

האם הגיעה העת לבטל את "מדרג חוסר האשמה" בדין הפלילי?

רתם רוזנברג-רובינס *

א. מבוא

מושכלות יסוד הן כי לכל חשוד ונאשם בפלילים עומדת חזקת החפות, שמשמעותה כי אדם מוחזק כחף מפשע עד אשר הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר. על פניו, גלומה בחזקת החפות אבחנה דיכוטומית בין חפות לאשם: כל עוד לא הוכחה האשמה בבית המשפט, הרי שהחשוד/נאשם נחשב כזכאי ואין הצדקה לפגוע בזכויותיו ובשמו הטוב.

ואולם, ברשימה זו אבקש להצביע על כך שהדין הפלילי הישראלי מאופיין בחריגות רבות מהדיכוטומיה בין חפות לאשם, אשר יוצרות מדרג בלתי רשמי שאכנה אותו "מדרג חוסר האשמה" בפלילים. כוונתי למספר הסדרים משפטיים, אשר יוצרים דרגות שונות של חפות המאפשרות לפגוע בזכויותיהם של מי שמוחזקים, באופן רשמי, כחפים מפשע. המאמר יתמקד בשלושה הסדרים כאלו:¹ האבחנה בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק והשלכות המשפטיות של זיכוי מהסוג השני; קביעת עילות שונות לסגירת תיק, ששיקול הדעת בעניינן מסור לרשות המבצעת (המשטרה והתביעה) ולא לרשות השופטת; והסדר סגירת תיק מותנית, אשר נותן בידי הרשות המבצעת אף את הסמכות להעניש חשודים שאשמתם לא הוכחה בבית המשפט. המדובר, אם כן, במדרג חוסר אשמה במובן הראייתי, להבדיל ממדרג חוסר אשמה של המשפט הפלילי המהותי (למשל, קרבה לסייג של אחריות פלילית, או צידוק/פטור חלקי).²

הגם ששלושת ההסדרים הללו זכו לתשומת לב בספרות המשפטית וחלק מהכתיבה עוסקת בהם מזווית ביקורתית, הרי שתרומתה של רשימה זו היא בקשירתם יחד ובהצבעה על השפעתם הכוללת על מעמדה של חזקת החפות בדין הישראלי. להבדיל מכתביה ביקורתית קודמת, שהדגישה בעיקר את הפגיעה הקונקרטיה בזכויותיהם הפרטניות של חשודים ונאשמים, מבקשת רשימה זו להצביע על הקשיים העקרוניים הגלומים במדרג חוסר האשמה, ובראשם יצירת תרבות משפטית המתנכרת לחזקת החפות.

חלק ב' יציג את שלושת ההסדרים המשפטיים נשוא המאמר וישרטט

את תהליך היווצרותו של מדרג חוסר האשמה בדין הישראלי; **חלק ג'** יציג שתי ביקורות נורמטיביות. הראשונה נוגעת להשלכות השליליות שיש לעצם המדרג על מעמדה של חזקת החפות בדין הישראלי. הביקורת השנייה היא ביקורת מוסדית,³ הנוגעת לשני ההסדרים המצויים בסמכות הרשות המבצעת. ביקורת זו מתמקדת בהשלכות השליליות שיש להסדרים הנ"ל על עיקרון הפרדת הרשויות, שנפגע עקב נטילת סמכות ההפלה והתיג מידי הרשות השופטת והעברתה לידי רשות שחסרה את המומחיות המתאימה לשם כך; **בחלק ד'** אציג הצעה לפתרון, הקוראת לבטל את מדרג חוסר האשמה, תוך הותרת הסדר סגירת התיק המותנית כחריג יחיד ומוצגה לאבחנה הדיכוטומית בין חפות לאשם.

ב. מיזכוי מלא ועד סגירת תיק בהסדר: היררכיית חוסר האשמה בדין הפלילי הישראלי

(1) זיכוי מלא לעומת זיכוי מחמת הספק

הביטוי הראשון לשבירת הדיכוטומיה בין חפות לאשם בדין הפלילי מצוי כבר בפסקי דינו של בית המשפט העליון מסוף שנות הארבעים וראשית שנות החמישים. באותם פסקי דין, החל בית המשפט להבחין בין שני סוגי זיכויים, הם הזיכוי המלא והזיכוי מחמת הספק. אבחנה זו, שהופיעה לראשונה בפסק דינו של בית המשפט בפרשת **לוי**,⁴ נקבעה במפורש בפרשת **פודמסקי**,⁵ כהגדרתו של השופט חשין:

"אין עליו [על הנאשם - ר.ר.ר.] להוכיח את חפותו מפשע; כל שמוטל עליו הוא: לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, עליו לזכותו. נתן הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר אלה או ידחם - כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא - עליו לזכותו מפני הספק".⁶

* מלגאת מרכז חשין לפוסט דוקטורט, הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית; מרכזת הוועדה הציבורית למניעת הרשעות שווא ותיקון, בראשות השופט (בדימוס) פרופ' יורם דנציגר. אני מודה לאלקנה לייסט ולמערכת הסניגור על הערותיהם המועילות. כל העמדות המובעות במאמר זה הן שלי בלבד.

