

## עסקות-טיעון בישראל — חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן

מאת

### אליהו הרנון\*\*

בדיקת הפסיקה של השנים האחרונות על עסקות-טיעון, והעין בהצעת החוק שנמצאת כעת בדיון בכנסת, מעוררים כמה בעיות יסודיות במשפט הפלילי הדיוני, וכיניהן: האם אין בפנינו נכונות גוברת לאפשר לתביעה להסיג את גבולו של בית-המשפט? והאם ניתנת תשומת הלב ההולמת לקורבן העבירה ולמדיניות הענישה? על רקע עקרונות כלליים של סדר הדין הפלילי, מוצגת תחילה ההלכה הפסוקה. בהמשך, מתמקד הדיון במחלוקת שופטים בשאלה, כיצד על בית-המשפט לנהוג כאשר מוגשת לאישור עסקת-טיעון בעניין העונש. זה כ-25 שנה שבית-המשפט העליון חוזר ומדגיש כי עסקת-טיעון אינה מחייבת את בית-המשפט, ואין הצדדים יכולים להכתיב לו את התוצאה העונשית. קביעת העונש היא באחריותו המשפטית והמוסרית של בית-המשפט, אשר צריך לשקול גורמים רבים ושונים, ועסקת-הטיעון היא רק אחד השיקולים החשובים. וכאשר העונש המומלץ על-פי הפסקה חורג משמעותית מן העונש הראוי, אין לאשרו. והנה, מאז 1991, מסתייג השופט מצא מן ה"קונסנסוס" האמור. לפי השקפתו — אשר על-פיה הוא פסק לפחות ארבע פעמים — המדיניות השיפוטית, "החיונית והרצויה", היא "לנהוג אפוק". גם כאשר בית-המשפט משוכנע שקיים פער משמעותי

\* בארצות-הברית, באנגליה, בקנדה, באוסטרליה ובמדינות רבות אחרות הנושא הזה מכונה בשם "plea bargain" (או plea bargaining) — בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית. כארץ מקובל היה במשך שנים רבות לקרוא להסכמים כאלה "עסקות-טיעון", שהוא תרגום מדויק למונח האנגלי האמור. בעקבות ביקורת שנמתחה לעתים בציבור על עסקות-טיעון מסוימות וגם על מדיניות התביעה בעשיית עסקות-טיעון, החלו להכניס לשימוש את המונח "הסדר-טיעון". לי נראה שאם יש היבטים פגומים, צריך לעשות תיקונים מהותיים בשיטה עצמה. שינוי השם לא ירפא אותם. משום-כך העדפתי להמשיך במונח המדויק יותר עסקת-טיעון (א' ה').

\*\* פרופסור מן המניין, האוניברסיטה העברית, ירושלים. מרדכי קרמיצר, יורם שחר ואלכס שטיין קראו טיוטות קודמות של המאמר. לסלי סבה סייע לי בעניין מעמדו של הקורבן. בשלב האחרון חברי מערכת משפטים השקיעו מאמצים ניכרים. לכולם אני מודה על הסרחה הרבה ועל הערותיהם המועילות.

בין העונש המוסכם על-פי העסקה ובין העונש הראוי, הכלל הוא שלא יתערב. לדעתו, לא העונש המוסכם טעון בדיקה אלא השיקולים שהנחו את התביעה להסכים על העסקה. בניתוח הבדלי הגישה, השתדלנו להראות כי מבחינות רבות אין דעת המיעוט תואמת את מטרת ההליך הפלילי, והיא אף מנוגדת לחלוקת התפקידים המקובלת והראויה שבין התביעה לבית-המשפט.

בהליך שמסתיים בעסקת-טיעון, אין ברין הקיים הכרה מפורשת בזכויות הקורבן. במאמר צוינו ההשלכות הלא-חיוביות הנובעות ממצב זה, והוצע ללמוד משיטות משפט אחרות, תוך איזון עם זכויות הנאשם. בהצעת החוק, יש התייחסות חלקית לקורבן. מומלץ לחזק את ההסדר המוצע וגם להוסיף עליו. אשר לתפקיד בית-המשפט, הכתוב בהצעת החוק חובר, ככל הנראה, "בהשראתה" של דעת המיעוט. בעקבות הביקורת, מומלץ כעת לקבוע הוראות אחרות, כך שבית-המשפט ימלא תפקיד יותר פעיל בפקיח על עסקת-הטיעון, כולל התחשבות בקורבן. ובסיכום, הציפייה היא שאימון כל ההמלצות הללו (יתר עם כמה המלצות אחרות שפורטו בסוף המאמר) יגביר גם את אמן הציבור ברשויות לאכיפת המשפט הפלילי.

א. מבוא. ב. הרקע המשפטי שהכשיר את הקרקע לעסקת-טיעון. 1. שיקול-הדעת בהעמדה לדין; 2. הוראות; 3. זכות הנאשם לקבל מן התובע מידע מוקדם על חומר החקירה. ג. עסקת-טיעון בישראל — ההלכה הפסוקה. 1. כללי-היסוד שנקבעו בפרשת בחמוצקי; 2. באיזו מידה מחייבת עסקת-טיעון את הנאשם ואת התובע? 3. תפקידו של בית-המשפט. ד. מעמדו של קורבן העבירה. 1. ההכרה הגוברת בזכויות הקורבן בשיטות-משפט שונות; 2. מעמד הקורבן במשפט הישראלי. ה. דיון מסכם. 1. ההסדר הקיים וליקויים הטעונים תיקון; 2. טיעונים בעד עסקת-טיעון ונגדן; 3. סיום.

## א. מבוא

כל המעיין בפסיקה של שנות התשעים ובהצעת החוק שהועלתה לאחרונה<sup>1</sup> בעניין עסקת-טיעון, קשה לו שלא להבחין בתופעה הבאה שהחלה להכות שורשים אצל חלק מן הנדרשים לנושא: הנכונות הגוברת לאפשר לתביעה להכתיב לבית-המשפט את התוצאה העונשית המדויקת. האין זה סותר את חלוקת התפקידים המקובלת והראויה שבין בית-המשפט לתובע? כן מסתבר, כי עד כה אין תומכים רבים ברעיון, שצריך ליידע את קורבן העבירה על עסקת-הטיעון המתגבשת ולשמוע את תגובתו לפני שבית-המשפט מחליט אם לאמץ אותה אם לאו. האם זוהי ההתחשבות הנכונה בקורבן, לפי המשפט הישראלי, במיוחד בעידן החוקתי של זכויות האדם?

1 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19) (הסדרי טיעון), התשנ"ה-1995, הצעות חוק 2374, מיום כ"ז באדר א' התשנ"ה (27 בפברואר 1995), עמ' 360.

דומה, כי היחס לשאלות אלו קשור במידה רבה לעמדה שננקטת כלפי עסקות-טיעון בכלל: האם זו דרך חיובית ומומלצת לאכיפת המשפט הפלילי, אשר הצידוק הרעיוני שלה נעוץ בשיטה האדברסרית<sup>2</sup>, או שזו "בעיה כאובה" החייבת להדאיג אותנו, כי היא טומנת בחובה סכנות של פגיעה בעשיית הצדק<sup>3</sup>? ואולי ההערכה הנכונה נמצאת אי-שם באמצע: כי עשיית עסקות-טיעון רחוקה מלהיות דרך אידיאלית לאכיפת המשפט הפלילי, אך קשה מאוד בלעדיו; היא בבחינת רע הכרחי או "הוראת שעה"<sup>4</sup>. אשר על-כן, דרך זו דורשת בקרה ופיקוח מצד בית-המשפט, במיוחד על בסיס השיטה האדברסרית.

בעבר מקובל היה לומר כי השאלה, אם אדם ביצע עבירה (ובייחוד – עבירה חמורה), או מהו העונש שצריך לגזור על אדם שהורשע בביצוע אותה עבירה, מתבררת רק לאחר שמיעת ראיות. בתי-המשפט הפליליים לא היו מתבקשים לתת תוקף של פסק-דין לפשרות שאליהן הגיעו התובע והנאשם לגבי תוכן ההרשעה או בעניין העונש. היה זה תפקידו הייחודי של הטריבונל השיפוטי לגבש החלטה עצמאית בעניינים אלה על בסיס חומר הראיות.

אולם במאה הנוכחית הלכה וגברה ההכרה, במיוחד בשיטות-המשפט המבוססות על ה-Common Law, כי דברים אלה שוב אינם משקפים את המציאות. יותר ויותר נוכחו לדעת, שבהרבה מן המשפטים הפליליים אין כל גביית ראיות בפני בית-המשפט<sup>5</sup>, הואיל והנאשמים מוסרים הודאות בעקבות עסקות-טיעון.

עסקת-טיעון היא סופו של תהליך. משא-ומתן מתנהל בין נאשם או סניגור ובין תובע מטעם המדינה במגמה להגיע להסכם ששני הצדדים מעוניינים בו. ההסכם יכול לקבוע, כי באולם בית-המשפט יורה הנאשם במה שמייחסים לו בכתב-האישום, המקורי או המתוקן, תמורת הבטחה מצד התובע לפעול כך שגזר-הדין יהיה נוח יותר לנאשם, או שהנאשם ישיג במשפט טובת-הנאה אחרת. פעולת התובע יכולה להתבטא בויתור על חלק מן האישומים (כגון מחיקת אישום שיש בו משום קלון), בהחלפת אישום באישום אחר או בטיעון מקל לעונש. כן אפשרי, כמובן, צירוף של כמה ויתורים<sup>6</sup>. ובקצרה: זהו הליך של ויתורים הדדיים. התביעה מתחייבת לוותר בעניין האישומים או בעניין הטיעון

- 2 זוהי השקפתו של השופט מצא. ראו ע"פ 4722/92, 4886, 4900 מרקוביץ, פ"ד מז(2) 45, 56. לדעה מסתייגת ראו דברי השופט חשין בע"פ 1289/93, 1290 יאיר לוי, פ"ד מח(5) 158, 173 (ליד האות ד).
- 3 ראו דברי השופט לנדוי בפרשת בחמוצקי, ע"פ 532/71 פ"ד כו(1) 543, 558-559.
- 4 ראו שם, בעמ' 555, מפי השופט קיסטר.
- 5 או שגביית הראיות אמנם החלה, אך פסק-הדין מבוסס על העסקה ולא על הראיות.
- 6 ראו א' הרנון וק' מן עיסקות טיעון בישראל – הלכה ומעשה על רקע השוואתי (תשמ"א) 3.

שלה לעונש תמורת נכונותו של הנאשם לוותר על זכותו לבירור משפטי מלא של המחלוקת ולהודות בבית-המשפט בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו.<sup>7</sup>

לאחר סקירה כללית של ההלכה הפסוקה (חלק ג), כולל בחינת השאלה, באיזו מידה מחייבת עסקת-טיעון את הנאשם ואת התובע (חלק ג, 2), נתמקד בתפקידו של בית-המשפט, לעומת הסמכויות שבידי התביעה (חלק ג, 3). בסוגייה מרכזית זו נבחין בעיקר בין שלב היחזמה והמשא-ומתן לקראת עסקת-טיעון ובין השלב המאוחר יותר, לאחר שכבר הוסכם על עסקת-הטיעון בעניין העונש, והעסקה מוגשת לאישורו של בית-המשפט. ננתח את הברלי הגישה שבין שופטי בית-המשפט העליון בעניין היקף הפיקוח השיפוטי על העונש שעליו הוסכם בעסקה. יעלו טיעונים שונים מפני מה יש להסתייג מגישתו המצמצמת של השופט מצא, אשר אחת מהשלכותיה האפשריות היא שלא תהיה התחשבות הולמת בקורבן העבירה. נשתדל להראות, כי בהליכים שמטרתם להגיע לעסקת-טיעון יש חשש מובנה שלא תינתן תשומת-הלב הראויה לטיב הפגיעה בקורבן ובבני משפחתו. דרוש אפוא הסדר הולם שיבטיח, כי מידע זה יגיע לידיעת מקבלי ההחלטות ויאפשר לקורבן להגיב על העסקה המתגבשת (ראו חלק ד).

כידוע, החקיקה בארץ קובעת את כללי הפרוצדורה הפלילית, החל בשלב המעצר והחקירה המשטרתית — משנודע על ביצוע עבירה — וכלה באפשרות האחרונה להביא לשינוי פסק-הדין, בהליכי ערעור, בדיון נוסף או במשפט חוזר. אף-על-פי-כן אין בדיון החרות שום התייחסות מפורשת לעסקת-טיעון, הגם שזו תופעה מאוד נפוצה. מצב זה עומד להשתנות בקרוב, כאשר הכנסת תהפוך לחוק את הצעת משרד-המשפטים מתשנ"ה<sup>8</sup> — כמות שהיא או לאחר הכנסת שינויים — פרי המלצתה של הוועדה הקבועה לסדר-הדין הפלילי, בראשותו של שופט בית-המשפט העליון אליהו מצא. בהמשך נעמוד על משמעות השינויים העיקריים שהוכנסו בהצעת החוק, לעומת הדין הקיים, ובאיזו מידה הם גם הולמים את הדין הרצוי. שינויים אלה מסדירים את תפקיד בית-המשפט כאשר מוגשת לאישורו עסקת-טיעון מוגמרת הנוגעת לעונש<sup>9</sup> ואת מעמדו של קורבן העבירה<sup>10</sup> — היינו: שתי הבעיות המרכזיות שצוינו לעיל.

אולם תחילה נסקור כמה עקרונות כלליים של המשפט החוקתי וסדר-הדין הפלילי, אשר על יסודם התפתחה ההלכה הפסוקה בעניין עסקת-טיעון.

7 ראו בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 398, מפי השופט ברק.

8 ראו לעיל הערה 1.

9 ראו להלן ליד הערות 122-125, 214-217.

10 ראו להלן ליד הערות 198-203; וכן בחלק ה11.

## ב. הרקע המשפטי שהכשיר את הקרקע לעסקות-טיעון

### 1. שיקול-הדעת בהעמדה לדין

יש הסבורים, כי כל הפרה של איסורי המשפט הפלילי המהותי מצדיקה להפעיל את ההליך הפלילי, לפחות כשאין מדובר בעבירה קלה<sup>11</sup>. בשיטה משפטית כזאת, המחייבת להעמיד לדין כל אדם שיש נגדו ראיות לכאורה כי ביצע עבירה, ישנם פחות סיכויים למצוא מקרים רבים של עסקות-טיעון<sup>12</sup>. התופעה של עסקות-טיעון צומחת ומתפשטת במיוחד במדינה שבה התובע מוסמך לשקול נימוקים שונים של אינטרס הציבור, בבואו להחליט אם להעמיד את פלוני לדין ועל איזו עבירה – גם כאשר הבסיס העובדתי אינו מוטל בספק. ואכן, עקרון שיקול-הדעת בדבר אינטרס הציבור הוא אחד היסודות האופייניים של ההליך הפלילי בישראל<sup>13</sup>, בעקבות המשפט האנגלו-אמריקני<sup>14</sup>. בית-המשפט העליון פירט גורמים שונים העשויים להנחות את התביעה במסגרת של "אינטרס לציבור"<sup>15</sup>. לא לכל העבירות רמת חשיבות וזה ולא כולן מתבצעות בנתונים זהים. יש להתחשב בהיקף הנזק הנגרם על-ידי העבירה, במידת שכיחותה של אותה התנהגות עבריינית ובמצבו של קורבן העבירה. כיוון שלחקירה ולהעמדה לדין השלכות מרחיקות-לכת על חייו של החשוד, ראוי להתחשב בנסיבותיו האישיות – גילו, מצב

11 זהו הכלל בגרמניה. עקרון החוקיות קובע שם, כי בעבירות שדין מאסר של שנה אחת לפחות חייב התובע לפתוח בהליכים, אם יש בסיס עובדתי לאשמות. ראו § 152, Strafprozessordnung (StPO), sec. 2, § 170, sec. 1; J.H. Langbein *Comparative Criminal Procedure – Germany* (West, 1977) 87-98.

12 אכן, זו היתה אחת הסיבות לכך שבמשך שנים רבות לא היה אפשר למצוא בגרמניה עסקות-טיעון במובן האנגלו-אמריקני. לדיון יותר נרחב בשאלה זו ראו, למשל, הרנון ומן, לעיל הערה 6, בעמ' 18-16, הערות 1 ו-2. בשנים האחרונות חל שינוי ממשי בגרמניה וכיום ישנה פרקטיקה של עסקות-טיעון, אם כי לפי מודל שונה. מכל-מקום, חוקרי התופעה החדשה הזאת עדיין תמהים כיצד זה אפשרי שבמסגרת שיטה משפטית תכוללת את עקרון החוקיות הנ"ל. ראו, למשל, J. Herrmann "Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice?" 53 *University of Pittsburgh L. Rev.* (1992) 755.

13 ראו חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 62; בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 485, 507-515, מפי השופט ברק, לרבות המקורות המצוטטים שם.

14 ראו, למשל, § 13.2, LaFave and Israel *Criminal Procedure* (West, 2nd ed., 1992).

15 ראו גנור, שם, בעמ' 510-511.

בריאותו, עברו הפלילי ועוד. בתנאים מסוימים עשוי עניין שיש לו ערך בטחוני, מריני או ציבורי לחייב שלא להעמיד לדין. לעתים ישנה התנגשות של ערכים חברתיים שונים, כגון טוהר השיפוט מול חופש הביטוי: הגשת כתב-אישום נגד אדם על שפרסם כתבה שיש בה כדי להשפיע על משפט תלוי ועומד, שהיא אחת הצורות של בזיון בית-משפט, עשויה לפגוע בעקרון חופש הביטוי. כאשר ישנם כמה חשודים ורק בעזרת עדותו של אחד מהם ניתן להביא להרשעת חבריו, יש שהנסיבות יצדיקו שלא להעמידו כלל לדין ולהקנות לו מעמד של "עד מדינה". כן יש להתחשב בשיקולים מוסדיים: כוח-האדם העומד לרשות התביעה מוגבל ויש מחסור בזמן שיפוט. המקבלות במשאבים אינן מאפשרות להעמיד לדין כל אדם שישנן נגדו ראיות לכאורה כי עבר עבירה, ויש לקבוע סדר-עדיפויות. החיסכון בזמנה של המערכת הוא אפוא אחד הגורמים היכול להצדיק עשיית עסקת-טיעון נוסף על ההתחשבות באחד השיקולים האחרים שפורטו בפסקה זו. השפעתו של התובע על תוכנו של כתב-האישום ניכרת לא רק בניסוח המסמך הראשוני, אלא גם באפשרויות שהחוק נותן לו להכניס בו שינויים. בכל עת עד לתחילת המשפט רשאי תובע לחקן כתב-אישום, להוסיף עליו או לגרוע ממנו, במסירת הודעה לבית-המשפט, וללא צורך בהסכמת בית-המשפט. לאחר תחילת המשפט כבר צריך לקבל את רשות בית-המשפט להכנסת שינויים בכתב-האישום, ועל בית-המשפט להבטיח שתינתן לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני כתב-האישום המתוקן<sup>16</sup>.

אולם כאשר בקשת השינוי נובעת מעסקת-טיעון, הנאשם וסניגורו יצטרפו מרצון לפנייתו של התובע. בנסיבות אלה אין לצפות לכך שבית-המשפט לא ייעתר לבקשות תיקון, כל עוד לא יחול שינוי בהגדרת תפקידו של בית-המשפט כשעה שעסקת-טיעון מובאת לידיעתו<sup>17</sup>.

ההחלטות של תובעים להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין כפופות הן לביקורת מנהלית מצד היועץ המשפטי לממשלה או הפרקליטות הבכירה והן לפיקוח שיפוטי של בית-המשפט הגבוה לצדק, כפי שיתבאר מיד.

על החלטה שלא להעמיד לדין רשאי המתלונן לערור לפני היועץ המשפטי לממשלה, זולת אם היתה העבירה מן המנויות בתוספת לחוק – אשר עליהן המתלונן יכול לפתוח בעצמו בהליכים פליליים באמצעות קובלנה<sup>18</sup>. היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להחליט בכל העררים, אולם לגבי חלק מהם מותר לו להעביר את סמכות ההחלטה לפרקליט המדינה, ולגבי חלק אחר – גם לפרקליטים בכירים אחרים, כמפורט בחוק<sup>19</sup>.

16 ראו חוק סדר הדין הפלילי, סעיפים 91-92.

17 לדין על תפקידו של בית-המשפט בעניין זה ראו להלן ג, נ(ב).

18 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 64.

19 שם, סעיף 66.

גם בעניין החלטות להעמיד לדין ניתן להגיע לביקורת מנהלית דומה, באמצעות בקשת הנאשם מן היועץ המשפטי לממשלה להורות על עיכוב הליכי המשפט. נענה היועץ המשפטי לבקשה, יגיש לבית-המשפט הודעה מנומקת בכתב, ואז חובה על בית-המשפט להפסיק את ההליכים<sup>20</sup>.

בארץ היועץ המשפטי לממשלה אינו שר ולא חבר-כנסת. שר-המשפטים מציע את המועמד, והממשלה היא הממנה את היועץ המשפטי והיא יכולה בכל עת למנות אחר תחתיו<sup>21</sup>. עם זאת, הודגשה איתנותו של היועץ המשפטי במילוי תפקידיו לאכיפת המשפט הפלילי. אמנם, הוא מרווח על פעולותיו לשר-המשפטים ולממשלה, ולעתים עליו להתייעץ אתם, במיוחד בעניינים בעלי אופי מדיני או בטחוני. אולם אין הוא מקבל הוראות, לא מן השר ולא מן הממשלה. על היועץ המשפטי להכריע באופן חופשי ולהפעיל את סמכויותיו מתוך שיקול-דעת עצמאי<sup>22</sup>.

מכל-מקום, אין היועץ המשפטי חסין מביקורת. החלטותיו שפוטות. לבית-המשפט העליון הסמכות לפקח על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, כמו על כל רשות שלטונית אחרת. אולם באשר להיקף הפיקוח השיפוטי, חלה בארץ התפתחות הדרגתית. במשך תקופה די ארוכה מקובלת היתה ההלכה, כי בית-המשפט הגבוה לצדק בוחן רק אם החלטת היועץ המשפטי ניתנה ביושר ובתום-לב, מתוך מניעים טהורים ולא נפסדים<sup>23</sup>. בהיעדר טענה של חוסר תום-לב מצד היועץ המשפטי, אין לבית-המשפט עילה חוקית להתערב בהחלטתו<sup>24</sup>. לא די בכך שהיועץ המשפטי השתמש בשיקול-דעתו באופן מוטעה, שכן בית-המשפט מצטמצם בשמירת טוהר המידות של היועץ המשפטי<sup>25</sup>, להכדיל מגורמים שלטוניים אחרים, אשר גם סבירות החלטותיהם וביסוסן האובייקטיבי במערכת העובדות עשויות להיות נושא לביקורת שיפוטית. אחת הסיבות לכך היתה מעמדו הרם (או מעמדו המיוחס) של היועץ המשפטי במערכת הפלילית<sup>26</sup>.

20 שם, סעיף 231. על האפשרויות לחדש הליך שעוכב ראו סעיף 232. למעשה, חידוש ההליכים הוא דבר נדיר.

21 ראו חוק שירות המבחן (מינויים), תשי"ט-1959, סעיף 5; וכן הודעה על קביעת הדרכים והתנאים למינוי של יועץ משפטי לממשלה, ילקוט הפרסומים תש"כ(2), מס' 772, עמ' 1690.

22 ראו דו"ח ועדת המשפטים על סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962), 5, 21-23.

23 פסק-הדין המנחה היה בג"צ 156/56 פרידה שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, 300-301, מפי השופט אגרנט. ראו גם בג"צ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 29, 31.

24 בג"צ 134/62 גרינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2896, 2897.

25 בג"צ 853/78 שרף נ' הוועד המחוזי בתל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד לג(1) 166, 168.

26 בג"צ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(2) 634, 637-638; וקודם-לכן, בג"צ 492/74 (לא פורסם), כפי שצוטט בבג"צ 329/81, כ"ש 217/82, 376/83, 670 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, 331.

והנה, בפסיקה של תחילת שנות השמונים ניתן להבחין בשינוי של ממש. שוב אין אומרים כי רק חוסר תום-לב הוא עילה להתערבות בית-המשפט העליון בהחלטות היועץ המשפטי, אלא גם "חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין"<sup>27</sup>. ובניגוד לפסיקה הקודמת נכון כעת לומר, כי לעניין היקף התערבותו של בית-הדין הגבוה לצדק אין כל הבדל בין היועץ המשפטי לממשלה ובין כל נושא תפקיד ציבורי אחר: שניהם חייבים להפעיל את שיקול-דעתם בתום-לב, ללא שרירות, ללא אפליה, בהגינות ובסבירות<sup>28</sup>. הסבירות היא פועל יוצא של הגורמים הרלבנטיים ושל המשקל הראוי שיש להעניק להם ביחסיהם הפנימיים. מכל-מקום, יש ששקילת הגורמים האלה יכולה להביא להחלטות שונות ואף מנוגדות, אך כולן מצויות בתוך מתחם הסבירות. גם יועצים משפטיים שונים עשויים לתת משקל שונה לגורמים המגבשים את אמת-המידה של "עניין לציבור", בגלל הבדלים בהערכת המציאות או בגלל השקפות-עולם שונות. כל עוד המשקל שניתן על-ידי היועץ המשפטי לגורמים השונים פועל במסגרת התכלית שלשמה ניתן שיקול-הדעת, ההחלטה היא חוקית ובג"ץ לא יתערב בהחלטתו. בית-המשפט עשוי לגרוס כי אילו כוח ההחלטה המקורי היה בידיו, היה מקבל החלטה שונה מזו שקיבל היועץ המשפטי, כך שהחלטתו "מוטעית", אך לא בלתי-חוקית. אין בית-המשפט בבחינת יועץ-משפטי-על. הוא רק בוחר את חוקיות החלטותיו של היועץ המשפטי — כפי שנחבאר — אך לא את תכונתן<sup>29</sup>.

בסיכום נקודה זו ניתן לומר, כי אמנם חלה הרחבה מסוימת בהיקף הפיקוח השיפוטי. אף-על-פי-כן בידי התביעה נשאר שיקול-דעת רחב למדי אם להעמיד חשוד לדין אם לאו ועל איזו עבירה. על רקע זה גם מובן, כי במסגרת משא-ומתן לקראת עסקת-טיעון יש בידי התביעה מגוון רחב של אפשרויות לשנות אישומים או לתת הבטחות בעניין העונש שהיא תבקש מבית-המשפט.

גורם אחר המעודד עסקות-טיעון הוא היחס האוהד שמגלים בתי-המשפט לנאשם אשר מוכן להודות, בתוך אולם בית-המשפט, בעובדות המהוות עבירה. נדון אפוא כעת בנושא זה.

27 בג"צ 248/81 ווליס נ' תורעד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד (3) 533, 541, מפי מ"מ הנשיא, השופט שמגר.

28 זו היתה תחילה דעת יחיד של השופט ברק בעניין נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה לעיל הערה 26, בעמ' 334, שהפכה מאז להלכה הכללית, אשר ביטויה המובהק הוא פסק-הדין בפרשת הבנקאים (ויסות המניות): גור נ' היועץ המשפטי לממשלה (לעיל הערה 13), בעמ' 528.

29 גור, שם, בעמ' 523-528, מפי השופט ברק, לרבות המקורות שצוטטו שם.



## 2. הודאות

(א) השפעת ההודאות על בירור המשפט ועל קביעת העונש בתחילת המשפט על בית-המשפט לשאול את הנאשם מה תשובתו לאישום. אחת האפשרויות הפתוחות בפני הנאשם היא להודות בעובדות הנטענות בכתב-האישום, כולן או מקצתן. בדרך-כלל עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו<sup>30</sup>. מקובל בבתי-המשפט בישראל ובהרכבה מדינות אחרות, כי ראוי להקל בעונשו של נאשם אשר הודה בעובדות המהוות עבירה, במיוחד אם עשה זאת בשלב מוקדם של המשפט. לפיכך זהו אחד הגורמים העיקריים הממריץ נאשם לעשות עסקת-טיעון. עם זאת, ישנם המסתייגים מן הגישה המקובלת לגבי הודאות, כפי שיתבאר יותר בהמשך<sup>31</sup>. כאשר בית-המשפט מודיע או רומז לנאשם שאם לא יודה יוטל עליו עונש חמור יותר ("זה יכול לעלות יותר ביוקר")<sup>32</sup>, זוהי התנהגות הפוסלת את השופט מלשבת בדין<sup>33</sup>. "...בעוד שבתי-המשפט נוהגים להקל עם נאשם שהודה, כפירתו בעובדות האישום איננה עילה להחמיר בדינו"<sup>34</sup>. את היחס העקרוני הנכון כלפי נאשם שהודה, בהשוואה לנאשם שאינו מוכן להודות, הגדיר, למשל, D.A. Thomas במלים אלה:

A Plea of guilty may properly be treated as a mitigating factor, indicating remorse, and will justify a reduction in the sentence below the level appropriate to the facts of the offence; but the defendant who contests the case against him, while not entitled to that mitigation, may not be penalized for the manner in which his defence has been conducted by the imposition of a sentence above the ceiling fixed by the gravity of the offence<sup>35</sup>.

30 חוק סדר הדין הפלילי, סעיפים 153, 154.

31 ליד הערות 37-42.

32 ע"פ 828/76 מוראד, פ"ד לא (1) 705, 706. ראו גם R. v. Turner [1970] 2 Q.B. 321, 327.

33 מוראד, שם. ראו גם ע"פ 655/77 מאירי, פ"ד לב (1) 27.

34 מאירי, שם, עמ' 28.

35 D.A. Thomas *Principles of Sentencing* (London, 2nd ed., 1979) 50.

אולם המבקרים טוענים, כי במציאות ספק אם העיקרון הזה אכן מיושם. לרעתם, צריך להבין את השיטה כך שמענישים את מי שמסרב להודות ועומד על זכותו להישפט<sup>36</sup>. כן טוענים, שההתחשבות בהודאה כנסיבה מקלה, מוצדקת רק כאשר ההודאה מצביעה על חרטה וחזרה בתשובה, בשעה שבמקרים רבים של הודאות ספק רב אם הנאשמים אכן מתחרטים על מעשיהם. אדרבא: לעתים קרובות ברור לכול שההודאות נובעות משיקולים מסחריים פרקטיים, בלי שמץ של רגשות חרטה<sup>37</sup>. כאשר ההודאה נובעת מעסקה, רבים טוענים כי אין הצדקה לראות בה סימן של חזרה בתשובה, כי מניעיו של הנאשם היו תועלתיים גרידא<sup>38</sup>. יתירה מזו: אלה המתנגדים לשיטה של עסקות-טיעון אומרים, שרק כאשר הליך זה יבוטל, אפשר יהיה לזהות את המתחרטים האמיתיים<sup>39</sup>. יש ששופטים רואים לנכון לנתח את מניעיו של נאשם שהודה<sup>40</sup>, ויש הסבורים כי הוא ראוי להקלה בעונשו, אפילו באו הודאתו ועזרתו למשטרה מתוך מניעים של תועלת<sup>41</sup>. הנוקטים עמדה קיצונית בסוגייה זו יוצאים חוצץ נגד עצם ההתחשבות בהודאה כלשהי כנסיבה מקלה<sup>42</sup>.

#### (ב) חזרה מהודאה

בכל שלב של המשפט הנאשם רשאי לחזור בו מן ההודאה, כולה או מקצתה, אם הרשה זאת בית-המשפט מנימוקים מיוחדים שיירשמו<sup>43</sup>. בית-המשפט ירשה לנאשם לחזור בו מהודאתו<sup>44</sup>,

(א) כאשר ההודאה לא נעשתה מרצונו הטוב והחופשי, או

(ב) כאשר הנאשם לא הבין את משמעות ההודאה, כאשר היא נעשתה בטעות או למטרות זרות וחיצוניות.

36 ראו, למשל, Baldwin and McConville *Negotiated Justice — Pressures to Plead Guilty* (London, 1977) 107.

37 שם, עמ' 107-108.

38 ראו, למשל, דברי השופט בז'לז' ב-*Scott v. United States*, 419 F. 2d 264, 271 (1967).

