

התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?

מאת

הדר דנציג-רוזנברג, * יורם רבין, ** יריב נבון***

רשימה זו סוקרת את ההתפתחויות במשפט הפלילי בשנת המשפט תש"ע תוך בחינת פועלו של המחוקק מול פועלם של בתי המשפט. הרשימה מצביעה על שתי מגמות כלליות בולטות המאפיינות את השנים האחרונות, ובכללן שנת תש"ע: האחת, הגברת ההרתעה והאכיפה במישור הפלילי המהותי מצד המחוקק; השנייה, הרחבת ההגנה החוקתית על זכויות הנאשם במסגרת ההליך הפלילי מצד בתי המשפט. הרשימה דנה בשאלה אם מגמות אלה סותרות או משלימות תוך בחינת המודלים המוצגים במאמרו הקלטי של הרברט פקר. החלק הראשון סוקר את החידושים וההתפתחויות בחקיקה, בעיקר בתחומים שנתפסו כ"מכות מדינה". החלק השני סוקר את חידושי הפסיקה ועיקריה במישורים השונים ועומד על השפעת המהפכה החוקתית על עיצוב פניו של המשפט הפלילי, הן במישור המהותי והן במישור הדיוני. בחלק השלישי, העוסק בדיון תאורטי וביקורתי, מנתחת הרשימה את החידושים שתוארו תוך הצגת המגמות כמשלימות, בניגוד לדעתו של פקר.

מבוא. חלק ראשון: חידושים והתפתחויות בחקיקה; 1. תיקון עבירת השוחד; 2. תיקון החוק למניעת הטרדה מינית; 3. חקיקת חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), תש"ע-2010; 4. תיקון עברת הגנבה בחוק העונשין; 5. הערכת תיקוני החקיקה. חלק שני: חידושים והתפתחויות בפסיקה; 1. חידושי פסיקה בתחום דיני העונשין; א. השפעות חוקתיות על המשפט הפלילי המהותי: ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשי; ב. העברה של מרמה והפרת אמונים; 2. חידושי פסיקה בתחום המשפט הפלילי הדיוני: דיני ראיות וסדר דין פלילי; א. הזכות להליך הוגן: פסלות ראיות שהושגו שלא כדין; ב. הזכות להליך הוגן: התנהלות בלתי תקינה של התביעה; ג. הזכות להליך הוגן: זכות החשוד להיות נוכח בדיון; ד. הזכות להליך הוגן: זכות הייצוג; ה. הזכות לשימוע לפני הגשת כתב אישום. חלק שלישי: מגמות מובט-על – דיון תאורטי וביקורתי; 1. מודלים תאורטיים של הליך פלילי בראי פקר ומבקריו; 2. ניתוח מגמות שנת המשפט תש"ע בראי המודלים של פקר. סיכום.

* ד"ר הדר דנציג-רוזנברג, חברת סגל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
** פרופ' יורם רבין, סגן דקן, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.
*** השופט יריב נבון, בית המשפט הצבאי שומרון.

מבוא

בשדה המשפט הפלילי התאפיינה שנת המשפט תש"ע בכמה התפתחויות וחידושים פרי יזמת המחוקק ובתי המשפט, המשתלבים, כפי שננסה להראות להלן, בשתי מגמות כלליות המאפיינות לא רק את שנת המשפט תש"ע אלא גם את השנים האחרונות. מבחינת החידושים בתחום החקיקה והפסיקה נצביע על שתי מגמות: במישור המשפט הפלילי המהותי – דיני העונשין – ניכרת מגמה של הגברת ההרתעה והאכיפה בנוגע לעברות או למעשים אשר חייבו, לדעת המחוקק, התייחסות שונה ומחמירה מזו אשר ננקטה עד לאותה עת; במישור הפלילי הדיוני – סדר דין פלילי ודיני ראיות – נצביע על התבססותה של הזכות החוקתית של החשוד והנאשם להליך הוגן ועל השפעתה על סדרי הדין ודיני הראיות. ברשימה זו נציע להתבונן על המגמות האמורות באספקלריה תאורטית הנשענת על עבודתו הקלסית בעלת ההשפעה של המשפטן הרברט פקר (Herbert L. Packer). מגמת הגברת ההרתעה והאכיפה בתחום דיני העונשין, המשתקפת בפועלו של המחוקק, נראית תואמת את מודל מיגור הפשיעה (Crime Control Model) שהציע פקר. לעומת זאת מגמת ההרחבה החוקתית של זכויות הנאשם בהליך הפלילי, אשר משתקפת בפסיקותיהם של בתי המשפט, נראית תואמת את מודל ההליך ההוגן (Due Process Model). פקר תיאר בשעתו מגמות אלה כמצויות במתח מתמיד ואף סותרות זו את זו, ואילו אנו נבקש להראות כיצד המגמות הללו משלימות זו את זו הלכה למעשה בפרקטיקה של המשפט הפלילי בישראל בעשור האחרון. את הרשימה נפתח בתיאור המגמות המוזכרות. בהמשך הרשימה ננסה למקם את המגמות במסגרת העיונית, לעמוד על משמעותן ולהציע הסבר לקיומן הסימולטני.

חלק ראשון: חידושים והתפתחויות בחקיקה

עיקר חידושי החקיקה בשנת תש"ע היו בתחום דיני העונשין. במישור זה ניתן להצביע על מגמה של הרחבה והחמרה אשר עיקרה חקיקת עברות חדשות, החמרת הסדרים פליליים קיימים וקביעת חזקות שונות לטובת התביעה, בתחומים אשר זכו בשנים האחרונות להד ציבורי נרחב. בהכללה, מדובר בתיקונים הנוגעים לעברות כלכליות, לעברות מין, לעברות ההמתה בתאונות דרכים (לרבות עברות של פגע וברח), בעיית צריכת האלכוהול על ידי נהגים ובמקומות בילוי ולבעיית הגנבות החקלאיות, אשר הפכו לתופעה חמורה ונפוצה. תיקוני החקיקה, שייסקרו להלן, משקפים ברובם התעניינות גוברת מצד המחוקק בתופעות שתפסו מקום בשיח הציבורי ושזכו לעיסוק אינטנסיבי בתקשורת, בין היתר משום שנתפסו כ"מכת מדינה":

1. תיקון עבירת השוחד

סעיף 290 לחוק העונשין הנושא את הכותרת "לקיחת שוחד" תוקן ונקבעו בו עונש מאסר של עד עשר שנים (במקום עונש מאסר של עד שבע שנים שהיה קבוע עובר לתיקון) ומערכת מובנית ומוסדרת של קנסות גבוהים, אשר לא היו קיימים כלל קודם לכן על אף מאפייניה הכלכליים המובהקים של עברת השוחד. מלבד זאת תוקן סעיף 291, הנושא את הכותרת "מתן שוחד", ונקבע בו עונש מאסר של עד שבע שנים (במקום עונש מאסר של עד שלוש שנים וחצי, שהיה קבוע עובר לתיקון).

תכלית עברת השוחד היא להתמודד בין היתר עם היבט מסוים של תופעת השחיתות שעניינו הפעלת השפעה פוליטית תמורת טובת הנאה כדי לקדם אינטרסים אישיים או עסקיים תוך ניצול תלות של נבחר ציבור במי שיש לו השפעה על סיכויי בחירתם ועל עתידם הפוליטי. קל לשער כי בתיקון זה עמדה לנגד עיניו של המחוקק תופעת השחיתות השלטונית ועברות צווארון לבן המבוצעות בידי אישי ציבור, תופעה חמורה אשר מרבה להעסיק את הציבוריות הישראלית בשנים האחרונות. חשיפתן התקשורתית של פרשיות שונות בשנים האחרונות, אשר חלקן אף נדון בבתי המשפט ובמסגרתן הועמדו פוליטיקאים ונושאי משרה בכירים לדין בגין הפרת איסור זה, תרמה למיתוג התופעה כחמורה בעיני הציבור והביאה לידי חקיקה זו.¹ על פי דברי ההסבר להצעת החוק, החמרת עונש המאסר המרבי נועדה לבטא את חומרת עברת לקיחת השוחד, שהיא עברת השחיתות המצויה במדרג החמורה הגבוה ביותר, ולהתאים את הענישה למדרג הענישה

1 מבין שלל הפרשיות שנחשפו בשנים האחרונות ונדונו בבית המשפט נזכיר לדוגמה את ת"פ (ת"א-יפו) 8116/03 מדינת ישראל נ' אפל (פורסם בנבו), שבמסגרתו הרשיע בית משפט השלום בתל-אביב את איש העסקים דודי אפל, מי שהיה מקורב לראש הממשלה לשעבר אריאל שרון, בעברות של מתן שוחד. בית המשפט גזר על אפל 42 חודשי מאסר לריצוי בפועל, מאסר מותנה וקנס בסך מיליון ש"ח. פרשייה אחרת נדונה בת"פ (י-ם) 2062/06 מדינת ישראל נ' בניזרי (פורסם בנבו). בית המשפט המחוזי בירושלים הרשיע את חבר הכנסת שלמה בניזרי בעברות של קבלת שוחד, מרמה והפרת אמונים, קשירת קשר לביצוע פשע ושיבוש הליכי משפט. מכתב האישום עלה כי בתמורה למידע שהעביר לידידו, קבלן כוח האדם סלע, כשהיה שר העבודה והרווחה, זכה בניזרי לטובות הנאה רבות ומגוונות. בית המשפט המחוזי גזר על בניזרי 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש והעמידו על ארבע שנות מאסר לריצוי בפועל. ראו: ע"פ 5083/08 בניזרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, החלטה מיום 24.6.2009). בת"פ (ת"א-יפו) 40138/08 מדינת ישראל נ' הירשזון (פורסם בנבו), הרשיע בית המשפט המחוזי בתל אביב את שר האוצר לשעבר אברהם הירשזון בגניבה של מיליונים מכספי הסתדרות העובדים הלאומית. בית המשפט המחוזי הרשיע את הירשזון בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ובעבירה של מרמה והפרת אמונים. וגזר עליו 65 חודשי מאסר לריצוי בפועל. בת"פ (מרכז) 6366/07-09 מדינת ישראל נ' מצא (פורסם בנבו), גזר בית המשפט המחוזי בפתח-תקווה שנת מאסר בפועל ושנת מאסר על-תנאי על ג'קי מצא, ראש רשות המסים לשעבר, שהורשע, לפי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעברות של מרמה והפרת אמונים ובעבירה של סיוע לשוחד, במסגרת פרשת המינויים ברשות המסים.

הגבוה בחוק לעברות אחרות המבוצעות על רקע כלכלי. כמו כן הודגש בדברי ההסבר כי החמרת הקנס המרבי נועדה לפגוע במוטיבציה הכלכלית העומדת בבסיסה של פשיעה זו ומניעה אותה, ובכך לתרום להרתעת עבריינים פוטנציאליים.

2. תיקון החוק למניעת הטרדה מינית

ביולי 2010 תוקן החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998. התיקון הרחיב את הנסיבות שבהן המוטריד לא נדרש להראות למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות בעלות אופי מיני. לרשימת המצבים הנחשבים הטרדה מינית הוסף המצב הזה: "תוך ניצול יחסי מרות או תלות במסגרת הדרכה או יעוץ של כהן דת או מי שמתחזה להיות כהן דת או של אדם הידוע או המציג את עצמו כבעל סגולות רוחניות מיוחדות".² נוסף על כך, הורחבה ההגדרה של הטרדה מינית במוסד להשכלה גבוהה, ונקבע כי האיסור יחול גם במוסד להשכלה דתית והוספו נסיבות של ניצול יחסי תלות או מרות במסגרת הדרכה או ייעוץ של כוהן דת או של מי שמתחזה להיות כוהן דת או של אדם הידוע או מציג עצמו כבעל סגולות רוחניות מיוחדות.³ על פי דברי ההסבר להצעת החוק, נוכח הישנות מקרים של הטרדה מינית הוחלט להרחיב את הוראות הסעיף ולכלול בו אף נסיבות שבהן יש בין המטריד למוטריד יחסי כוח בלתי שוויוניים, שעלולים להקשות על המוטריד להביע התנגדות להטרדה כאמור.⁴ הצורך בתיקון החוק דווקא בנסיבות האמורות התעורר נוכח לקונה שהייתה קיימת בנוגע לדין של התייחסויות בעלות אופי מיני במסגרת יחסי תלות או מרות בין כוהן דת או אדם שהוא סמכות רוחנית לבין מי שכפוף למרותו. זאת בהשוואה למערכות יחסים אחרות המאופיינות ביחסי תלות או מרות אשר חסו תחת כנפיו של החוק למניעת הטרדה מינית.

