

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

אסף הרדוף*

חרף האפשרות להעלות לא רק טיעונים עובדתיים בתיקם, אלא גם טיעונים משפטיים שמשליכים על האפשרות להרשיעם, נאשמים רבים מודים בבית המשפט. תגובתו המיידית של בית המשפט היא הרשעתם, אף שייתכן למשל שיסודות העברה אינם עולים מכתב האישום. התנהלות כזו היא מגמה רחבה, תופעה שהמאמר מכנה "משפט פלילי פיקטיבי". אף שהיא עולה בשלושת מישורי המשפט הפלילי – המהותי, הראייתי והדיוני – היא קשה במיוחד באשר למהותי והקוגנטי. כשאדם מודה ומורשע בעבירה שיסודותיה אינם משתקפים מכתב האישום, עולות בעיות שונות: חוסר סמכות מהותית בהרשעתו, עוול לנאשם או לציבור בתיוגו הפלילי המסולף, ומה שהמאמר מכנה "שקר משפטי", תוצר הנוגד את הדין. כאשר נאשמים אחרים באישומים דומים נוהגים באופן דומה, עלול להיווצר אפקט מעצב דין: ריבוי ההודאות וההרשעות האוטומטיות עלול להשליך בעקיפין על נאשמים עתידיים באישומים דומים. הסיכוי לזיכוי משפטי עתידי באישומים כאלו מצטמצם מאוד עם כל הודאה והרשעה. המאמר מזהה את התופעה ומציע לה פתרונות מכיוונים שונים: התנהלות סנגוריאלי אסטרטגית, רפורמה חקיקתית, מודעות שיפוטית ותשומת לב אקדמית. על מערכת המשפט לעצב את הדין כעניין נורמטיבי ערכי ולא כתוצאה של מומנטום ודינמיקה בין תביעה לבין סנגורים.

א. מבוא. ב. "משפט פלילי פיקטיבי" – הצגת התופעה; 1. רקע; 2. אינוס מקוון; 3. מעשה מגונה מקוון; 4. עבירות תועבה מקוונות; 5. הטרדה מינית מקוונת; 6. המחשה מהחלל הפיזי. ג. ביקורת משפטית; 1. מבוא; 2. חוסר סמכות; 3. עוול לנאשם ופגיעה בציבור; 4. אמת משפטית ושקר משפטי; 5. עקרונות, אמת, צדק וערכים מול יעילות. ד. כיוונים לשיפור; 1. מבוא; 2. פיקוח ושיפור סניגוריאלי; 3. שינוי חקיקתי; 4. שינוי דיוני מעשי; 5. תשומת לב אקדמית. ה. סיכום.

* מרצה בכיר, דוקטור, המכללה האקדמית צפת; מרצה מן החוץ, המסלול האקדמי המכללה למינהל. לשעבר תובע וסניגור בפרקליטות הצבאית. בין היתר מלמד דיני עונשין, סדר דין פלילי ודיני ראיות. תודה רבה לפרופ' רינת קיטאי-סנג'ור, למערכת "המשפט" ולקורא האנונימי על הערות מעולות שהביאו לשיפור המאמר, לעורכת המשנה אביטל עמרני על הליווי הנהדר ולעורכת הלשונית אמירה כהן. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. שמו המקורי של המאמר, שאליו הפנית בכתביה קודמת, היה "ראש קטן, הלכות גדולות: סניגוריה בשירות התביעה". מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

א. מבוא

אדם עומד לדין, בתיקו ניתן להעלות טיעונים משפטיים שמשליכים על האפשרות להרשיעו: מכיוון הדין המהותי, למשל אי-התקיימות יסודות העבירה; מכיוון הדין הדיוני, למשל פרקטיקה משטרית בעייתית; מכיוון הדין הראייתי, למשל ראיה מרכזית פסולה; ואפילו מכיוון הדין החוקתי, למשל צמצום תחולתו של האיסור הפלילי. בין שהוא מבין שניתן לטעון משפטית לטובתו ובין שלא, הנאשם מודה. תגובתו המיידית של בית המשפט היא הרשעתו, אף שיתכן למשל שלא התקיימו יסודות העבירה או שהאישום מבוסס על ראיות פסולות. התנהלות כזו אינה נדירה, אלא היא בגדר מגמה; תופעה שאכנה "משפט פלילי פיקטיבי". אף שהבעיה עולה בשלושת מישורי המשפט הפלילי (ומן הסתם גם בענפי משפט אחרים) – המהותי, הראייתי והדיוני – היא קשה במיוחד באשר למישור המהותי, שבו אתמקד. דין זה אינו מאפשר הנחות, תרתי משמע, ואינו מאפשר להסתפק בדגל הלבן שמניף הנאשם. כשאדם מודה ומורשע בעבירה שיסודותיה אינם משתקפים מכתב האישום, עלות בעיות שונות. האחת היא חוסר סמכות מהותית בהרשעתו. השנייה היא עוול לנאשם ולציבור: תיוגו של אדם בעבירה תחת יסודות שאינם מתקיימים פוגעת לעיתים בנאשם ולעיתים בציבור, באשר ההרשעה משקפת תווית לא-מדויקת, לרעת הציבור או לרעת הנאשם. השלישית היא יצירת מה שאכנה "שקר משפטי", תוצר הנוגד את הדין. בהמשך, לצד חבריו הנוהגים כמוהו ויחד עמם עלול הנאשם לתרום לאפקט מעצב דין: לא במקרה הפרטי ולחובתו, אלא לחובת נאשמים עתידיים במקרים דומים, אפילו כאלו שביקשו לכפור. הדגל הלבן של ההגנה והתגובה האוטומטית השיפוטית עלולים להשליך בעקיפין על נאשמים אחרים ועל האפשרות לעיצוב הדין והיווצרות דין פלילי נוהג, שהסיכוי המעשי להפכו בטיעון משפטי מצטמצם עם כל הודאה והרשעה נוספות. נאשמים עתידיים לא יזכו בהזדמנות אמיתית לטיעונים המשפטי, ובית המשפט לא יזכה בשיקול דעת חופשי, אלא ייאנס להנציח משפטית את המשפט הפיקטיבי. תופעה זו היא פן נוסף של תופעה רחבה מטרידה ומוכרת, והיא – העדפת יעילות על פני עקרונות, אמת וצדק.

אפתח בהצגת המשפט הפלילי הפיקטיבי, בדגש על הדין המהותי ובהמחשה לגבי סוגיה אקטואלית ומעניינת – עבירות המין המקוונות. אציג המחשות מגוונות מהדין המהותי והמחשה מכיוון הדין הדיוני והראייתי. לסיום אראה שהתופעה קיימת גם לגבי עבירות מין בחלל הפיזי.

בחלק השני אבקר את המצב הקיים ואצביע על הבעיות שלעיל, כל אחת בנפרד. אפתח בטענה שהרשעת נאשם בעבירה שיסודותיה אינם משתקפים מהאישום שבו הודה היא חסרת סמכות. אמשיך ואתאר פגיעות דומות ומשלימות – לעיתים בנאשם ולעיתים בציבור – שעולות מהרשעה כאמור, בניגוד לתווית המשפטית המדויקת. עוד אסקור את הבעיה של יצירת "שקר משפטי", שלעומת רעיון "האמת המשפטית" ההכרחי הוא בעייתי ומזיק. אסיים בראיית הבעיה בהקשר רחב יותר: הנטייה המערכתית אחר יעילות גם על חשבון עקרונות, אמת וצדק.

בחלק השלישי והאחרון אציע כיוונים מגוונים לצמצום הבעיה. פיקוח והעשרה של הסניגוריה יתרמו להגנה טובה יותר ולנאשמים שיוכלו לממש את האוטונומיה שלהם ולבחור מדעת בקו ההגנה הרצוי להם. המחוקק עשוי לצמצם חלק ניכר מהבעיה ביצירת שני מסלולים

פסיכויזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

נפרדים להליך הפלילי, שינוהלו בידי גורמים מומחים, מי לסיום ומי לכפירה. בית המשפט יגביל את ההשלכות האפשריות של התופעה באמצעות צמצום מפורש של יומרות פסק הדין. האקדמיה תאיר גם על אזורים חשוכים יחסית בשדה המשפט, כאלו שהאדוורסריות אינה מיטיבה להאיר עליהם בעצמה. אסיים את המאמר בהצבת הבעיה בהקשר רחב יותר, כליקוי בשיטת המשפט האדוורסרית.

ב. "משפט פלילי פיקטיבי" – הצגת התופעה

1. רקע

אפתח בהצגת "המשפט הפלילי הפיקטיבי": משפט פלילי שבסיסו הסכמה אף שלכאורה ניתן להציג קושיות משפטיות לגביו, להבדיל מקושיות עובדתיות. לא אבקש לבסס את הקושיות באופן עצמאי, קרי: לנמק מדוע אין זה ראוי להרשיע במצבים שיפורטו. אסתפק ואעלה תהיות קצרות כדי ללמד על הקושי, לעיתים בהפניה למחקרים לביסוס התהיות. כשהשורה התחתונה דווקא נראית אינטואיטיבית, אראה בקצרה שאינה כזו. יש שהשורה התחתונה תביא מיד להרמת גבות מצד הקורא המשפטן ואף מצד ההדיוט.

לא אתיימר לבסס את התופעה במחקר אמפירי, אלא אסתפק בדוגמאות בולטות בסוגיות חשובות. כחוקר ומרצה בתחום המשפט הפלילי בכלל ובפשע המקוון בפרט, אציג דוגמאות שבהן נתקלתי במסגרת עבודתי. אף שאיני בפרקטיקה כעשור ומחצה, ריבוי הדוגמאות מלמד בעיניי, שלא ניתן לפטור אותן כתופעה ספורדית או זניחה. התופעה מתחילה בערכאות הדיוניות אך זולגת לבית המשפט העליון, בעיקר בדיוני ענישה, וכפי שאבקש לטעון בהמשך, עלולה להשליך גם בהכרעות דין.

אתמקד בעבירות מין ברשת, סוגיה חשובה ומאתגרת: חשובה, כי הפגיעות שמגולמות קשות ומכוערות במיוחד, והעבירות אף הן חמורות, ואינן עוסקות בשולי המשפט הפלילי; מאתגרת, כי החקיקה הישראלית הפלילית בנושא קפאה על שמריה ולא הותאמה לצורכי השעה, מגמה רחבה שיצרה פער בין לשון החוק לבין המציאות המודרנית.¹ עבירות המין ברשת ממחישות את עומק הבעיה ורוחבה.

2. אינוס מקוון

בדצמבר 2011 הוגשו בישראל שני כתבי אישום שחשפו תזה חדשנית, שלפיה ניתן לאנוס אישה מרחוק, באמצעות תקשורת בלבד, בהנעתה לאונן.² בשנת 2012 שבה התזה התביעתית

1 אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיכויזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" (טרם פורסם) (להלן: הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר").

2 תפ"ח (מחוזי מר') 40230-12-11 מדינת ישראל נ' סבח (לא פורסם, 9.2.2012); כתב אישום בתפ"ח (מחוזי ת"א) 26810-03-11 מדינת ישראל נ' תלמיד (פורסם בנוב, 6.7.2011).

פעמיים.³ התיקים הללו תמו בהסדר טיעון. לרוב כלל ההסדר את מחיקת סעיף האינוס.⁴ בתיק עמוס באישומים כלל ההסדר הודאה בגרם אינוס במרמה.⁵ אף שבהמשך הדרך הביאו מעשים דומים להרשעה בעבירות פחותות,⁶ התזה התביעתית עלתה והתקבלה, בלי קרב, באביב 2016 בשתי הזדמנויות בולטות.⁷ התזה מעולם לא נדונה בהכרעת דין, לאחר כפירה משפטית מתמדת ושמיעת סיכומים בנושא המורכב.⁸ כך נולד האונס המקוון הפיקטיבי: הרשעות ללא ביסוס משפטי באחת העבירות החמורות בספר החוקים, ומבנה משפטי המפליא רבים משומעיו. כיאה לאיסור פלילי שבסמכות בית המשפט המחוזי, הגיעו חלק מהתיקים לבית המשפט העליון. בקיץ 2015 דן בית המשפט העליון בערעור על גזר דינו של הנאשם הראשון שהודה בגרם אינוס מרחוק. בית המשפט נמנע מהצגת הרטוריקה השיפוטית הסטנדרטית על החומרה היתרה שבה הוא רואה מעשי אינוס מכל עבירות המין; אך נמנע גם מהבעת התמיהה המתבקשת לגבי הפריסה הייצירתית של האיסור.⁹ לקראת סתיו 2016 דן בית המשפט העליון בערעור על אונס מרחוק באמצעות סחיטה, מקרה נדיר של אינוס מרחוק שנוגע לבגירה. גם

- 3 תפ"ח (מחוזי חי') 54911-03-12 מדינת ישראל נ' דנינו (לא פורסם, 28.2.2013); בש"פ 7873/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2012).
- 4 ביום 9.12.2012 הורשע סבח במעשים מגונים ובסחיטה באיומים, לאחר שהתביעה מחקה את סעיף האונס, ונשלח לשש שנות מאסר בפועל. ערעורו לבית המשפט העליון נדחה: ע"פ 538/13 סבח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.12.2013). דנינו הודה בכתב אישום מתוקן שעניינו מעשים מגונים, ונשלח לשנתיים מאסר בפועל. ערעורו לבית המשפט העליון נדחה: ע"פ 2656/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.1.2014).
- 5 תפ"ח (מחוזי מר') 28225-06-12 מדינת ישראל נ' ע.פ. (פורסם בנבו, 13.3.2013).
- 6 למשל ראו מקרה של נאשם שהתחזה ברשת והביא קטינה לאונס: ת"פ (מחוזי חי') 38533-03-12 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 29.9.2013). ערעורו על עונשו נדחה: ע"פ 6703/13 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.1.2014). ראו גם ת"פ (שלום כ"ס) 9326-07-11 מדינת ישראל נ' נסים (פורסם בנבו, 9.4.2012); עפ"ג (מחוזי מר') 13982-05-12 נסים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.10.2012).
- 7 טמסוט, מתנדב במשטרת התנועה, הודה והורשע בעבירות מין מקוונות ככעשר ילדות ונערות: גרם אינוס, גרם בעילה אסורה ומעשה מגונה. דינו נגזר ל-6.5 שנות מאסר: תפ"ח (מחוזי חי') 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט (פורסם בנבו, 28.3.2016). ראו גם אסף הרדוף "מועדות למודעות: והיא בכלל לא ידעה שהיא קורבן בעקבות תפ"ח 9232-07-15 מדינת ישראל נ' טמסוט" "המשפט" ברשת: זכויות אדם 57 (2016) 1 www.colman.ac.il/sites/default/files/sum_0.pdf; גברילוב הודה והורשע בשורה יוצאת דופן באורכה במעשי גרם אינוס מרחוק, גרם מעשה סדום מרחוק, גרם מעשה מגונה מרחוק ושפע עבירות חמורות נוספות, כחמישים סעיפי אישום, ודינו נגזר ל-18 שנות מאסר: תפ"ח (מחוזי מר') 34838-04-15 מדינת ישראל נ' גברילוב (פורסם בנבו, 11.4.2016).
- 8 עניין דנינו, לעיל ה"ש 3. במסגרת דיון בבקשת מעצר עד תום ההליכים, קיבל השופט המחוזי שפירא ביום 7.5.2012 את התזה שמדובר באונס, אך גם הביע הסתייגויות מחוסר הפרופורציה שבדבר. טענה מקדמית נגד אישום בגרם אונס נדחתה בניתוח קצר בבית המשפט המחוזי: תפ"ח (מחוזי ת"א) 41309-12-14 מדינת ישראל נ' מורובטי (פורסם בנבו, 16.3.2015). ביום 8.7.2015 נגזר דינו של האחרון שהודה בהסדר טיעון באישום מתוקן, גרם מעשים מגונים בנסיבות מחמירות, ל-18 חודשי מאסר בפועל.
- 9 ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2015).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

הפעם הודגשה חומרת המעשה וגם הפעם לא הובעו תהיות על פרדיגמת אונס חדשה.¹⁰ הבעת תהיות לא עלתה שם גם בזווית דומה, גרם מעשה סדום מרחוק וגרם בעילה אסורה בהסכמה מרחוק.¹¹

הסיפור מתחיל מאישומים חדשניים בפרקליטות. הנאשמים הראשונים הגיעו להסדרי טיעון שכללו את מחיקתם והסתפקות בעבירות חמורות פחות, מה שהותיר תחושה שהתזה נועדה לתמרץ נאשמים להגיע להסדר ולהודות באישום מופחת, "האשמת יתר אנכית".¹² מי שכתב האישום נגדו היה עשיר במיוחד היה נכון להודות בגרם אינוס כדי להגיע להסדר טיעון מוצלח. מאוחר יותר החלו נאשמים להודות גם הם באישום החמור, תוך שקצרו הישגים אחרים מההסדר. הנאשם מודה; בית המשפט המחוזי מרשיע; הדיון עובר משאלת התיוג לשאלת הענישה; ושם הוא נותר גם בבית המשפט העליון.

