

הגישור הפלילי

עמי קובו*

הגישור הפלילי הוא הליך שבו מתקיים דיון בפני שופט מגשר, שאינו השופט שדן בתיק העיקרי, ובמסגרתו הצדדים מנסים להגיע להסדר טיעון, בסיוע בית המשפט. לפני למעלה מתריסר שנים החלה להתפתח בבתי המשפט בישראל פרקטיקה של הליכי גישור פלילי, אשר נערכים בפני שופט מכהן. פרקטיקה זו הלכה והתעצמה בשנים האחרונות, ואף קיבלה פעמים רבות גושפנקה מבית המשפט העליון.

המחבר, אשר במסגרת כהונתו כשופט שימש מגשר פלילי בתיקים רבים בשנים האחרונות, מביא במאמר את ניסיונו בנושא, ואת הבנתו בנוגע לאופיו המיוחד של הליך זה, על יתרונותיו וחסרונותיו. בהליכי הגישור גילה את החשיבות שבשיח גלוי ופתוח של הצדדים, אשר חושף את האינטרסים והעמדות האמיתיים של הצדדים, לאחר שהם מסירים מעצמם את מעטה הלוחמנות האדברסרי. עיון בספרות האקדמית מעלה כי בניגוד להליכי הגישור בתחום האזרחי ובניגוד לדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים בהליך הפלילי, הרי נושא הגישור הפלילי אינו מוכר דיו, וטרם זכה לדיון אקדמי ממצה. מכאן נולד הצורך בכתיבת מאמר זה, אשר ינסה לתאר את שיטת הגישור הפלילי, לעמוד על מאפייניה המרכזיים ועל יתרונותיה וחסרונותיה, ולבסוף להמליץ על דרכים לשפר את השיטה בעתיד. המאמר מציע מסקנות והמלצות לאופן ניהול ראוי של הגישור הפלילי. כך, למשל, השופט המגשר רשאי לעיין בכל חומר רלוונטי ולהציע הצעות לסיום ההליך, לרבות לענישה; נדרשת הפרדה מלאה בין שופט ההוכחות לשופט המגשר; במישור הניהולי על בית המשפט להקצות זמן מספיק לכל ישיבת גישור; במישור השיפוטי יש להבטיח שמירה על הגינות ההליך ולמנוע הפעלת לחץ על הצדדים באופן שעלול להוביל להודאת שווא של נאשמים או לפגיעה באינטרס הציבורי; על מערכת המשפט להקפיד על יצירת הכשרות מתאימות לשופטים בנושא; במבט לעתיד נראה כי השלב הבא בעניין הגישור הפלילי הוא הסדרתו בחוק; יש ליצור סטנדרטיזציה והבניה של השיטה; במישור האקדמי נראה כי קיים צורך במחקר אמפירי בנושא.

* שופט, בית המשפט המחוזי מרכז – לוד; מרצה מן החוץ בבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי לד"ר לימור זר-גוטמן, לד"ר קרני פרלמן, לפרופ' אורן גול-אייל, לד"ר דניאלה ביניש, לד"ר יניב ואקי, לעו"ד רותם עמית, לעו"ד קרן וינברג-אייל, לאורי פרץ, לספיר מלכה ולחברי כתב העת "המשפט" על הערותיהם המועילות. תודתי גם לשופטים רות לורך וצחי עוזיאל על שהזמינו אותי להעביר הרצאה בנושא הגישור הפלילי במכון להשתלמות שופטים, אשר במסגרתה הונחו היסודות הראשונים למאמר זה.

הגישור הפלילי, אשר צמח בערכאות הדיוניות, ובהמשך קיבל לגיטימציה והכרה בפסיקת בית המשפט העליון, צבר תאוצה במהלך השנים, וכיום הוא רכיב מוכר ומשמעותי בהליך הפלילי. ניהול מושכל ונכון של הליך הגישור, על פי כללים ברורים, עשוי לתרום ליעילות הדיון, להגינות ההליך ולעשיית הצדק.

א. מבוא. ב. המסגרת הנורמטיבית; 1. מקור הסמכות לגישור; 2. האם סעיף 143א הוא המסגרת הנורמטיבית?; 3. חוק בתי המשפט והתקנות כמקור השראה ופרשנות; 4. נוהל נשיאת בתי משפט השלום במחוז המרכז לגישור פלילי. ג. מהות הגישור הפלילי; 1. מאפייני הגישור הפלילי; 2. אופן ניהול הגישור; 3. חומת הפרדה בין השופט המגשר לשופט ההוכחות; 4. שיח בין השופט המגשר לשופט ההוכחות; 5. סמכות השופט המגשר לשמוע טיעון פתוח לעונש; 6. סמכות המגשר להיפגש עם כל צד בנפרד; 7. פרוטוקול דיון הגישור; 8. חריגה מהסדר טיעון שהושג בגישור; 9. מקרים שאינם מתאימים לגישור. ד. יתרונותיו וחסרונותיו של הליך הגישור; 1. יתרונות הליך הגישור; 2. חסרונות הליך הגישור. ה. השחקנים בהליך הגישור; 1. זהות המגשר – האם בהכרח שופט?; 2. תפקיד השופט המגשר וכישוריו; 3. תפקידים של עורכי הדין בהליך הגישור; 4. סירובה של התביעה להליך גישור; 5. מקומו של הנאשם בהליך הגישור; 6. מקומו של נפגע העבירה בהליך הגישור. ו. משפט משווה. ז. מסקנות והמלצות.

א. מבוא

החשיבות הנודעת להבאת המתדיינים להסכמה מוכרת בבתי המשפט מקדמת דנא. כבר ב"שולחן ערוך" הובעה הדעה שלפיה ראוי שבית הדין ינסה לקדם פשרה בין הצדדים, כדלקמן:¹

"מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה: הדין אתם רוצים או הפשרה. אם רצו בפשרה, עושים ביניהם פשרה. וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו. וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח".

גם בדורנו הובעה לא אחת העמדה שלפיה הגישור הוא ראוי. כך, למשל, הציג את הדברים הנשיא אהרן ברק (אם כי הדברים לא נאמרו בנוגע לגישור פלילי):²

"גישור אינו רק מקצוע. זו פילוסופיית חיים [...] גישור אינו רק טכניקה. זו תרבות חיים משותפים [...] בעיני המצב האידיאלי הוא זה, שבו בתי המשפט עוסקים בסכסוכים, שרק הכרעה שיפוטית מסוגלת לפתור או בסכסוכים שבהם

1 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ב.

2 אהרן ברק "על הגישור" בהסכמה 1, 4 (2001); יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" משפט וממשל ז 123 (2004). ראו גם אהרן ברק "על הגישור" שערי משפט ג 9 (2002) (להלן: ברק "על הגישור" שערי משפט).

הגישור הפלילי

ההכרעה השיפוטית היא הראויה ביותר. בכל שאר הסכסוכים – והם רוב רובם של הסכסוכים המובאים כיום בפני בתי המשפט – צריכות לענות מסגרות חברתיות לבר-שיפוטיות, אשר הגישור [...] מהווה מרכיב מרכזי בהן.”

רשימה זו עוסקת בגישור הפלילי, הלכה למעשה. הגישור הוא הליך לפתרון סכסוכים, שבו צד ג' ניטרלי מסייע לצדדים שבסכסוך להגיע להסכמה, מבלי שיש בידו כוח להכריע בסכסוך. הגישור הפלילי הוא דרך ניהול הליך שבה מתקיים דיון בפני שופט מגשר, שאינו השופט שדן בתיק העיקרי, ובמסגרתו הצדדים מנסים להגיע להסדר טיעון מוסכם, בסיוע בית המשפט.³ בספרות המחקרית המונח “גישור” מתייחס בעיקרו למודל רחב של הליך ממושך שבו המגשר מנסה לא רק לפתור את הסכסוך המשפטי, אלא גם להגשים ככל האפשר את האינטרסים של הצדדים, לרדת לשורש הבעיה שהעמות המשפטית הוא רק סימפטום שלה, ולגבש פתרון צופה פני עתיד. זאת, במובחן מהגישור השיפוטי אשר על פי רוב משקף מודל צר יותר שבבסיסו, ככלל, חתירה לסיום מוסכם ויעיל של ההליך. בנסיבות אלה, יש הסבורים כי המונח “גישור” אינו הולם את תיאור התופעה, וראוי יותר להשתמש במונחים כגון “שפיטה הסדרית”,⁴ או “פישור”.⁵ עם זאת, בפרקטיקה השיפוטית ובפסיקת בית המשפט העליון השתרש המונח “גישור שיפוטי” ו”שופט מגשר” בהתייחס לתופעה זו, אשר יש בה הן אלמנטים של גישור והן של פישור,⁶ ולפיכך אשתמש במונח “גישור” לתיאור התופעה. הגישור הפלילי הוא חלק מתופעה רחבה יותר של דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים במשפט הפלילי, לרבות מודלים של בית משפט של פתרון בעיות,⁷ בית משפט קהילתי,⁸ בית משפט לסמים,⁹ הליכי גישור פוגע-נפגע,¹⁰ צדק מאחה,¹¹ הסדר מותנה,¹² ועוד.

- 3 Maureen Laflin, *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, 40 IDAHO L. REV. 571, 575–579 (2004).
- 4 על ההבחנה בין שתי תופעות של שפיטה הסדרית במודל הרחב ובמודל הצר ראו קרני פרלמן “שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי” משפט ועסקים יט 365, 367 (להלן: פרלמן “שופט מגשר?”). פרלמן סבורה כי השימוש במונח “גישור” בהקשר השיפוטי עלול להטעות, ויש להעדיף את המונח “שפיטה הסדרית” ו”שופט הסדרתי”.
5 אורן גול-אייל, רונן פרי, גל ליפשיץ ואפרת פלוטניק-צדקיהו “ייצוג בהליכי פישור בבית-הדין לעבודה” עיוני משפט לד 644, 641 (2011).
- 6 על טשטוש הגבולות הקיים לעיתים בפרקטיקה בין מודל של גישור לבין מודל של פישור ראו מיכל אלברשטיין “על החיפזון והצדק הפרוצדורלי בבית הדין לעבודה: תצפית בגישור ושפיטה” מאזני משפט ז 119 (2000).
- 7 פרלמן “שופט מגשר?”, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 382; ארנה רבינוביץ-עיני “בתי משפט פותרים בעיות ובעיית האחיותיות – לקחים ממסוד הליך הגישור” מחקרי משפט כו 517 (2010). במודלים אלה הדגש על פי רוב הוא על הגישה הטיפולית והם נכללים בכינוי ADR: Alternative Dispute Resolution.
- 8 לאחרונה נפתחו שני בתי משפט קהילתיים, האחד בבית משפט השלום באר שבע והשני בבית משפט השלום ברמלה.
- 9 בית המשפט לסמים מתקיים במתכונת של פיילוט בבית משפט השלום בתל-אביב מזה כמה שנים.
- 10 בישראל גישור פוגע-נפגע (גפ”ן) נערך בחסות שירות המבחן. ראו זמיר “גישור בעניינים ציבוריים”, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 137. הליכי גישור בין פוגע לנפגע שכיחים גם בשיטות משפט אחרות, ומכונים לעיתים Victim-Offender Mediation או בקיצור VOM. ראו למשל Jenifer

בהקשר זה יש להבחין בין הגישור הפלילי המתואר במאמר זה, שהוא גישור שנעשה בבית המשפט, על ידי שופט, אשר בתי המשפט העניקו לו את הכינוי "גישור פלילי", לבין "גישור פוגע-נפגע" במסגרת הליכי צדק מאחה אשר נעשה מחוץ לכותלי בית-המשפט, ולבין הגישור האזרחי אשר מתנהל אף הוא מחוץ לכותלי בית המשפט. ההבדלים בין ההליכים הללו הם מהותיים ויורדים לשורשו של עניין, ואין לטעות בין ההליכים בשל הדמיון בכינויים. לפני למעלה מתריסר שנים החלה להתפתח בבתי המשפט בישראל פרקטיקה של הליכי גישור בתחום הפלילי, אשר נערכים לפני שופט מכהן.¹³ פרקטיקה זו הלכה והתעצמה בשנים האחרונות, ואף פעמים רבות קיבלה גושפנקא מבית המשפט העליון.¹⁴ שיטת הגישור הפלילי התפתחה "מלמטה למעלה". כלומר, שיטה שצמחה "מהשטח", מהערכאות הדיוניות, ובדיעבד קיבלה אישור ולגיטימציה.¹⁵ נראה כי פרקטיקה שיפוטית זו נולדה בראש ובראשונה כדי להתמודד עם בעיית העומס המוטל על בתי המשפט, אך גם כדי להתמודד עם כשלים שונים בהליך האדברסרי ובהשפעות של תנועות יישוב סכסוכים,¹⁶ וכן מתוך גישה של "ניהול שיפוט" שבה השופט נתפס כ"שופט מנהל" האחראי לניהולו של התיק מבחינת לוח הזמנים, שלבי בירור הסכסוך וקידום. גישה זו הובילה שופטים ליזום טכניקות בלתי-פורמליות שמטרתן לקדם את היעילות המערכתית.¹⁷

- Gerarda Brown, *The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique*, Laflin ; 43 EMORY L.J. 1247 (1994), לעיל ה"ש 3, בעמ' 580 ואילך. כמו כן קיימים הליכי "קד"מ" (קבוצת דיון משפחתית) בעניינים של קטינים. ראו www.kdm.org.il.
- 11 רון שפירא "הגיעה העת לסולחה" הפרקליט מח 433, 443 (2006); בני שטיינברג "הליך הגישור בעניינים פליליים: מקורותיו, התפתחותו, והיחס בינו לבין המשפט הפלילי" **שערי משפט** ג 131 (2002); טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג 779 (2013).
- 12 ס' 67א-67ב לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי" או "החסד"פ"). ראו גם אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה – הצעה להליך חדש" **עיוני משפט** לו 125 (2006).
- 13 בשנת 2002 החלה תוכנית גישור פלילי בבית המשפט המחוזי בחיפה (ראו זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 139), וכן בבתי משפט מחוזיים נוספים (ראו ע"פ 8417/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 23.12.2013) (להלן: ע"פ 8417/13 פלוני)).
- 14 בשנת 2004 התייחס בית המשפט העליון לגישור הפלילי במסגרת ע"פ 1640/04 קקון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2004). בשנת 2006 תיאר בית המשפט העליון כי בשנים האחרונות "יובא" הליך הגישור מהתחום האזרחי גם להליך הפלילי, וכי הליך זה תופס נפח הולך וגדל. ראו ע"פ 6508/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 13.9.2006) (להלן: ע"פ 6508/05 פלוני). ראו גם ע"פ 1924/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.6.2015).
- 15 גם בארצות-הברית, כמו בישראל, הגישור הפלילי התפתח באופן דומה. ראו Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 586.
- 16 ראו פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 372, 374, 397; Louise Otis & Eric H. Reiter, *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 351, 361–362 (2006).
- 17 קרני פרלמן **יישוב סכסוכים: משפט שיתופי וטיפול** 189 (2015) (להלן: פרלמן **יישוב סכסוכים**).

באופן דומה, שיטת ימי ההקראות המרוכזים המכונים "ימי מוקד", כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק בדבר דיון מקדמי, התפתחה כנוהג בבתי משפט שונים שבהם נקבעו ימי הקראות מרוכזים ובהם התקיים הליך של דיון מקדמי בכתב האישום. בהליך זה של ימי מוקד נערך ניסיון להביא לצמצום המחלוקות בין בעלי הדין ובמידת האפשר לידי סיום ההליך הפלילי בדרך מוסכמת, לרבות בדרך של הסדר טיעון. ימי המוקד החלו בסוף שנות התשעים בבתי משפט השלום בכמה מחוזות, לרבות במחוז המרכז,¹⁸ ובמתכונת שונה בבית משפט השלום בירושלים,¹⁹ ומשם התפתחו אף למרבית מחוזות בתי משפט השלום בישראל (למעט מחוז הצפון).²⁰ לאחר שנים שבהן השיטה התפתחה, תוך שהסמכות לכך נשענה בדוחק על סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי, שעניינו הסכמה בדבר עובדות וראיות, הובא הנושא לדיון לפני הוועדה לסדר דין פלילי בראשות השופט אליהו מצא, אשר המליצה על עיגון הפרקטיקה בחקיקה. ואכן, המחוקק עיגן את שיטת המוקד הפלילי, העניק לה מסגרת נורמטיבית ראויה, לגיטימציה ובסיס איתן.²¹ אף שיטת הגישור הפלילי התפתחה באופן דומה. כלומר, החלה "בשטח" בערכאות הדיוניות, תוך היאחזות, לעיתים דחוקה, בסעיפי חוק קיימים, והלכה וקיבלה לגיטימציה.²² במאמר מוסגר יצוין, כי אף הסדרי הטיעון התפתחו באופן דומה שנים רבות לפני הגישור הפלילי וימי המוקד. שיטת הסדרי הטיעון החלה בערכאות הדיוניות: תחילה ראה בה בית המשפט העליון כ"הכרח בל יגונה",²³ ובהמשך הלכה שיטה זו וקיבלה לגיטימציה והכרה בפסיקת בית המשפט העליון,²⁴ עד אשר כיום קשה לדמיין את מערכת המשפט הפלילית מתנהלת ללא הסדרי טיעון.

כשופט מוקד בבית משפט השלום בפתח תקווה (בין השנים 2012–2014) התחלתי לעסוק בגישורים פליליים. התיקים המרכזיים שהועברו לגישור לפניי היו תיקים שהחלו במוקד, הועברו להוכחות, ובמהלך שמיעת ההוכחות, בין שביזמת מותב ההוכחות, ובין שביזמת הצדדים, פנו הצדדים וביקשו לקיים ישיבת גישור בתיק. בתיקים אלה התנהלו ישיבות גישור,

- 18 הוועדה לבחינת תהליכי ניהול ההליך השיפוטי הפלילי במחוז מרכז (שיטת המוקד הפלילי) דו"ח הוועדה (2011) (להלן: דו"ח ועדת דסקין). הד"וח הוגש לנשיאת בתי משפט השלום במחוז המרכז, כב' השופטת דפנה בלטמן קדראי. הח"מ שימש חבר ומוזכיר הוועדה.
- 19 אמנון כהן ועינת אבמן-מולר "שופט פסיבי או שופט אקטיבי? הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקות טיעון" משפטים לא 745, 756 (2001).
- 20 במחוז הצפון קיימת לאחרונה מתכונת שונה שתכליתה להגביר את יעילות הדיונים, וזאת במסגרת המזכירות הפרואקטיבית.
- 21 ס' 143א לחסד"פ. ראו גם הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה–2005, ה"ח הממשלה 548 (להלן: הצעת חוק דיון מקדמי).
- 22 יצוין כי חלק מן השופטים המגשרים בבתי המשפט המחוזיים החלו את "דרכם הגישורית" כשופטי מוקד בבתי משפט השלום. עם זאת, לא ניתן לקבוע כי הגישורים הפליליים מהווים התפתחות ישירה של הליכי המוקד.
- 23 ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 543 (1972).
- 24 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002) (להלן: ע"פ 1958/98 פלוני). ההבחנה המרכזית בין הסדרי הטיעון במתכונתם המקובלת לבין הליך הגישור או המוקד, היא במעורבות השיפוטית בגיבוש הסדר הטיעון שהיא מרכזית בהליכי הגישור והמוקד, בניגוד להסדרי הטיעון במתכונתם המקובלת אשר מתגבשים ללא מעורבות שיפוטית פעילה.

אשר במהלכן נעשו ניסיונות משמעותיים לגשר על עמדות הצדדים, ולהביא את הצדדים להסדר טיעון מוסכם. בהמשך, בתפקיד סגן הנשיאה בבית משפט השלום ברמלה (בין השנים 2014 עד אפריל 2017) המשכתי, וביתר שאת, בביצוע גישורים. במסגרת זו ביצעתי גישורים הן בתיקים הנדונים בבית משפט השלום ברמלה, והן בתיקים הנדונים בבתי משפט שלום אחרים במחוז המרכז, אשר הועברו לטיפול, על פי נוהל נשיאת בתי משפט השלום במחוז המרכז. גישורים רבים אלה אפשרו לי לפתח הבנה של אופיו המיוחד של הליך זה, על יתרונותיו וחסרונותיו. בהליכי גישור רבים גיליתי את החשיבות שבשיח גלוי ופתוח של הצדדים, אשר חושף את האינטרסים והעמדות האמיתיים של הצדדים, לאחר שהם מסירים מעצמם את מעטה הלוחמנות האדברסרי. במסגרת ניהול דיוני גישור נתקלתי גם בקשיים הנוגעים למקור הסמכות לבצע את הגישורים, להיעדר תשתית נורמטיבית מספקת, ולהיעדר קווים מנחים ברורים בכל הנוגע לאופן ביצוע הגישורים. לפיכך, התובנות אשר תוצגנה להלן מושפעות מהניסיון שרכשתי כשופט מגשר, ובה בעת משקפות פרספקטיבה סובייקטיבית של צד מעורב ובעל עניין בהליך.

עיון בספרות האקדמית מעלה כי בניגוד להליכי הגישור בתחום האזרחי אשר זכו לחשיפה רבה ולדיון אקדמי נרחב, ובניגוד לדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים בהליך הפלילי, הרי נושא הגישור הפלילי אינו מוכר דיו, וטרם זכה לעיון ודיון אקדמי ממצה.²⁵ מכאן נולד הצורך בכתיבת מאמר זה, אשר ינסה לתאר את שיטת הגישור הפלילי, לעמוד על מאפייניה המרכזיים, ויבחן את יתרונותיה וחסרונותיה, ולבסוף ימנה המלצות לשיפור השיטה בעתיד.

ב. המסגרת הנורמטיבית

1. מקור הסמכות לגישור

שופטת בית משפט השלום לענייני משפחה ניהלה הליך של גישור בין הצדדים. הליך הגישור התקיים בהסכמה ולא בפני המותב שדן בתיק.²⁶ בהליך הגישור הגיעו הצדדים להסכמות אשר אושרו על ידי השופטת המגשרת. בהסכם נקבע: "הצדדים מסכימים ומבקשים כי בכל מחלוקת שתגלע בעניין ההסכם ובכל הקשור בו יוכלו לפנות לבית המשפט והעניין ידון בפני המותב אשר אישר את ההסכם". להסכם ניתן תוקף של פסק-דין. לאחר אישור ההסכם, פנה הבעל לבית המשפט בבקשה למנות מתאם הורי. השופטת המגשרת דחתה את בקשתו.²⁷ הבעל הליך בפני נציב תלונות הציבור על שופטים, על כך שהשופטת שמה את עצמה מגשרת ופוסקת כאחד. במסגרת בירור התלונה הבהירה השופטת המגשרת כי הגישור התקיים במסגרת פיילוט שנערך במחוז שבו היא מכהנת, וכי הפיילוט קיבל גיבוי והכרה ממנהל בתי המשפט דאז ואומץ על ידי נשיאת המחוז, והעברת התיק לגישור נעשתה לאחר קבלת הסכמת הצדדים. נציב

25 ראו גם פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 368.

26 חוות דעת 187/14 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "הליכי גישור בפני שופט בבית המשפט לענייני משפחה" דין וחשבון שנתי לשנת 2014, 184, פס' 1 (23.7.2014).

27 ש.ם.

תלונות הציבור על שופטים, המשנה לנשיא (בדימוס) אליעזר ריבלין (להלן: "הנציב"), מצא את התלונה מוצדקת, תוך שקבע את הדברים הבאים לגבי סוגיית הסמכות לבצע גישור ללא הסמכה מפורשת בחוק:²⁸

"סמכותו של בית המשפט להביא את הצדדים להסכם מוסכם מעוגנת בהוראות שונות, ובכללן סעיף 79 א' לחוק בתי המשפט [...] הליך הגישור, לעומת זאת, מוסדר בסעיף 79 ג' לחוק בתי המשפט. הסעיף מעניק לבית המשפט סמכות להעביר, בהסכמת הצדדים, תובענה לגישור. בידי המגשר אין סמכות הכרעה [...] הליך הגישור שונה, אפוא, לחלוטין, מההליך השיפוטי. הפעלתן של סמכויות הנתונות בידי מגשר עשויה להיות עבירה אתית, שעה שהדבר נעשה בידי שופט היושב בדין.

[...]

על-פי המצב המשפטי הקיים, הגישור הוא עיסוק שמקומו מחוץ לבית המשפט, ובית המשפט אינו מוסמך לשמש כ'מגשר' בסכסוכים המובאים לפתחו. לעניין זה, מקום שאין הסמכה מפורשת בחוק, הסכמת הצדדים אינה יכולה להועיל ואין בכוחה להקנות לבית המשפט סמכות שהחוק לא העניק לו [...] טשטוש התחומים עשוי לפגוע בתדמיתה של מערכת השיפוט ולהסב לה נזק ארוך טווח.

[...]

נוכח התקלות העולות מביורור תלונה זו [...] הנובעות בעיקרן מטשטוש הגבולות בין גישור לבין שפיטה, אני ממליץ בפני מערכת בתי המשפט לשקול מחדש את המשכה של תכנית ה'גישור' המתנהלת בבתי המשפט לענייני משפחה במחוז, במתכונתה הנוכחית".

כלומר, מהחלטת הנציב עולה כי לשיטתו, כלל אין לבית המשפט לענייני משפחה סמכות חוקית לקיים הליך של גישור ולשמש כמגשר. קיום גישור על ידי שופט היושב בדין עלול להוות, לשיטת הנציב, אף עבירה אתית מצידו של השופט. ביקורתו של הנציב לא התמצתה כלפי האופן שבו נוהל הגישור באותו הליך, אלא השתרעה על כל נושא הגישור, ונראה שאף אינה מצומצמת לבית המשפט לענייני משפחה. לשיטת הנציב, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין בית המשפט מוסמך לשמש כמגשר, ואין בהסכמת הצדדים או בנהלים פנימיים של בית המשפט כדי להעניק סמכות כאמור. מכאן שעמדת הנציב מציבה תהיות אף לגבי הלגיטימיות של הגישור הפלילי, וניתן לכאורה להסיק מעמדתו, שאין מקום אף לקיים גישור פלילי,

בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק. מכאן שיש לפנות ולתור אחר מקור הסמכות החוקית לקיום הגישור הפלילי.²⁹

2. האם סעיף 143א הוא המסגרת הנורמטיבית?

כאמור לעיל, סוגיה מרכזית אשר מתעוררת בנוגע לגישור הפלילי היא סוגיית המסגרת הנורמטיבית ומקור הסמכות של בית המשפט לקיים הליך גישור פלילי. מקור סמכות נורמטיבי אחד אשר אליו ניתן לפנות לבחינת העוגן החקיקתי לגישור הפלילי הוא סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי שעניינו דיון מקדמי, אשר קובע כדלקמן:

- ”(ב) על אף הוראות סעיף 143, רשאי בית המשפט, בתחילת המשפט ובכפוף להוראות סעיף קטן (ג), לנהל דיון מקדמי בכתב אישום, שמטרתו אחד מאלה:
- (1) בירור עמדת הנאשם לענין הודיה או כפירה בעובדות הנטענות בכתב האישום, כולן או מקצתן;
 - (2) בחינת האפשרות לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, כולה או מקצתה;
 - (3) ייתור הצורך בשמיעת ראיות;
 - (4) סיום הדין במסגרת הדין המקדמי.
- (ג) בית המשפט ינהל דיון מקדמי לפי סעיף זה, רק אם התקיימו כל אלה:
- (1) הנאשם קיבל הודעה לפי סעיף 95(ב) בדבר האפשרות לניהול דיון מקדמי ובית המשפט נוכח כי הנאשם הבין את מהות הדין המקדמי והביע את הסכמתו לניהולו;
 - (2) הנאשם מיוצג בידי סניגור;
 - (3) התובע הסכים לניהול הדין המקדמי.
 - (ד) בדיון מקדמי לפי סעיף זה רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לעיין בחומר החקירה [...]
 - (ה) לא הסתיים הדיון בכתב האישום במסגרת דיון מקדמי לפי סעיף זה, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר [...]
 - (ו) פרוטוקול הדיון המקדמי –
- (1) לא יועבר לעיון השופט שימשיך לדון בכתב האישום לפי הוראות סעיף קטן (ה);

29 ניתן לכאורה לטעון שהגישור הפלילי אינו בגדר “גישור”, אלא “פישור”, ומכאן שהחלטת הנציב לגבי היעדר סמכות לבצע גישור אינה חלה בהליכים הפליליים, ואז ניתן לבסס את הסמכות לקיים את ההליך על הסכמת הצדדים. עם זאת, כלל לא ברור אם ההליך בבית המשפט לענייני משפחה לא היה אף הוא הליך של פישור במהותו, ואם היה בהבחנה זו, אילו הובאה בפני הנציב, כדי לשנות מעמדתו. יתר על כן, אף אם יוגדר הליך הגישור הפלילי כ”פישור” או כ”שפיטה הסדרית”, ספק אם יהיה בכך כדי לתת מענה לסוגיית הסמכות.

