

# מאמרים

## שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי\*

מאת: פרופ' דניאל פרידמן

### 1. ממדי ההליכים הפליליים בישראל

עיון בסטטיסטיקה הנוגעת להיקף ההליכים הפליליים מגלה נתונים שיש בהם כדי להפתיע. אין בדעתי להלאות בפירוט טבלאות. אסתפק בציון נתונים אחדים, למרות שאין בכוחם לתת תמונה מלאה ואולי קיים אף חשש שיתנו תמונה בלתי מדוייקת.

בשנת 1980 היה מספר התיקים הפליליים שהוגשו לבתי המשפט — 97.2 לכל 1000 תושבים (מעל גיל 15). במלים אחרות, כמעט אחד מתוך כל 10 תושבים הועמד לדין פלילי. התגובה לנתון זה עשויה להיות שבודאי מדובר בעיקר בעבירות תנועה. אלא שאין הדבר כך. הנתון כולל, אמנם, עבירות תנועה בהן נגרמה תאונה. אולם רובם המכריע של תיקי התעבורה מתייחס לעבירות ללא תאונה, ואלה אינן נכללות בנתונים שפורטו לעיל. אילו היינו מצרפים את תיקי התעבורה ללא תאונה, היה המספר כמעט מוכפל והיה מסתבר כי הוגשו כ־190 כתבי אישום לכל אלף תושבים. כלומר תיק כמעט לכל אחד מ־5 תושבים בישראל. במספרים מוחלטים היה מספר הענינים הפליליים שהוגשו לבית המשפט למעלה מ־500 אלף שכמעט מחציתם התייחסו לעניני רות תנועה ללא תאונה.<sup>1</sup> לכך ניתן לצרף את הענינים הפליליים שאינם מסתיימים בהגשת כתב אישום (לרבות מעצרים בהיקף לא מבוטל של חשודים, שבסופו של דבר מתברר כי אין מקום להגיש תביעה נגדם). עוד ניתן לצרף לכך את ברירות הקנס למיניהן, אשר רובן בתחום התעבורה ומספרן עצום,<sup>2</sup> אך קיימים גם הליכי כופר בתחומי המיסוי והפיקוח על המטבע.

נקודה נוספת המתגלה מעיון בטבלאות הסטטיסטיות היא כי מאז קום המדינה קיים תהליך כמעט רצוף של גידול, הן במספרם המוחלט של התיקים הפליליים והן במספרם כשהוא מחושב ביחס לגודל האוכלוסיה (מספר תיקים ל־1000 תושבים). בשנת 1960 היו כ־79 תיקים פליליים ל־1000 תושבים. בשנת 1980 הגיע כאמור המספר ל־97 (הכל ללא עבירות תנועה ללא תאונה). אגב, בניגוד למה שנוטים לחשוב, לא קיימת תופעה דומה ביחס לתיקים האזרחיים. בענין זה קיימות תנודות משנה לשנה אך אין לומר כי לאורך אותה תקופה של 20 שנה קיימת מגמה רצופה של עליה. בשנת 1960 היו כ־86 תיקים אזרחיים ל־1000 תושבים, ובשנת 1980 77 תיקים אזרחיים ל־1000 תושבים. במלים אחרות, בעוד שבשנות ה־60 היה מספר התיקים האזרחיים ל־1000 תושבים גדול יותר ממספר התיקים הפליליים, הרי לקראת סוף שנות ה־70 השתנתה התמונה. מספר התיקים הפליליים, שגדל בהתמדה, הדביק את מספר התיקים האזרחיים וכיום הוא עולה עליו במידה ניכרת.<sup>3</sup>

אף אם נקח בחשבון כי אפשר שבחלק נכבד מן התיקים הפליליים מדובר בעבירות הנחשבות "פעוטות",<sup>4</sup> בכל זאת, נוכח מספרים עצומים אלה, מסתבר כי התפיסה לפיה עוסק המשפט הפלילי בתופעות חריגות, או בסטיות מנורמת התנהגות מוסכמת או מקובלת, איננה עומדת

\* הרשימה מבוססת על הרצאה שניתנה בטכס חלוקת פרס צלטנר ב־26.3.1983. ברצוני להודות לד"ר אליעזר לדרמן ולד"ר קנת מן על עזרתם בהכנת החומר. כן חייב אני תודה לשופט חיים כהן ולד"ר וולף צגלה על הערותיהם ועל החומר שמסרו לי, לאחר ההרצאה, בענין הדין הגרמני, ולפרופ' מאיר דן כהן על הערותיו לכתב היד. לבסוף אבקש להודות לד"ר Kurt Silhr, אף זאת עבור הסבריו ביחס לדין הגרמני והחומר ששלח לי בנושא זה.

1. ראה סטטיסטיקה משפטית 1980 (סדרת פרסומים מיוחדים מס' 677, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תשמ"ב) יב, יג, לוח א.

2. מספר המקרים בהם שולם קנס ללא משפט בעניני תעבורה הגיע בשנת 1980 לכמעט 525 אלף. מספר זה הוא יותר מכפול ממספר כל התיקים הפליליים שהוגשו באותה שנה. אם הוא מחושב כאחוז מן האוכלוסיה סיה הבוגרת בישראל, מתקבל כ־20% (כלומר תשלום ברירת קנס לכל אחד מ־5 תושבים).

3. ראה לעיל הערה 1, בע' יג, טבלה א.

במבחן המציאות. מדובר בהליכים הנוגעים לחלק נכבד מאוד מן האוכלוסייה.

## 2. התפשטות המשפט הפלילי

ההסבר למספרים העצומים האלה ולגידול הענקי בהליכי חקירה, אישום ושפיטה נעוץ בהתפשטות הרחבה, ואני מעז לומר – הבלתי מבוקרת, של דיני העונשין. דינים אלה משתרעים כיום כמעט על כל תחומי הפעילות האנושית בחברה המודרנית. דרכי התפשטותם של דינים אלה הן בעיקרן שלוש:

א. הטלת אחריות בהעדר מחשבה או כוונה פלילית (איסורים מוחלטים ועבירות התרשלות) ריבוי האיסורים המוחלטים הוא מן המפורסמות. מעשים רבים (ואף מתדלים) מוגדרים כ"איסורים מוחלטים" ודוגמאות לכך ניתן למצוא בתחומים רבים שונים ומגוונים, דוגמת תעבורה, מיסוי וכן בתחומים הנתונים לפיקוח מטעמים כלכליים או משיקולי בטיחות, כריאות, ועוד. בכך הופכת לעבירה פלילית התנהגות שכל אדם מן הישוב, שאין לו מחשבה פלילית (ואולי אף נהג בזהירות ראויה), עלול להיכשל בה.

לאה מצטרף מכלול של מעשי התרשלות המוגדרים כעבירות פליליות, ואף כאן אין קושי לתאר דוגמאות בהן ימצא אדם, שבעיני כל ידידיו ומכריו נחשב להגון וישר, אתראי בפלילים. ב. הגדרות מעורפות של העבירה הפלילית, תוך שימוש ב"מושגי מסגרת" גמישים הניתנים להרחבה

ההוראה שנקבעה בשעתו בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936 מצויה כיום בס' 198 לחוק העונשין, תשל"ז-1977<sup>4</sup> וזה לשונה:

"העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית, דינו – מאסר 3 שנים".

עבירה זו זכתה לקיתונות של ביקורת בהיותה מושתתת על המושג המעורפל של "תקלה ציבורית". עבירה זו, כך נאמר, היא "בלתי מוגדרת ובלתי תחומה"<sup>5</sup>. בית המשפט הוסמך כביכול על-ידי המחוקק לקבוע "אם מעשים מסויימים מהווים – או אינם מהווים – עבירה בתחומי הבלתי מוגדרים של הסעיף"<sup>6</sup>. הסעיף נראה, איפוא, כחוטא לעקרונות החוקיות ולרעיון היסוד לפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".

אולם לא רק שהסעיף עומד בעינו עד היום, אלא שכרבות הימים הצטרפו אליו הוראות עונשיות נוספות המושתתות על הגדרות כלליות ומעורפלות. כך, סעיף 424 לחוק העונשין קובע, בין השאר, כי מנהל או עובד של תאגיד "שעשה ביוזעין בעסקי התאגיד דבר הפוגע בניהול התקין של עסקיו, דינו – מאסר שנה...". מהי פגיעה בניהול התקין של עסקי התאגיד והאם, למשל, ניתן להאשים בעבירה על סעיף זה עובד, שמחמת סכסוך בדבר תנאי שכר לא התייצב לעבודה, בטענה שגרם שיבוש ופגע בניהול התקין של עסקי התאגיד?

דוגמאות נוספות יוכלו לשמש סעיפים 284 ו-425 לחוק העונשין. סעיף 284 מגדיר, בין השאר, כעבירה מעשה של "הפרת אמונים הפוגע בציבור" הנעשה על-ידי עובד ציבור במילוי תפקידו. וסעיף 425 קובע הוראה מקבילה לגבי מנהל או עובד של תאגיד שנהג אגב מילוי תפקידו "בהפרת אמונים הפוגעת בתאגיד". מושג זה של "הפרת אמונים" הוא, כמובן, מעורפל ביותר. אינני יודע אם הכוונה היתה לאמץ את דיני הפרה של חובת אמון ולהעבירם לתחום הפלילי. אולם ברור שהדמיון במינוח עלול להזמין פרשנות כזו.<sup>7</sup> אם, אכן, תינקט גישה זו, תהיה התוצאה קביעת עבירה רחבה שתחומיה רחוקים מלהיות מוגדרים. על הקטגוריות בהן הופרו יחסי אמון

4. אני מניח שהמספרים דלעיל כוללים גם עבירות שנתבררו בבתי המשפט העירוניים.

4א. ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

5. ע"פ 53/54 אשר נ' היוהמ"ש, פ"ד ח 785, 790-791 (מפי השופט חשין).

6. דברי השופט חשין בפס"ד אשר, שם, בע' 791. השווה גם ד"נ 78/7 וקצר נ' מרינת ישראל, פ"ד לב(2) 828, 832 (דברי השופט ויתקון בדעת מיעוט). ראה גם י' לוי, וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (רמות מערכת חינוך בע"מ, 1981) 120 ואילך.