אמנם פריסת עבירת האינוס במצב כזה אינה מופרכת, אך ודאי רחוקה מאוד מאינטואיטיבית ומובנת מאליה. התביעה ייצרה גרסה חדשה בקנה מידה גלובלי לאחד האיסורים הקשים ביותר מבחינה משפטית וחברתית. האם עבירת האינוס יכולה וראויה לכסות תקשורת מרחוק? האם לשונו של הסדר שנוסח עבור מציאות פיזית מתאימה עבור ההתפתחויות הטכנולוגיות הטורדניות? האם ההיסטוריה מרמזת שלשם כיוון המחוקק? האם תכלית האיסור מתאימה להתייחס לתקשורת מרחוק? השאלות מורכבות מאוד.¹³ מורכבות זו טרם נדונה בהכרעת דין בבית משפט מחוזי ובוודאי לא בהכרעת דין בבית המשפט העליון. גם ללא דיון במהות, התגבשה הלכה למעשה שורה משפטית תחתונה: ניתן לאנוס מרחוק בתקשורת. כעובדה, כמה נאשמים הורשעו בכך. חלקם עברו – גם אם רק לכאורה – אפילו את המסגרת השיפוטית העליונה.

מרתק לראות את ההנמקה בעניין מורובטי,¹⁴ היחיד שבו עלתה קריאת תגר על האישום במסגרת ניהול ההליך. בהחלטתו הקצרה הפנה בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון, לעניין דנינו (פלוני), שלדבריו הודה והורשע בגרם אינוס וגרם מעשה מגונה,¹⁵ בגרמו למתלוננות לבצע את העבירות בעצמן. בית המשפט המחוזי ציטט מדברי השופט הנדל על חומרת המעשים ועל האתגר המשפטי שיוצר הפשע המקוון, והפנה גם להחלטת מעצר שדנה בשאלה בקצרה באותו עניין.¹⁶ במילים אחרות, הודאתו של דנינו ייצרה דיון ענישה שהפך

- 10 ע"פ 8720/15 מדינת ישראל נ' פינטו (פורסם בנבו, 11.9.2016).
- 11 ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2013); רע"פ 3804/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.5.2016) (להלן: רע"פ 3804/15).
- 12 עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם 161–164 (2010); יוסף זוהר ומוטי מיכאלי "משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון" עלי משפט יא 153, 165–166 (2014).
- 13 אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האונס, מטרתם וגבולותיהם" עלי משפט יג 65 (2016).
- 14 עניין מורובטי, לעיל ה"ש 8.
- 15 הגם שדנינו כזכור לא הורשע בעבירות אינוס.
- 16 עניין מורובטי, לעיל ה"ש 8. בית המשפט המחוזי הפנה גם לקביעות שיפוטיות בדבר האפשרות להרשיע במעשה מגונה בלי מגע כסימוכין לכך שניתן להרשיע גם באינוס בלי מגע.

לחלק מהרטוריקה המפורשת בדחיית טענתו של מורובטי לגופה.¹⁷ זו המחשה נאה כיצד שפת הענישה משפיעה על שפת ההרשעה. בהמשך אשער שגם ללא רטוריקה כה מפורשת, יש לשפת הענישה השפעה עקיפה וסמויה.

3. מעשה מגונה מקוון

כמו עבירת האינזוס, גם עבירת המעשה המגונה נפרסה על העולם המקוון, הרחק מכוונת ההיסטורית והפיזית. בשנת 2008 הורשע ליאור לפי הודאתו במעשה מגונה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, עבירה שדינה שבע שנות מאסר.¹⁸ השופטת נחמן לא הביעה תהיות על פריסתה החדשה של עבירת המעשה המגונה באדם.

מנגד, קרבות משפטיים דווקא נערכו, הן בעניין התחולה של המעשה המגונה באדם והן בעניין התחולה של עבירת המעשה המגונה בפני אדם. לגבי הראשונה, בעניין לינג קבעה שופטת שלום בשנת 2011 שניתן להחיל את איסור המעשה המגונה באדם גם לגבי שיחת טלפון בין בגיר לילדה.¹⁹ בהמשך השנה קבע שופט שלום שלא ניתן ולא ראוי להחיל את האיסור על מילים, אפילו מילים מכוערות בין אב לבתו הקטינה, ושאינן סיכוי לקבלת הפרשות התביעתית; פסק דין לינג בוקר בחריפות תוך התראה מהתרחבות העבירה עד לבלי די.²⁰ בשנה שלאחר מכן פסק שופט שלום אחר שדווקא ניתן להחיל את האיסור אפילו לגבי שליחת סרטים מיניים לבגירה ללא הסכמתה בדואר אלקטרוני.²¹

לגבי השנייה, בשנת 2010 נדחה ערעורו של חיים על הרשעתו בניסיון למעשה מגונה בפומבי לפי סעיף 349(ב) לחוק העונשין; זאת, בעניין התפשטותו מול המצלמה ואוננותו מול מי שסבר שהיא בת 13, אך למעשה הייתה תחקירנית ערוץ 10.²² בשנת 2011 זוכה אדלר מניסיון למעשה מגונה בפומבי, בנוגע לצ'אט במסנג'ר, אף שמבחינה משפטית פסקה שופטת השלום שדווקא ניתן לפרוס את האיסור על מצב כזה.²³

אם כן, להבדיל מתזת האינזוס מרחוק, שמעולם לא תמה בהכרעת דין מנומקת, תזת המעשה המגונה דווקא תמה בהכרעות דין מנומקות, בערכאות דיוניות, שפירשו אותה בהקשרים שונים

17 הגם שהאחרון לבסוף הורשע בהסדר במעשים מגונים בלבד, מה שמעלה תהיות על עמדת התביעה.

18 ת"פ (שלום ראשל"צ) 2225/07 מדינת ישראל נ' ליאור (לא פורסם, 25.6.2008). בהסדר טיעון נגזרו עליו שלושה חודשי עבודות שירות ופיצוי כספי למתלוננת.

19 ת"פ (שלום ראשל"צ) 41544-04-10 מדינת ישראל נ' לינג (פורסם בנבו, 30.5.2011).

20 ת"פ (שלום כ"ס) 5503-02-10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.9.2011). בסופו של דבר גזר השופט דווקא עונש חמור של 26 חודשי מאסר בפועל בגין האיסורים האחרים שגולמו במעשה.

21 ת"פ (שלום טב) 12897-10-11 מדינת ישראל נ' סטרול (לא פורסם, 20.12.2012).

22 ההגנה טענה שלא התקיים הרכיב העובדתי "בפני אדם", ולאחר דחיית טענה מקדמית זו הודה הנאשם. בערעור שב וטען כאמור, אך נדחה: ע"פ (מחוזי ת"א) 7476/09 חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2010).

23 ת"פ (שלום פ"ת) 13384-02-09 מדינת ישראל נ' אדלר (פורסם בנבו, 23.6.2011).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

ובאופן שונה. בית המשפט העליון דן באיסור המעשה המגונה באדם מחוץ להקשר המקוון והרחיב את האיסור בשנת 2011 כדי לכלול לראשונה גם מעשה מגונה שאינו מגע,²⁴ הרחבה שנמשכה גם בשנת 2012²⁵ ובשנת 2013.²⁶ המקרים הללו כללו קרבה פיזית ממשית לקורבן וחלקם גם מגע פיזי נגד קטינים ובני חסות. עם זאת, בית המשפט העליון מעולם לא הכריע דין ומעולם לא קבע שניתן לבצע מעשה מגונה באדם מרחוק באמצעות תקשורת.²⁷ איני מכיר אפילו הלכה של בית המשפט המחוזי שקובעת כאמור, אלא רק פסיקה בשלום, לכאן ולשם. למרות זאת, הרשעה במעשה מגונה דרך האינטרנט היא תופעה לא-נדירה ונובעת בעיקר מהודאת נאשמים. כמתואר בפרק ב.3, חלק מהנאשמים באיננוס מרחוק הודו לבסוף במעשה מגונה באדם מרחוק;²⁸ אחרים הודו באיננוס לצד מעשה מגונה באדם מרחוק;²⁹ אחרים הודו במעשה מגונה באדם לצד עבירות אחרות,³⁰ או בניסיון למעשה מגונה באדם, בהינתן שפעלו מול סוכן משטרה ולא מול ילד.³¹ בית המשפט העליון דן בערעורי ענישה על הרשעה במעשה מגונה באמצעות האינטרנט. כמו בנוגע לאיננוס, הביע אמירות על חומרת המעשים; כמו בנוגע לאיננוס, לא תהה על הפרישה החדשנית של איסור שנולד עבור מציאות פיזית מאוד, אף שמדובר באיסור שהוחל רק על מצבי קרבה פיזית משך כל קיומו.³²

4. עבירות תועבה מקוונות

עבירות התועבה שבסעיף 214 לחוק העונשין נאכפות לא מעט בהקשר האלקטרוני, ובימינו כנראה רק בו. רבים מודים ומבקשים להימנע מהרשעתם, בקשה שלעולם כושלת, או להקל בעונשם.³³ חלקם אף הגיעו לבית המשפט העליון.³⁴

- 24 ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.9.2011). ההרחבה גובתה בידי כבוד הנשיאה דאז ביניש שדחתה בקשה לדין נוסף חרף חדשנות ההרשעה: דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2012).
- 25 ע"פ 9012/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2012).
- 26 שם, פס"ד 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.1.2013).
- 27 שם. בפרשה זו, שאינה קשורה לאינטרנט כלל, העירה השופטת ברק-ארז באמרת אגב על האפשרות לפרוש את העבירה גם בנוגע להתפתחויות טכנולוגיות. מסופקני אם נשמעו בתיק טיעונים מעמיקים בנושא לא קשור זה. ההשפעה הפוטנציאלית של אמרת אגב על עיצוב הדין המהותי מתקשרת למחקרי.
- 28 עניין סבח, לעיל ה"ש 4; ע"פ 2656/13, לעיל ה"ש 4.
- 29 ע"פ 707/14, לעיל ה"ש 9; עניין טמסוט, לעיל ה"ש 7; עניין גברילוב, לעיל ה"ש 7; רע"פ 3804/15, לעיל ה"ש 11.
- 30 ת"פ (מחוזי חי') 43954-04-13 מדינת ישראל נ' אילזרוב (פורסם בנבו, 18.3.2014); ע"פ 8797/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.1.2015); ת"פ (מחוזי חי') 17706-10-14 מדינת ישראל נ' זועבי (פורסם בנבו, 19.7.2015).
- 31 ע"פ 3576/14 מניס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.2.2016).
- 32 ע"פ 3023/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.2015).
- 33 לדוגמה: ת"פ (שלום פ"ת) 3555/05 מדינת ישראל נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 8.1.2007); ת"פ (שלום ב"ש) 3990/07 מדינת ישראל – פמ"ד נ' משיח (פורסם בנבו, 13.9.2010) (להלן: עניין משיח); תפ"ח (מחוזי מר') 37576-12-13 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.9.2014).

לצד רבים שהודו היו גם כמה שכפרו והעלו טיעונים משפטיים מגוונים בבתי משפט השלום: נגד חוקתיות האיסור בעניין מיל³⁵ נגד פרשנות רחבה למונח "תועבה" בעניין קורידו,³⁶ נגד פרשנות רחבה למונח "מפרסם" בעניין ברקאי³⁷ ובעניין פלוני,³⁸ בעד פרשנות רחבה למונח "באקראי ובתום לב" בעניין אלימלך³⁹ וגורביץ.⁴⁰ כולם כשלו.

סימני השאלה סביב העבירה רבים. המונח תועבה, שרחוק מלהיות שגור וחד בשפה המקובלת, מצד אחד, ואינו מוגדר בחוק העונשין, מצד אחר, לא הוגדר מעולם בישראל. בשני דיונים מנהליים אזכר בג"ץ את המונח, ב-1997 בעניין סטיישן פילם (צנזור סרט)⁴¹ וב-2004 בעניין ש.י.ן (חוקיות שידורי פלייבוי)⁴², אך לא סיפק לו הגדרה, ודאי לא כזו שתתאים לעידן הנוכחי. במרבית התיקים שסקרתי לעיל לא נדון המונח כלל, למעט באחד, שגם בו נמנע בית המשפט מלנסות להגדירו.⁴³ סבורני שאין זו הפרזה לטעון שאיש אינו יודע מה פשרו של מונח משפטי לא אינטואיטיבי זה. בכל זאת נאשמים רבים מודים ומורשעים. ניתן להציע פרשנות מצמצמת למונח – ודומני שכל פרשנות שהיא תהיה מצמצמת יותר מאשר אין-פרשנות – אפילו באשר לתיקים שהסתיימו בהודאה והרשעה ללא דיון.⁴⁴

גם לגבי היסוד "מפרסם" ניתן להעלות תהיות מצד ההיסטוריה החקיקתית לגבי משלוח בין שני מחשבים⁴⁵ ותהיות מצד התכלית לגבי הורדת קבצים כשיתוף קבצים.⁴⁶ תהיות מכיוון של

- בנפרד אזכיר את עניין פלוני: ת"פ (שלום ת"א) 7936/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.4.2009). תיק זה הסתיים בזיכוי גם בלי כפירה, עניין שמהווה אנטיזה למגמה שמאמרי דן בה ואשוב אליו בהמשך. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור הפרקליטות והרשיע מן הטעם שאין לזכות במצב כזה: ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.9.2009).
- 34 ע"פ 1269/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.12.2015); עניין כהן, לעיל ה"ש 6; ע"פ 8797/13, לעיל ה"ש 30.
- 35 ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006).
- 36 ת"פ (שלום ת"א) 6136/07 מדינת ישראל נ' קורידו (פורסם בנבו, 8.1.2008).
- 37 ת"פ (שלום חיי) 46429-10-10 מדינת ישראל נ' ברקאי (פורסם בנבו, 27.11.2011). ערעורו של ברקאי על העונש התקבל, ערעורו על ההרשעה נדחה. ע"פ (מחוזי חיי) 1191-04-12 ברקאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.8.2012). ברקאי הגיש בקשת רשות ערעור פלילי, אך הסירה לבסוף, כנראה בעידוד בית המשפט. לא ברור מה נטען בבקשה ומדוע תמה כך: רע"פ 8924/12 ברקאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2013).
- 38 ת"פ 19578-11-14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.3.2016). בהסכמת הצדדים נדחו הערעורים על הכרעת הדין ועל גזר הדין.
- 39 ת"פ (שלום חיי) 10672-12-08 מדינת ישראל נ' אלימלך (פורסם בנבו, 6.12.2010).
- 40 ת"פ (שלום נצ) 6961-09-08 מדינת ישראל נ' גורביץ (פורסם בנבו, 7.7.2011). ערעורו של גורביץ על הכרעת הדין נדחה. ראו ע"פ (מחוזי נצ) 490-08-11 מדינת ישראל נ' גורביץ (פורסם בנבו, 10.1.2012).
- 41 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997).
- 42 בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשווין ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).
- 43 עניין קורידו, לעיל ה"ש 36.
- 44 עניין כהן, לעיל ה"ש 6; עניין משיח, לעיל ה"ש 33; עניין ע"פ 1269/15, לעיל ה"ש 34.
- 45 עניין פוקסמן, לעיל ה"ש 33; ת"פ (שלום ת"א) 7936/07, לעיל ה"ש 33; לדיון ביקורתי מעניין בהקשר מקוון אזרחי של שיתוף וחיבוב בפייסבוק כפרסום ראו ת"א (שלום ת"א) 19430-03-14 נדיילי תקשורת בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 4.8.2016).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקך המשפטי

ניתוח פורמלי ונורמטיבי ואפילו חוקתי – אינן במחסור.⁴⁷ חרף הקושי לגבי תחולת האיסור, רבים מודים ומורשעים בלי ניתוח.

5. הטרדה מינית מקוונת

בפרשת ערוץ 10 נערך תחקיר טלוויזיוני לאיתור פדופילים: תחקירנים התחזו לילדות והמתינו לגברים שיפנו אליהם ויתקשרו עימם מינית, לקראת הגעה לפגישה למטרות מין. אלו שהגיעו לפגישה הואשמו בניסיון למעשה מגונה; בגין התקשורת המינית הואשמו כל הגברים בניסיון להטרדה מינית לפי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998; מרביתם הודו בסופו של דבר בהסדר.⁴⁸

עד לפרשה זו ומחוקן להקשר זה לא נתקלתי מעולם במונח "ניסיון להטרדה מינית". הטרדה מינית מוגדרת בסעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית: "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם שהראה למטריד שאינו מעוניין בהצעות האמורות". איך אפשר להיכשל בביצוע פעולה מילולית פשוטה? האישום אמור להביא להרמת גבות כשלעצמו. המגמה מתחזקת כשמדובר ב"הטרדה מינית בהסכמה". איש לא הוטרד מינית בפרשת ערוץ 10. ה"קרבות" לא ביקשו מהנאשמים להפסיק לשוחח על מין או להציע הצעות מיניות; ההרשעה שעונה על שיח מיני בהסכמה.

האיסור הכללי של הטרדה מינית מחייב את הקורבן להראות שאינו מעוניין, כעולה מסעיפים 3(א) ו-3(א)4. לגבי בני פחות מ-15, הקורבן אינו צריך להראות כאמור, כעולה מסעיף 3(א)6(א) לחוק להטרדה מינית: "המוטרד אינו צריך להראות למטריד שאינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות, באשר מדובר [...] או בקטין שטרם מלאו לו 15, ובלבד שהמטריד אינו קטין".

ניתן להציע לסעיף זה שתי פרשנויות: פטרנליסטית-מהותית, שאין לשוחח על מין עם ילדים מתחת גיל 15 גם בהסכמתם. לפי פרשנות זו, אין קושי בהרשעה. אולם ניתן להציע גם פרשנות חלופית, ראייתית: התביעה אינה נדרשת להוכיח שהילד הפגין חוסר עניין בהצעות המיניות, להבדיל מבן 15 ומעלה, אך עדיין צריך לחוות את ההטרדה שבהצעות ובהתייחסויות המיניות. כשבן 14 משתף פעולה בשיחה מינית, מבחינה מילולית אין זה פשוט לראות בו "מוטרד" דווקא, גם אם החברה מוטרדת מסיטואציה זו; ודאי קשה לראות כאמור תחקירנית המבקשת בשקריה להביא אדם לאמירות מיניות.

