

# הערות על שיח הזכויות ושיח הראיות בהליך הפלילי<sup>1</sup>

פרופ' קנת מן\*

בע"פ 4039-19 נחמני נ' מדינת ישראל כב' השופט עמית קרא לנו לצמצם את שיח הזכויות ולחזור לשיח של ראיות, כפי שהתקיים בעבר בהליך הפלילי, "והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט - חקר האמת".<sup>2</sup>

"הערעור דנן הוא אך דוגמה אחת מני רבות לתהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים - משיח של ראיות לשיח של זכויות. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט - חקר האמת".<sup>3</sup>

אני מבקש להסביר מדוע הסתכלות זו על ההליך הפלילי מבוססת על הנחת יסוד לא נכונה, שכן ההליך הפלילי גם בימים עברו לא התבסס בעיקרו על שיח של ראיות ולא ביקש למצוא את סדרי הדין שתכליתם לחפש את האמת. יתר על כן, הרצון לחזק את יכולתו של ההליך הפלילי לחתור לגילוי האמת הוא מובן וחיוני - אך הוא לא ריאליסטי. אבקש להציע מבט אחר ומפוכח על ההליך הפלילי.

## ההנחה כי הליך הפלילי בעבר היה מוקדש לשיח של ראיות על-מנת למצוא את האמת אינה נכונה

מחקרים שנערכו אודות אופן ניהול ההליך הפלילי בישראל בשנות ה-70 מראים כי ההליך הפלילי נוהל במטרה להביא את רוב הנאשמים להודות באשמה.<sup>4</sup> לפני הקמתה של הסניגוריה הציבורית רובם של הנאשמים בכל בתי משפט השלום ברחבי הארץ לא היו מיוצגים. בשל העדר הייצוג, נהגו השופטים לפנות ישירות אל הנאשמים במהלך הדיונים המקדמיים. ראשית, הם ביקשו לנסות להסביר להם את זכויותיהם. שנית, הם רצו לברר את גרסאותיהם להאשמות המיוחסות להם. בתגובה לשאלות השופטים, הנאשמים הבלתי מיוצגים היו נותנים גרסאות למעשים המיוחסים להם. כל זאת לבד וללא ייצוג. הנאשמים חשו מחויבים לתת תשובות לשאלות שנשאלו על ידי השופטים. בשיחות בין השופטים לבין הנאשמים השתרש נוהג לפיו השופטים הסבירו לנאשמים כי אם יודו בעובדות כתב האישום, הם, השופטים, יתחשבו ב"קבלת האחריות" על-ידיהם ויקלו עמם בעונשם. תוך כדי הדיון בין השופטים לבין הנאשמים, לעיתים השופטים היו מציעים לתובעים למחוק או לשנות עובדות ועבירות בכתב האישום. התביעה שיתפה פעולה עם התנהלות השופטים. בכך, ללא משא ומתן עם התביעה, ומבלי שכלל הזכר המושג "הסדר טיעון", רוב הנאשמים הודו בעובדות כתב האישום מתוך ההבנה כי בית המשפט יקל בעונשם. כאמור, נוכח העובדה שרק מיעוט של הנאשמים היו מיוצגים, השופטים יכלו לקיים שיחות ישירות עם רוב הנאשמים. תכלית הדיון לא היתה אך חקר האמת, אלא חתירה להודאה ולסיים ההליך גם במחיר של פגיעה באמת.

מטרתו המוצהרת של תיקון מס' 48 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר התקבל בשנת 2006,<sup>5</sup> היתה לעגן בסעיף 143 לחוק נוהג אשר התפתח בבתי המשפט בשנים שקדמו לכך - ימי הקראות מרוכזים או "ימי מוקד".<sup>6</sup> לאחר העיגון החקיקתי, הפכו ימי ההקראות לנתיב הדומיננטי בהליך הפלילי. מבחינת הנהלת בית המשפט, ימי ההקראות נוסדו כדי לחסוך משאבים ולמנוע השקעת יתר הן בימי הדיונים המקדמיים והן בקיומם של הליכי הוכחות בבית המשפט. נתיב זה קולט היום את רוב כתבי האישום המוגשים בכל בתי המשפט, והוא מהווה את דלת הכניסה הראשית להליך הפלילי. כך למשל, "ימי מוקד" נוגהים גם לגבי תיקים של נאשמים עצורים.

