

זכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון

בועז סנג'רו*

עסקות הטיעון שולטות במשפט הפלילי, ורוב מכריע של ההליכים מסתיימים בנתיב המהיר: עסקת טיעון ← הודאה ← הרשעה, ללא בירור אם הנאשם אכן עבר את העבירה המיוחסת לו במשפט שבו נשמעים עדים ומוצגות ראיות. חרף העובדה שעסקת הטיעון כבר אינה "הכרח בל יגונה" יוצא דופן אלא מסלול ההכרעה הפלילית המרכזי, היא אינה מוסדרת בחוק ואפילו אינה נזכרת בו, אף לא בשמה המכובס "הסדר טיעון". במצב המשפטי הקיים שיקול הדעת של התביעה הוא (כמעט) מוחלט, וגם אם התובע אינו מחבב את הנאשם, או עוין אותו בשל קבוצת ההשתייכות שלו או עמדתו הפוליטית, או שנטייתו היא להחמיר הרבה יותר מהתובעים האחרים, הוא מוסמך להציע לנאשם הצעה מחמירה מאוד או אפילו לסרב כליל לעסקת טיעון. מנגד, תיתכן הצעה מקילה באופן חריג רק משום שהתובעת מיוודת עם הסנגורית עוד מספסל לימודי המשפטים. במצב הקיים אין על התובעת מגבלה כלשהי ואין לנאשמת זכות כלשהי. מוצע שההצעה לעסקת טיעון לא תהיה חסד אלא זכות המבוססת על עקרונות השוויון והפרופורציה, על הזכות להליך הוגן ועל חובות ההגינות ותום הלב של התביעה. מלבד הנחת הבסיס התאורטי-ערכי-מוסרי לזכות כזו, מציע המאמר דרכים מעשיות להכרה בה ולאכיפתה. לכאורה, מוקנות לנאשמים זכויות, אך הן רלוונטיות רק למשפטי הוכחות וברוב המשפטים למעשה אין לנאשמים זכויות. המאמר מציע שהאידיאל הוא ביטול שיטת עסקות הטיעון (ולחלופין צמצום דרסטי של השימוש בהן). מכיוון שהביטול אינו נראה באופק, יש לכל הפחות לקבוע - רצוי בחוק, ולחלופין בפסיקה - זכות

* פרופסור במכללה האקדמית ספיר ובמכללה האקדמית גליל מערבי, ראש המכון לבטיחות במשפט הפלילי ומייסד האתר "ביקורת מערכת המשפט הפלילי" (<https://sangero.co.il>). תודה לפרופ' רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה המחכימות לטיוטת המאמר, לעורכת הלשון יהודית ידלין, לחברי מערכת "מעשי משפט" ולמשתתפי כנס האגודה הישראלית למשפט פלילי (2026).

ממשית של הנאשם שתהיה רלוונטית להליך הרגיל, שהוא כיום עסקת הטיעון. נראה שגם תומכיה של שיטת עסקות הטיעון עשויים לתמוך בהכרה בזכות כזו, שצפויה להכשיר מעט את הפרקטיקה המקובלת.

א. מבוא

עסקות הטיעון שולטות במשפט הפלילי הישראלי, ורוב מכריע (להערכתי קרוב ל-90%)¹ של ההליכים הפליליים מסתיימים בנתיב המהיר עסקת טיעון ← הודאה ← הרשעה, ללא בירור אם הנאשם אכן עבר את העבירה המיוחסת לו במסגרת משפט שבו נשמעים עדים ומוצגות ראיות. חרף העובדה שעסקת הטיעון כבר איננה "הכרח בל יגונה"² יוצא דופן, אלא מסלול ההכרעה הפלילית המרכזי, היא איננה מוסדרת בחוק ואפילו איננה נזכרת בו (אף לא בשמה החדש, המכובס – "הסדר טיעון").³ במשפט האמריקני, שהקדים את המשפט הישראלי במעבר אל תעשיית עסקות הטיעון,⁴ קבע בית המשפט העליון שאומנם יש לנאשם זכות לייצוג אפקטיבי על ידי סנגור במשא ומתן לקראת עסקת הטיעון, אך התביעה אינה חייבת כלל להציע לנאשם עסקת טיעון כלשהי, ושיקול דעתה בעניין זה אינו מוגבל.⁵ גם הפסיקה הישראלית אינה מטילה על התביעה חובה כלשהי בעניין זה.⁶

1 כ-90% מההרשעות מושגות באמצעות עסקות טיעון. רק כ-5% מההליכים מסתיימים בהכרעת דין שלאחר שמיעת ראיות (אך לא כל ההליכים האחרים הם עסקות טיעון). ראו ההערות הדומות המובאות במחקרים האלה: רו ולטר "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעבר, גישור לקידום שיפוט של הסדרי טיעון בהווה, והצורך במגבלות בעתיד" **היבטים בביקורת רשויות המדינה – כתבים ואסופת מאמרים לכבודו ולזכרו של השופט אליעזר גולדברג** 403, 405, ה"ש 6 (חני אופק-גנדלר, אהרן ברק וענת הורוויץ עורכים 2023); קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוט" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 217, 219, 237, 265 (אלון הראל עורך 2017); אורן גול-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** 22–26 (המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה ומחלקת מחקר של הרשות השופטת 2012); אורן גול-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" **משפטים** לט 115, 116 (2009).

2 כך כונתה בזמנה עסקת הטיעון בע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 548 (1972).

3 חשוב בעיניי לשמר את הביטוי המקורי "עסקת טיעון", כדי לזכור ולהזכיר את מהות הדברים. מדובר בעסקה, ואם בכל זאת מדובר בהסדר, נושא ההסדרה הוא ההודאה, ההרשעה והעונש ולא הטיעון, שעליו בעצם מוותרים. וראו גם מאיר שמגר "עסקאות טיעון" **ספר גבריאל בן** 219 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים 2011). השוו למושג "שיחדש" שבספרו של ג'ורג' אורוול 1984, 51–64 (ארז וולק מתרגם 2019).

4 ראו פסק הדין המנחה Brady v. United States, 397 U.S. 742, 752 (1970).

5 Missouri v. Frye, 566 U.S. 134, 143 (2012); Lafler v. Cooper, 566 U.S. 156, 170 (2012).

6 על שיקול הדעת העצום שבית המשפט העליון מותר לתביעה באשר לעסקת הטיעון ראו למשל הסקירות האלה: מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי: אסופת מאמרים**

נניח שהתביעה נוהגת להציע לנאשמים בהתפרצות לבית עסק בלילה (בהבדל מהתפרצות לבית מגורים, שעלולה לסכן את דיירי הבית) שאין לחובתם הרשעה קודמת בעבירה זו, עסקה הכוללת עונש שאינו מאסר בפועל. לסנגורו של ראובן, שאין שוני מהותי בין המקרה שלו לבין המקרים שתוארו כאן, התביעה מציעה עסקת טיעון הכוללת עונש מאסר בפועל (או שאינה מוכנה כלל להתקשר עמו בעסקת טיעון). נניח שהתביעה נוהגת להציע לנאשמות בגרימת מוות ברשלנות בתאונת דרכים שאין לחובתן הרשעות קודמות בעבירות תעבורה, עסקה הכוללת עונש של שנת מאסר. לסנגורית של עתליה, שהמקרה שלה אינו שונה מהותית, התביעה מציעה עסקה הכוללת שנתיים מאסר (או שאינה מוכנה כלל להתקשר עימה בעסקת טיעון).

במצב המשפטי הקיים אין לראובן ואין לעתליה דרך לתקוף החלטה כזו גם אם היא שרירותית. שיקול הדעת של התביעה הוא (כמעט) מוחלט, וגם אם התובע אינו מחבב את הנאשם, בלא כל סיבה מיוחדת, או עוין אותו בשל קבוצת ההשתייכות שלו או בשל עמדתו הפוליטית, או שנטייתו היא להחמיר הרבה יותר מהתובעים האחרים, הוא מוסמך להציע לנאשם הצעה מחמירה מאוד או אפילו לסרב כליל לעסקת טיעון. מנגד, תיתכן הצעה מקילה באופן חריג רק משום שהתובעת מיוודת עם הסנגורית עוד מספסל לימודי המשפטים. במצב הקיים אין על התובעת מגבלה כלשהי ואין לנאשמת זכות כלשהי. מוצע כי ההצעה לעסקת טיעון לא תהיה חסד אלא זכות המבוססת על עקרונות השוויון והפרופורציה, על הזכות להליך הוגן ועל חובות ההגינות ותום הלב של התביעה.

בכתיבתי הקודמת בנושא עסקות הטיעון עסקתי בעיקר בתופעה של הרשעת חפים מפשע במסגרת עסקות טיעון והצעתי פתרונות בטיחותיים.⁷ המאמר הנוכחי מתייחס לכלל הנאשמים, לרבות האשמים. גם האשמים זכאים להתייחסות החברה אליהם בהגינות ובשוויון.⁸ כבר כאן אציין כי במחקרים ובפסקי הדין הרבים שקראתי בנושא בישראל ומעבר לים, מצאתי דאגה רבה מפני האפשרות שעסקת הטיעון תהיה מקילה מדי, ולא מצאתי דאגה מפני האפשרות שתהיה מחמירה מדי. להערכתי, הדבר נובע מהמחשבה המוטעית, שלפיה כל עוד העונש קל מהעונש המרבי שבחוק, ובוודאי אם הוא קל מהעונש הצפוי בתום משפט הוכחות, הוא אינו יכול להיות חמור מדי, כמעט מתוך הגדרה. בהמשך אסביר, בין היתר על סמך עקרונות השוויון והפרופורציה, מדוע מחשבה כזו היא מוטעית.

לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 289, 301–291 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים 2009); מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 242–256; ולטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407–413.
7 Boaz Sangero, *Safety from Plea-Bargains' Hazards*, 38 PACE L. REV. 301 (2018); בועז סנג'רו "בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע במסגרת עסקות טיעון" ספר ניל הנדל (אלכס שטיין, שחר ליפשיץ, הדר דנציג-רוזנברג ועדיאל זיממן עורכים 2025) (להלן: סנג'רו "בטיחות בעסקות טיעון"). וראו יריעה רחבה יותר בועז סנג'רו *בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע* (2023) (להלן: סנג'רו *בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע*).

8 ראו Rinat Kitai, *Protecting the Guilty*, 6 BUFF. CRIM. L. REV. 1163 (2003).

לכאורה, מוקנות לנאשמים זכויות במשפט הפלילי. אך מכיוון שהן מתייחסות להליך של שמיעת עדים ובחינת ראיות בבית המשפט, נמצא כי הן רלוונטיות רק למקצת ההליכים הפליליים, וכי ברובם המכריע, המסתיימים בהרשעה פרי עסקת טיעון, למעשה אין לנאשם זכויות. המאמר מציע שהאידיאל הוא ביטול שיטת עסקות הטיעון (ולחלופין צמצום דרסטי של השימוש בהן). מכיוון שהביטול אינו נראה באופן, יש לכל הפחות לקבוע – רצוי בחוק, ולחלופין בפסיקה – זכות ממשית של הנאשם שתהיה רלוונטית להליך הרגיל שהוא כיום עסקת הטיעון. נראה שגם תומכי שיטת עסקות הטיעון עשויים לתמוך בהכרה בזכות כזו שצפויה להכשיר מעט את הפרקטיקה המקובלת.