39 ראו, למשל, *People v. Earegood*, 12 Mich. App. 256; 162 N.W. 2d 802, 811 (1968). ראו גם Newman "Pleading Guilty for Considerations — A Study of Bargain Justice" 46 *Crim. L.C. & P.C.* (1956) 780, 783-785.

40 ראו, למשל, את הוויכוח בין השופטים בפרשת מיכאל צור, ע"פ 395/75, פ"ד (2) 589, 594, 598.

41 ראו, למשל, דברי השופט קיסטר בבחמוצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 556.

42 ראו "The Influence of the Defendant's Plea on Judicial Determination of Sentence" Note 66 *Yale L.J.* (1956) 204.

43 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 153(א).

44 ראו בבחמוצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 550-551.

הודה הנאשם בעקבות הסבר שנתן לו סניגורו, כי אם לא יודה יוטל עליו עונש חמור יותר או יואשם בעבירות חמורות יותר או במספר עבירות גדול יותר – בדרך-כלל לא די בכך כדי לעורר ספק שמא לא הודה הנאשם מרצונו הטוב והחפשי, שהרי זהו מה שקורה בעסקת-טיעון<sup>45</sup>. מתן היתר לנאשם לחזור בו מהודאתו בנסיבות כגון אלה עשוי לפתוח פתח לתופעה בלתי-רצויה: נאשם שהודה, לאחר שהוסבר לו על-ידי סניגורו כי כך יזכה לעונש קל יותר או לאחר שהסכים לעסקת-טיעון עם התביעה, יקבע את עמדתו בהתאם לגזר-הדין שיושט עליו. אם העונש קל, אזי ישלים עמו; אך אם הוא נראה כבר בעיניו, יבקש לבטל את הודאתו מן הטעם שהיא לא נמסרה "מרצון טוב וחפשי" ויתבע בירור משפטי לגופו של עניין. "אפשרות תמרון" זו אינה משרתת את טובת הציבור ואת דרישות הצדק. עם זאת, ייתכן מקרה נדיר שבו מתרשם בית-המשפט לערעורים כי באמת יש חשש ממשי שהנאשם הודה בניגוד לרצונו האמיתי, ואולי אף בניגוד לאמונתו הכנה בחפותו. במקרה חריג כזה ייטה בית-המשפט להיעתר לבקשת הנאשם לחזור בו מהודאתו ולאפשר את בירור העובדות לגופן<sup>46</sup>.

הנושא נדון שוב ב"1991, בפרשת סמחאת<sup>47</sup>. רופא הואשם באינוס ובתקיפה מינית של נשים שהגיעו אליו לטיפול. תחילה קָפַר בעובדות. לאחר שנשמעו כמה עדות תביעה, ביקש הנאשם לאפשר לו לחזור בו מכפירתו. משהותר לו הדבר, הודיעה התובעת לבית-המשפט שהיא מבקשת לחקן את כתב-האישום, כך שיימחקו הסעיפים המתמייחסים לעבירת האינוס. השינויים האלה נראים כמעין עסקת-טיעון. אם כי הדבר לא הוצג כך במפורש. לאחר התיקון הודה הנאשם בכל העובדות שבכתב-האישום. הוא הורשע בדיון ונקבע, כי חודשיים לאחר-מכן יישמעו טיעוני הצדדים לעונש. כעשרה ימים קודם מועד הדיון על העונש כתב הנאשם לסניגורו, כי לאחר שיקול-דעת נוסף הגיע לכלל דעה שטעה בהחלטתו הקודמת וכי הוא נחוש בדעתו להוציא את צדקתו לאור על-ידי קיום הדיון בכתב-האישום המקורי, "עם כל הכרוך בכך", דהיינו: תוך נטילת הסיכון שיורשע גם בעבירת האינוס.

לא היה כאן ספק, שההודאה ניתנה בשעתה מרצונו החופשי של הנאשם, לאחר קבלת ייעוץ משפטי מסניגורו. אולם שלא כמו בפרשת פלוני הנ"ל, הפעם חל השינוי בעמדת הנאשם בטרם נגזר דינו, כך שאין לדבר על ניסיון "לתמרון".

בפסק-הדין צוין כי, מחד גיסא, פסיחה על שתי הסעיפים בין הודאה ובין חזרה ממנה משבשת את ההליך השיפוטי, גורמת לאובדן זמן שיפוטי יקר ולכבוז עתותיהם

45 כך נפסק בע"פ 945/85 פלוגי, פ"ד מא(2) 572, 577.

46 שם, בעמ' 579-580.

47 ע"פ 3754/91 סמחאת, פ"ד מה(5) 798.

של עדים ופרקליטים, ולפעמים גם לא ניתן כבר להעיד עדים חשובים. מאידך גיסא, אין להקשות תמיד על נאשם אם רצונו לחזור בו מהודאה נובע מטעם כן וענייני. ברוב דעות הוחלט להיענות לבקשת הנאשם. בית-המשפט התרשם לטובה מכנות בקשתו של הנאשם להוכיח את חפותו וכן הביא בחשבון את אופי העבירות וההשלכות של הרשעה על אדם במקצועו של הנאשם. לא תמיד צריך להכביד במשקלם של אותם "נימוקים מיוחדים", הנדרשים לפי סעיף 153(א) לחוק סדר-הדין הפלילי<sup>48</sup>. התיר בית-המשפט לנאשם לחזור בו מהודאתו, רואים את הודאתו כאילו לא ניתנה מלכתחילה, ובמקרה כזה ייתכן שמן הדין לשנות את הרכב בית-המשפט<sup>49</sup>. ניתן ההיתר לאחר הכרעת הדין, יבטל בית-המשפט את הכרעת הדין אם יסודה בהודאת הנאשם, ויחדש את הדיון אם הדבר מתחייב מן הנסיבות<sup>50</sup>. הודה הנאשם בעקבות עסקת-טיעון ובית-המשפט התיר לו לחזור בו מהודאתו, הרי בדרך-כלל זה יגרור אחריו את ביטול העסקה. לא התיר בית-המשפט לנאשם לחזור בו מהודאתו, ממשיכה עסקת-הטיעון לחייב את הצדדים; אך אין זה אומר בהכרח, שבית-המשפט גם יאמץ את העונש שעליו הוסכם בעסקת-הטיעון.

### 3. זכות הנאשם לקבל מן התובע מידע מוקדם על חומר החקירה

כדי להבטיח משא-ומתן הוגן לקראת עסקת-טיעון, יש למסור לנאשם ולסניגורו את מלוא המידע על חומר החקירה שבידי התובע. מהן זכויות הנאשם בעניין זה? בעבר נהוג היה לחשוב כי הראיות שהמשטרה אוספת "שייכות" לה, כך שכל גילוי להגנה היה בבחינת מעשה-חסד ונדיבות. לפי המשפט המקובל, הסתרת חומר החקירה עד לרגע האחרון נחשבה כטקטיקה לגיטימית, ומותר היה להפתיע בדרך זו את ההגנה ואת בית-המשפט עם עד תביעה מרכזי. במדינות רבות חלו בהדרגה שינויים יסודיים בגישה לבעיה זו. בישראל כבר בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה הסתייג בית-המשפט העליון במפורש מן הרעיונות האלה והכיר בתשיבותה של זכות העיון ובתרומתה לבירור האמת ולחזיון זכות הנאשם להתגונן כראוי<sup>51</sup>. המחוקק הלך אחר בית-המשפט ואף הגביר את אפשרויות ההגנה לקבל מידע מוקדם זה<sup>52</sup>. משהוגש כתב-האישום, זכאים הנאשם וסניגורו לעיין בכל חומר החקירה שבידי התובע ולהעתיקו. תובע אינו רשאי להגיש לבית-המשפט ראיה ואין מתירים לו להשמיע

48 שם, בעמ' 801-803. ראו גם דעת המיעוט, בעמ' 803-806.

49 ע"פ 216/74, 243/74 כהן, פ"ד כט(1) 340, 351.

50 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 153(ב).

51 ראו בג"צ 147/50 צינדר נ' ראש אגף החקירות של המשטרה, פ"ד ה 509.

52 חוק סדר הדין הפלילי, סעיפים 81-74.

עד כל עוד לא ניתנה לנאשם או לסניגורו הזדמנות סבירה לעיין בה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, מלבד אם ויתרו על כך. זכות הנאשם לדעת מראש מהו חומר החקירה שנצטבר בידי התובע אינה חלה רק על ראיות שהתביעה מתכוונת להגיש מטעמה; היא כוללת כמובן גם כל ראיה ומידע, העשויים לעזור לנאשם ושאוּלִי רק הוא יהיה מעוניין להביאם לידיעת בית-המשפט<sup>53</sup>. זכות העיון חלה לא רק על חומר החקירה שברשות התובע, אלא גם על חומר רלבנטי המצוי בידי המשטרה<sup>54</sup>.

מהו היקף "חומר החקירה" אשר צריך להיות פתוח לעיונם של הנאשם וסניגורו? אין על כך הגדרה בחוק ואין הלכה חד-משמעית. יש לפעול על-פי השכל הישר, ההיגיון הבריא והצורך לנהוג בהגינות כלפי הנאשם<sup>55</sup>. ברור שהסניגוריה שואפת להרחיב את התחום, ואילו התביעה משתדלת לצמצמו<sup>56</sup>. יש שבית-המשפט נוטה לייחס משמעות רחבה ביותר לזכות העיון, כפי שאירע בפרשת גברון<sup>57</sup>. הוא זוכה בערכאה ראשונה, והמדינה הגישה ערעור. בית-המשפט העליון היה קרוב לקבל את הערעור ולהרשיע את הנאשם, אשר עליו רכץ "חשד כבד מאוד", בגלל הראיות לחובתו. אולם בית-המשפט לא עשה את זאת, בעיקר משום שהתביעה לא אפשרה להגנה לעיין במלוא חומר החקירה. "אפילו רחוקה ההשערה שעיון בתיקים אלה היה יכול להועיל למשיב [לנאשם]"<sup>58</sup>. באותה רוח צוין בפרשה אחרת<sup>59</sup>, כי אין לתת למונח "חומר החקירה" פירוש דווקני ומצמצם, המתייחס אך ורק במישור למעשה העבירה המיוחס לנאשם, כי הוא כולל גם ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום.

עם זאת הוחלט, כי זכות העיון אינה חלה על חומר שאינו יכול להיות קביל במשפט ולא על ראיות שהרלבנטיות שלהן רחוקה ושולית, כאשר – לדעת בית-המשפט – התועלת האפשרית לסניגור מועטה<sup>60</sup>. כן קבע בית-המשפט העליון<sup>61</sup>, שכאשר אין מדובר בראיה שהיא ודאי רלבנטית, הרי בשלב שלאחר הגשת כתב-האישום וקודם בירור המשפט חייבים כל הנוגעים בדבר לסמוך על הגינותם ושיקול-דעתם הנאות של נציגי התביעה הכללית. למשל: בעניין חומר המצוי בתיקי "המאגר המודיעיני" של המשטרה או מסמכים שהוגשו לשופט בבקשה להארכת מעצרו של החשוד (שהפך

53 ראו ע"פ 79/73 לביא, פ"ד כח(2) 510, 505.

54 ראו ע"פ 457, 400/84 אנג'ל, פ"ד מ(3) 487, 481.

55 שם, בעמ' 486.

56 בג"צ 5274/91 חוזה נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מו(1) 727, 724.

57 ע"פ 179/79 גברון, פ"ד לר(2) 688.

58 שם, בעמ' 692, מפי מ"מ הנשיא, השופט לנדוי.

59 בג"צ 233/85 אל החייל, פ"ד לט(4) 129, 124.

60 שם, בעמ' 129 ו-130.

61 בבג"צ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מה(3) 630, 634-633.

אחר-כך (נאשם). מסמכים אלה כוללים דו"ח-ביניים של החוקר המסכם את מצב החקירה עד אותו מועד, חוות-דעת פנימיות, הנמסרות בין הדרגים השונים במשטרה או בין המשטרה ואנשי הפרקליטות, או רשימת הפעילות המתוכננת של החוקרים בחיק הנדון. מכל-מקום, אם הסניגור יכול להצביע על תשתית עובדתית המבססת את טענתו שלא אפשרו לו לראות מסמך רלבנטי אשר הוגש לשופט המעצרים, ברור שהוא רשאי לבקש את עזרת בית-המשפט.

זכות העיון אינה חלה על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין<sup>62</sup>, כגון בגלל חשש לפגיעה בבטחון המדינה, בקשרי-החץ של המדינה או באינטרס ציבורי חשוב אחר. על התביעה להציג תעודת חסיון כנדרש על-פי פקודת הראיות (סעיפים 44-46) וכן להביא לידיעת ההגנה, ולו רק בקווים כלליים, את תוכנה של אותה עדות חסויה. בדרך זו יוכל הסניגור לדעת כנגד מה עליו לכוון את חצי טענותיו בעתירתו להסרת החסיון וגילוי הראיה ותהיה לבית-המשפט האפשרות להתרשם מה חשיבותה היחסית של אותה ראיה, בשים לב לגסיבות המשפט<sup>63</sup>.

בהיעדר טענת חסיון המוכרת על-פי דין, אי-גילוי חומר חקירה במלואו ובמועדו עשוי להביא לזיכוי של נאשם, במקום שבו נפגעת זכותו למשפט הוגן<sup>64</sup>. הועלתה הטענה להפרת זכות העיון בשלב ערעור, רשאי בית-המשפט לדחות את הערעור, אם ישתכנע כי למרות ההפרה לא נגרם עיוות דין<sup>65</sup>.

## ג. עסקות-טיעון בישראל — ההלכה הפסוקה

### 1. כללי-היסוד שנקבעו בפרשת בחמוצקי<sup>66</sup>

הכללים שנקבעו על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת בחמוצקי מ-1972, נחשבים עד היום כיסודיים.

בעקבות משא-ומתן התחייב בחמוצקי להודות באשמות מסוימות ולמסור למשטרה מידע על עבירות שבוצעו ועל אחרות שעומדות להתבצע. בתמורה לכך הבטיחה לו המדינה שישוחרר בערבות בהקדם וכן שכמשפטו יצהיר התובע, כי הנאשם (בחמוצקי)

62 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 78.

63 ע"פ 1152/91, 2295, 3331 סיקסיק, פ"ד מו(5), 8, 19-21, והמקורות שצוטטו שם.

64 ראו לביא, לעיל הערה 53, בעמ' 511; אנג'ל, לעיל הערה 54, בעמ' 487; סיקסיק, לעיל הערה 63, בעמ' 22. ראו גם ע"פ 173/88 אסרף, פ"ד מד(1), 785; ע"פ 497/92 נחום (קנדי) (טרם פורסם).

65 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 215.

66 לעיל הערה 3.

שיתף פעולה ושמשום-כך אין התביעה עומדת על הטלת עונשי מאסר בפועל. על כל זה נערך במשטרה "זכרון דברים", אשר עליו חתמו בחמוצקי וסניגורו, מן הצד האחד, ופרקליט מחוז חיפה ומפקד-המשטרה, מן הצד האחר.

בהיפתח המשפט הודה בחמוצקי בכל העובדות שיוחסו לו בכתב-האישום, ובית-המשפט המחוזי הרשיעו על-פי הודאה זו. שני הצדדים מילאו את התחייבותיהם לפי ההסכם (זכרון-הדברים), אולם איש מהם לא הודיע לבית-המשפט על דבר ההסכם שחתמו. בית-המשפט לא היה מוכן להתחשב בטיעוני הצדדים לעניין העונש. בשים לב לתומרת העבירות גזר בית-המשפט על הנאשם שלוש שנות-מאסר בפועל.

בערעור בפני בית-המשפט העליון כבר נתגלו כל הפרטים על "זכרון-הדברים", ולא היה ספק שהסכם כזה אינו מחייב את בית-המשפט. אף-על-פי-כן נתקבלה בקשתו החלופית של בחמוצקי להרשות לו לחזור בו מהודאתו, כי זו היתה הודאה מתוך טעות.<sup>67</sup>

להלן הכללים העיקריים הנובעים מפסק-הדין:

(א) לעולם לא יעשה בית-המשפט את עצמו צד להסכם על עסקת-טיעון בשום צורה שהיא. עליו לעמוד מעל לכל משא-ומתן שבין הקטיגוריה ובין הסניגוריה. אסור שיהיה לו עניין בהודאת הנאשם או בתוצאותיה האפשריות.<sup>68</sup>

(ב) לא ייתכן שבית-המשפט יהפוך את התפקיד הציבורי של קביעת העונש לנשוא של התמקחות עם העברין העומד לפניו לדין ושיכבול בכך את שיקול-דעתו השיפוטי.<sup>69</sup>

(ג) על בית-המשפט לדעת, שהודאת הנאשם מבוססת על עסקת-טיעון. נעשה ההסכם על העסקה בעוד מועד, לפני תחילת המשפט, מן הראוי שיערך בכתב ויוגש לבית-המשפט. נעשתה העסקה עם תחילת בירור המשפט או במהלכו, חובה על התובע לגלותה לבית-המשפט, בעל-פה, על כל פרטיה.

(ד) נתגלה לבית-המשפט קיומו של הסכם על עסקת-טיעון, מן הראוי שיטביר לנאשם, הסבר היטב, כי אם הובטחה לו (בתמורה להודאה) הקלה בעונש או טובת-הנאה אחרת, הנתונה לשיקול-דעתו של בית-המשפט — אין ההסכם מחייב את בית-המשפט כל עיקר.<sup>70</sup>

67 טעות הן בדבר היקף התחייבותו של בחמוצקי על-פי "זכרון הדברים" הן לגבי אמונתו הכללית כי לא יישלח למאסר. ראו פ"ד כו(1) בעמ' 553-554. ראו גם עמ' 560. על חזרה מהודאה ראו לעיל 22(ב).

68 בחמוצקי, שם, בעמ' 553, מפי השופט ח' כהן; ועמ' 559, מפי השופט לנדוי.

69 שם, עמ' 559 מפי השופט לנדוי.

70 זו היתה דעת כל שלושת השופטים בבחמוצקי, שם, בעמ' 553, 555 ו-560.

(ה) שמע הנאשם את ההסבר, כי בית-המשפט אינו חייב לפעול על-פי העסקה והגיב על כך "לא על מנת כן הודיתי", ירשה לו בית-המשפט לחזור בו מהודאתו<sup>71</sup>.

## 2. באיזו מידה מחייבת עסקת-טיעון את הנאשם ואת התובע?

בפרק הבא יידון תפקידו של בית-המשפט, באיזו מידה מותר לו להיות מעורב בהליכים לקראת עסקת-טיעון וכיצד על בית-המשפט להתייחס לעסקת-טיעון מוגמרת. אולם תחילה נבדוק באיזו מידה קשורים שני הצדדים — הנאשם והתובע — לעסקת-טיעון שעשו ביניהם.

### (א) הנאשם

כאשר נאשם ותובע עשו עסקת-טיעון ביניהם — בכתב או בעל-פה — והנאשם עוד לא מסר בבית-המשפט הודאה בהתאם לעסקה, המקובל הוא שהנאשם רשאי לחזור בו מהבטחתו. הוא יכול לעמוד על כך, כי חפותו תוכת על בסיס ניהולו של משפט פלילי רגיל ושבית-המשפט יכריע בשאלת האשמה או החפות לאחר שמלוא הראיות יוצגו בפניו<sup>72</sup>.

כאשר הנאשם כבר מסר הודאה בבית-המשפט, בעקבות עסקת-הטיעון, שאלת החזרה מן ההודאה נתבארה לעיל, במסגרת הדיון הכללי על הודאות<sup>73</sup>.

### (ב) התובע

הסכימו הצדדים על עסקת-טיעון, האם רשאית התביעה לחזור בה מן העסקה? האם זכאי הנאשם לדרוש את אכיפת התחייבותה של התביעה? זו היתה הבעיה שנדונה ישירות בפרשת ארביב<sup>74</sup>.

כתב-האישום נגד הגב' תקוה ארביב כלל שני אישומים: (1) עבירות סמים; ו-(2) החזקת נשק שלא כדין. בסיומו של משא-ומתן הגיעו שני הצדדים להסדר, שלפיו הנאשמת תודה בעובדות של האישום הראשון (סמים) ובתמורה לכך תסכים התביעה לוותר על האישום השני (החזקת נשק שלא כדין). יומיים לאחר עשיית העסקה הגיע מידע חדש לידיעת התביעה ובעקבותיו הודיעה התובעת לסניגור, כי היא חוזרת בה מן הוויתור על האישום השני ועומדת על כוונתה המקורית להביא ראיות להוכחת שני

71 לפירוש מצמצם שניתן לכלל זה ראו לעיל ליד הערות 45-46.

72 ראו ארביב, לעיל הערה 7, פ"ד מ(2), בעמ' 399 למעלה.

73 ראו לעיל ליד הערות 43-50, 71.

74 לעיל הערה 7.



האישומים. הגב' ארביב עתרה לבית-המשפט הגבוה לצדק, שיורה לתביעה לקיים את עסקת-הטיעון על כל פרטיה.

בית-המשפט העליון מציין<sup>75</sup> כי אין דעה מקובלת חד-משמעית על מהותה המשפטית של עסקת-טיעון. האם מדובר בחוזה רגיל שבין המדינה ובין הנאשם, או שזו פעולה שלטונית תר-צדדית של תובע, אשר שכלולה מצריך שיתוף-פעולה של הנאשם. ואולי מדובר במודל-ביניים של חוזה מנהלי? מכל-מקום, לענייננו כל הסיווגים העיוניים מובילים לתוצאה זוהה. עסקת-טיעון אינה "הסכם גנטלמני" בלבד, אלא אקט משפטי מחייב. אולם כמו כל התחייבות שלטונית, גם עסקת-טיעון אינה התחייבות מחלטת אלא יחסית. המדינה רשאית להשתחרר מחובתה, אם טובת הציבור דורשת זאת.

בבחינה של טובת הציבור יש לשים לב לשיקולים שונים, אשר החשובים שבהם הם שלושה: אמינות השלטון, הגשמת המטרות של המשפט הפלילי והאינטרסים של הנאשם<sup>76</sup>.

שלטון שאינו מקיים את התחייבויותיו בתחום המשפט הפלילי, פוגם באמינותו, ושוב לא יסמכו על הבטחותיו. בדרך-כלל מבוססת עסקת-טיעון על ההכרה, כי יש בה כדי לסייע בהגשמת המטרות של המשפט הפלילי. אולם אם מתברר שעסקת-טיעון מסוימת היא מכשול באכיפה, ובייחוד בעבירות חמורות, הרי יכול להיווצר אינטרס ציבורי שיצדיק את השתתרות המדינה מהתחייבותה. לנאשם אינטרס כפול: אינטרס הציפייה, שההבטחה אשר ניתנה לו אכן תקרים; ואינטרס ההסתמכות<sup>77</sup>, כי על יסוד הבטחת השלטון הוא שינה את מצבו, כגון שמסר מידע או שהודה בעובדות שבכתב-האישום. כאשר התובע חוזר בו מן העסקה, הנאשם ימצא אפוא נפגע ומקופח. לאחר יישום ההנחיות הללו על עובדות הפרשה בארביב, הגיע בית-המשפט העליון למסקנה, שאי-אפשר לומר כי חזרת התובע מהבטחתו היתה בלתי-סבירה. אשר עלי-כן נדחתה העתירה.

לסיכום ניתן לומר, כי הבטחות המדינה במסגרת עסקת-טיעון מחייבות אותה, והנאשם זכאי לדרוש את ביצוען. עם זאת, יש שהמדינה תצדק אם תחזור בה מהבטחותיה, מטעמים של טובת הציבור.

75 שם, בעמ' 399-402.

76 ראו שם, בעמ' 402-405.

77 לניתוח מקיף של אינטרס ההסתמכות, כולל התייחסות מיוחדת לעסקות-טיעון, ראו דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז(1) (תשנ"ז) 61-63.

### 3. תפקידו של בית-המשפט

(א) מעורבות בית-המשפט במשא-ומתן לקראת עסקת-טיעון

ראינו, כי בית-המשפט העליון הורה בבחמוצקי (אשר נפסק ב-1972)<sup>78</sup> שעל בית-המשפט להימנע מלהיות מעורב בצורה כלשהי בנסיונות להגיע לעסקת-טיעון. אסור שלבית-המשפט יהיה עניין בהודאת הנאשם ואל-לו להבטיח דבר, כדי שלא יכבול את שיקול-דעתו בעניין העונש.

ממצאי המחקר, שנעשה על-ידי יחד עם ד"ר קנת מן<sup>79</sup>, הראו בין השאר כי המציאות "בשטח" היא קצת שונה. לפי התשובות, שנתקבלו משופטים ומתובעים בשנת 1976, התברר כי רבים מן השופטים פעילים מאוד בעידוד הצדדים להגיע להסכם על עסקת-טיעון, ויש שהשופטים הם היוזמים את המשא-ומתן לקראת עסקות אלו. יתירה מזו: למעלה ממחצית התובעים שרואינו ציינו, כי לעתים נוהגים השופטים להפעיל עליהם לחץ כדי שיושג הסכם, כאמור<sup>80</sup>.

מסתבר שתופעה זו נמשכת, במידה זו או אחרת, גם בשנות השמונים והתשעים. שופטים מביעים דעה, או לפחות רומזים, מה יהיה העונש אם הצדדים יסכימו על עסקה מסוימת, ולעתים נערך המשא-ומתן כלשכת השופט. בית-המשפט העליון מותח על כך ביקורת חריפה, ויש שהשופטים אף נפסלים מלשבת בדין, בשל פעילות מוגזמת כזאת: "על השופט להרחיק עצמו, ככל האפשר, מכל נקיטת עמדה להסכמי התביעה והסניגוריה..."<sup>81</sup>. "השתתפותו של בית-המשפט במשא ומתן סביב עסקת-טיעון היא פסולה..."<sup>82</sup>. "אל לבית-המשפט 'להעלות את תרומתו' לעסקה שבין התביעה לסניגוריה, ועליו להפעיל את שיקול-דעתו לעניין העונש הראוי, לאחר שמובאת לידיעתו עסקה גמורה, ולא בשלב המשא ומתן או כחלק ממנו"<sup>83</sup>. בית-המשפט צריך לשמור על מעמדו כגורם נייטרלי. "לחץ לטובתו של צד זה או אחר יש בו כדי לפגום במראית האובייקטיביות של בית-המשפט ולהציגו כבעל עניין"<sup>84</sup>.

78 ראו לעיל ג, 1, ובמיוחד ליד הערה 68.

79 הרנון ומן לעיל הערה 6.

80 ראו שם פרק שמיני, ובמיוחד עמ' 126 ו-135.

81 ע"פ 180/84 חאלדי, פ"ד לח(1) 836, 837.

82 ע"פ 5518/91 פלוני, פ"ד מו(3) 525, 527.

83 שם, בעמ' 527-528.

פסק-דין זה מצוטט גם בהנחיות פרקליט המרינה מיום 2.1.94, פרק 8.1 "הנחיות לעריכת הסדר טיעון", עמ' 142. שם צוין, כי "לעתים קשה למנוע שופט מ'ללחוץ' על הצדדים להסכים להסדר טיעון". אך על התובע לזכור, כי בגלל מעורבותו הפעילה של שופט במשא-ומתן לקראת עסקת-טיעון עשוי בית-המשפט לערעורים לפסול אותה.

גם הצעת החוק החדשה על הסדרי טיעון מאמצת את הכלל הזה בנוסח הבא: "משא ומתן לקראת הסדר טיעון לא יתנהל בפני בית המשפט, ובית המשפט לא יטול בו חלק"<sup>84</sup>.

(ב) תגובת בית-המשפט לעסקת-טיעון מוגמרת

בית-המשפט העליון חזר פעמים רבות על הכלל, כי עסקת-טיעון אינה מחייבת את בית-המשפט. בית-המשפט אינו צד לה, אין הוא קשור בה ורשאי הוא להתעלם ממנה, תוך שיפסוק על-פי שיקול-דעתו הוא<sup>85</sup>.

עם זאת חשוב לדייק, כי למעשה כוונתו היתה לומר שהבטחות התביעה בעניין העונש אינן קושרות את בית-המשפט, אך לא תמיד נכון הדבר בעניין האישומים ובשאלת הראיות מטעם התביעה. כאשר העסקה נעשתה קודם תחילת המשפט, ולפיה העובדות המיוחסות כעת לנאשם נוחות לו יותר, והתביעה ויתרה על חלק מן האישומים או הסכימה להמיר אישום חמור באישום יותר קל – שינויים כאלה יחייבו את בית-המשפט, כי בשלב זה מסור תיקון כתב-האישום לשיקול-דעתו הבלעדי של התובע<sup>86</sup>. אמנם, לאחר תחילת המשפט תיקון כתב-האישום טעון רשות מבית-המשפט<sup>87</sup>, אולם התביעה יכולה להשיג אותה תוצאה גם בלי לבקש תיקון של כתב-האישום, אם תודיע לבית-המשפט שלא תביא ראיות להוכחת האישום המקורי החמור יותר, כפי שאירע בפרשת אסיס<sup>88</sup>.

הגב' אילנה אסיס הועסקה כמטפלת בקשישים. התביעה העמידה אותה לדין על עבירות של גניבה בנסיבות חמורות. על-פי הנטען בכתב-האישום, ניצלה הגב' אסיס את מעמדה ושללה את כושר התנגדותם של "מטופליה" לשם קידום העבירות האלה. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהיא סיממה אותם בכדורי הרגעה והרדמה, תוך סיכון בריאותם. כתב-האישום כלל שמונה אישומים, כשהחמור שבהם היה שלילת כושר התנגדות לשם ביצוע פשעים – עבירה לפי סעיף 327 לחוק העונשין, אשר עונשה המקסימלי 20 שנות-מאסר.

לאחר שבית-המשפט בערכאה ראשונה שמע חלק מעדויות התביעה, הוגש לו מסמך שבו עסקת-טיעון. על-פי עסקת-הטיעון, הנאשמת תודה בחלק מן המעשים המיוחסים לה והתביעה תבקש להחליף את סעיף האישום המקורי שדינו, כאמור, 20 שנות-מאסר,

84 זהו סעיף 155(ב) שיתווסף לחוק סדר הדין הפלילי, לפי התיקון מס' 19. ראו לעיל הערה 1.

85 ראו, למשל, ארביב, לעיל הערה 7, בעמ' 398-399, בעקבות בחמוצקי, לעיל הערה 3; ופסקי-דין אחרים אשר יידונו בהמשך המאמר.

86 ראו חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 91.

87 שם, סעיף 92.

88 ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי ואח', פ"ד מה(1) 661.

בסעיף האישום 8)338 לחוק העונשין (מעשה פזיזות ורשלנות) שדינו שלוש שנות מאסר. התביעה לא הגישה בקשה לתיקון כתב-האישום, אולי משום שהתיקון בשלב זה תלוי בשיקול-דעתו של בית-המשפט, ואין עסקת-טיעון יכולה להכתיב לבית-המשפט את התיקון המבוקש. אולם התביעה הודיעה, כי לא תביא ראיות להוכחת האישום החמור יותר.

עסקה זו הרהימה את בית-המשפט, אשר סבר כי היא לוקה ב"חוסר הגיון חמור", ומשום-כך החליט שאין מקום לכבדה. כן כתב בית-המשפט בהחלטתו, שהתביעה ייחסה לנאשמת לכאורה "מעשים מזעזעים שאין לתארם אחרת אלא כשוד קשישים, אשר מתאפשר על-ידי פגיעה קשה בבריאותם ואולי — בגרימת סכנה לחייהם..." וכי "מחובתו [של בית-המשפט] להגיע לעובדות האמיתיות..." "אם התביעה תחליט בסופו של דבר לא להביא עדים לגבי נסיבות אלו או אחרות... זכותה. ואז בעיני הציבור יהיה ברור כי במקרה מיוחד ומזעזע זה לא ניתנה אפשרות לבית-המשפט להגיע לחקר האמת"<sup>89</sup>.

לאחר מתן החלטה זו ביקש הסניגור שבית-המשפט יפסול את עצמו. בית-המשפט החליט לדחות את בקשת הפסילה וכתב בהחלטתו, בין השאר:

יוזכר לסניגור המלומד כי בית-המשפט לא רק קרא את העובדות המיוחסות לנאשמת בכתב-האישום, שעדיין הוא תקף... אלא גם שמע 3 קשישים...<sup>90</sup>.

