

עיוות דין – פערי ענישה בגין אי-התייצבות למשפט בעבירת הנהיגה בשכרות

בעקבות עפ"ת (מחוזי ב"ש) 16262-03-14 טולדנו בר חביב נ' מדינת ישראל

מאת

חנן רביב* ומורג דויטש-ספרדי**

הספרות האמפירית מעידה על ענישה מחמירה בעבירת הנהיגה בשכרות כלפי נאשמים שלא התייצבו למשפט. משמעותו המשפטית הרצויה של פער הענישה הזה הייתה שנויה במחלוקת בין ערכאות בפרשה שנידונה לאחרונה. בעניין טולדנו הועמד לדין נאשם שנתפס נוהג בשכרות. הוא לא התייצב למשפט, ונשפט בהיעדרו. הוא הורשע ונידון לעונש שעיקרו פסילת רישיון למשך 24 חודשים בפועל. בהחלטתו בערעור החזיר בית המשפט המחוזי את הדיון לבית המשפט לתעבורה, כדי שיבחן אם הנתונים על פער הענישה מקימים "עיוות דין" המצדיק את שינוי ההכרעה בתיק. בפסק דינו השני קבע בית המשפט לתעבורה כי פער ענישה שיטתי בגין אי-התייצבות אינו כשלעצמו עיוות דין. רשימה זו מבקשת לנתח את פערי הענישה המדוברים על מנת לבחון אם מדובר בעיוות דין ולהציע מסגרת בחינה כללית למקרים דומים של פערי ענישה שיטתיים.

בפרק א נדון במונח "עיוות דין" באמצעו את ההגדרה של המלומד עופר גוט, הבוחנת את הנכונות להשלים עם המצב שנוצר. על בסיס זה נציע מסגרת ארבע-שלבית לבחינת היותם של פערי ענישה בגדר עיוות דין. בפרק ב נשליך את המבחן הארבע-שלבי על המציאות של פערי ענישה בעקבות אי-התייצבות לדיון במשפט על עבירת הנהיגה בשכרות. נסיק כי על אף אי-אילו קשיים פערי הענישה שנוצרו בהיעדר התייצבות – הן מבחינת מידתם והן מבחינת האופן שבו נוצרו – פוגעים בערכים המקדמים את הלגיטימיות של המערכת ותומכים במסקנה כי אין להשלים עמם, ולכן הם מהווים עיוות דין.

מבוא. א. הגדרת המונח "עיוות דין"; 1. הגדרתו של עופר גוט; 2. פערי ענישה כעיוות דין – מבחן ארבע-שלבי; 3. סיכום ביניים. ב. פערי ענישה באי-התייצבות והסדרי טיעון; 1. תמצית המחקרים האמפיריים והחלטות בתי המשפט בפרשת טולדנו; 2. פערי ענישה בעקבות הסדרי טיעון; 3. היעדר התייצבות לעומת הסדרי טיעון; 4. פערי ענישה בעקבות אי-התייצבות. סיכום.

* עורך דין, דוקטורנט למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. לשעבר עוזר משפטי לכבוד השופט שלמה פרידלנדר, שופט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע.

** עורכת דין, בעלת תואר שני במשפטים ותואר שני במנהל עסקים. לשעבר עוזרת משפטית לכבוד השופט יואל עדן, שופט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע.

נבקש להודות למערכת משפטים על אתר, ובמיוחד לאבייתר בן ארצי, על הערותיהם המועילות.

מבוא

בעניין טולדנו דובר בנאשם שנתפס כשהוא נוהג בשכרות. הוא לא התייצב למשפט, ונשפט בהיעדרו. הוא הורשע ונידון לעונש שעיקרו פסילת רישיון למשך 24 חודשים בפועל. הנאשם ביקש מבית המשפט לתעבורה לבטל את פסק הדין שניתן נגדו, והבקשה נדחתה ללא דיון. על כך הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי.¹ בית המשפט המחוזי החזיר את התיק לבית המשפט לתעבורה בהפנותו את תשומת לבו למחקר אמפירי שפורסם, שלפיו אם הנאשם היה מתייצב למשפט, סביר כי היה נגזר עליו עונש קל הרבה יותר. בית המשפט המחוזי ביקש כי בית המשפט לתעבורה יבחן אם פער זה מהווה עיוות דין אשר מצדיק את ביטול פסק הדין. בית המשפט לתעבורה סבר כי פערי ענישה בין מי שמתייצבים למשפט לבין מי שאינם מתייצבים הם לגיטימיים, בדומה לפערים בענישה בין מי שמנהלים את משפטם לבין מי שמסכימים להסדרי טיעון.² רשימה זו מבקשת לנתח את פערי הענישה המדוברים בהשוואתם להסדרי טיעון, על מנת לבחון אם מדובר בעיוות דין.

בחלקה הראשון של הרשימה נדון במונח "עיוות דין". נאמץ את ההגדרה של המלומד עופר גוט ונדגיש כי ההגדרה בעיקרה בוחנת את הנכונות להשלים עם המצב שנוצר. נכונות זו נגזרת מתפיסותינו בדבר מטרת הדין הפלילי ומסתייעת בבחינת הערכים המקדמים מטרה זו, שעיקרה השגת תוצאות צודקות. נסתייע בערכים ובהבחנות של גוט כדי להציע מסגרת ארבע-שלבית לבחינת היותם של פערי ענישה בגדר עיוות דין. בחלק השני נשליך את המבחן הארבע-שלבי על המציאות של פערי ענישה בעקבות אי-התייצבות לדיון במשפט על עבירת הנהיגה בשכרות. תחילה נסקור את המחקרים אשר חשפו פערי ענישה ניכרים. נמשיך ונציג את המחלוקת בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט לתעבורה בדבר היות פערי הענישה בגדר עיוות דין. נראה כי בית המשפט לתעבורה סבר כי אין מדובר בעיוות דין, בדומה לפערי ענישה בעקבות הסדרי טיעון. לעומתו, בית המשפט המחוזי נטה לדעה

1 עפ"ת (מחוזי ב"ש) 16262-03-14 טולדנו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2015) (להלן: ערעור טולדנו).

2 תת"ע (תעבורה אי") 10271-05-13 מדינת ישראל נ' טולדנו (פורסם בנבו, 4.5.2015) (להלן: עניין טולדנו). נציין כי ניתן גם להבין את דברי בית המשפט לתעבורה ככאלה שאינם משווים בין פערי ענישה באי-התייצבות לבין פערי ענישה בהסדרי טיעון אלא כמגיבים לטענתו של טולדנו כי היה ראוי להגיע להסדר טיעון בעניינו. אולם אנו מעדיפים את הפרשנות שהצגנו, שלפיה בית המשפט לתעבורה סבר כי כשם שפערי הענישה שמתקבלים מהסדרי טיעון אינם יוצרים עיוות דין, כך גם פערי הענישה במקרים של אי-התייצבות אינם יוצרים עיוות דין. יש לכך שתי סיבות: ראשית, מבחינה מילולית בית המשפט לתעבורה משווה בין סטטיסטיקה המצביעה על "פער בענישה בין המתייצבים לדיונים ובין אלו הנעדרים מהם" לבין הנתון הסטטיסטי "לפיו קיים לכאורה פער ענישתי בין המגיעים להסדר טיעון ובין אלה שאינם מגיעים להסדר" (שם). שנית, אומנם בית המשפט המחוזי ייחס חשיבות לכך שרוב המתייצבים מגיעים להסדרי טיעון, אולם בית המשפט המחוזי לא טען כי נגרם לנאשם עיוות דין רק בשל אי-הגעה להסדר טיעון. טענתו היא כי העיוות נגרם בשל אי-התייצבות, שבתורה שללה ממנו למעשה את האפשרות (המסתברת) להגיע להסדר טיעון. מכל מקום, כפי שנראה בהמשך, הענישה שנגזרה על טולדנו חמורה מזו שהייתה צפויה להיגזר עליו אילו היה מתייצב, גם אם מתעלמים מהפוטנציאל להגיע להסדר טיעון. המחלוקת שהצגנו משמשת אך פלטפורמה לבחינת השאלה שתיבחן ברשימה: היותם של פערי ענישה בגדר עיוות דין בהשוואתם לפערי ענישה בהסדרי טיעון, אשר ככלל מוסכם כי אינם מהווים עיוות דין. שאלה זו ראוי שתישאל ממילא.

כי פערי הענישה שנמצאו מהווים עיוות דין, בשונה מהדין הנוהג בהקשר זה. לאחר הצגת דברים אלה נמשיך את הדיון לפי המתווה שלהלן: נבחן מה מאפיין הסדרי טיעון ומה מצדיק את ההכרה בהם, ובהם שיקולי יעילות מערכתיים; נראה כי ענישה חמורה למי שלא התייצב למשפטו בגין נהיגה בשכרות אינה דומה לענישה חמורה למי שלא הסכים להסדר טיעון; נטען כי השיקולים שמצדיקים הכרה בהסדרי טיעון מצדיקים דווקא אי-השלמה עם פערי הענישה שנמצאו. לבסוף נטען כי על אף אי-אילו קשיים פערי הענישה שנוצרו בהיעדר התייצבות – הן מבחינת מידתם והן מבחינת האופן שבו נוצרו – פוגעים בערכים המקדמים את הלגיטימיות של המערכת ותומכים במסקנה כי אין להשלים עמם, ולכן הם מהווים עיוות דין.

א. הגדרת המונח "עיוות דין"

1. הגדרתו של עופר גוט

כפי שמציין המלומד גוט, המונח "עיוות דין"³ לא זכה להגדרה כוללת יישומית אלא ליישום נקודתי תלוי-מקרה ותלוי-הוראת חוק.⁴ על כן גוט ביקש להגדירו ולספק קווים מנחים ליישומו.⁵

לדברי גוט, הפריזמה שדרכה נמדד עיוות דין היא קיומה של פגיעה בלגיטימציה של ההליך המשפטי, אשר מטרתו להגדיל את ההסתברות לתוצאה צודקת (מבלי לבחון את נכונותה וצדקתה של ההחלטה הספציפית).⁶ כשנוצר עיוות דין, משמעות הדבר שיש לפעול

3 מקור המונח בחקיקה הישראלית, במושג האנגלי Miscarriage of Justice (עופר גוט עיוות דין בהליך הפלילי 5 (2008)). בדיון העברי, המונח "עיוות דין" מוכר עוד מימי המשנה: "חֶרֶב בָּאָה לְעוֹלָם עַל עֲוֹי הַדִּין, נָעַל עֲוֹת הַדִּין, נָעַל הַמּוֹרִים בַּתּוֹכָהּ שֶׁלֹא כָהֵלְכָה" (משנה, אבות ה, ח).

4 נדמה כי זהו טבע הדברים. במקרים שבהם המחוקק משתמש במונח ערטילאי מסוג זה, נפתח פתח רחב לפרשנות של בית המשפט. ראו לעניין זה שלמה פרידלנדר "שיקול דעת שיפוטי: עיון במספר מקורות יהודיים" עלון השופטים 37, 68 (2016).

5 גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54.

6 שם, בעמ' 80–81. גישה זו, הרואה במשפט הפלילי כשואף להשיג צדק, נתמכת גם מדברי בית המשפט העליון בפרשיות שונות אשר בחנו כללים שונים דרך הפריזמה של מונח "הצדק". כך למשל ברע"פ 797/07 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.7.2013) דן בית המשפט בתחולתו של השתק פלוגתא בהליך הפלילי. אגב דיון זה, מדגיש בית המשפט את מרכזיות השאיפה להשגת צדק: "בכל הנוגע להחלת הדוקטרינה של השתק פלוגתא בהליך פלילי, קיים מעין עקרון-על מנחה, שמטרתו לשאוף להשגת צדק [...] כאשר מתקבלת תוצאה, אשר יוצרת חוסר צדק, רק טבעי הוא שהשתק הפלוגתא ייסוג מפני אי-הצדק" (שם, פס' 22 ו-26 לפסק דינו של השופט מלצר). עוד מציין השופט רובינשטיין כי "בחוק סדר הדין הפלילי הדגש הוא על עשיית צדק [...] על כל אלה חופה רעיון הצדק" (שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). למקרים נוספים הממחישים את מרכזיותו של הצדק בפעולת מערכת המשפט ראו בין היתר דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2009), שם ציין בית המשפט כי חזקה שדבר חקיקה מכוון להשיג תוצאה צודקת; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.5.2006), שם שקל בית בית המשפט האם לקבל את טענות הנאשם, דרך הפריזמה של צדק: "השאלה היא ביסודה שאלה של צדק" (שם, פס' 2 לדברי השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). יצוין כי גוט מפריד בין ההליך לבין תוצאתו וטוען כי העיקר הוא להבטיח הליך תקין. אולם הדברים קשורים, שכן תוצאת

לשינוי ההחלטה שגרמה לפגיעה בלגיטימציה של המערכת.⁷ לגיטימציה זו מוגנת ב"ערכים דיוניים" ראשוניים ומשניים, המקבלים ביטוי בזכויות דיוניות. הערכים הראשוניים הם בראש ובראשונה חשש מהרשעת חפים מפשע והטיית ההליך לטובת הנאשם, רציונליזציה של ההליך והגינות דיונית.⁸ מערכי הבסיס נגזרים ערכים משניים, ובהם אובייקטיביות המחליט, השתתפות מועילה של הצדדים לדיון, גישה למידע, עקרון המובנות, נועם התנהלות ההליך, עקיבות ויישום שוויוני של החוק, פומביות ההליך וההחלטה, הנמקת ההחלטה, ביקורת ההליך וההחלטה, תזמון פעולות וסופיות הדיון.⁹ הערכים המשניים מקבלים ביטוי מעשי בזכויות דיוניות שונות: הודעת דבר האשמה בכתב אישום ברור, זכות עיון בחומר חקירה, זכות לייצוג, זכות לנכוח בדיון, זכות לחקור עדים, להביא ראיות ולטעון טענות.¹⁰ גוט מדגיש כי לא כל פגיעה בזכות היא פגיעה בערך דיוני, ולכן היא לא בהכרח עיוות דין.¹¹

סיכומו של דבר, הגדרתו של גוט למונח "עיוות דין" היא כלהלן: סיטואציה של טעות/פגיעה בזכות¹² הפוגעת בערכים אשר מקדמים את הלגיטימיות של ההליך שמטרתו השגת תוצאה צודקת, או מגינים עליו, באופן שאיננו נכונים להשלים עם המצב שנוצר,¹³

ההליך מהווה אינדיקציה לתקינותו ושיקול נכבד בהכרעה אם נוצר בעיוות דין: "אין בדברים אלה כדי לומר שלגיטימיות ההחלטה ונכונותה הם מושגים זרים זה לזה" (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80). "אמירה שהחלטה משפטית גרמה לעיוות דין מהווה ביקורת ערכית-מוסרית על דרך התנהלות ההליך וההחלטות שהתקבלו בעקבותיו [...] מערכת המשפט אינה מוכנה להשלים עם החלטות שניתנו במסגרת ההליך הפלילי ואשר גורמות לעיוות דין או כרוכות בעיוות דין" (שם, בעמ' 328–329). תימוכין נוספים לכך שמטרת ההליך הפלילי להשיג צדק ניתן למצוא אצל איל רוזובסקי "עשיית צדק במשפט פלילי" הסניגור 192, 19 (2013). המחבר דן בשאלת הפער בין עשיית משפט לבין עשיית צדק, תוך הפנייה לדנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004). בעניין זגורי, שופטי הרוב בדיון הנוסף זיכו נאשם שסברו שלא צריך היה להרשיעו, למרות שלא זו השאלה שהועמדה לדיון. רוזובסקי תומך בגישתם, תוך הטלת ביקורת על שופטי המיעוט, אשר סברו שיש להתיר את ההרשעה על כנה משיקולים פרוצדורליים של סופיות הדיון – שכן שאלת החפות לא הועמדה לדיון (אולם שופטי המיעוט גם סברו שהנאשם אכן אשם, כך שעל אף הרטוריקה שלהם, לא ניתן לדעת כיצד היו מכריעים אילו סברו שהנאשם אינו אשם). מעניין לציין כי בדברי השופטים כפי שמובאים במאמר, וכן בטענותיו של רוזובסקי, נעשה שימוש במונח "חוסר צדק" ובמונח "עיוות דין" באופן חלופי. יש בכך כדי להדגים כי למעשה מדובר במונחים בעלי משמעות דומה.

7 גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 18, 31.

8 שם, בעמ' 18, 82.

9 שם, בעמ' 82–83, 332.

10 שם, בעמ' 84–85.

11 שם, בעמ' 86.

12 אין זה חשוב ממה הטעות נובעת, ולאיזה חלק מההליך היא נוגעת (שם, בעמ' 55).

13 לדוגמה הממחישה את השימוש במונח "עיוות דין" כדי לתאר מצב שאיננו נכונים להשלים עימו מכיוון שהוא נוגד את תחושת הצדק, ראו ת"ק (תביעות קטנות י-ם) 48682-06-16 חמד נ' מדינת ישראל משרד הכלכלה והתעשייה, פס' 15 (פורסם בנבו, 2.2.2017): "הכרה בתרומתו של התובע לשינוי הנוהל אולם החרגתו מהזוכים בפרי עמלו, היא עיוות נוסף שאין הדעת סובלתו. [...] משכך, יש לתגמל אותו בדיעבד [...] ולו על מנת למנוע עיוות דין [...]".

ויש צורך בתיקון הטעות.¹⁴ כעת נעמוד על המבחן הנגזר מהגדרתו לשם זיהוי עיוות דין במקרים של פערי ענישה.