1 קיימות חריגות נוספות מהדיכוטומיה, שמקוצר היריעה לא אתייחס אליהן ברשימה זו. כך, למשל, המרשם המשטרתי כולל גם רישומים בגין ביטול כתב אישום, חזרה בהסכמה מאישום ועיכוב הליכים.

2 בהקשר זה, ראו את מאמרם של אלדר ולייסט, בו נטען שבעוד שפטור עשוי, מבחינה אנליטית, להיות חלקי בלבד, הרי שצידוק אינו יכול להיות חלקי ויש לקבוע בעניין זה אבחנה דיכוטומית. הניסיון לקבוע צידוקים חלקיים חותר תחת האבחנה בין מעשים אסורים למותרים, שמצויה בליבת המשפט הפלילי. Shachar Eldar & Elkana Laist, *The Misguided Concept of Partial Justification*, 20 LEGAL THEORY 157 (2014). הגם שמאמר זה עוסק, כאמור, במדרג חוסר אשמה במובן הראייתי ולא במובן של המשפט הפלילי המהותי, אני סבורה כי בדומה לאבחנה בין מעשה אסור למותר, גם האבחנה בין חפות לאשמה במישור הראייתי חייבת להיות דיכוטומית.

3 לגישה המוסדית במשפט, ראו הערות שוליים 56-60 להלן.

4 בפסק דין זה, שניתן בשנת 1949, התייחס בית המשפט העליון לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי יש לזכות את המערער מאחת העבירות נשוא כתב האישום "מחמת הספק". ע"פ 16/49 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 561, 565 (1949).

5 ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 1187 (1951) (להלן: עניין פודמסקי).

6 שם, בעמ' 1196.

לאבחנה בפרשת פודמסקי עולה, שכלל היסוד שלפיו אין הנאשם נדרש להוכיח את חפותו, אלא אך "לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה", למעשה איננו חל כשמדובר בזיכוי מלא. שהרי, אם ההבדל בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק נובע מכך שבמקרה הראשון בית המשפט מקבל את הסברו של הנאשם ואילו במקרה השני הוא מתקשה להחליט האם לקבלו,¹⁸ הרי שבמקרה הראשון נדרש הנאשם, למעשה, להוכיח את אמיתות הסברו. נראה, כי מההנמקה של בית המשפט עצמו עולה שזיכוי מלא יתאפשר רק באותם מקרים שבהם סיפק הנאשם הוכחה פוזיטיבית לחפותו, או לפחות הסבר משכנע ומבוסס לראיות התביעה, ואילו ביתר המקרים יסתפק בית המשפט בזיכוי מהספק.¹⁹ התוצאה היא שחזקת החפות במתכונתה ה"מלאה", זו שמחייבת את הנאשם רק לעורר ספק בראיות התביעה, מספיקה אך לזיכוי "חלקי". המדובר בשחיקה משמעותית, שלא לומר צמצום ממשי, של חזקת החפות.

האבחנה בין שני סוגי הזיכויים חותרת, אם כן, תחת הדיכטומיה חפות/אשם, וזאת באמצעות יצירת שתי דרגות שונות של חפות המהוות שתי קטגוריות משפטיות נפרדות ומובחנות. אמנם, עמדתה הרשמית של הפסיקה היא שזיכוי מחמת הספק אינו מהווה קטגוריה משפטית מובחנת, אלא אך חלק מההנמקה של טעמי הזיכוי,²⁰ עם זאת, לאור ההשלכות הקונקרטיות שיש לאבחנה על מצב זכויותיו של הנאשם שזוכה, קשה לומר שמדובר בהנמקה גרידא.²¹ המדובר בהכרעה ראייתית המשפיעה על זכויות היסוד של הנאשם ואשר לצורך קבלת פיצויים מהמתלונן אף מהווה הכרעת דין של ממש.²²

חרף הקשיים הגלומים באבחנה בין שני סוגי הזיכויים, סבורים מנשה וגרונו שאבחנה זו הכרחית,²³ וזאת לאור חובת ההנמקה, שאין מנוס מלהתייחס במסגרתה להסתברות כי הנאשם ביצע את העבירה.²⁴ לאור זאת, מציעים הכותבים שבית המשפט הדן באשמת הנאשם יימנע מקביעה סופית בדבר סוג הזיכוי, בעוד שהכרעה סופית בעניין זה תתקבל בהליך נפרד, שיתקיים ככל שמאן דהוא יבקש להסתמך על הכרעת הדין או ככל שהנאשם יבקש מבית המשפט להצהיר על זיכוי המוחלט.²⁵