התיקונים הללו משתלבים במגמת העיסוק הכללי המתמשך בסוגיית הפגיעות המיניות, אשר הושפע מהתרבותן של פרשיות שונות. בשנים האחרונות היו מעורבים בהן אישי ציבור כגון פרשת הרב מוטי אלון, פרשת נשיא המדינה לשעבר משה קצב⁵

2 ראו: סעיף 3(ז) לחוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 6), תש"ע-2010, ס"ח 570 (להלן – החוק למניעת הטרדה מינית).

3 סעיף 3(ה) לחוק למניעת הטרדה מינית.

4 ראו: דברי ההסבר להצעת החוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 6) (יחסי מרות ותלות – הרחבה), תש"ע-2010, ה"ח 327.

5 תפ"ח (ת"א-יפו) 1015/09 מדינת ישראל נ' קצב (פורסם בנבו). בית המשפט המחוזי גזר ברוב דעות (השופטים קרא וסוקולוב) את דינו של קצב ל-7 שנות מאסר בפועל ופיצוי למתלוננות בסך כולל של 125,000 ש"ח. השופטת יהודית שבח סברה, בדעת מיעוט, כי יש לגזור על קצב 4 שנות מאסר בפועל וכן פיצוי כולל למתלוננות בסך 250,000 ש"ח. השופטים היו תמימי דעים באשר לקלון שבעברות שבהן הורשע. ערעורו של קצב לבית המשפט העליון עדיין תלוי ועומד.

ופרשת שר המשפטים לשעבר חיים רמון.⁶ התהודה הציבורית שליוותה פרשיות אלה הגבירה את הרגישות הקיימת כיום בציבוריות הישראלית לסוגיית הפגיעות המיניות ככלל וההטרדה המינית בפרט ואת הצורך בהצבת גבול ברור, בהקשרים הללו, בין האסור לבין המותר.

3. חקיקת חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), תש"ע-2010

במסגרת המאבק ב"מכות מדינה" שונות – תאונות הדרכים, נהיגה בשכרות ואלימות – ובשל ריבוי תאונות הדרכים שבהן היו מעורבים נהגים שיכורים חוקק בתש"ע חוק המאבק בתופעת השכרות.⁷ מטרת החוק היא להעניק לגופי האכיפה כלים ממשיים לפעול ביעילות לצמצום ההיצע והביקוש של אלכוהול. חוק זה מעניק למשטרת ישראל סמכויות רחבות של תפיסה והשמדה של משקאות משכרים. על פי החוק, הוענקה לשוטר סמכות לתפוס או להשמיד משקה משכר או את כלי קיבולו כאשר יש לו יסוד סביר להניח כי אדם שותה או מתכוון לשתות משקה משכר במקום ציבורי (פרט למקומות שבהם נמכרים משקאות משכרים לצריכה במקום), וכי שתיית המשקה עלולה להביא לפגיעה בסדר הציבורי או בביטחון הציבור. בכל הנוגע לקטינים, סמכויות התפיסה וההשמדה הוקנו לשוטר גם ללא חשש להפרת הסדר הציבורי כל עוד הקטין שותה משקה משכר שלא בנוכחות האחראי עליו ושלא בהסכמתו, או שלא בחוג משפחתו.⁸

כדי לייעל את האכיפה בנושא נקבעה בחוק זה חזקה ולפיה "אדם המחזיק משקה משכר בכלי קיבול שאינו כלי קיבול סגור, במקום ציבורי או ברכב הנמצא במקום ציבורי, בין השעות 21:00 ל-6:00, חזקה כי בכוונתו לשתות את המשקה המשכר וכי שתייתו עלולה להביא להפרת הסדר הציבורי או לפגיעה בשלום הציבור או בביטחונו, אלא אם כן הוכח אחרת להנחת דעתו של השוטר".⁹ נוסף על כך וכדי להתמודד עם התופעה שלפיה בגירים מקבלים כסף מקטינים ומבצעים בשבילם רכישת אלכוהול, נערך בחוק החדש תיקון עקיף לסעיף 193א לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (תיקון מס' 107).¹⁰ בסעיף זה נוספו שתי תוספות: האחת, הטלת עונש מאסר של שישה חודשים על אדם המוכר משקה אלכוהולי לקטין (או הרוכש בשביל קטין משקה כאמור). השנייה, קביעת חזקה

6 ת"פ (ת"א-יפו) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון (פורסם בנבו).

7 חוק המאבק בתופעת השכרות תש"ע-2010, ס"ח 504 (להלן – חוק המאבק בתופעת השכרות).

8 סעיף 2 לחוק המאבק בתופעת השכרות.

9 סעיף 3 לחוק המאבק בתופעת השכרות.

10 חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), תש"ע-2010, ס"ח 504 (תיקון עקיף לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

כי המוכר אלכוהול לקטין היה מודע להיותו קטין אלא אם הוכיח המוכר כי הקטין הציג לו תעודת זהות (מן הסתם מזויפת) שלפיה אינו קטין.

צעד חשוב נוסף במאבקן של הרשויות בתופעת השכרות בשנת תש"ע בא לידי ביטוי בשני תיקוני חקיקה נוספים: בנובמבר 2009 אישרה הכנסת תיקון לתקנה 169א לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, שהוריד את רף השכרות לנהגים צעירים ומקצועיים באמצעות עדכון מידת ריכוז האלכוהול בגוף הנבדק לפי בדיקת ה"ינשוף" לצורך הגדרתו כשיכור.¹¹ בנוסף, באוגוסט 2010 אושרה בקריאה שלישית הצעת חוק ממשלתית, האוסרת מכירת משקאות אלכוהליים בין השעות 23:00 ל-06:00 בפיצוציות, בתחנות דלק, בקיוסקים ובסופרמרקטים, ומתירה מכירה באולמות שמחה, בפאבים ובמסיבות.¹² מטרת חקיקה זו, אשר זכתה לכינוי "חוק היובש הישראלי", היא להקשות על רכישת המשקאות המשכרים כדרך נוספת להתמודדות עם הפשיעה במקומות הבילוי וכחלק מן המלחמה בנהיגה בהשפעת אלכוהול.

תיקוני החקיקה המוזכרים מבקשים להרחיב את סמכויות האכיפה של המשטרה, אך אינם נותנים מענה לבעיה הנובעת מהיקפה הרחב של התופעה אל מול כוח האדם המוגבל העומד לרשות המשטרה.

4. תיקון עברת הגניבה בחוק העונשין

בשנים האחרונות הפכה תופעת הגנבות החקלאיות ל"מכת מדינה" של ממש.¹³ אף בתי המשפט נדרשו לתת דעתם על תופעה זו. השופט אדמונד לוי עמד על התופעה באחד מפסקי דינו: "למרבה הצער, אף שחלפו למעלה מעשר שנים מאז החמיר המחוקק

11 תקנות התעבורה (תיקון מס' 3), תש"ע-2009, ק"ת 114, שעל פיו "ריכוז אלכוהול בגוף" הוא: "ריכוז אלכוהול בדגימת אוויר נשוף או בדגימת דם, העולה על אחת מאלה, לפי העניין: (1) 240 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף; (2) 50 מיליגרם אלכוהול במאה מיליליטר דם".

12 חוק רישוי עסקים (תיקון מס' 26 – הוראת שעה), תש"ע-2010, ס"ח 644. התיקון קובע קנס מינימלי של 9,000 ש"ח על העובר על הוראותיו. כמו כן מעניק החוק סמכות למערך המשמר האזרחי והפקחים העירוניים לאסור מכירת אלכוהול ולהשמיד משקאות משכרים במצבים שבהם לדעתם נוצר סיכון לסביבה. עוד נקבע שבקבוקי אלכוהול יתויגו בתווית אזהרה, בדומה לזו שמודפסת על קופסאות סיגריות. סעיף אחר בחוק מעניק סמכות לקצין משטרה לסגור עסקים שאין תלויות בהם מודעות בדבר הנזקים האפשריים של צריכת משקאות משכרים.

13 ראו: דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה עצמית מפני פורץ), ה"ח תשס"ז 226: "בשנים האחרונות קיים ריבוי מקרים של חדירה לבתי חוקית לבתי אזרחים ומשקים חקלאיים בישראל...".

עם עבריינים אלה – המציאות בשטח, כך נדמה, לא השתפרה. אדרבא, התופעה של גניבת בקר ותוצרת חקלאית הלכה ופשטה, וכיום היא בבחינת מכת מדינה¹⁴. התופעה של גנבות חקלאיות זכתה להד ציבורי בעקבות פרשת שי דרומי¹⁵ כזכור, דרומי, בעל חווה חקלאית, הדף פריצה לילית של חבורה אשר פלשה אל חוותו לגנוב את עדר הצאן שלו באמצעות ירי קטלני אשר המית פורץ אחד ופצע אחר. המתת הפורץ על ידי דרומי זכתה לתהודה ציבורית ניכרת והפנתה את תשומת הלב למצוקתם של בעלי חוות חקלאיות בדרום הנאלצים "להתמודד ולספוג אירועי פריצות וגניבות רציפים" של עדרי צאן, אשר מלווים לא פעם במעשי אלימות קשים¹⁶. לנוכח היקף הנזק שנגרם לציד חקלאי ולנוכח פגיעתה של התופעה בתחומים אחרים (כדוגמת חופש העיסוק, פגיעה בבקר ובמקנה) הוסף בסוף 2009 לחוק העונשין סעיף 384א, הנושא את הכותרת "גניבה בנסיבות מיוחדות". הסעיף קובע, בין השאר, כי גנבת דבר המשמש חלק מקווי תשתית, ממתקני תשתיות או מחיבור אליהם שמטרתו הבטחת בטיחות הציבור, וכן כלי עבודה לרבות כלים חקלאיים, תוצרת חקלאית, בקר או מקנה, ובלבד שערכו של הדבר הנגנב עולה על 1,000 שקלים חדשים, דינו 4 שנות מאסר¹⁷.

מלבד זאת, ובקשר לאותם עניינים, הוסף לסעיף 453 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "היזקים מיוחדים", סעיף קטן (ב), הקובע כי דינו של מי אשר הורס מתקנים וקווי תשתית או דבר שמטרתו הבטחת בטיחות הציבור או פוגע בהם במזיד או הגורם נזק לדבר בעל ערך תרבותי, מדעי, היסטורי, דתי או אמנותי – דינו 4 שנים (החמרה ביחס לאמור בסעיף 452 הקובע עונש של 3 שנות מאסר למי אשר גורם היזק בזדון לנכס).

14 רע"פ 2806/07 יונס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), פסקה 5 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.

15 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (פורסם בנבו) (להלן – פרשת דרומי).

16 פרשת דרומי, שם, פסקה 9 לפסק-דינה של השופטת ברקאי. בתגובה על האירוע, ועוד בטרם התברר דינו של דרומי, הוגשו לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כמה הצעות חוק פרטיות המציעות להעניק הגנה פלילית מיוחדת למי שפעל להגנה על משק חקלאי ועל בית מגורים מפני פריצות וגנבות. לאחר דיונים בוועדה נדחו הצעות אלה ונחקק סעיף 134 לחוק העונשין. ראו: חוק העונשין (תיקון מס' 98), תשס"ח-2008, ס"ח 608. על פי התיקון, ולהבדיל מהגנה עצמית רגילה המותנית בסבירות התגובה של המתגונן, ההגנה על בית מגורים, על בית עסק או על משק חקלאי מותנית בהיותה של התגובה לא בלתי סבירה בעליל, בנסיבות העניין, לשם הדיפת המתפרץ או הנכנס. לניתוח ולביקורת ההגנה המיוחדת המוענקת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי ראו: מרים גור-אריה וגליה דאור, "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחומיה גבולותיה – בעקבות פרשת דרומי", משפט וממשל יג (תש"ע) 141; בועז סנג'ור, "הייחף הצידוק לפטור של חסד? הגנת בית המגורים ("חוק דרומי" ופסק-הדין בפרשת דרומי) כמקרה-מבחן לרציונאל המצדיק הגנה עצמית ולהלכה הישראלית", משפט וממשל יג (תש"ע) 93.

17 חוק העונשין (תיקון מס' 101), תש"ע-2009, ס"ח 236.