(2) לא ישמש ראייה בכל הליך משפטי אחר, למעט בערעור על פסק הדין שניתן בדיון המקדמי, אלא בהסכמת בעלי הדין.

(ז) בית המשפט יברר, בדיון מקדמי לפי סעיף זה בכתב אישום בעבירת מין או אלימות חמורה, האם קוימו הוראות חוק זכויות נפגעי עבירה לענין זכותו של נפגע עבירת מין או אלימות חמורה להביע עמדה בענין הסדר טיעון עם הנאשם.

(ח) הוראות סעיף זה לא יחולו על דיון בכל אחת מאלה:

(1) עבירה שהיא בסמכותו של בית המשפט המחוזי בדונו בהרכב;

(2) עבירה מהעבירות המפורטות בסעיף 240(א) רישא.

סעיף 143א נחקק בשנת 2006 במסגרת תיקון מספר 48 לחוק,³⁰ כדי לעגן את הפרקטיקה של ימי המוקד. עיקרון מרכזי של ימי המוקד הוא ריכוז מספר גדול של תיקים בידיו של שופט המוקד. במהלך יום המוקד פועל השופט לצמצום המחלוקות בין הצדדים ולהבאתם, במידת האפשר, לסיים ההליך בדרך מוסכמת, לרבות בדרך של הסדר טיעון. במקרה שבו כשל הניסיון לסיים את התיק בהסכמה, מועבר התיק לשמיעת הוכחות בפני שופט אחר, וכל ההליך שהתקיים בפני שופט המוקד חסוי מפניו. הואיל וכאשר הנאשם כופר באשמה, התיק מועבר לשופט אחר, הרי ששופט המוקד רשאי לעיין בחומר החקירה, ורשאי לברר עם הצדדים את עמדתם בתיק ואף להביע את דעתו בנושא. כל זאת, ללא חשש שההתערבות השיפוטית תתפרש כהבעת דעה מוקדמת של השופט על התיק, וללא חשש שחשיפת השופט לחומר חקירה, או לראיות בלתי-קבילות, תפגע בנאשם אם יתנהלו הוכחות בתיק. באופן זה שופט המוקד יכול לגלות אקטיביזם רב יותר והצדדים יכולים לערב את השופט באופן ממשי יותר בהליך. תכליתה המרכזית של שיטת ימי המוקד היא הגברת יעילות הדיונים, וסיום מספר רב של תיקים ללא שמיעת ראיות.³¹

קיימים כמה מאפיינים משותפים לימי המוקד ולגישור הפלילי וכמה מאפיינים שונים. המאפיינים הדומים העיקריים לימי המוקד ולגישור הפלילי הם: המעורבות הרבה של בית המשפט בניסיון לקרב בין עמדות הצדדים ולהבאתם להסדר טיעון; האפשרות של בית המשפט להיחשף לחומרי חקירה בלתי-קבילים ושטרם הוגשו כדין; וההפרדה הראויה בין המותב שמקיים את הגישור או הדיון המקדמי לבין המותב ששומע את ההוכחות.³² כמו כן, קיים דמיון בזהות השופטים, ובמקרים רבים שופטי המוקד משמשים אף כשופטים מגשרים. המאפיינים השונים הם בעיקר בכך שביום מוקד עסקינן בקביעה של עשרות תיקים ביום דיונים אחד שהנאשמים מוזמנים אליו, וחלקם מתייצבים לדיון זה לראשונה, ושם אף נפגשים לעיתים לראשונה עם הסנגור, ואילו בגישור פלילי מוקצה זמן נפרד לדיון בתיק. כמו כן, הגישור הפלילי אינו מתקיים בהכרח בשלב המקדמי של ההליך, אלא מתנהל, פעמים רבות, בשלב מתקדם יותר שלו, לאחר שההגנה כבר עיינה בחומר החקירה, נפגשה עם התביעה, ונערך ניסיון

30 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48), התשס"ו–2006, ס"ח 390.

31 דר"ח ועדת דסקין, לעיל ה"ש 18.

32 ראו ע"פ 4877/13 עוידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2014).

להגיע להסדר טיעון ביניהם, אשר לא צלח. לעיתים הגישור אף מתנהל בעיצומו של הליך ההוכחות ולאחר שנשמעו חלק מהעדים. על פי רוב, עומס התיקים הרב אשר מאפיין את ימי המוקד אינו מאפיין את הליכי הגישור, אשר בהם ככלל מוקדש זמן שיפוטי משמעותי יותר לכל תיק, ולא נקבעים תיקים רבים לכל מועד. כמו כן, הליכי המוקד שכיחים יותר בבתי משפט השלום מאשר בבתי המשפט המחוזיים, אולם הליכי הגישור שכיחים אף בבתי המשפט המחוזיים, וביתר שאת.

השאלה אם סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי עשוי להיות מקור סמכות ומסגרת נורמטיבית לגישור הפלילי נותרה שנויה במחלוקת בבית המשפט העליון. השופט ניל הנדל סבר בע"פ 8417/13 פלוני,³³ שסעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי אינו מהווה מסגרת נורמטיבית לגישור. לדבריו, "אין לשכוח כי המילה 'גישור' איננה מופיעה בסעיף 143א, אשר מוכתר בשם 'הליך מקדמי'. לא עסקינן בכותרת בלבד [...] נסתפק בהערה כי סעיף 143א איננו חל על דיון בעבירות תעבורה קלות [...] ואף לא על דיון בעבירות שהן בסמכותו של בית- המשפט המחוזי בדונו בהרכב [...] צא ולמד מהסייג האחרון כי בהליך הגישור הפלילי עדיין קיימים אלמנטים לא פורמאליים ולא מוסדרים עלי חוק [...] אין חפיפה בין הליך הגישור לבין סעיף 143א. הליך הגישור הוא בעל היבטים משתנים ולא מוסדרים".³⁴ לעומת זאת, באותה פרשה חלק הנשיא אשר גרוניס על עמדת השופט הנדל, וסבר כי "ניתן לבסס את הגישור הפלילי, המופעל למעשה בבתי המשפט, על סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי. זאת, הגם שהדיבור "גישור" אינו מופיע בסעיף [...] אכן, בסעיף נקבע במפורש כי הוראותיו לא יחולו, בין השאר, על עבירה המצויה בסמכותו של בית המשפט המחוזי בדונו בהרכב. אף על-פי כן, בפועל מתקיימים בבתי המשפט המחוזיים הליכי גישור בפני דן יחיד גם בתיקי הרכב [...] אין מקום לומר שאין סמכות לעשות כן. יחד עם זאת, ההסדרים השונים שבסעיף 143א צריכים לחול, ובפועל מוחלים, גם כאשר מתנהל גישור ביחס לעבירות דוגמת רצח".³⁵ הנשיא גרוניס חזר על עמדתו זו אף בפרשת עווידה שם הבהיר כי לטעמו אין מחלוקת שסעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי חל בהליכי גישור, הגם שלשון הסעיף אינה משתמשת במפורש במונח "גישור".³⁶ בפרשת קסטל מציין השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין כי סעיף 143א עיגן סטטוטורית פרקטיקה שנהגה, בין השאר, לעניין גישור. לדברי השופט רובינשטיין המונח גישור אכן אינו נזכר, אך המטרות שנמנו בסעיף, קרי ברור עמדת הנאשם לעניין הודיה או כפירה, בחינת האפשרות לצמצום המחלוקות, ייתור הצורך בשמיעת ראיות וסיום הדיון

33 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13.

34 שם, בפסק דינו של השופט פוגלמן. השופט פוגלמן לא הביע דעה מנומקת באותה פרשה, ואולם מבחינה פורמלית הסכים לחוות דעתו של השופט הנדל, ומכאן שדעת השופט הנדל היא דעת הרוב בפסק הדין.

35 שם, בפסק דינו של הנשיא גרוניס.

36 פרשת עווידה, לעיל ה"ש 32, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. יש לשים לב לכך שפסק הדין בפרשת עווידה ובע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, ניתנו בהפרש של יום אחד זה מזה.

במסגרת הדיון המקדמי, משמעם הליך של גישור.³⁷ נראה כי זו אף עמדתה של השופטת (כתוארה אז) דבורה ברלינר בע"פ 6508/05 פלוני.³⁸

במאמר מוסגר יצוין כי הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010 מציעה לעגן את סמכותו של בית המשפט לגלות מעורבות בגיבוש הסדר טיעון, לרבות בתיקי הרכב בבית המשפט המחוזי.³⁹ עיקרי ההסדר המוצע בהצעת החוק בנוגע למעורבות שופט בהסדרי טיעון הם כדלקמן: (1) אם המשא ומתן להסדר טיעון לא צלח והתיק לא הסתיים, יועבר הדין בכתב האישום לשופט אחר; (2) תנאי למעורבות שופט בהסדר טיעון הוא שהנאשם נתן את הסכמתו לקיום הדיון המקדמי. ההסכמה תינתן לאחר שבית המשפט הסביר לנאשם את מהות הדיון המקדמי, השלכותיו ותנאיו; (3) הנאשם מיוצג על ידי סגור; (4) התובע הסכים לניהול הדיון המקדמי; (5) הדיון המקדמי יתועד בפרוטוקול, ואולם חל איסור על העברתו לעיון השופט שימשיך לדון בהליך, אם הדיון לא יסתיים בהליך המקדמי, ולא ישמש ראיה, למעט חריג מסוים; (6) בתיקים שבסמכות הרכב, ניתן לקיים דיון מקדמי, אך השופט שמנהל את הדיון המקדמי יעביר את המשך הדיון להרכב שהוא אינו חבר בו, בין שהגיעו להסכמות ובין שלא, למעט אם הוסכם על שינוי סעיף האישום, כך שהעבירה תהיה בסמכות דן יחיד. ברם, הצעה זו, אשר פורסמה בשנת 2010, טרם זכתה להתקבל כחוק ולהיכלל בספר החוקים, ומכאן שלא ניתן לבסס עליה את המסגרת הנורמטיבית.

במחלוקת האמורה שנתגלעה בין הנשיא גרוניס (ביחד עם השופטים רובינשטיין וברלינר) לבין השופט הנדל, סבורני כי בשלב זה, ועד להסדרת הנושא בחוק, אין מנוס אלא להסתמך על סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי כמסגרת נורמטיבית לניהול הליכי הגישור, שאלמלא כן ייווצר מצב שבו הגישורים הפליליים מתקיימים ללא כל סמכות חוקית. על פי עמדת נציב תלונות הציבור על שופטים, הדבר עלול אף להתפרש כעבירה אתית של השופט המגשר. בהקשר זה יש להבהיר כי אף השופט הנדל מדגיש בחוות דעתו כי אין בדבריו כדי לערער על קיומו של ההליך, אלא רק להבהיר את אופיו.⁴⁰ כלומר, אין בפסיקת בית המשפט העליון דעה אשר לפיה יש להפסיק את קיום הגישורים הפליליים, אלא אך דעות אשר מצביעות על הקשיים הנורמטיביים בקיומה של פרקטיקה זו. בנסיבות אלה, מן הראוי להעדיף את הפרשנות אשר מעניקה לגישורים בסיס נורמטיבי.

עם זאת, בשל הפערים בין הליך הגישור לבין הליך המוקד, ובפרט בשים לב להיעדר התחולה של סעיף 143א על תיקי הרכב בבית המשפט המחוזי, סבורני כי מן הראוי שהמחוקק ייתן את דעתו לנושא, ויעגן את נושא הגישור הפלילי בחוק כנדרש. בכל מקרה, בשלב זה, אף אם סעיף 143א אינו מהווה מקור סמכות פורמלי, מן הראוי לראות בו מקור השראה פרשני להכרעה בסוגיות משפטיות אשר מתעוררות בנושא הגישור.

37 ע"פ 723/10 קסטל נ' מדינת ישראל, פס' ט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.5.2010).

38 ע"פ 6508/05 פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 6-8 לפסק דינה של השופטת ברלינר.

39 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 536 (להלן: הצעת חוק הסדר טיעון).

40 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

3. חוק בתי המשפט והתקנות כמקור השראה ופרשנות

סעיף 79 לחוק בתי המשפט עניינו הליך גישור, ואולם סעיף זה חל על גישור אזרחי בלבד, ואין להחילו על הגישור הפלילי.⁴¹ הביטוי תובענה שבסעיף 79 מצביע על כך שאין מדובר בעניינים פליליים, אלא באזרחיים בלבד.⁴² כמו כן, סעיף זה מתייחס לגישור שמקומו מחוץ לבית המשפט, ואין בו כדי להסמיך את בית המשפט לבצע גישורים, אף בהליכים אזרחיים.⁴³ במקביל יש לציין כי סעיף 79א(ב) קובע כי אין בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי הדין הסדר פשרה. סעיף זה, אשר נותן גושפנקא לפרקטיקה שבה בתי המשפט בהליכים אזרחיים מציעים לצדדים הצעות פשרה, עוסק בהליכים אזרחיים, ונראה שלא ניתן לראות בו מקור סמכות להליכי הגישור הפלילי. עם זאת, הוראות סעיף זה יכולות להעניק השראה לאופן ניהול הליך הגישור.⁴⁴ הוא הדין לגבי תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993.⁴⁵

- 41 השו"ע"פ 6508/05, פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברלינר. שם התייחס בית המשפט לס' 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, כבסיס לדיון בנושא הגישור הפלילי, ואולם בהמשך הפנה בית המשפט אף לס' 143א–144 לחוק סדר הדין הפלילי (שהיה סעיף מוצע באותה עת) כבסיס נורמטיבי לגישור.
- 42 זמיר 'גישור בעניינים ציבוריים', לעיל ה"ש 2, בעמ' 130. ראו גם דברי השופט ניל הנדל בע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 43 חוות דעת 154/15 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "האם שופט מכהן רשאי לשמש מגשר לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 "דין וחשבון שנתי לשנת 2015 50 (28.4.2015). חוות דעת זו של הנציב קובעת כי על פי המצב המשפטי הקיים, הגישור הוא עיסוק שמקומו מחוץ לבית המשפט, ובית המשפט אינו מוסמך לשמש כ"מגשר" בסכסוכים המובאים לפתחו. עמדתו הברורה של הנציב היא כי מקום שאין הסמכה מפורשת בחוק, הסכמת הצדדים אינה יכולה להועיל, ואין בכוחה להקנות לבית המשפט סמכות שהחוק לא העניק לו. מכאן שעמדת הנציב פוסלת באופן רחב את הליך הגישור בבית המשפט, ולא רק את השימוש בס' 79 לחוק בתי המשפט כבסיס להליך.
- 44 כך קובע ס' 79 לחוק בתי המשפט: "(א) בסעיף זה, 'גישור' – הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו. [...] 'מגשר' – מי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי. (ב) בית המשפט רשאי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר תובענה לגישור. (ג) בהליך הגישור רשאי מגשר להיוועד עם בעלי הדין, יחד או לחוד, ועם כל מי שקשור לסכסוך; ורשאי הוא להיפגש עם בעל דין, בהסכמתו, בלי עורך דינו. (ד) דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי. (ה) העביר בית המשפט ענין לגישור, יעכב את ההליכים שלפניו לתקופה שיקבע, ורשאי הוא להאריך את התקופה בהסכמת בעלי הדין".
- 45 התקנות קובעות כדלקמן: "2. גישור הוא הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה על יישוב הסכסוך, בין היתר על ידי בירור הנושאים שבמחלוקת, גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך והצעת אפשרויות לפתרונן. 3. (א) הצעת בית משפט הדין, לבעלי הדין, להעביר ענין שלפניו, כולו או מקצתו, לגישור, יכול שתיעשה בכל שלב של הדיון. (ב) בית המשפט יסביר לבעלי הדין כי דברים שיימסרו במסגרת הליך הגישור לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי, וכי אי הסכמתם להעברת הענין לגישור או הפסקת הגישור לא ישפיעו על תוצאות הדיון בבית המשפט. [...] 5. (א) במילוי תפקידו ינהג המגשר בהגינות, בתום לב וללא משוא פנים. [...] (ה) המגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור למי שאינו צד לגישור. (ו) מסר בעל דין מידע למגשר תוך דרישה לשומרו בסוד, ישמור המגשר על סודיות המידע כלפי כל בעל דין אחר,

כאמור לעיל, הן חוק בתי המשפט והן התקנות אינם יכולים להוות מקור סמכות לגישור הפלילי, ואולם ניתן לראות בהם מקור השראה פרשני, ולגזור מהם, במקרים המתאימים, כללים לגבי האופן הראוי לניהול הליך גישור. כך, למשל, בסעיף 79א לחוק בתי המשפט מוגדר המונח "גישור" כהליך שבו מגשר נועד עם בעלי הדין כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו. הגדרה זו ראויה אף לגישור הפלילי. הוא הדין לגבי הגדרתו של "מגשר" – כמי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי. כך גם היעדר הקבילות והחיסיון על דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, אשר לא ישמשו ראיה בהליך ההוכחות.⁴⁶ לעומת זאת, הכלל בדבר עיכוב ההליך לתקופה מסוימת לשם קיום הליך הגישור, הוא זר לגישור הפלילי, ואינו מתאים לו. בגישור הפלילי הכלל הוא שהגישור, כמו כל משא ומתן לפשרה, אינו עוצר ואינו מעכב את התקדמות התיק, וזאת בפרט בשלב שבו כבר נקבעו מועדים להוכחות, אשר ככלל לא יבוטלו או יידחו לאור קיומו של הליך הגישור. הדברים נכונים מקל וחומר בתיקים שבהם הנאשם ממתין לביורור דינו בעודו עצור.⁴⁷

4. נוהל נשיאת בתי משפט השלום במחוז המרכז לגישור פלילי

בבתי משפט השלום במחוז המרכז עוגן נושא הגישור הפלילי במסגרת נוהל הנשיאה.⁴⁸ נראה כי מעמדו של נוהל זה הוא של הנחיה פנימית-מנהלית לשופטי בתי משפט השלום במחוז המרכז בלבד. להלן עיקרי הדברים אשר נקבעו בהוראת הנוהל:

(א) הגישורים יתנהלו בפני קומץ שופטים מומחים, אשר יוכשרו לגישור; (ב) השופטים העוסקים בגישור הם שופטים מקצועיים העוסקים בתחום הפלילי, אשר ימונו על ידי הנשיאה לפי המלצת סגני הנשיאה. השופטים שייבחרו יהיו בעלי נטייה לעסוק בכך וכאלו הנחשבים בעלי סמכות מקצועית בעיני המתדיינים; (ג) הגישור יתקיים ככל הניתן כאשר באולם ימצאו רק הצדדים לגישור; (ד) ישיבת הגישור לא תתקיים במהלך יום מוקד או אגב תזכורת במעמד הצדדים; (ה) מועד הישיבה ייקבע באופן שלא יחייב דחיית מועדי ראיות הקבועים בתיק; (ו) הגישור לא יתקיים בפני השופט הדיוני; (ז) במחוז המרכז ניתן לבצע גישור בין בתי המשפט;

אלא אם כן ויתר מוסר המידע על הסודיות. 6. בתחילת הגישור, יסביר המגשר לבעלי הדין, במידת הצורך, את מהות הגישור [...] וכן כי (1) בעלי הדין מחוייבים לנהוג במהלך הגישור בהגינות ובתום לב, כי רשאים הם להיוועץ באופן עצמאי בכל שלב עם מי שיקשו, לגבי כל ענין שבגישור, וכי רשאים הם להפסיק את הגישור בכל עת בהתאם להוראות תקנה 8(א); (2) המגשר רשאי להיוועד עם בעלי הדין, ביחד או לחוד, ובהסכמת בעל דין – בלי עורך דינו, וכן עם כל מי שקשור לסכסוך, לרבות עם עורך הדין של בעל דין בנפרד.

46 ראו רונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין צדדים לסכסוך" ספר אורי קיטאי 45, 46 (בועז סנג'ור עורך, 2007). נוסח הסעיף "לא ישמשו כראייה" מצביע לכאורה על היעדר קבילות, אולם ניתן לראות בסעיף זה גם כיוצר חיסיון.

47 בש"פ 7070/15 מדינת ישראל נ' סבן, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.10.2015).

48 נוהל מחוזי להליכי גישור בתיקים פליליים במחוז המרכז (לא פורסם) (להלן: נוהל מחוזי להליכי גישור).

(ח) תיק המתאים לגישור הוא תיק שבו נשמעת כפירה ונדרשת שמיעת ראיות בהיקף שמעל שני ימי עבודה מלאים או שקיים חשש לחריגה ממסגרת הזמנים של עצורים עד תום ההליכים; (ט) לא יועבר תיק לגישור לפני שהתקיים בפני שופט המוקד דיון מקדמי; (י) תתבצע הכשרת מגשרים; (יא) המגשר יסביר בפתח ישיבת הגישור לצדדים על אודות ההליך; (יב) אם יגיעו הצדדים במהלך הגישור להסדר טיעון "סגור", יישאר התיק בטיפולו של השופט המגשר עד לגמר; (יג) אם ההסדר אליו יגיעו הצדדים יכלול טיעון "פתוח" לעונש, יכריע המגשר את הדין, ויורה על החזרת התיק לדיון בפני השופט שהעביר אליו את התיק לשם שמיעת הטיעונים לעונש וגזירת הדין.

מן הראוי לעמוד על כמה רכיבים מרכזיים בהוראת הנוהל. קביעת קומץ שופטים מומחים אשר יוכשרו לגישור,⁴⁹ והגישורים יהיו בפניהם, חלף פיזור נושא הגישורים בקרב כל השופטים אשר שומעים תיקים פליליים, מבטיח התמקצעות בנושא הגישורים, וכן התאמה בין אופיו, מזוג ומקצועיותו של השופט לבין ניהול הליך הגישור.⁵⁰ לא כל שופט אשר עוסק בתחום הפלילי יכול לשמש אף שופט מגשר, אלא רק שופטים שנמצאו מתאימים לכך יעסקו בגישור. יש לציין כי גם בבתי המשפט המחוזיים, ככלל, הגישורים נערכים בפני שופט ספציפי או מספר מצומצם מאוד של שופטים מגשרים שהם מקצועיים ובעלי מזג שיפוטי מתאים. הנוהל קובע עדיפות לקיום דיון גישור באולם שבו נמצאים רק הצדדים לגישור, כלומר באולם ללא קהל וללא מתדיינים נוספים, וזאת כדי לאפשר שיח פתוח וחופשי יותר במסגרת הגישור. בפועל, אכן, דיוני הגישור מתנהלים במקרים רבים ללא נוכחות קהל באמצעות קביעת ישיבות הגישור בשעות מאוחרות יחסית של יום הדיונים, ואולם לעיתים, בשל אילוצים שונים, האולם אינו ריק מקהל, ועל פי רוב אין הצדקה לסגירת הדלתות לשם קיום ישיבת הגישור. ישיבת הגישור נקבעת מראש, ואינה מתקיימת אגב ישיבת תזכורת בתיק, וכך הצדדים מגיעים מוכנים לישיבת הגישור ותוך שניתנה לנאשם הזדמנות להבין את טיב ההליך ולהיערך לו באמצעות בא כוחו.

נשמר הכלל שלפיו דיון הגישור אינו מוביל לדחיית דיוני ההוכחות בתיק. הנוהל יוצר הפרדה ברורה בין שופט ההוכחות לשופט המגשר. הנוהל מגדיר את השלב שבו נמצא התיק אשר ראוי להעבירו לגישור, כתיק אשר הסתיים בו הדיון המקדמי, אם כי בפועל במקרים רבים כבר במסגרת הדיונים המקדמיים מבקשים הצדדים לקיים ישיבת גישור, ואז נקבעת ישיבת גישור נפרדת במועד אחר, לעיתים אף לקראת סיומו של יום מוקד אחר בשעות שבהן האולם כבר יחסית ריק ממתדיינים. הנוהל מגדיר מהו תיק מתאים לגישור באופן שהגישורים יתקיימו רק בתיקים שבהם נדרשת שמיעת ראיות בהיקף שמעל שני ימי עבודה מלאים או שקיים חשש

49 כך, למשל, במסגרת יישום הנוהל בנושא הכשרת השופטים המגשרים, יזמתי וניהלתי בחודש דצמבר 2016 מפגש מקצועי אשר כלל פאנל בנושא הגישור הפלילי בהשתתפות פרקליטת מחוז המרכז, הממונה על התביעה במחוז המרכז, הסנגורית הציבורית המחוזית ונציג לשכת עורכי הדין. הפאנל התקיים בנוכחות הנשיאה והשופטים הפליליים של בתי משפט השלום במחוז המרכז, ועסק באופן הראוי לניהול גישור פלילי.

50 על היתרונות והחסרונות של התמקצעות שופטים ראו אורן גול-אייל ונוחי פוליטיס "התמקצעות או כלליות? – השפעה של התמקצעות של שופטים על ההליכים וההחלטות" משפטים מד 891, 898 (2015).

הגישור הפלילי

לחריגה ממסגרת הזמנים של עצורים עד תום ההליכים, וזאת משיקולי יעילות, וכדי שלא להשקיע משאבי שיפוט רבים בגישור, כאשר הליך ההוכחות עצמו הוא יחסית קצר. ואולם בפועל מתקיימות ישיבות גישור גם בתיקים שאינם עונים על הדרישה האמורה, כאשר הצדדים עותרים לכך. הנוהל מאפשר לבצע גישורים בין בתי משפט שונים במחוז המרכז, וכך מתמודד הנוהל עם הפיזור הגיאוגרפי של מחוז המרכז על פני כמה בתי המשפט, ועם הצורך ליחד שופטים ספציפיים שיתמקצעו כמגשרים. לפי הנוהל, כאשר הצדדים מגיעים במהלך הגישור להסדר טיעון "סגור", כלומר שהעונש בו מוסכם, יישאר התיק בידי השופט המגשר, אשר יקבל את הודאת הנאשם, יכריע את הדין ויגזור את הדין. אם הסדר הטיעון שאליו יגיעו הצדדים יכול טיעון פתוח לעונש, ככלל, המגשר יקבל את הודאת הנאשם, יכריע את הדין, ויעביר את המשך הדיון לטיעונים לעונש ולגזירת הדין למותב הדיוני אשר שומע את ההוכחות. בכך מונע הנוהל מצב שבו חל עירוב תחומים בין תפקיד המגשר אשר נעדר סמכות הכרעה וגזירת הדין, לבין תפקיד השופט העיקרי בתיק, אשר מוסמך לגזור את הדין, ובכך נמנעת תופעה של "forum-shopping" (בחירת מותב), קרי: מונעת מהצדדים (ובעיקר ההגנה) אפשרות להשתמש בהליך הגישור כדי להעביר את התיק מהמותב ששומע את ההוכחות למותב המגשר, אשר עשוי להיות נוח יותר לטעמו של אותו צד.

ג. מהות הגישור הפלילי

1. מאפייני הגישור הפלילי

בע"פ 8417/13 פלוני הגדיר בית המשפט העליון (השופט ניל הנדל) את המאפיינים הבאים של הגישור הפלילי.⁵¹ הגישור כולל הידברות בין המאשימה לבין הנאשם, בתיווכו של מגשר, שמטרתה לצמצם את הפערים לקראת גיבוש הסדר טיעון. המגשר מקבל את חומר הראיות לעיונו, שומע את הטענות בעל-פה ומציע לצדדים להגיע להסכמות קונקרטיות.⁵² ההשתתפות בהליך מותנית בהסכמת שני הצדדים.⁵³ קיימת הפרדה בין הגישור לבין יתר ההליכים בתיק העיקרי. המשמעות היא שכל עוד לא גובש הסדר טיעון – נותר תוכנו של הגישור חסוי מפני המותב שידון בתיק העיקרי.⁵⁴ הגישור הפלילי אינו כפוף לסדרי הדין. למשל, הצדדים יכולים להתבטא במהלכו באופן חופשי, ואין הכרח לנהל פרוטוקול. המגשר הוא על פי רוב שופט מכהן או שופט בדימוס. כלל הוא שהשופט המגשר אינו זה שידון בהליך אם הוא יתנהל בדרך

51 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13.