אם כן, האבחנה בין שני סוגי הזיכויים קיימת במשפט הפלילי הישראלי מראשיתו. ואולם, במשך מספר עשורים נותרה אבחנה זו בעיקר "על הנייר", בעוד שבעשורים האחרונים נודעות לה השלכות פרקטיות משמעותיות, המרעות את מצב זכויותיו של הזכאי מחמת הספק לעומת מצב זכויותיו של מי שזוכה זיכוי מלא.⁷ כך, למשל, בשנות התשעים החלה הפסיקה לפרש את סעיף 80 לחוק העונשין,⁸ הקובע את התנאים שבהם נאשם זכאי לפיצויים בגין מאסרו או מעצרו, כזוה שיש לשקול במסגרתו את סוג הזיכוי. הגם שאין מדובר בקריטריון בלעדי, הרי שמדובר בשיקול משמעותי,⁹ כך שזיכוי מלא יגדיל משמעותית את סיכויי הנאשם לזכות בפיצוי. קביעה מרחיקת לכת אף יותר נקבעה ביחס לסעיף 81 לחוק העונשין, הקובע את התנאים שבהם ניתן לחייב מתלונן בתשלום הוצאות הגנתו של נאשם שזוכה. לעניין סעיף זה קבע בית המשפט העליון שזיכוי של הנאשם זיכוי מלא, להבדיל מזיכוי מחמת הספק, הוא תנאי הכרחי לחיוב המתלונן.¹⁰ לכך מצטרפת מגמה נוספת - שגם היא החלה לתפוס תאוצה בשנות התשעים¹¹ - לאפשר לצד שלישי להסתמך על עובדת היותו של הזיכוי מחמת הספק, על מנת לקבל החלטה הפוגעת בזכויות הנאשם. כך, למשל, נקבע בפסיקה ששר הפנים רשאי להסתמך על זיכוי מחמת הספק כראיה מנהלית על מנת לבטל רישיון ישיבת קבע בישראל;¹² שסוג הזיכוי הוא שיקול בהחלטה אודות השתתפות בהוצאות המשפט של נבחר ציבור ברשות מקומית;¹³ ושזיכוי מחמת הספק עשוי להוות עילה לפיטורין.¹⁴

ההחלטה לזכות נאשם מחמת הספק עלולה, אם כן, לפגוע בזכויותיו ובשמו הטוב של אותו נאשם.¹⁵ ואולם, בעצם האבחנה בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק טמונים קשיים שאינם מתמצים בפגיעה בנאשמים ספציפיים. כפי שטוענים ואקי ורוזנשיין, אבחנה זו ייחודית לדין הישראלי וחותרת תחת דרך החשיבה המסורתית של המשפט הפלילי, כמיועד אך להכריע בשאלה אם הוכחה אשמתו של אדם במידה הדרושה.¹⁶ האבחנה מכרסמת ברעיון הבסיסי כי כל אדם נחשב לחף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר, שכן היא מאפשרת את יציאתו של נאשם מבית המשפט כשצל כבד של חשד תלוי מעליו, חרף העובדה שהאשמה לא הוכחה.¹⁷ זאת ועוד, מהפרשנות שניתנה

7 להשלכות האבחנה על מצב זכויותיו של המזוכה ראו דורון מנשה ואיל גרונו "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט - עיון מחודש" **מחקרי משפט** כז, 7, 13 - 15 (2011) (להלן: מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**); יניב ואקי ומאיה רוזנשיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" **ספר דיויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה** 489, 496-498 (דרור ארז-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: ואקי ורוזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**).
8 התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).
9 ראו, למשל, ע"פ 1767/94 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 505, 525 (1999); ע"פ 7826/96 **רייש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 481, 499 (1997).
10 רע"פ 1703/96 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(4) 708 (1997).
11 לחריג ראו בג"ץ 13/57 **צמוקין נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה**, פ"ד יא 856 (1957).
12 עת"מ (מנהליים י-ם) 966/02 **אלאדין נ' שר הפנים**, תק-מח 4(1) 9821 (2004).
13 בג"ץ 320/96 **גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, פ"ד נב(2) 222 (1998).
14 עב' (אזורי חיפה) 1759/02 **רבאח נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ**, תק-עב 2007(3) 3022 (2007).
15 ואקי ורוזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**; מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**, בעמ' 14.
16 ואקי ורוזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**, בעמ' 490-491, 493-494.
17 שם, בעמ' 498.
18 עניין **פודמסקי**, בעמ' 1196.
19 לחיזוק טענה זו ראו גם מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**, בעמ' 30-32.
20 לסקירה ראו ה"ש 33 אצל ואקי ורוזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**.
21 שם, בעמ' 495-498; מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**, בעמ' 19.
22 מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**, שם.
23 לעמדה נוגדת, שלפיה ראוי לבטל את קטגוריית הזיכוי מחמת הספק, ראו ואקי ורוזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**.
24 מנשה וגרונו **הקטגוריזציה**, בעמ' 35.
25 שם, בעמ' 77-78.