ימי ההקראות הביאו לשינוי מהותי באופיו של ההליך הפלילי. הם הביאו להטמעת הליכי גישור והעמדת הסדר הטיעון כשיטה העיקרית בהליך הפלילי המועדפת באופן ברור על ידי בית המשפט. ימי ההקראות נתנו לשופטים מעמד פורמלי כמגשרים שמטרתם להביא נאשמים שלא לקיים הליך של הוכחות, גם אם הדבר מחייב ויותר על חקר האמת.

היום, בשמונים עד תשעים אחוזים מהתיקים הפליליים התובעים והסניגורים קובעים את מידת האחריות הפלילית במשא ומתן שמטרתו אינו גילוי אמת, אלא מציאת פשרה המוותרת על חלק מהאמת.<sup>7</sup>

רוב הנאשמים לא יכולים לעסוק בהוכחת האמת שלהם, לא מפני שאינם יכולים לשכור את שירותיהם של עורכי דין. הסניגוריה הציבורית פתרה בעיה זו וכיום דיון ביום הקראות הוא עילה למינוי סניגור. הקושי של נאשמים להוכיח את גרסתם, או לכל הפחות להטיל ספק בתזה העובדתית של התביעה, נובע מכך ששיטת ימי המוקד והסדרי הטיעון נועדה להביא אותם לוותר על הליך ההוכחות.

## ההמלצה שראוי שההליך יחזור לעסוק בעיקר בשיח של ראיות אינה ריאליסטית

אין כל סיכוי לסגת משיטת הסדרי טיעון ככלי העיקרי בהליך הפלילי. הסיבה היא, כי עיסוק בשיח ראיות הוא יקר מדי. הליכי ההוכחות הם ההליכים שמטרתם היא למצוא את האמת במשפט הפלילי. אף על פי כן, שום ממשלה לא תשקיע ברשות השופטת, ברשויות התביעה ובסניגוריה הציבורית את תוספת התקציב אשר הייתה מאפשרת הרחבת השימוש בהליכי הוכחות. אדרבה, כפי שראינו, הנהלת בית המשפט פעלה לצמצם את מספר תיקי ההוכחות והיום ממשיכה להכתוב ניהולם של תיקים בפני שופט מוקד על-מנת לצמצם את מספר תיקי ההוכחות.<sup>8</sup>

1. דבריו של פרופ' קנת מן בטקס לכבוד של שנת ה-25 לסניגוריה הציבורית.  
 \* מייסד הסניגוריה הציבורית והסניגור הציבורי הראשון. אני מודה לעוה"ד ד"ר אלקנה לייסט, אקתרינה קוצ'רנקו ובני ניומן אשר העירו הערות חשובות לטיוטת הרשימה.  
 2. ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, בפס' 102 לפסק דינו של השופט י' עמית (נבו 17.03.2021) (להלן: עניין נחמני).  
 3. שם.  
 4. ראו: אליהו הרנון וקנת מן עסקות טיעון בישראל: הלכה למעשה על רקע השוואתי (1981).  
 5. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48), התשס"ו-2006, ס"ח 2063.  
 6. דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41), התשס"ה-2005, ה"ח 158.  
 7. ראו: אורן גל-אייל, ענבל גלון וקרן וינגל-מרגל שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים (מחלקת המחקר של רשות השופטת, 2012).  
 8. שיקולי היעילות אף מקבלים בכורה מקום בו במהלך דיון במסגרת יום הקראות מבקש הנאשם להעביר את הדיון למושב אחר לצורך גירת עונשו, וראו: ע"פ 8360/19 דיסמן נ' מדינת ישראל (נבו 18.03.2020). נהלי "הזכירות האקטיבית" נועדו אף הם לזרז את הדיונים בפני שופט המוקד ולהביא לקיומו של משא ומתן להסדר טיעון בהקדם האפשרי.

