

בחינה מחדש של תופעת הפללת-יתר, בדגש על מערך המניעים והתמריצים של התובעת הפלילית בהחלטה על העמדה לדין

ענת אורנשטיין-קרונוברג*

“Understanding why prosecutors select certain cases for prosecution and disregard others is one of the great enigmas of the criminal justice system”.¹

- א. מבוא
- ב. הפללת-יתר בדין הפלילי
 1. מיונו וסיווג מחדש של המונח הפללת-יתר
 - ג. שיקול הדעת של התובעת הפלילית בשאלת העמדה לדין
 1. מגמות של אכיפה והסברים אפשריים לתופעה
 2. מערכי התמריצים של התובעת הפלילית בהעמדה לדין
 3. מודלים של תמריצים בתביעה הפלילית בארצות הברית
 4. טיעוני נגד אפשריים למודל תמריצים כלכלי
 - ד. הצעה למודל תמריצים בתביעה הפלילית
 1. המודל המוצע
 - ה. סיכום

* דוקטור, מרצה בחוג למשפטים במרכז האקדמי פרס. חיבור נכתב כחלק מעבודת הדוקטור, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה והתקבל לפרסום במהלך לימודי הדוקטורט. אני מבקשת להודות מקרב לב למנחיי בעבודת המחקר: לפרופ' רון שפירא על הדרכתו והנחיתו, על שעות של חשיבה משותפת ומאתגרת עוד בשלב שבו הרעיון למאמר זה היה בנגד מחשבה גרידא; לפרופ' דורון מנשה, על הערותיו המדויקות והחשובות שקידמו מאמר זה. מבקשת להודות מקרב לב לעורך כתב העת עו"ד אלון רודס, לרביב שלו וחברי המערכת על הערותיהם שקידמו ושיפרו מאמר זה.

Michael Edmund O'Neill, *Understanding Federal Prosecution Declinations: An Empirical Analysis of Predictive Factors*, 41 AM. CRIM. L. REV. 1439 (2004).¹

א. מבוא

בעשורים האחרונים הולכת וגוברת בישראל ובעולם מגמה המכירה בתופעה של *Over-Criminalization*² (תכונה במאמר זה: "הפלתלת-יתר"). במסגרת הדיון במגמה זו, היו שקראו לצמצומה של תופעה זו, תוך דיון בהשלכותיה של התופעה.³ בהקשר זה, מונה לאחרונה צוות לבחינת המעבר של עבירות הסדר

² DOUGLAS N HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008). בספרו טוען המחבר כי יש יותר מדי ענישה. Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 718–729 (2005); Sara Sun Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overcriminalization* 54 AM. U. L. REV. 747 (2004); Stephen F. Smith, *Overcoming Overcriminalization Symposium on Overcriminalization*, 102 J. CRIMX. L. & CRIMINOLOGY 573 (2012); Stuntz William J., *The Pathological Politics of Criminal Law* 100 MICH. L. REV. 505 (2001); James Chalmers, *'Frenzied Law Making': Overcriminalization by Numbers*, 1 CURRENT LEGAL PROBS. 483 (2014); Darryl K Brown, *Democracy and Decriminalization*, 86 TEX. L. REV. 223 (2007). לרוב, הפלתלת-יתר מתבטאת באחד מחמישה סוגים: עבירות עמומות; עבירות חופפות; עבירות ראשוניות; עבירות שמוגדרות בספרה הפלילית בטעות וכאלו המונעות סיכון מרוחק. קיימת ספרות המרחיבה את הטיעון הבסיסי של הפלתלת-יתר ולפיה הפלתלת-יתר היא תוצאה של שיפוט יתר ואקטיביזם שיפוטי. ראו גם הדר דנציג-רוונברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין ודברים 1, 201, 203–208 (2011).

³ בישראל קיימת ספרות מועטה המתייחסת לתופעת הפלתלת-יתר. ראו, למשל, מאמרו של דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983); קרמניצר התייחס לתופעה זו במאמר תגובה שבו, בניסיון לנמק את צמצום המגמה של פליליות היתר, הצביע על מגמות צמצום עיקריות במשפט הפלילי. בין היתר, ציין קרמניצר את הסייג של זוטי דברים; הגברת הפיקוח של בג"ץ על החלטות רשיות התביעה; הגנה מן הצדק; חוק עבירות מינהליות ועוד. ראו מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 935 (ניל כהן ועופר גרוסקופף עורכים 2008); בועז סנג'ור "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" הסנגור 145 (2009). היו שהפנו את הזרקור לכיוון פתרונות של ביקורת שיפוטית או אחרת על התביעה הפלילית. ראו גם, מורן נגיד ויצחק קליין "מבקר עצמאי לתביעה הפלילית של מדינת ישראל: מחקר השוואתי והצעה לשינוי" פורום קהלת למדיניות (2014). סוג נוסף של פליליות יתר אינו מתייחס לספרה הפלילית בלבד, אלא להתערבות יתר בחופש האזרח ובשוק החופשי. לפי השקפה זו, לא ראוי להסדיר משפטית כל היבט בחיים האנושיים, ויש להותיר לשוק ולחברה את האפשרות להתפתח בכוחות עצמם. ראו, למשל: איילת שקד "מסילות אל המשילות" השילוח 1, 37 (2016); אסף הרדוף "אי חקיקה, משפוט-יתר וחירות חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות אי-המשפט" מאזני המשפט יב 55 (2019). במאמרו זה מסכים הרדוף עם הטענה שאנו סובלים מ"משפוט-יתר", אולם לצד זה הוא מדגיש כי הימנעות מחקיקה ומהפללה אינן פתרון המקדם חירות, זכויות וערכים וכי

למנגנון מינהלי (דה-פליליזציה). צוות זה כונה "צוות דה-פליליזציה" ומטרתו העיקרית הייתה לייעל את מערכת המשפט ולבחון הוצאת עבירות מהמישור הפלילי למישור המינהלי.⁴ נקודת המוצא של הצוות, כפי שנכתבה בדוח המסכם הייתה כי במדינת ישראל קיימת תופעה של "הפללת-יתר" במובן זה שקיים שימוש נרחב בדין הפלילי והרוב המוחלט של ההתנהגויות האסורות מוסדרות דרך הדין הפלילי. כמו כן, לפי עמדת חברי הצוות, שימוש בכלי הפלילי לאכיפת התנהגויות במיוחד מסוג "הסדר" ועבירות מינהליות לא מגשים את תכליות הדין הפלילי ופוגע באפקטיביות של ההליך הפלילי.⁵

בד בבד עם ההכרה בתופעה זו ובנזקה הפוטנציאליים, מעיון בנתוני העמדה לדין בעשורים האחרונים עולה תמונה מעניינת. לעומת עלייה בכמות התיקים הפליליים שנפתחים, מספר כתבי האישום הפליליים המוגשים פוחת. פער זה משמש נקודת מוצא למחקר זה. מדובר בפער בין ההכרה בתופעת הפללת-יתר – והפעילות שננקטת לצמצומה – לבין נתוני ההעמדה לדין כפי שעולים מדוחות המשטרה והפרקליטות כדי להבין את הפער ובמטרה להעמיק בו, המאמר יבקש לבחון את מערך המניעים והמוטיבציות של התובעת הפלילית בהחלטה על העמדה לדין. בחינה זו מאפשרת, לראשונה, צוהר אל עבר הליך העמדה לדין של התביעה הפלילית, תוך פריסת הגורמים שעשויים להשפיע על החלטת התביעה הפלילית.

אי-משפט גם הוא משפט. בהקשר זה מעניין לציין את תאוריית "המשפט הנמוג", ההופכת את המשפט לשדה של הסכמות הקשורות באופן עמוק להליך המשפטי. גבריאלי, צימרמן ואלברשטיין התייחסו לתופעה זו במאמרם והגדירו אותה כתופעה: "שבמסגרתה מתמעטים התיקים המוכרעים בבית המשפט". ראו עמוס גבריאלי, נורית צימרמן ומיכל אלברשטיין "הגישור הסמכותי: משפט בשל הגישור" המשפט כד 387, 389 (2018).

⁴ בהקשר זה מינה שר המשפטים צוות לבחינת מעבר עבירות הסדר למנגנון מינהלי (דה-פליליזציה). בפברואר 2022 הועבר דוח ביניים של הצוות אשר קבע כי יש לגבש מנגנון אכיפה מינהלי. ראו משרד המשפטים הצוות לדה-פליליזציה הצוות הבינמשרדי לבחינת מעבר עבירות הסדר למנגנון מינהלי (2022). ראו גם החלטה 227 של הממשלה ה-36 "ייעול מערכת המשפט" (1.8.2021).

⁵ יצוין כי בארצות הברית נעשו ניסיונות להילחם במגמת הפללת-היתר. הניסיון המוכר מביניהם הוא ניסיון משנת 1966 שמסגרתו הוקם צוות רפורמה (The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws). צוות זה הוביל לחקיקת חוק פלילי חדש אך מהלך זה נחל כישלון. ראו Roger A. Fairfax, *From "Overcriminalization" to "Smart on Crime": American Criminal Justice Reform – Legacy and Prospect*, 7 J.L. ECON. & POL'Y 597, 603–606 (2011). בהמשך, החלו להתגבש תנועות אפוליטיות אשר טענו למהלכים של "Right on Crime" או "Smart on Crime". ראו בהקשר זה את אתר Right On Crime (זמן ב-<https://bit.ly/41huVgx>). בשנת 2013 הוקם צוות לבחינת הפללת-היתר בארצות הברית (The overcriminalization Task force) וחלק מועט מהמלצותיו אומצו.

אם כך, אחת ממטרות המאמר המרכזיות היא לחקור את השדה הבלתי חרוש של שיקול הדעת של התביעה, לא במובנים הידועים של הנימוק הגלוי והמוצהר של ההחלטה, כלומר, בחינת השאלות: האם קיימות ראיות, אינטרס ציבורי או אשמה? המאמר בוחן היבט רחב יותר, הבלתי נחקר – תמריציו של סוכן-הפעולה עצמו בהחלטה אם להגיש כתב אישום, וכיצד אלו משפיעים על האכיפה בישראל.

בהמשך, אבקש לבחון באורח ביקורתי את טיעוני הנגד, הלא מעטים, שעשויים להישמע נגד החלת מודל תמריצים בתביעה הפלילית. עם זאת, אבקש לטעון כי בהנחה שקיימת מגמה צדדית של צמצום כמות כתבי האישום המוגשים, עולה צורך של ממש בעידוד תגמול לתובעים. אציע מודל פרקטי לתמרוץ שכזה. מטרת המאמר היא גם להצביע על היעדרו של שיח על הקשר, אם קיים, בין מערך המוטיבציות לבין ההחלטה על העמדה לדין.

מאמר זה יתמקד בשני עיקרים ויבקש לקשור ביניהם. הראשון – פריסה לראשונה את מגוון המניעים, התמריצים והמוטיבציות של סוכן-הפעולה עצמו בהחלטה אם להגיש כתב אישום. השני – הצבעה על הנתונים הישראליים המלמדים על צמצום הדרגתי של שיעורי העמדה לדין פלילי. המאמר ינסה להציג נקודת מבט הוליסטית של שלב העמדה לדין פלילי: מקצהו האחד יוקדש לבחינת שלל המניעים של התובעת הפלילית, ומקצהו השני – סקירת נתוני האכיפה בעשורים האחרונים. שני עיקרים אלו יובילנו להצעת מודל תמרוץ שאינו מתמקד בתוצאת ההליך אלא באיכות קבלת ההחלטה.

המאמר נחלק לארבעה חלקים: הפרק הראשון ידון בתופעת הפללת-יתר כפי שהיא מתוארת בספרות האמריקאית והישראלית. בחלק זה אבקש למיין ולסווג את שלושת הסוגים של פליליות יתר. בפרק השני, אדון בשיקול הדעת של התובעת הפלילית תוך הצגת נתונים בדבר העמדה לדין פלילי מאז שנת 2005. כמו כן, אפרוס את עיקרי התמריצים הגלויים והסמויים בעבודת התובעת הפלילית, בייחוד על רקע מודלים של תמריצים במשפט האמריקאי. בפרק זה נבחן באופן ביקורתי את עיקרי הטיעונים, המתנגדים לביסוס מודל תמריצים בשיטת המשפט הישראלית. מטרת חלק זה היא להניח תשתית לקיומה של מגמת תביעות חסר כמגמה צדדית, שלא אובחנה עד כה בספרות המשפטית. בפרק השלישי אבקש להציג מודל תמריצים חלוצי דו-שלבי, שיכלול תמריץ כלכלי מקסימלי עבור תובע שקיבל החלטה איכותית ויעילה ואנמק מדוע יש בו כדי להגשים את מטרות המשפט הפלילי בצורה טובה. בפרק האחרון המסכם את החיבור, אבקש לטעון כי הצטברותן של שתי התופעות המתוארות במאמר מחזק את הטיעון במאמר: ראשית, התובעת הישראלית אינה מתמרצת לתביעות יתר, והשנייה היא שהנתונים הישראליים אינם מצביעים על מגמה הולכת וגוברת של הפללה, אלא על ירידה מתמדת לאורך השנים.

ב. הפללת-יתר בדין הפלילי

מטרתו של המשפט הפלילי היא הגנה מפני הרעות החמורות ביותר והמזיקות,⁶ ועל כן השימוש בו מוצדק אם הוא מיועד למנוע נזק לפרט, לעצם קיומה של המסגרת המדינתית או לפעילות של מוסדות המדינה.⁷ התאוריה של אכיפת יתר או הפללת-יתר מניחה קיומה של מגמת התפשטות בלתי מבוקרת של האחריות הפלילית והטלתה על מרבית תחומי ההתנהגות האנושית,⁸ בין היתר, באמצעות עבירות מסגרת רחבות.⁹ לצורך מאמר זה, אניח שהכוונה במונח הפללת-יתר היא לשלל המקרים שבהם מערכת המשפט הפלילית מנצלת את כוחה להוציא לפועל, לאכוף או להעניש ללא הצדקה.

תאוריה זו של הפללת-יתר אינה חדשה.¹⁰ גם בעשור האחרון התעוררו במסגרתה הצעות לבחינת אילו התנהגויות אינן ראויות להגדרה כעבירה פלילית, ומה גבולות הענישה הצפויה במקרים מסוימים.

- 6 ראו התייחסותו של מרדכי קרמניצר במאמרו "האם חסרי עבירות אנו?" משפטים יג 159, 160 (1983). לפי הגדרתו של קרמניצר, הפללת-יתר מתגבשת במקרים שבהם משתמשים ב"שיניים החדות" ביותר שהמשפט פלילי מציע להגן על ערך מוגן ספציפי, אף על פי שדיסציפלינה אחרת הייתה ראויה יותר ומידתית יותר לאותה מטרה.
- 7 מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העבירה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי" משפט ועסקים יז 447, 465 (2014). אמירות אלו שבבסיסן הכרה כי המשפט הפלילי אמור להיות מופעל במקרים שבהם אין מנגנון אחר ראוי להפעלה, מנוגד לרטוריקה המוסרנית המוכרת.
- 8 קיימות מספר הגדרות למונח הפללת-יתר. ההגדרה הרווחת ביותר היא של Husak, לעיל ה"ש 2; ראו גם Luna, לעיל ה"ש 2, בעמ' 719–739.
- 9 כאמור, ההגדרה הרווחת ביותר היא הגדרתו של Husak אשר מעניק לתופעה זו פרשנות מרחיבה ביותר: "Overcriminalization refers to the abuse of coercive power by the state through the enactment of criminal statute" (Husak, שם, בעמ' 39). הפללת-יתר מהותית משמעותה הגדרת מעשים שאין בהם את האנטי חברתיות המובהקת אשר אינם ראויים להפלה במישור הפלילי. ראו הדיון של קרמניצר, לעיל ה"ש 6. קיימות הגדרות אמביציוזיות פחות, כמו זו של Moohr, אשר לפיה חקיקה שיש בה פליליות יתר מתקיימת כאשר העלויות של התנהלות מסוימת שתגדיר אותה כפלילית עולה על היתרונות בהגדרת חקיקה חדשה. ראו Moohr, Geraldina Szott, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws* Overcriminalization: The Politics of Crime: Essay. 54 AM. U. L. REV. 783 (2005).
- 10 Herbert Packer, *Two Models of Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1, 1–23 (1964); Sanford H. Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 30 U. CHI. L. REV. 423(1963); Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, 374 ANNALS AM. ACAD. POL.&SOC. SCI. 157 (1967). שני חוקרים אלו היו הראשונים שהעלו אפשרות לקיומה של תופעת הפללת-יתר.