הנחת המוצא של החוק למניעת הטרדה מינית היא שלא ההצעה המינית כשלעצמה יוצרת הטרדה, אלא המשכיותה חרף חוסר הרצון בה: אין הטרדה מינית ללא מוטרד. מוטרד רגיל

46 עניין ברקאי, לעיל ה"ש 37.

47 אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209 (2015).

48 ראו למשל ת"פ (שלום ת"א) 8308/07 מדינת ישראל נ' דורה (פורסם בנבו, 9.7.2008); ת"פ (שלום ת"א) 8467/07 פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' פיטשון (פורסם בנבו, 4.1.2009); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1137/07 מדינת ישראל נ' בן גיא (פורסם בנבו, 18.11.2010); רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2014).

חייב להביע חוסר רצון מהמשך ההצעות המיניות; מוטורד מתחת גיל 15 אינו חייב להביעו, אך אפשר שהוא חייב לחוותו ובוודאי שלא לשתף פעולה עם המציע. לקו פרשני זה יש יסוד חקיקתי היסטורי.⁴⁹ אם הילד מעוניין בהמשך ההצעות, קשה לכנותו "מוטרד". לא כל מה שמטריד את החברה הוא פלילי, וכאשר מערכת המשפט מוטרת מסיטואציה מסוימת, עליה לתאר זאת היטב. האומנם החוק בא להגן על ילדים משיחה מינית שבה הם מעוניינים? החוק מניח שקטינים עוסקים בעצמם בשיחות מיניות עם ילדים, ומשום כך מחריג מסעיף 3(א)(6)(א) מבצע קטין. החוק למניעת הטרדה מינית מפרט את תכליתו בסעיף 1: להגן על כבוד האדם, חירותו ופרטיותו, ולקדם שוויון מגדרי.⁵⁰

החלת האיסור במצב כזה גולשת מההגנה הסטנדרטית על כבוד ופרטיות אל הגנה פטרנליסטית תקשורתית, שאינה עולה בבירור מהחוק ובוודאי אינה רלוונטית בעניין תחקירנית מתחזה. הרשעה בניסיון להטרדה מינית במצב כזה מגלמת הרחבה על הרחבה בדני העונשין, והכול לגבי עבירת עוון. הבסיס הוא האיסור של הטרדה מינית; עליו הרחבה ראשונה, הקונסטרוקציה הפטרנליסטית; עליה הרחבה נוספת, מכשיר הניסיון; ועליה הרחבה שלישית, רעיון הניסיון הבלתי-צליח, משום שבאותם מקרים לא היו ילדים כלל, רק תחקירנים. כמובן, איני מעלה טיעון שבלתי-אפשרי לפרוש את החוק גם במצב של הסכמה ובמצב של קורבן פיקטיבי; אני טוען שניתן לגרוס שפרישה כאמור אינה נכונה ואינה ראויה, ושתזה זו ראויה להכרעה שיפוטית. במצב ששתי פרשנויות אפשריות מבחינה מילולית ותכליתית, הרי שכמצוות סעיף 34כא. לחוק העונשין, יש לבחור בו שמקלה עם הנאשם, שלפיה יש הטרדה גם בלי הבעת אירצון בהמשכה, אך אין הטרדה ללא מוטורד. אם לדעתנו ראוי אחרת, מוטב לקדם נוסח חלופי, סעיף פטרנליסטי-מהותי חד-משמעי: "הטרדה מינית היא... הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לקטין שטרם מלאו לו 15". נוסח זה שונה ומאיר את הנוסח הקיים בהצבת סימני שאלה על ההרשעה. אולם גם בהקשר זה הנאשמים הודו ובתי המשפט הרשיעו, בלי תהייה.

6. המחשה מהחלל הפיזי

אף שמאמרי מתמקד בעבירות מין מקוונות, ראוי לציין שתופעות דומות של הרשעה אוטומטית בלי לבחון באופן ביקורתי את יסודות האיסור קיימות גם בנוגע לעבירות האינרס בחלל הפיזי (ומי שיחפשן ימצאן גם בהקשרים נוספים). מקרה מפורסם במיוחד הוא עניין קאשור,

49 הצעת החוק למניעת הטרדה מינית, הוצע להגדיר הצעות מיניות לקטינים כהטרדה מינית רק במסגרת יחסי מרות, חינוך וכדומה: הצעת חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ז-1997, ה"ח 484, 486 (להלן: הצעת החוק). בשנת 2006 תוקן החוק (וגם לפני ואחרי) בעניין זה בלבד, כשבחצעה, מטעם הוועדה לקידום האישה, נכתב שמטרתה להרחיב את סוגי המקרים שבהם לא נדרשת הבעת היעדר עניין מצד מקבל ההצעה המינית: "מוצע לקבוע כי קטין שטרם מלאו לו 14 שנים לא יידרש להראות כי הוא אינו מעוניין בהצעות". זאת, כהנגדה לעומת אדם רגיל שעליו להראות זאת. אין בדברי ההסבר ממד ברור לפטרנליזם מהותי שלפיו אסור שיח מיני עם קטין אפילו בהסכמתו: ה"ח 21 להצעת החוק. התיקון נתקבל ב-2007, בשינוי הגיל ל-15.

50 מטרת החוק למניעת הטרדה מינית ראו אורית קמיר "החוק הישראלי למניעת הטרדה מינית – איפה אנחנו במלאת לו עשור?" משפט ועסקים ט 9, 19–73 (2008).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקך המשפטי

שהורשע על פי הודאתו באיננו במרמה בכך שהתחזה ליהודי רווק בעודו ערבי נשוי.⁵¹ לאחר גזר דינו בבית המשפט המחוזי, החליף קאשור סניגור, שניהל מסע תקשורתי נגד הפוליטיקה והגזענות שמסתרות בבסיס ההרשעה.⁵² המסע הצליח ואף הביא מלומדים לכתוב נגד ההרשעה ולהצביע על גזענותה.⁵³ אולם מסתבר שבבסיס האישום המקורי לא עמדה כלל טענה של איננו במרמה, אלא טענה לאונס כוחני ומדמם.⁵⁴ לאחר חקירת המתלוננת הגיעו הצדדים להסדר טיעון שבו שונה לא רק סעיף האישום, אלא גם סיפור האישום. להבדיל מהציבור, היה בית המשפט המחוזי מודע היטב לשינוי הדרמטי ולכך שמדובר בסיפור פיקטיבי, שאינו משקף את האמת העובדתית של ההגנה או את זו של הקורבן. למרות זאת הוא הרשיע את הנאשם בלי קושי.⁵⁵

בערעור על העונש בבית המשפט העליון רמזה ההגנה שיסודות העבירה אינם מתקיימים בסיפור הנבחר. בית המשפט העליון הבהיר להגנה שאינה יכולה לאחוז במקל משני קצותיו, ליהנות מהסדר הטיעון שהפחית בחומרת הסיפור ולכפור במשמעותו המשפטית. ההגנה הבינה את הרמז. עונשו של קאשור הופחת, אך הרשעתו לא נדונה מחדש. בית המשפט ביכר את סופיות הדיון והגינות ההסדר.⁵⁶

כלומר ההתנהלות השיפוטית משקפת שתי בחירות בעייתיות. האחת היא הרשעת אדם על פי עובדות מוסכמות, לא בהודאה בתחילתו של תיק, בשעה שבית המשפט הוא מעין "דף חלק" בנוגע לעובדות ומוכן לקבל כל הודאה כמעט, אפילו לאחר ששמע עדויות שמלמדות שהעובדות המיוחסות וההודאה בהן אינן מבוססות ואינן משקפות את שקרה. בית המשפט מוכן לקבוע ממצאים עובדתיים שסביר מאוד שלא התקיימו, במגמה לסיים את התיק.⁵⁷ זאת אף שסעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: "חסד"פ)

- 51 תפ"ח 561/08 מדינת ישראל נ' קאשור (פורסם בנבו, 19.7.2010).
- 52 ראו למשל שמואל מיטלמן "מאסר לערבי שהתחזה ליהודי ואנס במרמה" nrg – חדשות 19.7.2010 www.nrg.co.il/online/ART2/134/635.html; גלעד גרוסמן "שיקר לאישה שפגש – ונשלח למאסר בגין אונס" וואלה – חדשות 19.7.2010 news.walla.co.il/item/1711803.
- 53 ראו למשל אמיר פוקס "התחזות לאונס – על תיק סאבר קאשור" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderland*, 32; (2010) HARV. J.L. & GENDER 165 (2009); אייל גרוס "הכול ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 99 42 (2014).
- 54 ליטל גרוסמן "הייתי בלי מכנסיים, נשארתי ככה כאילו, כי הייתי בהלם. הרצפה היתה מלוכלכת בדם ונורא פחדתי לגעת בעצמי כדי לראות אם אני בסדר" הארץ – חדשות 3.9.2010 www.haaretz.co.il/misc/1.1219822.
- 55 אסף הרדוף "איננו במרמה ואמת משפטית" Legal talking 3.10.2010 papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2698375.
- 56 ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל, פס' 2–4, 15–19 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.1.2012).
- 57 בעניין קצב, כתבה הנשיאה ביניש שעל האישום במסגרת הסדר טיעון לשקף כראוי את ליבת המעשים העברייניים כעולה מחומר הראיות, ולהבטיח שהנאשם לא יורשע לפי מסכת עובדתית מלאכותית ופיקטיבית שאינה משקפת באופן הולם ומידתי את המציאות. ראו בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

קובע שעובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו, זולת אם ראה בית המשפט שלא לקבל את ההודיה כראיה.⁵⁸

הבעיה השנייה היא זו שבה אתמקד במאמרי: הרשעה בעבירה שיסודותיה אינם בהכרח עולים מהעובדות שבהן הודה הנאשם, ללא ניתוח והסבר, הרשעה אוטומטית מכוח הודאת הנאשם. במילים אחרות, בית המשפט מאשר שקר עובדתי, הבעיה הראשונה, ושקר משפטי, הבעיה השנייה. יצירת "אמת משפטית" עולה בכל תיק המסתיים בהודאה ועלולה להביא למצב של ריחוק מהאמת העובדתית. היא בעייתית במיוחד בתיק שבו נשמעו עדויות שמאותתות שהעובדות המוסכמות אינן נכונות. אולם חתימה על הרשעה והותרתה בערעור, אין פירושה רק קביעת אמת משפטית, אלא גם יצירת משפט, שנגדה כאמור יצאו מלומדים בעניין קאשור. המגמה המובנת לסיום תיקים עלולה לבוא לעיתים קרובות על חשבון האמת העובדתית. אולם זו חמקמקה מטיבה ואינה בידיעת בית המשפט. להבדיל, הפרשנות המשפטית של עובדות שנקבעו או הוסכמו מבחינת דיני העונשין היא ודאי במומחיות בית המשפט. מטריד שבית המשפט מוכן לכיפוף עובדתי גם כשהוא מודע לכך; מטריד לא פחות שהוא מוכן להכיל את העובדות גם באכסניה משפטית שאינה בהכרח מתאימה, בלי הסבר מפורט ומנומק המצדיק את פרישתה של האינוס, אחת העבירות החמורות בחוק העונשין.⁵⁹

ג. ביקורת משפטית

1. מבוא

נאשמים מודים בעובדות ומורשעים באשמה. עניין זה יוצר פוטנציאל לבעיות מגוונות שאתאר כעת. אפתח בטענה שבית המשפט אינו מוסמך להרשיע אדם בלי לקבוע שיסודות העבירה התקיימו במלואם. אמשיך ואגרוס שהרשעה כאמור עלולה לגרום עוול לנאשם או פגיעה בציבור. אטען שהיא מייצרת "שקר משפטי", שעלול להפוך לאמת מכוח ההתמדה ומשיקולים

58 להרחבה ראו איתן לבונטין "על הרשעת חפים מפשע ביודעין" משפטים 581 (2007). לבונטין הצביע על תופעה קשה: נכונות שיפוטית להרשיע חפים כדי לאפשר את האכיפה ולייעלה, בקשר ל"חזקת האחריות" של בעל רכב לעבירות שנעשו ברכבו והקושי לסתרה. תופעה מטרידה זו היא נקודתית מאוד לעומת זו שנחקרת במאמרי, שמתמקד לא בקביעה שיפוטית של עובדות פיקטיביות, אלא בקביעה שיפוטית של דין פיקטיבי.

59 ראו ע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 57 (1979). דדה הואשם באינוס במרמה, עבירה שדינה היה אז 10 שנות מאסר, בסמכות שלושה שופטים מחוזיים. שופט יחיד דן בתיק, כנראה בגין חוסר שימת לב. רק בסיכומים נתגלה הדבר. התביעה ביקשה להמיר את הסעיף לניסיון, שעונשו המרבי דאז היה 7 שנים, בסמכות דן יחיד. ההגנה סירבה, ואילו השופט הסכים והרשיע בניסיון. בערעור ההגנה לבית המשפט העליון שני שופטים סירבו לקבל את עמדת המדינה וקבעו שהתיקון המלאכותי לא ריפא את הפגם: "אין לגלות יסוד לכך שביהמ"ש ירים עצמו כאילו בשרוכי נעליו ויקנה לעצמו מעמד ע"י תיקון האישום". פסק הדין בוטל, בניגוד לדעת המיעוט של השופט ברק שניסה להציל את ההרשעה, הגם שאגב כך הוא מגדיר מעשי אינוס כניסיון לאינוס.

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

שיוצגו. אסיים בהצבת הבעיה בהקשר רחב, מחיר היעילות ובואה על חשבון עקרונות, אמת, צדק וערכים.

2. חוסר סמכות

הגם שהבעיה עולה בשלושת מישורי המשפט הפלילי – המהותי, הראייתי והדיוני (וניתן למצוא לה יסוד גם במישור החוקתי) – התמקדתי במישור המהותי, לאור שקיפותו וחשיבותו. באשר לשקיפות, עבור הצופה מהצד והמבקר האקדמי, הדין הדיוני והראייתי כמעט תמיד לוטים בערפל כלשהו. כשתיק הוכחות מתנהל, אין לצופה מהצד אלא את שפורסם. אף בהנחה שהכרעת הדין מפורטת מאוד, ואפילו כשיש למבקר גישה לפרוטוקולים ושפע יסודיות וחריצות, לא כל תיק החקירה מוגש לבית המשפט כך שאפילו השופט אינו נחשף למלוא החומר;⁶⁰ וממילא לא הרי קריאת עדויות בדיעבד כהרי שמיעתן בזמן אמת. משהו מהראיות אובד לנצח ועימו גם קווי ביקורת פוטנציאליים על טענות משפטיות שלא הועלו. ייתכן גם שלקורא, אפילו הביקורתי, נטייה להתמקד בנרטיב שעלה ולא בנרטיבים חלופיים שנותרו פוטנציאל בלתי-ממומש.

הבעיה מחמירה כשעוסקים בהודאת נאשם בבית המשפט, באופן עצמאי או במסגרת הסדר טיעון. מצב כזה – שבו עוסק מאמרי – מטיבו מותיר את הצופה מהצד בערפל מוחלט באשר למישור הראייתי והדיוני. אין לו דרך לדעת אילו טענות פוטנציאליות אבדו, באשר סיפור איסוף הראיות וההתנהלות המשטרית נותר בתיק החקירה המשטרית. זהו "סיפור שלא יסופר".⁶¹ רק במקרים מסוימים, למשל כשהתיק הוא חלק מפרשה מסועפת, ותיק אחר בפרשה הציף את הקושיות, ניתן לפתח ביקורתיות רבה יותר כלפי המישור הדיוני והראייתי גם בתיק של נאשם שהודה.

להבדיל, למבקר אין קושי מיוחד לעיין בעובדות כתב האישום, שכמו הכרעת הדין הוא מסמך ציבורי, ולבחון אם הן מקימות את יסודות העבירה שנבחרה. המבקר אולי לא יידע מדוע נוסח כתב האישום כפי שנוסח, אולם אין זה גורע מיכולתו להציע ביקורת מהזווית המהותית. לשון אחר: הזווית המהותית היא השקופה ביותר, מה שמאפשר להציע ביקורת לגביה. עניין השקיפות מתחבר היטב לעניין החשיבות. הבעיה שתיארתי והמחשתי קשה במיוחד לגבי הדין המהותי. לגבי ראיות ופרוצדורה מייחס המשפט משקל רב להתנהלות ההגנה. ההגנה רשאית להסכים על הגשת ראיות, כעולה מסעיף 10ב. לפקודת הראיות, התשל"א–1971 ולהגיע להסכמות דיוניות, כעולה מסעיף 144 לחסד"פ.

הסכמות כאמור פירושו במקרים רבים ויתור על טענות הגנה מסוימות. אולם קיימת הסכמה אחת בולטת ורווחת במיוחד, שפירושה ויתור על כל טענות ההגנה: הודאה. נאשם המודה בכתב האישום כולו לא רק מסכים להודות, אלא גם מוותר במשתמע על כל הטענות

60 איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243, 246 (2000).
61 אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה המהותי והרטורי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 55–56, 78, 84 (2014) (להלן: הרדוף "חזות של זכויות").

הפוטנציאליות במישורי הראיות והפרוצדורה לעניין זיכוי האפשרי.⁶² באין יריבות, אין משפט.⁶³ לכאורה.

