – משרד האוצר, משרד המשפטים, המשרד לביטחון פנים והנהלת בתי המשפט – אינם מוכנים לממן ניהולם של משפטים פליליים רבים (בדרך של ניהול הוכחות). שיטת הסדרי טיעון, המביאה את רוב הנאשמים להודות באשמה, מאפשרת למערכת המשפט לווסת הן את התקציבים המופנים להליך הפלילי והן את עומס העבודה המוטל על התובעים בפרקליטות ובמשרדה, על הסנגורים הציבוריים ועל השופטים. הסיבה האחרת למרכזיות ההודאה בהליך הפלילי טמונה בהנחה הרווחת בקרב מעצבי המדיניות ושחקני המשפט, שלפיה הודאות הנאשמים, קבלת אחריות והבעת חרטה הן רכיבים חשובים בהרתעת הנאשמים ובריפוי הקורבנות. מבחינת החברה, החרטה מסמלת השלמה של הנאשמים עם הקביעה שפגעו בחברה כמו גם קבלה – עכשיו ולעתיד – של הנורמות החברתיות. אם כן, החרטה נחשבת לצעד התורם ל"תיקון" הנאשמים ולשילובם בחברה, ובה בעת תורם להתגברות של הקרבנות על שאירע להם. מפאת הנחה זו, שיטת הסדרי טיעון העלתה את ההודאה והחרטה לדרגה של ערכים דומיננטיים בהליך הפלילי. קבלת אחריות נהייתה לשיקול מרכזי בקביעת עונשם של נאשמים: מי שלא מביע חרטה לא זוכה למלוא ההקלות בעונש ששיטת הסדרי טיעון מעניקה לנאשמים מודים.

פעולות השכנוע המופעלות על נאשמים כדי שיודו באשמה, על רקע רצון החברה לעודד קבלת אחריות, מובילות להרשעות שווא הכוללות הרשעות של נאשמים אשמים המוכנים להודות בעובדות ובעבירות שביצעו תוך שהם נאלצים להודות גם בעובדות או בעבירות שהם כופרים בהן. שחקני המשפט – תובעים, סנגורים ושופטים – מודעים לכך שהבעת חרטה היא חלק מן השגרה בתיקים פליליים, עד כדי כך שלעתים אין ביכולתם להבחין בין הודאה וחרטה אמיתיות לבין הודאה וחרטה המובעות אך למטרות תועלתניות. למרות זאת,

11 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, 19 ביולי 2010, ח' באב התש"ע, חוברת 536, 1362. ההצעה אינה משנה משמעותית את הפרקטיקה הנוהגת ואת ההנחיות שקבע בית המשפט העליון.

ההודאה והחרטה מעניקות לגיטימציה (במערכת המשפט ובחברה) לעובדה ששיעור ההרשעות עולה על 95% מסך כל הכרעות הדין הניתנות בכתבי אישום המוגשים לכתבי המשפט.¹² השלכה חשובה על ערכים בסדר דין, הנובעת משיטת הסדרי הטיעון, היא שינוי בהבנת מושג הצדק בהליך הפלילי. בניהול הוכחות המושג "צדק" שייך בעיקר להענקת הליך הוגן לפרט – לכל אחד מהנאשמים – כדי למנוע הרשעות שווא וכדי להעניק לנאשמים את התחושה שנשפטו תוך מתן הזדמנות נאותה להתגונן. בשיטת הסדרי הטיעון ערכים אלה נסוגים לטובת קבלת אחריות והבעת חרטה. ערכים אלו מתמקדים במתן תחושה לקרבנות שהאינטרסים שלהם מוגנים באכיפת המשפט הפלילי, בין שמדובר בקרבן יחיד ובין שמדובר בכלל הציבור. לעתים קרובות שינוי זה כרוך בפגיעה בכבודם של נאשמים החשים כי מופעלים עליהם לחצים להודות באשמה בעת שאינם רוצים להודות בנוסח כתב האישום המוגש נגדם, אך במסגרת הברירות העומדות לפניהם הם מחליטים להודות באשמה.

ב. אופן הגיבוש של הסדרי טיעון

משא ומתן לקראת הסדר טיעון הוא תהליך שבו התובע והסנגור מנסים להגיע לפשרות ולהסכמות בנוגע לפרטי כתב האישום שעל פיו יישפט הנאשם, ובמקרים רבים גם בנוגע לעונש שיוטל עליו אם יודה באשמה.¹³ יש גם הסדרי טיעון שהם רק לעונש ולא לאישומים. המאפיין המרכזי של משא ומתן כזה מתבטא בסמכות התובע לתחם את העובדות ואת סעיפי העבירות המיוחסים לנאשם בכתב האישום ללא ביקורת שיפוטית אקטיבית, ולהמליץ לפני השופט על ענישה מקלה. למעט מקרים נדירים, להסכמת התובע יש משקל מכריע.¹⁴ התנאי העיקרי להסכמת התובע להסדר טיעון הוא הסכמת הנאשם להודות באמור בכתב האישום (בדרך כלל כתב אישום מתוקן) ולא לנהל הליך הוכחות. התנאי העיקרי להסכמת הנאשם להודות באמור בכתב האישום (בדרך כלל כתב אישום מתוקן) הוא הקלה בחומרת העונש הצפוי עקב הרשעה, כשהפער בין שני העונשים (העונש במסגרת הסדר והעונש הצפוי

12 אורן גזל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים (2012); המחקר מדווח גם על שיעור הזיכויים מכל האישומים בהם מואשמים נאשמים, וראו לעיל ה"ש 3, בעמ' 15-16: 0.4% זיכויים מסך כל התיקים בכתבי משפט השלום ו-0.3% זיכויים מהתיקים בכתבי המשפט המחוזיים.

13 אף שהתקיימה פרקטיקה בישראל של הסדרי טיעון, ההכרה העקרונית בהם ניתנה בפסק הדין המנחה בע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972) (להלן: בחמוצקי). באישור של תופעת הסדרי הטיעון הסתמכו השופטים הן על המשפט האנגלי והן על המשפט האמריקני; בין השאר צוטטו ארבעה מאמרים אמריקניים שסקרו את הליכי הסדר טיעון בארצות-הברית. ראו גם ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577, פס' 6 (2002) (להלן: פלוני) (השופטת בייניש): "התייחסותו של בית-המשפט למוסד הסדרי הטיעון כפי שהתפתח בשיטתנו עברה שלבים אחדים. בראשית הדרך נרתעו הצדדים מפני חשיפת קיומם של הסדרי טיעון ומפני פירוש נסיבות עריכתם של ההסדרים שהתגבשו, ואלה הוסתרו מבית-המשפט. ככלל, באותה תקופה כל שידע בית-המשפט הוא שהנאשם הודה, וכי התביעה מבקשת עונש מסוים בהתחשב בהודיה, אולם ההסכם בין הצדדים לא נחשף".

14 ראו פלוני, ה"ש 13 לעיל, באשר לדיון בהתפתחות של הסדרי טיעון בשיטת המשפט הישראלית.

בסוף ההליך ההוכחות) גדול דיו כדי להצדיק אי־חשיפה לסיכון הכרוך בניהול הוכחות. בכל הסדר טיעון יש תנאים ספציפיים שהן תובעים והן סנגורים מעמידים להסכמתם להסדר טיעון: אילו עובדות יופיעו בכתב האישום, מה תהיה חומרת העונש המוסכם והמומלץ ועוד, כל צד – על פי נקודת מבטו.

חלק מהסדרי הטיעון מאפשרים לנאשמים הרואים את עצמם אשמים בכל המיוחס להם בכתב האישום לכרות הסדר המקל עמם, בתמורה להודאה באשמה ולוויתור על הליך הוכחות; הסדרי טיעון אחרים גורמים לנאשמים שאינם רואים את עצמם אשמים בכל המיוחס להם, להודות באשמה כדי למזער סיכונים. נאשמים רבים אינם יכולים לדחות את ההקלות שהתביעה מציעה להם תמורת הסדר טיעון בשל הסיכון הכרוך בניהול הוכחות, שבסופו – אם ייכשלו להראות כי אינם אשמים בעובדות השנויות במחלוקת – יוטלו עליהם עונשים כבדים יותר. התכונה המשותפת לכל הסדרי הטיעון היא הפחתה בחומרת העונש הצפוי בתמורה להודאה בעובדות ובעבירות שיירשמו בכתב האישום. למשא ומתן בין סנגור לתובע יש מאפיינים דומים לאלה של משא ומתן בין קונה למוכר של סחורה, אבל גם מאפיינים שונים, הנובעים משיקולים של טובת הציבור המנחים את התובעים. בצד הרומה, בשני סוגי המשא ומתן העובדה שאף אחד מהצדדים אינו יודע עד כמה הצד השני מוכן לוותר מקשה על כל אחד מהם, ולכן כל צד מנסה לבחון את הגמישות של הצד השני. בשני סוגי המשא ומתן – עסקת מכר והסדר טיעון – כל צד נדרש לשקול בזהירות את עמדתו ההתחלתית ולשקלל אותה כך שישאר מקום לוותרים ושהעסקה תוכל להתממש. יש דמיון גם בטקטיקות המשא ומתן: ההתמקחות כוללת תכסיסנות ונקיטת עמדות עמומות. כדי למקסם את האפשרות להשיג מהצד השני את המחיר (ההסדר) הטוב ביותר, כל צד צריך להחליט באילו נסיבות יאותת לצד השני שהמשא ומתן הגיע למבוי סתום, גם אם זו רק עמדה טקטית שמטרתה לגרום לצד השני לשנות את עמדתו. עם זאת, מאפיין חשוב של משא ומתן הוא שכל אחד מהצדדים יכול להפסיק את התהליך תוך נקיטת עמדה שהמחיר אינו מתאים. או אז גם הצד השני עשוי לעזוב את המשא ומתן, צעד שעלול להיות בלתי־הפיך. כמו במקרה של מחירי דירות, אין אמת־מידה אובייקטיבית בנוגע ל"מחיר שיש לשלם" ויש טווח של תוצאות אפשריות. אחת ההשלכות של אי־ודאות זו היא שאם הושגה הסכמה להסדר מסוים, אין לסנגור או לתובע דרך לדעת אם אפשר היה להגיע להסדר טוב יותר באמצעות דחייה נוספת של מתן הסכמה.

שלב המשא ומתן מתקיים לאחר שהסנגורים כבר ניתחו את הראיות בתיק החקירה והם מנסים להראות שלפחות חלק מהראיות לוקות בפגמים, בדומה לקונה המוצא ליקויים וחסרונות בדירה המוצעת למכירה ומבקש להוריד את המחיר המבוקש. לעתים קרובות המאמץ להשיג הסדר טיעון נמשך בפרק הזמן שבו דיונים מקדמיים כבר מתנהלים בבית המשפט ולעתים אף בשלב ההוכחות. ניהול אדברסרי אינטנסיבי של הליכים מקדמיים על ידי הסנגור (למשל: העלאת טענות שלפיהן רשויות החקירה או התביעה התנהלו באופן לא תקין) יכול להביא לחידוש המשא ומתן ולכך שהתביעה תסכים להקלות שלא הסכימה להן לפני כן. כמו כן, חקירה נגדית של עדי התביעה, המפחיתה ממשקלן של ראיות התביעה, יכולה גם היא להביא לשינוי בעמדת התביעה ולחידוש המשא ומתן. מנגד, הצפה בבית המשפט של חולשות בעמדת הנאשם תחליש את עמדת המיקוח שלו. אם יושג הסדר טיעון במהלך ההוכחות, יופסק תהליך ההוכחות ותינתן הכרעת דין על בסיס הסכמות הצדדים.

המשא והמתן אינו מתיימר להגיע לתוצאה המשקפת אמת אובייקטיבית אלא אך הערכות ופשרות ששני הצדדים מודעים להן ומבינים אותן. אין כמעט תיק שהתביעה תסרב לנהל לגביו משא ומתן כדי לבדוק אם אפשר להגיע להסדר טיעון.

ההבדל המהותי בין משא ומתן לקראת הסדר טיעון לבין משא ומתן להשגת עסקות בשוק חופשי הוא שכישלוננו של הראשון אינו מביא להפרדה בין הצדדים, כמו במשא ומתן מסחרי, אלא לניהול הוכחות. כמו כן, במשא ומתן מסחרי כל צד רוצה להשיג את "המחיר הטוב ביותר" המשרת את האינטרס האישי שלו. לעומת זאת, במשא ומתן להסדרי טיעון, שיקולים של מדיניות ציבורית באכיפת המשפט הפלילי צריכים להוביל את שיקול דעתם של התובעים: מדיניות ענישה ראויה ההולמת את חומרת העבירות, הצורך לסיים חלק גדול מהתיקים ללא ניהול הוכחות עקב משאבים מוגבלים במשרדי התביעה, רצון ליצור נסיבות שבהן נאשמים מקבלים אחריות ומביעים חרטה, ומדיניות כללית הקובעת שבמקרים מסוימים אין למצות את ההליך הפלילי עם עבריינים נעדרי עבר פלילי או עם עבריינים בעלי נסיבות אישיות מיוחדות. על כן, מבחינת התובע, המטרה בכריתת הסדר טיעון אינה להשיג את המחיר הגבוה ביותר בחומרת כתב האישום ובענישה: התביעה מביאה בחשבון שיקולים במישורים שונים, לרבות שיקול דומיננטי המעורר אותה להקל באחריותם ובעונשם של מורשעים המודים באשמה.

התובעים והסנגורים אינם צדדים שווים בניהול משא ומתן. לתביעה יש שליטה כמעט מלאה במשא ומתן: היא מחזיקה בכוח לשנות את העובדות שבכתב האישום, לשנות את תיאור העבירות וליצור פערים בין העונש הצפוי במקרה של ניהול הוכחות וכישלון הנאשם למנוע את הרשעתו לבין העונש הצפוי במסגרת של הסדר טיעון. מאזן הכוחות הבלתי-שוויוני מביא נאשמים רבים לחתום על הסדר טיעון ולהודות במסגרתו באשמה גם אם היו מעדיפים לנהל הוכחות ולהתעמת עם ראיות התביעה. אם כן, במסגרת המשא ומתן להסדר טיעון, לתובעים יש כוח רב לשכנע את הנאשמים להודות באשמה בניגוד לרצונם. בקריאת טיוטה של רשימה זו לבקשתי, פרופ' אורן גול הוסיף הערה חשובה זו: "במשא ומתן על דירה, אם המשא ומתן נכשל הקונה יכול לחפש דירה ממוכר אחר. מנגד, הנאשם אינו יכול למצוא תובע אחר לנהל איתו משא ומתן על הסדרי חילופי. התובע דווקא יכול לקנות את החסכון בזמן מנאשמים אחרים ואם הנאשם הזה יבקש יותר מידי הוא יכול ללכת למשפט. כמובן זה התובע הוא מונופול, בניגוד למוכר הדירה."

תיאור זה מצביע על מאפיינים עיקריים של ההליך הפלילי, שבו אחריות פלילית מוטלת באמצעות הסדר טיעון, וברי כי הוא שונה יסודית מהליך שבו אחריות פלילית מוטלת לאחר חקירת עדים (ניהול הוכחות) ומתן פסק דין מנומק.

1. הרשעת אשמים אגב ויתור על חלק מהאחריות הפלילית

כללי הגילוי של חומר חקירה בישראל הם רחבים והם מעניקים לסנגור ולנאשם אפשרות לנתח את עוצמת הראיות שבידי התביעה לפני קבלת ההחלטה אם להודות באשמה או לקיים הליך הוכחות.¹⁵ עוצמתן של ראיות מפלילות בתיקים פליליים נבחנת על פי המתחם הרחב שבין עוצמה רבה לעוצמה דלה. סנגורים מנתחים את חומר החקירה כדי לראות אם

15 על פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1984.

ראוי שלקוחותיהם ישאו בסיכון הכרוך בניהול הוכחות או שמא עדיף שיבחרו במשא ומתן להסדר טיעון. בהתחשב בפערי הענישה בין גזר דין הניתן לאחר ניהול הוכחות לבין גזר דין הניתן במסגרת הסדר טיעון, הנטייה ברוב המקרים היא לבדוק את האפשרות להגיע להסדר טיעון מטיב מבחינת העונש.

הגישה של תובעים וסנגורים כלפי הסדרי טיעון מושפעת ממדיניות הענישה בבית המשפט. ההנחיות החלות על בתי המשפט לעניין גזירת עונשים מורות כי "ההודאה באשמה" מזכה את הנאשם בהקלה בעונש משום שבהודאתו הוא חוסך משאבים למערכת המשפט.¹⁶ עם זאת, וללא כל קשר לחיסכון במשאבים, ההנחיות גם מורות כי נאשמים זכאים להקלה בעונשם מעצם ההודאה באשמה והבעת החרטה על מעשיהם.¹⁷ נוכח הנחיות אלה אפשר היה להניח שנאשמים יבחרו להודות באשמה בלי קשר להסדר טיעון; אף על פי כן, נאשמים – בעצת סנגוריהם – מעדיפים להודות במסגרת הסדרי טיעון מפני שכך ביכולתם להשיג מהתביעה הקלות נוספות מעבר לאלה שהשופטים מעניקים.

אבחין בין שני סוגים של תיקי חקירה על פי עוצמת הראיות – תיקי חקירה הכוללים ראיות חזקות לאשמת הנאשם, ותיקי חקירה הכוללים ראיות שאף אם די בהן להגשת כתב אישום, ניכרים בהם קשיים ראייתיים באשר להוכחה של אשמת הנאשם¹⁸ או של פרט חשוב מסוים בכתב האישום.

גם כשיש ראיות חזקות לאשמת הנאשם, התביעה תנהל משא ומתן לגיבוש הסדר טיעון בהתאם למדיניות הכללית החותרת להביא נאשמים להודות באשמה ולקבל אחריות, בלי לבזבז משאבים על התדיינות בהיקף קבלת האחריות הפלילית ובמידת העונש. אפשר היה להניח שכאשר הראיות בתיק החקירה חזקות, התביעה לא תוותר, לא תנהל משא ומתן ולא תסכים לעונש מופחת בתמורה להסכמת הנאשם להודות בכתב אישום מקל. אף על פי כן, גם במקרים אלו מדיניות התביעה היא להציע הקלות לנאשמים בהסדר טיעון, כדי למנוע בזבוז משאבים ודיונים בטענות דיוניות של נאשמים, וכן מתוך גישה עקרונית כי יש ערך רב – הרתעתי ושיקומי – לעצם קבלת האחריות על-ידי הנאשם. מבחינת הנאשמים בתיקים כאלה, הגשת כתב אישום מתוקן – לאחר שהוסרו ממנו עובדות מפלילות מסוימות – מאפשרת לתובע להמליץ לשופט על הקלה בעונש מעבר למה שהיה מעניק בגין עצם ההודאה באשמה. בכל המקרים שבהם עובדות מפלילות נמחקות מכתבי האישום, וניתנות הקלות בעונשים כדי לזרז את ההליכים – ולא בשל חולשה בראיות התביעה אלא כדי לסיים מהר את התיק – העונש שעליו התביעה ממליצה אינו משקף את חומרת המקרה בהתאם לראיות הידועות לרשויות החקירה. העונש המומלץ יהיה נמוך בהשוואה לעובדות שרשויות התביעה מניחות שאפשר להוכיח בהשקעת משאבים מתאימים. נוהג זה קיבל גושפנקה רשמית בהנחיות

16 סעיף 40יא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין): "רשאי בית המשפט להתחשב [...] (6) בשיתוף הפועלה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק".

17 סעיף 40יא לחוק העונשין: "רשאי בית המשפט להתחשב [...] (4) בנטילת אחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב".

18 קשה למצוא תיקים שבהם הראיות נראות כה חלשות עד שהזיכוי נראה מובטח מלכתחילה. הניסיון מראה כי תובעים נמנעים מהגשת כתב אישום כשתיק החקירה אינו מגלה כל סיכוי סביר להרשעה.

למייצגי המדינה בבתי המשפט השלום, שהתמסדו במסגרת מה שמכונה "ימי הקראות"¹⁹. בימי ההקראות שופטים ותובעים מציעים לנאשמים להודות באשמה בתמורה לגמישות-יתר בכל הנוגע להקלה באישומים ובעונשים.

בהסדרי הטיעון בתיקים שיש בהם ראיות חזקות, הנאשמים יוצאים נשכרים מהעונשים המופחתים ומרוויחים מהסדר הטיעון. מבחינת האינטרס הציבורי במיציא הדין עם עבריינים, הסדרי טיעון מקלים בתיקים בעלי ראיות חזקות מגלמים תת-אכיפה של דיני העונשין, משום שהתביעה מוותרת במודע על חלק מהאחריות הפלילית ה"אמתית". סוג זה של הסדרי טיעון מתבצע באחוז ניכר מכלל כתבי האישום המוגשים בהליכים פליליים. דיני העונשין אמנם לא נאכפים בשלמותם, אולם נטען כי הציבור יוצא נשכר, משום שהתיקים מטופלים ללא עיכובים ומביאים להרשעת הנאשמים. בדרך זו נחסכות ההוצאות הכרוכות בהתמשכות של דיונים מקדמיים, תוך השגת התוצאה של הודאה באשמה בשלב מוקדם של ההליך, עניין הנחשב כשלעצמו לחשוב בהליך הפלילי.²⁰

19 ראו קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי" **הסניגור** 200 9-13 (2013). <http://bit.ly/2nLCG9J>

שני היבטים עיקריים מאפיינים את ימי ההקראות. הראשון הוא ריבוי התיקים הנמסרים לטיפולו של שופט ביום דיונים אחד. השני הוא הפרוצדורות הננקטות כדי להביא לסיום התיקים מהר ככל האפשר. הסמכויות המיוחדות לניהול מזורז ניתן כדי ששופטי מוקד יפעלו כמעין מגשרים בתיקים הפליליים המוכאים בפניהם, במטרה לסיים את התיקים בהסדרי טיעון מקלים או בדרך מוסכמת אחרת. בראשית הדרך ימי ההקראות הופעלו על ידי הנהלת בתי המשפט ללא חקיקה. מאוחר יותר תוקן חוק סדר הדין הפלילי והוסף סעיף 143א לחוק ("דיון מקדמי"). בימי הקראות השופטים רשאים לעיין בתיקי הראיות של נאשמים ורשאים להציע מתחם עונשי אשר יהווה בסיס להסדר טיעון. בבסיס ההליך הנדון מונחת ההנחה שהתביעה המשטרית תעניק לנאשם הטבה מסוימת בחומרת העונש שיוטל עליו אם יודה באשמה בהליך מקוצר. ההליך מותנה בכך שהנאשם מיוצג ורבים מהנאשמים בו פוגשים בפעם הראשונה את סניגוריהם (כאשר מדובר בסניגורים ציבוריים) בבית המשפט ביום הדיון הראשון. חלק מהתיקים אכן מסתיימים בדיון הראשון. משך הזמן המוקדש לשמיעת התיק הנו קצר. בהליך זה מסתיימים עשרות רבות של תיקים כל יום. כיום אחוז גדול מכלל התיקים הפליליים בבתי משפט השלום מטופלים בימי הקראות בפני שופט מוקד.