סעיף קטן (ג) קובע עונש של 7 שנות מאסר למי אשר עובר עבירה לפי סעיף 452 כאשר ערכו של הנזק שנגרם עולה על 500,000 שקלים חדשים.¹⁸

5. הערכת תיקוני החקיקה

באשר לתיקוני החקיקה שפורטו לעיל נבקש להעיר שתי הערות: ראשית, כפי שנוכחנו, עיקר התיקונים עניינם הוספת עברות והחמרת עונשים; לכאורה, פעילות חשובה ומבורכת המשקפת ניסיון להתמודד עם תופעות אנטי-חברתיות המטרידות את הציבוריות הישראלית. דא עקא, ספק אם בכוחם של תיקוני חקיקה כאמור לעיל לחולל לבדם שינוי רב בחיי המעשה. דברים אלה נכונים הן באשר לבחירתו של המחוקק לחוקק עברות חדשות והן באשר לשימוש בכלי של החמרת הענישה על עברות קיימות. לנו נדמה כי במרבית התופעות המתוארות לעיל שורשי הבעיות שהצמיחו את המציאות הבלתי רצויה אינם נעוצים בהכרח בהיעדר כלים משפטיים – קרי היעדר נורמות אוסרות או קיומם של עברות ועונשים קלים מדי – כי אם בבעיות יסוד אחרות, כדוגמת תרבות שלטונית מסואבת (באשר לעברות שחיתות של הון ושלטון), חינוך קלוקל (באשר לעברות מין), מחסור בתקציבים ובכוח אדם של גורמי האכיפה (בעיקר בכל הקשור למחדלי האכיפה של עברות חקלאיות) וכיוצא באלה גורמים "חיצוניים". "מלחמה" אמיתית בתופעות הללו מחייבת פעילות נלווית במישורים שונים – ציבורי, חינוכי, חברתי, תרבותי ואכיפתי – שתנסה לעקור מן היסוד את שורשי הבעיות הללו. אין די ביצירת עברות חדשות או בהחמרת הענישה. המציאות מלמדת כי במקרים רבים העלאת רף הענישה המרבי הקבוע בחוק אינה משפיעה הלכה למעשה על פסיקת בתי המשפט ואין בה כדי להוביל בהכרח להטלת עונשים חמורים יותר. מלבד זאת מחקרים מתחום הקרימינולוגיה מוכיחים פעם אחר פעם כי החמרת הענישה בלבד אינה תורמת הרבה להעלאת רף ההרתעה.¹⁹ נראה כי דווקא ודאות האכיפה היא הרכיב המשפיע ביותר בפונקציית ההרתעה. לנו נותר לקוות כי עיקר המאמץ במישור המשפטי יופנה בשנים הקרובות להגברת האכיפה הפלילית.

שנית, חשוב להתבונן על מגמת ההחמרה המתוארת בהקשר החברתי שבמסגרתו התהוותה. כפי שהראינו, עיקר השינויים שלעיל בוצע בתחומים שעוררו הד ציבורי רחב ושנתפסו בחלקם כ"מכות מדינה". מלומדים מזהירים מהנטייה לשימוש יתר במשפט

18 שם.

19 לעיון במסקנות כמה מן המחקרים האמפיריים החשובים שבוצעו בתחום ראו: שלמה שהם וג'ורא שביט, "עבירות ועונשים – מבוא לפנולוגיה", הפרקליט מ (תש"ן) 86. פסיכולוגים וסוציולוגים הטילו ספק ביכולתו של העונש להשפיע על רמת העבריינות בתקופם את ההנחות של הניתוח הכלכלי בדבר הרציונליות של העברייני, יכולתו לחשב סיכונים, ידיעתו את הסתברות העונש הצפוי, את חומרתו וכיוצא באלה. ראו למשל: J. Q. Wilson, "The Debate over Deterrence: Thinking about Crime", 17 *Prosecuter*, (1983) 5-19.

הפלילי כדי לתת באמצעותו ביטוי לתחושות זעם, חרדה או חוסר אונים שהתעוררו בחברה בעקבות תופעות מסוימות. פרופ' גור-אריה הסבירה כי שימוש-יתר כזה עלול להתרחש בעקבות תגובות זועמות מצד הציבור הרחב למעשי עברה מסוימים, הגוררות החמרה בלתי מוצדקת של עונשים על עברות קיימות. כדוגמה לכך מביאה גור-אריה את התגובה החקיקתית לחטיפתו ולרציחתו של הנער אורון ירדן. בעקבות מקרה זה הוחמר במשפט הישראלי העונש הצפוי לעברת החטיפה במטרה לרצוח (סעיף 373(ב) לחוק העונשין) והשווה לעונש הצפוי בגין רצח – מאסר עולם חובה.²⁰

שימוש-יתר במשפט פלילי עלול להתרחש גם שלא בתגובה לתחושות ציבוריות. ראוי לציין כי מלבד התיקונים שפורטו לעיל נוסף השנה מספר בלתי מבוטל של עברות פליליות חדשות לחוקים קיימים או חדשים, בתחומים שונים.²¹ חקיקתן של עברות חדשות הוא חזון נפרץ שאינו מיוחד דווקא לשנה זו. בכל שנה ושנה נוספות לספר החוקים עברות רבות. בנפרד משאלת ההצדקה של כל אחד מן התיקונים שבוצעו השנה, תופעה זו – של ריבוי עברות ושל החמרת הענישה – מעוררת את השאלה העקרונית בדבר גבולותיו של המשפט הפלילי, אשר אמורים להיקבע בין השאר על פי עיקרון זנח במקצת (לפחות בישראל) – "עקרון השיוריות".²² על פי עיקרון זה, השימוש במשפט הפלילי (בעיקר מצד המחוקק אך לא רק) ראוי שיעשה כמוצא אחרון בלבד ("Criminal Law as Last Resort"). התעלמות מעיקרון זה עלולה לגרור השלכות שליליות בטווח הארוך, כדוגמת זילות באופן שבו נתפסות נורמות עונשיות בציבור. עיקרון זה זכה השנה

20 מרים גור-אריה, "השפעת המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסד הדין בפרשת סילגדו", ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, תשס"ט) 325, בעמ' 329. לעוד דוגמה לשימוש-יתר במשפט הפלילי בעקבות הטראומה שעברה החברה הישראלית עקב רציחתו של ראש הממשלה המנוח מר יצחק רבין ראו: Miriam Gur-Arye, "Can Freedom of Expression Survive Social Trauma: The Israeli Experience", *Duke. J. Comp. & Int'l L.* (2003) 155.

21 כרשימה מדגמית נזכיר את סעיף 41 לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010, ס"ח 520; סעיף 72 לחוק בנק ישראל, תש"ע-2010, ס"ח 452; חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראת שעה) (תיקון מס' 13), תש"ע-2010, ס"ח 446; סעיף 29 לחוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגר מידע, תש"ע-2009, ס"ח-256.

22 הפולמוס בדבר גבולותיו הראויים של המשפט הפלילי הוא עתיק-יומין ורב ממדים. נזכיר כאן סימפוזיון שפורסם לאחרונה בעקבות ספרו של Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of The Criminal Law* (2008) Book Symposium on Douglas Husak's "Overcriminalization: The Limits of The Criminal Law", 1 *Jrslm. Rev. Legal. Stud.* (2010) 3. ראו: אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג, "חוקי יסוד, משפט פלילי ושיוריות", עתיד להתפרסם בספר מצא – אסופת מאמרים לכבוד השופט אליהו מצא (2012); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (מהדורה שנייה, תש"ע) בעמ' 27-42; מרדכי קרמניצר, "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?", ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, תשנ"ח) 935.

להתייחסות נרחבת בפרשת שוורץ, שבמסגרתה קבע השופט ג'ובראן כי "המשפט הפלילי הינו האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, שפגיעתו היא הקשה ביותר בזכויות האדם. לכן, יש לתור אחר אמצעים חלופיים שיכולים להגן על ערך החברה באותה אפקטיביות".²³ עם זאת הוא הדגיש ש"יש לסייג את הקביעה כי המשפט הפלילי תמיד פוגע בזכויות אדם בצורה הדרסטית והחריפה ביותר. יהיו מקרים שבהם דווקא אמצעים משפטיים אחרים יפגעו בצורה חריפה יותר בפרט, מאשר המשפט הפלילי... אולם, ברוב המקרים, ההנחה שהמשפט הפלילי הוא האמצעי הדרסטי והפוגעני ביותר, הינה נכונה".²⁴ עקרון השוויון של המשפט הפלילי נהנה כיום ממעמד חוקתי, ולכן הטלת אחריות פלילית מחויבת לעמוד במבחני פסקת ההגבלה בכלל ובמבחן הפגיעה שמידתה פחותה בפרט.²⁵

חלק שני: חידושים והתפתחויות בפסיקה

סקירת ההתפתחויות בפסיקת בתי המשפט בשנת תש"ע מלמדת, גם השנה, על מגמה הולכת ונמשכת: השפעת "המהפכה החוקתית" על עיצוב פניו של המשפט הפלילי הן במישור המהותי והן במישור הדיוני. להלן נסקור את עיקרי הפסיקה המעניינת בכל אחד מן המישורים.

1. חידושי פסיקה בתחום דיני העונשין

א. השפעות חוקתיות על המשפט הפלילי המהותי: ביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשי אף שהשיח החוקתי הנובע מ"המהפכה החוקתית" נותן אותותיו בשנים האחרונות בעיקר בתחום המשפט הפלילי הדיוני, הקריין השנה המשפט החוקתי גם על המשפט הפלילי המהותי. בפרשת אדרי²⁶ ניתנה ביקורת שיפוטית מפי ערכאה צבאית על חקיקה עונשית ראשית. נגד הנאשם הוגש כתב אישום לפי חוק השיפוט הצבאי תשט"ו-1955 בגין אי-שמירה על נשק שאותו השאיר ברכב בעת שהיה חייל בשירות סדיר. הנאשם עתר לקבלת תסקיר מאת שירות המבחן כדי לבקש מבית הדין להימנע מהרשעתו ולהטיל עליו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור. התביעה התנגדה בטענה שעל פי החוק, אין

23 בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו), סעיף 20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

24 ש.ס. ש.ס.

25 רבין וואקי (לעיל, הערה 22) בעמ' 39. לניתוח המעמד החוקתי של שוויון המשפט הפלילי תוך הבחנה בין סוגי עברות ראו: אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג (לעיל, הערה 22).

26 דר' 150/07 התובע הצבאי נ' אדרי (פורסם בנבו).

נתונה לבית דין צבאי סמכות הענשה ללא הרשעה. בפסק דין תקדימי בהקשר זה קבע בית הדין הצבאי פיקוד דרום כי חוק השיפוט הצבאי, שאינו מתיר הענשה ללא הרשעה, איננו חוקתי.²⁷ לפי פסק הדין, אימתן סמכות לבית דין צבאי בחוק השיפוט הצבאי להטיל אמצעי ענישה תוך הימנעות מהרשעה הוא פגיעה בלתי מידתית בזכות יסוד המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק, שכן הרשעה פלילית פוגעת ביכולתו של אדם לעסוק במקצועות שונים. בית הדין קבע כי נוסחו הנוכחי של חוק השיפוט הצבאי אינו חוקתי ואינו מידתי, וכי יש להשלים את ההסדר החוקי הקבוע בו על ידי הוספת האפשרות להחיל על כל חייל שנשפט לפיו את אפשרות הענישה תוך הימנעות מהרשעה, על ידי הטלת צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור.

ב. העברה של מרמה והפרת אמונים

העברה של מרמה והפרת אמונים שבסעיף 284 לחוק העונשין עמדה במרכזו של פסק הדין בעניין המינויים הפוליטיים שיוחסו לשר (לשעבר) צחי הנגבי, שניתן בבית משפט השלום בירושלים.²⁸ הנגבי הועמד לדין, בין השאר בגין ביצועם של מינויים פוליטיים אשר שקללו, כך לדעת התביעה, עברה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין.

חרף העובדה כי פסק הדין ניתן על ידי בית משפט השלום, הוא צופן בחובו לדעתנו חשיבות רבה. פסק הדין מעורר, לראשונה, דיון מקיף בסוגיית כשרותם של המינויים הפוליטיים, אשר העסיקה בשנים האחרונות את הציבור בישראל, ונותן תוקף הלכה למעשה לשימוש במשפט הפלילי לצורך מיגור תופעה זו. תיק זה היה "תיק הדגל" של הפרקליטות במאבקה בשחיתות השלטונית, בעיקר משום שכתב האישום הוגש נגד אישיות ציבורית בכירה (שר לשעבר) בגין ביצועם של מינויים פוליטיים. חשיבותו של פסק הדין נובעת אף מן הזיכוי הדרמטי מהעברה של מרמה והפרת אמונים.²⁹ קביעותיו החשובות של בית המשפט בפסק דין זה נוגעות בעיקרן לשתי סוגיות: האחת עניינה הפלילות הפוטנציאלית של מינויים פוליטיים. שניים מבין שלושת חברי ההרכב (השופטים רומנוב וצור) קבעו כי מינויים פוליטיים אינם רק עניין מנהלי או אסתטי של התנהלות בלתי ראויה, כי אם עשויים לגבש את העברה של מרמה והפרת אמונים שבסעיף 284 לחוק העונשין. קביעה זו היא בעלת חשיבות מבחינת המדינה בכל הנוגע להתמודדות עתידית עם תיקים של שחיתות שלטונית העוסקים במינויים

27 למיטב ידיעתנו, תלוי ועומד ערעור על פסק דין זה בבית הדין הצבאי לערעורים.