במצב דברים כזה בית המשפט אינו מעלה קושיות ואף אינו מתעניין: לא בפרוצדורה, לא באופן שנכתב הסיפור, לא ב"דיני הכתיבה"; ולא בראיות – אם ראוי היה למחוק, להדגיש ולהצניע נתונים שעלו בסיפור, "דיני הקריאה". בית המשפט מדלג ל"דיני הכותרות", הדין המהותי.⁶⁴ אולם אפילו לגביהם אין הוא מדקדק, שלא בדין ושלא בצדק. במקום לדון באופן מהותי בהתאמת הכותרת לעובדות, בית המשפט הטיפוסי מרשיע את הנאשם שהודה. פעולה זו עלולה להיעשות בחוסר סמכות.

מהודאת הנאשם ניתן להסיק שאין צורך לדון אם ביצע את המיוחס לו ואם יש לו טענות הליכיות. הודאת הנאשם מייצרת חזקה עובדתית כמעט חלוטה. לצדה משתמעת הנחה משפטית, שלתביעה ראיות קבילות מספיקות להרשעתו. לכאורה ההודאה מספיקה כשלעצמה עבור האמת, הצדק והדין, ומייתרת את המבט בתביעה ובמשטרה ובהתנהלותן (אף שברור שקיימים טיעוני-נגד לכך).

לא כן לגבי קיום יסודות האיסור. אין חוק או כלל המאפשרים להרשיע אדם בעבירה שיסודותיה אינם מתגלים ממעשיו כפי שנקבעו בסיום הליך הוכחות או כפי שמשקפים מכתב האישום שבו הודה; להפך. לפי סעיף 152(א) לחסד"פ, הנאשם רשאי להודות בעובדות הנטענות בכתב האישום. לפי סעיף 154 לחסד"פ, כזכור, עובדה שהודה בה יראוה כמוכחת כלפיו, אלא אם כן חזר בו אם בית המשפט ראה לנכון שלא לקבלה. סעיף 155(א) לחסד"פ עוסק בריבוי נאשמים ומדגיש שכדי להרשיע לא די בהודאה, אלא נדרשת הודאה "בעובדות שיש בהן כדי הרשעתם". לשון דומה עולה מסעיף 156 לחסד"פ שעוסק בנאשם יחיד. הדרישה שהעובדות יתאימו לעבירה אינה דרישה שבהיגיון גרידא, אלא דרישת החוק. בית המשפט ככלל אינו נדרש לוודא שהודאת הנאשם משקפת את האמת⁶⁵ ואינו נדרש להפעיל שיקול דעת עובדתי כלפי נאשם שהודה, למעט אם סבר שיש בעיה בהודאה למשל,⁶⁶ ונדמה לו שהנאשם למעשה מחזיק בעמדת כפירה.⁶⁷ מנגד הוא נדרש גם נדרש להפעיל שיקול דעת משפטי ואינו אמור או אפילו מוסמך להסתפק בנכונות הנאשם להיות מורשע. אין מדובר בשאלה טכנית של סמכות, למשל אם הנאשם צריך להישפט בראשון לציון או בתל-אביב, סמכות מקומית; מדובר בשאלת סמכות עניינית ומהותית הנוגעת לדיני העונשין. בשאלה כזו לא ניתן לוותר ולא ניתן להסכים: דיני העונשין הם קוגנטיים.⁶⁸ כשם שהצדדים אינם יכולים להסמיך את בית המשפט להטיל סוגי ענישה שהמחוקק לא הסמיכו, כך אין בכוחם להסמיכו להרשיע בעבירות שיסודותיהן אינם מתקיימים.

62 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 104.

63 זוהר ומיכאלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 159.

64 למטפורה זו ראו הרדוף "חזות של זכויות", לעיל ה"ש 61, בעמ' 34.

65 לביאור היסטורי מעניין ראו זוהר ומיכאלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 198–199.

66 למשל ראו ע"פ 6952/10 בשימוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.1.2011).

67 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 63–67.

68 גרשון גונטובניק "הסדרי טיעון בערעור המבטלים את הקביעות הנורמטיביות של הערכאה הדיינית: לעצור את פוטנציאל הסחף" חוקים 11 ו 11, 27–23 (2014).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

ראש ביקורת זה אינו מתמקד בזכויות הנאשם, אלא בסמכות בית המשפט. עקרון חוקיות המנהל המוכר היטב קובע שלרשות מותר לעשות רק מה שהוסמכה במפורש, להבדיל מהאזרח, שמותר לו לעשות כל שלא נאסר במפורש.⁶⁹ גם בית המשפט אינו רשאי להרשיע ולממש בכך סמכות כה דרמטית ופוגענית שלא בהתאם לדרישות החוק. קבלת עובדות כמוכחות היא הליך סלול מוסמך: ההגנה רשאית להודות בעובדות, ובית המשפט מוסמך לראותן כמוכחות. לצדדים להליך כוח רב להתנות עליו.⁷⁰ לכוח זה יש גבולות. ההגנה אינה רשאית להודות באשמה, ובית המשפט אינו מוסמך להרשיע אדם בעבירה שיסודותיה לא הוכחו ואינם עולים מההודאה, אפילו בהסכמת ההגנה. הודאה בעובדות אין פירושה הרשעה בכותרת שבחורה התביעה דווקא. על זו לכאורה לא ניתן להסכים, ולצדדים אין אחריות וכוח לכך.⁷¹

אמנם במבט מהצד ניתן להניח שאם התביעה מעלה תזה וההגנה מסכימה לה, היא כנראה נכונה, בצולחה שתי מסוננות. אולם גם אם הדבר מגביר את סיכויי הנכונות של התזה, אין פירושו שעל התזה לעבור אוטומטית גם את המסננת השלישית, השיפוטית. למסננת התביעתית אג'נדה מרחיבה לעיתים קרובות, ואילו המסננת הסניגוראלית לעיתים מונחת בצד, משום שההגנה מתעניינת פעמים רבות בעונש יותר מאשר בשאלת התווית המדויקת. כאן אמורה לפעול המסננת השיפוטית, כעניין של סמכות ומשיקולים חשובים נוספים שאפרט מיד.

3. עוול לנאשם ופגיעה בציבור

הבעייתיות בהרשעה אינה מתמצית בביקורת מנהלית. בהנחה שהתקיימותם של יסודות העבירה היא שאלה המאפשרת תשובה אובייקטיבית לפחות במצבים רבים, ובהנחה שהנאשם מודה בעובדות ובית המשפט מרשיע באשמה, ייתכנו שני מצבים. האחד הוא שיסודות העבירה עולים מהעובדות והשני הוא שאינם עולים. המצב הראשון ובוודאי הנפוץ אינו כרוך בחוסר סמכות ואינו בעייתי. המצב השני אינו שכיח אך גם אינו נדיר ובוודאי אינו בלתי-אפשרי. אם יסודות העבירה אינם מתקיימים ולמרות זאת הנאשם מורשע, עלולות בעיות שנובעות מחוסר ההתאמה בין המסגרת לתוכנה.

מזווית הנאשם, אם יש לו למשל זכות להידון בפני מותב שמוסמך לדון בעבירות שיוחסו לו,⁷² ודאי יש לו זכות שלא להיות מורשע בעבירה שיסודותיה אינם משתקפים מכתב האישום או מתגלים מהראיות, עניין הרה גורל יותר משאלת המותב. מנגד, זכותו של הנאשם אינה נפגעת באופן ממשי אם הורשע בעבירה קלה (הן במובן הפורמלי והן במובן הסטיגמה החברתית) מזו המשתקפת מהעובדות שבהן הורשע, למשל כשהוא נאשם בגרימת מוות ברשלנות והעובדות מתארות הריגה. הפגיעה המשתקפת במצב זה היא בציבור. פגיעה ממשית בנאשם מתרחשת כשהעבירה שבה הורשע חמורה מהעובדות שבהן הורשע, למשל נאשם

69 לדוגמה ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 97 (טובה אולשטיין עורכת, 2010).
70 טליה פישר "גבולות השליט של הצדדים בהליך הפלילי" **עיוני משפט** כט 377, 379–380 (2006).
71 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 43–45.
72 עניין דדה, לעיל ה"ש 69, פס' 10 לפסק דינו של השופט שמגר.

בהריגה שהעובדות שבהן הודה מתארות גרימת מוות ברשלנות. הרשעתו בעבירה חמורה יותר מאפשרת ענישה חמורה יותר ועלולה לייצר גם סטיגמה חברתית קשה יותר, אף שהעובדות אינן מתאימות. חוסר ההתאמה בין העובדות לאישום אינו עניין מנהלי, אקדמי ואנליטי; הוא עניין שמשליך על זכויות יסוד מצד אחד ועל אינטרס הציבור מצד אחר.

תווית לא נכונה אינה רק עניין של חומרה, אלא גם עניין של דיוק. על עבירות לתאר במדויק את ההתנהגות האסורה כדי לשקף את מידת העוול או הנזק הכרוכים בה ולשדר את ההבדל במידת החומרה בין מעשים שונים.⁷³ על החוק לייצג בהגינות את אופי הפרת החוק ועצמתה.⁷⁴ למחוקק כוח רחב בעניין התיוג, ויש לכך חשיבות רבה.⁷⁵ התווית יכולה לאותת לציבור ולרשויות (למשל בעת עיונם במרשם הפלילי) מיהו פלוני. יש לה משמעות אקספרסיבית.⁷⁶ עליה להיות מדויקת וחדה ככל הניתן בשיקוף סולם הערכים המשפטי.⁷⁷ אם העוול הטיפוסי שנגרם בגין שני מצבים שונה, אין להכלילם בתווית אחת. לתווית חשיבות רבה במיוחד בעידן רווי מידע, שבו האדם צמא לקיצורים. התווית היא קיצור, וראוי שיוביל את הפרט למקום הנכון. הכותרת שולחת מסר חברתי;⁷⁸ מוטב שיהיה חד, גם אם בהמשך יעוצב מחדש בהלכה.⁷⁹

לתווית מדויקת יש ערך מבחינת תפיסת הציבור. אף שאיני סבור שתפיסת ההדיוט צריכה לקבוע מהי עבירה,⁸⁰ הערך שמשווה ההדיוט לתווית פלונית חשוב ביותר. התווית תתקשר

- 73 C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labeling*, 56 MOD. L. REV. 554 (1993)
- 74 Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 511, 515–516, 520 (2010). השניים נשענו על אשוורת', ראו ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 89–90 (4th ed. 2003).
- 75 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות 173, 182–179, 203–200, 212 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980). קרמניצר הדגיש את חשיבותו של ארגון העבירות ומיקומן לשם הצגתן באור הנכון והבלטת הערך המוגן על ידיהן כעניין חינוכי ולתת לכל עבירה "אוריינטציה חד-משמעית" בהתאמת הגדרתה לערך המוגן. אם חשוב המיקום, קל וחומר שחשובה כותרת העבירה.
- 76 מק'אדמס מרבה לכתוב על הכוח האקספרסיבי של החוק ולגרוס שהוא אינו נופל מכוח הכפייה שלו. למשל ראו Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338, 391, 397–407 (1997) Erik Luna, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 BUFF. CRIM. L. REV. 515, 539, 546 (2000).
- 77 להשוואה ראו פישר, לעיל ה"ש 70, בעמ' 423.
- 78 התווית עשויה להיות חשובה גם ככלי פרשני. למהלך מזכה בפרשנות עבירה לנוכח כותרתה בנוגע לס' 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח–1948. ראו דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, פס' 5–7 לפסק דינו של השופט אור (2000); ולהבדיל, שם, פס' 1–3 פסק דינו של המשנה לנשיא ש' לויין.
- 79 סטאנטז ביקר את כוחו האקספרסיבי של המחוקק (בפלילים) לנוכח המתווכים בינו לציבור, שבהכרח משבשים את המסר: המשטרה, התביעה ובתי המשפט. "המחוקק מדבר, אך המשטרה והתביעה שולטים בווליום". ראו William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 520–523 (2001).
- 80 לכך כיוונו רובינסון ודארלי. ראו Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 Nw. U.L. REV. 453, 456–457 (1997); Paul H. Robinson, *Why does the Criminal Law*

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

בעיני הציבור הרחב למה שהוא יודע על התווית, לפרדיגמה החברתית של האיסור, ותתחבר היטב לגינוי, אחת משיטות העבודה של המשפט הפלילי.⁸¹ יש משמעות נורמטיבית להבחנה בין סוגי עבירות. הרשעה לא מדויקת פוגעת בה.⁸² תיוג מדויק הוא הוגן כלפי הנאשם מחד גיסא, ומאידך גיסא צודק כלפי קרבנותיו ואף מבהיר לחברה באופן החד ביותר את הסכנה הנובעת מאדם והפגיעה הכרוכה במעשהו. אלו מתקשרות ליסודות העבירה, שמגלמים את בחירת המחוקק בתיאור הפוגענות. כל עבירה יוצרת אחריות פלילית וגם את הגבולות לה. זו ואלו משקפים איזון רגיש ומורכב בין זכויות הפרט לבין ערכי החברה וצרכיה, מראה המגדירה את החברה, עולם ערכי שלם, "אני מאמין" משפטי חברתי שיש לכבדו.⁸³ הרשעה שאינה מקפידה על יסודות העבירה דורסת את ה"אני מאמין" ומחברת את הנאשם לתווית לא מדויקת ואולי גם לתפיסה חברתית שגויה לגבי מעשיו.

4. אמת משפטית ושקר משפטי

הרשעת אדם בעבירה שאינה משקפת את מעשיו, לרעתו או לרעת החברה, היא דבר בעייתי. היא אינה ייחודית למצב שנדון במאמרי. אם האמת העובדתית היא שהנאשם ביצע עבירה קלה או חמורה יותר מזו שבה הורשע לפי הודאתו או במשפט הוכחות, העוול כלפיו או הפגיעה בציבור עדיין מתקיימים, אולי אפילו ביתר שאת: אין מדובר בטעות בכותרת גרידא, אלא בטעות בעובדות. בעיה זו ידועה היטב וקושרה להסדרי טיעון כמוסד שמפחית את הסיכוי להגיע לאמת ומגדיל את הסיכוי להרשעת חפים מפשע.⁸⁴ אולם פרט לכך שאינה כרוכה בחוסר סמכות, הבעיה המתוארת במאמרי ייחודית במובן עמוק יותר, שאינו מתמצה בתיק עצמו, על הזכויות והאינטרסים שהוא משקף. פגיעה פוטנציאלית נוספת עולה, מעניינת וייחודית: מה שאכנה "השקר המשפטי".

מושג "האמת המשפטית" אינו חדש. האמת מוכרת כאידאל משפטי עצמאי⁸⁵ או למצער כמכשיר חיוני להשגת צדק.⁸⁶ רעיון האמת המשפטית מצנן מעט מההתלהבות המשפטית סביב האמת ומשקף את מוגבלות היכולת של מערכת המשפט להגיע לאמת כהווייתה. מוגבלות זו

Care what the Layperson Thinks is Just? Coercive versus Normative Crime Control, 86 VA. L. REV. 1839, 1840, 1850 (2000).

81 על הגינוי ראו Henry M. Hart Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 404-405 (1958).

82 להשוואה ראו אורן גול "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 76 (2005).

83 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 24-25.

84 עמנואל גרוס "עיסקות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251, 253, 259-260 (1992) (להלן: גרוס "עיסקות טיעון"); גול, לעיל ה"ש 82, בעמ' 44-58; קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 63-67. מנגד ראו אורן גול-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים לט 115 (2009).

85 מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד(2) 269, 271-272 (1998); גרוס "עיסקות טיעון", לעיל ה"ש 84, בעמ' 252.

86 אהרן ברק "משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 11 (1996); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 21 (2008).

מתקשרת לנקודתיות של המשפט, למגבלות דיוניות, וראייתיות ואחרות;⁸⁷ וגם לצניעות מערכתית, להכרה בכך שחרף השאיפה להתאמה,⁸⁸ הממצא העובדתי שהפיקה המערכת עשוי שלא לתאום את המציאות.⁸⁹

התופעה שמתוארת במאמרי מתחברת לרעיון האמת המשפטית ומציעה לו זווית ייחודית ומטרידה. היא מתחברת לו במוגבלות ההליך ובמגמה לסיים תיקים במהרה. כשהאמת המשפטית אינה חופפת לאמת העובדתית, פירוש הדבר שממצאי העובדה שנקבעו – בכל צורה שהיא – אינם משקפים את אשר קרה. אולם התופעה שמתוארת במאמרי אינה נוגעת לעובדות פיקטיביות, אלא לדין מהותי פיקטיבי. אין מדובר בקונסטרוקציה משפטית, תזה משפטית מורכבת אך שקופה, שההנמקה לה חשופה לביקורת; מדובר בפיקציה נקודתית ובלתי-מנומקת. במצבים שהפיקציה כרוכה באי-ההתאמה היסודית, או אז דיני העונשין מסולפים. נאשמים מורשעים באופן שאינו יסודי ומוקפד, בעבירות שיסודותיהן לא נתקיימו: "הרשעות בלתי-יסודיות".

ניתן לגרוס שבעיית השקר המשפטי היא בעצמה פיקציה. התביעה מאשימה, הנאשם מודה, השופט מרשיע: הכול מרוצים, איש אינו מערער ואיש אינו מהרהר. האם העיסוק בסוגיה אינו "טהרנות" אקדמית ותו לא,⁹⁰ העדפת תאוריה על פני החברה?⁹¹ לכאורה הפיקציה המשפטית היא בלתי-מתיימרת ואינה משפיעה על איש לבד מהמעורבים הישירים, שכולם מסכימים: התביעה, ההגנה ובית המשפט.

דומני שאכן כך במקרים רבים. אולם שני קשיים מרכזיים עולים: האחד, עניינו טיב ההסכמה של הנוגעים בדבר, והאחר נוגע לכאלו שלא הסכימו כלל אך עלולים להיות מושפעים בעקיפין.