52 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

53 בג"ץ 474/08 נשאשיבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2008); בג"ץ 4595/11 יגרמן נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 5.7.2011).

54 ע"פ 6508/05 פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 6; פרשת קסטל, לעיל ה"ש 37.

הרגילה, ובמקביל שופט הוכחות אינו רשאי לשמש שופט מגשר באותו תיק.⁵⁵ בספרות המשפטית הוגדרו מאפייני הגישור הפלילי כדלקמן:

הליך הגישור מתאפיין במאמצים שיפוטיים ניכרים ליישב את הסכסוך שבין הצדדים בהסכמה, בצמצום שלבי בירור הסכסוך וקיצור זמן ניהול ההליך. בירור הסכסוך נעשה בזמן קצר יחסית במהלך מפגש שיפוטי אחד או מספר מועט של מפגשים שיפוטיים. ההליך ננקט בדרך כלל בשלבים ראשוניים של בירור הסכסוך ובטרם הונחה תשתית עובדתית מלאה וטרם הושמעו טיעונים משפטיים מפורטים.⁵⁶

הליך הגישור משלב שיח של צרכים ואינטרסים, חותר לסיום מהיר של הסכסוך ועונה על צורכי המתדיינים ועל צורכי המערכת.⁵⁷ הגישה ה"גישורית" מבחינה בין הרובד הגלוי של הסכסוך אשר כולל את טיעוני הצדדים, והשיח של זכויות וחובות, לבין הרובד הסמוי שבו מצויים האינטרסים האמיתיים של הצדדים, רגשותיהם ורצונותיהם. הצלחת הגישור מצריכה בירור של הרובד הסמוי, וגיבוש פתרון ההולם את מרב הצרכים והאינטרסים של שני הצדדים.⁵⁸ תפקידו של השופט המגשר הוא לאפשר את המעבר משיח של זכויות וחובות לשיח של אינטרסים וצרכים, ולגלות את האינטרסים האמיתיים של הצדדים, באופן שיאפשר הגעה לפתרון שייתן את המענה האופטימלי לאינטרסים של הצדדים.

כך, למשל, ברובד הגלוי פעמים רבות טוענת התביעה שמדובר בעבירה חמורה, שקיימת עוצמה ראייתית, ושיש להחמיר בענישה. ברובד הסמוי, לעיתים מוכנה התביעה להודות בחולשת ראיותיה, ברצונה שלא לנהל הליך הוכחות ממושך, בנכונותה להסתפק בענישה מקלה יחסית ובהסכמתה לתת משקל לשיקולי שיקום. באופן דומה, ברובד הגלוי נוהגת ההגנה לטעון לחולשה ראייתית ולנסיבות אישיות של הנאשם אשר מצדיקות הקלה משמעותית בענישה, ואילו ברובד הסמוי מכירה ההגנה בכך שמצבה הראייתי אינו מן המשופרים, שהענישה הצפויה עקב ניהול התיק עלולה להיות מחמירה יותר, ולכך שהיא מעדיפה שלא לנהל הוכחות.

חשיפת הרובד הסמוי מעלה כי יש נאשמים שונאי סיכון אשר מעדיפים ודאות לגבי התוצאה ומבקשים הצעה להסדר טיעון "סגור", ואילו נאשמים אחרים מבכרים את הסיכוי שבטיעון פתוח לעונש ומוכנים להשליך את יהבם על שיקול דעתו של השופט שיגזור את הדין. העדפות שונות אלה של הנאשמים משליכות באופן ברור על אופי השיח בהליך הגישור ועל הפתרונות שהשופט המגשר יציע. באשר לקבוצה הראשונה, הדיון יתרכז בשאלת הענישה, ועל פי רוב יחתור המגשר לעונש מוסכם, אשר יבטיח לנאשם את אינטרס הוודאות. לעומת זאת, לגבי הקבוצה השנייה, הדיון יתרכז על פי רוב בעוצמת הראיות, תוך חתירה לתיקון מסוים לקולא של כתב האישום, ללא צורך בניסיון להביא את הצדדים להסכמה עונשית.

55 ראו חוות דעת 9/07 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "האם בית המשפט רשאי לקיים פגישה נפרדת עם בעלי הדין במסגרת ניסיון ליישוב הסכסוך בהסכמה?" דין וחשבון שנתי לשנת 2007 (30.7.2007). ההחלטה ניתנה בתיק משפחה, אולם נראה כי היא נכונה בהקשר זה אף להליכים פליליים.

56 פרלמן יישוב סכסוכים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 189.

57 פרלמן "שופט מגשר?" לעיל ה"ש 4, בעמ' 366.

58 לימור זר-גוטמן וקרני פרלמן "עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית" הפרקליט נב 3, 7 (2013).

הליך הגישור מתאפיין במידת פורמליות פחותה.⁵⁹ השיח בהליך הגישור הוא פחות פורמלי מאשר בהליך רגיל, ויש בו גמישות רבה יותר,⁶⁰ סדר הטיעונים אינו קבוע מראש, הצדדים מתבטאים יותר בחופשיות ומשתפים את השופט המגשר באינטרסים שלהם ובהערכותיהם לגבי האופן שבו יתנהל ויסתיים ההליך העיקרי. הנאשם יכול לומר את דברו לשופט באופן חופשי וגם שלא "בתורו". שיח גלוי ופתוח יותר מאפשר הגעה לתוצאה מאוזנת וראויה יותר. עם זאת, על השופט המגשר להקפיד למנוע התנהלות אשר תפגע במעמדו של ההליך הפלילי,⁶¹ שהרי היעדר הפורמליות אינו צריך להוביל לזילות ההליך ולחריגה מן הכללים המקובלים לדיון בבית משפט.⁶²

השופט המגשר הוא שופט אקטיבי, מעורב ויוזם בניהול הסכסוך ובגיבוש פתורו, בשונה מהגישה האדברסרית הקלאסית.⁶³ הן השופט והן הצדדים משנים את אופי השיח, משיח אדברסרי-לוחמני, לשיח קואופרטיבי-שיתופי, שבו הדגש אינו על "ניצחון" או "הכרעה", אלא על ניסיון ליצירת הסכמה בין הצדדים בדרך של הידברות והקשבה.

אחד הכללים המרכזיים בהליך הגישור הפלילי, אשר שונה במהותו מהגישור האזרחי, הוא שהליך הגישור, ככלל, אינו מצדיק עיכוב או דחייה של מועדי ההוכחות. בהליך פלילי, ובפרט כאשר הנאשם עצור עד תום ההליכים, קיימת חשיבות רבה לשמיעת הליך ההוכחות בהקדם. לפיכך, הכלל הוא שאין בקיומו של גישור כדי לדחות מועדי הוכחות. כך, למשל, בפרשת בן אור קבעה השופטת אסתר חיות כי קשה להשלים עם מצב הדברים שנוצר באותו תיק, שלפיו חלפו כעשרה חודשים מאז הוגש כתב האישום, אך הליך ההוכחות טרם החל, והסיבה העיקרית לכך היא הליך הגישור שהתנהל בין הצדדים. בית המשפט העליון קבע כי אף שהליך הגישור הוא הליך חשוב הראוי למאמץ ולמיצוי, הרי ככל שמדובר בנאשמים הנתונים במעצר, אין מקום "להקפיא" את שמיעת ההליך העיקרי בשל קיומן של ישיבות גישור, בייחוד אם אלה מתמשכות והולכות.⁶⁴

אחד הכללים המאפיינים את הגישור הפלילי הוא חובת ייצוג. בהליכים בימי המוקד קובע סעיף 143א(ג)(2) לחוק סדר הדין הפלילי, חובת ייצוג, ונראה כי באופן דומה אף בגישור פלילי אין זה מן הראוי לנהל את ההליך בהיעדר ייצוג.⁶⁵ זאת, בין היתר, כדי לאפשר את קיומו של הליך הוגן, שבמהלכו יוכל נאשם ללמוד את כתב האישום שהוגש נגדו, להבין את משמעות

59 לימור זר גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" **שערי משפט** ג 165 (2002); פרלמן **יישוב סכסוכים**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 190.
 60 זמיר "חיסיון בין מגשר לבין הצדדים לסכסוך", לעיל ה"ש 46, בעמ' 47.
 61 ראו נוהל מחוזי להליכי גישור, לעיל ה"ש 48, בעמ' 3.
 62 כך למשל לא יהיה זה מן הראוי שהצדדים בהליך הגישור יטענו בעודם יושבים, או שיפנו לשופט באופן שאינו מקובל בדיונים רגילים.
 63 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 370.
 64 בש"פ 2219/11 **מדינת ישראל נ' בן אור** (פורסם בנבו, 7.4.2011). ראו גם דברי השופט פוגלמן בפרשת **סבן**, לעיל ה"ש 47. לגישה שונה (שלא בנוגע לעצורים עד תום ההליכים) ראו זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 131.
 65 ראו ע"פ 8417/13 **פלוגי**, לעיל ה"ש 13, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

העבירות המיוחסות לו, את חומר הראיות הקיים בעניינו ואת העונש שעשוי להיגזר עליו היה ויורשע בדין, כמו גם את מהות ההליך והשלכותיו.

פסק הדין שמושג לאחר הליך גישור הוא קצר, מנומק בקצרה ובלקוניות, ובמקרים שבהם גזר הדין מאשר הסדר טיעון שכולל עתירה מוסכמת לעונש, הסיכויים בערעור עליו קלושים.⁶⁶ בכך יש יתרון משמעותי לנאשם, אשר "חוסך מעצמו" דברי ביקורת ותוכחה של בית המשפט אשר עלולים להיכתב בהכרעת דין ובגזר דין מנומקים.

בפרשת עוידה הגדיר בית המשפט העליון (הנשיא גרוניס) את השופט המגשר כמי שפועל כדי להשיג הסדר טיעון "סגור",⁶⁷ הכולל הסכמה מלאה על העונש. לגישת הנשיא גרוניס מבחינת האפשרויות הקיימות לגבי הסדרי טיעון לסוגיהם, ברור כי הסכמה מלאה לגבי העונש היא האפשרות היעילה ביותר וזו שתביא לחיסכון מרבי בזמן שיפוטי. לעיתים כאשר הדבר אינו מסתייע, אפשר שיוטל עונש במנעד מסוים או שהנאשם יודה בכתב אישום מתוקן ללא הסכמה עונשית.⁶⁸

סבורני כי אכן, הגעה להסדר טיעון "סגור" עשויה להיות אחת ממטרותיו של השופט המגשר, ואולם בפועל אין זו המטרה היחידה או המרכזית של השופט המגשר, וזאת מכמה טעמים. ראשית, משיקולי יעילות – לעיתים הסיכוי בפועל להגיע להסדר טיעון "פתוח" הוא רב יותר מאשר הסדר טיעון סגור, וזאת בפרט כאשר ההגנה מעדיפה להשליך את יהבה על יכולתה לשכנע את בית המשפט בטיעון פתוח לעונש, מאשר לשכנע את התביעה להסכים לעונש מוסכם. דווקא שמירה על מגוון אפשרויות ב"ארגז הכלים" של השופט המגשר, לרבות הסדר פתוח לחלוטין, והסדר של טווח (שבו המאשימה מגבילה את עצמה לרף עליון של טיעון לעונש ולעיתים ההגנה מוגבלת לרף תחתון), תעניק לשופט המגשר יותר כלים ובכך תגדיל את הסיכוי להצלחת הגישור. שנית, מבחינת שיקולי צדק, דווקא הסדר טיעון פתוח מאפשר לבית המשפט אפשרות טובה יותר לעשיית צדק בגזירת הדין, שהרי בהסדר פתוח נשמר לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר לגבי הענישה. בשקלול של שיקולי היעילות ושיקולי הצדק, אין זה מובן מאליו שהסדר טיעון "סגור" משיג תוצאה טובה יותר מהסדר "פתוח".

2. אופן ניהול הגישור

אופן ניהול הגישור הנהוג כיום שונה במידה רבה בין שופט מגשר אחד למשנהו, ונראה כי כל שופט יוצק תוכן שונה להליך, בהתאם לאופיו, לכישוריו ולמזגו השיפוטי. עם זאת, ניתן לשרטט בקווים כלליים את אופן ניהול ההליך המקובל בהליכי הגישור. ככלל, השופט המגשר

66 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 384.

67 יובהר כי המונח "הסדר טיעון סגור" משמעותו הסדר טיעון שבו העונש אשר לו עותרים הצדדים מוסכם מראש עליהם, למשל הסדר ששני הצדדים יעותרו במשותף לעונש של שנתיים מאסר בפועל. זאת, במובחן מ"הסדר טיעון של טווח", שבו ההסכמה היא על "תקרה" ולעיתים גם "רצפה" של העונש, למשל, המאשימה עותרת לעונש של שלוש שנות מאסר בפועל, וההגנה עותרת לעונש של שישה חודשי עבודות שירות. קיים אף הסדר דיוני, אשר אינו כולל שום הסכמה עונשית, אלא רק הסכמה בדבר תיקון כתב האישום, תוך טיעון פתוח של הצדדים לעונש.

68 פרשת עוידה, לעיל ה"ש 32, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

מעורב בדיון בין הצדדים. השופט המגשר נכנס לעובי הקורה, בוחן את הראיות בתיק ואת עוצמתן, אומד את סיכויי ההרשעה (במלוא כתב האישום או בחלקן) ואומד את העונש הצפוי שיוטל על הנאשם אם יורשע בדין (הן בעקבות ניהול הוכחות והן בעקבות הודאה באשמה). לאור הערכת הראיות שבתיק ובהתחשב באינטרסים של כל אחד מהצדדים, הוא מנסה לגשר בין עמדות הצדדים. השופט המגשר רשאי לעיין בכל חומר המצוי בתיק החקירה של התביעה ולקבל כל מסמך מידי ההגנה, אם תחפוץ, לרבות חומרים שאינם קבילים במשפט. ככלל, הליך הגישור נחלק לכמה שלבים עוקבים. תחילה השופט מסביר לצדדים, ובפרט לנאשם, את מהות ההליך, לרבות את העובדה שאיש מהצדדים אינו מחויב לקבל אף אחת מהצעותיו, ואת העובדה שההליך הוא חסוי מפני המותב שישמע את ההוכחות אם הגישור לא יצלח, וכל דבר שייאמר בגישור לא יהיה קביל בהליך ההוכחות.⁶⁹ לאחר מכן, באי כוח שני הצדדים מציגים את הסוגיות הראייתיות אשר עולות מן התיק, ואת המחלוקת ביניהם בנושאים הראייתיים. אם יש צורך בכך, השופט המגשר מעיין בתיק החקירה או במסמכים הרלוונטיים מתוכו אשר לגביהם חלוקים הצדדים. בתיקים מורכבים לעיתים חומר הראיות מועבר לעיון השופט מבעוד מועד. בהמשך, מציגים הצדדים את עמדותיהם העונשיות, ואת האינטרסים שלהם, לרבות ודאות בהליך (עדיפות לטיעון פתוח או סגור לעונש). בשלב הבא, על פי רוב ינסה בית המשפט לשרטט את הפערים בין הצדדים, ובמידת הצורך יביע את עמדתו בקשר לאופן שבו ניתן לקרב בין עמדותיהם, ואף יהיה רשאי להציע הצעה עונשית. בית המשפט רשאי להביע את דעתו בנוגע לעוצמת הראיות בתיק ולאיכותן, למדרג הענישה הצפוי בין נאשמים שונים באותה פרשה, ולסיכויי ההרשעה והעונש הצפוי בתיק אם יורשע הנאשם (בין שיודה, ובין שינוהל הליך ההוכחות עד תום), ואולם עליו לשמור על זהירות ראויה ומתינות בהצגת הדברים. במקרה שבו הצדדים מסכימים שאם יהיה טיעון פתוח לעונש, הטיעון יישמע בפני השופט המגשר (אם אין בכך פסול), מן הראוי שבית המשפט יימנע מלהביע דעה כלשהי. בשלב הבא, הצדדים יקבלו שהות לשקול את ההצעה, ולעיתים לשם כך יופסק הדיון לכמה דקות, או שייקבע דיון המשך במועד אחר אם אחד הצדדים מעוניין בשעות מספקת כדי לשקול את עמדתו. כך הסנגור עשוי לבקש להיפגש עם הנאשם מחוץ לבית המשפט (במשרדי הסנגור או בבית המעצר) כדי לשוחח עימו באופן מעמיק על עמדתו, והתביעה עשויה לבקש שהות כדי שההצעה אשר הועלתה בגישור תישקל על ידי גורמים בכירים יותר מאלה אשר הופיעו בבית המשפט. בשני המקרים, בית המשפט כמובן יעניק לצדדים את הדחייה המבוקשת. לאחר שקילת ההצעה מודיעים הצדדים את עמדתם, ואם הם מסכימים להצעה, מוצג הסדר הטיעון שגובש, הנאשם מודה, ובית המשפט מכריע את הדין (זולת אם מדובר בתיק בסמכות הרכב). אם מי מהצדדים מסרב להצעה, יימשך הליך ההוכחות בפני מותב אחר. באשר למיקומו הפיזי של הליך הגישור, ככלל, סבורני כי אין מקום לקיים ישיבות גישור בלשכת השופט. לשכת השופט לא נועדה, מטבעה, לקיום דיונים במעמד הצדדים. המקום הראוי לנהל דיון ולכלל תקשורת בדיבור של שופט עם בעלי הדין הוא אולם בית המשפט, אשר

69 ראו זר-גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 167.

לשם כך נועד.⁷⁰ אם יש צורך בכך, ניתן גם באולם בית המשפט לסגור את הדלתיים, וניתן לקבוע אילו דברים יירשמו בפרוטוקול ואילו לא יירשמו, וזאת, בעת שאולם הדיונים מעניק את המסגרת והאכסניה הראויה להליך. דיונים בלשכת השופט, שבהם מתנהל שיג ושיח לגבי האופן שבו ניתן לסיים את התיק, בפרט כאשר אין שום תיעוד בפרוטוקול של הדברים, הם בעלי פוטנציאל לטענות בדיעבד בקשר לדברים שנאמרו או הובטחו לנאשם.⁷¹ לפיכך, סבורני כי מוטב להימנע מכך.

בסיכומו של דבר, על בית המשפט ליישם את כללי האתיקה לשופטים, אשר קובעים כי שופט המציע פשרה לא יכפה את דעתו על בעלי הדין ובמסגרת השיג ושיח לפשרה יסייע בידי בעלי הדין, ובלבד שהדבר ייעשה תוך שמירת כבודו של ההליך ושל בית המשפט.⁷²

3. חומת הפרדה בין השופט המגשר לשופט ההוכחות

עקרון יסוד בהליך הגישור הוא קיומה של "חומת הפרדה" בין השופט המגשר לשופט ההוכחות, כך שמידע שנמסר בהליך הגישור לא יגיע לידיעת שופט ההוכחות. חומת הפרדה בין גישור שלא צלח להליך העיקרי בנויה משני רבדים: ברובד הראשון, האיסור על השופט המגשר לשמוע את הליך ההוכחות והאיסור על שופט ההוכחות לשמש כמגשר באותו תיק; וברובד השני, הוראות אי-הקבילות והחיסיון של תוכן הגישור בפני השופט ההוכחות.

ברובד הראשון, סעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי אם לא הסתיים הדיון במסגרת הדיון המקדמי, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר שימשיך לדון בו.⁷³ הליך הגישור מאפשר לשופט ההוכחות להעביר את התיק למגשר שיוכל להתבטא באופן חופשי לגבי התיק, ובאופן שנאסר על שופט ההוכחות להתבטא.⁷⁴ כוחו של המגשר הוא בחולשתו, ובכך שאין לו סמכות הכרעה. כלל יסוד הוא שאין לשופט ההוכחות בתיק סמכות לכהן כמגשר.⁷⁵ במקביל, אל לו לשופט המגשר להמשיך לשמוע הוכחות בתיק במקרה שהגישור לא צלח.⁷⁶ דברים אלה הובהרו על ידי הנשיאה מרים נאור בפרשת רובינוב, שם קיבלה ערעור על החלטה בנושא פסלות שופט.⁷⁷ הנשיאה נאור קבעה באותו עניין כי סעיף 143א(א) לחוק סדר הדין הפלילי מהווה עילת פסלות סטטוטורית נוספת, וכי הסעיף מקים חזקה חלוטה, שלפיה במקרים שבהם התקיים דיון מקדמי אך לא הושג הסדר טיעון מלא בנוגע

70 ראו ע"פ 1194/13 פלוני נ' פלוני, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 2.4.2013).

71 שי ניב "הסדרי טיעון מהזווית השיפוטית – שינויים והלכות" ספר אליהו מצא 341, 352–355 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015). ראו למשל ע"פ 5102/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.8.2010).

72 כלל 13 לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007.

73 כך גם עולה מהצעת חוק הסדר טיעון, לעיל ה"ש 39.

74 ניסיונות שופט ההוכחות לסייע לצדדים להגיע להסדר טיעון עלולים להוביל לפסילת המותב. ראו ע"פ 4492/02 שטייך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 825 (2002).

75 חוות דעת נציבת קבילות הציבור על שופטים 9/07, לעיל ה"ש 55.

76 עם זאת, נראה כי אין מניעה שהשופט המגשר ידון אף בהליך המעצר עד תום ההליכים באותו תיק. ראו החלטת הנשיאה ביניש בע"פ 2582/11 עואנה נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 14.4.2011).

77 ע"פ 1061/16 רובינוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2016).

להודאה בעובדות, נדרשת העברת הדיון לשופט אחר שלא השתתף בדיון המקדמי.⁷⁸ ביסוד חזקה זו עומד החשש למשוא פנים, אשר נובע מכך שהשופט בהליך המקדמי עשוי להיחשף לחומרים רבים שיש בהם כדי להשפיע על דעתו על הנאשם ומכך שנדרשת מהשופט המגשר מעורבות רבה בקידום הסדר הטיעון בין הצדדים שבפניו.⁷⁹ בהקשר זה יש להבהיר כי החלטת השופט המגשר להעביר את התיק לשופט אחר לפי סעיף 143א בחוק סדר הדין הפלילי אינה צריכה לעמוד במבחנים המקובלים של דיני פסלות שופט. צד אשר מבקש, בתום הליך מוקד או גישור שלא צלחו, להעביר את התיק למותב אחר, אינו נדרש להראות כי קיים חשש ממשי למשוא פנים של בית המשפט, ודי לו בעצם העלאת הבקשה. מסקנה זו מתחייבת מכוח סעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי אשר קובע כי משלא הסתיים הדיון בכתב האישום במסגרת דיון מקדמי, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר.⁸⁰

ברובד השני, סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט (אשר כאמור לעיל יש להתייחס אליו בהיקש בלבד), קובע כי דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא יישמשו ראיה בהליך משפטי אזורחי. נראה כי כלל זה מחויב המציאות אף לגבי גישור פלילי בשינויים המחויבים. הדברים אשר נאמרו בהליך הגישור אינם קבילים בהליך העיקרי, וזאת, בדומה להליכי משא ומתן להסדר טיעון, אשר אף הם, ככלל, אינם קבילים ולא ניתן לחשוף את פרטיהם בפני המותב העיקרי.⁸¹ עם זאת, העובדה שהתקיים הליך גישור כשלעצמה, אינה חסויה מפני השופט בהליך העיקרי, ואין פגם בידעת שופט ההוכחות על עצם קיומו של הליך הגישור, ללא פירוט תוכנו.⁸² בע"פ 6508/05 פלוני נדון מקרה שבו קודם לשמיעת הראיות התקיים הליך גישור שלא עלה יפה.⁸³ הנאשם הסכים להצעת בית המשפט, אולם המדינה סירבה. נוהל הליך הוכחות, והנאשם הורשע ונגזר דינו. הסנגור העלה בערעור את תוכן הליך הגישור.⁸⁴ בית המשפט העליון (השופטת דבורה ברלינר) עמד על הצורך בהפרדה מלאה בין הליך הגישור שלא צלח להליך העיקרי.⁸⁵

”נשמת אפו של הליך הגישור תלויה בכך שדברים שנאמרים במהלכו לא יובאו לידיעת בית המשפט שדן בסופו של יום בתיק שמדובר בו. [...] להליך הגישור לא תהיה תקנה, אם הצדדים ידעו כי דברים המוחלפים במהלכו, יכולים לעמוד להם לרועץ בשלב מאוחר יותר.”

- 78 שם, פס' 8–9.
 79 שם. דברים דומים נקבעו על ידי הנשיא גרוניס בפרשת עווידה, לעיל ה"ש 32, פס' 8–9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
 80 הצעת חוק דיון מקדמי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 549.
 81 יניב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 365.
 82 ראו ע"פ 1640/04 קקון, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק; יגאל מרזל דיני פסלות שופט 302 (2006).
 83 ע"פ 6508/05 פלוני, לעיל ה"ש 14, פס' 1 לפסק הדין.
 84 שם, פס' 4 לפסק הדין.
 85 שם, פס' 6 לפסק הדין.

בפרשת קסטל ביקשה ההגנה להביא בפני בית המשפט העליון את עמדת המתלוננת בתיק אינוס, אשר הובאה במסגרת הליך גישור שלא צלח, ואשר הייתה עשויה לסייע להגנה.⁸⁶ בית המשפט (השופט אליקים רובינשטיין) דחה אפשרות זו והבהיר כי קיימת "חומת הפרדה" בין הליך הגישור להליך העיקרי, כדלקמן:⁸⁷

"ככל שהמדובר בגישור, איננו רואים סיבה לחרוג מן הפירוש הברור של החוק ומעמדת הפסיקה [...] קרי שמוקמת 'חומת הפרדה' בין גישור שלא צלח לבין ההליך העיקרי. נזכור, כי על הרוב יהא הדבר לטובת הנאשם, שהרי הדעת נותנת שיתכן מאוד, כי בהליך הגישור הביע הנאשם נכונות להודיה מסוימת [...] כך גם באשר לעמדה 'מקלה' של קורבן העבירה, ככל שהיא באה בהליך הגישור, אשר אין מקום לפעפועה אל הליך ההוכחות והערעור עליו. המחוקק פתח לחרוג מכך, והוא בסיפה של סעיף 143א(1) שלפיה האמור בגישור יכול לשמש ראיה בהסכמת בעלי הדין".

כלומר, הכלל הוא הפרדה מלאה בין ההליך העיקרי (הליך ההוכחות) להליך הגישור, אשר מתנהלים בפני שני מותבים שונים. דברים שנמסרו בגישור אינם קבילים וחל עליהם חיסיון בהליך העיקרי.⁸⁸ משא ומתן לפשרה שאינו במסגרת גישור אינו קביל כראיה,⁸⁹ ומכאן מובן מאליו כי משא ומתן שנערך תחת כנפי המגשר, אינו שונה בהקשר זה, ותוכנו אינו קביל בהליך העיקרי. על אף הרתיעה הכללית מפני יצירת חסיונות וכללי אי-קבילות ראיות, מוכנה שיטת המשפט לשלם מחיר מסוים כדי לאפשר משא ומתן גלוי ללא מורא של שימוש במידע בהליך עתידי.⁹⁰ אם יותר לצדדים להביא דברים מתוך הגישור בפני השופט בהליך העיקרי, יתערער אמון הצדדים בהליך הגישור, ויכרת הענף שמוסד זה נשען עליו.

4. שיח בין השופט המגשר לשופט ההוכחות

בתיק רחב היקף נוהלו הוכחות וכן התקיימה ישיבת גישור שלא צלחה.⁹¹ בהמשך ההוכחות, הציעה שופטת ההוכחות לבאי-כוח הנאשמים לשוב ולנסות למצות את אפיק הגישור. במסגרת זאת, הזכירה שופטת ההוכחות כי נשאלה על ידי השופטת המגשרת אם התיק הסתיים, והשיבה שלא כך. שופטת ההוכחות ציינה בשיחה עם השופטת המגשרת כי התיק לא הסתיים משום

86 פרשת קסטל, לעיל ה"ש 37.

87 שם, פס' י לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

88 ראו גם ס' 143א(1)(2) לחסד"פ.

89 רע"א 8320/08 א.ד. אסולין השקעות ופיננסים בע"מ נ' החברה העירונית לפיתוח אשדוד בע"מ, פס' 11 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.1.2009). ההחלטה נוגעת אמנם להליך האזרחי, אולם סבורני כי הדברים יפים אף להליך הפלילי. ראו בהקשר זה ת"פ (שלום ת"א) 18743-12-11 מדינת ישראל נ' אשר, פסק דינו של השופט עוזיאל (פורסם בנבו, 13.10.2013).