7. השווה להלכות שפותחו בהקשר לעבירה של גרימת מוות בהתרשלות (סעיף 218 לפקודת החוק הפלילי – כיום סעיף 304 לחוק העונשין): ע"פ 153/51 שווילי נ' היוהמ"ש, פ"ד ו 470; ע"פ 35/59 רוטנשטרייך נ' היוהמ"ש, פ"ד ו 58; לוי ולדרמן, שם, בע' 510 ואילך.

או שהוטלה חובת אמון נאמר שאין הן סגורות.<sup>8</sup> אין גם קושי למצוא דוגמאות לכך שנקבעה הפרה של חובת אמון בנסיבות בהן פעל הנתבע בתום לב ואף מתוך אמונה שפעולתו היא לטובת הנאמנות.<sup>9</sup> אולם פסיקה זו התפתחה בהקשר לתביעות להשבת רווח שהפיק הנאמן. החלת הלכות אלה בתחום המשפט הפלילי היא, כמובן, ענין שונה לחלוטין.

השאלה התעוררה לאחרונה בע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן<sup>10</sup> שבו היה הנאשם סגן מנהל מילווה המדינה. באותה תקופה נהג בנק ישראל להנפיק מספר סוגי אגרות חוב צמודות למדד. סוג אחד של אגרות היה צמוד למדד של חודש קודם, באופן שהרוכש איגרות אלה יכול היה "להרוויח" מדד. מדיניות הבנק היתה שאיגרות מסוג זה ישמשו לצורך תוכניות חסכון וקופות גמל, וכי לא ימכרו לאנשים פרטיים סתם. אולם כפועל לא נקבעה כל הגבלה, ולמעשה יכול היה כל אדם לרכוש באמצעות בנק. יום אחד, לאחר חודש שהיתה בו "קפיצה" גדולה במדד, רכש הנאשם, באמצעות בנק, בשמו ובשם אחדים מבני משפחתו כמות גדולה של איגרות. הנאשם זכה ברווח ניכר, אך שכרו יצא בהפסדו; הוא נעצר לתקופה של 23 יום, פוטר ממקום עבודתו והועמד לדין פלילי בעבירה לפי סעיף 284 לחוק העונשין.

הנאשם יזכה בבית משפט השלום ופסק הדין אושר בבית המשפט המחוזי. אולם בערעור נוסף לבית המשפט העליון נהפכה, ברוב דעות, הקערה על פיה והנאשם הורשע בעבירה שיוחסה לו. אין ספק שהמעשה ראוי לגנאי. הנאשם היה מקובעי המדיניות שביקשה להגביל את רכישת האיגרות בדרך שתוארה לעיל, והדופי שבמעשה צויין גם על-ידי שופט המיעוט בבית המשפט העליון (השופט טירקל). אולם עובדה היא שמבין 7 השופטים שישבו בדין בדרגות השונות ראו 5 מהם לזכותו ורק שניים סברו כי יש מקום להרשעה. ההסבר נעוץ, כמובן, בעירפול הרב של המושג "הפרת אמונים" ובחששם של השופטים (שדעתם בסופו של דבר לא נתקבלה) מפני שימוש בעבירה זו והחלתה על התנהגות, שלא הוגדרה מראש כלשון ברורה כעבירה פלילית. אין אני בא למתוח ביקורת על פסק דינם של שופטי הרוב בבית המשפט העליון. ניתן אף לומר, שאם מחילים את הדין האזרחי, הרי שיש יסוד איתן לפסק דינם. הקושי נעוץ בהגדרת העבירה עצמה ובשאלה אם בעקבות הניסוח שבחר בו המחוקק ופסק הדין בענין מדינת ישראל נ' גרוסמן אכן נקלטו ההלכות הרחבות הנוגעות להפרת חובת אמון במסגרת המשפט הפלילי (כאשר מדובר בעובד ציבור או עובד או מנהל של תאגיד). כשלעצמי, נראה לי כי ראוי לבחון את האפשרות להעניק למושג זה משמעות צרה יותר בגדר המשפט הפלילי. אך ברור שגם גישה זו איננה מונעת את העירפול הכרוך בהגדרת העבירה (כל עוד לא הבהירה הפסיקה את תחומיה). מנקודת ראות התביעה שאלה היא אם לא היה מקום להסתפק במקרה כזה בהליכים אזרחיים (תביעה להשבת הרווח) או אולי בהליך משמעותי, אם היה הדבר אפשרי.

לעבירות שפורטו לעיל ניתן להוסיף את עבירות ההתרשלות למיניהן, שאף בהן אין לנו מחסור.<sup>11</sup> גם עבירות אלה מושגות על מושג גמיש למדי. מושג זה הוכח כחיוני בתחום המשפט האזרחי, אך ניתן לחלוק על ממדי השימוש שנעשה בו בגדר המשפט הפלילי.

ג. חקיקה המגדירה עבירות חדשות ב"סיטונות"

קיימת כיום חקיקה עניפה ביותר הקובעת עבירות פליליות, והמשתרעת כמעט על כל תחומי הפעילות בחברה. היא חלה בתחומי התעבורה, תכנון ובניה, תאגידיים וניירות ערך, הגנת הצרכן, ביטוח, רישוי מקצועות שונים, פיקוח על פעילות כלכלית בין משיקולים כלכליים (פיקוח על מתירים, מטבע זר ועוד) ובין משיקולים אחרים (דוגמת בריאות), שירות צבאי וענייני ביטחון, מיסוי ועוד.

יתרה מזאת, התהליך של חקיקה מסיבית "המייצרת" עבירות חדשות לא הגיע לסימומו והוא נמשך במלוא עוזו. די לעיין בספר החוקים על מנת לגלות שמדי שנה בשנה עדים אנו לכך

8. בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" נ' עיריית פ"ת, פ"ד לד(2) 566, 570 (מפי השופט ברק). השווה גם English v. Dedham Vale [1978] 1 All E.R. 382.

9. השווה Regal (Hastings) v. Gulliver [1942] 1 All E.R. 378 (H.L.); Beardman v. Phipps [1966] 3 All E.R. 721 (H.L.).

10. פ"ד לו (1) 405. בקשה לדין נוסף נדחתה: ד"נ 3/82, פ"ד לו (1) 771.

11. ראה לעיל הערה 7.

שהתנהגות שבעבר לא התייחסו אליה כאסורה (לפחות לא מבחינת הדין הפלילי) מוגדרת ככזו. בשנת 1981 נתקבלה שורה של חוקים הכוללת את חוק הפיקוח על עיסקי ביטוח, התשמ"א-1981, חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, וחוק ניירות ערך (תיקון מס' 6), התשמ"א-1981. כל החוקים הללו קובעים עבירות פליליות, אשר במקרים רבים הינן עבירות חדשות.<sup>12</sup> ובסך הכל מדובר בעשרות ואולי במאות עבירות פליליות מסוגים שונים. בענין זה הייתי מעיר גם לגבי טכניקת החקיקה. לא אחת מוצאים אנו חוק, המפרט בסעיפים רבים כללי התנהגות הנוגעים לנושאים שונים ומגוונים, כאשר בחלקו האחרון של החוק מופיעה הוראה כללית בנוסח "העובר על הוראות חוק זה... דינו מאסר...". פעמים מצומצמת ההוראה לפרקים מסויימים מן החוק,<sup>13</sup> אך יש והיא מורחבת וחלה גם על "כל תקנה, הוראה או דרישה" שניתנו על-פי החוק.<sup>14</sup> הסכנה בטכניקה כזו, היוצרת באמצעות הוראה כוללת אחת סידרה בת עשרות עבירות פליליות, היא שההוראה עשויה לחול, אולי בלי משים, על התנהגות שספק אם מוצדק להגדירה כמעשה פלילי. חוק הפיקוח על עיסקי ביטוח מכיל הוראה כוללת לפיה מי שמפר את הוראות אותו חוק עובר עבירה. החוק קובע, בין היתר, כי סיכון ביטוח נדרש למסור למבוטח הסבר בדבר זכותו לבטל את הפוליסה בנסיבות המפורטות בסעיף 59 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח (סעיף 59(ג) לחוק). נניח שהדבר נשמט ממנו עקב טעות. האם צריך הדבר להחשב כעבירה פלילית? יתרה מזאת, סעיף 59 מורה כי משבוטל החוזה על יסוד האמור באותו סעיף "יתוויר המבטח למבוטח את מה שקיבל על פי ההסכם". נניח שהמבטח איננו מחזיר או שקיימת מחלוקת בדבר התשלום שנעשה. האם אי החזרת חוב אזרחי מסוג זה או קיום מחלוקת לגביו צריכים לגרום אחריות בפלילים?

התפשטותו העצומה של המשפט הפלילי וחדירתו לתחומים כה רחבים ומגוונים מצביעה על מגמה, אשר לפיה מנסה המחוקק, באמצעות הדין הפלילי, לקבוע דפוסי התנהגות, להשפיע עליהם או לשנותם לפי מה שנראה לו כצורך השעה. מטבע הדברים הוא שבמקרים רבים אין כללי התנהגות אלה, שסנקציה פלילית בצידם, משקפים תחושה כללית הרווחת בציבור בדבר מותר או אסור, מוסרי או בלתי מוסרי.<sup>15</sup> במקרים רבים אין די בעצם קביעתו של כלל התנהגות, שמחוקק רואה לנחוץ, על מנת שהציבור יכבדו. מנגנון פנימי של הציבור שיביא לכיבוד החוק — או שאיננו קיים כלל או שהשפעתו דלה. באורח פרדוקסלי עשוי להסתבר שהנטל על המשפט הפלילי בתחום העבירות החדשות כבד יותר מאשר בתחומן של עבירות "קלאסיות" אחדות. כך, למשל, אפשר שלא ענישה על עבירות דוגמת תקיפה לא תהיה (לפחות בתכרה הומוגנית בעלת רמה מוסרית נאותה) השפעה של ממש על דפוסי התנהגות באותה חברה. לכיטול הסנקציה הפלילית בתחומי מס או אחזקת מטבע זו תהיה מן הסתם תוצאה שונה לחלוטין. היקפו העצום של המשפט הפלילי ומספרם הרב של האזרחים המתנגשים בו הוא בגדר תופעה בעלת משמעות חברתית וכלכלית אשר לא נבחנה דיה. היא מעוררת שאלות דוגמת הצורך בהליכים פליליים בקנה מידה כה מסיבי, זכויות נאשמים בשלבי החקירה, היקף המעצרים המתבצע בשלבים אלה ומידת הצדקתם, קביעת סדר עדיפויות (באילו עבירות בוחרים להתרכז ומאילו בוחרים להתעלם, הקצאת משאבים, תועלת לעומת נזק ועוד. מובן, כי רבות משאלות אלה חורגות מן המסגרת הנוכחית ולאחדות מהן ראוי להתייחס ללא

12. פעמים מדובר, אמנם, בחקיקה המחליפה חקיקה קודמת באותו נושא, כפי שהדבר לגבי חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 208, כאשר החוק משנת 1981 החליף חוק שקדם לו באותו נושא. אולם במקרים רבים אחרים מדובר בחקיקה חדשה ואף חוק הפיקוח על עסקי ביטוח קבע עבירות חדשות בתחומים שלא הוסדרו בעבר.