הצעתם של מנשה וגרונר עשויה, אמנם, למזער את החריגה מהדיכטומיה חפות/אשם, וזאת מאחר שהכרעת דינו של הנאשם לא תבחין עוד באופן קטגורי בין שני סוגים שונים של חפות. עם זאת, ברי שההצעה אינה פותרת את הבעיה מהשורש, שהרי בסופו של יום, יש בה משום קבלה של הנחת היסוד כי ניתן וראוי לקבוע "היררכיית חפות" שתשפיע על מצב זכויותיו של הנאשם. הנחה כזו יכולה להתקיים רק בתוך תרבות משפטית שאינה רואה בזיכוי משום סוף פסוק, ועל-כן מסרבת להשלים עם המחירים החברתיים הפוטנציאליים שאנו נדרשים לשלם מכוח העדיפות ששיטתנו המשפטית נותנת לזיכוי האשם על פני הרשעת החף. לפיכך, **בחלק ד'** אטען שההצעה זו אינה הולכת רחוק מספיק ומן הראוי לבטל לחלוטין את האבחנה הקטגורית בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק ולהסתפק בהנמקה כללית של הזיכוי.

(2) עליות לסגירת תיק

בניגוד לאבחנה בין שני סוגי הזיכוי, שהיא יציר הפסיקה, האבחנה בין עליות שונות לסגירת תיק נוצרה על ידי המחוקק. עם זאת, כפי שנראה, הקריטריונים לאבחנה לא נקבעו בחקיקה והרשות המבצעת (באמצעות התביעה הפלילית) היא שיוצקת תוכן להסדר שקבע המחוקק.

ההחלטה שלא להעמיד חשוד לדין מסורה לתביעה ומתקבלת בהתאם לסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי,²⁶ הקובע כי תובע יעמיד לדין חשוד שיש ראיות מספיקות לאישומו, זולת אם אין בכך עניין לציבור. הגם שסעיף זה אינו מבהיר באופן מפורש מהן העילות האפשריות לסגירת תיק פלילי, קובעות הנחיות פרקליט המדינה,²⁷ בהתבסס על סעיף זה, שניתן לנמק סגירת תיק באחת משלוש עליות: "חוסר בראיות מספיקות להעמדה לדין", "היעדר עניין לציבור" ו"היעדר אשמה". כפי שיובהר, העילה השלישית לא הייתה קיימת בעבר והיא נוצרה במקור על-ידי התביעה ולא על-ידי המחוקק.

בשנת 1983 תוקן חוק המרשם הפלילי ונקבע בו שמידע על תיקים סגורים (כמו גם מידע על החלטה שלא לפתוח בחקירה) יירשם במרשם המשטרה וניתן יהיה להעבירו לגופים מסוימים, המנויים בתוספת השלישית לחוק.²⁸ אין מדובר ברישום פלילי מלא, בדומה לזה הקיים במקרה של הרשעה, ועל-כן אין מדובר בהפללתו או תיוגו של החשוד במונח החזק. ואולם, אין להתעלם מכך שמדובר, בכל זאת, בהכנת שמו של החשוד, שעלולות להיות לה השלכות אופרטיביות (למשל, בכל הנוגע קבלה לעבודות ותפקידים מסוימים).²⁹ התוספת השלישית לחוק מאפשרת את מסירת המידע אודות תיק שנסגר או שלא נחקר לחספר רב של גורמים ובכך עלולה לפגוע קשות בפרנסתו ובשמו הטוב של החשוד.³⁰ זאת, על אף שהחשוד לא הורשע מעולם וכלל לא קיבל

הזדמנות להתגונן ולטהר את שמו בבית המשפט. במקרים שבהם הוחלט שלא לפתוח כלל בחקירה, הרי שהחשוד לא קיבל אפילו הזדמנות לטעון לחפותו בפני גורמי החקירה, ומכאן שהסמכות להכתיב את שמו - גם אם באופן מוגבל וחלקי - צורמת במיוחד. למעשה, חוק המרשם הפלילי גורם לכך שדווקא מי שלא הועמד לדין פלילי, מוצא עצמו חסר יכולת לטהר את שמו.³¹

בשנת 1992 פרסם פרקליט המדינה הנחיה פנימית המורה על עילה חדשה לסגירת תיק, שלא הייתה מנויה במקור בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי. עילה זו, של "העדר אשמה", נועדה "למנוע מראית עין, שלפיה יש ספק בחפותו של האדם שנחשד באותו עניין, דבר העשוי לגרום לו עוול מיותר". ההנחיה הורתה שתיק שנסגר בהעדר אשמה לא יירשם במרשם המשטרה ובכך תימנע הכנת שמו של החשוד.³² לאחרונה אימץ המחוקק קביעה זו והוסיף לסעיף 62 לחוק הוראה שתיק שנסגר בשל חוסר אשמה, ייחקר רישומו מרישומי המשטרה.³³

עם זאת, ההנחיה הגדירה "העדר אשמה" בצורה מצרה ביותר, כמקרה שבו "כלל לא בוצעה עבירה או שאין שמץ ראיות לביצועה על-ידי החשוד". בהמשך תוקנה הגדרה זו, אך נותרה מצומצמת: "על התובע לשאול עצמו: האם הראיות שבתיק מותירות ספק סביר לגבי חפותו של החשוד?... אם התשובה הנה שלילית, יש לסגור את התיק בעילה של 'היעדר אשמה'".³⁴