2. פערי ענישה כעיוות דין – מסגרת ארבע־שלבית

ניתן להיעזר בהגדרתו של גוט על מנת להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בבחינת קיומו של עיוות דין במסגרת פערי ענישה. גוט טוען כי "אין נכונות (או סבירות) העונש [...] מעלה או מורידה, לעניין היווצרותו של עיוות דין. זאת כל עוד הענישה מקיימת את ערך החוקיות והשוויון. על כן ענישה מחמירה או מקילה אינה מהווה עיוות דין מחמת מידת (או שיעור) העונש שהושת על הנידון".¹⁵ מכך יש לגזור כי פערי ענישה ניכרים עלולים בהחלט להוות עיוות דין, אך לשם כך נדרש כי פער זה יפגע בערכים שצוינו. זאת יש לבחון בהליך בחינה בן ארבעה שלבים.

השלב הראשון – מבחן כמותי: יש לבחון אם אכן יש פער מספרי בענישה. חומרתו של עונש אינה ניתנת למדידה אובייקטיבית אלא רק בהשוואה לעונש המקובל או לעונש שניתן במקרים דומים.¹⁶ לכן על בית המשפט לבחון אם הענישה במקרה הקונקרטי סוטה מהענישה המקובלת במקרים דומים.¹⁷ בשל האילוף של בחינת המקרים השונים ברזולוציה שאינה גבוהה מדי הענישה המקובלת במקרים דומים לא תביא לתוצאה בודדת (X שנים) אלא תמצא על טווח סביר (מ-Y עד Z). כלומר, יש לבחון מבחינה כמותית אם הענישה שניתנה במקרה הקונקרטי סוטה מטווח זה. אם התשובה שלילית, אין פער ענישה, ולכן ממילא אין עיוות דין. אם נמצא כי יש פער ענישה, זהו סימן לפגיעה בערכים שצוינו לעיל, ולכן ייתכן קיומו של עיוות דין. במקרה זה על בית המשפט לעבור לשלב הבחינה השני.

השלב השני – מבחן שוויון מהותי: על בית המשפט לבחון אם פער הענישה משקף אפליה או הבחנה לגיטימית. דהיינו, יש לבחון אם הפער שנמצא ניתן להצדקה על בסיס שוני רלוונטי בין הנאשמים.¹⁸ ניתן לומר כי אם יש שוני רלוונטי, אז הנאשם ממילא אינו

14 "כאשר נופל פגם בהליך הפלילי או נופלת טעות בהחלטה שיפוטית, יש לבחון אם הפגם או הטעות פגעו בערך שמקדם את לגיטימיות ההליך וההחלטה" (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19. ראו גם שם, בעמ' 69, 72, 78).

15 שם, בעמ' 91.

16 ניתן כמובן לומר כי יש עונשים חמורים אובייקטיבית, כגון הוצאה להורג בשל גנבה של מוצר פגוע ערך. אולם, אם העונש המקובל בחברה על גנבה מסוג זה הוא עונש מוות, לא ייתפס העונש כחמור. האמירה כי עונש מסוג זה הוא חמור אובייקטיבית משקפת למעשה תפיסות חברתיות עדכניות, אשר מחוברות בבירור לעונש המקובל כיום (מספר קטן של שנות מאסר לכל היותר). כפי שגוט מציין, המונח "עיוות דין" משתנה לפי התפיסות החברתיות המשתנות. ראו שם, בעמ' 81–82.

17 ההנחה היא שהענישה המקובלת משקפת גם את הענישה הראויה. ראו ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע כי בקביעת מתחם העונש ההולם על בית המשפט להתחשב "במדיניות הענישה הנהוגה".

18 בשונה משוויון טכני הרגיש לשונות מספרית בלבד, שוויון מהותי בוחן שונות זו לצד קריטריונים לגיטימיים שיכולים להצדיק זאת. בעניין זה ראו הלל סומר, תמר ולדמן וענת יהב **מסמך רקע בנושא: הזכות החוקתית לשוויון – מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת 7–10** (המרכז הבינתחומי הרצליה, 2005) H01-08-2005_13- www.main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Documents/H01-08-2005_13-

נכנס לקטגוריה שאליה הושווה. אולם ייתכן כי בשל הצורך בחלוקה לקטגוריות ברזולוציה שאינה גבוהה מדי, בכל זאת ייכלל הנאשם בקטגוריה שאליה הושווה, למעט נקודת שוני המצדיקה יחס שונה כלפיו. אם זה המקרה, למרות הפער אין כאן עיוות דין. אם לעומת זאת פער הענישה המספרי שנמצא אינו מגובה בהצדקה מהותית, על בית המשפט לעבור לשלב הבחינה השלישי.

השלב השלישי – מבחן הפגיעה בערכים: יש לבחון אם נפגעים אותם ערכים שעליהם עמד גוט. נזכיר כי מדובר בראש ובראשונה בערכים של אי-הרשעת חפים מפשע, רציונליזציה של ההליך והגינות דיונית, ובערכים משניים של אובייקטיביות המחליט, השתתפות מועילה של הצדדים לדיון, גישה למידע, עקרון המובנות, נועם התנהלות ההליך, עקיבות ויישום שוויוני של החוק, פומביות ההליך וההחלטה, הנמקת ההחלטה, ביקורת ההליך וההחלטה, תזמון פעולות וסופיות הדיון. ערכים אלה מקבלים ביטוי מעשי בזכויות דיוניות שונות: הודעת דבר האשמה בכתב אישום ברור, זכות עיון בחומר חקירה, זכות לייצוג, זכות לנכוח בדיון, זכות לחקור עדים, להביא ראיות ולטעון טענות. אם יש פגיעה בערכים הראשוניים,¹⁹ יש לעבור לשלב הבחינה הרביעי.

השלב הרביעי – מבחן הנכונות להשלים עם המצב: יש לבחון אם אי אפשר להשלים עם המצב שנוצר בהתחשב בשיקולי יעילות מעשיים ומוסדיים. שיקולי עלות-תועלת אינם זרים לתחומים שונים של המשפט, ובכלל זה גם למשפט הפלילי בכלל ולענישה הפלילית בפרט.²⁰ למשל, כפי שצינו לעיל, קיומו של פער ענישה כמותי נבחן ברזולוציה שאינה

22-28_shiviona.pdf. מדובר למעשה בבחינת ענייניות הענישה. כלומר, האם מידת הענישה נקבעה על יסוד קריטריונים לגיטימיים בלבד?

19 על פני הדברים, כשיש פער לא מוצדק בענישה, יש פגיעה בערכים של עקיבות ושוויון (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 91).

20 יש אפילו אמירות של בית המשפט העליון הקושרות את ההגינות עם היעילות, כגון דברי השופט ברק בע"א 610/94 בוכבינדר נ' מפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 305, 289 (2003): "משפט שמתנהל בהגינות סופו יעילות. הגינות ויעילות הולכות יד ביד בשביל האמת, זה תומך בזה וזה תומך בזה". עם זאת קיים לעתים "מתח [...] בין השאיפה ליעילות מרבית ובין השאיפה להגינות מרבית", ויש לאזן ביניהן (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 81). על כן לצורך רשימה זו אנו מבקשים לאמץ גישה מוסרית תועלתנית-מאוזנת, דהיינו גישה תועלתנית בעיקרה שבצידה אילוצים דאונטולוגיים. משמעות הדבר היא כי שיקולי הענישה השונים צריכים לשמש בתמהיל סביר. ככלל, על תמהיל זה להעדיף את השאת התועלת המצרפית. אולם ייתכנו מקרים שבהם אין להשיא את התועלת המצרפית, בעיקר כאשר מידת הפגיעה בפרט היא גבוהה ביותר (גם אם היא אינה עולה על התועלת המצרפית שתצמח מהפגיעה). למשל, כשניתן עונש חמור מאוד המביא לידי הרתעה מרבית, אך הנאשם שמקבל אותו אינו ראוי לעונש חמור עד כדי כך – לכך נתייחס בהמשך. על מטרות הענישה השונות ושימושן בתמהיל שאינו מוגדר וברור לגמרי בקשר לעבירת הנהיגה בשכרות, ראו למשל אברהם טננבוים "הענישה בישראל על נהיגה בשכרות – מבט אמפירי" מאזני משפט יא 321, 354–357 (2016) והאסמכתאות שם; רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39 (1993). למתן תוקף לשיקולים מערכתיים בבתי המשפט בישראל ראו למשל רע"פ 9972/16 ברהום עזרא נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 6.2.2017), שם קבע בית המשפט כי הגשת ערעורים הנוגעים למידת העונש, על אחת כמה וכמה בגלגול שלישי, מצריכים "סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת בעבירות דומות" (שם, פס' 6). דברים אלה מבטאים הן את העמימות המובנית בענישה – וכך רק סטייה ניכרת מצדיקה התערבות – והן את שיקולי תפקוד המערכת (המקבלים ביטוי בדרגת הסטייה

גבוהה מדי. גם עניין זה נובע משיקולי יעילות. הרי אין בנמצא שני אנשים זהים, אין בנמצא שתי סיטואציות זהות, ההנמקות של בתי המשפט משתנות ממקרה למקרה,²¹ ומטרות הענישה משמשות יחדיו בתמהיל שאינו ברור לגמרי, ושאינו בעניינו קונצנזוס.²² על כן גוט מסכים כי יש להביא בחשבון שיקולי יעילות (בזבוז/חיסכון במשאבים) בבחינת קיומו של עיוות דין.²³ לדבריו, יעילות הדיון אינה ערך הנמנה עם אלו המקדמים את הלגיטימיות של ההחלטה, אך בכל זאת מדובר באילוף הנובע ממגבלות שונות, שיש להביאו בחשבון.²⁴ שלב רביעי זה הוא אפוא איזון קונקרטי בין שאיפות אידיאליות להשגת צדק בכל מקרה

הנדרשת בערעור בגלגול שלישי). עוד נכתב בהקשר זה כי אין ליצור "פער כה גדול בין העונשים עד כי כל אדם סביר ירגיש בהם אי צדק צורב" [...]. 'עקרון אחידות הענישה אין משמעו זהות בענישה. כלל אחידות הענישה מחייב כי לא יוצרו פערים בלתי מידתיים בענישה בין נאשמים שנסיעות עניינם דומות' (תפ"ח (מחוזי ת"א) 1226/04 מדינת ישראל נ' שורפי, פס' 5 (פורסם בנבו, 23.2.2009)). עוד סיכם בית המשפט העליון רק לאחרונה כי "כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה, עקרון אחידות הענישה, לו טוען המערער, אינו עקרון הכרעה סופי ומוחלט, עם כל חשיבותו, ועל בית המשפט 'לשקול היטב את הנסיבות המיוחדות של כל נאשם ונאשם, על מנת לחתור לענישה ההולמת את העבירה על פי אמות המידה המקובלות במשפטנו' [...]" (ע"פ 1806/17 דארי נ' מדינת ישראל, פס' 13 (פורסם בנבו, 29.5.2017)).

21 בתי המשפט מנמקים את העונשים שהם גוזרים על בסיס נסיבות רבות ומגוונות, המביאות בחשבון את נסיבות חיי המורשע, את נסיבות ביצוע העבירה ואת נסיבות התנהגותו לאחר מכן. ראו סימן א' לפרק ו' לחוק העונשין, שכותרתו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה".

22 ראו בעניין זה טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 354–357. נקודה נוספת בהקשר זה – אשר גם ממחישה את הקושי להפריד בין ההליך לבין תוצאתו, בין מהות לבין פרוצדורה – קשורה להבחנה בין כללי דיון לכללי מוסר. גוט סבור כי ניתן להגיע להסכמה רחבה בדבר כללי דיון ראויים אך לא בדבר כללי מוסר ראויים. דעתנו היא כי גם הבחנה זו מוקשית. מוסר מתייחס לאופן שבו ראוי להתנהל, ובכלל זה גם לקבל הכרעות. אם תפיסות מוסריות בהכרח משתנות ממקום למקום ומאדם לאדם, אזי גם תפיסות בדבר כללי דיון ראויים משתנות.

23 גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 76–77. גוט מפנה למלומדים נובלס ושיף, אשר מציינים כי כנגד הרצון לעשות צדק מהותי עומד העיקרון של חיסכון בעלויות דיוניות ורצון לאפשר את תפקוד המערכת (שם, בעמ' 48–49).

24 שם, בעמ' 81. אנו סבורים כי ההבחנה בין "אילוף כלכלי" לבין "ערך שמקדם" היא מוקשית ללא משמעות מעשית. ניקח כדוגמה מערכת משפטית אשר בשם אי-הרשעת החף, הרצון להגדיל את ההסתברות לתוצאות צודקות וכו' מקדישה את כל משאביה לטיפול בפשע אחד בלבד בכל שנה ואינה מטפלת בכל יתר הפשעים. המערכת מקדישה את כל משאביה לאפשרותו של הנאשם להתגונן בד בבד עם ביצוע חקירות רבות, וכל זה על מנת להגיע לחקר האמת. מערכת זו מקיימת ביתר שאת את כל הערכים שעליהם עמד גוט בהגדרתו. אולם הקדשת כל המשאבים לשם עשיית צדק במקרה אחד משמעה הזנחת כל יתר המקרים, והדברים נכונים גם בקנה מידה קטן יותר: מתן זכות טיעון ארוך לנאשם אחד משמעה קיצור משך הטיעון של נאשם אחר; קיום דיון בעניין גילוי ראיה של נאשם אחד משמעו אי-קיום דיון אחר בעניין שאלות אחרות; מתן זכות ערעור לנאשם אחד והקדשת משאבי מערכת לערעור משמעם בהכרח נטילת אותם משאבי מערכת מנאשמים אחרים. כפי שהזכרנו, גוט מכיר בכך שהערכים המוגנים באים לידי ביטוי בזכויות דיוניות בעלות עוצמה משתנה. קביעת עוצמת הזכויות היא למעשה קביעה בדבר האיזון הראוי בין הערכים השונים. דהיינו, היא מקדמת את הערכים השונים במידה שיש לקדם (כשהמשאבים מוגבלים). מערכת משפטית יעילה הינה מערכת משפטית לגיטימית, למעט באותם מקרים שהתוצאה היעילה נראית כמפרה אילוף דאונטולוגי. משמעות הדברים הללו כי ככלל, שיקולי יעילות הם למעשה שיקולי צדק שאותם יש להביא בחשבון בין שהם מקדמים את הלגיטימיות של המערכת ובין שהם רק משקפים אותה. החשוב הוא שאת השיקולים האלה מביאים בחשבון כאשר בוחרים עיוות דין.

ספציפי לבין אילוצים הנובעים ממגבלות מערכתיות. לפיכך יש להביא בחשבון שיקולי צדק כגון גודל פער הענישה, נסיבות יצירת הפער ורצון להשגת צדק בכל מקרה ספציפי, למול שיקולי יעילות מערכתיים המכירים בצורך לעשיית צדק גם במקרים אחרים, כגון סופיות הדיון ויעילות ההליך, ההכרחיים לתפקוד המערכת.

בשיקולים שיש להביא בחשבון בבחינת האיזון בין השגת צדק לבין שיקולים מערכתיים מצוי גם השיקול של היקף פער הענישה המדובר ושיטתיותו. יש לבחון אם הפער משקף טעות נקודתית או הטיה מערכתית אשר מובילה להחמרה בענישה גם במקרים דומים אחרים. טעות נקודתית משמעה פער בין הענישה שנגזרה על הנאשם לבין הענישה המקובלת במקרים דומים ("קבוצת הדומים"). טעות מערכתית-שיטתית משמעה פער בין הענישה שנגזרה על הנאשם ואחרים הדומים לו לבין הענישה שנגזרת על אחרים שדומים להם, למעט ההבדל שכבר הוחלט כי הוא לא רלוונטי ("קבוצת השונים"). היות הפער שיטתי הוא שיקול התומך באי-נכונות להשלים עם המצב שנוצר.²⁵ יש לכך שתי סיבות: ראשית, קיומה של הטיה מערכתית חוזרת ונשנית משמעו גרימת אי-צדק חוזר ונשנה, פעם אחר פעם, והדבר מצריך תיקון. הגם שבית המשפט עוסק במקרה הספציפי שבפניו, והגם שנאשם ספציפי אינו מתעניין בהכרח במצבם של נאשמים אחרים, ההכרעה במקרה הספציפי מושפעת גם מגורמים אשר חורגים מאותו מקרה; שנית, קיומה של הטיה מערכתית חוזרת ונשנית מקטינה את הסיכוי שמנגנון הערעור המובנה במערכת, אשר נועד לזהות טעויות ולתקן, ישיג את מטרתו. הסיבה היא שטעות מזוהה כשישנה חריגה מהנורמה. אולם בשל קיומה של טעות/הטיה מערכתית הטעות הופכת להיות הנורמה. המערכת אינה מזוהה את המצב שנוצר כטעות, ומנגנון הערעור מתאים פחות.²⁶

25 יש למעשה שתי קבוצות שאליהן משווים את הנאשם: הקבוצה האחת היא "קבוצת השונים", קרי הקבוצה שעליה נמנים אלה שהנאשם היה אמור להימנות עימם לולא אותו שוני אשר כבר הוחלט כי הוא אינו רלוונטי. הקבוצה האחרת היא "קבוצת הדומים", קרי נאשמים אחרים במצבו של הנאשם. ההשוואה לקבוצה זו חשובה פחות לבחינת עיוות דין, אך גם אותה יש לשקול לשם קבלת תמונה שלמה.