28 ת"פ 4063/06 (י-ם) מדינת ישראל נ' הנגבי (פורסם בנבו, החלטה מיום 13.7.2010) (להלן – עניין הנגבי).

29 הנגבי אמנם זוכה מעברה של מרמה והפרת אמונים אך הורשע (בדעת רוב) בעברה של עדות שקר. ביום 9.11.2010 נגזר דינו של הנגבי לתשלום קנס בסך 10,000 ש"ח. כמו כן נקבע כי יש קלון בהרשעתו בעבירת עדות השקר. ראו: ת"פ (י-ם) 4063/06 מדינת ישראל נ' הנגבי (פורסם בנבו, החלטה מיום 9.11.2010) (להלן – גזר-הדין בעניין הנגבי).

פוליטיים. יש בפסיקה זו חיזוק לתפיסה שראוי להשתמש גם בכלי הפלילי במאבק בשחיתות בכלל ובמינויים הפוליטיים בפרט.

הסוגיה השנייה נוגעת לעקרון החוקיות, אשר ממנו נגזרות חובת האזהרה המוקדמת וההגנה מן הצדק. השופט רומנוב קבע, בדעת רוב, כי המאשימה הייתה רשאית לשנות את מדיניות האכיפה הפלילית בכל הקשור למינויים פוליטיים בלתי כשרים, כפי שאכן עשתה. אלא שהכלל הוא ששינוי מדיניות דורש מתן הודעה פומבית וממילא הוא יחול, בדרך כלל, "מכאן ולהבא". כלל זה חל במשפט המנהלי בדרך כלל, והוא מופיע בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנוגע למדיניות האכיפה הפלילית.³⁰ אמנם נקבע, כאמור לעיל, כי מינוי פוליטי עשוי בנסיבות מסוימות להגיע לכדי עברה פלילית. עם זאת אי-נקיטת הליכים פליליים נגד איש חרף היקפה של תופעת המינויים הפוליטיים וחרף הגינוי שהיא זכתה לו במשך שנים לצד היות העבירה של מרמה והפרת אמונים "עבירת סל" שגבולותיה אינם ברורים ואינם ודאיים, משמשים כסיס לטענתו של הנאשם: "לא ידעתי ולא הוזהרתי".³¹ השופט רומנוב קבע כי העמדה לדין בהקשר זה הייתה אפשרית רק לאחר מתן הודעה פומבית על שינוי המדיניות של אי-העמדה לדין. היעדר הודעה כאמור מקימה לנאשם הגנה מן הצדק.

לקביעות אלו של השופט רומנוב הצטרף בשינוי נוסח וסגנון גם השופט צור. השופט צור קבע כי החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה מזווז לפתוח בחקירה פלילית נגד הנגבי והרשקוביץ ולאחר מכן להגיש כתב אישום איננה שוויונית, ויש בה משום "יצירת עברה פלילית" או שדרוג עברה קיימת. לדבריו, עברת הפרת האמונים אינה עברה חדשה בחוק העונשין, אך איש לא השתמש בה בהקשר של מינויים פוליטיים. מכאן ש"התנהלות המאשימה כשהחליטה להכליל מעשים כאלה כעבירה פלילית - יש בה כדי לפגוע בעיקרון החוקיות".³² עוד הוסיף כי בשל שכיחותה של תופעת המינויים בשירות המדינה ובשל העיסוק הציבורי בה סביר כי אם בתופעה פלילית היה מדובר - היו הגורמים האמונים על הגנת הציבור מטביעים את "חותם" הפליליות בה זה מכבר.³³ לעומת זאת קבע השופט שחם בדעת מיעוט כי האינטרס הציבורי באכיפת החוק עולה על הפגיעה שנגרמה להנגבי בנסיבות הפרשה.³⁴ לכן הרשיע השופט שחם את הנגבי בעברה של מרמה והפרת אמונים אגב דחיית טענות ההגנה, שהתבססו על עקרון החוקיות ועל ההגנה מן הצדק.

בית המשפט אף קבע כי יש קלון במעשיו של הנגבי בגין הרשעתו במתן עדות שקר. החלטה זו מרחיקה את הנגבי מהכנסת הנוכחית אך לא תחסום את דרכו מלהתמודד

30 עניין הנגבי (לעיל הערה 28) פסקה 2197 לפסק דינו של השופט רומנוב.

31 שם, פסקה 2193 לפסק דינו של השופט רומנוב.

32 שם, פסקה 221 לפסק דינו של השופט צור.

33 שם, שם.

34 שם, פסקה 2127 לפסק דינו של השופט שחם.

בבחירות לכנסת הבאה. השופטים אף הדגישו כי גזר הדין לא ימנע מהנגבי להתמנות לשר בעתיד כיוון שלא נגזר עליו עונש מאסר על תנאי.³⁵ השופטים רומנוב ושחם הדגישו כי "השקר הוא שקר ובשקר יש קלון". לתפיסתם, לאמירת השקר יש משמעות המשפיעה על יוקרתה של הכנסת ועל אמון הציבור בה. באמירת שקר יש פגם מוסרי ומהותי המחייב לקבוע כי יש קלון במעשה.³⁶ על דעתם חלק השופט צור, שזיכה את הנגבי מכל האישומים וקבע כי אין להטיל עליו קלון. לדידו, מדובר בהענשת יתר מאחר שחלפו שמונה שנים מיום האירוע והנאשם שילם בתקופה זו מחיר אישי. השופט צור הוסיף כי לתפיסתו יש להטיל קלון רק במקרים חמורים כמו אונס, גניבה או שוחד, משום ש"הטלת קלון היא היפוכו של כבוד האדם".³⁷

פסק הדין בעניין הנגבי גרר כתיבה של מלומדים, אשר הטילו ספק בשאלה אם ראוי לאכוף את האיסור על מינויים פוליטיים אך ורק במישור הפלילי. פרופ' ברק-ארז גרסה כי המישור הפלילי מתאים להחלה רק באשר למקרים החמורים של מינויים פוליטיים.³⁸ כמו כן, לטענתה, החלת המשפט הפלילי מחייבת עמידה בנטלי ההוכחה של המשפט הפלילי, ומן ההיבט המערכתי הליך פלילי אינו מכוון למניעה מראש של מינויים פסולים כאלה אלא מתקיים שנים לאחר שהנוק נגרם. לכן, לדבריה, הטיפול במקרים הטיפוסיים של מינויים פוליטיים ימשיך ויתנהל מחוץ לערוץ הפלילי. עם זאת ההכרה שהמשפט הפלילי נמצא כחלופה שניתן להשתמש בה במקרים החמורים היא חשובה, משום שיש בה כדי ליצור הרתעה רצויה. ברק-ארז מציעה כמה חלופות להתמודדות עם תופעה זו, כגון חיזוק מנגנוני בדיקת כישוריהם של המועמדים לתפקיד עובר למינויים באמצעות ועדה בלתי תלויה; חובת מכרז בכל הקשור למינוי לתפקידים זוטרים; הטלת איסור מוחלט על לשכת השר להתערב במינויים בדרגים הנמוכים של המשרד; שקיפות ציבורית באשר למינויים ששרים מבצעים או מבקשים לבצע; האפשרות לתקוף מינויים פוליטיים בשירות הציבורי גם בהליכים המתקיימים בבתי הדין לעבודה במקום הגשת עתירות לבג"ץ.

35 גזר הדין בעניין הנגבי (לעיל הערה 29).

36 שם, פסקאות 54-58 לגזר דינם המשותף של השופטים רומנוב ושחם.

37 שם, פסקאות 12-21 לגזר דינו של השופט צור. פרופ' מן טען במאמר ביקורת שפרסם בעקבות הפרשה כי יש לבטל כליל את הוראת החוק המתירה לבית המשפט לקבוע כי יש עם העברה שבה הורשע הנאשם קלון. מאחר שעברה זו טרם בוטלה ראוי לדידו כי בתי המשפט הדנים בתיקים פליליים ינקטו גישה מצמצמת ויימנעו מלקבוע שיש בעברה קלון, אלא במקרים המובהקים ביותר. כיוון שמושג הקלון לקוח מתורת המוסר ומהסוציולוגיה של המשפט, השאלה מתי העברה אינה נושאת קלון ראוייה לדעתו להיות מוכרעת על ידי החברה ולא על ידי בית המשפט. ראו: קנת מן, "לא לשאול את בית המשפט", עורך הדין ט (תש"ע), 26-29.

38 דפנה ברק-ארז, "לקרוא למינוי בשמו", עורך הדין ט (תש"ע), 16-18.

פרופ' בנדרו הביע אף הוא הסתייגות באשר לאכיפת האיסור על מינויים פוליטיים במישור הפלילי.³⁹ לטענתו, הכנסת לא קבעה בחוק איסור פלילי על מינויים פוליטיים בתור שכאלה. איסור זה מעוגן במשפט המנהלי ובדיני העבודה הציבוריים, אשר להם כלים מתאימים ויעילים להתמודדות עם התופעה. לדידו, השימוש בעברת מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין לצורך העמדה לדין בגין מינויים פוליטיים איננו ראוי. שימוש שכזה עלול להפוך כל הפרה מהותית של כללי המשפט המנהלי וכן של כללים משפטיים אחרים (כגון הפרת חוזה על ידי עובד ציבור במילוי תפקידו) לעברה פלילית. חקיקת חוקים פליליים בתור שכאלה היא תפקיד בלעדי של הרשות המחוקקת – הכנסת. משזו לא קבעה מינויים פוליטיים בתור שכאלה כעברה פלילית, שינוי המדיניות הפרשנית של היועץ המשפטי לממשלה או של בית המשפט לא יכול להיות תחליף לחקיקת הכנסת.

על אף ביקורת זו ספק אם זיכוי של הנגבי מעברות מרמה והפרת אמונים ושחרור בחירות, בשל טעמים מן הצדק, יפורש כמקל או כמעורר ספק מחודש באשר להיותו של מעשה המינוי הפוליטי מעשה פלילי ברור. יש להניח כי לפסק דין זה תהא השפעה רחבה על התנהלותן של רשויות האכיפה בכל הנוגע למאבקן במינויים פוליטיים ובתוצרי הלוואי שלהם. על אף זיכוי של הנגבי מעברת מרמה והפרת האמונים, אשר הייתה האכסניה המשפטית למינויים הפוליטיים אשר יוחסו לו, מתייחסים השופטים בפסק הדין בחומרה רבה לתופעה זו וליסודותיה המשחיתים, והלכה למעשה מעניקים בכך לרשויות האכיפה גושפנקה נרחבת להתמודדות אל מול התופעה בעתיד. במובן זה פסק הדין משתלב לדעתנו במגמת המדיניות המחמירה הנקטת בעניין שחיתות שלטונית, כפי שתוארה בחלקה הראשון של הרשימה במסגרת סקירת תיקוני החקיקה הנוגעים לעברת השוחד.

2. חידושי פסיקה בתחום המשפט הפלילי הדיוני: דיני ראיות וסדר דין פלילי

מאפיין בולט של הפסיקה השנה בתחום המשפט הפלילי הדיוני היה המשך פיתוחה של הזכות החוקתית להליך הוגן, אשר הקרינה על סוגיות שונות מתחום דיני הראיות ועל סוגיות מתחום סדר הדין הפלילי. גם השנה בלטה המגמה בדבר חיזוק זכויות הנאשם והרחבתן, שאפיינה את הפסיקה בשנים האחרונות.

39 אריאל בנדרו, "איסור משפטי, אבל לא בהכרח פלילי", עורך הדין ט (תש"ע), 22-25.

א. הזכות להליך הוגן: פסלות ראיות שהושגו שלא כדין

הפסיקה החדשנית בפרשת יששכרוב⁴⁰ הייתה יריית הפתיחה של מהפכה בסוגיית פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. הלכת יששכרוב שינתה מגמה שהסתמנה בספרות המשפטית ובפסיקה בשנים האחרונות אשר עניינה היה מעבר מהתמקדות בשאלת קבילות ראיות להתמקדות בבחינת משקלן.⁴¹ הלכה זו, הממוקמת במישור דיני הקבילות, קבעה כלל פסלות יחסי שלפיו ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל גם כאשר אין חשש לאמתותה אם "קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי הנאשם – פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש".⁴² קביעתו המפורשת של בית המשפט כי פסילה כזו עשויה לבוא על חשבון "חקר האמת", הנדחק במקרה זה מפני אינטרסים אחרים המועלים לדרגת זכויות, העמידה הלכה על מכוונה בכל הקשור ליחס הראוי שבין האינטרסים שדיני הראיות מבקשים לקדם.⁴³ אף על פי שלראשונה נקבעו כלל פסלות וקריטריונים לפסילת ראיות, לא היה ברור עד כמה תפתח הלכה חדשנית זו ותכה שורשים בפסיקה.