הגדרה מצומצמת זו זכתה לביקורת בספרות³⁵ ובפסיקה.³⁶ לאחרונה, הורחבה ההגדרה מעט, תוך שנקבע בהנחיית הפרקליט כי "על התובע לבחון את מידת הסבירות שהחשוד ביצע את העבירה המיוחסת לו. ככל שהסיכוי ... נמוך, הרי שעילת הסגירה הראויה הנה 'העדר אשמה'". כמבחן עזר להערכת הסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה, מצוין שבהנחה שעוצמת הראיות נעה בטווח שבין 0 (אין כל ראיה הקושרת את החשוד לעבירה) ל-10 (הראיות קושרות את החשוד לעבירה באופן ודאי), הרי שבתיק שבו עוצמת הראיות היא 2 ומטה, ייסגר התיק בעילת העדר אשמה. לעומת זאת, בתיק שבו עוצמת הראיות גבוהה מ-2, ייסגר התיק בעילת חוסר ראיות.³⁷ מכאן, שגם על פי ההנחיה החדשה, נדרש שהראיות נגד החשוד יהיו דלות ביותר בכדי שניתן יהיה לסגור את תיקו בהעדר אשמה.

קביעתן של עליות שונות לסגירת תיק, ובעיקר החלטת המחוקק לרשום תיקים סגורים במרשם המשטרה, יצרו דרגות נוספות במדרג חוסר האשמה. עילת העדר האשמה, המונעת כל פגיעה בשמו הטוב של החשוד, מצטרפת לזיכוי המלא בראש המדרג, בעוד שעילת חוסר הראיות ועילת העדר העניין לציבור תופסות מקום בתחתית המדרג ומובילות לרישום פלילי חלקי. בהקשר זה, יצירתה של עילת העדר

26 [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).
 27 "סגירת תיקים בעילת 'חוסר ראיות' ובעילת 'היעדר אשמה'" הנחיות פרקליט המדינה 1.3 (התשע"ט), בסעיף 1 (להלן: הנחיות פרקליט המדינה).
 28 סעיף 11א לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.
 29 יניב ואקי "עילה לביטול? עיון מחדש בעילות לסגירת תיק פלילי" ספר אדמונד לוי 457 (אוהד גורדון עורך, 2017) (להלן: ואקי עיון מחדש).
 30 בג"ץ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 1.12.2016), בפסקה 9 (להלן: עניין ארגמן).
 31 שם, בפסקה 16.
 32 שם, בפסקה 8.
 33 סעיף 62(ב)(4) לחוק סדר הדין הפלילי.
 34 עניין ארגמן.
 35 ואקי עיון מחדש.
 36 עניין ארגמן.
 37 הנחיות פרקליט המדינה, בסעיפים 13-14.

לאורך השנים הבהירה שהתערבות בהחלטות הנוגעות לסגירת תיק פלילי תיעשה רק במקרים חריגים שבהם לוקה ההחלטה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי אחר.⁴² ההגדרות הגמישות של עילות הסגירה השונות והעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות התביעה מגבירים את החשש שהנחיות פרקליטי המדינה ייושמו באופן בלתי שוויוני ותוך מידה של אקראיות.

אולם חשובה לא פחות היא העובדה, שהמצב המשפטי הקיים נוטל למעשה את סמכות ההפלה והתיוג (החלקיים) מידי הרשות השופטת ומעבירה לידי גוף השייך לרשות המבצעת. כפי שאטען **בחלק ג'**, הפקדת סמכות ההפלה בידי הרשות השופטת איננה מקרית, ומשקפת תפיסה שלפיה רשות זו מאופיינת בכלים ובכישורים שאינם מנת חלקם של מוסדות אחרים ושהם הכרחיים לשם קבלת החלטה צודקת בסוגיית ההפלה. מכאן, שגם בהנחה שהנחיות פרקליטי המדינה מיושמות תמיד בשוויוניות ובשקיפות, הרי שאין מדובר ברשות השלטונית המתאימה.

נוכח זאת, נראה שגם הצעתו של ואקי - שקבלתה תמזער ללא ספק את הפגיעה בזכויות חשודים ותהווה במובן זה שיפור ניכר ביחס למצב הקיים - לא תפתור מן השורש את הקשיים הגלומים בעילות הסגירה. ראשית, הצעה זו אינה נותנת מענה לקושי העקרוני הטמון ביצירת מדרג חוסר אשמה מנקודת מבטה של חזקת החפות, אלא רק תוביל לכך שחשודים רבים יותר יזכו להשתייך לדרגה הגבוהה ביותר במדרג. שנית, קבלת ההצעה תיטיב אמנם עם חשודים רבים, אך גם תחמיר, במובן מסוים, את תיוגם של מי שתיקם ייסגר בעילת חוסר ראיות, שכן סגירת התיק בעילה זו תצביע באופן מוצהר על "חשד ממשי לאשמה". יש לזכור בהקשר זה, שגם המונח "חשד ממשי" עשוי להיות נתון לפרשנויות שונות, ולא מהווה בהכרח קריטריון בהיר יותר לבחירה בין שתי העילות. שלישית, הצעתו של ואקי אף איננה פותרת את הקושי הגלום במתן סמכות התיוג בידי הרשות המבצעת ואת העדר הביקורת השיפוטית האפקטיבית על הפעלת הסמכות. לפיכך, אטען **בחלק ד'** שהגיעה העת לשקול את ביטול עילות הסגירה ואת הפסקת רישומם של תיקים סגורים (ומקל וחומר, תיקים שהוחלט בהם שלא לחקור) במרשם המשטרתית. זאת, בכפוף לחריג של סגירת תיק בהסדר.