המאמר מציע ומבסס זכות של הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון. מלבד הנחת הבסיס התאורטי-ערכי-מוסרי לזכות כזו, מציע המאמר דרכים מעשיות להכרה בה ולאכיפתה: קביעת הזכות בחוק; הכרה בזכות בפסיקה כביטוי מרכזי (לפחות אמפירית) של הזכות להליך הוגן; ראיית הפרת הזכות כאכיפה בורנית המחייבת הגנה מן הצדק; הסדרת הפרקטיקה של עסקות הטיעון בחוק (או בפסיקה) תוך כדי הגבלת שיקול הדעת של התביעה והטלת תפקיד על בית המשפט שיהיה בעל משמעות רבה מזו של אישור כמעט אוטומטי של עסקת הטיעון; חיוב התביעה לקבוע מדיניות ברורה באשר לעסקות הטיעון ולפרסמה; וכן לפרסם כל עסקת טיעון ולפרסם נתונים שנתיים על עסקות הטיעון שנעשו בפועל, מה שיאפשר לבית המשפט הן (באופן כללי) לפקח על המדיניות והן (באופן פרטני) לבחון אם נהגו בנאשם המסוים בהגינות או שמא קיפחוהו בשרירות.

מהלך המאמר: בפרק השני יתואר המצב הרע הקיים: מהי עסקת טיעון ומהי תעשיית (שיטת) עסקות הטיעון; הטיעונים בעד ונגד עסקות הטיעון; שיקול הדעת של בית המשפט מול שיקול הדעת של התביעה; מעורבות השופטים במקח ובממכר. בפרק השלישי תוצג ההצעה לקביעת זכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת ויוצע לה בסיס תאורטי-ערכי-מוסרי. בפרק הרביעי תוצענה דרכים מעשיות להכרה בזכות המוצעת ולאכיפתה. הפרק החמישי יתמודד עם התנגדויות אפשריות לקביעת הזכות המוצעת, והמאמר ייחתם באחרית דבר.

ב. תעשיית (שיטת) עסקות הטיעון – המצב הרע הקיים

1. מהי עסקת טיעון ומהי תעשיית עסקות הטיעון

מוצעת בזה ההבחנה בין עסקת טיעון (הידועה באדרת החדשה "הסדר טיעון") לבין תעשיית עסקות הטיעון (או שיטת עסקות הטיעון). עסקת הטיעון היא הסכם בין התביעה לבין הנאשם, שבו מסכים הנאשם להודות באשמה בעבירה או בעבירות מסוימות, והתביעה מסכימה לוותר על עבירה או עבירות מסוימות או על אישום או אישומים מסוימים או מסכימה לבקש מבית המשפט לגזור על הנאשם עונש חמור

פחות מהעונש שכנראה הייתה מבקשת ללא עסקת הטיעון.⁹ לאחר הליך פורמלי קצר, שבו בית המשפט מאשר את עסקת הטיעון, הנאשם מודה בעבירה שעליה הוסכם, ובית המשפט מרשיע אותו וגוזר את עונשו – כמעט תמיד לפי המוסכם.¹⁰ עד כאן מדובר באירוע בודד, שכפי שנראה בהמשך, זוקפים לזכותו ולחובתו יתרונות וחסרונות. תעשיית עסקות הטיעון היא מצב שבו בשיטת משפט מסוימת מרבים להשתמש בעסקות הטיעון וממעטים להשתמש בשיטה המסורתית של ניהול משפט שבו נשמעים עדים הנחקרים על עדויותיהם ומוצגות לפני בית המשפט ראיות להוכחת האשמה או ליצירת ספק בקיומה. עד כמה מרבים ועד כמה ממעטים? אין לכך מידות ושיעורים. ניתן למשל לחשוב על קו פרשת מים של 50% ולומר כי שיטת משפט שבה הכלל הוא עסקות טיעון והחריג הוא משפטי הוכחות היא שיטה (תעשייה) של עסקות טיעון. כך או אחרת, אין דילמה באשר לשיטת משפט שבה קרוב ל-90% מהמשפטים מסתיימים בעסקת-טיעון ← הודאה ← הרשעה.¹¹ המשפט הפלילי הישראלי הוא בימינו תעשייה של עסקות טיעון. הבדל זה שבין המיקרו לבין המאקרו הוא חשוב, משום שאפילו אם ניתן להצביע על מקרים מסוימים במציאות שניתן לחשוב שעסקת הטיעון בהם היא הרע במיעוטו ולפיכך ראויה למדרגה ה(לא) מוסרית "הכרח בל יגונה", עדיין יש לבחון את השפעת התעשייה בכללותה על המשפט הפלילי הישראלי. בשני המקורות הישראליים הבולטים הראשונים להתייחסות אל עסקת הטיעון, פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **בחמוצקי**¹² וספרם של הרנון ומן "עסקות טיעון בישראל",¹³ האחד מתחילת שנות השבעים של המאה העשרים והשני מתחילת שנות השמונים, אנו מוצאים חריג שאיננו הכלל. בהתאמה, בשניהם עדיין אין זכר לביטוי המכובס החדש "הסדר טיעון" ועדיין קראו לילד בשמו. מתי וכיצד עברנו מן המיקרו אל המאקרו? האם הגולם קם על יוצרו או שהדברים נעשו בכוונת מכון?

9 השוו להגדרה שבס' 1 להנחיית פרקליט המדינה 8.1 "הנחיות לעריכת הסדר טיעון" (12.2.2009) ("הסדר טיעון הינו הסכם בין התביעה לבין נאשם או בא כוחו באשר לסעיפי האישום – או לפרטים בכתב אישום, או בדבר העונש אשר יוטל על הנאשם, או באשר לנושא אחר הקשור בתוצאות המשפט").

10 ולטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 413.

11 ראו מקורות בה"ש 1 לעיל.

12 עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 2.

13 אליהו הרנון וקנת מן **עסקות טיעון בישראל: הלכה ומעשה על רקע השוואתי**, 43–44 (1981) (בסקר שבו נשאלו תובעים "האם אתה עורך הסכמים עם הנאשם או עם סנגורו?" 60% ענו "כן", אבל לעתים רחוקות, 18% השיבו "כן", 6.5% דיווחו "כן, לעתים קרובות", ו-15.5% אמרו "לא").

יש דעה¹⁴ שלפיה מי שדחף את שיטת המשפט הפלילי הישראלית מהטרקלין (אולם המשפט, שבו מנהלים משפטי הוכחות) למסדרון (שבו כורתיים עסקות טיעון)¹⁵ היה מי שכינה בתקופה הרלוונטית כנשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק.¹⁶ לפי אותה דעה, גורם נוסף שאפשר את השינוי היה הקמתה של הסניגוריה הציבורית ב-1995.¹⁷ "עם הרחבת מספר המיוצגים התרחבה גם האפשרות לעודד נאשמים, באמצעות סנגוריהם, לנהל משא ומתן ולהגיע להסדרי טיעון".¹⁸ התוכנית הניסיונית שיזם מנהל בתי המשפט "ימי הקראות לפני שופט מוקד" הנחתה את השופטים לפעול לסיום התיקים בעסקות טיעון. לפי התוכנית, הסניגוריה הציבורית תייצג את כל הנאשמים שיגיעו ליום ההקראה ללא סנגור. כפי שמדווח במאמרו הנ"ל של עו"ד פרופ' קנת מן, שעמד אז בראש הסניגוריה הציבורית, שאותה ייסד:

סירוב של הסניגוריה הציבורית ליטול חלק בפיילוט היה משאיר אלפי נאשמים ללא ייצוג, ואילו שיתוף פעולה מצד הסניגוריה העניק לה אפשרות להגדיל במידה גדולה, ובזמן קצר, את אחוזי הייצוג ואף לחזק את ההליך ההוגן הניתן לנאשמים [...] ההליך החדש נוסד והשתרש ושינה את כללי סדר הדין הפלילי ללא הכר וללא חקיקה. רפורמה משפטית זו נוצרה על ידי המנהלים של מערכת המשפט ועל ידי השופטים עצמם, שיצרו במו ידיהם סדר דין המורה להם לנקוט צעדים שעד אז היו אסורים עליהם ושנויים במחלוקת (עיון בראיות ועידוד הצדדים להגיע להסדרי טיעון). לאחר שההליך החדש כבר נקלט היטב והקיף את רוב התיקים הפליליים בבית המשפט השלום במחוז המרכז, נוסח תיקון לחוק סדר הדין הפלילי שהובא לאישור של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. כך נהפכו הכללים החדשים לסדר דין חקוק חדש.¹⁹

נראה כי זהו סיפור התעצמותה של תעשיית עסקות הטיעון.

- 14 יש גם תיאורים אחרים של הגורמים להתגברות השימוש בעסקות טיעון בישראל.
- 15 המסדרון איננו רק מטאפורה. במקרים רבים עסקת הטיעון נכרתת במיקום גאוגרפי זה בדיוק – מסדרון בית המשפט.
- 16 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245: "מאז 1995, עם תחילת כהונתו של השופט אהרן ברק כנשיא בית המשפט העליון, שמה הנהלת בית המשפט דגש על קיצור הליכים ועל מדידה של יעילות השופטים באמצעות נתונים כמותיים – ההספק החודשי של השופטים בסיום מכסת תיקיהם. במסגרת מדיניות 'ההתייעלות' יזם השופט דן ארבל, מנהל מנהל בתי המשפט, תכנית ניסיונית בשם 'ימי הקראות לפני שופט מוקד' בחמישה בתי משפט שלום במחוז המרכז. לפי התכנית הונחו השופטים לפעול אקטיבית לסיום תיקיהם בהסדרי טיעון, ולשם כך לקחת חלק פעיל בהנעת ההידברות בין התביעה לסנגורים".
- 17 ראו חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ס"ח 8.
- 18 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245.
- 19 שם, בעמ' 246. וראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 548. וראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48), התשס"ו-2006, ס"ח 390.

2. הטיעונים בעד ונגד תעשיית עסקות הטיעון

ראשית, בהשראת הציווי הקטגורי שקבע עמנואל קאנט – "תפעל תמיד לפי הכלל המעשי הזה שתוכל לרצות בו כאחת כי יהיה לחוק כללי"²⁰ – מוצע שלא להתמקד באפשרות שעסקת טיעון מסוימת תהיה טובה וראויה, אלא לבחון אם תופעה נרחבת של עסקות טיעון היא טובה וראויה.