אף שהלכת יששכרוב נתפסה בקהילייה המשפטית כ"מהפכנית" במידת מה, כלל הפסלות המתואר בפסק הדין כ"גמיש" ו"יחסי" זכה לביקורת אשר הטילה ספק במשמעותו המעשית של כלל זה. שפירא-אטינגר ושפירא טוענים כי בשיטתנו המשפטית, שאין בה מושבעים, משמעותו של "כלל קבילות" גמיש היא נמוכה.⁴⁴ הם מראים כי החידוש הטמון בפסק הדין הוא הד מאוחר לשינויים דומים אשר בוצעו כבר לפני עשרות שנים במדינות ששיטת משפטן דומה לשלנו, ובדרך כלל בוצעו שם בעצמה רבה יותר. מלבד זאת קביעתו של בית המשפט כי כלל הפסלות יופעל ביתר קלות כשהראיה איננה נחוצה גורעת לדעתם מחשיבותו. השניים גורסים כי הקביעה שחומרת העברה המיוחסת לנאשם תצטרף למניין הסיבות לקבלת ראיה נגדו שהושגה באמצעים פסולים מפחיתה עוד יותר את יכולתו של כלל זה להגן על אותם נאשמים הנזקקים ביתר שאת להגנת עקרון החפות. קביעה זו עלולה לדעתם לחזק באופן פרדוקסלי דווקא מגמות של התרופפות ההגנות הנתונות לנאשמים במקום שהן נחוצות להם יותר מכול –

40 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (להלן – הלכת יששכרוב).

41 ראו למשל: ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, בעמ' 262; ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, בעמ' 317-320; ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, בעמ' 855.

42 הלכת יששכרוב (לעיל הערה 40) פסקה 67 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

43 קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא, "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב", דין ודברים ג (תשנ"ז) 427, בעמ' 430.

44 שם, שם.

כאשר הם מואשמים בעברה חמורה או כזו המעוררת את חמת הציבור, או כשנוצרה נגדם אווירה שלילית.⁴⁵

בשנים האחרונות ניתנו כמה פסקי דין אשר יישמו הלכה חשובה זו. ניתן לתאר את הלכת יששכרוב תיאור מטפורי כ"מפץ גדול" שגרר אחריו "גלי הדף" בדמות פסיקות שחיזקו את מגמת השינוי שביקשה הלכה זו לחולל.⁴⁶ בעניין אלזם⁴⁷ נפסלו הודאותיו של הנאשם שהיו חיוניות להרשעתו בתיק רצח. בית המשפט קבע כי הודאות הנאשם הושגו תוך פגיעה שלא כדין בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות של הנאשם עם עורך דינו (הבסיס לפסילה נבע מן האופן שבו השיגו המדובבים את הודאות הנאשם תוך הכפשת סנגורו ותוך פגיעה ממשית בזכויות האמורות). ראוי לציין שאלזם הורעל בתאו שבכלא בטרם נפסק דינו בערעור, עובדה שיש המשערים כי תרמה בפועל לזיכויו.

גם השנה ניתנו פסקי דין אשר המשיכו לבסס, ליישם ואף להרחיב את הלכת יששכרוב. בסוף שנת 2009 ניתן פסק הדין בעניין שי,⁴⁸ אשר בו נפסלה הודאה של נאשם שהואשם בהריגה בתאונת דרכים שהיה מעורב בה. שי זומן למשטרה לחקירה שנייה חודשיים לאחר התאונה, לאחר שכבר נחקר בסמוך לאחר התאונה. במהלך חקירתו השנייה אמר: "בשלב זה אני מבקש לא להמשיך את החקירה בעניין התאונה ללא היוועצות עם עו"ד". על אף בקשתו המשיך החוקר בשאלות עד שהצליח לדלות מהחשוד הודאה – שבהמשך היותה בסיס להרשעתו – ולפיה עובר לתאונה עיין החשוד במפת דרכים, והדבר הסיט את תשומת לבו מהכביש וגרם לתאונה. נוכח הדברים שאמר (אשר לא נאמרו בחקירתו הראשונה) הועמד שי לדין בגין עברת הריגה (ולא בגין גרימת מוות ברשלנות). בערעור נטען כי את הראיה יש לפסול שכן החקירה נוהלה בלא שהנאשם נועץ בעורך דין.

פסק הדין בעניין שי הוא בעל היבט תקדימי הן במישור דיני הראיות והן במישור סדר הדין הפלילי. במישור דיני הראיות קבע בית המשפט, באופן תקדימי, שאי-הפסקת חקירה לצורך מתן אפשרות לממש את הזכות להיפגש עם סנגור הייתה פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות המחייבת לפסול את הודאתו של שי לפי כלל הפסילה הפסיקתי

45 ש, ש, ש.

46 מטאפורה זו הוצעה על-ידי פרקליט מחוז חיפה, עו"ד עמית איסמן, בהרצאתו במסגרת כנס שנת המשפט תש"ע שנערך באוניברסיטת חיפה ביום 7.10.2010. לעיון מדגמי במגמת הפסיקה בעקבות הלכת יששכרוב, ראו למשל: בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, במסגרתו דן בית המשפט העליון בשאלה מהן אמות המידה לשימוש בשיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה היחסי; ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), בו דן בית המשפט העליון בשאלת השפעתם של אמצעי חקירה פסולים על קבילותה של הודאה וכן ע"פ 7486/07 בר ששת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

47 ע"פ 1301/06 עזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) (להלן – עניין אלזם).

48 ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) (להלן – עניין שי).

שנקבע בהלכת יששכרוב.⁴⁹ פסיקה זו יוצקת תוכן של ממש לכלל הפסילה ומקנה הגנה ראויה לזכות ההיוועצות ולאופן מימושה.⁵⁰ הפסילה מכוח הדוקטרינה הפסיקתית מצביעה על אימוץ התוכנה שלפיה ראוי לפסול הודאה במקרה שנמנעה מהחשוד האפשרות לממש בפועל את הזכות להיוועץ בטרם מסירת הודאתו. נפסק כי בנסיבות שכאלה ראוי לפסול את ההודאה נוכח הפגיעה החמורה בזכות להליך פלילי הוגן. לפסק הדין נלווה, כאמור, היבט תקדימי גם במישור סדר הדין הפלילי. בית המשפט אמנם לא קבע כללים ברורים באשר לשאלה מתי יש להפסיק חקירה כדי לאפשר פגישה עם סנגור, אך נפסק, באופן תקדימי, כי בקשה של נחקר להיפגש עם סנגור מחייבת יצירת קשר מידי עם הסנגור, ואם הסנגור מודיע על כוונתו להגיע לתחנת המשטרה במועד סמוך וסביר – הרי שיש להפסיק את החקירה ולהמתין לבואו כדי לאפשר לחשוד לממש את זכות ההיוועצות (בהנחה שאין מתקיימים התנאים הקבועים בחוק המעצרים המאפשרים לדחות את המפגש). הלכה חדשה זו סוטה מן ההלכה שהייתה מקובלת עד כה, שלפיה אם חשוד מבקש להיפגש עם סנגור אין חובה להפסיק את החקירה עד לבואו של הסנגור, ואפשר להמשיך בחקירה עד להגעתו בפועל.⁵¹ נראה כי אף במקרה זה השפעת חוק היסוד הובילה לשינוי ההלכה לטובת הגנה רחבה יותר מבעבר על זכויותיו של החשוד בעת חקירתו.⁵²

בפסק דין חדש נוסף בעניין שמש⁵³ הורחבה הלכת יששכרוב והופעלה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם על הליכים שקדמו לקיומו של כתב אישום, דהיינו על הליכים בשלב החקירה המשטרית. פסק דין זה עסק בערעורם של עובדי רכבת ישראל על החלטתו של בית המשפט המחוזי שלפיה על רכבת ישראל להמציא למשטרה את הודעות עובדיה, שנמסרו בפני ועדות חקירה פנימיות, כדי שתשמשנה בחקירה משטרית. הודעות עובדי הרכבת נגבו במסגרת ועדות פנימיות אשר חקרו תאונת דרכים שרכבת ישראל הייתה מעורבת בה. בית המשפט המחוזי הורה לרכבת ישראל להמציא את ההודעות למשטרה לפי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, ועל כך ערערו העובדים.

בית המשפט העליון קבע בעניין שמש כי בשל הזכות החוקתית להליך הוגן יש ליישם את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית גם בשלב שבטרם הגשת כתב אישום, ובמקרה דנן עוד בשלב החקירה המשטרית, וכך חשוד יוכל לטעון נגד העברתה של ראייה

49 שם, פסקה 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

50 שם, פסקה 18 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

51 ראו למשל: ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 57, בעמ' 67.

52 ראוי לציין כי פסק דין זה, בדומה לפסק הדין בעניין אלזום, ניתן ברוב של שניים מול אחד. לעמדת הנשיאה ביניש הצטרף השופט רובינשטיין בהיסוס ניכר תוך אמירה מפורשת שלפיה נתלה הוא לשם כך בהרשעת הנאשם בגרימת מוות ברשלנות כעברה חלופית לזו אשר יוחסה לו במקור.

53 רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) (להלן – עניין שמש).

למשטרה אם יהיה בהעברת הראיה כדי לפגוע בהגינותו של ההליך. נקבע כי בנסיבות שבהן נמסרו ההודעות – הציפייה הסבירה של העובדים כי הודעותיהם בפני הוועדות הפנימיות לא תשמשנה ראיה אשר תועבר למשטרה, והעובדה כי לא הוזהרו בדבר זכות השתיקה ולא יוצגו על ידי עורכי דין עת מסרו את אמרותיהם בפני ועדות החקירה – נפגעה הגינותו של ההליך. לאחר בחינת התועלת החברתית בהעברת הראיות כחלק מיישום דוקטרינת הפסלות הפסיקתית קבע בית המשפט כי יש למנוע העברת ההודעות. לא פחות מעניינת היא דעת המיעוט אשר נכתבה על ידי השופט אדמונד לוי. לדעתו, פסק הדין בעניין יששכרוב "עוסק בקבילותן של ראיות במסגרת הליך לבירור האשמה, אולם הוא לא התכוון למנוע מהרשות החוקרת לעשות שימוש בחומר ראייתי קיים".⁵⁴ חשיבותו של פסק דין זה נעוצה בהרחבה הניכרת של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לשלבים מוקדמים של ההליך הפלילי עוד לפני השימוש בראיה במסגרת המשפט עצמו. אנו מעריכים, בזהירות המתחייבת, כי טרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיה זו.

ב. הזכות להליך הוגן: התנהלות בלתי תקינה של התביעה

באוגוסט 2010 ביטל בית המשפט המחוזי בתל-אביב, על סמך טענת "הגנה מן הצדק" את כתב האישום בת"פ (ת"א) 40279/08 מדינת ישראל נ' לדר וסברדליק.⁵⁵ בנסיבות העניין דובר בשני מנהלים בדסק הרוסי בסניף הירקון של בנק הפועלים, שהואשמו במסגרת פרשת הלבנת ההון בבנק כי סייעו ללקוחותיהם להלבין עשרות מיליוני דולרים. במסגרת החלטתו מתח השופט רוזן ביקורת חריפה על התנהלותה של פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) בניהול התיק ומנה רשימה ארוכה וחמורה של כשלים בהתנהלותה. את זיכויים של הנאשמים מטעמי הגנה מן צדק תלה השופט רוזן בפגמים שונים, כגון הצהרות בלתי נכונות ובלתי מדויקות של התביעה בערכאות השונות באשר לחומר החקירה; אי-העברת חומרי חקירה לנאשמים במועד; הגשת כתב אישום ללא עיון בכל חומרי החקירה; אי-דיווח בדבר מתן טובות הנאה לעד תביעה בתיק.⁵⁶ השופט רוזן קבע כי "התנהגות המדינה הינה התנהגות נפסדת, הפוגעת באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות". החלטה זו, אשר הייתה מכה לפרקליטות, היא נדבך נוסף בביסוס מעמדן של זכויות הנאשם להליך הוגן.⁵⁷ שאלה מעניינת היא מה תהא השפעת פסיקה זו על מדיניות הפרקליטות בעתיד. לגופו של עניין החליטה הפרקליטות שלא לערער על פסיקה זו. אפשר לקוות כי ביקורת

54 שם, פסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי.

55 ת"פ (ת"א) 40279/08 מדינת ישראל נ' לדר וסברדליק (פורסם בנבו).

56 שם, פסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט רוזן.

57 לסקירת התפתחות ההגנה ראו: זאב סגל ואבי זמיר, "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית", ספר דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה (יורם רבין, יניב ואקי, דרור ארד-איילון עורכים, תשס"ט) בעמ' 231, וכן ספרם של David Young, Mark Summers & David Corker, *Abuse of Process in Criminal Proceedings* (2009).