26 תמיכה בטענה זו ניתן למצוא במחקרם של שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט "פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות" משפטים מד 933, 948-949, ה"ש 57 (2015) (להלן: מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה"). הם מצאו כי כל בקשות רשות הערעור שהגישו לבית המשפט העליון בין ינואר 2008 ליולי 2013 נאשמים המבקשים לערער על משך הפסילה שנגזר עליהם – נדחו על הסף. לטענה כי במקרים של הטיה חוזרת ונשנית יש לאמץ גישה המכירה בקושי של הכללים הסטנדרטיים לזהות עיוות ראו בדנ"א 4693/05 בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד (1) 533 (2010), חוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין, ובעיקר פס' 20-27. ניתן לסכם את האפשרויות השונות, מבחינת סוג הפער, משקלו במסגרת שיקולי עיוות הדין, והתאמת הליך הערעור לאיתור ותיקון הפער, כך:

מידת התאמת הליך הערעור לתיקון הפער	משקל ההשוואה	פער נקודתי (קבוצת הדומים)	פער שיטתי (קבוצת השונים)
מלאה	לא קיים	אין פער	אין פער
מלאה	נמוך מאוד	יש פער	אין פער
מעטה	גבוה	אין פער	יש פער
חלקית	גבוה מאוד	יש פער	יש פער

3. סיכום ביניים

כפי שגוט מציין, ההליך הפלילי שואב את הלגיטימציה שלו מהגדלתו את ההסתברות להשגת תוצאה צודקת.²⁷ פגיעה בלגיטימציה זו מעוררת חשש לאי־צדק, שהוא למעשה עיוות דין.²⁸ על מנת לזהות עיוות שכזה יש לאתר פגיעה בערכים דיוניים ראשוניים ומשניים, המקבלים ביטוי בזכויות דיוניות. מקום שמדובר בעיוות דין שמקורו בפערי ענישה הצענו בחינה ארבע־שלבית לאיתורו. בשלב הראשון יש לאתר פער כמותי בענישה; בשלב השני יש לבחון אם הפער מוצדק; בשלב השלישי יש לבחון אם ערכים המקדמים את הלגיטימיות של ההליך הפלילי נפגעו מן הפער; בשלב הרביעי יש לאזן בין הפגיעה לשיקולי יעילות מערכתיים.

כעת ניישם מבחן זה במציאות של פערי ענישה בהיעדר התייצבות כפי שבאו לידי ביטוי בפרשת טולדנו. נבחן גם את ההשוואה שערך בית המשפט לתעבורה בין פערי ענישה אלה לבין פערי הענישה המתקבלים מהסדרי טיעון.

ב. פערי ענישה בגין אי-התייצבות כעיוות דין – מן הכלל אל הפרט

על מנת להניח את המסגרת לדיון נסקור בקצרה את הנתונים הרלוונטיים, הכוללים את הוראות החוק הרלוונטיות, את החלטות בתי המשפט בפרשת טולדנו ואת המחקרים האמפיריים שאוזכרו בהם. נבהיר כבר עתה כי הרשימה אינה מתיימרת להצביע על סיבתיות בין הפרמטרים שאוזכרו – אי-התייצבות בעיקר – לבין הענישה שתתואר אלא על מתאם (קורלציה) בלבד.

1. תמצית המחקרים האמפיריים והחלטות בתי המשפט בפרשת טולדנו

פקודת התעבורה קובעת כי בגין נהיגה בשכרות יש עונש חובה מינימלי של פסילת רישיון למשך שנתיים, אשר ניתן לחרוג ממנו בנסיבות מיוחדות בלבד.²⁹ מחקר אמפירי שערכו ד"ר

27 גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 59, 74–76.

28 שם, בעמ' 13–14. לדמיון (ואף זהות) בין המונחים "עיוות דין" ו"חוסר צדק" ראו רוזובסקי, לעיל ה"ש 6; עניין זגורי, לעיל ה"ש 6.

29 ס' 39א לפקודת התעבורה: "הורשע אדם על עבירה כאמור בסעיף 62(3), דינו – בנוסף לכל עונש אחר – פסילה מקבל או מהחזיק רישיון נהיגה לתקופה שלא תפחת משנתיים, ואם כבר הורשע על עבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה – פסילה לתקופה שלא תפחת מארבע שנים; אולם רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר" ← ס' 62(3) עוסק בנסיבות של נהיגה בשכרות: "הוא שיכור בהיותו נוהג רכב, או בהיותו ממונה על הרכב, בדרך או במקום ציבורי; לענין זה, 'שיכור' ו'ממונה על הרכב' – כהגדרתם בסעיף 64ב" ← סעיף 64ב(3) קובע כי שיכור הוא "מי שבגופו מצוי אלכוהול בריכוז הגבוה מהריכוז שקבע שר התחבורה, בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת". לפי פסיקת בית המשפט, רף האכיפה הוא כיום יותר מ-290 מיקרוגרם (ראו עפ"ת (מחוזי י-ם) 25457-04-10 מדינת ישראל נ' עוזרי (פורסם בנבו, 14.10.2010), שם נקבע כי בשל רמת הדיוק של מכשיר המדידה נדרשים "שולי ביטחון"; ראו גם תת"ע (תעבורה חי') 4292-04-11 מדינת ישראל נ' חזוט (פורסם בנבו, 2.8.2011), שם נקבע כי קביעת רף של 290 מיקרוגרם משמעה כי ריכוז של 290 מיקרוגרם הוא מותר, ורק למעלה ממנו מדובר בריכוז אסור).

שומרון מויאל ופרופ' מימי אייזנשטדט ומחקר אמפירי עוקב ומשלים שערך ד"ר (שופט בדימוס) אברהם טננבוים מצאו כי הלכה לחוד ומעשה לחוד.³⁰ החוקרים³¹ בחנו אלפי פסקי דין של בתי משפט לתעבורה בישראל בשנים 2008–2014 בעבירות של נהיגה בשכרות בנסיבות דומות ולפי אותו סעיף אישום.³² מטרת המחקרים הייתה לבחון את המציאות שנוצרה בעקבות קביעת עונש מינימום בעבירת הנהיגה בשכרות.³³

החוקרים מצאו כי למרות ההוראה בדבר עונש פסילת חובה של שנתיים בתי המשפט גוזרים עונש זה רק לעיתים נדירות יחסית – כ-20% בלבד מכלל התיקים.³⁴ כדברי טננבוים: "עונש-המינימום הוא תיאורטי" ואינו מיושם.³⁵ מתוך כל התיקים שנבדקו נמצא כי משך הפסילה הממוצע היה כ-12 חודשים בלבד (מחצית מעונש המינימום);³⁶ כי עונשי הפסילה הנפוצים הם 11 חודשים, 24 חודשים ו-6 חודשים (16.4%, 11.8% ו-10.3% בהתאמה); כי בתיקים שהסתיימו בהסדר טיעון עמד העונש על 8.1 חודשים בממוצע (בהם עונש ממוצע של כ-6 חודשים כאשר ההסדר הקל את סעיף האישום, ועונש ממוצע של כ-10 חודשים כאשר דובר בהסדר לעניין העונש בלבד).³⁷ בזיקה ישירה לעניין טולדנו נייחד את הדיבור לפרמטרים של התייצבות למשפט ורמת האלכוהול בדם.

30 מאמרם של מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, התבסס על מחקר מקדים שהם עשו: מימי אייזנשטדט ושומרון מויאל רמת הענישה ושיקול הדעת השיפוטי בעבירות תעבורה בישראל (הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, אגף מחקר, חטיבת המידע והמחקר, 2013) (להלן: אייזנשטדט ומויאל רמת הענישה) (ראו גם תקציר המחקר בספר תקצירים 37 (רחל גולדווג עורכת, הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, אגף מחקר, חטיבת המידע והמחקר, 2013) cms.education.gov.il/NR/rdonlyres/08F4CA-38-227A-4790-B2EB-FF01AD5BE6AB/183542/takzirim23012014.PDF). מחקרו של טננבוים, לעיל ה"ש 20, ביסס וחזק את המסקנות של מויאל ואייזנשטדט באמצעות מקורות נוספים ואוחרים יותר, עם מדגם רחב יותר, בהשתמש בכלים איכותניים והיסטוריים לשם ניתוח הממצאים. מכל המקורות עולה תמונה ברורה של הענישה, כפי שתפורט להלן.

31 כך נכנה את שלושת החוקרים יחדיו. מכיוון שמחקרו של טננבוים, שם, מכיל בתוכו את מחקרו של קודמיו ועולה בקנה אחד עם ממצאיהם, אלא אם צוין אחרת, הנתונים שבהם נשתמש יהיו מתוך מחקרו.

32 עבירה בודדת של נהיגה בשכרות (אלכוהול אך לא סמים), ללא נזקי גוף ורכוש, ללא עבירות נלוות, לפי אותו סעיף אישום בודד של נהיגה בשכרות.

33 עבירת הנהיגה בשכרות היא אבן בוחן מעניינת, משתי סיבות עיקריות: ראשית, החוק קובע עונש פסילה מינימלי של שנתיים; שנית, החוק קובע כי ניתן לחרוג מעונש זה רק במקרים מיוחדים, ובהתאם לכך, הפסיקה הבהירה כי אכן, הפחתה מהעונש שמורה לנסיבות חריגות וקיצוניות במיוחד. ראו מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 946–950. כפי שמציין טננבוים, כל אלה נדחו כנסיבה מיוחדת: עבר נקי לחלוטין, הודאה באשמה שחסכה זמן שיפוטי, הבעת חרטה וקבלת אחריות, ותק בנהיגה, רמת שכרות נמוכה, צורך ברישיון נהיגה לעבודה, צורך להסיע בן משפחה נכה, בדיקת מאפיינים תקינה, התנדבות בקהילה ועוד – למעשה, לא ברור כיום אילו נסיבות ייחשבו לנסיבות חריגות אשר יצדיקו הפחתה בעונש (טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 328).

34 שם, בעמ' 334.

35 שם.

36 שם.

37 שם, בעמ' 337; מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 952, 955.

הממצאים הראו פערים בין העונש שנגזר על נאשמים שהתייבבו למשפטם לזה שנגזר על נאשמים שלא התייבבו. קבוצת הנאשמים שלא התייבבו למשפטם היא הקבוצה היחידה שעליה ככלל נגזר עונש המינימום ואף יותר (26 חודשים בממוצע).³⁸ לעומת זאת על קבוצת המתייבבים למשפט נגזר עונש פסילה של כ-10 חודשים בממוצע.³⁹ הפער בין הקבוצות הוא כ-16 חודשי פסילה.⁴⁰ עוד יצוין כי מבין אלה שמתייבבים רק 12% מקבלים עונש פסילה של שנתיים ומעלה, אך מקרב קבוצת הנעדרים, שיעור עונש המינימום ומעלה הוא 76%–90%.⁴¹ בתוך קבוצת הנאשמים שהתייבבו למשפטם, אלה שהתייבבו וכפרו באשמתם קיבלו עונש פסילה של 15 חודשים בממוצע, הארוך בכ-7–8 חודשים מזה שקיבלו אלה שהודו בעובדות (8.1 חודשים),⁴² כאשר רוב הנאשמים הגיעו להסדר, ורק כמחצית מהנאשמים שלא הגיעו להסדר זכו לעונש המינימום או יותר.⁴³

בנוגע לרמת האלכוהול, החוקרים מצאו מעין מדרג ענישה, התלוי ברמת האלכוהול שנמצא בדם. משך הפסילה הממוצע שנגזר על מי שרמת האלכוהול בדמו הייתה בין 245 מ"ג ל-289 מ"ג (כולל) היה 6.5; על מי שרמת האלכוהול בדמו הייתה בין 290 מ"ג ל-400 מ"ג נגזר עונש פסילה של 9.2 חודשים בממוצע; 401 מ"ג עד 599 מ"ג הובילו לפסילה של 15.1 חודשים בממוצע, ומ-600 מ"ג היה עונש הפסילה הממוצע 21.3 חודשים. בקרב נאשמים שאינם מתייבבים, הבדלים בין הענישה ברמות האלכוהול השונות הינם בטווח שוני קטן יותר.⁴⁴

דברים אלה עמדו לנגד עיני בית המשפט המחוזי, אשר בחן האם יש בהם עיוות דין, שבגינו יש לקבל את הערעור של טולדנו, ולבטל את פסק הדין. למען הנוחות, להלן מרוכזים עיקרי ממצאי החוקרים:⁴⁵

- 38 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 337.
- 39 שם.
- 40 לפי מויאל ואייזנשטרט, הבדל זה הוא בין 13 חודשים בממוצע (מויאל ואייזנשטרט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 958).
- 41 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 336.
- 42 מויאל ואייזנשטרט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 955, 958, 971. כפי שציין בית המשפט המחוזי, ממצאים דומים הוצגו בעיקרם על ידי השופט אברהם טננבוים וד"ר שומרון מויאל בכינוס שנערך באוניברסיטת חיפה: אברהם טננבוים ושומרון מויאל "עונש מינימום ונהיגה בשכרות" (הוצאה במסגרת הכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט וחברה "משפט וחברה: בין הפרטי לציבורי", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 3.2.2015).
- 43 מויאל ואייזנשטרט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 951–952, 955. יצוין כי יש קורלציה גם בין התייבבות וייצוג לבין הגעה להסדר טיעון, שכן מי שאינו מיוצג, על אחת כמה וכמה אם אינו מתייבב כלל, גם אינו מגיע בדרך כלל להסדר טיעון. היתרון בייצוג הוא בעיקר בהגדלת הסיכוי להגיע להסדר טיעון (טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 339).
- 44 שם, בעמ' 338–339; איזנשטרט ומויאל רמת הענישה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 69, 77–78.
- 45 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 334–339.

טבלה 1: סיכום הממצאים האמפיריים

קטגוריה		עונש פסילה ממוצע (חודשים)	
כל הנאשמים		12	
נשפטו בהיעדר		26	
מתייצבים		בסה"כ – 10	
		ללא הסדר – 15	
		מיוצג	14.1
		לא מיוצג	16.7
		בהסדר – 8.1	
		מיוצג	8.1
		לא מיוצג	8.2
		רמת שכרות נמוכה ⁴⁶	התייצבות
היעדרות	21.3		
הגיעו להסדר	73%		
מיוצגים			

בעניין טולדנו דובר בנאשם שלא התייצב למשפטו, ולכן גם היה לא מיוצג ולא הגיע להסדר טיעון. דהיינו, לו היה מתייצב/מיוצג, במיוחד בהתחשב ברמת האלכוהול הגבולית שנמצאה בדמו, סביר כי היה מקבל עונש קל הרבה יותר. סעיף 130(ח) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) קובע כך: "נגזר דינו של הנאשם בחטא או בעוון שלא בפניו, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנידון, לבטל את הדיון לרבות את הכרעת הדין וגזר הדין אם ניתנו בהעדרו, אם נוכח שהיתה סיבה מוצדקת לאי התייצבותו או אם ראה שהדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין" (ההדגשה הוספה – ח"ר ומ"ד). לאור הממצאים שהוצגו החליט בית המשפט המחוזי להחזיר את התיק לבית המשפט לתעבורה על מנת שיבחן אם המציאות שתוארה יצרה עיוות דין. לדברי בית המשפט המחוזי: "על פני הדברים, משמעות הדבר היא שעל הנאשם נגזרו 7 חודשי פסילה בגין הכמות (הגבולית) של האלכוהול, ועוד 17 חודשי פסילה בשל אי-התייצבותו לדין"⁴⁷. נראה כי דברים אלה של בית המשפט המחוזי מחדשים מן הדין הנוהג כפי שהוא משתקף בפסיקת בית המשפט העליון, שפעם אחר פעם דחה את הטענה כי נגרם עיוות דין למי שנגזר דינו לחומרה בעבירת נהיגה בשכרות, בהיעדרו.⁴⁸ נראה כי החלטות אלה של בית המשפט העליון מאופיינות בשלושה: ראשית, הכלל שנקבע בבית המשפט העליון הוא

46 זו רמת השכרות הרלוונטית לפרשת טולדנו, לעיל ה"ש 1 ו-2, שבדמו נמצא אלכוהול על הגבול התחתון של האכיפה (295 מ"ג).

47 לדברי בית המשפט המחוזי: "נדרמה כי יש לשקול את טענות המערער לעיוות דין גם לאור הפער הקיים לכאורה בין הדין הפוזיטיבי לפרקטיקה האכיפתית, באספקלריה של חובת התביעה ובתי-המשפט לאכוף וליישם את הדין הפלילי מתוך גישה שוויונית, ושל הגנה פוטנציאלית מן הצדק, מחמת אכיפה בררנית, העשויה לעמוד לנאשם במקרה שחובה זו הופרה" (ערעור טולדנו, לעיל ה"ש 1).

48 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 335 והאסמכתאות שם. ראו גם מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 948-949, ה"ש 57. שם צוין כי במציאות דינה של בקשת רשות ערעור על חומרת העונש להידחות על הסף.

כי רק במקרים נדירים מאוד תתקבל טענה של עיוות דין במקרה של אי-התייצבות.⁴⁹ שנית, החלטות אלה התמקדו בחשש מפני הרשעת החף במובן הצר ולא עסקו ברזולוציה של חומרת העונש (אי-הרשעת החף במובן הרחב).⁵⁰ שלישית, בית המשפט העליון לא התייחס לנתונים אמפיריים שאליהם התייחס בית המשפט המחוזי. פסיקה זו של בית המשפט העליון היא שעמדה לנגד עיני בית המשפט לתעבורה לאחר שהתיק הוחזר אליו.