13. ראה סעיף 13(1) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248 המתייחס לפרקים ב, ג וד של החוק וכן לתקנות שהותקנו לפיהם.

14. ראה סעיף 104(ה) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח.

15. מובן שאין זה מן ההכרח. הוראות לא מעטות משקפות בודאי תחושה השוררת בחוגים רחבים בציבור. כך הדבר, למשל, לגבי הוראות בענין חובת שירות צבאי, ואף בנושאים דוגמת הגנת הצרכן או כריאות הציבור.

קשר לענין שיקול הדעת בהעמדה לדין פלילי. כך, למשל, אפשר שיש מקום ל"דה קרימינליוצי" ה", כלומר לצמצום ממדי המשפט הפלילי על-ידי הסדרת נושאים אחדים באמצעות הליכים מינהליים, הטלת ברירת קנס (שתשלומו לא יחשב כהרשעה) ביטולן של עבירות שונות ועוד.<sup>16</sup> אולם פתרון בדרכים אלה עדיין לא נראה באופק והתוצאה היא שגם תופעות שמקורן בגורמים דוגמת התרחבות יתר של המשפט הפלילי מועלות לדין בגדר השאלה אם (בהעדר פתרון אחר) יש להפעיל את שיקול הדעת בדבר אי העמדה לדין.

### 3. שיקול הדעת בענין העמדה לדין לרקע התמשטות המשפט הפלילי

הצבעתי לעיל על ריבוי מספרם של תיקים פליליים וכתבי אישום. אלא שנוכח היקפה העצום של החקיקה הפלילית אין בכך כל תימה. להיפך, ניתן לשער שמספרן של הפרות החוק עולה עשרות ואולי מאות מונים על מספר התיקים הפליליים המוגשים לבתי המשפט. מכאן, שאין גם קושי מיוחד בהגדלת מספר התיקים הפליליים. כל שנדרש הוא הגדלת כוח האדם העוסק בחקירה ובתביעה או הגדלת "תפוקתו". דומה שזהו גם ההסבר לגידול המתמיד במספר התיקים הפליליים. גידול זה איננו מלמד, בהכרח, על גידול בהיקף העבריינות או על הצלחת המלחמה בו. ואכן, עיון בפירוט סוגי עבירות כפי שהוא מופיע בסטטיסטיקה המשטרית, מצביע כי בצד ריבוי התיקים, הרי אחוז הגילויים (וממילא העמדה לדין) באחוזות מן העבירות, הממרות את חיי היום יום של האזרח, הוא דל למדי. כך, בשנת 1981, מבין קרוב ל-22 אלף תיקי חקירה בענין התפרצות לבית עסק או מוסד, נתגלו עבריינים בקצת למעלה מ-3 אלפים תיקים (קרוב ל-14%). מבין למעלה מ-36 אלף תיקי חקירה בענין התפרצות לבית דירה נתגלו עבריינים בפחות מ-3 אלפים תיקים (קרוב ל-8%). במקרי גניבה מתוך רכב או גניבת חלקים, במקרי גניבת אופניים ובמקרי כייסות, אחוז הגילויים הוא עוד הרבה יותר נמוך, ועומד על 3%, 2.4% ו-1.3% בהתאמה.<sup>17</sup> ככל המקרים מדובר, כמובן, כאחוז הגילויים מבין תיקי החקירה. בפועל האחוז בודאי נמוך הרבה יותר, שכן מקרים רבים מן הסתם אינם מדווחים כלל.

אין אני בא בטרוניה על אחוז הגילויים הנמוך במקרים אלה, שכאמור, ממררים את חיי האזרח. ידוע הקושי בגילוי עברייני רכוש, אם-כך-קיימים בהחלט סוגי עבירות מסוג זה שבמאמץ סביר ניתן היה להגדיל בהן את אחוז הגילויים.<sup>18</sup> עם זאת בולט הדבר כי לעומת המאמץ הנדרש והקושי הניצב בפני גילוי עבריינים מסוג זה, הרי בתחומי עבירות סטטוטוריות רבות ניתן בקלות יחסית להגדיל, כמעט ללא הגבלה, את מספר כתבי האישום. צוות חקירה יכול לטרוח זמן רב מבלי שיעלה בידו לגלות את מבצעייהם של מעשי פריצה. לעומת זאת, שוטרי או קבוצת שוטרי תנועה היוצאים לסיור לא יתקשו לרשום תוך שעות אחדות מספר לא מבוטל של דו"חות תנועה. מצב דומה עשוי להתקיים לגבי עבירות סטטוטוריות אחרות. חוקרי מס יתקשו, אולי, לגלות מקרי העלמה מכוונת ומתוכננת בקנה מידה רחב. אולם עבירות טכניות, טעויות ופגמים שונים (העשויים אף הם להוות עבירה) ימצאו בודאי אצל נישומים לא מעטים.

אם פתחתי בהצגת שאלה בדבר ריבוי כתבי האישום, ניתן, נוכח האמור לעיל, להציג את השאלה ההפוכה, היינו, מדוע אין המספר גדול פי כמה ומהם הגורמים "המרסנים" את התביעה. התשובה לכך היא קודם כל מעשית. דבר ביצוען של עבירות רבות אינו מתגלה לשלטונות כלל. אך גם לגבי עבירות ידועות או שאין קושי רב בגילויין קיימת בעיה של הקצאת מקורות. מספר השוטרים, החוקרים והתובעים הוא מוגבל. "תפוקת" המערכת מהווה, איפוא, גבול עליון למספר התיקים. קיימת, כמובן, אפשרות לשפר את היעילות (כלומר להגדיל את "התפוקה") או להגדיל

16. בנושא זה ראה, כללי S. Ginossar, 'Autonomy of Corrective Law: A Projection of the Doctrine of Constructive Negligence' 9 *Isr.L.Rev.* (1974) 24.

17. ראה דין וחשבון שנתי של משטרת ישראל (תשמ"א-תשמ"ב, 1981), 41, לוח 22.

18. כך הדבר, להערכתו, במקרי שימוש ברכב ללא רשות. מבין כ-16 אלף תיקים נתגלו עבריינים ב-2061 תיקים בלבד (כ-13%). מדינת ישראל היא בעלת שטח מצומצם למדי ואפשרויות המעבר ביבשה למדינות אחרות מוגבלות ביותר. ניתן להניח כי בעזרת פיקוח מתאים בכבישים אפשר להעלות את אחוז הגילויים ולצמצם את ממדי התופעה כולה.

את כוח האדם העוסק בנושאים אלה. אך, ברור כי יש לכך גבולות. בכך מגיעים אנו לסוגיית שיקול הדעת בהפעלת ההליך הפלילי. השאלה המרכזית הראשונה המתעוררת, והיא בשיקול המינהל, נוגעת להקצאת מקורות, היינו לבחירה בין נושאים בהם מעדיף המנגנון להתרכז לבין נושאים אותם סבור המנגנון שיש לזנוח. ניתן להמחיש זאת באמצעות דוגמה פשוטה. קיימת חובת הודעה על כל תאונת דרכים שבה נפגע אדם,<sup>19</sup> ומדיניות המשטרה היא לחקור בכל מקרה כזה. רבים מתיקים אלה מסתיימים בהגשת כתב אישום. לעומת זאת, אין המשטרה מוכנה, בדרך-כלל, לחקור או לטפל במקרים בהם גרמה תאונת דרכים נזק לרכוש בלבד (לרוב, נזק לכלי הרכב המעורבים בתאונה). אין סיבה להניח מראש שמידת האשמה בתאונות בהן נגרם נזק לרכוש שונה מזוה שבתאונות בהן נפגע אדם. אולם מגבלות כוח כפו על המשטרה להגביל את מספר תיקי התאונות בהן היא מטפלת. ההגבלה לא נקבעה על-פי מידת האשמה, אלא על-פי שיקולי נוחות אדמיניסטרטיבית,<sup>20</sup> שהביאו למתיחת קו גבול פשוט יחסית, היינו על-פי השאלה אם נפגע אדם בתאונה או שמא נגרם נזק לרכוש גרידא. דוגמא זו גם ממחישה כי גידול מתאים בכוח האדם במשטרה, שיאפשר לעסוק גם בתאונות מסוג זה, יוכל להביא כמעט באופן אוטומטי לתוספת של אלפי תיקים וכתבי אישום.