על החלטה זו הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. הערעור התקבל, ושלושת שופטי הערכאה הראשונה נפסלון! הפסילה לא נבעה מכך שבית-המשפט לא ראה עצמו קשור לעסקת-הטיעון. הסיבה העיקרית היתה קריאתו של בית-המשפט לתביעה להביא עדים להוכחת סעיפי האישום המקוריים. בית-המשפט העליון ראה בכך סטייה מהותית מן השיטה האדברסרית. מעורבות שיפוטית כזאת, ולו גם מתוך רצון כן להגיע לחקר האמת, טומנת בחובה סכנה של "גלישה" לנעליו של צד — דבר הפוגם באובייקטיביות השיפוטית, לפחות בעיני המשקיף הסביר מן הצד.<sup>91</sup>

עד כאן מדברי בית-המשפט העליון. האם פסק-הדין משכנע? האם אוסרת השיטה האדברסרית על בית-המשפט לנסות ולשכנע את התביעה להביא עדים לפי כתב-האישום המקורי או למתוח ביקורת על התביעה על שאינה נוהגת לפי ציפיית בית-המשפט? ואם התשובה היא חיובית, אולי עלינו לשנות את שיטת הדין כדי להתאימה יותר לעיקרון, שמטרת ההליך הפלילי לברר את האמת — דבר שבית-המשפט העליון חזר וקבע פעמים

89 ראו שם, עמ' 664.

90 שם, בעמ' 665.

91 ראו שם, במיוחד בעמ' 668-669.

כה רבות?<sup>92</sup> זאת ועוד: האם הפירוש שניתן כאן לשיטה האדברסרית מתיישב עם מה שמצפים כיום מבית-משפט בישראל כשהוא קורא כתב-אישום ושומע חלק מן העדים על פגיעות חמורות בכבוד האדם וחירותו? אשר להסכמות הצדדים לעסקה בעניין העונש, העיקרון הוא, כזכור, שבית-המשפט אינו מחויב כלל לפעול על-פיהן. בית-המשפט העליון הרגיש זאת בהקשרים שונים. והרי כמה דוגמאות:

(א) אם הבטחת התביעה לגבי טיב העונש (שלא לדרוש מאסר בפועל, למשל), נוגדת את מדיניות הענישה המקובלת (לגזור תמיד מאסר בפועל ולתקופות ממושכות) לגבי אותו סוג של התנהגות עבריינית (במקרה זה, מעשי מרמה מתוחכמים בשינוי זהות של מכוניות גנובות, שפגעו בקונים תמי-לב והטעו את רשויות הציבור), הרי בית-המשפט צריך להעדיף לפעול על-פי אותה מדיניות, גם אם הנאשם עשה את כל מה שקיבל על עצמו לעשות לפי העסקה.<sup>93</sup>

(ב) בעבר נהגה התביעה, במסגרת עסקות-טיעון, לתת הבטחות כלליות, כגון שלא לדרוש מאסר בפועל או להמליץ על הקלה בעונש. לפני כ-15 שנים החל להתפתח נוהג חדש, שלפיו התביעה מסכמת עם הנאשם את תקופת העונש המדויקת ו/או את דרך ביצועו, למשל: מאסר בפועל של שנה אחת או מאסר של שישה חודשים שיכרצע בעבודות שירות (כלומר: שלא להיות כלוא בבית-סוהר). כאשר בערעור הגיעה עסקה כזאת לידיעת בית-המשפט העליון, הוא הסתייג מן הנוהג האמור.

...התביעה הכללית איננה צריכה להיות שותפה ליצירת מצג לכאורי, כאילו יש בכוחה להשפיע על התקופה הקצובה אותה יקבע בית-המשפט, וממילא היא גם אינה צריכה לנהל מקח וממכר על אורך תקופת המאסר. קביעת העונש היא בידי בית-המשפט...<sup>94</sup>

מסתבר כי הנחיה זו לא יצאה מן הכוח אל הפועל. התביעה טוענת, כי בלי הבטחה לעונש קצוב ומדויק מספר ניכר של נאשמים וסניגוריהם לא יהיו מוכנים לשאת ולתת על עסקה.<sup>95</sup>

92 ראו, למשל, דברי השופט ברק בע"פ 639/79, 656 אפללו, פ"ד לר(3) 561, 575; ובע"פ 951/80 קניר, פ"ד לה(3) 516, 505. ראו גם ע' גרוס "עסקות טיעון וחקר האמת" פלילים 1 (1992) 251.

93 ראו ע"פ 760, 750/78 בן-עטייה, פ"ד לג(3) 276, 280-279.

94 ע"פ 188/84 מאיה, פ"ד לה(3) 162, 165.

95 לכן גם הנחיות פרקליט המדינה (לעיל הערה 83) בנושא זה נוסחו בלשון גמישה. ברישא נאמר:

מן הראוי לציין, כי באנגליה אין עסקת-טיעון על העונש המדויק. לפי המסורת של המשפט האנגלי, כללי האתיקה המקצועית אוסרים על התובע להשפיע ישירות על בית-המשפט בעניין העונש. מותר לתובע להפנות את תשומת-לב בית-המשפט לפסקי-דין שניתנו באירועים דומים, כחומר להדרכת בית-המשפט, אך לא לבקש עונש קצוב ומדויק<sup>96</sup>.

(ג) בפרשת קשת מ-1986<sup>97</sup> נדחה הניסיון לקבל מבית-המשפט העליון הנחיה ברורה, מתי צריך בית-המשפט לאשר עסקת-טיעון, ככתבה וכלשונה, ומתי עליו לדחות אותה. בן-ציון קשת הואשם בבית-משפט השלום בעבירות של שימוש במסמך מזויף, קבלת דבר במרמה וייבוא סם מסוכן. במהלך המשפט נערכה עסקת-טיעון בכתב בינו ובין התביעה, שלפיה הוא יודה בעובדות והתביעה מצדה תודיע לבית-המשפט כי אינה דורשת מאסר בפועל. שני הצדדים פעלו בהתאם לעסקה. אולם בית-המשפט כתב בפסק-הדין כי אינו מוכן לאמץ את ההסדר באשר לעונש, בגלל החומרה הרבה של העבירות בפרשה זו. משום-כך החליט לגזור על קשת מאסר בפועל של שלושה חודשים ועונשים אחרים. הערעור לבית-המשפט המחוזי נדחה וכן נדחתה בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון.

הנשיא שמגר מציין, כי בדרך-כלל מייחס בית-המשפט משקל רב לעובדה שבעלי-הדין הסכימו על עסקת-טיעון, אך זהו רק אחד משיקוליו. "מיסודותיו של הסדר הטיעון הוא שבית המשפט אינו כבול על-ידיו"<sup>98</sup>, ודבר זה הרי חייבים תמיד להודיע לנאשם מראש. אין הצדדים יכולים להכתיב לבית-המשפט את העונש שעליו לגזור. אכן, הנאשם נמצא במצב של חוסר-ודאות, כי הוא אינו יכול לדעת מראש אם העסקה שעליה חתם גם תאושר על-ידי בית-המשפט. אולם זהו אפיון מהותי של כל עסקת-טיעון. אם ננקוט גישה אחרת, "יהיה פירוש הדבר שבית המשפט יכפיף עצמו, בנושאי הענישה

ככלל, ראוי להשתדל להימנע מהסדרי טיעון המציעים לבית המשפט להטיל עונש מוסכם בין הצדדים (להבדיל מסוג העונש). ראה... מאיה...

אך בסיפא צוין:

אם ההסדר מותנה בעונש מוסכם, רצוי לקבוע טווח למידת העונש המבוקשת בין תקופת מינימום למקסימום. רק בתנאים בהם סבור פרקליט המתחז כי אין אפשרות לערוך הסדר אחר ואינטרס הציבור מצדיק עריכת הסכם כאמור, ניתן להגיע לעונש מוסכם.

שם, פרק ב, הנחיה 8 (עמ' 140).

96 ראו, למשל, (2nd ed., 1995) 303-304 A. Ashworth *Sentencing and Criminal Justice*.

97 ר"ע 486/86 קשת, פ"ד מ(3) 472.

98 שם, בעמ' 474.

הפלילית, לרצונותיהם של בעלי הדין וזנח בכך את מעמדו השיפוטי הבלתי תלוי<sup>99</sup>.  
נוסף על כך יש גם נימוק של מראית-עין ואמון הציבור במערכת השיפוטית: אימון  
אוטומטי של עסקות-טיעון "יציג את בית המשפט... באור בלתי נכון ובלתי רצוי של מי  
שעונה אמן אחר החלטותיה של התביעה הכללית"<sup>100</sup>.

(ד) כחמש שנים לאחר מכן, בפרשת ארזה<sup>101</sup>, חזר בית-המשפט העליון על אותן  
הנחיות, ואולי אף ביתר הדגשה:

האחריות המשפטית והמוסרית להטלת העונש היא של בית-המשפט.  
התביעה הכללית חופשית להחליט את מי להעמיד לדין ועם מי לערוך  
עסקה, אך משנמסרה ההכרעה לבית המשפט הוא איננו יכול להפוך  
למעין מאשרר נוטריוני של הסכמים, בלי לתת דעתו לתוכנם ולזיקתם  
לנושא שבפניו. בית המשפט איננו זרועה הארוכה של התביעה או של  
הסניגוריה, ואיננו פועל לעולם לפי תכתיביהם, ללא שיקול-דעת  
עצמאי...<sup>102</sup>

ברור שבית-המשפט צריך לתת את דעתו לעסקה, ובדרך-כלל גם יכבד אותה, אם אין  
טעמים מיוחדים המצדיקים לסטות ממנה; ועל שיקול-דעת זה הרי חובה להודיע  
לנאשם<sup>103</sup>.

עד כאן נראים הדברים, כי בעניין היחס הראוי של בית-המשפט לעסקות-טיעון  
נוקטת הפסיקה עמדה אחידה.

אולם מצב זה לא נמשך זמן רב. אדרבא: לא עברו אלא תשעה ימים מאז ארזה, והנה  
בפנינו פסק-הדין בעניינה של אילנה אסיס<sup>104</sup>. כאן כבר ניכרים סימנים של הברלי גישה

99 שם.

100 שם.

101 ע"פ 2034/91 ארזה (לא פורסם; פסק-הדין הוא מ"2.7.91).

102 שם, פסקה 4, מפי הנשיא שמגר.

103 ארזה הואשם בביצוע מעשים מגונים בנכדתו. לפי עסקת-הטיעון, הודה הנאשם בעובדות, ושני  
הצדדים ביקשו שיוטלו עליו 15 חודשי מאסר בפועל ועוד שתי שנות מאסר על-תנאי. בית-המשפט  
טבר, שאין מקום לכבד את עסקת-הטיעון ולכן גזר עליו 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל. הערעור  
לבית-המשפט העליון נדחה פה אחד, "בהתחשב במעשים המסלדיים והחמורים ביותר שבוצעו על-  
ידי המערער". אמנם, השופט מצא הוסיף הערה כי לפי גישתו בדרך-כלל מן הראוי שבית-המשפט  
יכבד בקשת תובע להקל בעונשו של נאשם, גם כאשר הבקשה היא חלק מעסקת-הטיעון, אולם הפעם  
לא חלק על גישת עמיתו.

104 שנדון לעיל ליד הערות 88-91.

די יסודיים באשר לתפקיד שבית-המשפט צריך למלא בשל עסקת-טיעון. הבדלי גישה אלה הולכים וגוברים, בליווי הסברים אידיאולוגיים, בפרשת מרקוביץ<sup>105</sup> מתחילת 1993, בפרשת יאיר לוי מסוף 1994<sup>106</sup> ובפרשת שילוח מאפריל 1996<sup>106א</sup>.

(ה) בפרשת אסיס (מ' 1991) ראינו שבית-המשפט העליון פסל את שופטי הערכאה הראשונה, והתיק הועבר לבית-משפט אחר. והנה, גם הפעם החליטו כל שלושת השופטים שלא לאמץ את עסקת-הטיעון בעניין העונש — שלוש שנות-מאסר. בית-המשפט סבר, שאפילו עונש של חמש שנות-מאסר "אינו חמור דיו כדי לכפר על המעשים אשר הנאשמת עוללה". עם זאת, בהתחשב בעסקת-הטיעון ובנימוקים אישיים ואחרים, לא רצה בית-המשפט למצות את הדין והחליט להעמיד את המאסר בפועל על ארבע שנים בלבד<sup>107</sup>.

הנאשמת לא השלימה עם התוצאה הזאת והגישה ערעור לבית-המשפט העליון בטענה, שאין לגזור עליה עונש העולה על המוסכם לפי עסקת-הטיעון<sup>108</sup>. השופט גולדברג היה בדעה שיש לדחות את הערעור, כי "מעשי הנבלה שעשתה המערערת חייבו עונש חמור פי כמה מהעונש המוסכם". העדר יחס במידה משמעותית, כפי שבולט כאן, בין העונש המוסכם ובין העונש הראוי מצדיק דחייתה של עסקת-טיעון. כן הוסיף אותו שופט, כי בגזירת העונש אין בית-המשפט צריך להתייחס רק למקרה שלפניו. תפקידו גם לעצב מדיניות ענישה וכאשר העונש המוסכם לפי עסקת-הטיעון חורג ממדיניות הענישה הראויה, ודאי שלא יתן את ידו לעסקה. "ההגנה על קשישים חסרי ישע חייבת להיות מרכז הכובד בשקילת העונש, וכשנעדר, לדעת בית המשפט, יסוד זה מן העונש המוסכם, אין בידיו לאמצו".

אכן, דברים כדרכונות! אולם השופטים מצא וברק סברו, שיש לקבל את הערעור ולאמץ את עסקת-הטיעון, בגלל ההיבטים המיוחדים של פרשה זו: היעדר ראיות קבילות לגבי חלק מן האישומים, הנסיבות האישיות והמשפחתיות של המערערת והפער הקטן שבין העונש אשר עליו הוסכם על-פי עסקת-הטיעון ובין העונש שנגזר בפועל. עם זאת, בפסק דינו של השופט מצא ניכרים סימנים של גישה עקרונית שונה בעניין תפקידו של בית-המשפט כאשר מוגשת לאישורו עסקת-טיעון הנוגעת לעונש. על בית-המשפט לא רק לבדוק אם העונש המוסכם הוא העונש ההולם את חומרת העבירות.

105 ע"פ 4722/92, 4886, 4900 מרקוביץ ואח', פ"ד מז(2) 45.

106 ע"פ 1289/93, 1290 יאיר לוי ואח', פ"ד מח(5) 158.

106א ע"פ 6675/95 שילוח (טרם פורסם; ניתן ב-22.4.96).

107 המידע מבוסס על פסק-הדין השני של בית-המשפט העליון בפרשת אסיס: ע"פ 442/91, שניתן ב-11.7.91, אך לא פורסם; וכן על חומר מתיק בית-המשפט המחוזי.

108 זהו ע"פ 442/91. ראו לעיל הערה 107.



בעיני השופט מצא, העיקר הוא לבחון אם השיקולים שהנחו את התביעה לגבש את עסקת-הטיעון ולבקש מבית-המשפט להקל בעונש היו שיקולים ראויים. כיוון שגישה זו נוסחה בצורה יותר חדה ומגובשת בפסק-דין מרקוביץ מ-1993<sup>109</sup>, נמקד בו את הדיון.

(ו) לפי עסקת-הטיעון בפרשה זו, הודו שני הנאשמים בעבירות שוחד, והתביעה מצדה הסכימה לבקש מבית-המשפט לגזור עליהם עונשי מאסר לתקופות קצרות, אשר ניתן יהיה לרצותם בעבודות שירות; כלומר: בלי צורך להימצא כלל במתקן-כליאה. אולם בגלל חומרת העבירות לא היה בית-המשפט בערכאה ראשונה מוכן לאמץ את העסקה. ערעורם לבית-המשפט העליון נדחה ברוב של שניים נגד אחד. לדעת הרוב (השופטים נתניהו וגולדברג), סטו העונשים שלפי עסקת-הטיעון באופן משמעותי מן העונשים שלהם הם ראויים על-פי חומרת העבירות שביצעו. מדיניות הענישה העקיבה בעבירות שוחד מחייבת הטלת מאסר לריצוי בפועל, ולא הובאו בפני בית-המשפט נסיבות שיצדיקו חריגה ממדיניות זו. בעסקת-הטיעון לא היה איזון הולם בין טובת-ההנאה שהיא מעניקה לנאשמים ובין התועלת שיש בה לאינטרס הציבור. היה כאן רק יתרון ברור לנאשמים, בלי שיקול של ממש לטובת הציבור, מעבר ליתרון שבקיצור ההליך אשר קיים בכל עסקת-טיעון.

השופט השלישי, השופט מצא, שהיה כאן במיעוט, סבר שבית-המשפט צריך היה לאמץ את עסקת-הטיעון. לדעתו, כאשר התביעה מבקשת להקל בעונשו של נאשם בהתאם לעסקת-הטיעון, השאלה העיקרית אינה אם העונש המבוקש הוא העונש הראוי לפי הנסיבות, אלא אם השיקולים שהנחו את התביעה בגיבוש העסקה היו שיקולים נאותים וענייניים. הוא תווך על הדעה שהביע באסיס<sup>110</sup>, כי הכלל שצריך להנחות את בית-המשפט הוא כי יש לכבד כל עסקת-טיעון הנוגעת לעונשו של נאשם, ורק נימוקים מיוחדים יצדיקו לתרוג ממנה. העובדה שבית-המשפט מתרשם, כי עסקת-הטיעון אינה מועילה לעניין הציבורי, אינה עילה מספקת לפסילת העסקה. התערבות בית-המשפט מוצדקת רק כאשר נוכח, כי גלוי וברור שהעסקה פוגעת בעניין הציבורי או אינה מתיישבת עמו. לא תמיד התועלת לעניין הציבורי יכולה לבוא לידי ביטוי מובהק בעסקת-הטיעון הספציפית. היא יכולה להיבחן גם במכלול הרחב של שיטת הדיון, המאפשרת ומעודדת עריכתן של עסקות-טיעון<sup>111</sup>.

109 ראו לעיל הערה 105.

110 ראו לעיל הערה 107.

111 השופט מצא נימק את עמדתו בהרחבה. פירוט הדברים וניתוחם מובאים בהמשך. ראו להלן, ליד

הערות 140-126.

יצוין, כי בפרשה זו היה גם ניסיון להגיע לדיון נוסף, בעיקר תוך הסתמכות על דעת המיעוט של השופט מצא, אולם העתירות נדחו<sup>112</sup>.

(ז) פסק-הדין שניתן בפרשת יאיר לוי<sup>113</sup>, הוא השלישי בסדרה זו. ושוב חוזרת אותה מחלוקת שבין השופט גולדברג לשופט מצא. גם הפעם העמדה העקרונית של השופט גולדברג היא הגוברת, כאשר השופט חשין מצטרף לדעתו<sup>114</sup>.

יאיר לוי (המערער) היה חבר-הנהלה, מנכ"ל ומורשה-חתימה של עמותה בשם "קרן החינוך אל-המעין" למורשת יהדות ספרד. כספיה באו בעיקר ממענקים שקיבלה ממשרד-החינוך והתרבות, ממשרד-הדתות, מרשויות מקומיות ומתרומות.

בתחילת שנת 1987 החל המערער לגנוב מכספי העמותה. הוא משך שיקים, ובעזרת אשתו זיף אותם והפקידם בחשבונות שהם ניהלו. כאשר הועמדו לדין, הם כפרו בעובדות. הצדדים הגיעו לעסקת-טיעון, אך לא לפני שבית-המשפט שמע 170 עדי תביעה לצורך, כשהעדויות משתרעות על פני כ-5,000 עמודי פרוטוקול, ובית-המשפט קיבל כ-500 מוצגים. כיוון שעניינה של אשתו, גאולה לוי, אינו דרוש למטרות המאמר, אתמקד ביאיר לוי בלבד. לפי העסקה, הודה יאיר לוי בעובדות שבכתב-האישום המתוקן, והתביעה מצדה התחייבה שלא לבקש יותר מ-40 חודשי מאסר בפועל, וכן מאסר על-תנאי וקנס בסך של 275,000 ש"ח. יאיר לוי הורשע על-פי הודאתו בעבירות של גניבה בידי מנהל, זיוף מסמך בנסיבות מחמירות, רישום כוזב במסמכי תאגיד וכמראה ובהפרת אמונים כתאגיד. הסכומים שבגניבתם הורשע הגיעו לכדי 311,791 ש"ח. והנה, בגלל חומרת מעשיו של הנאשם ואי-החזרת כספי הגניבה, החליט בית-המשפט המחוזי – "לאחר התלבטויות רבות" – שלא לאמץ את עסקת-הטיעון. נוסף על הקנס, גזר בית-המשפט על המערער שבע שנות-מאסר, מתוכן חמש שנים בפועל והיתרה על-תנאי.

בערעור בפני בית-המשפט העליון טענו שני הצדדים, שמן הראוי לאשר את עסקת-הטיעון, אשר לפיה המאסר בפועל היה, כאמור, שלוש שנים וארבעה חודשים. אולם רק השופט מצא הסכים לכך. השופט גולדברג חלק עליו לחלוטין: יש לדחות את הערעור ולהשאיר על כנו את העונש שגזר בית-המשפט המחוזי, היינו: חמש שנים מאסר בפועל. גם השופט חשין גרס, שאין לאמץ את העונש שהצדדים הסכימו עליו בעסקת-הטיעון. אולם לדעתו, גם אין להתעלם לחלוטין מעצם העובדה שהיתה כאן עסקת-טיעון; כלומר: יש לתת משקל מסוים הן לציפייה של הנאשם שבית-המשפט יכבד את

112 דנ"פ 1312, 1274/93 מרקוביץ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 558. ההחלטה ניתנה על-ידי השופט אור.

113 ראו לעיל הערה 106.

114 אולם בעניין העונש הקונקרטי היה רוב שונה, כפי שיתבאר בהמשך, ליד הערה 115.

העסקה הן לעמדת הפרקליטות. לכן הוא המליץ להעמיד את עונש המאסר בפועל על ארבע שנים. ואכן, פתרון-ביניים זה הפך לגזר-הדין של ההרכב כולו, כמתחייב על-פי סעיף 80(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.<sup>115</sup>

(ח) אכן, מחלוקת השופטים גולדברג-מצא נמשכת גם בעצם הימים האלה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפרשת שילוח מאפריל 1996<sup>116</sup> — ושוב נשאר השופט מצא במיעוט. אבי שילוח הואשם בעבירות של משיכת שיק ללא כיסוי, לפי סעיף 432 לחוק העונשין, וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין. המרמה היתה בנסיבות מחמירות, בהתחשב בתכנון, בתחכום, בהיקף ובסכומי הכסף הגבוהים שלגביהם בוצעה המרמה (כ-2,300,000 ש"ח).

הנאשם פֶּפֶר בעובדות ונתקיימו חשע ישיבות, שבהן שמע בית-המשפט עדי תביעה רבים. בשלב זה הסכימו המדינה והנאשם על עסקת-טיעון אשר לפיה,

(1) הנאשם יודה בכל העובדות של כתב-האישום ויורשע בעבירות שפורטו שם.  
(2) "התביעה והסניגוריה יעתרו לעונש מוסכם של 18 חודשי מאסר בפועל וכן לעונש מאסר משמעותי מותנה".

בעקבות עסקת-הטיעון הודה הנאשם והורשע. בטיעונים לעונש אמרה התובעת, כי שיטת המרמה שהנאשם נקט נפוצה ביותר, והפרשה חמורה. עם זאת, היא ציינה שבעה נימוקים שהיו לתביעה כאשר נתנה את הסכמתה לעסקת-הטיעון, וביניהם שלושה אלה: (1) שילוח לא היה העבריין העיקרי בפרשה. היוזם והמתכנן היה מישור אחר, והאחר היה גם הנהנה העיקרי מן הכספים שהושגו במרמה.  
(2) בהודאתו חסך הנאשם זמן רב לבית-המשפט ולצדדים, הגם שהתקיימו ישיבות רבות.

(3) "התגלעו בעיות ראייתיות רבות בתיק מבחינה [זו?] שעדים לא אותרו..."<sup>117</sup>.  
הסניגור ביקש לגזור את הדין על-פי העסקה בטענה שהנאשם נקלע לחובות ונאלץ ללוות כספים מדמויות "מאד לא סימפטיות". וכאשר לא יכול היה לפרוע, אילצו אותו הנושים "לשמש פרוגט", ככסות לאחריים, למעשים נשוא כתב-האישום.  
בית-המשפט המחוזי סירב לאמץ את עסקת-הטיעון וגזר על הנאשם מאסר בפועל של 36 חודשים וכן 24 חודשים מאסר על-תנאי. אמנם, בית-המשפט קיבל את הטענות שהודאת הנאשם חסכה זמן שיפוטי ניכר וכן שאדם אחר עמד מאחורי המעשים האלה — ואלה נימוקים לקולה. אולם לדעתו, מכריעים כאן הנימוקים לחומרה: לנאשם

115 ראו פסקה 7 בדברי השופט חשין ביאיר לוי, לעיל הערה 106; וכן סוף פסק-הדין כולו.

116 ראו לעיל הערה 106א.

117 על השאלה, אם קשיים ראייתיים צריכים לשמש נימוק לגיטימי בשיקולי בית-המשפט אם לאמץ עסקת-טיעון, ראו דיון להלן ליד הערות 141-152.

הרשעות קודמות. ניתנו לו כמה הזדמנויות לתקן את דרכיו על-ידי הטלת מאסרים על-תנאי וגם הארכת מאסר על-תנאי — אך ללא הועיל. אין מדובר באדם שהתדרדר וביצע מעשה חד-פעמי, אלא בביצוע שורה ארוכה של עבירות מתוחכמות בסכומי כסף גבוהים, אשר גרמו להפסדים כספיים לקורבנות, אשר חלק מהם אף התמוטטו. שיטת המרמה שהנאשם פעל בה "הורסת כל חלקה טובה ביחסי המסחר ההוגן והתקין". בית-המשפט מסכים, שיש לתת משקל רב לעמדת התביעה לפי עסקת-הטיעון, אולם בית-המשפט נושא באחריות הבלעדית לגזר-הדין ועליו לערוך את השיקול הכולל של כל הנסיבות הרלבנטיות.

הנאשם ערער לבית-המשפט העליון. באת-כוחה של המדינה טענה, כי גם בזמן הדיון בערעור היא סבורה שהחלטת התביעה בזמנו להסכים על עסקת-הטיעון היתה נכונה ונבעה משיקולים ראויים. עם זאת הוסיפה, כי לא יהיה זה נכון לומר שהחלטת בית-משפט קמא לדחות את עסקת-הטיעון היתה שגויה; אדרבא: העונש שנגזר על הנאשם היה עונש הולם.

השופט גולדברג חזר על השקפתו, כי בית-המשפט "רשאי, ואף חייב", לדחות עסקת-טיעון, "כל אימת שקיים פער משמעותי בין העונש שעליו הוסכם בעסקה ובין העונש הראוי שבית-המשפט היה גוזר באותו עניין, בשים לב לכל הנסיבות. אמנם, יש לרחוש הערכה רבה לשיקולי התביעה, אך על בית-המשפט לזכור כי "האחריות המשפטית והמוסרית להטלת העונש היא של בית-המשפט" — כדברי בית-המשפט העליון בפרשת ארזה<sup>118</sup>. במקרה הנדון — אמר השופט גולדברג — לא יכול להיות ספק כי עונש מאסר של 18 חודשים "רחוק מלבטא את חומרת מעשיו של המערער", אשר במעשי ההונאה המתוחכמים שלו הוציא מקורבנותיו סכום עתק המסתכם בלמעלה משני מיליון ש"ח, שלעולם לא יזכו לקבל חזרה. "העונש המוסכם גם אינו מבטא כל מסר הרתעתי למי שמבקש להתעשר בן-לילה על חשבון הזולת". כאשר על כן בדין סירב בית-משפט קמא לאמץ את עסקת-הטיעון וגזר על הנאשם עונש מאסר, ויש לדחות את הערעור.

השופט מצא מסכים עם השופט גולדברג, כי עונש המאסר שנתבקש על-פי העסקה "רחוק מלבטא את חומרת מעשיו של המערער", אולם הוא חולק על השופט גולדברג בדבר תפקיד בית-המשפט כאשר מגישים לו עסקת-טיעון. הוא חוזר על גישתו כפי שהציגה באסיס, במרקוביץ וביאיר לוי, כי המבחן הוא אם נמצאה לבית-המשפט עילה לקבוע כי השיקולים שהנחו את התביעה לגבש את העסקה לא היו שיקולים ראויים, ובאשר על כן דין העסקה להיפסל בשל היותה פוגעת בעניין הציבורי או אינה מתיישבת עם העניין הציבורי. כיוון שלא מצא גם "שמץ טעם" שבכוחו להצדיק את דחיית

118 שצוטטו לעיל ליד הערה 102.

העסקה, על-פי המבחן המקובל עליו, החליט כי ערעור זה בדין יסודו ויש להעמיד את עונש המאסר בפועל על 18 חודשים, כפי שהוסכם בעסקת-הטיעון.

השופט קדמי מצטרף לדעתו של השופט גולדברג. לשיטתו, אין די בכך שמניעי התביעה היו מניעים ראויים. על בית-המשפט, המתבקש לאמץ את העסקה, לבחון את סבירותו של העונש המוסכם ולתת את דעתו לשמירת יחס מתקבל על הדעת בין העונש ובין ההתנהגות נושא ההרשעה ומהות העבירה. העונש המוסכם הוא תמורה לויתורו של הנאשם על הוכחת אשמתו. ככל שמשקלו של הויתור רב יותר, כן ייטה בית-המשפט לאשר הקלה נכבדה יותר בעונש, וכלכך שיישמר יחס סביר בין העונש ובין מהות העבירה שהנאשם הודה בביצועה.

במקרה הנדון סבר השופט קדמי, כי העונש שעליו הוסכם חרג "חריגה בוטה, אל מעבר לנף השומר על יחס נאות בינו ובין אופיו של המעשה העומד בבסיס ההרשעה". לכן צדק בית-המשפט המחוזי כשסירב לאמץ את העסקה והכפיל את תקופת המאסר בפועל.

אשר על-כן נדחה ערעורו של הנאשם ברוכ דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט מצא.

כסיכום-ביניים ניתן לומר, כי מאז פסק-הדין המנחה בפרשת בחמוצקי מ-1972 ועד ארזה מ-1991 – היינו: במשך כ-20 שנה – היתה לבית-המשפט העליון עמדה אחת, חר-משמעית ועקיבה: עסקת-הטיעון בעניין העונש היא רק אחד השיקולים החשובים בגור-הדין, אך אין היא מחייבת את בית-המשפט; גם כאשר הוסכם על עסקה בעניין העונש, על בית-המשפט למלא תפקיד עצמאי, כי הוא נושא באחריות המשפטית והמוסרית לקביעת העונש הראוי ואין הצדדים יכולים להכתיב לו את התוצאה העונשית. לעומת זאת, בשנים 1991-1996 כבר אין לדבר על עמדה אחידה, אם כי דעת הרוב לא השתנתה. בארבע פרשיות – אסיס<sup>119</sup>, מרקוביץ<sup>120</sup>, יאיר לוי<sup>121</sup> ושילוח חזר השופט מצא על השקפתו, שלפיה על בית-המשפט "לנהוג איפוק" ולצמצם מאוד את התערבותו. לדעתו, לא העונש המוסכם טעון בדיקה, אלא השיקולים שהנחו את התביעה להסכים לעסקה. בדרך-כלל יש לאמץ את עסקת-הטיעון, אלא אם מדובר במקרה חריג, כאשר גלוי וברור שהעסקה פוגעת בעניין הציבורי (או לפחות אינה מתיישבת עמו).

יצוין, כי בהצעת החוק מתשנ"ה, שהוזכרה לעיל<sup>122</sup> – הצעה אשר מונחת כעת על שולחנה של ועדת החוקה-חוק ומשפט של הכנסת – אין הוראה מפורשת שעסקת-

119 לעיל הערה 107.

120 לעיל הערה 105.

121 לעיל הערה 106.

122 לעיל הערה 1.