להודות באשמה או לכפור באשמה ולנהל הליכי הוכחות. בכל שלב של ההליך הפלילי, זכויות יסוד דורשות שהאדם לא ייאלץ להפליל את עצמו בניגוד לרצונו, לרבות בהסכמתו להודות בעובדות כתב האישום.

ערך האוטונומיה, שהוא מרכיב של כבודו של האדם המובטח על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייב את רשויות השלטון שלא לכפות על אדם להפליל את עצמו, ועל אחת כמה וכמה לא לכפות הפללת שווא.<sup>11</sup> יחד עם זאת, אנחנו המשפטנים הכשרנו כלי משפטי, הסדר הטיעון, שמטרתו שכנוע נאשמים להפליל את עצמם. למרות זאת, הקהילה המשפטית עדיין לא השכילה להודות באופן רשמי ובגלוי בכך ששיטת הסדרי הטיעון נועדה לגרום הן לנאשמים והן לרשויות התביעה לוותר על הליכי הוכחות ובכך לוותר על החתירה לגילוי האמת. השופט עמית בהערותו האמורה בעניין **נחמני** מודאג מכך ששיח של זכויות יפגע בחקר האמת במובן זה שנאשמים אשמים אחדים יזוכו "זיכוי שווא". אבל בפועל ההליך הפלילי בישראל מעוצב ומתנהל באופן בו מסה גדולה של נאשמים מודים בעובדות שאינן מתארות אל נכון, מבחינתם, את מעשיהם, ועקב כך מורשעים הרשעת שווא בעשיית מעשים ו/או בקיומן של נסיבות שהיו בוחרים לכפור בהן אלמלא חוסר היכולת שלהם לשאת בסיכון של פער הענישה הכרוך בניהול הוכחות.

### המסקנות הנורמטיביות הנובעות מהדיון בשיטת הסדרי הטיעון

על הקהילה המשפטית להודות בכך ששיטת הסדרי הטיעון פוגעת בזכותם של נאשמים לאוטונומיה ופוגעת ביכולתה של המערכת להבטיח רצון חופשי בהליך הפלילי. ההכרה בלחצים ובכפייה הטמונים בהסדרי הטיעון תביא גם להכרה בכך שההגנה הנאותה על הרצון החופשי והאוטונומיה של הנאשמים מחייבת כי סניגורים ישתמשו בשיח של זכויות.

בנסיבות של אילוצי משאבים, וויתור מסוים על האוטונומיה ועל הרצון החופשי יוכל להיחשב כמידתי. אבל במצב שבו הקהילה המשפטית לא מכירה באופן רשמי ומלא בכך ששיטת הסדרי הטיעון מיועדת להפעיל לחץ על נאשמים על-מנת להביא אותם לוותר על זכותם לכפור בעובדות כתב האישום ולנהל הליך הוכחות, לא ניתן לומר כי נשמרת המידתיות ההכרחית של הלחץ המופעל על נאשמים להסכים להודות באשמה.

הכרה בעובדה ששיטת הסדרי הטיעון פוגעת בזכויות יסוד יכולה להביא לידי כך שנעסוק בדרכים לחזק את השמירה על האוטונומיה והרצון החופשי של הנאשמים.

רצוי שהבדיקה הנדרשת תתמקד, לדוגמה, באופן קבלת הודאות באשמה בימי ההקראות על-ידי השופטים. מאפיין שהוטמע בהליך הפלילי בעקבות הטמעת הסדרי הטיעון במסגרת ימי ההקראות הוא

במציאות התקציבית הקיימת היום ואשר תמשיך ככל הנראה להתקיים גם בעתיד, רק אחוז קטן של ההליכים הפליליים יוכל להיות מופנה להליכי ההוכחות שיאפשרו לצדדים ולבית המשפט לברר את האמת.