90 בע"מ 8769/08 פלוני נ' פלוני, פס' טו לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.12.2008). לשיקולים נוספים התומכים בסודיות ובחיסיון בהליך הגישור ראו זמיר "החיסיון בין מגשר לבין הצדדים לסכסוך", לעיל ה"ש 46, בעמ' 51.

91 ע"פ 2749/14 גאון נ' מדינת ישראל, פס' 1-2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 18.4.2014).

שבעלי הדין לא הצליחו להגיע להסכמה בעניין ערבויות לגבי החוב האזרחי של המערערים. השופטת המגשרת הציעה שבעלי הדין יחזרו אליה כדי לנסות ולגשר על הפערים.⁹² בעקבות זאת הגישו באי-כוח הנאשמים בקשה לפסול את שופטת ההוכחות. הנשיא אשר גרוניס דחה את הערעור על בקשת הפסלות, וקבע כי לא נמצא פגם בכך ששופטת ההוכחות הציעה לבעלי הדין שיחזרו לגישור.⁹³ עוד קבע הנשיא גרוניס כי ייתכנו מקרים שבהם מעורבות השופט בהשגת הפשרה תחרוג מגדר הסביר, באופן שיש בו כדי להקים חשש ממשי למשוא פנים. בהליך גישור ממלא השופט תפקיד אקטיבי כמתווך בין בעלי הדין ונחשף לחומר רב, שעשוי להיות בלתי-קביל בהליך העיקרי. מסיבה זו קובע סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי, כי יש ליצור חיץ בין השופט המגשר ותוכן הליך הגישור לבין השופט הדן בהליך העיקרי. אכן, ראוי שהפרדה זו תישמר. כדי שהליך הגישור ישיג את מטרתו, וכדי למנוע מראש טענת פסלות, נדרש שלא תהיה חשיפה של השופט הדן בהליך העיקרי לתוכני הליך הגישור. במקרה דנא, לא ניתן לקבוע כי שופטת ההוכחות נחשפה לפרטים מתוך הליך הגישור.⁹⁴

מקרה זה ממחיש היטב את המורכבות של דרישת ההפרדה בין השופט המגשר לשופט ההוכחות. במקרים רבים מדובר בשני שופטים מאותו בית המשפט, עמיתים ורעים, אשר נפגשים זה עם זה באופן שוטף, ושניהם מטפלים באותו תיק. הצלחת הגישור או אי-הצלחתו משפיעה באופן משמעותי על יומנו של שופט ההוכחות. בנסיבות אלה, מן הראוי ששני השופטים יקפידו שלא יועבר מידע מתוך דיון הגישור אל דיון ההוכחות, ושלא לחשוף את שופט ההוכחות לדברים אשר נאמרו והוצעו במסגרת הגישור, וזאת, אף אם אין בהכרח בחשיפת שופט ההוכחות לדברים שנאמרו בגישור כדי להוביל לפסילתו, בדומה למקרים אחרים שבהם שופט ההוכחות נחשף למידע שאינו קביל. המידע המרכזי אשר השופט המגשר צריך להעביר לשופט ההוכחות הוא בשאלה אם הגישור הצליח אם לא, ומידע זה ניתן וראוי להעביר באמצעות פרוטוקול הדיון הגלוי.⁹⁵

5. סמכות השופט המגשר לשמוע טיעון פתוח לעונש

שאלה נפרדת ומורכבת יותר היא אם השופט המגשר רשאי לשמוע טיעון פתוח לעונש, במקרה שבו הצדדים מגיעים להסדר טיעון לעניין העובדות וסעיפי החיקוק, ונותר טיעון פתוח או

92 שם, פס' 2-4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

93 שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

94 שם, פס' 9-13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

95 כך למשל אם הגישור לא הצליח, יציין שופט הגישור כי הגישור הסתיים ללא הסכמה בין הצדדים, וכי ההליך יימשך כסדרו בפני שופט ההוכחות, ויורה למזכירות בית המשפט להעביר העתק הפרוטוקול לשופט ההוכחות. באופן דומה, אם הגישור הצליח, השופט המגשר יציין בפרוטוקול את הדבר, הצדדים יציגו את הסדר הטיעון, והעתק הפרוטוקול יועבר לשופט ההוכחות. ככללי הגישור פלילי באיידהו Idaho Criminal Rule 18.1. Mediation in Criminal Cases, <https://www.isc.idaho.gov/icr18-1> (להלן: "כללי הגישור הפלילי באיידהו"), נקבע כי המגשר והשופט של התיק לא יקיימו ביניהם שום תקשורת, זולת סמכותו של המגשר לדווח לבית המשפט על כך שהגישור הגיע למבוי סתום או שהצדדים הגיעו להסכם (סעיף קטן 8).

טיעון של טווח לעונש.⁹⁶ ככלל, במקרים שבהם קיים כבר שופט הוכחות, והחל דיון בפניו, מן הראוי שהשופט המגשר יקבל את הודאתו של הנאשם, יכריע את דינו (זולת אם מדובר בתיק שבסמכות מותב תלתא), ויעביר את המשך הדיון בשלב הטיעון לעונש וגזירת הדין לשופט ההוכחות. כך, למשל, נקבע בהוראת נוהל נשיאת בתי משפט השלום במחוז המרכז בנושא גישור פלילי.⁹⁷ נראה כי זו גם המסקנה המתבקשת אף מהחלטת נציב תלונות השופטים בנוגע לבית המשפט לענייני משפחה שבה, כאמור לעיל, שופטת אשר שימשה כמגשרת הביאה את הצדדים לכלל הסכם שבו נכלל סעיף, שלפיו חילוקי דעות עתידיים בין הצדדים יובאו להכרעתה שלה, הפעם כשופטת. הנציב מצא את התלונה מוצדקת, תוך שקבע כי נפלה בהתנהלותה של השופטת שורה של תקלות הנובעות מטשטוש גבולות בלתי-ראוי בין שפיטה לבין גישור וכי ההסכם עומד בניגוד לדיון ולרוחו של הליך הגישור.⁹⁸ כלומר, לשיטת הנציב, המגשר אינו יכול לשמר בידו סמכות הכרעה בתיק, גם בהסכמת הצדדים. יישום גישה זו להליכים פליליים מוביל למסקנה כי לכאורה אין השופט המגשר רשאי לשמוע טיעון פתוח לעונש לאחר הליך גישור, אף בהסכמת הצדדים, ועליו להעביר את שמיעת הטיעונים לעונש למותב אחר.

בפרשת עוידה נדון מקרה שבו במסגרת הליך הגישור הגיעו בעלי הדין להסדר טיעון שלפיו יודה הנאשם בכתב האישום המתוקן, ללא הסכמה על העונש.⁹⁹ הנאשם הודה והורשע ונקבע מועד לטיעונים לעונש. בדיון הבא בפני השופטת המגשרת, בטרם החלו הטיעונים לעונש, ביקשה המאשימה להעביר את המשך הדיון בגזר הדין לשופטת ההוכחות שדנה בהליך, וזאת על סמך הנחיית פרקליטות המחוז לגבי תיקי גישור, אשר מורה שכל אימת שהליך גישור אינו מסתיים בהסדר טיעון "סגור" יש לבקש את העברת הדיון לשופט אחר.¹⁰⁰ השופטת המגשרת קיבלה את בקשת המאשימה, תוך שהפנתה להנחיית סגן נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז (כתוארו אז) השופט אברהם טל, שלפיה אם מבקשת המדינה להעביר את המשך שמיעת הדיון בתיק שהתקיים בו הליך גישור, הוא יוחזר למותב המקורי שבו החל ההליך העיקרי. על החלטה זו הוגש ערעור.¹⁰¹ בית המשפט העליון (הנשיא אשר גרוניס) דחה את הערעור וקבע כי במסגרת הגישור נחשף בית המשפט לחומר שלא ניתן להביאו בהליך רגיל, וכדי לקדם ולסייע לפתיחות מלאה של בעלי הדין, נוצרה החזקה החלוטה שבסעיף 143 א(ה), ומכאן שהחלטת השופטת המגשרת להעביר את ההליך לשופטת ההוכחות בדיון יסודה.¹⁰²

לגישה זו יש כמה יתרונות. ראשית, הגישה מונעת בחירת מותב ("forum shopping"), קרי: מונעת אפשרות להשתמש בהליך הגישור כדי להעביר את התיק ממותב ההוכחות למותב

96 ככללי הגישור הפלילי באיידהו, שם, נקבע כי המגשר לא ידון בכל אספקט נוסף של התיק, למעט סיוע להגעת הצדדים להסדר טיעון, לא יקבל את הודאת הנאשם באשמה, ולא יגזור את עונשו של שום נאשם בתיק (סעיף קטן 4).
 97 נוהל מחוזי להליכי גישור, לעיל ה"ש 48.
 98 חוות דעת 187/14 של נציבות תלונות הציבור על שופטים, לעיל ה"ש 26.
 99 פרשת עוידה, לעיל ה"ש 32, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
 100 שם, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
 101 שם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
 102 שם, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

המגשר, אשר עשוי להיות נוח יותר לטעמו של אותו צד. מובן שמערכת המשפט אינה צריכה לסייע לבחירת מותב כזה. שנית, השופט המגשר פעמים רבות מביע דעתו אף בנוגע לעונש הראוי בתיק. אם השופט המגשר מביע דעה מסוימת, ולאחר מכן הצדדים מגיעים להסדר טיעון פתוח, אשר אינו כולל הסכמה לעונש, עלולה להיווצר ציפייה של מי מהצדדים שהשופט המגשר יגזור את הדין בהתאם לדברים שאמר בגישור. אף השופט המגשר עלול לראות את עצמו כבול לדברים שאמר במסגרת הליך הגישור, באופן אשר לכאורה יהפוך את הטיעון לעונש לחסר ערך, משום שהשופט לכאורה כבר גיבש דעה בנושא. הבעת דעה מוקדמת על ידי השופט המגשר עלולה להפוך את הטיעון הפתוח לעונש להצגה ריקה מתוכן, שהרי העונש כבר נקבע מראש.¹⁰³ הסמכת השופט המגשר לשמוע טיעון פתוח לעונש עלולה להפר את העיקרון הבסיסי שלפיו אין בידי המגשר סמכות החלטה. לעומת זאת, העברת התיק למותב אחר, שלא נחשף לגישור, תאפשר את גזירת הדין באופן חף מהשפעות של דברים שנאמרו, בהליך הגישור, בין שעל ידי הצדדים ובין שעל ידי השופט המגשר. שלישית, כאשר הצדדים יודעים שלשופט המגשר אין שום סמכות הכרעה, אף לא בעניין העונש, הם ירגישו בנוח יותר להציג בפני השופט המגשר את מלוא האינטרסים שלהם, ללא חשש שחשיפה זו תשמש נגדם בשלב כלשהו בהמשך. רביעית, גישה זו מונעת את עירוב התחומים, שבין תפקיד המגשר, שהוא נעדר סמכות הכרעה כופה, לבין תפקיד השופט, אשר מוסמך להכריע ולגזור את הדין. גישה זו אף עולה בקנה אחד עם תפיסת החיסיון והיעדר הקבילות של דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור כראיה בהליך העיקרי.¹⁰⁴

לעומת זאת, קיימים אף חסרונות לשיטה זו של העברה למותב אחר במקרה של הסדר טיעון פתוח. לעיתים, דווקא בעקבות דברים שנאמרו בגישור, שני הצדדים סומכים על המגשר שיגזור את הדין באופן ראוי, ויתחשב במכלול הנתונים שהוצגו בפניו, בעמדותיהם ובאינטרסים שלהם, והעברת התיק למותב אחר "תטרוף את הקלפים" ותעמיד את הצדדים בפני אי־ודאות רבה יותר. בנסיבות אלה, סבורני שאין להוציא מכלל אפשרות מצב שבו הצדדים יסכימו שהשופט המגשר ישמע את הטיעונים לעונש ויגזור את הדין, ובית המשפט יעתר לבקשה המשותפת.

מקרה נוסף הוא כאשר הסכמת הצדדים למתווה של טיעון פתוח לעונש או טיעון טווח, התקבלה בטרם הוצמד התיק לשופט הוכחות. כך מתרחש פעמים רבות בפני שופט מוקד, אשר הצדדים מגיעים בפניו להסדר טיעון שאינו כולל הסכמה לעונש. במקרים אלה, ככלל, נשמעים הטיעונים לעונש בפני שופט המוקד, הואיל ואין חשש מפני "בחירת מותב", שהרי טרם הוצמד

103 כך, למשל, ברע"פ 523/13 דונשוילי נ' מדינת ישראל, פס' 24–32 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.8.2015), שופט בית משפט השלום (שלא במסגרת גישור) רשם על פתק, בטרם הטיעון לעונש, את העונש אשר ייגזר על הנאשם, ובסופו של דבר אכן גזר את אותו עונש על הנאשם. בית המשפט העליון קבע כי מדובר בניהול הליך בלתי־תקין, ואולם סייג את דבריו למקרה שבו הדבר מתבצע שלא במסגרת הליך לפי סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי על תנאיו וסייגיו. סבורני כי אף אם התנהלות זו הייתה מתבצעת על ידי שופט מגשר, היה בכך משום ניהול בלתי־תקין של ההליך.

104 ס' 79ג(ד) לחוק בתי המשפט. ראו גם חוות דעת 187/14 של נציבות תלונות הציבור על שופטים, לעיל ה"ש 26, פס' 13.

לתיק מותב הוכחות, אשר למי מהצדדים עשוי להיות אינטרס להעברת התיק ממנו. במצבים אלה, סבורני כי אם שופט המוקד-המגשר לא נחשף למידע בלתי-קביל, ובפרט אם לא הביע דעה כלשהי לעניין העונש, אין מניעה שאותו שופט ישמע את הטיעון לעונש ויגזור את הדין, שהרי לא נחשף למידע פסול, ולא הביע דעה כלשהי בנושא. ואולם, אם התנהל שיח שבמסגרתו כל צד חשף את עמדותיו ואת העונש שיהיה מוכן להסכים לו, והשופט אף התייחס בדבריו לנושא הענישה, ולאחר מכן לא הגיעו הצדדים להסכמה כלשהי, או אז קיים חשש שהשופט יושפע בעת גזירת הדין מהדברים שנאמרו לו בשלב המקדמי, ומהדעה הראשונית שהביע. לפיכך, במקרים מסוג זה יש לקבל את עתירת מי מהצדדים להעברת התיק למותב אחר, ואולם אם הצדדים מסכימים להותרת התיק בפני שופט המוקד או השופט המגשר, לא צריכה להיות מניעה לכך.

בפועל, בדיוני מוקד, אשר בהם עוסק סעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי, על פי רוב כאשר הצדדים מגיעים להסדר טיעון "פתוח", התיק אינו עובר למותב אחר, שאם היה הדבר כך, נראה שלצד כל שופט מוקד היה צריך להציב שופט נוסף לגזירת עונשים. ברוב המכריע של התיקים בהליכי מוקד, הצדדים אינם חולקים על כך ששופט המוקד ישמע טיעון פתוח לעונש, וזאת בפרט במקרים השכיחים שבהם הצדדים לא חשפו את שופט המוקד לעמדותיהם הקונקרטריות לעונש וכאשר שופט המוקד עצמו לא הביע דעה ממשית לגבי העונש הראוי. לפיכך, ובהיקש משיטת המוקד, סבורני כי גם בתיקי גישור, בנסיבות דומות, יש לאפשר לצדדים להסכים כי הטיעונים לעונש יישמעו בפני השופט המגשר, בפרט כאשר טרם נקבע שופט הוכחות לתיק. בכפוף להסכמה מפורשת של הצדדים, אין מקום למנוע מהשופט המגשר אפשרות לשמוע טיעון פתוח לעונש. מובן כי בתיק שנמצא בסמכות מותב תלתא, אין השופט המגשר מוסמך להכריע או לגזור את הדין.

בסיכומו של דבר ההחלטה אם ראוי שהשופט המגשר ישמע טיעון פתוח לעונש נגזרת מכמה שיקולים, לרבות אם מונה כבר שופט לשמיעת הראיות, אם השופט המגשר הביע את דעתו בעניין העונש, אם נחשף למידע בלתי-קביל, ואם הצדדים הסכימו שהשופט המגשר ישמע טיעון פתוח לעונש.

6. סמכות המגשר להיפגש עם כל צד בנפרד

סוגיה נוספת נוגעת לסמכות שופט מגשר להיפגש עם כל צד בנפרד. בהליכים רגילים, כידוע, אין השופט רשאי להיפגש עם כל צד בנפרד, ופגישה כאמור עלולה להוביל בנסיבות מסוימות אף לפסלות השופט.¹⁰⁵ בכל הנוגע לשופט המטפל בתיק (שופט ההוכחות) נקבע בהחלטת נציבת תלונות הציבור על שופטים, השופטת טובה שטרסברג-כהן, בתיק בית משפט לענייני משפחה כי אין לשופט המטפל בתיק סמכות לכהן כמגשר, ולא ניתנה לשופט סמכות לקיים פגישה נפרדת עם מי מבעלי הדין כדי ליישב סכסוך שבפניו, אפילו נתנו בעלי הדין את הסכמתם לכך.¹⁰⁶ הטעמים לכך טמונים בזכותם של בעלי הדין להיות נוכחים בכל מהלך הדיון

105 מרזל, לעיל ה"ש 82, בעמ' 184–189.

106 חוות דעת 9/07 של נציבות תלונות הציבור על שופטים, לעיל ה"ש 55.

ולהגיב על מידע הנמסר על ידי הצד שכנגד, ולכך שהפגישה הנפרדת עלולה ליצור קרבת יתר בין השופט לבין בעל דין או בא-כוחו הפותחים בפניו את סגור ליבם ולחשוף את השופט למידע שלא היה מקבל בישיבה במעמד שני הצדדים. הדבר עלול לעורר אצל בעל דין חשש ממשי למשוא פנים אצל השופט, בייחוד אם אותו שופט אמור להמשיך לדון בתיק ולתת בו החלטות. כמו כן, הפגישה הנפרדת עלולה לפגוע גם באמון הציבור בבית המשפט.

לעומת זאת, בגישור אזרחי שאינו בפני שופט, הכלל הוא שהמגשר רשאי להיפגש עם כל צד בנפרד.¹⁰⁷ פגישה עם כל צד בנפרד נחשבת בהליכי גישור אזרחיים לחיובית לחשיפת האינטרסים של הצדדים, לרכישת אמוןם ולקבלת מידע שיכול לסייע בפתרון הסכסוך.¹⁰⁸ בפועל, חלק משמעותי מהליכי הגישור האזרחיים מתנהל בדרך של פגישות נפרדות עם הצדדים, שבהן הצדדים נכונים יותר להציג לפני המגשר את האינטרסים שלהם, ללא חשש שחשיפה זו תפגע ביכולתם לנהל את המשפט אם הגישור לא יצלח. נכונות זו של הצדדים מסייעת בידי המגשר לבצע הערכה מדויקת יותר של האינטרסים ולשקלל את הסיכויים והסיכונים של הצדדים, וכך לסייע להם להגיע להסכמות.

קיימת דעה שלפיה אף בגישור פלילי, אין השופט המגשר רשאי להיפגש עם כל צד בנפרד.¹⁰⁹ מנגד, בפועל לעיתים מתקיימות ישיבות גישור נפרדות עם כל צד.¹¹⁰ סבורני כי בחינת השיקולים האמורים לעיל להליך גישור פלילי אינה מובילה לתשובה חד-משמעית. בניגוד להליך העיקרי, בהליכי גישור השופט נעדר סמכות הכרעה, ולכן החשש שיפסוק בסופו של דבר על סמך מידע שהתקבל במעמד צד אחד פוחת, אם כי קיימת אפשרות ממשית שהצעת בית המשפט להסדר תושפע ממידע זה. כמו כן, בהליכי גישור לעיתים צד מבקש לגלות לשופט המגשר את אסטרטגיית ניהול התיק שלו, תוך שהוא נמנע מלחשוף אותה בפני הצד שכנגד. באנלוגיה לשיטת הגישור המפורטת בתקנה 6(2) לתקנות בתי המשפט (גישור), נראה כי ייתכנו מצבים שבהם, בכפוף להסכמת הצדדים, יהיה מקום לקיים חלק של דיון גישור פעם במעמד התביעה ופעם במעמד ההגנה.

7. פרוטוקול דיון הגישור

בכל הנוגע לתיעוד הדברים בפרוטוקול, על פי קביעת בית המשפט העליון, מפי השופט ניל הנדל, הגישור הפלילי אינו כפוף לסדרי הדין, הצדדים יכולים להתבטא במהלכו באופן חופשי, ואין הכרח לנהל פרוטוקול.¹¹¹ ואכן, מובן הדבר כי אין חובה לנהל פרוטוקול דיון שבו יירשמו כל דברי הצדדים, משל היה הדבר דיון הוכחות, ובפרקטיקה מרבית הדברים אשר נאמרים במהלך דיון הגישור נאמרים "שלא לפרוטוקול". עם זאת, לפי החלטת נציב תלונות הציבור על

107 ס' 79ג(ג) לחוק בתי המשפט; תק' 6(2) לתקנות בתי המשפט (גישור).

108 זמיר "החיסיון בין מגשר לבין הצדדים לסכסוך", לעיל ה"ש 46, בעמ' 49.

109 כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 757.

110 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 405.

111 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13. ראו גם כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 745; פרלמן

"שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 384.

השופטים, אומנם בתיק בית המשפט למשפחה, ולא במסגרת של גישור, כאשר צד מבקש שהצעת בית המשפט תירשם בפרוטוקול, על בית המשפט לעשות כן.¹¹² בהקשר זה ניתן להקיש אף מסעיף 143א(ו) לחוק סדר הדין הפלילי אשר קובע כי פרוטוקול הדין המקדמי לא יועבר לעיון השופט שימשיך לדון בכתב האישום, ולא ישמש ראיה בכל הליך משפטי אחר, למעט בערעור על פסק הדין שניתן בדיון המקדמי, אלא בהסכמת בעלי הדין. כמו כן, יש לתת את הדעת לסעיף 12א(א) לחוק בתי המשפט אשר קובע כי "בדיון בבית משפט ינוהל פרוטוקול שישקף את כל הנאמר והמתרחש בדיון והנוגע למשפט, לרבות שאלות והערות בית המשפט, ואולם בקדם משפט, בישיבה מקדמית או בדיון מקדמי אחר רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לכלול בפרוטוקול את עיקרי הדברים שבדיון". לפיכך, סבורני כי בעניין זה ניתן לנהל שני פרוטוקולים. פרוטוקול אחד "רזה", שהוא גלוי אף לשופט ההוכחות, ובו מצוין רק שהתקיים הליך הגישור, מועד הישיבה, שמות הצדדים ובאי-כוחם, ואם הליך הגישור לא צלח – מצוין שהצדדים לא הגיעו להסכמה, וניתנת החלטה שלפיה המשך ההליך יהיה בפני המותב העיקרי. זאת, כמובן מבלי להטיל "אשם" או "אחריות" על צד זה או אחר אשר סירב להצעת בית המשפט.¹¹³ יובהר כי אין פגם בחשיפתו של שופט ההוכחות לכך שנערך גישור אשר לא צלח, ללא פירוט תוכן הגישור.¹¹⁴ אם הליך הגישור מצליח, מובן שיש לרשום זאת, ובמקרה הצורך לעבור לשלב הצגת ההסדר וההודאה, בדומה להליך רגיל. פרוטוקול זה יופיע ב"נט המשפט", ולא יהיה חסוי משופט ההוכחות. במקביל, ניתן לנהל פרוטוקול נפרד, שהוא חסוי מפני שופט ההוכחות, לא-נגיש לו, ולא פומבי (למשל בקובץ word, שאינו חלק מנט-המשפט), שבו נרשמים עיקרי הדברים שנאמרו בדיון, ולו באופן חלקי, והעובדה שניתנה הצעה על ידי בית המשפט. אם הצדדים מבקשים זאת, ניתן לרשום אף את תוכנה של ההצעה. זאת, בין היתר, כדי למנוע בהמשך מחלוקות על אודות מה שנאמר בהליך, על תוכן של ההצעות אשר הועלו במסגרת ישיבת הגישור, ועוד. עם זאת, על השופט המגשר לוודא שרישום הפרוטוקול אינו פוגם במידת שיתוף הפעולה של הצדדים בהליך, ואם הצדדים מעדיפים שדברים שנאמרו ייוותרו "מחוץ לפרוטוקול", סבורני כי יש לכבד זאת.

112 חוות דעת 76/15 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "חובת רישום מדויקת בפרוטוקול של הצעת פשרה מטעם בית המשפט וביקורת בלתי מידתית על עורך דין" דין וחשבון שנתי לשנת 2015 137 (27.5.2015). בחוות דעת זו קבע נציב התלונות, המשנה לנשיא (בדימוס) אליעזר ריבלין, בהקשר של סירוב בית משפט למשפחה לתעד בפרוטוקול הצעת פשרה שהציע, כי "ההצעה היתה צריכה להופיע בפרוטוקול הדיון, ולא היה מקום לסירובו של בית המשפט לבקשת בא כוח הקטינה לרשום את ההצעה בפרוטוקול".

113 באופן דומה, תק' 8(ג) לתקנות בתי המשפט (גישור) קובעת כי משהחליט המגשר להפסיק את הגישור, יודיע על החלטתו לבית המשפט, אך לא ימסור לבית המשפט את נימוקיו ולא יחווה דעתו בכל עניין הנוגע לגישור. כלומר, אף בתקנות האמורות הכלל הוא שאין לחשוף את השופט העיקרי לסיבות שבגינן לא צלח הגישור, ואין להטיל אחריות על צד זה או אחר בגין אי-הצלחת הגישור.

114 פרישת קקון, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא ברק; מרזל, לעיל ה"ש 82, בעמ' 302.

8. חריגה מהסדר טיעון שהושג בגישור

כאשר הצדדים מגיעים להסדר טיעון "סגור" (ואף הסדר של "טווח") והשופט המגשר הוא השופט אשר שומע את הטיעונים לעונש וגוזר את הדין, פשיטא שהשופט המגשר יכבד את הסדר הטיעון אשר גובש בסיועו. ואולם יש מקרים שבהם גזירת הדין נעשית על ידי המותב העיקרי, שאינו השופט המגשר. כך הדבר בתיקי הרכב, שבהם הגישור נערך לפני דן יחיד, אשר אינו מוסמך להכריע את הדין ולגזור את הדין. כך גם כאשר הצדדים מגיעים להסדר של טווח, כאשר שמיעת הטיעונים לעונש וגזירת הדין עוברת למותב העיקרי. במצב דברים זה מתעוררת שאלת סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט הגוזר את הדין, שלא לכבד את הסדר הטיעון שנערך במסגרת הגישור.

פסיקת בית המשפט העליון קובעת כי גם כאשר מדובר בהסכמות שהושגו במסגרת גישור, מוסמך בית המשפט, הדן בתיק העיקרי, לסטות מההסדר מהטעמים החריגים שפורטו בפסיקה.¹¹⁵ ואולם יש לתת משקל נוסף לעובדה כי ההסדר הושג בתיווכו (ולעיתים אף בעידודו) של השופט המגשר, ועל כן אינטרס ההסתמכות והציפייה של הנאשם כי ההסדר יכובד, עומד על רף גבוה ביותר. לכן יש צורך בנסיבות חריגות במיוחד כדי לסטות מהסדר טיעון שהושג באופן זה, וככלל לא יהיה די בנסיבות ה"רגילות" המצדיקות סטייה מהסדר הטיעון.¹¹⁶

9. מקרים שאינם מתאימים לגישור

ישנם כמה מקרים טיפוסיים אשר ככלל אינם מתאימים לגישור:

ראשית, מקרים שבהם הנאשם טוען לחפות ממשיית.¹¹⁷ כאשר עמדתו של הנאשם היא לחפות מוחלטת, ולטענתו לא היו דברים מעולם, נראה שאין שום מקום לקיום הליך גישור, ואם התביעה אינה מסכימה לביטול כתב האישום, יש לנהל הליך הוכחות מלא. סבורני כי גם אם במהלך הגישור הנאשם מביע את עמדתו בפני בית המשפט שלפיה הוא חף מפשע, ככלל

115 ע"פ 1454/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 10.8.2015) (להלן: ע"פ 1454/15 פלוני). הכללים המנחים בפסיקת בית המשפט העליון לסטייה לחומרה מהסדר טיעון שהתגבש בין הצדדים, נקבעו במסגרת "מבחן האיזון" בע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 16-18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

116 ע"פ 1454/15 פלוני, פס' 22 לפסק דינו של השופט שהם; ע"פ 6513/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12-13 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 10.8.2008). ייתכן כי במקרים שבהם בית המשפט מבקש לסטות מהסדר טיעון אשר הושג לאחר גישור בפני שופט, יש טעם בטענה כי יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו, אם יחפוץ בכך, באופן דומה להצעתו של השופט גרוניס, בדעת יחיד, במקרים שבהם מתירים לתביעה שלא להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור. ראו למשל ע"פ 1187/07 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281, 334 (2005); אורן גזל-איל "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון" דין ודברים א 507 (2005). זאת, בניגוד להלכה שנקבעה בע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 20-22 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש, ולפיה אין הנאשם יכול לחזור בו מהודאתו במקרים שבהם בית המשפט דוחה הסדר טיעון, ומטיל עונש חמור מזה שעתרה לו המאשימה על פי ההסדר.