טיעון אינה מחייבת את בית-המשפט, הגם שזהו כלל מרכזי בכל הסוגייה הזאת, החזון ומורגש לכל אורך הפסיקה. ומה נאמר בהצעת החוק? סעיף 155 מורה, כי בגזירת הדין "ינחה בית-המשפט את עצמו" על-פי ההסדר המשפטי שאליו הגיעו הצדדים לעסקת הטיעון, אלא-אם-כן סבר בית-המשפט כי ההסדר אינו עולה בקנה אחד עם טובת הציבור<sup>123</sup>.

יש אפוא דמיון ניכר בין הצעה סטטוטורית זו ובין שיטתו של השופט מצא<sup>124</sup>. ואם הצעת החוק, בנוסחה הנוכחית, תהפך לחוק, הרי תקבל דעת המיעוט גושפנקה סטטוטורית ותחייב את כל בתי-המשפט<sup>125</sup>.

עם כל הכבוד לדוגלים בשיטה זו, לנו נראה כי היא מוטעית ומאוד כלתי רצויה. אולם לפני שנפרט את הערות הביקורת, דומה שיהיה זה נכון להציג ביתר הרחבה את שיטתו של השופט מצא ואת השקפות החולקים עליו.

לדעת השופט מצא, הפרקטיקה של עסקת-טיעון היא חלק מן השיטה האדברסרית, ושיטה זו מספקת גם את "הצידוקים הרעיוניים והמתודיים התומכים בה": אין היא מכתיבה רק ניגוד בין צדדים יריבים, אלא גם הידברות ביניהם לשם צמצום המחלוקת<sup>126</sup>. ישנם עניינים רבים הנתונים לשיקול-דעתה הבלעדי של התביעה ללא צורך באישור בית-המשפט, למשל: ויתור על חלק מן האישומים או המרת אישום חמור באישום קל יותר. משלב ההעמדה לדין ועד לשלב הענישה מופקד בידי התביעה ייצוג עניינו של הציבור. ואם סבורה התביעה, כי בנסיבותיו של עניין פלוני ניתן וראוי לערוך עסקת-טיעון עם הנאשם, ועל בסיס העסקה מבקשת התביעה מבית-המשפט להסתפק בהטלת עונש פחות חמור מן המקובל — על בית-המשפט לייחס משקל רב ונכבד לעמדתה. ואם לא נוכח בית-המשפט לדעת כי שיקולים בלתי-ראויים מכתיבים את

123 ההדגשה הוספה — א' ה'. נראה, כי "ינחה" פירושו למעשה שבית-המשפט יראה את עצמו מחויב לפעול על-פי ההסדר של עסקת-הטיעון, בכפיפות לסייג צר למדי. השוו למשמעות המונח "תנחה" בסעיף 20(א) לחוק-יטור: השפיטה, על הלכה פסוקה.

124 ואין זה מפתיע, בשים לב לתולדות החקיקה ולהמלצת הוועדה לסדר-הדין הפלילי, בראשותו של השופט מצא, כפי שיפורט יותר להלן, ליד הערות 214-217.

125 בדברי ההסבר לסעיף 155 צוין כי "מוצע לאמץ את הנטייה שהתפתחה בפסיקה לאחרונה, לפיה ניתן דגש לכוונו המנחה של הסדר הטיעון...". בשל הדברים שצוינו בטקסט נראה, כי המחברים של דברי ההסבר לא דייקו כל-כך.

126 מרקוביץ, לעיל הערה 105, בעמ' 56. על כך מעיר השופט חשין ביאיר לוי (לעיל הערה 106): "כשאני לעצמי, אינני סבור שיש בה בתורה האדברסארית, באשר היא, כדי להמציא הצדק מחלט לכיבודם של הסדרי טיעון..." (בחלק האחרון של פסקה 4).

עמדת התביעה, או שהתקשרותה בעסקת-הטיעון מוטעת מיסודה, ראוי לו לכבד את בקשתה.

חזקה על התביעה, שהיא פועלת במסגרת של מדיניות תביעתית כוללת, וכשהיא עורכת עסקת-טיעון מסוימת, היא מביאה בחשבון את כל הגורמים שבנסיבות העניין. לעתים די בחיסכון בזמן ובמשאבים הטמונים בעסקה, כנגד הקשיים הכרוכים בניהול המשפט, כדי להצדיק התקשרות בעסקה. לעתים חשיבות העניין ומיצוי הדין גוברים על-פני כל שיקול אחר ופוסלים ויתור כלשהו כלפי הנאשם.

מכל-מקום, לדעת השופט מצא, המדיניות השיפוטית, "החיונית והרצויה"<sup>127</sup> היא לצמצם עד למינימום את היקף התערבותו של בית-המשפט בעניין העונש. אין לפסול עסקה כאשר בית-המשפט סבור שהיא אינה מועילה לעניין הציבורי<sup>128</sup>, ואפילו במקרה שבית-המשפט השתכנע כי קיים פער משמעותי בין העונש המוסכם על-פי העסקה ובין העונש הראוי<sup>129</sup>. נימוקים אלה ואחרים כיוצא בהם אינם מצדיקים שלא לאמץ עסקת-טיעון.

עד כאן עיקרי דבריו של השופט מצא. מסתבר כי זוהי הגישה הקיצונית ביותר, בעד אימוץ עסקות-טיעון ונגד פיקוח שיפוטי של ממש. קשה ליישב דברים אלה עם ההלכות שנפסקו וההשקפות שהובעו על-ידי שופטים אחרים בבית-המשפט העליון – כפי שנתבאר. יתירה מזו: ספק אם גישה זו תואמת את מטרות ההליך הפלילי ואת חלוקת התפקידים המקובלת והראויה שבין התובע מטעם המדינה ובין השופט, במיוחד על-פי השיטה הארברסרית.

נראה כי דברים מרחיקי-לכת אלה של השופט מצא מחייבים לחזור אל כמה מושכלות ראשונים.

כידוע, מטרות ההליך הפלילי הן לברר את האמת, אך בלי לפגוע בזכויות-היסוד של הנאשם. וכאשר חומר הראיות מחייב הרשעה, על בית-המשפט לגזור את העונש הראוי בשים לב למטרות הענישה ותוך התחשבות בנסיבות העבירה, הקורבן והנאשם. לפי השיטה הארברסרית, הגשת חומר הראיות הוא תפקיד המוטל על הצדדים ולא על בית-המשפט. ההנחה היסודית היא, שהאמת תצא לאור בצורה הטובה ביותר כאשר כל צד יחקר בידי הצדדים בשלושה שלבים: חקירה ראשית, חקירה-שכנגד וחקירה חוזרת<sup>130</sup>.

127 מרקוביץ, שם, בעמ' 57, ליד האות ז.

128 שם, ליד האות ב, ובכך הוא חולק במפורש על השקפתה של השופטת נתניהו.

129 זהו המבחן של השופט גולדברג, שאינו מקובל על השופט מצא. ראו, למשל, יאיר לוי (לעיל הערה 106).

130 The adversary approach to facts usually presents a dog fight between two conflicting versions out of which the trier is expected to emerge, triumphantly

בתום הגשת הראיות והסיכומים, עובר התפקיד האקטיבי אל בית-המשפט אשר מכריע בעובדות על סמך חומר הראיות שהוגש על-ידי הצדדים, ובמקרים יוצאים-מן-הכלל מותר לבית-המשפט גם לנקוט יחמה להשלמת בירורן של העובדות. הורשע הנאשם, מקיימים שוב דיון אדברסרי על העונש. התובע ישתדל להוכיח את כל הנסיבות לתומרה ויטען לעונש המירבי ההולם, ואילו הנאשם וסניגורו יצביעו על כל הנסיבות לקולה ויבקשו את הסנקציה הקלה ביותר. סמכות ההכרעה בשאלת טיב העונש והיקפו וכיצד יִכְצו אותו מסורה כמובן לבית-המשפט<sup>131</sup>. על בית-המשפט מוטלת החובה לנמק, הן את הכרעת הדין והן את גזר-הדין, והחלטותיו כפופות לביקורת ערעורית.

מה משתנה כאשר הצדדים מודיעים לבית-המשפט על עסקת-טיעון, אשר עליה הוסכם לפני פתיחת המשפט, למשל? כאן אין כל חקירה של עדים ולא הגשת ראיות אחרות ואין טיעונים נוגדים של שני הצדדים הלוחמים זה בזה על נסיבות האירוע ועל העונש הראוי.

עסקת-טיעון היא הסדר של ויתורים הדדיים (*an exchange of concessions*). כדי להשיג את נכונות הנאשם להודות, מסכימה התביעה לויתורים שמטרתם הסופית היא תמיד עונש קל יותר לנאשם, כך שהתביעה ודאי אינה מציגה את מלוא טיעוניה האפשריים בעד העונש הראוי. אדרבא: בעסקה התובע כוכל את עצמו שלא לדרוש עונש חמור, שלא לבקש מאסר בפועל, למשל. זאת ועוד: ראינו, שבמסגרת העסקה התביעה נוהגת להבטיח לנאשם אפילו עונש קצוב ומדויק<sup>132</sup>.

אשר על כן, רק במשפט פלילי רגיל — אך לא במקרה של עסקת-טיעון — נכון לומר שבדרך-כלל לא יגזור בית-המשפט עונש חמור יותר מן העונש שהתובע מבקש. אמנם, גם בעסקת-טיעון אפשר לומר כי חזקה על התביעה שהיא יודעת מהו העונש ההולם, אך אין היא טוענת לעונש זה, אלא מבקשת לגזור רק אותו עונש שהסכימה לו במסגרת העסקה, שהוא, כאמור, תמיד פרי של ויתורים<sup>133</sup>. ושמא היו הויתורים מוגזמים ובלתי-סבירים, כפי שסברו בפרשת אסיס<sup>134</sup> אחד משופטי בית-המשפט העליון ושני הרכבים שונים של בתי-המשפט בערכאה הראשונה (דהיינו: יחד שבעה שופטים), בשל "מעשי

carrying in his teeth the bone of 'truth'...

Cleary "Evidence As a Problem of Communicating" 5 Vand. L. Rev. (1952) 277.

131 ראו חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 193.

132 ראו מאיה, לעיל הערה 94.

133 זו גם אחת התשובות לרבירי של השופט קיסטר בעש"מ 2/67 פלוגי נ' מרינת ישראל, פ"ד כב(1) 57,

61; ובבחמוצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 555, אשר עליהם הרכבה השופט מצא להסתמך.

134 לעיל הערה 107.



הנבלה" שביצעה הנאשמת כלפי קשישים חסרי-ישיע<sup>135</sup>? ובפרשת מרקוביץ<sup>136</sup> — האם הרעיון שיש לכבד עסקות-טיעון חשוב יותר מאשר הצורך להתמיד במדיניות ענישה, שעל עבירות שוחד יש לגזור מאסר בפועל כעונש מרחיע, ולא להסתפק בעבודות שירות?

אכן, ייצוג עניינו של הציבור במשפט הפלילי מופקד בידי התביעה והיא ממלאת תפקיד זה במסגרת של מדיניות תביעתית כוללת, המותווית על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה. אולם אין פירוש הדבר שיש לתביעה שיקול-דעת בלעדי שאין אחריה ולא כלום. הרי ראינו כי החלטות של תובע, לרבות פרקליט-מחוז, כפופות לאפשרות פנייה אל היועץ המשפטי לממשלה כדי לבחון את ההחלטה (לעתים הפנייה היא בדרך ערר, ולעתים — בקשת עיכוב הליכים). גם החלטת היועץ המשפטי לממשלה אינה סופית, אלא כפופה לביקורת שיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק. ואם בהליך פלילי רגיל כך, בעסקות-טיעון — על אחת כמה וכמה; שהרי כאן התובע עצמו החליט תחילה להגיש כתב-אישום שתוכנו קשה יותר לנאשם — בשים לב לחומר הראיות שבתיק ובהתחשב בעניין הציבורי — ואלמלא עסקת-הטיעון היה טוען שראוי לגזור עליו עונש חמור יותר, כגון מאסר בפועל לתקופה ארוכה. התובע נדרש אפוא להסביר מפני מה שינה את עמדתו ולכן ספק גדול אם נכון לומר — כפי שסבור השופט מצא — כי חזקה על התביעה ששיקוליה היו נכונים, כי היא יודעת מהו העונש הדרוש וכי משום-כך על בית-המשפט לאמץ את המלצת התביעה לפי העסקה. טיעון דומה כבר נדחה פה אחד על-ידי שלושת שופטי בית-המשפט העליון (לנדוי, בן-פורת ובכור) בפרשת ג'רדלי מ-1980<sup>137</sup>: "...אין בית-המשפט קשור בעיסקת הטיעון, אף לא בדרך של חזקה, כביכול, שבדרך כלל עליו לנהוג בהתאם לעיסקה שנעשתה". אם התביעה יודעת דברים העשויים להשפיע על מידת העונש ושאינם ידועים לבית-המשפט, מחובת התביעה להביאם לידיעת בית-המשפט. ברוח דומה מכיע השופט חשין הסתייגות מפורשת מהשקפתו של השופט מצא בפרשת יאיר לוי<sup>138</sup>: אם נציגי התביעה הכללית והמטרה יודעים מהו העונש הדרוש במקרה פלוני, "ישתפר-נא את בית המשפט באותה ידיעה, וינסו לשכנעו שאכן כך נאה וכך יאה. ואולם בית המשפט אסור הוא כדלגציה של שיקול דעתו, ולו על דרך של מתן משקל-יתר להמלצת התביעה הכללית והמטרה, אך באשר יודעים הם מהו העונש הדרוש במקרה פלוני".

135 ראו לעיל ליד הערה 108.

136 לעיל הערה 105.

137 ע"פ 300/80 ג'רדלי (לא פורסם).

138 לעיל הערה 106, בעמ' 172.

ועוד אומר השופט מצא: "כי גם במילוי תפקידו בתחום הענישה אין בית המשפט פועל בשם הציבור כלפי הנאשם, אלא כפוסק בין הציבור (המיוצג על-ידי התביעה) לבין הנאשם"<sup>139</sup>.

לא ברור מהם הסימוכין לרעיון זה. אדרבא: הרי האפיון העיקרי של התחום הפלילי הוא שמדובר בהתנהגות הפוגעת בכלל, המסכנת את הציבור. לכן, משהורשע הנאשם, על בית-המשפט לפעול בשם הציבור שנפגע מאותה התנהגות פלילית ולגזור עליו את העונש הראוי, אשר גם ירתיע אותו ואת האחרים — והכול כדי להבטיח את שלום הציבור. אכן, בית-המשפט מסתייע בצדדים הן בטיעוניהם לעונש הן לקבלת המידע הרלבנטי בריונים על גזר-הדין. גם בשלב זה נכון לומר, כי בשיטה האדברסרית בדרך-כלל אין מצפים מבית-המשפט שיהיה היחם בהשגת הראיות או הפעיל בחקירת העדים. אולם כל זה אינו גורע ממעמדו העצמאי של בית-המשפט בקביעת העונש ומאחריותו הייחודית בנושא זה. לא יהיה זה אפוא נכון לציין, כי בית-המשפט ממלא "תפקיד של מעין-בורר בין התביעה ובין הנאשם"<sup>140</sup>.

שאלה נוספת, שבה נחלקו השופטים גולדברג ומצא בפרשת שילוח<sup>141</sup>, היתה, האם הצהרת התביעה, שהסכימה לעסקת-הטיעון בעניין העונש בגלל "קשיים ראייתיים", היא נימוק לגיטימי במסגרת שיקולי בית-המשפט אם לאמץ את העסקה ולהקל בעונש. בפרשה זו טענה התביעה, כי עדים אחדים לא אותרו, עד אחד או שניים הלכו לעולמם, שני עדים נמצאו בתור"ל ואפשר שירדו מן הארץ, עד אחד הוא תושב עזה ונבצר ממנו להגיע בגלל סגר ועוד.

השופט גולדברג סבר, כי קשיים ראייתיים הם רלבנטיים רק לתביעה, אך לא לבית-המשפט. על סמך חומר הראיות שבתיק החקירה התביעה יכולה להשתכנע באשמת הנאשם וכאשר הקשיים הראייתיים מעוררים חשש שמא לא תהיה אפשרות להוכיח את האשמה, כך שהנאשם יצא זכאי, סביר הדבר שהתביעה תעדיף עסקת-טיעון. אולם שיקול זה, הכרוך בסיכויי ההרשעה, אין בית-המשפט רשאי להתחשב בו כלל — לדעת השופט גולדברג — כשהוא בוחן אם העונש שעליו הוסכם על-פי העסקה הוא העונש הראוי. משבחר הנאשם להודות בעובדות — כגון בעקבות עסקת-טיעון — הרי הכלל הוא שעל בית-המשפט לראות את העובדות כמוכחות כלפיו, כאמור בסעיף 154 רישא לחוק סדר-הדין הפלילי. "האפשרות, שאם הנאשם לא היה מודה כי אז היה מזוכה, לא

139 בפרשת מרקוביץ, לעיל הערה 105, בעמ' 57.

140 כך ניסח השופט חשין בפרשת יאיר לוי (לעיל הערה 106, בעמ' 173) את הסתייגותו מן הדעה שהביע השופט מצא, כפי שצוטטה ליד הערה 139.

141 לעיל ליד הערות 116-118.

יכולה להלקח [בחשבוני] על-ידי בית-המשפט כאחד השיקולים הרלבנטיים להקלה בעונשו של הנאשם<sup>142</sup>.

השופט מצא מסתייג הן בגלל עמדתו העקרונית השונה כלפי עסקות-טיועון בכלל, כפי שכבר נתבאר, הן מטעמים מעשיים. "אם גישת חברי התקבל יהיה בכך משום תמריץ שלילי לנאשמים" והם יתרחקו מעסקות-טיועון. אם קשיי ההוכחה של התביעה אינם גימוק ראוי להקלה בעונש ובית-המשפט אינו רשאי להתחשב בהם, כי אז מוטב לנאשם לכפור בכל העובדות, דבר שיאלץ את התביעה לנהל משפט מייגע, כאשר בטופו טובים סיכויי הנאשם לצאת זכאי. התפתחות כזאת אינה מתיישבת עם אינטרס הציבור להחיש הליכים ולחסוך במשאבים<sup>143</sup>.

השופט קדמי אינו מתייחס לנקודה זו.

כאשר תובע אומר, שהסכים לעסקת-טיועון בגלל קשיים ראייתיים, הנחתו היא שהנאשם עשה את המעשה המיוחס לו – היינו: שמבחינה עובדתית אין הוא חף – ורק מבחינה משפטית ספק אם יורשע. הבחנה זו בין חפות עובדתית (factual innocence) ובין חפות משפטית (legal innocence) מוכרת בשיטות-משפט שונות<sup>144</sup>. ככל שהתובע נתקל בקשיים ראייתיים רציניים יותר, כן גוברת נכונותו לשאת ולתת ולהציע לנאשם ריתור גדול יותר במגמה להגיע לעסקה. עם זאת, לא כולם שלמים עם ההבחנה בין חפות עובדתית ובין חפות משפטית ועם המשתמע ממנה בסוגייה זו<sup>145</sup>. יש שקשיים ראייתיים הם, כידוע, סיבה מוצדקת לתביעה שלא להעמיד את החשוד לדין כלל; וגם אם יש חומר ראיות לכאורה להגשת כתב-אישום, מוסמך התובע להחליט להימנע מהגשתו, אם הוא סבור שסיכויי ההרשעה על-פי החומר שברשותו מועטים<sup>146</sup>. כאשר קשיים מעין אלה נולדו או נודעו לתביעה רק לאחר ההעמדה לדין, נכון יהיה שהתביעה תחזור בה מן האישום; אחרת, הנאשם לא רק יצליח בתום פרשת התביעה בטענת זיכוי בשל היעדר הוכחה לכאורה, אלא גם יהיה בידו אולי לחייב את המדינה לשאת בהוצאות ההגנה

142 ראו פסקאות 7 ו-8 בדברים שכתב השופט גולדברג.

143 ראו פסקאות 3 ו-4 בדברי השופט מצא.

144 על המצב בארצות-הברית ראו, למשל, Miller, McDonald and Cramer *Plea Bargaining in the United States* (Nat'l. Inst. of Law Enforcement and Criminal Justice, LEAA, U.S. Dept. of Justice, 1978) xix-xxv, 88-121.

145 לדין ביקורתי ראו, למשל, Aleschuler "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining" 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968) 50, 60-65.

146 ראו בג"צ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מו(5) 423; בג"צ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם) פסקה 10.

ובפיצוי הנאשם על מעצרו<sup>147</sup>. האם גם בנסיבות כאלה יש מקום לעסקת-טיעון, במיוחד אם התובע אינו מגלה לסניגור את כל הקשיים הראייתיים<sup>148</sup> ? וכאן ראוי להוסיף, בעקבות דבריו של השופט גולדברג, כי בעצם העלאת האפשרות של זיכוי, בגלל קשיים ראייתיים, "מוטבע ספק באשמת הנאשם" ונוצר חשש שמא הודאתו בבית-המשפט, במסגרת עסקת-הטיעון, אינה אמת<sup>149</sup>. אם מסכימים עם ההסתייגויות הללו, הרי גם התובע אינו יכול להצדיק את הסכמתו לעסקת-טיעון בגלל קשיים ראייתיים כאלה. אולם מפסיקת בית-המשפט העליון בכמה הזדמנויות (לפני פרשת שילוח) ניתן להבין, שמקובל להכיר בקשיים ראייתיים כנימוק לגיטימי להתחשבות בעסקת-טיעון<sup>150</sup>.

גם אם גורסים כי סיכויי הרשעה קלושים בגלל מצב הראיות נוגעים בעיקר לתביעה והם עשויים להניע אותה להסכים על עסקת-טיעון, הרי קשה להניח שלא תהיה להם

147 ראו ע"פ 1524/93 מיכאל שורילי, פ"ד מח(2) 650; ע"פ 3583/94 לערן, פ"ד מח(5) 793.  
 148 בשיטה משפטית כמו זו של ישראל, שבה יש לנאשם זכות עיון רחבה למדי בחומר החקירה שבידי התובע, גם משא-ומתן לקראת עסקת-טיעון מתנהל בדרך-כלל ב"קלפים גלויים", אלא-אם-כן התובע מעלים מן הסניגור את העובדה שנוצרו קשיים ראייתיים ומה טיבם, כגון חוסר האפשרות לאתר עד מרכזי. מסתבר שכאשר התובעים משוכנעים שהנאשם אשם, שאינו חף מבחינה עובדתית, הם לא יהססו להעמיד פנים שהתיק הוא חזק, כדי להגביר את הסיכוי להגיע לעסקת-טיעון — דבר שמשפטים אמריקנים מכנים בשם "the propriety of 'bluffing'". ראו מילר ואח', לעיל הערה 144, בעמ' 115-110; LaFave and Israel *Criminal Procedure* (West, 2nd ed., 1992) § 21.3 (c); 927-928 (pp.). אולם יש חוקרים הסבורים, כי התנהגות כזאת מעוררת שאלה של אתיקה מקצועית: האם זה הולם את תפקידו של תובע מטעם המדינה להעלים מידעת הנאשם וסניגורו נקודות-תורפה כאלה שבתיק התביעה, כדי שהנאשם יגלה נכונות להודות במסגרת עסקה. ראו, למשל, Ferguson and Roberts, "Plea Bargaining — Directions for Canadian Reform" 52 *Can. B. Rev.* (1974) 497, 535-536.

149 פסק-דין שילוח, שם, פסקה 7 לפסק-דינו של השופט גולדברג. אכן, בגלל ספקות כאלה נקבעה הוראה בכללי הפרוצדורה הפדרלית בארצות-הברית, שעל השופט לברר אם יש בסיס עובדתי להודאה שמסר הנאשם בבית-המשפט. ראו Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(f). ראו גם LaFave and Israel *Criminal Procedure*, § 21.4 (f) (938-940) (2nd ed., 1992). כך הומלץ גם בסיכום המחקר של הרנון ומן עיסקות טיעון בישראל (תשמ"א), 142; והשופט אלון תמך ברעיון זה בע"פ 614, 556/80 עלי ואח', פ"ד לז(3) 169, 186.

150 ראו, למשל, בחמצקי (לעיל הערה 3), בעמ' 550, מפי השופט ח' כהן; ועמ' 559, מפי השופט לנדוי; אסיס (לעיל הערה 107), מפי השופט מצא והשופט ברק. במקובץ (לעיל הערה 105), לא נטען על-ידי התביעה שהיו לה קשיים ראייתיים, אך השופטת נחניהו מציינת זאת כאחד הנימוקים שלא לאמץ את עסקת-הטיעון. ראו שם פ"ד מז(2), בעמ' 53. כן ראו שם דברי השופט מצא, בעמ' 57. ביאיר לוי, (לעיל הערה 106), מזכיר השופט חשין את קשיי ההוכחה של התביעה בגלל היעדר ראיות קבילות, כאחד הטעמים האפשריים לעסקת-טיעון. ראו פ"ד מח(5), בעמ' 174.

השפעה כלשהי על בית-המשפט – לפחות כדי שיהיה תיאום בין ה"קודקודים" השונים השותפים לאותה לוחמה בפשיעה<sup>151</sup>.

לסיכום נקודה זו ניתן לומר, כי מן הראוי שקשיים ראייתיים יהיו רק שיקול בין שיקולים, ולא דווקא השיקול המכריע; שהרי קודם-כול על בית-המשפט למלא את תפקידו הייחודי – להחליט באופן עצמאי מהו העונש הראוי בפרשה הנדונה, ואם יש פער של ממש בין העונש הראוי ובין העונש שעליו הוסכם בעסקה, לא יאמץ בית-המשפט את העסקה. על התביעה להיות מודעת להבדלים בתפקידים שבית-המשפט ממלא לעומת תפקידי התביעה ולהימנע מלהסכים עם הנאשם על עונש בלתי-סביר שלא יעמוד במבחן השיפוט.

לאור ההבדלים האמורים, אי-אפשר לומר שלכל גורם לגיטימי המשפיע על התביעה לערוך עסקת-טיעון יהיה משקל זהה גם בעיני בית-המשפט. כאשר בית-המשפט מתבקש לתת את אישורו לעסקה, הוא שומע ובוחר את הגורמים שהגיעו את התביעה להסכים על תנאי העסקה, מציב אותם מול העקרונות שצריכים להנחות אותו ומגבש את החלטתו לפי המשקל היחסי של הגורמים והעקרונות האלה ובשים לב לנסיבות הפרשה. מכל-מקום, יש להניח שתהיה התחשבות הדדית בין הרשויות, שהרי שתיהן שותפות לאותה מערכת לאכיפת המשפט הפלילי, כפי שנתבאר<sup>152</sup>.

#### ד. מעמדו של קורבן העבירה

##### 1. ההכרה הגוברת בזכויות הקורבן בשיטות-משפט שונות<sup>153</sup>

(א) כללי

One evening, Karen found herself alone in the restroom of a public

151 בעקבות דבריו של השופט חשין ביאיר לוי, שם, עמ' 174-175.

152 עיינו שוב ביאיר לוי, שם, בעמ' 174-175, מפי השופט חשין.

153 חלק זה מתבסס, בין השאר, על המקורות הבאים: L. Sebba *Third Parties – Victims and the Criminal Justice System* (Ohio, 1996); L. Sebba "Sentencing and the Victim – The Aftermath of Payne" 3 *International Review of Victimology* (1994) 141; A. Ashworth "Victim Impact Statements and Sentencing" [1993] *Criminal Law Review* 498; E. Erez "Victim Participation in Sentencing – and the Debate Goes On..." 3 *International Review of Victimology* (1994) 17; A.S. Goldstein *The Passive Judiciary – Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea* (1981) 70-73; A.S. Goldstein "The Victim and Prosecutorial Discretion: The Federal Victim and Witness Protection Act of 1982" 47 *Law and Contemporary Problems* (1984) 225; S.W. Welling "Victim Participation in Plea Bargains" 65 *Washington University Law Quarterly* (1987) 301.

health building. Occupied with thoughts of the day's business, she could never have imagined the horrible event that was about to take place. Karen was raped at knifepoint in the restroom.

Police arrested a suspect, and Karen positively identified him as the man who had raped her. He was only seventeen. Because he was a juvenile, he was eligible for a reduced sentence. The suspect had been in and out of trouble almost all of his seventeen years and presently had several burglary charges pending. As part of a plea bargain, the youth pleaded guilty to one count of burglary, and the rape charge was dropped. Karen was never consulted about the plea or even notified that the prosecutor was considering a plea agreement.

Karen was horrified to discover that her case had been dismissed. In her mind, the criminal justice system had failed. *She* was raped. *She* was the one who was going to have to live with the memory of that night. The offender never received what he deserved<sup>154</sup>.

פרשיות כדוגמת אירוע זה, ואחרות כיוצא בהן, הניעו מחוקקים במדינות רבות לקבוע (או להציע) הסדרים לשיתוף הקורבן. כללית ניכרת ב-20 השנים האחרונות פעילות ענפה לתיקון ההליכים הפליליים, כך שתהיה התחשבות מיוחדת באינטרסים של הקורבן. התפתחות זו בולטת במיוחד בארצות-הברית. הדו"ח המסכם משנת 1982 של ה-*President's Task Force on Victims of Crime* יצא עם שורה ארוכה של המלצות לתיקוני חוק הן במישור הפדרלי הן במישור המדיני. ואכן, המלצות אלה הביאו לשינויים בחקיקה ולהתעניינות גוברת בקורבן מצד ארגונים של עורכי-דין, שופטים ופסיכולוגים. כן הוקמו ארגונים מיוחדים למתן סיוע לקורבנות, כגון ה-*NOVA* (National Organization of Victim Assistance). בין השאר הומלץ להוסיף תיקון מיוחד לחוקה הפדרלית של ארצות-הברית, שיקבע במפורש את זכות הקורבן "להיות נוכח ולהישמע בכל השלבים הקריטיים של ההליכים המשפטיים". הוראות מעין אלו כבר כלולות, למשל, בחוקה של פלורידה<sup>155</sup>.

במישור הבינלאומי מוכרת הצהרת האו"ם משנת 1985 על "Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power" וכן המלצות של מועצת-אירופה

154 האירוע הזה מופיע בראש מאמרו של 'Just David A. Starkweather "The Retributive Theory of Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining" 67 *Indiana Law Journal* (1992) 853

למקורו של האירוע ראו שם הערה 1.

155 ראו במאמרו של פרופ' סבה מ-1984, לעיל הערה 153, בעמ' 142.

מ-1985 על "The Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure". בשנות השמונים נתקבלו חוקים מיוחדים להגנת הקורבן בארצות-הברית ובמערב-גרמניה וכן בקנדה, ניו-זילנד וחלק מאוסטרליה<sup>156</sup>.

הריפורמות השונות מתייחסות להיבטים רבים לשיפור מצבו של הקורבן, כגון זכות הקורבן לקבל מן הרשויות פיצויים ותמיכה נפשית וזכות הקורבן לקבל מידע על הליכי החקירה ועל ההחלטות בעניין ההעמדה לדין והתקדמות המשפט, כולל עסקות-טיעון. יש הסבורים שצריך לאפשר לקורבן מעורבות גדולה יותר, כי הוא זכאי שיתיעצו אתו קודם שמתקבלות ההחלטות המשמעותיות בהליך הפלילי, למשל: אם להעמיד את החשוד לדין, אם לבקש את מעצרו או לשחררו בערובה, ובדין על גזר-הדין – אם על התביעה לדרוש מאסר בפועל או כל דרישה אחרת בעניין העונש, וכן אם לפי הנסיבות יהיה זה נכון שהתביעה תסכים לעסקת-הטיעון המסוימת המתגבשת בין הצדדים<sup>157</sup>.

זאת ועוד: ב"תגובות למען הקורבן" יש גם כאלה הגורסים כי לגבי החלטות מסוימות אין להסתפק במתן מידע לקורבן ואף לא בהתייעצות אתו. בדיונים האלה מן הראוי לשתף את הקורבן בצורה אקטיבית, כאילו היה צד.

בדיונים הרבים על ההיקף הרצוי של מעורבות הקורבן הועלו נימוקים שונים, כשיש לב למטרות ההליך הפלילי, לזכויות הנאשם העשויות להתנגש בזכויות הקורבן<sup>158</sup> ולתפקידיו של התובע. תשומת-לב מיוחדת הוקדשה ל"Victim Impact Statement" – נושא הראוי לכמה הבהרות.