20 גם כשיש בחומר החקירה ראיות מכריעות לחובת הנאשם עדיין ייתכנו שיקולים שיעניקו לסניגור יתרון במשא ומתן להסדר הטיעון: סיכויים שעד תביעה לא יגיע להעיד, טענת פסילה כנגד ראיה חשובה, התנהגות בלתי-הולמת במידה חריגה של חוקרים המעלה אפשרות לטעון להגנה מן הצדק, נסיבות אישיות כגון בריאות לקויה ועוד. חשוב גם לציין שיש נאשמים הניצבים מול ראיות חזקות להרשעתם וככל זאת ידבקו בחפותם ללא סיבה "ראייתית" סבירה ויבחרו לנהל הוכחות גם כשההרשעה כמעט ודאית. לעתים השיקול של הנאשם במקרים אלה הוא השפלה הכרוכה, לדידו, בעצם ההודאה באשמה.

2. הרשעות שווא של אשמים

בחלק ניכר מתיקי החקירה המובילים להגשת כתבי אישום יש חולשה מסוימת בחומר החקירה. לעתים חולשה זו מתגלה לסנגור רק לאחר חקירה פרטית יזומה שלו, החושפת ראיות שאינן בתיק החקירה ומפריכה חלקית את הראיות המפלילות בתיק. חרף החולשה בראיות התביעה, סנגורים בדרך כלל אינם יכולים לומר ללקוחותיהם שיש הסתברות גבוהה שהתיק יסתיים בזיכוי, אפילו לא לגבי עניין הנגוע בחולשה ראייתית. כמעט בכל התיקים הפליליים נותרים סיכויים ניכרים להרשעה בכל הטענות שבכתב האישום המקורי. לכן, גם כשנאשמים מתעקשים על חפותם, מלאה או חלקית, הסנגורים מבקשים לברר עם התביעה אילו הקלות לקוחותיהם יכולים לקבל בהסדר טיעון. זאת, משום שגם אם נאשם עשוי היה להיות מזוכה חלקית לאחר ניהול הוכחות, עדיין גזר הדין עלול להיות חמור מזה שהיה ניתן לאחר משא ומתן על הסדר טיעון. ככל שפערים אלו גדולים יותר, נטיית הנאשם להודות באשמה ולא לנהל הוכחות – גדלה. מכאן נובע הפן המאלץ של כוח התביעה להביא להרשעות אשמים בעובדות מוכחות.

הרשעות שווא של נאשמים אשמים מתרחשות כשנאשמים מסכימים להודות לא רק בעובדות שהם מקבלים כתיאור נכון של אשמתם, אלא גם בעובדות אחרות או בעבירות אחרות שהם מכחישים. הרשעת שווא של אשמים במסגרת של הסדרי טיעון היא תבנית החוזרת על עצמה בתיקים פליליים שמתנהלים בסדר דין של משא ומתן עם התביעה. הרשעות אלה הן הרשעות שווא בדרך של ייחוס עצמי של הנאשם, האומר "הורשעתי גם בדברים שלא עשיתי". אם כן, מנקודת המבט של נאשמים אלו, ההרשעה בחלקה נכונה ובחלקה פיקטיבית. ברור כי הרשעת שווא יכולה להתייחס לכל האמור בכתב האישום, ואז מדובר ב"הרשעת שווא" של מי שטוען שהוא חף מפשע. אף שתופעה זו קיימת, מאמר זה מציג את מה שלא הוכר בעבר במידה מספקת ולא הוגדר בבירור כחלק מתופעת הרשעות השווא, דהיינו: הרשעות שווא של אשמים.

אדגיש כאן כי במונח "הרשעת שווא" אני מתייחס ל"ייחוס עצמי", כלומר: לתפיסתו הסובייקטיבית של הנאשם את הודאתו כהודאת שווא. הרשעות שווא של אשמים מתרחשות כשנאשמים מתעקשים על חפותם בנוגע לחלק מהעובדות שבכתב האישום ובכל זאת מסכימים להודות גם בהן. מובן, כי במקרים של ייחוס עצמי של הודאת שווא, בדרך כלל אין לדעת אם הכחשת הנאשם משקפת אמת אובייקטיבית, או אפילו את האמת הפנימית של הנאשם. הודאות שווא הן הודאות באשמה שבהן המודים באשמה טוענים כי הורשעו בהרשעת שווא, כלומר: מבחינתם הסובייקטיבית, כפי שתפיסה זו מובאת בפני סנגוריהם, ההרשעות הן "פיקטיביות". הרשעות שווא של אשמים, מתוקף הודאות שווא במסגרת הסדרי טיעון, הן תופעה נפוצה אף שקשה לאמוד את תדירותה המדויקת.

הספרות המשפטית הצביעה לא פעם על בעיית החפים מפשע המודים באשמה.²¹ הרשעות של נאשמים הטוענים לחפות מלאה או חלקית, הנובעות מהסדרי טיעון, מדווחות כתופעה

21 ראו "הסדרי טיעון ובעיית החף", לעיל ה"ש 9. במאמרו הראה גול שכאשר נאשמים דבקים בעקשנות בחפותם והראיות בנוגע לאשמה גבוליות, התובעים מניחים שבהתמקחות על הסדר הטיעון אפשר לעתים קרובות להביא את הנאשמים להודות באשמה באמצעות הפחתה ניכרת בעונש. עוד הראה גול כי ריבוי של הסדרי טיעון מפחית את סך המשאבים הנדרשים לכל תיק

משמעותית במחקר פורץ הדרך של השופט ד"ר עמי קובו שפורסם בספרו **נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט**.²² מתוך קבוצת הנבדקים במחקר השיבו 15% כי הודו באשמה אך למעשה אינם אשמים.²³ הסיבות שציינו להודאה באשמה למרות טענתם שהם חפים מפשע כללו "שיקולים תועלתניים של דחיית סיכון" וכן "ייעוץ משפטי".²⁴ מסקנות המחקר מדגישות כי הנאשמים המודים באשמה ולאחר מכן טוענים לחפות אינם טוענים כי הודו באשמה בטעות; מנקודת מבטם היה "שווה להם" להודות במה שלא עשו כדי לזכות בהטבה של עונש מופחת או כדי לסיים במהירות את ההליך הפוגע במרקם חייהם. קובו מתאר במחקרו את התפקיד של תובעים ושופטים בהבאת נאשמים בבתי משפט השלום להודות באשמה. ממצאי המחקר מצביעים על תופעה של האשמת יתר מצד תובעים, המקווים שבאמצעות הפחתת החומרה של כתב האישום במשא ומתן לגיבוש הסדר טיעון יוכלו להביא נאשמים להודות באשמה.²⁵ ממצאי המחקר מצביעים גם על כך שיש תובעים הלוחצים על נאשמים להודות באשמה ואומרים להם כי אם לא יודו בשלב מוקדם של המשפט, בשלב מאוחר יותר ידרוש התובע עונש כבד יותר.²⁶ אשר להשפעתם של שופטים, דווח במחקר כי שופטים מפעילים לעתים "אמצעי שכנוע מתונים" על סנגורים ותובעים להגיע לפשרות והסכמות במסגרת הסדרי טיעון.²⁷ קובו כותב כי "שופטים רבים נוהגים לעתים לרמוז שלדעתם מוטב שהנאשם יודה באשמה. אולם, יש להדגיש שהשופטים מביעים את עמדתם בדרך כלל בזהירות, ובאופן שלא יתפרש כלחץ להודות".²⁸

בנפרד, מצב המאפשר לתובעים לפתוח יותר תיקים פליליים בעלי ראיות גבוליות, שגם בהם – באמצעות הסדרי טיעון – יש סיכוי להביא נאשמים להודות באשמה. הגידול בתיקים בעלי ראיות גבוליות מגדיל כשלעצמו את הסבירות להרשעה של חפים מפשע באמצעות הודאות שוא במסגרת הסדרי טיעון.

22 עמי קובו **נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט** (2010) (להלן: קובו). השופט ד"ר קובו ערך את המחקר בבתי משפט השלום בתל-אביב ובמחוז המרכז במסגרת עבודת הדוקטורט שלו, בטרם מונה לשיפוט. הראיונות הראשונים שנערכו עם נאשמים בבתי משפט אלה הראו כי קבוצה ניכרת של נאשמים מודים באשמה ולאחר מכן טוענים כי הודאותיהם אינן אמת וכי לא ביצעו את העבירות שבהן הורשעו. על רקע ממצא זה ביקש קובו להבין מדוע נאשמים המואשמים בעבירות שכיחות וקלות יחסית (כגון גניבות לא גדולות, שימוש בסמים קלים, אלימות קלה במשפחה, עבירות מין שאינן ברף החמור ביותר) יודו באשמה ולאחר מכן יטענו שהם חפים מפשע. במחקרו הגדיר קובו נאשמים אלה "מודים בלתי עקביים", קרי: נאשמים המודים בבית המשפט ואחר כך מכחישים את אשמתם. במסגרת המחקר רואיינו 400 נאשמים לאחר הקראת כתב האישום שנערכה להם בבית משפט השלום, והם נשאלו כיצד השיבו להאשמות המיוחסות להם בכתב האישום ומדוע.

23 ככלל, אפשר לחלק את תשובותיהם של הבלתי-עקביים בנוגע לגורמים להודאתם לשלוש קטגוריות מרכזיות: (1) רצון לגמור את התיק (46.9%); (2) שיקולים של עלות-תועלת משפטיים הנוגעים להסדר הטיעון ולהקלה בעונש (34.7%); (3) ייעוץ משפטי (18.4%).

24 קובו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 339.

25 שם, בעמ' 383.

26 שם, בעמ' 382. לעניין הצעה שאי-אפשר לסרב לה ראו מובאה מהריאיון בעמ' 391.

27 שם, בעמ' 392-395.

28 שם, בעמ' 393.

כדי להמחיש את התיאור המושגי לגבי אופן ניהול המשא ומתן אציג שתי דוגמאות להרשעות שווא של אשמים. בדוגמאות אלה טענו הנאשמים כי הודו בעובדות לא נכונות או בעבירה שלא ביצעו; הם הוסיפו וטענו כי מבחינתם הייתה יכולה להיות משמעות רבה לניהול הוכחות באשר לשאלה אם יורשעו בעובדות או בעבירות שהיו רוצים לכפור בהן. אף על פי כן, בהסתמך על "ייעוץ" שקיבלו מהסנגורים שלהם, הסכימו הנאשמים להודות בכתבי אישום מתוקנים תמורת המלצות לעונשים מקלים יחסית.

(א) כתב אישום המייחס לנאשם מעשי תקיפה

לוי ואחיו מיכאל היו מסוכסכים על רקע ירושת אמם. הסכסוך הגיע לאיומים והשניים תקפו זה את זה. במשטרה סיפר עד כי ימים ספורים לפני האירוע איים לוי בפניו לרצוח את מיכאל. כאשר נחקר, סיפר לוי כי מיכאל איים עליו בעבר. לדברי לוי, מיכאל החל לתקוף אותו והוא הרגיש שמיכאל מאבד את עשתונותיו. לטענתו, הוא שלף את הסכין ודקר את מיכאל כשהרגיש שהוא כבר לא יכול להגן על עצמו ושמיכאל עומד לפגוע בו קשות. הסכין לא נמצא במקום ולא אותר. בחקירתו נשאל לוי מה קרה לסכין והוא השיב כי זרק אותה בעת שעזב את דירתו של מיכאל. כאשר הואשם על ידי חוקריו בשיבוש הליכים אמר לוי כי לא הייתה לא כוונה לשבש הליכים – עובדה שלא הייתה לו כל כוונה לטעון כי לא דקר את מיכאל.

לימים הוגש כתב אישום שבו נכתב כי ימים ספורים לפני האירוע איים לוי לרצוח את מיכאל, ובערב האירוע התכונן לבצע את מזימתו בכך שלקח סכין וניגש לפגישה ב"כוונה לפגוע במיכאל, אם במהלך הפגישה הדברים יגיעו לטונים גבוהים ולאלימות". בסעיפי העבירה הואשם לוי בניסיון לרצח ושיבוש הליכים. בפגישתו עם סנגורו טען לוי כי "לא הייתה לי כל כוונה מוקדמת באותו הערב לפגוע במיכאל" וכי "לא לקחתי את הסכין באותו הערב כדי להתכונן דווקא לאותה פגישה וזאת משום שכבר הסתובבתי עם הסכין כמה שבועות, ובמשך זמן רב חשתי מאוים על ידי מיכאל". עם זאת, ותוך כדי שיחה נוקבת עם סנגורו, הסכים לוי שבאותו ערב לא היה צורך לדקור את מיכאל כדי להגן על עצמו ושתגובתו לאגרופים של מיכאל הייתה מופרזת. לוי הסמיך את סנגורו להגיע להסדר טיעון שבו יודה בתקיפה שגרמה לחבלה חמורה "אם תוכל להגיע להסדר שהעונש יהיה עבודות שירות". סנגורו של לוי הביע ספקות באשר לסיכויים להגיע להסדר עם עונש של עבודות שירות. בעקבות הפגישה עם התובעת דיווח הסנגור ללוי כי התובעת תסכים לתקן את כתב האישום ולהאשים אותו בתקיפה בכוונה לגרום חבלה חמורה ובגרימת חבלה חמורה. התובעת אף הודיעה לסנגורו של לוי כי תצטרך לטעון למתחם ענישה ראוי של שנתיים עד שלוש שנות מאסר, אך היא תביע בפני השופטת עמדה שלפיה אפשר להעמיד את העונש הראוי על הרף הנמוך במסגרת מתחם העונש (קרי: קרוב לשנתיים מאסר בפועל). בשלב זה של המשא ומתן התובעת אף עמדה על כך שיצוין בכתב האישום כי לוי "התכוון לגרום למיכאל מום פיזי קשה". כמו כן עמדה התובעת על כך שלוי יודה בשיבוש הליכים בכך שהעלים את הסכין שבו השתמש כדי לדקור את מיכאל. בשלב מאוחר יותר, בדיונים בין התובעת לסנגור, הסכימה התובעת כי הסנגור יהיה רשאי לטעון לעבודות שירות בלבד, אם כי התובעת תטען, כאמור, למתחם העונש הראוי של בין שנתיים לבין שלוש שנות מאסר בפועל.

בשיחותיו עם הסנגור בנוגע לתוכן ההסדר הביע לוי הסתייגות נמרצת משני היבטים: הצורך להודות ש"התכוון לגרום למיכאל מום קשה" והצורך ש"יודה בשיבוש הליכים". הסנגור הסביר ללוי כי התובעת אינה מוכנה לכל ויתור נוסף, ואף הוסיף והסביר כי אם יכפור באשמה ויורשע בניסיון לרצח ייתכן שיוטל עליו עונש של יותר מעשר שנות מאסר, ואם יכפור ויורשע רק בכוונה לגרום לחבלה חמורה וגרימת חבל חמורה – יוכל לקבל חמש עד שש שנות מאסר. לאחר ששקל את הפערים בין העונש הצפוי בהסדר הטיעון לבין העונש הצפוי לאחר ניהול הוכחות, הסכים לוי להודות בכתב האישום המתוקן, לקבל את העונש שהציעה התובעת במסגרת הסדר הטיעון ולוותר על ניהול ההוכחות. מבחינתו הודה לוי בעובדות שלא מתארות נכונה את מעשיו, תוך שאישר בפני השופט שכל המתואר בכתב האישום אמת. לקראת הטיעון לעונש הסביר הסנגור ללוי כי אם הוא רוצה לקבל את ההקלה הטובה ביותר בהסדר הטיעון, חשוב שהוא לא רק יודה בעובדות כתב האישום המתוקן אלא גם יביע בפני השופט "חרטה כנה" על מעשיו. נוסף על כך הדגיש הסנגור כי אסור ללוי לומר לשופט במהלך הטיעון לעונש כי הודה בחלק מן העובדות בכתב האישום רק כדי לזכות בהסדר הטיעון.

דוגמה זו ממחישה סיטואציה שבה פער הענישה בין ההסדר המוצע לבין העונש הצפוי לאחר ניהול הוכחות הוביל לכך שהבחירה היחידה הסבירה בין האפשרויות שעמדו לפני לוי הייתה לחתום על הסדר הטיעון. מבחינת לוי, הסכמתו להודות בכתב האישום המתוקן הייתה בחירה מתוך אילוץ. היכולת של התובעת ליצור את פער הענישה ולהתנות אותו בהודאה בגרסה העובדתית שכתבה היא ביטוי לכוחה הרב של התביעה להביא נאשם להודות באחריות פלילית בניגוד לרצונו.

(ב) כתב אישום המייחס לנאשם עבירות מרמה

כהן היה יזם עסקי שהשקיע בחברות סטארט-אפ. כחלק מתכנית השקעה לטווח ארוך רכש כהן את חברת טכנו בע"מ – שלד של חברה לא פעילה שהייתה תחת פיקוח של רשות ניירות ערך. התובעים במחלקה הכלכלית של הפרקליטות סברו כי כהן כשל במילוי חובות הגילוי בנוגע לשליטה העקיפה שהשיג בטכנו באמצעות חבריו, ואף הסתיר הסכם הצבעה שהיה לו עם חבריו בעסקת מיזוג בין טכנו בע"מ לבין חברת ביוטק בע"מ שבה היו לו מניות. התובעים של רשות ניירות ערך הוסיפו והאשימו את כהן בניסיון להשפיע על שער המניה של טכנו בכורסה לניירות ערך באמצעות תמיכתו ותמיכת חבריו במיזוג בין טכנו לבין ביוטק, מעשים המהווים תרמית של ציבור המשקיעים.

ישיבת השימוע עם התובעים בפרקליטות, שפורמלית נועדה לדון בשאלה אם יוגש כתב אישום אם לאו, נהפכה לפגישת משא ומתן ולדיון בהסדר טיעון אפשרי. לאחר שתי פגישות שימוע הודיעה התובעת שהובילה את צוות התובעים כי היא מוכנה להימנע מלהאשים את כהן ב"ניסיון להשפיע על שער המניות" ואף להימנע מלייחס לו "נסיבות מחמירות" בנוגע להסכם הצבעה, אם יסכים להודות בעובדות מפלילות בנוגע להסכם הצבעה, ללא נסיבות מחמירות, ובדיווח כוזב לשוק ההון נוכח העניין האישי שלו בעסקת המיזוג. עוד הסכימה התובעת שלא להשתמש בשפה קשה כגון "כהן ניצל", "כהן פעל בעורמה" ו"כהן עשק". ההימנעות מלהאשים את כהן בניסיון להשפיע על שער המניה ובעשיית מעשיו

בנסיבות מחמירות הפחיתו את העונש המרבי שכהן היה חשוף לו מחמש שנים לשלוש שנים. ההימנעות מהשימוש במילים חריפות נועדה להקל על השופט להטיל עונש מקל. ההישג החשוב ביותר של הסנגור היה שהתובעת הצהירה כי תסכים לטווח ענישה של בין חמישה חודשים (שאפשר לרצותו בעבודות שירות לטובת הציבור) לבין 12 חודשי מאסר בפועל, אם יודה כהן בכתב האישום שיוגש במסגרת ההסדר המוצע. התובעת הדגישה כי אם יבחר כהן שלא לקבל את ההסדר, "לעניות דעתה" הוא יורשע בכל העובדות הנוספות והעבירות הנוספות שדיברו עליהן בשימוע, כולל ניסיון להשפיע במרמה על מחיר המניה בשוק וכולל הנסיבות המחמירות הכרוכות בהסכם ההצבעה. במקרה זה, אמרה התובעת, היא תדרוש לגזור על כהן עונש של שנתיים וחצי עד שלוש שנות מאסר.²⁹ הסדר הטיעון טמן בחובו יתרון ברור שאפשר לסנגור לטעון להטלת עונש לריצוי בעבודות שירות בלבד. כהן עבר תהליך של "הפנמה" – השלמה עם הרעיון שיצטרך להודות כמה שלא רצה להודות בו ושמוכחש על ידו. לאטו התרגל כהן לרעיון שיסכים להסדר טיעון ושהתוצאה שתושג רצויה בהשוואה לאפשרות שיורשע בעובדות ובעבירות הנוספות. בסופו של דבר הודה כהן בכתב האישום שייחס לו שתיים משלוש העבירות שיוחסו לו בשימוע, בלי שהופיעו בכתב האישום נסיבות מחמירות ובלי שהתובעת השתמשה בשפה קשה לתיאור מעשיו. כהן הורשע על פי הודאתו. התובעת ביקשה מהשופט להעמיד את העונש ברף העליון של מתחם העונש המוסכם ואילו הסנגור ביקש מהשופט להעמיד את העונש ברף התחתון של מתחם הענישה המוסכם. שני הצדדים הצמידו את טיעוניהם לשיקולי הענישה המוגדרים בפרק "הבניית שיקול דעת בענישה"³⁰ בחוק העונשין והציגו תקדימים הנוחים להם. השופט גזר על כהן מאסר בפועל של שמונה חודשים לריצוי בבית הסוהר וקנס בסך 500 אלף ש"ח.

בהתאם לעמדות שהוצגו לסנגוריהם הודו לוי וכהן בעובדות שהכחישו, נוכח הפער הגדול בין העונש שהוצע להם במסגרת הסדר הטיעון לבין העונש שהיה צפוי להם אם יורשעו בתום ניהול הוכחות. בהתבסס על נרטיב השיחות בינם לבין סנגוריהם הודו נאשמים אלה בעובדות מוכחות בניגוד לרצונם, כדי להימנע מעונש מחמיר אם ייכשלו בניסיון להוכיח שהעובדות השנויות במחלוקת אינן נכונות. מבחינת הנאשמים מדובר בהרשעות שווא, דהיינו: הרשעות שווא של אשמים. הסנגורים של השניים לא יכלו לדעת אם ההכחות של לקוחותיהם שיקפו תפיסות סובייקטיביות אותנטיות (הנאשמים סברו שהעובדות באמת לא נכונות) או אם עמדות לקוחותיהם היו כוזבות (העובדות הוכחו רק כדי לחמוק מאחריות). מדובר בשני מקרים מייצגים. כאשר נאשמים טוענים שהודו בעובדות לא נכונות, ברוב המקרים אין לעורכי-הדין כלים לדעת אם טענותיהם אמיתיות או כוזבות; בחלק מהמקרים מדובר בטענות אמיתיות ובחלקם בטענות כוזבות. ההתבוננות בשיטת הסדרי הטיעון מבפנים –

29 על פי ההלכות בנושא "כיבוד הסדרי טיעון", אפשר לצפות שהשופט תגזור על לוי עונש שלא יחרוג מתקרת הענישה המוסכמת על ידי התובעת. ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 13, המציג מבחן לביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון הנותן מרחב רחב לשיקול דעתם של התובעים בעשיית הסדרי טיעון. ראו גם דנ"פ 1187/03 פרץ ואח' נ' מדינת ישראל, שם קיבל בית המשפט העליון את עמדתם של שלושה נאשמים והורה לקיים הסדרי טיעון שנדחו בבתי משפט מחוזיים.