117 בג"ץ יגרמן, לעיל ה"ש 53.

על בית המשפט להודיע שאם זו עמדת הנאשם הרי שיש להפסיק את הליך הגישור. עם זאת, מוכרת הפרקטיקה שבה ההגנה מצהירה בפתח הגישור שאין בהסכמתה לגישור כדי להוות הודאה כלשהי, וכי הנאשם עדיין טוען לחפותו, ואולם ברצונו לקיים את הגישור ולבחון את האפשרות לסיום התיק בהסדר. בהצהרה זו אין כדי לסכל את אפשרות המשך הגישור.

בהיקף מתקנה 8(ב) לתקנות בתי המשפט (גישור) ניתן להצביע על מקרים נוספים אשר אינם מתאימים לגישור, ומעת שהמגשר מגלה כי התקיימו, מן הראוי שירה על הפסקת הגישור. בהקשר זה ניתן למנות את המקרים הבאים: בעל דין אינו נוהג בהגינות או בתום לב או אינו משתף פעולה; אין סיכוי סביר שבעלי הדין יגיעו להסדר טיעון; הסדר הגישור שבעלי הדין עומדים להגיע אליו הוא בלתי-חוקי, סותר את תקנת הציבור או בלתי-הוגן בעליל או שיש בו כדי לגרום נזק ממשי לצד שלישי.

בנוסף, מקרה שאינו מתאים לגישור הוא כאשר קיימת חשיבות בהכרעה שיפוטית ובמתן פסק דין מנומק.¹¹⁸ יש לזכור כי אחת מתכליות המשפט היא הכוונת התנהגות, וביתר שאת הדברים אמורים לגבי המשפט הפלילי. לפיכך ישנם מקרים שבהם רצוי למשפט ולחברה שלא לסיים את הסכסוך בהסדר, אלא דווקא בפסק-דין מנומק שיבהיר את גבולות המותר והאסור, ואת חומרת המעשים, ויהווה תמרור הכוונה לעתיד. כך גם במקרים שבהם קיים צורך להעמיד הלכה על מכונה. כדי ליצור תקדים משפטי או כדי לדון בסוגיה חברתית בעלת חשיבות ציבורית רבה, ייתכן שלא יהיה ראוי לסיים את ההליך בדרך של גישור.¹¹⁹

מקרה נוסף שאינו מתאים לגישור הוא כאשר הנאשם אינו מיוצג על ידי סנגור. בהיעדר ייצוג קיים קושי משמעותי לנהל הליך של גישור על ידי שופט, ונדמה שדרך המלך להתמודד עם קושי זה היא באמצעות המלצה לנאשם שישכור את שירותיו של סנגור מטעמו, ואם אין ביכולתו לעשות כן, למנות לו סנגור מטעם הסנגוריה הציבורית, מכוח סעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, או לפי עילת מינוי אחרת שמתקיימת באותו עניין.¹²⁰ סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי קובע את הייצוג על ידי סנגור כתנאי לקיום הליך מקדמי, וכך גם הצעת חוק הסדר טיעון,¹²¹ ונראה כי אין מקום לחרוג מכך.

118 ראו ברק "על הגישור" **שערי משפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10. כפי שמציין השופט ברק, לא היינו רוצים כי הסכסוך בין העיתון "קול העם" לבין שר הפנים, יוכרע בגישור. באופן דומה בנושא הסדרי טיעון, סבר השופט א' לוי, בדעת מיעוט בפרשת קצב כי הסדר הטיעון שנערך עימו (ואשר בוטל על ידיו בהמשך), אינו ראוי, ויש להעדיף על פניו בירור ממצה של ההליך. ראו בג"ץ (5699/07 פלונית נ' היועמ"ש, פס' 60 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 26.2.2008)).

119 ראו "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 60.125 (התשע"א). מדובר בהנחיה אשר נוגעת לתיקים אזרחיים בלבד, אולם רציונל זה רלוונטי אף לתחום הפלילי.

120 ראו גם כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 757. מובן שגם ניהול הליך פלילי מלא ללא ייצוג, אינו בהכרח עדיף על ניהול גישור ללא ייצוג.

121 הצעת חוק הסדר טיעון, לעיל ה"ש 39.

לעומת זאת, אני סבור כי גם תיקים חמורים מתאימים לגישור. חומרת העבירה כשלעצמה, אין בה כדי למנוע את קיומו של הגישור, ובפועל אכן מתבצעים גישורים רבים בתיקים חמורים, לרבות בעבירת הרצח.¹²²

ד. יתרונותיו וחסרונותיו של הליך הגישור

1. יתרונות הליך הגישור

להליך הגישור עשויים להיות יתרונות הן ליעילות הדיונית והן לעשיית הצדק. המדיניות אשר תומכת בגישורים מבוססת על שיקולים מערכתיים, כגון יישוב סכסוכים יעיל יותר והקלת עומס התיקים של בתי המשפט, וכן על שיקולים הקשורים לאיכות פתרון הסכסוך. לדברי הנשיא ברק בטקס חתימתה של אמנת הגישור בעסקים בבית הנשיא ביום 14.3.2002:¹²³

“גישור עדיף על שיפוט, שכן ההכרעה בו היא הסכמית ולא כוחנית. הגישור לא בא לפתור את בעייתם של בתי המשפט. הגישור בא לפתור את בעייתיה של החברה. הוא פועל מחוץ לבתי המשפט, ובטרם יובא הסכסוך לבית המשפט. אך עם זאת, אין לכתוד כי לגישור חשיבות רבה בהורדת העומס מבתי המשפט. אין זו מטרתו, אך זו צריכה להיות תוצאתו.”

דברים אלה נאמרו אומנם בנוגע לגישור האזרחי, אך כוחם יפה בשינויים המחויבים אף לגישור הפלילי. לגישור הפלילי יתרונות רבים וברורים. היתרון המרכזי של השיטה הוא ביעילותה.¹²⁴ במקרים רבים הצדדים אינם מצליחים להידבר בינם לבין עצמם באופן אפקטיבי, ואין ביכולתם להגיע להסכמות. שופט ההוכחות בהליך הפלילי (במובחן מההליך האזרחי) אינו יכול להביע את דעתו באופן ממשי על התיק במהלך שמיעתו, מחשש שהדבר יוביל לפסילתו, אולם השופט המגשר רשאי לעשות כן, ובכך ביכולתו להביא את הצדדים להסכמה באופן שיססוך זמן שיפוטי רב אשר לעיתים יורד לטמיון בשמיעת הוכחות בתיקים אשר לעיתים תוצאתם ידועה מראש לכל בר בי רב.¹²⁵ השופט המגשר יכול לומר לצדדים, את אשר נמנע משופט ההוכחות לומר במהלך ניהול התיק, משל היה “אלטר אגו” של שופט ההוכחות.¹²⁶ מעורבותו של

122 לגישה שונה ראו זמיר “גישור בעניינים ציבוריים”, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 133.

123 רע”א 6828/04 מרטין נ’ פוליטנסקי, פס’ ה לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.9.2004). דברים אלה כמובן לא נאמרו בנוגע לגישור הפלילי.

124 נראה כי הציפייה המרכזית של מערכת המשפט היא כי הגישור הפלילי יביא לחיסכון בזמן שיפוטי ויקל על העומס בערכאות הדיוניות. ראו ע”פ 8417/13 פלוני, לעיל ה”ש 13, פס’ 5 לפסק דינו של השופט הנדל. ראו גם פרלמן “שופט מגשר?”, לעיל ה”ש 4, בעמ’ 372; Otis & Reiter, לעיל ה”ש 16, בעמ’ 362.

125 ואולם את יעילות שיטת הגישור הפלילי יש למדוד מבחינה אמפירית ביחס לשיטת הסדרי הטיעון (ללא גישור), ולא ביחס לניהול הליכי הוכחות מלאים. בחינה כאמור חורגת מגדרי רשימה זו.

126 בהקשר זה כמובן עדיף מצב שבו שופט הוכחות מפנה את הצדדים לגישור בפני מותב אחר, מאשר המצב הקיים ללא גישור, שבו לעיתים שופטי הוכחות מביעים את דעתם לגבי האופן

השופט בהליך מוסיפה ממד של אובייקטיביות, ודעה נטולת פניות, שיש בה כדי לנטרל את החשדנות הטבועה בין הצדדים היריבים ולתת להם הערכה מקצועית על מצבם.¹²⁷

יתרונות נוספים הם ערכיים, בכך שההליך מסתיים בדרך מוסכמת, באופן שבו הנאשם מקבל על עצמו את התוצאה, ולא בדרך של הכרעה כופה.¹²⁸ הגישור מאפשר שליטה רבה יותר של הצדדים על אופן סיום הסכסוך, באופן שעשוי להוביל לשביעות רצון רבה יותר של הצדדים,¹²⁹ ועולה בקנה אחד עם האוטונומיה של הפרט ועם כבוד האדם.¹³⁰ לעיתים ניתן להגיע בגישור לתוצאה הוגנת וצודקת יותר, שאינה בהכרח בינרית.¹³¹ הגישור מאפשר שימוש בפתרונות יצירתיים שאינם תמיד אפשריים או מתאימים בהליך פורמלי, כגון: הפקדת פיצוי משמעותי על ידי הנאשם עבור קורבן העבירה טרם הטיעונים לעונש; התנצלות של הנאשם; העלאת תרומה למטרה ציבורית ראויה חלף קנס (בפרט בתיקים שמסתיימים באי-הרשעה ובהם אין סמכות להטלת קנס); שינוי סעיף עבירה באופן שישפיע על תחולת מאסר על תנאי; מתן בדיקות שתן נקיות כתנאי לביטול כתב אישום בתיקי שימוש והחזקת סמים לצריכה עצמית; הסדרה של היבטים אזרחיים ומנהליים של הסכסוך במקרים של יחסים מתמשכים תוך מבט צופה פני עתיד (למשל, בתיקי איכות הסביבה, בתיקי תכנון ובנייה, בסכסוכי שכנים, בעבירות נלוות ליחסי עבודה ואף בעבירות במשפחה).¹³²

יתרונות נוספים לגישור הפלילי הם לתביעה ולאינטרס הציבורי. הגישור, אשר מוביל לסיום מהיר יותר של ההליכים, מאפשר תגובה עונשית מהירה ואפקטיבית, ויכולת של התביעה להתמודד עם מספר רב יותר של תיקים במשאבים נתונים. בעניין זה מוסכם כי הגשמת שיקולי הענישה ובפרט שיקול ההרתעה מחייבת תגובה עונשית מהירה, וככל שההליך המשפטי אורך זמן רב יותר, כך נחלשת האפקטיביות של הענישה. כל זאת בכפוף לכך שההקלה שלה זוכה הנאשם בהליך הגישור אינה כזו שיש בה כדי לפגוע באינטרס הציבורי. הליך הגישור מוביל אף לקבלת אחריות על ידי הנאשם, ויש בכך מסר ערכי חשוב מבחינת האינטרס הציבורי, ולעיתים אף מבחינת קורבן העבירה.¹³³ יתרון נוסף נוגע לחיסכון בהתייצבות של עדים.

לגישור הפלילי יתרונות גם לנאשמים. נאשמים אשר מודים באשמה זוכים הן לסיום מהיר ויעיל של ההליך והן להקלה מסוימת בעונש. יש להדגיש כי לסיום המהיר של ההליך חשיבות רבה בפרט בתיקים קלים באופן יחסי, ששם כדברי המלומד Malcolm Feeley, "ההליך הוא העונש", כלומר עצם ההליך המשפטי מהווה עבור הנאשם עונש, וזאת ללא קשר לעונש

הראוי לסיום ההליך, דבר אשר יוצר לחץ רב יותר על הנאשם. ראו כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 763.

127 שם, בעמ' 747.

128 זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 123.

129 פרלמן "שופט מגשר?" לעיל ה"ש 4, בעמ' 374.

130 זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 123.

131 כך למשל במקרה שבו ראייה הושגה בדרך פסולה, לכאורה הפתרון המשפטי הוא בינרי, כלומר קבלת הראייה או פסילתה. בהליך גישור, ניתן לשקלל את הסיכוי שהראייה תיפסל, במסגרת מכלול שיקולי הענישה.

132 זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 134.

133 ראו דו"ח ועדת דסקין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 14-15.

הפורמלי שיוטל על הנאשם בסופו של ההליך.¹³⁴ הליך הגישור מעניק לנאשם גם ודאות רבה יותר בקשר לתוצאת התיק, ולאור העובדה שבית המשפט אף מביע את דעתו, הנאשם יכול לצפות ברמת הסתברות גבוהה יותר, כיצד יסתיים התיק. כמו כן, הכרעת הדין וגזר הדין בעקבות הליך גישור הם על פי רוב לקוניים, וההליך מסתיים בדרך של החלטה תמציתית. כך קטנה הפגיעה בשמו הטוב של הנאשם, ובמקרים של מאסר בפועל עשוי הדבר לשפר את מצבו של הנאשם בוועדת השחרורים (לעומת גזר דין מנומק אשר כולל רטוריקה מחמירה).¹³⁵ זאת ועוד, משא ומתן להסדר טיעון, ללא מעורבות שיפוטית, אינו משא ומתן בין צדדים שווים, אלא התביעה אוחזת בכוח רב יותר, ולעיתים אף במידע רב יותר, מזה של הנאשם, אשר נמצא על פי רוב בעמדת נחיתות במשא ומתן.¹³⁶ שיטת הסדרי טיעון, ללא מעורבות שיפוטית, מעניקה כוח רב מאוד בידי התביעה, אשר שולטת בהסדר כחומר ביד היוצר – ברצותה תגמיש את עמדתה, וברצותה תסרב.¹³⁷ סבורני כי דווקא הליך של גישור בפני שופט, עשוי לאזן את כוח היתר של התביעה, ולחזק את מעמדו של בית המשפט, וזאת מפני שפעמים רבות התביעה מעדיפה שלא להיות לעומתית מידי לבית המשפט, שכן היא שחקנית חוזרת בהליך הפלילי. מכאן שמעורבות שיפוטית עשויה למתן מקרים של סירוב בלתי-סביר של התביעה להגיע להסכמה עם ההגנה. אומנם גם בהליך גישור, כמו בהסדר טיעון, נדרשת הסכמה של התביעה לכל הצעה להסדר, אולם מעורבותו הפעילה של בית המשפט בהליך מעניקה איזון לכוחה העדיף של התביעה במשא ומתן, ויש בהערות בית המשפט במסגרת ההליך, אם הן נופלות על אוזניים קשובות, כדי להשיב לבית המשפט חלק מן הכוח להשפיע על התוצאה.

הליך גישור עשוי להעניק יתרונות גם לנפגע העבירה אם מערכת המשפט תכיר במקומו בהליך, ותעניק לו "קול" ואפשרות לומר את דברו.¹³⁸ עם זאת, במובחן מגישור "פוגע-נפגע", הרי בגישור הפלילי בפני שופט, נפגע העבירה אינו צד להליך וטרם הוענק לו מקום ראוי.¹³⁹ בפרשת דזנשוילי מנה השופט חנן מלצר את השיקולים אשר תומכים בגישת ההתערבות.¹⁴⁰

- MALCOLM M. FEELEY, THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT (1992) 134
- מדובר כמובן ביתרון לנאשם, אך לאור עקרון פומביות הדיון, נראה כי יש בכך משום חיסרון לאינטרס הציבורי. 135
- יניב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 361–362. למחקר אמפירי מקיף בשאלה אם אכן התביעה היא בעלת כוח עדיף על ההגנה במסגרת המשא ומתן להסדר טיעון ראו אורן גול-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים פליליים – מחקר אמפירי" משפטים מד 835 (2015). 136
- הביקורת על שיקול דעת התביעה בהסכמתה להסדר טיעון היא על פי רוב מצומצמת מאוד (אם בכלל), באופן שמוחיר בידי התביעה שיקול דעת רחב מאוד בהחלטתה להסכים או לסרב להגיע להסדר טיעון כזה או אחר. 137
- בשלב זה, על פי ההלכה הפסוקה, אין נפגע העבירה רשאי להיות נוכח ולהביע את דברו בהליך הגישור. ראו ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13. 138
- להרחבה על היתרונות של נפגע העבירה בהליך גישור פוגע-נפגע ראו שטיינברג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 146–147. 139
- פרשת דזנשוילי, לעיל ה"ש 103, פס' 26 ואילך. ראו גם עמי קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט – מודים באשמה וטוענים לחפותם 95–98 (2009) (להלן: קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט). 140

שיקולים אלה מהווים אף את היתרונות שבגישור הפלילי. ראשית, התערבות שיפוטית בעריכת ההסדר יכולה ליצור שליטה על הדרך שבה הושגה הודאת הנאשם. הדבר יכול לסייע בהפחתת בעיית הרציונליות המוגבלת של הנאשם ובקבלת הודאות שווא. חלק מהחשש להודאות שווא נובע ממצב שבו הנאשם, הפועל בתנאי אי־ודאות, טועה בהערכתו לגבי העונש הצפוי לו אם יורשע.¹⁴¹ שנית, בהתערבות שיפוטית בעריכת ההסדר יש כדי לשוות אופי יותר פורמלי ואובייקטיבי למשא ומתן. בנוסף, הדבר עשוי להגביר את השקיפות והפומביות של ההליך לכריחת ההסדר בעיני הנאשם והציבור כולו. היא מסייעת גם לשופט, המחזיק בידע רב יותר על ההליך שלפניו, לחשוף אי־צדק או אי־שוויון שעשוי להיגרם לנאשם. היא מאפשרת לשופט לתרום למשא ומתן בין הצדדים בצורה מוסכמת. שלישית, במסגרת זו ניתן לקדם גם ביקורת שיפוטית פיקוחית־אקטיבית על שיקול דעתה של התביעה בעריכת ההסדר מחד גיסא, ועל ייצוג של הנאשם מאידך גיסא – בזמן אמת. בכך, בין היתר, ניתן לקדם גם שיקולי שוויון והגינות בהליך הפלילי.¹⁴² רביעית, התערבות שיפוטית עשויה להפחית מעוצמת הביקורת הציבורית על מוסד הסדרי הטיעון בחברה ולקדם את אמון הציבור במשפט הפלילי, ויש בכך כדי להגביר את מעמדו של השופט כשולט בהליך הפלילי. חמישית, משיקולי יעילות: הצעה של שופט לנאשם עשויה לזכות באמון רב יותר מהצעה הבאה מצד התביעה בשל אופיו הניטרלי והאובייקטיבי של השופט ומתוקף מעמדו הציבורי ובכך לקדם ניהול יעיל ומהיר יותר של המשפט. עמדת השופט עשויה לקבל יחס של כבוד מהצדדים. יש לציין כי גישות של התערבות שיפוטית בהסדרי טיעון, בדומה להליך הגישור הפלילי, מקובלות אף בשיטות משפט אחרות.¹⁴³

השיקולים אשר תומכים במעורבות שיפוטית בהגעה להסדר טיעון נובעים מתוקף מעמדו של השופט כגורם אובייקטיבי וניטרלי, המשמש מגשר בין הצדדים. ככזה, הצעתו של השופט לנאשם תזכה לאמון רב יותר משתזכה אותה הצעה שתבוא מצד התביעה.¹⁴⁴ כמו כן, מעורבותו של השופט מבטיחה את הגינות ההסכם ותורמת לשקיפות ההליך. בדרך זו יש לשופט שליטה על הדרך שבה מושגת הודאת הנאשם. מעורבות שיפוטית פעילה מסירה גם את חוסר הודאות הקיים בשל חוסר מחויבותו של השופט להסדר שבין הצדדים.¹⁴⁵ כאשר השופט

141 לחשש מפני הודאת שווא רציונלית ועל בעיית הרציונליות המוגבלת ראו עמי קובו "הודעת שווא רציונלית" הסניגור 54, 3 (2001); קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 68.

142 באופן דומה מציין השופט הנדל כי דווקא הגישור הפלילי – שמנוהל על ידי שופט – מוסיף לאמינות התוצאה על ידי מעורבות של גורם מקצועי מאוד ואובייקטיבי. ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

143 פרשת דזשוילי, לעיל ה"ש 103, פס' 27; קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 98–103.

144 ואכן, קיימים מקרים שבהם הסנגור מבקש גישור בפני שופט, רק כדי שהנאשם ישמע מהשופט את ההצעה שממילא התביעה הסכימה לה, ושהסנגור סבור שהיא הצעה ראויה. כלומר גישורים אלה נועדו, מבחינת הסנגור, לגשר על חילוקי הדעות בינו לבין הנאשם, ולא בינו לבין התביעה.

145 כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 749.

הוא חלק מהמשא ומתן, פוחתת האפשרות שהסדר הטיעון יידחה על ידי בית המשפט.¹⁴⁶ גם מבחינת האינטרס הציבורי, יש יתרון למעורבות השופט בכך שהשופט לא יציע ולא ייתן ידו להסדר אשר לדעתו פוגע באינטרס הציבורי.¹⁴⁷ יש לציין כי הן הסנגורים והן התובעים מוצאים תועלת רבה בהליך הגישור, שאלמלא כן לא היו מסכימים להמשיך להשתתף בו, פעם אחר פעם – דבר אשר מעיד על כך שבעיניהם יתרונותיו של הליך זה עולים על חסרונותיו.¹⁴⁸ עם זאת, כפי שיובהר להלן, הליך הגישור אינו חף מחסרונות.

2. חסרונות הליך הגישור

על אף היתרונות הרבים של הליך הגישור, ניתן למצוא בו לא מעט חסרונות. חסרונות הגישור הפלילי כוללים את כל החסרונות אשר מיוחסים לשיטת הסדרי הטיעון, וייתכן שאף ביתר שאת.¹⁴⁹ חיסרון ראשון ומרכזי של הליך הגישור הוא בחשש המשמעותי מפני לחץ על נאשמים להודות באשמה וחשש מפני הודאות שווא באשמה.¹⁵⁰ לכאורה, השופט המגשר, כמו כל מגשר, נעדר כוח לכפות הסכם או להכריע בסכסוך, ומכאן ניתן היה להסיק שאין ביכולתו להפעיל לחץ על הצדדים. ברם, בפועל קיים פער בין תפיסה אידיאלית זו, לבין המציאות בפועל, וביכולתו של השופט המגשר להפעיל לחץ משמעותי על הצדדים לקבל את הצעתו.¹⁵¹ השופט המגשר פטור לכאורה מהחשש שיתבקש לפסול את עצמו אם יביע את דעתו בקשר לתיק, וזאת משום שממילא אינו השופט שדן בתיק, ואם לא יעלה הגישור יפה, ממילא התיק ימשך כסדרו לפני שופט ההוכחות. הפסיקה מכירה בכך שהשופט המגשר אמור לגלות מעורבות גבוהה כדי להביא להשגתו של הסדר טיעון,¹⁵² ומכאן שמעורבות כזו אינה יכולה להביא לפסלות

146 האפשרות של דחיית ההסדר קיימת, הלכה למעשה, רק כאשר מותב אחר גוזר את הדין. קשה להעלות על הדעת תרחיש שבו שופט ידחה הסדר שהוא עצמו הציע.

147 כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 749. זאת, במובחן משיטת הסדרי הטיעון שבה ניצב בית המשפט בפני הסדר טיעון מוגמר, אשר רק במקרים חריגים ביכולתו של בית המשפט לדחות. לעניין השיקולים לדחיית הסדר טיעון ראו ע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 16–19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש. לעניין הקושי אשר עלול להיווצר בשל הסדר טיעון שנכרת ללא מעורבות של בית המשפט בגיבושו (וללא התחשבות בעמדת נפגע העבירה בגיבוש ההסדר), ראו בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 19.9.2012).

148 ואולם, העובדה שכל ה"שחקנים" המשפטיים תומכים במצב דברים מסוים, אינה מעידה בהכרח על כך שמדובר בהליך ראוי אשר מקדם את עשיית הצדק.

149 Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 609–610.

150 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 392–404. ראו גם יניב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 367.

151 עומר שפירא "פרדוקס הכוח בגישור – עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור" קריית המשפט ו 371, 380 (2006) (להלן: שפירא "פרדוקס הכוח בגישור"). שפירא עומד במאמרו על החשש מהפעלת כוח מופרז על ידי מגשר שאינו שופט, בהליך מחוץ לבית המשפט. דברים אלה נכונים מקל וחומר לגבי מגשר שופט.

152 פרשת עווידה, לעיל ה"ש 32, בפס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס.

שופט.¹⁵³ "חסינות" זו מפני טענת פסלות, עלולה להוביל, במקרים מסוימים, להפעלת לחץ על נאשמים להודות באשמה מתוך ניסיון להביא את הצדדים לידי הסדר טיעון. יש לזכור כי הצדדים נוטים לייחס לבית המשפט מכובדות, מקצועיות רבה ואובייקטיביות, ובשל כך דברים שאומר השופט לנאשם הם בעלי השפעה רבה מאוד. אף כאשר דברי השופט נאמרים במתינות, השפעתם על הנאשם היא משמעותית באופן ניכר מאותם דברים (ואף מדברים נחרצים בהרבה) אשר נאמרים לנאשם על ידי בא-כוחו או על ידי התובע.¹⁵⁴ בהקשר זה מן הראוי להביא דברים שנאמרו על ידי שופט בריאיון שהתקיים עימו בהקשר של הסדרי טיעון (ולא גישור), ואולם הדברים נכונים מקל וחומר בהליכי גישור:¹⁵⁵

"ש: כמה אתה מוכן להפעיל לחץ על הנאשם באמצעות הסניגור כדי שיוודה?

השופט: ...אני מפעיל מידה מסוימת של לחץ, כי גם בזה אני רואה אינדיקציה אמיתית לחפות. באיזו מידה יעמוד הנאשם בלחץ. אם הוא עומד בלחץ, סימן שהוא באמת [חף מפשע – ע.ק.]. אני גם עוקב אחרי התגובות שלהם.

ש: אבל אתה אומר שרובם לא עומדים בלחץ.

השופט: כולם. כולם לא עומדים בלחץ."

לפיכך, יש להקפיד כי השופט המגשר לא יפעיל לחץ על הצדדים, ובפרט שלא יפעיל לחץ על נאשם להודות באשמה.

בעניין זה, מובן כי השופט המגשר יכול ואף צריך להביע דעה בנוגע לתיק, וזאת במובחן משופט הוכחות, שהרי לצורך זה נועד ההליך. השאלה המרכזית נוגעת למידת ההתערבות הראויה של בית המשפט, ואימתי הבעת דעה מצד השופט הופכת ללחץ על הצדדים, ובפרט על הנאשם.¹⁵⁶ לפיכך, נדרשת מבית המשפט הקפדה יתרה על הכלל שלפיו ההחלטה אם להודות באשמה או לכפור היא החלטה של הנאשם, וחלילה לבית המשפט שיגרום לכך שהודאת הנאשם באשמה לא תהא חופשית ומרצון.¹⁵⁷ השופט המגשר רשאי להביע דעה בגדר "אקטיביזם מידתי". בית המשפט נדרש להקפיד שדעתו תישמע במתינות ובזהירות ולא בנחרצות, ומתוך הבנה שדברים הנאמרים מפי השופט עלולים ליצור אצל הנאשם לחץ להודות

153 זאת, בניגוד לשופט ההוכחות, אשר מעורבות יתר שלו במשא ומתן בין הצדדים, וחשיפתו לפרטי המשא ומתן עלולה להוביל לפסילתו מלהוסיף ולדון בתיק. ראו ע"פ 4492/02 שטייק, לעיל ה"ש 74, בפס' 7-9 יש רק שופט/ת אחד/ת? כמו כן, מעורבות יתר של שופט ההוכחות בגיבוש הסדר הטיעון, עלולה להוביל לכך שתתקבל תלונה על השופט על ידי נציב תלונות הציבור על השופטים.