#### (ב) *Victim Impact Statement (VIS)*<sup>159</sup>

זהו מסמך, שבו מצהיר הקורבן מה טיב הפגיעה שנפגע (או שנפגעו בני-משפחתו) עקב העבירה – פגיעה גופנית, נפשית או רכושית. הכוונה היא להביא את המידע האמור לידיעת מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי, ובמיוחד לידיעת בית-המשפט, קודם שיהליל על גזר-הדין.

הרעיון הזה אומץ על-ידי שיטות-משפט רבות. בארצות-הברית, כמעט בכל המדינות (ה-States) יש כיום הסדר חקיקתי על VIS. כמה מדינות נקטו צעד נוסף: הן קבעו כלל

156 ראו, למשל, במאמרו של פרופ' אשורד מ-1993, לעיל, הערה 153, בעמ' 498, כולל המקורות שהוא נשען עליהם.

157 ראו ארז, לעיל הערה 153, בעמ' 18; אשורד, שם, בעמ' 499.

158 לדיון בהתנגשות אפשרית כזאת ראו סבה בספרו מ-1996, לעיל הערה 153, פרק 9.

159 ראו 1117-1118 LaFave and Israel, *Criminal Procedure* (West, 2nd ed., 1992); אשורד, לעיל הערה 153; סבה בספרו לעיל הערה 153, בעמ' 15-16, 196-195.

מחייב, כי בטרם יחליט על גזר-הדין על בית-המשפט לשמוע את חוות-דעתו של הקורבן בעניין העונש הראוי<sup>160</sup>.

כיצד מגיע ה-VIS לידעת מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי? האפשרויות הן שונות<sup>161</sup>. לפי שיטה אחת, נותנים לקורבן את הזכות להגיש את ה-VIS שלו ישירות לבית-המשפט, לפני שייגזר הדין, כלומר: היוזמה היא בידי הקורבן. לפי שיטה שנייה, המשימה מוטלת על קציני-המבחן. הם מתבקשים לכלול בתסקיר שלהם (ה-Presentence Report) הערות בדבר השפעת העבירה על הקורבן. למטרה זו יראיין קצין המבחן את הקורבן. דרך זו מקובלת בארצות-הברית וקיבלה שם גושפנקה סטטוטורית. ואכן, כאשר מראיין מקצועי מחבר את ה-VIS, ערך המסמך עולה. הניסיון בקנדה מאשר הערכה זו וגם בארץ העדיפו שיטה זו לאתרונה, כאשר תיקנו את החוק בתשנ"ה בעניין קורבנות לעבירות מין, כפי שיתבאר יותר בהמשך (להלן חלק 2(ב)(2)). עם זאת, מוכרת גם שיטה שלישית: לקבוע כלל, שבכל שלב משלבי ההליך הפלילי מוטלת החובה על התביעה הכללית להביא בחשבון את השפעת העבירה על הקורבן. בדרך זו הופך ה-VIS לחלק מן החומר הסטנדרטי הכלול בתיק החקירה והתביעה. התובע יוכל להסתייע בו בבואו להחליט אם להעמיד את פלוני לדין ועל איזו עבירה וכן אם לתת את הסכמתו לעסקת-טיעון מסוימת המתגבשת עם הנאשם או עם בא-כוחו. יש שבית-המשפט יבקש מן התובע למסור לו עותק מן ה-VIS או לדווח על תוכנו<sup>162</sup>.

מסקרים שנערכו מסתבר, כי ל-VIS יכולה להיות השפעה בלתי-מבוטלת בקביעת העונש<sup>163</sup>, אך מסקנות החוקרים אינן חד-משמעיות<sup>164</sup>. מכל-מקום, גם אלה הסבורים שיש לחזק את מעמד הקורבן אינם מתעלמים מכך שתפקיד ההליך הפלילי ומטרת הענישה הם לא רק להתחשב באינטרסים של הקורבן.

האם יש הצדקה לאפשר לקורבן לא רק לתאר כיצד נפגע מן העבירה, אלא גם לחוות את דעתו מהו העונש הראוי, אם כחלק מן ה-VIS ואם על-ידי פנייה ישירה לבית-המשפט בשלב הדיון על גזר-הדין, מה שקרוי right of allocution<sup>165</sup>? רבים מתסידי התנועה למען הקורבן משיבים בחיוב על שאלה זו. לעומת זאת, המתנגדים טוענים כי הענישה היא עניין של אינטרס הציבור ולא של עדיפות הפרט וטעמו האישי, אף אם הוא הקורבן שנפגע מן העבירה. אולם גם לדעת המתנגדים, יש חשיבות בכך שה-VIS יפרט

160 ראו אשוררת, שם, בעמ' 500.

161 לניתוח השיטות השונות ראו אצל סבה, שם, בעמ' 195-196; אשוררת, שם, עמ' 500-501.

162 ראו אשוררת, שם, בעמ' 500-501, הכולל פירוט המדינות שבהן הוכנסו הסדרים אלה.

163 ראו אשוררת, שם, בעמ' 502, ליד הערות 30-33.

164 ראו ארז, לעיל הערה 153, בעמ' 22-24.

165 ראו אשוררת, שם, בעמ' 504-505; סבה, שם, בעמ' 16.



באיזו מידה השתדל העבריין לפצות את הקורבן או השתתף בתוכנית שיקום אחרת כדי לצמצם את הפגיעה.

אם ה-VIS כולל מידע עובדתי חדש, שבית-המשפט מוזמן להסתמך עליו, יש לאפשר לנאשם להגיב עליו. לעתים יחויב הקורבן להיחשף לחקירה שכנגד. מכל-מקום, כאשר ה-VIS הוכן על-ידי מראיין מיומן – כגון קצין-מבחן או עובד סוציאלי אחר – היו פחות נסיגנות לתקוף את תוכנו<sup>166</sup>.

## 2. מעמד הקורבן במשפט הישראלי

(א) הערות כלליות, ובמיוחד בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין לשכוח שחברה נאורה חייבת לשמור גם על זכויותיהם של הקורבנות-למעשה ושל הקורבנות-בכוח...". כך כתב הנשיא שמגר כאשר הרכב של 11 שופטים נדרש להכריע בסוגיית "הער השותק" לפי סעיף 10א לפקודת הראיות<sup>167</sup>.

בדיתנים של בית-המשפט העליון על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשפעתו על ההליך הפלילי העלו חלק מן השופטים על נס את הצורך להגן על קורבן העבירה. כך, למשל, כותב הנשיא שמגר, כי "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, העד, הקורבן; ההגינות בהליך [המשפטי]... היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביטוי ומהשפלתו כאדם..."<sup>168</sup>. בפסק-הדין המנחה גנימאת<sup>169</sup>, בעניין מעצר עד תום ההליכים, נדונו השלכות חוק-היסוד על-פירוש הוראות חוק שקדמו לחוק-היסוד, ושניים מתוך תשעת השופטים התייחסו גם לקורבן. אומר הנשיא שמגר:

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית, חקוקה לכל פרט בחברה... ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים להגנה על כבודו וחירותו מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אשה שלא לשוב ולהיות מושא למכות והשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה, לחירותו. זכותה של

166 ראו אשחרת, שם, כעמ' 501, ליד הערות 20-22. אשר להסדר הישראלי החדש בעבירות מין ראו להלן ליד הערות 189-167.

167 דנ"פ 4390/91 חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 679.

168 דנ"פ 3750/94 פלוני, פ"ד מת(4) 621, 630. ההחלטה דנה בעניין עדות ילדים בעבירות מין. החוק המיוחד מ-1955 בא להגן על קורבנות אלה. ראו להלן הערה 182.

169 דנ"פ 2316/95 גנימאת (טרם פורסם). פסק-הדין הוא מ-12.11.95.

צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר...<sup>170</sup>.

הנשיא ברק מציין באותו פסק-דין, כי הוא מסכים שיש להגן על הקורבן ועל הנאשם גם יחד, והוא מוסיף, כי "שניות זו מביאה לעתים להתנגשות בין כבוד הקורבן וכבוד הנאשם. התנגשות זו מחייבת איזון ראוי"<sup>171</sup>. בהמשך בירור מעמדו של הקורבן בישראל נבחין בין הליך פלילי, המוכרע על-פי חומר הראיות, ובין הליך פלילי המסתיים בעסקת-טיעון.

### (ב) הליך פלילי שמוכרע על-פי חומר ראיות

1. הסדרים מקובלים משכבר הימים  
כאשר אין עסקת-טיעון, אלא מתקיים משפט פלילי רגיל, קורבן העבירה הוא בדרך-כלל העד המרכזי, ואז הוא יודע על מועדי המשפט ויכול לעקוב אחר שלבי התפתחותו. הורשע הנאשם, בית-המשפט רשאי לחייבו לשלם לקורבן סכום שלא יעלה על 84,400 ש"ח, בשל כל אחת מן העבירות שבהן הורשע, לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו<sup>172</sup>. חיוב הנאשם בפיצוי הקורבן במסגרת ההליך הפלילי אינו משחרר את הנאשם מאחריותו האזרחית לנזק לפי כל דין אחר<sup>173</sup>, כגון לפי דיני-הנזיקין. גם לפני בירור המשפט ברור שהקורבן ממלא תפקיד מרכזי. כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על שבוצעה עבירה<sup>174</sup> ובמקרים רבים זה יהיה הקורבן עצמו או בן-משפחתו. על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה מנומקת בכתב<sup>175</sup>. המתלונן/הקורבן רשאי לערור עליה לפני היועץ המשפטי לממשלה<sup>176</sup>, בין אם החלטת הסירוב היתה מפני שלא נמצאו ראיות מספיקות בין אם

170 שם, פסקה 3 בפסק-דינו של הנשיא שמגר.

171 שם, פסקה 5 בפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם י" קרפ "המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-1995) 64, 73-75; ד' בין "השינויים בנקודת האיוון שבין ההגנה על קורבן עבירת האינצ'וס, לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב (תשנ"ה, 1995) 281.

172 חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 77.

173 שם, סעיף 88.

174 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 58.

175 שם, סעיף 63.

176 אלא אם מדובר בעבירה שהקורבן רשאי להעמיד את החשוד לדין, בדרך של קובלנה, כפי שיתבאר להלן, ליד הערות 179-181.

היתה בשל היעדר עניין לציבור<sup>177</sup>. כן רשאי הקורבן לזום ביקורת שיפוטית על החלטות אלו על-ידי הגשת עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק. אחד הגורמים שיכול להשפיע על השאלה, אם יש או אין עניין לציבור בהעמדת פלוני לדין, הוא מצבו של קורבן העבירה. בית-המשפט העליון ציין<sup>178</sup>, כי ככל שהפגיעה בקורבן קשה יותר והנזק שנגרם לו אינו ניתן לתיקון או לא תוקן, כן כבד יותר משקלו של העניין לציבור בהעמדת החשוד לדין. לעומת זאת, נזק קל לקורבן, עמדה סלחנית של הקורבן או הסדר מניח את הרעת בין החשוד לקורבן עשויים להגביר את משקלו של השיקול כי אין עניין לציבור בהעמדת החשוד לדין. לגבי עבירות מסוימות (שאין מן החמורות ביותר) ניתנת לקורבן האפשרות לזום בעצמו פתיחת הליך פלילי הקרוי "קובלנה"<sup>179</sup> ובדרך-כלל דין קובל כדין תובע מטעם המדינה<sup>180</sup>. הכוונה היא קודם-כול לעבירות בעלות "אופי פרטי", כמו הסגת גבול, תקיפה קלה, גרימת נזק לרכוש או פגיעה בקניין רוחני; אך גם עבירות שעניינן ציבורי מובהק, כגון עבירות על חוקי הבחירות או עבירות הנוגעות לאיכות הסביבה<sup>181</sup>.

## 2. הסדרים מיוחדים בעבירות מין

קורבנות לעבירות מין זכו להסדרים מיוחדים מצד המחוקק הישראלי. ניתן להצביע על ארבעה.

(1) זה למעלה מ-40 שנה הכלל הוא כי ילד שלא מלאו לו 14 שנה, והוא קורבן לעבירות מין (או עדר-ראייה למעשה העבירה או חשוד בביצועה), לא ייחקר במשטרה ולא יופיע כעד בבית-המשפט, אלא ברשותו של חוקר ילדים<sup>182</sup>. ברוב הגדול של המקרים הרשות אינה ניתנת, כך שעדות הילד נגבית מחוץ לבית-המשפט על-ידי חוקר הילדים. מובן שהמטרה העיקרית היא להגן על שלומו הנפשי של ילד שנפל קורבן לעבירת מין ולמנוע

177 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 64.

178 כב"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מר(2) 485, 510, מפי השופט ברק.

179 ראו חוק סדר הדין הפלילי, פרק ד, סימן ב (התוספת השנייה לחוק).

180 שם, סעיף 70.

181 לדיון נרחב בעניין הקובלנה הפרטית ראו בעיקר בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד מו(4) 136; ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ ואח', פ"ד מז(5) 289.

182 ראו חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955. למאמר שנתפרסם זה לא ככר, ראו הרנון "עדות ילדים בעבירות-מין – האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?" משפטים כד (תשנ"ד) 151, והמקורות שצוינו בו.

ממנו טראומה נוספת כנחקר בתחנת המשטרה ובבית המשפט. הסדר זה הורחב בשנים האחרונות<sup>183</sup>.

(2) מבוגרים נפגעי עבירות מין, שנדרשו להופיע כעדים מטעם התביעה, נחשפו לעתים קרובות לחקירה צולבת על עברם המיני, גם כאשר קשה היה להראות במה זה תורם לבירור האשמות שיוחסו לנאשמים. תופעה זו הביכה קורבנות אשר חשו כי החקירה בבית המשפט הופכת אותם ממאשימים לנאשמים, וגבר החשש שנפגעים רבים יימנעו מלהתלונן. על כן הוספה בשנת 1988 הוראה מיוחדת לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957<sup>184</sup>, שזו לשונה:

2א. בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 [עבירות נגד המוסר], אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין.

שני החידושים המעניינים ביותר בתחום זה הוכנסו בשנת תשנ"ה<sup>185</sup>.

(3) החידוש הראשון מאפשר לקורבן עבירת מין למסור את עדותו שלא בנוכחות הנאשם, ורק בנוכחות סניגורו. בית המשפט הוסמך להורות על כך, בין מיוזמתו בין לבקשת התובע, אם נוכח שמסירת העדות בנוכחות הנאשם עלולה לפגוע בקורבן או לפגום בעדות. בית המשפט לא יתליט, כאמור, אלא לאחר שנעשו הסידורים הדרושים: (א) כדי לאפשר לבית המשפט ולנאשם לצפות בעד בכל מהלך העדות, לשמוע אותו ולהציג לו שאלות.

(ב) כדי לאפשר לנאשם לשמור על קשר עם סניגורו ולהציג שאלות לעד באמצעותו. (ג) כדי להבטיח שהנאשם מירצג.

יש להניח שהכוונה היא להסתייע במערכת טלוויזיה במגל סגור או באמצעים טכנולוגיים דומים, כפי שכבר מקובל באנגליה ובכמה מדינות אחרות לגביית עדות מילדים בעבירות מין<sup>186</sup>.

183 ההרחבה נוגעת להיקף העבירות — לא רק עבירות מין, אלא גם עבירות אחרות של הורה כלפי ילדו, ובעיקר תקיפה והתעללות. ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9), התשנ"א-1991, סעיף 4(2).

184 הסדר זה הוחק במתכונת של ה-Rape Shield Laws, המוכרים במיוחד בארצות הברית. ראו, למשל, J.A. Allison & L.S. Wrightsman *Rape — The Misunderstood Crime* 178-179 (Newbury Park, California, 1993).

185 חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995.

186 למקורות על כך ראו, למשל, הרנון, לעיל הערה 182, בעמ' 166-171.

(4) החידוש השני מתשנ"ה מתייחס לדיון על גורדינו של נאשם שהורשע בעבירת מין. בית-המשפט הוסמך להורות לעובד-ציבור (עובד-מדינה או עובד רשות מקומית) שמינה לעניין זה שר-העבודה והרווחה, לערוך ולהגיש לו תסקיר על מצבו של הקורבן ועל הנזק שנגרם לו בעקבות העבירה. התסקיר ייערך רק בהסכמת הקורבן. יש להניח שתפקיד זה יוטל על קציני-המבחן, אך החוק מורה כי בתקופת המינוי לא יערוך אותו עובד-ציבור תסקירים גם על מצבם של נאשמים, לפי הסעיפים 37 ו-38 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; כך שתישמר הפרדה מסוימת בין שני תפקידים אלה<sup>187</sup>.

העלה אתה מבעלי-הדין טענה כלשהי באשר לכתוב בתסקיר, יאפשר בית-המשפט לברר אותה על-ידי פנייה לעורך התסקיר לתת הסברים או השלמות. "נוכח בית המשפט שיש מחלוקת על עובדות בתסקיר, רשאי הוא להרשות לבעלי הדין להציג שאלות למי שערך את התסקיר...". עם זאת, נקבע בחוק כי הקורבן לא ייקרא להעיד בקשר לתסקיר<sup>188</sup>.

דומה, כי זוהי הפעם הראשונה שהמחוקק הישראלי מכיר בחשיבותו של תסקיר על מצבו של קורבן העבירה, אם כי לפי שעה רק בעבירות מין. החידוש מזכיר לנו את ה"Victim Impact Statement", או ה"Presentence Report" על הקורבן, כפי שנתבאר לעיל. יצוין, כי החידושים הללו משנת תשנ"ה ייכנסו לתוקף ב-1 בינואר 1997 או במועד מוקדם יותר – אם שר-המשפטים יקבע כך בצו<sup>189</sup>.

#### (ג) הליך פלילי שמסתיים בעסקת טיעון

ראינו שכאשר מדובר במשפט פלילי המוכרע על-פי חומר ראיות, חלה התקדמות מסוימת במשפט הישראלי בעניין התחשבות בקורבן, במיוחד בעבירות מין. מה בדבר הליך פלילי שמסתיים בעסקת טיעון קודם שהחלה גביית הראיות? מסתבר כי לפי הדין הקיים, אין לקורבן העבירה זכות כלשהי ואין לו שום מעמד<sup>190</sup>. לכן פרשה כדוגמת

187 ראו חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 187(ב)-(ז).

188 ראו חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 191א, במיוחד ס"ק (א)-(ג).

189 לעניין החידוש הראשון על עדות שלא בפני הנאשם ראו החוק לחיקוק סדרי הדין, לעיל הערה 185, סעיף 5(א). לעניין החידוש השני בדבר תסקיר של עובד-ציבור על מצבו של הקורבן ראו שם, סעיף 5(ה), אשר לפיו מותנית האפשרות של קביעת מועד תחילה מוקדם יותר מ-1 בינואר 1977, בהתייעצות מוקדמת של שר-המשפטים עם שר-העבודה והרווחה להבטחת כוח-האדם הדרוש למטרה זו.

190 עם זאת יצוין, כי בהנחיות פרקליט המדינה יש התייחסות לקורבן העבירה: מצבו הרפואי, הגופני והנפשי של הקורבן והנזק שנגרם לו הם שיקולים מרכזיים שיש לשקול לפני קבלת החלטה בדבר עסקת-טיעון, במיוחד בעבירות אלימות, בעבירות מין ובעבירות תעבורה. יש לקבל מידע עדכני בדבר מצבו של הקורבן לפני חתימה על עסקת-טיעון (הנחיה 9.1, עמ' 147-148). ראו גם הנחיה 8.1, בעמ'

האונס של Karen (לעיל, ליד הערה 154) יכולה להתרחש גם אצלנו. ואמנם, שומעים לעתים על משפטים בשל עבירות מין חמורות, שבוצעו כלפי ילדות או נערות ושנסתיימו בעסקות-טיעון. הן עוררו את-רכך מחאה חריפה מצד הקורבנות או בני משפחותיהם או ביקורת נוקבת מפי עובדים סוציאליים.

כן דווח לאחרונה, שעם נאשמים שהורשעו בביצוע עבירות מיניות כלפי נערות מפגרות בעלי תסמונת דאון נעשו עסקות-טיעון אשר לפיהן העונשים היו עבודות שירות בלבד, וההורים זועקים: "מפקירים את ילדינו"<sup>191</sup>.

139. הנחיה מיוחדת קיימת בעניין עבירות מין ועבירות של התעללות בקטנים בתוך המשפחה (8.2). בגלל המורכבות והרגישות המיוחדת של תיקים אלה יש לשקול בזהירות את השאלה, אם נכון לערוך עסקת-טיעון (סעיף 1). כל עסקת-טיעון טעונה אישור מוקדם של פרקליט-המחוז, גם אם התיק מנוהל על-ידי התביעה המשטרית; ובמקרים שיש בהם רגישות מיוחדת ישקול פרקליט-המחוז אם להתייעץ עם פרקליט-המדינה (סעיף 3). לפני קבלת החלטה על עסקה יש לשקול קיום התייעצות עם מומחה או עם פקיד-הסעד המטפל בילד, ולעתים יש לדאוג לקבלת חסקיר על מצב המשפחה כולה (סעיף 4). כאשר בידור המשפט והעדת הקורבן עלולים לגרום לו נזק נוסף, יש מקום לשקול עריכת עסקה (סעיף 2).

אכן, יש לברך את פרקליטת-המדינה (שהיתה אז הגב' דורית בייניש) על חיבור ההנחיות הללו בעניין קורבן העבירה והפצתן בין כלל התובעים בארץ כהדרכה כיצד להפעיל את שיקול-דעתם. אולם ההנחיות אינן יכולות לשמש תחליף לחקיקה ראשית. כיוון שאין מדובר בכללים שנעשו מכוח הסמכה מפורשת בחוק, והם גם לא פורסמו ברשומות, הרי אין בהנחיות האלה מאת ממונה מנהלי משום קביעה נורמטיבית מחייבת כמו בחוק או בתקנה, אלא כללים גמישים שאפשר לסטות מהם בסיבות ראויות. ראו ע"א 544/88 מדינת ישראל נ' סלון טוקיו בע"מ, פ"ד מו(4) 226, 257; י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך ב), פרק 31; ב' ברכה משפט מינהלי (תשנ"ו, כרך ב), 222-223. ראו גם בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 512-515.

כפי שיתברר יותר בהמשך המאמר, הקריאה היא להכיר בזכויות של קורבן העבירה בעניין עסקות-טיעון, כגון על-ידי הטלת חובה על התובע להתחשב במצב הקורבן ובניי-משפחתו, כולל מתן אפשרות לקורבן להשמיע את דעתו, בפני התובע או בפני בית-המשפט, על העסקה המתגבשת. ספק אם בתוכן ההנחיות הללו של פרקליט-המדינה נמצא תשובה הולמת למשאלות אלו. מכל-מקום, כיוון שזכויות הקורבן עשויות להתנגש בזכויות הנאשם, זכויות הנאשם הרי מוסדרות בחקיקה ראשית, מן הראוי שגם זכויות הקורבן בתחום הפלילי יוסדרו בחקיקה ראשית. על הצורך כאיוון ראוי בין כבוד הקורבן וכבוד הנאשם, בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו דברי השופט ברק בדיון הנוסף בפרשת גנימאת, לעיל הערה 169, פסקה 5.

191 ראו מכתב למערכת הארץ 6.4.96, שנשלח על-ידי גב' רחל דותן, בשם ארגון "יתד", ילדי תסמונת דאון. ב-23 בפברואר 1996 התפרסם בהארץ מכתב מטעם שדולת הנשים בישראל, תחת הכותרת "אונס אינו עניין לעיסקת טיעון". וזה לשון המכתב:

בשבוע שעבר החמיר בית המשפט העליון את עונשו של מסעוד חורי וקיבל את ערעור המדינה על קלות העונש שגזר עליו בית המשפט המחוזי בחיפה. מסעוד חורי, לשעבר יו"ר חברה קדישא בגבעת עדה, הואשם והורשע בכך שאנס והתעלל מינית באשה

ברור שאין הבעיה נוגעת רק לעבירות מין. בעקבות פרשת אסיס<sup>192</sup>, ותוך הכנסת כמה שינויים, נתאר לעצמנו שאישה מועסקת במעון ל"גיל הזהב" כמטפלת בקשישים. משנתברו התלונות נגדה, נערכה חקירה משטרתית והיא הועמדה לדין על חמישה מעשים של שוד מטופליה בנסיבות מחמירות, תוך סיכון חייהם – עבירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, שדינן עשרים שנות מאסר. לאחר משא-ומתן נמרץ, שהתנהל בין התובע לבין הסניגור, הוסכם ערב פתיחת המשפט, כי

- (1) התביעה מתקנת את כתב-האישום, כך שבמקום האישומים המקוריים יציגו אישומים בגניבה רגילה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין.
- (2) הנאשמת תודה בעובדות שבכתב-האישום המתוקן.
- (3) התביעה תבקש מבית-המשפט לגזור עליה ארבעה חודשי מאסר, אשר ירצו בעבודות שירות.

התובע מסביר לבית-המשפט, כי העסקה תחסוך זמן שיפוטי ותביעתי וכי נתעוררו ספקות אם יצליחו להוכיח את האשמות, הואיל ואחד מן הקשישים שנפגעו הלך לעולמו. בית-המשפט מחליט לאמץ את עסקת-הטיעון, במיוחד אם ידריך עצמו על-פי שיטתו של השופט מצא<sup>193</sup>, או לפי נוסח ההוראה שבהצעת החוק<sup>194</sup>.

יום לאחר מתן פסק-הדין מתפרסמים הפרטים באמצעי-התקשורת. קורבנותיה של אותה מטפלת "נאמנה" ובני משפחותיהם – ואולי גם מנהלי-המעון – ודאי מופתעים ואף נדהמים לשמוע שהפרשה החמורה נסתיימה בלא הטלת עונש של ממש על הנאשמת.

האם לא נכון היה לקבוע כלל-יסוד, שלפיו לקורבן שמורה הזכות לקבל מידע על העסקה המתגבשת קודם שהתובע חותם עליה ולפני שבית-המשפט שוקל אם לאמץ אותה? ובעקבות הזכות למידע, האין זה מתבקש לקבוע הסדר האומר כי לפני שהצדדים

מפגרת כמשך חמש שנים. עמידתם האיתנה של בני משפחת המתלוננת לצדה, מאבקם בלחצי הפרקליטות להגיע לעסקת טיעון ותמיכתם בערעור המדינה על קלות העונש ראויים להערכה רבה. אני מקווה שהם ישמשו תמיכה מוסרית חשובה לכל מי שנפלה קורבן למעשים נתעבים כגון אלו ויעודדו את בני משפחת המתלוננת לתמוך בה, למרות הקשיים הרבים, ולא להסכים בשום אופן לעסקת טיעון. יש לזכור שתפקידה של הפרקליטות הוא להיאבק בכל יכולתה כדי להרשיע נאשמים ולהביא לענישתם ההולמת. עליה להימנע ממיקח וממכר על חומרת הענישה, אשר מביאה לפעמים לענישה קלה ומגוחכת באישומים חמורים ביותר...".

ומה אם בני משפחת המתלוננת לא היו יודעים שמתנהל משא-ומתן עם הנאשם וסניגורו על טיוטה של עסקת-טיעון, והעסקה היתה נחתמת בין הצדדים ואף מתאשרת על-ידי בית-המשפט?

192 ראו לעיל ליד הערות 88-89.

193 ראו לעיל ליד הערות 109-111, 126-129.

194 ראו לעיל ליד הערות 122-123.

מגיעים להסכמה על עסקת-טיעון, על התובע לברר — ישירות או באמצעות תסקיר של עובד סוציאלי — מה מצבו של קורבן העבירה ומהי עמדתו כלפי טיוטת העסקה? ובשלב האחרון, והוא העיקר: לפני שבית-המשפט מכריע אם לפעול על-פי עסקת-הטיעון, האין זה ראוי שהדיווח הזה על הקורבן יהיה מונח לפניו? בפרשת אסיס<sup>195</sup>, לפני שהצדדים הסכימו על עסקת-הטיעון, הספיקו שלושה קשישים — היינו: חלק מן הקורבנות — למסור עדות ולתאר את מעשי-הזוועה של הנאשמת וכיצד פגעה בהם. התרשמות בלתי-אמצעית זו של בית-המשפט ודאי תרמה לכך, ששלושת השופטים דחו פה אחד את עסקת-הטיעון והם אף הביעו את מחאתם כלפי התובע שנתן את ידו לאותה עסקה, אשר מנעה את בית-המשפט מלהגיע לחקר האמת ולעשיית צדק. נניח שהצדדים היו מקדימים וחותרים על עסקת-הטיעון לפני שהחלה שמיעת העדים וטרם נקבע הסדר חוקי, שלפיו לקורבנות שמורה הזכות להשמיע את דברם לפי שיטה זו או אחרת. האם לא נכון היה לומר, כי בית-המשפט מתבקש לפעול בלי שמציגים בפניו את כל המידע הרלבנטי? שהרי כאשר מדובר בעסקת-טיעון, כבר אין התנצחות בין יריבים. נקל לשער, שבמקרים לא-מעטים יכול להיות לשני הצדדים עניין משותף שלא להציג לפני בית-המשפט את התמונה המלאה של האירוע הפלילי, ובמיוחד לא את חומרת הפגיעה בקורבן, כפי שכותב פרופסור אייב גולדשטיין:

By the time the matter is presented to a court, defense counsel and prosecution may no longer be at odds; they may be in agreement and have a stake in blurring the underlying facts<sup>196</sup>.

עם זאת, אין להתעלם מכך שההכרה בזכויות הקורבן, כאמור, יכולה להיות הכבדה מסוימת על ההליך הפלילי<sup>197</sup>. אולם אין בכך כדי להצדיק אי-מתן הזדמנות לקורבן להגיב על העסקה המוצעת. צריך רק להגביל את התערבותו במסגרת סבירה. והרי שתי הגבלות אפשריות:

(1) לא לאפשר את התערבות הקורבן בכל עבירה, אלא רק בעבירות חמורות ביותר, כגון פשעים הפוגעים באוכלוסיות פגיעות — קטינים וחסרי-ישע — וכן עבירות מין.

195 ראו לעיל ליד הערות 88-89.

196 גולדשטיין בספרו מ-1981, לעיל הערה 153, בעמ' 70.

197 יש המעלים גם את הטענה, כי קורבנות יכולים להיות מאוד נוקמניים — נגד כל ויתור בעניין תוכנו של כתב-האישום וכעד עונשים כבדים — גם כאשר כל יתר השיקולים של אינטרס הציבור תומכים בעמדה אחרת, שלא לדורש אכיפה מקסימלית. מסתבר, כי מחקרים הראו שיש הגזמה בייחוס מגיעים נוקמניים לקורבנות רבים. ראו גולדשטיין, שם, בעמ' 71; ארו, לעיל הערה 153, בעמ' 21. מכל-מקום, חזקה על השופט שידע להבחין בין טיעון צודק לבלתי-צודק.



הנבלה" שביצעה הנאשמת כלפי קשישים חסרי-ישיע<sup>135</sup>? ובפרשת מרקוביץ<sup>136</sup> — האם הרעיון שיש לכבד עסקות-טיעון חשוב יותר מאשר הצורך להתמיד במדיניות ענישה, שעל עבירות שוחד יש לגזור מאסר בפועל כעונש מרתיע, ולא להסתפק בעבודות שירות?