(3) הסדר לסגירת תיק מותנית

בשנת 2012 תוקן חוק סדר הדין הפלילי ונקבע בו⁴³ שתובע, שראה כי קיימות ראיות מספיקות לאישום בעבירה, רשאי להציע לחשוד הסדר, שבמסגרתו יתחייב התובע להימנע מהגשת כתב אישום, ובתנאי שהחשוד יודה בעובדות המהוות את העבירה ויקיים את התנאים שיפורטו בהסדר. זאת, בעבירות מסוימות בלבד ובתנאי שראה התובע כי נסיבות העניין מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח עריכת ההסדר ומילוי תנאיו וכי לא היה מקום לדרוש בתיק עונש של מאסר בפועל או עבודות שירות. בהתאם לחוק, רשאי תובע להתנות את סגירת התיק במגוון של סנקציות שיוטלו על החשוד, לרבות תשלום קנס לאוצר

האשמה, שנועדה ללא ספק להיטיב עם חשודים, דווקא החמירה במובן מסוים את מדרג חוסר האשמה ואת הפגיעה בחזקת החפות הנלווית לו. ראשית, עצם האבחנה בין העדר אשמה להעדר ראיות מספיקות בשלב זה של ההליך הפלילי, שבו החשוד לא הורשע ואף לא הועמד לדין, חותר תחת חזקת החפות. חזקת החפות מורה לנו שהעדר אשמה והעדר ראיות המספיקות להרשעה בפלילים הם היינו-הך. לעומת זאת, הנחיות פרקליטי המדינה מורות לנו שחשוד שהוחלט לסגור את תיקו בעילת העדר אשמה יזכה להגנה מלאה על שמו הטוב, בעוד שחשוד שהוחלט לסגור את תיקו בעילת חוסר בראיות מספיקות יתוג זכויותיו ייפגעו. זאת, גם כאשר עוצמת הראיות נגדו גדולה אך במעט מזו של החשוד במקרה הראשון (למשל, כאשר התביעה מעריכה את עוצמת הראיות כ-3 מתוך 10). קשה להלום פער כזה עם העיקרון לפיו כל אדם זכאי עד אשר הוכחה אשמתו בבית המשפט.

שנית, הגם שיצירתה של עילת העדר האשמה מיטיבה ללא ספק עם חשודים מסוימים, הרי שקיומה של עילה זו מחמירה מבלי משים את הרבב שדבק במי שתיקו נסגר בעילה של חוסר בראיות מספיקות. שהרי, כל עוד לא הייתה עילת העדר האשמה קיימת, כל התיקים הסגורים היו מופיעים במרשם המשטרתית ולעובדה זו לא נודעה משמעות סימבולית יתרה. העילה של חוסר ראיות כללה ממילא גם את אותם מקרים שבהם אין כל ראיה נגד החשוד, וסגירת התיק בעילה זו, כאשר אין בנמצא דרגה "גבוהה" יותר של חפות, לא הצביעה בהכרח על אשם. לעומת זאת, במצב המשפטי הנוכחי, הופכת העובדה שהתביעה בחרה שלא לסגור את התיק בעילת העדר אשמה לבעלת משמעות סימבולית. לאור הפרשנות הצרה שניתנה לעילת העדר האשמה בהנחיות, אף סביר שרוב החשודים ימצאו עצמם בגדריה של עילת חוסר הראיות ויסבלו מההשלכות הסימבוליות הללו. עם מצב זה מציע ואקי להתמודד באמצעות הרחבת ההגדרה של עילת העדר האשמה ואימוץ מבחן הדורש רף ראייתי של "חשד ממשי לאשמה" לצורך סגירת תיק בעילת חוסר בראיות. עוד מציע ואקי להגביל בחוק המרשם הפלילי את מידת חשיפת ותפוצת המידע על עילות הסגירה.³⁸

הקושי הטמון בקיומן של עילות סגירה שונות אף מחריף לנוכח שיקול הדעת הרחב שסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי והנחיות פרקליטי המדינה נותנים בידי התביעה. סעיף 62 אינו כולל כל התייחסות לשאלה כיצד על רשויות התביעה לסווג את עילת הסגירה המתאימה בנסיבות המקרה הקונקרטי המובא בפניהן.³⁹ השופטת ברון עמדה על כך לאחרונה בפרשת **ארגמן** והציעה כי המחוקק ישקול להסדיר את הנושא,⁴⁰ אך נכון לכתבת שורות אלה, מצוי שיקול הדעת כולו אצל התובע הבוחן את התיק. אשר להנחיות, הרי שמבחני העזר שהן קובעות לסיווג העילות השונות גמישים למדי, וממילא מדובר אך בהנחיות מנהליות, שמעמדם הנורמטיבי נמוך ושהרשות רשאית, ולעיתים אף מצופה, לחרוג מהן.⁴¹ יתרה מכך, שיקול דעתן הרחב של רשויות התביעה זוכה לגיבוי עקבי מצד בית המשפט העליון, שפסיקתו

38 ואקי עיון מחדש.