במהלך השנים נשמעו ביקורות לא מעטות על השימוש במונח של הפללת-יתר. נטען כי המונח רחב מדי.¹¹ הקושי ברור במונח זה הוא היעדרה של נקודת מוצא: מהו המספר ה"נכון" של הפללה שמעבר לו אנו עוסקים בהפללת-יתר. הפללת-יתר עוסקת לא רק במספר ההסדרים החקיקתיים, אלא בתופעה רחבה יותר שקצותיה אינם ברורים דיים. באופן כללי, הטעונוים נגד הפללת-יתר היו משני סוגים: הראשון, טעונוים מעולם תורת המשפט, שלפיהם הפללת-יתר פוגעת בעקרון החוקיות, והופכת את הרגולציה החקיקתית לכוז השייכת לאדם ולא למדינה.¹² השני, נוגע לעיקרי מאמר זה ועל פיו במצב של הפללת-יתר, כוח המחליטים מתנייד מהמחוקק לתביעה ולמשטרה.¹³ השלכותיה הנטענות של הפללת-יתר הן מגוונות ומתמקדות בשני עיקרים: השלכות אישיות והשלכות ציבוריות.¹⁴ קרמניצר טען כי הרחבת היתר של המשפט הפלילי עשויה להוביל לאי-צדק ליחיד, פגיעה בשמו הטוב עקב הסטיגמה הפלילית שנדבקה בו, פגיעה בזכות לחירות ועוד.¹⁵ במובן הציבורי, אחת מהסכנות שצוינו היא כי עליה בכמות העבירות יכולה להוביל לניתוק בין הרשעה פלילית לגינוי המוסרי בקרב החברה.¹⁶ רוזן-צבי ופישר מנמקים שני כשלים מרכזיים הנובעים מהפללת-יתר: האחד, התנהגויות מסוימות שמסווגות כפליליות אינן נושאות סטיגמה שכן הציבור לא תופס אותן כבלתי מוסריות. השני, דילול במוסד ההרשעה הפלילית, בשל הוספתן של עבירות מיותרות לספר החוקים.¹⁷

11 Douglas Husak, *Six Questions About Overcriminalization*, 6 ANN. REV. CRIMINOLOGY 155 (2023). בחיבור זה הכותב מציע שישה קריטריונים לבחינה אם אכן מתקיימת הפללת-יתר.

12 עיקר הכתיבה האקדמית בארצות הברית ניסתה לאתר פתרונות לתופעת הפללת-יתר, תוך התמקדות בנקודות הקצה בציר הפלילי. בין היתר, הוצע קיצוץ החקיקה הפלילית (ראו William J. Stuntz, *The Political Constitution of Criminal Justice*, 119 HARV. L. REV. 781, 838–843 (2006)). מבחינת ההשפעה של הפללת-יתר על העמדה לדין קוגניטיביים לבעיה זו. ראו Brooke-Eisen, James & Subramanian Juliene James, Lauren-Brooke Eisen & Ram Subramanian, *A View from the States: Evidence-Based Public Safety Legislation*, 102 J. CRIM. L. & CR. 821 (2012).

13 זהו עיקר טיעונו של Stuntz, שם.

14 יניב ואקי מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי 361 (2013) (להלן: ואקי, מעבר לספק סביר). להרחבה על אודות השלכות אפשריות להפללת-יתר ראו Luna, לעיל ה"ש 2.

15 קרמניצר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 937.

16 יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח(3) 489, 514 (התשס"ט); Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 34 AM. CRIM. L. REV. 453 (1996).

17 רוזן-צבי ופישר, לעיל ה"ש 17, בעמ' 515. במאמר זה עורכים השניים טקסונומיה ומציעים חלוקה חדשה להבחנה ההיסטורית בין משפט פלילי למשפט אזרחי.

כך, למשל, נטען כי הרחבת המשפט לעבירות מסוג אחריות קפידה, למשל, שוחק את כוח הגינוי של המשפט הפלילי.¹⁸ השלכה נוספת ופחות אינטואיטיבית היא הסטה של האחריות מבתי המשפט לרשויות האכיפה והתביעה. אם יש "יותר מדי חוקים", אי אפשר להעמיד לדין על כל עבירה ועבירה. לכן יתקיים פער לא מבוטל בין החוק הכתוב לבין החוק שנאכף בפועל על פי שיקול דעתם של שוטרים ושל תובעים המחליטים האם להעמיד לדין ועל אילו עבירות.¹⁹ על רקע השלכות אלו, ולצורך הבנה מעמיקה יותר של התופעה, יש לסווג את המונח הפללת-יתר לתתי-מונחים מובחנים.

1. מיונו וסיווגו מחדש של המונח הפללת-יתר

במהלך השנים חלה התעצמות באופן השימוש במונח הפללת-יתר,²⁰ כך, למעשה, אפשר לומר כי המונח מקיף פעולות שונות, על פני רצף המשפט הפלילי:

¹⁸ ואקי מעבר לספק סביר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 355 William J. Stuntz, *Self-Defeating*; *Crimes*, 86 VA. L. REV. 1871, 1894 (2000) בעמ' 937-938.

¹⁹ חוקרים רבים מתחום המשפט בארצות הברית משמיעים טיעונים המכירים ב"בעיה" של הפללת-יתר. עיקר הטענות מתבססות על כך שחקיקה רבה מדי מובילה לענישה רבה מדי. מכאן המסקנה היא שאם המדינה מענישה על התנהגויות שאין צורך להעניש בגינן, הפללת-יתר שכוון היא אי-צדק כשלעצמו. ראו, למשל, בספרו של Husak, לעיל ה"ש 2, בעמ' 271. לצד הביקורת נגד קיומה של התופעה, היו גם חוקרים שהטילו ספק ביכולת תנועה נגדית של הפללת-חסר לשפר את המצב. כך, למשל, Brown במאמרו Darryl K. Brown, *Decriminalization, Regulation, Privatization: A Response to Professor Natapoff*, 69 VAND. L. REV. 1 (2016) טען בעיקר כי דה-קרימינליזציה הובילה להפחתת עלויות ענישה בלבד.

²⁰ בארצות הברית קיימת הבחנה בין הפללת-יתר (Overcriminalization), אשר היא מונח רחב ביותר וכולל את שלושת תתי-הפרשנויות שצינתי, לבין Over-federalization. Over-federalization הוא מונח מתפתח וצר יותר, המכוון לשלל אסטרטגיות התביעה בהחלטה להעמדה לדין. מפאת קוצר היריעה לא אתייחס לחמשת הסוגים של הפללת-חסר המוכרים באקדמיה, אלא להגדרה הרווחת של Husak, המגדיר בפשטות כי הפללת-חסר היא תופעה שבה קיים ניצול של הכוח השלטוני בהפעלת הרגולציה הפלילית. אחת האפשרויות המוכרות להפללת-יתר היא רגולציית יתר, במובן הוספת תיקוני חקיקה מרובים והחמרה בענישה. במספר מחקרים אמפיריים נבחנה יכולתה של הענישה להשפיע על רמת העבריינות. ראו, למשל: משה טלגם "עבירות ועונשים – מבוא לפנולוגיה" הפרקליט מ(א) 86 (1991); J. Q. Wilson, *The Debate over Deterrence: Thinking about Crime*, 17 PROSECUTOR 5-19 (1983); רבין ונבון, לעיל ה"ש 2. במהלך השנים התעוררה ביקורת נגד המונח overcriminalization ועמימותו, ראו, למשל: Todd Haugh, *Overcriminalization's New Harm Paradigm: identifying an accepted definition of overcriminalization is surprisingly difficult* "for a phenomenon that has received so much sustained attention by legal scholars,

חקיקה,²¹ אכיפה וחקירה, העמדה לדין ולבסוף, ענישה וכליאה.²² מעיון בפרשנות המונח, בעיקר בכתיבה האמריקאית, עולה כי בשימוש במונח הפללת-יתר מכוונים למעשה לשלושה תתי-מונחים: חקיקת יתר, תביעתיות יתר וענישת יתר. הראשון, חקיקת יתר – כלומר מקרים שבהם הרשות המחוקקת מרבה לחוקק חוקים ואף לחוקק מספר חוקים לאותה פעולה עבריינית.²³ חקיקת יתר כוללת מספר תתי-תופעות: עודף רגולטורי כללי;²⁴ חקיקת חוקים המפלילים תופעות שלא ראוי להפליל בגינן או שהמשפט הפלילי אינו הכלי המתאים לטפל בהן; חקיקת עבירות עמומות או רחבות;²⁵ ריבוי עבירות המעודדות ניצול לרעה של הרשויות ובזבוז משאבים.²⁶

חקיקת יתר יכול ותנבע מהעובדה שלמעשה מדובר בכלי זמין, קצר טווח ומידי שיכול לענות על הדרישה לריצוי קהל הבוחרים. לצד זה, חקיקה שבצידה

- 21 במובן החקיקתי, עיקר הפעילות המוכרת היא נסיון להרחבת כותרת 18 של החוק הפלילי האמריקאי. אולם ברבות השנים החלו להתייחס להרחבת חקיקה שאינה פלילית אך בצידה עונשי מאסר. להרחבה בנושא זה ראו: Ronald A. Cass, *Overcriminalization: Administrative Regulation, Prosecutorial Discretion, and the rule of Law*, 15 Engage: J. FEDERALIST SOC'Y PRAC. GROUPS 1, 14 (2014).
- 22 Ellen S. Podgar, *The Dichotomy Between Overcriminalization and Under-Regulation*. פודגר מציין במאמרו מספר אסטרטגיות תביעתיות: שימוש בעבירות קיצור דרך; האשמת יתר או ריבוי אישומים; הרחבת עבירות ועוד. להרחבה בנושא זה ראו Ellen S. Podgar, *White Collar Shortcuts*, 2018 U. ILL. L. REV. 1 (2018).
- 23 בהקשר לחקיקה, עם השנים החלו להישמע באקדמיה האמריקאית קולות הטוענים כי עיקר הדאגה היא לא למספר החוקים הרב (שהוערך בשנת 2012 מעל 4,500 חוקים פליליים פדרליים בארצות הברית), אם כי, למשמעות החוקים הללו.
- 24 ראו: Luna, לעיל ה"ש 2; Paul Rosenzweig, *Overcriminalization: An Agenda for Change*, 54 AM. U. L. REV. 809, 809820 (2005); Erik Luna, *Overextending the Law*, 25(6) CATO POL'Y. RPT. 1, 1 (2003); Husak, לעיל ה"ש 2.
- 25 הרדוף, לעיל ה"ש 3, בעמ' 64. ראו גם אלעד ואן גלדר **אי אכיפת חוקים 4** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2001); אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" **עיוני משפט** יז(3) 689 (1993). בדוח הכנסת הובאו כמה דוגמאות לחוקים שלא נאכפים: חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983 וחוק הארכיונים, התשט"ו-1955. אחד הסוגים הרווחים הוא חקיקת חוקים עמומים. באקדמיה הושמעו ביקורות רבות נגד עמימותן של העבירות הפליליות, כפי שהן מנוסחות היום. מפאת קוצר היריעה, לא ארחיב במאמר זה על אודות תאוריות של עמימות אולם אציין בקצרה כי אחד הסוגים המוכרים של חקיקת יתר הוא חקיקת חוקים עמומים, רחבים במכוון וללא גבולות ברורים להפעלה ויישום. ראו בהקשר זה Samuel W. Buell, *The Upside of Overbreadth*, 83 N.Y.U. L. REV. 1491, 1492, 1495 (2008). עיקר הכתיבה האמריקאית מתמקדת בהרחבת יתר של ההליכים הפלילים הפדרליים על חשבון ההליכים המדינתיים. למעשה מדובר בסוג של הפללת-יתר שאינה קיימת בישראל.
- 26 Beale, לעיל ה"ש 2, בעמ' 748-751.

עונש חמור לא מובילה, בהכרח, להרשעות רבות יותר של אלו שהציבור חושש מהם ואף לא להגברת ההרתעה.²⁷

הכתיבה בישראל בתחום של הפללת-יתר, התמקדה לאורך השנים, בעיקר, בחקיקת יתר. כבר בשנת 1983 זיהה פרידמן את מגמת הפללת-יתר במובנה הרחב, כלומר עצם קיומה של מגמה של גידול במספר התיקים הפליליים באופן יחסי לגודל האוכלוסייה, אולם מאמרו נותר כזרקור יחיד כמעט באקדמיה. לאחריו, נראה כי מרבית הכתיבה האקדמית התמקדה במונח הצר של חקיקת יתר בלבד.²⁸

הסוג השני הוא תביעות יתר. סוג זה מתבטאת בשני אופנים: האחד, הגשת כתבי אישום מרובים (Overcharging) והשני, ריבוי אישומים.²⁹ שני אלו נובעים משיקול דעת רחב המוענק לתובעים.

²⁷ ראו דנציג רוזנברג, רבין ונבון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 208. בהקשר ודאות האכיפה והגברת חקיקה, ידוע כי העלאת רף הענישה המרבי הקבוע בחוק לא מובילה להרתעה יעילה יותר, ויש סיכוי רב יותר שוודאות אכיפה תהיה גורם מכריע בפונקציית ההרתעה. בקטגוריה זו אפשר למצוא חקיקה שמנסה להתמודד עם תופעות בגדר "מכות מדינה", שייתכן שמדובר בפעילות בשוליים, אשר אומנם תופסת כותרות, אולם אין בהן כדי לייצג את פעילות האכיפה הכללית. ראו מרים גור-אריה "השפעת המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325, 329 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים התשס"ט). במאמר זה מתייחסת גור-אריה להחמרת עבירת החטיפה במטרה לרצוח, בעקבות פרשת הנער אורון ירדן; ראו גם גור-אריה, לעיל ה"ש 7.

²⁸ ראו, למשל, מאמרם של פרידמן וקרמניצר, לעיל ה"ש 3. ראו גם דנציג-רוזנברג, רבין ונבון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 208 וההפניות בה"ש 19.

²⁹ ס' 86 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מעניק שיקול דעת רחב לתובע באפשרות צירוף האישומים בכתב אישום אחד. הפסיקה אף העניקה פרשנות מרחיבה יחסית לגבי פרקטיקה זו. הנחיית פרקליט המדינה 3.1 "הכנה וניסוח כתב אישום" (15.9.2024) מוסיפה כי השיקולים לריכוז האישומים נובעים מהתייעלות דיונית, חיסכון זמן שיפוטי, וכי הדבר יאפשר לבית המשפט לקבל תמונה מלאה על אודות הנאשם. כאשר קיימות עבירות חופפות ולפעולה אחת מתאימות מספר עבירות, על התובע להימנע מלייחס כמה סעיפי חיקוק בגין מעשה אחד. בעיה זו מוכרת כבעיית הוספת אישומים ולעיתים במשא ומתן מצד התביעה משתמשים בה כדי "ללחוץ על החשוד" להודות, לרוב בדרך של הסדר טיעון. קרן וינשל-מרגל וגול מציינים במאמרם כי הוספת אישומים לכתב האישום או בחירתם של סעיפי אישום מחמירים במקום כאלו שמקילים יותר, כרוכים במחיר נמוך. לכן, ובהתאם לתזת מגבלות משאבים של התביעה, אלו יוספו על ידי התובע גם כאשר סיכויי ההרשעה באישומים הללו נמוכים יחסית, ואחוזי ההצלחה באישומים בכל אישום נפרד צפוי להיות נמוך יחסית. ראו אורן גול-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים פליליים – מחקר אמפירי" משפטים מד 835 (2015).

החלטת התובעת הפלילית אם להגיש כתב אישום או לסגור תיק פלילי היא צומת החלטה רב משמעות, בעל השלכות משמעותיות על המשך ההליך.³⁰ בהחלטה זו משפיעה רבות על כלל הצדדים המעורבים: על החשוד ובני משפחתו, על נפגעי העבירה, על הציבור ועוד.³¹ שיקול הדעת המוקנה לתובע הפלילי הוא רחב ונטול ביקורת ממשית. הוא חל על ההחלטות אם להעמיד לדין, האם לבקש מעצר? אילו אישומים ייבחרו וכמה יהיו חמורים? תוצאת הדבר היא שהתובע מפעיל בפועל שיקול דעת שהוא כמעט נטול גבולות.³² שיקול הדעת הרחב אף מעורר חששות לתביעה סלקטיבית,³³ כלומר לכך שהתובע בוחר באילו תיקים

³⁰ אקדמאים רבים בארצות הברית ביקרו את שיקול הדעת הרחב של התובע האמריקאי. בין היתר Davis ו-Vorenberg הציעו בחינה מחדש של חלק זה בעבודת התובע. ראו בהקשר זה James Vorenberg, *Decent Restraint of Prosecutorial Power*, 94 HARV. L. REV. 1521 (1981); ANGELA J. DAVIS, *RABITARY JUSTICE: THE POWER OF T AMERICAN PROSECUTOR* 123–41 (2007).

³¹ Julia Shamir & Noam Shamir, *The Role of Prosecutor's Incentives in Creating Congestion in Criminal Courts*, REV. L. & ECON. 1 (2012). במאמר זה המחברים בוחנים כיצד החלטה של התובע בשלב העמדה לדין משפיעה על העומס של בתי המשפט. הם מדגימים כי התובע מקבל ההחלטה שיקל תמורות של רצונו למקסם הרשעות למול העלויות הנדחות של הליך והעלויות שיוטלו על הנאשם. בהמשך בוחנים המחברים שני מודלים של תמריצים: הראשון, מקסום אחוז ההרשעה והשני, מקסום מספרם הכולל של ההרשעות. במודל הראשון, תהיה הפחתת פעילות. במודל השני, יהיה עומס על בתי המשפט בשל עודף פעילות. הם מציעים מודל שמשכלל את משך ההליך הפלילי ומציעים מספר אופטימלי של התיקים שיכולים לבוא לפתחו של בית המשפט.

³² בהקשר הכללי של שיקול הדעת, הגדיר זאת רונאלד דבורקין כך: "Discretion is like the hole of a doughnut", ראו RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 31 (1977). "In the present context, when the legislature declares certain behavior criminal and attaches a particular punishment, prosecutors exercise virtually limitless discretion to administer the prosecutors are the most powerful actors in the criminal justice system".