בצד שיקולים אלה של נוחות אדמיניסטרטיבית ומיגבלות כוח אדם, קיים שיקול דעת המופעל בוודאי לא אחת במקרים ספציפיים. שוטר הנתקל במה שנראה לו כמעשה עבירה עשוי להחליט "לסלוח" לחשוד או להסתפק באזהרה, בין משום שהענין איננו נראה לו תמור דיו ואיננו שווה את הטורח הכרוך בפתיחת הליך, ובין משום גורם אחר כלשהו לרבות הכרות אישית עם החשוד. שיקול דעת קיים גם בשלבים גבוהים יותר בהיררכיית החקירה והתביעה. למעשה, מעוגנת בחוק בעונשין הסמכות שלא לפתוח בחקירה או שלא להעמיד חשוד לדין מחמת שלדעת התובע "אין במשפט ענין לציבור". זאת, אף כשקיימות ראיות מספיקות להעמדה לדין.<sup>21</sup> עם זאת, אפשר שמשנפתח תיק, וקל וחומר אם הועבר לתביעה, ייעשה השימוש בסמכות זו ביתר זהירות. לאמיתו של דבר קיים אפילו לחץ על התובע שלא להשתמש בסמכות זו. הטעם לכך הוא שתובע (ואחת היא אם הוא איש משטרה, פרקליט מחוז או היועץ המשפטי) המחליט על סגירת תיק נוטל בכך אחריות לסיום הענין וחושף עצמו לביקורת. לעומת זאת, אם הוא מגיש כתב אישום הרי הוא "מגלגל" את האחריות על אחרים, כלומר מעביר את הנושא לבית המשפט. יתרה מזאת, על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין — יכול המתלונן להגיש ערר ליועץ המשפטי,<sup>22</sup> וניתן למצוא דוגמאות לכך שפניה כזו זכתה בהצלחה.<sup>23</sup> במקרה ההפוך, שבו הוחלט על העמדה לדין נראה כי מבחינה מעשית אין כמעט אפשרות לתקוף את ההחלטה. תיאורטית, מדובר אף במקרה כזה על הפעלת שיקול דעת, ועקרונית נתון שיקול דעת זה, ככל שיקול דעת אחר, לפיקוח בית המשפט הגבוה לצדק. אך, כאמור, במציאות המצב שונה. בהעדר הוכחה כי התביעה ניהגת בחוסר תום לב, דומה שאין סיכוי להתערבות בית המשפט הגבוה לצדק בענין

19. תקנה 44(א)(4) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, ק"ת 1425.

20. בעבר התקיים שיקול נוסף שבכוחו היה להשפיע על מדיניות המשטרה בנושא זה, היינו ההנחה שהליך פלילי יוכל לסייע לנפגע בתביעה אזרחית לפיצויים. כיום, לאור חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234, איבד גורם זה ממשקלו.

21. סעיפים 59 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43.

22. סעיף 64 ש.ס.

23. דוגמה מרחיקת לכת היא בג"צ 57/64 כהן נ' שר המשפטים, פ"ד (2) 396. במקרה זה החליט פרקליט המחוז שלא להעמיד את העותר לדין. המתלונן הגיש ערר ליועץ המשפטי והערר נדחה. המתלונן לא נואש ופנה פעם נוספת ליועץ המשפטי, ושר המשפטים שכיהן אותה שעה כיועץ משפטי לממשלה ביטל את ההחלטה הקודמת והורה להגיש כתב אישום. פניית העותר לבית המשפט הגבוה לצדק בבקשה להורות ליועץ המשפטי להימנע מהמשכת ההליכים — נדחתה.

אפילו לא עלה בידי המתלונן לשכנע את היועץ המשפטי להגיש כתב אישום, עדיין יש בידו לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק, אולם סיכויי הצלחה בפניה כזו נראים קלושים למדי. השווה בג"צ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 285; בג"צ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח (1) 29.

זה.<sup>24</sup> דומה שהגישה היא כי אי הגשת תביעה (כשקיימות ראיות לכאורה לביצוע עבירה) היא בבחינת חסד שאין הנאשם זכאי לו, חסד הדומה אולי באופיו לזה המוענק במקרי חנינה. על הנאשם לשים מבטחו בבית המשפט, שיוכה אותו, מן הסתם, אם הוא חף מאשמה. אלא שגישה זו איננה נכונה. טענתו העיקרית של החשוד איננה כי הוא חף מאשמה (אף שהוא עשוי לטעון גם זאת), אלא שבנסיבות המקרה אין הצדקה להעמידו לדין, מחמת שהענין טכני או פעוט או מכיוון שאנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות כאלה, שהעמדתו לדין לא תשרת כל מטרה מעילה, שעברו נקי, כי הוא אזרח השומר על החוק כמיטב יכולתו, וכי אין כל יחס בין הנזק שייגרם לו עקב העמדתו לדין לבין המטרה שהעמדה כזו עשויה לשרת וכו'. בכל הטענות האלה אין בית המשפט מוסמך כלל לדון.

בכך חוזרים אנו לשאלת שיקול הדעת. התהליך הפלילי מורכב משלבים אחדים הכוללים חקירה, הכנת כתב אישום, שפיטה ולאחר מכן אפשרות חנינה. בולט הדבר כי בכל השלבים, למעט בהליך השפיטה עצמו, קיים שיקול דעת רחב ביותר. למשטרה שיקול דעת בשאלה במה לחקור. לתביעה יש שיקול דעת בשאלה אם להעמיד את החשוד לדין או לאו ולאחר הרשעה קיים שיקול דעת רחב בכל הנוגע לחנינה. בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בענין זה, הוא בית המשפט. הוכחו יסודות העבירה מוטל על בית המשפט להרשיע את העבריין.<sup>25</sup> זאת, אף אם הוא משוכנע כי הענין הוא טכני או פעוט, כי אנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות דומות, וכי לא היתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש. ההצעה הנראית לי היא לתקן את החוק על מנת להקנות לבית המשפט שיקול דעת דומה לזה שיש לתביעה וליועץ המשפטי בענין העמדת הליכים, באופן שבית המשפט יוכל, אם ימצא זאת לנכון, לסיים את ההליך או להפסיקו מבלי להרשיע את העבריין.

הצורך בהענקת שיקול דעת כזה נובע, אפוא, מגורמים אחדים. האחד, התפשטות המשפט הפלילי שלא היתה מלווה בהתפתחות הגנות מקבילות שיהא בהן כדי לרכך את התוצאות הנובעות מאפשרויות הפעלתו. השני, העובדה ששיקול הדעת של המינהל הפך גורם מרכזי בכל הנוגע להפעלת ההליך הפלילי הלכה למעשה, וכי שיקול דעת זה, לפחות בחלקו הפוזיטיבי (היינו החלטה לחקור או להעמיד לדין) איננו נתון בפועל לביקורת שיפוטית, אף, שכאמור, בתיאוריה כפוף שיקול דעת זה לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק.

הצורך בקיום מנגנון ביקורת על שיקול הדעת או כגוף נוסף שיעסוק בכך איננו נובע משיקולי ימים עיוניים גרידא. אין קושי למצוא דוגמאות להעמדה מיותרת לדין או באשמות שלא היה להן מקום או להגשת ערעור מיותר. כ"פ 77/705 ועקנין נ' מדינת ישראל<sup>26</sup> הסתבר כי מנהג היה כנמל אילת שאנשי משטרה ומכס עלו על אוניות שעגנו בנמל ו"נתכבדו" כיבודים שונים. מקצתם אף נטלו כיבודים לביתם. המערער, איש מכס, "נתכבד" ביום המקרה, בבקבוק משקה בכל אחת משתי האוניות שעליהן עלה באותו יום לשם ביקורת. נאשם אחר, קיבל קרטון של אבקת כביסה במתנה. בביתו של המערער ערכו חיפוש ונמצאו בו 4 בקבוקי משקה תוצרת חוץ, פוחלץ של נמיה ר' 18 קופסאות אגוזים שלא הוכח כי שולם עליהם מכס.

בקשר לפרשה זו הואשם המערער בלא פחות משבע עבירות שכללו בין השאר קבלת שוחד, הברחה, סיוע להברחה ומעילה באמון. יצוין עוד כי ענין ה"כיבודים" היה ידוע למנהל תחנת המכס באילת, הממונה על המערער, שלא ראה בהם חטא, פשע, או שוחד, וכי מנהל זה העיד שהמערער היה עובד מסור ש"תפס תפיסות רבות". המערער זוכה מאשמת קבלת שוחד, אך הורשע בעבירה של מעילה באמון מכיוון שלא דאג לגביית מכס מאבקת הכביסה שניתנה לנאשם האחר. הפעם נקט בית המשפט העליון, מפי השופט ח' כהן, בעמדה ליברלית. נקבע כי פקיד מכס

24. השווה בג"צ 340/72 ניניו נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (1) 325.

25. עם זאת קיימת בשיטתנו אפשרות של מבחן ללא הרשעה, ראה סעיף 21(2) לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, ג"ח 312, אך זהו, כמובן, ענין שונה לחלוטין. אפשרות להימנע מהרשעה קיימת בשיטתנו לגבי קטינים ואף זו סוגיה מיוחדת. ראה סעיפים 24 ו-26 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול, תשל"א-1971, ס"ח 134.

26. פ"ד לג (2) 365.



המחליט שלא לגבות מס מטובין, למשל, משום שנראה לו כי מדובר בסכום פועט איננו מתכוון "לפגוע בציבור", ואפילו טעה, אין מקום להאשמה בהפרת חובת אמונים, בהעדר ראיה לכוונה פלילית ממש. ובסיום דבריו ציין השופט כהן כי בית המשפט "פרוש... סוכת שלומו על עובדי ציבור ישרים והגונים, אשר אך בשל התרשלותם או בשל טעות תמימה בשיקול דעתם או בשל חריגה בשגגה מסמכותם מאשימים אותם בפשעי שתיתות". השופט כהן הוסיף כי "אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא", והצביע על האפשרות לנקוט בהליכים משמעותיים ואמרי: "שירות המדינה לא יבנה מהוקעתם בפלילים של עובדים מסורים וישרים כאילו חלקם היה עם הפושעים שבהם".<sup>27</sup>

פסק-דין נוסף שניתן לאזכרו הוא ע"פ 192/79 מדינת ישראל נ' חברת קצנשטיין<sup>28</sup> שבו הואשמו חברה ומנהליה בהעלמת הכנסות בשנת המס 1972 בסדר גודל של קצת פחות מ-3.5 מיליון ל"י. סכום זה מקורו בכך שהחברה העריכה את שווי העבודות כביצוע כשיטה שונה מזו שלדעת שלטונות המס היתה השיטה הנאותה. העלמה נוספת בסכום של למעלה מ-300 אלף ל"י יוחסה לחברה מחמת שנקטה בשיטה של הערכת מלאי, שהיתה אף היא שונה מזו שנראתה לשלטונות המס. הנאשמים זוכו מאשמות אלה לאחר שבית המשפט שוכנע כי מדובר בויתוח "אזרחי" כי לא הוכחה כוונה פלילית להשתמט ממס.