בית המשפט לתעבורה אומנם החליט לבטל את פסק הדין, אך עשה זאת מסיבות שאינן קשורות בפערי ענישה.⁵¹ לעניין פערי הענישה כתב בית המשפט: "אין אני שותף למשקל אותו מייחס בית המשפט המחוזי לסטטיסטיקה אשר מראה כי קיים פער בענישה בין המתייצבים לדיונים ובין אלו הנעדרים מהם. כך גם אין אני רואה חשיבות לנתון הסטטיסטי לפיו קיים לכאורה פער ענישתי בין המגיעים להסדר טיעון ובין אלה שאינם מגיעים להסדר (בין אם זכו לייצוג ובין אם לא)". מהאמור משתמע כי כשם שיש פערים בין העונש בהסדר לבין זה שבלעדיו, כך יש גם פערים בין נאשמים שמתייצבים לבין אלה שאינם מתייצבים. דהיינו, כשם שפערי ענישה בעקבות הסדרי טיעון הם דבר לגיטימי, כך פערי ענישה בעקבות אי-התייצבות הם דבר לגיטימי, או לכל הפחות דבר שיש להשלים עימו. לדברי בית המשפט לתעבורה, קבלת הטענה לעיוות הדין בעניין טולדנו תוביל למציאות שבה כל נאשם יוכל שלא להתייצב למשפטו, ולאחר מכן לטעון כי נגרם בעניינו עיוות דין – מציאות שאין לקבלה. לפי המבחן שהצענו על בסיס ספרו של גוט זו בדיוק השאלה שאותה יש לשאול: האם יש להשלים עם המציאות כפי שהיא (או שמא, כדברי בית המשפט לתעבורה, דווקא המציאות החלופית היא שלא ניתן להשלים עימה)?⁵²

49 ראו ההלכה המנחה לעניין זה: רע"פ 9142/01 איטליא נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 793 (2003).
50 ראו למשל רע"פ 1516/15 נקישוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.3.2015). במקרה זה הורשע הנאשם בהיעדרו, ונגזרו עליו 24 חודשי פסילה, נוסף על עונשים נלווים. בית המשפט העליון חזר והדגיש בהחלטתו לדחות בקשה לביטול פסק הדין כי אי-התייצבות מחמת שכיחת מועד הדיון אינה מצדיקה ביטול פסק הדין. לגופו של עניין ציין בית המשפט כי המבחן לעיוות דין הוא סיבתיותוצאתי, וכי על המבקש להוכיח כי הפגם בהליך הגדיל את הסבירות להרשעת שווא (שם, פס' 8). המחשה נוספת לתפיסת המונח "עיוות דין" על ידי בית המשפט כמתייחס למובן הצר (דיכוטומיה אשם-זכאי), ניתן לראות במ"ח 1340/16 אזכרגה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2016). באותו מקרה הוגשה בקשה למשפט חוזר. הנאשם טען כי עיוות הדין מתבטא בנשיאתו עונש מאסר בפועל, אולם היה ראוי להטיל עליו עונש בעבודות שירות בלבד או אפילו מאסר על תנאי: "לדיו של המבקש, הפער בין העונש שהוטל עליו לבין ריצוי עבודות שירות או הארכת המאסר המותנה הוא פער של ממש, המקים חשש לעיוות דין חמור" (שם, פס' יד). אף שדובר בפער חמור ואיכותי, לא רק במשך העונש אלא גם בסוגו (מאסר בפועל לעומת עונשים אחרים), דחה בית המשפט את הטענה בדבר עיוות דין על סמך הנימוק כי "לא עלה בידי המבקש להוכיח כי נפל פגם בהרשעתו בעבירה" (שם, פס' כד). להרחבה אודות אי-הרשעת החף במובן הרחב, ראו בהמשך פרק ב.4.

51 בית משפט השלום נעתר לבקשה לבטל את פסק הדין, בהתנתו את הביטול בהפקדת הנאשם הוצאות בסך 1,500 ש"ח. הנימוק של בית המשפט לביטול היה חשש לעיוות דין בשל כשלים ראייתיים שהנאשם טען להם. ייתכן כי רצונו של בית המשפט לתעבורה להלך בין הטיפות – להחליט לפי הדין הנוהג עם הרצון שלא להתנגד חזיתית לבית המשפט המחוזי – הוא שהוביל להחלטה בעניין טולדנו, לעיל ה"ש 2.

52 יצוין כבר עתה כי דעתו של טננבוים, בהתבסס בין היתר על ראיונות עם בעלי מקצוע מתחום המשפט, היא כי המצב הקיים אינו תקין, וכי יש לפעול במהירות לשינויו (טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 353, 360).

לפי הנמקת בית המשפט לתעבורה וההיקש שעשה מהסדרי טיעון, נתחיל באפיון פערי ענישה בהסדרי טיעון; לאחר מכן נסביר מדוע הם אינם דומים לפערי הענישה בשל אי-התייבשות; לבסוף – מדוע קשה להשלים עם פערי הענישה האחרונים.

2. פערי ענישה בעקבות הסדרי טיעון

הנחנו כנקודת מוצא כי אכן הסדרי טיעון הם דבר מקובל וגם ראוי. לכן ננסה לבחון בקצרה מה המאפיינים וההצדקות העיקריים של מוסד זה. כפי שנראה, מדובר במוסד הסכמי אשר מאפשר לצדדים בהליך להתפשר במקרים של חוסר ודאות.⁵³ שיקולי יעילות מערכתיים ושיקולים נוספים תומכים בכיבוד הסכמה זו.

בהסדר טיעון הנאשם מסכים להודות באשמה ולשאת בעונש,⁵⁴ והתביעה מסכימה לבקש מבית המשפט לגזור עליו עונש קל יחסית בעבירה שבה הוא נאשם, או אפילו להמיר את סעיף האישום לסעיף מקל.⁵⁵ בכך הצדדים חוסכים את משאבי ניהול ההליך ומגדירים את הסיכונים שלהם מבלי שיש פגיעה בתוחלת הסיכון הכללית שבה הם נושאים.⁵⁶ מבחינת הנאשם, הוא מפסיד את הסיכוי שניהול ההליך המשפטי היה מביא לזיכויו, אך בתמורה מרוויח את הסיכון שבהרשעתו ובגזירת עונש חמור מזה שהסכים לשאת בו.⁵⁷ תמריצו של הנאשם מצוי ברצון להימנע מסיכון בעל תוחלת גבוהה, אשר יכול לנבוע מסיכויי הרשעה גבוהים, מעונש חמור שהוא צפוי לקבל אם יורשע או משניהם יחד. מבחינת התביעה, מדובר בתמונת ראי. היא מבטלת את הסיכון של זיכוי הנאשם בסוף ההליך אך מפסידה את

53 טענה כי הגישה הראויה להסדרי טיעון היא הגישה החוזית – גם בכלל וגם לשם התמודדות עם הפרות של הסדרי טיעון – ראו Michael D. Cicchini, *Broken Government Promises: A Contract-Based Approach to Enforcing Plea Bargains*, 38 N.M. L. REV. 159 (2008) כמו כן ראו Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L.J. 1909 (1992).

54 אף שלמעשה מדובר בהודאה רק "בעובדות המהוות עבירה" (ס' 67(2) לחוק סדר הדין הפלילי).

55 בהקשר של עבירת הנהיגה בשכרות טננבוים מציין כי הנימוק המרכזי של התביעה בהסדרי טיעון הוא "קושי ראייתי", נוסף על ההצדקות הכלליות להסדרי טיעון. עם זאת הוא עומד על כך שברור לכל המעורבים כי מדובר בטענה פורמלית בלבד, שנועדה לעקוף את עונש המינימום אשר נראה לצדדים כלא צודק: "הסדרי-הטיעון נכרתו משום שעונש-המינימום נראה לשחקנים לא-מידתי ולא-צודק [...]". ועוד, "אולם בפועל כל שחקני המערכת משתפים פעולה על-מנת 'לעקוף' את דרישות המחוקק וביט-המשפט העליון, משום שאלה נראות להם לא צודקות ולא-ישישיות" (טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 322, 354).

56 לכן ככל שיש חשיבות לתוחלת סיכון זה גם מבחינה מערכתית, כגון בקשר למטרות הענישה השונות, בכפוף לנתונים הנוגעים לשנאת ואהבת סיכון, תוחלת זו אינה משתנה. לעיסוק בהשפעת תוחלת הסיכונים על התנהגות של עבריינים פוטנציאליים אגב הסוגיה הכללית של הניתוח ההתנהגותי של המשפט הפלילי ראו Alon Harel, *Behavioural Analysis of Criminal Law: A Survey*, 2 BERGEN J. CRIM. L. & CRIM. JUST. 32, 40 (2014).

57 ראו למשל רע"פ 6259/16 ברקוביצי נ' מדינת ישראל פ"ס 3 (פורסם בנבו, 17.8.2016), שם צויין כי הנאשם [...] הודה על מנת להגיע להסדר טיעון, מחשש לעונש כבד". לאמיתו של דבר, הנאשם מפסיד גם את הסיכוי שניהול ההליך היה מביא להרשעתו, אך עם עונש נמוך מזה שהסכים לשאת. עם זאת, שני הצדדים יוצאים מנקודת הנחה כי ככלל, הרשעה מביאה לעונש חמור יותר. בכל מקרה, תוספת זו אינה מוסיפה לאנליזה ולכן השמטנו אותה.

הסיכוי בהרשעה וגזירת עונש חמור יותר.⁵⁸ תמריצה של התביעה מצוי ברצון להימנע מסיכון בעל תוחלת גבוהה, אשר יכול לנבוע מסיכויי זיכוי גבוהים, מעונש מקל שצפוי להיגזר במקרה של הרשעה או משניהם יחד. לו היה מדובר בסיכויים וסיכונים ברורים וחד-משמעיים, לא היו מגיעים הצדדים לידי הסכמה. כמו בכל הסכם, היכולת להגיע להסכמה נובעת מהערכות שונות בנוגע למציאות, או לחלופין משנאת/אהבת סיכון שונה באשר לכל אחת מהחלופות או שילוב של השניים.⁵⁹

טבלה 2: סיכונים וסיכויים בהסדרי טיעון

נאשם	תביעה	
סיכוי (הפסד)	סיכון (רווח)	זיכוי
סיכון (רווח)	סיכוי (הפסד)	הרשעה

כעת לעניין השיקולים המצדיקים הכרה במוסד הסדרי הטיעון. לא די בכך שהסדר טיעון מבטא את הרצון/האוטונומיה של הצדדים כדי להצדיק הכרה בו. הרי יש מצבים שבהם הדין אינו מכיר באוטונומיה של הצדדים, כגון הרצון שלא לחגור חגורת בטיחות, הרצון לצרוב סמים, הרצון לנסוע מעל המהירות המותרת ורצונות רבים אחרים אשר יש בהם פוטנציאל לפגיעה עצמית או באחרים. מעניין כיצד דווקא בהקשר הפלילי – שבמסגרתו נתון לערך אי-הרשעת החף מעמד נעלה – אנו מכירים בהסדרי טיעון.⁶⁰ נדמה כי ניתן להצדיק את ההכרה בהסדרי טיעון דרך הפריזמה של הודאת הנאשם באשמה⁶¹ והנובע ממנה. ראשית, הודאה נחשבת ל"מלכת הראיות", בהסירה ספק מאשמת הנאשם, או לכל הפחות בצמצמה את החשש מפני הרשעת חף.⁶² שנית, ההודאה משקפת קבלת הנאשם

58 ברור כי לא אמורה להיות "תחרות", שבה התביעה מנסה "להבקיע" עונש גבוה ככל שניתן, אך באופן עקרוני, הצדדים כן נמצאים במתח ומושכים לכיוונים נגדיים. לכן, למען הפשטות, הנחנו כי הנאשם שואף להוריד את העונש למינימום האפשרי והתביעה מנסה להעלות את העונש ככל שניתן.

59 למשל, הנאשם מעריך כי סיכויי הרשעתו עומדים על 75% וכי הסיכוי לקבל עונש מאסר במקרה של הרשעה עומד על 50%. לכן, הסיכוי שיקבל עונש מאסר לשיטתו, עומד על 37.5%, אולם הפחד שלו מפני מאסר הוא כה משמעותי, עד שהוא גורם לסיכון זה להיראות בעיניו משמעותי יותר מאשר הסיכוי שלא יקבל עונש מאסר. לעומת זאת התביעה מעריכה את הסיכויים/סיכונים באופן דומה, אולם היא סבורה כי עונש מאסר הוא כה משמעותי והיא חוששת מכך שלא ייגזר עונש מאסר, עד ש-37.5% סיכוי הופכים בעיניה לנמוכים הרבה יותר. הערכות אלה מאפשרות לצדדים "להיפגש באמצע".

60 זאת בייחוד במקרים שבהם ההסדר החקיקתי מעביר את הכוח לידי התביעה, כך שהיא זו למעשה הגוזרת את הדין, כפי המציאות שנוצרה כתוצאה מעונש המינימום בעבירת הנהיגה בשכרות. ראו טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 348–349. אגב, אנו מניחים כי גוט אינו טוען שמוסד הסדרי הטיעון הוא מוסד בלתי לגיטימי.

61 למרות שמדובר כאמור בהודאה רק ב"עובדות המהוות עבירה" (ס' 67ה(2) לחוק סדר הדין הפלילי).

62 זאת למרות סדקים שנתגלו במעמדה. ראו בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245 (2005). עם זאת יש לציין כי יש נתונים המראים שהנכונות של חפים מפשע להסכים להסדרי טיעון היא פחותה מזו של אשמים, גם בהיתן אותם סיכויים וסיכונים. ראו אורן גול-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים לט 115 (2009).

אחריות על מעשיו, שהיא צעד הנחשב ראוי ומצדיק הפחתה בעונש.⁶³ שלישית, הודאה זו מייתרת את הצורך לנהל הליך משפטי ארוך ויקר, ולכן חוסכת עלויות.⁶⁴ שיקולי יעילות טיפוסיים המצדיקים את מוסד הסדרי הטיעון הם חיסכון בזמן שיפוטי, מהירות ההליך, משאבי התביעה המוגבלים ועוד שיקולים כלכליים או מעין-כלכליים.⁶⁵ לבסוף, למול חשש מפני הסכמת חפים להסדר טיעון, יש טענות המגובות גם בממצאים אמפיריים, כי הסיכוי שחפים יסכימו להסדר נמוך מזה של אשמים.⁶⁶

הנחת המוצא כאמור היא כי מוסד הסדרי הטיעון הוא לגיטימי למרות הפערים שהוא יוצר. למעלה מן הנדרש, נמחיש זאת בקצרה גם בהשלכת הבחינה הארבע-שלבית שהצענו על מוסד זה: (1) קיים פער ענישה; (2) אך הפער הוא מוצדק ומשקף שוויון מהותי – המנגנון של הסדרי טיעון הוא מנגנון הסכמי המוצא הצדקה באוטונומיה של הצדדים.⁶⁷ הוא מבוסס על ההנחה שיש לגיטימציה בקניית סיכונים (גם בהקשר של ענישה פלילית). החלטה לקנות סיכון היא לגיטימית כשם שהחלטה שלא לקנות סיכון היא לגיטימית; (3) המנגנון אינו פוגע בערכים המקדמים את הלגיטימיות של המערכת – הסדרי טיעון מתקבלים בגלוי ובהחלטה מודעת. כפי שיתואר להלן, לא כך נוצרים פערי הענישה בהיעדר התייצבות; (4) קיימת נכונות (ואף רצון) של המערכת להשלים עם קיומו של פער ענישה

63 ראו והשוו ס' 40 יא לחוק העונשין, המאפשר לבית המשפט בעת גזירת הדין להביא בחשבון נסיבות מקלות כגון "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו".

64 מוסד הסדרי הטיעון הוא תולדה, במידה רבה, של הסחבת המשפטית המודרנית שהתפתחה במדינות המשפט המקובל, למן המאה ה-19. להתפתחות מוסד זה ראו John H. Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, 13 L. & SOC'Y REV. 261 (1979) ראו גם Albert W. Alschuler, *Plea Bargaining and Its History*, 79 COLUM. L. REV. 1 (1979). "מן המפורסמות הוא שהסדרי טיעון חוסכים למערכת המשפט ולנאשם כאחד זמן ומשאבים רבים, ויש אינטרס ציבורי ומשפטי בקיומם" (מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 965 והאסמכתאות שם). אינטרסים אלה חשובים דיים כדי להצדיק חריגה מהעיקרון של אחדות הענישה. עוד לעניין השיקולים התומכים במוסד הסדרי הטיעון (לכל הפחות כהכרח בל יגונה), ובהן השיקול של חיסכון במשאבים, ראו ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו. 18.7.2012): "לא ניתן להתעלם מכך שהפרקטיקה של הסדרי טיעון מביאה לחיסכון במשאבים הרבים המושקעים בניהולו של הליך פלילי מורכב וממושך, לרבות העדת עדים וקורבנות, ויש לה ערך מוסף בהיבט לקיחת האחריות על ביצוע המעשים הפליליים מצד העברייני [...]".

65 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 349 וההפניות שם.

66 מבחינה תאורטית טיעון זה מתבסס במידה ניכרת על ההנחה המוקשית של מערכת משפט כמעט נטולת כשלים (Frank H. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, 101 YALE L.J. 1969, 1970, (1972). למרות זאת ממצאים אמפיריים תומכים בכך שחפים נכונים פחות להסכים להסדרי טיעון בשל תפיסות של הוגנות (Avishalom Tor, Oren Gazal-Ayal & Stephen M. Garcia, *Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 97 (2010). לסיכום מקיף של טענות ומחקרים רבים באשר להסדרי טיעון ראו LINDSEY DEVERS, BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, *PLEA AND CHARGE BARGAINING: RESEARCH SUMMARY* (2011). <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>.

67 Scott & Stuntz, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1913–1914. מעניין כי דווקא בשל האוטונומיה של הנאשם שיטות משפט ביבשת אירופה נהגו לדחות את השימוש בהסדרי טיעון בשל חוסר השוויון ביחסי הכוחות בין התביעה לבין הנאשם באופן המעורר חשש כי הסדר הטיעון לא יהיה ביטוי לאוטונומיה של הנאשם אלא תולדה של כפייה. ראו גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 78–79, ה"ש 149 והאסמכתאות שם.