טיב ההסכמה בעייתי במקרים רבים. הנאשם עצמו אינו משפטן, ואין לו כלים להבין אם יסודות העבירה מתקיימים לפי העובדות שעליהן הסכים. בהנחה שלא ניתן לברר מהצד שהסניגור מסביר לנאשם את האפשרויות והנאשם מבין ובוחר, בחירתו להיות מורשע בעבירה היא מודעת. גם אז בית המשפט עלול שלא לבחור מודעת, אלא פשוט להניח שהמשפטנים

87 חיים כהן "דין אמת לאמיתו" ספר חיים כהן 309, 315–365 (אהרן ברק ורות גביוון עורכים, 2001); נינה זלצמן "'אמת עובדתית' ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) 263, 264–266 (2000); Doron Menashe, *Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of "Clinical" Legal Method*, 12 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 32, 39–48 (2008).

88 ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 12.

89 ראו את פסק דינו המאלף של השופט אלון: בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

90 בדיון הנוסף בשאלת העבירה רבת-הפריטים הפנה השופט חשין למאמרו של פלר לאחר ההכרעה בערעור, מאמר ששיבח אך גם ביקר את ההחלטה של חשין בערעור. חשין בתגובה תקף את פלר כ"אבן-צור של טהרנות (פוריזם): על עומדו יעמוד לא-ימוש. וממקומו ינזוף בכל הסוטים מן השורה". דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, פס' 9 לפסק דינו של השופט חשין (1998).

91 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פס' 65 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנבו, 27.11.2006).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

שבפניו הציגו לו תזה משפטית תקפה. הרשעה לבקשת הצדדים היא בהסכמתו החופשית של בית המשפט אך לא דווקא מדעתו. אמנם להבדיל מהנאשם, לבית המשפט כלים לגבש הסכמה מדעת גם ללא הסבר מצד מישו; אולם חסרה לו מוטיבציה לכך, ולמען הדיוק יש לו מוטיבציה שלא לעשות כן. ההסכמה השיפוטית קיימת אך היא שטוחה.⁹²

עניין ההסכמה המאותגרת של הנוגעים בדבר הוא בעיה אחת שנוגעת להרשעה הנקודתית. בעיה אחרת ומעניינת יותר היא שאוסף של נקודות עלול ליצור קו: עוד ועוד הרשעות של נאשמים שהודו הופכים אנקדוטות לנרטיב. להבדיל מהתביעה, לנאשם העכשווי אכפת רק או בעיקר מעצמו, לא מנאשמים עתידיים ולא מהלכות.⁹³

במילים אחרות, מגמה של הודאות והרשעות אוטומטיות מצמצמת את הסיכוי לזיכוי מהותי. סניגורים ונאשמים עתידיים רואים את עמיתיהם ושותפי גורלם בהתאמה ומבינים שאין להם סיבה לכפור. אפילו ימצאו בעתיד סניגורים שיכפרו, הסיכוי המעשי לקבלת טענתם מצטמצם. כפירתם אינה במצב שמאפשר לבית המשפט לשקול את טיעונם המשפטי באופן חדש, נקי והוגן;⁹⁴ משא הרשעות העבר מכביד עליו. הרשעה באמצעות הודאה של פלוני אינה אמורה לשמש שיקול להחליט אם העובדות שבביצוען הודה אלמוני מהוות עבירה, ומבחינה פורמלית ודאי אינה מהווה שיקול כאמור. אולם מבחינה מעשית, קשה עד בלתי-אפשרי להתעלם ממנה, כשרבות כמוה לצדה, בעיקר כשערכאות גבוהות הכשירות במשתמע דרך דיוני ענישה ללא הסתייגות מההרשעה. אוסף הרשעות בעבירה מסוימת בנסיבות דומות עלול ליצור דיני עונשין דה פקטו, דין פלילי נוהג.

במילים אחרות, התופעה האמורה חורגת מגבולות התיק הקונקרטי והנאשם הקונקרטי, ועלולה להשליך גם על נאשמים אחרים ועל עיצוב הדין ממש.⁹⁵ תיק יחיד ודאי לא יגרום לכך, אך כשההתנהלות משקפת מגמה רחבה, לסניגור שיכפור במגמה אין כמעט סיכוי לבלום אותה. הרוח הגבית של הרשעות קודמות מרובות יוצרת תחושה שהתזה המרשיעה תקפה ונכונה, משום שמה שכבר נעשה ללא סייג וללא קריאת תגר מצד סניגורים קודמים ושופטים קודמים ודאי אינו משקף עוול. המחשבה ללכת בכיוון אחר כרוכה בביקורת ובהכרזה משתמעת על עוול שנעשה בעבר ובחשש מפתיחת תיקים בעתיד. כיצד?

קביעה שיפוטית שתומכת בעמדת ההגנה, פירושה המשתמע שההרשעות הקודמות אינן עוד פיקטיביות בפוטנציה, אלא הן שגויות ממש. קביעה כזו היא דבר בעייתי עבור השופט. אם הוא עצמו ישב בעבר בתיק דומה והרשיע נאשם שהודה, זיכוי כעת פירושו שהוא טעה ולכל

92 הסכמה היא מהמונחים העשירים, המרובדים, המורכבים והמבלבלים בשרה המשפטית: Peter Westen, *Some Common Confusions about Consent in Rape Cases*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. (2004) 4-7; PETER WESTEN, *THE LOGIC OF CONSENT* 333, 334-400 (2004). וכמופנה אצל גרין: Stuart P. Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*, 28 CARDOZO L. REV. 2505, 2513-2514 (2007).

93 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 37-38.

94 למיטב ידיעתי הזכות להליך הוגן לא פורשה ככזו המתייחסת לסוגיית השקילה הנקייה של שאלה משפטית. לזכות זו ראו למשל חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 32-37 (2001).

95 לטענה שעסקאות הטיעון כה רווחות עד שהמשפט המלא מושפע בעקיפין ולרעה מצלן ומתרחק מאופיו הקודם ראו זוהר ומיכאלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 168 ואילך.

הפחות לא הצטיין בעבודתו. אם חבריו הרשיעו כאמור, השופט למעשה מציע ביקורת משתמעת, שחבריו הרשיעו בניגוד לדין או שפעלו כאוטומט. אם ההרשעות הפיקטיביות זכו לגיבוי משתמע מערכאה גבוהה, הביקורת המשתמעת מכוונת גם למעלה, צעד לא נכון פוליטית שאף עלול להיתפס כעזות מצח.

לבד משיקולים קולגיאליים ורצון שלא לעורר את חמתן של ערכאות גבוהות, השופט ודאי אינו מעוניין לתרום תרומה מכרעת ליצירת דיסוננס קשה. דיבור מערכתי בשני קולות הוא רע כשמדובר בערכאות שונות שמגיעות לממצאים עובדתיים סותרים.⁹⁶ הוא רע מאוד כשערכאות שונות או שופטים שונים באותה ערכאה מגיעים לקביעות משפטיות סותרות.⁹⁷ אין מדובר עוד בקושי עיוני ואקדמי; ייתכנו אפילו בקשות למשפט חוזר בטענת עיוות דין.⁹⁸ ראוי להדגיש שהטיעון שלי אינו אמפירי, אלא נורמטיבי ולוגי. אין ביכולתי להוכיח ששופטים פוסקים כפי שפוסקים בגין הרוח הגבית שסיפקו להם תיקי הסכמה. אני אך טוען שלאחר הרשעות מרובות בהודאה, הרשעות ללא מודעות לתזה משפטית הגנתית אפשרית, השופטים חופשיים פחות לשקול בראש פתוח תזה כזו ובוודאי חופשיים פחות לקבלה ולזכות לאורה. אדגים מזווית אחרת, שמאירה את בעיית השקר המשפטי לא רק מכיוון דיני עונשין, אלא גם מכיוון סדר דין פלילי ודיני ראיות.

התחקיר הטלוויזיוני של ערוץ 10 הוביל להעמדה לדין של כעשרים נאשמים בניסיון למעשה מגונה ובניסיון להטרדה מינית. כמעט כל הנאשמים הודו. בזכות נאשם יחיד שכפר וניהל את התיק מבית המשפט השלום ועד לבית המשפט העליון הוצפו תהיות שונות. בהקשר המהותי נטען שבאינטרנט לא ניתן לגבש מודעות לגילו של הצד השני לשיחה. בהקשר הדיוני הועלו טענות נגד יוזמה וניהול של מבצע אכיפתי מטעם גוף מסחרי, שגרר אחריו את המשטרה והתביעה. בתיקים שתמו בהודאה הדבר הוביל לביקורת שיפוטית במסגרת דיוני ענישה.⁹⁹

96 דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004); אייל רוזובסקי "עשיית צדק במשפט פלילי" הסנגור 19 192 (2013).

97 ראו למשל ביקורת קשה של השופט אור על חבריו להרכב, שסירבו לכבד פסק דין שניתן ברוב של שלושה נגד שניים והפך הלכה קודמת: ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל פ"ד מה(5) 221 פס' 18, 21 לפסק דינו של השופט אור (1991). בנוסף ראו שם, פס' 11, 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון ותשובתו החריפה. בדיון הנוסף הגדיל השופט כך לעשות ובין הנימוקים הרבים התומכים בדעתו מנה את שופטי בית המשפט העליון שדנו בסוגיה והראה שמספרם גדול ממספר החולקים. ראו דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא פ"ד מז(3) 661, פס' 3 (1993).

98 מ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 607 (2005). אציין כבר כעת שאיני סבור שבקשות כאלו עשויות להתקבל. אשוב לכך להלן בפרק ד.4.

99 עניין דורה, לעיל ה"ש 48: "את פעולת האכיפה, איתור עבריינים יש להשאיר לזרועות האכיפה שזו התמחותם ולצורך זה הוקמו"; ועניין פיטשון, לעיל ה"ש 48, פס' 7-8: "אין להשלים עם מציאות בה מוכרע דינו של אדם לשבט או לחסד באמצעות התקשורת, ללא בקרה של גורמי אכיפה מוסמכים [...] התנהלותו האקטיבית מאוד של ערוץ 10, והפרסום בשלב מקדמי פגעו מאוד בנאשם".

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

חרף ריבוי הנאשמים בפרשה, רק נאשם אחד (או שמא סניגור אחד) ביקש והתעקש לתת לכך משמעות מבחינת אחריותו הפלילית.¹⁰⁰ טענת ההגנה מן הצדק באשר להדחת הנאשם נדחתה על בסיס עובדתי בבית המשפט העליון בקביעה שלא הייתה הדחה במקרה הקונקרטי.¹⁰¹ עדיין בית המשפט העליון מצא לנכון לדון בטענה בגלגול שלישי, דהיינו סבר שהעניין ראוי לתשומת לב משפטית ולביקורת שיפוטית. ראוי להדגיש שטענות הגנה אפשריות אחרות לא עלו. למשל קבלת הראיות בהסכמה מנעה טיעון שראוי לבחינה בעיניי, שראיות המופקות בהליך שכזה הן פסולות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, משום שהושגו "שלא כדין"; הטענה לא עלתה ולא נדונה. קטיעי הוא כמעט היחיד שניהל מלחמה משפטית עד הסוף, והפסיד בה. כמעט כל יתר הנאשמים בפרשה הרימו דגל לבן, בלי קושיות שניתן ולטעמי אף מתבקש היה להעלות בנוגע לדיני עונשין, סדר דין פלילי ודיני ראיות. כמוכח, גם תקיפה חוקתית התאפשרה, שהתבססה על שאלות של מהות, פרוצדורה וראיות; אך מרגע ההודאה ברור שבית המשפט לא ידון בקושי חוקתי. האם היה לקטיעי סיכוי לנצח בבית המשפט העליון לאחר שעשרים חבריו, שלכאורה דומים לו בסיפורם ובקושיות המשפטיות שיכלו להעלות, הודו והורשעו וכבר ריצו את עונשם? האם היה סיכוי ראלי לכך שבית המשפט העליון יקבע שההליך שנוהל בעניינו היה קלוקל, בשעה שרבים שעברו הליך דומה לא רק שלא טענו כאמור, אלא במשתמע הסכימו שלהליך שנוהל נגדם אין משמעות מזכה? סבורני שלא. שוו בנפשכם יקום מקביל שבו הלכת קטיעי נכתבת אחרת. ביקום זה קובע בית המשפט העליון שגורם מסחרי שמנהל חקירה בלי סמכות ומוביל את המשטרה והתביעה לחקור ולהאשים אחריו – מביא לקבלת הגנה מן הצדק. התוצאה המידית נוגעת לקטיעי עצמו, שמנצח בתיקו. אולם מה באשר ל"חבריו", שנאשמו, הודו והורשעו במקרים דומים ואף ריצו את עונשם? ניצחוננו ודאי היה משליך עליהם ומייצר בהם תחושת עוול, הן כלפי הסניגורים והן כלפי בית המשפט שהרשיעם. חלקם ודאי היו דורשים משפט חוזר. התקשורת הייתה מקדישה תשומת לב רבה לזיכוי משום השלכתו הרוחבית והסתירה המשפטית. בית המשפט העליון ביקום זה נתן סטירת לחי לא רק לערוץ המסחרי, למשטרה ולתביעה, אלא גם לסניגורים שהודו ולשופטים שהרשיעו אותם. זו תוצאה קשה אפילו עבור הערכאה הגבוהה מכול. היא ודאי קשה עבור שופט מערכאה דיונית שכבר נחשף לנרטיב מערכאות גבוהות שנתן רוח גבית להרשעות במקום לפקפק בהן. חירותו של השופט להחליט הולכת ומצטמצמת עם כל הודאה והרשעה. מהמקביל אל העתידי: שוו בנפשכם שמחר יטען נאשם שלא ניתן להרשיעו באינוס מרחוק משום שהתזה המשפטית אינה תקפה. האם חופשי בית המשפט המחוזי לקבל את הטיעון לאחר שבית המשפט העליון כבר הכשירו בעקיפין? האם חופשי בית המשפט העליון לקבל את הטיעון, ובכך לא רק לבקר במשתמע את שופטיו שלו, אלא גם להודות במשתמע בקיומה של בעיה – בעיית המשפט הפלילי הפיקטיבי? סבורני שלא. הסיכוי לכפירה הולך ומצטמצם עם התרחבות הדין הפלילי הנוהג; ואילו הסיכוי לזיכוי משפטי הולך ונהיה דמיוני.

100 ראו אסף הרדוף "הקלות המטרירה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" הסגור 160, 11 (2010).

101 עניין קטיעי, לעיל ה"ש 48, פס' 5–11 לפסק דינו של השופט הנדל.

כלומר, לא רק מרחב הטיעון ההגנתי הולך ומצטמצם – אלא גם שיקול הדעת השיפוטי; ולא רק שיקול הדעת השיפוטי מצטמצם – אלא גם מרחב הרטוריקה והכנות השיפוטית. בית המשפט אינו חופשי לזכות ואינו חופשי אפילו לכתוב שאינו חופשי. בית המשפט כבול ואנוס להרשיע משפטית, לתקף את התזה המשפטית השלטת הלכה למעשה ולהנציחה: משפט אנוס. "רק שיטת משפט המוכנה להודות ביכולתה לטעות, תוכל לגבש כלים למניעת הטעות", כתב ברק.¹⁰² ואוסיף: שיטת משפט המסוגלת להודות.

לרוב הדינמיקה של משפט אנוס היא סמויה ומשתמעת. אולם לעיתים היא גלויה וישירה. יש שהתביעה מבקשת בגלוי לכבול את השופטים וטוענת שיש לפרש את הדין ברוח הנוהג. כך היה לאחרונה בהקשר מקוון אחר, ניתוח מהותי של עבירת החדירה לחומר מחשב לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה–1995. הנאשם השתמש בסמאות שהשיג מפרצן כדי לגשת לחשבונות בנק של זרים ולהעביר כספים לטובתו. לאחר זיכוי משפטי מפתיע בפרשנות מצמצמת של האיסור בבית משפט השלום,¹⁰³ זיכוי שקיבל גיבוי מפתיע בבית המשפט המחוזי,¹⁰⁴ ביקשה המדינה רשות ערעור.

פרקליטות המדינה הציגה נימוקים ענייניים, מגוונים, עשירים ומפורטים. לצד אלו העלתה נימוק מעניין שמתקשר לענייננו. היא מנתה את התיקים שבהם נדון האיסור ומצאה שרובם המכריע הסתיימו בהסדר טיעון ובהרשעה, באופן שתואם את התזה התביעתית לפרשנות האיסור. לא מן הנמנע שטיעונים כאמור עולים באופן גלוי וסמוי בעוד הקשרים. הדברים ראויים לציטוט:

"מרביתם המכרעת של התיקים נסתיימו בהסדרי טיעון, בהם הודה הנאשם בביצוע עבירת החדירה. נתון זה מלמד בהכרח, כי משך כשני עשורים, שופטים, תובעים וסניגורים גם יחד, הבינו את משמעות העבירה, ככזו החלה בקשת מצבים שאינם נמנים עם אותה תחולה מצומצמת, שנקבעה בפסקי הדין של הערכאות קמא, בנסיבות הפרשה דנן. אמנם אין בנתון זה, לבדו וכשלעצמו, כדי ללמד על צדקת טיעונה המשפטי של המבקשת. יחד עם זאת, מהווה הוא נתון רב משמעות, המתיישב עם טיעון המבקשת ומחזקו".¹⁰⁵

אם כן, התביעה, כשחקן חוזר, אינה מעוניינת רק בנקודות, אלא גם בקו; היא משחקת לא רק על תוצאות ההליך עצמו, אלא גם על כללי המשחק שהיא שואפת לעצבם לצרכיה.¹⁰⁶ באותו

102 ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 12.