הטיעון המרכזי בעד שיטת עסקות הטיעון הוא היעילות.²¹ הטענה היא שמכיוון שעלות פסק דין, פרי עסקת טיעון, קטנה בהרבה מעלות משפט הוכחות, ומכיוון שכדי לאכוף היטב את החוק הפלילי על מערכת האכיפה להשיג הרשעות רבות, הדרך היעילה לעשות כן היא באמצעות שיטת עסקות הטיעון.²² עסקת הטיעון היא יעילה וזולה.²³ התביעה חוסכת משאבים, שאותם היא יכולה להפנות לטיפול בתיקים אחרים.²⁴ למעשה, אין לתביעה המשאבים הדרושים להעמיד לדין את כל האנשים שקיימת בעניינם אפשרות סבירה להרשעה.²⁵

בפסיקה ובספרות המשפטית יוחסו לעסקות הטיעון יתרונות נוספים, חשובים פחות, כגון קיצור פרק הזמן שחולף בין העבירה לבין העונש משרת את מטרות הענישה,²⁶ וכגון יתרונות לנאשם: הימנעות מהליך פלילי ממושך, מורט עצבים ויקר;²⁷ הליך שעליו כבר נאמר *The process is the punishment*²⁸ אפשרות בחירה²⁹ בין ניהול משפט לבין הודאה במסגרת עסקת טיעון, שניתן להקדים לה תחשיב רציונלי של תוחלת העונש בכל אחד מהמסלולים: בניהול המשפט – סיכויי ההרשעה כפול העונש הצפוי, ובעסקת הטיעון – העונש המוסכם; ואפילו בעצם ההידברות בין התביעה לבין הנאשם ניתן לראות יתרון.³⁰

- 20 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות 113 (מהדורה שנייה, ש' שטין עורך, מ' שפי מתרגם 1950).
- 21 ראו דיון בשיקולי יעילות: Joseph A. Colquitt, *Ad Hoc Plea Bargaining*, 75 TUL. L. REV. 695, (2001) 704-05; וראו ניתוח כלכלי של תעשיית עסקות הטיעון: William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. & ECON. 61 (1971).
- 22 אליהו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" הסניגור 4, 4, 171 (2011).
- 23 Donald G. Gifford, *Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion*, 1983 U. ILL. L. REV. 37, 44 (1983).
- 24 עניין *Brady*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 752; עניין *בחמוצקי*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 550.
- 25 טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" *עיוני משפט* כט(2) 377, 392 (2006).
- 26 עניין *Brady*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 752; ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, 608 (2002).
- 27 עניין *Brady*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 752.
- 28 MALCOLM M. FEELEY, *THE PROCESS IS THE PUNISHMENT* (1979).
- 29 John G. Douglass, *Fatal Attraction? The Uneasy Courtship of Brady and Plea Bargaining*, 50 EMORY L.J. 437, 490 (2001).
- 30 Rinat Kitai-Sangero, *Plea Bargaining as Dialogue*, 49 AKRON L. REV. 63 (2015).

הטיעון המרכזי נגד שיטת עסקות הטיעון הוא שבהיעדר בירור רציני, ובוודאי בהיעדר הוכחת האשמה מעבר לספק סביר, שיטת עסקות הטיעון מוליכה לא רק להרשעות רבות של אשמים, אלא אף להרשעות רבות של חפים מפשע, שבחירתם להודות נובעת מחששם שיוורשו בעבירה חמורה יותר. החשש מתעצם נוכח עמדת הנחושה של המשטרה והתביעה הבאה לידי ביטוי בעצם הגשת כתב האישום בסיומה של החקירה, נוכח הפער המפתה שבין העונש הצפוי בתום משפט הוכחות לבין העונש המוצע בעסקת הטיעון,³¹ נוכח ההליך המשפטי הקשה, הכרוך לעיתים קרובות מדי במעצר עד תום ההליכים, נוכח השיעור הזניח של הזיכויים³² ונוכח הלחצים שמפעילים התובעים, הסנגורים, ואפילו השופטים, על הנאשמים.³³ החשש אינו רק תאורטי, אלא הוכח כי הוא מתממש פעמים רבות, במיוחד באמצעות השוואות הדנ"א הנערכות במסגרת מיזם החפות האמריקני וכן במחקרים רבים אחרים ברחבי העולם.³⁴ בספרות המשפטית האמריקנית ידועים אפיונים שונים מאוד של עסקת הטיעון: חוזה,³⁵ פשרה,³⁶ עינויים³⁷ ואסון.³⁸ לדעתי, כשמדובר בנאשם אשם, עשויים להתאים האפיונים כחוזה, כפשרה או כחוזה של פשרה. אך כשהנאשם חף מפשע מדובר בעינויים המוליכים לאסון. בימי הביניים אילצו את הנאשם לבחור בין מכשירי העינויים הפיזיים לבין הודאה. העינויים המודרניים באים לידי ביטוי בכך שמכריחים את הנאשם לבחור בין עמידה על חפותו והסתכנות בהרשעה מוטעית בתום משפט הוכחות, עם עונש חמור מאוד, וברבים מדי מהמקרים גם מעצר עד תום ההליכים,

- Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L.J. 1979 (1992); Lucian E. 31
Dervan, *Overcriminalization 2.0: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and*
Overcriminalization, 7 J.L. ECON. & POL'Y 645 (2011) (להלן: *Overcriminalization*);
Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U. CHI. L. REV. 50 (1968)
32 בועז סנג'ור "לא סכנה אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת
חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות' " **מאזני משפט** י' 67 (פרק ו למאמר) (2015).
33 John H. Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, 46 U. CHI. L. REV. 3 (1978) ; עמי קובו
נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם 460, 459, 454 (2009)
(לחצים שמפעילים שופטים, סנגורים ותובעים, לרבות בדרך של האשמת יתר) (להלן: קובו
נאשמים בלתי עקביים).
34 ראו אתר מיזם החפות האמריקני: <https://perma.cc/EU9U-W4N9?type=image> (last visited June 5, 2026)
; W4N9?type=image (last visited June 5, 2026) ; ראו מחקרים המבוססים על ממצאי המיזם,
כגון Brandon L. Garrett, *Judging Innocence*, 108 COLUM. L. REV. 55, 74 (2008) ; וראו מחקרים
אחרים, כגון JOHN ROMAN ET AL., URBAN INSTITUTE: JUSTICE POLICY CENTER, POST-
CONVICTION DNA TESTING AND WRONGFUL CONVICTION (2012) (research report submitted
to the U.S. Department of Justice) ; לתיאור מקרים שנחשפו של הרשעות חפים מפשע במסגרת
תעשיית עסקות הטיעון, במיוחד בארצות הברית אך גם במדינות אחרות ובהן ישראל, ראו
סנג'ור "בטיחות בעסקות טיעון", לעיל ה"ש 7, בעמ' 94–91.
35 Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L.J. 1909 (1992)
36 Frank H. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, 101 YALE L.J. 1969 (1992)
37 Langbein, לעיל ה"ש 33.
38 Schulhofer, לעיל ה"ש 31.

לבין הודאה בעבירה שהנאשם לא עבר כלל, עם עונש חמור פחות. האסון הוא כמובן הודאת שווא של חף מפשע ובעקבותיה הרשעה, קלון ועונש, וברבים מהמקרים – מאסר.

בעיקר בשל התופעה של הרשעת חפים מפשע עמדתי היא שיש לבטל את שיטת עסקות הטיעון ולשוב למשפטי הוכחות שבהם משתדלים לברר את האמת ולעשות צדק. אפשרות זו איננה ריאלית בעתיד הקרוב בשל התמיכה הרחבה שלה זוכה תעשיית עסקות הטיעון מכל השחקנים הראשיים במשחק הפלילי: התובעים, הסנגורים והשופטים.³⁹ במקום אחר הפעלתי על שיטת עסקות הטיעון את מודל הבטיחות המתקדם STAMP והצעתי אילוצים שיש להטיל על מערכת המשפט הפלילי כדי להתמודד עם גורמי הסיכון שהודאה במסגרת עסקת טיעון תוליך להרשעה של חף מפשע ומנגנונים של שליטה, פיקוח ובקרה שנועדו לכפות על מערכת המשפט הפלילי את האילוצים הנחוצים.⁴⁰ מאמר זה אינו עוסק רק בחפים מפשע אלא גם באשמים ומציע להכיר בזכות של הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון. להצעה זו נגיע בהמשך.

נשוב לחסרונות שיטת עסקות הטיעון ולטיעונים נגדה. עסקות הטיעון יוצרות חוסר שוויון בענישה – הן בהשוואה בין מי שהתקשר בעסקת טיעון לבין מי שבחר לנהל משפט הוכחות, הן בהשוואה בין מי שהודה ללא עסקת טיעון לבין מי שהודה במסגרת עסקת טיעון,⁴¹ הן בהשוואה בין נאשמים שונים שקיבלו הצעות שונות לעסקות טיעון או אפילו לא קיבלו כל הצעה; עסקות הטיעון פוגעות בחקר האמת, שהרי בית המשפט נמנע מלברר אותה ומסתפק באישור עסקת הטיעון;⁴² מעניקות לתביעה עוצמה רבה מדי, שהרי התביעה מחליטה לא רק אם להגיש כתב אישום ובאילו עבירות יואשם הנאשם, אלא אף באילו עבירות יורשע הנאשם ומה יהיה עונשו;⁴³ שוחקות את "ההודאה המוסרית" משום שכבר לא ניתן להבחין בינה לבין הודאה משיקולי תועלת;⁴⁴ פוגעות בפומביות⁴⁵ ובשקיפות ההליך הפלילי, ובעקבות זאת גם באמון הציבור במערכת המשפט⁴⁶ ופוגעות ברגשות נפגעי העבירה;⁴⁷ פוגעות בהליך ההוגן ישירות באשר למקרה נושא עסקת הטיעון⁴⁸ ובעקיפין באשר למקרים

39 מצא, לעיל ה"ש 22, בעמ' 4.

40 סנג'רו "בטיחות בעסקות טיעון", לעיל ה"ש 7 (במיוחד הטבלה שבסוף המאמר, הערוכה במתכונת מודל הבטיחות המתקדם STAMP).

41 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 316.

42 עמנואל גרוס "עיסקות טיעון וחקר האמת" פלילים ג 251, 253, 259 (1992).

43 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 307.

44 שם, בעמ' 319; מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 260–261.

45 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 255.

46 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 315, 321.

47 בג"ץ 5961/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד סב(3) 206, 229–230 (2007).

48 השופט חיים כהן ציין נכונה שכאשר נאשם מודה במסגרת עסקת טיעון כדי להינצל מעונש מאסר, בחירתו אינה חופשית: ראו עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 551.