אולם לאשמה העיקרית צורפה אשמה נוספת, שהתייחסה להוצאות בסכום כולל של קצת למעלה מ-80 אלף ל"י בגין נסיעות לחו"ל וקניית מוצרים שונים, דוגמת מטבח רגבה, טלביזיה ומקררים. מוצרים אלה ניתנו לאנשים שאיתם היתה החברה כמגע בעסקיה. אולם ההוצאה לא נרשמה על-פי הפירוט הנכון, אלא נרשמה כהוצאה למטרות אחרות בקשר עם עסקיה. החברה טענה כי ממילא היה מתגלה, בבדיקת רואי החשבון, כי אין מקום לנכות תשלומים אלה מהוצאות החברה, וכי יש להוסיף להכנסתה. טענה זו לא התקבלה ונקבע כי הרישום הכוזב נערך כדי להסתיר את המטרה האמיתית שבעבורה הוצאו הכספים. הנאשמים הורשעו, איפוא, בעבירה באישום זה.

מסתבר שהמדינה לא היתה מוכנה להסתפק בכך, וערערה על הוכחי מן האשמה הראשונה, אשר מבחינת הסכום, שנטען כי הועלם, היתה האשמה העיקרית. ערעור זה נדחה בפסק-דין מפורט וכן נדחה הערעור על קולת העונש על האישום השני. בסוף פסק הדין היתה בפי השופט י' כהן הערה כללית. הוא הצביע על המאמץ העצום וימי העבודה הרבים שהושקעו בחקירה ובתביעה, זאת שעה שחייבים רבים עדיין לא נכללו ברשת המיסוי, והוסיף:

"בנסיבות אלה מן הראוי לשקול את סדר העדיפויות בשימוש בכוח אדם העומד לרשות השלטונות ולנהוג בגמישות בהבאת אישומים פליליים נגד נישומים, שאמנם נתגלו ליקויים בחשבונותיהם או בהצהרותיהם, אך בעיקרו של דבר הן מנהלים את חשבונותיהם הם בדרך נאותה ואין לסווגם כמשתמטים מתשלום מס. בוודאי יש לנהוג באיפוק בענין הגשת ערעור במקרה כגון זה...".<sup>29</sup>

להשלמת התמונה יוספר עוד כי אחד ממנהלי החברה היה במעצר במשך כחודש ימים בגין החקירה שניהלו שלטונות המס כנגד החברה.

4. העדרם של מנגנוני פיקוח ובקרה על שיקול הדעת של התביעה בענין העמדה לדין כידוע עצם פתיחת חקירה נגד אדם ובודאי העמדתו לדין כרוכה לגביו בפגיעה חמורה, אפילו במקרה הטוב מנקודת ראותו, שבו הסתיים ההליך בזיכוי. אין תימה כי החשש מפני העמדה בלתי מוצדקת לדין פלילי מלווה את שיטות המשפט המודרניות מזה שנים רבות. בשיטות המשפט השונות, הן השיטות הקונטיננטליות והן הזונגלו-אמריקאיות, התפתחו אמצעים שונים במגמה לצמצם סכנה זו.<sup>30</sup> ההליך של חקירה מוקדמת, המקובל בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית נועד

27. שם, בע' 371.

28. פ"ד לד (1) 397.

29. שם בע' 412-413.

30. מחקר השוואתי בסוגיה זו נערך עוד במאה ה'19. ראה, Mittermaier, Strafverfahren (Erlangen, 1856) 381.



למטרה זו ונראה כי בשיטות משפט קונטיננטליות התפתחו הליכים שנועדו למטרה דומה. אפשר שאין החקירה המוקדמת עונה על הבעיה הנדונה. מטרת החקירה המוקדמת היא בעיקרה לבחון אם קיימות ראיות מספיקות להאשמה. ספק אם היא מיועדת לבחון אספקטים אחרים של שיקול דעת של התביעה. עם זאת, מקום שהחלטה בסיום החקירה המוקדמת היא בידי מושבעים, עשויים הם להביא במסגרת שיקוליהם גורמים נוספים (מלבד כמות הראיות שבידי התביעה), הנוגעים למידת ההצדקה שיש להעמדה לדין. מכל מקום החקירה המוקדמת, אשר נקלטה אצלנו בשעתו, בוטלה בשיטתנו וכיום איננה נוהגת אצלנו.

אפשר גם שניתן לראות בשיטת המושבעים אמצעי היכול לגרוע מן הסכנה שכתביעה לא מוצדקת. מושבעים אינם חייבים לנמק את החלטתם ומקובלת הסברה כי הם עשויים לזכות נאשם, אם נראה להם כי נסיבות המקרה אינן מצדיקות הרשעה או שלא הצדיקו העמדה לדין; או שהם אינם סבורים שהמעשה צריך להוות עבירה.<sup>31</sup> החלטת המושבעים ניתנת, אמנם, רק לקראת סיום המשפט, אך גישת המושבעים ידועה לתביעה והיא עשויה להשפיע על שיקוליה בכל הנוגע להחלטה בענין העמדה לדין. לא הייתי מציע לאמץ את שיטת המושבעים, אף שבנקודה זו אני רואה בה יתרון. מכל מקום, בהעדר מושבעים בשיטתנו, לא ניתן לסמוך על אפשרות זו להגנה על נאשם בפני אישום שלא היה לו מקום.

לבסוף, נותרו הדינים בדבר פיקוח על שיקול דעת התביעה. עקרונית, אין שיקול דעת זה שונה משיקול דעת מינהלי אחר, והשימוש בו בכפוף לעקרונות הכלליים הנוגעים לשיקול דעת מסוג זה (חובת תום לב, איסור הפליה וכו'). אך כבר עמדנו על כך שבפועל אין שיקול הדעת בענין הנוכחי נתון, למעשה, לפיקוח.

סיכומו של דבר, בפועל נותר שיקול דעת התביעה בשיטתנו ללא פיקוח וללא בקרה של ממש.

#### 5. הערות לטיעונים אפשריים אחדים נגד הענקת שיקול דעת לבית המשפט

התהליך ההיסטורי מצביע על קו כמעט רצוף של התפתחות ממצב שבו הוטל על השופט להפעיל מערכת כללים שנקבעה על-ידי אחרים (או לוודא כי מערכת זו מופעלת כראוי) למעמד שבו נדרש השופט להפעיל את שיקול דעתו בתחומי משפט שונים בנושאים רבים ומגוונים. כך היה אפילו בתחום דיני הראיות כאשר קביעת העובדות (ופעמים קביעת הזכות כולה) נעשתה באמצעות הליך מכני,<sup>32</sup> בעוד שכיום הופקד הנושא (בהעדר מושבעים) בידי השופט. בענין זה לא היה מדובר, אמנם, בהסמכת השופט לקבוע נורמת התנהגות מחייבת (ענין שלפי מושגינו כיום נתון בעיקרו בידי המחוקק) אלא להפעיל את שיקול דעתו בהערכת הראיות. ובכל זאת המהפכה שהיתה כרוכה בהענקת סמכות לשיקול ראיות לא היתה פחות חריפה מזו הכרוכה בהסמכתו לקבוע, בענינים מסויימים, נורמת התנהגות והלכות בענין דין מהותי.

מכל מקום, בינתיים הפך שיקול הדעת השיפוטי, אף בתחום המשפט המהותי, עובדה קיימת. שיקול דעת זה משתקף, בין השאר, במה שמכונה כ"חקיקה שיפוטית". בהעדר מקור חיצוני שבו יכול השופט לגלות את הדין, מוטל עליו ליצור אותו בעצמו. מלאכת יצירה זו כרוכה, כמובן, בהפעלת שיקול דעת. החשש מפני תופעה זו וההתנגדות לה הביאו בעבר לפיקציה לפיה לעולם אין השופט יוצר את הדין אלא רק "מגלה" אותו. אלא שכיום מכירים בגלוי בכך שבקביעת הלכה יש, לא אחת, מעשה של קביעת נורמה חדשה. התפתחות זו הגיעה לשיאה בחקיקה המסמיכה את בית המשפט מפורשות להפעיל את שיקול דעתו בהפעלת הדין המהותי ופעמים אף קובעת

31. Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed., 1973) 260.

32. כזה היה ההליך הידוע כמבחן (ordeal) וההליך של הכרעה באמצעות קרב (trial by battle), שאף אותו ניתן אולי למנות בין סוגי המבחן. במקרים מסוג זה מצטמצם תפקיד השופט לבחירת ההליך המתאים ולפיקוח על כך שנשמרים כללי ההליך. תוצאת המשפט עצמו מוכרעת בהתאם לתוצאת המבחן. לקטגוריה דומה ניתן לשייך את הליכי השבועה למיניהם, כאשר שבועה מסויימת (ופעמים שבועה על-ידי מספר מוגדר של אנשים) חורצת את גורל המשפט. זאת, כאשר שאלה של שיקול דעת בדבר מהימנות תוכן השבועה איננה מתעוררת. כאלו היו, לפחות במקורם, גם דיני הראיות במשפט העברי, כאשר גורל התביעה הוכרע על-פי נטל ההוכחה ושאלת קיום מספיק של עדים (ופעמים שבועה) התומך בגירסה. ראה גם א' הרנון, דיני ראיות (האוניברסיטה העברית בירושלים, 1977, חלק שני) 43.