30 ראו סעיפים 44-40טו לחוק העונשין.

קרי, מנקודת מבטם של הנאשמים במסגרת המשא ומתן ובעת שהם מופיעים בבית המשפט ומודים – מצביעה על כך שחלק ניכר מהסדרי הטיעון מוביל להרשעות שווא של אשמים (בהתאם לעמדות שהם מציגים לסנגוריהם) ובלי שבתי המשפט משתמשים בסמכויותיהם לבחון שאלה זו. יש גם מקרים שבהם סנגורים יודעים כי במשא ומתן הם מציגים עמדות כוזבות של לקוחותיהם, ועל כן, את המקרים שבהם לקוחות אלה מודים בעובדות או בעבירות מוכחות, אין לכנות "הרשעות שווא".

ג. סדר דין פלילי מנהלי

בחרתי לכנות את סדר הדין שצמח סביב שיטת הסדרי הטיעון "סדר דין פלילי מנהלי". בפרק זה אבקש לסרטט את האופי המנהלי בעבודה של שחקני המשפט העיקריים – התובעים, הסנגורים והשופטים בסדר הדין המנהלי. תיאור עבודתם יראה כי סדרי הדין המנהליים בהליך הפלילי מורכבים מנוהגים מקובלים באופן שבו תובעים וסנגורים מנהלים משא ומתן, ומסמכויות פיקוח בעלות אופי מנהלי של שופטים על הסדרי טיעון ועל התנהלותם של התובעים ושל חוקרי המשטרה.³¹ פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון יצרו הנחיות הקובעות נורמות מסוימות לטיפול בהסדרי הטיעון בערכאות הדיוניות, אך הפרקטיקה השוטפת של השופטים, התובעים הסנגורים בערכאות הדיוניות הצמיחה את עיקר האופי המנהלי של סדר דין הפלילי המנהלי.

1. תפקיד התובעים בסדר הדין הפלילי המנהלי

בהליך הפלילי המנהלי התובעים יכולים להפעיל כוח רב על נאשמים וסנגוריהם: בעיצוב הסדרי טיעון התובעים נהנים ממרחב פעולה רב ואילו השופטים מפעילים ביקורת שיפוטית מוגבלת ומרוסנת. התובעים מחליטים אם יש די ראיות להאשים חשוד בביצוע עבירה ולהופכו לנאשם; אם יש ראיות כאלה – תפקיד התובעים לבחון כמעט ללא ביקורת שיפוטית אם האינטרס הציבורי הולם הימנעות מהגשת כתב אישום; תובעים מחליטים אילו עובדות ועבירות יכללו בכתב האישום ועל אילו לוותר, ולאילו הפחתה בענישה להסכים אם יודה הנאשם באשמה. התובעים צריכים ליצור איזון בין ניהול יעיל של סך כל התיקים הפליליים הממתנים לטיפול (כלומר: לטפל בהם מהר ככל האפשר על ידי מתן הקלות בענישה כדי לשכנע נאשמים להודות באשמה), לבין הצורך שלא להוריד את רף הענישה יתר על המידה. סמכות התובעים לווסת את התיאור העובדתי בכתב האישום, לבחור את סעיף העבירה (חמור יותר או פחות) ואת הענישה המבוקשת היא שמעניקה למוסד התביעה שליטה אפקטיבית על ההליך הפלילי.³²

31 יש לשופטים אפשרות לפקח על שיטות חקירה ועל אמות-המידה להגשת כתבי אישום. ראו דיון בעמ' 33-34 להלן והערות שוליים 82 ו-83.

32 יש הנחיות שנוסחו ופורסמו על ידי פרקליטות המדינה, האמורות ליצור מסגרת של כללים מנחים לפרקליטים ובמידה מסוימת גם לתובעים משטרתיים בנושא הסדרי טיעון. ראו הנחיות פרקליט המדינה, הנחיה מס' 8.1 – הנחיות לעריכת הסדר טיעון (עדכון אחרון 12.2.2009). הנחיות אלה חוזרות על הכללים שקבע בית המשפט העליון, ומצטטות מהפסיקה, למשל באשר לאיסור על שופטים ליטול חלק במשא ומתן למעט בנוגע לימי הקראות (פסקה 35 להנחיות).

כוח התביעה בא לידי ביטוי בנקודה הקריטית בהליך שבה תובעים קובעים את מסכת העובדות ואת טווח הענישה שעליהם לא יותרו.³³ נניח כי נאשם המואשם בתקיפה מסכים להודות בעבירה זו וגם מסכים לעונש שהציעה התביעה, אך אינו מסכים להודות שהתקיפה "תוכננה" מראש. אל מול עמדה זו של הנאשם התובע יכול לעמוד על כך ש"התכנון" ייכלל בכתב האישום. בסיטואציה טיפוסית זו הנאשם צריך להחליט אם להודות בעובדה המוכחשת כדי לזכות בהסדר הטיעון. אם התובע כיוון את העונש המוצע כדי ליצור פער גדול בענישה, למשל: פער כפול – ארבע שנות מאסר במקום שמונה שנות מאסר הצפוי בהרשעה – יש לתובע כוח רב להשפיע על נאשם המכחיש עובדה מהותית כדי להביאו להודות בה. לעתים תובעים עומדים על הכללה של עובדות מוכחשות בכתב אישום מתוקן, שבו האחריות הפלילית של הנאשמים יכולה להתבטא בסיפור קצר. במקרים מסוימים תובעים עומדים על כך שכתב האישום יכלול לא רק את העובדות הנחוצות לקביעת האחריות הפלילית המוסכמת אלא גם "סיפור מסגרת" המתאר מעשים שאינם הכרחיים לאחריות הפלילית הפורמלית של הנאשם; בדרך כלל סיפור המסגרת מחמיר את כתב האישום. כך, לדוגמה, בכתב אישום המייחס אחריות פלילית לנאשם בשל תקיפה, התובע יכול לדרוש שכתב האישום יכלול תיאור עובדתי שלפיו אנשים אחרים הגיעו למקום עם הנאשם והם תקפו נפגעים אחרים. אף אם אין קשר משפטי בין התקיפה של הנאשם לבין התקיפות של האחרים, ואף שהסנגור יבקש כי סיפור המסגרת לא ייכלל בכתב האישום – הנאשם תלוי בהסכמת התובע ובית המשפט לא יורה לתובע כיצד לנהוג בעניין זה. יש להוסיף שעל פי סעיף 40(ד) לחוק העושנין, הסניגור אף מנוע מלהביא ראיות מטעמו בשלב של הטיעון לעונש על מנת להוסיף או לגרוע מהתמונה העובדתית העולה מכתב האישום שבו הודה הנשאם, ללא קבלת היתר מיוחד מהשופט הדן בתיק.

אב הטיפוס של הסדרי טיעון הוא משא ומתן שיש בו מחלוקת מהותית על נוסח כתב האישום ופוטנציאל לפערים גדולים בין העונש שיכול להיות מוטל לאחר ניהול הוכחות והרשעת הנאשם לבין העונש שהנאשם יכול להסכים לו בהסדר טיעון. אף אם ניתנה לנאשם הקלה בעונש, הסתייגותו מהוראה בעובדה או בעובדות שניות במחלוקת יכולה להיות משמעותית. בסיטואציה זו אין לסנגור זכות לפנות לשופט שיכריע במחלוקת עם התביעה במסגרת המשא ומתן להשגת הסדר. סנגור יכול לבקש מהשופט הדן בהליכים המקדמיים לגשר בינו לבין התובע או להעביר את התיק לשופט אחר שישמש מגשר, אך לשופט אין סמכות לחייב את התובע להסכים ליטול חלק בגישור, אצלו או אצל שופט אחר. אם הסכים התובע לגישור, אין לשופט סמכות לכפות עליו לתקן את כתב האישום. השופט אינו יכול למחוק עבירות שיש לגביהן ראיות לכאורה וגם אינו יכול לבקש מנאשם להודות בעובדה שהוא מכחיש. אסור לשופט לומר כי אם לא יודה, יקבל הנאשם עונש מחמיר, אף שנאשמים יכולים להבין זאת גם מאמרות אזהרה של שופטים. בית המשפט, כמו הנאשם, תלוי

יש התייחסות ל"גורם המאשר" (פסקה 14), המלצה להימנע מהסדרי טיעון עם נאשמים לא מיוצגים (פסקה 16), אזכור הצורך להתייחס לעמדת הקרבן (פסקה 20) ונושאים נוספים. אין במסמך זה כל הנחיה לגבי פערי העונשים המותרים בעריכת הסדר טיעון.

33 מדובר בפער בין העונש המומלץ בהסדר הטיעון לבין העונש הצפוי לנאשם אם ינהל הוכחות ולא יצליח למנוע את הרשעתו בעובדות השנויות במחלוקת; לעיל בעמ' 8.

בהסכמת התובע. בשיטת הסדרי טיעון, קבלת הרעיון שתיקים פליליים יסתיימו בהסכמות ופשרות בין הסנגור לבין התובע – ולא על בסיס בחינה שיפוטית של ראיות – מעבירה את סמכות ההכרעה באשר לאחריות הפלילית מהשופטים לרשות מנהלית (התביעה), למעט כשהנאשמים יכולים לשאת בסיכון של עונש מחמיר, לפעמים אפילו כפול, ולנהל הליך ההוכחות. כפי שראינו, עובדה היא שכ־85% עד 90% מהנאשמים בוחרים להודות באשמה במסגרת הסדרי טיעון.³⁴

גורם אחר שיש להביא בחשבון בבחינת סדר הדין המנהלי והסדרי טיעון הוא מעמדם של נפגעי עבירה בתהליך הגיבוש של הסדר טיעון. על פי חוק זכויות נפגעי עבירה, תובעים חייבים לשקול את עמדתם של נפגעי עבירה בעבירות מין ואללימות לפני שהם סוגרים הסדרי טיעון.³⁵ רוב התובעים אימצו נוהג שלפיו הם שוקלים את עמדותיהם של נפגעי העבירה בכל העבירות, באשר לתוכנם של כתבי אישום והסדרי טיעון לפני שהם סוגרים הסדר טיעון. בתהליך הגיבוש של הסדרי הטיעון נפגעי העבירה נגישים לתובעים אך אינם נגישים לסנגורים או לבתי המשפט. במקרים מסוימים נפגעי עבירה משכנעים תובעים להקשות את עמדתם כלפי הנאשם, כך שהנאשם חשוף בתהליך המשא ומתן לדרישות שמקורן ברצון של נפגעי עבירה המשתמשים בתובעים כשופרים. כאשר נפגעי עבירה מיוצגים על ידי עורכי־דין, קורה שעורך־הדין רומז שיפנה לערכאות כנגד התביעה אם יתקבל הסדר טיעון מסוים. לעתים נפגעי עבירה פועלים מתוך רצון לגרום לנאשם להודות בעובדות שיבססו עבורם תביעה אזרחית. כך, עמדת התביעה בהליך הפלילי נהפכת לעתים לעמדת נפגעי העבירה בהליך האזרחי שהם שואפים להניע נגד הנאשם.

גורם אחר המחזק את שליטת התובעים על סדר הדין הוא העובדה שאין דרישה לתיעוד המשא ומתן בפרוטוקול רשמי נגיש לנאשם או לסנגור במקרה הצורך. כתוצאה מכך לא נוצר מאגר של תקדימים המתעדים את תוכנם של הסדרי הטיעון, החושפים את הפערים המקובלים בין כתבי אישום מקוריים לכתבי אישום מתוקנים ובין העונשים הצפויים בנייהול הוכחות לבין העונשים הצפויים בהסדרי טיעון. היעדרו של מאגר כזה מונע השוואות בין מקרים דומים ומחזק את ידי תובעים בנייהול משא ומתן בלי שהם כפופים לאמות־מידה גלויות. בפועל אימצה מערכת המשפט בישראל את המסגרת הנורמטיבית המעצימה את תפקיד התובעים בהליך, בדומה למעמדם בהליך הפלילי בארצות־הברית. בפסק הדין *Bordenkircher v. Hayes* אשררו שופטי הרוב בבית המשפט העליון של ארצות־הברית (שישה שופטים נגד שלושה) את הרעיון שלפיו יש לתובע בהליך פלילי אינטרס לגיטימי וחוקי לנסות לשכנע נאשמים לוותר על זכותם לכפור באשמה:

[B]y tolerating and encouraging the negotiation of pleas, this Court has necessarily accepted as *constitutionally legitimate* the simple reality that the

34 לעיל ה"ש 3.

35 סעיף 17(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 קובע שנפגע עבירת מין או אלימות חמורה, שקיבל הודעה לפי סעיף 8(ג)2) על האפשרות שהתביעה תגיע להסדר טיעון עם הנאשם או על פרטיו של הסדר טיעון המתגבש עם הנאשם, או שהתביעה תגיע להסדר לסגירת תיק עם החשוד או על פרטיו של הסדר לסגירת תיק המתגבש עם החשוד – זכאי שתינתן לו הזדמנות להביע את עמדתו לפני התובע טרם קבלת החלטה בעניין.

prosecutor's interest at the bargaining table is to persuade the defendant to forego his right to plead not guilty.³⁶ (ההדגשה הוספה)

כלי שאמרו כך במפורש יצרו שופטי בית המשפט העליון של ארצות-הברית את היסודות להליך הפלילי המנהלי. כאשר נתנה ערכאת הערעור העליונה אור ירוק לתובעים לשכנע נאשמים לוותר על זכותם לכפור באשמה, קצרה הדרך לגיבוש ההליך הפלילי שבו נאשמים נאלצים להגיע להסדרי טיעון.³⁷ פסק הדין בעניין *Bordenkircher* – פסק הדין החשוב ביותר בארצות-הברית בנוגע להגדרה של שיטת הסדרי הטיעון – יצר במערכת המשפט הישראלית הד שהשפיע משמעותית על הפיכת ההליך הפלילי בישראל להליך מנהלי.³⁸ ברבות השנים, הרעיון – שהסדר טיעון מביאים נאשמים לוותר על זכותם לכפור באשמה – נקלט אצל מנהלים בכירים ביחידות התביעה בישראל, ואף קודם באמצעותם בניחול משרדי התביעה ברחבי הארץ ובמתן הנחיות לתובעים המופיעים בבתי המשפט. מנהלים של משרדי תביעה הבינו כי בתי המשפט לא יתערבו בשיקול דעתם בניסוח כתבי אישום ובשינויים הנערכים בהם בהסדר טיעון אלא במקרים חריגים ונדירים. בכך נהפכו נאשמים וסנגורים כפופים במידה רבה לסמכות של תובעים למחוק או להוסיף לכתבי אישום עובדות ועבירות. מכאן צמח הכוח של שיטת הסדרי הטיעון להביא נאשמים להודות באשמה באמצעות משא ומתן המשמש ליצירת נרטיבים מוסכמים המשקפים החלטות פרגמטיות, המתקבלות על ידי נאשמים וסנגוריהם כאמצעי להימנעות מעונשים כבדים.

2. תפקיד הסנגורים בסדר הדין הפלילי המנהלי

סנגורים מנתחים את חומר החקירה שהועתק משרד התביעה, ומקבלים תגובות מלקוחותיהם, בכוונה להגיע להערכה ראשונית של התשתית הראייתית, בין שינהלו הליך הוכחות ובין שיגיעו להסדר טיעון. אמנם יש נאשמים שלא יודו באשמה גם כשהראיות המפלילות חזקות

36 U.S. 357, 364 (1978) 434 (ההדגשה הוספה). על ההתמסדות של הסדר הטיעון במשפט הישראלי הלכה למעשה ראו אליהו הרנון וקנת מן עסקאות טיעון בישראל: הלכה ומעשה על רקע השוואתי (1981) (להלן: עסקאות טיעון בישראל).

37 על התרת הרסן של תובעים ללחוץ על נאשמים להודות במשפט האמריקני ראו JOHN H. LANGBEIN, *Torture and Plea Bargaining*, Fac. Scholarship Series. Paper 543 (1978), <http://bit.ly/2mPoXiB>: “In twentieth-century America we have duplicated the central experience of medieval European criminal procedure: we have moved from an adjudicatory to a concessionary system. We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt [...] Plea bargaining, like torture, is coercive” (P.12)

38 בית המשפט העליון הסתמך בפסיקתו על העקרונות שנקבעו בפרשת *Borchenkircher*, ראו ע”פ 1292/06 יחיא תורק נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.2009) (בנוגע לקבלת הודאה באשמה של נאשם שהודה במסגרת הסכם עד מדינה; בג”ץ פלונית (א), לעיל ה”ש 4 (בהתייחס לשיקול הרעת הרחב של התביעה לנהל משא ומתן לגיבוש הסדר טיעון בפרשת הנשיא לשעבר קצב); ע”פ 2094/11 ציון בן עמי ושמעול אזולאי נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2011) (באשר לנוהג של התביעה להתנות את הסכמתה להסדר טיעון בהסכמת כל הנאשמים בכתב אישום שבו מואשמים יותר מנאשם אחד, בהתייחס לפרשה שבה התנתה התביעה את הסכמתה בהסכמתם של 15 נאשמים).

כגון נאשמים הפועלים בארגוני פשע או נאשמים בעבירות מין), ויש תיקים שניתוח חומר החקירה ותגובת הלקוח מלמדים שנכון לנהל בהם הוכחות. אולם, ברוב-רוכם של המקרים בסופו של דבר יגיעו הסנגורים להסדר טיעון.

הסנגורים אמורים להסביר ללקוחותיהם כי הסדר טיעון הכולל הודאה באשמה והבעת חרטה עשוי להיות הפתרון הטוב ביותר – או הרע במיעוטו – להאשמות נגדם. בעת שהם משוחחים עם לקוחותיהם על עוצמת הראיות שבתיק החקירה, סנגורים מדגישים עד כמה חשוב לשקול הסדר טיעון. הם מסבירים ללקוחותיהם שאם יגיעו להסדר טיעון, יש אפשרות להפחית בחומרת העונש הצפוי אם יורשעו; הם מסבירים שהפער בין העונש הצפוי בעקבות הסדר הטיעון לבין העונש הצפוי לאחר ניהול הוכחות יכול להיות גדול. נאשמים רבים ישאלו את סנגוריהם מדוע יש פער כזה בין האפשרויות, ואלה יסבירו כי עומס היתר על התביעה ועל בתי המשפט מכריחים את התובעים להגיע להסדרי הטיעון בחלק גדול מכתבי האישום, ובתי המשפט מקלים במידה ניכרת עם מי שמודה ומביע חרטה. הסברים אלו הם רגע מכונן עבור נאשמים המתוודעים לאמתות יסוד של הליכי המשפט הפלילי. עבור הנאשמים, החשיפה לפערים בין העונשים מביאה לעתים לתדהמה, לביקורת ולעיתים לקורת-רוח.

בתיקים שהראיות בהם חד-משמעיות והנאשם אינו טוען לחפותו, הסנגור צריך לברוק בכל זאת אם אפשר לתקן את כתב האישום ולהגיע להסדר טיעון ולעונש מופחת, שהרי גם בתיקים בעלי ראיות מפלילות ברורות התובע צפוי להסכים להסדר טיעון מקל מתוך רצון לסיים את התיק במהירות ובהתאם למדיניות שלפיה אין הכרח למצות את הדין, במיוחד כשמדובר בנאשם ללא עבר פלילי. בתיקים שבהם הנאשמים עומדים על כך שהמעשים המיוחסים להם בכתב האישום – כולם או חלקם – לא התרחשו, או שהעובדות המפורטות בכתב האישום אינן נכונות, תפקיד הסנגור תלוי באופן שבו הנאשם והסנגור מתייחסים לאפשרות של הודאה בעובדות או בעבירות המוכחות. כאמור לעיל, בתיקים רבים הסדר הטיעון מעניק לנאשם אפשרות לסיים את התיק בעונש מופחת במידה ניכרת מהעונש הצפוי אם יתנהלו הוכחות והנאשם יורשע. לעתים הפער גדול עד כדי עונש כפול ולמעלה מזה. כך, לדוגמה, כשיש בחומר החקירה ראיות מפלילות לכאורה לביצוע עבירה חמורה, סנגור יכול להגיע להסדר טיעון שבו העונש המוסכם הוא שנתיים מאסר עד ארבע שנות מאסר, ואילו אם הנאשם יורשע אחרי ניהול הוכחות – העונש עשוי להגיע לשמונה עד עשר שנות מאסר. בתיקים אחרים הפער יהיה בין עבודות שירות בהסדר טיעון לבין כמה שנים של מאסר בפועל לאחר ניהול הוכחות שלא הצליח להביא לזיכוי של הנאשם.

הפערים בין העונשים יוצרים בעיות קיומיות עבור נאשמים ובעיות אתיות ומוסריות עבור סנגורים. אם הנאשם גורס שהפחתת הסיכון חשובה יותר מהאמת שלו – עמדה סבירה ושכיחה אל מול פערי ענישה – הוא עשוי לבחור בהסדר טיעון המחייב אותו להודות בעובדות או בעבירות שלדבריו אינן נכונות ובלבד שסיכון העונש יופחת. שאלה היא מה עמדת הסנגור בסיטואציה זו: האם במצב זה על הסנגור להימנע מהסכמה להסדר טיעון כדי שהנאשם לא יקבל על עצמו אשמת שווא – או שמא האתיקה המקצועית מחייבת אותו להציע ללקוחו להסכים להודות בעובדות מוכחות – או לפחות להצביע על דרך זו כאופציה – אם פתרון זה יפעל לטובת האינטרס של הלקוח? שאלה זו נדונה רבות בספרות המשפטית האמריקנית

ולא ניתנה לה תשובה חד-משמעית.³⁹ במאמר זה אין בכונתי לדון בבעיה האתית אלא אך להצביע על המתרחש הלכה למעשה בהליך הפלילי בישראל.