שנוצר בשל הסדרי טיעון. הרי אם לאחר הרשעה יוכל נאשם להתחרט אף שבחר במודע לנהל הליך, לא תוכל המערכת להתנהל בסבירות.⁶⁸ במקרה כזה הנאשם יכול לקבל עונש מופחת בלבד (במסגרת הסדר טיעון, גם אם יתקשר בו אחרי הרשעתו וקבלת עונש חמור) או להיות מזוכה. במציאות זו אף לא נאשם אחד יסכים להסדר טיעון, שכן אין לו מה להפסיד מניהולו של הליך. הוא ינהל הליך, ואם התוצאה אינה לרוחו, יתחרט ויבקש הסדר – כל זאת בתוך כדי בזבוז משאבים שראוי שיוקצו לנאשמים אחרים. משמעות הדבר כי גם אם תחושנו הראשונית היא שנגרם עוול למי שלא הסכים להסדר טיעון ונגזר עליו עונש חמור, המערכת מחייבת כי נאשם שבחר להסתכן במודע, צריך לשאת בסיכון אם הוא מתממש.⁶⁹

לסיכום: הסדרי טיעון חוסכים למערכת המשפט משאבים אדירים, ובכך מספקים לה תמריץ ניכר להכיר בהם משיקולי יעילות. לצד זאת יש גם שיקולי צדק התומכים בהכרה בהסדרים אלה, הנגזרים מבחירה מודעת של הנאשם להודות באשמה: צמצום החשש מהרשעת חף, קבלת הנאשם אחריות עליו ומתן תוקף לאוטונומיה של הנאשם שבחר לקבל ענישה ודאית אך מופחתת. נוסף על כך תוחלת הסיכון נשארת דומה, ולכן אם יש חשיבות לתוחלת זו מבחינה מערכתית (כגון משיקולי הרתעה) היא אינה נפגעת. מסיבות אלה הסדר טיעון טיפוסי הוא דבר לגיטימי, על פערי הענישה האינהרנטיים שהוא יוצר, לעומת נאשמים שבוחרים לנהל הליך. יש להניח כי החלטת בית המשפט לתעבורה בפרשת טולדנו עניינה בהשוואה להסדרי טיעון טיפוסיים מסוג זה. לדעתנו, כפי שיוסבר מיד, מדובר בהשוואת שונים.

3. היעדר התייצבות לעומת הסדרי טיעון

המאפיינים שבאים לידי ביטוי בסיטואציה שבה נאשם מתלבט אם להסכים להסדר טיעון אינם באים לידי ביטוי דומה במקרים שעניינם עצם התייצבותו של הנאשם למשפט. חלק מהמאפיינים חסרים כליל (אוטונומיה, קבלת החלטות מדעת), ואילו לאחרים שמתקיימים (הודאה באשמה, חיסכון בעלויות או סוג הענישה) יש השלכות הפוכות. ההקבלה בענייננו היא בין הסדרי טיעון לבין התייצבות למשפט בגין נהיגה בשכרות מצד אחד – אלה מקילים את העונש; ובין אי-התקשרות בהסדר טיעון (ניהול הליך) לבין אי-התייצבות למשפט מצד שני – שני אלה מובילים לענישה מחמירה.

ראשית, לעניין מאפיין האוטונומיה/הבחירה: בשונה ממוסד הסדרי טיעון, אשר ידוע כי הוא מוביל לענישה מקילה, אין קיים "מוסד ההתייצבות" אשר אמור מטיבו להוביל לענישה מקילה. מדובר במצב שאינו גלוי או מוצהר – נדרשו המחקרים האמפיריים שלעיל כדי שייחשף. על כך יש להוסיף כי סביר שבמרבית מקרי היעדר ההתייצבות מדובר בנאשמים ממעמד חברתי-כלכלי נמוך, אשר תדיר אינם מודעים למצבם המשפטי, ואין להם

68 ראו עניין ברקוביץ', לעיל ה"ש 57. שם הורשע הנאשם לפי הסדר טיעון ונגזר עונשו, ולאחר מכן ביקש הנאשם לחזור בו. בית המשפט דחה את בקשתו, בשים לב שמדובר בהסדר טיעון שהוא תולדה של התדיינות ממושכת בין הצדדים, "תוך מעורבותו ומודעותו של המבקש לכלל הנסיבות והנתונים" (שם, פס' 4; ההרגשה הוספה – ח"ר ומ"ד).

69 בהשאלה מדיני החוזים, מדובר ב"טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה", אשר אינה מאפשרת לטועה לבטל את החוזה. ראו ס' 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

עורך דין שיכול להזהיר אותם בדבר השלכות מעשיהם.⁷⁰ אם בעת הזמנת הנאשם למשפט היו רשויות התביעה מוודאות שהנאשם מודע לכך שדינו ייגזר לחומרה מחמת היעדר התייצבות, ועוד בפער ניכר, סביר יותר כי היה מתייצב למשפטו. ענישה מחמירה יותר "מתחת לרדאר" בגין היעדר התייצבות שקולה לאי-יידוע נאשמים בדבר האפשרות להסכים להסדרי טיעון באופן שאינו מאפשר לנאשמים לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים. ניתן לדמות זאת למעין בחירה לא מודעת לנהל הליך (אם בכלל ניתן לדבר על בחירה אמיתית שהיא לא מודעת) במקום להסכים להסדר טיעון.

נניח למשל נאשם שאינו מיוצג, ולכן אינו מודע לקיומם של הסדרי טיעון. הוא מנהל הליך משפטי, מורשע, ונגזר עליו עונש חמור מזה שהיה מקבל אילו היה מסכים להסדר טיעון. תחושת הצדק במקרה זה אינה דומה לתחושה הנוצרת במקרה שבו הנאשם בחר במודע שלא להסכים להסדר. ניקח דוגמה ציורית: נניח כי לפני תחילת המשפט התביעה מניחה על שולחנו של הנאשם פתק שבו היא מציעה לו הסדר טיעון עם עונש קל, אך הפתק נופל אל הרצפה או אפילו נחטף בידי מישהו המעוניין שהנאשם יישא בעונש חמור, וכך הפתק אינו מגיע לידי הנאשם, ומתנהל הליך משפטי שבסופו נגזר על הנאשם עונש חמור. נדמה כי במקרה זה נגרם עוול לנאשם, ודאי עוול חמור מהעוול שנגרם לנאשם אשר קרא את הפתק, מסרב להצעה ובוחר במודע שלא להסכים להסדר. העובדה כי לכתחילה נשללה (או אפילו הוסתרה) מהנאשם בטעות האפשרות להסכים לענישה מופחתת שוללת ממנו את זכות הבחירה אשר לה חשיבות מכרעת הן במשפט האזרחי⁷¹ והן במשפט הפלילי.⁷² ניתן כמובן לטעון כי גם במקרה של היעדר מודעות הנאשם לקיומם של הסדרי טיעון לא נגרם עוול, שכן אין לאיש זכות אפריורית להסדר טיעון.⁷³ גם אם טענה זו נכונה, היא מתייחסת בעיקר לשיקולים מעשיים שבגינם ייתכן שלעוול שנגרם לא תהיינה תוצאות

70 מהמחקרים עולה חשש של ממש שעונש המינימום בעבירות נהיגה בשכרות פוגע בחלשים שאינם מיוצגים משפטית יותר מבאחרים (מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 965, 972; טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 358), גם בהנחה שעורכי הדין מודעים למציאות. הנחה זו אינה נקיה מספקות, לפחות כשמדובר בעורכי דין שאינם ותיקים במיוחד.

71 בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526, 570–582 (1999), בית המשפט העליון הכיר בכך שפגיעה בזכות הבחירה – באוטונומיה – היא נזק בר-פיצוי. עיקרון זה מיושם בבתי המשפט בעיקר בהקשרי רשלנות רפואית, אך הוא יושם גם בהקשרים אחרים, כמו ב"פרשת הסיליקון בחלב": ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673, 681–682 (2003).

72 למעשה, ניתן להתבונן על הענישה הפלילית דרך האוטונומיה של העבריין. הכלל הוא שחוק העונשין דורש "מחשבה פלילית" על מנת להעניש, קרי שהעבריין יהיה מודע למעשיו (ס' 19 לחוק העונשין). דרישה זו ל"מחשבה פלילית" כתנאי לענישה גם היא נובעת מכיבוד האוטונומיה של העבריין. אם הנאשם אינו מודע למעשיו, אין הצדקה להענישו. אם לעומת זאת הוא מודע למעשיו ובוחר לעשותם בכל מקרה, יש "לכבד" את בחירתו ולהענישו בהתאם. ניתן כמובן לטעון כי יש לדרוש מודעות לא רק למעשה אלא גם להיות המעשה עבירה. להרחבה ראו אלעד רום טעות בחוק הפלילי (2015). אולם אין חולק כי יש למודעות חשיבות, ללא קשר לנושאה.

73 Judge Peter J. Messitte, *Plea Bargaining in Various Criminal Justice Systems* (May, 2010), https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/11th_conference/Peter_Messitte_Plea_Bargaining.pdf, הוצג בכינוס השנתי ה-11 בנושאי משפט ומדיניות במדינות אמריקה, אשר נערך באורוגוואי ב-17–18 במאי 2010.

מעשיות. אם הסיבה שהנאשם לא הסכים להסדר הייתה תקלה "טכנית", ונאשמים רבים אחרים דווקא זכו לאפשרות להסכם, מדובר בפגיעה בערכים המשניים של גישה למידע ועקרון המובנות, אשר מלמדת על פגיעה בערכים הראשוניים של רציונליזציה של ההליך והגינות דיונית. זהו ודאי שיקול התומך בקיומו של חוסר צדק.⁷⁴

להיעדר הבחירה האוטונומית במקרה של נאשם שאינו מתייצב יש השלכה על כל הנוגע לחשש מפני הרשעת החף. בכל הנוגע להסדרי טיעון ציינו גם את הטענה כי נאשם אשר מודה ומסכים לקבל עליו עונש, הסיכוי שהוא אכן אשם גדול יחסית.⁷⁵ דווקא היפוכו של דבר הוא הנכון במקרים של היעדר התייצבות בנסיבות שבהן הנאשם אינו מודע כלל להשלכות של אי-התייצבותו.

שנית, לסוג הענישה בהסדר טיעון – ענישה ודאית אך מופחתת: כפי שצוין לעיל, הסדר טיעון הוא מצב של החלפת סיכונים במצב של חוסר ודאות. הנאשם עושה שקלול תמורות (Trade-Off) בין חומרת הענישה לבין הסיכוי שלה, וכך תוחלת הסיכון נשארת דומה (שאם לא כן סביר כי התביעה לא הייתה מסכימה להסדר). בהסכמה להסדר טיעון נאשם מוותר על הסיכוי שיזוכה ונגזר עליו עונש כמעט בוודאות, אך העונש יהיה קל יחסית. אם הוא בוחר לנהל את משפטו, הוא מסתכן בענישה מחמירה, אבל יש סיכוי שלא יקבל עונש כלל. לעומת זאת לא רק שהיעדר התייצבות מוביל לענישה מחמירה, אלא שענישה זו היא כמעט ודאית. זאת אומרת, נאשם שאינו מתייצב אינו מחליף סיכון־סיכוי אחד בסיכון־סיכוי אחר אלא צובר שני סיכונים/חסרונות. למעשה, הוא נענש פעמיים.

טבלה 3: רווח והפסד בחתך הסדר טיעון, התייצבות ואי-התייצבות

הסדר טיעון	התייצבות	אי-התייצבות
ענישה מקילה	ענישה מקילה	-----
	ענישה לא-ודאית	
ענישה ודאית	-----	ענישה מחמירה ענישה ודאית

שלישית, שיקולי יעילות וחיסכון במשאבים, אשר תומכים בהכרה בהסדרי טיעון, הם הפוכים במקרים שענינם התייצבות. לפי שיקולים אלה, דווקא אי-ההתייצבות היא שצריכה

⁷⁴ יובהר כי בעניין טולדנו, לעיל ה"ש 2, לא הייתה סיבה מוצדקת לאי-התייצבותו של הנאשם. אם אי-ההתייצבות למשפט הייתה מוצדקת, אזי ממילא אין מתעוררת שאלת עיוות הדין, שכן החוק מאפשר לבטל את פסק הדין במקרה כזה. על כן על מנת לזקק את שאלת עיוות הדין כשלעצמו ולהפרידה מסיבת אי-ההתייצבות, נניח כי הנאשם לא התייצב למשפטו במודע. הוא לא שכח את מועד המשפט, ואפילו לא היו לו עיסוקים אחרים, אלא פשוט החליט לא להגיע למשפט. ממילא נפסק כי הכלל הוא כי רק במקרים חריגים יחסית תתקבל טענה שאי-ההתייצבות הייתה מוצדקת. שכחה למשל או מניעה מבירור מועד המשפט אינן סיבות מוצדקות. ראו הלכת איטליא, לעיל ה"ש 49. ראו גם טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 335 וה"ש 34 שם.

⁷⁵ לעיל ה"ש 66.

לזכות לענישה מופחתת. אי-התייצבות שקולה להודאה באשמה.⁷⁶ לכן נאשם שאינו מתייצב מקדם חיסכון בעלויות דיוניות. הדבר נכון במיוחד במשפטים בגין עבירת נהיגה בשכרות, היות שהמסד העובדתי בדרך כלל ברור ואינו מצריך בירור עובדתי מסובך. יתר על כן, המחקרים חשפו גם פרדוקס בכך שבעבירת הנהיגה בשכרות דווקא הסדרי טיעון הם שמאריכים את ההליך, ולכן מבזבזים משאבי מערכת.⁷⁷ לפיכך ענישה חמורה יותר את מי שאינם מתייצבים יוצרת מצב שבו דווקא מי שחוסך משאבים מערכתיים, אפילו יותר ממי שמתקשר בהסדר טיעון, מצבו רע מזה של מי שמתייצב למשפט ואפילו כופר באשמה.

ניתן כמובן לטעון כי חיסכון במשאבים אינו חזות הכול, וכי יש אינטרסים נוספים המצדיקים ענישה מחמירה, כמו למשל עידוד שיתוף פעולה עם הרשויות. לכך נתייחס מיד. הדברים שלעיל נועדו רק להראות כי ההשוואה בין פערי ענישה בעקבות הסדרי טיעון לבין פערי הענישה שנחשפו במחקרים על עבירת הנהיגה בשכרות – אינה במקומה.

בסיכומם של דברים, הענישה בהיעדר הנאשם בעבירת נהיגה בשכרות במשפט אינה דומה לענישה של מי שלא הסכים להסדר טיעון. ראשית, אי-ההתייצבות והענישה שבעקבותיה אינן מבטאות בחירה מודעת של הנאשם, ולכן גם לא קטן החשש מהרשעת חף. שנית, אף שאי-ההתייצבות חוסכת עלויות, והיא מעין הודאה באשמה, אין ענישת הנאשם ודאית מופחתת אלא ודאית מוגברת. גם שיקולי יעילות התומכים בדרך כלל בהכרה בהסדרי טיעון מנוגדים לאלה הנשקלים בעבירת הנהיגה בשכרות. על כן שלא כאמור בעניין טולדנו, אין בלגיטימיות של מוסד הסדרי הטיעון ופערי הענישה הנוצרים בעקבותיו כדי להצדיק גם את פערי הענישה הנגרמים מהיעדר ההתייצבות למשפט. נבחן כעת אם פערים אלה מהווים עיוות דין.

4. פערי ענישה בעקבות אי-ההתייצבות

טענתו של טננבוים במאמרו, המשותפת גם לעורכי דין ולשופטים שאת דבריהם הוא ציטט, היא שהמצב הקיים אינו תקין, וכי יש לפעול במהירות לשינויו. טענותיו מופנות בעיקר כלפי העונש הקבוע בחוק כשלעצמו בלי קשר לקיומם של פערים. לדבריו, פסילת רישיון

76 למעשה מדובר בהודאה בעובדות, לא באשמה (ס' 240(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי), אולם גם בהסדרי טיעון הנאשם מודה בעובדות (ס' 67(2) לחוק סדר הדין הפלילי). לדין מהעת האחרונה בבית המשפט העליון על תכלית סעיף זה ליצור הליך מזוז בעבירות קלות ראו רע"פ 6543/16 נווה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.8.2016). ס' 240(א)(3) לחוק סדר הדין הפלילי מאפשר לדון נאשם בהיעדרו, בתנאי שלא ייגרם לו עיוות דין. בכך הוא מהווה מעין תמונת ראי של ס' 130(ח) לחוק, שבו עוסקת רשימה זו. אולם חיפוש סעיף זה בתוך פסקי דין של בתי המשפט השונים באתר "נבו" לא הוביל לפסקי דין אשר דנו בעיוות דין הנובע מחומרת העונש, בשונה מעיוות דין הנובע מעצם השפיטה בהיעדר. ראו למשל מ"ח 4515/13 זיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.10.2013); עפ"ת (מחוזי מר") 42040-11-10 אבו עראר נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 13.2.2011); ת"ד 10500/06 (תעבורה עכו) מדינת ישראל נ' אשרף (פורסם בנבו, 7.12.2006); שם טענו המערערים-המבקשים-הנאשמים כי עצם השפיטה בהיעדר מהווה עיוות דין בשל אובדן יומם בבית המשפט. יצוין כי בשל הרצת חיפוש באתר "נבו", על כל פסקי הדין המאזכרים את ס' 240(א)(3) לחוק סדר הדין הפלילי, התקבלו 90 תוצאות בלבד.

77 בתיקים שנסתיימו בהסדר, משך ההליך עמד על 14.9 חודשים, לעומת 10 חודשים בתיקים שנסתיימו ללא הסדר (אייזנשטרט ומויאל רמת הענישה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 70).