³³ בשנת 1980 משרד המשפטים האמריקאי (DOJ), הוציא קובץ הנחיות פדרליות עבור התובע הפלילי, אשר קובע מתי התובע יכול לגנוז תיק, בהתאם לסוגי עבירות ולפי מחוזות. ההנחיות שנקבעו נועדו ליצור אחידות בין המדינות, להחליף את ההנחיות בעל פה, להגביר יעילות וליצור נגישות לתעודף התביעה. ההנחיות קובעות רשימת קריטריונים שעל התובע לשקול בבחינת תיק פלילי, בהן: חומרת העבירה, מצבו הנפשי של החשוד, מידת שיתוף הפעולה של החשוד בביצוע העבירה, האם יש אפשרות לקבלת פיצוי אזרחי או שיפוי אחר ועוד. בישראל קיימות הנחיות פרקליט מדינה והנחיות יועץ משפטי לממשלה, אך בחלק הארי שלהן, הן מנחות בעבירות ספציפיות בלבד. מעניין כי כל אחד משבעת הקריטריונים לסגירה מספק, אולם ההצעה היא לתת נימוק בדוח וליצור מסד נתונים מקיף שיתן מידע על כל סגירות התיקים. ההנחה היא כי אם התובעת תדע כי יש בקרה על חוות הדעת שלה, היא תשקיע מאמץ בכתיבת הנימוקים לגניזה. ראו ס'

הוא רוצה להגיש כתב אישום, ממניעים שאינם דווקא עניינים.³⁴ תת-המונח השלישי הוא ענישת יתר. גם מונח זה מתייחס לשני מובנים: הראשון, מצב שבו בתי המשפט נוטים יתר על המידה להרשיע בדין, והשני, שהענישה מחמירה יותר.³⁵ במילים אחרות, אם קיימת חקיקת יתר, אמורה להתקיים לצידה ענישת יתר.³⁶ עיקרי המחקרים הבוחנים את החלטותיהם של שופטים התמקדו בבחינת הכרעותיהם על בסיס תאוריות כלכליות,³⁷ ועל בסיס מחקרים התנהגותיים, בעיקר בתחום היוריסטיקות ודרך בחינת הטיות פסיכולוגיות כדוגמת הטיית האישוש והטיית הזמינות.³⁸ גם בהקשר זה, חקיקת יתר ותביעתיות יתר שלובות זו בזו: אם המחוקק מעוניין בהגשת כתבי אישום, כל שעליו לעשות הוא לקדם חוק ש"ינמך" את רף ההוכחה, או לקבוע כי היסוד הנפשי יהא נמוך במיוחד. בהינתן שיחקק חוק הדורש יסוד נפשי נמוך במיוחד, תוכל התובעת הפלילית ללחוץ ביתר קלות על החשודים וסנגוריהם על "הרשעה בטוחה" ואז אחוזי העמדה לדין יעלו. כך גם במקרה שהמחוקק מעביר חקיקה חופפת, כלומר למעשה אחד יש כמה חלופות חקיקתיות.³⁹

-
- 9-27.000 למדריך המשפטים של משרד הפנים האמריקאי, זמין ב-<https://bit.ly/4togFhX>.
- 34 להרחבה בהקשר טענה זו ראו Peter J. Henning, *Prosecutorial Misconduct and Constitutional Remedies*, 77 WASH. U. L.Q. 713, 719 (1999).
- 35 Roger A. Shiner, *Theorizing Criminal Law Reform*, 3 CRIM. L. & PHIL. 167, 174–179 (2009); Stunz, לעיל ה"ש 2; Stephen F. Smith, *Overcoming Overcriminalization*, 102 J. CRIM.L. & CRY. 537, 541 (2012).
- 36 בהקשר לפעילות המצופה מבתי המשפט בהתקיים הפללת-יתר, ראו Husak לעיל ה"ש 2.
- 37 ראו: איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57, 6060 (2015); Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993). LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* (2013); Stephen J. Choi, Mitu Gulati & Eric A. Posner, *What Do Federal District Judges Want? An Analysis of Publications, Citations, and Reversals*, 28 J. L. ECON. & ORG. 518 (2012).
- 38 ישנם מחקרים רבים המצביעים על הטיות בשפיטה. בהקשר זה, אייל זמיר ודורון טייכמן טוענים במאמרם (שם, בעמ' 70) כי מתוך הנחת יסוד כי שופטים אינם מבקשים להשיא תועלת אישית, המחקרים הכלכליים רלוונטיים פחות לבחינת הכרעותיהם. לעומת זאת, מחקרים אמפיריים הוכיחו בהקשר להכרעות ערכאות השיפוט כי מידע בלתי רלוונטי שמובא בפני השופטים משפיע על הכרעותיהם. מפאת קוצר היריעה לא ארחיב בחיבור זה על האופן שבו שופטים מקבלים החלטות. Stunz, לעיל ה"ש 2, בעמ' 36.

לא אתייחס במאמר זה לתפקיד המשטרה בהקשר של פליליות יתר, אולם אציין בקצרה כי גם להם יש חלק במגמות האכיפה. עצם נקיטת הליך של מעצר מצד המשטרה משפיע באופן ממשי על יכולת התביעה לנהל משא ומתן יעיל מול ההגנה בשלבים מאוחרים יותר של המשפט.

ג. שיקול הדעת של התובעת הישראלית בהחלטה להעמיד לדין

העמדה לדין היא אחת הסמכויות המשמעותיות מבין סמכויותיו של התביעה הפלילית,⁴⁰ ויש אומרים שהיא משווה לתפקידו אופי מעין שיפוטי,⁴¹ במיוחד

⁴⁰ ההחלטה זו השלכות רבות, וכוחה של התביעה בולט ביתר שאת נוכח הוראות החוק המעורפלות בחוק סדר הדין הפלילי אשר קובע בס' 62 כי תובע יעמיד לדין אם "הראיות מספיקות לאישום אדם פלוני". ראו מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה' 173 (1996): "כוחו של התובע הוא עצום ורב: בכוחו להנחות את המשטרה לפתוח בחקירה או להימנע מכך. הוא שולט על ההחלטה אם להגיש כתב-אישום אם לאו, ואם כן במה להאשים". וראו יניב ואקי "מרחב שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין" משפט מפתח (1) 14 (2014) (להלן: "ואקי, מרחב שיקול הדעת"); יניב ואקי "סיכוי סביר להרשעה – סבירותו של סיכוי" ספר יורם דנציגר (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019) (להלן: "ואקי סיכוי סביר להרשעה"); קנת מן "זכות הטיועון והביקורת על שיקול הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה' 189, 190 (1997); סנג'רו, לעיל ה"ש 3; Angela J. Davis, *Prosecution and Race: The Power and Privilege of* (1998) 67 *FORDHAM L. REV.* 13, 20–25. במחקר זה לא אתמקד בביקורת הרבות המושמעות נגד העובדה שאין חובת הנמקה על התביעה בהחלטות להגיש כתב אישום והצורך להקים גופי פיקוח אפקטיביים על שלב זה. להרחבה ראו רות גביון שיקול-דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (1991); נגיד וקליין, לעיל ה"ש 3; ראו גם פסיקות בתי המשפט לעניין זה: בג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, פס' 4 לפסק הדין של השופט אור (1997); בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008).

⁴¹ קיימות אמירות רבות בספרות ובפסיקה בדבר תפקידו של התובע כבעל תפקיד מעין-שיפוטי ("Quasi-Judicial Performance"). כך, למשל: מיכאל בן יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה' (2) 5 (1996); מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 475 (1987); מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417, 420 (התשנ"ה); ואקי, סיכוי סביר להרשעה לעיל ה"ש 40, בעמ' 15 ("לשם בחינת סיכויי הרשעה על התובע להיכנס לנעליו של בית המשפט ולבחון את מכלול הראיות"). ראו גם: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 507 (1990); H. Richard Uviller, *Ethics in Criminal Advocacy*, Symposium, *the Neutral Prosecutor: The Obligation of Dispassion in a Passionate Pursuit*, 68 *FORDHAM L. REV.* 1695 (2000). ידועה גם אמרתו של השופט ג'קסון כי לתובע יש שליטה רבה יותר על החירות, חיים ותדמית מכל אדם אחר בארצות הברית, ראו שמיר, לעיל ה"ש 32.

על רקע שיקול הדעת הרחב המוקנה לגביה. ממילא, יש בהחלטה זו כדי להשפיע מהותית על זכויות צדדים ומשתתפים בהליך הפלילי.⁴² מפאת החשיבות הנודעת להחלטות בדבר העמדה לדין, קיימת הכרה בעומס בלתי מבוטל על מערכת המשפט הפלילי. עומס זה הוכר באקדמיה בישראל ובנסיונות רגולטורים שונים לצמצמו באמצעות הסדר מותנה, הגבלת משך זמן של תיקים פליליים הממתינים להכרעה,⁴³ חקיקת חוק עבירות מינהליות,⁴⁴ הקניית שיקול דעת שיפוטי רחב ועוד.⁴⁵

אפשר לחזור ולומר כי קיים מערך ציפיות מהתביעה הפלילית, בין היתר כי יפעל בהיעדר פניות למשל ובאופן אחיד.⁴⁶ בהינתן העומס המוטל על התביעה,

42 ראו גם את דברי ההסבר להצעת חוק התובע הכללי, התש"ף-2020, ה"ח 1851. לאחרונה בהצעת חוק התובע הפלילי הוסף בדברי ההסבר כי "החלטת בית משפט בעניינו של אדם מתאפיינת בפומביות, בהנמקה, בזכות טיעון מקיפה ובזכות ערעור. בשונה ממנה, החלטת תובע להגיש כתב אישום כנגד אדם, מתקבלת מטבע הדברים בינו לבינו, ללא הנמקה רחבה, ללא זכות ערעור ועם זכות טיעון מוגבלת. אופייה זה של ההחלטה על הגשת כתב אישום מחייב להקפיד ביתר שאת על אופיה השיפוטי ועל מראית פניה כהחלטה שיפוטית טהורה". בדברי ההסבר צוין כי המודעות הציבורית לחובת ניקיון הכפיים של נושאי תפקידים ציבוריים בכל הדוגות, ואף של פרטים הנושאים ונותנים בשוק הפרטי, גדלה והולכת. כתוצאה מכך, החלטה על הגשת כתב אישום הופכת יותר ויותר פוגענית בנאשם, עוד טרם הכרעת בית משפט את דינו. בשל כך גדל והולך הצורך להכיר באופייה השיפוטי המובהק של ההחלטה על הגשת כתב אישום כנגד אדם.

43 קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים מד 769 (2015). במחקר זה נערכה מדידה של משכי זמן שיפוטיים, בין היתר בקבלת החלטה שיפוטית, זמני דיונים ועוד. ראו גם נייר עמדה של אורן גול העומס על התביעה הפלילית, נייר עמדה 04-1, 98 (2004). הצעת הייתה לאמץ הסדרים שונים שיעודדו עבריינים להודות בשלבים מוקדמים להעביר עבירות להליך מינהלי, ועוד.

44 חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985. מטרת החוק הייתה להפחית את תופעת הפללת-יתר, שנטען שקיימת באותה העת. בין יוזמי החוק היה פרופ' יצחק זמיר, מי שכיהן באותה העת כיועץ המשפטי לממשלה. חוק זה קבע דרך חילופית לענישה פלילית בדרך מינהלית.

45 פרידמן, לעיל ה"ש 3; קרמניצר הציע פתרונות אלו במאמר התגובה על מאמרו של פרידמן: קרמניצר, לעיל ה"ש 3.

46 כך, למשל, התפיסה הרווחת היא כי אסור שלתובע יהיה אינטרס או מניע כלכלי או אישי בהשגת הרשעה. אהרונסון במאמרו מתייחס לציפייה זו, באומרו כי "אידיאל שלטון החוק, המנחה את הדמוקרטיה הליברלית העכשווית, תובע מהנורמה המשפטית מידה של יציבות ועקביות, כך שיתאפשר לנמעניה לצפות ברמה סבירה של ודאות את התוצאות המשפטיות של פעולותיהם. בה בעת, שלטון החוק תובע יחס שוויוני לנמעניו: המשפט נדרש לחול עליהם באופן אחיד, ככל שאין ביניהם הבדל שמצדיק הבחנה רציונלית בהתייחסות אליהם. לכן מקובל לומר שתנאי למוסריותה של סטייה מהסטטוס קוו המשפטי – בין בשינוי של תוכן הנורמה ובין בהימנעות מהחלטה על מי שאמור להיות

ושיקול הדעת הרחב הרחוק מעיני הציבור, אחת משאלות הבסיס שעולות היא כיצד תובעת בוחרת באיזה תיקים יוגש כתב אישום ובאיזה לא. על התובעת הפלילית מוטל תפקיד קריטי, ויש בהחלטתה כדי להשפיע מהותית על זכויות הצדדים והמשתתפים בהליך הפלילי.⁴⁷ במאמר זה אתמקד, אומנם בשלב קבלת החלטה אם להגיש כתב אישום אם לאו. אולם אציין כבר עתה שלמעשה החלטה זו אינה החלטה אחת. מדובר בתהליך הכולל החלטות משנה רבות, שלעיתים אף אינן כרונוולוגיות ואין קשר הכרחי ביניהן.⁴⁸ תהליך זה של קבלת החלטה על ידי גורמי אכיפת החוק בשלבים השונים של הציר הפלילי מכונה "Case Screening", ולמעשה הוא מתרחש אף בשלב מוקדם יותר על ידי רשות החקירה, כאשר היא בוחנת על פי שיקולי עלות-תועלת מי החשודים שייחקרו; האם לבצע מעצר? האם לוותר על אפיק חקירתי מסוים? והאם הפעילות החקירתית (דוגמת חיפוש) משתלמת מבחינה ראייתית?⁴⁹ בהקשר של העמדה לדין, תפקידה של התובעת הוא דואלי. מחד גיסא, היא מחויבת, להתעקש בנסיונה להרשיע את האשמים, ומאידך גיסא – לשמש "פקידת בית המשפט" אשר אמונה על כלל האינטרסים של בעלי העניין בהליך הפלילי. קיומו של תפקיד דואלי זה של התובעת עשוי להקשות עליה, בייחוד בצומת ההחלטה בתיק פלילי.⁵⁰ התובעת נאלצת לקבל הכרעות שיפוטיות

כפוף לה – הוא הצדקה עניינית, שתקבל ביטוי בהליך ציבורי לגיטימי של קבלת החלטות". עמדתו של אהרונסון היא כי ראוי לשלב כללי הכרעה אקראיים בהליכים משפטיים, במטרה להבטיח חוסר עקביות שאינו מושחת. ראו אורי אהרונסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדר הדין" משפט חברה ותרבות | פרוצדורות 135, 142 (טליה פישר-רוזן ואסי רוזן צבי עורכים 2014).

47 בשנת 1958 נחקק החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), התשי"ח-1958, אשר קבע כי "אם מצא פרקליט מחוז שהראיות מספיקות להאשמת אדם פלוני יעמידו לדין בבית המשפט". פרקליט המחוז חויב לבחון שאלה נוספת – שאלת "העניין הציבורי" שבהעמדה לדין. לאחר ביטול פרוצדורה זו באופן סופי בשנת 1965, נמסרה ההחלטה לשיקול דעתו הבלעדי של התובע. ס' 54 ו-56 לחוק זה בשנת 1965 היו זהים כמעט לחלוטין לנוסח הנוכחי של ס' 58 ו-62 לחוק. לבחינת סמכות פרקליט המחוז להחליט על העמדה לדין ולהצעת הסדר חילופי ראו מיכאל ברנע "ההחלטה להעמיד לדין: סמכותו של פרקליט המחוז" פלילים ד 141, 143 (1994).

48 FRANK W. MILLER, THE DECISION TO CHARGE A SUSPECT WITH A CRIME, 11 (1970) – מילר מציין כי ההחלטה האם להגיש כתב אישום כוללת, בין היתר, את ההיבטים הבאים: בחינה של הראיות שהושגו על ידי המשטרה וקבלת החלטה האם מדובר בראיות קבילות; בחינה אם החוק הופר; בחינת אינטרס ציבורי ועוד.

49 להרחבה על "Case Screening" ראו JOSHUA DRESSLER & GEORGE C. THOMAS, CRIMINAL PROCEDURE: PROSECUTING CRIME 813 (4th ed. 2006).

50 Stuntz, לעיל ה"ש 2, בעמ' 517, מציין במאמרו כי בשל עודף רגולטורי פדרלי ומדינתי בארצות הברית, מתקיימת הסטה של מרכז הכוח מבתי המשפט לרשויות האכיפה,

כבדות משקל, אך ללא יכולת לקבע "תקדים מחייב" כמו בתי המשפט.⁵¹ אם התובעת תאשים את הנאשם בכמה אישומים ולא באחד בלבד, סיכויי הרשעתו יגדלו כל זה בהתייחס לכך שהסיכוי שהוא ביצע את העבירה לא השתנה.⁵² זאת ועוד, במצב של הפללת-יתר, עלויות השכנוע מול ההגנה מופחתות באופן משמעותי. כלומר, בהינתן שרוב התיקים שבהם מוגש כתב אישום מסתיימים ממילא בדרך של הסדר טיעון, התביעה יכולה ללחוץ את ההגנה ביתר קלות במצב שבו יש לה כמה סעיפי חוק שבהם באפשרותה להעמיד לדין.