39 עניין **ארגמן**, בפסקה 10.

40 שם, בפסקה 18.

41 ראו, למשל, יואב דותן **הנחיות מינהליות** 50 (1996).

42 ראו, למשל, בג"ץ 4539/92 **קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(3), 50, 54 (1996) (להלן: עניין **קבלרו**); בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3), 550, 639 (2008).

43 בסעיף 67א.

המדינה, התחייבות להימנע מעבירה ועמידה בתנאי תכנית טיפול, תיקון ושקום שיקבע קצין מבחן, העשויה לכלול ביצוע שירות לתועלת הציבור. במילים אחרות, הסדר לסגירת תיק עשוי לכלול ענישה פלילית ממשית (גם אם מקלה), שלרוב מותנית בהרשעה ורק בית המשפט מוסמך לגזור אותה. לכך נוסף רישום של התיק במרשם המשטרתי תחת עילה של "סגירה בהסדר".⁴⁴

ההסדר סגירת התיק המותנית יתרונות רבים, הן מנקודת מבטם של חשודים והן מנקודת מבטם של התביעה. ראשית, הסדרים כאלו עשויים להקטין את העומס שבו מצויות רשויות האכיפה ולמנוע התמשכות מיותרת של הליכים פליליים, אשר פוגעת בחשוד ואף מפחיתה את האפקטיביות של הענישה כשזו מוטלת בסופו של ההליך. שנית, ההסדר מאפשר תגובה עונשית מתונה לעבירות קלות, שאינה כרוכה בהרשעה ועשויה להיות מידתית יותר. שלישית, ההסדר מאפשר תגובה עונשית כלשהי במקרים שאחרת היו מסתיימים ללא ענישה כלל.⁴⁵ ואולם, לצד יתרונות אלו, נראה על פניו שהסדר לסגירת תיק מותנית מחמיר עוד יותר את הפגיעה בחזקת החפות שנגרמת כתוצאה ממדרג חוסר האשמה, כמו גם את הפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. ראשית, הסדר זה מאפשר לא רק לתייג, אלא אף להעניש, את מי שהוא בחזקת חף מפשע. שנית, ההסדר יוצר למעשה דרגה חדשה במדרג חוסר האשמה, בדמות עילת הסגירה המחמירה של "סגירה בהסדר". עילה זו מצויה בתחתית מדרג חוסר האשמה (קרי, היא מצביעה על "הכי הרבה אשמה" מבין כל הדרגות), שהרי, היא מעידה לא רק על קיומן של ראיות מספיקות להעמדה לדין⁴⁶ ועל עניין ציבורי גבולי בהעמדה לדין⁴⁷ (להבדיל מעילת חוסר עניין לציבור, שעשויה להצביע על העדר עניין ציבורי מובהק), אלא גם על הודאתו של החשוד עצמו בעובדות העבירה. שלישית, ההסדר נותן בידי התביעה לא רק את סמכות התייג, אלא אף את סמכות הענישה, המצויה באופן מסורתי בידי בתי המשפט. כאשר עסקינן ברישום משטרתי בלבד, ניתן לטעון שאין בכך כרוסום משמעותי בכוחה של הרשות השופטת, שהרי מדובר אך ברישום פלילי "חלקי", בעוד שרישום פלילי "מלא" נותר בסמכות בית המשפט; לעומת זאת, מתן סמכות הענישה הפלילית בידי הרשות המבצעת הוא בגדר חדירה ממשית לתחום סמכותה של הרשות השופטת.

למרות זאת, אבקש לטעון שלהסדר סגירת התיק המותנית יש כמה יתרונות ביחס לעילות הרגילות לסגירת תיק פלילי, וזאת הן מנקודת המבט של חזקת החפות והן מזו של עקרון הפרדת הרשויות. ראשית, בניגוד לעילות הסגירה האחרות, אשר לחשוד אין כל שליטה לגביהן ואשר עלולות להוביל לרישום במרשם המשטרתי גם כשהחשוד חף מפשע, סגירת תיק בהסדר נועדה במהותה למקרים שבהם החשוד אשם. אמנם, אין מדובר באשמה במובן המשפטי המלא של המילה, שהרי האשמה לא נקבעה בבית המשפט. נכון גם שבדומה להסדר