במישרין או בעקיפין את כוחו של בית המשפט ליצור את הדין, שהמחוקק לא ראה אפשרות ליצור בעצמו. החקיקה הישראלית מלאה דוגמאות מסוג זה. אחת הידועות בהן היא ההוראה בחוק הגנת הדייר, [נוסח משולב], תשכ"ה-1965<sup>32</sup> בדבר סעד מן הצדק חרף קיומה של עילת פינוי. הוראה זו עוררה בשעתו התנגדות וקשיים מרובים.<sup>33</sup> למרות זאת היא עומדת בעינה ואין קושי למצוא הוראות נוספות בעלות צביון דומה. בענין זה יפים דבריו של השופט זוסמן שציין בשעתו כי

"פעמים יש והמחוקק מניח כיודעין את קביעת הדין בידי השופט ומסמיך אותו לחקיקה".<sup>34</sup>

אפשר, אולי, לגרוס שמדובר, לרוב, במשפט אורחי ואילו בתחום דיני עונשין אין מקום להסמך, בדרך זו, את בתי המשפט לחוקק. לטענה זו תשובות אחדות. אני מסכים שעקרונות אין מקום לכך שבית משפט יקבע עבירות חדשות בדרך של חקיקה שיפוטית, וכי בענין זה ראוי שתהיה הבחנה ברורה בין הדין האורחי לדין הפלילי. אולם בענייננו אין מדובר בהסמכה ליצור עבירות אלא בהסמכה להעניק הגנה.<sup>35</sup> יתרה מזאת, המחוקק לא הקפיד על שמירת הכלל לפיו יש להימנע מיצירת עבירות בדרך שיפוטית, וכפי שראינו נקבעו אצלנו מספר "עבירות מסגרת" שבית המשפט הוסמך ליצוק בהן תוכן. ואם כך נעשה בענין יצירת עבירות, קל ותומר שמן הראוי לנהוג כך בתחום ההגנות. ואכן בתחום המשפט האורחי כולט הדבר כי אותה "הסמכה לחוקק" משתקפת בראש ובראשונה בתחום ההגנות<sup>36</sup> ודווקא בנקודה זו אין סיבה לנהוג אחרת בתחום הפלילי. לשון אחרת, אם בתחום האורחי הסמיך המחוקק את בית המשפט, לפי שיקול דעתו לשלול זכות מוקנית, למשל, לבעל בית בענין פינוי, קל ותומר שיש מקום לשיקול דעת בתחום ההגנה בפלילים, שאז אין מדובר בשלילת זכות מוקנית מאדם זה או אחר.

זאת ועוד. בתחום אחד בדיני עונשין תפס שיקול הדעת השיפוטי מקום מרכזי, שכיום כמעט אין עליו עוררין. הכוונה היא לתחום הענישה. פרט ליוצאים מן הכלל ניתן בענין זה לשופט שיקול דעת רחב ביותר. אמנם, אין מדובר בשיקול דעת לקבוע גורמת התנהגות, אלא בשיקול דעת בענין מידת העונש. ובכל זאת, ניתן להצביע על כך כי אף שיקול דעת זה הוא פרי התפתחות ממושכת וכי בעבר לא היה זה מובן מאליו, שניתן להעניק לשופט שיקול דעת בענין זה. בחוקי עונשין רבים מקובל היה לקבוע עונש מזוייב לעבירות שונות. העונש עשוי היה להשתנות בהתחשב בגורמים דוגמת שווי הנכס (למשל, במקרי גניבה), אך שיקול דעת לבית המשפט — לא ניתן.<sup>37</sup> ניתן אף למצוא דוגמאות לכך ששיקול הדעת בענין מידת העונש הופעל, למעשה, על-ידי המינהל (ולא על-ידי הרשות השיפוטית). טכניקה מקובלת היתה קביעת עונש חובה, שהיה מוטל

32. א. ס"ח 176.

33. ראה את מאמרו של השופט בייסקי, "הפעלת סעד מן הצדק בחילוטי שכירות" הפרקליט כג (תשכ"ז) 238. ההוראה נקבעה בשעתו בסעיף 37 להוק הגנת הדייר, תשט"ו-1955, והיא מצויה כיום בס' 132 לנוסח המשולב של החוק.

34. י' זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן (1962) 147, 156.

35. השווה גם לגישה הנוהגת במדינות רבות בארצות-הברית אשר לפיה קיימת הבחנה בין כוחו של בית המשפט לגבי עבירות פרי המשפט המקובל (כלומר הפסיקה) לבין כוחו בענין הגנות מאותו מקור. גישת היסוד במדינות אלה היא שיש להקפיד על כך שכל עבירה תהיה מושתתת על דבר חקיקה מפורש, ואילו לגבי הגנות לא קיימת דרישה דומה. ראה 61-62 (1972) *La Fave and Scott, Criminal Law* ובציקר הערה 26 שם.

36. ראה לעיל הערה 33 וטכסט להערה זו בדבר סעד מן הצדק המהווה הגנה בפני תביעת פינוי. השווה גם סעיף 2 של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42.

37. ראה, למשל, שמות, כב, ג המורה כי אם תמצא הגניבה בידי הגנב "משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם". קביעת "תעריפים" כזו היתה מקובלת בעולם העתיק ובימי הביניים בקודקסים רבים, ויש שהחילו גישה זו גם על פגיעה גופנית.

התופעה של קביעת עונש מוגדר כעונש חובה היתה מקובלת גם בתקופה המודרנית, בעיקר לגבי עונש המוות, שהיה במשך תקופות ארוכות (היינו קודם לרפורמות האירופאיות במחצית השנייה של המאה ה-18 ובאנגליה במאה ה-19) העונש הסטנדרטי באנגליה ואירופה לגבי שורה ארוכה מאוד של

עלידי בית המשפט, תוך שימוש נרחב במנגנון החנינה (להפתחת העונש או המרתו) עלידי מי שהוסמך לכך.<sup>38</sup> אין פירוש הדבר שהתפתחות המשפטית היא תמיד בקו רצוף בכיוון של הענקת שיקול דעת לשופט או הרחבתו. מדי פעם עדים אנו לתנועות בכיוון הפוך, דוגמת עונשי מינימום בעבירות מסוימות. אולם המגמה הכללית היתה ונשארה ברורה מאוד. לבסוף, ברצוני לדון בשאלה האין הענקת שיקול דעת שיפוטי, כפי שהוצע לעיל, תותרת תחת עקרון החוקיות, וכן כיצד היא מתיישבת עם עקרון הפרדת הרשויות.

א. עקרון החוקיות

כדיני עונשין נהוג להזגיש את חשיבותו של עקרון החוקיות, וכי אין עבירה ואין עונש בלא חוק. העקרון עצמו איננו אלא ביטוי לרעיון בדבר שלטון החוק (rule of law), שהינו בעל חשיבות כללית, אף שזכה, בתחומי משפט אחרים (בעיקר בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט הציבורי בכלל) לדגשים מיוחדים ולצביון מיוחד. כך, חקיקה רטרואקטיבית הפוגעת בזכויות היא לעולם בלתי רצויה. בתחום דיני העונשין היא בלתי נסבלת.

העיקרון בצידו האחד (שיכונה להלן "צד העבירה והעונש") קובע, כאמור, כי אין עבירה בלא חוק. שאלה היא אם קיים לעקרון זה גם צד אחר (להלן "צד הפטור") שלפיו אין פטור לעברין אלא מכוח חוק. את הצורך באיסור פטור ללא חוק ניתן להשתית ראשית, על כך שמעשה העבירה הינו (לפי ההנחה) מעשה שלילי ופסול הפוגע באשיות החברה. משום כך הוגדר כמעשה פלילי. מעשה כזה מחייב תגובה ועל תגובה זו לא ניתן לוותר. ניתן אף למצוא אחיזה בדת, בספרות ובהסטוריה להשקפות לפיהן "מטמא" המעשה את העברין ואולי אף את החברה, וכי העונש נידרש לשם "טיהור" הטומאה.

בלבוש מודרני ניתן לגסח את הטעון באמרנו כי המחוקק קבע את העבירה וכל "ויתור" או "מחילה" על יסוד נימוקים שלא נקבעו בהגדרת העבירה או בהגנות שנקבעו לה עלידי המחוקק, חותרים תחת החוק שהגדיר את ההתנהגות כעבירה, ומערער את שלטון החוק בכלל. שיקול נוסף הוא שמחילה או ויתור, ללא אחיזה מוגדרת בחוק, עלולים לגרור הפליה.

מכלול שיקולים אלה הוביל בקונטיננט למסקנה כי אכן אין מקום להתיר שיקול דעת בידי התביעה בדבר הגשת אישום<sup>39</sup> בהנחה, כמובן, שבידיה ראיות מספיקות להעמדה לדין.<sup>40</sup> כידוע

עבירות. עם זאת, היו עוקפים את ההוראה בדבר חובת עונש מוות בדרכים שונות וביניהן חנינה. ראה Radzinowicz, A History of English Criminal Law and its Administration from 1750 (1948) I ch. 1 & ch. 9. כן ראה להלן הערה 38. בנוקשות מיוחדת הצטיין הקוד הצרפתי הפלילי משנת 1791. הקוד חתר ליתר הומניזם בתחום הפלילי והקטין במידה משמעותית את מספר העבירות שלגביהן נקבע עונש מוות. עם זאת חתר לשלול את שיקול הדעת של השופט בתחום הענישה ולקבוע מראש את העונש המתאים לכל עבירה לאור נסיבותיה. גישה זו ננקטה כנראה בהשפעת ספרו של Beccaria, On Crimes and Punishments (1764) שגרס כי העונש צריך להיות ודאי ומסיבה זו התנגד אף לאפשרות חנינה. ענין זה עולה בקנה אחד עם גישתו הכללית של Beccaria לפיה צריך הדין להיות קבוע, ברור ולהיקבע מראש עלידי המחוקק ואין מקום לשיקול דעת בתי-משפט, אף לא בעניני פירוש חוק (פרק 4 לספרו). ביחס לקוד הצרפתי משנת 1791 ראה בספרו של Radzinowicz, שם, בע' 293. 38. כך, עונש המוות, שהיה נפוץ באנגליה במאות ה-17 וה-18, נקבע כעונש חובה למספר עצום של עבירות. תוצאה זו רוככה עלידי מה שכונה כ"benefit of clergy", אך אפשרות זו צומצמה בהדרגה. למרות זאת בוצע עונש המוות רק באחוז קטן מן המקרים בהם נגזר למעשה. בפועל זכו מרבית הנאשמים בחנינה בתנאי שיוגלו לכל ימי חייהם או לתקופה שנקבעה. חנינה זו, שהיתה, למעשה, בגדר המרה של העונש, כונתה חנינה על תנאי (conditional pardon) והיתה, כמובן, להלכה בסמכות המלך. בפועל הופעלה עלידי מזכיר המדינה, שפעולתו הודרכה עלידי המלצת השופטים. כך שימש מוסד החנינה לקביעת מידת העונש. כעבור זמן עמדו על ליקויי השיטה ובשנת 1768 הוקנתה לשופטים סמכות לקבוע עונש הגליה, במקום עונש מוות, לעבירות שונות שדינן היה מוות. ראה Stephen, A History of Criminal Law of England (1883) I ch. 13 at p. 471.