לשנתיים בגין נהיגה בשכרות, במיוחד ברמות אלכוהול נמוכות, היא ענישה דרקונית כשלעצמה. היא חמורה מהענישה המקובלת במקומות אחרים בעולם, אינה מבחינה בין רמות אלכוהול שונות,⁷⁸ מגדילה את כוחה של התביעה על חשבון כוחו של בית המשפט השקוף,⁷⁹ פוגעת דווקא בחלשים, וכל זאת מבלי לקדם אף אחת מהתכליות המקובלות השונות של הענישה. ולא זו בלבד, היא אף התקבלה כדבר חוק על בסיס הצעות בליווי דברי הסבר קצרים מדי, בלי דיון מעמיק ורציני בסוגיה, והדבר הוביל להטלת עומס אדיר על בתי המשפט ללא הכנה מוקדמת מתאימה.⁸⁰ לדברי גוט, בסיטואציה שבה דבר החקיקה עצמו הוא לא צודק, אין מדובר בעיוות דין בהליך הפלילי אלא במערכת חיצונית לו.⁸¹ אולם קשה להתעלם כליל ממצב שבו דבר החקיקה עצמו הוא לא צודק.⁸² הגם שאין מדובר בהליך הפלילי במובן הצר, נדמה כי נפגעה הלגיטימיות של מערכת המשפט בהקשר זה, גם בלא פערי הענישה. הרי לפי טענתו של טננבוים, כאשר הענישה היא כפי שקבוע בחוק, היא כשלעצמה דרקונית. לכן ניתן להבין את רצון השופטים להימנע מהענישה הדרקונית. אולם הימנעות זו עומדת בניגוד לקביעה המפורשת בחוק. מציאות זו, על פני הדברים היא לקויה מהיסוד, ולכן ייתכן שלא מפליא כלל שהמחקרים חשפו את פערי הענישה שתוארו.

נחזור אפוא לשאלתנו בדבר פערים אלה: האם המציאות שבה מי שאינו מתייצב יהיה "השעיר לעזאזל שיקבל את עונש-המינימום"⁸³ היא עיוות דין? על מנת לבחון שאלה זו ניישם את הבחינה הארבע-שלבית שהצענו לבחינת קיומו של עיוות דין במקרה של פערי

- 78 בהקשר לכך, רק לאחרונה (26.6.2017) אישרה ועדת הכלכלה של הכנסת עקרונית מדרג ענישה חדש בעבירת הנהיגה בשכרות. מדרג זה כולל ארבע רמות ענישה: פסילת מינימום של חצי שנה למי שמורשע ללא דגימה; פסילת מינימום של שנה למי שבגופו יימצא אלכוהול בריכוז של עד פי 1.5 מהמותר; פסילת מינימום של שנתיים למי שבגופו יימצא אלכוהול בשיעור של יותר מפי 1.5 מהמותר ועד פי 3; פסילת מינימום של 3 שנים למי שבגופו יימצא אלכוהול בשיעור של פי שלושה ויותר מהמותר. מדרג זה חמור מזה שהציע טננבוים בוועדה: 3 חודשים, 6 חודשים ו-9 חודשים בהתאמה. ראו סעיף 15 להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 112), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 188. ראו גם "ועדת הכלכלה ממשיכה במאבק בקטל בדרכים: אישרה עקרונית מדרג ענישה חדש בעבירות נהיגה תחת השפעת אלכוהול והשאירה על כנה את הענישה על שימוש בסמים" **חדשות ועדת הכלכלה, הכנסת** (26.6.2017) main.knesset.gov.il/Activity/committees/Economics/News/Pages/pr_260617.aspx. מעניין לציין כי הצעה זו אינה חדשה, אלא הוצעה בידי משרד המשפטים ומשרד התחבורה עוד בשנת 2011. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 342 של הכנסת ה-18, דברי ניר ימין בעמ' 17 (1.11.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/kalkala/2010-11-01.rtf. ראו גם שחר הזלקורן "המדינה תבדיל בין 'שיכור מאוד' ו'שיכור במקצת'" **ynet** 21.7.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4098386,00.html.
- 79 לטענה בדבר היות התביעה מונחית משיקולי משאבים, ולכך שבית המשפט דווקא אינו נוהג כעושה דבר התביעה, ראו אורן גול-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי" **משפטים** מד 835, 837, 880–881 (2015).
- 80 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 343–348, 353–358.
- 81 גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79.
- 82 תפיסתנו היא שקשה לדבר על ענישה דרקונית ללא השוואה כפי שמשחק גם בדברי טננבוים, המשווה לנהוג במקומות אחרים בעולם. לכן אנו מתמקדים בקיומו של פער.
- 83 טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 350.

ענישה: 84 (1) מבחן כמותי – בחינה מספרית של הפער; (2) שוויון מהותי – בחינת לגיטימיות הגורמים המובילים לפער; (3) פגיעה בערכים – בחינת הפגיעה שהפער יוצר בערכים המקדמים את הלגיטימציה של המערכת ושמגדילים את הסיכוי בהשגת תוצאה צודקת; 85 (4) אילוצים מערכתיים – בחינת הנכונות להשלים עם המצב שנוצר בהתחשב בשיקולי יעילות מעשיים ומוסדיים, והצורך לאפשר את תפקוד המערכת. נזכיר כי פערי ענישה פוגעים פוטנציאלית בערכים של הטיית המערכת לטובת הנאשם ושל אי-הרשעת החף במובן הרחב. עובדה זו משליכה על נוקשות הבחינה כולה. כפי שנראה, עיקר הקושי בענייננו טמון בשלב הרביעי.

את שלב הבחינה הראשון אנו צולחים בקלות יחסית. על טולדנו נגזרו 24 חודשי פסילה. בכך הפער בינו לבין העונש שנגזר על כלל הנאשמים הוא 12 חודשים. אולם נדמה לנו כי יש להתייחס גם לפרמטרים נוספים אשר רלוונטיים במקרה של טולדנו. הפרמטר הראשון הוא אי-ההתייצבות, והפרמטר השני הוא ריכוז האלכוהול הנמוך בדם. אשר לפרמטר הראשון: הפער בין עונשו של טולדנו לבין העונש הממוצע שנגזר על נאשמים שמתייצבים הוא 14 חודשים. אשר לפרמטר השני של רמת אלכוהול נמוכה: העונש שנגזר על טולדנו חמור ב-15–18 חודשים מזה שנגזר על נאשמים שהתייצבו, וב-3 חודשים מזה של אלה שלא התייצבו.

טבלה 4: פערי ענישה (התייצבות ורמת אלכוהול)

פער (בחודשים לעומת עונשו של טולדנו)	קבוצת השוואה	
	פרמטר 1	פרמטר 2
12	כלל הנאשמים	
14	---	
18–15	לא מתייצבים	מתייצבים
3		מעט אלכוהול

מתוך הפערים שלעיל הפער היחיד שאינו כה חמור הוא זה של שלושה חודשים. אולם הגם שניתן להשוות את טולדנו לנאשמים אחרים שלא התייצבו ושברדם רמת אלכוהול נמוכה, לא לכך התייחס בית המשפט המחוזי, ונראה כי בצדק. הסיבה היא שהשוואתו לנאשמים אחרים שאינם מתייצבים מניחה למעשה כי הענישה המושתתת על מי שאינם מתייצבים היא פרמטר ראוי להשוואה. אי אפשר להתעלם מהעונשים הקלים בהרבה, אשר נגזרים על מי שמתייצבים למשפטם, במיוחד כשמדובר בנאשמים בעלי מאפיינים דומים לאלה של

84 נזכיר כי סיכמנו את רכיבי הגדרתו של גוט למונח "עיוות דין" כלהלן: סיטואציה של טעות/פגיעה בזכות, הפוגעת בערכים אשר מקדמים את הלגיטימיות של ההליך שמטרתו השגת תוצאה צודקת או מגינים עליה באופן שאיננו נכונים להשלים עם המצב שנוצר, ויש אפוא צורך בתיקון הטעות.

85 הערכים שאליהם התייחס גוט הם בראש ובראשונה חשש מהרשעת חפים מפשע, רציונליזציה של ההליך והגינות דיונית, וערכים משניים, שעיקרם אובייקטיביות המחליט, השתתפות מועילה של הצדדים לדיון, גישה למידע, עקרון המוכנות, נועם התנהלות ההליך, עקביות ויישום שוויוני של החוק, פומביות ההליך וההחלטה, הנמקת ההחלטה, ביקורת ההליך וההחלטה, תזמון פעולות וסופיות הדיון (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 18, 82–83).

טולדנו. לכן בחרנו בשלב זה להסתפק ברזולוציה שלעיל מבלי להתייחס לפרמטרים נוספים כגון ייצוג והתקשרות בהסדר. ממילא פרמטרים אלה קשורים להתייצבות. לכן די בהשוואה שלעיל על מנת להראות כי יש פערים ניכרים ומובהקים סטטיסטית.

כעת לשלב הבחינה השני, הבוחן אם הפער לגיטימי. דומה כי גם אם אי-ההתייצבות אינה הגורם הסיבתי הישיר לפערי הענישה, מבחינה מעשית יש קורלציה בינה לבין ענישה חמורה יותר. רשמית, בתי המשפט אינם מכירים בכך שהיעדר התייצבות מוביל לענישה חמורה יותר. לכל הפחות הכרה כלשהי שכזו אינה מוצאת ביטוי בהחלטות שונות של בתי המשפט. אם כך, נותר לנו לשער מהם השיקולים המניעים את בתי המשפט לפסוק כפי שהם פוסקים.

שיקול שיכול להצדיק החמרה בענישת מי שאינו מתייצב הוא הרצון לעודד התייצבות של נאשמים. התייצבות של נאשם למשפטו היא בבחינת שיתוף פעולה עם רשויות אכיפת החוק, אינטרס שהחוק מכיר בו במפורש כדבר שראוי לשקול בעת גזירת הדין.⁸⁶ שנית, התייצבות של הנאשם מאפשרת לבית המשפט לערוך בירור עובדתי, ולכן להגדיל את הסיכוי להשגת תוצאה צודקת. שלישית, ניתן לומר שאי-ההתייצבות לדיון שנקבע היא הפרה של החלטת בית משפט, ולכן הענישה כוללת מרכיב של ביזיון בית משפט. דעתנו היא כי לא די בדברים אלה כדי להצדיק את פערי הענישה, ודאי לא בחומרה שנתגלתה, מכמה סיבות:

בראש ובראשונה לא נועדה הענישה הפלילית להבטיח התייצבות למשפט. שיתוף הפעולה עם הרשויות הוא לכל היותר שיקול אחד (ולא דומיננטי) מני רבים. ספק רב בעניינו אם רצון לתמרץ התייצבות הוא עיקרון חשוב⁸⁷ מספיק כדי להצדיק הבדלי ענישה כה ניכרים, כפי שהם באים לידי ביטוי בפועל.⁸⁸ לצד זאת יש כלים פוגעניים פחות שניתן

86 ס' 40א(6) לחוק העונשין.

87 "עקרון אחידות הענישה, עם כל חשיבותו, איננו כלל שבלעדיו אין, ובמקרים המתאימים הוא ייסוג מפני עקרונות חשובים אחרים" (ע"פ 8066/15 חנון נ' מדינת ישראל, פס' 24 (16.10.2016); ההדגשה הוספה – ח"ר ומ"ד). כך למשל גם בע"פ 3022/15 גרינשפן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.11.2016), שהוא דוגמה להחמרה בענישה ביחס לשותף לעבירה, בשל שיקולים המצדיקים זאת.

88 עיקרון זה מומחש בחע"מ (שלום אש') 637/08 עיריית אשקלון נ' ביטון (פורסם בנבו, 21.4.2010), שם דובר בנאשם שלא התייצב למשפטו, אך בית המשפט גזר עליו עונש זהה לזה של נאשמים אחרים אשר הגיעו להסדר עם המאשימה. דהיינו, אף שהנאשם לא התייצב בית המשפט מצא לנכון שלא לגזור עליו עונש חמור מזה שהיה צפוי לקבל במסגרת הסדר טיעון, אילו היה מתייצב. נראה כי באותו מקרה גזר בית המשפט עונשים על כמה נאשמים הדומים זה לזה (נהגי משאיות) באותו מועד, מה שהבליט את הקושי בגזירת עונש כבד יותר דווקא על מי שלא התייצב. דהיינו, ניתן לסבור כי אילו היו בתי המשפט לתעבורה גוזרים את דין כל הנאשמים "בחבילה אחת", לא היו מבחינים בין נאשמים שהתייצבו לבין כאלה שלא התייצבו, ודאי שלא הבחנה כה משמעותית. להמחשת נקודה זו גם בהליכי מעצר, ראו מ"ת (שלום ראשל"צ) 69416-09-16 פרקליטות מחוז מרכז נ' ביטון (פורסם בנבו, 6.11.2016), שם דובר בחמש נאשמות: ארבע שוחררו בתנאים, ואחת שוחררה ללא תנאים. בית המשפט השווה את מצבן של ארבע הנאשמות לנאשמת האחת ששוחררה ללא תנאים בהפנותו לפסיקת בית המשפט העליון, המדגישה את חשיבות ההתייחסות השוויונית לנאשמים במצב דומה. עוד בעניין חשיבותה של טענת האפליה בהליכי מעצר ראו גם בש"פ 8347/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.11.2016). באותו מקרה הוגש ערר בידי נאשם אחד מתוך ארבעה אשר לא שוחרר למעצר בית. בית המשפט ציין (שם, פס' 2) כי "טענת האפליה בין נאשמים במסגרת מעצר עד לסיום הליכים חזקה היא", ובהיעדר סיבות מספיקות להבחין בין

להשתמש בהם, כגון הטלת הוצאות, צווי הבאה ועוד, אשר הופכים את השימוש בענישה חמורה ללא מידתית אף יותר. גם הטענה כי התייצבות הנאשם חשובה לשם בירור עובדות אינה מצדיקה החמרה בענישה בהיעדר התייצבות. הסיבה היא שאין התאמה בין האמצעים למטרה. הרי זו סתירה לטעון כי המטרה בעידוד התייצבות היא לברר את העובדות ולעשות צדק, אך באותו זמן להשתמש בכלי המתעלם מאותו צורך שאנו מעוניינים לקדם. לבסוף, גם התבוננות על אי-התייצבות כמעין ביזיון בית משפט אינה מאפשרת להחמיר בענישה. ראשית, מדובר בענישה שאינה ניתנת בגין העבירה, אלא בגין אי-ההתייצבות, מבלי להזהיר על כך מראש. שנית, מדובר בענישה בגין ביזיון בית משפט שלא על פי החוק הרלוונטי.⁸⁹ המסקנה היא כי פער הענישה המספרי הגדול שנמצא⁹⁰ אינו מגובה בהצדקה מהותית. כעת עלינו לעבור לשלב הבחינה השלישי.

בשלב השלישי יש לבחון אם נפגעו ערכים ראשוניים המקדמים את הלגיטימיות של מערכת המשפט הפלילית. ככלי עזר ניתן לבחון פגיעה בערכים משניים וכן את תקינות ההליך. שיטת הענישה בהיעדר התייצבות והפערים שבינה לבין השיטה הננקטת כלפי מי שמתייצבים מדיפים ריח של הליך לא לגיטימי: ראשית, גזירת דינם של מי שאינם מתייצבים "אוטומטית" פוגעת בעיקרון של רגישות המערכת למידע. ניתן לסבור למשל כי אלה שמתייצבים למשפט מצליחים להוכיח לבית המשפט כי יש בעניינם נסיבה מקילה אשר מצדיקה הקלה בעונשם. כאשר נאשמים אינם מתייצבים, בית המשפט אינו מפנים מידע שהיה יכול להקל גם אם מידע זה לא באמת מצריך התייצבות של הנאשם (כגון רמת אלכוהול נמוכה).⁹¹ שנית, הענישה המפלה גם אינה גלויה על פני פסקי הדין ואינה צפויה או מוצהרת מראש. נאשם שאינו מתייצב אינו מוזהר כי אם לא יתייצב מצבו צפוי להיות רע בהרבה ממצבו אם יתייצב. בכך נפגעים הערכים המשניים של שוויון, פומביות ומובנות ההליך, אפשרות הגישה של הנאשם ושל הציבור למידע והחובה לנמק החלטות, ולכן גם היכולת לבקר אותן.

מציאות זו מובילה לפגיעה בערכים הראשוניים שציין גוט. ראשית, נפגעים הערכים הראשוניים של הגינות דיונית ושל רציונליזציה של ההליך, הקשורים זה לזה. ענישה ממוסדת חמורה יותר בהיעדר התייצבות, בלא יידוע נאשמים על דבר סיכון זה מראש, פוגעת בהגינות ההליך הפלילי כפי שהוא משתקף במימרה שלפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".⁹² אי-התייצבות אינה סיבה לענישה חמורה במידה שתוארה, ודאי כאשר אין

מספיקות להבחין בין הנאשמים, הורה לשחרר גם את הנאשם הנוסף למעצר בית.

89 פקודת בזיון בית המשפט.

90 נזכיר כי ברמות האלכוהול הנמוכות הרלוונטיות לעניין טולדנו העונש הממוצע הוא בין כשישה לבין כתשעה חודשי פסילה בקרב נוכחים/מיוצגים; כי על אלה שהתייצבו ולא הגיעו להסדר נגזר עונש של 16.7 חודשים בממוצע; כי על טולדנו נגזר אף עונש חמור מהממוצע שנגזר על אלה שאינם מתייצבים – 21.3 חודשים.

91 בעניין זה מויאל ואייזנשטדט מציינים כי "הספרות המחקרית מלמדת שהחלטה עונשית המתקבלת על סמך הערכה מושגית של מעשה העבירה ובמנותק מידעת נסיבות המקרה ומאפייני העושה חמורה מזו המתקבלת על סמך מידע מלא" (מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 971).