במצבים שבהם הנאשם מכחיש את האמור בכתב אישום, כולו או חלקו, הסנגור מקיים משא ומתן עם התביעה כדי לגרום לתביעה למשוך את כתב האישום ולסגור את התיק ולכלל הפחות למחוק את העובדות והעבירות המוכחות ולהגיע להסכמה על עונש מקל. הסנגור ניגש למשימה זו בתקווה למצוא סדקים בראיות העשויים להעניק לו מנוף במשא ומתן, מתוך ידיעה שהתובע מלכתחילה מוכן לתת תמריץ להודאה באשמה. במקרים רבים יצליח הסנגור להביא למחיקה של עובדות מסוימות ואף לקבל מהתובע הצעה לעונש מקל, ועדיין ייתכן שכתב האישום יכלול עובדות מהותיות או מעשים שהנאשם מכחיש. במצב זה סנגורים שונים נוקטים גישות שונות. יש הסבורים שכאשר הסיכון להרשעה ממשי, מחובתם לשכנע את הלקוח להסכים להסדר טיעון מטיב אף אם תהליך זה כרוך בהודאה באשמת שווא חלקית; אחרים יצביעו בפני הנאשם על האפשרות לקבל על עצמו אשמת שווא אך ישאירו לנאשם את ההחלטה, תוך נקיטת עמדת ניטרלית; יהיו שיאמרו לנאשם כי אין ביכולתם להציע לו לקבל על עצמו אשמת שווא אבל ההחלטה נתונה בידיו; יהיו שיאמרו ללקוח לכפור בעובדות ובמעשים השנויים במחלוקת ולנהל הוכחות – אולי כדי למנוע מצב שלאחר ההרשעה במסגרת סדר טיעון יטען הלקוח כי סנגורו גרם לו להודות בעובדות לא נכונות או בעבירות שלא עבר.

רוב הסנגורים נוקטים בכל אחת מהגישות בהתאם לנסיבות של כל מקרה. התשובה לשאלה "איזו גישה ינקוט סנגור ספציפי" תלויה במקרה הספציפי, בנסיבות הקשורות לראיות שבחומר החקירה, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, לחומרת העונש המוצע בהסדר הטיעון, לאופי הלקוח הספציפי ולנסיבות אחרות. עם זאת, סנגורים רבים – אם לא כולם – חשים לעתים כי מחובתם לשכנע את הלקוח להודות בעובדות או במעשים או בעבירות שהם מכחישים.⁴⁰ לעתים הם רק מסבירים ללקוח את היתרונות שבהסדר טיעון מקל בלי לנסות לשכנע, אם כי "שכנוע" הוא מושג יחסי וייתכנו מידות שונות של "שכנוע", כולל רמיזה. אף אם יש מצבים שבהם סנגורים מסרבים ליטול חלק בהליך שבו הנאשם מודה בעובדות או במעשים שהוא מכחיש, מקרים אלו אינם שכיחים כמו אלו שבהם הסנגורים סבורים שכדי לשמור על

39 ראו ALICE WOOLEY, *HARD QUESTIONS & INNOCENT CLIENTS, THE NORMATIVE FRAMEWORK OF THE THREE HARDEST QUESTIONS AND THE PLEA BARGAINING PROBLEM*, 44 Hofstra. L. Rev. 1179, (2016) (arguing that a defense attorney has an obligation to explain to the client that the expected sentence in a plea bargain will be significantly lower than the expected sentence following a trial conviction, and that the defense attorney should .present to the self-proclaimed innocent defendant the option of choosing to plead guilty.)

40 הרעיון שנאשם יחליט להודות בעובדות מוכחות משיקולים פרגמטיים ולגיטימיים – כדי לזכות בהסדר טיעון מטיב – אינו זר לשופטים. ראו דברי השופט מצא ברשימתו: אליהו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" הסניגור 171 4-12 (2011) (להלן: הסדרי טיעון – עבר ועתיד) ("יש הטוענים כי די בקיומו של חשש זה [להרשעות שווא] כדי להוביל לפסילתו מכול וכול של מוסד הסדרי טיעון. תפיסה זו, מלבד היותו בלתי מעשית, לוקה גם בפגיעה בזכותו האוטונומית של נאשם, שגם אם הוא מאמין בחפותו אין הוא מוכל להסתכן בניהול משפט העלול להסתיים בהרעשה ובעונש חמורים". שם, בעמ' 10).

האינטרסים של הלקוח הם חייבים לפחות להציע לו, כאופציה לגיטימית, להודות בעובדות או בעבירות שהוא מכחיש. בהליך הפלילי, בשיטת הסדרי טיעון, סנגורים ממלאים חלק חשוב בתהליך שבו נאשמים מודים משיקולי תועלת במעשים שלא עשו. סנגורים סבורים ששיטת הסדרי טיעון מכתובה את עמדתם זו, שהרי סירובם לשתף פעולה עם הליך כאמור עלול לפגוע במחויבותם כלפי הלקוח וטובתו.

אם כן, ברור כי בשיטת הסדרי טיעון הנאשמים נאלצים לחשוב לא רק במונחים של אמת ושקר אלא במונחים של תועלת. לפיכך, לעתים קרובות אפשר להבחין אצל נאשמים בתהליך של נסיגה מהרצון להיאבק, המלווה בביקורת על השיטה שבה מימוש הזכות לנהל הוכחות כרוך במחיר של חשיפה לעונש מחמיר. לא אחת, לאחר שלקוח הסכים להסדר טיעון מסוים, הסנגור נשאר בתחושה לא נוחה שלא הביא את התובע להקל במידה מספקת בתיאור העובדתי או בעונש המוצע בהסדר, ושעדיף היה "למשוך" את המשא והמתן תקופה נוספת טרם הסכמת הלקוח להסדר. לחלק מהלקוחות יש דעה שונה מזו של סנגוריהם בשאלה כמה זמן אפשר לסרב להצעת התובע בתקווה להשגת הסדר טוב יותר, תוך הסתכנות באבדן ההזדמנות להסדר הטיעון שהציע התובע. כאשר יש חילוקי דעות בעניין זה בין הלקוח לסנגורו, הלקוח עלול לראות את הסנגור באור שלילי: מחד גיסא – במחשבה שהסנגור לא התמקח די, ומאידך גיסא – במחשבה שהסנגור חיכה זמן רב מדי והפסיד הסדר טיעון מועיל. לפי אחד הכללים המנחים של תובעים, אם הסנגור הסכים להסדר במחשבה שהנאשם יסכים לו, אך זה שינה את דעתו והוא מבקש הקלה נוספת – יקשה התובע על הסנגור ויסרב לפתוח את המשא ומתן מחדש (כדי לשמור על אמינות ה"מלה" שלו ועל אמינות המשא ומתן בתיקים אחרים). במצב זה הסנגור יהיה תקוע עם הצעה שהנאשם אינו רוצה לקבל. לפיכך, מהזווית של הסנגורים, כללי המשא ומתן מכתביים כי בתחילת המשא ומתן ינקוט הסנגור עמדה לא מחייבת.

לעתים הנאשם וסנגורו נקלעים לדילמה טעונה, כשפרק הזמן לניהול המשא ומתן הולך ואוזל. כך, למשל, התובע עשוי להודיע לסנגור שאם יצטרך להתחיל להתכונן לניהול הוכחות – הצעת הסדר בטלה ולא תהיה אפשרות לחזור להסדר שהוצע. משמעות הדברים היא שאם תבטל ההצעה יצטרך הנאשם לנהל הוכחות. כאשר סנגור חייב להמליץ ללקוח לקבל החלטה מיידית – לקבל את ההסדר המוצע או לדחותו – הסנגור נתון באי־ודאות קשה. זו נובעת מכך שלעתים גם תובעים שהודיעו כי לא תהיה הזדמנות נוספת להגיע להסדר טיעון מוכנים, בשלב מאוחר יותר, לאשר את ההסדר שהוצע ואפילו לשפר אותו כדי להימנע מההכנה הנדרשת לניהול הוכחות ומעצם ניהול הוכחות. לכן, כאשר סנגור סבור שהצעת הסדר אינה טובה דיה, והנאשם מוכן לקחת את הסיכון שלא תהיה הזדמנות נוספת להגיע להסדר – יתחיל הסנגור לנהל את התיק בתקווה שבאמצעות ניהול התיק ישתכנע התובע לשפר את הצעתו. לעתים סנגורים אף מגישים לבית המשפט בקשות רבות ושונות – עתירות נגד התנהלותן של המשטרה או התביעה בטיפול בתיק, עתירות לגילוי חומר חקירה, לתיקון כתב האישום משום שאינו ברור או מפורט דיו, להפרדת הדיונים של שני נאשמים באותו תיק ועוד – בתקווה שבמהלך הדיונים בעתירות אלה יתאפשר להגיע להסדר שלא היה אפשרי קודם לכן. במקרים אחרים יתחילו הסנגורים את פרשת התביעה בתקווה שהחקירה הנגדית של עדי התביעה או חלקם תשכנע את התובע שעוצמת הראיות המפלילות פחותה משחשב והוא ישקול לשפר את הסדר הטיעון שהציע.

תפקיד נוסף של הסנגור קשור להכנת הנאשם לטיעון לעונש, שאז הנאשם עצמו רשאי לומר את דברו. כדי להפיק את המרב מהסדר טיעון, סנגורים צריכים ללמד את לקוחותיהם כיצד להביע חרטה על מעשיהם בשלב הטיעון לעונש. סנגורים מסבירים לנאשמים את החשיבות של הפנמת האשמה ושל ביטוי חיצוני של החרטה, ואת העובדה שבשיטת הסדרי הטיעון החרטה אכן מביאה להקלה ניכרת בענישה. במילוי תפקידם זה נאמנה סנגורים מסבירים ללקוחותיהם כיצד נשמע ביטוי אותנטי של חרטה אמיתית וכיצד נשמע ביטוי מלאכותי של חרטה. כך, למשל, סנגור יסביר ללקוח "אל תגיד לשופט שלא הבנת שעברת עבירה פלילית בעת שהתרחשו האירועים (בכתב האישום) מכיוון שזה סותר את הודאתך" או "תסביר שאתה מבין שהמתלונן נפגע קשה וסובל". בחלק מהמקרים נאשמים מביעים חרטה "על מעשיהם ועל הנזק שגרמו" אך אין מדובר בחרטה אותנטית; במקרים אחרים, נאשמים החשים חרטה אמיתית על הפגיעה שגרמו אינם יודעים כיצד לבטא אותה באוזני השופט, והסנגורים מסייעים להם להבין כיצד לעשות זאת. הניסיון מראה כי במקרים רבים החרטה האמתית מתפתחת רק בתקופה שלאחר הגשת כתב האישום, לאחר שיחות עומק בין הנאשם לבין הסנגור. לעתים שיחות אלה גולשות לשיחות נפש או לשיחות "חינוכיות" שבהן הסנגור מבחיר לנאשם את הפליליות ואת הפגם המוסרי שבהתנהגותו, ואז מתרחש אצל הנאשם תהליך אמתי של הפנמת חרטה וקבלת אחריות. מכאן החשיבות שיש להפרדה בין מועד ההגשה של כתב האישום לבין המועד שבו על הנאשם להחליט אם לקבל את הסדר הטיעון שהוצע לו אם לאו – וחשוב שההפרדה תהיה לפרק זמן משמעותי. תפקידו של הסנגור הוא לסייע ללקוחו להגיע למסקנה שיכולה להיטיב עמו בטווח הארוך, תוך ויתור על השגי הטווח הקצר, דוגמת תיקונים בנוסח כתב האישום החשובים ללקוח, כאשר ההתעקשות עליהם יכולה להכשיל את הסדר הטיעון. בנסיבות אלה, ללא פער ענישה משמעותי בין העונש הצפוי בהסדר טיעון לבין העונש הצפוי בניהול הוכחות, נאשמים רבים יותר היו בוחרים לנהל הוכחות.

3. תפקיד השופטים בסדר הדין הפלילי המנהלי

השופטים ממלאים תפקיד מרכזי ביצירת התנאים הדיוניים להסדר טיעון. הלכה למעשה, השופטים מעוררים את ההליך הפלילי המנהלי כשיטה מועדפת, וגישה זו תורמת תרומה מכרעת למצב שבו רוב ההליך הפלילי מבוסס על המתרחש ברשות המנהלית – במשרדי התובעים המשטורתיים והפרקליטים במסגרת מגעיהם עם הסנגורים.

במשך שנים עמדו השופטים בערכאות הדיוניות ובערכאות הערעור על שני כללי ענישה מרכזיים שיצרו תמריצים לנאשמים להודות באשמה. הכלל הראשון הוא שנאשמים החוסכים למערכת משאבים – באמצעות "שיתוף פעולה עם חוקריהם" ו"ויתור על זכותם לנהל הוכחות" – זכאים להקלה בעונש. לאחר שנים של חזרה על תפיסה זו, כיום כבר מדובר בהנחת יסוד של כללי הענישה.⁴¹ הנחה זו אינה מובנת מאליה, שהרי אין קשר ברור

41 ראו ע"פ 4597/13 אנטוניו פיצו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014) ("שאלת המועד בו חזר הנאשם מכפירתו או הודה באישומים שיוחסו לו, היא רלוונטית לעוצמת המשקל שיש ליתן לשיקול זה. כך, בין שאר התכליות העומדות בבסיס שקילתה לקולא של הודאת הנאשם, נמצאת תכלית החיסכון בזמן שיפוטי. לכן, ככל שהודאת הנאשם ניתנה בשלב מוקדם יותר

וענייני בין חיסכון בזמן לבין הקלה בענישה; אך היא מבטאת את כוונתם של מעצבי מדיניות הענישה ומעורדת נאשמים להודות באשמה. השופטים מודעים לכך שהקלה בעונש יכולה להביא נאשמים לוותר על זכותם לניהול הוכחות גם כשניהול הוכחות עשוי להיות עדיף עבורם, אך לשם כך בדיוק נקבע כלל הענישה – כדי לעודד נאשמים לוותר על זכותם לנהל הוכחות.⁴² לא ידוע עד כמה תמריץ זה משפיע על הודאה של נאשמים באשמה, אך ברור שהקלה בענישה על רקע חיסכון במשאבים שיפוטיים תומכת ביכולת של תובעים לשכנע נאשמים להגיע להסדר טיעון. התובעים מתרגמים לתוך עבודתם את העמדה של כללי הענישה ומשמשים סוכנים למדיניות הענישה של בתי המשפט.

לפי כלל הענישה השני המתמרח הסדרי הטיעון, הקלה בענישה תינתן לנאשמים המודים באשמה משום שההודאה טומנת בחובה "קבלת אחריות" מצד הנאשמים, המודים כי פגעו בחברה. שיטת הסדר הטיעון משקפת את התפיסה שהודאה באשמה תורמת או משקפת שיקום חלקי או מלא של הנאשם, מפחיתה את הסיכון שהנאשם יעבור עבירה בעתיד ומחזקת את הסולידריות החברתית. רעיון זה התפתח עם השנים ונהפך שכיח בהנמקות של שופטים לגזרי דין. הקלה זו בענישה גדולה יותר כשהנאשם לא רק מודה אלא אף מביע בגלוי רגשי חרטה באולם בית המשפט.⁴³ כלל ענישה זה תומך בהסדרי טיעון משום שגם הוא משפיע על הנאשמים לסיים את תיקיהם בהסדרי טיעון ולא בניהול הוכחות. נורמת ענישה זו יוצרת מסגרת התומכת במגמת התובעים לשכנע את הנאשמים שאין להם סיבה טובה לכפור באשמה ולנהל הוכחות. גם בעניין זה תובעים מתרגמים את עמדת השופטים לתוך עבודתם ומשמשים סוכנים למדיניות הענישה של בתי המשפט. הם אינם צריכים לומר

של ההליך בעניינו, הרי שבכך חסך הנאשם זמן שיפוט רב יותר ומשקלה לקולא של הודאתו (גובר). ראו גם רב לוין "גוזרים את הדין" המשפט א 185, 199 (1993).

42 שם. השופט דנציגר, שכתב את הדברים, הבין כי מתן הקלות בעונש בשל סיבה זו יכול גם ליצור על הנאשם לחץ להודות, ועל כן המשיך וכתב: "עם זאת, יש לנקוט בעניין זה משנה זהירות ואל לשיקול מועד ההודאה להוות את המדר המרכזי במשקלה לקולא של הודאת הנאשם, פן תפגע זכותו הטבעית של נאשם לנהל את משפטו ולעמוד על חזקת פיתו".

43 בדיון בכללי הענישה כתבה השופטת ארבל: "שיקולים בדבר לקיחת אחריות והבעת חרטה נוגעים לליבת מלאכת הענישה וקשורים בקשר הדוק למרבית שיקולי הענישה – סיכויי השיקום, הרתעת היחיד והגנה על שלום הציבור" (ההדגשה הוספה); ע"פ 8421/12 ינון בן חיים נ' מדינת ישראל, פס' 20 (פורסם בנבו, 29.9.2013). עוד, ראו ע"פ 2021/17 מצגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2017) (להלן: עניין מצגר). בעניין מצגר, קבע בית המשפט המחוזי שבחירתו של הנאשם שלא להוסיף דברי חרטה בטרם יגזור בית המשפט את עונשו (תוך ויתור על הזכות הדיונית המוקנית לו בס' 192 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), מצביעה על כך שחרטתו הייתה "פורמלית" בלבד, והדבר שימש את בית המשפט המחוזי כשיקול לדחיית הסדר הטיעון. כך, העובדה שהנאשם לא הביע רגשי חרטה באופן גלוי באולם בית המשפט, על אף שהודה בעובדות כתב האישום ובאישומים במסגרת הסדר טיעון, הייתה לו לרועץ. עם זאת, בית המשפט העליון קבע שבחירתו זו של הנאשם לא צריכה להיזקף לחובתו ולהעיד על היעדר חרטה מצדו (פס' 22-24 לפסק דינו של השופט פוגלמן, ואמרות השופט סולברג אשר אומר כי בנסיבות העניין ניתן להבין כי הנאשם מתחרט, גם אם לא אמר זאת במפורש).

לסנגורים מפורשות שהשופטים יתחשבו בהודאת הנאשם על רקע הרצון לחסוך במשאבי המערכת ולתגמל נאשמים המקבלים אחריות ומביעים חרטה:⁴⁴ תובעים וסנגורים מטמיעים בעבודתם כללי ענישה כרקע לניהול משא ומתן שבסופו יודו הנאשמים באשמה ויביעו חרטה. דרך אחרת של שופטים לתמוך בהסדרי טיעון היא בעידוד של סנגורים ותובעים לנהל משא ומתן ולהגיע להסכמות; כלומר: השופטים נוקטים עמדה אקטיביסטית כלפי הצדדים כדי להניע אותם להתפשר ולסיים תיקים בהסדרי טיעון. לפי הכלל שקבע בעבר בית המשפט העליון, השופטים צריכים להימנע מייזום ומעידוד של הסדרי טיעון.⁴⁵ כלל זה ביטא עיקרון שנראה אז יסודי לתפיסה ראויה לשופט בהליך, אך הלכה למעשה שופטים רבים – טרם פסיקת ההלכה וגם אחריה – יזמו ויוזמים משא ומתן ומעודדים את הצדדים להגיע להסכמות, ולעתים אף מגשרים בין הצדדים כדי לסגור פערים בין ההצעות להסדרים. שינוי בהתייחסות השלילית של בית המשפט העליון לאקטיביזם שיפוטי מסוג זה בא לידי ביטוי בהלכות פסלות שופט. כאשר סנגורים עותרים נגד שופטים מן הטעם שפעלו באופן לא ראוי ליזום הסכמות עם התביעה, בית המשפט העליון נוטה לדחות בקשות לפסלות שופט. אף שבית המשפט העליון אינו מכריז כי ראוי ששופטים יזמו משא ומתן בין הצדדים בהליכים רגילים,⁴⁶ דחיית עתירות לפסילת שופטים שאכן נוהגים כך מעבירה לשופטים בערכאות הדינויות מסר שאל להם לחשוש מביקורת על מאמציהם להביא צדדים להגיע להסדרי טיעון.⁴⁷

- 44 איתי ליפשיץ ורינת קיטאי סנגורו "מקומה הראוי של החרטה בענישה הפלילית" מחקרי משפט כח 1, 69 (2012), שם מופיע ניתוח מעמיק ומאלף של שילוב גורם החרטה בשיקולי הענישה. המחברים מסבירים כי חרטה משתלבת בעקרונות ההלימה של שיקולי ענישה מסיבות רבות, ובהן שחרטה מפחיתה את הצורך לגמול לחברה על הנזק שגרם לה מבצע העבירה. ראו גם את הסקירה המקיפה של שיקולי ענישה אצל יורם רבין ויניב ואקי "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא בענישה" הפרקליט נב (2013).
- 45 ראו ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני פ"ד מו(3) 525 (1992). שם אמר הנשיא שמגר: "השתתפות של בית המשפט במשא ומתן סביב עסקת טיעון היא פסולה [...]". בעניין זה אפשר להבחין בין יוזמת השופט שהצדדים ינהלו משא ומתן שהשופט אינו חלק ממנו לבין השתתפות אקטיבית של השופט במגעים בין הצדדים. עם זאת, בית המשפט העליון מתח ביקורת על יוזמת שופטים שהצדדים ינהלו משא ומתן.
- 46 חריג לכך נמצא בהליך הנקרא "ימי הקראות", וראו התייחסות בעמ' 23.
- 47 מגמת האקטיביזם של שופטים בעידוד של הסדרי טיעון מושרשת בהתנהלות של שופטים בהליך הפלילי זה שנים רבות. ראו עסקאות טיעון בישראל, לעיל ה"ש 36. ממצאי המחקר הראו כי חלק מהשופטים ממריצים ומעודדים הסדרי טיעון. אף שבשנות השמונים והתשעים פעל בית המשפט העליון לחיזוק הכלל הקורא לשופטים להימנע מליזום משא ומתן, מצאנו כי רבים מהשופטים המשיכו לקרוא לצדדים לסיים את תיקיהם בהסדרי טיעון. כיום שופטים רבים שואלים את הצדדים אם היו ביניהם מגעים להגיע להסכמות ולעתים מעודדים אותם לחזור ולדבר כדי לסיים תיקים בהסדרי טיעון. סנגור ששומע שופט המעודד הסדר טיעון מבין כי אם יתעקש על ניהול הוכחות, השופט עלול להחמיר בעונשו של הנאשם אם יורשע בסופו של דבר. אם כן, בהמשך השנים היו שתי מגמות: מגמת בית המשפט העליון שהסתייגה – אך לא אסרה – על יוזמות של שופטים למשא ומתן בין הצדדים, ובצדה התנהגות השופטים בפועל, שהוכיחה כי שופטים רבים ייחסו חשיבות למגעים בין הצדדים במטרה להגיע להסכמות.