מהסיבות המנויות לעיל, ההמלצה להחזיר את ההליך הפלילי לשיח של ראיות, המלצה שהיא חיובית וראויה באופן עקרוני, אינה ריאליסטית.

המסקנה היא כי המאמצים שלנו כמשפטנים הרוצים לשמור ביתר שאת על ההליך הוגן, צריכים להיות מושקעים ברפורמות בהליכי הגישור והסדרי הטיעון.

### הצורך המוגבר לעסוק בשיח של זכויות בהליך הפלילי

לאור העובדה שבמבנה המשפטי הנוכחי ההליך הפלילי אינו יכול לעסוק בעיקר בשיח של ראיות ואינו מחויב לגילוי האמת, הרי שקיים צורך מוגבר שסניגורים ותובעים יעסקו בשיח של זכויות בהליך הפלילי.

שיטת הסדרי הטיעון מתמרצת נאשמים להודות באשמה תמורת הקלה בעונש. התמריץ מתבסס על פערי ענישה משמעותיים בין תיקים הנגמרים בהסדרי טיעון לבין תיקים המסתיימים במתן פסק דין לאחר ניהול הליכי הוכחות. בימי ההקראות השופטים נרתמו באופן רשמי למטרה להביא נאשמים לראות את היתרונות בעשיית הסדר טיעון. ימי ההקראות מעצימים את מקומו של הסדר הטיעון בהליך והופכים את המשא ומתן לגיבוש הסדר טיעון לסימן ההיכר של ההליך הפלילי, תוך שהם נותנים לגיטימציה עודפת לעשייתם של הסדרים.

פערי הענישה, לצד הסיכון שבניהול הליך ארוך של הוכחות שבסופו עונשו של הנאשם יחמר, מייצרים לחץ על הנאשמים להודות בכתב האישום מקום שהיו מעוניינים לנהל הליך של הוכחות. לפערי הענישה השפעה מוגברת עת שמדובר בנאשם העצור עד לתום ההליכים. במצב של אי ודאות, נאשמים רבים בוחרים להודות לא רק בעובדות המתארות נכונה את מעשיהם, אלא גם בעובדות שלתפישתם אינן משקפות נכונה את מעשיהם, ושאלמלא ההקלה המובטחת בענישה הצפויה לא היו מודים בהן.<sup>9</sup> הרשעות שווא מתקיימות גם מקום בו לצד הודאה בעובדות מפלילות נכונות יש גם הודאה בעובדות מפלילות לא נכונות.

כל מי שיחקור את ההליך הפלילי יגלה כי נאשמים רבים, אשר אכן ביצעו עבירות, נאלצים להודות בעובדות המוכחשות על-ידיהם על-מנת לזכות בטובת ההנאה הניתנות בהסדרי הטיעון.<sup>10</sup> כתוצאה מכך ההליך הפלילי יוצר באופן שיטתי הרשעות שווא של אשמים, דהיינו, הרשעות של אשמים המבוססות אף על עובדות שלתפישתם של הנאשמים אינן נכונות.

הלחץ לוותר על הליך ההוכחות פוגע בזכות יסוד בהליך הפלילי, שהיא האוטונומיה של הנאשמים בקבלת החלטותיהם

9. ראו: קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוט" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** (א' הראל עורך 2017).  
 10. ראו למשל: O. Gazal-Ayal, *Partial Ban on Plea Bargains*, 27 *CARDOZO L. REV.* 2295 (2006).  
 11. ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ואם תוכן ההודאה משקף אל נכון את תפיסותיהם אודות מעשיהם. מחקר שנערך בנושא ההקראות הראה כי חלק מהנאשמים אינם מבינים במה הודו, או שהודו מבלי להבין את המשמעות המשפטית של הודאתם.<sup>16</sup>