זו, כמו גם "הורדת הכפפות" מצד שופטים בבחנם את התנהלות המשטרה והפרקליטות כפי שבא הדבר לידי ביטוי בין היתר בפסיקה זו,⁵⁸ תיפול על אוזניים קשובות ותגרור הפקת לקחים עתידית.

ג. הזכות להליך הוגן: זכות החשוד להיות נוכח בדיון

בעניין פלוני⁵⁹ ביטל בית המשפט העליון הוראת חוק המאפשרת הארכת מעצרו של חשוד בעברות ביטחון מבלי שיהא נוכח בדיון. בית המשפט העליון דן בהרכב של תשעה שופטים בחוקתיות סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו-2006,⁶⁰ המאפשר לקיים דיונים בהארכת מעצרו של חשוד בעברת ביטחון שלא בנוכחותו וקבע כי הסעיף אינו חוקתי ולפיכך בטל.

בית המשפט הבהיר בהחלטתו כי זכותו של עצור להיות נוכח בדיון בהארכת מעצרו היא זכות חשובה ויסודית בעלת מעמד חוקתי על-חוקי. זכות זו היא מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶¹ בית המשפט הכיר בעבר בזכות להליך הוגן כזכות חוקתית מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו המעגן את זכותו של אדם לחירות ולכבוד.⁶² בית המשפט פסק כי הפגיעה בזכות להליך הוגן שיצר החוק הנדון קשה, במיוחד משום שהחוק אף אפשר למנוע מהעצור פגישה עם עורך דינו. מצב דברים זה – של קיום דיון בהיעדר החשוד ובנוכחות עורך דין שלא זכה החשוד לפגשו – מאיין את האפשרות של בית המשפט לבצע ביקורת אפקטיבית

58 פרשייה אחרת שבמסגרתה הביע בית המשפט בצורה יוצאת דופן את מורת רוחו באשר לאופן התנהלות המשטרה והתביעה התעוררה בת"א (ת"א-יפו) 1173/06 שובר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו). במקרה זה התובע נעצר בחשד לאונס קטינה ואף הוגש נגדו כתב אישום, אשר בסופו של דבר בוטל בהסכמת הצדדים. השופטת גנות קיבלה את התביעה האזרחית שהגיש שובר ומתחה ביקורת חריפה על התנהלות המשטרה בפרשה, אשר בגינה שהה התובע 88 ימים במעצר. לדבריה, מרגע מעצרו של התובע "נחרץ גורלו". המשטרה הייתה משוכנעת כי האדם שבידיה הוא האנס, והיא החלה במרץ בבניית תיק חקירה ואיסוף ראיות לצורך הרשעתו, וכאשר חסרו לה ראיות – יצרה אותן בעצמה. השופטת גנות לא חסכה שבטה אף מהתנהלות הפרקליטות, אשר לדבריה נשבתה אף היא בקונצפצייה מוטעית זו וכשלה כאשר לא גילתה את פעולותיהם האסורות של שוטרי משטרת נתניה, ואף הסתמכה על פעולות אלו בהמליצה להגיש נגד התובע כתב אישום. מלבד הביקורת החריפה חייבה השופטת גנות את המדינה לשלם לתובע סך של 1.8 מיליון ש"ח.

59 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, החלטה מיום 11.2.2010) (להלן – עניין פלוני).

60 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו-2006, ס"ח 364 הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בה"ח הממשלה תשס"ו 206.

61 על הקשר בין הזכות להליך הוגן לבין הזכות להיות נוכח במשפט הפלילי ראו: פסק דינה של השופטת דורנר בע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, בעמ' 547.

62 ראו למשל: דברי השופט י' טירקל בע"פ 1741/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, פסקה 3.

מינימלית על שמירת זכויות העצור.⁶³ לאור האמור קבע בית המשפט כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה), תשס"ו-2006 פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן, ודינו – בטלות.

חודשים ספורים לאחר שניתן פסק הדין בעניין פלוני אישרה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת את חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), תשע"א-2010.⁶⁴ במסגרת תיקון זה אושרה הארכת הוראת השעה, שנחקקה לראשונה בשנת 2006, בשנתיים נוספות, עד לסוף שנת 2012. כמו כן הוכנסו תיקונים שונים לאור הניסיון שהצטבר, לאור הלקחים שהופקו בתקופת תוקפה של הוראת השעה ובשים לב לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני.

הוראת השעה נועדה להסדיר את הסמכויות הנדרשות לרשויות החקירה לצורך חקירת עצורים החשודים בעברות ביטחון. נחקרים אלו לרוב נערכים לחקירה עובר למעצרים ונמנעים מלשתף פעולה במהלכה. כל אלה הופכים את החקירה ואת מלאכת איסוף הראיות למורכבת ורגישה באופן מיוחד. זאת ועוד, נוכח מאפיינים מיוחדים אלה נדרש כי חלק מהחקירות יתקיימו ברציפות ובלא הפרעה כדי לאפשר לגורמי הביטחון להשלים את חקירת העברות וכן כדי לסכל פיגועי טרור ופעולות מתוכננות של ארגוני טרור. לפיכך מערכת הביטחון זקוקה לכלים מיוחדים שיאפשרו קיומן של חקירות אפקטיביות בעברות טרור וביטחון.

במסגרת התיקונים שגיבשו הגורמים המוסמכים בעקבות פסק הדין בעניין פלוני כדי להתאים את הוראות החוק לאמות המידה שנקבעו על ידי בית המשפט, נקבעו עילות ותנאים מחמירים וחריגים להפעלת הסמכות לערוך דיון הנוגע למעצרו של החשוד שלא בנוכחותו ברוח העקרונות שהותוו בפסק הדין. במסגרת זאת נקבע כי האפשרות לקיים דיון שלא בנוכחות העצור תתקיים רק בעניין חקירות שנועדו למנוע פגיעה בחיי אדם, ורק אם שוכנע בית המשפט כי הפסקת החקירה לצורך הבאת העצור לדיון תסכל את מניעת הפגיעה בחיי אדם.⁶⁵

63 עניין פלוני (לעיל, הערה 59) פסקאות 29-30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
64 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), תשע"א-2010, ס"ח 118; הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בה"ח הממשלה תש"ע 539.

65 נוסף על תיקון זה הוכנסו בחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2) עוד תיקונים. נקבע כי הארכת מעצרו של חשוד בעברות ביטחון, לפני הבאתו בפני שופט, לתקופה של למעלה מ-72 שעות (ועד לתקופה המרבית של 92 שעות) תהיה בסמכותו של בית המשפט ותיעשה רק לפי בקשה של ראש שירות הביטחון הכללי, שהוגשה באישור היועץ המשפטי לממשלה. העברת הסמכות בנושא זה מגורם חקירתי (כפי שהיה בחוק המקורי) לבית המשפט והדרישה לאישור ראש השב"כ והיועץ המשפטי לממשלה נובעת מהרצון לוודא שהגורמים הבכירים ביותר הם שיפקחו על הפעלת סמכות מיוחדת זו (סעיף 3(3) לחוק). בנוסף נקבע כי קביעת תקופת מעצר ראשונית לצורכי חקירה, בצו שופט, מעל ל-15 ימים (ועד לתקרה של 20 ימים) תהא מותנית בשכנועו של בית המשפט כי אם לא יוחזק החשוד במעצר לצורך המשך החקירה – קרוב לוודאי ששחרורו

ד. הזכות להליך הוגן: זכות הייצוג

לאורך השנים הכירה פסיקת בתי המשפט בחשיבותה של זכות הייצוג כחלק מהמסד להליך הוגן. אף על פי שהפסיקה אינה עקיבה בסוגיה זו ואף על פי שהחוק מאפשר לשחרר סנגור מייצוג,⁶⁶ הרוח שנשבה מהפסיקה הייתה של כפיית ייצוג במקרה שקיימת בו חובת מינוי סנגור גם כאשר הנאשם אינו מעוניין בייצוג.⁶⁷

השאלה אם ייצוג בכפייה ראוי ומועיל שנויה במחלוקת. זה מול זה ניצבים ערכים מתנגשים: רצון הנאשם אל מול יעילות ההליך. ככלל, שיקולי יעילות ההליך גוברים על חופש הרצון של נאשמים המבקשים שלא להיות מיוצגים, אך על פי סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 קיימות נסיבות שבהן לא יהא טעם במינוי סנגור לנאשם אם בנסיבות העניין לא יהיה באפשרותו של הסנגור המחליף לתרום להשגת התכליות שבבסיסה של הזכות לייצוג. הדבר מבטא את ההכרה באוטונומיה של הנאשם לבחור את הדרך שבה ינהל הגנתו, לרבות את ייצוגו.⁶⁸ מתח מתמיד זה בין הערכים השונים הוביל לפסיקה בלתי אחידה בסוגיה זו.

בפרשת הסנגוריה הציבורית ולייזרון⁶⁹ קיבל בית המשפט העליון ערעור של הסנגוריה הציבורית על החלטת בית המשפט המחוזי, אשר סירב לשחרר את הסנגוריה הציבורית מייצוג נאשם. בית המשפט העליון שחרר את הסנגוריה מייצוג, למרות חובת המינוי, בגלל חוסר שיתוף פעולה קיצוני מצד הנאשם. בית המשפט קבע כי חרף חשיבותה של זכות הייצוג אם הנאשם אינו משתף פעולה עם סנגורו, ההגנה שהוא זוכה לה "לאו הגנה היא, והיא אף עלולה לפגוע בנאשם עצמו משלא ניתנים בידי הסנגור הממונה כלים שיאפשרו לו לנהל כראוי את ההגנה על הנאשם".⁷⁰ חרף חוסר העקיבות בפסיקה בעניין שחרור סנגור ניתן להתייחס לאמירה זו של בית המשפט העליון בנוגע לשחרור מייצוג כאשר מתגלעות מחלוקות של ממש בין הסנגור הממונה לנאשם, כבעלת היבט תקדימי.

ראויה לאזכור, הגם שניתנה בשנה שעברה, החלטת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע בעניין יוסף, אשר הרחיבה את זכות הייצוג אף להליך השימוע עובר להגשת כתב

יגרום לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם (סעיף 14(1) לחוק). כמו כן, האפשרות לדון בהארכת מעצרו של חשוד בעברת ביטחון שלא בנוכחותו והוגבלה והותנתה בתנאים שונים (סעיף 5 לחוק).

66 סעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43.

67 ראו בהקשר זה: בג"ץ 4689/94 אבי יצחק נ' השופט צמח, פ"ד מח(5) 70; ע"פ 10067/08 הסניגוריה הציבורית נ' אוחיון (פורסם בנבו) (להלן – עניין אוחיון).

68 לשיקולים השונים בהקשר זה ראו: עניין אוחיון, שם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ארבל.

69 ע"פ 7576/09 הסנגוריה הציבורית מחוז דרום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

70 שם, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

האישום.⁷¹ אמנם בית המשפט השתית את החלטתו על האמור בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשנ"ב-1982, העוסקים בקריטריונים למינוי סנגור לנאשם או לחשוד על ידי בית המשפט, אך בין השורות אפשר להבין כי הזכות לקיומו של הליך הוגן עמדה לנגד עיני בית המשפט אף בשלב מקדמי זה.

ה. הזכות לשימוע לפני הגשת כתב אישום

זכותו של נאשם לשימוע לפני הגשת כתב אישום מעוגנת בסעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשנ"ב-1982. סעיף זה בא להבטיח את תקינות ההליך הפלילי ומשתלב היטב בשיטה המשפטית, המדגישה את הגינות ההליך ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בפסיקה העוסקת בסוגיה זו ניתן למצוא ביקורת רבה מצד בתי המשפט באשר להפרה של חובה זו מצד גורמי התביעה. בפסיקה מעניינת של בית המשפט המחוזי בירושלים בעניין בן זכי⁷² בוטל כתב אישום בשל הפרת חובת היידוע בשליחת ההודעה על הזכות לשימוע לנאשם לא בשפה הערבית המובנת לו. בית המשפט העליון עמד על טיבו וחשיבותו של הליך השימוע בקבעו כי הליך זה מאפשר למי שבכוונת התביעה להעמידו לדין לשטוח את טענותיו במלואן, ועל הגורם המחליט להאזין לדברים בנפש חפצה ומתוך נכונות להשתכנע ככל שבדברים יש ממש.⁷³ לצד זאת, בהחלטה אחרת הושארה בצריך עיון השאלה אם אי-קיום השימוע לפי סעיף 60א גורר בטלות יחסית באופן שאפשר לקיים שימוע למפרע או שמא בטלות מוחלטת.⁷⁴ מכאן שהשלכות אי-קיום חובת השימוע והנפקות המשפטית של הפרה זו טרם הוכרעו בפסיקה.