103 ת"פ (שלום י-ם) 40102-06-10 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 12.2.2012).

104 ע"פ (מחוזי י-ם) 34851-03-14 עזרא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.10.2014).

105 פס' 69, 109 לכתב הטענות של פרקליטות המדינה ברע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 15.12.2015) (להלן: עניין עזרא).

106 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 36–37. הוא שאב השראה ממאמרו של גלנטר: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95, 97 (1974).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקף המשפטי

תיק, המדינה לא רק הביאה לדיון בשאלה בגלגול שלישי; ניצחונה המשפטי היה נחרץ ומהדהד, והאיסור פורש בהרחבה יתרה.¹⁰⁷ כמובן, אין דרך לדעת אם להרשעות הבלתי-יסודיות היה חלק בפרשנות המרחיבה בבית המשפט העליון. ניתן אף לגרוס שההרשעות הבלתי-יסודיות לא הביאו את הערכאות הדיוניות להימנע מזיכוי, ובכך טענתי נחלשת, בהנחה שהיו מודעות להרשעות. אולם טענתי אינה שכל השופטים בכל תיק יימנעו מזיכוי מהותי בשל הרשעות בלתי-יסודיות; לא כל השופטים הם מקשה אחת, ואדגיש זאת בפרק הבא. טענתי היא שהסיכוי לזיכוי יורד ככל שרבות ההרשעות הבלתי-יסודיות לאורך זמן.¹⁰⁸ אלו קצת מזכירות אוביטר (שלהבדיל מהן הוא לעיתים מנומק) שחוזר שוב ושוב ולבסוף הופך לרציו משום שמשקלו הסגולי כבר גבוה מכדי שניתן יהיה לבטלו בדיעבד.

אין לזלזל בכוחו של מנהג, גם בדין הפלילי. לדין הפלילי הנוהג כוח רב. למשל בנוגע לקבילות ראיות מדעיות כוחו רב מאוד: מקור ההבחנה בין ראיות מדעיות שמתקבלות ברגיל לאחרות שנותרות בחוץ הוא מסורת של הסכמת צדדים או מסורת של מחלוקת, ומי שמבקש לשנות את המסורת – עליו הנטל.¹⁰⁹ זאת, להבדיל מעמידה נקייה במבחן הראיה המדעית, שהחלתו בבית המשפט סלקטיבית ביותר.¹¹⁰

בעיית ההתנגשות בין התנהלות דיונית לדין המהותי עלתה לאחרונה בספרות. גונטובניק יצא נגד הסדרי טיעון בערכאת ערעור המבטלים קביעות נורמטיביות של הערכאה הדיונית וכתב שביטול שכזה כרוך בעיוות הדין המהותי, בעצירת התפתחותו הראויה עד לצמיחת הלכה, חניקת הדין.¹¹¹ מאמרי דן בתופעה דומה ושונה ובעיקר משלימה. היא דומה במובן הפסיביזם השיפוטי: אי-דיון ערכאת הערעור בקביעות הנורמטיביות (חניקת הדין), לעומת אי-דיון ביסודות העבירה (הרשעה בלתי-יסודית). במקרים רבים ההקשר דומה, הסדרי טיעון. הדמיון נוגע גם להתעלמות מקוגנטיות הדין הפלילי, לכך שלכאורה אין בעיה משום שהצדדים מסכימים ולכך שצדדים נוספים, נאשמים עתידיים שלא נתבקשו ולא נתנו הסכמה, עשויים להיות מושפעים מכך לרעה.

מנגד, קיימים הבדלים מהותיים. חניקת הדין היא אינוו של יש, יש המשקף עמל שיפוטי ופרשנות משפטית מתימרת: פסיביזם המבטל עשייה. להבדיל, הרשעה בלתי-יסודית היא

107 עניין עזרא, לעיל ה"ש 105. לביקורת: אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" הסנגור 228, 4, 10–4 (2016); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" (טרם פורסם).

108 רובינשטיין, כותב פסק הדין העיקרי, כבר כתב בעבר במפורש שהוא שוקל את עמדת הערכאות הדיוניות בסוגיה שלפניו ומהסס אם לקבל הכרעה שהפוכה לה: רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.ס., פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.3.2010). עם זאת באותו עניין קביעות הערכאות הדיוניות היו לגופו של עניין ולא קביעות של הסדרים, וממילא רובינשטיין היה במיעוט באותה פרשה.

109 ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.12.2013).

110 אסף הרדוף "מדעי ההסכמה: שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי" הפרקליט נד 125 (2016).

111 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 42.

בריאתו של האיץ, אין המשקף יצירה שיפוטית בלתי-מכוונת ואולי בלתי-מודעת, אין שלעיתים פירושו חוסר סמכות, עוול לנאשם שעל הפרק או פגיעה בציבור, וכמובן שקר משפטי ודין אנוס. חניקת הדין היא למעשה הסדר אי-טיעון; הרשעה בלתי-יסודית היא הסדר אי-דין, הסדר שבעתיד עלול להפוך להסדרת הדין.

5. עקרונות, אמת, צדק וערכים מול יעילות

לקראת סיום החלק, אמקם את הבעיה בהקשר רחב יותר. זמנו היקר והמועט של בית המשפט ועומס התיקים עליו מוכרים היטב.¹¹² כך גם לגבי התביעה וההגנה.¹¹³ עומס אינו מעודד יסודיות, אלא קיצורי דרך. הוא מסביר היטב שינויי גישה בבית המשפט. למשל בעבר גינה בית המשפט את מוסד הסדרי הטיעון בחריפות כלא צודק, לא מכובד ולא ראוי.¹¹⁴ אולם מזה זמן הרטוריקה הפוכה ומציגה את המוסד כתורם ובעל ערך, כזה שבית המשפט צריך לעודדו כמסלול חלופי יעיל וחסכוני להשגת מטרות הדין הפלילי.¹¹⁵ הפרקטיקה מגלה שבתי המשפט אכן מעודדים, לעיתים אף דוחפים ומנצלים את כוחם הלא-פורמלי, מחוץ לפרוטוקול.¹¹⁶ לבית המשפט אינטרס ידוע וכבד-משקל בסיום תיקים, מה שמכביד על שאיפת הניטרליות שלו.¹¹⁷ בעומס מערכתי כבד ומתמשך, כשהנאשם מרכיץ ראש למול התביעה, קיים סיכוי לא גבוה אך ריאלי שבית המשפט לא יכבד את ההסדר, אלא יעניש מעבר לבקשת התביעה (באופן טיפוסי)¹¹⁸ או מתחת לה (באופן נדיר). הפסיקה והספרות דנו במצבים אלו והציעו כיצד לנהוג.¹¹⁹ אולם הן לא דנו כיצד לנהוג אם השופט יקבע שיסודות העבירה לא התקיימו, כנראה משום שהסיכוי שהשופט יעלה קושיות בעצמו הוא כמעט דמיוני. כך בהודאה וכך בהקשרים אחרים. כשההגנה אינה מתנגדת למעצר, בית המשפט לא יבחן בקפידה את הראיות לכאורה,

- 112 בנימין כהן "צמצום העומס – כיצד?" מחקרי משפט ח 85 (1990); משה בורנובסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269 (1992); קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769 (2015).
- 113 Rinat Kitai-Sangero, *Plea Bargaining as Dialogue*, 49 AKRON L. REV. 63, 84–85 (2016).
- 114 ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 559 (1972).
- 115 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, 592, 607 (2002); אמנון כהן ועינת אבמן מולר "שופט פאסיבי או שופט אקטיבי – הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקות טיעון" משפטים לא(3) 745, 747 (2001); גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 45.
- 116 אליהו הרנון "עסקות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כז 543, 560 (1997); קובר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 86–87, 96–97; שי ניב "הסדרי טיעון מהזווית השיפוטית – שינויים והשלכות" ספר אליהו מצא 341, 352–359 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).
- 117 קובר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 85–86.
- 118 השוו וזהר ומיכאלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 200.
- 119 פסיקה בולטת: דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281 (2005) (עמדת התביעה בהסדר שנדחה); ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2012) (עמדת ההגנה בהסדר שנדחה). ספרות בולטת: הרנון, לעיל ה"ש 116, בעמ' 561–579; אורן גול "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון" דין ודברים א 507 (2005).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

אף אם לכאורה החוק מחייב זאת;¹²⁰ כשההגנה אינה טוענת שאין להשיב לאשמה, בית המשפט לא יבחן בעצמו אם הוגשו ראיות המחייבות להשיב לאשמה, אף שהחוק כונן את ההליך כשלב ולא כטענת הגנה גרידא.¹²¹ בית המשפט שמוצג בפניו הסדר טיעון מתכונן לדיון בעונש; כל תשומת ליבו וכל פוטנציאל ביקורתי מוכוונים לשם. ההרשעה היא אך שלב בדרך, או שמה אי-שלב, non-issue.

יודגש: איני גורס או חושב שבית המשפט אינו מעורר שאלות כלל ואינו מגן על זכויות הנאשם כשהוא חש שהן נפגעות. אולם במקרים שאין לו אינדיקציה ברורה לשאלות ולפגיעה כאלו, דומה שהוא אינו נוטה לחפשן, ודאי לא כשהנאשם מספק לו את האינדיקציה החזקה מכול להיעדר שאלות ופגיעה: בחירתו להודות.¹²²

אף שהאנטיתזה נדירה מאוד, דוגמה בולטת בישראל עלתה באחד מפסקי הדין החשובים ביותר בסדר הדין הפלילי בישראל בשנים האחרונות וכנראה החשוב ביותר בתולדות דיני החיפוש, פרשת בן חיים, שבה פסל בית המשפט העליון ראיות חפציות שהופקו מחיפוש בלתי-חוקי וזיכה אשמים.¹²³

פסק הדין עסק בשלוש פרשות שכולן תמו בהרשעה בבית המשפט המחוזי. אחת בלבד תמה בזיכוי בבית משפט השלום, בן חיים. בית המשפט המחוזי, בהפכו את הזיכוי, חשף פרט מדהים שלא הוזכר בשתי הערכאות האחרות, וניכר שהתכוון בכך לגנות את התנהלותו של שופט השלום: בן חיים כבר הודה בעבירה בפני שופט השלום; חרף ההודאה העלה השופט קושיות בעניין החיפוש ולמעשה הוליד את טענת ההגנה.¹²⁴ מול שופט אחר, אולי כל שופט אחר, היה בן חיים מורשע לפי הודאתו, ומי יודע אם היה נוצר מומנטום מספיק לדיון מאוחד ולזיכוי בבית המשפט העליון.

באופן מעניין, שופט השלום שזיכה את בן חיים היה אחראי גם לזיכוי היחיד בין כל נאשמי פרשת ערוץ 10,¹²⁵ שהוזכרה לעיל.¹²⁶ אומנם בית המשפט העליון הותיר על כנו את פסק הדין המרשיע של בית המשפט המחוזי, אך גם הציג ביקורת חריפה על הטשטוש בין עיתונות חוקרת לעיתונות שוטרת, ביקורת שהזכירה יותר את הרטוריקה של שופט השלום מאשר את זו של בית המשפט המחוזי שביקורתו כיוונה לא לערוץ 10, אלא בעיקר נגד שופט השלום.¹²⁷

120 ס' 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996. גם כשההגנה מתנגדת למעצר, בחינת החומר נעשית לעיתים לא רחוקות בתוך דקות: רינת קיטאי-סנג'ירו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** 319 (2011).

121 ס' 158 לחסד"פ. כן ראו אסף הרדוף **אין להשיב לאשמה** 71 (2005).

122 כתובע וכסניגור לשעבר הופעתי במאות תיקי הודאה והסדר. הגם שנתקלתי בשופטים פעלתנים, איני זוכר ולו מקרה יחיד שבו בית המשפט עצר לבחון את יסודות העבירה: לאחר הודאת הנאשם התגובה המיידית הייתה הרשעה ומעבר הלאה לראיות ולטיעונים לעונש.

123 רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.2012).

124 ע"פ (מחוזי ת"א) 7250/09 **מדינת ישראל נ' בן חיים**, פס' 27–31 לפסק דינו של השופט המר (פורסם בנבו, 9.7.2009). לפסק הדין בבית משפט השלום ראו ת"פ (שלום ת"א) 6454/07 **מדינת ישראל נ' בן חיים** (פורסם בנבו, 13.1.2009).

125 עניין קטיעי, לעיל ה"ש 48.

126 ת"פ (שלום ת"א) 8371/07 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 31.1.2010).

127 ע"פ (מחוזי ת"א) 7493/09 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 30.9.2009).

שופט השלום האמור גם בחר שלא להרשיע נאשם שהודה באישומי תועבה וביקש צו מבחן ללא הרשעה, מהטעם שלדעתו לא התקיימו העבירות ותכליתן.¹²⁸ גם במקרה זה הפך בית המשפט המחוזי את ההחלטה וביקרה בחריפות.¹²⁹ למקרא הערעור מתרשם הקורא מחוסר האהדה השיפוטי לשופט הפעלתן.

סיום כהונתו היה צורם במיוחד: לאחר שנפתחה נגדו חקירת מס, פרש השופט, לא לפני שטען שרשות המיסים והפרקליטות החשידו אותו משום שביקר אותן בחריפות בפסיקותיו.¹³⁰ בין שיש צדק בדבריו ובין שלא, ניכר שפעלתנות שיפוטית כזו אינה מייצרת אהדה בקרב הרשויות, סוג של אקטיביזם שיפוטי שמערכת המשפט אינה חובבת.¹³¹ הבאת הצדדים החפצים לנהל דיון להסכמות וסיום היא דבר מבורך. להבדיל, ייצור דיונים כשהצדדים חפצים ואפילו נכונים לסיים אינה מתכון מוצלח לקידום שיפוטי.¹³²

האנטיתזה השיפוטית הנדירה מעלה תהיות על תפקידו של השופט ומידת הפעלתנות, המעורבות, הסקרנות והביקורתיות שלו. האם עליו לנקוט יוזמה כשהוא מזהה טעות או מצוקה מצד הנאשם? או שמא דווקא לעשות כן כשהוא מזהה מצוקה מצד התביעה, המשקפת מצוקה של האינטרס הציבורי?¹³³

בשיטת משפט אדוורסרית ההנחה היא שההגנה תפעל לטובת הנאשם בצורה המיטבית. לצד זאת, השיטה מכירה בכך שהסניגוריה מגוונת בשיטותיה, הכרה שמביאה לדחיית ערעורים שבוססו על טענה שהסניגוריה לא עשתה את מלאכתה נאמנה.¹³⁴ קווי הגנה שלא הועלו ולא בוססו בזמן – לא יידונו בהמשך, מטעמי יעילות וסופיות הדיון. אם כך לגבי מי שכפר ולחם, מקל וחומר לגבי מי שהרים דגל לבן והודה ואין לאיש מוטיבציה לדחוף אותו לזירת הקרב הצפופה שצפויה להתיש לא רק אותו, אלא גם את מי שדוחפו לשם ואת אלו שמעליו. על רקע זה, ההכרה בגיוון הסניגוריה היא דרך נעימה יותר מאשר לומר בגלוי שחלק מהסניגורים אינם עושים את מלאכתם נאמנה עבור לקוחותיהם. לא רק נעימה יותר, אלא גם מובילה לתוצאה רצויה יותר: דחיית הערעור באופן דיוני במקום מהותי.¹³⁵

ההקשר הרחב של המשפט הפלילי הפיקטיבי הוא הנכונות להגיע לתוצאה שאינה משקפת אמת צדק ומשפט מהותי, וזאת בשם עקרון סופיות הדיון, נטייה לסיום תיקים ולא לדישה

128 ת"פ (שלום ת"א) 7936/07, לעיל ה"ש 33.
 129 ת"פ (שלום ת"א) 8371/07, לעיל ה"ש 126.
 130 אלה לוי-וינריב "השופט דן מור נפל קורבן לגורמים הבאים עמו חשבון בגין פסיקותיו" גלובס 5.10.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000687924.
 131 להבדיל מהאקטיביזם השכיח והפופולרי במשפט הפלילי, שעניינו פרשנות מרחיבה של הדין לרעת נאשמים: אסף הרדוף "מדוע הציבור והכנסת אוהבים אקטיביזם" עורך הדין 15, 86 (2012); הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר", לעיל ה"ש 1.
 132 קובר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 86, ה"ש 135 (קשירה בין אי-קידומו של שופט לבין מהירותו בטיפול בתיקים).
 133 ראו את גישת בית המשפט העליון שהתהפכה בשבע שנים: ע"פ 21/72 צייגר נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 505 (1974); ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505 (1981).
 134 ע"פ 5731/91 סוקולובסקיה נ' מדינת ישראל פ"ד מח(1) 1, פס' 8–10 (1993).
 135 ע"פ 10153/07 קייסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.7.2012); ע"פ 8868/11 בגימוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2012).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

מרובה במחלוקת, ודאי לא לעירורן. אמנם המשפט הפלילי לכאורה עוין את היעילות,¹³⁶ אולם ההליך הפלילי דווקא חובב אותה מאוד.¹³⁷ במסגרתו היא גוברת לעיתים קרובות על עקרונות וערכים אחרים: בערעור,¹³⁸ במשפט חוזר,¹³⁹ בשינוי החוק לאחר המשפט.¹⁴⁰ כך גם באשר להסדרי טיעון.¹⁴¹ הרשעת אדם שמודה בעובדות ללא בחינה ביקורתית של יסודות העבירה ודאי יעילה יותר מעריכת דיון משפטי עקרוני, ולו קצר. יעילות היא דבר מבורך, חשוב ואף חיוני. חיסכון בזמנו של בית המשפט הוא לא רק ראוי, אלא גם הכרחי, ומועיל לתביעה ולהגנה ולגורמים נוספים.¹⁴² אין זה חדש שהמשפט משיג את היעילות על חשבון מטרות חברתיות אחרות.¹⁴³ אולם ראוי לצמצם את מחירה כשהדבר ניתן וסביר.