אכן, ייצוג עניינו של הציבור במשפט הפלילי מופקד בידי התביעה והיא ממלאת תפקיד זה במסגרת של מדיניות תביעתית כוללת, המותווית על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה. אולם אין פירוש הדבר שיש לתביעה שיקול-דעת בלעדי שאין אחריו ולא כלום. הרי ראינו כי החלטות של תובע, לרבות פרקליט-מחוז, כפופות לאפשרות פנייה אל היועץ המשפטי לממשלה כדי לבחון את ההחלטה (לעיתים הפנייה היא בדרך ערר, ולעיתים — בקשת עיכוב הליכים). גם החלטת היועץ המשפטי לממשלה אינה סופית, אלא כפופה לביקורת שיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק. ואם בהליך פלילי רגיל כך, בעסקות-טיעון — על אחת כמה וכמה; שהרי כאן התובע עצמו החליט תחילה להגיש כתב-אישום שתוכנו קשה יותר לנאשם — בשם לב לחומר הראיות שבתיק ובהתחשב בעניין הציבורי — ואלמלא עסקת-הטיעון היה טוען שראוי לגזור עליו עונש חמור יותר, כגון מאסר בפועל לתקופה ארוכה. התובע נדרש אפוא להסביר מפני מה שינה את עמדתו ולכן ספק גדול אם נכון לומר — כפי שסבור השופט מצא — כי חזקה על התביעה ששיקוליה היו נכונים, כי היא יודעת מהו העונש הדרוש וכי משום-כך על בית-המשפט לאמץ את המלצת התביעה לפי העסקה. טיעון דומה כבר נדחה פה אחד על-ידי שלושת שופטי בית-המשפט העליון (לנדוי, בן-פורת ובכור) בפרשת גירדלי מ-1980<sup>137</sup>: "...אין בית-המשפט קשור בעיסקת הטיעון. אף לא בדרך של חזקה, כביכול, שבדרך כלל עליו לנהוג בהתאם לעיסקה שנעשתה". אם התביעה יודעת דברים העשויים להשפיע על מידת העונש ושאינם ידועים לבית-המשפט, מחובת התביעה להביאם לידיעת בית-המשפט. ברוח דומה מביע השופט חשין הסתייגות מפורשת מהשקפתו של השופט מצא בפרשת יאיר לוי<sup>138</sup>: אם נציגי התביעה הכללית והמשטרה יודעים מהו העונש הדרוש במקרה פלוני, "ישתפר-נא את בית המשפט באותה ידיעה, וינסו לשכנעו שאכן כך נאה וכך יאה. ואולם בית המשפט אסור הוא ברלגציה של שיקול דעתו, ולו על דרך של מתן משקל-יתר להמלצת התביעה הכללית והמשטרה, אך באשר יודעים הם מהו העונש הדרוש במקרה פלוני".

135 ראו לעיל ליד הערה 108.

136 לעיל הערה 105.

137 ע"פ 300/80 גירדלי (לא פורסם).

138 לעיל הערה 106, בעמ' 172.

ועוד אומר השופט מצא: "כי גם במילוי תפקידו בתחום הענישה אין בית המשפט פועל בשם הציבור כלפי הנאשם, אלא כפוסק בין הציבור (המיוצג על-ידי התביעה) לבין הנאשם"<sup>139</sup>.

לא ברור מהם הסימוכין לרעיון זה. אדרבא: הרי האפיון העיקרי של התחום הפלילי הוא שמדובר בהתנהגות הפוגעת בכלל, המסכנת את הציבור. לכן, משהורשע הנאשם, על בית-המשפט לפעול בשם הציבור שנפגע מאותה התנהגות פלילית ולגזור עליו את העונש הראוי, אשר גם ירתיע אותו ואת האחרים — והכול כדי להבטיח את שלום הציבור. אכן, בית-המשפט מסתייע בצדדים הן בטיעוניהם לעונש הן לקבלת המידע הרלבנטי בדיונים על גזר-הדין. גם בשלב זה נכון לומר, כי בשיטה האדברסרית בדרך-כלל אין מצפים מבית-המשפט שיהיה היחם בהשגת הראיות או הפעיל בחקירת העדים. אולם כל זה אינו גורע ממעמרו העצמאי של בית-המשפט בקביעת העונש ומאחריותו הייחודית בנושא זה. לא יהיה זה אפוא נכון לציין, כי בית-המשפט ממלא "תפקיד של מעין-בורר בין התביעה ובין הנאשם"<sup>140</sup>.

שאלה נוספת, שבה נחלקו השופטים גולדברג ומצא בפרשת שילוח<sup>141</sup>, היתה, האם הצהרת התביעה, שהסכימה לעסקת-הטיעון בעניין העונש בגלל "קשיים ראייתיים", היא נימוק לגיטימי במסגרת שיקולי בית-המשפט אם לאמץ את העסקה ולהקל בעונש. בפרשה זו טענה התביעה, כי עדים אחדים לא אותרו, עד אחד או שניים הלכו לעולמם, שני עדים נמצאו בחו"ל ואפשר שירדו מן הארץ, עד אחד הוא תושב עזה ונבצר ממנו להגיע בגלל סגר ועוד.

השופט גולדברג סבר, כי קשיים ראייתיים הם רלבנטיים רק לתביעה, אך לא לבית-המשפט. על סמך חומר הראיות שבתיק החקירה התביעה יכולה להשתכנע באשמת הנאשם וכאשר הקשיים הראייתיים מעוררים חשש שמא לא תהיה אפשרות להוכיח את האשמה, כך שהנאשם יצא זכאי, סביר הדבר שהתביעה תעדיף עסקת-טיעון. אולם שיקול זה, הכרוך בסיכויי ההרשעה, אין בית-המשפט רשאי להתחשב בו כלל — לדעת השופט גולדברג — כשהוא בוחן אם העונש שעליו הוסכם על-פי העסקה הוא העונש הראוי. משבחר הנאשם להודות בעובדות — כגון בעקבות עסקת-טיעון — הרי הכלל הוא שעל בית-המשפט לראות את העובדות כמוכחות כלפיו, כאמור בסעיף 154 רישא לחוק סדר-הדין הפלילי. "האפשרות, שאם הנאשם לא היה מודה כי אז היה מזוכה, לא

139 בפרשת מרקוביץ, לעיל הערה 105, בעמ' 57.

140 כך ניסח השופט חשין בפרשת יאיר לוי (לעיל הערה 106, בעמ' 173) את הסתייגותו מן הדעה שהביע השופט מצא, כפי שצוטטה ליד הערה 139.

141 לעיל ליד הערות 116-118.

יכולה להלקח [בחשבון] על-ידי בית-המשפט כאחר השיקולים הרלבנטיים להקלה בעונשו של הנאשם<sup>142</sup>.

השופט מצא מסתייג הן בגלל עמדתו העקרונית השונה כלפי עסקות-טיועון בכלל, כפי שכבר נתבאר, הן מטעמים מעשיים. "אם גישת חברי תתקבל יהיה בכך משום תמריץ שלילי לנאשמים" והם יתרחקו מעסקות-טיועון. אם קשיי ההוכחה של התביעה אינם נימוק ראוי להקלה בעונש ובית-המשפט אינו רשאי להתחשב בהם, כי אז מוטב לנאשם לכפור בכל העובדות, דבר שיאלץ את התביעה לנהל משפט מייגע, כאשר בסופו טובים סיכויי הנאשם לצאת זכאי. התפתחות כזאת אינה מתיישבת עם אינטרס הציבור להחיש הליכים ולחסוך במשאבים<sup>143</sup>.

השופט קדמי אינו מתייחס לנקודה זו.

כאשר תובע אומר, שהסכים לעסקת-טיועון בגלל קשיים ראייתיים, הנחתו היא שהנאשם עשה את המעשה המיוחס לו – היינו: שמבחינה עובדתית אין הוא חף – ורק מבחינה משפטית ספק אם יורשע. הבחנה זו בין חפות עובדתית (factual innocence) ובין חפות משפטית (legal innocence) מוכרת בשיטות-משפט שונות<sup>144</sup>. ככל שהתובע נתקל בקשיים ראייתיים רציניים יותר, כן גוברת נכונותו לשאת ולתת ולהציע לנאשם ויתור גדול יותר במגמה להגיע לעסקה. עם זאת, לא כולם שלמים עם ההבחנה בין חפות עובדתית ובין חפות משפטית ועם המשתמע ממנה בסוגייה זו<sup>145</sup>. יש שקשיים ראייתיים הם, כידוע, סיבה מוצדקת לתביעה שלא להעמיד את החשוד לדין כלל; וגם אם יש חומר ראיות לכאורה להגשת כתב-אישום, מוסמך התובע להחליט להימנע מהגשתו, אם הוא סבור שסיכויי ההרשעה על-פי החומר שברשותו מועטים<sup>146</sup>. כאשר קשיים מעין אלה נולדו או נודעו לתביעה רק לאחר ההעמדה לדין, נכון יהיה שהתביעה תחזור בה מן האישום; אחרת, הנאשם לא רק יצליח בתום פרשת התביעה בטענת זיכוי בשל היעדר הוכחה לכאורה, אלא גם יהיה בידו אולי לחייב את המדינה לשאת בהוצאות ההגנה

142 ראו פסקאות 7 ו-8 בדברים שכתב השופט גולדברג.

143 ראו פסקאות 3 ו-4 בדברי השופט מצא.

144 על המצב בארצות-הברית ראו, למשל, Miller, McDonald and Cramer *Plea Bargaining in the United States* (Nat'l. Inst. of Law Enforcement and Criminal Justice, LEAA, U.S. Dept. of Justice, 1978) xix-xxv, 88-121.

145 לדין ביקורתי ראו, למשל, Alschuler "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining" 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968) 50, 60-65.

146 ראו בג"צ 3846/91 מעוז נ' הירעץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מו(5) 423; בג"צ 3425/94 גנר נ' הירעץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם) פסקה 10.

ובפיצוי הנאשם על מעצרו<sup>147</sup>. האם גם בנסיבות כאלה יש מקום לעסקות-טיעון, במיוחד אם התובע אינו מגלה לסניגור את כל הקשיים הראייתיים<sup>148</sup> ? וכאן ראוי להוסיף, בעקבות דבריו של השופט גולדברג, כי בעצם העלאת האפשרות של זיכוי, בגלל קשיים ראייתיים, "מוטבע ספק באשמת הנאשם" ונוצר חשש שמא הוראתו בבית-המשפט, במסגרת עסקת-הטיעון, אינה אמת<sup>149</sup>. אם מסכימים עם ההסתייגויות הללו, הרי גם התובע אינו יכול להצדיק את הסכמתו לעסקת-טיעון בגלל קשיים ראייתיים כאלה. אולם מפסיקת בית-המשפט העליון בכמה הזדמנויות (לפני פרשת שילוח) ניתן להבין, שמקובל להכיר בקשיים ראייתיים כנימוק לגיטימי להתחשבות בעסקות-טיעון<sup>150</sup>. גם אם גורסים כי סיכויי הרשעה קלושים בגלל מצב הראיות נוגעים בעיקר לתביעה והם עשויים להניע אותה להסכים על עסקת-טיעון, הרי קשה להניח שלא תהיה להם

147 ראו ע"פ 1524/93 מיכאלשווילי, פ"ד מח(2) 650; ע"פ 3583/94 לערן, פ"ד מח(5) 793. 148 בשיטה משפטית כמו זו של ישראל, שבה יש לנאשם זכות עיון רחבה למדי בחומר החקירה שבידי התובע, גם משא-ומתן לקראת עסקת-טיעון מתנהל בדרך-כלל כ"קלפים גלויים", אלא-אם-כן התובע מעלים מן הסניגור את העובדה שנוצרו קשיים ראייתיים ומה טיבם, כגון חוסר האפשרות לאתר עד מרכזי. מסתבר שכאשר התובעים משוכנעים שהנאשם אשם, שאינו חף מבחינה עובדתית, הם לא יססו להעמיד פנים שהחיק הוא חזק, כדי להגביר את הסיכוי להגיע לעסקת-טיעון — דבר שמשפטים אמריקנים מכנים בשם "the propriety of 'bluffing'". ראו מילר ואח', לעיל הערה 144, בעמ' 115-116; § 21.3 (c) LaFave and Israel Criminal Procedure (West, 2nd ed., 1992) (pp. 927-928). אולם יש חוקרים הסבורים, כי התנהגות כזאת מעוררת שאלה של אתיקה מקצועית: האם זה הולם את תפקידו של תובע מטעם המדינה להעלים מידיעת הנאשם וסניגורו נקודות-חורפה כאלה שבהחיק התביעה, כדי שהנאשם יגלה נכונות להודות במסגרת עסקה. ראו, למשל, Ferguson and Roberts, "Plea Bargaining — Directions for Canadian Reform" 52 Can. B. Rev. 497, 535-536 (1974).

149 פסק-דין שילוח, שם, פסקה 7 לפסק-דינו של השופט גולדברג. אכן, בגלל ספקות כאלה נקבעה הוראה כלכלי הפרוצדורה הפדרלית בארצות-הברית, שעל השופט לברר אם יש בסיס עובדתי להודאה שמסר הנאשם בבית-המשפט. ראו Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(f) and Israel Criminal Procedure, § 21.4 (f) (938-940) (2nd ed., 1992). כך הומלץ גם בסיכום המחקר של הרנון ומן עיסקות טיעון בישראל (תשמ"א), 142; והשופט אלון תמך ברעיון זה בע"פ 614, 556/80 עלי ואח', פ"ד לו(3) 186, 169.

150 ראו, למשל, בחמוצקי (לעיל הערה 3), בעמ' 550, מפי השופט ח' כהן; ועמ' 559, מפי השופט לנדוי; אסיס (לעיל הערה 107), מפי השופט מצא והשופט ברק. במרקוביץ (לעיל הערה 105), לא נטען על-ידי התביעה שהיו לה קשיים ראייתיים, אך השופטת נתניהו מציגת זאת כאחד הנימוקים שלא לאמץ את עסקת-הטיעון. ראו שם פ"ד מז(2), בעמ' 53. כן ראו שם דברי השופט מצא, בעמ' 57. ביאיר לוי, (לעיל הערה 106), מזכיר השופט חשין את קשיי ההוכחה של התביעה בגלל היעדר ראיות קבילות, כאחד הטעמים האפשריים לעסקת-טיעון. ראו פ"ד מח(5), בעמ' 174.

השפעה כלשהי על בית-המשפט – לפחות כדי שיהיה תיאום בין ה"קודקודים" השונים השותפים לאותה לוחמה בפשיעה<sup>151</sup>.

לסיכום נקודה זו ניתן לומר, כי מן הראוי שקשיים ראייתיים יהיו רק שיקול בין שיקולים, ולא דווקא השיקול המכריע; שהרי קודם-כול על בית-המשפט למלא את תפקידו הייחודי – להחליט באופן עצמאי מהו העונש הראוי בפרשה הנדונה, ואם יש פער של ממש בין העונש הראוי ובין העונש שעליו הוסכם בעסקה, לא יאמץ בית-המשפט את העסקה. על התביעה להיות מודעת להבדלים בתפקידים שבית-המשפט ממלא לעומת תפקידי התביעה ולהימנע מלהסכים עם הנאשם על עונש בלתי-סביר שלא יעמוד במבחן השיפוט.

לאור ההבדלים האמורים, אי-אפשר לומר שלכל גורם לגיטימי המשפיע על התביעה לערוך עסקת-טיעון יהיה משקל זהה גם בעיני בית-המשפט. כאשר בית-המשפט מתבקש לתת את אישורו לעסקה, הוא שומע ובוחר את הגורמים שהניעו את התביעה להסכים על תנאי העסקה, מציב אותם מול העקרונות שצריכים להנחות אותו ומגבש את החלטתו לפי המשקל היחסי של הגורמים והעקרונות האלה ובשים לב לנסיבות הפרשה. מכל-מקום, יש להניח שתהיה התחשבות הדדית בין הרשויות, שהרי שתיהן שותפות לאותה מערכת לאכיפת המשפט הפלילי, כפי שנתבאר<sup>152</sup>.

#### ד. מעמדו של קורבן העבירה

##### 1. ההכרה הגוברת בזכויות הקורבן בשיטות-משפט שונות<sup>153</sup>

(א) כללי

One evening, Karen found herself alone in the restroom of a public

151 בעקבות דבריו של השופט חשין ביאיר לוי, שם, עמ' 174-175.

152 עיינו שוב ביאיר לוי, שם, בעמ' 174-175, מפי השופט חשין.

153 חלק זה מתבסס, בין השאר, על המקורות הבאים: L. Sebba *Third Parties -- Victims and the Criminal Justice System* (Ohio, 1996); L. Sebba "Sentencing and the Victim — The Aftermath of Payne" 3 *International Review of Victimology* (1994) 141; A. Ashworth "Victim Impact Statements and Sentencing" [1993] *Criminal Law Review* 498; E. Erez "Victim Participation in Sentencing — and the Debate Goes On..." 3 *International Review of Victimology* (1994) 17; A.S. Goldstein *The Passive Judiciary — Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea* (1981) 70-73; A.S. Goldstein "The Victim and Prosecutorial Discretion: The Federal Victim and Witness Protection Act of 1982" 47 *Law and Contemporary Problems* (1984) 225; S.W. Welling "Victim Participation in Plea Bargains" 65 *Washington University Law Quarterly* (1987) 301.

health building. Occupied with thoughts of the day's business, she could never have imagined the horrible event that was about to take place. Karen was raped at knifepoint in the restroom.

Police arrested a suspect, and Karen positively identified him as the man who had raped her. He was only seventeen. Because he was a juvenile, he was eligible for a reduced sentence. The suspect had been in and out of trouble almost all of his seventeen years and presently had several burglary charges pending. As part of a plea bargain, the youth pleaded guilty to one count of burglary, and the rape charge was dropped. Karen was never consulted about the plea or even notified that the prosecutor was considering a plea agreement.

Karen was horrified to discover that her case had been dismissed. In her mind, the criminal justice system had failed. *She* was raped. *She* was the one who was going to have to live with the memory of that night. The offender never received what he deserved<sup>154</sup>.

פרשיות כדוגמת אירוע זה, ואחרות כיוצא בהן, הניעו מחוקקים במדינות רבות לקבוע (או להציע) הסדרים לשיתוף הקורבן. כללית ניכרת ב־20 השנים האחרונות פעילות ענפה לתיקון ההליכים הפליליים, כך שתהיה התחשבות מיוחדת באינטרסים של הקורבן. התפתחות זו בולטת במיוחד בארצות־הברית. הדו"ח המסכם משנת 1982 של ה־President's Task Force on Victims of Crime יצא עם שורה ארוכה של המלצות לתיקוני חוק הן במישור הפדרלי הן במישור המדיני. ואכן, המלצות אלה הביאו לשינויים בחקיקה ולהתעניינות גוברת בקורבן מצד ארגונים של עורכי־דין, שופטים ופסיכולוגים. כן הוקמו ארגונים מיוחדים למתן סיוע לקורבנות, כגון ה־NOVA (National Organization of Victim Assistance). בין השאר הומלץ להוסיף תיקון מיוחד לחוקה הפדרלית של ארצות־הברית, שיקבע במפורש את זכות הקורבן "להיות נוכח ולהישמע בכל השלבים הקריטיים של ההליכים המשפטיים". הוראות מעין אלו כבר כלולות, למשל, בחוקה של פלורידה<sup>155</sup>.

במישור הבינלאומי מוכרת הצהרת האו"ם משנת 1985 על "Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power" וכן המלצות של מועצת־אירופה

154 האירוע הזה מופיע בראש מאמרו של Just David A. Starkweather "The Retributive Theory of 'Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining" 67 *Indiana Law Journal* (1992) 853

למקורו של האירוע ראו שם הערה 1.

155 ראו במאמרו של פרופ' סבה מ־1984, לעיל הערה 153, בעמ' 142.

מ-1985 על "The Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure". בשנות השמונים נתקבלו חוקים מיוחדים להגנת הקורבן בארצות-הברית ובמערב-גרמניה וכן בקנדה, ניר-זילנד וחלק מאוסטרליה<sup>156</sup>.

הריפורמות השונות מתייחסות להיבטים רבים לשיפור מצבו של הקורבן, כגון זכות הקורבן לקבל מן הרשויות פיצויים ותמיכה נפשית וזכות הקורבן לקבל מידע על הליכי החקירה ועל ההחלטות בעניין ההעמדה לדין והתקדמות המשפט, כולל עסקות-טיעון. יש הסבורים שצריך לאפשר לקורבן מעורבות גדולה יותר, כי הוא זכאי שתייעצו אתו קודם שמתקבלות ההחלטות המשמעותיות בהליך הפלילי, למשל: אם להעמיד את החשוד לדין, אם לבקש את מעצרו או לשחררו בערובה, ובדין על גזר-הדין – אם על התביעה לדרוש מאסר בפועל או כל דרישה אחרת בעניין העונש, וכן אם לפי הנסיבות יהיה זה נכון שהתביעה תסכים לעסקת-הטיעון המסוימת המתגבשת בין הצדדים<sup>157</sup>.

זאת ועוד: ב"תגובות למען הקורבן" יש גם כאלה הגורסים כי לגבי החלטות מסוימות אין להסתפק במתן מידע לקורבן ואף לא בהתייעצות איתו. בדיונים האלה מן הראוי לשתף את הקורבן בצורה אקטיבית, כאילו היה צד.

בריונים הרבים על ההיקף הרצוי של מעורבות הקורבן הועלו נימוקים שונים, בשים לב למטרות ההליך הפלילי, לזכויות הנאשם העשויות להתנגש בזכויות הקורבן<sup>158</sup> ולתפקידיו של התובע. תשומת-לב מיוחדת הוקדשה ל"Victim Impact Statement – נושא הראוי לכמה הבהרות.

#### (ב) *Victim Impact Statement (VIS)*<sup>159</sup>

זהו מסמך, שבו מצהיר הקורבן מה טיב הפגיעה שנפגע (או שנפגעו כני-משפחתו) עקב העבירה – פגיעה גופנית, נפשית או רכושית. הכוונה היא להביא את המידע האמור לידיעת מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי, ובמיוחד לידיעת בית-המשפט, קודם שיחליט על גזר-הדין.

הרעיון הזה אומץ על-ידי שיטות-משפט רבות. בארצות-הברית, כמעט בכל המדינות (ה"States") יש כיום הסדר חקיקתי על VIS. כמה מדינות נקטו צעד נוסף: הן קבעו כלל

<sup>156</sup> ראו, למשל, במאמרו של פרופ' אשורת מ-1993, לעיל, הערה 153, בעמ' 498, כולל המקורות שהוא נשען עליהם.

<sup>157</sup> ראו ארז, לעיל הערה 153, בעמ' 18; אשורת, שם, בעמ' 499.

<sup>158</sup> לדין כהתנגשות אפשרית כזאת ראו סבה בספר מ-1996, לעיל הערה 153, פרק 9.

<sup>159</sup> ראו 1117-1118 LaFave and Israel, *Criminal Procedure* (West, 2nd ed., 1992); אשורת, לעיל הערה 153; סבה בספר לעיל הערה 153, בעמ' 15-16, 195-196.

מחייב, כי בטרם יחליט על גזר-הדין על בית-המשפט לשמוע את חוות-דעתו של הקורבן בעניין העונש הראוי<sup>160</sup>.

כיצד מגיע ה-VIS ליריעת מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי? האפשרויות הן שונות<sup>161</sup>. לפי שיטה אחת, נותנים לקורבן את הזכות להגיש את ה-VIS שלו ישירות לבית-המשפט, לפני שייגזר הדין, כלומר: היוזמה היא בידי הקורבן.

לפי שיטה שנייה, המשימה מוטלת על קציני-המבחן. הם מתבקשים לכלול בתסקיר שלהם (ה-Presentence Report) הערות בדבר השפעת העבירה על הקורבן. למטרה זו יראיין קצין המבחן את הקורבן. דרך זו מקובלת בארצות-הברית וקיבלה שם גושפנקה סטטוטורית. ואכן, כאשר מראיין מקצועי מחבר את ה-VIS, ערך המסמך עולה. הניסיון בקנדה מאשר הערכה זו וגם בארץ העדיפו שיטה זו לאחרונה, כאשר תיקנו את החוק בתשנ"ה בעניין קורבנות לעבירות מין, כפי שיתבאר יותר בהמשך (להלן חלק 2(ב)(2)). עם זאת, מוכרת גם שיטה שלישית: לקבוע כלל, שבכל שלב משלבי ההליך הפלילי מוטלת החובה על התביעה הכללית להביא בחשבון את השפעת העבירה על הקורבן. בדרך זו הופך ה-VIS לחלק מן התומר הסטנדרטי הכלול בתיק החקירה והתביעה. התובע יוכל להסתייע בו בבואו להחליט אם להעמיד את פלוני לדין ועל איזו עבירה וכן אם לתת את הסכמתו לעסקת-טיעון מסוימת המתגבשת עם הנאשם או עם א-כוחו. יש שבית-המשפט יבקש מן התובע למסור לו עותק מן ה-VIS או לדרוש על תוכנו<sup>162</sup>.

מסקרים שנערכו מסתבר, כי ל-VIS יכולה להיות השפעה בלתי-מבוטלת בקביעת העונש<sup>163</sup>, אך מסקנות החוקרים אינן חד-משמעיות<sup>164</sup>. מכל-מקום, גם אלה הסבורים שיש לחזק את מעמד הקורבן אינם מתעלמים מכך שתפקיד ההליך הפלילי ומטרת הענישה הם לא רק להתחשב באינטרסים של הקורבן.

האם יש הצדקה לאפשר לקורבן לא רק לתאר כיצד נפגע מן העבירה, אלא גם לחוות את דעתו מהו העונש הראוי, אם כחלק מן ה-VIS ואם על-ידי פנייה ישירה לבית-המשפט בשלב הדיון על גזר-הדין, מה שקרוי right of allocution<sup>165</sup>? רבים מחסידי התנועה למען הקורבן משיבים בחיוב על שאלה זו. לעומת זאת, המתנגדים טוענים כי הענישה היא עניין של אינטרס הציבור ולא של עדיפות הפרט וטעמו האישי, אף אם הוא הקורבן שנפגע מן העבירה. אולם גם לדעת המתנגדים, יש חשיבות בכך שה-VIS יפרט

160 ראו אשוררת, שם, בעמ' 500.

161 לגיתוח השיטות השונות ראו אצל סבה, שם, בעמ' 195-196; אשוררת, שם, עמ' 500-501.

162 ראו אשוררת, שם, בעמ' 500-501, הכולל פירוט המדינות שבהן הוכנסו הסדרים אלה.

163 ראו אשוררת, שם, בעמ' 502, ליד הערות 30-33.

164 ראו ארז, לעיל הערה 153, בעמ' 22-24.

165 ראו אשוררת, שם, בעמ' 504-505; סבה, שם, בעמ' 16.



באיזו מידה השתדל העבריין לפצות את הקורבן או השתתף בתוכנית שיקום אחרת כדי לצמצם את הפגיעה.

אם ה-VIS כולל מידע עובדתי חדש, שבית-המשפט מוזמן להסתמך עליו, יש לאפשר לנאשם להגיב עליו. לעתים יחויב הקורבן להיחשף לחקירה שכנגד. מכל-מקום, כאשר ה-VIS הוכן על-ידי מראיין מיומן – כגון קצין-מבחן או עובד סוציאלי אחר – היו פחות נסיגנות לתקוף את תוכנו<sup>166</sup>.

## 2. מעמד הקורבן במשפט הישראלי

(א) הערות כלליות, ובמיוחד בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו  
 "...אין לשכוח שחברה נאורה חייבת לשמור גם על זכויותיהם של הקורבנות-למעשה ושל הקורבנות-בכוח..."<sup>167</sup>. כך כתב הנשיא שמגר כאשר הרכב של 11 שופטים נדרש להכריע בסוגיית "הער השותק" לפי סעיף 10א לפקודת הראיות<sup>167</sup>.

בדיונים של בית-המשפט העליון על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשפעתו על ההליך הפלילי העלו חלק מן השופטים על גס את הצורך להגן על קורבן העבירה. כך, למשל, כתב הנשיא שמגר, כי "בזמננו נשכח לא אחת, כי כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודם של המתלונן, הער, הקורבן; ההגינות בהליך [המשפטי]... היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש את עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מבידויו ומהשפלתו כאדם..."<sup>168</sup>. בפסק-הדין המנתה גנימאת<sup>169</sup>, בעניין מעצר עד תום ההליכים, נדונו השלכות חוק-היסוד על-פירוש הוראות חוק שקדמו לחוק-היסוד, ושניים מתוך תשעת השופטים התייחסו גם לקורבן. אומר הנשיא שמגר:

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית, חקוקה לכל פרט בחברה... ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אורת תמיס-דרך זכאים להגנה על כבודו וחירותו מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אשה שלא לשוב ולהיות מושא למכות והשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה, לחירותו. זכותה של

166 ראו אשורד, שם, בעמ' 501, ליד הערות 20-22. אשר להסדר הישראלי החדש בעבירות מין ראו להלן ליד הערות 187-189.

167 דנ"פ 4390/91 חגי יחיא, פ"ד מז(3) 661, 679.

168 דנ"פ 3750/94 פלוני, פ"ד מח(4) 621, 630. ההחלטה דנה בעניין עדות ילדים בעבירות מין. החוק המיוחד מ-1955 בא להגן על קורבנות אלה. ראו להלן הערה 182.

169 דנ"פ 2316/95 גנימאת (טרם פורסם). פסק-הדין הוא מ-12.11.95.

צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר...<sup>170</sup>.

הנשיא ברק מציין באותו פסק-דין, כי הוא מסכים שיש להגן על הקורבן ועל הנאשם גם יחד, והוא מוסיף, כי "שניות זו מביאה לעתים להתנגשות בין כבוד הקורבן וכבוד הנאשם. התנגשות זו מחייבת איזון ראוי"<sup>171</sup>. בהמשך בירור מעמדו של הקורבן בישראל נבחין בין הליך פלילי, המוכרע על-פי חומר הראיות, ובין הליך פלילי המסתיים בעסקת-טיעון.

### (ב) הליך פלילי שמוכרע על-פי חומר ראיות

1. הסדרים מקובלים משכבר הימים  
כאשר אין עסקת-טיעון, אלא מתקיים משפט פלילי רגיל, קורבן העבירה הוא בדרך-כלל העד המרכזי, ואז הוא יודע על מועדי המשפט ויכול לעקוב אחר שלבי התפתחותו. הורשע הנאשם, בית-המשפט רשאי לחייבו לשלם לקורבן סכום שלא יעלה על 84,400 ש"ח, בשל כל אחת מן העבירות שבהן הורשע, לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו<sup>172</sup>. חיוב הנאשם בפיצוי הקורבן במסגרת ההליך הפלילי אינו משתרר את הנאשם מאחריותו האזרחית לנזק לפי כל דין אחר<sup>173</sup>, כגון לפי דיני-הנזיקין.  
גם לפני בירור המשפט ברור שהקורבן ממלא תפקיד מרכזי. כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על שבוצעה עבירה<sup>174</sup> ובמקרים רבים זה יהיה הקורבן עצמו או בן-משפחתו. על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה מנומקת בכתב<sup>175</sup>. המתלונן/הקורבן רשאי לערור עליה לפני היועץ המשפטי לממשלה<sup>176</sup>, בין אם החלטת הסירוב היתה מפני שלא נמצאו ראיות מספיקות בין אם

170 שם, פסקה 3 בפסק-דינו של הנשיא שמגר.

171 שם, פסקה 5 בפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם "קרב" המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-1995) 64, 73-75; ר' ביין "השינויים בנקודת האיוון שבין ההגנה על קורבן עבירת האונס, לבין השמירה על זכויות הנאשם" הפרקליט מב (תשנ"ה, 1995) 281.

172 חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיף 77.

173 שם, סעיף 88.

174 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 58.

175 שם, סעיף 63.

176 אלא אם מדובר בעבירה שהקורבן רשאי להעמיד את החשוד לדין, בדרך של קובלנה, כפי שיתבאר להלן, ליד הערות 179-181.

היתה בשל היעדר עניין לציבור<sup>177</sup>. כן רשאי הקורבן לזום ביקורת שיפוטית על החלטות אלו על-ידי הגשת עתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק. אחד הגורמים שיכול להשפיע על השאלה, אם יש או אין עניין לציבור בהעמדת פלוני לדין, הוא מצבו של קורבן העבירה. בית-המשפט העליון ציין<sup>178</sup>, כי ככל שהפגיעה בקורבן קשה יותר והנזק שנגרם לו אינו ניתן לתיקון או לא תוקן, כן כבד יותר משקלו של העניין לציבור בהעמדת החשוד לדין. לעומת זאת, נזק קל לקורבן, עמדה סלחנית של הקורבן או הסדר מניח את הדעת בין החשוד לקורבן עשויים להגביר את משקלו של השיקול כי אין עניין לציבור בהעמדת החשוד לדין. לגבי עבירות מסוימות (שאינן מן החמורות ביותר) ניתנת לקורבן האפשרות לזום בעצמו פתיחת הליך פלילי הקרוי "קובלנה"<sup>179</sup> ובדרך-כלל דין קובל כדין תובע מטעם המדינה<sup>180</sup>. הכוונה היא קודם-כול לעבירות בעלות "אופי פרטי", כמו הסגת גבול, תקיפה קלה, גרימת נזק לרכוש או פגיעה בקניין רוחני; אך גם עבירות שעניינן ציבורי מובהק, כגון עבירות על חוקי הבחירות או עבירות הנוגעות לאיכות הסביבה<sup>181</sup>.