39. ראה, למשל, סעיף 152 לחוק הגרמני בענין הליכים פליליים (Strafprozessordnung). הסעיף עוסק בשני נושאים מרכזיים. האחד מטיל את ניהול ההליך הפלילי על גוף ציבורי (התביעה המייצגת את המדינה). זהו עקרון ה"ציבוריות" (Offizialprinzip). השני, קובע את העקרון לפיו חייבת התביעה להגיש אישום כל אימת שקיימות ראיות מספיקות לשם כך. בכך רואה הדין הגרמני ביטוי לעקרון

גישה איננה מקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי שבו ניתן לתביעה שיקול דעת רחב. בשיטתנו נקלטה בנקודה זו גישת הדין האנגלי, ובדרך זו נדחתה, למעשה, תיאורית החוקיות מצידה העוסק ב"איסור פטור". ואכן דומני כי לפחות בשיטתנו אין בטיעונים דלעיל כדי לשלול את רעיון שיקול הדעת כפי שהוצע. אשר לעקרון החוקיות, הרי כבר עמדנו על כך שמצד העבירה והעונש התערער העקרון על-ידי קביעת עבירות מעורפלות ו"עבירות מסגרת", דוגמת העבירה בדבר גרימת "היזק לציבור" והעבירות בענין "הפרת אמונים". מובן, כי ערעור צד זה של העקרון חמור לאין ערוך מפגיעה בו מצד איסור הפטור (אפילו נניח שמכירים בקיום צד זה של עקרון החוקיות). יתרה מזאת, ריבויין העצום של העבירות הפליליות הנקבעות חדשות לבקרים פוגם אף הוא בעקרון החוקיות. פורמלית, נשמר, אמנם, העקרון כל עוד ניתן לעבירות פרוסום נאות בדרך שנקבעה בחוק. אולם בפועל, קשה לדבר על יישומו של הרעיון לפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" כאשר איש איננו מסוגל להכיר את כל כללי ההתנהגות המחייבים אותו.

עוד ניתן לומר כי שיקול הדעת בענין העמדה לדין (אשר עלולים לטעון כלפיו כי איננו מתיישב עם עקרון החוקיות) נועד לתקן במידת מה את הפגיעה בעקרון החוקיות הנובעת מערפול בהגדרת העבירה ומריבויין המופרז של עבירות פליליות. לאמיתו של דבר, שיקול הדעת בענין העמדה לדין קיים כבר כיום אלא שהוא מופקד בידי המינהל. קיומו של שיקול דעת כזה המעוגן בחוק עשוי לשמש תשובה פורמלית לטיעון בענין עקרון החוקיות. החוק שהגדיר את העבירה הפלילית הוא שקבע גם את שיקול הדעת בענין העמדה לדין, אך זוהי תשובה פורמלית. שיקול הדעת הקיים, אשר איננו מוגבל אלא על-ידי מושג מעורפל דוגמת "ענין לציבור", מסמך למעשה את בעל הסמכות לחוקק.<sup>41</sup> התשובה העניינית, המצדיקה קיום שיקול דעת, היא כי

החוקיות (Legalitätprinzip) הנזכר מפורשות ככותרת הסעיף. המשפטנים הגרמנים רואים קשר בין שני העקרונות. המונופול שהוענק למדינה לניהול התביעה הפלילית מחייב שיוויון ואי התעלמות מהפרת חוק, ראה 403 (31th ed., 1973) Kleinknecht, Strafprozessordnung. לשני העקרונות נקבעו יוצאים מן הכלל. כחריג לעקרון ה"ציבוריות" מוכרת במקרים אחדים האפשרות של מתלונן פרטי להגיש כתב אישום (סעיף 374 לחוק הנ"ל ואילך). חריג לעקרון החוקיות נקבע בסעיף 153 לחוק הנ"ל והוא עוסק בהפסקת ההליך מחמת היות הענין פעוט ערך (Einstellung wegen Geringfügigkeit). הסעיף מתייחס לעבירות לא חמורות (הנכללות בקטגוריה המכונה בדין הגרמני (Vergehen) כאשר מידת האשמה היא פעוטה ולא קיים ענין ציבורי בהעמדה לדין. הסעיף מתייחס לשתי אפשרויות של הפסקת ההליך, ובשני המקרים נדרש שיתוף בין החביעה לבית המשפט. אפשרות אחת היא הפסקת ההליך ביוזמת התביעה קודם להגשת המשפט. להפסקה כזו נדרשת הסכמת בית המשפט. האפשרות האחרת היא העמדת ההליך לאחר הגשת כתב אישום ביוזמת בית המשפט ובהסכמת החביעה. מקרים נוספים בהם קיימת אפשרות להימנע מתביעה מפורטים בסעיפים 153e-153a ובסעיפים 154-154e לחוק.

40. יש להניח שענין זה מעניק שיקול דעת מסויים בידי התביעה (או השופט החוקר או הגוף המוסמך להחליט על הגשת האישום), שהרי הערכת כמות הראיות ומשקלן הוא ענין שיש לשקלו ויתכנו, כמובן, הערכות שונות לגבי אותן ראיות.

41. כך, למשל, אפשר לעורר את השאלה האם אפשר, מכוח שיקול דעת כזה, ליתן הנחיה כללית שלא להעמיד לדין בעבירה פלוגנית. הנחיה כזו קרובה במשמעותה ל"מחיקת" אותה עבירה מחוק העונשין (לפחות בכל הנוגע לאספקט הפלילי שבה). משמעויות אחרות, אם ישנן, עשויות לעמוד בעינינו, כגון באותם מקרים שלקביעת העבירה יש השלכה על שאלות אורחיות, דוגמת הפרת חובה חקוקה). בשעתו ניתנה על-ידי ח' כהן, בהיותו יועץ משפטי לממשלה, הנחיה שלא להעמיד לדין בעבירת משכב זכר. אך הנחיה כללית זו לא לא הגיעה כדי "מחיקת" העבירה שכן היא כפופה לסייגים אחדים (בעיקר, שלא מעורב בעבירה צעיר שגילו למטה מגיל 18, שלא היתה כפיה, שהמעשה לא נעשה במקום ציבורי, ושאינו יחסי מרות או תלות בין המעורבים). בסוגיה זו השווה גם לפסק דינו של בית המשפט לערעורים ב- R.V. Commissioner of Police of the Metropolis [1967] 2 W.L.R. 893 (C.A.). בארצות-הברית קיימת ספרות עניפה בכל הנוגע לשיקול דעת התביעה בהעמדה לדין פלילי ובשאלת הפיקוח עליה. ראה, למשל, 84 Harv. L. Rev. Vorenberg, 'Decent Restraint of Prosecutorial Power' 1521 (1981).

המשפט הפלילי התפשט לממדים המחייבים את ריסון השימוש בו. אפשר שאילו ניתן היה לנסח ולהגדיר מראש את כל הנסיבות בהן לא יהיה מקום להעמדה לדין (בין באופן שאו לא תוגדר ההתנהגות כעבירה ובין על-ידי כך שתוקנה לנאשם הגנה), היה זה פתרון עדיף. אולם בדומה למקרים אחרים בהם בחר המחוקק בהענקת שיקול דעת, מלמדת הענקתו גם במקרה זה על כך שלאור מגוון האפשרויות לא נראית אפשרות זו מעשית.

למעשה, מופקד כיום, כפי שהיה בעבר, שיקול הדעת בידי המינהל ודומני שאיש איננו מציע לשלול סמכות זו מידו. נמצא, השאלה איננה אם יש פסול בהענקת שיקול דעת בענין העמדה לדין, אלא האם יש מקום להענקתו לרשות השופטת. לשאלה זו יש להשיב, לדעתי, בחיוב. להשקפתי, חשובה זו איננה סותרת את רעיון שלטון החוק, אלא להיפך — יש בה כדי לחזקו. הטעם לכך הוא שכיום אין שיקול הדעת של המינהל בענין זה כפוף, למעשה, לביקורת שיפוטית (אם כי בתיאוריה קיימת אפשרות ביקורת כזו). הענקת הסמכות לבית המשפט, כפי שמוצע, תסייע לקביעת קריטריונים שיהיו (עם התפתחות הפסיקה) גלויים, חשופים לדין ולהערכה, ומופעלים על בסיס של שוויון.

ב. הפרדת רשויות ותפקיד הריבון בהליך הפלילי

הפרדת רשויות בצורתה האידאליסטית, כפי שנחזתה על-ידי מונטסקיה, ספק אם קיימת בשיטה משפטית כלשהי ובודאי שאין היא קיימת בשיטתנו. אם רואים בהענקת שיקול דעת בכל הנוגע לנקיטת הליכים פליליים או עיכובם מעין "הסמכה לחוקק", הרי יש בכך כביכול פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. אולם פגיעה זו קיימת בין אם ניתנה הסמכות למינהל (כפי שהמזכב כיום) ובין אם תינתן לבית המשפט (כפי שמוצע). ומכל מקום אין ההצעה הנוכחית שונה באופן מהותי ממה שנעשה בעבר בכל הנוגע להענקת שיקול דעת לבית משפט או ביחס לכוחו בענין "חקיקה שיפוטית".

השאלה היא, אפוא, האם צריכה השליטה על ההליך הפלילי להישאר אך ורק בידי המינהל, או שמא יש מקום להקנות שליטה כזו גם לבית המשפט. יש הרואים בשליטת הריבון על ההליך הפלילי את אחד מסימני המובהקים של הליך זה.<sup>42</sup> אפילו נניח שכך הדבר, הרי השאלה היא מיהו הגוף המשמש נציג הריבון לענין זה. בעבר ראו במלך את מי שמגלם את הריבונות וכיום יש המניחים, כדבר המובן מאליו, כי המינהל או היועץ המשפטי הוא נציג הריבון (באנגליה יאמר מן הסתם כי הוא נציג הכתר) לענין זה. אלא שאין זה מחוייב המציאות לראות דווקא בגוף זה ולא אחר כמיצג את הריבון לצורך עניננו. השאלה היא בעיקרה שאלה של חלוקת סמכויות בין גופים ממלכתיים,<sup>43</sup> ואין כל מניעה להעביר סמכות מגוף לגוף או לקבוע חלוקת סמכויות שונה מזו שנקבעה בעבר. כך, למשל, מייחסים את סמכות החנינה לריבון, אלא שאין בכך כדי לחייב את המסקנה כי הסמכות תוענק דווקא לנושא תפקיד מסויים ולא לאחר. בשיטתנו מוקנית הסמכות לנשיא המדינה. אך גם אילו היתה מוקנית לגורם ממלכתי אחר (למשל, יושב-ראש הכנסת) היתה זו עדיין אותה סמכות ריבונית, אלא שהיתה מוקנית לגוף אחר שהוסמך להפעילה.