92 באופן המלמד על חשיבות עיקרון זה, ראו ע"פ 6420/10 סלסנר נ' מדינת ישראל פס"ד (פורסם בנבו, 23.8.2011). עוד על חשיבות מודעות הנאשם להליך הצפוי ראו למשל רע"ס (שלום קר) 14810-01-09.

נלווית לזה אזהרה כלשהי. החוק גם מחייב ענישה של 24 חודשי פסילה, ונאשם טיפוסי אינו אמור לדעת שעצם ההתייצבות למשפטו עשוי להפחית את העונש במידה ניכרת.⁹³ נאשמים שאינם מתייצבים ולאחר מכן מגלים כי העונש שקיבלו חמור פי כמה משל נאשמים אחרים, אינם מבינים (ובצדק) במה הם שונים מן האחרים ומרגישים כי נעשה להם עוול. שנית, יש להוסיף כי החוק קובע עונש פסילה מינימלי, אשר אינו אמור להיגזר רק על מי שאינו מתייצב. בכך יש פגיעה גם ביישום שוויוני של החוק. שלישית, עקרון נטיית ההליך הפלילי לטובת הנאשם נפגע אף הוא. עיקרון זה משתקף בנטל הראיה הפלילי, בחזקת החפות ובכללים פרוצדורליים אחרים.⁹⁴ כאשר נאשם מוכיח פערי ענישה, משמעות הדבר כי יש חשש שהמשפט הפלילי לא נטה לטובתו במקרה זה. ניתן אף לומר כי יש פגיעה מסוימת בערך הראשוני של אי-הרשעת החף במובן הרחב. כפי שמציין גוט, נטיית ההליך הפלילי והחשש מהרשעת החף נובעים למעשה זה מזה וקשורים זה בזה בקשר כל ינותק.⁹⁵ אומנם ענישה חמורה מהרגיל הנגזרת על מי שממילא ראוי להרשעה אינה שקולה להרשעת חף, בין היתר בשל "הכתם המוסרי" הנלווה לעצם ההרשעה, אולם אנו סבורים כי לערך של אי-הרשעת החף יש מקום לא רק בדיכויטומיה שבין זכאי לאשם (אי-הרשעת החף במובן הצר) אלא גם כשנגזר עונש חמור מדי (אי-הרשעת החף במובן הרחב). הרשעתו של אדם אינה הופכת את חייו לזולים מחייהם של מי שלא הורשעו. אין לאסור אדם חף מפשע אפילו ליום אחד, שכן יום זה הוא יום אחד יותר מדי. בדומה לזה, גם אין לאסור אדם שהורשע אפילו יום אחד יותר מהנדרש.⁹⁶ כאמור לעיל, שונות כלשהי בין עונשים היא בלתי נמנעת.

עקיבא נ' עירית נהריה (פורסם בנבו, 27.10.2009), שם ביטל בית המשפט גזר דין לאחר שמצא עיוות דין בהשתתפות מאסר תחת קנס מבלי שהנאשם הוזהר לפני כן כי עלול להיגזר עליו עונש מסוג זה. ראו גם ת"ד (תעבורה עכו) 10607/06 מדינת ישראל נ' עזאם (פורסם בנבו, 4.1.2007), שם ביטל בית המשפט את פסק הדין, לאחר שקבע כי הנאשם לא היה מודע לאפשרות כי יישפט בהיעדרו.

93 רלוונטית לעניין זה גם ההתנהלות הכללית סביב עבירות תעבורה ובית המשפט לתעבורה. מן המפורסמות הוא כי התנהלות זו שונה מאוד מבתחומים אחרים במשפט הפלילי. ניתן לחזות בכך בפשטות מתוך התבוננות בנעשה מחוץ לבית המשפט לתעבורה, שם נפגשים הצדדים, ובמקרים רבים ביותר התביעה מסכימה להסדר טיעון מקל מאוד, כמעט אוטומטית. ברור כי מצב זה – שלא התייחסו אליו במאמר – תורם גם הוא למציאות שנוצרה. עם זאת האחריות האולטימטיבית היא על בית המשפט. הוא אשר מחליט אם לאשר את הסדרי הטיעון, והוא אשר אמן על יישום סעיפי החוק וגזירת הדין על פיהם.

94 כפי שמציין גוט, הטיית ההליך לטובת הנאשם נדרשת בשל שיקולים מוסריים וכלכליים כאחד (גוט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 74–77).

95 מאפיינים אלו מכונים יחדיו בשם "אי-הרשעת החף" (שם, בעמ' 82). עוד מציין גוט כי כאשר מדובר בפגיעה בערך של אי-הרשעת החף, נטל ההוכחה המוטל על הטוען לעיוות דין צריך שיהיה מקל יותר. לדבריו, ככלל, מקום שיש פגיעה בערכים המקדמים את הלגיטימיות של הדין הפלילי, על הנאשם להוכיח פגיעה בפועל בערך. אך מקום שבו מדובר בפגיעה פוטנציאלית בערך של אי-הרשעת החף, על הנאשם להוכיח רק אפשרות לזיכויו, ולו לכאורה (שם, בעמ' 91–92, 333–334, 343–344).

96 על מנת להתגבר על הטיית העיגון (Anchoring) אפשר לדמיין שחרור של אסיר מהכלא לאחר 100 ימים, אז הוא הופך לאדם חופשי, אך לאחר מכן מוחזר לכלא ליום אחד נוסף. על הטיית העיגון ראו למשל Gregory B. Northcraft & Margaret A. Neale, *Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions*, 39 ORGANIZATIONAL BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 84 (1987). מדובר במצב שבו בעת קבלת החלטה המחליט

היא ניתנת להצדקה על בסיס נסיבתי, ובעיקר נובעת מהיעדר יכולת להצביע על העונש הראוי ברזולוציה גבוהה. אך כאשר נחשפים פערי ענישה ניכרים ולא מוצדקים יש פוטנציאל כי נפגע הערך של אי-הרשעת החף במובן הרחב, וכי המערכת לא נטתה לטובת הנאשם כפי שנדרש לפי הערכים הראשוניים שעליהם עמד גוט.

נעבור כעת לשלב הבחינה הרביעי, אשר בו יש לבחון את הנכונות להשלים עם המצב שנוצר. בשלב הבחינה הרביעי יש לאזן בין הרצון להשיג תוצאה צודקת במקרה הספציפי לבין שיקולי יעילות מעשיים ומוסדיים אשר מחייבים להתייחס למידת הפער בעונש, לנסיבות יצירתו, להיקפו ולשיטתיותו.

הפערים שנחשפו הם רבים ושיטתיים. פעם אחר פעם בתי המשפט פוסקים עונשים מקילים על נאשמים שמתייצבים למשפטם, אם בשל הסכמתם להסדר טיעון ואם מסיבות אחרות. איננו טוענים לקשר סיבתי ישיר בין התייצבות לבין הענישה, שכן יש פרמטרים נוספים. אולם עובדה היא שהעונש הממוצע שנגזר על נאשמים שהתייצבו אך לא הגיעו להסדר ולא היו מיוצגים, הוא 16.7 חודשים (כאשר העונש הממוצע שנגזר על כלל המתייצבים ללא הסדר הוא 15 חודשים). על פני הדברים נראה כי ההבדל בינם לבין אלה שאינם מתייצבים הוא עצם ההתייצבות. יהא הגורם הישיר אשר יהא, המחקרים חשפו שתי קבוצות מובהקות – קבוצת המתייצבים אשר מקבלת עונשים מקילים לפי החריג המצוי בחוק, וקבוצת הנעדרים אשר מקבלת עונשים חמורים. פער שיטתי זה גם מוביל למצב שבו הנעדרים אינם יכולים לתקוף את גזרי הדין שלהם בערעור, שכן השגיאה בגזר הדין נמדדת ביחס ליתר הנאשמים שאינם מתייצבים. בעניין טולדנו למשל הפער בינו לבין יתר הנאשמים שאינם מתייצבים ושרמת האלכוהול בדמם נמוכה הוא כשלושה חודשים בלבד, פער שעזמו קל הרבה יותר להשלים על מנת לאפשר את תפקוד המערכת. יתר על כן, אם מתעלמים מרמת האלכוהול בדמם, העונש שנגזר על טולדנו קל בחודשיים מזה של יתר הנאשמים שלא התייצבו. אך יצירת שתי קבוצות מובחנות, מבלי שנמצא פרמטר המצדיק את ההבחנה ובאופן המוביל לכך שאחת הקבוצות נושאת בעונשים חמורים מאוד, פוגעת פגיעה חמורה בתפקיד הלגיטימי של המערכת – הגדלת ההסתברות להשגת תוצאות צודקות.

על כך יש להוסיף שיקולי יעילות. ציינו לעיל כי דווקא מי שמתייצב למשפטו, ובמיוחד מי שמתקשר בהסדר טיעון, מאריך את ההליך ומבזבז משאבים, ומי שאינו מתייצב גורם לקיצור ההליך. מערכת משפט עמוסה לעיפה, אשר מענישה בחומרה דווקא את אלה שחוסכים לה משאבים ומעודדת התייצבות, פועלת נגד אינטרס עצמי שלה. הגם שיש שיקולים המצדיקים עידוד התייצבות בעבירת הנהיגה בשכרות, שיקולי יעילות מביאים לידי גזירת עונש מקל יחסית דווקא על אלה שלא התייצבו. שיקול יעילות נוסף התומך בביטול פערי הענישה שנחשפו הוא עלות הביטול. נדמה כי עלות זו היא זניחה. אין בהכרח צורך "להחזיר למפעל" את כל העונשים החמורים שנגזרו או לקבוע אוטומטית שאין לגזור עוד את עונש הפסילה המינימלי. אלא ניתן למצוא פתרון קיצוני פחות אשר יאזן בין הצורך של המערכת להמשיך לתפקד בהכירה בצורך לעודד התייצבות לשיתוף פעולה, לבין הרצון

נתלה בנקודת ייחוס שרירותית אשר תשפיע על הערכת המצב שלו ותשנה אותה לולא אותה נקודת ייחוס.

שלא לפגוע בערכים הראשוניים שצוינו. כך למשל אפשר להוסיף על כל כתב אישום אזהרה באותיות בולטות: "נאשם שאינו מתייצב צפוי לקבל באופן אוטומטי את עונש המינימום הקבוע בחוק – 24 חודשי פסילה רישיון". אם למרות האזהרה נאשם לא יתייצב, יתקשה יותר מאחרים לטעון לעיוות דין, וייתכן שיהיה ראוי להעדיף שיקולים מערכתיים על פני שיקולי צדק נקודתיים. לאור האמור דעתנו היא כי אין להשלים עם פערי הענישה שנוצרו בנסיבות שבהן נוצרו. אולם אין זה סוף פסוק. ציינו לעיל כי עיקר הקושי בתיג הענישה שנגזרה על טולדנו ודומיו כעיוות דין הוא בשלב הרביעי שבו אנו עוסקים כעת. כעת נרחיב בעניין קושי זה, אשר טמון בשלושה שיקולים מעשיים: הבחנה בין אי-התייצבות לבין נסיבות אחרות; מציאת קבוצת ההשוואה הראויה; המשמעות המעשית של ביטול לאחר היעדר התייצבות.

בעניין טולדנו מצא בית המשפט המחוזי עיוות דין (פוטנציאלי) בממצאים של מחקרים אמפיריים אשר הראו פערי ענישה לא מוצדקים לכאורה. אולם החוקרים הצביעו על נתונים נוספים, אשר גם מהם עולה כי יש פערים שנובעים מסיבות שנראות לא הוגנות. כך למשל מצאו החוקרים פערים בענישה בין בתי משפט שונים⁹⁷ (אשר נובעים גם מפערים בסיכוי להגיע להסדר טיעון באותם בתי משפט),⁹⁸ בין שופטים צעירים לוותיקים,⁹⁹ בענישה בין שופטים שונים,¹⁰⁰ פערים הקשורים ברמת האלכוהול בדם,¹⁰¹ במין ובלאום של הנאשם¹⁰² ואף במין השופט.¹⁰³ אם יש לבטל פסקי דין של מי שלא התייצב, האם משמעות הדבר היא שיש לבטל גם פסקי דין של מי שנשפטו בידי שופטים מחמירים או בבתי משפט מחמירים? הרי גם במקרים אלה ודאי לא הזהירו את הנאשם מראש, וודאי שלא נתנו לו זכות לבחור את בית המשפט ואת השופט, ולכן נפגעים ערכי ההגנות, השקיפות, האובייקטיביות וכו'. אך ביטול פסקי דין שבהם פערי ענישה הנובעים מסיבות לא מוצדקות – כגון מין השופט או גילו – לא יאפשרו למערכת להתנהל. ייתכן שמסיבה זו גם פערי ענישה הנובעים מהיעדר התייצבות ראוי שייוותרו.

אך גם אם נתעלם מממצאים המתייחסים לנסיבות שנראות כחיצוניות או כבלתי נמנעות, עדיין קיים קושי באיתור הקבוצה שאליה ראוי להשוות את טולדנו ושכמותו, עקב הרזולוציות השונות וריבוי החתכים שבהם ניתן להתבונן בנתונים:

- 97 ממוצע של 13.9 חודשים בירושלים, 17.9 חודשים בתל אביב, 20.8 חודשים ברמלה ו-30.6 חודשים בבאר שבע (מויאל ואייזנשטדט "פערי ענישה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 955).
- 98 שם, בעמ' 964.
- 99 שופטים חדשים מקפידים יותר משופטים ותיקים על עונש המינימום שבחוק, וגוזרים משכי פסילה ארוכים בכ-4.9 חודשים בהשוואה לשופטים ותיקים (שם, בעמ' 962).
- 100 השופט המקל ביותר גזר עונשי פסילה של 9.4 חודשים בממוצע, והמחמיר ביותר גזר עונשי פסילה של 37.3 חודשים בממוצע (שם, בעמ' 960).
- 101 שם, בעמ' 958, 964–965.
- 102 על נשים מוטלים משכי פסילה קצרים מעל גברים (שם, בעמ' 962). עם זאת, יש לציין כי ביחס למרכיב הפסילה בעונש (בשונה ממרכיב הקנס), למרות שהממצאים הראשוניים הראו הבדלים, במודל הרב-משתני נמצא כי למין ישנה השפעה זניחה (אייזנשטדט ומויאל רמת הענישה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 119).
- 103 זאת בעיקר בכל הקשור לרכיב הקנס שנבדק במסגרת עבירת הנהיגה במהירות מופרזת, ובאופן העולה בקנה אחד עם ממצאים שנמצאו במחקרים קודמים (שם, בעמ' XIV ו-39).

טבלה 5: פערי ענישה בחתכים רבים (התייצבות, רמת אלוהול, ייצוג והסדר טיעון) והשוואה לטולדנו

קטגוריה	עונש פסילה ממוצע (חודשים)	פער (בחדשים לעומת עונשו של טולדנו)
כל הנאשמים	12	12
נשפטו בהיעדר	26	-2
מתייצבים	בסה"כ – 10	14
	ללא הסדר – 15	9
	מיוצג	14.1
	לא מיוצג	16.7
	עם הסדר – 8.1	16
	מיוצג	8.1
	לא מיוצג	8.2
רמת שכרות נמוכה	התייצבות	18
	היעדרות	3

ניתן למשל להשוות את טולדנו ליתר הנאשמים שלא התייצבו. היות שמשך הפסילה הממוצע בקבוצה זו הוא 26 (או 30 חודשים לפי המחקר של מויאל ואייזנשטדט), מצבו של טולדנו דווקא טוב יותר. אולם נדמה כי השוואה לקבוצה זו, אשר כל כולה בעלת פוטנציאל להיכלל בקטגוריית "עיוות הדין", מוזרה מעט. אפשרות אחרת היא להשוות את טולדנו ליתר הנאשמים שלא התייצבו ושבדמם נמצאה רמת אלוהול נמוכה – עליהם נגזר עונש ממוצע של כ-21 חודשים בלבד. על פני הדברים, היות שפער זה אינו שיטתי אלא נקודתי, הליך הערעור הוא המתאים לטיפול בו. אך הליך הערעור אינו צפוי להניב תוצאות, מכיוון שהענישה המושתתת על כל הקבוצה הזו למעשה מוטה, ואין מדובר בסטייה קיצונית מספיק כדי שערכאת הערעור תתערב.¹⁰⁴ על כן הכלי המתאים לטיפול במקרה הוא עיוות דין. אולם הגדרת ענישתו של טולדנו כעיוות דין תוך השוואה לקבוצת הנעדרים עם מעט אלוהול בדמם תמוהה, מכיוון שהיא חרגה (במעט) מהמקובל בקבוצה שענישת כל כולה מעוותת. בהתחשב בהיותה של רמת האלוהול בדמו של טולדנו נמוכה במיוחד, ייתכן כי יש להשוות

104 בפסיקת בתי המשפט נקבע לא אחת כי כדי שהחמרה בעונש תהיה עיוות דין, נדרשת סטייה קיצונית (טננבוים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 40). עוד על חשיבות האחידות בענישה ראו ע"פ 6080/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.12.2016) (שם הפחית בית המשפט את העונש שהוטל על קבוצת עבריינים מסוימת על מנת למתן את הפערים בינה לבין קבוצה אחרת שנענשה בשל מעשים דומים); ע"פ 5065/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנבו, 22.12.2016) (שם ציין בית המשפט, בקשר לענישה (קנס) כי לשיקול של אחידות הענישה "נודעת חשיבות יתרה כאשר דומה שהושתו עונשים המצויים בשני קטביו של מדרג רחב, ללא הבחנה עניינית, על אנשים שביצעו את אותן עבירות באותן נסיבות"); ע"פ (מחוזי נצ') 42878-06-16 סכס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2016) (שם ביטל בית המשפט כתב אישום בציינו כי אכיפה בררנית (חוסר שוויון) עומדת בניגוד לעקרונות של צדק והגיונות משפטיים). מנגד, מעניין לציין כי במקרה הראשון שבו הליך אחד הסתיים בהרשעה של נאשם אחד כמבצע בצוותא בעוד שותפו זוכה, דחה בית המשפט העליון בקשה לדיון נוסף (דנ"פ 7229/16 בן יצחק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.1.2017)).