ד. כיוונים לשיפור

1. מבוא

הרשעה היא תוצאה כמעט אוטומטית של הודאה. תוצאה זו פירושה ויתור על הגעה פרובטיבית שיפוטית לאמת והסתפקות בהנחה שההודאה משקפת את האמת: האמת המשפטית יורדת מדרגת ההוכחה לדרגת ההנחה. הנחות משתמעות הן שלנאשם אין טענות משפטיות מהמישור הדיוני והראייתי. מנגד, לא ניתן ואין סמכות להניח שכתב האישום משקף את מלוא יסודות העבירה, והרשעה במצב שאין שיקוף פוגעת בנאשם או בציבור ומייצרת שקר משפטי. השקר מטריד ורע כשלעצמו, ומטריד ורע במיוחד אם יהפוך לדין אנוס אך משום שצבר מסה קריטית של נוכחות.

בחלק זה אציע כיוונים לצמצום הבעיה. כל אחד ניתן וראוי להרחבה, אך קוצר היריעה שנובע מהקצאת מקום לביסוס הבעיה אינו מאפשר זאת. אף שהתביעה אחראית על ניסוח האישומים ובמידה מסוימת מייצרת את האתגר, היא כנראה עומדת מאחורי בחירותיה ומעוניינת בהרחבת האחריות הפלילית.¹⁴⁴ במובן זה עיקר הציפיות לשינוי המצב אינו ממנה.

- 136 אלון הראל "יעילות וצדק במשפט הפלילי" משפטים כב 499, 501–505 (1993).
- 137 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 87.
- 138 ע"פ 1903/99 חסין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 429 (2001).
- 139 מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 253 (2000).
- 140 ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2006).
- 141 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 91.
- 142 שם, בעמ' 104, 128.
- 143 אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 281, 314, 329, 331, 334 (2007); בועז סנג'רו "עדות שותף לעבירה – יעילות מול אמת (על ביטול הלכת קינזי)" ספר גבריאלי בך 335 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).
- 144 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 26.

אפתח בסניגוריה, שבשיטת המשפט האדוורסרית היא שאמורה לקרוא תגר על עמדות התביעה. אמשיך למחוקק, לתיקון חקיקה אפשרי שיפצל את ההליך הפלילי לשני מסלולים ויצמצם חלק מהבעיות. בהנחה הסבירה שלא יגיע תיקון כאמור, אציע שינוי התנהלותי צנוע בבית המשפט, שנוגע גם לתביעה ולהגנה. אסיים בגורם יחיד מחוץ למערכת המשפט שעשוי לתרום לפתרון בעיה זו ואחרות: האקדמיה.

2. פיקוח ושיפור סניגוריה

קשה להפריז בחשיבותה של הסניגוריה.¹⁴⁵ הסניגוריה אינה אחראית רק לייעוץ, לכפירות ולניהול תיקים. היא גם ואולי בעיקר מביאה את הנאשמים להודות או מסייעת להם לעשות זאת, בהסדרי טיעון ובטיעון פתוח. כשהנאשם מודה אף שלמעשה לא ביצע את המיוחס לו (שלא בדיעת הסניגור כמובן), הבעיה חריפה אך מוכרת.¹⁴⁶ להבדיל, כשההודאה פירושה ויתור משתמע על טענות דיוניות, ראייתיות ומהותיות – ראוי שהוויתור יהיה מדעת. כדי להגשים את זכות הייצוג באופן מהותי, לתת תוקף לזכות הטיעון, לצמצם מעט את פער הכוחות מול המדינה ולמנוע עיוות דין, דרוש סניגור.¹⁴⁷ לא די בכל סניגור; דרוש סניגור בעל כישורים הולמים, סניגור מיומן ומוכשר,¹⁴⁸ סניגור מיודע שיסביר לנאשם את קשת הטיעונים המשפטיים האפשריים, על סיכוייהם וסיכוניהם, ויציע לו את קו ההגנה הטוב ביותר לדעתו.¹⁴⁹ הנאשם המיודע יוכל לבחור: להודות מדעת או לכפור מדעת. תנאי לנאשם מיודע הוא סניגור שמתמצא בטיעון המשפטי ולא רק בעובדות. סניגור טוב יותר משמע נאשם מיודע ואוטונומי יותר, שיזכה בהליך הוגן יותר.

סניגורים רבים ודאי עמוסים מכדי להתעדכן בחידושי דין וספרות. בשיטת המשפט האדוורסרית חשיבותו של הסניגור עצומה, ולא יכותרו השפעה חשובה על ההליך. ראוי לפעול לשיפור הסניגוריה. מכיוון שהסניגוריה הפרטית אינה תחת פיקוח, מוקד השיפור המוצע נוגע לסניגוריה הציבורית, על הסגל הפנימי והחיצוני שלה. אין בדבריי לרמז שהסניגוריה הציבורית אינה עושה את מלאכתה נאמנה; ההפך הוא הנכון. סבורני שמדובר בגוף חשוב ומוביל, המלא באנשים מצוינים. ובכל זאת, כל גורם יכול וצריך לשאוף להשתפר. מערך הפיקוח של הסניגוריה עשוי לסייע בצמצום הבעיה המתוארת במאמרי ולצדו השתלמויות שעוסקות בסוגיות משפטיות ומציידות את הסניגורים בכלים טובים. באופן אישי, ראוי לפקח על עבודת הסניגורים בזמן אמת ובדיעבד ולסייע להם, לא בכבילת ידיהם, אלא בהצגת אפשרויות נוספות

145 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 119.

146 השו"ש, בעמ' 68–69.

147 מגן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 254–264; רינת קיטאי-סנג'רו "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים" מחקרי משפט כג 195, 199–204 (2006).

148 מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים?" משפטים יז 475, 481–482 (1988) (להלן: קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי"); לימור זר-גוטמן "השפעת זכויות הנאשם על חובותיו האתיות של הסניגור הפלילי" מחקרי משפט כ 45, 47–48 (2003).

149 קובו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 120.

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקך המשפטי

בפניהם. מערך הפיקוח הקיים, שהוא מתפקידיה החשובים של הסניגוריה הציבורית גם לתפיסתה,¹⁵⁰ תורם לכך וראוי לשקול להגבירו. באופן מערכתי, ראוי להגביר את השיח המשפטי בין הסניגוריה הציבורית והפרטית, בין סניגורים לסניגורים, בין סניגורים לאקדמיה ובין סניגורים לתביעה ולשופטים. הדבר נכון במיוחד באשר לסוגיות חדשניות שמקימות פוטנציאל לטענות הגנה רבות ומגוונות.

האמור לעיל עשוי לסייע לנאשם הפרטני בבחירתו להודות מדעת או לכפור מדעת, ובעקבות זאת להפחית את הסיכוי לאפקט מעצב-דין.

פרט לכך, ראוי להביט גם בסניגוריה כגוף ולא רק בנאשם ובסניגור מסוימים. מבט בסניגוריה כגוף הוא מאתגר כשלעצמו. להבדיל מהתביעה, שאמורה להפעיל מדיניות, לשקף את ערכי המדינה וענייניה ולהציג קול אחיד ועקיב באשר לדין המהותי, הראייתי והדיוני, לסניגוריה הפרטית ואפילו לסניגוריה הציבורית אין יכולת ואפילו יומרה לפעול ולהציג כאמור. אף אם יש קווים מנחים לסניגור הציבורי, בכל זאת כל נאשם הוא עולם בפני עצמו, ועל הסניגור לראותו כמטרה היחידה העומדת לפניו, בלי קשר לנאשמים אחרים, אפילו שלו. אפילו בהבנה מלאה של הטיעונים המשפטיים הפוטנציאליים והסיכוי לזיכוי, לנאשם לעיתים יש עניין להודות בהסדר או שלא. כלומר, אם קודם תיארתי את ההבדל בין כפירה משפטית להודאה כפונקציה של איכות הסניגור, כעת אני מדגיש שגם סניגור איכותי במיוחד לא ידחוף ואף אינו צריך לדחוף נאשם לכפור אם הנאשם מבין את מצבו ומבכר הודאה. בחירה כאמור אינה בלתי-רציונלית: חוסר המוטיבציה לכפור עשוי להתקשר לניהול סיכונים ולרצון בוודאות. גם הרצון בצמצום החשיפה הפסיקתית והתקשורתית דוחף את הנאשם להודאה, במקום לייצר שיח משפטי מעניין שעלול להדהד הרחק, בעיה הראויה למחקר נפרד.¹⁵¹ התביעה אמורה לדבר בקול אחד; הסניגוריה מדברת במיליון קולות.

חרף זאת, גם הסניגוריה יכולה לדבר ואכן מדברת בקול אחד על הדברים החשובים לה כמכלול, אף שאינם חשובים לכל סניגור בכל תיק, ממש כשם שלא כל מסר תביעתי חשוב ומקובל על כל תובע בכל תיק. ראייה אסטרטגית אינה עניין בלתי-אפשרי לסניגוריה. פורומים מקצועיים שכבר קיימים¹⁵² וצוותי חשיבה של סניגורים עשויים להועיל לנאשמים רבים לטווח קצר ולטווח ארוך כאחד.

3. שינוי חקיקתי

ברובד העיוני, חלק מהבעיות שזיהיתי במאמרי, כמו גם בעיות אחרות, ניתן לנסות לפתור באמצעות פיצולה של מערכת המשפט הפלילי לשני מסלולים, רעיון שהשלכותיו ודאי רבות ולא אבקש לבססו, אלא אך להעלותו. הפתיח למסלולים יהיה אחד: הליך מקדמי שיכרר לאן פני ההגנה ויורד שהנאשם בוחר מדעת בהליך המתאים לו לצרכיו. לאחר מכן יישלח הנאשם

150 משרד המשפטים דוח הסניגוריה הציבורית לשנת 2015 103–104 (פורסם ביום 4.9.2016).

151 אסף הרדוף "ההליך הוא הביוש: הביוש (שיימינג) של הפרוצדורה הפלילית" (טרם פורסם).

152 שם, בעמ' 104–105.

לאחד משני מסלולים פורמליים: שיפוט מהיר עבור המבקשים להודות בהסדר או בטיעון פתוח, ושיפוט ביקורתי עבור אלו המבקשים לכפור.

שני המסלולים קיימים ממילא כיום, אך אין ביניהם הבחנה פורמלית, ודאי שאין חלוקת תפקידים והתמחות, כפי שאני מציע לשקול. הגם שמסגרת המשפט אחידה, משפט פלילי, קווי השוני בין דיוני ענישה לבין דיוני אחריות פלילית רבים ומהותיים. ייתכן שמוטב שבכל מסגרת ידונו ויכריעו שופטים מומחים. המסלולים יתקיימו במקביל. הרשעות בהסדר ובהודאות יפיקו תוצר שיפה אך ורק למסלול המהיר ואינו רלוונטי בשום אופן למסלול המורכב, ולהפך.

כך תצטמצם בעיית הדין הפלילי הנוהג. שינוי חקיקתי יסמיך הרשעות במקרי הודאה גם ללא דיון ביסודות העבירה, מתוך הכרה שמטרת המסלול היא יעילות והוא מוגבל בימרותיו ובהשפעותיו. הנאשם ידע שיש שני מסלולים ויבחר באופן מודע יותר כיצד לנהל את תיקו. השקר המשפטי לא יתבסס, משום שלשם כך נחוץ ערבוב של המסלולים, כקיים היום. נאשם שיכפור ובהמשך יבקש להודות, יוחזר למערכת המהירה. המערכת המורכבת תהיה אחראית בלעדית לעיצוב הדין המהותי, הראייתי והדיוני. המערכת המהירה תהיה אחראית לעיצוב רמת הענישה המתאימה עבור אלו שבחרו להודות. אין בה צורך במומחיות מהותית, דיונית וראייתית, ודי במומחיות ענישתית.

ההתמחות תייעל את המערכות ותבדל ביניהן; המסלול הביקורתי לא יתעניין במסלול המהיר, לא יתרשם ולא יושפע ממנו, למעט אולי בענייני ענישה עקרוניים ובהתייחס לשיקולים שיעלו בשני המסלולים. כמו לגבי השופטים, גם הסניגוריה תפתח כישורים והתמחות בהתאם למערכות; לא הרי הצטיינות בהשגת הסדרים מקלים כהרי הצטיינות בהעלאת טיעון משפטי. מה שנכון לגבי ההגנה נכון גם לגבי התביעה. כיום המסגרת והשפה אחידות, אך למעשה ניתן להבחין בין הניבים ולקצור מכך תועלת.

מנגד, לשינוי כאמור יש חסרונות מגוונים. האחד הוא סרבול שנובע הן מקיומם של מסלולים מקבילים והן מקיומו של הליך מקדמי. ההליך המקדמי מייצג חיסרון נוסף: השופט הממהר לסווג את הנאשם ולשלחו לאחד המסלולים לא בהכרח ידקדק עימו ויברר באופן הולם את השאלה המכרעת, לאיזה מסלול הוא מתאים. מערכת השיפוט עלולה ללחוץ על השופט המקדמי לדחוף את הנאשם למסלול המהיר ועל השופט הביקורתי להעבירו לשם, במגמה לסיים תיקים.

בהמשך לכך, אף שחלק מהסניגורים יבהירו מראש שהמסלול הוא של סיום מהיר, רבים יבקשו לשמור את הקלפים קרוב לחזה; כדי לשמר את חופש הפעולה שלהם, בליט ברירה יציגו כפירת סרק, במגמה להגביר את סיכוייהם להסדר טיעון מוצלח בהמשך. לבסוף, פיצול המסלולים הפורמלי עלול להיות כרוך בקשיים מושגיים, באבדן אקספרסיבי לציבור ואבדן סינרגיה אפשרית, שהרי יש ערך בכך שהמערכת מתיימרת לדבר בקול אחד, כשהיד המרשיעה היא גם היד המענישה וגם היד המזכה. ניתן לסבור שבעיית הדין הפלילי הנוהג לא תיפתר בדרך זו כלל, אלא רק תקבל הסמכה בחוק ותהיה גלויה, תשלים עם הבעיה ותנציח אותה. לבסוף ניתן לגרוס שממילא רוב הנאשמים מודים ומסיימים את ההליך הפלילי בהסדר טיעון, ולכן הפיצול המוצע לא יביא לצמצום הבעיה.

איני בטוח שהבעיות קשות. סיווג מוצלח של המסלול הוא אינטרס מערכתי ולא רק הגנתי. הנטייה לדחוף לסיום כבר ממילא קיימת כיום. ייתכן שדווקא קיום המסלולים המקבילים ייעל

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקך המשפטי

את המערכת, בתפיסה חדה יותר של תפקידיה והתמחויותיה. קיומו של מסלול ביקורתי עשוי לשחרר את שופטיו מלחצי סיום משום שהתוצר שעליהם להפיק הוא ביקורתי, שאם לא כן, אין טעם בקיום המסלול ובשיבוצם כשופטי ביקורת. באשר לכפירות הסרק, מגמה זו ממילא קיימת כבר כיום. ייתכן שניתן לצמצמה באמצעות הצבת תמריצים מתאימים, שליליים וחייביים. לגבי המטען האקספרסיבי של המשפט הפלילי, הציבור עשוי להפנים את שוני המסלולים ולייחס לכל אחד ערך אקספרסיבי עצמאי. אובדן הסינרגיה אינו מוחלט, משום שהמסלול הביקורתי ימשיך לעסוק בכל הסוגיות; וייתכן שדווקא הפיצול יאפשר ערך סינרגטי, משום שכיום מרוב עצים וענפים קשה לראות את היער הפלילי ואת מסריו.

באשר להסמכת הדין, אין מדובר בהשלמה עם הבעיה, אלא בצמצום של אחד מהיבטיה – עניין חוסר הסמכות שתואר לעיל. הסמכה כאמור לא "תשלים" עם הדין הפלילי הנוהג, אלא תתחום אותו ותמנע ממנו לזלוג הלאה. כיום מוסמך בית המשפט להרשיע נאשם שהודה ולקבל ראיות שמוסכמות על הצדדים, ובכך משלים המחוקק עם האפשרות שעובדות ייקבעו שלא בדרך של שמיעת עדים והגעה שיפוטית אקטיבית לאמת. הסמכה זו לא רק מאפשרת לייצר אמת משפטית, אלא גם תוחמת אותה. לבסוף, סביר להניח שמרבית הנאשמים ימשיכו לבחור בהודאה, בין בהסדר טיעון ובין שלא. במצב כזה, האם הרשעתם בלי לבדוק את יסודות העבירה היא רצויה? איני סבור שכן. אולם בהינתן שמגמה זו קיימת ממילא, ובהינתן הדחיפה המערכתית ליעילות, פיצול המסלולים הפורמלי יגדיל את הסיכוי להרשעת נאשמים מבחירתם המודעת מחד גיסא, ויקטין את הסיכוי לאפקט מעצב-דין מאידך גיסא.¹⁵³

4. שינוי דינוי מעשי

ברובד פרקטי יותר, שבו לא צפוי שינוי חקיקתי ופיצול דרמטי של מסלולי המשפט הפלילי, מוצע לכונן פרקטיקה מחייבת עבור כל המעורבים בתיק שמסתיים בלי בקרה אמיתית, להבהיר שזהו המצב ולייצר בכך אפקט מונע ומבטל נוהג. התובע יצהיר שהתביעה לא תעשה כל שימוש, ישיר ועקיף, בתיק שמסתיים בהודאה כתקדים לביסוס קביעה משפטית בתיק אחר; בית המשפט יבהיר שלהרשעה אין השלכות משפטיות על איש מלבד הנאשם; והנאשם יבהיר שהוא מקבל על עצמו את הדין ולא יטען בעתיד שפרשנות מצמצמת של מי שכפר וזוכה משליכה עליו באיזשהו אופן. במילים אחרות, עבור כל הנוגעים בדבר, פה זה מתחיל ופה זה נגמר. המילים "מבלי להוות תקדים" הן אורחות מוכרות בבית המשפט בסוגיית הענישה; יש להשתמש בהן ולהתכוון להן גם לגבי ההרשעה הבלתי-יסודית. שקיפות היא מפתח להגבלת האפקט של הודאה והרשעה. הכרזה מפורשת של הצדדים שמדובר בהליך נקודתי, תתחום את יומרותיו של פסק הדין ותגביל את השפעותיו האפשריות.¹⁵⁴

153 שינוי פורמלי של מסלולי ההליך הפלילי לא יפתור את בעיית הודאות השווא, שאינה מוקד מאמרי.