בדומה לכך, הקניית סמכות לבית המשפט בענין הפסקת הליכים, איננה משפיעה על מהות ההליך הפלילי או על הגישה הרואה בסמכות זו סמכות ריבונית. כתי המשפט הינם גורם ממלכתי והשאלה היא מהו היקף הסמכויות שיש להם. בהקשר זה ראוי להפנות לחקיקה האנגלית החדשה אשר הרחיבה את סמכויות בית המשפט והנהיגה את המוסד של "שיחרור" (discharge), שיכול להיות שיחרור מוחלט או שיחרור על תנאי.<sup>44</sup> מדובר במקרה שבו סבור בית המשפט כי בהתחשב בנסיבות, לרבות אופיו של העבריין, לא יהיה זה מועיל להטיל עליו עונש וכי אין מקום למבחן. במקרה כזה הוסמך בית המשפט לשחרר את העבריין שיחרור מוחלט או שיחרור על תנאי.

42. לוי ולדרמן, לעיל הערה 6, בע' 40 ואילך.

43. השווה גם לשיטה הגרמנית, שזכרה לעיל בהערה 39, ואשר בה הסמכות להעמדת הליכים מותנית, במקרים רבים, הן בהסכמת התביעה והן בהסכמת בית המשפט. אינני מציע לאמץ שיטה זו. אך היא מלמדת על כך שאין הכרח להעניק, בענין זה, מונופול לתביעה.

44. סעיף 7 ל- Powers of Criminal Courts Act, 1973. ההוראה איננה חלה על עבירה שעונשה נקבע בחוק ('... an offence the sentence for which is fixed by law').

המיחד מוסד משפטי זה הוא כי שיחרור כזה איננו נחשב להרשעה (אלא לצרכים מוגבלים ביותר הנוגעים, בעיקרם, להליכים בקשר לשיחרור עצמו או להפרת תנאיו).<sup>45</sup> זאת, אף שהחוק מדבר על "עברייני" וכן על בית משפט שבפניו הורשע אדם. העדר סמכות זומה בשיטתנו מלמד כי יתכן שאנו דבקים ברעיונות שנקלטו אצלנו מן הדין האנגלי בתקופת המנדט, מבלי שעמדנו על כך כי באנגליה עצמה חלה, בתחום זה, התפתחות בעלת משמעות.

בכך חזרת השאלה — היש מקום להקנות לבתי המשפט שיקול דעת בענין זה, והיש סיבה כלשהי (פרט לסיבה הסטורית) לייחד את הסמכות למינהל? כידוע מסורים בידי המינהל (בכפוף להוראות החוק) עניני מדיניות בתחומים רבים דוגמת ביטחון, כלכלה, רווחה, פיתוח, בינוי, פיזור אוכלוסייה. אין להעלות על הדעת כי נושאים אלה יועברו להכרעה שיפוטית. הטעם ברור. ההליך השיפוטי איננו מתאים להכרעה בשאלות מעין אלה הכרוכות בהקצאת מקורות, בקביעת סדר עדיפויות, בקבלת אחריות לנושאי בטחון, לניהול הכלכלה וכו'. לא כאן המקום להרחיב את הדיבור בסוגיה הכללית בדבר נושאים אשר יפה להן הכרעה באמצעות הליך שיפוטי או שיקול דעת שיפוטי ונושאים שאינם מתאימים להכרעה כזו. לעניננו אציין כי לפחות להשקפתי אין המינהל נהנה מכל יתרון מיוחד, על פני השופט הדן בענין, בכל הנוגע להתלטה על העמדת דיון בתיק פלוני. אין זה נושא שכרוכה בו שאלה פוליטית, שאלה של הקצאת מקורות<sup>46</sup> או שאלה אחרת המחייבת החלטות המינהל דווקא. מדובר בנושא שבהחלט רצוי לנתקו משיקולים פוליטיים<sup>47</sup>. ואכן מסיבה זו יש חשיבות לכך שהחלטות היועץ המשפטי ינתנו על יסוד שיקול דעת עצמאי וללא תלות במערכת הפוליטית. למעשה, החלטתו בענין היא בעלת אופי מעין שיפוטי<sup>47</sup> ובנסיונות אלה קשה לראות מדוע לא תינתן סמכות מקבילה לשופט הדן בענין. ואכן עובדה היא כי באנגליה, שסמכויות התביעה בה משמשות לנו אות ומופת, נפתחה האפשרות בדבר שחרור ללא עונש (ולמעשה, ללא הרשעה), מבלי שהדבר עירער את מושגי היסוד בדבר הפרדת הרשויות. בהקשר זה מן הראוי להצביע על סעיף 42 להצעתה של ועדת אגרנט לחלק הכללי של חוק העונשין. בסעיף זה שהערת השוליים שלו מדברת על "העדר ענין ציבורי", נאמר כדלקמן: "מצא בית המשפט כי אדם ביצע עבירה, אך לאור טיבו של המעשה ונסיבותיו לא יהיה זה מן הצדק להרשיעו וכי אינטרס הציבור לא ייפגע אם לא יורשע — רשאי בית המשפט לפטור אותו מאחריות פלילית."

הוראה זו הינה, לפחות בעיני, רצויה, אולם היא עוסקת במקרה בו יימצא בית המשפט כי אדם ביצע עבירה... "מדובר, אפוא, בשלב של מתן פסק הדין. כפי שנסיתי להראות ברשימה זו, אני דוגל בהענקת כוח נוסף לבית המשפט, שלא יחייב דחיית ההחלטה בנקודה זו לשלב כה מאוחר. כאמור, לדעתי ראוי להסמיך את בית המשפט, אם ייראה לו הדבר לנכון ולמוצדק, להחליט בכל שלב (ואפילו במסגרת הליך מקדמי) על העמדת הדיון, וזאת מבלי שבית המשפט יידרש לנקוט עמדה בשאלה אם עבר הנאשם את העבירה המיוחסת לו אם לאו.

#### 6. סיכום

היקפו העצום של המשפט הפלילי והמקום המרכזי שהוא תופס כיום מחייבים בחינה מחדש של ההליך הפלילי בכללותו. סוגיות אחדות מאלה שנוכרו לעיל, עשויות למצוא פתרון (לפחות באופן חלקי) במסגרת הסדרים מיוחדים. כך, למשל, אפשר שיש מקום לתהליך שלם של "דה-קרימינליזציה", שבמסגרתו יועברו נושאים רבים, הנכללים כיום במסגרת המשפט הפלילי, למערכת אחרת (שתוסמך, דרך משל, לקבוע "ברירת קנס" מבלי שתשלום הקנס יחשב להרשעה בפלילים). אולם קביעת פתרון מסוג זה כרוכה בתהליך מורכב המעורר שורה של שאלות, שלא כאן המקום לדון בהן.

45. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (39th ed., 1976) 682 p. 455.

46. אולם תיתכן השפעה על הקצאת מקורות במקרים יוצאי דופן, כגון שיסתבר כי בתי המשפט נוטים להפסיק את ההליך או שלא להרשיע בעבירה מסוימת (אלא אם קיימות נסיבות חמורות). במקרה כזה עשוי הדבר להשפיע על המינהל לצמצם את המאמץ הכרוך בחקירה ובהעמדה לדיון בעבירה זו.

47. השווה בג"צ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 285, 300 שבו ציין השופט אגרנט כי סמכות היועץ המשפטי לעכב את הדיון הפלילי "היא סמכות בעלת אופי 'שיפוטי' רחב".

הענקת שיקול דעת לבית המשפט להפסיק את ההליך או להימנע מהרשעה לא תוכל לפתור את כל הקשיים הכרוכים בהליך הפלילי בתקופה המודרנית. אולם, להערכתי, היא עשויה להקהות מעוקצן של בעיות אחדות. אין היא פותרת במישרין את בעיית השימוש המופרז במשפט הפלילי, אך היא יכולה לרכך את תומרתה. אין היא פותרת את הבעיות הקשות הכרוכות בדרכי החקירה ובנוהלי החקירה בשלב הטרום משפטי. אולם אף כאן ניתן יהיה להביא גורם זה בחשבון, אם יסתבר, למשל, שפלוני נעצר לתקופה ארוכה וסבל קשות בשלב החקירה, אך בסופו של דבר, אין מקום להאשמה הכבדה שיוחסה לו וגותרה אשמה מישנית או טכנית בלבד. במקרה כזה עשויה העמדת הליכים לשמש פתרון מתאים, ובסופו של דבר עשויה אף ללמד את מנגנון החקירה והתביעה כי נקיטת צעדים בלתי פרופורציוניים בשלב החקירה עלולה להכביד על סיכויי ההרשעה. לבסוף, יש בה כדי לתרום להומניזציה מסויימת של ההליך הפלילי.

אני ער לקשיים שהצעה זו מעוררת, ובעיקר החשש מפני שימוש לא נאות או בלתי מוצלח בשיקול דעת זה. אולם החלטה בענין זה תהיה נתונה לערעור, ובכלל אין היא שונה עקרונית משיקול דעת שהוענק לבית המשפט בתחומים רבים אחרים. שיקול דעת כזה עורר, גם בתחומים אחרים, קשיים והתנגדות, אך, כפי שראינו, הענקתו לבית המשפט מהווה מרכיב אופייני ואולי בלתי נמנע בהתפתחות המשפט, ואף בתחום המשפט הפלילי ניתן למצוא דוגמאות לכך. לסיכום, עובדה היא כי שיקול דעת כזה נתון בידי מנגנון החקירה ומנגנון התביעה, ועל כך דומה שאין אצלנו עוררין. קשה לראות מדוע ניתן להסכים לקיום שיקול דעת כזה בידי גוף מינהלי (בעיקר כאשר שיקול דעת זה, לפחות בחלקו, איננו נתון, למעשה, לביקורת), ולהתנגד לקיום שיקול דעת מקביל בידי בית המשפט, הן בענין, ואשר החלטתו תהיה נתונה לביקורתה של ערכאת ערעור.