להשוות אותו לקבוצת הנאשמים שרמת האלכוהול בדמם הייתה נמוכה (בין שהתייצבו ובין שנעדרו) – אלה זכו לעונש של פחות מעשרה חודשים. פער זה גדול יותר בעליל. אפשרות נוספת היא להשוות את טולדנו לקבוצת הנאשמים שעליהם נגזר עונש ללא הסדר טיעון, שמשכו הוא כ-15 חודשים בממוצע (או קרוב יותר ל-19 חודשים לפי הנתונים של מויאל ואייזנשטדט).¹⁰⁵ השוואה זו מעמידה את עונש הפסילה של טולדנו באור סביר, שכן היא מבטאת גם את ההכרה בכך שאי-התייצבות היא אי-שיתוף פעולה עם רשויות האכיפה.¹⁰⁶ השוואה זו מצמצמת קמעה את הפער שפער עונשו של טולדנו. בהשוואה לקבוצה זו יש היגיון, שכן אין סיבה להניח כי טולדנו היה מתייצב ומודה או מתקשר בהסדר טיעון. טולדנו לא התייצב למשפטו, ואף טען לאחריו טענות נגד האישום, ולכן אין לאפשר לו כעת ליהנות מהספק שלפיו היה מודה או זוכה להסדר.

עניין זה מתקשר גם לטענת-נגד נוספת שהעלה בית המשפט לתעבורה, ולפיה אין להשלים עם מצב שבו נאשם יכול שלא להתייצב, ולאחר מכן לטעון לעיוות דין. טענה זו היא בעייתית. נכון כי העלות הדיונית שתיווצר מאפשרותם של נאשמים שנעדרו לטעון לעיוות דין היא גדולה מאוד. אולם היא תהיה זמנית בלבד. מרגע שבית המשפט העליון יקבע כי פערי הענישה שהוצגו הם עיוות דין, סביר כי בתי המשפט לתעבורה יפסקו עונשים לפי ההלכות החדשות. ניתן גם לאזן את העלות שתיווצר בפסיקת הוצאות נגד מי שלא התייצב וכעת מבקש לבטל את פסק דינו. החשש מפני העלות הדיונית שתיווצר הוא גם בעייתי מבחינה מהותית. לא סביר להעניש ענישה מעוותת ולאחר מכן לטעון כי המערכת אינה יכולה להשלים עם מי שמתנגד לאותה ענישה מעוותת. נכון כי לא רצוי לאפשר לנאשם ליהנות מהספק שהתנהגותו הפסולה יצרה, אולם הסנקציה בגין הפסול שבהתנהגות צריכה להתייחס למה שהפך את ההתנהגות לפסולה. קרי, נאשם שאינו מתייצב אכן התנהגותו פסולה, אך הפסול בהתנהגות טמון באי-שיתוף פעולה עם הרשויות ועם מערכת המשפט ואינו מצדיק ענישה חמורה פי כמה. לכן ייתכן כי ראוי לשקול את אי-התייצבותו של טולדנו נגדו, אך רק עד גבול מסוים: פסיקת הוצאות בתוך כדי בחירת קבוצת השוואה שמבטאת את הפסול שבאי-התייצבות למשפט – כגון קבוצה שאינה מגיעה להסדרי טיעון.

מנגד נזכיר כי מבחינת מידת האשם טולדנו נמנה עם אלה שרמת האלכוהול בדמם הייתה נמוכה מאוד, על גבול אי-הגשת כתב אישום. כמו כן הממצאים הראו כי רובם המוחלט של הנאשמים שהתייצבו למשפטם או שהיו מיוצגים הגיעו להסדר טיעון. לכן מבחינה סטטיסטית, אם טולדנו היה מתייצב למשפטו, רוב הסיכויים שהיה מגיע להסדר ונכלל בקבוצה שעונשה הממוצע קל יחסית. ניתן ללכת צעד נוסף ולומר כי היה צפוי שעונשו יהיה קל אף יותר, שכן רוב הסיכויים שהיה מגיע להסדר, ומבין אלה שמגיעים להסדר, ברוב המקרים מדובר בהסדר המתקן את סעיף האישום והמביא לעונש פסילה קל אפילו יותר.

מבין האפשרויות הללו העדיף בית המשפט המחוזי להשוות את טולדנו לקבוצת הנאשמים שהתייצבו למשפטם מבלי להבחין בין אלה שכפרו באשמה לבין אלה שהודו באשמה, אם במסגרת הסדר ואם מחוצה לו. השוואה זו סבירה בהחלט, אך כפי שפורט

105 או מעט פחות אם מוציאים מקבוצה זו את מי שעונשו נגזר בהיעדרו.

106 ס' 40א(6) לחוק העונשין.

בפסקה לעיל, היא אינה האפשרות הסבירה היחידה. בחירה בין קבוצות השוויון השונות היא התלבטות נוספת שבית המשפט צריך להתמודד עימה במסגרת השאלה הכללית של "עיוות דין" בעקבות פערי ענישה. אנו בדעה כי הפערים שהשתקפו – הנובעים מנסיבות שלא הובאו לידיעת הנאשם מראש – מצביעים על חוסר צדק המצריך פעולה לשינויו. ניתן להסתכל על הענישה גם ברזולוציה נמוכה מאוד ובאופן כללי-מערכתי. המצב הגרוע במיוחד שבו נמצא נאשם שאינו מתייצב מאוזן על ידי המצב הטוב במיוחד שבו נמצא נאשם שמתייצב למשפטו. לא זו בלבד שלנאשם שמתייצב צפויה ענישה מקילה, אלא שענישה זו בכלל לא ודאית. לכן על פני הדברים התמונה הכללית מאוזנת. מצבם של מי שאינם מתייצבים הוא רע מאוד, ומנגד, מצבם של מי שמתייצבים הוא טוב מאוד. מה שמפסיד נאשם שאינו מתייצב, מרוויח נאשם אחר שמתייצב. יתר על כן, היות שמרבית הנאשמים מתייצבים למשפט,¹⁰⁷ "כמות הטוב מאוד" עולה לאין שיעור על "כמות הרע מאוד".¹⁰⁸ אולם גם אם התמונה הכללית מאוזנת ואפילו נוטה לכיוון ה"טוב", היא מעוררת קשיים. ראשית, היא מצריכה דיון בשאלה אם ענישה מופחתת אינה "טוב מדי" (נזכיר כי העונש הקבוע בחוק הוא עונש מינימום חובה). שנית, היא הולמת תפיסה תוצאתנית קיצונית יחסית, אשר נותנת לגיטימציה לא אינטואיטיבית לפגוע ביחידים פגיעה ניכרת על מנת לקדם את טובתה של החברה כולה. אומנם יש מקרים שבהם יש לגיטימציה לפגיעה שכזו.¹⁰⁹ הרי אנו עצמנו טוענים כי לפעמים יש להעדיף שיקולים של תפקוד המערכת על פני שיקולי צדק נקודתיים, אולם העדפה זו היא תלוית-נסיבות, ובהן מידת הפגיעה בנאשם הספציפי. נדמה לנו כי העדפה אפרורית של כמות טוב כללית בהתעלמות גורפת ממידת העוול בכל מקרה קונקרטי, במיוחד כשמדובר בפערי ענישה ניכרים כפי שתוארו לעיל, אינה ראויה.¹¹⁰ שלישית, נדרשת בחינה של השפעת הענישה על מטרות הענישה, בחינה שקשה מאוד לעשות.¹¹¹

- 107 לפי ממצאי המחקר של מויאל ואייזנשטדט, רק 3.4% מהנאשמים כופרים באישום (ולשם כך מן הסתם מתייצבים), ו-13.8% מהנאשמים אינם מתייצבים. כל היתר, 82.7%, מתייצבים ומודים באשמה (אייזנשטדט ומויאל רמת הענישה, לעיל ה"ש 30, בעמ' 66, טבלה 9).
- 108 מובן שהנכונות להסתפק ב"איוון" שהוצג תלוי בתורת המוסר שמאמצים, ובתפיסות בדבר המטרות או ההצדקות לענישה. למשל, גישה מוסרית דאונטולוגית לא תכיר בלגיטימיות של ענישה מחמירה את מי שאינו ראוי לכך, גם אם ענישה המקילה על אחרים מפצה על הפער. מבחינת ההצדקות לענישה, אם הענישה מבוססת על שיקולי גמול, שיקולים אלה לא יכירו בלגיטימיות של ענישה קלה או חמורה.
- 109 למשל, אחת ממטרות הענישה המקובלות – הרתעת הרבים – מבקשת להצדיק חלק מהעונש המושט על הנאשם מסיבות שהן חיצוניות לו ולאשמתו המוסרית האישית.
- 110 כבר ציינו (לעיל ה"ש 20) כי אנו מאמצים גישה מוסרית תועלתנית-מאוזנת, דהיינו גישה תועלתנית בעיקרה שבצידה אילוצים דאונטולוגיים.
- 111 נראה כי גישה תוצאתנית היא בעלת הפוטנציאל להכיר באיוון מערכתי מבלי להיכנס לרזולוציה של הענישה בכל מקרה ומקרה. עם זאת הכרה זו מותנית בכך שאכן "כמות הטוב" אכן תהיה מאוזנת. דהיינו, נדרש שהתועלת שתתקבל במציאות של פערי ענישה לא תיפול מהתועלת המתקבלת במציאות שבה אין פערי ענישה לא מוצדקים. תועלת זו תלויה במידה רבה במידת ההרתעה המושגת בענישה. ניתן לטעון כי פערי ענישה מעוותים את ההרתעה, אולם זה נכון רק במקרה שקטגוריה שלמה של מקרים זוכים כמגמה וכצפוי לענישה חמורה או מקילה מדי. עם זאת בהנחה שעברייני אינו יכול לצפות מראש לאיזו קטגוריה הוא ייפול (אם ייגזר עליו עונש חמור או מקל), תוחלת ההרתעה לא תשתנה.

לסיום, נציין כי לא נעלם מעינינו שעל פני הדברים אנו מבקשים למעשה לתקן עיוות ביצירת עיוות נוסף. הרי אנו למעשה טוענים כי ענישה חמורה כדוגמת פרשת טולדנו היא עיוות דין, במיוחד כאשר היא ניצבת מול הענישה המקובלת, ולכן היה ראוי לבטל את פסק הדין. אך גם כך נוצר עיוות. הרי החוק קובע ענישת מינימום של 24 חודשי פסילה. אם כך, לכתחילה נוצרה בעיה בשל גזירת ענישה מקילה מדי, בניגוד ללשון החוק המפורשת, במשטר שבו ככלל הרשות השופטת כפופה לרשות המחוקקת. וכעת, אנו משתמשים בענישה המקילה וה"מעוותת" שנוצרה בבית המשפט כאמת מידה למדידת עונשים אחרים שחוקק המחוקק. אם כך, לא פסק הדין בעניין טולדנו הוא שצריך לבטל, אלא ראוי דווקא לבטל את כל יתר פסקי הדין שנגזרו בהם ענישה מקילה, כך לפחות מבחינה אנליטית. אכן, התמונה שהמחקרים מציירים היא בעייתית. נראה כי כל הענישה בגין עבירת הנהיגה בשכרות היא מעוותת, בין שהדבר נובע מחוק מחמיר ובין שנובע מפסיקה מקילה, מכוח מוגזם לתביעה, מריבוי הסדרי טיעון, מהלכות מוטעות של בית המשפט העליון וכיוצא באלו. ייתכן כי ראוי לשנות את המערכת מן היסוד. עם זאת הטיעון שלנו התבסס על המציאות כפי שנחשפה במחקרים האמפיריים. דהיינו, לקחנו כנתון את העובדה שכאשר נאשמים מתייצבים, גוזרים עליהם עונשים קלים, ובמציאות זו נדמה כי קשה לדרוש החמרה עמם רק בשל עקרון השוויון.¹¹² בשים לב לכך שכפי שגוט מציין – המשפט הפלילי צריך לנטות לטובת הנאשם.¹¹³

לסיכום, ערכי ההגינות, הרציונליזציה, אי-הרשעת החף, השוויון, השקיפות ועוד הם שיקולים כבדי משקל בעד הקביעה כי פערי הענישה הניכרים אשר נוצרו והאופן שבו הם נוצרו מהווים עיוות דין שיש לתקנו, הן מתוך התבוננות על הענישה עצמה והן מתוך התבוננות על ההליך שהוביל לה. יש גם שיקולים המקשים על מסקנה זו, שעיקרם הקושי באיתור קבוצת השוואה ראויה.

סיכום

ברשימה זו ביקשנו לעמוד על השיקולים התומכים בכך שפערי הענישה בגין עבירת הנהיגה בשכרות, הנגרמים (לאו דווקא ישירות) מאי-התייצבות לדיון, יוצרים עיוות דין. אימצנו את הגדרתו של עופר גוט למונח "עיוות דין" כמצב אשר מתקיים כאשר נפגעים ערכים ראשוניים המקדמים את הלגיטימיות של מערכת המשפט. גזרנו מהגדרתו מהלך ארבע-שלבי לבחינת קיומו של עיוות דין במקרה של פערי ענישה. ראשית, שוויון טכני – יש לבחון קיומו של פער מספרי; שנית, שוויון מהותי – יש לבחון אם קיים שוני רלוונטי המצדיק את הפער; שלישית, פגיעה בערכים – יש לבחון אם נפגעים ערכים המקדמים את

112 על הנטייה להקל עם מי שהחמירו עימו (ולא להפך) ראו למשל מ"ת 69416-09-16, לעיל ה"ש 88. שם ביקשה המדינה להחמיר עם נאשמת אחת על מנת להשוות את מצבה לזה של נאשמות אחרות. אך בית המשפט העדיף להשוות את מצב הנאשמות בהקלה עם הנאשמות שהחמירו עימן.

113 זאת אף שלדברי בית המשפט הסדר עבור אכיפה לא שוויונית אינו נותן היתר לעברייני אלא מנחה את הרשות לפעול לאכיפה שוויונית של החוק (עמ"ק (מקומיים הר') 919/13 הועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' כהן, פס' 18 (20.7.2016)).

הלגיטימיות של המערכת; רביעית, נכונות להשלים עם המצב – יש לאזן בין שיקולי יעילות מערכתיים לבין הרצון לעשות צדק במקרה הספציפי.

הראינו כי פערי הענישה הניכרים שנחשפו בין מי שמתייצבים לבין אלה שאינם מתייצבים מקיימים את שלושת מבחני המשנה הראשונים. הראינו כי הם מקיימים גם את מבחן המשנה הרביעי. הממצאים האמפיריים הצביעו על הבדלי ענישה ניכרים בעבירת הנהיגה בשכרות בין מי שמתייצבים למשפטם למי שאינם מתייצבים. המציאות היא שמי שמתייצב למשפטו צפוי לקבל עונש פסילה קל במידה ניכרת מעונש המינימום הקבוע בחוק, ומי שאינו מתייצב צפוי לקבל עונש שהוא אפילו כבד מהמינימום, וזאת ללא אזהרה. מסיבה זו, ומיתר הסיבות שפורטו, אין להשלים עם המציאות כפי שהיא.

עם זאת קיימים קשיים מעשיים בהכרעה כי לנאשמים כגון טולדנו נגרם עיוות דין. מדובר בקושי באיתור קבוצת השוויון ובצורך להתייחס לפערי ענישה אחרים. גם קיים החשש, שאליו התייחס בית המשפט לתעבורה, של אפשרות להיעדר מהמשפט ולאחר מכן לטעון לעיוות דין. אולם עמדנו על כך כי חשש זה נובע לכתחילה ממצב שלא היה צריך להיווצר. גם ההשוואה שעשה בית המשפט לתעבורה למוסד הסדרי הטיעון אינה במקום. שיקולים מערכתיים, ובראשם שיקולי יעילות וחסכון אשר תומכים בהכרה בהסדרי טיעון, תומכים דווקא באי-הנצחת המציאות של פערי הענישה שנחשפו במחקרים שאליהם הפנינו. נדמה כי ראוי להוביל מהלך כלל-מערכתי לתיקון שיטת ענישה שנראה כי כל כולה לוקה בעיוותים רבים. לכל הפחות יש לוודא כי נאשמים מיודעים מראש שאם לא יתייצבו למשפטם, במיוחד ברמות אלוהול נמוכות, הם צפויים לענישה חמורה פי כמה מזו שיזכו לה אם יתייצבו למשפטם.

אנו סבורים כי במאמר זה יש כדי לתרום להתמודדותו של הדין הפלילי עם פערי ענישה ובחינת עיוות דין גם בעבירות אחרות. כפי שפורט לעיל, בתי המשפט אינם בוחנים עיוות דין ברזולוציה של חומרת העונש אלא בהתייחס לעצם ההרשעה. לכן הם ממילא אינם בוחנים נתונים אמפיריים המצביעים על פערי ענישה. נראה כי מציאות זו נובעת מהקושי לסרטט את קו הגבול יותר משהיא מהווה אמירה עקרונית כי פערי ענישה הם לגיטימיים. יישום הליך הבחינה שהצענו במאמר זה יכול לסייע בפתרון הקושי באמצעות התחשבות בנתונים סטטיסטיים במסגרת מובנית ומוגדרת המאפשרת לקבוע באילו מקרים יש להשלים עם פערי ענישה.