העמדה של בכירי הרשות השופטת בשאלה אם רצוי ששופטים יעודדו הסדרי טיעון, אם העידוד נעשה במתינות, עברה שינוי שהשפיע עמוקות על ההליך הפלילי בישראל עם הקמת הסנגוריה הציבורית. מטרת הסנגוריה הציבורית הייתה להרחיב את היקף הייצוג של נאשמים במשפטים פליליים ובלבד שכד כבד ניתן היה לשפר את איכות הייצוג לנאשמים הזכאים למינוי סנגור. לפני הקמת הסנגוריה הציבורית, כ-70% מהנאשמים בפריפריה וכ-50% מהנאשמים בערים הגדולות לא היו מיוצגים ונשפטו ללא ייצוג. שופטים בערכאות הדיוניות נרתעו מלעודד הסדרי טיעון עם נאשמים לא מיוצגים. אמנם התובעים בבתי המשפט השלום נהגו לדבר עם נאשמים לא מיוצגים בפרוזודורי בתי המשפט כדי להגיע עמם "להבנות" ("אתה מוותר – אני מוותרת") שבמסגרתן יודו באשמה, אך הם סירבו לקבל נאשמים לא מיוצגים במשרדיהם לניהול משא ומתן, וממילא נאשמים לא מיוצגים לא ידעו היכן וכיצד לגשת לתובע – אם בכלל ידעו על האפשרות להגיע להסדר טיעון. כאשר החלה הסנגוריה הציבורית לפעול עלה אחוז הנאשמים המיוצגים, הן בשל הרחבת הזכאות לייצוג בחוק הסנגוריה (ללא היוזקות להחלטת שופט) והן משום שהחוק נתן לשופטים סמכות למנות סנגורים על פי שיקול דעתם.⁴⁸ עם הרחבת מספר המיוצגים התרחבה גם האפשרות לעודד נאשמים, באמצעות סנגוריהם, לנהל משא ומתן ולהגיע להסדרי טיעון.

הקמת הסנגוריה הפכה את האקטיביזם השיפוטי – שבגלל היעדר ייצוג התקיים במידה מוגבלת בלבד – לשיטה ממוסדת. תפנית חשובה אירעה באמצע שנות התשעים, בעקבות פעילות מתואמת בין הנהלת בתי המשפט לבין הנהלת הסנגוריה הציבורית. הנהלת בתי המשפט – הגוף האחראי על המבנה הניהולי של מערכת בתי המשפט, לרבות על אופן ניצול התקציבים – חיפשה פתרונות לעומס־היתר המוטל על שופטים בשל ריבוי תיקים ומיעוט שופטים. מאז 1995, עם תחילת כהונתו של השופט אהרן ברק כנשיא בית המשפט העליון, שמה הנהלת בית המשפט דגש על קיצור הליכים ועל מדידה של יעילות השופטים באמצעות נתונים כמותיים – ההספק החדשי של השופטים בסיום מכסת תיקיהם. במסגרת מדיניות "ההתייעלות" יזם השופט דן ארבל, מנהל מנהל בתי המשפט, תכנית ניסיונית בשם "ימי הקראות לפני שופט מוקד" בחמישה בתי משפט שלום במחוז המרכז. לפי התכנית הונחו השופטים לפעול אקטיבית לסיום תיקיהם בהסדרי טיעון, ולשם כך לקחת חלק פעיל בהנעת ההידברות בין התביעה לסנגורים. במסגרת סדר הדין שעיצב נשיא בית המשפט יהודה פרגו, בשיתוף השופט דן ארבל, סוכמו הנחיות שלפיהן שופטי המוקד רשאים לעיין בחומר החקירה של התביעה, להציע לצדדים תיקונים לכתבי אישום ופתרונות ענישה, והכול במטרה לגשר בין הצדדים ולהגיע במהירות גבוהה להסדרי טיעון – בישיבה הראשונה או השנייה בבית המשפט.

באותה עת, סמוך לפני תחילת ימי המוקד, כשנתיים אחרי הקמת הסנגוריה הציבורית, אחוז הנאשמים הבלתי־מיוצגים עדיין היה ניכר על אף הגידול ההדרגתי באחוזי הייצוג. על פי ההצעה בתכנית הפיילוט, הסנגוריה הציבורית תייצג כל נאשם המגיע ללא סנגור לדיון בימי ההקראה כדי לאפשר קיומו של הליך חדש. הנהלת הסנגוריה הציבורית סברה כי ההליך החדש ("ימי ההקראות") עלול להיות בעייתי עקב שני יסודות מרכזיים של התכנית: לפי האחד יוצגו הנאשמים בבתי המשפט ללא מפגש מקדים עם סנגורם; לפי האחר, השופטים

48 בסעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995.

אמורים לעודד נאשמים להודות באשמה. התובעים המשטרתיים, מצדם, הונחו להגמיש את עמדותיהם כדי לרכך את כתבי אישום ולהציע הקלות ניכרות בענישה, על בסיס התפיסה שסיום מהיר של התיקים יכול לפתור את בעיית העומס ואף לחזק את האפקטיביות של דיני העונשין על ידי מניעת עיכובים בהטלת סנקציות. סירוב של הסנגוריה הציבורית ליטול חלק בפיילוט היה משאיר אלפי נאשמים ללא ייצוג, ואילו שיתוף פעולה מצד הסנגוריה העניק לה אפשרות להגדיל במידה גדולה, ובזמן קצר, את אחוזי הייצוג ואף לחזק את ההליך ההוגן הניתן לנאשמים.⁴⁹ ייצוג נאשמים לא מיוצגים הבטיח כי ההליך הפלילי – גם אם התקיים במסגרת כללי הדיון החדשים – יגן על זכותם של נאשמים טוב יותר מההליך שהתקיים עד אז, שבו נאשמים רבים נשפטו ללא ייצוג.

ההליך החדש נוסד והשתרש ושינה את כללי סדר הדין הפלילי ללא הכר וללא חקיקה. רפורמה משפטית זו נוצרה על ידי המנהלים של מערכת המשפט ועל ידי השופטים עצמם, שיצרו במו ידיהם סדר דין המורה להם לנקוט צעדים שעד אז היו אסורים עליהם ושנויים במחלוקת (עיון בראיות ועידוד הצדדים להגיע להסדרי טיעון).⁵⁰ לאחר שההליך החדש כבר נקלט היטב והקיף את רוב התיקים הפליליים בבית המשפט השלום במחוז המרכז, נוסח תיקון לחוק סדר הדין הפלילי שהובא לאישור של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. כך נהפכו הכללים החדשים לסדר דין חקוק חדש. כיום ימי ההקראות מתקיימים בבתי המשפט ברחבי הארץ, והדיונים ברוב המוחלט של כתבי האישום המוגשים לבית המשפט נפתחים

49 הואיל ועל פי ההצעה יינתנו הקלות ענישה מיוחדות לנאשמים המגיעים להסדרים במסגרת ימי ההקראות, חשוב היה להנחות את הסנגורים להמשיך את הקלות אלה עבור נאשמים בנסיבות מתאימות. יחד עם זאת, הסנגורים הציבוריים הונחו להתנגד להסדר טיעון במסגרת יום ההקראות כשלא ברור שהנאשם אכן מפיק ממנו תועלת ממשית. על פי מתווה סדר הדין החדש, אם לא הושג הסדר טיעון בהתערבות של שופט המוקד, התיק מועבר – ללא פרוטוקול המתעד את הנאמר בדיון ההקראות – לשופט אחר, שתפקידו לקבוע את התיק להוכחות.

50 התפתחות אחרת התרחשה בהליכי גישור פלילי. הליכים אלה העניקו לשופטים עמדה אקטיביסטית בהבאת תובע ונאשם לפתרון המקטובל עליהם, אך בדומה להסדרי טיעון ללא מיצוי הליך ההוכחות. ראה עמי קובו, הגישור הפלילי, המשפט, כד תשע"ח (טרם פורסם). ראו ע"פ 4877/13 עוידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2014): "השופט המגשר בהחלט אמור לגלות מעורבות גבוהה במטרה להביא להשגתו של הסדר טיעון, שלם או חלקי. לאור כל אלה ברי, כי חשש למשוא פנים הוא שעומד ביסוד ההסדר שבסעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי לגבי העברת ההליך לשופט אחר בעקבות כשלון הגישור, בטרם חקיקתו של סעיף 143א. ראו ע"פ 11/4492 הנ"ל, עמ' 833, בין האותיות ב-ג; ע"פ 05/2985 שמי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.3.2005). זאת אפשר ללמוד גם מדברי ההסבר שהופיעו בהצעת החוק שקדמה לתיקון מספר 48 לחוק סדר הדין הפלילי, עת הוסף לחוק סעיף 143א".

השוו לע"פ 2749/14 גאון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2014): "איני מוצא כל פגם בכך שכבוד השופטת בוסתן או כבוד השופטת ברודי הוציעו כי בעלי הדין יחזרו לשופטת ברודי, בניסיון נוסף להגיע להסדר ... בהליך גישור, וזה מה שהתנהל בפני כבוד השופטת ברודי, ממלא השופט מטבע הדברים תפקיד אקטיבי כמתווך בין בעלי הדין ונחשף לחומר רב, שעשוי להיות בלתי קביל בהליך העיקרי".

בסדר הדין של ימי ההקראות.⁵¹ ימים אלה עצמם הפכו את היוזמה השיפוטית לניהול משא ומתן בין הצדדים לנורמה בהליך הפלילי, ותרמו להפיכתו של סדר הדין בהליך הפלילי לסדר דין מנהלי. הנוהג נהפך להוראת חוק. ולא זו בלבד, אלא שהוראת החוק החדשה, המכוונת אך לימי ההקראות, מגבירה את הנכונות של שופטים בכל ההליכים הפליליים לזיזם ולעודד הסדרי טיעון.

דרך נוספת שבה שופטים מעודדים ותומכים בהסדרי הטיעון היא נקיטת "עמדה פסיבית" באשר לתוכן של הסדר הטיעון לאחר שכבר סוכם בין הצדדים. כך, השופטים הם אקטיביסטים בהנעה של הליך המשא ומתן בין התביעה לבין הסנגוריה אך פסיביים לאחר שסוכם הסדר הטיעון. רוב התיקים הפליליים יובאו לאישור השופט כ"חבילת הסכמות" בנוגע לתיאור העובדות, לסעיפי החוק שבכתב האישום ובמקרים רבים גם לגבי עונשים. כאשר הסדר הטיעון מוצג לשופט, חובתו על פי דין להודיע לנאשם כי בית המשפט אינו חייב לאשר את הסדר הטיעון וכי השופט רשאי לדחותו ולקבוע את העונש הראוי בניגוד להסדר.⁵² השופטים מסבירים לנאשמים כי יש אפשרות – מוגבלת ככל שתהיה – שהסדר הטיעון לא יאושר. הנטייה של שופטים לאשר או לדחות הסדרי טיעון קשורה ישירות לשיעור הסדרי הטיעון מסך כל התיקים. קשר ישיר זה נובע מהכלל הדיוני הקובע שאם השופט אינו מכבד את הסדר הטיעון, הנאשם אינו יכול לסגת מההודאה שנתן בבית המשפט כשהוצג ההסדר ולכן ייענש שלא בהתאם לסיכום עם התביעה בהסדר הטיעון. ברי כי אם אחוז ניכר לא יאושר על ידי השופטים, הנאשמים יירתעו מלהגיע להסדרי טיעון, ולכן עצם קיומה של שיטת הסדרי הטיעון תלוי במתן אישורים שיטתי.

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות באשר למידת הביקורת הרצויה של שופטים בערכאות דיוניות על תוכנם של הסדרי הטיעון. "ככלל, בית המשפט לא יתערב בפרטי האישומים שהתביעה מייחסת לנאשם אם הנאשם הסכים להודות בהם באשר לתוכן כתב האישום",⁵³ כך שלמעט מקרים נדירים בתי המשפט אינם מתערבים בכתבי האישום המוגשים להם בהסדר טיעון – לא בחלק העובדתי ולא בהגדרת העבירות שנעברו. שאלה אחרת היא כיצד שופטים בערכאות הדיוניות מתייחסים לעונשים המוסכמים ומומלצים על ידי הצדדים – עונש ספציפי או מתחם מוסכם עם תקרה ורצפה. כמה שופטים בבית המשפט העליון סברו כי הערכאה הדיונית צריכה לבחון את העונשים המוסכמים בהסדרי טיעון על רקע אמות המידה החלות על מקרים דומים למקרה שנדון בהסדר הטיעון, ולסרב לאשר הסדר טיעון אם יש פער משמעותי בין העונש המקובל לבין העונש שהוסכם עליו. גישה זו, שכונתה "גישת העונש הראוי", יוחסה לשופט גולדברג ששאף לשמר את תפקיד הפיקוח

51 ראו הצעת חוק סדר דין פלילי (תיקון מס' 41) התשס"ה-2005, שם נאמר: "בשנים האחרונות התפתח בתי משפט שונים בארץ נוהג, שנועד לייעל את אופן ניהולם של הליכים פליליים בבית המשפט, אשר לפיו נקבעים ימי הקראות מרוכזים בקשר לכתבי אישום שהנאשמים בהם מיוצגים על ידי סניגורים ושכית המשפט סבור שמתאימים לכך ובהם מתקיים הליך של דיון מקדמי בכתב האישום, תוך ניסיון להביא לצמצום המחלוקות בין בעלי הדין, ובמידת האפשר, לידי סיום ההליך בדרך מוסכמת, לרבות בדרך של הסדר-טיעון".

52 בחמוצקי, לעיל ה"ש 13.

53 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 19.

של הערכאה הדיונית על העונשים המוסכמים בהסדרי טיעון.⁵⁴ לעומתו דגל השופט מצא בגישה שלפיה יתמקרו השופטים בערכאה הדיונית בשיקולי התביעה בהסדר הטיעון יותר משיתמקרו במידת הענישה. יודגש כי כל השופטים סברו שיש לבדוק עד כמה העונש המוסכם חורג מאמות המידה המקובלות ולהתערב אם מדובר בחריגה קיצונית. לפי גישת השופט מצא, אם אינטרס התביעה בהסדר הטיעון עולה בקנה אחד עם אינטרס הציבור, ראוי לאשר את הסדר הטיעון אף במקרה של פער ניכר בין העונש המקובל לבין העונש שהוסכם בהסדר הטיעון. גישה זו, "הגישה של בחינת שיקולי התביעה", נועדה לתת להסדרי טיעון מרחב גדול יותר מזה של גישת העונש הראוי של השופט גולדברג.⁵⁵

פרשת פלוני שימשה מקרה מבחן להגדרה של סוג הביקורת השיפוטית בערכאות הדיוניות. תשעה שופטים דנו בנושא. השופטת ביניש בחנה את הגישות שהציעו השופטים ובחרה גישת ביניים לבדיקת עונשים מוסכמים בהסדרי טיעון, המשלבת את גישת העונש הראוי עם הגישה של בחינת שיקולי התביעה. גישתה כונתה "גישת האיזון", ולפיה השופטים בערכאות הדיוניות צריכים להעניק משקל ממש ל"אינטרס התביעה בהסדר הטיעון, בדומה לגישת השופט מצא,⁵⁶ ואף להעניק משקל ניכר להתאמה הראויה בין חומרת העבירה לעונש המוצע, בדומה לגישת השופט גולדברג.⁵⁷ השופטת ביניש הדגישה כי השופטים בערכאה הדיונית צריכים להעניק משקל גם ל"ערך הציפייה" של הנאשם – כי לאחר שניהל משא ומתן והסכים להסדר טיעון, בית המשפט יקיים את ההסדר. גישת השופטת ביניש כוללת התייחסות לגורמי ענישה מקובלים נוספים ובהם עברו הפלילי של הנאשם, חלקו היחסי של הנאשם בפעילות העבריינית, שיתוף הפעולה שלו עם גורמי החקירה ועוד. בסופו של דבר הנחה פסק הדין את השופטים בערכאות הדיוניות שלא להיצמד לגישה המצרה את שיקול הדעת של התובעים בעשיית הסדרי טיעון (גישת השופט גולדברג) ואף לא לגישה המרחיבה את שיקול דעתם (גישת השופט מצא), והודגש כי בדרך כלל על השופטים בערכאות הדיוניות לאשר הסדרי טיעון. השופטת ביניש אף הדגישה כי הסדרי טיעון הם חלק חשוב ומרכזי בשיטת סדר הדין, וכי דחייתם באופן שכיח תפגע ביכולת של מערכת השפיטה להתמודד עם משימותיה במשפט הפלילי. ערך תקדימי חשוב של פסק הדין הוא בקביעה של הנחת עבודה שלפיה על שופטים בערכאות הדיוניות לאשר את הסדרי הטיעון המובאים לאישורם.⁵⁸

54 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 10. לגישתו של השופט גולדברג ראה ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל.

55 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 11.

56 אפשר גם לומר כי גישת האיזון אימצה את עיקר גישתו של השופט מצא. ראו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד", לעיל ה"ש 40, בעמ' 9 (עניין פלוני "הכריע במחלוקת בדבר אמת המידה הראויה לביקורתם השיפוטית על הסדרי טיעון ברוח עמדת העקרונית").

57 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 18. מבחן האיזון הוגדר כך: "מבחן האיזון קובע כי בהתקיים איזון ראוי בין האינטרס הציבורי הפרטני והאינטרס הציבורי הרחב שהתביעה מייצגת מצד אחד, לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם מצד אחר, יכבד בית המשפט את הסדר הטיעון" (שם, בפס' 24).

58 "הכול מסכימים כי האינטרס הציבורי במובנו הרחב מחייב את בתי המשפט לעודד קיומם של הסדרי טיעון. קיום הסדרי טיעון מאפשר פריסה רחבה יותר של אכיפת החוק ובכך יש כוח מרתיע כשלעצמו, העשוי לאזן את אפקט ההקלה בעונש במקרה הקונקרטי. הסדר טיעון

על סמך פסק דין פלוני יכולנו לצפות כי שופטים בערכאות הדיוניות יאשרו הסדרי טיעון בשיעור ניכר של המקרים, ועם זאת – עקב ההנחיה לבדוק את התאמת העונשים למדיניות ענישה מקובלת בהתאם לחומרת העבירה – שהם גם יסרבו לקיים הסדרי טיעון בלא מעט מקרים. אולם, לפי הידוע לתובעים ולסנגורים, סירובם של שופטים בערכאות הדיוניות לאשר הסדרי טיעון הוא נדיר, פחות משאפשר היה לצפות על פי "גישת האיזון" של השופטת ביניש בעניין פלוני.⁵⁹

בפרשת קצב נקבעה גישה המצמצמת את התערבות בית המשפט בשיקול הדעת של התביעה בהסדרי טיעון אף מעבר לצמצום שהוחלט עליו בפרשת פלוני.⁶⁰ בעניין קצב ערכו היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטים בכירים בפרקליטות המדינה הסדר טיעון עם הנשיא קצב, שלפיו יואשם בשני מקרים של מעשה מגונה ובמקרה אחד של הטרדת עד – אך לא באונס, על אף ראיות לכאורה לביצוע של שני מקרי אונס. בעתירת המתלוננת לבטל את הסדר הטיעון סברה הנשיאה ביניש בדעת מיעוט (גם השופט א' לוי היה בדעת מיעוט) כי נפלו פגמים מהותיים בעריכה של הסדר הטיעון,⁶¹ שחייבו התערבות של בית המשפט העליון בשיקול הדעת של התביעה וביטול של הסדר הטיעון. הפגם בתוכנו של הסדר הטיעון התבטא בפער הניכר בין חומרת הראיות לכאורה לבין התיאור המקל של העובדות בכתב האישום שהתגבש בהסדר הטיעון.⁶² כל השופטים – הן דעת המיעוט (השופטים ביניש ולוי) והן דעת הרוב (השופטים פרוקצ'יה, ריבלין וגרוניס) – הסכימו כי בית המשפט לא

אשר נכרת בהתאם לכללים ועל-פי שיקולים ראויים, מקצר את עינוי הדין של הנאשם ושל אנשמים פוטנציאליים הממתינים לכתב-אישום נגדם. ההסדר מסייע לרשויות האכיפה בהעמדת עבריינים נוספים לדין, והוא מבטיח ענישה שאינה מרוחקת בזמן ממועד ביצוע העבירה. הוא חוסך את המשאבים הרבים המושקעים בניהול הליך פלילי, לעתים מורכב וממושך, המכביד הן על התביעה הן על הנאשם, והוא מפנה את בית-המשפט העמוס לעייפה לעיסוק בתיקים אחרים. מבחינה ערכית, יש להסדר הטיעון ערך מוסף כאשר העברייני מקבל על עצמו אחריות למעשיו. בנוסף על כל אלה, הסדר טיעון מסייע לנפגע העבירה בהביאו בחשבון את הצורך בשיקומו המהיר ובמניעת פגיעה נוספת בו עקב העדרתו". שם, בעמ' 609.

59 במקרה הנדיר של דחיית הסדר טיעון יקבע שופט כי נפל פגם בשיקול הדעת המנהלי. רק אז ייטול השופט שליטה על סוג ומידת העונש ויקבל החלטה חדשה בנוגע לעונש. התוצאה אינה ניהול הוכחות על ידי הצדדים או קביעה מחדש של מידת האחריות הפלילית על ידי שופט. דחיית הסדר טיעון מביאה אך לדחיית העונש שהוסכם ולהחלפתו בעונש המתאים לדעת השופט לחומרת האישום.

60 בג"ץ פלונית (א), לעיל ה"ש 4.

61 שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופטת ביניש. בכלל זה, נפל פגם מהותי אחד בתוכנו של הסדר הטיעון ובעיצוב פרטיו – שחייב, לפי השופטת ביניש, את ביטול הסדר הטיעון; ובנוסף לו, נפל פגם בהליך קבלת ההחלטה לקיים הסדר טיעון, שלא חייב כשלעצמו את ביטול הסדר הטיעון. האחרון היה בכך שההחלטה על הסדר הטיעון התקבלה בטרם החליטו הפרקליטים אם יש בחומר החקירה די ראיות להגשת כתב אישום בעניין אחת המתלוננות, מה שנוגד את העיקרון שלפיו יש להחליט אם יש די ראיות לביסוס סיכויים סבירים להרשעה, לפני הגשת כתב אישום.

62 שם, בפס' 10.