154 ראו גם Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 606.

155 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 393.

156 ראו דו"ח ועדת דסקין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 19.

157 יודגש כי אף שבהליך הגישור הפרוטוקול אינו מלא, הרי אם הנאשם בוחר להודות באשמה במסגרת ההליך, שלב ההודאה באשמה, לרבות הצגת הסדר הטיעון והקראת כתב האישום, צריך להיות מתועד באופן מלא בפרוטוקול, וזאת כדי לוודא כי הנאשם מבין את הסדר הטיעון ואת כתב האישום המתוקן, ומודה באמור בו.

באשמה. על השופט לוודא כי הנאשם מבין שהחלטה אם להודות באשמה אם לא, היא החלטתו שלו, וזו בחירתו.¹⁵⁸ בהקשר זה יש לזכור כי לבית המשפט יש עניין בהצלחתם של הליכי הגישור,¹⁵⁹ שהרי הצלחת הגישור היא הצלחתו, ויש בה כדי לחסוך לבית המשפט זמן שיפוטי רב אשר אלמלא כן יושקע בניהול התיק. מכאן שמוטלת על בית המשפט חובת זהירות מוגברת שלא לנצל את כוחו לרעה, פן העניין שבהצלחת הגישור יגבר בשגגה על הצורך לשמור על האוטונומיה של הצדדים בהחלטתם ועל תקינות ההליך.

חיסרון נוסף להליך הגישור טמון בחשש שבשם היעילות והרצון לסיים תיקים ייפגע ערך עשיית הצדק, והאינטרס הציבורי בהרשעת אשמים, ובמיצוי הדין עימם. הסדר טיעון מקל במיוחד שהוא תוצאה של הליך גישור שצלח, עלול לפגוע בשיקולי הענישה השונים, לרבות ההלימה, ההגנה על שלום הציבור, הרתעת היחיד והרתעת הרבים, ועלול להעביר מסר שגוי לציבור.¹⁶⁰ בהליך הגישור נראה כי חשש זה עשוי להיות חמור יותר מאשר בשיטת הסדרי הטיעון, משום שבהליך הגישור עלול להתווסף רכיב לחץ מצד בית המשפט על התביעה "להגמיש" את עמדתה העונשית כדי לסיים את התיק. קיים חשש שהתביעה, בשל יחס הכבוד שלה לבית המשפט, תקבל את הצעתו ותסכים להתפשר, אף אם יש בכך כדי לפגוע באינטרס הציבורי ובעשיית הצדק. לכן על השופט המגשר לשמור על איזון ראוי בין האינטרס הציבורי שבהליך הפלילי לבין השאיפה לסיים את התיק.¹⁶¹ משום כך הצלחת הגישור אינה נמדדת רק בכך שהצדדים יגיעו להסדר טיעון והתיק יסתיים, אלא גם בתוכנו של ההסדר. על כן שיעור התיקים שבהם הצדדים הגיעו להסדר טיעון בעקבות גישור אינו יכול להוות מדד יחיד להצלחת ההליך.

בהקשר זה קיים חשש מפני "מדרון חלקלק" שבו כל הצעה של התביעה להסדר טיעון, אשר תיתקל בהתנגדות של ההגנה, תוביל בהכרח להצעה מקלה יותר של השופט המגשר. שהרי, תנאי מקדים לקיומו של הגישור הוא, ככלל, משא ומתן קודם בין הצדדים, ודרך מקובלת של שופט מגשר להביא את הצדדים לפתרון היא להציע הצעה מקלה יותר מזו שהציעה התביעה (וזאת חלף הצעת פתרונות יצירתיים לסיום הסכסוך). לפיכך, להגנה קיים לכאורה אינטרס לסרב לכל הצעה של התביעה, כדי להגיע לגישור ושם לקבל הצעה נוחה יותר מבית המשפט. משכך הדבר, קיים חשש שהתביעה, כאשר היא מציעה להגנה הצעה במסגרת המשא ומתן, תציע מראש רף גבוה יותר של הסדר, באופן שיהיה לה "מרווח תמרון" לקבל הצעה מקלה יותר של בית המשפט בהליך הגישור, וכך התביעה תעלה את הרף באופן מלאכותי, ובסופו של דבר הליך הגישור יביא לאותה תוצאה שאליה היו מגיעים הצדדים במשא ומתן ישיר ביניהם, תוך השקעת משאבי שיפוט מיותרים. נראה כי הפתרון לחשש זה הוא בכך שבמקרים שבהם הצעת התביעה להסדר היא מלכתחילה מאוזנת וסבירה, בית

158 ראו דו"ח ועדת דסקין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 30.

159 בע"מ 8769/08 פלוני, לעיל ה"ש 90, בפס' יא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

160 שטיינברג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 157–160. על ההבחנה בין שיקולי הענישה השונים והיחס הראוי ביניהם ראו עמי קובו "מבחן הולם למערכת המשפט" עורך הדין 22, 76 (2014).

161 נוהל מחוזי להליכי גישור בתיקים פליליים, לעיל ה"ש 48, בעמ' 3. ראו גם כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 749.

המשפט לא יציע הצעה מקלה יותר, אלא יביע את דעתו שהצעת התביעה היא ראויה, וזאת אף "במחיר" של כישלון הגישור.

חשש נוסף טמון בהיעדר בירור עובדתי מלא, וחשש לסטייה מגילוי האמת.¹⁶² הליך הגישור, כמו גם משא ומתן להסדר טיעון, מאפשר בירור חלקי בלבד של העובדות, תוך הסתמכות על גרסאות העדים בחקירת המשטרה, ומבלי שהעדויות נשמעו ועברו את כור ההיתוך של החקירה הנגדית. בשל כך, קיים חשש שבירור חלקי זה יוביל לשגיאות בבירור העובדות, ולהגעה של הצדדים להסדר טיעון על בסיס מסד עובדתי שגוי. שגיאה זו עלולה לגרום עיוות דין הן לנאשם והן לאינטרס הציבורי.¹⁶³ בפרשת אמסלם מתח השופט יורם דנציגר ביקורת משמעותית על הליך המוקד:¹⁶⁴

"מן הראוי שהמופקדים על 'ימי המוקד' [...] יתנו דעתם על החובה להבטיח לכל נאשם הליך משפטי הוגן וייצוג הולם. בפרט מכוונים דבריי לצורך לאפשר לנאשם תנאים פסיים הולמים להיפגש עם סנגורו (במובן של מקום מפגש ראוי) ואת הזמן הסביר הדרוש לו להתייעץ עם סנגורו, שבמהלכו יתאפשר לו: ללמוד, בסיועו של סנגורו, את כתב האישום שהוגש נגדו; להציג בפני הסנגור את גרסתו ואת טענותיו באשר לארועים נשוא כתב האישום; להבין את משמעות העבירות המיוחסות לו, את חומר הראיות הקיים בעניינו ואת העונש שעשוי להיגזר עליו היה ויורשע בדין; ללמוד מסנגורו את פרטי הסדר הטיעון (ככל שהוצע כזה) ואת משמעותו וכן את העובדה שבית המשפט אינו כפוף להסדר הטיעון ואינו מחוייב לכבדו".

נדמה כי מרבית ביקורתו של בית המשפט העליון על שיטת ימי המוקד אינה רלוונטית לשיטת הגישור הפלילי. דווקא הגישור, בניגוד למוקד, אינו נערך בתחילת התיק, כאשר הנאשם רק פוגש את סנגורו כמה דקות קודם לכן במסדרונות בית המשפט ומבלי שלבא-כוחו הייתה שהות מספקת להתעמק בחומר הראיות, ומבלי שניתנה לנאשם שהות לקבל החלטה מושכלת לאחר שהבין את מלוא משמעותו של ההליך שכדברי השופט דנציגר, נמשך דקות ספורות בלבד. הליך הגישור מתקיים על פי רוב בשלב מתקדם יותר של ההליך, לאחר שבא-כוח הנאשם נפגש עם הנאשם, עיין בחומר הראיות, ואף נפגש עם המאשימה, ולאחר שלא עלה בידם להגיע להסדר טיעון, ובמסגרת ישיבה נפרדת שנקבעה לכך. עם זאת, גם במסגרת הליך הגישור, מן הראוי לתת את הדעת להערות בית המשפט העליון בפרשת אמסלם, ובהקשר זה מן הראוי להתייחס אף לדברי השופט אליעזר ריבלין:¹⁶⁵

162 בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועמ"ש, פס' 60 לפסק דינו של השופט א' לוי (פורסם בנבו, 26.2.2008); עמנואל גרוס "עסקות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251, 256 (1993).

163 Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984).

164 רע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל, פס' ב לפסק דינו של השופט דנציגר (30.3.2009).

165 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

”הרשעה על בסיס הסדר טיעון צריכה להיעשות, תמיד, לאחר שבית המשפט מוודא היטב כי הודיית הנאשם מבוססת על הבנתו המלאה של משמעויות ההסדר, וכי היא נמסרה מרצון חופשי ובידיעתו של הנאשם כי בית-המשפט אינו מחויב בקבלת ההסדר, תוך הבנת התוצאות המשתמעות מכך”.

לפיכך, יש להבטיח שגם הליך הגישור ימלא אחר התנאים האמורים, ובפרט יש להקפיד על כך שהנאשם יבין את משמעות העבירות המיוחסות לו, את חומר הראיות הקיים בעניינו ואת העונש שעשוי להיגזר עליו אם יורשע בדיון, את פרטי הסדר הטיעון שהוצע ואת משמעותו.¹⁶⁶ כמו כן, אם צד לגישור, ובפרט הנאשם, מבקש שהות לשקול את ההצעה אשר הונחה לפתחו, יש לאפשר לו שהות סבירה לעשות כן, וזאת כדי למנוע מצב של חרטה על ההסכמה האמורה.¹⁶⁷

חשש מסוים מהליך הגישור הפלילי נוגע למראית פני הצדק ולחשש לזילות ההליך. מעורבותו של בית המשפט במשא ומתן שבין הצדדים להסדר הטיעון עלולה להתפרש כפגיעה במעמדו של בית המשפט ובריחוק המצופה ממנו מ”ירידה” לזירת ההתדיינות.¹⁶⁸ חשש נוסף נוגע להיעדר הבנה של נאשמים את הליך הגישור. הליך הגישור הוא חריג לנוף ההליכים המשפטיים, ובשונה מההליכים המשפטיים המקובלים, לבית המשפט אין בו סמכות הכרעה. העובדה שלשופט בהליך אין סמכות לפסוק היא ללא ספק חריגה, וקיים חשש שנאשם אשר לא הובהרה לו עד תום המסגרת הדיונית, יחשוש שהשופט אשר בפניו הוא ניצב הוא בעל סמכות הכרעה. מכאן שבמצבים שבהם השופט המגשר מביע את דעתו בנוגע לאופן המוצע לסיום התיק, קיים חשש שהנאשם יראה את ההצעה כמחייבת מבחינתו, ולא יבין באופן ראוי שביכולתו לסרב להצעה, מבלי שיהיה בכך כדי לפגוע בו בהמשך ההליך. לפיכך, בפתח הליך הגישור, נדרש בית המשפט להסביר לנאשם ישירות את מהותו של הליך הגישור, בדגש על כך שהנאשם, כמו גם התביעה, אינו חייב לקבל שום הצעה שתוצע בהליך זה, וכי כל דבר שייאמר בהליך הגישור לא יועבר לידיעת שופט ההוכחות. כמו כן, בטרם קבלת הודאת הנאשם, על השופט לוודא כי הנאשם מבין את פרטי הסדר הטיעון, ואת עובדות כתב האישום המתוקן. על בית המשפט אף לוודא כי קיים בסיס עובדתי להרשעה.¹⁶⁹

חיסרון נוסף טמון בחשש מפני מדיניות מרחיבה של הגשת כתבי אישום, כאשר ידיעת התביעה שמעורבות שיפוטית עשויה להוביל לפתרון של פשרה, עלולה להוביל אותה להגשה רבה יותר של כתבי אישום גם בתיקים גבוליים (אשר ללא ניהול הוכחות צפויים להסתיים

166 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה”ש 140, בעמ’ 448–454. מן הראוי שההסברים לנאשם יתועדו בפרוטוקול באופן שניתן יהיה לברר בדיעבד את סוגיית ההבנה, ככל שתעלה טענה בנושא. ראו ע”פ 1924/11 פלוני, לעיל ה”ש 14, בפס’ 13.

167 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה”ש 140, בעמ’ 349; יניב, לעיל ה”ש 71, בעמ’ 371.

168 למשל כאשר השופט מציע הצעה ולאחר מכן משנה אותה, בעקבות התנגדות אחד הצדדים, באופן אשר נראה כי מתנהל משא ומתן של מקח וממכר בין השופט לבין הצדדים.

169 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה”ש 140, בעמ’ 452; יניב, לעיל ה”ש 71, בעמ’ 372.

בזיכוי), והאשמת יתר בדרך של החמרת כתבי האישום (overcharging), כדי להגיע להסדר טיעון בהמשך.¹⁷⁰ עם זאת, חיסרון זה קיים בשיטת הסדרי הטיעון בכללותה, ואינו מאפיין דווקא את הגישור הפלילי.

בפרשת דזנשוילי מנה השופט חנן מלצר את השיקולים אשר תומכים בגישת הריסון.¹⁷¹ שיקולים אלה, בחלקם, מהווים אף את החסרונות שבגישור הפלילי, כמו למשל החשש שהתערבות שיפוטית בעריכת ההסדר עלולה להיות בעלת אופי כופה על הנאשם ועלולה לשלול את רצונו החופשי. זהו החשש המרכזי נגד גישת המעורבות השיפוטית, והוא מבוסס על שיקולי הגינות וחשש מפני הודאות שווא. כך גם מעורבות שיפוטית בעריכת ההסדר אינה עומדת בקנה אחד עם תפקידו המסורתי של השופט בשיטה האדברסרית כגורם אובייקטיבי. התערבות בהסדר עלולה לפגוע במהות תפקידו של השופט כפוסק ניטרלי בין הצדדים, תוך פגיעה ביכולתו לבחון את ההסדר שאליו הגיעו הצדדים במבט מרוחק וחיצוני.

חיסרון נוסף לאינטרס הציבורי טמון בכך שהכרעות הדין וגזרי הדין בעקבות הליך הגישור הם על פי רוב לקוניים וההליך מסתיים בדרך של החלטה תמציתית, אשר אין בה הכוונת התנהגות, ואף לא עמדה ערכית מנומקת של בית המשפט בסוגיות הנדונות. מדובר אומנם ביתרון לנאשם, אך לעיתים האינטרס הציבורי יוצא נפגע מכך. בסיכומו של דבר, על בית המשפט ועל הצדדים לזכור שלא סיום ההליך הוא העיקר, אלא הבטחת ההליך התקין והראוי.¹⁷²

ה. השחקנים בהליך הגישור

1. זהות המגשר – האם בהכרח שופט?

אחד המאפיינים אשר מבדילים בין הגישור הפלילי לגישור האזרחי הוא זהות המגשר. גישורים אזרחיים מתבצעים במקרים רבים על ידי עורכי דין או שופטים בדימוס, אולם הגישורים הפליליים מתבצעים, ככלל, על ידי שופטים מכהנים. בע"פ 8417/13 פלוני מצוין השופט הנדל כי המגשר הפלילי הוא על פי רוב שופט מכהן או שופט בדימוס.¹⁷³ הועלו בעבר הצעות לאפשר הוצאת תיקים לגישור פלילי מחוץ למערכת המשפט,¹⁷⁴ ואולם למיטב ידיעתי עד היום

170 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 161–164; יניב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 368.

171 פרשת דזנשוילי, לעיל ה"ש 103, פס' 26 ואילך.

172 יניב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 368.

173 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, בפס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל. באופן דומה באיידהו, ארצות-הברית, הכללים בדבר העברת תיקים לגישור פלילי קובעים כי ניתן להעביר תיק לגישור פלילי בפני שופט מכהן או שופט בדימוס (senior or sitting judges), והתשלום לשופט בדימוס יהיה מתקציב בתי המשפט. ראו כללי הגישור הפלילי באיידהו, לעיל ה"ש 95.

174 זמיר "גישור בעניינים ציבוריים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 132–133.

כמעט שלא בוצעו גישורים פליליים על ידי מגשרים שאינם שופטים, כגון עורכי דין.¹⁷⁵ נשאלת השאלה מדוע כך התפתחה התופעה, והאם קיימת אפשרות מעשית לנהל הליכי גישור בפני מגשר שאינו שופט מכהן. נראה כי ההתפתחות ההיסטורית של הליך הגישור, שבה הלכה למעשה ניסו בתי המשפט בדרכים יצירתיות לייעל את הדיונים ולייתר הליכי הוכחות ממושכים, הובילה לכך שהליכי הגישור מתנהלים רק בפני שופטים מכהנים. היוזמה הראשונית לקיומם של הליכי הגישור היא של בתי המשפט, ומכאן שהמגשרים הם השופטים, באופן דומה לדרך התפתחות ימי המוקד. כמו כן, הצדדים נוטים להסכים ולבכר גישור בפני שופט, הואיל והם מייחסים לשופטים כישורים של ניטרליות, מקצועיות, בקיאות, יושרה ומזג שיפוטי אשר מתאימים למגשר.¹⁷⁶

השיקולים המרכזיים אשר יש להניח שמנעו עד עתה קיום גישורים שלא בפני שופטים הם תודעתיים, לוגיסטיים, כלכליים ותועלתניים. ראשית, הפניית התיק לגישור חיצוני למערכת המשפט, עלולה להתפרש כ"הפרטת הצדק", באופן שאינו מתיישב עם תפיסות יסוד של התחום הפלילי.¹⁷⁷ שנית, כאשר נאשם עצור עד תום ההליכים, ממילא לא ניתן לקיים גישור בנוכחותו במשרד עורכי דין, כפי שמקובל בגישורים אזרחיים. שלישית, הסדרת התשלום למגשר פרטי, שאינו שופט, אינה פשוטה לתביעה, אשר אינה מורגלת בתשלום שכר טרחה לגורם כלשהו בהליך הפלילי, אם כי בהליכים אזרחיים מדינת ישראל מתייצבת לגישורים ואין בשיקולים הכלכליים כדי למנוע זאת. תשלום למגשר גם אינו מוסדר מבחינת הסנגוריה הציבורית. לעומת זאת, ניהול גישור בפני שופט מכהן או שופט עמית, אינו כרוך בעלויות מבחינת הצדדים.¹⁷⁸ רביעית, בגישור בפני שופט מכהן הסיכוי שבית המשפט יסטה מן ההסדר נמוך בהרבה,¹⁷⁹ ולכן הצדדים מעדיפים אפשרות זו.

בנסיבות אלה, נראה שבשלב הבא של ההתפתחות, ייערכו אף גישורים על ידי שופטים עמיתים, קרי: שופטים בדימוס אשר פרשו מכס המשפט, ומוסיפים לכהן כשופטים עמיתים ולשמוע תיקים במשרה מלאה או חלקית (ובלבד שאינם משמשים כעורכי דין פעילים).¹⁸⁰ העברת גישורים לשופטים עמיתים מאיינת את הקשיים המתוארים לעיל. שופטים עמיתים אומנם אינם שופטים מכהנים, אך העברת גישורים אליהם לא תיתקל בקשיים כלכליים, הואיל והם מקבלים את שכרם מהנהלת בתי המשפט, ואף לא תיתקל בקשיים אתיים ולוגיסטיים או בהתנגדות של הצדדים. העברת התיק לגישור בפני שופט עמית אף לא תיתפס כ"הפרטת הצדק".

175 חריג לכך ניתן למצוא במאמרו של דב גלבוע "הליך גישור פלילי – חלופה למשפט הפלילי" אתר לשכת עורכי הדין 7.2.2005, www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=17980&catId=287 שבו מתאר המחבר כי הציע את עצמו כמגשר בהתנדבות בשני תיקים בבית משפט השלום באשקלון, ובהמשך לכך, מונה על ידי השופטים לגשר, וביצע את הגישורים בהצלחה.

176 Otis & Reiter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 365.

177 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 393.

178 Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 587; Otis & Reiter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 366.

179 ע"פ 1454/15 פלוני, לעיל ה"ש 115, בפס' 22.

180 ראו ס' 10 לחוק בתי המשפט.

2. תפקיד השופט המגשר וכישוריו

הגישה הפלילי משנה את תפקידו של השופט, ומחייב מעבר מגישה של שופט "אדברסרי-קלאסי" לגישה "גישורית" במהותה. גישת השופט ה"קלאסי" בהליך האדברסרי היא פוזיטיביסטית, פורמליסטית, ופסיבית, ולעומתה, גישת השופט המגשר היא ריאליסטית, יצירתית, ואקטיבית.¹⁸¹

כך, למשל, גישה שיפוטית פוזיטיביסטית למשפט הפלילי נוטה על פי רוב לייחס לעבירות רטוריקה מחמירה, ואילו גישה ריאליסטית עשויה למקם עבירות מסוימות ברף נמוך של חומרה ללא צורך ברטוריקה מחמירה. בגישה האדברסרית השופט הוא פסיבי ברובו של ההליך, ועל אף היותו מנהל ההליך, הוא ממעט להביע את דעתו עד לשלב ההכרעה.¹⁸² לעומת זאת, השופט המגשר רשאי להביע את דעתו ולכוון את הצדדים לפתרון מוסכם. השופט המגשר יכול להציע פתרונות יצירתיים להליך, גם כאלה שאינם מקובלים ואינם חלק מדרכי הענישה המקובלות.

השופט המגשר נדרש לכישורים מתחום האינטליגנציה הרגשית, לא פחות מאשר האינטליגנציה האנליטית. עליו לדעת להקשיב, והצדדים צריכים להשתכנע שהוא אכן מקשיב להם ומתייחס ברצינות הראויה לטענותיהם. עליו להכיל את טענותיהם ולא לדחותן בתקיפות (ובוודאי לא בהתנשאות או בזלזול). עליו לראות את ההיגיון והטעם שבטיעונו כל צד, לגלות אמפטיה,¹⁸³ ולתת משקל לאינטרסים ולצרכים של כל אחד מן הצדדים. השופט המגשר נדרש לכישורי משא ומתן וישוב סכסוכים, לא פחות מאשר כישורי החלטה. השופט המגשר צריך לרכוש את אמונם של הצדדים,¹⁸⁴ ולגלות יכולת לנהל דיאלוג אפקטיבי עימם.¹⁸⁵ במקרים רבים, היעדר תקשורת אפקטיבית ישירה בין הצדדים מונע מהם להגיע להסכמות, וכל שנדרש מהשופט המגשר הוא לסייע לצדדים לקיים שיח אפקטיבי ולהקשיב זה לעמדתו של רעהו. במקרים רבים השאלה אם הצעת השופט המגשר תתקבל על ידי הצדדים או תידחה אינה תלויה רק בתוכן ההצעה עצמה, אלא גם ובעיקר בדרך אשר בה הלכו הצדדים עד שהגיעו לאותה הצעה. כך, למשל, שופט מגשר אשר ייכנס לאולם הדיונים להליך גישור, ומיד בפתח הדיון, בטרם ניתנה אפשרות למי מהצדדים להציג את עמדתו, יציג בפני הצדדים את הצעתו לסיום התיק, יש להניח שהצעתו תידחה על ידי הצדדים. לעומת זאת, לעיתים אותה הצעה ממש עשויה להתקבל על ידי הצדדים, אם השופט יציג אותה בפניהם לאחר שישמע בקשב רב את טיעונו הצדדים ולאחר מהלכים אשר יובילו לקירוב עמדות הצדדים.

שיח הגישור בפני השופט המגשר כולל על פי רוב גם הערכת סיכויים וסיכונים שבהמשך ניהול ההליך, כאשר השופט המגשר משתמש בניסונו ובמקצועיותו כדי להעניק לצדדים

181 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 371.

182 יצוין כי אף בהליכים הרגילים נדמה כי המודל של "השופט האדברסרי הקלאסי" כבר אינו משקף באופן מלא את המציאות כהווייתה.

183 אמפטיה כמובן של הבנת נקודת מבטו של הדובר, שאין בה משום הזדהות או קבלה של עמדתו (שם, בעמ' 386).

184 זמיר "החיסיון בין מגשר לבין הצדדים לסכסוך", לעיל ה"ש 46, בעמ' 48.

185 פרלמן יישוב סכסוכים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 190.

הערכה ריאליסטית וכנה בנוגע לעוצמת הראיות, להסתברות ההרשעה ולעונשים הצפויים.¹⁸⁶ זאת, לצד שיקולי הוגנות וצדק. בשל כך, השופט צריך להיות בגדר אוטוריטה בתחום המשפטי, כדי שהצדדים ייחסו משקל רב להצעותיו. ואכן, במקרים רבים אחד הצדדים מבקש הליך גישור משום שהוא סבור שהצד שכנגד אינו מעריך נכון את סיכויו במשפט. סנגורים מבקשים הליך של גישור פלילי כאשר הם סבורים שעמדת התביעה במשא ומתן אינה סבירה, וכדי שהשופט המגשר יביע את דעתו באופן שיוביל את התביעה לקבל עמדה סבירה יותר לטעמם.¹⁸⁷ מצידו השני של המטבע, במקרים אחרים תובעים מבקשים הליך גישור, כאשר הם סבורים שהערכת הסנגור או הנאשם את הסיכויים והסיכונים בתיק אינה סבירה, ומבקשים שההגנה תשמע את הדברים מפי השופט.¹⁸⁸

מהשופט המגשר נדרשת, בין היתר, יכולת הקשבה פעילה: שמיעת דברי האחר בניסיון כן להבין את נקודת מבטו ולהגיב באופן שמקדם את השיח לדיאלוג פורה שיניב פתרון. עיבוד המבטא הבנה של הרעיון או הרגש שהובעו, לא על ידי חזרה מילולית גרידא, אלא על ידי הגדרתם מחדש, לרבות תוך הצבעה על האינטרס או הצורך שהם משקפים.¹⁸⁹ עוד נדרש השופט המגשר "להשתחרר" מנטייתו הטבעית להכריע בסכסוך, וזאת כדי לאפשר הקשבה אפקטיבית.

בסיכומו של דבר, על השופט המגשר להיות בעל יכולת לגלות אקטיביות שיפוטית, מעורבות ויוזמה בנייהול הסכסוך ובגיבוש פתרונות. השופט המגשר נזקק לידע ולמיומנויות ההולמים השגת הסכמות, במובחן ממתן הכרעות.¹⁹⁰

כמו כן, על השופט המגשר להכיר במגבלות הליך הגישור, בפרט בשלבי המוקדמים של התיק, ובכך שבירור הסכסוך בזמן קצר יחסית, ובטרם הונחה תשתית עובדתית ובטרם נשמעו טיעונים מפורטים אינו אופטימלי.¹⁹¹ עוד על השופט המגשר להכיר בחסרונות הליך הגישור כמתואר לעיל, ובפרט בכך שכשופט הוא אינו נפרד מכוח השפעתו על הצדדים, וזאת אף אם אינו מכריע בתיק, ולפיכך עליו להתנהל במתינות, ולהישמר מפני הפעלת לחץ על הצדדים.¹⁹² בהקשר זה על השופט המגשר לזכור כי הצלחת הגישור אינה חזות הכול, ולעיתים מוטב

186 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 384; David B Wexler & Michael D. Jones, *Employing the "Last Best Offer" Approach in Criminal Settlement Conferences: The Therapeutic Application of an Arbitration Technique in Judicial Mediation*, 6 PHOENIX L. REV. 843, 846 (2013).

187 ראו כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 764; Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 586.

188 שם, בעמ' 586.

189 קרני פרלמן "יישוב סכסוכים וחינוך משפטי הולם/חלופי למשפטן" המשפט יד 235, 254 (2014). ראו גם שרה פריש "שימוש בעקרונות הגישור במסגרת ההליך השיפוטי" שערי משפט כג 42, 37 (2002).

190 פרלמן יישוב סכסוכים, לעיל ה"ש 17, בעמ' 190.

191 שם.

192 אף מגשר שאינו שופט הוא בעל כוח ועוצמה משמעותיים ביחסים שבינו לבין הצדדים. ראו שפירא "פרדוקס הכוח בגישור", לעיל ה"ש 151, ואולם דברים אלה נכונים ביתר שאת לגבי שופט מגשר.