154 למשל בארצות-הברית מקובל שהנאשם יכול לוותר על טענות חוקתיות פוטנציאליות שלו ואז הן יורדות במוצהר מהפרק. ראו United States v. Mezzanatto, 513 U.S. 196, 201 (1995).

ניתן לגרוס ששינוי כאמור הוא בעייתי, בפגיעתו בזכותו של הנאשם לכבוד, לחירות ולהליך הוגן, ואף בעמידתו בסתירה פורמלית לסעיף 19 לחוק-יסוד: השפיטה, המכונן את הזכות לבקש משפט חוזר. ראשית, אם נפגעות זכויותיו של הנאשם במצב כזה של הודאה והרשעה, השינוי המוצע אינו מייצר את הפגיעה, אלא רק תוחם את האפקט הפוגעני שלה כלפי מי שבחר להודות. גם כלפיו, שינוי דיוני כאמור יצמצם את הסיכוי להודאה בלי הבנה בדבר האפשרות לכפירה משפטית. עצם האפשרות להרשיע אדם על פי הודאתו ושלא במשפט הוכחות ניתנת לתיאור כפגיעה קשה בזכויות יסוד, אולם מעטים יחלקו על היותו מידתי ולתכלית ראויה. אם כבר, האפשרות להודות בחקירה בעייתית הרבה יותר, באשר בשלב זה החשוד הטיפוסי אינו מיוצג ובוודאי עורך דינו אינו לצדו ולא האיר את עיניו בדבר אפשרויותיו. הודאה והסדרים כרוכים בבחירה כמעט מובנית לוותר על האפשרות לערעור אפקטיבי בעתיד. יש לקוות שהסניגוריה תפעל לכך שהנאשם יבחר מדעת.

באשר לחוק-יסוד: השפיטה, פרשנות חדשה של איסור ממילא אינה עילה למשפט חוזר. זיכוי במשפט חוזר בגין פרשנות שיפוטית חדשה הוא דבר נדיר מאוד בישראל.¹⁵⁵ סבורני שזיכוי כאמור מנוגד לחוק. לפי סעיף 5 לחוק העונשין, אפילו תיקון פורמלי של איסור המביא לצמצומו של איסור חל רק על נאשמים שפסק דינם אינו חלוט. סופיות הדיון ויעילות מערכתית הועדפו בידי המחוקק על האפשרות לדון מחדש בפרשנות המשפטית של תיקים שתמו. אם כך לגבי תיקון החוק, מקל וחומר כך לגבי שינוי פרשני לאיסור.

5. תשומת לב אקדמית

כוחות שונים ומציאות דיונית מביאים לבעיית המשפט הפלילי הפיקטיבי, וכוחות שונים עשויים לצמצמה. כוח נוסף, שאינו חלק פורמלי במערכת המשפט, מתיימר לתרום לצמצום בעיות בה: האקדמיה.

הכתיבה האקדמית ודאי מסייעת להאיר בעיות ופתרונות אפשריים בשדה המשפט. לצד זאת, האקדמיה אינה מזהה חלק מהבעיות במשפט הנוהג ואינה מתייחסת אליהן. סיבה מרכזית לחוסר ההתייחסות קשורה לנטייה האקדמית הרווחת בישראל לכתוב לכתבי עת זרים, בעיקר אמריקניים.¹⁵⁶ אלו מטיבם אינם מתעניינים במציאות המשפטית בישראל דווקא, וכמות הכתיבה העברית יורדת.

לבעיה כללית זו מצטברת ההתמחות האקדמית. השדה הפלילי מתפצל כאמור לשלושה: דיני עונשין, סדר דין פלילי ודיני ראיות. בודדים המלומדים שמלמדים וחוקרים את שלושת השדות. מבין אלו שמתעניינים בנעשה במשפט הישראלי, מומחי הדין המהותי עוסקים בפסיקה עליונה בעיקר לאחר שנדונה והוכרעה מחלוקת משפטית. מומחי סדר הדין הפלילי מתמקדים במחלוקת בתחומם ובהליכים בעייתיים אחרים, אך לא מערבים את הזווית המהותית, וכמוהם גם מומחי דיני ראיות.

¹⁵⁵ דוגמת עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 98.

¹⁵⁶ התייחסויות לכך מפי אנשי אקדמיה בכירים בשורת ראיונות בתוך עלי משפט י 1, 287–215 (2012).

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

בעניין דנן, אין סיבה שמומחה מהדין המהותי ידון בסוגיה מהותית שבית המשפט לא דן בה, בתיק שבו לא נדון עניין מהותי כלל. לעיתים האקדמיה עוסקת בהסדרי טיעון ובהודאות, מזווית דיונית או מזווית ראייתית; אך כמעט לא מזווית מהותית, שמצטיירת כבלתי-קשורה בעליל.¹⁵⁷ אולם ראוי להביט אקדמית בענפי המשפט הפלילי לא רק כנפרדים, אלא כחלק מעץ אחד, שגם הוא חלק מיער – יער המשפט, שאף הוא חלק מסביבה רחבה יותר, החברה האנושית. למבט עצמאי בכל ענף יש ערך רב; אך גם למבט בעץ, ביער וכדומה.¹⁵⁸

כיצד הגעתי אני לזווית זו ולרעיון המחקר? באופן מקרי למדי. בקורס "הפשע המקוון" שאני מעביר מאז 2009, סבלתי ובמידת מה עודני סובל ממצוקת חומרים ודלות בפסיקה ישראלית ביקורתית. פניתי לעיתים גם לתיקים שבהם נאשמים הודו, כדי לעורר דילמות משפטיות מהותיות ולא להסתפק בתיאור רטוריקה של ענישה. ייתכן שהדבר אינו מקרי, ושבעיית המשפט הפלילי הפיקטיבי מתעוררת בעיקר במצבים כאלו, של חידוש עמוק ורחב – חברתי, טכנולוגי, כלכלי או אפילו משפטי. אם המחוקק אינו שוקד על התאמת החוק הקיים למציאות משתנה, האתגר נופל על כתפי התביעה להתאים איסורים ישנים ולהרחיבם. הרחבה זו ראויה לדיון שיפוטי, שכעולה מהמאמר, אינו תמיד מגיע.

לאחר שהתחלתי לכתוב על עבירות מין ברשת, הבחנתי שתיקי הודאה זולגים לבית המשפט העליון ואינם נדונים בו באופן ביקורתי. במילים אחרות, בהיעדר דיונים ביקורתיים על הפסיקה, נאלצתי לייצר כאלו עבור תלמידיי; כשחיפשתי, מצאתי.

אנקדוטה זו מתחברת ללקח מוכר: ביקורתיות והיעדרה הם פונקציה של מוטיבציה, מצד אחד, ושל כמות חומרים, מצד אחר. ככל שהעיסוק מרובה חומרים וסובל מעומס, כעיסוק השופט, הביקורתיות מצטמצמת. לאקדמיה יש משאבי זמן רבים בהרבה, וראוי לנצלם לשיפור המשפט הישראלי.

לקח אקדמי אחרון נוגע למבט בסוגיות שמתנהלות באין מחלוקת. מרבית הנאשמים – מודים ומורשעים בהסדרים.¹⁵⁹ האקדמיה אינה מזניחה את שאלת הסדרי הטיעון.¹⁶⁰ אולם כמעט כל הכתיבה האקדמית הפלילית מכוונת למצבי עימות. הנטייה לעסוק בשאלות שנוגעות למיעוט הנאשמים דווקא, לכופרים, מובנת ואולי אף טבעית. היא מתחברת להכרח השיפוטי להקנות לאחרונים תשומת לב רבה יותר, ולשאלות משפטיות שעולות באופן פורמלי וישיר, ולא באופן סמוי כמעט לחלוטין. המקרים שבאור הזרקור השיפוטי הביקורתי מעוררים לא אחת את הביקורת האקדמית, שלעיתים קרובות מבקרת את הביקורת השיפוטית. אולם ראוי לשים לב גם למי שאינו נהנה ולא ביקש ליהנות מזרקור הביקורת השיפוטית; דווקא היכן שלא מופעלת ביקורת שיפוטית אמיתית וקפדנית, לעיתים ניתן וראוי להאיר ולבקר אקדמית.

157 לחריג ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 43–45.

158 למבט כזה בהקשר קרוב למאמרי שם, בעמ' 43–45.

159 גזל ותור, לעיל ה"ש 84, בעמ' 116.

160 לדוגמאות עדכניות נוספות לדיונים חשובים בסוגיה ראו מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" חוקים ו 49 (2014); נתנאל דגן "שקילת הסדרי טיעון והיקף השפעתם הראוי בוועדת השחרורים" חוקים ו 222 (2014).

ה. סיכום

נאשמים מודים ובית משפט מרשיע באופן כמעט אוטומטי, בלי לבחון את יסודות העבירה. כשהיסודות אינם מתקיימים, נוצר משפט פלילי פיקטיבי ואפילו "שקר משפטי". התנהלות כזו כרוכה בחוסר סמכות שאינה טכנית ודיונית, אלא מהותית: הרשעת אדם בלי לוודא שהעובדות שבהן הודה מקיימות את העבירה מבחינה משפטית. כשההרשעה משקפת תווית לא מדויקת, הדבר כרוך בעוול לנאשם או בפגיעה בציבור, תוצר הנוגד את הדין. כאשר הנקודות מצטברות והופכות לקו, להרשעות כאלו עלול להיות אפקט מעצב־דין, שישפיע על נאשמים עתידיים דומים ועל שופטים עתידיים שיהיו חופשיים פחות לקבל תזות הגנה. ראוי להכיר בבעיה זו ולנסות לצמצמה, הן עבור נאשמים עתידיים והן עבור מערכת המשפט בכללותה, שיכולה וצריכה לעצב את הדין כעניין נורמטיבי ערכי ולא כתוצאה של מומנטום ושל דינמיקה בין תביעה לבין סניגורים.

מנגד, כשהיסודות מתקיימים אף שלא נבחנו שיפוטית, הבעיה שמתוארת במאמרי היא לכאורה בעיה פיקטיבית. אולם ראוי להדגיש נקודה שנמנעתי מהדגישה עד כה, נקודה בנלית ומורכבת כאחד: קיומם של יסודות עבירה אינו דבר אובייקטיבי, משום שהמשפט הפלילי (כמו המשפט בכלל) אינו שדה אובייקטיבי, אלא נתון לפרשנות שיפוטית שמצרה ובעיקר מרחיבה אותו. כמו הצדדים, גם בית המשפט מפרש את המשפט. הפרשנות ההגנתית אינה מחייבת איש; הפרשנות התביעיתית מחייבת את עצמה; הפרשנות השיפוטית כוללת ערך נורמטיבי שמחייב את הציבור כולו.¹⁶¹

היעדרה של פרשנות שיפוטית אינו תוצאה הכרחית או רצויה אך משום שהנאשם מודה בעובדות. הרשעה היא בעלת משמעות לא רק לפרט, אלא גם לפרטים נוספים ולחברה בכללותה. הרצון והצורך להתייעל ולהזדרז לסיים תיקים – מוכנים. אולם הם אינם פוטרים את המערכת מחובותיה, אינם מקנים לה סמכויות חדשות ואינם מאיינים את יתר עקרונותיה. ראוי להכיר בתופעת ההרשעות הבלתי־יסודיות בשלב ראשון ולצמצמה בשלב שני, כל גורם כמיטב יכולתו: הסניגוריה בשיפור כליה המשפטיים ובהצגת קשת אפשרויות רחבה לנאשם; המחוקק ביצירת מסלולים שונים עבור הליכים שונים; בית המשפט והצדדים בצמצום האפשרות להשפעה עקיפה של תיקי הודאה על תיקי כפירה; והאקדמיה בשימת לב רבה יותר לסוגיות שקופות שלא זכו בדיון שיפוטי ביקורתית.

לבעיית המשפט הפלילי הפיקטיבי הקשר רחב: יעילות הגוברת על אמת, ערכים ועקרונות. אף שההקשר מוכר, ראוי להשית לבנו אליו ולבחון מחדש איזונים שערכנו, שכן לעיתים המערכת נוטה ליעילות יותר מאשר לערכים אחרים. אסיים מאמרי בהצבת הקשר רחב אף יותר: שיטת המשפט האדוורסרית. צרה היריעה מהעלאת טיעון סדור לגביה; אחבר את ביקורת לשיטה עצמה ואציף ראשית־תהייה להמשך.

161 גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 35–36, 42.

פסיביזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי

ניתן לגרוס שהבעיה המתוארת במאמרי מלמדת על כשל מסוים בשיטה האדוורסרית. הנחת המוצא של השיטה היא שכל צד להליך מייצג ומציג עמדה עובדתית,¹⁶² ומהעיונות תצמח האמת.¹⁶³ לא רק אמת אמורה לצמוח, אלא גם משפט. אולם בין שאת האמת ביקשנו ובין שאת המשפט, לעיתים האדוורסריות אינה מספקת תוצר מוקפד וראוי.¹⁶⁴ כשאחד הצדדים אינו עושה את מלאכתו נאמנה, כשיש לו שיקולים שכובלים את ידיו או דוחפים אותו לכיוון מסוים,¹⁶⁵ כשהגורם המכריע נלחץ ומלחיץ לסיום התיק, התוצר לעיתים אינו תואם את העובדות ואת הדין. הוא אינו אמת, אינו משפט ואפילו אינו אמת משפטית. שיטת המשפט האדוורסרית מניחה במשתמע צדדים חזקים, גם אם לא שווים כוחות, שמציפים בפני השופט טיעונים משפטיים ועובדתיים, ושופט מקצועי שמבקש ומזהה את האמת, הדין והצדק. אולם אין זה מצב תמידי.¹⁶⁶ לא תמיד הצדדים חזקים, לא תמיד הם מציפים טיעונים ולא תמיד הם ערים לאפשרויות טיעון חשובות; ולא תמיד השופט מודאג מהאמת, הדין והצדק יותר מכפי שהוא מעוניין לסיים תיקים ולעמוד בלחצים וציפיות מגבוה.

בדין האזרחי מוכרת היטב התמה שהעיקר הוא סיום המחלוקת ושהסכמה תפטור את בית המשפט מחיפוש האמת.¹⁶⁷ בדין הפלילי, שלכאורה עוסק בסוגיות דרמטיות וציבוריות יותר, אין תמה פורמלית כאמור; אך המציאות אינה רחוקה מכך. האדוורסריות אינה תמיד חדה דיה או מקנה די מוטיבציה כדי להגיע לאמת. כשהאדוורסריות הופכת להסכמה, וכשההסכמה היא לא רק מגמה, אלא גם המגמה הרווחת והשלטת, ראוי לשים לב שהדבר אינו בא על חשבון דין ועקרונות ולצמצם השלכות על אדוורסריות עתידית: להגן על האדוורסריות מפני היעדרה.

בצדק או שלא, השיטה האינקוויזיטורית מעוררת תחושות קשות של ריכוזיות כוח בידי השופט.¹⁶⁸ גם בשיטת המשפט שלנו הכוח השיפוטי אינו במחסור,¹⁶⁹ והקריאה להוסיף ולהגבירו אינה נדירה.¹⁷⁰ אולם לעיתים הכוח לפרש וליצור משפט נסוג ומוחלף בידי הכוח לדלג ולסיים. אפילו כוח רב אינו חזק במיוחד ללא מוטיבציה, בעיקר כשקיימת מוטיבציה חזקה שלא להפעילו.

162 החקירה הנגרית של עדים היא שיא העיונות העובדתית. ראו דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661 (1991); רע"א 2508/98 מתן תקשורת בע"מ נ' מילטל, פ"ד נג(3) 26 (1998).

163 עמנואל גרוס "אדוורסריות ואקטיביזם בפלילי" עיוני משפט יז 867, 872 (1993) (להלן: גרוס "אדוורסריות ואקטיביזם"); קיטאי-סנג'רו, לעיל ה"ש 147, בעמ' 200.

164 גרוס "אדוורסריות ואקטיביזם", לעיל ה"ש 163, בעמ' 873; גונטובניק, לעיל ה"ש 68, בעמ' 33.

165 קובר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 123-132.

166 קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי", לעיל ה"ש 148, בעמ' 483-484.

167 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, פסקי הדין של השופטים אלון וגולדברג (1988).

168 כהן, לעיל ה"ש 87, בעמ' 312-314.

169 יודגש שההליך הפלילי בישראל מתחיל בצורה אינקוויזיטורית – החקירה המשטרית. ראו מגן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 245.

170 קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי", לעיל ה"ש 148, בעמ' 492-495.