אינני הראשונה להצביע על הבעייתיות שיש בהפעלת שיקול דעת זה של התביעה. בכתביה המשפטית בישראל, עד היום, התמקדו בעיקר בקיומם או בהיעדר מנגנונים חיצוניים, בדמות ביקורת שיפוטית ומנגנונים אחרים.⁵³

על אף הטענות להפללת-יתר, אפשר להניח, ולו רק לשם הדיון האקדמי, כי קיימים תיקים שבהם מתקבלת החלטה שלא להגיש כתב אישום, גם בהינתן סיכוי סביר להרשעה ואינטרס ציבורי.⁵⁴ בהקשר זה, אי אפשר להתעלם מהיעדרם הבולט של מנגנונים להבטחת עקביות בקבלת החלטה על העמדה לדין. בעוד בהקשר גזירת הדין והסדרי טיעון, נעשו מאמצים לקבוע הסדרים שמטרתם להבטיח עקביות בקבלת ההחלטה, נותר חלק אקוטי זה, של קבלת ההחלטה בתיק פלילי, נטול הסדר מובחן. לא מן הנמנע כי התובעים נאלצים לפתח מדיניות עצמית מנחה של סגירות תיקים, זאת בשל היעדרה של מדיניות

המשטרה והתביעה, ראו: "These features of criminal codes have at least three important consequences. First, they shift lawmaking from courts to law enforcers. Because criminal law is broad, prosecutors cannot possibly enforce the law as written: There are too many violators. Broad criminal law thus means that the law as enforced will differ from the law on the books"

51 שם, שם, Prosecutors are engaging in informal adjudication: They are not so much redefining criminal law (the real crime remains ABC) as deciding whether its requirements are met, case by case"

52 stuntz, לעיל ה"ש 2, בעמ' 517. הנחיית פרקליט המדינה אוסרת על הכללת עובדות מחמירות, כל זמן שאין הן עובדות רלוונטיות להבנת הרקע לאישום. ההנחיה מונה כמה מקרים שבהם אפשר לציין עובדות רקע.

53 ראו הצעתו של ואקי למודל תלת-שלבי בהקשר העמדה לדין, ואקי מרחב שיקול הדעת לעיל ה"ש 40, בעמ' 447-448. ראו גם, קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" משפט, חברה ותרבות | משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 217 (אלון הראל עורך 2017).

54 לונה (Luna) הכיר באפשרות זו במאמרו וציין כי יש מקרים בהם prosecutors [...] abstain from filing charges despite the likelihood of obtaining convictions". ראו גם Ronald Wright & Marc Miller, *The Screening/Bargaining Tradeoff*, 55 STAN. L. REV. 29, 75 (2002).

ברורה בנושא⁵⁵ וריבוי תיקים פלייליים.

1. מגמות של אכיפה והסברים אפשריים לתופעה

קיימים נתונים נגישים מעטים יחסית, שמהם אפשר ללמוד על אודות מספר כתבי האישום שמוגשים על ידי רשויות התביעה בישראל.⁵⁶ מקורות הנתונים כוללים את: השנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל שרק בשנת 2010 החל לדווח על מספר כתבי האישום שהוגשו ביחס לתיקי המשטרה שנפתחו; דו"חות הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה על אודות "עומדים לדין במשפטים פלייליים"; דוחות הפרקליטות שנכתבו בשנים האחרונות. אציין כי בהצלבה של דוחות אלו קיים קושי לכמת מדד העמדה לדין עקבי, שכן בכל דוח ואף באותו מקור מידע, הנתונים משתנים משנה לשנה וסותרים נתוני עבר.⁵⁷

טבלת הדגמה – נתוני העמדה לדין

שנה	מספר תיקים שנפתחו – תיקים גלויים	מספר עומדים לדין ⁵⁸	אחוזי העמדה לדין	אוכלוסיית מדינת ישראל
2021	172,138	44,004	25.88%	9,291,000
2016	179,065	45,852	25%	8,630,000
2010	161,370	47,100	26.71%	7,695,100
2005	163,567	53,400	32.64%	6,990,700

⁵⁵ אומנם קיימות הנחיות פרקליט מדינה ויועץ משפטי אך אין בהן כדי לבסס תשתית מוסדרת של שיקולים לסגירת תיקים. בארצות הברית מתנהל שיח אקדמי בנושא נוכח היעדרם של הנחיות כאלו. ראו Wright & Miller, לעיל ה"ש 54.

⁵⁶ לשם השוואה, בארצות הברית אפשר לאתר את נתוני כתבי האישום שהוגשו החל משנת 1955 המפורטים לפי מדינה ומחוז, לרבות סטטוס התיק ותוצאתו. ראו באתר Annual Statistical Reports – U.S. Attorney זמין ב: <https://bit.ly/4bI2oGN>.

⁵⁷ אפשר לאתר את נתוני העמדה לדין במספר מקורות מצומצם יחסית: שנתון המשטרה מדווח על כתבי אישום רק משנת 2010. דוחות הפרקליטות החלו להתפרסם רק משנת 2015. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (הלמ"ס) מפרסמת נתוני העמדה לדין אולם אלו מתייחסים לאלו העומדים לדין שדינם נגזר בשנה החולפת (כלומר איתור פסקי דין ולא כתבי אישום).

⁵⁸ משטרת ישראל השנתון הסטטיסטי 2021 (2021). המשטרה מדווחת כי אלו נתונים ללא הסדר מותנה.

מבחינה ראשונית של נתוני האכיפה בישראל, עולה תמונה שיש בה כדי להצביע על הפחתה מסוימת בשיעורי העמדה לדין פלילי. בהשוואה כללית, אפשר לראות בטבלה כי בשנת 2005 אחוזי העמדה לדין היו כ-32% ובתוך 16 שנים, בשנת 2021 צומצמו לכ-25%. מקורות מידע אחרים כמו דוח הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן: הלמ"ס) מדווח על צמצום אפילו חד יותר בהעמדה לדין: מנתוני הלמ"ס עולה שבשנת 2005 עמדו לדין 53,400 ואילו בשנת 2019 הועמדו לדין 31,700 (ירידה של 40.7%).⁵⁹

מעיון בנתונים של התביעה המשטרית בלבד עולה גם כי קיימת אינדיקציה ראשונית להפחתה בהגשת כתבי האישום:⁶⁰

שנה	מספר כתבי האישום שהוגשו
2021	28,068
2020	37,903
2019	41,410
2018	44,333

אם בשנת 2018 התביעות המשטריות הגישו 44,333 כתבי אישום, בשנת 2021 הוגשו על ידם 28,068 כתבי אישום.⁶¹

בשל היעדר מקורות מידע מהימנים, לא נבחנו היקפי כתבי אישום לפי פילוח סוגי עבירות. נוכח המידע המוצג יש מקום לבחון מהם ההסברים האפשריים לירידה שכזו בהעמדה לדין. ויודגש, לא אבקש לקבוע מהו המספר האופטימלי של העמדה לדין אלא רק להצביע על הפחתה בהעמדה לדין, חרף הדאגה הרווחת מהפללת-יתר.

⁵⁹ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פשיעה ומשפט – שנתון סטטיסטי לישראל 2019 70 (2019).

⁶⁰ בקשת חופש מידע 447/22 "מידע אודות תיקים פליליים" (1.9.2022) (הוגשה על ידי עו"ד פישלר)

⁶¹ בהקשר זה, לאחרונה פורסם בתקשורת מכתבו של שר המשפטים ח"כ גדעון סער, ליועצת המשפטית לממשלה על אודות פלילות יתר המופעלת מצד התביעה המשטרית, לעומת הפרקליטות הפלילית. ראו טובה צימוקי "סער בביקורת קשה נגד יחידת התביעות במשטרה: 'השפעה מכרעת על העומסים בבתי המשפט'" Ynet <https://bit.ly/414T0H5>, 28.9.2022

אפשרות אחת להסבר מדוע קיימת ירידה בהעמדה לדין, קשורה להגברת השימוש בכלים חילופיים למשפט הפלילי, כאשר מנגנונים אלו הובילו להפחתת היקפי כתבי אישום.⁶² למשל, אפשר לטעון כי מאז ביסוסו של מנגנון הסדר מותנה,⁶³ הוא משמש תחליף להעמדה לדין ולכן מוגשים פחות כתבי אישום. עם זאת, לאחר בחינת הנתונים עולה כי הליך הסדר מותנה לא יכול להסביר את הירידה בנתוני העמדה לדין. כך, למשל, מדיווחי הפרקליטות לשנת 2020 עולה כי הפרקליטות חתמה על הסדרים מותנים בהיקף מצומצם ביותר של 202 תיקים בלבד ואילו המשטרה דיווחה על 3,874 תיקים שנחתמו בהם הסדרים מותנים באותה השנה. לכן, אין בכוחם של נתונים אלו להסביר את הירידה הניכרת של שיעורי ההעמדה לדין.⁶⁴

הסבר אפשרי אחר לצמצום שיעורי ההעמדה לדין, נובע מההשערה כי ההחלטה על סגירת תיק פלילי היא החלטה "קלה" יותר מהחלטתה על הגשת כתב אישום. לכן יש הפחתה במספר כתבי האישום המוגשים.⁶⁵ אומנם, נראה כי שתי ההחלטות אינן חשופות לביקורת, אולם בעוד החלטה על הגשת כתב אישום חשופה לביקורת על ידי צדדים שלישיים, הלוא הם בתי המשפט, ההחלטה על סגירת תיקים שמסתיימת במסדרונות התביעה, אינה חשופה לצדדים שלישיים ככלל. זאת אף אם מוגש ערר.⁶⁶ מצד נפגעי העבירה שמוביל לפתיחת התיק

62 דנציג רוזנברג וגל טענו בהקשר זה כי בכוחם של צדק מאחה והליכים מאחים להגשים את מטרתו של המשפט הפלילי. ראו בהקשר זה טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" משפטים מג 779 (2013). מעיון בדוח השנתי של בתי המשפט הקהילתיים לשנת 2000, עולה כי מעל 80% מהמשתתפים הם מתוך הליך פלילי (כלומר, הוגש נגדם כתב אישום). ראו דו"חות שנתיים: בתי המשפט הקהילתיים בישראל, <https://bit.ly/4ugiHFz>.

63 חוק סדר דין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון מס' 66) התשע"ב-2012. מדובר בדרך חליפית להעמדה לדין פלילי אשר מסתיימת ללא הרשעה פלילית.

64 מדוח של מחלקת המחקר במשרד המשפטים באשר להסדר מותנה שהוצא ביוני 2022 עולה כי גם לתפיסתם אין בכוחם של הסדרים מותנים לשנות את נתוני העמדה לדין. נראה כי מנגנון זה סייע בעיקר במצבים של סגירת תיקים ולא במקום הגשת כתבי אישום. ראו ענבל גלון ואביה טרספולסקי הסדרים מותנים וכתבי אישום (נכתב לבקשת הסנגוריה) (ינואר 2021). ראו גם משטרת ישראל מידע סטטיסטי אודות תיקי תביעה ותיקי הסדר מותנה (עדכון 12.4.2021), <https://bit.ly/4trSbEp>.

65 דעה זו מנוגדת לעמדתו של פרידמן אשר טוען במאמרו כי תובע אשר סוגר התיק חושף עצמו לביקורת. ביקורת שיכול ותנבע מהגשת ערר שיתקבל. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 3.

66 ראו דו"ח איגוד מרכזי הסיוע לשנת 2022 ממנו עולה כי נכון לשנת 2021 הוגשו 48 עררים (ונסגרו 2,481 תיקי עבירות מין) ורק בערר אחד הוחלט להגיש כתב אישום – איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית צדק אזרחי? על הליכים משפטיים נזיקיים במקרי פגיעה מינית (דוח שנתי 2022) <https://bit.ly/4c5spyT>.

ולהגשת כתב אישום, עדיין שלב זה של ההחלטה נותר מוסתר מעיני הציבור ומעיני בית המשפט.

הסבר חילופי נוסף הוא האופן בו התביעה מאזנת את הרשות המחוקקת. בהינתן שקיימת עלייה חדה בחקיקה,⁶⁷ אפשר לטעון כי כל שנותר למערכת התביעה הוא לנסות ולאזן את מערכת החקיקתית. במהלך השנים ועם עלייה חדה במספר החוקים הפליליים בין היתר, התביעה מתמודדת עם חוסרי כוח אדם, ומתוך מטרה לאזן את העלייה בחקיקה צמצמה את היקפי ההעמדה לדין.⁶⁸ אם נקח למשל תרחיש של מקרה מרמה ובו שתי אפשרויות חקיקה: הראשונה, מכסה קשת מצומצמת של מקרי מרמה. היתרון הוא שהחקיקה אינה עמומה ומיועדת להרשעתם של רמאים ברורים. החסרון הוא שאלו שמבצעים מעשי מרמה באופן רצידיביסטי יוכלו להתחמק מענישה לפי חוק זה. השנייה, מכסה טווח רחב של עבירות סמי-מרמה ומיועדת לכלול עבירות מקדימות ורחבות ויורשעו בה גם אלו שלא ביצעו עבירות מרמה חמורות, אלא נמצאו בטווח הביצוע של מעגל רחב ביותר. היתרון הוא הרשעה ביד רחבה והחסרון הוא שישורשעו גם אלו שהמחוקק והציבור לא התכוונו שישורשעו. נראה כי בעולם בו התביעה היא בעלת שיקול דעת רחב ביותר ויכולה להחליט שלא להגיש כתב אישום ללא ביקורת ציבורית של ממש, האפשרות השנייה ישימה יותר.

הסבר אפשרי נוסף הוא כי העלייה בשיח הזכויות בדין הישראלי הובילה להפחתה בהגשת כתבי האישום. במילים אחרות, גודש דיוני ביניים, כדוגמת בקשות לקבלת חומרי חקירה, עתירות לגילוי ראייה ושימועים מובילים את התביעה לתביעות חסר. מעיון במערכת "נבו" עולה אינדיקציה ראשונית לעלייה בדיונים הנוגעים לחומרי חקירה. בשנת 2007 למשל התקיימו תשעים דיונים בעקבות בקשות לגילוי ראייה ובקשות לחומרי חקירה בתיקים פליליים, ואילו בשנת 2020 התקיימו 306 דיונים. אפשר להניח כי הדבר גם נובע מעלייה מספרית בכמות המיצגים בהליכים פליליים באמצעות הסנגוריה הציבורית.

ולבסוף, יש שיטענו כי עוצמת הלחץ הציבורי היא ש"נותנת את הטון". אם ההנחה היא כי התביעה אינה מתומרצת כלכלית עבור מעצר או הגשת כתב אישום, אחד הגורמים שיכולים להוביל למגמת האכיפה שתוארה הוא הלחץ הציבורי העתי והמשתנה: מקרי פאניקה מוסריים מובילים להגשה ביתר בתחומים מסוימים, בעוד המגמה הכללית היא של הפחתה, גם בשל העובדה

67 ראו, למשל, כתבה מ־פברואר 2020 שלפיה במהלך כהונתה של הכנסת ה-20 נידונו 5,997 הצעות חוק פרטיות ו-359 חוקים ממשלתיים. 36 אחוזים מהם עברו לוועדת שרים לחקיקה. ראו שירית אביטן כהן "נגד החקיקה המשתוללת: אוחנה הציע מכסות לחברי הכנסת" מקור ראשון (23.2.2020). <https://bit.ly/48oUkse>.

68 הרדוף לעיל ה"ש" 3.

שלא נותרים משאבים להגשת כתבי אישום בעבירות שאינן "מכת מדינה". בהתנהלות כזו, נראה הפחתה של מספר כתבי האישום הכלליים. קיימים טיעונים נוספים ואחרים שיכולים להסביר את הירידה בהגשת כתבי האישום במהלך העשורים האחרונים, כמו העובדה שאיכות החקירה הופחתה ולכן התביעה לא יכלה להעמיד לדין בשל כשלי חקירה. כאמור, אין בכוונת המאמר להציג את כלל הטענות האפשריים לקיומה של מגמה אפשרית של הפחתה בהעמדה לדין, כי אם להציג את הנתונים של העמדה לדין למול סוגי התמריצים המעודדים לשיטתי, פעילות של תביעות חסר מצד התביעה הפלילית. לאחר שהוצגו הנתונים וההסברים האפשריים לירידה בהעמדה לדין, נפנה עתה לבחינת מערכי התמריצים עצמם.