## 2. הסדרים מיוחדים בעבירות מין

קורבנות לעבירות מין זכו להסדרים מיוחדים מצד המחוקק הישראלי. ניתן להצביע על ארבעה.

(1) זה למעלה מ-40 שנה הכלל הוא כי ילד שלא מלאו לו 14 שנה, והוא קורבן לעבירות מין (או עדר-ראייה למעשה העבירה או חשוד בביצועה), לא ייחקר במשטרה ולא יופיע כעד בבית-המשפט, אלא ברשותו של חוקר ילדים<sup>182</sup>. ברוב הגדול של המקרים הרשות אינה ניתנת, כך שעדות הילד נגבית מתוך לבית-המשפט על-ידי חוקר הילדים. מובן שהמשטרה העיקרית היא להגן על שלומו הנפשי של ילד שנפל קורבן לעבירות מין ולמנוע

177 חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 64.

178 בבג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד (מ"ד) 485, 510, מפי השופט ברק.

179 ראו חוק סדר הדין הפלילי, פרק ד, סימן ב (והתוספת השנייה לחוק).

180 שם, סעיף 70.

181 לדין נרחב בעניין הקובלנה הפרטית ראו בעיקר בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד (מ"ד) 136;

ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ ואח', פ"ד (מ"ד) 289.

182 ראו חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955. לסאמר שנתפרסם זה לא כבר, ראו הרנון

"עדות ילדים בעבירות-מין – האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?" משפטים כד (תשנ"ד) 151, והמקורות שצוינו בו.

ממנו טראומה נוספת כנחקר בתחנת-המשטרה ובבית-המשפט. הסדר זה הורחב בשנים האחרונות<sup>183</sup>.

(2) מבוגרים נפגעי עבירות מין, שנדרשו להופיע כעדים מטעם התביעה, נחשפו לעתים קרובות לחקירה צולבת על עברם המיני, גם כאשר קשה היה להראות במה זה תורם לבירור האשמות שיוחסו לנאשמים. תופעה זו הביכה קורבנות אשר חשו כי החקירה בבית-המשפט הופכת אותם ממאשימים לנאשמים, וגבר החשש שנפגעים רבים יימנעו מלהתלונן. על כן הוספה בשנת 1988 הוראה מיוחדת לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ז-1957<sup>184</sup>, שזו לשונה:

2א. בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 [עבירות נגד המוסר], אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין.

שני החידושים המעניינים ביותר בתחום זה הוכנסו בשנת תשנ"ה<sup>185</sup>.

(3) החידוש הראשון מאפשר לקורבן עבירת מין למסור את עדותו שלא בנוכחות הנאשם, ורק בנוכחות סניגורו. בית-המשפט הוסמך להורות על כך, בין מיוזמתו בין לבקשת התובע, אם נוכח שמסירת העדות בנוכחות הנאשם עלולה לפגוע בקורבן או לפגום בעדות. בית-המשפט לא יחליט, כאמור, אלא לאחר שנעשו הסידורים הדרושים: (א) כדי לאפשר לבית-המשפט ולנאשם לצפות בעד בכל מהלך העדות, לשמוע אותו ולהציג לו שאלות.

(ב) כדי לאפשר לנאשם לשמור על קשר עם סניגורו ולהציג שאלות לעד באמצעותו. (ג) כדי להבטיח שהנאשם מיוצג.

יש להניח שהכוונה היא להסתייע במערכת טלוויזיה במעגל סגור או באמצעים טכנולוגיים דומים, כפי שכבר מקובל באנגליה ובכמה מדינות אחרות לגביית עדות מילדים בעבירות מין<sup>186</sup>.

183 ההרחבה נוגעת להיקף העבירות — לא רק עבירות מין, אלא גם עבירות אחרות של הורה כלפי ילדו, ובעיקר חקיפה והתעללות. ראו חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 9), התשנ"א-1991, סעיף 2(4).

184 הסדר זה הוחק במתכונת של ה-Rape Shield Laws, המוכרים במיוחד בארצות-הברית. ראו, למשל, J.A. Allison & L.S. Wrightsman *Rape — The Misunderstood Crime* 178-179 (Newbury Park, California, 1993).

185 חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995.

186 למקורות על כך ראו, למשל, הרנון, לעיל הערה 182, בעמ' 166-171.

(4) החידוש השני מתשנ"ה מתייחס לדיון על גורדינו של נאשם שהורשע בעבירת מין. בית-המשפט הוסמך להורות לעובד-ציבור (עובד-מדינה או עובד רשות מקומית) שמינה לעניין זה שר-העבודה-ההרוותה, לערוך ולהגיש לו תסקיר על מצבו של הקורבן ועל הנוק שנגרם לו בעקבות העבירה. התסקיר ייערך רק בהסכמת הקורבן. יש להניח שתפקיד זה יוטל על קציני-המבחן, אך החוק מורה כי בתקופת המינוי לא יערוך אותו עובד-ציבור תסקירים גם על מצבם של נאשמים, לפי הסעיפים 37 ו-38 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; כך שתישמר הפרדה מסוימת בין שני תפקידים אלה<sup>187</sup>.

העלה אחד מבעלי-הדין טענה כלשהי באשר לכתוב בתסקיר, יאפשר בית-המשפט לברר אותה על-ידי פנייה לעורך התסקיר לתת הסברים או השלמות. "נוכח בית המשפט שיש מחלוקת על עובדות בתסקיר, רשאי הוא להרשות לבעלי הדין להציג שאלות למי שערך את התסקיר...". עם זאת, נקבע בחוק כי הקורבן לא יקרא להעיד בקשר לתסקיר<sup>188</sup>.

דומה, כי זוהי הפעם הראשונה שהמחוקק הישראלי מכיר בחשיבותו של תסקיר על מצבו של קורבן העבירה, אם כי לפי שעה רק בעבירות מין. החידוש מזכיר לנו את ה"Victim Impact Statement", או ה"Presentence Report" על הקורבן, כפי שנתבאר לעיל. יצוין, כי החידושים הללו משנת תשנ"ה ייכנסו לתוקף ב-1 בינואר 1997 או במועד מוקדם יותר – אם שר-המשפטים יקבע כך בצו<sup>189</sup>.

#### (ג) הליך פלילי שמסתיים בעסקת טיעון

ראינו שכאשר מדובר במשפט פלילי המוכרע על-פי חומר ראיות, חלה התקדמות מסוימת במשפט הישראלי בעניין התחשבות בקורבן, במיוחד בעבירות מין. מה בדבר הליך פלילי שמסתיים בעסקת טיעון קודם שהחלה גביית הראיות? מסתבר כי לפי הדין הקיים, אין לקורבן העבירה זכות כלשהי ואין לו שום מעמד<sup>190</sup>. לכן פרשה כדוגמת

187 ראו חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 187(ב)-(ז).

188 ראו חוק סדר הדין הפלילי, סעיף 191א, במיוחד ס"ק (א)-(ג).

189 לעניין החידוש הראשון על עדות שלא בפני הנאשם ראו החוק לתיקון סדרי הדין, לעיל הערה 185, סעיף 5(א). לעניין החידוש השני בדבר תסקיר של עובד-ציבור על מצבו של הקורבן ראו שם, סעיף 5(ה), אשר לפיו מותנית האפשרות של קביעת מועד תחילה מוקדם יותר מ-1 בינואר 1977, בהתייעצות מוקדמת של שר-המשפטים עם שר-העבודה-ההרוותה להבטחת כוח-האדם הדרוש למטרה זו.

190 עם זאת יצוין, כי בהנחיות פרקליט המדינה יש התייחסות לקורבן העבירה: מצבו הרפואי, הגופני והנפשי של הקורבן והנוק שנגרם לו הם שיקולים מרכזיים שיש לשקול לפני קבלת החלטה בדבר עסקת טיעון, במיוחד בעבירות אלימות, כעבירות מין ובעבירות העבודה. יש לקבל מידע עדכני בדבר מצבו של הקורבן לפני חתימה על עסקת טיעון (הנחיה 9.1, עמ' 147-148). ראו גם הנחיה 8.1, בעמ'

האונס של Karen (לעיל, ליד הערה 154) יכולה להתרחש גם אצלנו. ואמנם, שומעים לעתים על משפטים בשל עבירות מין חמורות, שבוצעו כלפי ילדות או נערות ושנסתיימו בעסקות-טיעון. הן עוררו את-רכך מחאה חריפה מצד הקורבנות או בני משפחותיהם או ביקורת נוקבת מפי עובדים סוציאליים.

כן דווח לאחרונה, שעם נאשמים שהורשעו בביצוע עבירות מיניות כלפי נערות מפגרות בעלי תסמונת דאון נעשו עסקות-טיעון אשר לפיהן העונשים היו עבודות שירות בלבד, וההורים זועקים: "מפקירים את ילדינו"<sup>191</sup>.

139. הנחיה מיוחדת קיימת בעניין עבירות מין ועבירות של התעללות בקטינים בתוך המשפחה (8.2). בגלל המורכבות והרגישות המיוחדת של תיקים אלה יש לשקול בזירות את השאלה, אם נכון לערוך עסקת-טיעון (סעיף 1). כל עסקת-טיעון טעונה אישור מוקדם של פרקליט-המחוז, גם אם התיק מנוהל על-ידי התביעה המשטרתית; ובמקרים שיש בהם רגישות מיוחדת ישקול פרקליט-המחוז אם להתייעץ עם פרקליט-המדינה (סעיף 3). לפני קבלת החלטה על עסקה יש לשקול קיום התייעצות עם מומחה או עם פקיד-הסעד המטפל בילד, ולעתים יש לדאוג לקבלת תסקיר על מצב המשפחה כולה (סעיף 4). כאשר בירור המשפט והעדת הקורבן עלולים לגרום לו נזק נוסף, יש מקום לשקול עריכת עסקה (סעיף 2).

אכן, יש לכרך את פרקליטת-המדינה (שהיתה אז הגב' דורית בייניש) על חיבור ההנחיות הללו בעניין קורבן העבירה והפצתן בין כלל התובעים בארץ כהדרכה כיצד להפעיל את שיקול-דעתם. אולם ההנחיות אינן יכולות לשמש תחליף לחקיקה ראשית. כיוון שאין מדובר בכללים שנעשו מכוח הסמכה מפורשת בחוק, והם גם לא פורסמו ברשומות, הרי אין בהנחיות האלה מאת ממונה מנהלי משום קביעה נורמטיבית מחייבת כמו בחוק או בתקנה, אלא כללים גמישים שאפשר לסטות מהם בנסיבות ראויות. ראו ע"א 544/88 מדינת ישראל נ' סלון טוקיו בע"מ, פ"ד מו(4) 226, 257; י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך ב), פרק 31; ב' ברכה משפט מינהלי (תשנ"ו, כרך ב), 222-223. ראו גם בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 512-515.

כפי שיתברר יותר בהמשך המאמר, הקריאה היא להכיר בזכויות של קורבן העבירה בעניין עסקות-טיעון, כגון על-ידי הטלת חובה על התובע להתחשב במצב הקורבן ובני-משפחתו, כולל מתן אפשרות לקורבן להשמיע את דעתו, בפני התובע או בפני בית-המשפט, על העסקה המתגבשת. ספק, אם בתוכן ההנחיות הללו של פרקליט-המדינה נמצא תשובה הולמת למשאלות אלו. מכל-מקום, כיוון שזכויות הקורבן עשויות להתנגש בזכויות הנאשם, וזכויות הנאשם הרי מוסדרות בחקיקה ראשית, מן הראוי שגם זכויות הקורבן בתחום הפלילי יוסדרו בחקיקה ראשית. על הצורך באיזון ראוי בין כבוד הקורבן וכבוד הנאשם, בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו דברי השופט ברק בדיון הנוסף בפרשת גנימאת, לעיל הערה 169, פסקה 5.

191 ראו מכתב למערכת הארץ 6.4.96, שנשלח על-ידי גב' רחל דותן, בשם ארגון "יתד", ילדי תסמונת דאון. ב-23 בפברואר 1996 התפרסם בהארץ מכתב מטעם שדולת הנשים בישראל, תחת הכותרת "אונס אינו עניין לעסקת טיעון". זה לשון המכתב:

בשבוע שעבר החמיר בית המשפט העליון את עונשו של מסעוד חורי וקיבל את ערעור המדינה על קלות העונש שגזר עליו בית המשפט המחוזי בחיפה. מסעוד חורי, לשעבר יו"ר חברה קדישא בגבעת עדה, הואשם והורשע בכך שאנס והתעלל מינית באשה

ברור שאין הבעיה נוגעת רק לעבירות מין. בעקבות פרשת אסיס<sup>192</sup>, ותוך הכנסת כמה שינויים, נתאר לעצמנו שאישה מועסקת במעון ל"גיל הזהב" כמטפלת בקשישים. משנתרבו התלונות נגדה, נערכה חקירה משטרתית והיא הועמדה לדין על חמישה מעשים של שוד מטופליה בנסיבות מחמירות, תוך סיכון חייהם – עבירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, שדינן עשרים שנות מאסר. לאחר משא-ומתן נמרץ, שהתנהל בין התובע לבין הסניגור, הוסכם ערב פתיחת המשפט, כי

- (1) התביעה מתקנת את כתב-האישום, כך שבמקום האישומים המקוריים יציגו אישומים בגניבה רגילה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין.
- (2) הנאשמת תורה בעובדות שבכתב-האישום המתוקן.
- (3) התביעה תבקש מבית-המשפט לגזור עליה ארבעה חודשי מאסר, אשר ירצו בעבודות שירות.

התובע מסביר לבית-המשפט, כי העסקה תחסוך זמן שיפוטי ותביעתי וכי נתעוררו ספקות אם יצליחו להוכיח את האשמות, הואיל ואחד מן הקשישים שנפגעו הלך לעולמו. בית-המשפט מחליט לאמץ את עסקת-הטיעון, במיוחד אם ידריך עצמו על-פי שיטתו של השופט מצא<sup>193</sup>, או לפי נוסח ההוראה שבהצעת החוק<sup>194</sup>. יום לאחר מתן פסק-הדין מתפרסמים הפרטים באמצעי-התקשורת. קורבנותיה של אותה מטפלת "נאמנה" ובני משפחותיהם – ואולי גם מנהלי-המעון – ודאי מופתעים ואף נדהמים לשמוע שהפרשה החמורה נסתיימה בלא הטלת עונש של ממש על הנאשמת.

האם לא נכון היה לקבוע כלל-יסוד, שלפיו לקורבן שמורה הזכות לקבל מידע על העסקה המתגבשת קודם שהתובע חותם עליה ולפני שבית-המשפט שוקל אם לאמץ אותה? ובעקבות הזכות למידע, האין זה מתבקש לקבוע הסדר האומר כי לפני שהצדדים

מפגרת במשך חמש שנים. עמידתם האיתנה של בני משפחת המתלוננת לצדה, מאבקם בלחצי הפרקליטות להגיע לעסקת טיעון ותמיכתם בערצור המדינה על קלות העונש ראויים להערכה רבה. אני מקווה שהם ישמשו תמיכה מוסרית חשובה לכל מי שנפלה קורבן למעשים נתעבים כגון אלו ויעודדו את בני משפחת המתלוננת לתמוך בה, למרות הקשיים הרבים, ולא להסכים בשום אופן לעסקת טיעון. יש לזכור שתפקידה של הפרקליטות הוא להיאבק בכל יכולתה כדי להרשיע נאשמים ולהביא לענישתם ההולמת. עליה להימנע ממיקח וממכר על חומרת הענישה, אשר מביאה לפעמים לענישה קלה ומגוחכת באישומים חמורים ביותר..."

ומה אם בני משפחת המתלוננת לא היו יודעים שמתנהל משא-ומתן עם הנאשם וסניגורו על טיוטה של עסקת-טיעון, והעסקה היתה נחתמת בין הצדדים ואף מתאשרת על-ידי בית-המשפט?

192 ראו לעיל ליד הערות 88-89.

193 ראו לעיל ליד הערות 109-111, 126-129.

194 ראו לעיל ליד הערות 122-123.

מגיעים להסכמה על עסקת-טיעון, על התובע לברר — ישירות או באמצעות תסקיר של עובד סוציאלי — מה מצבו של קורבן העבירה ומהי עמדתו כלפי טיוטת העסקה? ובשלב האחרון, והוא העיקר: לפני שבית-המשפט מכריע אם לפעול על-פי עסקת-הטיעון, האין זה ראוי שהדיווח הזה על הקורבן יהיה מונח לפניו? בפרשת אסיס<sup>195</sup>, לפני שהצדדים הסכימו על עסקת-הטיעון, הספיקו שלושה קשישים — היינו: חלק מן הקורבנות — למסור עדות ולתאר את מעשי-הזוועה של הנאשמת וכיצד פגעה בהם. התרשמות בלתי-אמצעית זו של בית-המשפט ודאי תרמה לכך, ששלושת השופטים רחו פה אחד את עסקת-הטיעון והם אף הביעו את מחאתם כלפי התובע שנתן את ידו לאותה עסקה, אשר מנעה את בית-המשפט מלהגיע לחקר האמת ולעשיית צדק. נניח שהצדדים היו מקדימים וחותרים על עסקת-הטיעון לפני שהחלה שמיעת העדים וטרם נקבע הסדר חוקי, שלפיו לקורבנות שמורה הזכות להשמיע את דברם לפי שיטה זו או אחרת. האם לא נכון היה לומר, כי בית-המשפט מתבקש לפעול בלי שמציגים בפניו את כל המידע הרלבנטי? שהרי כאשר מדובר בעסקת-טיעון, כבר אין התנצחות בין יריבים. נקל לשער, שבמקרים לא-מעטים יכול להיות לשני הצדדים עניין משותף שלא להציג לפני בית-המשפט את התמונה המלאה של האירוע הפלילי, ובמיוחד לא את חומרת הפגיעה בקורבן, כפי שכותב פרופסור אייב גולדשטיין:

By the time the matter is presented to a court, defense counsel and prosecution may no longer be at odds; they may be in agreement and have a stake in blurring the underlying facts<sup>196</sup>.

עם זאת, אין להתעלם מכך שההכרה בזכויות הקורבן, כאמור, יכולה להיות הכבדה מסוימת על ההליך הפלילי<sup>197</sup>. אולם אין בכך כדי להצדיק אי-מתן הזדמנות לקורבן להגיב על העסקה המוצעת. צריך רק להגביל את התערבותו במסגרת סבירה. והרי שתי הגבלות אפשריות:

(1) לא לאפשר את התערבות הקורבן בכל עבירה, אלא רק בעבירות חמורות ביותר, כגון פשעים הפוגעים באוכלוסיות פגיעות — קטינים וחטריישישע — וכן עבירות מין.

195 ראו לעיל ליד הערות 88-89.

196 גולדשטיין בספרו מ-1981, לעיל הערה 153, בעמ' 70.

197 יש המעלים גם את הטענה, כי קורבנות יכולים להיות מאוד נוקמניים — נגד כל ויתור בעניין תוכנו של כתב-האישום ובעד עונשים כבדים — גם כאשר כל יתר השיקולים של אינטרס הציבור תומכים בעמדה אחרת, שלא לדרוש אכיפה מקסימלית. מסתבר, כי מחקרים הראו שיש הגזמה ביחס מניעים נוקמניים לקורבנות רבים. ראו גולדשטיין, שם, בעמ' 71; ארו, לעיל הערה 153, בעמ' 21. מכל-מקום, חזקה על השופט שידע להבחין בין טיעון צודק לבלתי-צודק.



(2) החליט בית-המשפט לאשר עסקה על-אף התנגדות הקורבן, לא תינתן לקורבן האפשרות לתקוף החלטה זו. אשר לשיטה שבה ישותף הקורבן בהליכים של עסקות-טיעון, הדעות הן שונות<sup>198</sup>. יש הסבורים שהדרך הנכונה היא להבטיח שהדיווח על מצב הקורבן ועל עמדתו כלפי העסקה יועבר לירי התובע קודם שהתובע יגיע להסכמה עם הנאשם ובא-כוחו. ואכן, ברות זו הועלתה ההצעה הבאה בוועדה המייעצת הקבועה לסדר-הדין הפלילי, שבראשות השופט מצא:

יוחסה לנאשם עבירת פשע על-פי סימן א', ד', ה', ו' או ד' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, יבקש התובע ממי שנפגע במישרין מאותה עבירה או מנציגו החוקי (להלן – הקורבן) להעיר הערות בכתב על עיסקת הטיעון שתוצע לנאשם; הערות הקורבן תובאנה בחשבון בשיקולי התובע ביחס לעיסקת הטיעון.

הצעה זו מתייחסת לעבירות מסוג פשע בלבד ורק לפשעים שעניינם סיכון חיים, עבירות מין, פגיעה בקטינים ובחסרי-ישע ופגיעה בחירות.

רוח חברי ועדת השופט מצא לא ראו לנכון לאמץ הצעה זו בגלל הנימוקים הבאים: תובע רשאי לעשות עסקת-טיעון אם הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הציבור, וחומרת הפגיעה בקורבן היא חלק מן השיקולים במסגרת טובת הציבור. הזמנת הקורבן להעיר את הערותיו לעסקה המוצעת לא תהיה בה תועלת רבה, ורק תעניק לו מעמד של צד בהליך הפלילי – דבר שהוא חריג בשיטתנו המשפטית. מיעוט של ארבעה חברים תמך בהצעה והמליץ לעגן אותה בחוק. לדעתם, מן הראוי לתת לקורבן הזדמנות להשמיע את קולו. התביעה אינה צריכה להיות פטרנליסטית. קבלת ההצעה תגרום להכבדה מינימלית בלבד.

מסתבר, כי בשלבים הבאים של הכנת החקיקה ראו בחיוב את הרעיון לאפשר לקורבן להגיב על טיוטה של עסקת-טיעון ולכן נכללה ההוראה הבאה בהצעת החוק שהוגשה לכנסת<sup>199</sup>:

155ג(ד). יוחסה לנאשם עבירת פשע על-פי סימן א', ד', ה', ו' או ד' לפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, רשאי התובע לתת הזדמנות למי שנפגע במישרין מאותה עבירה או לנציגו החוקי (להלן – הקורבן), להעיר הערות על הסדר הטיעון שיוצע לנאשם; הערות הקורבן, אם ניתנו, יובאו בחשבון בשיקולי התובע ביחס להסדר הטיעון.

198 לניתוח השיטות השונות ראו במאמרו של וולין, לעיל הערה 153, בעמ' 345-353, 355-356.

199 ראו לעיל הערה 1.

השוואת שני הנוסחים מלמדת כי עיקרי ההצעה זהים. ישנם רק שני הבדלים: האחד, לפי ההצעה "הכחולה", הערות הקורבן על עסקת-הטיעון אינן חייבות להיות בכתב, וזהו שינוי סביר. וההבדל השני: בעוד שבהצעת הוועדה נאמר כי התובע "יבקש" מן הקורבן להעיר את הערותיו על עסקת-הטיעון, הרי שבהצעת התוק שהוגשה לכנסת כתוב, כי "רשאי התובע לתת הזדמנות" לקורבן להעיר הערות על עסקת-הטיעון שתוצע לנאשם. הבדל זה הוא ממשי וספק אם הוא מוצדק, שהרי גם לפי הדין הקיים, תמיד מותר לתובע לפנות לקורבן שיעיר את הערותיו על עסקת-טיעון המתגבשת בין הצדדים. אם כן מה העילוי חכמים בתקנתם? החידוש בהצעה שהועלתה בוועדה היה, שהזמנת התגובה של הקורבן תהיה חובה על התובע ותיהפך להסדר קבוע באותן עבירות.

מכל-מקום, המסתייגים משיטה זו גורסים, כי לא די בכך שהדיווח על מצב הקורבן ועל עמדתו כלפי עסקת-הטיעון יגיע לידי התובע. לדעתם, עדיף להורות שהקורבן יהיה שותף לדיון בבית-המשפט, אם לאמץ או שלא לאמץ את עסקת-הטיעון או לפחות לקבוע שהקורבן יעביר את תגובתו ישירות לבית-המשפט, בעיקר משני הטעמים הבאים:

(א) כאשר התגבשה כבר טיוטה של עסקת-טיעון והן התובע והן הנאשם וסניגורו מצפים לאימוצה על-ידי בית-המשפט, רצוי שתגובות הקורבן יגיעו ישירות לבית-המשפט, אשר אמור לעמוד מעל למשא-ומתן שבין שני הצדדים. אם השופט יקבל את התגובות הללו באורח בלתי-אמצעי, הוא ישכיל לתת להן את המשקל הראוי.

(ב) אחת המטרות של הרפורמות הללו היא לתת לקורבן העבירה את התחושה שהוא ממלא תפקיד חשוב בהליך הפלילי. הסיכויים לקדם מטרה זו טובים יותר כאשר מאפשרים לקורבן לתקשר ישירות עם בית-המשפט, ולא רק להציג את עמדתו בפני התובע בלבד. מבחינה זו, ההסדר המועדף הוא לתת לקורבן להופיע אישית בבית-המשפט כדי לספר על חומרת הפגיעה שנפגע ממעשה העבירה וכדי להביע דעתו על העסקה המתהווה, כך שיהיה לו "יומו בבית-המשפט"<sup>200</sup>.

לפי השיטה האחרונה, התובע יודיע לקורבן (1) מהו תוכן העסקה המתגבשת; (2) באיזה בית-משפט יתקיים הדיון ומועדו; ו-(3) כי זכותו להגיב על העסקה בעל-פה, בשעת הדיון בבית-המשפט או על-ידי משלוח תגובתו בכתב לבית-המשפט. העלה הקורבן התנגדות לעסקת-הטיעון והשופט השתכנע מדבריו, רשאי השופט שלא לאמץ את העסקה בשל כך. החליט השופט לאמץ את העסקה, על-אף התנגדות הקורבן, לא תהיה לקורבן האפשרות לתקוף החלטה זו, כפי שנתבאר.

המידע על הפגיעה בקורבן בעקבות העבירה ועל עמדתו כלפי עסקת-הטיעון המתגבשת יכול גם להגיע בעקיפין לידיעת בית-המשפט באמצעות תסקיר, כפי שראינו

200 לנימוקים נוספים בעד שיטה זו ראו אצל וולניג, לעיל הערה 153, עמ' 346-348.

בתיאור כמה הסדרים במדינות אחרות<sup>201</sup>, תסקיר כזה נערך על-ידי קצין-מבחן כשהוא מתבסס על ריאיון הקורבן והוא חלק מן ה-Presentence Report. הסדר כזה כבר הוכנס אצלנו לחוק בעניין קורבנות לעבירות מין, במשפטים המוכרעים על-פי חומר ראיות<sup>202</sup>. ניתן אפוא לשקול אימוץ הסדר דומה גם בתחום עסקות-הטיעון. כיוון שאת התסקיר מכין אדם מיומן ואובייקטיבי, יש להניח שתהיה התחשבות רבה יותר בתוכן המסמך. נוכח בית-המשפט לדעת שהנאשם או התובע חולק על עובדות מסוימות שבתסקיר, יוכל להרשות לבעל-הדין להציג שאלות לעורך התסקיר. כך ניתן יהיה בדרך-כלל להימנע מן הצורך לחקור את הקורבן עצמו<sup>203</sup>.

## ה. דיון מסכם

הגיעה השעה לסכם בקצרה את הדין הקיים, שהוא ברובו הלכה פסוקה, כאשר מרכז ההתעניינות הוא בחלוקת התפקידים שבין התביעה לבית-המשפט ומידת ההתחשבות בקורבן העבירה (חלק א). בחלק ב נציין את עיקרי הטיעון בעד עסקות-טיעון ונגדן ונתבונן היכן עומד המשפט הישראלי בוויכוח זה. זה יוביל אותנו אל הסיום: ליקוט ההערות וההמלצות שהועלו על הצעת החוק, אשר נמצאת כעת על שולחן הכנסת – חלק ג.

### 1. והסדר הקיים וליקויים הטעונים תיקון

לפי סיכום ההלכה הפסוקה, על רקע כללי סדר-הדין הפלילי בישראל, בולטים האפיונים הבאים:

(1) עסקת-טיעון אינה הסכם ג'נטלמני בלבד, אלא התקשרות מחייבת. הנאשם זכאי לדרוש שהתביעה תקיים את הבטחותיה, אולם התחייבות המדינה אינה מוחלטת. מטעמים של טובת הציבור מותר לה לחזור בה, כשהשיקולים המנחים הם שלא לפגוע באמינות השלטון, הצורך להגשים את המטרות של המשפט הפלילי והתחשבות באינטרס הציפייה ובאינטרס ההסתמכות של הנאשם<sup>204</sup>. נאשם יכול לחזור בו מהבטחתו על-פי עסקת-הטיעון, כל עוד לא מסר בבית-המשפט הודאה בעקבות

201 ראו לעיל ליד הערה 162.

202 ראו לעיל ליד הערות 187-189.

203 ראו סעיף 191 לחוק סדר הדין הפלילי, המסדיר שאלה זו בעבירות מין.

204 ראו לעיל ליד הערות 74-77.

העסקה. לאחר שהודה לא יוכל לחזור בו, אלא אם ישכנע שלא הבין את משמעות ההודאה, כגון שנעשתה בטעות או שבית-המשפט לא הסביר לו כנדרש (ראו בסמוך) כי עסקת-הטיעון אינה מחייבת את בית-המשפט<sup>205</sup>.

(2) בית-המשפט לא יהיה מעורב בצורה כלשהי במשא-ומתן לקראת עסקת-טיעון, וברור שאין הוא צד לעסקה<sup>206</sup>. לאחר שהצדדים הסכימו על עסקה, חובה להודיע על כך לבית-המשפט ואת פרטיה. מידע זה דרוש לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את חובתו להסביר לנאשם, כי הבטחות התביעה בעניין העונש הכלולות בעסקה אינן מחייבות את בית-המשפט (ראו (1) לעיל).

(3) בהמשך, המאמר מתמקד בתגובת השופט לעסקת-טיעון מוגמרת. הצבענו על כך, כי הכלל המושרש שלפיו עסקת-טיעון אינה מחייבת את בית-המשפט נכון רק בעניין העונש — להבדיל משאלת האישומים והראיות. סמכויותיה הבלעדיות של התביעה, לפני תחילת המשפט, להכניס שינויים באישומים מלמדות כי עסקת-טיעון באותו פרק-זמן מחייבת למעשה את בית-המשפט. גם לאחר תחילת המשפט, כוחה של התביעה להחליט באופן חד-צדדי שלא להביא ראיות להוכחת האישומים המקוריים (או לחלק מהם) שוב משאיר בידה אפשרויות תמרון במשא-ומתן לקראת עסקת-טיעון, ללא פיקוח שיפוטי. כאשר בעניין אילנה אסיס השופטים בערכאה הראשונה מתחו ביקורת על התביעה על שאינה ממשיכה בהבאת ראיות לבידור כל האמת בפרשה חמורה ומוזעזעת, פסל בית-המשפט העליון את השופטים בשל התנהגות שאינה הולמת את השיטה האדברסרית. הסתייגנו מגישה זו תוך הצגת כמה תמיהות<sup>207</sup>: האומנם זהו פועל יוצא הכרחי של השיטה האדברסרית? האם מסקנה זו מתיישבת עם מטרות ההליך הפלילי, במיוחד מאז שניתן משקל מיוחד לכבוד האדם וחירותו?

(4) אשר לעסקת-טיעון בעניין העונש,

(א) סקירת הפסיקה מאז פסק-הדין המנחה הראשון בפרשת בחמוצקי מ-1972<sup>208</sup> ועד ארזה מ-1991 הראתה, כי בבית-המשפט העליון מקובלת גישה עקיבה אחת אשר אלה עיקריה: עסקת-הטיעון אינה מחייבת את בית-המשפט. כאשר העסקה מוגשת לאישור, על בית-המשפט להביא בחשבון שיקולים רבים ושונים, כולל מדיניות ענישה; עסקת-הטיעון היא רק אחד השיקולים החשובים; על בית-המשפט למלא תפקיד עצמאי,

205 ראו לעיל ליד הערות 43-50, 72-73.