אחרים, שבהם נאשמים שעומדים על חפותם נענשים בחומרה מופרזת;⁴⁹ עסקות הטיעון גורמות להפללת יתר (overcriminalization), לניהול הליכים מיותרים – בשל העלות הזולה לתביעה; ולהימנעות מסינון החוצה של תיקים חלשים – והעדפת הניסיון להשיג הרשעה כלשהי;⁵⁰ עסקות הטיעון גורמות שגם כשהנאשם אכן עבר בעבירה מסוימת, לעיתים קרובות מאלצים אותו להודות בעבירה שלא עבר וב"עובדות" לא נכונות, ובכך לא רק פוגעים בטוהר ההליך הפלילי ומזהמים אותו, אלא אף משפילים את הנאשם.⁵¹

עסקות הטיעון התפתחו בארצות הברית בראשית המאה העשרים על רקע שחיתות תובעים ושופטים, שקיבלו שוחד תמורת עונשים קלים.⁵² בתחילה התייחסו בתי המשפט לעסקת הטיעון בסלידה, הן בישראל והן בארצות הברית שממנה הועתקה תעשיית עסקות הטיעון. בית המשפט העליון האמריקני כתב: "Justice and liberty are not the subject of bargaining and barter."⁵³ בישראל סברו השופטים בפסק הדין שהיה המנחה משך עשורים, שמדובר בנוהג פגום מבחינה מוסרית ולכל היותר "הכרח בל יגונה".⁵⁴ הפרופסור האמריקני קיפניס השווה את עסקת הטיעון למצב שבו מרצה אומר לסטודנט שלו שעיין רק בעמוד הראשון של עבודתו, ולהערכתו היא אינה טובה, ולכן מבלי לטרוח לקרוא את עבודתו הוא מוכן לתת לו ציון B, והתלמיד מסכים ומוותר על האפשרות לקבל ציון A לאחר בדיקה. שיטת עסקות הטיעון מגלמת בתוכה אי-צדק שיטתי – בהבדל מאי-צדק מקרי.⁵⁵

3. מיהם הפוסקים? שיקול הדעת של השופטים מול שיקול הדעת של התובעים

הצעתי להנהגת זכות של הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון כרוכה בשיקול הדעת של בית המשפט באשר לעסקות הטיעון מלפנים ומאחור, בדיעבד ומלכתחילה. כפי שניווכח מייד, שיקול הדעת של הערכאה הדיונית (ושל הערכאה הערעורית) לפי ההלכה של בית המשפט העליון הוא כה מצומצם, עד כי הזכות המוצעת נחוצה להליך הפלילי הישראלי כאוויר לנשימה. ובכיוון ההפוך: בד בבד עם הנהגת הזכות המוצעת, הכרחי לשנות את ההלכה (או את החוק) ולהטיל על בית המשפט תפקיד בעל משמעות רבה במידה ניכרת מזו של התפקיד שהוא ממלא כיום,

49 Oren Gazal-Ayal & Avishalom Tor, *The Innocence Effect*, 62 DUKE L.J. 339, 395 (2012).

50 קובו נאשמים בלתי עקביים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 387–386; קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 319; אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 65 (2005).

51 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 263 (המחבר מכנה תופעה זו, כבר בכותרת מאמרו, "הרשעות שווא של אשמים"); וראו Kitai, לעיל ה"ש 8.

52 Lucian E. Dervan, *Bargained Justice: Plea Bargaining and the Psychology of False Pleas and False Testimony*, 6 FOR THE DEFENSE 28, 28 (2021) (להלן: Dervan, *Bargained Justice*).

53 שם, בעמ' 29.

54 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 554, 559.

55 Kenneth Kipnis, *Criminal Justice and the Negotiated Plea*, 86 ETHICS 93, 104–05 (1976).

באישור מכני כמעט אוטומטי של עסקות הטיעון; תפקיד שיצריך שיקול דעת הרבה יותר רחב מהמקובל כיום. ובתמצית:

שיקול הדעת השיפוטי מצומצם ← יש להכיר בזכות להצעה הוגנת ← יידרש שיקול דעת רחב.

בשנות התשעים של המאה העשרים התקיימו בבית המשפט העליון שתי גישות שונות באשר לשיקול הדעת השיפוטי בבחינת עסקות טיעון. לפי האחת, המכונה "גישת העונש הראוי" והמזוהה עם השופט גולדברג, שביקש לשמר משהו מתפקידו המסורתי של בית המשפט בגזירת העונש, על בית המשפט לבחון אם העונש המוסכם בעסקת הטיעון חורג במידה ניכרת מהעונש שלהערכתו היה ראוי לגזור לפי שיקולי הענישה. בהתקיים חריגה כזו, יגזור בית המשפט עונש אחר.⁵⁶ לפי הגישה השנייה, המכונה "הגישה של בחינת שיקולי התביעה" והמזוהה עם השופט מצא, בית המשפט לא יבחן את העונש עצמו אלא רק את שיקולי התביעה בעסקת הטיעון. ככלל, בית המשפט יכבד את עמדת התביעה אלא אם היא מבוססת על שיקולים לא ראויים, או שגלוי וברור שההסדר פוגע בעניין הציבורי.⁵⁷ גישה זו מצמצמת למינימום את תפקיד בית המשפט ולמעשה מעבירה את סמכות גזירת הדין לתביעה וכך גם את סמכות הכרעת הדין. מבחינה מהותית, התובעים הם הפוסקים.

בפסק הדין המנחה בע"פ 1958/98 פלוני⁵⁸ קבע בית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, את "גישת האיזון":

על בית המשפט לבחון, אם נעשה בעיסקה איזון הולם בין טובת ההנאה שהיא מעניקה לנאשם – בין העונש המוצע בה, בהשוואה לנורמת הענישה המקובלת בהתחשב בחומרת העבירה ונסיבותיה ובנסיבותיו של הנאשם – לבין התועלת שיש בה לאינטרס הציבורי, בהתחשב במטרה שלשמה נעשתה העיסקה.⁵⁹

"גישת האיזון" מתמקדת למעשה בבחינת שיקולי התביעה, ולפיכך קובעת אישור של כמעט כל עסקות הטיעון ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית. המבחן שנקבע, חרף שמו, איננו משקף איזון, אלא קרוב לגישה של בחינת שיקולי התביעה, ותוצאתו היא ביקורת מצומצמת מאוד של השופטים על עסקות הטיעון.⁶⁰ המבחן שנקבע מפרט שיקולים אפשריים כה רבים שמוצגים כשיקולים לגיטימיים של התביעה, שחלקם נמצאים בידיעתה בלבד, עד כי ניתן לאשר באמצעותם כמעט כל עונש. זוהי גם ההערכה

56 ע"פ 442/91 אסיס נ' מדינת ישראל (נבו 11.7.1991).

57 ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158, 169 (1994).

58 עניין פלוני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 605–611.

59 ע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45, 51 (1993) (הדגשת המילה "עיסקה" הוספה).

60 המבחן ניצב לצדו של השופט מצא והרחק מן השופט גולדברג.

הרווחת בניתוחים אקדמיים קודמים של הסוגיה.⁶¹ המגמה בבית המשפט העליון היא ריסון הערכאות הדיוניות כך שלא תתערבנה בשיקול הדעת של התביעה בעסקות הטיעון, כדי שלא לפגוע בנכונות של הנאשמים להסכים להודות בעבירות, והיא באה לידי ביטוי מובהק בהחלטה המפורסמת בפרשת קצב.⁶² התוצאה היא שבתי המשפט הדנים ברובם המכריע של ההליכים הפליליים (שמלבד הליכי ההוכחות המעטים) מפעילים ביקורת מצומצמת מאוד, הדומה במהותה לביקורת המנהלית של בג"ץ. לפיכך הציע קנת מן להגדיר זאת "סדר דין פלילי מנהלי".⁶³ ואכן, בדיקה אמפירית מצביעה על ירידה ניכרת בנכונות השופטים לחרוג מהעונשים הנקבעים בעסקות הטיעון.⁶⁴

4. מעורבות השופטים במקח ובממכר

"הַיִּהְפֹּךְ כּוֹשֵׁי עוֹרוֹ וְנִמְרֵי חֶבְרֹן בְּרִחְיוֹ?"⁶⁵

בפסק הדין המנחה הראשון באשר לעסקות הטיעון, בפרשת בחמוצקי, אסר בית המשפט העליון על מעורבות כלשהי של שופטים במשא ומתן לעסקת טיעון.⁶⁶ מעורבות כזו פוגעת בניטרליות השיפוטית ומציגה את השופט כבעל עניין בתוצאות המשפט.⁶⁷ היא עלולה להתפרש כחריצת דין מוקדמת, בעוד לבית המשפט לא אמור להיות עניין בהודאת הנאשם.⁶⁸ מעורבות כזו יוצרת לחץ על הנאשם להודות באשמה.⁶⁹ נאשם עלול להודות מתוך חשש שסירוב להודות יהיה בעוכריו. הפעלת לחץ מצד השופט פוגעת ברצונות ההודאה.⁷⁰ נוסף על כך, באשר לשלב המאוחר יותר שלאחר הגשת עסקת טיעון לאישור בית המשפט, השופטים חזרו ושיננו בפסיקותיהם כי יש

- 61 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 297–300; מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 248–249; ולטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 408.
- 62 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249–251; בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008).
- 63 מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 219; וכן כמובן כותרת המאמר: "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוט". וראו גם קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 300.
- 64 ולטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 413. ברצוני להסתייג במיוחד מאחד השיקולים שהפסיקה מקבלת משום מה כשיקול לגיטימי של התביעה בהחלטתה להתקשר בעסקת טיעון – קשיים ראייתיים בתיק – שאז, מניין לנו שהנאשם אכן עבר את העבירה?
- 65 ירמיהו יג 23. (יצוין כי אין אלה דברי הנביא, אלא כפי הנראה, דברי מתנגדיו, שאליהם מתייחס הנביא בהמשך הפסוק: "גַם אֲתָם תּוֹכְלוּ לְהִיטִיב, לְמַדִּי הָרַע").
- 66 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 2.
- 67 ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525, 528–529 (1992) (להלן: עניין מדינת ישראל נ' פלוני).
- 68 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 553.
- 69 Richard Klein, *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*, 32 HOFSTRA L. REV. 1349, 1401–02 (2004).
- 70 שם, בעמ' 1419.