יתערב בשיקול הדעת של התביעה בהסדרי טיעון "אלא במקרים חריגים ונדירים בלבד".⁶³ בנסחם את מבחן הביקורת השיפוטית אף הדגישו כל השופטים כי על פי כללי המשפט המנהלי, היקף ההתערבות בשיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה הוא צר.⁶⁴ ההבדל בין השופטים התבטא ביישום המבחן הנורמטיבי המוסכם של המשפט המנהלי על נסיבות המקרה הספציפי. כאמור, השופטת ביניש מצאה פגם מהותי בפער בין חומר החקירה לבין נוסח כתב האישום, אך לדעת השופטת פרוקצ'יה והשופטים ריבלין וגרוניס לא הצביע הפער על חוסר סבירות.⁶⁵ בתשובה לשופטת פרוקצ'יה כתבה השופטת ביניש כי הסדר הטיעון פוגע באינטרס הציבור עד כדי הפיכתו לבלתי־סביר, והעירה כי לא מצאה בפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה "התייחסות לבעיית הפער המשמעותי" בין חומר החקירה לנוסח כתב האישום, כפי שהוצג על ידי היועץ המשפטי לממשל בתשובה לעתירה בבית המשפט.⁶⁶ פרשת קצב העמידה לפני מערכת המשפט מקרה תקדימי בנוגע להיקף שיקול הדעת של התביעה בעריכת הסדרי הטיעון. התוצאה של פסק דין זה – אי־התערבות בשיקול הדעת של התביעה והיעדר נכונות לבטל הסדר טיעון שלכל הדעות היה חריג – חשובה להבנת מרחב שיקול הדעת של התביעה. המסר שהועבר לפרקליטים, לסנגורים ולשופטים בערכאות הדיוניות הוא ששיקול הדעת של התביעה בהסדרי טיעון כמעט חסין מהתערבות של בית המשפט. קביעה זו מעלה את השאלה אם גישת הביקורת של השופטת ביניש בעניין פלוני היא שמנחה את הפרקליטים בעבודתם. נראה שפסק הדין בעניין קצב שיקף הלכה למעשה את תפיסת הפרקליטים באותה עת, שלפיה שיקול דעתם רחב מאוד, וכדי לגבש הסדר טיעון הם אינם צריכים לשקף בכתב האישום את חומרן האמתית של עבירות המתגלות לכאורה בחומר חקירה הנמסר להם. בעת מתן פסק הדין בעניין קצב כבר ראתה את עצמה התביעה רשאית לשנות את דעתה מעת לעת באשר לעוצמת הראיות בתיקים הפלילים ואף באשר לנקודת האיזון של האינטרס הציבורי, וסברה כי הסיכויים ששופטי הערכאות הדיוניות יתערבו בהסדר טיעון הם קלושים.⁶⁷ עצם העובדה שהיועץ המשפטי והפרקליטים הבכירים שגיבשו

63 שם, בפס' 12. השופט א' לוי כתב: "גישה הולמת של ריסון שיפוטית תבטא אפוא בכך, כי ידה של הערכאה השיפוטית תהא קפוצה בהתערבות בשיקול־דעתו של היועץ המשפטי לממשלה [...]".

64 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

65 שם, בפס' 61, אף בהתחשב בשוני הניכר בין העמדה הראשונה של היועץ לבין כתב האישום נשוא ההסדר.

66 שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת ביניש.

67 ראו בג"ץ 4395/12 דרור כהן ואח' נגד פרקליטות מחוז, פס' 10 (פורסם בנבו, 15.11.2012): "ככלל, אין בית משפט זה נוהג להתערב בשיקול דעת התביעה לעניין העמדה לדין או עריכת הסדר טיעון. שיקול דעתה של הפרקליטות בעניינים אלו הוא רחב, והיא 'חופשית להחליט את מי להעמיד לדין ועם מי לערוך עיסקה (ע"פ 2034/91 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.7.1991)). התערבות בשיקול דעת התביעה תתאפשר אך במקרים נדירים בהם נפל פגם מהותי ואקוטי בהחלטתה, שאינו הולם את עקרונות המשפט המנהלי (ראו דברי השופטת חיות אשר נאמרו לאחרונה ב־בג"ץ 1560/12 דיקן נ' פרקליטות המדינה (לא פורסם, 29.5.2012); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' פ"ד נא(4) 1 (1996); בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטות המדינה פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 492/11 טורק נ' פרקליט המדינה (לא

את הסדר הטיעון של קצב סברו שהם חופשיים לפעול כפי שפעלו מעידה על תפיסתם הרווחת באותה עת; פסק הדין בעניין קצב יכול היה רק לחזק תפיסה זו. אם התובעים סבורים כי לא תהיה ביקורת שיפוטית על שיקול דעתם, נטייתם לנסות להגיע להסדרי טיעון עם הסנגורים מתחזקת; אם שופטים בערכאות הדיוניות אינם מתערכים בהסדרי טיעון, אין בעצם מישהו שיערער על פסקי הדין המתבססים על הסדרי טיעון, שהרי שני הצדדים מסכימים לאישור שנתנה הערכאה הדיונית. התוצאה היא שאך מעט הסדרי טיעון מגיעים לביקורת של ערכאות הערעור. יכול שהערכאה הדיונית לא תסכים לאשר הסדר טיעון בשל מה שנראה כהקלה קיצונית בעונש המוסכם בין הצדדים; במקרה כזה יכול גם שערכאת הערעור תאשר את עמדתה של הערכאה הדיונית תוך חיזוק הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של התביעה. עם זאת, כעת המגמה בבית המשפט העליון היא להמשיך ולרסן את הערכאות הדיוניות מלהתערב בשיקול הדעת של התביעה בהסדרי טיעון, שמא תיפגע נכונותם של נאשמים להסכים להסדרי טיעון. אם סנגורים יחששו שהערכאה הדיונית לא תכבד את הסדרי הטיעון, כי אז לא יהיו לקוחותיהם מוכנים לכרוך את עצמם להודאה באשמה (שהיא תנאי יסוד להסדר הטיעון) שאין באפשרותם לחזור ממנה לאחר שכבר אישרו את הסדר הטיעון בבית המשפט.

מקרה נוסף המצביע על מגמת בית המשפט העליון לתמוך בהסדרי טיעון הוא פסק הדין בעניין הרב הראשי לישראל (לשעבר), הרב יונה מצגר.⁶⁸ מדובר בערעור על גזר דין של בית המשפט המחוזי בירושלים, שבגררו נידונה החלטת בית המשפט המחוזי להוסיף שנת מאסר לעונש המאסר בפועל שהוסכם עליו בין הצדדים במסגרת הסדר טיעון (בהסדר הטיעון המקורי הוסכם על עונש מאסר של שלוש שנים וחצי, ובית המשפט המחוזי דחה את הסדר הטיעון והחמיר את העונש לארבע שנים וחצי).⁶⁹ השופט מ' יודע הכהן בבית המשפט המחוזי לא קיבל את עמדת הפרקליטות לגבי מתחם העונש ההולם (על פי מבחני תיקון 113 לחוק העונשין) ולא את תקופת המאסר הספציפית שהוסכם עליה בהסדר הטיעון. בית המשפט העליון – מפי השופט פוגלמן ובהסכמת השופטים ברק-ארז וסולברג – הסכים עם השופט הכהן כי מתחם העונש ההולם שהציעה הפרקליטות היה מקל מידי, אך בפסק הדין בערעור אישר בית המשפט העליון את תקופת המאסר המוסכמת של 3.5 שנים. פסק הדין בערעור התבסס על מידע ועל עמדות שהפרקליטות הציגה בבית המשפט העליון בדיון בערעור אשר לא הוצגו על-ידי הפרקליטות בפני השופט הכהן בבית המשפט המחוזי. הפרקליטות נמנעה

פורסם, 27.3.2011)). סבירות ההחלטה שקיבלו רשויות התביעה בנוגע לעריכת הסדר טיעון נבחנת על פי עקרונות המשפט המנהלי, ובעיקר לאור חובתה של הרשות לפעול בהגינות ותום לב, ולשקול אך ורק שיקולים ענייניים. כל זאת, כאמור, תוך התחשבות במתחם שיקול הדעת המקצועי הרחב הנתון לגורמי האכיפה (ראו בג"ץ 2511/09 מרעי סוידאן נ' פרקליטת מחוז חיפה (טרם פורסם, 31.5.2009); פרשת דיקן בפסקה 6, והאסמכתאות המובאות שם).

68 עניין מצגר, לעיל ה"ש 43.

69 בכתב האישום המקורי שהוגש נגד מצגר יוחסה לו שורה של עבירות שביצע בשנות כהונתו כרב הראשי לישראל. כתב האישום מנה שמונה אישומים שכללו עבירות שוחד, הפרת אמונים, קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, גניבה בידי מורשה, קשירת קשר לביצוע פשע, הלנת הון, עבירות מס והדחה בחקירה. בכתב האישום המתוקן חלו שינויים מהותיים שצמצמו במידה ניכרת את העבירות שיוחסו למצגר (שם, בפס' 4-1 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

להציג בבית המשפט המחוזי את הקשיים הראייתיים שמצאה בבדיקת חומר החקירה, אך בבית המשפט העליון שינתה הפרקליטות את טיעונה והסבירה לשופטים שהסדר הטיעון נעשה בין היתר עקב קשיים ראיתיים.⁷⁰ על יסוד עמדה חדשה זו של הפרקליטות, ומטעמים נוספים, החליטו שופטי בית המשפט העליון לאשר את העונש שהוסכם עליו בהסדר הטיעון. פסק הדין בערעור ציין את הוראתו המוקדמת של מצגר בעובדות כתב האישום המתוקן, קבלת האחריות⁷¹ ושינוי בעמדת המדינה בערכאת הערעור באשר למתחם העונש ההולם.⁷² בפסק הדין יש דיון חשוב באשר ליחס בין מבחני הענישה שבתיקון 113 לחוק העונשין לבין המבחנים שפותחו בפסיקה הקודמת לתיקון זה לבחינת הסדרי טיעון, ובמיוחד מבחן האיזון של השופטת ביניש בעניין פלוני.⁷³ מבחן האיזון לאישור הסדרי טיעון נקבע לפני תיקון 113, כך שאפשר היה לטעון שבחקיקת תיקון 113 התכוון המחוקק להעדיף את ערך האחידות בענישה (עקרון ההלימה שנקבע כעיקרון המנחה בענישה) על פני שיקולי מבחן

70 יודגש שבית המשפט העליון קבע שהשיקולים הראייתיים לא הוצגו בפני בית המשפט המחוזי (שם, בפס' 19-21 לחוות דעתו של השופט פוגלמן), כך שניתן, לכאורה, ללמוד מכך שאילו הוצג שיקולים אלה, יתכן שהכרעתו של בית המשפט המחוזי הייתה אחרת.

71 שם, בפס' 22-25 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.

72 שם, בפס' 18 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.

73 הדיון ביחס בין תיקון 113 לבין מבחן האיזון התעורר במספר פסקי דין בטרם ניתן פסק הדין בעניין מצגר. בעניין מצגר, לעיל ה"ש 43, חזר השופט פוגלמן על קביעתו של השופט מלצר בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2013) (להלן: עניין פלוני המאוחר), שבו נקבע כי אין זהות בין טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון לבין מתחם הענישה הנקבע ע"פ תיקון 113, וכן שהחלק במבחן האיזון העוסק בקביעת העונש שהיה מקבל הנאשם לולא הסדר הטיעון, מיושם ע"פ השיקולים הקבועים בתיקון 113. (פס' 15-19 לחוות דעתו של השופט מלצר). עוד ראו ע"פ 3856/13 גוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.2.2014). שם נקבע כי אין בתיקון 113 כדי לשנות מהמדיניות המשפטית שהייתה נהוגה ערב כניסתו, שלפיה על בית המשפט לבחון את העונש שהוסכם על הצדדים בהסדר הטיעון בהתאם לאמות-המידה המקובלות – המעוגנות כיום בתיקון 113 (שם, בפס' 12 לחוות דעתה של השופטת ארבל). השופט זילברטל, בעמדה החוזרת בכמה פסקי דין, הסכים עם המגמה הכללית שהובאה לעיל, שלפיה לא נס ליחו של מבחן האיזון גם בעידן תיקון 113, והוא אף הרחיק לכת במגמה זו, וציין כי יש להתייחס להסדר הטיעון כהליך שמאפשר הן לתביעה והן לבית המשפט לסטות מכללי הענישה המעוגנים בעקרון ההלימה, האמורים ליצור סימטריה בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש, ובמקומם להשתמש בשיקולים הרלוונטיים להסדרי טיעון כפי שהובאו בעניין פלוני. בעניין זה, ראו ע"פ 2524/15 שפרנוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2016), בפס' 18 לפסק דינו של השופט זילברטל; ע"פ 8109/15 אביטן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2016), בפס' 8 לפסק דינו של השופט זילברטל; ע"פ 4301/15 פינטו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2016); ע"פ 6799/14 אופיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2015). עוד בעניין זה ראו את טענות המערער בעניין מצגר (לעיל ה"ש 43, בפס' 8 לחוות דעתו של השופט פוגלמן): "לטענת המערער, לא היה מקום לבחון את העונש שהוסכם בהסדר הטיעון בהשוואה לעונש הראוי לפי הוראותיו של תיקון 113 לחוק העונשין [...] שכן בחינה שכזו אינה משקללת שיקולים הצריכים לעניין, ביניהם השיקול שנוגע לקיומם של קשיים ראיתיים בתיק ושיקולים של יעילות וחיסכון משאבים".

האיזון לאישור הסדרי הטיעון. בפסק דין מצגר אומר השופט פוגלמן כי אין סתירה מוכנית בין המבחנים בתיקון 113 לחוק העונשין לבין מבחן האיזון. יחד עם זאת, בית המשפט העליון גבה את מגמת הריסון בהתערבות בשיקול הדעת של התביעה בעשיית הסדרי הטיעון שבהם העונש המוסכם חורג מהעונש ההולם, וזאת באמצעות חיזוק הקביעה שקשיים ראייתיים יכולים להצדיק סטייה מהעונש ההולם על-פי תיקון 113.

הצהרת התביעה בפני בית המשפט שיש קשיים ראייתיים מכניסה שיקול ענישה שהוא חיצוני לתיקון 113, המאפשר הן לתביעה והן לבית המשפט לאשר הסדרי טיעון החורגים במידה ניכרת מאמות המידה של מתחם העונש ההולם על פי תיקון 113. הואיל ובשלב האישור של הסדר טיעון אין בידי בית המשפט כלים לבחון את הקשיים הראייתיים, המגמה בערכאות הדיוניות היא להסתמך על הצהרת התביעה בדבר קשיים ראייתיים. באופן זה בית המשפט מייחס להצהרת התביעה בדבר קשיים ראייתיים את חזקת התקינות המנהלית. הואיל ובמקרים אלה אין לסנגור אינטרס לערער חזקה זו, לערכאות הערעור כמעט אין הזדמנות לבחון את ההיבטים הראייתיים של הסדרי הטיעון. כך מתעוררת השאלה אם לא ראוי שביית המשפט יקבע נהלים פרוצדורליים, שלפיהם ייזמו שופטים פנייה לתובעים להציג בפניהם את הבסיס לקשיים הראייתיים בחומר החקירה, המביאים אותם לוותר על עובדות או על עבירות שהופיעו בכתבי האישום המקוריים.⁷⁴

עמדתם התומכת של השופטים בשיטת הסדרי הטיעון באה לידי ביטוי גם בגישתם הפסיבית ליישום של כללי סדר הדין בבדיקת הסכמתם של הנאשמים להישפט על פי הסדר הטיעון. כאמור, הואיל ושיטת הסדר הטיעון אינה מעוגנת בחקיקה, הכללים לבדיקת הסכמתו של נאשם להסדר טיעון נגזרים מהפסיקה. לפי הכלל שנפסק הן בפרשת **בחמוצקי** והן בפרשת **פלוני**, השופטים אמורים לוודא שהנאשם הבין את תוכן ההסדר והסכים לו מרצונו החופשי. בפרשת **בחמוצקי** קבע השופט חיים כהן:

כמו בכל שיקול העלול להביא לידי הרשעת אדם בפלילים, הרי משהתעורר בלב השופט ספק שמא לא נעשתה הודיה מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם, או שמא נעשתה בטעות וכו', או שמא לא הכין הנאשם את משמעות ההודיה, פועל הספק לטובת הנאשם, ודין ההודיה להתבטל.⁷⁵

לאור זאת, הכללים שנקבעו מחייבים כי השופט הדין בתיק ישתכנע שהנאשם שקל היטב את צעדיו ו"הגיע לידי החלטתו על דעת עצמו":

לא יקבל בית המשפט את ההודיה אלא אם כן נחה דעתו שהיו בידי הנאשם ההזדמנות והיכולת לשיקול אלה לעומת אלה את הסיכונים ואת הסיכויים הכרוכים בהודיה מכאן ובכפירה מכאן ושהוא הגיע לידי החלטתו על דעת עצמו.⁷⁶

74 השופט סולברג מוטרד מההבדלים שבין מבחן ואיזון ומבחני תיקון 113 לחוק העונשין וקורא למחוקק להתייחס לתקן את מבחני הענישה בתיקון 113. ראה את דעתו של השופט סולברג בעניין **מצגר**.

75 **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 550.

76 שם, בעמ' 553. מאוחר יותר, בפרשת **אמסלם**, עמד בית המשפט העליון על כך שהשופט צריך לנקוט פעולה אקטיבית כדי להיווכח שהוראה ניתנה מרצונו החופשי של הנאשם. השופט ריבלין פסק: "[...] הרשעה על בסיס הסדר טיעון צריכה להיעשות, תמיד, לאחר שביית המשפט

ברם, למרות קביעות ברורות אלה, הניסיון מראה כי השופטים מניחים שאם הנאשם מיוצג על ידי סנגור אזי מתקיימת דרישת הדין לרצון חופשי והם אינם צריכים לבדוק עניין זה בעצמם.⁷⁷ רוב השופטים נמנעים מלברר אם הנאשמים מודים מתוך אילוץ, אי-הסכמה אמיתית או חוסר רצון. סעיף 152 לחוק סדר דין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 קובע כי תשובותיו של נאשם לכתב האישום, לרבות הודאה בעובדות בכתב האישום, יכולות להינתן על ידי סנגורו. סעיף זה אינו מורה לשופט לבדוק את עמדת הנאשם בתשואל ישיר, ובהיעדר הודאה כזו התפתח נוהג שלפיו שופטים מבקשים מהנאשמים לאשר את שסנגוריהם אומרים.⁷⁸ בדרך כלל הודאה באשמה מתבצעת בשלושה צעדים: הסנגור קם ואומר לשופט שהנאשם "מודה בכל האמור בכתב האישום", השופט פונה לנאשם ושואל אותו אם הוא "מאשר את דברי סנגורו" והנאשם משיב "כן" – ובכך מסתיימת בדיקת השופט אם הנאשם הודה בכל העובדות בכתב האישום או רק בחלקן. היעדר בדיקות המתבססות על דיבור ישיר עם הנאשם בולט במיוחד אם משווים את הנוהג הישראלי לכללים הדיוניים של המשפט הפדרלי האמריקני, לפיהם השופטים מחויבים לפנות אל הנאשם אישית, ולא באמצעות בא-כוחו, כדי לבדוק אם הסכים להסדר הטיעון מרצונו החופשי.⁷⁹ כמו כן, במשפט הפדרלי האמריקני השופט הדין בתיק חייב לבדוק באמצעות הנאשם והתובע שיש ראיות המבססות את העובדות והעבירות הנכללות בכתב האישום גם כשמדובר בהסדר טיעון.⁸⁰ לאחר שנים בהן ראיתי ששופטים אינם מתשאלים את הנאשמים במישרין, אני סבור כי הרבר נובע בין היתר מכך שהשופטים מבינים שהתשובות האמתיות של נאשמים רבים עלולות להוביל לביטול של הסדרי הטיעון. נאשמים רבים מעוניינים באישור של הסדר

מוודא היטב כי הודית הנאשם מבוססת על הבנתו המלאה של משמעויות ההסדר, וכי היא נמסרה מרצון חופשי [...] רע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל, פס" 7. ראו גם פלוני, ה"ש 13 לעיל, שם כתבה השופט ביניש בפסקה 9: "מוסכם על הכול כי בטרם יגזור את הדין יוודא בית-המשפט שהודיית הנאשם מבוססת על הבנתו המלאה את משמעויות ההסדר, וכן יוודא כי ההודיה נמסרה מרצון חופשי".

77 "עוד ציינו כי הכלל הוא שהנאשם מוזהר על-ידי בית-המשפט טרם מסירת הודייתו במסגרת הסדר הטיעון כדי להבטיח שהנאשם מודע לכך שבית-המשפט אינו מחויב על-פי ההסדר, וכי הודייתו ניתנת מרצון חופשי ומתוך הבנה מלאה של תוצאותיה. בהתחשב בכל אלה המסקנה המתבקשת היא כי אין הסדר הטיעון מקים לנאשם אינטרס הסתמכות מוגן במשמעותו הרגילה".

78 בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010 הציע משרד המשפטים שהשופטים יחויבו לוודא "מפי הנאשם" אם הנאשם הבין את תוכן ההסדר ומשמעותו ואם הודה מ"רצון". ייאמר כי רוב ההצעה חוזרת ומחוקקת כללים שנקבעו בפסיקה.

79 ראו Rule 11(b) (2), Fed. Rules of Crim. Proc. says, "Ensuring that a Plea is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement)". (ההדגשה הוספה).

80 Rule 11(b) (3) Fed. Rules of Crim. Proc. says, "Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is (ההדגשה הוספה) a factual basis for the plea"

הטיעון ולכן מעדיפים שלא לגלות כי הם מודים גם בעובדות שהם כופרים בהן, שמא אם יענו בכנות לשאלה תוביל תשובתם לפסילת ההסדר. השופטים, התובעים וגם הסנגורים מעדיפים שנאשמים לא יצטרכו לעמוד בתשאלו ישיר כאשר לנכונות העובדות שבכתב האישום, כדי שלא יחזרו בהם מהסכמתם להסדר הטיעון. הימנעות השופטים מלתשאל את הנאשמים במישרין בנושא זה מבטאת את המדיניות של מערכת המשפט: ליצור סביבה נוחה לאישור של הסדרי טיעון. הימנעותם של השופטים תורמת ליצירת הנחה מוטעית שלפיה נאשם המיוצג על ידי סנגור לא יודה בעובדות לא נכונות.

אף שהתובעים מנהלים את המשא והמתן, קובעים את תוכנם של כתבי האישום ומסכמים את העונשים המומלצים עם הסנגורים, לשופטים יש השפעה עקיפה שוטפת על שיקול הדעת של התובעים. נוכח העובדה ששופטים מצווים לאשר הסדר טיעון אף כשיש להם ביקורת על תוכנו, הביקורת נשמעת לעתים באישור של הסדרי טיעון. ביקורת זו תבוא לידי ביטוי, למשל, באמרה דוגמת "אף שדעתי לא נוחה מהסדר הטיעון כיוון שמעשי העבירה מצדיקים עונש כבד יותר, הגעתי למסקנה שיש לכבד את הסדר הטיעון...". לרוב יצטוו השופטים בשלב זה את פרשת פלוני. אמרה כזו בגזר דין עשויה להשפיע על שיקול הדעת של התביעה במקרים חדשים שבהם יישקלו הסדרי טיעון. אמרותיהם הביקורתיות או החיוביות של שופטים בגזרי דין על תוכנם של הסדרי טיעון, על-פה ובכתב, משפיעות מהותית על עמדותיהם של תובעים וסנגורים בתיקים אחרים כשהם מגיעים למשא ומתן, ומכאן השפעתם העקיפה של שופטים בערכאות דיוניות על גיבושם ותוכנם של הסדרי טיעון.