2. מערכי התמריצים של התובעת הפלילית בהעמדה לדין

בחלק זה אפרט מספר תמריצים מוכרים, בעיקר בכתיבה אקדמית אמריקאית, שעשויים להשפיע על החלטת התובעת הפלילית להעמיד לדין פלילי. אתייחס למונחים "תמריצים" ו"מניעים" כמקשה אחת, הכוללת את קשת הגורמים שמניעים את התובעת בהחלטה על העמדה לדין. תפקידה של התובעת הפלילית הוא להבטיח את האינטרס הציבורי ולסייע בכירור האמת בלי לפגוע בזכויותיהם של הנאשם ושל הציבור.⁶⁹ עליה לחפש

⁶⁹ אבקש לערוך הבחנה בין שתי שאלות נפרדות: האחת – שאלה כללית והתאורטית – מהי מטרת ההליך הפלילי, ובראש ובראשונה מהן החובות של התובעת הפלילית בבחינה את הראיות בתק; השנייה – שאלה מעשית – מהן המוטיבציות והמניעים העומדים בבסיס ההחלטה אם להגיש כתב אישום או לגנוז את התיק. קרמניצר במאמרו (לעיל ה"ש 3) מתאר מספר כשלים מצד התביעה בשלב קביעת העובדות: בהם: נטייה חזקה להאמין במה שנוח להאמין; נטייה מופרזת ללכת אחרי הקבוע והעקבי; בחינת הנתונים מתוך פריזמה של קונספציה ועוד. השאלה הראשונה לא תידון במאמר זה והיא, למעשה, בחינה מקדימה שאינה עוסקת בשאלת המניעים במישרין, אם כי בשאלות הרחבות יותר של חובות התביעה בהקשר העמדה לדין. בהקשר זה אפשר לומר ללא עוררין כי לאחר הגשת כתב אישום, ההליך הפלילי מכוון לאפשר הכרעה בשאלת חפותו או אשמתו של נאשם. יכולת זו מותנית ביכולת לחשוף את האמת: אמת עובדתית או מטריאלית, זאת במובחן מאמת משפטית. קיימת כתיבה רבה בדבר ההבחנה בין האמת המשפטית לאמת העובדתית. ראו, למשל, יניב ואקי דיני ראיות כרך א, פרק 2 (2020). בע"פ 190/82 מרקוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 225, 304 (1983) קבע השופט אלון בהקשר זה כי "קשה ומלאת חתחתים היא מלאכתו של השופט בבקשתו להגיע לחקר האמת; כלי אומנותו על כורחו מוגבלים הם: 'כי האדם יראה לעינים, וה' יראה ללבב' (שמואל א, טז, ז [ד])." השופט כהן אמר באשר לגילוי האמת המשפטית כי "האמת העשויה להתגלות לשופט, שתקרא להלן בשם 'אמת שיפוטית', שונה מן האמת הפילוסופית המדעית, הדתית, ההיסטורית. אין אנו עוסקים באותה האמת הצרופה אשר הפילוסופים מנסים

צדק ולחתור לכיוונו וכל זה, כשהיא נטולת פניות ואינטרסים ולהיות סוכנת נאמנה ושליחת הציבור.⁷⁰

אחת מהנחות המוצא למאמר זה היא כי ההחלטה על העמדה לדין עשויה להיות מושפעת מגורמים שאינם, בהכרח, קשורים לחוזקת הראיות במקרה מסוים. אפשר להניח כי גורמים אלו כוללים שיקולים אתיים, פרקטיים וייתכן שאף פוליטיים. קיים קושי אינהרנטי בשאיפה כי התובעת תהיה ניטרלית לחלוטין בכל פעולותיה. גאווה אישית, רצון לנצח ולחץ ציבורי הם דוגמאות לאינטרסים מוטעים שקשה לנטרל במניין השיקולים של התובעת, גם זו שנתפסת כניטרלית ביותר.

בסקאלת הפעולות האפשריות של התביעה מצויות פעולות אשר נחשבות, ככלל, כשליליות, בהן: הוספת אישומים לצרכי משא ומתן, אי-גילוי של ראיות מזכות והצגה מוטעית של נתונים כדי ללחוץ על הנאשם להגיע להסדר טיעון. לצד זה, ובצידה האחר של הסקאלה, מצויות החלטות נטולות אינטרסים, שוויוניות, שיש ודאות בצידן.

הקושי מתעצם עוד יותר במציאות המורכבת של תיקים פליליים, שחלקם גבוליים מבחינה ראייתית. מצבים "אפורים" יכולים להתרחש ממספר סיבות: הראשונה, מכונה מצב של "שוויון ראייתי".⁷¹ ואקי מכנה זאת כמצב שבו כפות המאזניים מעוינות ומבחינת הסבירות ישנה הערכה דומה של סיכויים שהתיק יסתיים בזיכוי לעומת האפשרות שיסתיים בהרשעה. אפשרות אחרת מכוונת למצב שבו קיים קושי הערכה מטעמים אחרים, בין אם בשל סוג הראייה וסיווגה, או בשל הימצאותם של שיקולים סובייקטיביים אחרים שיש ביכולתם להשפיע על עמדת התובעת, בעת קבלת ההחלטה: טיב ההגנה ואיכותה, ערכאת השיפוט וההרכב שאליו עתיד להגיע התיק, מורכבות התיק ומשכו, טענות הגנה וסרבול אפשרי, פגיעה אפשרית בקורבן עבירה וחשש מהעדת העד. סיבה נוספת עשויה להתקיים במצבים שבהם קיימת פרשנות שונה לגבי רכיב או יסוד בעבירה. ייתכן שהדבר נובע מעמימות אינהרנטית אולם בחינה זו חורגת ממאמר זה. לכאורה,

לחדור לעמקי סודותיה; ואף לא באמת מדעית נסיונית או באמת אומנותית או באמת היסטורית [...] מה נשתנה האמת השיפוטית מכל אמת אחרת, שרק היא נוצרה כפי רוחו של שופט לאחר הליכי שפיטה". ראו חיים ה' כהן המשפט 114 (מהדורה שנייה משה ברש עורך 1996). ראו גם דברי השופט מ' חשין בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד (נב) 1 (1998). כדברי אהרן ברק לפיהם הוסכם כי "שעתו היפה של השיפוט הינה כאשר 'האמת המשפטית' – זו האמת שבית-המשפט קובע אותה כקיימת – מתקרבת במלוא האפשר אל 'האמת העובדתית' – זו האמת אשר קיימת במציאות כמות שהיא", אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז, 11, 12 (התשנ"ו).

Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117(8) HARV. L. REV. 2469 (2004) 70

71 ואקי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 443.

במצבים שהתיקים גבוליים אפשר היה להניח שינוהלו משפטים והסדרי טיעון לא ייחתמו.⁷² אולם מהכתיבה בנושא עולה שעומס תיקים משפיע על החלטת התובעת בכמה אופנים, למשל, בנייתוב של התובעת למסלול של הסדר טיעון והעדפתו על ניהול משפט.⁷³

באופן כללי, בשיטת המשפט הישראלית לא מוענק תגמול כלכלי לתובעים מדינתיים בגין הגשת כתב אישום, הרשעה, או כל פעילות אחרת. תמריצי עובדים הם שאלת בסיס בשיח של טיפוח המשאב האנושי והגברת מוטיבציה.⁷⁴ בהיבט התגמולי, אפשר להניח כי תובעים הם קבוצת אוכלוסייה אשר אמורה להיות מבודדת מתמריצי שוק וכי הנחת היסוד, בדומה לשופטים היא כי הם קבוצה שלא מבקשת להשיא את תועלתה האישית. עם זאת, ייתכן כי גם בהקשר התביעה המדינתית הבלתי מתמרצת, הרשעה "שווה" לתובעת יותר מזיכוי, גם בעיני הקולגות, הממונים והציבור והיא עשויה לשמש מינוף לקידום התובעת בשירות המדינה. גם היקפם המשמעותי של הסדרי הטיעון בשיטת המשפט הישראלית מצביע על כך שהתובעת שונאת סיכון ומעדיפה הרשעה בטוחה באמצעות הסדר טיעון, על פני ניהול הליך ארוך שבצידו תתכן ענישה מחמירה יותר.⁷⁵

⁷² לדעת ביבס (לעיל ה"ש 70), במצב של תיקים חלשים, אין מידע מלא על מצב הראיות וקשה לחזות כיצד התיק יסתיים. בתיקים כאלו, לדעת ביבס, בשל אינטרסים אישיים של התובע, לא מנהלים משפט והתובע יגיש רק את התיקים החזקים ביותר. טענתו של ביבס היא שהתובע לא מביא לפתחי בית המשפט את התיקים המורכבים יותר.

⁷³ Shaila K. Dewan, *Prosecutors Say Cuts Force Plea Bargains*, N.Y. Times, Mar. 10, 2004: "Deep staffing cuts and increased caseloads are forcing prosecutors to accept John Gibeaut, plea bargains they would never have considered otherwise" ראו גם, *The Good Fight Gets Harder*, A.B.A. J. 41, 44-45 (2004).

⁷⁴ בישראל היו נסיונות מעטים לבחון אפשרות של החלת מערכת תמרוץ עובדים בשירות המדינה. בדוח האחרון שפורסם בנושא משנת 2017 הוחלט על החלת של נסיוני מקדים (פיילוט) והחלת מערכת תמרוץ. ראו נציבות שירות המדינה, המטה ליישום הרפורמה אגף תורה וניהול ידע מסמך מדיניות בנושא תגמול ותמרוץ עובדים בשירות המדינה (2017). דוח זה כלל ארבעה רבדים של תמריצים לעובדים: הרובד הראשון, מענק כספי לעובדים מצטיינים; השני, סל הטבות למנהל; השלישי, שינוי של מנגנוני קידום שכר; והרביעי יצירת סל תמריצים לא חומריים, כמו קפה עם המנכ"ל או שולחן עגול. יצוין כי הצוות דן ארוכות בחסרונותיו של מודל כלכלי בדמות מתן כסף, אולם בסופו של דבר במסגרת הצעת הפיילוט, המודל קישר בין מענק כספי לבין מערכת הערכת עובדים.

⁷⁵ Bibas, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2472. השוני בין התובע האמריקאי לישראלי הוא רב, בין היתר בשל אופן בחירתם. במרבית המחוזות, התובעים נבחרים ובהמשך אף ממנפים את היותם תובעים למשרות פוליטיות. שיטה זו היא, למעשה, אחת הסיבות לכך שתובע מגיש כתב אישום רק כשהוא בטוח שתהיה הרשעה. אותם תיקים חלשים ראויים לניהול משפט ולא להסדר טיעון.

ניתן להניח כי תובעים ישראלים, שאינם נבחרים ציבור, פועלים מתוך מערך תמריצים שכולל, בין היתר, ניסיון להשיג את הדברים הבאים: להפוך את עבודתם לנעימה יחסית, להפחית עבודה ולהפחית את עלויות הטיפול לכל תיק שבאמתחתם.⁷⁶ סביר גם כי הרצון לנצח עשוי להשפיע על ההחלטה להגיש כתב אישום בתיק או להמליץ על גניזתו.⁷⁷ ראיית התובעת עצמה כלוחמת מן השורה שמטרתה להביא להרשעת הנאשם יכולה ודאי להשפיע על ההכרעה בדבר הגשת כתב אישום בתיק פלילי או גניזתו.⁷⁸

אפשר להניח כי התובעת מעריכה את סיכויי ההרשעה כבר בשלב הראשוני של התיק, תוך שימוש בכלים המוגבלים העומדים לרשותה, היא מבצעת אומדן של סיכויי ההצלחה בתיק. עם זאת, המציאות מכתיבה כי פעילות התובעת מורכבת יותר. העיקרון המנחה הוא חוזקת הראיות, אולם בצידה מניעים מגוונים המשפיעים על עבודת התובעת. כך, למשל, אפשר להניח כי בשל משאבי הזמן המוגבלים, תובעים יבקשו לקדם הסדרי טיעון ויבחרו שלא לנהל תיקים.⁷⁹ אפשר

⁷⁶ Stuntz, לעיל ה"ש 2, בעמ' 34, מתייחס במאמרו למניעים אלו של התובעים שאינם נבחרים ציבור.

⁷⁷ קרמניצר, לעיל ה"ש 4, עמ' 483, כותב כי "דווקא ההתייחסות למשפט כתחרות בין צדדים מתמודדים [...] עלולה להביא אצל התובע לשיבוש התפיסה הראויה של מהות תפקידו ולהפוך אותו ללוחם מן השורה הנלחם לשם ההרשעה ולא למען האמת, המושך את החבל בכל כוחו לצד החובה, ולצד החובה בלבד". ראייה זו יוצאת מתוך נקודת הנחה שלפיה על השופט להכריע באותה אמת ואילו הצדדים כל מלאכתם היא להציג את הגרסה של הצד שלהם, ועל השופט להכריע ביניהם. אחת התשובות האפשריות לקושי זה היא כי המאבק בין הצדדים הוא שמביא לבירור האמת, ולהבאת מלוא הנתונים, תוך בחינת משאבי התביעה. גם ארון גול איל ווינשל מרגל מתייחסים לאפשרות זו, ומכנים אותה כ"תיזת תביעה שיפוטית" – ראו גול-אייל ווינשל-מרגל, לעיל ה"ש שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא. 29. יודגש כי התזות המוצעות במאמר אינן מתייחסות לשלב העמדה לדין, אלא רק לשלב הכרעת הדין. ראו גם התייחסות במקרי פאניקה מוסרית. נראה כי, לעיתים, התגובה על אותה התנהגות יכולה להיות חסרת פרופורציה ובעלת יסודות של הגזמה. אחת ההשלכות של מקרי פאניקה מוסרית הם אכיפת-יתר, החמרת ענישה, הרחבת האחריות הפלילית והצעות חוק שעתידות להתמודד עם המצב שנוצר. גורי-אריה במאמרה, לעיל ה"ש 7, מתייחסת למקרי פאניקה מוסרית כגון עבירות פגע וברח או פדופיליה. קיימת התייחסות מועטה לשיקול של האינטרס הציבורי ככזה שעשוי להשפיע על החלטתו של התובע הפלילי. בהקשר זה יצוין בקצרה כי גביון בספרה דנה באפשרות שלפיה מידת העניין הציבורי שבניהול המשפט יכולה להכריע במקרה של ספק לגבי חוזק הראיות בתיק, ככל שהעניין הציבורי בניהול המשפט גדול יותר, כך תהיה נטייה להסתפק בבסיס ראיתי חלש יותר (גביון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 109).

⁷⁸ J. Herrmann, *The German Criminal Justice System: The Trial Phase – Appellate and Review Proceedings*, in, *THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 65, 65–66 (1981).

⁷⁹ Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 CAL. L. REV.

גם להניח שניסיון הוא גורם בהכרעות התביעה; תובעת צעירה עשויה לראות עבירות חמורות יותר מתובעת בעלת ניסיון.⁸⁰

מניע נוסף שעשוי להשפיע על החלטת התובעת הוא שאלת המשאבים. אם אניח כי התביעה מצויה במחסור מתמיד במשאבים, היא נאלצת לקבוע סדר עדיפויות בהגשה של תיקים, בגניזתם ואף בניהולם. אילו כלל התיקים שיש בהם אינטרס ציבורי וראיות היו מובאים לפתחו של בית המשפט (כפי שמקובל בשיטות משפט אירופאיות, המצייתות לעיקרון המכונה לעיתים *le principe de légalité*), אפשר היה לומר שאין מתפשרים על טובת הציבור. במצב הדברים כיום, שבו אפשר להניח כי לא כל התיקים בעלי אינטרס ציבורי וראיות מוגשים לבירור שיפוטי, תחושת האמון במערכת אכיפת החוק עלולה להיפגע. למעשה, אפשר לטעון כי המוטיבציה בתיקים גבוליים ומורכבים פועלת דווקא בכיוון המרתיע תובעים מהגשת כתבי אישום – במקום שבתי המשפט יבחנו ראיות בתיקים הקשים והבעייתיים, תובעים מעדיפים לא להביא לפתחי בית המשפט את התיקים המורכבים אלא את התיקים הקלים, שבהם הם מציעים הסדרי טיעון נוקשים, להם סגורים מסרבים. ביבס במאמרו מתייחס להקשר ומציין כי תובעים "עצלים" יציעו ענישה מקלה כדי "להפטור" מהתיק ומניהולו.⁸¹

אם כך, התביעה הפלילית במדינה נעדרת תמריץ של אחריות ציבורית ישירה. אומנם, הן בארצות הברית והן בישראל אין התובעים כפופים למנגנוני ביקורת אפקטיביים ופעילותם נעשית בחדרי חדרים ללא נגישות ושקיפות אמיתית. אולם חלק מהתובעים בארצות הברית (המדינתיים למשל) נבחרים פוליטית, ואפשר להניח שהם יהיו מעוניינים שאלו שבחרו בהם יראו אותם כמי שהובילו אשמים להרשעתם.⁸² נוסף על כך, הליך שימוע מקדים בפני חבר המושבעים משמש הלכה למעשה כסוג של בקרה מקדימה על ההליך הפלילי ושיקול הדעת המופעל בו. בשיטת המשפט הישראלית התובעת הפלילית ככלל אינה נבחרת ציבור, והיא מקבלת הסמכה מפרקליט המדינה, בדרך של האצלה מהיועץ המשפטי לממשלה.⁸³ בהקשר זה, ההבחנה אף עשויה להשפיע על ההחלטה להעמיד לדין. התובעת הישראלית לא נדרשת לרצות קהל בוחרים, משום שאינה נבחרת.

(1993) 1471, 1495–96.