להודיע לנאשם שבית המשפט אינו מחויב לפעול לפי עסקת הטיעון.⁷¹ הודעה זו היא בעלת פוטנציאל צינור באשר לנכונות נאשמים להסכים לעסקת טיעון.⁷² בתחילת שנות התשעים עדיין הנחה נשיא בית המשפט העליון השופט מאיר שמגר כי "השתתפות של בית המשפט במשא ומתן סביב עסקת טיעון היא פסולה".⁷³ לפיכך בחוות דעת של נציבות תלונות הציבור על שופטים "מקומו של בית המשפט בהסדר טיעון" נקבע כי "ייזום הסדר טיעון על ידי בית המשפט, תוך מעורבות בגיבוש ההסדר ובתוכנו, פסול בעליל";⁷⁴ ועל פי זה, בהנחיית פרקליט המדינה בנושא הסדרי טיעון מצוטטת הפסיקה ומונחים התובעים "להימנע, ככל שניתן, מלקיים את המשא ומתן לקראת הסדר הטיעון בפני בית המשפט".⁷⁵ במציאות שופטים רבים לחצו על נאשמים להגיע לעסקת טיעון, לעיתים בעקיפין ולעיתים אפילו במישרין.⁷⁶ שינוי דרמטי התחולל, כמתואר לעיל, כשהנהלת בתי המשפט יצרה במו ידיה ומבלי להמתין למחוקק הליך חדש: "ימי הקראות לפני שופט מוקד". לאחר מעשה הובא לאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תיקון לחוק סדר הדין הפלילי והוסף סעיף 143א, שהסדיר דיון מקדמי שמטרתו לאפשר צמצום המחלוקות בתיק⁷⁷ ושהפסיקה ראתה בו בסיס בחוק להליך של גישור. בהמשך אף פרסמה נשיאת בית המשפט העליון נוהל שבו סדרי עבודה בהליכי הגישור הפלילי.⁷⁸

ג. זכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון

1. ההצעה

מוצע בזה כי כל עוד נוהגת שיטת (תעשיית) עסקות הטיעון, הכרחי לקבוע זכות של הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון, ולצידה חובה של התביעה. הזכות תבוסס על עקרונות השוויון והפרופורציה, על הזכות להליך הוגן ועל חובות ההגנות ותום הלב של התביעה. הזכות תיקבע בחוק או בפסיקה ותיאכף באמצעות המנגנונים המשפטיים שיוצעו בהמשך. כאן אתמקד בתוכן הזכות. זכותו של הנאשם היא שהתביעה תנהג כלפיו בשוויון ותציע לו עסקת טיעון בתנאים המקובלים באשר לנאשמים בעבירה דומה כשהנסיבות הרלוונטיות העיקריות

71 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 553.

72 הנאשם עשוי לחשוב: "אפילו אם אסכים, ייתכן שבית-המשפט יעניש אותי בחומרה גדולה מהמוסכם ולכן אולי כלל לא כדאי לי להסכים".

73 עניין מדינת ישראל נ' פלוני, לעיל ה"ש 67, בעמ' 528.

74 חוות דעת 12/06 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "מקומו של בית המשפט בהסדרי טיעון" (12.11.2006).

75 הנחיית פרקליט המדינה 8.1, לעיל ה"ש 9.

76 קובו נאשמים בלתי עקביים, לעיל ה"ש 33, בעמ' 392–427.

77 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48).

78 נוהל נשיאת בית המשפט העליון 2–21 "גישור פלילי בבתי המשפט" (19.5.2021).

דומות. ההצעה לעסקת טיעון לא תיוותר חסד של התובע אלא תהיה, לפחות אמפירית, זכותם המרכזית של הנאשמים, שהרי רובם המכריע מורשעים על בסיס עסקת טיעון. יובהר כי הצעה הוגנת אין פירושה דווקא הצעה מקילה מאוד או אפילו הצעה כלשהי: אם למשל המצב המקובל באשר לעבירת ריגול שנעברה בנסיבות מסוימות הוא שהתביעה אינה מציעה עסקת טיעון כלשהי אלא מבקשת מבית המשפט לשמוע עדים ולבחון ראיות, אזי לפי עקרון השוויון גם הנאשם המסוים לא יקבל הצעה. אסור לתביעה "לנפח" (בשפת הדיבור המוכרת; לעבות בעברית תקנית) את כתב האישום ולכלול בו עבירות או אישומים או "עובדות" שמטרתם היא לרכך את הנאשם במשא ומתן לקראת עסקת הטיעון.⁷⁹ האשמת יתר כזו היא למעשה סחיטה (באיומים).⁸⁰ ההתאמה של הצעת התביעה למקובל צריכה כמובן להיבחן לפי כתב אישום ריאלי ולא לפי לכתב אישום מעובה. אסור לתביעה לבקש מבית המשפט מעצר עד תום ההליכים או הארכה שלו, שמטרתם ללחוץ על הנאשם להודות במסגרת של עסקת טיעון. גם מעצר כזה הוא סחיטה (בכוח).⁸¹

גם בכתב האישום המוסכם, שלאחר שינוי כתב האישום המקורי, אסור לתביעה לכלול "עובדות" שהנאשם מתכחש להן ונאלץ להסכים לדרישת התביעה לכלול אותן בכתב האישום כתנאי להסכמת התביעה לעסקת הטיעון. כך, בתמורה להקלה נאשמים נאלצים להודות ב"עובדות" לא נכונות, הנאשמים מושפלים⁸² וההליך המשפטי מזדהם.

2. הבסיס התאורטי-ערכי-מוסרי לזכות המוצעת

מוצע לבסס את הזכות על ארבעה בסיסים מצטברים: על עקרון השוויון; על עקרון הפרופורציה; על הזכות להליך הוגן; על חובות ההגינות ותום הלב המוגברות של התביעה.

עקרון השוויון מחייב יחס זהה או לפחות דומה כלפי נאשמים שעברו עבירות דומות כשהנסיבות הרלוונטיות העיקריות דומות. הפרת יוצרת אפליה פסולה. אם התביעה נוהגת להציע לנאשמות בגרימת מוות ברשלנות שאין לחובתן עבירות

79 על התופעה המצערת של עיבוי כתב האישום ראו קובו **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 383, 460; ובעקבותיו מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 231: "ממצאי המחקר מצביעים על תופעה של האשמת-יתר מצד תובעים, המקווים שבאמצעות הפחתת החומרה של כתב האישום במשא ומתן לגיבוש הסדר טיעון יוכלו להביא נאשמים להודות באשמה".

80 בועז סנג'רו "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" **הסניגור** 145, 4, 7 (2009) (להלן: סנג'רו "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות"). נוסף על זה, עיינו בהגדרת העבירה "סחיטה באיומים" הקבועה בס' 428 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

81 עיינו בהגדרת העבירה "סחיטה בכוח" הקבועה בס' 427 לחוק העונשין. הבעיה חריפה במיוחד כאשר המאסר הצפוי במקרה של הרשעה הוא קצר – שאז נדרשות תעצומות נפש (וגוף) עצומות כדי לעמוד על הזכות למשפט הוגן ובינתיים לשהות במעצר ממושך במקום להודות ולהשתחרר.

82 ראו מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 263.

תעבורה קודמות עסקת טיעון הכוללת עונש של שנת מאסר, יהא עוול להציע לנאשמת שאין שוני מהותי בין המקרה שלה לבין המקרים שתוארו עונש חמור יותר, כגון שנתיים מאסר.

סטיות מעקרון השוויון מתרחשות כיום מסיבות מגוונות מאוד:⁸³ התביעה אינה קובעת מדיניות מפורטת באשר להצעות לעסקות טיעון, ולכל הפחות איננה מפרסמת מדיניות כזו. אין פורמליות, אין מבניות, אין תיעוד ואין שקיפות. נאשם שהוא או סנגורו אינו מנהל היטב את המשא ומתן צפוי להיות מופלה לרעה, ואולי אפילו לא לדעת על כך. התביעה עלולה להפלות נאשמים לרעה על בסיס השתייכותם הקבוצתית. תיתכן גם השפעה של טיב היחסים שבין התובעת לסנגורית, לרבות חברות ולרבות האפשרות שבהיותן "שחקניות חוזרות" הן מגיעות להסכמות המושפעות לא רק מהנסיבות הרלוונטיות של התיק הנוכחי אלא גם מעצם קיומם של תיקים אחרים שברצונן להסכים בעניינם. תיתכן השקפה מחמירה של תובעת מסוימת באשר לענישה הראויה אשר עלולה לגרום לאפלייתם לרעה של נאשמים שאיתרע מזלם ושגורלם נתון בידיה. יחסי הכוחות בין הצדדים אינם שווים: התביעה, שלעזרתה מתייצבת המשטרה, חזקה בהרבה מהנאשם, אפילו כשהוא מיוצג. כך למשל התביעה היא שבוחרת את נקודת הפתיחה של המשא ומתן, באמצעות ניסוח כתב האישום. פערים כאלה יוצרים במקרה הגורע הודאת שווא של חף מפשע, ובמקרה הגורע פחות ענישה מחמירה מדי. לפיכך פלא בעיניי שהפסיקה מודאגת רק מהאפשרות, הקיימת, של ענישה מקילה מדי ואיננה מוטרדת כלל מהאפשרות של ענישה מחמירה מדי במסגרת עסקות הטיעון. לבסוף, גם תובע שבשרירות מסרב לנהל משא ומתן עם נאשם או עם סנגור מסוים מפר את עקרון השוויון.⁸⁴

עקרון הפרופורציה, שהוא עיקרון-על כמעט⁸⁵ בכל תחומי חיינו ואחד מעקרונות היסוד של דיני העונשין,⁸⁶ הוא בעל חשיבות עצומה בתחום הענישה הפלילית, כמובן. חוק העונשין הישראלי, שחלק העבירות שבו הוא למעשה תרגום לעברית של פקודת החוק הפלילי, 1936 מימי המנדט הבריטי (בצירוף טלאים), איננו מגשים את עקרון הפרופורציה. העונשים הם ברובם מופרזים, ואין יחסיות הולמת ביניהם. בתיקון מרכזי

83 ראו, Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 HARV. L. REV. 2463, 2474-75 (2004); קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 316-318, 322-324; מן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 237.

84 בכללי לשכת עורכי הדין האמריקנית (The ABA Criminal Justice Standards) נקבע כי התובע אינו רשאי לסרב לנהל משא ומתן עם הנאשם – ראו Christopher B. Mueller, "Make Him an Offer He Can't Refuse" – Mezzanatto Waivers as Lynchpin of Prosecutorial Overreach, 82 MO. L. REV. 1023, 1066 (2017). נוסף על זה, אם מנסים למצוא צד חיובי בעסקות הטיעון, כגון להאיר את דיאלוג החיובי שהן יוצרות בין התביעה לבין ההגנה, מזדקרת לעין וצורמת מאוד היא סמכות התובע הישראלי לסרב לנהל דיאלוג הוגן עם הנאשם. וראו Kitai-Sangero, לעיל ה"ש 30.

85 מלבד אולי בתחום האהבה.

86 בועז סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים 80-74 (2020).

לחוק העונשין (מס' 113, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה") השתדלה הכנסת להדריך את השופטים, אך רוב העונשים נגזרים בשטח ההפקר של עסקות הטיעון. כל עוד תימשך תעשיית עסקות הטיעון ולא תוכר הזכות לקבלת הצעה הוגנת, ונוכח הביקורת השיפוטית הרופסת, עקרון הפרופורציה יופר שוב ושוב.⁸⁷

הזכות להליך הוגן – בהתקיים תעשיית עסקות הטיעון ובהיעדר הזכות המוצעת כאן, נעלמות מרוב מכריע של ההליכים הפליליים כל אותן זכויות דיוניות של נאשמים שנועדו לשמש ערובות לצדק, שיחדיו מכונות "הזכות להליך הוגן", החל מזכות השתיקה דרך הזכות להיוועצות בסנגור ולייצג במשפט, ועד לזכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית. אומנם הזכות המוצעת לא תממש זכויות אלה, אך היא תשמש חלופה להן שביכולתה להפוך את ההליך להוגן.