נוכח אי-בהירות ההלכה הוציאו בתי המשפט של הערכאות הדיוניות מתחת ידם החלטות סותרות בסוגיה זו. חלקם הורו על מחיקת כתב האישום אף לאחר תשובת הנאשם לכתב האישום, בין היתר מן הטעם שאין דינו של שימוע לאחר כתב האישום כשימוע במועדו. כמו כן בוטלו כתבי אישום מן הטעם שיש באי-כיבוד זכויות ה"יידוע" וה"שימוע" פגם מהותי היורד לשורשו של עניין.⁷⁵ חלקם ראו בפגם "פגם טכני", אשר תורת הבטלות היחסית מצדיקה תוצאה של השארת כתב האישום על כנו ועריכת שימוע בדיעבד.⁷⁶

71 ב"ש (ב"ש) 22503/08 יוסף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

72 ת"פ (י-ם) 333/09 מדינת ישראל נ' בן זכי (פורסם בנבו).

73 בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה (פורסם בנבו).

74 ב"ש פ"פ 5310/07 כשכאש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

75 ראו: תפ"ח (ת"א-יפו) 1199/05 מדינת ישראל נ' פולנסקי (פורסם בנבו); תפ"ח (ת"א-יפו) 1138/05 מדינת ישראל נ' ארד (פורסם בנבו) (להלן – עניין ארד).

76 ראו: ת"פ (ב"ש) 8268/06 מדינת ישראל נ' שולמן (פורסם בנבו); ת"פ (י-ם) 2088/06 מדינת ישראל נ' אלגעאפרה (פורסם בנבו).

אמות המידה להכרעה מושתתות על דוקטרינת הבטלות היחסית, שבמסגרתה – ולאחר שנקבע כי נפל פגם בהחלטת הרשות – נבחנים נסיבות המקרה, התנהגות הצדדים ובכלל זה חומרת ההפרה, דרך התקיפה וכן הנזק שעלול להיגרם לאינטרס הציבורי תוך איוון בינו לבין החשש שמא ייגרם לנאשם עיוות דין ותיפגע הגנתו.⁷⁷ קביעותיהן הסותרות של הערכאות הדיוניות בסוגיה זו יחייבו את בית המשפט העליון, בבוא העת, לקבוע כללים ברורים בהקשר זה.

חלק שלישי: מגמות ממבט על – דיון תאורטי וביקורת

התבוננות כוללת על ההתפתחויות שתוארו לעיל בשדה המשפט הפלילי בשנה החולפת מלמדת אפוא על קיום שתי מגמות בולטות המתקיימות בעת ובעונה אחת: מגמה אחת מאופיינת בחקיקה מוגברת של עברות חדשות ובהחמרת הענישה כחלק מן הניסיון להיאבק בפשיעה ולחזק את ההרתעה. מגמה זו מתיישבת עם חיזוק כוחן של רשויות האכיפה בדמות הספקת כלים נוספים שקיבלו לידיהן כאמצעים למיגור הפשיעה; מגמה שנייה מאופיינת בניסיון לבסס ולחזק זכויות נאשמים, ובראשן הזכות להליך הוגן. תכליתה של מגמה זו היא להבטיח קיומה של ביקורת על פעילותן של רשויות החקירה והתביעה כדי שיהא אפשר להבטיח שהכוחות שהופקדו בידי הרשויות הללו הופעלו בצורה נאותה. שתי המגמות המתוארות מבטאות אינטרסים שונים במשפט הפלילי. האם מגמות אלה מקיימות ביניהן קוהרנטיות רעיונית, או שמא קיומן הסימולטני יוצר מתח פנימי שאינו ניתן ליישוב?

1. מודלים תאורטיים של הליך פלילי בראי פקר ומבקריו

במאמרו הידוע משנות ה-60 "Two Models of the Criminal Process"⁷⁸ הציג המשפטן הרברט פקר שני מודלים קיצוניים של ההליך הפלילי, אשר נדמים, למצער על פני הדברים, כעולים בקנה אחד עם שתי המגמות המתוארות. פקר תיאר אותם כמודלים המקיימים ביניהם מתח מתמיד ובמידת מה אף כ"מתנגשים" בהתייחסותם הערכית הנוגדת למהותו ותפקידו של ההליך הפלילי. שני המודלים הם הגשמה של אינטרסים ערכיים המתקיימים בזמנית בבסיס כל מערכת משפט, והם משפיעים על עיצובה של מערכת המשפט ומשתקפים בהוראות החקיקה ובהחלטות השיפוטיות שלה. המודל הראשון, לשיטתו, נקרא **Crime Control Model** (להלן: "מודל מיגור הפשיעה"). מודל זה מושתת על הנחת יסוד שלפיה מטרתו העיקרית של ההליך הפלילי היא ריסון ודיכוי

77 לשיקולים השונים כאמור ראו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, בעמ' 646-650 וכן עניין ארד (לעיל, הערה 75).

78 Herbert L. Packer, "Two Models of the Criminal Process", 113 *U. Pa. L. Rev.* (1964) 1

המעשה הפלילי. הכישלון במימוש מטרה זו גורר ערעור של הסדר הציבורי, חוסר כבוד לגורמי אכיפת החוק ופגיעה ניכרת בזכויות האדם.⁷⁹ עוד מניח מודל זה כי ממילא הרוב המכריע של הנאשמים אשר נגדם הוגש כתב אישום אכן אשם, ולפיכך תכלית ההליך הפלילי היא להביא לידי הרשעת מרב העבריינים ולמיצוי הדין עמם. המודל האמור מדגיש את הצד האדמיניסטרטיבי של ההליך הפלילי, דהיינו ניהול יעיל ומהיר של תיקים והבאתם לכלל סיום, וזאת כדי לפנות משאבים לתיקים אחרים. לשיטתו של פקר, מודל זה מקנה לרשויות האכיפה כוח וסמכויות רחבות, ואף על פי שיש בו דחיקה של הממד האנושי וזכויות הנאשמים בהליך הפלילי, יש בו כדי להבטיח את חירותם של שומרי החוק בחברה. פקר טען כי המודל מושתת על "חזקה של אשמה" (Presumption of Guilt), המעניקה לרשויות את היכולת והלגיטימציה להתמודד ביעילות עם המספרים הגואים של מקרי הפשיעה.

המודל השני, שאותו כינה פקר **Due Process Model** (להלן: "מודל ההליך ההוגן"), מושתת על חזקת החפות (Presumption of Innocence). המודל האמור מתמקד בפן האנושי ובנקודת מבטו של הפרט המעורב בהליך הפלילי. המודל שם מדגיש את זכויות הנאשם – הזכות להליך הוגן, הזכות לייצוג בהליך – וכן על קיומם של הליכים וסדרי דין ברורים ותיקנים, שעל קיומם יש להקפיד. מודל ההליך ההוגן מטיל ספק בדבר יכולתה של הענישה הפלילית לקדם מטרות חברתיות ולמגר את הפשיעה ללא מחיר יקר של פגיעה בזכויות הפרט, ולכן ההנחה שעליה הוא מושתת היא כי תיתכנה טעויות אנושיות בהליך השיפוטי ובהליכים הנלווים לו.⁸⁰ לכן על פי המודל האמור, יש להטיל מגבלות שונות אשר מחד גיסא יהא בהן כדי לרסן את כוחן של רשויות האכיפה, אף במחיר פגיעה בכירור האשמה, אך מאידך גיסא יהא בהן כדי לשמור על תקינותו של ההליך. כתיבתו של פקר עוררה דיון בשאלה אם וכיצד יכולים שני מודלים אלה לדור בכפיפה אחת באותה שיטת משפט, שהרי הרחבת הכלים שבידי מערכת האכיפה למיגור הפשיעה מתנגשת לכאורה עם חיזוק זכויות הנאשם וההקפדה על הליך הוגן. נדמה היה כי מאמרו הקלסי של פקר שרטט, באופן טבעי, שתי מערכות אלטרנטיביות של משפט פלילי המתקיימות בו-זמנית, וכל אחת מהן מבקשת לקדם ערכים המתנגשים עם ערכי המערכת האחרת. מבחינה רעיונית לא היה ברור כיצד עשויים שני מודלים אלה להתקיים ולשגשג זה לצד זה. חשוב להדגיש כי פקר עצמו היה מודע לקשיים הנובעים משיטתו ולביקורת הצפויה, ולכן הבהיר כי החלוקה שעשה לשני מודלים קיצוניים ומנוגדים אכן אינה אידאלית.⁸¹ עם זאת המטרה שעמדה בבסיס החלוקה היא לדידו הענקת כלים נוחים לניתוח ההליך הפלילי, להבנתו ולאופני ההתבוננות עליו.⁸²

79 שם, בעמ' 9.

80 שם, בעמ' 15.

81 בפתח מאמרו ציין פקר, שם, בעמ' 6: "The attempt here is only to clarify the terms of discussion by isolating the assumptions that underlie competing policy claims and

דברי הביקורת למאמר חדשני זה בשעתו לא איחרו לבוא. הביקורת נבעה בעיקרה מאופייה הדיכוטומי של החלוקה שערך פקר למודלים כאמור. Feeley למשל טען כי חלוקה שרירותית זו מתעלמת מחוסר הרלוונטיות של מודל ההליך ההוגן בתיקים רבים אשר חומרתם איננה רבה.⁸³ לדעת McBarnet מדובר בהבחנה דיכוטומית שגויה כיוון שהלכה למעשה השאיפה לקיומו של הליך הוגן וראוי עולה בקנה אחד עם השאיפה לאכיפה יעילה ונחרצת של המשפט הפלילי, ובמילים אחרות – אין מדובר בשני מודלים המתנגשים זה עם זה מבחינה רעיונית.⁸⁴ Griffith סבר כי הלכה למעשה פקר העניק לנו מודל אחד בלבד – "מודל המאבק" (The Battle Model) בין היחיד (בדרך כלל הנאשם) לבין המדינה. חרף זאת הוא הציע להתבונן על האינטראקציה בין הצדדים להליך הפלילי באמצעות מודל שאותו כינה "מודל המשפחה" (The Family Model), המניח כי למדינה ולנאשם, כמו להורה ולילדו, יש אינטרס משותף הנובע מן הצורך שלהם להמשיך ו"לחיות" יחד אף לאחר ריצוי העונש.⁸⁵

חרף גישתו הדרימטית של פקר להבנת מהותו של ההליך הפלילי הוצעו בכתיבה מודלים חלופיים, המתבוננים על ההליך בצורה רב-ממדית ומבקשים ליתן מענה גם לאינטרסים ולשיקולים אחרים. Sanders למשל הציע להוסיף למודלים של פקר מודל שלישי, אשר אותו כינה "מודל הדיכוי והשליטה" (Repressive Model). לשיטתו, כאשר מביאים בחשבון אינטרס נוסף של המדינה בביסוס השליטה על קבוצות אוכלוסייה חלשות, מסתבר כי פעולות המתבצעות על ידי רשויות האכיפה ונראות כבזבוז משאבים (כדוגמת האזנות סתר ומעצרים אשר אינם מניבים פרי) הן כלים להגברת הנראות של מערכת אכיפת החוק ולדיכוי קבוצות אוכלוסייה חלשות.⁸⁶ Beloof הוסיף ממד אשר לא הובא בחשבון על ידי פקר בהתייחסו לתהליך ההדרגתי שבו חדרו נפגעי העברה אל תוך השיח המשפטי.⁸⁷ ההכרה כי יש להתחשב בנפגע העברה כגורם אשר יש ליתן ביטוי

examining the conclusions to which those claims, if fully accepted, would lead. This Article does not make value choices, but only describes what are thought to be their consequences"

Herbert Packer, "The Limits of the Criminal Sanction", *Stanford University Press*, 82 (1968) 153

Malcolm Feeley, *The Process is the Punishment* (1992) p. 277 83

Doreen McBarnet, "False Dichotomies in Criminal Justice Research", in *Criminal Justice: Selected Readings* (Baldwin & Bottomley eds, 1978) 31 84

John Griffiths, "Ideology in Criminal Procedure or a Third 'Model' of the Criminal Process", 79 *Yale L.J.* (1970) pp. 359, 367, 371-373 85

A. Sanders, "Thinking About Criminal Justice", in *Criminal Justice in Crisis* (M. McConville & L. Bridges, Eds, 1994) 141 86

Douglas Evan Beloof, "The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model", *Utah. L.R.* (1999) 289 87

לצרכיו ולזכויותיו בהליך הפלילי שינתה את דפוסי החשיבה של העוסקים בתחום הפלילי והולידה צורך להכיר בעוד מודל – "מודל השתתפות נפגע העבירה" (The Victim Participation Model). שחקן חשוב זה במגרש המשפטי חייב מערכת שונה של שיקולים ואיזונים, אשר אינם מתיישבים על נקלה עם המודלים של פקר.⁸⁸

2. ניתוח מגמות שנת המשפט תש"ע בראי המודלים של פקר

שתי המגמות המתוארות ברשימה זו נדמות כאמור לעיל כעולות בקנה אחד עם האינטרסים הערכיים העומדים בבסיס כל אחד מן המודלים של פקר. מגמת הגברת ההרתעה והאכיפה בתחום דיני העונשין נראית תואמת את מודל מיגור הפשיעה שהציע פקר. לעומת זאת מגמת הרחבת ההגנה החוקתית על זכויות הנאשם בהליך הפלילי נראית תואמת את מודל ההליך ההוגן. בניגוד לפקר, אשר זיהה את האינטרסים הערכיים העומדים בבסיס כל אחת מן המגמות כאינטרסים "מתנגשים", אנו סבורים כי ניתן להתבונן על אינטרסים אלה כ"משלימים" זה את זה בהליך פלילי מורכב שמבקש לקדם ערכים שונים בעת ובעונה אחת. הנטייה להרחיב את השימוש במשפט הפלילי ולהפכו כלי התמודדות עם תופעות הנתפסות אנטי-חברתיות איננה מערערת (למצער, באותם מקרים שבהם נטייה זו מוצדקת) את הנכונות להקפיד על הגינותו של ההליך הפלילי ועל הצורך להעלות על נס את זכויות הנאשם. נהפוך הוא: חיזוק מגמה אחת עשוי להזין בעקבותיו חיזוק המגמה האחרת משום הצורך לשמור על איזון ראוי בתוככי הליך רב-ממדי, וזאת באמצעות שימוש בחיזוקה של כל מגמה כ"בלם" לחיזוק המגמה האחרת.