שינוהל הליך הוכחות מלא, על פני סיום התיק בגישור באופן שמוותר חשש לעיוות דין לנאשם או לפגיעה בלתי־מידתית באינטרס הציבורי. בשל הצורך בכישורים האמורים לעיל, נראה כי ישנם שופטים אשר מטבעם יותר מתאימים מאחרים לשמש כמגשרים, ומכאן ראוי כי מערכת המשפט תיטה לנתב את תיקי הגישור לאותם שופטים המתאימים לכך. במקביל, מן הראוי לערוך הכשרות והשתלמויות לשופטים המגשרים, בין שבמסגרת המרכז להכשרת ולהשתלמות שופטים, ובין שבמסגרות מחוזיות, בנושא גישור, יישוב סכסוכים ופתרון בעיות.¹⁹³ השתלמויות אלה צריכות לכלול הכשרה אף בנושאים של כישורי תקשורת בין־אישית, אתיקה, סודיות ועוד.¹⁹⁴

3. תפקידם של עורכי הדין בהליך הגישור

תפקידם של עורכי הדין בהליך הגישור שונה במהותו מתפקידו של עורך הדין האדברסרי הקלאסי.¹⁹⁵ בהליך הגישור חל מעבר משיטה אדברסרית לשיטה שיתופית, ועל עורך הדין להתאים את עצמו לכך. עורכי הדין צריכים לשנות את התנהלותם מעריכת דין אדברסרית לעריכת דין פותרת בעיות. הסנגור נדרש לייצוג מכוון—לקוח, אשר שם את רצונותיו של הלקוח במרכז, תוך שימוש במיומנות גבוהה של תקשורת בין־אישית. באופן דומה גם תפקידה של התביעה הכללית בהליך הגישור שונה במידה רבה מתפקידו הקלאסי של התובע בהליך אדברסרי רגיל. אומנם, גם בהליך אדברסרי רגיל, מתייחדת התביעה הכללית מן הסנגוריה בכך שפניה מופנים בראש ובראשונה לאינטרס הציבור, והתביעה אינה מחפשת את החשוד או הנאשם, ואינה מבקשת הרשעה בכל מחיר. האתוס של התביעה הכללית בישראל הוא שהרשעה אינה בהכרח ניצחון, וזיכוי אינו בהכרח הפסד. כדברי השופט אליקים רובינשטיין, אשר אף עמד בראש התביעה הכללית בתפקידו כיועץ משפטי לממשלה, זהו "מותר התביעה הכללית".¹⁹⁶ עם זאת, בעת ניהול הליך הוכחות, לא אחת, נאבקת התביעה בסנגוריה, במסגרת כללי המשפט האדברסרי, ומנסה להוכיח את אשמת הנאשם ולהחמיר בעונשו, וזאת במסגרת תפקידה. לעיתים ההליך האדברסרי נראה כמעין תחרות בין הצדדים,

193 השתלמות בנושא גישורים נערכה בתחילת שנת 2016 במכון להשתלמות שופטים. ההשתלמות נוהלה על ידי השופטים רות לורך וצחי עזיאל. מפגש מקצועי נוסף בנושא הגישור הפלילי התקיים במחוז מרכז בדצמבר 2016. עם זאת, קיומן של השתלמויות כאמור אינו תנאי לתחילת תפקיד השופט המגשר. ראו גם Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 598–599; Otis & Reiter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 367.

194 Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 602.

195 זר־גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 20–27.

196 אליקים רובינשטיין "התביעה הכללית בשנת היובל למדינת ישראל ולהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם" עלי משפט א 17 (2000). ראו גם מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417, 418 (1995); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה 173, 180 (1996).

שבו היחסים שבין הקטגוריה לסנגוריה בהליך ההוכחות הם יחסים של עימות, שבו נראה כי כל צד מנסה "למשוך את החבל" כמיטב יכולתו לכיוון שלו.¹⁹⁷ ואולם בהליך הגישור שני הצדדים אינם יכולים לנקוט גישה אדברסרית, ונקיטת גישה זו עלולה להוביל לכישלון הליך הגישור. כאשר עורכי הדין מגיעים להליך הגישור חדורי רוח קרב, כדי להשמיע ולא לשמוע, כדי להנחיל תבוסה לצד שכנגד, וכשהם מבוצרים בעמדתם ונחושים בצדקתם, אין ביכולתם להועיל להליך הגישור במאומה. לעומת זאת, עורכי דין אשר מגיעים להליך הגישור מתוך רצון להגיע לפתרון מוסכם, אשר ישמור על האינטרס הציבורי ועל זכויות הנאשם, ובמקביל יאפשר את סיום ההליך בהסכמה, יועילו הרבה יותר להליך הגישור. עורכי דין שיפעלו מתוך גישה פרגמטית ורציונלית, ותוך שימוש באינטליגנציה רגשית, ונכונות להקשבה, ולשמיעת הצד שכנגד והצעות בית המשפט, יקדמו את הגישור בסיכויי הצלחה מרובים. שני הצדדים בהליך הגישור צריכים לעיתים "לחשב מסלול מחדש" ולעבור מגישה אדברסרית לגישה פותרת בעיות. לפיכך, על התביעה לשקול היטב מיהו התובע אשר ישלח להליך הגישור, ולא בהכרח התובע הבקיא ביותר בכל רזי התיק, הוא המתאים ביותר להוביל את דיון הגישור מטעם התביעה. כמו כן, על התביעה להימנע מלהשתמש במידע שנחשף בפניה במסגרת הליך הגישור, לשם השגת יתרונות טקטיים בהליך הוכחות, אם הגישור לא צלח. כך, אין זה מן הראוי שהתביעה תעתור לתיקון כתב האישום, על דרך של החמרתו, בעקבות פרטים שנחשפה אליהם במסגרת הליך הגישור, כמו גם במסגרת משא ומתן להסדר טיעון.¹⁹⁸ באופן דומה, אם ההגנה מצביעה במסגרת הליך הגישור על קשיים ראייתיים בתיק, מן הראוי שהתביעה לא תפעל, בהיעדר הסכמה, להשלמת חקירה או לתיקון כתב האישום, שאלמלא כן, יוביל הדבר לסירובה של ההגנה, במקרים עתידיים, "לחשוף את קלפיה" בפני התביעה, או להשתתף כליל בהליכי גישור. במקרים שבהם התביעה עושה שימוש פסול במידע שהגיע לידיה במסגרת הגישור, מן הראוי שבית המשפט ישקול אפשרות שלא להתיר זאת. כך, למשל, מוסמך בית המשפט שלא להתיר את תיקון כתב האישום או לפסול ראיה שהושגה בהשלמת חקירה כאמור, אם יסבור שיש בתיקון כתב האישום או בקבלת הראיה כדי לפגוע בהגינות ההליך.

4. סירובה של התביעה להליך גישור

כלל יסוד בגישור הפלילי, הוא שהעברת התיק לגישור נעשית רק בהסכמה של שני הצדדים.¹⁹⁹ באופן קונקרטי הסכמתו של תובע להליך היא תנאי לקיומו של הליך מקדמי לפי סעיף 143 א

197 מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475, 483 (1988).

198 ת"פ (שלום ת"א) 14-01-2511 מדינת ישראל נ' סמקו, פס' 19-24 לפסק דינו של השופט שאול אבינור (פורסם בנבו, 1.6.2014).

199 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 402.

לחוק סדר הדין הפלילי.²⁰⁰ כללי האתיקה לשופטים קובעים כי על בית המשפט אשר מבקש להעביר תיק לגישור, להקפיד שלא לכפות על בעלי הדין את דעתו, ועליו לוודא שבעלי הדין יודעים כי אי-קבלת הצעתו לא תשפיע על הליכי הדיון שלפניו.²⁰¹ לעיתים מתעוררת שאלה בדבר תקינות סירובה של התביעה להסכים להעביר את התיק להליך של גישור. בשני מקרים מרכזיים שהתעוררו בפסיקה, בג"ץ נשאיבי ובג"ץ יגרמן,²⁰² דן בג"ץ בעתירות נגד החלטת המדינה לסרב להליך של גישור, ובשניהם נדחתה העתירה על הסף.

בבג"ץ נשאיבי הוגשה עתירה למתן צו על תנאי שירות למדינה לנמק מדוע לא תבטל את סירובה להפנות את ההליך בעניינו של העותר לגישור ואת התניית הסכמתה לגישור בתנאי מקדמי שלפיו יוטל על העותר ועל שאר הנאשמים בפרשה עונש מאסר. בית המשפט העליון דחה את העתירה, תוך שהוא חוזר על ההלכה שלפיה בג"ץ יתערב בשיקול דעתן של רשויות התביעה במקרים חריגים ונדירים בלבד, שבהם מוכח כי ההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי. נקבע כי ההחלטה אם להפנות הליך פלילי מסוים לגישור, כמו גם ההחלטה באילו תנאים הדבר ייעשה, הן מבין ההחלטות המצויות בלב סמכותה ושיקול דעתה של התביעה. העותר לא הצליח להפריך את חזקת התקינות של התביעה, ומכאן שלא קמה עילה להתערב בהחלטה.²⁰³

בבג"ץ יגרמן דן בית המשפט העליון במצב שבו בית המשפט הציע הליך של גישור. ההגנה הסכימה, ואילו התביעה סירבה. הוגשה עתירה לבג"ץ למתן צו על תנאי אשר יורה למשיבה לנמק מדוע לא תסכים לגישור. בית המשפט העליון דחה את העתירה על הסף, מבלי לבקש תגובה. נקבע כי היקף ההתערבות של בג"ץ בשיקול הדעת של רשויות התביעה באופן ניהול ההליך הפלילי מצומצם ביותר. ההחלטה לפנות להליך של גישור, כמו גם ההחלטה אם לשאת ולתת על הסדר טיעון ובאילו תנאים לעשות זאת, מסורות ברגיל לשיקול דעתה של התביעה. רק במקרים שבהם ההחלטה נגועה בפגם חמור וקיצוני ייטה בג"ץ להתערב – למשל, אם בכתב אישום אחד נגד שני נאשמים המדינה מסכימה באופן שרירותי לגישור רק מול נאשם אחד.²⁰⁴ סבורני כי בהקשר זה של סירוב התביעה לפנות להליך גישור יש להבחין תחילה בין סירוב כללי של התביעה או יחידת תביעה להתייצב להליכי גישור בכלל, לבין סירוב להתייצב להליך גישור בתיק ספציפי. נקודת המוצא לדיון היא כי הליך הגישור הוא הליך וולונטרי, אשר מתקיים רק בהסכמת הצדדים, ולא ניתן לכפות על צד להתייצב להליך הגישור. גישור מהווה משא ומתן לכריתת חוזה, וחלק מחופש החוזים הוא החופש שלא לנהל משא ומתן לכריתת

200 ס' 143 א(ג) (3) לחוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 12. כך גם עולה מהצעת חוק הסדר טיעון, לעיל ה"ש 39.

201 כלל 13 א) לכללי אתיקה לשופטים.

202 בג"ץ יגרמן, לעיל ה"ש 53; פרשת נשאיבי, לעיל ה"ש 53.

203 שם.

204 בג"ץ יגרמן, לעיל ה"ש 53.

חוזה.²⁰⁵ ממילא, כפייה על צד לקיים הליך גישור עלולה להובילו לסרב לקבל כל הצעה של המגשר, ומכאן שלא תהיה בגישור שום תועלת. זו אומנם נקודת המוצא לדיון, אך לא בהכרח נקודת הסיום. התביעה, כרשות מנהלית, מחויבת לנהוג בסבירות, בשוויון וללא משוא פנים. התביעה אינה יכולה להסתמך על חופש החוזים כדי להצדיק החלטה שרירותית לסרב לגישור, וזאת בהיותה רשות מנהלית אשר מפעילה סמכות שלטונית מובהקת למען האינטרס הציבורי, ובמובחן מאדם פרטי אשר חופשי להתקשר או שלא להתקשר בחוזה, כאוות נפשו. לפיכך, סירובה של פרקליטות מחוז מסוימת להתייצב להליכי גישור באופן כללי, בעוד שפרקליטות מחוז אחרות מנהלות בהצלחה הליכי גישור מרובים, עלולה להוביל לטענת הפליה מצד נאשמים. התביעה בישראל היא אחת, ומדיניותה בנושא זה, כמו בנושאים רבים אחרים, צריכה להיות אחת. גם אם בנושאים מסוימים ניתן להצדיק מדיניות אכיפה שונה של התביעה במחוזות שונים, למשל כדי להיאבק ב"מכת אזור", אין הצדקה לאפשר לכל פרקליטות מחוז לנקוט עמדה שונה בנוגע לגישור. לפיכך, אם עמדת הפרקליטות היא שראוי לקיים הליכי גישור, הרי סירוב של פרקליטות מחוז אחת לקיים הליכי גישור עלול להוביל לקבלת טענת הפליה ולהיתפס כבלתי־סביר.

זאת ועוד, גם סירוב הפרקליטות לקיים הליך גישור בתיק ספציפי עלול להקים טענת הפליה, בהיעדר הצדקה עניינית לסירוב. כמובן, הפרקליטות רשאית לסרב להליך גישור ספציפי מטעמים ענייניים, כגון: היעדר משא ומתן ישיר קודם, השלב שבו נמצא התיק, סוג התיק ועוד. כך, למשל, אם ייקבע בהנחיות פרקליט המדינה כי הפרקליטות, ככלל, תסרב להסכים להליך של גישור בטרם התקיים משא ומתן דו־צדדי מול ההגנה, נראה כי מדובר יהיה בהנחיה סבירה וראויה, אשר אף עולה בקנה אחד עם מדיניות הפרקליטות כיום. כך הפרקליטות רשאית לקבוע, כעניין שבמדיניות שאינה מסכימה לקיים הליכי גישור בשלב הערעור, או לאחר הכרעת הדין, ולשם דיון בסוגיית הענישה בלבד. מדיניות כזו, יש להניח, תיחשב לסבירה. באופן דומה הפרקליטות עשויה לסרב לקיים הליכי גישור לאחר שלב הסיכומים או לאחר תום שמיעת הראיות. באופן דומה, הפרקליטות רשאית לסרב לקיים הליכי גישור בתיקים בעלי חשיבות ציבורית־עקרונית רבה. מן הראוי שהנחיות בנושא זה תעוגנה במסגרת הנחיות פרקליט המדינה, שהן פומביות וגלויות לציבור. עם זאת, סירוב להשתתף בהליכי גישור ללא בסיס ענייני, עלול ליצור חשש להפליה נגד נאשם ספציפי, לפגיעה בעקרון השוויון ולהתנהגות בלתי־סבירה ושרירותית, ומכאן עשויה בעתיד התנגדות הפרקליטות להליך גישור מטעמים בלתי־ענייניים, להוות בסיס לטענת הגנה מן הצדק תוך שבית המשפט יידרש לבחון את שיקול דעתה המנהלי של התביעה.²⁰⁶ סבורני כי גם התניה של תנאים מוקדמים על ידי התביעה להעברת התיק לגישור, כגון: תנאי מוקדם שלפיו כל הנאשמים

205 אלעד פינקלשטיין "עליית מעמדו של הליך הגישור והשאלה החוקתית – בעקבות אימוצן של המלצות הוועדה לבחינת הנושא של גישור חובה והגברת השימוש בגישור בבתי המשפט" קריית המשפט ח 403, 404 (2009).

206 בג"ץ 9131/05 ניר עם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2006); ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (פורסם בנבו, 10.9.2013). ראו גם רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חסן ורענן גלעדי עורכים, 2015).

יסכימו למאסר בפועל, כפי שלכאורה התנתה התביעה בעניין נשאיבי שבו נדחתה העתירה,²⁰⁷ עלולה להתפרש כבלתי־סבירה. סבורני כי חובת ההגינות המוגברת אשר מוטלת על התביעה, מחייבת אותה שלא לנצל לרעה את פערי הכוחות שבינה לבין הנאשם. על דרך הכלל מן הראוי שהצדדים לא יתנו את עצם הסכמתם להעברת התיק לגישור בתנאים מוקדמים, ובפרט תנאי מוקדם לעונש מסוים, אלא יתייצבו להליך הגישור, בלב פתוח ובנפש חפצה.

5. מקומו של הנאשם בהליך הגישור

מקומו של הנאשם בהליך הגישור הוא כמובן מרכזי. ראשית, על השופט המגשר לוודא שהנאשם מבין את מהותו של הליך הגישור, מבין את סוגיית החיסיון והיעדר קבילות הדברים שנאמרים בגישור מול שופט ההוכחות, ומודע לכך שביכולתו לומר את אשר על ליבו בהליך הגישור, מבלי שהדבר ישמש נגדו בהליך ההוכחות.²⁰⁸

סוגיה שמתעוררת בהקשר זה היא בדבר הכרחיות נוכחותו של הנאשם בכל שלבי הליך הגישור. ברי כי ככלל הנאשם נדרש להיות נוכח בהליך הגישור, בדומה לכל הליך פלילי אחר. הנאשם חייב לתת את הסכמתו להליך, ובסופו של דבר הוא זה אשר יצטרך להסכים או לסרב להצעת הגישור. זכותו של הנאשם להיות נוכח בהליך הפלילי היא זכות יסוד מן המעלה הראשונה אשר נגזרת מזכותו של הנאשם להליך הוגן,²⁰⁹ ואין מקום לצמצומה אף בהליך הגישור.²¹⁰ עם זאת, מתעוררת לעיתים השאלה אם קיימת אפשרות לפטור את הנאשם מנוכחות בחלק מן הגישור ולהסתפק בנוכחות הסנגור. יש לזכור כי בהליכי המשא ומתן להסדר טיעון, ככלל, הנאשם אינו נוכח, והמפגשים שבין התביעה לבאי־כוח הנאשם מתרחשים על פי רוב במשרדי הפרקליטות (ובתיקי תביעות גם מחוץ לאולם בית המשפט), ללא נוכחות הנאשם, ולאחר שמתגבשת הסכמה עקרונית, מביא הסנגור את ההצעה לידיעת הנאשם, ומבקש את הסכמתו. בהליכי גישור לעיתים מבקש הסנגור מבית המשפט לקיים מקטע מסוים מתוך הדיון שלא בנוכחות הנאשם, ועל בית המשפט להכריע בשאלה אם יש להתיר זאת. סבורני כי ככלל ראוי שהנאשם יהיה נוכח בהליך הגישור כולו. כך הנאשם יבין טוב יותר את ההליך ואת

207 פרשת נשאיבי, לעיל ה"ש 53.

208 על פי נוסח הצעת חוק הסדר טיעון, לעיל ה"ש 39, הסכמת הנאשם תינתן לאחר שבית המשפט הסביר לנאשם את מהות הדיון המקדמי, השלכותיו ותנאיו כמפורט בסעיף.

209 ס' 126 לחסד"פ קובע כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". ראו גם בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 15–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010).

210 הצעת חוק הסדר טיעון, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1364, קובעת כי אין בהוראות הסעיף כדי לפגוע בהוראות כל דין בדבר נוכחות בעלי הדין בהליכי משפט לפי סימן ב' לפרק ה' לחסד"פ. בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע כי הדבר הוא נוכח העובדה שבחלק מה"פרקטיקות" הנוהגות, מנוהל הדיון במעורבותו של שופט לקראת הסדר הטיעון בלא נוכחות הנאשם. כלומר, הצעת החוק מתארת נוהג של קיום דיונים מקדמיים ללא נוכחות הנאשם, ונראה כי ההצעה מבקשת לשנות את הנוהג האמור, אך אינה קובעת במפורש חובת נוכחות של הנאשם בהליך, אלא רק שאינה פוגעת בכללים הרגילים של חובת נוכחות בהליך פלילי, שבהם ככלל, קיימת לבית המשפט סמכות לפטור נאשם מהתייצבות לשלבים מסוימים בדיון.

ההצעה אשר תימסר בסופו, ויחוש שהוא חלק מההליך בעניינו, ובמקביל תפחת תחושת הניכור שלו כלפי ההליך בכללותו, לרבות תחושה, אשר לעיתים קיימת אצל נאשמים, שבאי-כוחו לא ייצגו את עניינם נאמנה ("מכר אותו" בעגה). עקב כך גם יגדל הסיכוי שהנאשם יסכים להצעה. מכאן שהכלל צריך להיות נוכחות מלאה של הנאשם בכל חלקי ההליך. ברם, לבית המשפט שיקול דעת להתיר את היעדר נוכחות הנאשם בדיון, כשם שבית המשפט מוסמך לפטור את הנאשם מהתייצבות לדיונים אחרים בהליך הפלילי, לרבות לישיבת הוכחות. במקרים מסוג זה, אם בית המשפט מוכן להיעתר לבקשה, נדרשת הסכמה מודעת של הנאשם לכך, לאחר קבלת הסבר, ותוך תיעוד הדברים בפרוטוקול. אם התקיים חלק מדיון הגישור שלא בפני הנאשם, בהסכמתו, יש לעדכן אותו בדיעבד בעיקרי הדברים שהוחלפו בהיעדרו.

סוגיה נוספת נוגעת לאפשרות לקיום שיח ישיר בין הנאשם לשופט. סבורני כי שיח כאמור הוא ראוי ויש בו כדי לתרום להצלחת הגישור. בהליך הגישור שבו סדרי הדין פחות פורמליים מהמקובל בהליך ההוכחות, יש לראות בחיוב תקשורת ישירה בין השופט לנאשם, שבה השופט פונה ישירות לנאשם ומסביר לו דברים בשפה המובנת לו, ובמקביל הנאשם רשאי לומר את דברו לבית המשפט באופן בלתי-אמצעי, לא באמצעות שליח, ולא במסגרת עדות פורמלית ובחקירה ראשית או נגדית. יש לאפשר לנאשם "לספר את הסיפור שלו", בלשונו ובצורה פתוחה.²¹¹ כל זאת תוך שמירה על הכללים הנהוגים בנוגע לאופן השיח המקובל בבית המשפט. הענקת האפשרות לנאשם לומר את דברו מעניקה "קול" לנאשם,²¹² מאפשרת לו לומר את אשר על ליבו, באופן אשר ככלל אינו אפשרי במקרים שבהם התיק מסתיים בהסדר טיעון, ויש בה כדי ליצור אצל הנאשם תחושה שיש מי שמקשיב לו, ומתייחס ברצינות לדבריו. יש בכך משום הגנה על הערך של כבוד האדם בהליך הגישור,²¹³ העצמה של הנאשם והאוטונומיה שלו, ויש בכך אף ערך תועלתני במובן של תרומה לסיכוי שהנאשם יסכים להצעת הגישור.

נתקלתי לא אחת במסגרת הליכי גישור במקרים שבהם בעקבות מתן אפשרות לנאשם לומר את דברו באופן חופשי, ניכר היה מתוך דבריו שהוא מודה, הלכה למעשה, בחלק משמעותי מכתב האישום, ובאופן שהקל להציע הצעה לתיקון כתב האישום אשר תעלה בקנה אחד עם דברי הנאשם, ובאופן שהוביל לסיום מהיר ויעיל של התיק.

6. מקומו של נפגע העבירה בהליך הגישור

סוגיה מרכזית בנושא הגישור הפלילי נוגעת למקומו של נפגע העבירה בהליך זה, ולזכותו של נפגע העבירה להיות נוכח ולהשמיע את דעתו בפני השופט המגשר. נושא זה נדון בע"פ 8417/13 פלוני ונקבע כי אין לנפגע העבירה זכות לנוכחות בהליך הגישור.²¹⁴ בית המשפט עמד על כך שאומנם סעיף 15 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001 מעניק זכות לנפגע

211 זמיר "החיסיון בין מגשר לבין הצדדים לסכסוך", לעיל ה"ש 46, בעמ' 47.

212 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 386.

213 ראו עומר שפירא "על כבוד האדם בהליך הגישור: השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הליך הגישור" קריית המשפט ח 373 (2009).

214 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 7–10 לפסק דינו של השופט הנדל.

עבירה להיות נוכח בדיון בבית המשפט הנערך בדלתיים סגורות, ואולם נקבע כי הליך הגישור מתנהל שלא על פי כללי חוק סדר הדין הפלילי, במנותק מההליך העיקרי, ותכניו אף חסויים מפני המותב היושב בדין. מכאן, המסקנה כי הליך הגישור הפלילי איננו בבחינת "דיון פלילי" כמשמעות בסעיף 15 לחוק זכויות נפגעי עבירה. דלתותיו של הליך הגישור אינן נסגרות מכוח סעיף 68 לחוק בתי המשפט. הואיל והליך הגישור איננו "דיון פלילי", הרי שאי-שיתופו של נפגע העבירה בגישור אינו פוגע בעקרון פומביות הדיון. לכן סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה מקנה לנפגע זכות להביע עמדה לעניין הסדר הטיעון בפני רשויות התביעה, אך לא זכות לנוכחות.²¹⁵ כשם שהמחוקק לא העניק לנפגע העבירה זכות להיות נוכח בישיבות שמקיימת הפרקליטות עם הנאשם וסנגוריו, במהלכן נידון הסדר טיעון, כך גם הזכות לעדכון אינה מקנה לנפגע העבירה זכות לנוכחות.²¹⁶ בית המשפט קבע כי קיימים ארבעה שיקולים מרכזיים אשר מצדיקים את מסקנתו בדבר היעדר זכות לנפגע העבירה לנוכחות בהליך הגישור: (א) הסדר שלילי בהוראת סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, אשר קובע עקרונות ברורים ומפורטים באשר לזכויות הנפגע; (ב) הסכמת הצדדים, קרי: המדינה והנאשם. קביעה שלפיה נפגע העבירה זכאי להשתתף חרף התנגדות מי מהצדדים חותרת תחת המסד שעליו מושתת הליך הגישור הפלילי; (ג) חשש לסיכול הגישור. בהמשך לשיקול הקודם, נוכחות כפויה של נפגע העבירה בישיבות הגישור עלולה לעורר קשיים מהותיים ומורכבים, להרתיע את הנאשם ובאי-כוחו מפני "חשיפת הקלפים שבידם". קשה לצפות שהנאשם יביע נכונות להודות בעבירה, כאשר נפגע העבירה יושב וצופה. כך גם נכונות לרדן בטווח ענישה עשויה להתפרש כמעין ראשית הודאה, ולכן כפיית הצדדים לנהל משא ומתן למול עיני נפגע העבירה תסכל את תכלית הגישור; (ד) מבחן התוצאה. הליך הגישור הוא כלי יעיל לסיום ההליך, בלא צורך בשמיעת ראיות. דווקא הגישור הפלילי, שמנוהל על ידי שופט, מוסיף לאמינות התוצאה על ידי מעורבות של גורם מקצועי ואובייקטיבי.

סבורני כי אכן, כפי שקבע בית המשפט העליון, אין לנפגע העבירה זכות להיות נוכח בכל שלבי הגישור. ברם, במקרים שבהם סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה מעניק לנפגע עבירת מין או עבירת אלימות חמורה זכות להביע את עמדתו לפני תובע בטרם תתקבל החלטה בדבר הסדר טיעון, וייתכן שאף במקרים נוספים שבהם נפגע העבירה מעוניין בכך, מן הראוי לאפשר לנפגע העבירה להתייצב בשלב מסוים של הליך הגישור, ולהביע את עמדתו אף בפני השופט המגשר, ולא רק בפני התביעה. זאת, אף אם לא מוענקת לנפגע העבירה זכות לנוכחות בכל הליך הגישור. הצעתו של השופט המגשר היא בעלת השפעה מכרעת על הסדר הטיעון שמתגבש. כשם שנפגע העבירה זכאי להביע את דעתו בפני התובע בטרם גיבוש הסדר הטיעון, מן הראוי לאפשר לו לעשות כן בפני השופט המגשר בטרם יציע לצדדים את ההסדר. זירת המשא ומתן להסדר טיעון משתנה בהליך גישור פלילי ממשרדי התביעה לאולם בית המשפט, ומכאן שזירת פעולתו של נפגע העבירה בהבעת דעתו בנוגע להסדר המתגבש צריכה להשתנות

215 שם, פס' 6. ראו גם בג"ץ 1571/14 מואטי נ' היועמ"ש, פס' 9-12 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 14.5.2014). בדבריה התייחסה המשנה לנשיא מ' נאור לזכותו של נפגע העבירה להביע את דעתו בפני תובע בטרם תתקבל החלטה בדבר הסדר טיעון.