MILTON HEUMANN, PLEA BARGAINING: THE EXPERIENCES OF PROSECUTORS, JUDGES, AND DEFENSE ATTORNEYS 120–121 (1978) 80

Bibas, לעיל ה"ש לעיל ה"ש שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא. 70, בעמ' 2474. 81

Stuntz, לעיל ה"ש 2. 82

ס' 12(א)(1)(ג) לחוק סדר הדין הפלילי. אציין בקצרה כי במהלך השנים נכתבו כמה דוחות ביקורת באשר להשפעות הפוליטיות על עבודת התובעים בארצות הברית, ראה Stuntz, לעיל ה"ש 2, בעמ' 32. 83

בפני תובעי המדינה המעוניינים להוזיל עלויות התדיינות פלילית, עומדות שתי אפשרויות: האחת, הימנעות מהגשת כתבי אישום. והשנייה, קיצור זמני התדיינות בפועל, בדרך של הגעה להסדרי טיעון והימנעות מניהול הוכחות. בעוד בארצות הברית ראשי יחידות התביעה במדינות נבחרים פוליטית, ולכן עשויים לעודד פרקליטים להגיש כתבי אישום במטרה לרצות את קהל הבוחרים, בישראל לא קיים "עידוד" שכזה ולכן קיימת האפשרות לבחירה בחלופה הקלה והזולה יותר – להפחית בהגשת כתבי אישום בעוד אחוזי ההרשעה לא ישתנו ואף עשויים לעלות.

לצד התובעים המדינתיים אשר אינם מתומרצים כלכלית עבור הגשת כתב אישום, ניהול הליך או הרשעה, קיימת קבוצה גדולה ובלתי מבוטלת של תובעים פליליים, מוסמכי היועץ המשפטי לממשלה, אשר פועלים כתובעים פליליים לכל דבר ועניין, מגישים כתבי אישום ומנהלים תיקים פליליים בקשת רחבה של עבירות ומתוגמלים כלכלית על כל הגשת כתב אישום וניהול הליך.⁸⁴ יחידת התביעה ברשות המקומית אחראית לבחינת הראיות שנאספו, קבלת החלטה בהם כדי לבסס כתבי אישום וניהול ההליכים. ההתקשרות עם עורך הדין הפרטי נעשית באמצעות מכרו ובדרך כלל הוא מקבל תשלום על פי סוג הפעולות שהוא מבצע או שעות העבודה שהושקעו בניהול ההליך הפלילי. שיקול הדעת שמופעל על ידי התובעים החיצוניים זהה באופיו לשיקול הדעת המופעל על ידי התביעה הפלילית במדינה.

⁸⁴ אומנם הזרוע העיקרית של היועץ המשפטי לממשלה היא פרקליטות המדינה, אך ברשויות מקומיות קיים מערך תביעה נפרד שכולל תובעים עירוניים מוסמכי היועץ המשפטי לממשלה. מדובר בתובעים מכוח הסמכה של היועצת המשפטית לממשלה, לפי ס' 12(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, המסמיך את היועץ המשפטי לממשלה להסמיך תובעים [...] דרך כלל, לסוג של משפטים, לבתי משפט מסוימים או למשפט מסוים". באשר לגבולות סמכותם ראו ס' 33 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1001 "עצמאות התביעה הפלילית" (ינואר 2010). בהנחייה זו הודגש כי "על התובע במשרד הממשלתי להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל מקרה ומקרה, ואין הוא כפוף בתחום התביעה הפלילית, אלא להוראות או למדיניות של מי שממונה עליו במערכת המשפטית, להבדיל מן הממונה עליו במערכת המינהלית. במקרה של קושי או ספק יתייעץ התובע עם היועץ השפטי של היחידה או היועץ המשפטי של המשרד הנוגע בדבר". ראו גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.1100 "הסמכת תובעים ברשויות המקומיות ובוועדות המקומיות לתכנון ולבנייה" (4.9.2017). בהנחייה זו צוינו מספר הגבלות על תפקיד התובע החיצוני, בהן הגבלות בהקשר ניגוד עניינים. יצוין כי שכר התובעים החיצוניים הוא פרמטר גמיש: שכר הטרחה יכול שישולם עבור כל תיק והליך או שכר חודשי גלובלי (ריטיינר), או עבור פעולה מסוימת שהתובע ביצע. לעניין זה ראו פניית ציון אילוז, מנהל המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה, לתובעים בוועדות המקומיות לתכנון ובנייה, בעניין עצמאות התביעה – רענון הנחיות (17.11.2013) <https://bit.ly/3Q0Iezf>.

לסיכום חלק זה, נראה כי מערכי המוטיבציות של התובעת הפלילית המועסקת מטעם המדינה אינם מעודדים לכיוון הגשת כתבי אישום ביתר, אלא לפעילות תביעתית בחסר. תופעה זו כמעט לא נדונה בישראל.⁸⁵

3. מודלים של תמריצים בתביעה הפלילית בארצות הברית

בארצות הברית קיים דיון עשיר בשיקול הדעת הרחב של התובעת הפלילית ובתמריצי התביעה.⁸⁶ עיקר הביקורת הופנתה לכוחה העצום של התביעה הפלילית ואפשרות ניצול כוח זה בדרך של השפעות פוליטיות, החלטות שרירותיות, שפיטה מוקדמת, אינטרסים אישיים, וסוגים שונים של הפללת-חסר.⁸⁷ עוד נדונה לעומק דילמת הנציג בהקשר לקבלת ההחלטה על העמדה לדין.⁸⁸ ייחודו של תפקיד התובעת מחייב בחינה מובדלת, המכירה בהשלכות של החלטותיו. בתי המשפט השונים בארצות הברית קבעו כי כחלק

⁸⁵ ראו, למשל, אלון הראל "החובה להפיל" חוקים יא 37, 38 (2018). הראל כתב במאמרו בהתייחס לחובה להפיל ולהפללת-יתר כי "[...] אין להמעיט מחשיבותו של הסיכון ההפוך, דהיינו תת-הפללה או הפללת חסר". מגמת שינוי זו תוארה אף במאמרם של דנציג-רוזנברג, רבין ונבון, לעיל ה"ש 2. במאמרם הם מציינים את התפתחויות המשפט הפלילי מאז שנת התש"ע, בין היתר ביסוס הזכות החוקתית של החשוד והנאשם להליך הוגן ועל השפעה על דיני הראיות.

⁸⁶ Meares במאמרה מציעה מודל תמריצים כלכלי לתובעים, שמטרתו להתמודד עם תופעת ה-Overcharging. המודל שהיא מציעה הוא לתגמל תובע כשההרשעה בתיק תואמת את האישומים שמצויינים בכתב האישום. פרק נרחב במאמרה מתייחס לכך שמודל זה ישפר את האתיקה בקבלת ההחלטה. Tracey L. Meares, *Rewards for Good Behavior: Influencing Prosecutorial Discretion and Conduct with Financial Incentives*, 64 FORDHAM L. REV. 851 (1995).

⁸⁷ ראו: ANGELA DAVIS, *ARBITRARY JUSTICE: THE POWER OF THE AMERICAN PROSECUTOR*, 143-161 (2007); Kenneth J. Melilli, *Prosecutorial Discretion in an Adversary System*, 1992 BYU L. REV. 669, 678-682 (1992). James Vorenberg, *Decent Restraint of Prosecutorial Power*, 94 HARV. L. REV. 1521, 1525 (1981): "[T]here are good reasons to see prosecutors' virtually unlimited control over charging as inconsistent with a system of criminal procedure fair to defendants and to the public" Kyle Graham, *Overcharging*, 11 OHIO ST. J. CRIM. L. 701 (2014); Mitchell Stephens, *Ignoring Justice: Prosecutorial Discretion and the Ethics of Charging*, 35 N. KY. L. REV. 53 (2008).

⁸⁸ Dirk G. Christensen, *Incentives vs. Nonpartisanship: The Prosecutorial Dilemma in Marshall v. Jerrico, Inc.*, 2 DUKE L. J. 311 (1981). an Adversary System, 446 U.S. 238 (1980). בפסק דין זה בית המשפט קבע כי הענקת תגמול כלכלי לתובע מעלה שאלות חוקיות רציניות, זאת אף על פי שאין הוא בעל תפקיד שיפוטי, שכן קיימות מגבלות חוקתיות על תפקידו.

ממדיניות ציבורית, על התובעת לתור אחר הצדק, ולא רק להשיג הרשעות.⁸⁹ בארצות הברית, כמו גם בישראל, בתי המשפט לא נחלו הצלחות במתן הגדרות ברורות לתביעה בשאלת האינטרסים של התביעה, או בשאלת התמריצים. זאת, בין היתר, משום שחלק זה של קבלת ההחלטה לרוב מוסתר מעיני בתי המשפט, הציבור והנאשם ולכן אינו מגיע לפתחו של בית המשפט באופן ישיר.

מבחינה היסטורית, קיימות עדויות מהמאה ה-19 המצדדות בחשיבות מתן תמריצים כלכליים לגורמי אכיפת חוק. מספר פסקי דין של בית המשפט העליון מאותה העת הכירו בצורך לתמרץ עורכי דין. בתחילה, בתי המשפט הכירו בעקרון החזרת כספים למי שסייע בגילוי פשעים.⁹⁰ בשנת 1853, תובעים פדרליים קיבלו תשלום לפי תיק, בדומה לתשלום לסנגורים פיליפיים היום.⁹¹ בפסק הדין בעניין *Mathews*,⁹² בית המשפט העליון של ארצות הברית הכיר בתשלום מענק לשוטר אשר הוביל למעצר ולהרשעת נאשם.⁹³ בהמשך, בשמונה מדינות הוכרה האפשרות לתמרץ תובעים בהתאם ליעילות שלהם, אשר נמדדה לרוב על ידי אחוזי ההרשעות שלהם. אותן עמלות נמסרו לתובע מהקנס שהנאשם חויב לשלם או מתקציב מדינתי באופן ישיר.⁹⁴ מודל זה בוטל בשנת 1905 על ידי הקונגרס, ובהמשך החקיקה החדשה קבעה תשלום חודשי לתובע.⁹⁵ ברבות השנים, מרבית מדינות ארצות הברית חוקקו חוקים אשר מונעים מהתובע הכללי מתן תגמול כלכלי.⁹⁶ בעוד פסקי הדין האמריקאים דנים בהרחבה בשאלות

89 ראו: *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963); *Ganger v. Peyton*, 379 F.2d 709, 714 (4th Cir. 1967).

90 ראו: *United States v. Murphy*, 41 U.S. (16 Pet.) 203 (1842); *Dorsheimer v. United States*, 74 U.S. 166 (1868).

91 ראו *Meares*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 880: "When an indictment for crime shall be tried and a conviction is had, in addition to the attorney's fees allowed by this act, the district attorney may be allowed a counsel fee in proportion to the importance and difficulty of the cause, not exceeding thirty dollars". יודגש כי באותה תקופה עובדים פדרליים לא עבדו בשירות הממשלה באופן מלא. בהמשך משנכנסו לשירות המדינה וקיבלו משכורת מלאה, דרך זו בוטלה והומרה בתשלום מלא. ס' 824 קבע כי יוענק לתובע תמריץ של 30 דולר על כל הרשעה. *Act to Regulate Fees and Costs*, ch. 80, §1, 10 Stat. 161 (1853).

92 *United States v. Matthews*, 173 U.S. 381 (1899).

93 באותה עת אותם גורמי אכיפה קיבלו את עיקר משכורתם מהמיסים שאותם גבו ולא מתשלום שכר מהמדינה. בשנת 1980 בפרשת *Jerrico* (לעיל ה"ש 91) לא אושר מודל תמריצים כלכלי, אך נערך דיון מקיף על דילמת התובע בהקשר מתן תמריצים למול ערך הניטרליות. ראו עמ' 248 לפסק הדין.

94 ראו *Meares*, לעיל ה"ש 89.

95 שם, בעמ' 881, טקסט לה"ש 110.

96 *Christensen*, לעיל ה"ש 91, בעמ' 323.

האתיות הנוגעות לאינטרסים לא-כלכליים של תובעים בתיק מסוים, אין פסיקה חד-משמעית הדנה באפשרות מתן תמריצים כלכליים לתובעים. ביבס דוגל שלתובעים יש תמריצים אישיים ולעיתים אף כלכליים במטרה להפחית עומסי עבודה; התובעים עשויים להתפתות "ללכת" על תיקים "חזקים" מבחינה ראייתית, או על תיקים בעלי פרופיל גבוה. כך יוכלו לרכוש ניסיון בזמן קצר יחסית, וזאת באמצעות קידום הסדרי טיעון באותם תיקים.⁹⁷ הדיון בשאלת תמריצים של תובעים התפתח במרוצת הזמן. בתחילת הדרך, הגישה הרווחת ראתה בתובעת שחקנית אשר כל מטרתה היא מקסום תועלות מצרפיות. ברבות השנים, מחקרים הצביעו על כך שתובעים מונעים משלל אינטרסים ושיקולים, בהם הרצון לקדם את הקריירה שלהם;⁹⁸ לקבל משכורת גבוהה יותר; להתנסות בתיקים מורכבים לצורך רכישת ניסיון ועוד.⁹⁹ חוקרים שונים ניסו לבחון את הכלים להגביר יעילות של תובעים,¹⁰⁰ בעיקר נדונה בחינת אחוזי ההרשעה כמדד ליעילות, אף על פי שברור כי אחוזי הרשעה לבדם אינם מצביעים על יעילות או על מקסום תועלות.¹⁰¹

אם כן, ממעוף הציפור, אפשר לזהות שני מודלי תמריצים מרכזיים: הראשון, תלוי תוצאה הכולל אפשרות של הענקת תגמול כלכלי בהתאם לתוצאת ההליך.

⁹⁷ Bibas, לעיל ה"ש לעיל ה"ש שגיא! מקור ההפניה לא נמצא.70. וראו נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) 263, 264 (2000). במאמרה זה זלצמן מדגישה את הקושי בגילוי האמת העובדתית: "מעצם טיבו, שחזור של מעשה שאירע לא יוכל להבטיח את גילוי האמת כהווייתה, ואין לצפות לכך. אולם השאלה היא: כיצד ניתן לקרב במידה אופטימלית את 'האמת המשפטית' אל 'האמת העובדתית'? הדבר תלוי בכמות המידע שייכנס לבית-המשפט ובאיכותו [...]. לכאורה, אלה שני רכיבים שונים, אך קיים קשר ביניהם. כמות בלתי מספקת של מידע תשפיע על נכונות התמונה שתתקבל. היא עשויה לעוות אותה. מן הצד האחר, לא די בזרימה מרבית של פרטים אם בסופו של דבר אין בכוחם לשרטט תמונה נכונה של ההתרחשות העובדתית". ראו גם: חיים שיין "עוד על האמת המשפטית" דעת 319 (פרשת נשא, התשס"ח) ואקי, לעיל ה"ש 40, טקסט לה"ש 64, 40.

⁹⁸ שמיר, לעיל ה"ש 31.; Sanford C. Gordon & Gregory A. Huber, *The Political Economy of Prosecution*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 135 (2009).

⁹⁹ Barbara O'Brien, *A Recipe for Bias: An Empirical Look at the Interplay Between Institutional Incentives and Bounded Rationality in Prosecutorial Decision Making*, 74 MO. L. REV. 1 (2009).

¹⁰⁰ Shamir & Shamir, לעיל ה"ש 31.

¹⁰¹ שם. בין היתר, נבחנו מודלים שונים של מתן הנחיות לתובעים, בחינת מנגנוני ביקורת קיימים, הקצאת תיקים, הפחתת כוח ההכרעה של התביעה ועוד. כל המודלים הללו ניסו לבחון את השאלה כיצד לתמרץ תובעים "נכון"? המודלים הללו יצאו מנקודת הנחה כי בחינה מחודשת של תמריצים עדיפה על פעילות לא גלויה של תמריצים מתוך נקודת הנחה כי אלו מטים את שיקול הדעת של התובע.

השני, בוחן את כישוריו של התובע הספציפי ומאמציו בתיק. המודל של Meares¹⁰² הוא דוגמה מובהקת לסוג מודל תוצאתי. בהתאם למודל זה, יוענק תמריץ כלכלי לתובע אם ההרשעה בסופו של יום תואמת לאישומים. מודל זה נועד למנוע את תופעת הגשת כתבי אישום מרובים (Overcharging) והוספת האישומים. במאמרה Meares אף מציעה ענישה כלכלית אם תובעים התנהלו לא כשורה מבחינה אתית. גם Christensen דוגל במודל תמריצים דומה, אך לתפיסתו יש לתמרץ אם ההרשעה הייתה "צודקת". כלומר, התגמול יינתן לא על מספר ההרשעות אלא על הרשעות מוצדקות.¹⁰³ Christensen מצגי בחינת מודל תמריצים גם על סוגי החלטות אחרות של התובע: הסדרי טיעון, שימועים ועוד. דוגמה נוספת למודל "תוצאתי" היא של Julia & Shamir¹⁰⁴. Julia & Shamir דנים בשאלה כיצד תמריצים משפיעים על העומס בבתי המשפט. מאמרם מצגי סוגי תמריצים והקשר שלהם לרווחה חברתית. בהתאם למודל המוצע במאמרם, אם התובע רואה לנגד עיניו מטרה של הגדלת אחוז ההרשעות, נחזה בהפחתת פעילות והפחתה בהגשת כתבי אישום. כלומר, יוגשו רק כתבי אישום שבצידי הרשעה בטוחה. לחליפין, אם מטרת התביעה היא הגדלת מספר כולל של ההרשעות, נחזה בעודף פעילות ועומסים על בתי המשפט.