206 ראו לעיל ליד הערות 68-69, 78-84.

207 ראו לעיל ליד הערות 88-92.

208 לעיל הערה 3.

כי הוא נושא באחריות המשפטית והמוסרית לקביעת העונש הראוי<sup>209</sup>; אין הצדדים יכולים להכתיב לו את התוצאה העונשית ולכן מן הראוי שהתביעה תימנע מלהבטיח לנאשם, במסגרת העסקה, עונש קצוב ומדויק<sup>210</sup>.

(ב) והנה, משנת 1991 ועד עצם הימים האלה כבר אי-אפשר לומר שישנה עמדה אחידה בבית-המשפט העליון, אם כי דעת הרוב לא נשתנתה. בארבעה פסקי-דין חוזר השופט מצא על השקפתו, שלפיה המדיניות השיפוטית, "החיונית והרצויה", היא "לנהוג איפוק" ולצמצם מאוד את התערבותו בעניין העונש. גם כאשר בית-המשפט משתכנע, שקיים פער של ממש בין העונש המוסכם על-פי העסקה ובין העונש הראוי, לא יתערב, כי – לדעתו – לא העונש המוסכם על-פי העסקה טעון בדיקה, אלא השיקולים שהנחו את התביעה להסכים על העסקה. בדרך-כלל יש לאמץ עסקות-טיעון, אלא אם מדובר במקרה חריג, כאשר גלוי וברור שהעסקה פוגעת בעניין הציבורי (או לפחות אינה מתיישבת עמו)<sup>211</sup>.

(ג) השתדלנו להראות, כי בשל כמה בחינות, גישה זו מוטעית ומאוד בלתי-רצויה. היא אינה תואמת את מטרות ההליך הפלילי ואת חלוקת התפקידים המקובלת והראויה שבין התביעה ובין בית-המשפט, במיוחד על-פי השיטה האדכרסרית<sup>212</sup>.

(ד) מכל-מקום, גם החולקים בתוקף על שיטתו של השופט מצא אינם גורסים, שיש להתעלם מעסקת-הטיעון בעניין העונש. אם מחברים את עיקרי הדברים שנאמרו על-ידי בניה-פלוגתא הישירים של השופט מצא (השופטים גולדברג, נתניהו וחשין), יחד עם השקפותיהם של כמעט כל יתר שופטי בית-המשפט העליון שהתייחסו לנושא זה קרוב ל-25 שנה, וכן יתר הטיעונים שהעלינו, הרי מתקבל הסיכום הבא:

(I) עסקת-טיעון אינה מחייבת את בית-המשפט. אין הוא מאשר נוטריוני של עסקות ואין הוא פועל לפי תכתיבי הצדדים, ללא שיקול-דעת עצמאי.

(II) בראש-זכראשונה על בית-המשפט לבדוק את שיקולי המהות לקולה ולתומרה – נסיבות הקשורות בעבירה, בקורבן העבירה ובנאשם עצמו – וכן לשוות לנגד עיניו את מדיניות הענישה.

(III) עם זאת, בין יתר השיקולים הכלליים יביא בית-המשפט בחשבון גם את העובדה כי בחותמו על עסקת-טיעון מטפח הנאשם את התקווה שבית-המשפט יאמץ את העסקה (היינו: מעין רעיון "ההסתמכות") – הגם שהנאשם מזהר במפורש שאין בית-המשפט חייב לפעול על-פיה, כאמור. כן על בית-המשפט לייחס משקל מסוים

209 ראו לעיל ליד הערות 93, 97-103.

210 ראו לעיל ליד הערות 94-96, שם נזכרו פסקי-דין מאיה וגישת המשפט האנגלי; ובהערה 95 – את הנחיית פרקליט-המדינה.

211 לסקירה מפורטת של השקפה זו ראו לעיל ליד הערות 109-112, 126-129.

212 ראו לעיל ליד הערות 129-140.

לעובדה שעל עסקת-הטיעון חתמה גם התביעה — שהיא אחד מ"קודקודיו של משולש המלחמה בפשיעה"<sup>213</sup>. בית-המשפט ישמע את הסבריו של התובע, מפני מה הסכימה המדינה לעסקה.

(IV) מכלול השיקולים שפורטו, כולל דברי ההסבר שיינתנו, נועדו לסייע לבית-המשפט לגבש באורח עצמאי את מסקנתו אם העונש, המומלץ לפי העסקה, הוא סביר או שהוא תורג באורח ניכר מן העונש הראוי. על השופט לזכור, כי האחריות המשפטית והמוסרית לקביעת העונש ההולם רובצת תמיד על בית-המשפט גם כאשר מדובר בעסקת-טיעון.

(5) (א) בתזכיר החוק על עסקות-טיעון, שהפיץ משרד-המשפטים בקיץ 1994<sup>214</sup>, צריך, בין השאר, כי הדעות של חברי ועדת השופט מצא נחלקו בשאלה, מה צריך להיות היחס הראוי של בית-המשפט לעסקת-טיעון בעניין העונש. לכן המליצה הוועדה לשקול שלוש גרסאות חלופיות לסעיף 155ד, ואלו הן:

#### סמכויות בית-המשפט — 155ד

##### גרסה I

הציגו הצדדים בפני בית-המשפט הסדר-טיעון הנוגע לעונש שייגזר על הנאשם, ינחה בית-המשפט את עצמו בגזירת הדין על-פי ההסדר שאליו הגיעו הצדדים, אלא אם סבר בית-המשפט כי ההסדר בין הצדדים אינו עולה בקנה אחד עם טובת הציבור.

##### גרסה II

הציגו הצדדים בפני בית-המשפט הסדר-טיעון הנוגע לעונש שייגזר על הנאשם, יתחשב בו בית-המשפט בגזירת הדין, אלא אם סבר כי ההסדר בין הצדדים אינו עולה בקנה אחד עם טובת הציבור.

##### גרסה III

אין בהסדר-טיעון כדי לכבול את ידיו של בית-המשפט בגזירת עונשו של הנאשם, אולם דבר עשיית ההסדר ותנאיו יובאו במניין שיקולי הענישה.

213 יאיר לוי, לעיל הערה 2, מפי השופט חשין, בעמ' 174.

214 תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (תיקון — הסדרי טיעון), התשנ"ד-1994, מיום ר' באב התשנ"ד — 14 ביולי 1994.

רוב חברי הוועדה תמכו בגרסה הראשונה, ומשום-כך, ככל הנראה, החליט משרד-המשפטים שרק גרסה זו תופיע בהצעת החוק "הכחולה" שהוגשה לכנסת<sup>215</sup>. אולם מן הראוי היה לציין בדברי ההסבר, שהוועדה הוציאה מתחת ידה גם שתי הצעות אחרות, המצביעות על הבדלי גישה ניכרים.

זאת ועוד: בדברי ההסבר לסעיף 155ד בהצעת החוק נאמר:

מוצע לאמץ את הנטייה שהתפתחה בפסיקה לאחרונה, לפיה ניתן דגש לכוחו המנחה של הסדר הטיעון.

להערכתנו, דברים אלה אינם מדויקים כלל. אורבא: סקירת הפסיקה, כפי שהוצגה לעיל, מלמדת שבית-המשפט העליון מתמיד בגישתו כי על בית-המשפט לבחון באורח עצמאי אם העונש המומלץ על-פי העסקה הוא סביר או שהוא חורג חריגה של ממש מן העונש הראוי בגלל הנסיבות החמורות, או שהעונש המומלץ סותר את מדיניות הענישה. אולי נכון יותר היה לציין בדברי ההסבר כי סעיף 155ד תואם את השקפתו של השופט מצא, כפי שהשופט מצא עצמו כותב בפסק-דין שילוח<sup>216</sup>.

(ב) אכן, המעיין בסעיף 155ד (וגם בגרסה II של הוועדה) נוכח מיד, שחסר בו הכלל היסודי שבית-המשפט העליון לא חסך כל מאמץ כדי להדגיש, כי אין עסקת-טיעון מחייבת את בית-המשפט. זה גם לא נאמר בשום מקום אחר בהצעת החוק. מסתבר שאין זה נובע משכחה. אם מציעים לקבוע בחוק את העיקרון, שבית-המשפט ינחה את עצמו בגזירת הדין על-פי עסקת-הטיעון ויסטה ממנה רק במקרים יוצאי-דופן, הרי משמעות הרבר למעשה היא שבדרך-כלל עסקת-טיעון תחייב את בית-המשפט. בצודה של הוראה כזאת קשה מאוד להוסיף את הכלל שאין עסקת-טיעון מחייבת את בית-המשפט, בבחינת שטר ושוברו בצדו. האם ניתן ליישב את סעיף 155ד עם פסיקתו של בית-המשפט העליון כי הצדדים לא יכתיבו לבית-המשפט מה צריך להיות גזר-הדין, אלא עליו להפעיל שיקול-דעת עצמאי, כיוון שעל בית-המשפט רובצת האחריות המשפטית והמוסרית בקביעת העונש ההולם<sup>217</sup>?

215 ראו לעיל הערה 1.

216 לעיל הערה 116, בפסקה הראשונה בחוות-דעתו של השופט מצא.

217 כן ראינו, שמאז פסק-דין בחמוצקי, לעיל הערה 3, שוקד בית-המשפט העליון לציין את הכלל הנוסף, שלפיו חובה להזהיר את הנאשם שאין בית-המשפט חייב לפעול על-פי העסקה, וכלשונו של השופט חשין ביאיר לוי לעיל הערה 2, עמ' 174: "סניגורו מזהיר אותו; ידידיו מזהירים אותו; התביעה מזהירה אותו; בית המשפט מזהיר אותו". גם בהצעת החוק כתוב פעמיים, כי חובה להסביר לנאשם את הוראות סעיף 155ד: פעם אחת על הסניגור או על התובע לעשות זאת, לפני שהנאשם חותם על עסקת-הטיעון (סעיף 155ד(ד)); ופעם שנייה על בית-המשפט להסביר זאת לנאשם, לפני שמאפשרים

(ג) לפי כל האמור נראה לנו, כי יש להעדיף את הגרסה השלישית של סעיף 155ד' ולהשלימה בכמה נקודות ברוח הסיכום שהובא לעיל בפסקה (4)(ד).

(6) (א) הגדרת התפקידים של התביעה ובית-המשפט בעניין עסקות-טיעון הראתה, כי האינטרסים של קורבן העבירה מצדיקים התייחסות מיוחדת<sup>218</sup>. האדם, אשר נפגע ישירות ממעשה העבירה, מצפה שיאכפו את החוק כלפי העבריין בהליך פומבי ושיגזרו את דינו בעונש ההולם את חומרת הפגיעה. אולם הקורבן חש אכזבה ותסכול, כי הוא נדהם להיווכח לאחר מעשה שבמפגשים המתקיימים בחדרי-חדרים בין נציגי התביעה ובין סניגורים נושאים ונותנים על עסקות-טיעון, ובתיהם המשפט נוהגים לרוב לאשר אותן. כל זה מתרחש בלי לשתף את הקורבן בצורה כלשהי וגם אין חובה למסור לו מידע על תוכנו של המשא-ומתן ועל העסקה המתגבשת. לביקורת מצטרפים גם המטפלים בקורבנות (כגון עובדים סוציאליים) וארגונים להגנת אוכלוסיות פגיעות. בסופו של דבר אין זה רק תסכול אישי של אלה שאתרע מזלם, אלא גם של כל הקורבנות הפוטנציאליים, כלומר: פגיעה בחברה כולה.

(ב) העיון במעמדו המשפטי של קורבן העבירה העלה כי ב-20 השנים האחרונות נקבעו במדינות רבות הסדרים מיוחדים. המינימליסטים מדברים על זכות הקורבן לקבל מידע על ההחלטות החשובות בהליכי החקירה והמשפט, כולל עסקות-טיעון. המקסימליסטים טוענים, כי בשלבים הקריטיים יש לשתף את הקורבן בצורה אקטיבית, כאילו היה צד. בין שני הקטבים האלה יש רבים הגורסים, כי ראוי להעדיף דרך-ביניים: לא להקנות לקורבן מעמד של צד ממש, אך גם לא להסתפק במתן אינפורמציה. מן הראוי לוודא היטב את מצבו ולשמוע את דעתו קודם שמתקבלות ההכרעות, כגון אם לפי מכלול הנסיבות יהיה זה נכון שהתביעה תסכים לעסקת-טיעון מסוימת או שבית-המשפט יאמץ אותה.

(ג) בארץ ברור, שהקורבן ממלא מזמן תפקידים שונים בהליך הפלילי, ולאחרונה הוכנסו גם כמה חידושים במשפטים על עבירות מין, המוכרעים על-פי חומר ראיות<sup>219</sup>. אולם אין בדין הכרה מפורשת בזכויות הקורבן בהליך פלילי המסתיים בעסקת-טיעון<sup>220</sup>. מנימוקים שונים, ובעזרת כמה אירועים, ניסינו להראות מפני מה חשובה ההתחשבות בקורבן דווקא כאשר מתגבשת עסקת-טיעון, ובית-המשפט שוקל אם לאמץ

לו למסור הודאה בעובדות לפי עסקת-הטיעון. אולם לפי הגרסה הנוכחית של סעיף 155ד', פתחה בהרכה החשיבות של האזהרות ודברי ההסבר.

218 ראו פרשת אסיס, לעיל ליד הערות 88-90 ו-98, ובמיוחד כל חלק 4.

219 ראו לעיל ליד הערות 182-189.

220 אמנם, ישנן הנחיות של פרקליט-המדינה, במפורט לעיל בהערה 190. אולם הוסבר שם, מפני מה אין הן יכולות לשמש תחליף להתייחסות מפורשת בחקיקה ראשית.



אותה. בהיעדר התנצחות בין יריבים יש חשש מובנה, שגם התביעה לא תציג בפני בית המשפט את כל הפרטים הרלבנטיים על חומרת הפגיעות בקורבן<sup>221</sup>.

(ד) כיצד משתפים את הקורבן בהליכים של עסקת-טיעון? הועלו שלושה הסדרים אפשריים:

(1) על התביעה לתת הזדמנות לקורבן להגיב על עסקת-הטיעון המתגבשת ולהעביר את הערותיו אליה, כדי שיהיו חלק משיקוליו של התובע קודם שיחליט לגבי העסקה;  
(2) לאפשר לקורבן למסור את תגובתו על עסקת-הטיעון ישירות לבית-המשפט, אשר נדרש להחליט אם לאמץ את העסקה או שלא לאמץ אותה. יש הגורסים, שאת תגובתו ימסור הקורבן בעל-פה כשעת הדיון בבית-המשפט, ויש הסבורים כי ראוי לאפשר רק משלוח תגובה בכתב.

(3) לקבוע הסדר, שלפיו המידע על הפגיעה בקורבן ועל תגובתו לעסקה יגיע לבית המשפט באמצעות תסקיר של עובד סוציאלי (כגון קצין-מבחן), אשר יראיין את הקורבן.

מנקודת-מבט של הקורבן אולי עדיף ההסדר השני. אולם למען פישוט ההליך הפלילי ניתן להסתפק בהסדר הראשון, אם נוסיף את ההסדר השלישי כאופציה, כאשר בית-המשפט – על-פי שיקול-דעתו – יהיה סבור שהנסיבות מצדיקות זאת (כגון שהקורבן לא הגיב כלל על פניות התובע אליו, לפי השיטה הראשונה, או כאשר היקף הפגיעה בקורבן אינו ברור).

עם זאת, הצענו להגביל את מעורבות הקורבן בשני מובנים:

(1) לאפשר את התערבותו רק בפשעים שענינם סיכון חיים, עבירות מין, פגיעה בקטינים ובחטריישע ופגיעה בחירות.

(2) החליט בית-המשפט לאמץ עסקת-טיעון, למרות התנגדותו של הקורבן, לא תינתן לקורבן האפשרות לתקוף החלטה זו.

(ה) לפי הדברים האלה יש לברך את מחברי הצעת החוק, שכללו בה התייחסות מיוחדת לקורבן העבירה באותן עבירות שפורטו לעיל, כמפורט בסעיף 155, ס"ק (ד): מתן הזדמנות לקורבן להעיד את הערותיו על עסקת-הטיעון שחוצע לנאשם, והערות אלו – אם ניתנו – יובאו בחשבון בשיקולי התובע לגבי העסקה.

עם זאת סברנו, כי הנוסח המופיע בהצעת החוק "...רשאי התובע לתת הזדמנות לקורבן... עלול להחטיא את המטרה. מן הראוי לחזור לנוסח שהוצע בוועדה המייעצת: התובע "יבקש" מן הקורבן, או "יתן התובע הזדמנות" לקורבן.... כך שהזמנת התגובה של הקורבן תהיה חובה על התובע ותיהפך להסדר קבוע.

221 ראו לעיל ליד הערות 190-196.

כן מוצע, שבהצעת החוק יינתן ביטוי מפורש גם להסדר השלישי שהומלץ לעיל: להסמיך את בית-המשפט להזמין תסקיר על מצב הקורבן ותגובתו לעסקה המוצעת, בדומה להסדר שכבר הוכנס אצלנו לחוק סדר הדין הפלילי בעניין עבירות מין (סעיפים 187(ב) ו-191א); ובדומה ל-Victim Impact Statement<sup>222</sup> ול-Presentence Report, המקובלים בשיטות-משפט אחרות.

להערכתנו, אימוץ ההסדרים האלה יקדם את מעמד הקורבן, ויגביר את אמון הציבור בשרויות לאכיפת המשפט הפלילי, וכל זה — כלי להכביד יתר על המידה על המערכת ותוך התחשבות בנאשם. כן משתלבות ההמלצות הללו במגמות כלליות שבמשפט הישראלי, ובמיוחד בעידן הבשורה החוקתית: ברות הדברים שנאמרו על-ידי בית-המשפט העליון בכמה הקשרים, כי "כבוד האדם" — על-פי חוק-היסוד — הוא לא רק כבוד הנאשם, אלא גם כבוד הקורבן, הקונקרטי והפוטנציאלי, ולכן יש לערוך מחדש את האיזון הראוי<sup>223</sup>.

## 2. טיעונים בעד עסקות-טיעון ונגדן

במבוא צוינה האפשרות, שהגישה הכללית כלפי עסקות-טיעון תשפיע גם על העמדה הננקטת בוויכוח בעניין חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט, כולל מידת ההתחשבות בקורבן העבירה. בניתוח הפסיקה עלתה לעתים גם שאלה זו, לרוב — רק בעקיפין. כעת נפנה אליה תשומת-לב מיוחדת, במיוחד לקראת ההסדר החקיקתי הצפוי בקרוב.

יש שציינו<sup>224</sup>, כי בעסקות אלו צפונים יתרונות מעשיים לכל "הנפשות הפועלות" בהליך הפלילי. האינטרס של הנאשם ברור: באמצעות עסקת-טיעון הוא זוכה לעונש קל יותר מזה שהיה צפוי לו אילו הורשע בתום שמיעת ראיות במשפט פלילי רגיל, וממילא הוא גם חוסך לעצמו את עינויי הדין שבמשפט ממושך. גם הקורבן עשוי להיות מעוניין שהצדדים ישאו ויתנו לקראת עסקת-טיעון, כך שלא ייאלץ לתת עדות בבית-המשפט, על כל אי-הנעימות העלולה להיות כרוכה בכך<sup>225</sup>. התובע רואה בעסקת-טיעון דרך להשגת הרשעה "בטוחה", גם כאשר התיק חלש בגלל "קשיים ראיתיים" שונים<sup>226</sup>. כללית, היתרונות הנובעים מעסקות-טיעון לתביעה ולבתי-המשפט הם החיסכון בהוצאות

222 ראו לעיל ליד הערות 159-166.

223 ראו לעיל ליד הערות 167-171.

224 ראו, למשל, דברי השופט חיים כהן בבחמורצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 549-550.

225 ראו 169 Ashworth *The Criminal Process* (Oxford, 1994).

226 ראו לעיל ליד הערות 141-152.

ובמשאבי כוח-אדם וזירח ההליכים המשפטיים. בדרך זו גם מקצרים את משך הזמן שמיום ביצוע העבירה ועד יום הטלת העונש.

המסתייגים מן השיטה מתריעים, שבדרך-כלל הנאשם החוטא הוא היוצא נשכר שלא בצדק מעסקת-הטיעון<sup>227</sup>. גזר-הדין שעליו הוסכם אינו תואם את תומרת מעשיו, דבר שאינו מתיישב עם מטרות הענישה ומונע לפתח מדיניות ענישה עקיבה<sup>228</sup>. לכן זו "בעיה כאובה" המעוררת דאגה<sup>229</sup>. ראינו, כי גם מפי הלוחמים למען זכויות הקורבן נשמעת הטענה, שאי-מתן הזדמנות נאותה לקורבן לפרט בפני התובע או בפני בית-המשפט את תומרת מצבו ומצב בני משפחתו כתוצאה מן העבירה ולהביע דעה על עסקת-הטיעון המתגבשת, גורם לכך שבמקרים רבים אין העבריין מקבל את העונש הראוי. במקרים קיצוניים אומרים, שהעסקה מוכיחה, כי<sup>230</sup> "the criminal justice system had failed". כן טוענים המתנגדים, שככל שגוברת בציבור הביקורת על עסקות-טיעון שונות, כן עלול להתערער אמון הציבור ברשויות המפקדות על אכיפת המשפט הפלילי<sup>231</sup>. אכן, מחקר מסוף שנות השמונים שנעשה בקנדה הראה, כי הרוב הגדול של הציבור שם התנגד לעסקות-טיעון<sup>232</sup>. בישראל טרם נעשה מחקר דומה לבדיקת דעת-הקהל. עם זאת ידוע, כי ביקורת על עסקות-טיעון שונות נמתחת לא פעם באמצעי-התקשורת.

יש גם החוששים, שבני-אדם חפים מפשע יתפתו להודות במסגרת עסקה, אם משום שההסכם עשוי לנבוע מניצול כוח השפעתה השלטונית של המשטרה או הפרקליטות, ואם בגלל לחצים אפשריים מצד סניגורים. במחקר שנעשה באנגליה בשנות השבעים צוין, כי barristers רבים נהגו להפעיל לחץ כבד על הנאשמים שהיו לקוחותיהם, שלא

227 ראו במיוחד דברי השופט לנדוי בבחמוצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 558-559.

228 ראו, למשל, בספרו של אשורת, לעיל, הערה 225, בעמ' 268-269.

229 ראו בחמוצקי, לעיל הערה 3, דברי השופט קיסטר בעמ' 554-555; ודברי השופט לנדוי בעמ' 558. ולאחרונה ציין השופט חשין (בפסקה הראשונה של פסק-דינו בפרשת נקן, ע"פ 6967/94, טרם פורסם), כי "שופט לימור עצמו... לעשות צדק ולמצותו כיכולתו וכמיטבו", ואילו עסקת-טיעון גורעת מן הצדק. מכאן "המצוקה אותה חש שופט שעה שמרצא הוא לפניו" עסקת-טיעון; מצוקה אשר גוברת ככל שהעבירה חמורה יותר וההקלה בעונשו של הנאשם רבה יותר.

230 מתוך הקטע על פרשת Karen, לעיל ליד הערה 154.

231 ראו, למשל, Ferguson and Roberts "Plea Bargaining — Directions for Canadian Reform" 52 *Can. B. Rev.* (1974) 497, 547-548, 550.

232 ראו Stanley A. Cohen & Anthony N. Doob "Public Attitudes to Plea Bargaining" 32 *Crim. L.Q.* (1989-1990) 85, 93-100.

לדרוש עריכת משפט ושמיעת ראיות, אלא to plead guilty. התרשמות החוקרים היתה, כי גם חפים מפשע אולצו להודות<sup>233</sup>. ספרם עורר סערה ציבורית. בישראל טרם נערך מחקר דומה. עם זאת, בגלל חששות אלה, ברשימת ההצעות לדין הרצוי שבסיכום המחקר של קנת מן ושלי, נכללה ההמלצה לקבוע בחוק, שכאשר מוגשת עסקת-טיעון לאישורו של בית-המשפט יהיה בית-המשפט מצווה לברר אם יש בסיס עובדתי להודאת הנאשם במסגרת העסקה. השופט אלון אימץ המלצה זו באמרת-אגב<sup>234</sup>. במאמר ביקורת על מחקרנו כתב עורך-הדין משה בן-זאב (מי שהיה שנים קודם-לכן היועץ המשפטי לממשלה), כי "אם עיסקות טיעון אמנם עלולות להביא לכך, ולו גם במקרים בודדים בלבד, שאנשים חפים מפשע יידחפו להודות באשמה ויורשעו, הרי זהו נימוק טוב לפסול עיסקות טיעון מכל וכול"<sup>235</sup>. בפסיקה של בית-המשפט העליון צוין בכמה הזדמנויות, כי המדיניות הראויה היא לעודד עשיית עסקות-טיעון. מסתבר, כי הנימוקים שניתנו היו בדרך-כלל פרגמטיים — האילוצים שבגלל כוח-האדם המוגבל, העומס הרובץ על המערכת ועוד. אין אומרים שעסקת-הטיעון היא שיטה אידיאלית. אדרבא: "הנפש היפה סולדת"<sup>236</sup> מעסקות כאלה ואין הן "ללא רבב מבחינה מוסרית או אתית"<sup>237</sup>. לכן נטיית רבים היא לומר, שמוסר עסקות-הטיעון הוא בבחינת "הכרח לא יגונה"<sup>238</sup> או "הוראת שעה"<sup>239</sup>. אולם השופט מצא חולק גם בעניין הנציו של עסקות-טיעון. אין הוא רואה בעסקות מעין רע הכרחי. לדעתו, הפרקטיקה של עסקות-טיעון היא חלק מן השיטה האדברסרית, ושיטה זו מספקת גם את "הצידוקים הרעיוניים והמיתוריים התומכים בה": אין היא מנתיבה רק ניגוד בין צדדים יריבים, אלא גם הידברות ביניהם לשם צמצום המחלוקת<sup>240</sup>.

233 Baldwin & McConville *Negotiated Justice — Pressures to Plead Guilty* (London, ראו, 1977).

234 ראו את הכתוב לעיל בהערה 149.

235 מ' בן-זאב "אליהו הרנון וקנת מן — עסקות-טיעון בישראל" משפטים יב (תשמ"ב-תשמ"ג) 407, 408.

236 בחמוצקי, לעיל הערה 3, בעמ' 559, מפי השופט לנדוי.

237 מרקוביץ, לעיל הערה 2, בעמ' 51, מפי השופט נהניו.

238 ראו, למשל, בחמוצקי, שם, מפי השופט לנדוי, בעמ' 559; מרקוביץ, שם, מפי השופט נהניו, בעמ' 51.

239 בחמוצקי, שם, מפי השופט קיסטר, בעמ' 555.

240 מרקוביץ, שם, בעמ' 56.

על הדברים האלה העיר השופט חשין בפרשת יאיר לוי<sup>241</sup>: "כשאני לעצמי, אני סבור שיש בה בתורה האדברסרית, באשר היא, כדי להמציא הצדק מוחלט לכיבודם של הסדרי טיעון..."

יתירה מזו: חלק מן המבקרים החריפים סבורים<sup>242</sup>, כי השיטה של עסקות-טיעון נוגדת את המודל האדברסרי הפלילי. היא פוגעת בכמה מעקרונותיו – כגון חזקת החפות, נטל השכנוע וזכות השתיקה – וגורמת לשינוי יסודי בתפקידיהם של הסניגור, התובע ובית-המשפט<sup>243</sup>.

ואמנם, בהסתייגויות מהשקפתו של השופט מצא הצבענו, כזכור<sup>244</sup>, על האפיונים של דיון על עסקת-טיעון, שהוא בהיעדר התנצחות, לעומת הליך אדברסרי רגיל, שבו יש מאבק בין שני יריבים. בגלל ההבדלים עמדתנו היתה, כי דווקא בעסקת-טיעון חיוני הוא שבית-המשפט ימלא תפקיד פעיל. בשל טיעוניהם של המתנגדים לעסקות-טיעון, שהועלו זה עתה, אף גובר הצורך בפיקוח שיפוטי נאות, כדי להסיר, או לפחות לצמצם, אותם חששות. כן חשוב הדבר, שבית-המשפט יבחן באורח עצמאי אם העונש שעליו הסכימו הצדדים לעסקה אינו חורג חריגה של ממש מן העונש הראוי, בשים לב לכל שיקולי המהות לקולה ולחומרה (כולל התחשבות בקורבן), כפי שצוין לעיל בדיון המסכם (1)(4)(ד).

### 3. סיום

בסיום מומלץ להכניס בהצעת החוק את התיקונים הבאים:

(1) בסעיף 155ג, על חובות התובע:

(ג) במסגרת הסדר טיעון לא יבטיח תובע לנאשם אף אחת מאלה:

(1) כי התביעה תבקש מבית-המשפט להטיל עליו עונש קצוב ומדויק;

(2) יישאר מה שכתוב ב-(1).

(3) יישאר מה שכתוב ב-(2).

(ד) יוחסה לנאשם עבירת פשע...

יתן התובע הזדמנות למי שנפגע... (במקום רשאי התובע לתת הזדמנות)

241 לעיל הערה 106, בחלק האחרון של פסקה 4.

242 ראו McConville & Mirsky "The Skeleton of Plea Bargaining" 142 *New Law Journal* 1373 (October 9, 1992). מאמר זה צורף עליי המשלחת האנגלית כחומר לדין ב-Anglo-Israeli

Judicial Conference, שהתקיים בבית-המשפט העליון בירושלים, בספטמבר 1996.

243 ראו גם בספרו של אשחרת, לעיל הערה 225, בעמ' 275-284.

244 ראו לעיל ליד הערות 126-140.

## להוסיף ס"ק (ה):

הודה הנאשם לפי הסדר-הטיעון, ובית-המשפט הרשיעו, על יסוד הודאתו, באחת העבירות המפורטות בס"ק (ד), רשאי בית-המשפט להורות לעובר-ציבור, שמינה לעניין זה שר-העבודה והרווחה, לערוך ולהגיש לו תסקיר על מצבו של הקורבן ועל הנוקמים שנגרמו לקורבן כתוצאה מן העבירה.

בעניין הכנת התסקיר, גילוי לצדדים, בקשת הסברים או השלמות מעורך התסקיר והצגת שאלות לעורך התסקיר על-ידי בעלי-הדין — יחולו הוראות הסעיפים 187 ו-191א, בשינויים המתויבים לפי העניין. קורבן שלגביו הוכן תסקיר, כאמור, לא ייקרא להעיד בקשר אליו, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו על-ידי בית-המשפט.

(2) בסעיף 155ד, במקום ההוראה הכתובה בהצעת החוק, יבוא:

## תפקיד בית-המשפט

155ד. הציגו הצדדים בפני בית-המשפט הסדר-טיעון הנוגע לעונש שייגזר על הנאשם, יביא בית-המשפט בחשבון את השיקולים הבאים:

(א) אין הסדר-טיעון מחייב את בית-המשפט, אולם דבר עשיית ההסדר ותנאיו יובאו במניין שיקולי הענישה.

(ב) בית-המשפט יבדוק, לקולה ולחומרה, את הנסיבות הקשורות בעבירה, בקורבן העבירה ובנאשם עצמו, וכן ישווה לנגד עיניו את מדיניות הענישה.

(ג) בשים לב לכל האמור, יגבש בית-המשפט באורח עצמאי את מסקנותיו ויחליט אם העונש המומלץ לפי הסדר הטעון הוא סביר ויש לאשרו, או שהעונש המומלץ חורג חריגה של ממש מן העונש הראוי ואין לאשרו. האחריות המשפטית והמוסרית לקביעת העונש הראוי רובצת תמיד על בית-המשפט.

(3) בסעיף 155ז, להוסיף כמה מלים, שיצוינו להלן בהדגשה:

## הודיית הנאשם בבית-המשפט

155ז. הוגש לבית-המשפט הסדר טיעון או נרשמו פרטי ההסדר בפרוטוקול, יורא בית-המשפט, שיש בסיס עובדתי להודייתו וכן שהנאשם הבין את תוכן ההסדר ואת משמעותו, לרבות הוראות סעיף 155ד, לפני שיאפשר לנאשם למסור את הודייתו בעובדות לפי הסדר-הטיעון.