המציאות הישראלית בשנה האחרונה לימדה על מעורבותן של שתי הרשויות – המחוקקת והשופטת – ביישום המגמות המתוארות. הגם שככלל עוסקים המחוקק ובתי המשפט בקידום שתי המגמות המתוארות – הן בפיתוח זכויות והן בפיתוח הסדרים או דוקטרינות שתכליתן חיזוק האכיפה – השנה הסתמנה מעין "חלוקת תפקידים". התבוננות בחידושים שסקרנו לעיל מלמדת כי כל אחת מן הרשויות משליכה את עיקר יתרה על פיתוח ויישומה של מגמה אחרת: המחוקק היה טרוד בעיקר בעשייה העולה בקנה אחד עם מודל מיגור הפשיעה, ואילו בתי המשפט שקדו על פיתוח זכויות הנאשם, הנגזרות מן הזכות החוקתית להליך הוגן, ברוח עקרונות מודל ההליך ההוגן. פקר לא הקנה משמעות במסגרת התאורטית שהציע לשאלת תפקידם של השחקנים המוסדיים השונים (המחוקק מחד ובתי המשפט מאידך) בחיזוקן וביישומן של המגמות האמורות.

88 עוד מלומדים הצביעו על אינטרסים ערכיים הנוגעים למעמדם של נפגעי עברה בהליך הפלילי ככאלה המחייבים להוסיף על המודלים של פקר עוד רובד. ראו למשל: חגית לרנאו, "יישום מבחין – תיאוריה ומעשה בתחום סמכויות החקירה וזכויות החשודים", עלי משפט ו (תשנ"ז) 105; Kent Roach, "Four models of the criminal process", 89(2) *Journal of*; 105 *criminal law & criminology* (1999) 671.

לנו נדמה כי אפשר להסביר את המציאות המתוארת בעיקר באמצעות שיקולים פרקטיים, לרבות שיקולים הנוגעים לתהליכים המתחוללים בשנים האחרונות בכל הנוגע לקידום הפרויקט החוקתי בישראל, כפי שנסביר להלן.

אין זה מפליא כי המחוקק בחר השנה לרכז את עשייתו בעיקר ביצירת עברות חדשות ובהחמרת הענישה על עברות קיימות כ"מענה" שנתפס כ"צורך השעה" לתופעות הנתפסות בציבוריות הישראלית כ"מכת מדינה". פעילות פרלמנטרית כזו גוררת אחריה במקרים רבים הסכמה רחבה ולפיכך אינה מערימה קשיים בקידום הליכי החקיקה. לעומת זאת פיתוח זכויות הנאשם כנגזרת מן הזכות החוקתית להליך הוגן כזכות יסוד הראויה להיות מעוגנת בחוק יסוד מותנה בקידומו של הפרויקט החוקתי בכללותו או למצער בקידומו של "חוק-יסוד: זכויות במשפט"⁸⁹. הצעה זו היא נדבך במאמץ הכולל להשלים את חוקתה של מדינת ישראל.⁹⁰ במסגרת הצעה זו אמורות להיחקק בחוק יסוד הוראות בעלות תוקף חוקתי המסדירות את זכויותיהם של עצורים, חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. סעיף 8 להצעת "חוק-יסוד: זכויות במשפט" מבקש לעגן את הזכות להליך הוגן כזכות יסוד חוקתית. פרויקט עקרוני ורחב שכזה הוא מטיבו כר פורה למחלוקות ולניגודי עמדות בין גורמים פרלמנטריים שונים, המסכלים את התקדמותם של הליכי חקיקה בנושא. על רקע האמור אך טבעי הוא כי לנוכח אולת היד של המחוקק ולנוכח החקיקה המחמירה בדין הפלילי המהותי לבתי המשפט לא הייתה בררה אלא להרים את הכפפה בשנים האחרונות בכל הנוגע לפיתוח וליישום זכויות חוקתיות של נאשמים בתחום הדיוני. במובן זה נדמה כי שתי המגמות הסימולטניות המשתלבות במסגרת התאורטית שהציע פקר מספקות מודל מעניין לבחינת יחסי הגומלין בין הרשות המחוקקת לבין בתי המשפט בכל הנוגע לקידום המשפט הפלילי ולפיתוחו. בכל הנוגע ליחס שבין הרשויות ולתפקידן ביישום המגמות האמורות אנו עדים לדינמיקה של "השלמה", אשר עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות במשפט הפלילי (שהרי עיקר הפיתוח הפסיקטי נוגע לזכויות נאשמים ולא להוראות המגבילות את זכויותיו).

ראוי להוסיף כי בדומה לחלק ממבקריו של פקר – אנו מסכימים כי אין ביכולתם של המודלים שהציע כדי למצות את המציאות המורכבת של המשפט הפלילי, שבמסגרתה אינטרסים ושיקולים רבים אחרים מוצאים את ביטולם בהליך הפלילי. מעניין כי אף ששתי המגמות הכולטות שתיארנו בסקירה זו מקיימות מתאם, במידה זו או אחרת, עם כל אחד מן המודלים של פקר, בד בבד מתקיימות במשפט הפלילי בישראל בשנים האחרונות מגמות נוספות הנוגעות להכרה במעמדם של נפגעי עברה ולהטמעתו ההולכת

89 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ס"ח תשנ"ב 2256.

90 ראו: דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, שם: "חוק היסוד המוצע נדון בשעתו באופן יסודי בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אך מלאכת חקיקתו לא הושלמה; בעת כהונתה של הכנסת ה-14, נערכו במשרד המשפטים דיונים מעמיקים על-מנת להניח את חוקי-היסוד על שולחן הכנסת – אך הקדמת הבחירות מנעה זאת; כעת מוצע לחדש את הליך החקיקה ולקדמו, כחלק מן המאמץ הכולל להשלים את חוקתה של מדינת ישראל".

וגוברת של מכניזם הסדרי הטיעון. מציאות זו תואמת את הביקורות שהובעו בכתיבה על אודות מסוגלותם המוגבלת של שני המודלים שהציע פקר להכיל את היבטיו הרב-ממדיים של המשפט הפלילי בכללותו. שנת המשפט האחרונה לימדה כי מגמת השתלבותו של נפגע העברה במסגרת האינטרסים השונים במשפט הפלילי ממשיכה להרחיב את היקף השיקולים המשפיעים על מערכת אכיפת החוק. כמו בשנים האחרונות גם בשנה זו ניתן למצוא פסיקות המתייחסות למעמדו של נפגע העברה ומבקשות ליישם את הזכויות המוקנות לו.⁹¹ אף מוסד הסדרי הטיעון ממשיך לצבור כוח ומלמד כי המציאות המשפטית במרביתם של המקרים מכתובה מפגש רצונות בין שני צדדים – המאשימה מחד והנאשם מאידך – לשם קידום אינטרס משותף – מפגש אשר על פי המודלים של פקר אינו מעשי.⁹² ברשימה זו בחרנו להתמקד בסקירת שתי המגמות הבולטות שאפיינו את שנת המשפט הנוכחית, אך התבוננות רוחבית על השנים האחרונות בהחלט מלמדת על עוד מגמות המתרחשות לצד שתי המגמות העיקריות שבהן מתמקדת רשימתנו.

סיכום

ברשימה זו סקרנו את החידושים השונים בתחום החקיקה והפסיקה בשנת תש"ע. החידושים הוצגו על ידינו, ברוח מאמרו של פקר, כשתי מגמות דיכוטומיות העלולות להיתפס כנוגדות האחת את רעותה, כשם שבחר להציגם פקר במחקרו הקלסי. כפי שביקשנו להראות, גם אם שתי המגמות הבולטות המאפיינות את שנת המשפט האחרונה אינן חופפות לחלוטין את שני המודלים שהציע פקר, הן משתלבות במערכת הערכים הכללית שמייצג כל אחד מן המודלים. שנת המשפט האחרונה הוכיחה, כפי שטענו, כי שתי המגמות הללו אכן יכולות לדור בכפיפה אחת, וכי קידום סימולטני של ערכים המשתקפים בכל אחת מהן אינו סותר את מכלול הערכים המרכיבים את ההליך הפלילי רב-הממדים כי אם משלימו. זיהוי המגמות כמשלימות ולא כסותרות נובע מבחירתנו לזנוח את ההתבוננות על ההליך הפלילי כעל הליך צר ודיכוטומי שבמסגרתו מתחרים ערכים שונים זה מול זה, בדמות "משחק סכום אפס". חרף זאת הצענו לאמץ התבוננות רחבה המזהה את מכלול האינטרסים המיוצגים בהליך הפלילי כערכים משלימים באופן

91 ראו למשל: בג"ץ 5961/07 פלונית נ' שנדר (פורסם בנבו) פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 1801/10 עזבון המנוח מנהל פאהום ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו), פסקה 5 לפסק הדין.

92 ראו לאחרונה: ממצאי מחקרם של אורן גזל ואבישלום תור, "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות", משפטים לט(1) (תשס"ט) 115, שלפיהם כ-77% מהתיקים בבתי המשפט המחוזיים מסתיימים בהסדרי טיעון, ושיעורם בבתי משפט השלום גבוה אף יותר.

שפיתוח האחד אינו מבטל את פיתוח האחר. ברוח זו גרסנו כי הנטייה לעשות שימוש במשפט הפלילי ככלי התמודדות עם תופעות הנתפסות אנטי-חברתיות איננה מבטלת (למצער, באותם מקרים שבהם נטייה זו מוצדקת) את הנכונות להקפיד על הגינותו של ההליך הפלילי ואת הצורך להרחיב את ההגנה על זכויות הנאשם. ענישה היא לעתים אקט הכרחי כתגובה למעשה אנטי-חברתי. בכך אין כדי לשלול את המגמה של חיזוק הזכויות המוקנות לנאשם.

עוד הראינו כי כל אחת מן המגמות פותחה השנה בעיקר על ידי אחת מבין שתי הרשויות – המחוקקת והשופטת. המחוקק היה טרוד בעיקר בעשייה העולה בקנה אחד עם מודל מיגור הפשיעה, ואילו עיקר ייחוסם של בתי המשפט הושלך על פיתוח זכויות הנאשם, הנגזרות מן הזכות החוקתית להליך הוגן, ברוח עקרונות מודל ההליך ההוגן. הצענו להסביר מציאות זו באמצעות שיקולים מוסדיים הנוגעים לקשיים השונים המונעים קבלתם של חוקי יסוד חדשים בישראל, כגון חוק-יסוד: זכויות במשפט, ובאמצעות הצורך מצד בתי משפט למלא חלל שהמחוקק לא עסק במילויו.

אנו סבורים כי המגמות המתוארות ברשימה זו, הן קביעת עונשים חמורים בגין עברות בעלות הד ציבורי נרחב והן חיזוק מעמדן של זכויות הנאשם להליך הוגן, תמשכנה לתת את אותותיהן גם בשנים הבאות. זאת, לצד מגמות אחרות שעניינן ביסוס והרחבת זכויותיהם של נפגעי עברה והרחבת השימוש בפרקטיקת הסדרי הטיעון, אשר בהן לא עסקנו ברשימה זו.