216 ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

אף היא. מתן הזכות לנפגע העבירה להביע את דעתו תשרת מטרת של העצמת נפגע העבירה,²¹⁷ תחושתו שמקשיבים לקולו ומתחשבים בדעתו, ותאפשר לו אף להתייצב מול הפוגע ולהביע את תחושותיו, דבר אשר יימנע ממנו אם הגישור יצליח, ולא יתנהל הליך הוכחות. מתן אפשרות לנפגע לספר על הפגיעה שחוה ועל תחושותיו עשויה אף לתרום להצגת תמונה כוללת וממצה של הפרשה בפני בית המשפט.²¹⁸ כמו כן, הבעת עמדתו של הנפגע בפני השופט המגשר עשויה לסייע לשופט המגשר להבין טוב יותר את מכלול האינטרסים והרצונות שבפרשה, ולהביא לכך שהצעת ההסדר על ידי השופט המגשר תהיה מאוזנת יותר, לעיתים יצירתית יותר, ותתחשב במכלול האינטרסים הראויים, ולא רק באינטרסים אשר מוצגים על ידי בא-כוח הנאשם ובא-כוח המאשימה.²¹⁹ אכן, ניתן להבין את רתיעת הצדדים, ובפרט ההגנה, מנוכחות והבעת עמדה מצד נפגע העבירה, ואת החשש שהדבר יוביל להקשחת עמדות, ולהערמת קשיים על ההליך,²²⁰ ואולם איני סבור שהדבר יסכל את הליכי הגישור או ימנע מן הצדדים להסכים להשתתף בגישורים. במקרים רבים נפגע העבירה עשוי לתרום מידע חשוב שבידיעתו אשר יסייע להצלחת הגישור.²²¹ בעבירות אלימות ובהקלה עימו, ומסייעת להצלחת הגישור. דווקא דחיקתו של נפגע העבירה אל מחוץ להליך והסירוב לשמוע אותו, עלולים להוביל לתוצאות בלתי-רצויות.²²²

בהקשר זה מן הראוי להפנות לע"פ 7453/09 פלוני שבו בית המשפט העליון דן בערעור של מערער אשר הורשע בעבירות מין כלפי בנות משפחתו. בית המשפט העליון שמע בערעור את עמדת המתלוננת, אשר התייחסה לנכונותו של המערער לסגת מערעורו על הכרעת הדין, ואישרה כי יש בשינוי האמור כדי לסייע לה לבצע "סגירה" של פרק ממושך ונורא בחייה, ונתן לכך משקל רב בעת שהחליט להקל בעונשו של המערער.²²³

סבורני כי גישה אשר תעניק לשופט המגשר שיקול דעת רחב לאפשר לנפגע העבירה להתייצב במקטע מסוים של הליך הגישור ולהביע את עמדתו בפני השופט המגשר, עשויה לעלות בקנה אחד אף עם פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לשיקול הדעת של ועדת השחרורים

217 פרלמן "שופט מגשר?", לעיל ה"ש 4, בעמ' 407.

218 ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' ביטון, פס' 1-10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.7.2009). ראו גם Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 596.

219 בהקשר זה יצוין כי מתן אפשרות לנפגע העבירה לומר את דברו בבית המשפט אין בהכרח משמעותה שעמדת הנפגע תהיה לחובתו של הנאשם. במקרים רבים נפגעי העבירה מציגים עמדה שהיא נוחה להגנה (כך למשל בתיקים של אלימות בין בני זוג).

220 ראו Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 594-595.

221 שם, בעמ' 596.

222 ראו למשל בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012). בפרשת גרינשפן אומנם לא התקיים הליך גישור, אך בגיבוש הסדר הטיעון נפלה תקלה בכך שלא נשמעה כראוי עמדת נפגעת העבירה ובני משפחתה.

223 ע"פ 7453/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2011). תודתי לעו"ד גלי פילובסקי על ההפניה לפסק הדין האמור.

לאפשר לנפגעי העבירה להביע את עמדתם בעל-פה בפני ועדת השחרורים, כפי שנקבע בפרשת גנאמה.²²⁴

לעומת זאת, יש להישמר מהפיכת הגישור בבית המשפט לגישור פוגע-נפגע באופן בלתי-ראוי. בפרשת ביטון, ביקר בית-המשפט העליון את התנהלות הערכאה הדיונית אשר ניסתה לערוך מעין "גישור פוגע-נפגע" בין הנאשם למתלוננת. באותו הליך התרשם בית המשפט העליון כי המתלוננת הייתה נתונה תחת לחץ כבד להיענות לבקשת הסליחה של המשיב, ושודר לה מסר שעתידי של המשיב מוטל על כתפיה ועל מצפונה, וכי אם לא תסלח לו עלול להיגרם לו עוול.²²⁵ כלומר, שמיעת נפגע העבירה במסגרת הליך הגישור, כמו גם בהליך רגיל, היא ראויה, ואולם אין להפוך את הגישור הפלילי, לגישור פוגע-נפגע באופן שעלול להוביל ללחץ על נפגע העבירה לקבל את סליחת הנאשם. ככל שהצדדים מעוניינים לקיים "גישור פוגע-נפגע" או הליך של "צדק מאחה", מן הראוי שהדבר ייעשה בפני מגשר שאינו שופט אשר מיומן לכך, ולא בבית המשפט.

אומנם, הליך הגישור הוא וולונטרי, ודורש את הסכמת הצדדים, באופן שבו החלטה שיפוטית אשר תעניק לנפגע העבירה זכות לנוכחות, עלולה להוביל את הנאשם לסרב להשתתף בגישור.²²⁶ עם זאת, סבורני שהאיזון הראוי בין האינטרסים השונים הוא במתן זכות לנוכחות חלקית של נפגע העבירה בהליך הגישור. כלומר, בתחילת הגישור, אם נפגע העבירה מעוניין בכך, יש לאפשר לו להיות נוכח בהליך ולומר את דברו בפני השופט המגשר, ובהמשך יימשך הגישור ללא נוכחותו, באופן שיאפשר לנאשם את החירות לומר את אשר על ליבו ואף להביע נכונות ראשונית להודות, מבלי שיחוש שהדבר עלול לפגוע בו בהמשך. סבורני כי איזון כאמור לא ירתיע נאשמים ממתן הסכמה להליכי גישור.

נראה כי ניתן לראות את זכותו של נפגע העבירה להביע את דעתו בפני השופט המגשר, אף כחלק מזכותו להליך הוגן.²²⁷ כידוע, בשנים האחרונות הלך והתעצם מעמדו של נפגע העבירה בהליך הפלילי, בפרט לאחר חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה. אומנם למעמדו של נפגע העבירה לא נקבעו גבולות ברורים, ואולם התפיסה הרווחת היא שנפגע העבירה הוא חלק אינטגרלי של ההליך הפלילי, גם אם אינו צד בהליך.²²⁸ לאור התעצמות זו של זכויות נפגעי העבירה, סבורני כי אין הכרח לראות בהוראות חוק זכויות נפגעי עבירה משום הסדר שלילי. בהקשר זה סבורני כי מן הראוי לעשות שימוש בהליך הגישור כאמצעי להעצמת נפגע העבירה, תוך מתן אפשרות לנפגע להביע את דעתו בפני שופט מגשר.

יתר על כן, אם נפגע העבירה יהיה מעוניין בכך, יש לאפשר לבית המשפט שיקול דעת לעיין בהצהרת הנפגע במסגרת דיון הגישור. אומנם, לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, זכותו של נפגע העבירה היא שהצהרתו תוגש לבית המשפט רק בדיון בעניין גזר דינו של הנאשם,

224 רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה (פורסם בנבו, 20.7.2009).

225 עניין ביטון, לעיל ה"ש 218.

226 Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 597-598.

227 ראו הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ "הדור הבא של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015).

228 עניין ביטון, לעיל ה"ש 218; שפירא "הגיעה העת לסולחה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 440.

קרי: לאחר הכרעת הדין, ואולם בשים לב לכך שדיון הגישור הוא בעל השפעה מכרעת על העונש אשר צפוי להיגזר על הנאשם, יש לאפשר לשופט המגשר שיקול דעת לעיין בהצהרת הנפגע במהלך דיון הגישור, כאשר מובן שאם הגישור לא יצלח, הרי שהצהרת הנפגע לא תוגש לתיק בית המשפט, בדומה לכל מסמך אחר שמוצג לעיון השופט המגשר. הואיל ודיון הגישור עשוי לחרוץ את העונש שייקבע בסופו של דבר בגזר הדין, סבורני כי אין לפרש את סעיף 18(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה כהסדר שלילי אשר מונע מבית המשפט סמכות לעיין בהצהרת הנפגע קודם להכרעת הדין. ייתכן שאף ניתן לראות את הצהרת הנפגע כחלק מחומר החקירה, אשר לפי סעיף 143(ד) לחוק סדר הדין הפלילי, בית המשפט רשאי לעיין בו.

ו. משפט משווה

הגישור הפלילי אינו ייחודי לישראל, וקיים בשיטות משפט נוספות בעולם. עיון במשפט המשווה מעלה כי קיימת תופעה רווחת יחסית של מעורבות שופטים בגישור הסדרי טיעון, שלא במסגרת גישור, ובמקביל קיימות מדינות שבהן קיימת הסדרה של גישור פלילי. מעורבות בתי משפט בגיבוש הסדרי טיעון, אשר הגישור הפלילי הוא פן אחד של התופעה, מוכרת במרבית שיטות המשפט, הן בשיטה האינקוויזיטורית והן בשיטה האדברסרית. כך, למשל, בגרמניה הסדר טיעון מוגדר כהסדר בין בית המשפט, התביעה והנאשם. בשיטה זו השופט יכול לגלות מעורבות אקטיבית, ובמסגרת הליך מקדמי ביכולתו להציע טווח של עונש צפוי במקרה של הודאה.²²⁹ בשיטה הגרמנית השופט מעורב באופן אקטיבי בהסדר ורשאי להבטיח לנאשם, בחמורה להודאתו, שלא יוטל עליו עונש שחורג מרף מסוים.²³⁰ ניתן להבין את מעורבות השופט בהסדרי הטיעון בדין הגרמני על רקע עקרונות היסוד של השיטה הקונטיננטלית שבה לשופט מסור תפקידי אקטיבי בניהול המשפט.²³¹ באנגליה קיימת הסדרה חלקית של מעורבות השופט בהגעת הצדדים להסדר טיעון, הגם שאין מדובר בגישור. בעבר ההלכה הפסוקה אשר נקבעה בפרשת *Turner* אסרה על השופט להביע דעה מראש בשאלת העונש, והדבר נחשב ללחץ פסול על הנאשם להודות.²³² הלכה זו שונתה בשנת 2005, במסגרת פסק הדין בעניין *Goodyear*, אשר קבע כי השופט רשאי במקרים מסוימים בטרם ההודאה להביע את דעתו בקשר לעונש שצפוי לנאשם אם יודה באשמה, וזאת

229 פרשת דזשוילי, לעיל ה"ש 103, פס' 27 לפסק דינו של השופט מלצר.

230 קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 100.

231 Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 HARV. INT'L L. J. 1 (2004).

232 R. v. Turner, [1970] 2 Q.B. 321, 327; ראו גם קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 98-99.

כאשר הנאשם מיוצג, ולבקשתו.²³³ עם זאת, הלכת *Goodyear* קובעת כי השופט רשאי לסרב להביע את דעתו, בין היתר, בשל הבנתו שהבעת הדעה תהווה לחץ בלתי-הוגן על הנאשם.²³⁴ אף בארצות-הברית מוסמכים השופטים בנסיבות מסוימות לגלות מעורבות בגישור הסדרי טיעון. אומנם ככלל, הדין הפדרלי האמריקני, בדומה לישראל, אוסר על השופט שדן בתיק העיקרי להתערב בהסדרי הטיעון,²³⁵ אולם בהליכים מקדמיים (Pre-trial) רשאי השופט שאינו השופט אשר ינהל את הליך ההוכחות, להביע דעה בנוגע להסדר הטיעון, לגבי סיכוי הזיכוי בהיעדר הסדר, ולגבי העונש המוצע על ידי אחד הצדדים במשא ומתן. השופט מתפקד כצד שלישי במשא ומתן, אשר תפקידו לנסות ולסייע להצלחת המשא ומתן, ולעיתים השופט עצמו מציע את ההצעה להסדר.²³⁶ להליכים אלה קווי דמיון להליכי המוקד בישראל. כמו כן, בחלק ממדינות ארצות-הברית קיימת מעורבות ממשית של שופטים בהסדרי טיעון.²³⁷

מובן כי במקביל למדינות אשר מאפשרות התערבות שיפוטית בהסדרי טיעון, קיימות מדינות אשר אוסרות כל התערבות שיפוטית כאמור.²³⁸ במקביל למעורבות שופטים בגיבוש הסדרי הטיעון, קיימים בעולם מודלים של "גישור פלילי" אשר דומים בעיקרם לגישור הפלילי אשר מתקיים בישראל.

בארצות-הברית בכמה מדינות קיימות תכניות מובנות ופומביות של גישור פלילי.²³⁹ כך למשל, באיידהו נקבעו כללים פומביים לגישור פלילי אשר מסמיכים את בית המשפט להעביר תיק לגישור בפני שופט מכהן או שופט בדימוס, וקובעים את כללי ניהול הגישור, לרבות חיסיון ההליך, ההפרדה בין המגשר לבית המשפט ועוד.²⁴⁰ הגישורים באיידהו נערכים בפני שופטים אף בעבירות חמורות, לרבות בעבירת רצח.²⁴¹ על פי כלל 18.1 בנושא הגישור הפלילי באיידהו, כל צד או בית המשפט רשאי לזום בקשה להעברת התיק לגישור לשם פתרון חלק או כל הסוגיות שמתעוררות בתיק. ההשתתפות בגישור היא וולונטרית, ותלויה בהסכמת כל הצדדים. בתיקים שבהם קיימים כמה נאשמים, אין הכרח שכל הנאשמים ישתתפו בגישור. להלן עיקרי הכללים: (1) הגדרת המונח גישור – הגישור הוא הליך שבו מתווך נייטרלי מסייע לצדדים בהליך (התובע והנאשם) להגיע להסכם המקובל על שני הצדדים לגבי המקרה, אשר עשוי לכלול אפשרויות של ענישה, פיצויים, קבילות ראיות, וסוגיות אחרות אשר יסייעו לסיום

233 R. v. Goodyear, [2005] EWCA (Crim) 888 [50] (Eng.)

234 שם, פס' 57.

235 USCS Fed. R. Crim. P., § 11(c)(1). ראו גם קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט, לעיל ה"ש 140, בעמ' 100–101 וההפניות שם.

236 D.W. MAYNARD, INSIDE PLEA BARGAINING: THE LANGUAGE OF NEGOTIATION 172–175, 187–188 (1984).

237 כהן ואבמון-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 754–755.

238 פרשת דזנשוילי, לעיל ה"ש 103, פס' 29 לפסק דינו של השופט מלצר.

239 בהקשר זה חשוב להבחין בין תוכניות גישור פלילי שהן תוכניות של צד מאחה או גישור פוגע-נפגע, שאינן רלוונטיות למאמר זה, לבין תוכניות גישור אשר דומות במהותן לגישור השיפוטי בישראל. יש לציין כי הרוב המכריע של התוכניות הן של צדק מאחה וגישור "פוגע-נפגע", ורק מיעוט התוכניות הן של גישור פלילי כמתואר במאמר זה.

240 ראו כללי הגישור הפלילי באיידהו, לעיל ה"ש 95.

241 Laflin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 574.

הגישור הפלילי

התיק; ²⁴² (2) סוגי התיקים שניתן להעביר לגישור הם כל העוונות והפשעים, אם בית המשפט סבור שהדבר יועיל לפתרון התיק; ²⁴³ (3) בחירת המגשר – בית המשפט יבחר את המגשר מתוך רשימה של הנהלת בתי המשפט, לאחר שישקול את המלצות הצדדים. המגשרים הם שופטים מכהנים או שופטים בדימוס שהביעו נכונות לכהן כמגשרים ושעברו 12 שעות הכשרה בנושא במהלך השנתיים החולפות; ²⁴⁴ (4) תפקידו של המגשר הוא לסייע לצדדים לזהות את הסוגיות שבמחלוקת, להפחית אי-הבנות ביניהם ולמצוא אפשרויות של פתרונות כדי לסיים את ההליך. המגשר לא ידון בכל היבט עתידי של התיק; ²⁴⁵ (5) אנשים הנוכחים בגישור – הצדדים ומהגשרים יחליטו מיהם האנשים אשר רשאים להיות נוכחים בהליך הגישור; ²⁴⁶ (6) סודיות – הליך הגישור יהיה סודי, לא ידווח ולא יוקלט; ²⁴⁷ (7) הליך הגישור הוא חסוי; ²⁴⁸ (8) הקשר בין המגשר לבין השופט שדן בתיק – למגשר לא יהיו שום תקשורת או מגע עם השופט של התיק, זולת סמכותו של המגשר לדווח לשופט של התיק את הנתונים הבאים: (א) הצדדים הגיעו למבוי סתום; (ב) הצדדים הגיעו להסכם. במקרה כזה ההסדר יעלה על הכתב, ייחתם על ידי התובע, הסנגור והנאשם, ויוגש לשופט של התיק לגישור; (ג) הגישור עדיין נמשך באופן מהותי; (ד) המגשר נסוג מהגישור. ²⁴⁹ (9) התקשורת בין המתווך לבין עורכי הדין – המגשר רשאי להיות בקשר מראש עם עורכי הדין כדי להכיר טוב יותר את מצב המשא ומתן ביניהם ואת הנושאים שבמחלוקת. המגשר רשאי להיפגש בנפרד עם כל עורך הדין של כל צד, וללא נוכחות הנאשם; ²⁵⁰ (10) סיום הגישור – השופט של התיק, המגשר או כל אחד מהצדדים רשאי לסיים את הגישור בכל שלב, אם המשך ההליך לגיבוש הסכם אינו סביר עוד או מכל סיבה שלפיה המשך הגישור אינו ראוי עוד. ²⁵¹ הכללים באיידהו נקבעו בשנת 2011, והתיקון האחרון שלהם הוא משנת 2013. עיון בכללי הגישור של איידהו מעלה כי קיימים קווי דמיון רבים ביניהם לבין הגישור הפלילי בישראל.

בקנטקי ישנה תוכנית דומה לגישור פלילי, אשר צמחה, כמו בישראל, מבתי המשפט, וכצורך להתמודד עם בעיית העומס, ותכליתה – לקדם את היעילות. השופטים המגשרים הם שופטים אשר עברו הכשרה מתאימה. בתוכנית זו מכהנים כמגשרים שופטים בדימוס. התיקים שמועברים לגישור נבחרים בקפידה. הגישור נערך בישיבה מוגדרת של כשעה, בהשתתפות התובע, הסנגור והנאשם. נפגעי העבירה רשאים להיות נוכחים במקרים מסוימים. התוכנית

242	כלל 1 לכללי הגישור הפלילי באיידהו, לעיל ה"ש 95.
243	שם, כלל 2.
244	שם, כלל 3.
245	שם, כלל 4.
246	שם, כלל 5.
247	שם, כלל 6.
248	שם, כלל 7.
249	שם, כלל 8.
250	שם, כלל 9.
251	שם, כלל 10.

קיימת מאז שנת 2008.²⁵² תוכנית הגישור בקנטקי נחשבת תוכנית יעילה, אשר חוסכת לצדדים ולמדינה זמן ומשאבים, ומובילה לתוצאות טובות. התוכנית מקפידה על סודיות ועל חיסיון הליכי הגישור. היוזמה לגישור יכולה להגיע מהשופט או מהצדדים. מפגש הגישור עם השופט המגשר מתנהל בחדר מיוחד שמוקצה לכך (לאו דווקא באולם בית משפט). הצדדים מתבקשים להציג את עמדותיהם, ודנים גם בענישה הצפויה בתיק. מתקיימות פגישות עם כל צד בנפרד, ודנים בעוצמת הטענות של כל צד, ובאפשרות לגיבוש הסדר טיעון. אם הצדדים מגיעים להסדר טיעון, מגובשת טיוטה של ההסדר, אשר מועברת לאישור השופט שדן בתיק.²⁵³ באריזונה מתנהלת תוכנית דומה, בפני שופט שאינו השופט שמנהל את התיק.²⁵⁴ באופן דומה בקוויבק, קנדה, מתקיימים גישורים פליליים בפני שופטים מכהנים.²⁵⁵ מעיון בחלק מתוכניות הגישור המדינתיות בארצות-הברית, נראה כי בחלקן (למשל באיידהו) קיימת הסדרה ברורה ופומבית של הליך הגישור, באופן אשר יוצר הבניה, שקיפות ואחידות בהליך. כמו כן, הכללים קובעים קווי גבול ברורים לגישור הפלילי, אשר לעיתים חסרים במשפט הישראלי. נראה כי הבניה פומבית דומה עשויה לשפר אף את הליכי הגישור בישראל וליצור יותר אחידות ושקיפות בהליך.

ז. מסקנות והמלצות

הליך הגישור הפלילי הוא פרקטיקה קיימת אשר הולכת וצוברת תאוצה בשנים האחרונות. נראה כי כל "השחקנים" המעורבים בהליך הפלילי, החל מהשופטים, הסנגורים והתובעים וכלה בנאשמים, שבעי רצון מקיומו של ההליך. נראה שהליך זה מאפשר שילוב של יעילות עם גמישות דיונית ואפשרות להגיע לתוצאות צודקות והוגנות. עם זאת, כדי לשמור על תקינות ההליך, מן הראוי להקפיד על כמה כללים מרכזיים, כמפורט להלן: השופט המגשר רשאי לעיין בכל חומר רלוונטי, לרבות חומרים שאינם בגדר חומר חקירה, ואינם קבילים כראיה במשפט, גיליון רישום פלילי ומאסרים על תנאי, ורשאי להציע הצעות לגבי אופן סיום ההליך, לרבות לגבי העונש.²⁵⁶

- Anthony J. Frohlich *Criminal Mediation*, 15 DISPUTE RESOLUTION MAGAZINE 11 (2008), 252
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/dispute_resolution_magazine/dispute_magazine_rev_DR_Fall_20085.authcheckdam.pdf; Kentucky Court of Justice, *Felony Mediation Program*, <http://courts.ky.gov/courtprograms/mediation/Pages/felonymediation.aspx>.
- Jason Riley, *Mediation Can Offer Swift Dose of Justice* (2008), <http://courts.ky.gov/courtprograms/mediation/Documents/RileyArticleMay26.pdf> 253
- Wexler & Jones, לעיל ה"ש 186. המאמר מתאר יישום של התוכנית מתוך אוריינטציה יותר טיפולית-תרפויטית, בשיתוף נפגע העבירה. 254
- Otis & Reiter, לעיל ה"ש 16, בעמ' 353. 255
- כהן ואבמן-מולר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 758. 256

נדרשת הפרדה מלאה בין שופט ההוכחות לשופט המגשר, לרבות איסור על השופט המגשר לשמוע את הליך ההוכחות, ואיסור על שופט הוכחות לבצע גישור, וכן אי-קבילות וחסיון תוכן הדברים שנאמרו והוצעו בגישור בפני שופט ההוכחות.

במישור הניהולי על בית המשפט להקצות זמן מספיק לכל ישיבת גישור, באופן שהעומס באולם בית המשפט לא יקשה על ניהול ההליך. ככלל, קיים קושי רב לנהל הליך גישור אפקטיבי באולם מלא מפה לפה. יש לקבוע מראש ישיבת גישור ולהגדירה באופן זה, כך שכל המעורבים ידעו שהם מגיעים לישיבת גישור ויוכלו להיערך בהתאם, ולא לקיים ישיבת גישור אגב ישיבה אחרת (דיון מקדמי, דיון תזכורת או הוכחות).

במישור השיפוטי יש לתת מענה לצורך בהבטחת השמירה על הגינות ההליך ומענה לחשש מפני הודאת נאשמים שאינה חופשית ומרצון ואינה מתוך הבנה ומודעות מלאים. על השופט המגשר להקפיד על כך שהנאשם יבין את ההליך בתחילתו, יבין את פרטי ההסדר המתגבש, כולל התיקונים שבכתב האישום, ושהסכמתו להסדר הטיעון תהיה מרצון טוב וחופשי. בפרט על השופט המגשר לוודא שהוא עצמו לא יהווה את מקור הלחץ על הנאשם להודות. במקביל, על השופט להקפיד שלא להציע הצעה שאינה עולה בקנה אחד עם אינטרס הציבור, ושלא להפעיל לחץ על התביעה להסכים להצעה אשר לטעמה אינה עולה בקנה אחד עם אינטרס הציבור. ככל שנפגע עבירה מבקש להביע את עמדתו בקשר להסדר המתגבש, הרי בהתאם לכללים שנקבעו בחוק זכויות נפגעי עבירה, מן הראוי לאפשר לו לעשות כן.

יש לקבוע זכות לייצוג על ידי סנגור מטעם הסנגוריה הציבורית, ולהתנות את קיום הליך הגישור בכך שהנאשם יהיה מיוצג, וזאת כדי שלא יימצא נאשם אשר נאלץ בשל חסרון כיס להתייצב לישיבת גישור כאשר אינו מיוצג. על התביעה להקפיד על התנהלות שוויונית והוגנת בהסכמתה להשתתף בהליכי גישור, בהתאם לכללי המשפט המנהלי, ולהתייצב לישיבת הגישור בלב פתוח ובנפש חפצה.

על הסנגוריה להקפיד על ייצוג מוכוון-לקוח, תוך הכרה בכך שהחלטה אם לקבל את הסדר הטיעון המוצע ולהודות בתיק היא החלטתו של הלקוח, ועל גישה על עריכת דין פותרת בעיות באופן אשר מעצימה את מקומו של הנאשם בהשתתפות בהליך ובהתוויית הפתרון לך.²⁵⁷

על מערכת המשפט להקפיד על יצירת הכשרות מתאימות לשופטים בנושא, לרבות במיומנויות של יישוב סכסוכים, אשר יעניקו כלים מתאימים לשופטים בנושא, לרבות

במבט לעתיד נראה כי השלב הבא בנושא הגישור הפלילי הוא הסדרת הנושא בחוק. ראשית, יש להניח שראוי כי הוועדה בנושא סדר הדין הפלילי תדון בנושא, ותציע קווים מנחים לאופן יישום הגישור הפלילי, וזאת בין היתר כדי ליצור אחידות רבה יותר באופן ניהול ההליך.²⁵⁸ לאחר מכן, מן הראוי שהמסגרת הנורמטיבית לגישור הפלילי תוסדר בחקיקה.

257 פרלמן "שופט מגשר"? לעיל ה"ש 4, בעמ' 384.

258 כיום ניכר כי אין מתכונת אחידה באופן ביצוע הגישור בבתי המשפט השונים, והגישור מתנהל על פי שיקול דעתו של השופט המגשר. ראו ע"פ 8417/13 פלוני, לעיל ה"ש 13, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

במקביל, מן הראוי שהנחיות פרקליט המדינה תתייחסנה אף הן לפעולת התביעה בכל הקשור להליך הגישור, ותנהיג אחידות בין פרקליטויות המחוז השונות. יש ליצור סטנדרטיזציה והבניה של השיטה, לפתור את נקודות החולשה בשיטה, תוך שאיפה למתן שירות טוב יותר למתדיינים ושיפור שביעות הרצון של כל הצדדים להליך, החל מן הנאשמים, דרך עורכי הדין וכלה בשופטים.

במישור האקדמי נראה כי קיים צורך במחקר אמפירי בנושא. הכתיבה האקדמית בנושא, לרבות מאמר זה, אינם מספקים נתונים אמפיריים ראויים על אודות הגישור הפלילי, היקף השימוש בהליך, השינוי בשיעור הגישורים לאורך השנים, ההבדלים בין בתי המשפט השונים והערכאות השונות, אחוזי ההצלחה של הגישורים ועוד. נראה כי כתיבה אקדמית נוספת בנושא, אשר תכלול נתונים אמפיריים מבוססים, תוכל לשפוך אור נוסף וחשוב על הסוגיה. בסופו של דבר הגישור הפלילי, אשר צמח בערכאות הדיוניות, ובהמשך קיבל לגיטימציה והכרה בפסיקת בית המשפט העליון, צבר תאוצה במהלך השנים, וכיום מהווה רכיב מוכר ומשמעותי בהליך הפלילי. ניהול מושכל ונכון של הליך הגישור, על פי כללים ברורים, עשוי לתרום ליעילות הדיון, להגינות ההליך ולעשיית הצדק.