חובת תום הלב המוגברת של התביעה נובעת מהיותה של התביעה זרוע של השלטון הנבחר, שהוא שלוח של הציבור, ועל כן היא מחויבת לייצג אותנו כראוי, בין היתר בהתייחסותה אל הנאשמים בהגינות. אמת, במסגרת האמנה החברתית הסכימו האזרחים שהמדינה תוכל להעמידם לדין פלילי, אך הסכמתם כפופה להנחה שהתביעה תנהג בהגינות.

תביעה שמעבה את כתב האישום כדי לסחוט מהנאשם הודאה איננה נוהגת בהגינות. תביעה ש"מסדרת" את הנאשם ומוכרת לו עסקת טיעון גרועה, שמקפחת אותו לעומת הנאשמים האחרים, ומציגה אותה כעסקת טיעון טובה, נוהגת בנוכלות ולא בהגינות.

לבסוף, אומנם מוצע בזה לבסס את הזכות המוצעת על ארבעה בסיסים **מצטברים** (עקרון השוויון; עקרון הפרופורציה; הזכות להליך הוגן; חובות ההגינות ותום הלב המוגברות של התביעה), אך ניתן לראותם כאדנים **חלופיים** שלמעשה די לנו באחד מהם כדי לבסס את הזכות המוצעת.

ד. דרכים מעשיות להכרה בזכות המוצעת ולאכיפתה

מוצעות כמה דרכים החופפות זו את זו בכמה תחומים, ואין צורך בכולן יחדיו.

1. קביעת הזכות בחוק

זוהי כמובן דרך המלך/המלכה. יש להסדיר בחוק סדר הדין הפלילי את הליך עסקת הטיעון, ובמסגרת הסדרה זו לקבוע את זכות הנאשם ואת חובת התביעה. להלן נוסח אפשרי לסעיף בחוק:

סעיף מס. xxx – "זכות הנאשם וחובת התביעה בעסקות-טיעון"

⁸⁷ כך למשל כל עוד התביעה רשאית לנסות לקבל את הסכמת הנאשם לעסקת טיעון מחמירה ולא פרופורציונית, יהיו נאשמים שייאלצו להסכים, בתי המשפט יאשרו את העסקות משום שהם אינם מתערכים כשהעונשים חמורים מדי, ועקרון הפרופורציה יופר שוב ושוב.

א. פרקליט המדינה יקבע ויפרסם מדי שנה את מדיניות התביעה באשר לעסקות הטיעון.⁸⁸ המדיניות תתייחס גם לעקרונות כלליים וגם למדיניות המסוימת לסוגים טיפוסיים של עבירות תוך כדי הפרדה בין העבירות לפי הערכים המוגנים (חיי אדם, שלמות הגוף, החירות, חופש הבחירה [האוטונומיה], הפרטיות, הקניין, ביטחון המדינה וכו'). לעבירות שכיחות תיקבע ותפורסם מדיניות מסוימת.

ב. הפרטים שלהלן יפורסמו באתר האינטרנט של רשות התביעה הנוגעת בדבר בדרך שתבטיח שקיפות בנוגע להפעלת שיקול הדעת בקבלת ההחלטה על עסקת טיעון, אך לא תזהה את הנאשם או את נפגע העבירה:⁸⁹

(1) מהות העבירה ונסיבותיה, תיאור העובדות שבהן הודה הנאשם וציון הוראות החיקוק שפורטו בעסקת הטיעון;

(2) תוכן עסקת הטיעון, בצירוף כתב האישום המקורי, כתב האישום המתוקן – אם קיים – הסכם עסקת הטיעון⁹⁰ ונימוקי התביעה לכריתת העסקה.

ג. פרקליט המדינה ירכז הן מהפרקליטות והן מחטיבת התביעות של המשטרה⁹¹ את הנתונים על עסקות הטיעון שנערכו, ויפרסם נתונים אלה בדוח שנתי תוך כדי הפרדה בין סוגים שונים של עבירות ובהתייחסות ספציפית לכל עבירה הקבועה בחוק ונאכפת בתכיפות.⁹²

ד. נאשם זכאי לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון לפי המקובל באשר לעבירה המיוחסת לו שנעברה כשהנסיבות הרלוונטיות העיקריות דומות.

88 ראו סנג'רו "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות", לעיל ה"ש 80, בעמ' 7.

89 סעיף ב' להצעת מבוסס על ס' 67 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, נחקק במסגרת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב-2012, ס"ח 599: "הפרטים שלהלן יפורסמו באתר האינטרנט של רשות התביעה הנוגעת בדבר, בדרך שתבטיח שקיפות לגבי הפעלת שיקול הדעת בקבלת ההחלטה לסגור תיק בהסדר, אך לא תזהה את החשוד או את נפגע העבירה: (1) דבר סגירת תיק בהסדר; (2) מהות העבירה ונסיבותיה, תיאור העובדות שבהן הודה החשוד וציון הוראות החיקוק שפורטו בהסדר; (3) תנאי ההסדר."

90 המכונה כיום "כתב הסדר הטיעון".

91 כל עוד קיימת הפרדה כזו. רצוי להעביר את סמכות התביעה מהמשטרה ולרכז את כולה בפרקליטות, כדי לחזק את ההבחנה החשובה בין החקירה לבין ההעמדה לדין.

92 דוח מבקר המדינה הראה שבמצב הקיים אין מעקב – ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 314.

ה. התביעה תנהג בנאשמים בשוויון, בהגינות ובתום לב, בין היתר גם בהחלטותיה אם ואיזו עסקת טיעון להציע לנאשם מסוים בתיק מסוים.

ו. בעת אישור עסקת הטיעון יודא בית המשפט את הדברים האלה:

(1) הנאשם מיוצג, מבין את העסקה ומודה מרצונו (לצורך זה יראיין בית המשפט את הנאשם באופן מפורט);

(2) קיימות ראיות ממשיות מלבד ההודאה שהנאשם אכן עבר את העבירה (לצורך זה יקבל בית המשפט לעיונו את תיק החקירה המלא);⁹³

(3) העסקה היא הוגנת (לצורך זה יקבל בית המשפט מהתביעה תיעוד של כל שלבי המשא ומתן, כמפורט לעיל בס"ק ב, לעיונו);⁹⁴

(4) טווח העונש המוסכם מקיים את עקרונות השוויון והפרופורציה לעומת המדיניות שפרסם פרקליט המדינה באשר לעסקות טיעון (לפי ס"ק א) ולעומת הנתונים על עסקות הטיעון שנערכו בפועל בשנה החולפת (לפי לס"ק ג).

(5) מצא בית המשפט כי העסקה אינה הוגנת או כי טווח העונש המוסכם אינו מקיים את עקרונות השוויון והפרופורציה כמפורט לעיל, יסטה מהמוסכם בעסקת הטיעון ויגזור עונש הוגן, שוויוני ופרופורציוני כאמור.

(6) מצא בית המשפט כי מדיניות הפרקליטות באשר לעבירה מסוימת בנסיבות מסוימות איננה ראויה, יבהיר זאת בפסק הדין ויורה על העברת העתק ממנו לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה.

93 לפירוט בדבר דרישה זו ראו סג'רו בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 7, בעמ' 102–106.

94 יצוין כי עשויות להיות דעות שונות באשר להיקף המדויק של תיעוד המשא ומתן שעל בית-המשפט לעיין בו לפני החלטתו אם לאשר את עסקת הטיעון. סעיפים ב. (1) ו-ב. (2) להצעתי מציעים פירוט מסוים; וסעיף ג. מוסיף נתונים רוחביים שאותם יהיה על פרקליט המדינה לפרסם מדי שנה. המאמר הנוכחי מציע רעיון חדשני, שלאחר קבלתו ניתן יהיה, במסגרת הליכי החקיקה, ובמיוחד בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לדון בכובד ראש בפרטי הפרטים לפני הניסוח הסופי של החוק.

2. הכרה בזכות בפסיקה כחלק מהזכות להליך הוגן

מכיוון שהחקיקה, אם בכלל תגיע, צפויה לארוך שנים רבות, מוצע כי בית המשפט העליון יכיר לאלתר בפסיקתו בזכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון. ניתן לעשות כן הן במסגרת של הצהרה עקרונית והן במסגרת בדיקת כל עסקה המובאת לאישור בית המשפט תוך כדי הפעלת ביקורת שיפוטית ממשית ובעלת משמעות.⁹⁵

תשאל השואלת: מדוע הציפייה היא מבית המשפט לקבוע זכות כזו בפסיקתו ולא להותיר זאת למחוקק? ראשית, כפי שראינו, לא המחוקק הוא שיצר את תעשיית עסקות הטיעון אלא בית המשפט. מכאן שיש לו אחריות מיוחדת למצב הרע הקיים; שנית, אם בית המשפט מחויב לקיומו של הליך הוגן ולא רק ל"מלחמה בפשיעה",⁹⁶ הדרך לשקם את ההליך ההוגן שנעלם מרבים מהמשפטים הפליליים היא להכיר בזכות המוצעת (ובשינויים החשובים הנובעים ממנה).

3. השפעתה של הפרת הזכות על העונש

יש להפריד בין שני מסלולים אפשריים ולהתאים להם פתרונות ראויים: **המסלול הראשון** – חרף הצעה לא הוגנת שקיבל הנאשם מהתביעה בכל זאת נכרתה עסקת טיעון, כפי הנראה עסקה לא הוגנת. במקרה כזה אם תתקבל הצעה וזכות הנאשם לקבלת הצעה הוגנת תיקבע בחוק או תוכר בפסיקה, יפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית ממשית ובעלת משמעות לפני אישור עסקות הטיעון, ולפיכך במקרה נושא דיוננו הנוכחי הוא יתאים את העונש לרמה המקובלת בעסקות הטיעון הנכרות כשמדובר בעבירות דומות שנעברו בנסיבות רלוונטיות עיקריות דומות. אך יש **מסלול שני**, שמצריך פתרון שונה: בשל הצעה לא הוגנת שהנאשם לא היה יכול לקבל, או משום שהתביעה – בניגוד למקובל בעבירות דומות שנעברו בנסיבות רלוונטיות עיקריות דומות – לא הייתה מוכנה כלל להציע הצעה כלשהי, לא נעשתה עסקה, והחל או התקיים משפט הוכחות מלא. במקרים שהתקדמו במסלול השני מוצע להשתמש בהגנה מן הצדק, כפי שיפורט מיד.

4. ראייה בהפרת הזכות אכיפה בדרנית המחייבת הגנה מן הצדק

כאמור, אנו דנים עתה **במסלול השני**: בשל הצעה לא הוגנת שהנאשם לא היה יכול לקבל, או בשל היעדר נכונות של התביעה, בניגוד למקובל, להתקשר בעסקת טיעון,

⁹⁵ על הצורך בביקורת אפקטיבית הרבה יותר מהביקורת הדלה המקובלת כיום ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 6; מן, לעיל ה"ש 1; ולטר, לעיל ה"ש 1.