למול מודלים תוצאתיים משני סוגים, ניצבים מודלים שרוצים להכיר במאמץ התובעת ובכישוריה. ביבס¹⁰⁵ טוען שיש לתמרץ תובעים לפי מאמץ וביצועים, תוך ניסיון לפתח מדדים של התמריצים האפשריים. לדעת ביבס, המודל התוצאתי של Meares עשוי להיכשל שכן, כדי למנוע ביקורת שהתובעים התנהלו באופן לא כשיר, הוא יוביל לאכיפת חסר ולהסדרי טיעון נדיבים במיוחד.

סוגייה נוספת שנחקרה בארצות הברית היא כיצד לגרום לכך שהתובע יכיר בהחצנות הנובעות מההחלטות על העמדה לדין. בארצות הברית תובעים זוכים ל-"Correctional Free Lunch", במובן זה שהם זכאים להיות אגרסיביים בבחירות העמדה לדין בלי לדאוג להשלכות הכלכליות בצד החלטות אלו.¹⁰⁶ קיים דיון רחב בשאלה אם עלות מאסר היא שיקול שעל התובע להכיר בו בהגשת כתב האישום. שאלה זו טרם נדונה בהקשרים הישראליים אך ראוי לדעתי שתבחן נוכח החלטות בג"ץ בדבר שטחי המחיה ההכרחיים לאסירים והפרטת בתי הסוהר.¹⁰⁷

102 Meares, לעיל ה"ש 89.

103 מעניין לציין כי Christensen במאמרו מעלה כי קיים קושי מסויים בהחלת מודל המבוסס על תוצאה, והוא מסייג עמדתו ונוטה לכיוון מודל תמריצים המבוסס על קבלת ההחלטה ולא על התוצאה. ראו Christensen, לעיל ה"ש 91, טקסט לה"ש 172.

104 שמיר, לעיל ה"ש 31.

105 Bibas, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 70.

106 FRANKLIN E. ZIMRING & GORDON HAWKINS, THE SCALE OF IMPRISONMENT (1991)

107 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח וחטיבת זכויות האדם נ' השר לביטחון פנים (נבו)

בהקשר דומה, דיוד בל טוען שמדינות צריכות לחלק את הכספים שיושקעו במערכת הכליאה בהתאם לאחוזי הפשיעה באותן מדינות ולתת למדינות להקצות את הכספים בהתאם לתעדוף שלהם: למשל, תוכניות שיקום או כליאה מוגברת. השאיפה היא שמדינות יעדיפו שלא להוציא את הכסף על הכליאה עצמה אלא על תוכניות שיקום. גישה זו מניחה כי ברגע שרשויות האכיפה יכירו בהוצאות הגבוהות שלהן בהינתן הרשעה יהיה לחץ על התביעה לבחור באמצעים אלטרנטיביים.¹⁰⁸ מודל זה מכונה בארצות הברית "Confront & Explain Costs Model".¹⁰⁹ מודל זה מכיר בעלויות של העמדה לדין והרשעה, ובהתאם קובע כי נוכח העובדה שיש בידי התובעים את הכוח הכמעט בלעדי לשלוח אנשים למאסר יש להכיר לכל הפחות בפרדוקס: בקצהו האחד – התובעים מתומרצים להוביל להרשעה, ובקצה השני – איש אינו מביא בחשבון את העובדה שהמדינה מוציאה כספים רבים על כל מאסר שכזה.¹¹⁰ בהיעדר מודלים דומים בשיטת המשפט הישראלית, התובעת הישראלית מפעילה את סמכותה בהגשת כתבי אישום ללא צורך במתן הסברים או נימוקים על סיבה לגניזת תיק, האישומים שנבחרו אם הוגש כתב אישום, תוצאת ההליך. דווקא מודל של בתי משפט קהילתיים המעניק טיפול ושיקום לעבריינים ושילובם מחדש בחברה מכיר, במידה מסוימת, בצורך לחסוך במשאבים חברתיים.¹¹¹ לאחר סקירת המודלים השונים בארצות הברית, יש לבחון את הטיעונים העיקריים שהועלו נגד החלת מודל תמריצים כלכלי.

16.7.2017); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (נבו 19.11.2009).

108 Laon Neyfakh, *How to Stop Overzealous Prosecutors* (Feb. 25, 2015); W. David Ball, *Defunding State Prisons*, 50 CRIM. L. BULL. 1047, 1060 (2014).

109 הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון (2015).
110 כך, למשל, מרכז ברנן למשפט של אוניברסיטת ניו-יורק מציע בדוח שלו לשנת 2018

פרדיגמה שלפיה תובעים יתמרצו אם אחוזי פשיעה ומאסרים יפחתו. בחינת מדדים אלו, לעומת המדדים הרגילים של אחוזי הרשעה ואורכי מאסר אמורים לעודד תובעים להוביל להפחתה בהגשת כתבי אישום ובחינת חלופות מאסר. ראו *Project Prosecutorial Reform*, Brennan Center for Justice, <https://bit.ly/4e5aKK1>, באילינוי, הוצע מודל ה-Adult Redeploy Illinois (ARI) שלפיו מחוזות שיצליחו לצמצם ב-25% את היקפי המאסר, יקבלו תגמול כלכלי. אם לא יצליחו בכך עליהם לשלם קנס, ראו: *ARI | Adult Redeploy Illinois*, <https://icjia.illinois.gov/adultredeploy>.

111 ראו טלי גל והדר דנציג-רוזנברג בתי-משפט קהילתיים בישראל – מחקר מלווה דין וחשבון (יולי 2017).

4. טיעוני נגד אפשריים למודל תמריצים כלכלי

בחלק זה אבקש לבחון באופן ביקורתי את טיעוני הנגד האפשריים למודל תמריצים כלכלי. לצד כל אשכול טיעונים יובא מענה והצעה לביחינה מחודשת. אבקש לטעון כי ההנמקות המושמעות נגד תמריצים כספיים מושתתות על אדנים מיושנים, חסרי בסיס ואין בהם כדי לתמוך בהמשך השיטה המשפטית הקיימת, שבבסיסה אינה שוויונית. שיטה זו מעניקה תמריצים סמויים שאינם נגישים וחלקיים לקבוצה אחת של תובעים מדינתיים, בעוד לקבוצת תובעים במיקור חוץ ניתנים תמריצים כלכליים מבוססי פעולות.

האשכול הראשון של הטיעונים יטען כי מודל תגמול כלכלי לתובעים מדינתיים פלייליים עשוי לפגוע בתפקידה המרכזי של התביעה הפלילית לראות שהצדק נעשה ולא להרשע.¹¹² שיקולים כספיים הם שיקולים זרים, והדבר עשוי להעלות שאלות חוקתיות בסיסיות ובהן הזכות להליך הוגן והזכות לייצוג משפטי. בהינתן ניגוד העניינים המתעורר במצב של מתן תמרוץ עשויות לעלות כמה שאלות ובהן יישוב הקונפליקט בין שמירה על אינטרסים בהליך הפלילי לעומת הענקת תמריץ לתביעה המבוסס על הרשעה.¹¹³ לצד חשיבות הטיעון, הוא לא מצליח לעמוד בנטל המשא הכבד מול אפשרות קיומה של מערכת מתמרצת שוויונית כזו שתבטיח אכיפה עקבית.¹¹⁴

אשכול הטיעונים השני מושתת על הקושי בכימות והערכה. מבקרי האשכול שואלים מי הגורם האמון על ההחלטה להענקת התמריץ.¹¹⁵ לגישתם, אי אפשר

¹¹² State v. Detroit Motors, 62 N.J. Super. 386, 391–92, 163 A.2d 227, 230–31 (1960)
¹¹³ יודגש כי גם בישראל קיימים גורמי אכיפה – ובהם משטרת ישראל – אשר ידוע כי הם "מנפחים" את הסטטיסטיקות שלהם, במטרה להציג תמונה מחמיאה של היקפי פעילותם. Lipsky במאמרה מ-1980 מתגאה גם בהקשר של המשטרה, כי כאשר שוטרים תומרצו בווינגטון תוך הגדרת יעד של הפחתה בפשיעה, הם ערכו מניפולציות של אי-דיווח על פריצות או הפחיתו את הסכומים הקשורים לעבירה. MICHAEL LIPSKY, STREET-LEVEL BUREAUCRACY: DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICES 3–25 (1980)

¹¹⁴ בעניין Bonnet לא תואר מהו אותו קושי חוקתי או אחר בהענקת תמריץ כלכלי משמעותי לתובע.
 Bonnet v. State, 141 N.J. Super. 177, 357 A.2d 772 (1976)

¹¹⁵ ראו בהקשר זה מאמרו של Christensen, לעיל ה"ש 91. גם ביס במאמרו דן באפשרויות השונות להערכת הביצועים של תובעים. חלק מהאפשרויות הן קבלת מידע ממשקי העבודה: שופטים, סנגורים, נאשמים, ונפגעי עבירה. במודל אידיאלי, המערכת אמורה לסכם את כלל המידע מגורמים אלו על רצף של מאות תיקים. באמצעות איסוף זה אפשר יהיה לדעת מראש, את מידת ההעמקה מצד התביעה, הכישורים, מקצועיות, אתיקה, חריצות ושקיפה, יכולת הופעה, כבוד ומידת סיפוק כללי מהתובע בכל ההליך המשפטי. למעשה המחבר מציע מודל דומה למערכת קבלת הפידבק של Ebay. יערכו טופס משוב שיכלול מדדים כמותניים ואיכותניים המבוססים על עשרה מדדים. טופס זה ישלח

להעביר את הנטל לבתי המשפט שאינם מעורבים בחלק זה של ההחלטה, והחשוד או נפגע העבירה בוודאי אינם גורמים ניטרליים. אף על פי שמדובר בטיעון שובה לב, לטעמי אין הוא טיעון מספק. אפשר למצוא גורמים שאינם תלויים, נטולי אינטרסים באופן יחסי, כדוגמת מנהלי המחלקה בתביעה הפלילית או הממונים עצמם. בהקשר זה, עיקר הטיעון הוא כי תמריצים כלכליים ואחרים מניעים תובעים בהחלטה אם להעמיד לדין, אולם אלו לא נדבך מוכר בשיקולי מדיניות העמדה לדין.

אשכול הטיעונים השלישי מתמקד בחשש שמודל תמריצים יפגע בעקרון השוויון ובעקרון היעדר אפליה. לפי טיעון זה, החלת מודל כלכלי מכל סוג שהוא יציג את התובעת בעמדה בעייתית, שלפיה היא תבחר ותפעל בהתאם לאינטרס הכלכלי על פני העדפת האינטרס הציבורי. תובעת שתרצה להשיג תמריצים ופרסים רבים, תגיש תביעה רק בתיקים שקל להרשיע בהם ותמנע מהגשת כתבי אישום שאינם מבטיחים הרשעה. Meares מציגה מענה מסוים לטיעון זה ומפנה לכך שקיימים מנגנונים מספקים להבטחת אכיפה שוויונית, בהם מנגנונים רגולטורים מסוגים שונים והפעלת סנקציות אתיות בהתאם לכללי לשכת עורכי הדין.¹¹⁶ גיבוש מדיניות סדורה בדרך של הנחיות פרקליט מדינה¹¹⁷ והנחיות יועץ משפטי לממשלה, עשוי לשרטט קריטריונים מובחנים שיבטיחו מדיניות אחידה והיעדר סלקטיביות באכיפה. לשיטתי, מודל תמרוץ לא עשוי לשנות את נקודת המוצא שלפיה התובעת תגיש כתב אישום בהינתן סיכוי סביר להרשעה, כפי שהמחוקק קבע. המתנגדים העיקריים תלו טיעוניהם בדילמת התובע, אולם ניתן להציע מודלים שאינם מובילים להתנגשות בין האינטרסים של הצדדים השונים בהליך. אם החשש הוא לפגיעה בהליך ההוגן, מודל שמבטיח קיום של הליך איכותי לא עתיד לפגוע בזכויות הצדדים המעורבים בהליך הפלילי.

אשכול הטיעונים הרביעי והאחרון מתמקד בכך שהענקת תמריצים עשויה לפגוע בתחושת הקהילתיות ובאחריות המקצועית שמניעה את התובעים. המשכו של טיעון זה עשוי להיות כי מודל כלכלי עשוי לפגוע במוטיבציה הפנימית של התובעת. על פי טענה זו, מודל כלכלי המכיר בתשלום כספי

לנפגעי עבירה סגורים, שופטים, שוטרים וכל גורם אחר ממשקי לאחר המשפט, ותוקם מערכת אנונימית לאיסוף הנתונים. המערכת תביא בחשבון ותאסוף נתונים שיש בהם העמקה ועוסקים במישורים אתיים בעיקר, המראים על מגמה מסוימת מצד התובע. Bibas, לעיל ה"ש לעיל ה"ש שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא.70. ראו, גם, Stephanos Bibas, *Transparency and Participation in Criminal Procedure*, 81 N. Y. U. L. REV. 911 (2006).

Meares, לעיל ה"ש 89, בעמ' 904. 116

בס' 11 להנחיית פרקליט המדינה 3.1 (לעיל ה"ש 29) נקבע כי "כתב האישום יכלול רק עובדות שהתביעה יכולה להוכיחן בבית המשפט בדרך ישירה או נסיבתית". 117

לפרקליטים יפגע במוטיבציה הפנימית שלהם המבוססת על תחושות של יחודיות של העובד ותחושת סיפוק.¹¹⁸

לעמדת, מדובר באשכול טיעונים חלש יחסית שכן התובעת היא עורכת דין שרשאית לשפר את תנאי השכר שלה. אדרבה, מודל כלכלי רק יוסיף למקצועיות התפקיד ולאחריות שמוטלת בצד זה, וכן יבטיח זכויות נאשם ושקיפות המידע לקראת הסדר טיעון. כך, בסופו של יום, הדבר ישפר את הפעילות האתית של התובעת הפלילית.

סיכומם של דברים, ארבעת אשכולות הטיעון נגד החלת מודל תמריצים כלכלי אינם יכולים לעמוד נגד פתרונות אפשריים, שחלקם הוצגו בפרק זה. מאחר שאיני מניחה עולם אידאלי נטול אינטרסים, ובהתקיים אינטרסים מובנים בתביעה, יש לפסוע לעבר גישה המכירה בהיעדר ניטרליות, והכוונת התנהגות התובעת בעידוד הפעולות שיש להבטיח תמריץ בגינן. בכך, למעשה אנו מבחינים בין תפקיד השופט לתפקיד התובעת, הבחנה שלעיתים הטשטשה שלא לצורך. גישה ניטרלית מפספסת, לטעמי, את הצורך הבסיסי לתמרץ תובעים שינהגו ביעילות ובנחישות, תוך הבטחת קיומו של הליך הוגן, יעיל ואיכותי.

ד. הצעה למודל תמריצים

מודל התמריצים שיוצג בפרק זה מבוסס על התבונה כי קיימות כמה דרכי תמרוץ. דרך אחת לשיפור יעילותם של תובעים תתמקד בבחינת איכות ההחלטה ולא בתוצאת ההליך. ההנחה היא כי במציאות שתוארה במאמר זה, נצפה צמצום בשיעורי הגשת כתב אישום. לצד זה, עצם הגשת כתב אישום אינו מספק דיו ואינו מעניק תמריץ לתובעת שאמונה על הגשת כתבי האישום וניהול ההליכים. הסיבות לכך ברורות. תובעת אשר תתוגמל מעצם הגשת כתב אישום, תוכל להזדרז ולגלגל את האחריות לכתפי בית המשפט ולזכות בתמריצים גבוהים. לכן המודל המוצע מורכב מעט יותר. לדעתי, יש להפריד בין הציפייה המוצדקת לניהול הליך הוגן לבין שאלת התמריצים והיקפם. ניתן זה אינו פשוט אך קבלתו תאפשר שיפור של פעילות המערכת התביעתית, תוך הפחתת הנטייה להפללת-יתר מצד אחד, ולהפללת-חסר מהצד השני.

מודל התמריצים המוצע מבוסס על התבונה כי בהתקיים שיקול הדעת הרחב של התובע, והיעדרם של כלים מספקים להבטחת צמצום שיקול דעת זה, יש לבחון מודל להבטחת ביקורת נאותה על שלב קבלת ההחלטה להגשת כתב

Margit Osterloh & Bruno S. Frey, *Motivation Governance*, in HANDBOOK OF 118
.ECONOMIC ORGANIZATION 26 (Anna Grandori ed.2013)

אישום. כיום, תובעת תקבל הוקרה או תמריץ כזה או אחר (שמה יוזכר בעיתון, תקודם למשרה בכירה יותר ועוד) בעיקר במקרים שבהם מדובר בתיק עם פרופיל תקשורתי. אולם מדובר בנתח קטן מעבודת התביעה השוטפת ולרוב, מדובר בתובעים בעלי ותק רב יחסית.

כדי להגשים את עקרונות הבסיס של ההליך הפלילי, של הוגנות הליכית ושוויוניות, ובה בעת להתמודד עם המציאות העכשוויות שלפיה קיימת ירידה במספר כתבי האישום המוגשים, בעוד מספר תיקי החקירה עולה וגדל, יש ליצור מודל מדורג. מודל כזה יכול לשמר את שיקול הדעת הרחב של התובעת לצד הבטחת איכות ויעילות.

בשונה ממודלים אחרים בארצות הברית, אני מבקשת שלא להתבסס במודל על תוצאת ההליך. מודל תוצאתי הבוחן אחוזי הרשעה אינו משקף את איכות החלטה שהתקבלה. סביר יותר כי תובעים יתומצו על ניהול הליך הוגן או על הרשעות צודקות שניתנו נוכח חומרת התיק ומורכבותו. המודל שיוצע נחלק לשני צירים עיקריים: האחד מתייחס לאיכות ההחלטה, והאחר מתייחס ליעילות בקבלת ההחלטה.