דוגמה לרפורמה שראוי לשקול לאור האמור נוגעת לאופן התשאול של נאשמים אודות הסכמתם להודות בעובדות כתב האישום: בהקשר זה, אני מציע שינוי בפרוצדורה שלפיו השופטים יפנו אישית לנאשמים ויתשאלו אותם אשר לעמדתם לגבי כל עובדה מהותית מפלילה בכתב האישום, ואת שיקוליהם להודות בהן. פרקטיקה כזו תביא לריכוך הלחץ להגעה להסדר טיעון, ותבהיר שבית המשפט לא חותר לקבלת הודאות במחיר של הרשעות שווא. יש לשים לב לכך שהצעה זו לא תביא רק להגנה טובה יותר על הזכות לאוטונומיה של הנאשמים בקבלת החלטות בהליך הפלילי, וכן על הזכות שלא להיות מורשע בהרשעת שווא. הצעה זו תביא גם לשיפור מבחינת חקר האמת, שכן היא תפחית את כמות ההודאות וההרשעות המבוססות על עובדות שהנאשמים אינם חפצים להודות בהן. יחד עם זאת, בדיקת הצעה זו צריכה לבחון את השפעתו של שינוי זה על זכותם של נאשמים להודות בעובדות ומעשים לא נכונים על-מנת להימנע מניהול הוכחות שבסופן ייחשפו לעונש מוחמר. בהקשר זה ראוי לבחון את הפרוצדורה בארצות הברית לפיה נאשמים רשאים להודות בעבירות תוך שהם מכחישים עובדות או מעשים המיוחסים להם בכתב האישום.<sup>17</sup>

השינוי המוצע הוא אך דוגמה אחת של שינויים הנדרשים בשיטת הסדרי הטיעון. הרפורמות העיקריות הנדרשות בהליך הפלילי דהיום צריכות להתייחס לכל שלבי הגיבוש של הסדרי טיעון, כולל לאישורם על ידי השופטים בערכאות השונות.<sup>18</sup> כפי שראינו הסדרים אלו מתגבשים במשרדי התביעה, הפרקליטות, במסדרונות בתי המשפט ובדיונים בבית המשפט עצמו. בשלב זה של התפתחות ההליך הפלילי בישראל, ולאחר הטמעת ימי ההקראות והפיכת הסדר הטיעון לכלי העיקרי בהליך הפלילי, בחינת כל ההיבטים של הליכי גיבוש ואישור של הסדרי טיעון, ובכלל זה בחינת הפרוצדורה הנהוגה בימי ההקראות, חיונית לחיזוק ההליך ההוגן, חקר האמת ואינטרס הציבור באכיפה שוויונית של המשפט הפלילי.

החלשת הדיבור בין השופטים לבין הנאשמים. מאפיין זה נובע בראש ובראשונה מהפרוצדורה בה מתנהל הסדר הטיעון, עת נדרש הנאשם להשיב לאשמה. סעיף 152 לחוק סדר הדין הפלילי מורה לבית המשפט לשאול את הנאשם את תשובתו לאישום. בכלל זה, סעיף זה קובע כי "תגובת הנאשם יכול שתיעשה על ידי סניגורו".<sup>12</sup> נוכח הוראה זו, הסכמתם של הנאשמים להסדרי הטיעון, לרבות הודאתם בכתב האישום, נמסרת לשופטים ברוב המקרים על ידי עורכי דינם. החוק אינו מחייב את השופט לברר עם הנאשמים אם העובדות בהן הם מודים אמיתיות, או משקפות את אמונתם הסובייקטיבית באשר למה שארע ושמיוחס להם. כך למשל, לפי ההלכה שנפסקה בפרשת **בחמוצקי**,<sup>13</sup> ולאחריה בפרשת **פלוני**,<sup>14</sup> נדרשים השופטים אך לוודא שהנאשם מבין את תוכן ההסדר והסכים לו מרצונו החופשי. כך בעניין **בחמוצקי**, נקבע כי על השופט הדן בתיק להשתכנע שהנאשם שקל היטב את צעדיו ו"הגיע לידי החלטתו על דעת עצמו":