⁹⁶ על ההבחנה בין שני המודלים ראו HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 149–226 (1968).

לא נעשתה עסקה, והחל או התקיים משפט הוכחות מלא. כאן יהיה אפשר לראות בהפרת הזכות לקבלת הצעה הוגנת אכיפה בדרנית, המחייבת הגנה מן הצדק.⁹⁷ כידוע, טענת הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט אפילו ביטול של כתב האישום, מכיוון שיש בניהולו פגיעה בתחושות הצדק וההגנות, ובוודאי מאפשרת הקלה בעונש. ההגנה מן הצדק התפתחה בפסיקה, וכיום היא מעוגנת בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי, שהוספה לו הטענה המקדמית העשירית: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית".⁹⁸

מוצע כי אם הנאשם יטען את טענתו בתחילת המשפט ויבסס אותה, ויביע לפני בית המשפט נכונות להודות אם העונש יהיה כמקובל בעסקות טיעון באותה עבירה שנעברה בנסיבות רלוונטיות עיקריות דומות, ובית המשפט יקבל את טענתו, אזי יימנע בית המשפט מלקיים משפט הוכחות ויגזור את העונש המקובל. בכך למעשה יכפה בית המשפט על התביעה את התנאים המקובלים לעסקת טיעון ולא יאפשר אפליה לרעה של הנאשם.

כיצד יוכל הנאשם לבסס את טענתו? כיצד יוכל בית המשפט לקבוע אם יש לקבל את הטענה? אם תתקבל הצעתו לחייב את התביעה לפרסם פרטים על כל עסקה ולחייב את פרקליט המדינה לפרסם מדיניות מפורטת של התביעה בעסקות טיעון ולפרסם באופן שוטף את סיכום הנתונים על עסקות הטיעון שנערכו בשנה החולפת, ההכרעה לא תהיה קשה מדי. השקיפות תשפוך אור יקר על עולמן האפל של עסקות הטיעון. יש להניח כי סטיות קלות מהעונש המקובל לא תיחשבנה לאכיפה בדרנית ולא-שוויון בין נאשמים המצדיק קבלת הטענה של הגנה מן הצדק. מנגד, לא נדרש שהאפליה תהיה מכוונת, ודי שהיא נובעת מרשלנות בניהול ההליך או מטעות בשיקול הדעת של הרשות, גם אם הטעות הייתה בתום לב ואין נדרש מניע פסול מצד התביעה.⁹⁹

יש לתת את הדעת על האפשרות שאם הנאשם יעלה את הטענה כי לא הוצעה לו עסקה הוגנת וכי הוא מוכן להודות בתנאים של עסקה הוגנת, אך בית המשפט ידחה את הטענה, יורע מאוד מצבו של הנאשם בשל הנכונות שהביע להודות. מוצעות כמה דרכי התמודדות עם קושי זה: האחת, יש לקבוע כי טענת הנאשם כי לא קיבל הצעה

97 על ההגנה מן הצדק ראו למשל ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** (מהדורה שלישית 2021); עמי קובו "הגנה מן הצדק: מפרשות יפת ובורוביץ ועד לפרשת ורדי" 75 **שנות עצמאות במשפט** 580 (דפנה ברק-ארז עורכת 2023) (להלן: קובו "הגנה מן הצדק"); בועז סנג'רו "היש בכוחה של ה'הגנה מן הצדק' לעשות צדק? (בעקבות הסדרת ההגנה בחוק סדר הדין הפלילי)" **הסניגור** 4, 125 (2007); אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קריית המשפט** א 381 (2001).

98 ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, נחקק במסגרת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007, ס"ח 308.

99 רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי**, פס' 65–80 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 31.10.2018); קובו "הגנה מן הצדק", לעיל ה"ש 97, בעמ' 583.

הוגנת לא תוכל לשמש ראיה נגדו ולא תקים כל חזקה ולא תיצור רושם כלשהו נגדו; השנייה, טובה ובטוחה יותר, היא ליצור מסלול מקדמי שבו שופט אחר שאינו חשוף לתיק העיקרי יבחן אך ורק טענה זו של הנאשם; הדרך האפשרית השלישית היא לא להתנות את הדיון בטענת הנאשם בהבעת נכונותו להודות אם העונש יהיה כמקובל (בעסקות טיעון באותה עבירה שנעברה בנסיבות רלוונטיות עיקריות דומות). עוד מוצע כי גם אם כבר נוהל משפט הוכחות והנאשם הורשע, הוא עדיין יוכל לטעון בטיעונים לעונש את טענת ההגנה מן הצדק, ובית המשפט יביא בחשבון בגזירת עונשו את העובדה שהתביעה לא מילאה את חובתה להציע לנאשם הצעה הוגנת ומקובלת לעסקת טיעון. גם במקרה כזה סביר להניח שבית המשפט יגזור עונש דומה לעונש המקובל בעסקות טיעון. פסיקות כאלה המוצעות כאן לא רק תעשינה צדק עם הנאשם הנוכחי, אלא אף תכוונה את התביעה לקיים את חובתה להציע לנאשמים הצעות הוגנות.¹⁰⁰

ה. התנגדויות אפשריות לזכות המוצעת

1. פגיעה בהרתעה משום שהעונשים יהיו חמורים פחות

טענת נגד אפשרית אחת היא שההצעה להכיר בזכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון תגרום שהעונשים הנקבעים באמצעות עסקות הטעון יהפכו לחמורים פחות וישיגו אפוא הרתעה פחותה. הדגשתי את המילה "הוגנת", משום שהיא הבסיס לתשובתי: אם ההצעה היא הוגנת, על התביעה לתיתה לנאשם, וכחברה ערכית אין לנו בצע בעונשים לא הוגנים שתשיג התביעה באמצעות עסקות טיעון לא הוגנות, גם אם ניתן להשיג באמצעותם הרתעה רבה יותר. נוסף על כך, המחקרים מלמדים שעונשים חמורים, שהם בראש ובראשונה מאסרים ממושכים, אינם משיגים הרתעה גדולה בהרבה מעונשים מתונים (מאסרים קצרים). בארצות הברית עמדו על כך בדוח האקדמיה הלאומית למדעים (2014);¹⁰¹ באנגליה – בדוח של האקדמיה הבריטית (2014);¹⁰² בישראל – בדוח ועדת דורנר (2015).¹⁰³

¹⁰⁰ להשלמת התמונה מוצע כי הזכות המוצעת יהיה בה כדי לבסס טענת נאשם גם אם עסקת הטעון נכרתה לפני חקיקת החוק החדש, הן במשפט הראשון והן בערעור עליו, אך לא יהיה אפשר לתקוף באמצעותה פסקי דין חלוטים, מכיוון שהדבר אינו מעשי.

¹⁰¹ NAT'L RSCH. COUNCIL, THE GROWTH OF INCARCERATION IN THE UNITED STATES: EXPLORING CAUSES AND CONSEQUENCES (Jeremy Travis et al. eds., 2014) (להלן: דוח ה-NRC).

¹⁰² BRITISH ACADEMY, A PRESUMPTION AGAINST IMPRISONMENT: SOCIAL ORDER AND SOCIAL VALUES (2014) (להלן: דוח האקדמיה הבריטית).

¹⁰³ הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון (2015) (להלן: דוח ועדת דורנר).

2. פגיעה בהרתעה משום שתהיינה פחות עסקות טיעון ומערכת המשפט תקרוס

טענה שנייה נגד הצעתי היא שמכיוון שבעקבות ההכרה בזכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון וההכרה בחובה שכנגד מצד התביעה, עסקות הטיעון תהיינה כדאיות פחות לתביעה, ולכן היא תקבע מדיניות שלפיה במקרים רבים (עבירות מסוימות שנעברו בנסיבות מסוימות) אין מתקשרים כלל בעסקת טיעון. במצב כזה התביעה תיאלץ לנהל משפטי הוכחות רבים יותר, ומערכת המשפט עלולה לקרוס תחת הנטל.

למעשה, החשש מקריסת מערכת המשפט איננו חדש ולא המתין להצעתי, אלא הוא מועלה כל אימת שמוצע לזנוח את תעשיית עסקות הטיעון ולשוב אל בירור יסודי של העובדות במשפט הוכחות.¹⁰⁴ כך מהלכים עלינו אימים, אך להערכתי אין סיבה לחשוש. עסקות הטיעון, המאפשרות הרשעות רבות וקלות, הביאונו למצב של פליליות יתר (overcriminalization); מלוא כל הארץ משפט פלילי.¹⁰⁵ בארצות הברית, באנגליה ואפילו בישראל כבר מתפכחים מהמחשבה המוטעית שניתן להקטין את הפשיעה באמצעות ריבוי הרשעות ומאסרים ממושכים.¹⁰⁶ אפילו אם תבוטל תעשיית עסקות הטיעון, קל וחומר אם רק תצומצם, אין צפויה קריסה כלשהי. התביעה תתמקד בעבירות רציניות (ולא תרדוף אזרחים בשל זוטות) שיש בעניינן ראיות מוצקות ולא תנסה להשיג הרשעות בעסקות טיעון כשאינן לה ראיות. נוסף על כך, סביר להניח שייווצר מצב שבו מותירים את השימוש בעסקות הטיעון לעבירות לא חמורות ואת העבירות החמורות (כגון רצח או אונס) מבררים במשפטי הוכחות. יהיה זה שינוי לטובה נוסף.

נוסף על כך, כפי שהראה ולטר, הטיעון השגור שלפיו הגבלות על עסקות הטיעון, כגון חיזוק הביקורת השיפוטית עליהן, יקטינו את מספרן ויגדילו את העומס על מערכת המשפט במידה ניכרת, אינו נכון. מכיוון ששיעור התיקים הפליליים המצריכים הכרעה בין חפות לבין אשמה (שלא כמו בתיקי מעצרים) מתוך כלל התיקים (שרובם המכריע הליכים אזרחיים) הוא נמוך (כ-5%), הרי שירידה בשיעור עסקות הטיעון לא תשפיע הרבה על עומס השופטים.¹⁰⁷

104 ראו למשל מצא, לעיל ה"ש 22, בעמ' 4: "המשטרה והתביעה – וכמותן גם השופטים – תומכים בפרקטיקה זו מטעמים מובהקים: אילו נדרשו לברר כמעט את כל ההליכים הפליליים בדרך המחייבת את בירור ומיצוי הדין עם כל עבריו, השיטה כולה הייתה קורסת. המשטרה והתביעה לא היו מספיקות להדביק את הקצב ובתי-המשפט היו מתמוטטים תחת העומס".

105 Dervan עמד על היותם של היחסים בין שיטת עסקות הטיעון לבין התופעה של פליליות יתר הדדיים-טפיליים. ראו Dervan, Overcriminalization, לעיל ה"ש 31.

106 ראו דוח ה-NRC, לעיל ה"ש 101; דוח האקדמיה הבריטית, לעיל ה"ש 102; דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 103. גם הקמתם של בתי המשפט הקהילתיים משקפת התפכחות חלקית זו.