המסרים של השופטים כאשר לאמות-המידה הרצויות לאחריות פלילית ולדרגי ענישה בהסדר טיעון מועברים למשרדי התובעים מפה לאוזן – בין תובעים לבין עצמם, בין סנגורים לבין עצמם ובין תובעים לסנגורים. מרכזיותם של השופטים בקביעת אמות-המידה המיושמות בהסדרי טיעון מורגשת במשרדי התביעה, שהם מבנה מרושת של משרדים קשורים זה לזה הפזורים ברחבי המדינה. התובעים עובדים במשרדי התביעה בסביבה תקשורתית צפופה; החלטותיהם בנוגע להגשת כתבי אישום ובנוגע להסדרי טיעון מתקבלות בסביבה מקצועית ספוגה בקומוניקציה לא פורמלית ובניידות גבוהה של מידע משפטי חיוני, שחלק גדול ממנו נובע מאמירות שופטים שאינן מדווחות במאגרי המידע של גזרי דין. אף שגם סנגורים מקבלים מידע משפטי ברשת התקשורת הבלתי-פורמלית, היחשפותם לרשת זו מוגבלת בהשוואה לזו של תובעים. מלבד אלה העובדים בסנגוריה הציבורית, על פי רוב סנגורים מבודדים במשרדיהם ללא אפשרות לתקשורת בין-משרדית דומה לזו של תובעים. שיטת הסדרי טיעון נוגדת במידה רבה את עקרון הפומביות של הדין השיפוטי. הכתוב בגזר דין לאחר הסדר טיעון אינו משקף את מהות המקרה הפלילי הנדון. ללא חשיפה לתוכן של כתב האישום המקורי, שהוגש טרם ההסדר, וללא הרקע להסדר (למשל: המתלוננת סירבה להעיד ועל כן נאלצה התביעה להתפשר עם הנאשם בהסדר טיעון), אי-אפשר להבין את משמעות גזר הדין. על כן, תובעים רגילים לומר לסנגורים שאי-אפשר לסמוך על אמות-מידה של ענישה הגזרות לכאורה מגזרי דין בהסדרי טיעון המתפרסמים.

השופטים יצרו הליך פלילי המבוסס על הסדרי טיעון והם תומכים בו. הם לוקחים חלק ביוזמה ובגישור בין הצדדים בניסיון להגיע להסדרי טיעון, מקיימים פיקוח מרוסן על הסדרי הטיעון המוצגים לאישורם, ובחלק גדול מהמקרים קובעים עונשים פליליים בהתאם לטווחי הענישה (רצפה ותקרה) שנקבעו בין הצדדים. האפשרות לנהל הוכחות נותרת ברקע כאמצעי

שכל צד עשוי להיזקק לו, אך מדובר בהליך שיורי. כך, התפקיד העיקרי של השופטים אינו לבדוק את הראיות ולקבוע אחריות פלילית אלא לסייע להנעת המשא ומתן עד שיתגבש להסדר טיעון ויגיע לאישורם.

4. ההליך הפלילי המנהלי ממבט מערכת

מעצם מבנהו, ההליך הפלילי מורכב מהליכים מנהליים ומהליכים שיפוטיים, שהרי הפרקליטות היא חלק בלתי-נפרד ממשרד המשפטים והמשטרה היא חלק בלתי-נפרד מהמשרד לביטחון פנים: שתיהן רשויות מנהליות הכפופות למשפט המנהלי. מבנה ההליך הפלילי מביא לאינטראקציה מתמדת בין הרשות המנהלית לבין הרשות השופטת. המונח הליך פלילי מנהלי נועד לסמן כי קביעת אחריות פלילית נהפכה להליך שהוא בעיקרו מנהלי. חלק מההיבטים המנהליים של ההליך הפלילי הם מרכזיים וחלקם שיוריים. ראשית, האחריות הפלילית נקבעת בתהליך המתרחש כמעט כולו במסגרת הרשות המנהלית – הפרקליטות והתביעה המשטרית. שנית, כללי הביקורת השיפוטית המופעלת על תוכנם של הסדרי טיעון, הן על ידי שופטים בערכאות דיוניות והן על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, הם כלים של המשפט המנהלי. גם אם עקרונית הריסון השיפוטי באשר לתוכן של הסדר הטיעון אמור להיות גדול יותר בבג"ץ, בהשוואה לערכאה הדיונית,⁸¹ בשני המקרים הפעולה האנליטית השיפוטית מכוונת לבחון את סבירות ההסדרים. כך ניסח את הדברים השופט א' לוי בפרשת קצב, באשר לשתי המסגרות שיש בהן ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון:

שני ראשי הביקורת [לפני בית המשפט המנהלי מחד גיסא ולפני בית המשפט הפלילי מאידך גיסא; ק' מ', אף כי יסודם בענפים משפטיים שונים, חולקים אפוא תכלית דומה. דומני, כי עיקרם של האינטרסים שבאים הם לשרת, הוא בסופו של יום דומה למדי. זה גם זה מבקשים לקדם את הטעמים שבבסיסו של המשפט הפלילי. שניהם חפצים, בד בבד, בהגשמתו של עקרון החוקיות לו כפופות רשויות השלטון בפעולתן.⁸²

שלישית, שופטים בערכאות הדיוניות, וכפי שהדגיש רענן גלעדי במאמרו⁸³, מפעילים ביקורת שיפוטית מנהלית על ההתנהלות של הרשויות המנהליות המובילות את ההליך הפלילי – המשטרה והתביעה.

המעבר להליך פלילי שעיקרו מנהלי נובע מפועלם של שחקני המשפט המנהלים את ההליך הפלילי – שופטים, תובעים וסנגורים בערכאות הדיוניות, תוך שבית המשפט העליון יצק מסגרת נורמטיבית שאשררה וחזקה את הפרקטיקה המנהלית שצמחה בערכאות הדיוניות. בסדר דין פלילי מנהלי התובעים, הסנגורים והשופטים מעצבים את עבודתם תוך התחשבות בתיאום הנדרש ביניהם בשיטת הסדרי הטיעון. ההליך הפלילי המנהלי נוצר בעיקר בשל

81 "בית-המשפט המפעיל שיקול-דעת עצמאי בגזירת העונש עשוי לסטות מהסדר הטיעון גם כאשר התנהלות התביעה מצויה במיתחם הסבירות במישור המינהלי [...]" ; דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281 (2005), דברי השופט אהרן ברק.

82 בג"ץ פלונית (א), לעיל ה"ש 4, פס' 49-50. ראו הסתייגות של השופטת ביניש בפס' 11 לפסק דינה.

83 ראו ה"ש 83 ר-84.

שיקולים של רשות השופטת, אך עם התפתחותו הוא נשלט במידה רבה על ידי הרשות המנהלית – הפרקליטים והתובעים המשטרתיים. ההליך הפלילי המנהלי הוא שיטה שבה תובעים מחליטים אם להגיש כתבי אישום ואם לשנותם אחרי שהוגשו, במסגרת הסדרי טיעון. בהליך זה סנגורים מעודדים את לקוחותיהם לסיים את תיקיהם במשא ומתן עם התביעה, ולעתים אף משכנעים את לקוחותיהם להודות במעשים שלטענתם לא ביצעו, מתוך התאמה של עמדות הסנגורים לשיקול הרעת של התביעה. על פי כללי המשפט שנקבעו כדי לפקח על התביעה, השופטים ממעטים להתערב – הן בגלל האינטרס שלהם בסיום התיקים תוך צמצום של הליכי הוכחות, והן מתוך תפיסה שבשל כורח המציאות אי-התערבות היא הדרך הטובה ביותר לשמור על משפט פלילי אפקטיבי. כך, ההכרעה בהליך הפלילי המנהלי באשר למידת האחריות הפלילית של נאשמים אשמים הוצאה מידיהם של שופטים והופקדה בידיהם של תובעים וסנגורים, ועיקר הכוח עבר לידי הרשות המנהלית. ייתכן שהתפתחות זו הביאה את השופט עמית לומר שכיום הערכאות הדיוניות נוטות לעסוק "בפריפריה של ההליך [...]. במקום להתמקד בשאלה האם חומר הראיות עומד ברף של מעבר לכל ספק סביר [...]."⁸⁴

הספרות המשפטית כבר הכירה באפיונים מנהליים מסוימים של ההליך הפלילי – הביקורת השיפוטית על ההתנהלות הפרוצדורלית של רשויות החקירה והתביעה. בסדרה של מאמרים חשובים, תחת הכותרת "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים", תיאר רענן גלעדי את הרחבת הסמכויות של שופטים הדנים בתיקים פליליים לדרון בטענות מנהליות של סנגורים נגד החלטות, מעשים ומחרלים של רשויות החקירה והתביעה.⁸⁵ הן דוקטרינת ההגנה מן הצדק⁸⁶ והן דוקטרינת הביקורת המנהלית מאפשרות לשופטים בערכאות הדיוניות להכריע בטענות של סנגורים נגד רשויות החקירה והתביעה. שינוי זה בא לידי ביטוי במגוון העילות המנהליות ששופטים בערכאות הדיוניות מוכנים לדרון בהן כגון שיהוי בהגשת כתב אישום, אי-קיום שימוע, אי-קבלת אישור של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום, אכיפה בדרנית ועוד. אם כן, הביקורת השיפוטית על התנהלות הרשויות מצביעה על פן מנהלי אחד של התפקיד השיפוטי בערכאות הדיוניות בהליכים פליליים, שהלך והתחזק בשנים האחרונות. יחד עם זאת, ישנו פן מנהלי אחר של ההליך הפלילי, העוסק בלב-לבו של המשפט הפלילי: קביעת האחריות הפלילית והעונש של נאשמים אשמים.

האופי המנהלי העיקרי של ההליך הפלילי אינו מתבטא בהתערבות של הערכאות הדיוניות בנוהלי החקירה והתביעה, אלא באי-התערבותן בהליכים המנהליים השגרתיים במשרדי התביעה, המביאים לקביעת האחריות הפלילית של הנאשמים ולהסכמות באשר לעונשם. כאמור לעיל, אופי מנהלי זה גלום בעובדה שהתובעים והסנגורים הם הקובעים – ברוב רובם של התיקים – את היקף האחריות הפלילית של הנאשמים. במאמר העוסק בתיאור

84 ראו ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פס' 17, (פורסם בנוב, 30.5.2013). שצוטט אצל רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (2015). החדרתו של המשפט המנהלי להליך הפלילי הוכרה בעבר; ראו זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" המשפט ג 265 (1996).

85 גלעדי, שם; זאב סגל ואבי זמיר, שם.

86 ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 22 (נבו הוצאה לאור בע"מ, מהדורה שנייה, 2009): "ההגנה מן הצדק הורחבה על-ידי המחוקק מעבר לגדרים שנקבעו לה בעבר".

השיטה האדוורסרית בהליך הפלילי בארצות-הברית העיר החוקר הבכיר ג'רלד לינג' כי בספרות המשפטית האופי המנהלי של ההליך הפלילי נותר שולי, אף שהוא למעשה מרכזי:

[...] for most defendants the primary adjudication they receive is, in fact, an administrative decision by a state functionary, the prosecutor, who acts essentially in an inquisitorial mode.⁸⁷

בישראל, יותר מבארצות-הברית, האופי המנהל המנהלי של ההליך פלילי הוא מקיף עד כדי כך שראוי להשתמש בביטוי הליך פלילי מנהלי כדי לתאר את מהותו.⁸⁸

ד. ההשלכות של שיטת הסדרי הטיעון על ערכים בסדר הדין

1. מקום האמת בסדר הדין

הליך המשא ומתן – קביעת אחריות פלילית כפועל יוצא של הסכמה בין הצדדים – חושף אמתות המאפיינות את ההליך הפלילי המנהלי. כאשר נוסח מוסכם של כתב האישום מובא לפני שופט, התובעים והשופטים כאחד מתייחסים לכתב האישום כשיקוף של המצב העובדתי האמתי. כמו כן, בכתיבת הכרעות דין וגזרי דין השופטים מאשרים הסכמות המגדירות אחריות פלילית ויוצרים כלפי הציבור מצג שלפיו פסק הדין מייצג את האמת. מניסוחם של פסקי הדין ניכר כי שופטים כותבים בסגנון המבטא כי הוכחה בפניהם, בדרך של הודאת הנאשם, מציאות אובייקטיבית שעל בסיסה הם מאשרים את אשמתם של נאשמים. כך השופטים שומרים על הדימוי החיצוני של ההליך המשפטי כהליך השואף למצוא את העובדות האמתיות ולהכריע על פיהן. בה בעת, כל שחקני המשפט הפנימו את ההבנה הסמויה: בשיטת הסדרי

87 Gerald E. Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice*, 66 *Fordham L. Rev.* 2120 (1998); 2177 *John Rappaport, Note: Comparative Domestic Constitutionalism: Rethinking Criminal Procedure Using the Administrative Constitution*, 119 *Harv. L. Rev.* 2530, June, 2006. המחבר מציע שמעצבי סדר הדין הפלילי ילמדו מאופן קביעת סדר הדין המנהלי החל על רשויות המדינה "The only meaningful review of a prosecutor's 'adjudication' of guilt comes when a defendant rolls the dice and insists on a trial. But because trials carry the risk of harsher punishment, pressure to plead guilty can be tremendous, even for the innocent."; at 2543) מהעקרונות של Administrative Procedure Act, המחייב *reasonableness review* ("Reasonableness review, at bottom, simply strives to maintain the legitimacy of a system in which the executive dominates [...] and to enforce basic due process principles of equal treatment, nonarbitrary government action, and a general allergy to coercion."); at 2545

88 אף שלא מצאתי את המונח Administrative Criminal Procedure בספרות האמריקנית, נראה שהוא עשוי להתאים לחלק משיטות המשפט שם. ראו Doug Lieb, Note: *Vindicating Vindictiveness: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining, Past and Future*, 123 *YALE L.J.* 1014 (2014), at 1040 ("The Supreme Court has recently come around to the view that plea bargaining "is not some adjunct to the criminal justice system, it is the criminal justice system.")

הטיעון, התמונה העובדתית הכלולה בכתב האישום אינה בהכרח משקפת ואינה אמורה לשקף את האמת, והיא תוצאה של ויתורים ופשרות בין הצדדים המבטאים תמונה חלקית ולא מדויקת של עובדות המקרה. כך נוצר הבדל בין ההבנה הפנימית של ההליך הפלילי לבין הבנתו החיצונית של הציבור. פער זה מחזיק מעמד אף שלעיתים נמתחת ביקורת ציבורית על מוסד הסדרי טיעון, המעלה תהיות באשר לתפקוד של רשויות אכיפת החוק בשל מה שנראה לציבור כויתורים גדולים לנאשמים.

התמיכה בויתור על אידאל האמת נובעת בראש וראשונה מההכרה של מעצבי המדיניות המשפטית בכך שאין כל אפשרות לממן הליך משפטי בהיקף שבו חלק ניכר מהנאשמים היה בוחר לנהל הוכחות.⁸⁹ כמו־כן, שיטת הסדרי טיעון משקפת זרמים תרבותיים המבטאים ספקות באשר ליכולת של הליך משפטי כלשהו למצוא את האמת. שחקני המשפט מושפעים מהרעיון שחדר עמוק לחברה העכשווית, שלפיו הבנת אירועי העבר – כגון מעשים המיוחסים לנאשמים בכתבי אישום – מושפעת מאינספור גורמים נסיבתיים המתפרשים בצורות שונות על ידי אנשים שונים. הכרה זו מובילה למסקנה שקביעת ממצא עובדתי מדויק על אירוע מן העבר היא משימה שאפשר למלא חלקית בלבד ולפעמים בכלל לא, ובכל מקרה החתירה לגילוי האמת היא יקרה מאוד והאפקטיביות של הליכי ההוכחות המושקעים ביותר אינה בהכרח רבה. במונחים של עלות ותועלת, השקעה גדולה יותר בהליכי הוכחות מוטלת בספק. המודעות לקשיים אלה היא אחת הסיבות למדיניות משפטית שלפיה מערכת המשפט אינה מוכנה להשקיע משאבים גדולים יותר במאמצים לברר בבית המשפט את אמתות הגרסאות העובדתיות בדרך של ניהול הוכחות. אפשר לשער שעל רקע מודעות זו, מעצבי המדיניות ושחקני מערכת המשפט רואים את ה"הודאה באשמה" כאמצעי למתן לגיטימציה להרשעות בהליך הפלילי. לגיטימציה זו מושגת באמצעות אישור הנאשם שהרשתו משקפת את האמת, ולא באמצעות ניהול הוכחות. בהנחה שחיפוש האמת בראיות חיצוניות היא לעתים קרובות משימה חסרת תוחלת, נראה שמעצבי המדיניות המשפטית מכוונים את סדר הדין כך שישכנע את הנאשמים להודות באשמה בלי לכפות זאת עליהם.

התמיכה ברעיון שמשא ומתן הוא הדרך הנכונה לנהל הליכים פליליים מקבלת גושפנקה מן העובדה שהגורמים המעצבים את מדיניות האכיפה אינם שוקלים את האפשרות לוותר על הסדרי טיעון או לשנות את מהותם. שיטת הסדרי טיעון, על ההודאות באשמה הנובעות ממנה, אינה שיטה אקראית הנהוגה רק בשל מגבלת משאבים המצמצמת את מספר המקרים שבהם שופטים יכולים לנהל הוכחות. כיום מדובר במדיניות אכיפה שהיא בחירה מודעת של נבחר ציבור, שופטים ועובדים בכירים במשרד המשפטים ובמטרה, המחזיקים בסמכויות לשנות הסדרים קיימים או לתקנם.

89 השופט מצא היה יו"ר הוועדה לסדר דין פלילי במערכת המשפט, שחבריה נמנים בכל רשויות אכיפת החוק, לרבות אגף הייעוץ המשפטי במשרד המשפטים, פרקליטות המדינה, המשטרה, הסנגוריה הציבורית והרשות השופטת. השופט מצא כתב: "המשטרה והתביעה – וכמותן גם השופטים – תומכים בפרקטיקה זו [הסדרי טיעון] מטעמים מובהקים: אילו נדרשו לברר כמעט את כל ההליכים הפליליים בדרך המחייבת את בירור ומיצוי הדין עם כל עבריו, השיטה כולה היתה קורסת. המשטרה והתביעה לא היו מספיקות להדביק את הקצב ובתי המשפט היו מתמוטטים תחת עומס". ראו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד", לעיל ה"ש 40, עמ' 4.

האפשרות הניתנת לנאשמים – לבחור לנהל הוכחות ולהפקיד את ההכרעה באשמה בידו השופטים – היא עדיין מהותית וחשובה. אל מול התמריצים להודות באשמה יש נאשמים הבוחרים, מסיבות שונות, לדחות את ההצעות להסדרי טיעון ולשאת בסיכונים הטמונים בניהול הוכחות. האפשרות המעוגנת בחקיקה לנהל הוכחות ממתנת את מידת הכפייה שיש בהליך הפלילי המנהלי, ומעניקה לנאשמים זכות שלא להודות באשמה. עם זאת, רק מעט נאשמים יכולים ולשאת בסיכונים ובעלויות הכרוכים בניהול הוכחות. העובדה שיש נאשמים העושים זאת תורמת להנחה המוטעית שתיקים פליליים מטופלים ככלל תוך הקפדה על דיוק עובדתי וששופטים מכריעים באשר לאשמת הנאשמים – פיקציה המבוססת על היסודות התאורטיים של ההליך הפלילי.

אמצעי השכנוע המופעלים על נאשמים אשמים להודות בעובדות ובעבירות שלטענתם אינן משקפות במדויק את האמת, וההשלמה של הרשות השופטת עם האי־דיוק העובדתי הטבוע בשיטת הסדרי הטיעון, הם רכיבים דומיננטיים של ההליך הפלילי המנהלי. סנגורים המתבוננים במערכת בעין ביקורתית רואים את עצמם כשחקנים במאבק פרוצדורלי שכלליו הפרוצדורליים אינם מקבלים ביטוי פומבי רשמי. הציבור, שאינו רואה את ההליך הפלילי מקרוב (למעט נאשמים וקרובנות), שואב את הדימוי של מערכת המשפט מאמצעי התקשורת, ומאמין שההליך הפלילי מבוסס על חקירת עדים בבית המשפט. הרעיון שנאשמים מודים במעשים שהם טוענים כי לא ביצעו נוגד את מושג ההליך ההוגן שתורת סדר הדין הפלילי אמורה לשמור עליו, כמו גם את תפיסות הציבור באשר למהות של המשפט הפלילי. ההבדל בין הליך ההוכחות לבין הליך המשא ומתן מצביע על הפער הגדול שבין מושג הצדק, כפי שעוצב בתורת ההליך הפלילי המעמידה את הליך ההוכחות בלב סדר הדין, לבין תפיסת הצדק הבאה לידי ביטוי בשיטת הסדרי הטיעון ובהליך הפלילי המנהלי.

2. הגדלת הערך של הודאה באשמה והשפעתו על כבוד האדם בהליך הפלילי

ההליך הפלילי המנהלי מבטא את הערך הרב שהחברה מייחסת לקבלת אחריות ולהבעת חרטה על הנזק שנגרם לקרבן ולחברה. מבחינת מעצבי המדיניות המשפטית, נאשמים המודים ומתחרטים על מעשיהם "מאשרים" לחברה כי הם מקבלים את כללי ההתנהגות שלה ומכפיפים את עצמם לכללים אלה. ההודאה והחרטה מבשרות לחברה כי הנאשם החל בתהליכי התיקון והשיקום שיחזירו אותו למוטב. ההודאה היא ביטוי להפנמה של הנאשם שהחברה מתנה את קבלתו כאדם בעל זכויות בכך שיכיר כי פגע בחברה, והיא משקפת את האפשרות להקל בעונש כי הנאשם כבר "העניש" את עצמו ולמד את הלקח.⁹⁰ עם זאת, לא

90 Robert N. Strassfeld, *Robert McNamara* במשפטים פליליים ראו *and The Art and L. of Confession: "A Simple Desultory Philippic (or how I was Robert McNamara 'd into Submission)"* 47 DUKE L.J. 491, 499 (1997) ("New England courts [in the 17th Century] sought to make the offender 'an active participant in the punitive process.' New England Puritans understood 'conviction' to have the secondary meaning of convincing the wrongdoer of the wrongfulness of his acts and of the legitimacy of the court's response. Real conviction, manifest in confession, would often serve to mitigate punishment in noncapital cases. Consistent with this emphasis on reawakening

תמיד די בהודאה באשמה כדי שהנאשם ייחנה מהסדר טיעון: החברה מעוניינת גם בחרטתו. נאשם המבקש לקבל את מלוא ההקלות האפשריות צריך לא רק להודות ולומר "עשיתי את זה", אלא גם "אני מצטער ומביע חרטה על כך".