"לא יקבל בית-המשפט את ההודיה אלא אם כן נחה דעתו שהיו בידי הנאשם ההזדמנות והיכולת לשקול אלה לעומת אלה את הסיכונים ואת הסיכויים הכרוכים בהודיה מכאן ובכפירה מכאן ושהוא הגיע לידי החלטתו על דעת עצמו".<sup>15</sup>

כאמור, הנחייה זו אינה מתייחסת כלל לשאלת נכונות העובדות בהן הודה הנאשם, ואינה דורשת מהשופטים לברר עם הנאשם אם הודאתו תואמת את תפיסתו אודות האירוע. כמוסבר לעיל, קודם לגידול בשיעור הייצוג בשל הקמת הסניגוריה הציבורית, שופטי בית המשפט היו פונים ישירות אל הנאשמים ומבררים את גרסתם אודות האירוע, תוך שאילת שאלות פרטניות אודות עובדות כתב האישום. אולם כעת, במצב שבו הנאשמים מיוצגים, שופטי בית המשפט כבר אינם פונים אל הנאשמים על מנת לברר את גרסתם, וכל אשר בית המשפט נדרש לברר הוא אם ההודאה ניתנה "על דעת עצמו". ברי שתשובה לשאלה זו יכולה להיות חיובית אף אם הנאשם החליט להודות בדברים שלא עשה, או שהוא טוען שלא עשה, משיקולי עלות תועלת ותחשיבי סיכויי ההצלחה לעומת הסיכון בהרשעה וענישה מחמירה לאחר ניהול הוכחות. יתר על כן, נוצרה ההנחה שאם הנאשם מיוצג הוא נותן את הסכמתו להסדר הטיעון ומודה בעובדות כתב האישום באופן מודע ומתוך רצון חופשי, ואין זה מתפקידם של שופטי בית המשפט לתשאול את הנאשם אודות אמיתות הודאתו. ואכן, הכלל הוא ששופטים נוהגים להימנע מברור ישיר עם הנאשמים אודות המניע למתן הודאתם, אם היא ניתנת כתוצאה של לחץ ואילוץ

12. סעיף 152(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982.  
 13. ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 549, 554, 560 (1972) (להלן: עניין **בחמוצקי**).  
 14. ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 577, 608-610 (2002).  
 15. עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 553. מאוחר יותר, בפרשת **אמסלם**, עמד בית המשפט העליון על כך שהשופט צריך לנקוט **פעולה אקטיבית** כדי להיווכח שהודאה ניתנה מרצונו החופשי של הנאשם. השופט ריבלין פסק: "[...] הרשעה על בסיס הסדר טיעון צריכה להיעשות, תמיד, לאחר שבית המשפט מודא היטב כי הודית הנאשם מבוססת על הבנתו המלאה של משמעותיות ההסדר, וכי היא נמסרה מרצון חופשי [...]]" (ראו: רע"פ 2292/08 **אמסלם נ' מדינת ישראל**, פס' 7 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (נבו 30.03.2009)).  
 16. ראו: עמי קובו **נאשמים בלתי עקביים** 408-405 (2009).  
 17. ראו: Alford v. North Carolina, 400 U.S. 25 (1970).  
 18. על היתרונות בהגדלת מעורבות השופטים בגיבוש הסדרי הטיעון ראו: בנימין ניומן "גבולות מעורבות בית המשפט במשא ומתן בין הצדדים: הלכת זיסמן וההליך המקדמי" **הסניגור** 287, 4, 8 (2021); למחקר אמפירי עדכני על ימי המוקד, המצביע בין היתר על החשיבות בכך ששופטים יבהירו לנאשמים את הנקד שייגרם להם אם יודו לשווא, וזאת מעבר לשמירה פורמלית על זכויות פרוצדורליות, ראו: הדר דנציג-רוזנברג וטלי גל "מהיר ועצבני": מחקר אמפירי על הליכי מוקד בבתי משפט השלום בישראל" **מחקרי משפט** לג 47 (2021).