איכות ההחלטה

קיימות פסיקות מעטות יחסית שבהם בתי המשפט ביקרו את איכות ההחלטה של התובע, בעיקר במקרים שהסנגור טען טענות מקדמיות של הגנה מן הצדק, או התנהגות שערוורית של התביעה. גם במקרים אלו, לרוב לא מושמעת ביקורת על התובעת או על איכות החלטה להעמיד לדין. קיים קושי ברור בבחינת איכות ההחלטה של התביעה, והנטייה הטבעית שאפשר להסכים לה היא כי חזרה מכתב אישום אינה משום החלטה איכותית, אך המנעד, כאמור הוא רחב. המודל המתואר נמנע מבחינת איכות ההחלטה על סמך תוצאות ההליך, אלא מתמקד בשאלת השימוש במנגנונים שהתובעת הסתייעה לשם קבלת החלטה. הנקודה הקריטית היא שהמודל המוצע מחייב שתובעת תשתמש במנגנונים מסייעים בקבלת החלטה על העמדה לדין. מנגנונים אלו מוכרים וידועים: האחד, עריכת שימוע טרם ההחלטה על העמדה לדין.¹¹⁹ השני, קיום ריאיון עם נפגע

¹¹⁹ זכות השימוע מוסדרת בעיקרה בס' 60א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי, והיא זכותו של חשוד אשר קיבל הודעת יידוע כאמור, לפנות לרשות התביעה ולשטוח בפניה את טענותיו, וזאת בטרם תגמור זו בדעתה אם אכן להגיש כתב-אישום. מטרת ההליך היא לאפשר להגנה לנסות ולהעמיד את רשויות התביעה על טעותן ולהוביל לאי-הגשת כתב אישום. בראשיתו, דובר בהליך וולונטרי שהיה שכיח בפרשות פליליות שבהן היו מעורבים אנשי ציבור ובשנת 2000 תוקן חוק סדר הדין הפלילי וזכותו של חשוד בעבירת פשע לבקש עריכתו של שימוע נקבעה בחוק. ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3001 "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי (שימוע)" (11.2003), וכן את חוק סדר הדין הפלילי (תיקון

עבירה טרם קבלת ההחלטה.¹²⁰ השלישי, השלמת חקירה.¹²¹ שימוש במנגנונים אלו יכול ויבטיח את קיומה של החלטה מבוססת, איכותית ושקולה.

יעילות בקבלת ההחלטה

המשתנה השני שלאורו מוצע לקבוע אם יינתן תמריץ לתביעה הוא יעילות בקבלת ההחלטה. ביעילות כוונתי היא למשך הזמן מרגע קבלת התיק במשרדי התביעה ועד קבלת החלטה סופית בו. מדד זה ניתן לכימות פשוט יחסית, נוכח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה וסעיפי חוק סדר הדין הפלילי¹²² הנצמד להנחיות היועץ ולמשך הזמן המותר בהם.

אני ערה לכך שהגדרת המונחים יעילות ואיכות אינה פשוטה כלל ועיקר. עם זאת, משכי הזמן שהתביעה מטפלת בתיק פלילי הם מדד שניתן לכימות באופן יחסי, וניתן לבחינה באמצעות המערכות הקיימות היום בתביעה הפלילית, נוכח הדרישה הקיימת בלאו הכי לעמידה במשכי זמן מתוחמים. כך, למשל, התביעה צריכה לסיים טיפול בעבירות מסוג פשע, עד עשר שנות מאסר, תוך 18 חודשים. לפי המודל המוצע, תובע אשר יזדרז ויטפל בתיק במסגרת זמן נמוכה יותר, יעלה את סיכויו לקבל תמריץ כלכלי.

1. המודל המוצע

על בסיס עקרונות אלה של איכות ויעילות, להלן פירוט המודל המעשי המוצע. החיתוך שבין שני הצירים – איכות ההחלטה ויעילותה, ימפה את מכלול המקרים לארבע קטגוריות מרכזיות. המודל הוא כולל ואינו עוסק במקרים פרטניים של תיקים מיוחדים שבהם השתמשו במנגנונים נוספים הקיימים בתביעה הפלילית.

מס' 26 (זכות השימוע), התשנ"ט-1999.

120 הנחיית פרקליט המדינה 7.13 "ראיון עד" (31.12.2017). קיימות מספר התייחסויות לפרקטיקה זו שהתבססה במשרדי התביעה: ראו דבריו של נאור (לעיל ה"ש 41, בעמ' 421): "הפרקליט העובר על תיק החקירה תוהה לפעמים: האם עדי התביעה הם כאלה שבית המשפט אכן יאמין להם. שאלה זו מתעוררת, למשל, במקרים בהם צפוי אדם לאישום חמור, כגון בעבירות מין שונות, על סמך עדות יחידה. הפרקליט איננו שופט, אך מוטב שיקדים את המאוחר ויראיין במקרי גבול במשרדו עדים קרדינליים לפני החלטה על הגשת כתב-אישום". ראו גם בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (נבו 13.9.2009); בש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 21.1.2014); בש"פ 9849/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל (נבו 1.1.2007); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005).

121 ס' 60 לחוק סדר הדין הפלילי.

122 ס' 57 לחוק סדר הדין הפלילי.

איכות גבוהה	איכות נמוכה	
קטגוריה א – מענק מקסימלי	קטגוריה ג – מענק מינימלי	יעילות גבוהה
קטגוריה ב – מענק מינימלי	קטגוריה ד – לא ינתן מענק	יעילות נמוכה

קטגוריה א מתייחסת למצבים שבהם התובעת קיבלה לבחינתה תיק חקירה פלילי שעליה להכריע בו. לשם קבלת ההחלטה, היא משתמשת במירב המנגנונים העומדים לרשותה: מראיינת את נפגעת העבירה טרם קבלת ההחלטה, מבצעת השלמות חקירה נדרשות ועורכת שימוע. לאחר שאלו בוצעו, התובעת בוחנת התיק בשנית ומחליטה אם להגיש כתב אישום. נוסף על כך, החלטה זו הייתה קצרה באופן משמעותי ממשיך הזמן הנדרש. פעולות אלו מצד התובעת יזכו אותה בתגמול מקסימלי.

קטגוריה ב מתייחסת לשלל המצבים שבהם התובעת קיבלה לעיונה תיק חקירה פלילי שעליה להכריע בו. לשם קבלת ההחלטה, היא נעזרת במנגנונים השונים שצוינו, אך משך זמן הטיפול ארוך במיוחד, נושק למשכי הזמן המצויינים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ונראה כי קיים שיהוי בטיפול בתיק, מעבר למצופה. בסופו של יום, התובעת מגבשת עמדה ומגישה כתב אישום. במצב כזה, התובעת תקבל תגמול מינימלי.

קטגוריה ג מתייחסת לשלל המצבים שבהם התובעת קיבלה לעיונה תיק פלילי ולאחר עיון בו, אין היא משתמשת במנגנונים שצוינו ומקבלת החלטה להגיש כתב אישום במהירות יחסית. משמעות החלטה זו, לשיטתי, היא כי ההחלטה עשויה להיות באיכות ירודה יותר מתיקים שבהם התובעת השתמשה במנגנונים. במצב כזה, התובעת תקבל תגמול מינימלי.

קטגוריה ד מתייחסת לשלל המצבים שבהם תובעת קיבלה לעיונה תיק חקירה פלילי ולבסוף ההחלטה המתקבלת היא להגיש כתב אישום אך בזמן ארוך מהמצופה ובלי להשתמש במנגנונים כלל. במצב כזה לא יינתן מענק. הסיבה להימנעות ממתן תגמול נובעת, בין היתר, מהעובדה שההחלטה למעשה אינה נגישה, אינה מערבת צדדים שלישיים ואינה מאפשרת ביקורת מהותית.

איני מתיימרת לקבוע כי עצם השימוש במנגנונים הוא הגורם היחיד שמוביל להחלטה איכותית. אך, נוכח הקשיים הברורים בכימות איכות התוצר של התובע, ניתן להסתפק במסקנה כי החלטה שמתקבלת תוך שימוש במנגנונים מסייעים ובזמן סביר בהתאם לדין – יש בכך כדי לתמרץ התובעת ולרמוז על טיב ההחלטה. הסיבה לכך מצויה בכך שמנגנונים אלו מאפשרים לצדדים שונים לבחון

ולבקר, במידת הצורך, את האופן שבו ההחלטה המתקבלת. כך, למשל, שימוע מאפשר לחשוד ולסנגורו לבחון את הראיות המרכזיות העומדות בבסיס ההחלטה ולנסות ולשכנע מדוע יש להימנע מהגשת כתב אישום. גם השלמת חקירה מאפשר למשטרה לבחון את התיק, את הדרישה להעמקת החקירה. אומנם ראיונות עדים עדיין מתרחשים בחדרי התביעה, אולם בעשור האחרון החלו מרכזי הסיוע להצטרף לראיונות נפגע העבירה וגם הסנגורים החלו לייצג נפגעי עבירה באופן תדיר.

המודל המוצע מציף קשיים מסוימים שיהיה צורך להתמודד איתם. בהקשר איכות ההחלטה, שימוש במנגנונים עשוי להוביל להגברת העומס הקיים ולהימשכות ההליכים, כאשר התובעת תבצע פעולות שאינן הכרחיות כדי לקבל "ניקוד" גבוה ולזכות בתמרוץ. גם בהקשר יעילות ההחלטה, עידוד אקטיבי לקיצור לוחות הזמנים עשוי להוביל לעבודה "רשלנית" ואי-התעמקות מספקת בתיק. כדי למנוע תוצאה לא רצויה, יש לוודא קיומם של מנגנוני בקרה על התביעה הפלילית, תוך שמירה על התועלת הצפויה להליכים הפליליים מקיום תמרוץ מוצע זה.

לשיטתי, מודל זה צפוי להגביר את הנראות והשקיפות של שלב קבלת ההחלטה בתיק הפלילי – שלב אשר עד כה נותר במידה רבה מחוץ לעין הציבורית ואף מחוץ לביקורתו של החשוד. יש במודל זה כדי לסייע בהגשמת המטרות העומדות בבסיס הפרוצדורה הפלילית, תוך הקטנת תמריצים שליליים שדוחפים את התובעת לסגור תיקים פליליים גבוליים.

הצעתי היא כי אימוץ המודל יכלול שלב מקדמי שבו יאספו נתונים לצורך מחקר מקדמי שיועבר לעיון הציבור, השופטים ומקבלי ההחלטות המערכת התביעה הפלילית. ללא מסד נתונים מקיף לא תהיה יכולת בקרה על ידי הציבור, שופטים או ממונים ועוד. כך, למשל, הציבור יוכל לדעת שבהינתן מחסור במשאבים, לא יוגשו כתבי אישום גם בעבירות חמורות. נוסף על כך, החלת מודל תמרוץ זה או אחר מחייבת שלב מקדים של גיבוש נוהל שיבחן יישום מודל תמריצים על הגשת כתבי אישום כמו גם החלטות על גניזת תיקים ועל הליכים שהסתיימו בדרך של הסדר טיעון.

להערכת, מודל תמריצים מהסוג שהוצג, יעודד ניהול משפטים ולא יפעיל לחץ על הנאשם להודות כדי לקדם את סיומו של התיק. המודל שהוצג מכיר בחשיבות הגשת כתב אישום בהינתן אינטרס ציבורי ורף ראייתי. כתוצאה מכך, התובע יפעל ויגיש גם כתבי אישום במקרים גבוליים, כאלו שבהם הנאשם או סנגורו לא יסכימו לחתום על הסדר טיעון ויעדיפו לנהל הוכחות לצורך הוכחת חפות. בהחלת המודל, נשמרות ומובטחות זכויות החשודים והנאשמים, שכן הם מקבלים "הצצה" לשלב הראשוני של קבלת החלטה והדבר מאפשר להם התגוננות טובה יותר אם יוגש כתב אישום. אדגיש כי ודאי קיימות אפשרויות

נוספות להחלת צירים אחרים שנבקש להמשיך ולבחון במחקרי המשך, בין היתר אפשרות מדידת חומרה של העבירה מול ציר המודד את מורכבות ניהול התיק. אין ספק, שהאיזון בין הרצון לתמרץ תובעים לעשות עבודתם נאמנה, לצד החשיבות לשמור על עבודתם ניטרלית ונטולת פניות היא מלאכה לא פשוטה ומורכבת. עמדתי היא כי מדובר באינטרסים שאינם מנוגדים בהכרח. על פי המודל המוצע, נוכל להבטיח כי מצד אחד תובעים יקבלו הכרה, עידוד ותגמול על החלטות איכותיות שלהם ומהצד השני, נכיר בשיקול הדעת הרחב של התובעת, כמו גם בסיכון הקיים שאותם תגמולים ממש עשויים לפגוע בהליך ההוגן.

ה. סיכום

חשיבות תפקיד התובעת היא מן המפורסמות. היו שסברו שהתובע הוא הדמות בעלת ההשפעה הגדולה ביותר על ההליך הפלילי.¹²³ מאמר זה מאתגר את התפיסות הרווחות באשר לקיומה של "הפללת-יתר", אשר מושרשת בקרב אנשי משפט בישראל. מטרת המאמר הייתה לנסות ולהצביע, לראשונה, על שתי תופעות הקשורות אחת בשנייה: הראשונה, היא תמריציה ומניעה של התובעת הישראלית בהעמדה לדין, תוך שימת דגש על היעדרם של תמריצים כלכליים מוסדרים להגשת כתבי אישום. השנייה, הצגת נתוני העמדה לדין הישראליים בשני העשורים האחרונים המצביעים על ירידה הדרגתית בהגשת כתבי האישום. הכרה במגמה של תביעות מופחתת מעלה כמה דילמות שדורשות העמקה אקדמית. ראשית, לא נערך מחקר הממפה את סוגי התמריצים הגלויים והסמויים בתביעה הפלילית. מחקר איכותני בדרך של שאלונים חצי מובנים יכול ויסייע בפענוח סוגי התמריצים והאופן שבו הם משפיעים, אם בכלל, על מערכת השיקולים בתביעה הפלילי. עוד קיים צורך בבחינה אמפירית כמותית של הקשר בין שאלות של העמדה לדין לבין תוצאות המשפט הפלילי, כמו גם דרוש מחקר כמותי שיבחן את אופן השפעת התמריצים בתביעה במיקור חוץ על מדדי תוצאות ההליך הפלילי ומשכיו. בין שני פלחי התובעים הפליליים בישראל: התביעה המדינתית והתביעה במיקור חוץ. נראה שקיים חסר אמיתי בבחינה אמפירית של שלב העמדה לדין בכלל, לרבות פרקטיקות מוכרות בתביעה כמו "מתחת" עבירות, ריבוי אישומים והטיות מוכרות שהוכח שמשפיעות על שופטים, כמו הטיית האישוש שטרם הוכח שמשפיעות, אם בכלל, על שיקול

Franklin E. Zimring, *Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform*, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW OCCASIONAL PAPER No. 12, 3, 8-13 (1977).

דעת התביעה.

עצם ההכרה במגמה של תביעות חסר אינה קריטית כשלעצמה, שכן מגמות עשויות להשתנות במהירות. בעיני, נודעת חשיבות רבה יותר לבחינת ההסברים למגמה. לצד זה, יש לתור אחר ההסברים לכך ונראה כי אלו טרם נבחנו בשיטת המשפט הישראלית. על רקע חקיקת היתר, תביעות נמוכה מן הצפוי ונוכח היעדרו של כוח אדם במערכת התביעה, חשוב בעיני לחתור לגילוי הנימוקים לאי-העמדה לדין, מהם השיקולים המובנים בהיעדר העמדה לדין, דווקא של אלו שיש מקום להעמידם לדין.¹²⁴

בהיעדר מנגנוני בקרה מוסדרים ותוך הכרה בתביעות חסר, נדרש מודל שיבטיח עקביות והיעדר שרירותיות בהחלטה אם יוגש כתב אישום אם לאו. המודל המוצע מתמרץ את התובע ואינו ממזער או מבטל את האינטרסים המוכרים של שוויון בקבלת החלטות, והצורך כי התובע יפעל בנחישות וביעילות. בדרך זו של מתן תמריצים במודל מדורג של הבטחת קבלת החלטות יעילות ואיכותיות, אפשר להבטיח את קיומו של אינטרס ציבורי תוך ביסוס המודל על ערכים שעומדים בקנה אחד עם המצב המשפטי בישראל. שיקול הדעת הרחב של התביעה מחייב ביסוס מודל מוסדר להבטחת תקינות השלטון והבטחת שוויון בקבלת החלטות. בהינתן ירידה של העמדה לדין בעשורים האחרונים, ומתוך הכרה בשיקול הדעת הרחב ביותר של התביעה והעומס המוטל על רשויות האכיפה, מודל תמריצים כלכלי יכול לסייע בהכוונת התנהגות התובעת הפלילית והבטחת קיומן של החלטות איכותיות ויעילות, תוך כדי עידודה להגיש כתב אישום במקרים המתאימים.

124 Luna, לעיל ה"ש 2, בעמ' 816, מכנה מהלך זה "Overt prosecutorial decriminalization".