107 ולטר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 454–456.

3. קבלת ההצעה תביא להגדלת שיעורן של עסקות הטיעון

טענה אפשרית נוספת היא שאם תתקבל הצעת, הצעות התביעה לנאשמים תהיינה טובות יותר, ולכן נאשמים רבים יותר יתקשרו בעסקות טיעון, ובכך יהיה דווקא גידול בשיעור עסקות הטיעון (שאליו הרי המחבר מתנגד). אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי; זו סקילה וזו שרפה. טיעון הנגד הנוכחי וקודמו תוקפים את הצעתי מלפנים ומאחור. רווח והצלה מצאתי בהיותם סותרים: הרי לא ייתכן ששיעור עסקות הטיעון גם יקטן וגם יגדל בו-זמנית. בכל זאת אתייחס כאן לאפשרות שהטיעון הנוכחי הוא הנכון. אילו הועלתה הטענה במאה העשרים, כשיעור עסקות הטיעון היה זניח, אולי היה אפשר להתייחס אליה ברצינות. אך במאה העשרים ואחת, במצב שבו קרוב ל-90% מההליכים הפליליים מסתיימים בהרשעה שלאחר עסקת טיעון, וכאשר כפי שהראו זהר ומיכאלי, קיים אפקט של מחזור משוב, שבגיניו שיעור עסקות הטיעון אינו נעצר אלא הולך ועולה,¹⁰⁸ החשש שהצעות הוגנות מצד התביעה תולכנה לגידול בשיעור עסקות הטיעון אינו ריאלי. ואף אם היה ריאלי, אם ההצעות תהיינה הוגנות ובעקבותיהן העסקות תהיינה הוגנות והעונשים יהיו סבירים, ניתן לראות בזה יתרון ולא חיסרון.

4. קבלת ההצעה תגרום להחמרת הענישה

טענת נגד אפשרית נוספת היא שקבלת ההצעה תוליך דווקא להחמרת הענישה בשל שילוב מדיניות התביעה עם עקרון השוויון: התביעה לא תרצה להתחייב על עונשים מתונים, ולכן תפרסם מדיניות מחמירה, ואז עקרון השוויון יפעל להחמרה עם כלל הנאשמים, לעומת המצב הקיים שבו חלק מהם זוכים להקלה. **ראשית**, טענת נגד זו סותרת כמובן את הטענה הראשונה שלעיל, ולכן רק אחת מהן עשויה להיות נכונה. **שנית**, אפילו אם הטענה נכונה, אם התביעה תקשיח את עמדותיה, פחות נאשמים יתפתו להודות במסגרת עסקות טיעון, והתביעה תיאלץ למתן את עמדותיה. **שלישית**, מכיוון שמספר מקומות הכליאה מוגבל (גם במצב הקיים צפיפות הכליאה אינה עומדת בסטנדרט שקבע בג"ץ,¹⁰⁹ של שטח מחיה מזערי בן 4.5 מ"ר לאסיר, ואפילו 3 מ"ר אינם מוקצים לכל אסיר), התביעה ובתי המשפט ממילא יאלצו להתאים את רף הענישה לאפשרות המעשית לכלוא אסירים, ואפשרות מעשית זו מהווה ותהווה תמיד חסם עליון לכליאה ולגזירת עונשי מאסר.

108 יוסף זהר ומוטי מיכאלי "משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון" **עלי משפט** יא 153 (2014).

109 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, 20–23 (נבו 13.6.2017).

5. קבלת ההצעה תעקר את המשא ומתן

טענת נגד נוספת, שבה אדון בקצרה, היא שאם התביעה תחויב להציע לכל נאשם הצעה הוגנת לעסקת טיעון, לא ייוותר למשא ומתן בין הצדדים מרחב מחיה, ההצעות תהיינה במתכונת של "take it or leave it" וההסכמות תהיינה פחות או יותר כמו ההצעות. לשיטתי אין כל רע במצב דברים שכזה. אדרבה, יוחלף המקח והממכר בתעריף הוגן ושקוף ובאסדרה (רגולציה).

בדומה לזה, בדיון באפשרות של ביטול שיטת עסקות הטיעון הבחין שולהופר בין שתי אפשרויות: האחת היא ביטול ההטבות שאותן מציעים כיום לנאשמים בתמורה להודאותיהם; השנייה היא ביטול המשא ומתן, וההטבות אפוא תיקבענה בחקיקה או בפסיקת בתי המשפט, ויהיה בלתי אפשרי להתמקח בעניינן.¹¹⁰ אכן, אם לא ניתן להחזיר את הגלגל אחורה ולבטל כליל את תעשיית עסקות הטיעון (לא משום שהמערכת תקרוס אלא משום שרבים מדי תומכים בשיטה) רצוי מאוד לכל הפחות לבטל את המשא ומתן.

¹¹¹ "Justice and liberty are not the subject of bargaining and barter".

6. ההצעה מיותרת: לפי תאוריית "צל המשפט", העונשים המוסכמים בעסקות הטיעון תואמים את העונשים שצפויים להיגזר בתום משפטי הוכחות

כאמור, השיקול המרכזי המועלה לתמיכה בשיטת עסקות הטיעון הוא היעילות. הטענה היא שהמדינה חוסכת את המשאבים הרבים הדרושים לניהול משפט הוכחות, ושלנאשם עשויה לצמוח תועלת אם יפעל רציונלית וישווה את תוחלת העונש בסיומו של משפט הוכחות לתוחלת העונש בעסקת הטיעון. הנחה מקובלת בקרב תומכי עסקות הטיעון היא שהן נכרתות "בצל המשפט" ומבוססות על הערכה נכונה של התוצאה הצפויה בתום משפט הוכחות.¹¹²

ראשית, קיימת הערכה הפוכה שלפיה במציאות דווקא משפטי ההוכחות המעטים הם שנערכים בצל עסקות הטיעון הרבות.¹¹³ **שנית,** כאמור, כשהנאשם מוותר על הזכות למשפט הוכחות הוא מוותר על הדרישה להוכחת האשמה מעבר לספק סביר, שהיא כיום המנגנון המרכזי למניעת הרשעת חפים מפשע.¹¹⁴ **שלישית,** ייתכנו ניגוד עניינים ו"בעיית נציג":¹¹⁵ לנוחות הסנגור ולמקסום הרווח שלו, בדרך כלל עדיף לו לשכנע את הנאשם להסכים לעסקת טיעון. הדבר עלול להסתים במקרה הרע בהרשעת חף מפשע ובמקרה הרע פחות בהסכמת אשם לעונש חמור במידה רבה מן המקובל. **רביעית,** גם לתובעים יש שיקולים אישיים, ובמיוחד קידום הקריירה, וכשם שריבוי

¹¹⁰ Schulhofer, לעיל ה"ש 31, בעמ' 2003–2009.

¹¹¹ Dervan, *Bargained Justice*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 29.

¹¹² Bibas, לעיל ה"ש 83.

¹¹³ יוסף זהר "משפט בצל מרחב המיקוח: מידול ומדידה של פערי ענישה בעסקאות טיעון" **מחקרי משפט** לב 635, 642–643 (2020); זהר ומיכאלי, לעיל ה"ש 108. וראו גם Bibas, לעיל ה"ש 83.

¹¹⁴ למחקרים ולדוגמאות מהמציאות ראו סנג'רו **בטיחות מפני הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 7.

¹¹⁵ Schulhofer, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1987–1991.

ההרשעות הקלות עלול להיות מושך;¹¹⁶ גם השגת עונשים חמורים בעסקות טיעון עלולה להיחשב להישג. **חמישית**, לא ברור מדוע עלינו לסמוך על כוחות השוק (שעליהם מבוססת תאוריית "צל המשפט") ולהימנע מביקורת שיפוטית ממשית על עסקות הטיעון כשצל הכף מונחת חירותם של אזרחים. **שישית**, אפילו אם העונש בעסקת הטיעון כדאי לנאשם לעומת העונש הצפוי במשפט הוכחות, עדיין ייתכן מאוד שהעונש חמור מדי לעסקת טיעון ומנוגד לעקרונות השוויון והפרופורציה, לזכות להליך הוגן ולחובות ההגינות ותום הלב של התביעה.

7. במציאות רוב ההצעות באות מהסנגורים, ורוב ההסכמים "פתוחים" מבחינת העונש

זוהי טענת הנגד האחרונה שבה אדון. גם אם במציאות הישראלית רוב ההצעות אינן באות מהתביעה אלא מהסנגורים, עדיין יש חשיבות עצומה להכרה בזכות הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון. **ראשית**, התביעה היא החזקה במשא ומתן, וייתכן מאוד שהצעת הסנגור איננה טובה לנאשם ואיננה הוגנת. **שנית**, לפי ההצעה, התביעה תחויב להציע הצעה הוגנת בין שהסנגור הקדים והציע הצעה מטעמו ובין שלא. **שלישית**, גם כשמדובר בהסכם "פתוח", שבו הצדדים מסכימים "רק" על העבירה ומותירים את גזירת העונש לבית המשפט, עדיין ההשלכה של קביעת העבירה היא דרמטית. חשבו למשל על ההחלטה אם להאשים בעבירת האונס, שדינה 16 שנות מאסר ובנסיבות מחמירות אפילו 20 שנות מאסר, ועונש מינימום של 4 או 5 שנות מאסר (בהתאמה), או להאשים (במסגרת עסקת טיעון) בעבירת המעשה המגונה (בנסיבות רגילות), שעונשה המרבי 3 שנות מאסר.¹¹⁷

ו. אחרית דבר

המאמר הציע בסיס תאורטי-ערכי-מוסרי להכרה בזכות של הנאשם לקבל מהתביעה הצעה הוגנת לעסקת טיעון, שמולה כמובן חובה של התביעה וכן דרכים מעשיות להכרה בזכות המוצעת ולאכיפתה. להערכתי, גם התומכים בשיטת עסקות הטיעון עשויים לתמוך בהכרה בזכות כזו, שעשויה לשפר את הפרקטיקה המקובלת ולתרום להכשרתה. המאמר קורא לכנסת לעגן את הזכות המוצעת בחקיקה תוך כדי הסדרת השיטה של עסקות הטיעון, שאינה קיימת כיום חרף העובדה שרוב מכריע של המשפטים הפליליים מתחילים ומסתיימים בעסקת טיעון. מכיוון שחקיקה היא תהליך ארוך, מצופה מהשופטים, שיצרו את תעשיית עסקות הטיעון ללא בסיס בחוק, למתן אותה מעט באמצעות הכרה בזכות המוצעת בפסיקה. עקרון השוויון, עקרון הפרופורציה, הזכות להליך הוגן וחובות ההגינות ותום הלב של התביעה מחייבים זאת.

Susan A. Bandes, *Protecting the Innocent as the Primary Value of the Criminal Justice System*, 116 OHIO ST. J. CRIM. L. 413, 437 (2009).

117 השוו את ס' 345 לחוק העונשין (בצירוף ס' 355) לס' 348 (ג) לחוק העונשין.