מדיניות הענישה מצביעה על כך שהסדרי הטיעון צמחו לא רק כצורך תועלתני לחיסכון במשאבים אלא גם מתוך ערכי החברה, שלפיהם צדק נעשה כשהנאשם מקבל אחריות פנימית אישית. תפיסת הצדק כסוג של קבלת אחריות היא תפיסה מוסרנית השמה דגש על ההכרה בכיצוע חטא. מושג הצדק בסדר הדין המנהלי מסיט את לב ההליך הפלילי מביורור פורמלי של היסודות העובדתיים המגדירים את העבירות הפליליות והענשת עבריינים בגין מעשיהם, אל הפנמת האחריות המוסרית אצל הנאשם. ההליך הפלילי המנהלי משליך את יהבו במובהק על ההודאה משום שהחברה מבקשת לקשור אחריות פלילית למודעות של אדם לפגם במעשיו ולנזק שגרם. בהתאם לכך, שופטים רשאים להביא בחשבון כאמת-מידה לעונש הראוי את מידת האמפתיה שגילה הנאשם אחרי האירוע הפלילי לסבל של הקרבן.⁹¹ ההליך הפלילי המנהלי מעלה את המודעות הפנימית של הנאשם לפגם במעשיו ולנזק שגרם לדרגה מרכזית בסדר הדין ומצמצם את החשיבות של האחריות הפורמלית. בכך, סדר הדין המנהלי מבקש כי לא רק מעשי הנאשם יישפטו אלא גם אופיו.

יש הבדל מהותי בין צדק אינדיבידואלי בהליך פלילי המבוסס על הוכחות מעשים לבין צדק המבוסס על הודאות. ההליך ההוגן האינדיבידואלי רואה בזכויות הדיוניות שבהליך הפלילי – זכות השתיקה, זכות ההיוועצות בעורך-דין, הזכות לייצוג במשפט, הזכות לקבל חומר חקירה, הזכות לחקור עדים חקירה נגדית – את הסממנים העיקריים לקיומו של הליך הוגן ולעשיית צדק. לעומת זאת, בהליך הפלילי המנהלי הצדק אינו נובע מקיום הזכויות הדיוניות אלא הוא מושג חברתי המתמקד בקבלת אחריות של אדם על חטאיו. אם הנאשם מודה ומבטא צער, הן הקרבנות והן החברה חשים שנעשה צדק.⁹²

the offender's conscience and encouraging reformation were the common punishments of public admonition, and of the injunction to confess publicly or to apologize publicly to the victim. Public confession was, in other words, commonplace in Puritan New England. Given its pervasiveness and its important role in maintaining an orderly society, New Englanders quite naturally developed certain expectations and norms regarding confession. First, confession was not an end in itself; instead, it was a means of progress to something else: most importantly, restoration of the individual to church or society, and, perhaps, with God's grace, regeneration of the miscreant as a saint."

91 דוגמאות לכך אפשר למצוא ברבים מגזרי הדין הניתנים בהליכים פליליים באופן שוטף. גם ההפך נכון: בקביעה של מידת הענישה בתוך המתחם – ארבע שנות מאסר בפועל – התייחס השופט לאמור בתסקיר המבחן, שלפיו למרות הודאת הנאשם הוא "אינו לוקח אחריות מלאה על מעשיו, משליך חלק מהאחריות על המתלוננת ואיננו מביע אמפטיה כנה כלפיה"; "ע"פ 4657/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 (פורסם בנבו, 10.6.2015).

92 על ההבחנה בין גישה דיונית להסדרי טיעון לגישה מהותית המדגישה קבלת אחריות ראו Stephanos Bibas, *Harmonizing Substantive Criminal Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nono Contendere Pleas*, 88 Cornell Law Review 1361, 1399 (2003). ("But even feigned or induced repentance may teach lessons to some offenders.

העובדה שנאשמים מוותרים על זכותם לנהל הוכחות ומודים במסגרת הסדרי טיעון משפיעה על תחושת כבוד האדם בהליך הפלילי. מחד גיסא, ההליך מבטיח לנאשם זכויות דיוניות, לרבות ניהול הוכחות; מאידך גיסא, צעדי השכנוע המופעלים על הנאשם לוותר על זכויות אלה פוגעים בתחושת הצדק וכבוד האדם.⁹³

הפגיעה בכבודם של הנאשמים נעוצה בפערי הענישה האינהרנטיים לשיטת הסדרי הטיעון. רבים מהנאשמים חשים שרשויות המדינה שכנעו אותם להודות בעובדות או בעבירות המוכחות על ידם, בניגוד לרצונם, מצב הפוגע בתחושה שהמערכת עושה צדק. כמתואר, אל מול פערי העובדות (בהשוואה בין כתב האישום המקורי לבין כתב האישום המתוקן) ופערי העונשים (בהשוואה בין מה שתובע יטען לו בהתאם לכתב האישום המקורי לבין מה שהתובע מסכים לטעון לו בהתאם להסדר הטיעון המוצע), לנאשמים אשמים יש מרחב פעולה מצומצם בהתמודדות עם הצעת התובע לכלול בכתב האישום עובדות או עבירות מוכחות. הסדר הטיעון נהפך ל"חבילה" ("הכול או לא כלום"), החוסמת את הנאשמים מניהול הוכחות בקשר לעובדות שהם מכחישים, המופיעות בכתב האישום המתוקן. בכך הסדר הטיעון גורם לפגיעה ייחודית בתחושת הכבוד שהנאשמים סבורים כי המערכת המשפטית צריכה להעניק להם. הפגיעה בכבודם אינה נובעת מעצם ההודאה וקבלת עונש, אלא מהגדרתם כמי שעשו דבר שלא עשו. אם, למשל, מדובר בנאשם שהורשע בתקיפה, והנאשם מכחישי שהשמיע גידופים קשים כלפי מי שהותקף, כפי שנטען בכתב האישום – אך התובע אינו מוכן לוותר על הכללת הגידופים בכתב האישום המתוקן לצורך הסדר הטיעון, כי אז יצטרך הנאשם לנהל הוכחות בנושא זה ולהסתכן בעונש חמור יותר או להודות בהשמעת הגידופים. הפגיעה בכבוד של נאשם עקב הודאה בעובדות שמבחינתו אינן נכונות מתעצמת נוכח החשיפה שהודאותיהם של נאשמים מקבלת בעידן האינטרנט. בעבר, ברוב רובם של המקרים, לא היה תוכנן המדויק של הודאות באשמה מקבל חשיפה ציבורית כלל; היום, לעומת זאת, פסק הדין בכל תיק פלילי נפתח לקורא בכל חיפוש לפי שמו של אדם. פסק הדין על פרטיו מלווה את האדם, גלוי לחבריו וקרוב לוודאי שיוסיף ללוותו במשך כל חייו. כך, גזר הדין – הכולל עובדות לא נכונות (מבחינת הנאשם) שהנאשם הודה בהם (בניגוד לרצונו) – עלול להיות האזכור הראשון שיופיע ברשימת האזכורים מתחת לשם הנאשם באינטרנט, באופן הנגיש לכל אדם. בשל נגישותו של גזר הדין לציבור, כיום הודאה בעובדות

The very act of confessing and pleading guilty in open court heightens the defendant's awareness of the victim's injury, the norm violated, and the community's condemnation. Indeed, the ordeal of feigning repentance, even if initially done for the wrong reasons, can sometimes lead to genuine repentance.")

93 "הזכות להליך הוגן קשורה בקשר הדוק לזכות לכבוד, שכן פגיעה בהליך ההוגן עלולה היא לפגום בהערכתו העצמית של הנאשם וליצור אצלו תחושה של ביזוי וחוסר אונים כאילו היה כלי משחק בידיהם של אחרים". בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 500, פסקה 16 (פסק הדין של תשעה שופטים שניתן פה אחד והורה על בטלותו של ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006. סעיף זה קבע אפשרות לקיים דיונים בהארכת מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון שלא בנוכחות העצור. נקבע כי הסעיף פוגע באופן בלתי-מידתי בזכותו החוקתית של עצור להיות נוכח בהליכי מעצרו, שהיא רכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן).

מוכחות נושאת מחיר גבוה מזה שהיה כרוך בה בעבר, כשגזרי הדין לא היו נגישים ותוכנם המדויק נודע רק למעט מתעניינים.

חלק מהנאשמים המתלוננים על הרשעות בגין עובדות מוכחות יודעים כי בהכחשתם את האמור בכתב האישום הם פועלים בחוסר כנות, דהיינו: משקרים. אין מחלוקת על כך שחלק מהנאשמים הטוענים שלא ביצעו את המעשים המיוחסים להם בכתבי האישום עושים זאת כדי לחמוק מענישה פלילית או מתוך בושה; הם רוצים לקבל הצעה להסדר טיעון מקל. הנחה סמויה זו מהווה הצדקה לרעיון שיש לנסות לשכנע נאשמים להודות באשמה. כך שיטת הסדר טיעון מגנה על בתי המשפט משימוש לרעה של נאשמים אשמים בזכות לנהל הוכחות, ומעודדת נאשמים אשמים לקבל אחריות על מעשיהם.⁹⁴ עם זאת, ברור גם שנאשמים אחרים מכחישים את האמור בכתב האישום מתוך אמונה בצדקתם. גם כשנאשמים משלימים עם העונש שיוטל עליהם במסגרת הסדר טיעון, רבים מהם מסתייגים מאישור הודאותיהם באשמה בגלל העובדות המוכחות שבכתב האישום. ההודאה בעובדות שהם מתעקשים כי אינן נכונות גורמת לנאשמים אשמים תחושה של פגיעה אישית ואפילו של השפלה.

מכל הסיבות שנמנו לעיל, ההליך הפלילי המנהלי פוגע בכבודם של חלק מהנאשמים. הפגיעה נובעת מהצורך להשלים עם העובדה שמימוש הרצון לנהל הוכחות, לחקור עדי תביעה, להעיד ולהסביר לשופט את גרסתם כרוך בחשיפה לסיכון מוגבר של ענישה מחמירה, ולכן ניהול הוכחות הוא בחירה לא רציונלית. ההליך הפלילי המנהלי מכזיב את ציפיותיהם של חלק מהנאשמים האשמים ממערכת המשפט הפלילי, ולעתים קרובות אף גורם להם ולבני משפחותיהם הלם של ממש. בשקלול הפגיעה בכבוד האדם יש להביא בחשבון כי המשפט הפלילי חושף לא רק את הנאשם אלא גם את משפחתו – בנות זוג, בני זוג וילדים – להשפעה ישירה וחזקה של ההליך הפלילי. נאשמים ומשפחותיהם המתמודדים עם ההליך הפלילי בפעם הראשונה מצפים שתניתן גם להם אפשרות אמיתית לנהל הוכחות וששופט יכריע בשאלת אשמתם. גם נאשמים אשמים מצפים כי לא ייאלצו להודות במעשים שמבחינתם אינם נכונים, ושתניתן להם הזדמנות להראות כי אף שהם אשמים, עובדות מסוימות המיוחסות להם אינן מתארות נכון את מעשיהם. קל להבחין באכזבתם של נאשמים כשהם מבינים שהכחשת המעשים המיוחסים להם – כולם או חלקם – וניהול הוכחות אינם אפשריים מבחינת הסיכונים הכרוכים בכך.⁹⁵

94 אורן גול מצביע על תופעה זו בדונו בבעיית החף מפשע. חלק מהטוענים לחפות אשמים וחלקם חפים. הסדרי טיעון יוצרים אצל נאשמים אשמים תמריץ לקבל אחריות ומאפשרים לנאשמים אחרים לבחור למזער את הנזק שנגרם מהרשעת שווא. "הסדרי טיעון ובעיית החף", לעיל ה"ש 9, בעמ' 26.

95 בעיה נוספת המכבידה על נאשמים המודים בעובדות מוכחות היא שנפגע העבירה, המבקש לתבוע את הנאשם בהליך אזרחי, יכול להסתמך על הממצאים והמסקנות בפסק הדין הפלילי כראיה כמעט קונקלוסיבית בתביעה האזרחית, והנאשם – בהיות נתבע בהליך אזרחי – יהיה מושטק מלהתכחש לעובדה שהודה בה, למעט במקרים חריגים; ראו סעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. המשפט האמריקני פתר בעיה זו על ידי מתן אפשרות לנאשם בפלילים לומר *nolo cotender* למיוחס לו בכתב האישום: משמעות הדברים היא שהנאשם מורשע בעבירה המיוחסת לו אך לא מודה ולא כופר בעובדות. על כן, הן הודאתו והן הכרעת הדין אינן יכולות לשמש ראיה נגדו בהליך אזרחי. ראו *Bibas* ה"ש 89 בעמ' 1363 the law ("...")

ה. סוף דבר

המשא ומתן לקראת הסדר טיעון, שבמסגרתו התביעה והסנגוריה מגיעות להסכמות על אודות העובדות והעבירות שיבססו את ההרשעה בפליליים – ובמקרים רבים העונש – הוא הדרך שבה רוב רובם של הנאשמים מסיימים את משפטיהם. ההליך הפלילי שבו ההסכמות בין התביעה לסנגוריה הן הבסיס לסיומם של תיקים פלילים הוגדר במאמר זה "סדר דין פלילי מנהלי". הליך פלילי כזה הוא מנהלי מפני שעיקר הקביעות של האחריות הפלילית נעשה במסגרת מנהלית – בין תובעים לסנגורים, כשהם פועלים בשדה מנהלי, במשרדי התובעים, בחדרם של התובעים בבית המשפט או בפרוזדור בית המשפט, ובהיעדר ביקורת שיפוטית ישירה על הערכת הראיות. הביקורת השיפוטית ששופטים מפעילים בערכאות הדיוניות על הסדרי טיעון היא מרוסנת ודומה לביקורת שיפוטית בבתי משפט מנהליים ובבית המשפט הגבוה לצדק על רשויות מנהליות.

אִי־היכרות עם שיטת הסדרי טיעון יוצרת הנחות מוטעות באשר לאופיו של ההליך הפלילי:

הנחה מוטעית היא שלבו של ההליך הפלילי הוא חקירת עדים ומתן הכרעות דין מנומקות על בסיס עובדות שהוצגו בבית המשפט.

הנחה מוטעית היא שההליך הפלילי מחויב מתוקף מהותו לשפוט נאשמים על בסיס ראייתי מדויק. ההליך הפלילי המנהלי מוותר על דיוק עובדתי למען סיומם של מרב התיקים בהודאת נאשמים באשמה ובהבעת חרטה. יש בספרות המשפטית עמדה שלפיה הדרך הטובה ביותר לחשיפת האמת בהליך המשפטי היא חקירת עדים על ידי באי־כוח בעלי הדין ומתן פסק דין על בסיס הראיות שניתחו השופטים, תוך נימוק המסקנות.⁹⁶ בהליך הפלילי המנהלי נדחק ניהול ההוכחות הצידה. התמריצים המובנים בפערי הענישה, האינהרנטיים לשיטת הסדרי טיעון, מעניקים לתובעים כוח רב שיש בו להשפיע על רוב הנאשמים לבחור להודות. הנחה מוטעית היא שנאשמים המודים באשמה אינם נוהגים להודות בעובדות, במעשים או בעבירות שלגישתם לא ביצעו. נהפוך הוא: שיטת הסדרי טיעון מעמידה נאשמים רבים בסיטואציה שבה הם מחליטים לקבל על עצמם אשמת שווא חלקית – עמדה סבירה בהתחשב בפערי הענישה המוצגים להם בבחירה בין הסדר טיעון לבין ניהול הוכחות. אף שאין כל ספק שהודאות שווא של נאשמים אשמים בהסדרי טיעון היא תופעה שכיחה, מערכת המשפט מצהירה כלפי חוץ שאין לאפשר לנאשם להודות במה שמוכח על ידו.

הנחה מוטעית היא שרוב הנאשמים נותנים את הסכמתם להסדרי טיעון מתוך רצון חופשי. לפי מה שאפשר להבין מנאשמים ומסנגורים המייצגים אותם, רבים מהם מוותרים על רצונם לנהל הוכחות עקב פערי ענישה גדולים שהם נחשפים אליהם לאחר שהתובעים מציעים לתקן את כתבי האישום ו/או להמליץ לשופטים על עונש מקל.

has long allowed defendants to plead nolo contendere, which means that they refuse to admit guilt but accept punishment as if guilty. More recently, the Supreme Court has approved so-called Alford pleas, in which defendants plead guilty while simultaneously protesting their innocence.”)

96 ראו Damaska, לעיל ה"ש 2.

ההליך הפלילי המנהלי ושיטת הסדרי טיעון יוצרים הליך משפטי שעיקרו הבאת נאשמים לקבל על עצמם אחריות פלילית.⁹⁷ (the procedure is confessional) בהליך זה נאשמים נשפטים על בסיס תמונה עובדתית המציגה את מעשי העבירה באופן חלקי, הן לקולא והן לחומרא (the procedure approximates facts). יחד עם זאת, האפשרות השיורית לנהל הוכחות היא חיונית לקיומה של שיטת הסדרי טיעון, מפני שבחירת אפשרות זו מעניקה לנאשמים כוח מיקוח אל מול התובעים ומבטיחה להם את הזכות להפקיד את שאלת אשמתם בידי השופטים ולא בידי התובעים. כאמור לעיל, התמריצים וצעדי השכנוע האינהרנטיים להסדרי טיעון מביאים לכך שרק כ-5% מהנאשמים בוחרים לנהל הוכחות. אין לצפות לביטול המקום המרכזי של הסדרי טיעון ולכך שתעמוד במקומם שיטה המכוננת ברוב התיקים הפליליים לחקירת עדים ולמתן הכרעות דין על בסיס ראיות שהוגשו בבית המשפט. ראשית, אין סיכוי כי יושקעו בשיטת המשפט התקציבים הדרושים למערכת השואפת להעמיד את הליך ההוכחות כהליך המועדף. שנית, אין בקהילה המשפטית ממצאים מחקריים המראים ככלל שהליכי הוכחות בבית המשפט מביאים לקביעות משפטיות מדויקות של אחריות פלילית. יש קשיים רבים להשיג תוצאות מהימנות גם בדרך של הגשת ראיות להכרעת השופטים. איתור עדים, קבלת גרסאותיהם, הערכת מהימנותם, איתור מסמכים וראיות פורנזיות קונקרטיות – לא רק שצעדים אלה יקרים, הם עצמם יוצרים מכשולים למציאת האמת. כאמור, יש מקום חיוני להליכי הוכחות בסדר הדין הפלילי, אך סנגורים צריכים לבחור בזהירות ובקפדנות את המקרים המתאימים להליכי הוכחות, בהתאם להשפעת הגורמים המתוארים לעיל על אפשרותם של הנאשם והסנגור לנהל הליך הוכחות המוכיח את אמיתות טענותיהם.

שאלה מתבקשת היא אם אפשר להגדיר כללים כתובים וידועים מראש, שיביאו להסדרת פועלם של שחקני המשפט בהליך הפלילי המנהלי בצורה טובה יותר. אביא כמה הצעות הנראות לי חשובות:

(1) ראוי כי יחידות התביעה והפרקליטות יפרסמו בעילום שמות הנאשמים מאגר המדווח על תוכנם של הסדרי טיעון, ובכלל זה עותקים של כתבי אישום מקוריים, של כתבי האישום המתוקנים שהוגשו בהסדר הטיעון באותם מקרים, של "כתב הסדר הטיעון" המגדיר את חלקם של כל אחד מהצדדים בהסדר הטיעון ואת הנימוקים של רשויות התביעה לכריתת ההסדר. מידע זה אינו נגיש היום והדבר פוגע לא רק בפומביות הדיון ובשוויוניות של הסדרי טיעון, אלא גם ביכולתם של מעצבי מדיניות משפטית ליצור כללים מנהליים מפורטים להסדרת הסדרי טיעון.

(2) ראוי כי בעת הגשת הסדרי טיעון יפנו השופטים ישירות ואישית לנאשמים בסדרה של שאלות כדי לברר עמם אם הסכימו להסדר הטיעון מתוך רצון חופשי, וגם כדי לברר

97 NATHANIEL HAWTHORNE, THE SCARLET LETTER. העבריינית גב' פרין מובאת לכיכר הכפר כדי לעמוד על דוכן היכן שתאלץ להתוודות מול אזרחי הכפר. מספר הנרטיב אומר: "Exhort her to confess the truth [...] A blessing on the righteous colony of the Massachusetts, where iniquity is dragged out into the sunshine! Come along, Madame Hester, and show your scarlet letter in the market-place!" http://www.bartleby.com/83/2.html

אם הם מאשרים באופן מפורש כל אחת מהעובדות המהותיות שבכתב האישום ואם הם מודעים להשלכות של הודאתיהם – הן במישור העונשי, הן במישור האזרחי (אם ההודאה יוצרת אחריות אזרחית בשל נזק שנגרם) והן במישור הפרסום של פסק הדין בכלי התקשורת ובמדיה החברתית.

(3) ראוי כי ייקבעו כללים שלפיהם נאשמים יהיו רשאים להודות בכיצוע עבירה ולהיות מורשעים בשל ביצועה בלי להודות בעובדות ספציפיות, וזאת כדי לפטור אותם מלהודות בעובדות לא נכונות במסגרת הסדרי טיעון שקיומם חשוב ורצוי מבחינת הסנגוריה והתביעה. אף אחת מההצעות הללו לא תשנה את מהות שיטת הסדרי הטיעון. על כן, ישנה חשיבות לצמצם את הפער בין הציפיות הקיימות מההליך הפלילי (עדים יעידו בבית המשפט ויחקרו חקירה נגדית, ההליך הפלילי מבוסס בעיקר על הכרעותיהם של שופטים בנוגע לאשמתם של הנאשמים, ההליך הפלילי שואף לדיוק עובדתי) לבין האופן שבו ההליך הפלילי פועל הלכה למעשה (לרוב עדים לא יעידו, התובעים והסנגורים מסכמים את סוג והיקף האחריות הפלילית של הנאשמים ללא מעורבות ישירה של השופטים, והשיטה איננה מבוססת בעיקרה על שאיפה לדיוק עובדתי). רצוי להטמיע בקהילה המשפטית ובציבור בכלל את התפיסה שבמשפט פלילי נאשמים אינם צריכים ואינם יכולים לצפות, אם יורשעו, כי הקביעה המשפטית הנוגעת לאחריותם הפלילית תהיה מדויקת או שהעונש שיוטל עליהם יהלום במדויק את מעשיהם. ייצוג איכותי הן בתביעה והן בסנגוריה חיוני לצמצום הפערים בין האמת לבין תוצאות המשפטים ולשמירת זכויות. אך שינוי תפיסתי באשר לאופן פעולתו של ההליך הפלילי חשוב כדי להתאים את ציפיותיהם של הנאשמים (כמו גם של קורבנות) לאמיתות של שיטת הסדרי הטיעון. שינוי זה בהנחות היסוד יצמצם את מידת הפגיעה בכבוד האדם שנאשמים וקורבנות חשים עקב הצגת ההליך הפלילי כמסגרת פרוצדורלית המבוססת על דיוק עובדתי.