טיעון, סגירת תיק בהסדר מעוררת חשש להודאת שווא רצינאלית מצידם של חשודים,⁴⁸ שיבחרו להסכים להסדר חרף חפותם. ניתן אף לטעון שהפיתוי להודות שווא רצינאלית גדול יותר במקרה של סגירת תיק בהסדר, מאחר שהסדר כזה טומן בחובו השלכות חמורות פחות ביחס להשלכות של הסדר טיעון רגיל, שמוביל לרוב להרשעה.⁴⁹ עם זאת, הדרישה להסכמת החשוד, כמו גם הכלים שהחוק מעמיד לחשוד המבקש לבחון את הראיות נגדו בטרם יקבל את החלטתו,⁵⁰ מעידים על כוונת המחוקק כי רק מי שאכן ביצע את העבירה וקיבל החלטה מושכלת להודות בה יישא בעונש וברישום במרשם המשטרתי. במילים אחרות, בעוד שהעילות לסגירת תיק ורישומן במרשם המשטרתי נועדו, הלכה למעשה, לעקוף את חזקת החפות ולאפשר תיוג של מי שלא הורשע, נועד הסדר סגירת התיק המותנית למטרה ההפוכה - הימנעות מהרשעתו של מי שאינו חף מפשע, חרף אשמתו. בכך חורג אמנם ההסדר מהדיכטומיה בין חפות לאשם, אך עושה זאת בצורה מוצהרת, מתוך כוונה ליצור קטגוריית-ביניים רשמית בין שתי האפשרויות הקוטביות הללו.

שנית, זכות הבחירה שניתנת לחשוד לסרב להסדר משמעותה שהתביעה איננה יכולה לכפות עליו לוותר על זכויותיו הדיוניות או על זכותו כי דינו ייגדו על-ידי בית המשפט.⁵¹ עובדה זו ממזערת את הפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות, שהרי החשוד חופשי לדרוש כי ההכרעה בעניינו תועבר לרשות השופטת, ובמקרה כזה יהיה בית המשפט המוסמך הבלעדי להכריע בשאלת האשמה ובעונש. במובן זה, הסדר סגירת התיק המותנית אינו חותר תחת סמכות מערכת המשפט יותר מכל הסדר אחר המאפשר ענישה מנהלית, שברירת משפט בצידה. זאת, לעומת ההחלטה המנהלית הנוגעת לסגירת תיק שלא בהסדר, אשר חסינה כמעט מביקורת שיפוטית.

למעשה, ניתן לומר שיתרונו הגדול של ההסדר לסגירת תיק מותנית - היותו מבוסס על בחירה אוטונומית של החשוד - ממחיש ביתר שאת את הקושי הגלום בסמכותה של התביעה לסגור תיקים פליליים ללא הסדר. במקרה השני, אין לחשוד כל יכולת להשפיע על עילת הסגירה, פרט לאפשרות הנתונה לו לפנות בדיעבד לתובע שסגר את התיק בבקשה מנומקת לשנות את העילה.⁵² סגירת התיק בעילה שאיננה העדר אשמה, ואפילו ההחלטה שלא לחקור את התיק, יובילו לרישום במרשם המשטרתי ללא הסכמת החשוד, שאינו יכול לחייב את התביעה להעמידו לדין.⁵³ פער זה, בין קידוש האוטונומיה של החשוד במקרה של סגירת תיק בהסדר, לבין מתן משקל אפסי לערך האוטונומיה במקרה של סגירת התיק שלא בהסדר, קשה להצדקה. זאת, בעיקר לנוכח האפשרות שהפער בין חומרת ההשלכות של שני המקרים עבור החשוד יהיה מזערי. כך, למשל, הפגיעה בזכויותיו של חשוד שתיקו נסגר מחוסר עניין לציבור לא תהיה קטנה בהרבה מהפגיעה

44 סעיף 67(ו1)(א) לחוק סדר הדין הפלילי.
 45 אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה - הצעה להליך חדש" **עינוי משפט** 1(1) 125, 144 (2006) (להלן: גזל-אייל **הסדרי ענישה**).
 46 סעיף 67א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי.
 47 עמ' 210 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008.
 48 על הדימוין בין הסדר לסגירת תיק מותנה להסדר הטיעון ראו אורן גזל "סגירת תיק מותנית" **הסניגור** 63, 5-6 (2002).
 49 למעט במקרים שבהם מסכימים הצדדים, במסגרת הסדר הטיעון, להימנע מהרשעת הנאשם, חזאת בהתאם לסעיף 192 לחוק סדר הדין הפלילי.
 50 סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי קובע שבטרם ייחתם הסדר, רשאי החשוד לעיין בחומר החקירה ובטיוטת כתב האישום אם אינה זהה למתואר בהסדר.
 51 גזל-אייל **הסדרי ענישה**, בעמ' 156-157.
 52 סעיף 62(ב1)(4) לחוק סדר הדין הפלילי.
 53 עניין **קבלרו**.

רשויות האכיפה לחקור או להעמיד לדין.

מדרג חוסר האשמה מעביר מסר הפוך. רישום תיקים שנסגרו במרשם המשטרתי מלמד לכאורה על כך שפתיחת תיק פלילי מעידה, בפני עצמה, על אשמה מסוימת של החשוד או על סיכון שנשקף ממנו לחברה. שהרי, אחרת לא הייתה הצדקה לאפשר לגורמים שונים להסתמך על פתיחת התיק בהחלטותיהם. בדומה לכך, ההשלכות המשפטיות של זיכוי מחמת הספק מצביעות לכאורה על כך שהמזוכה איננו חף מפשע לכל דבר ועניין, ומאפשרות העלאת טענות שונות בנוגע לאשמתו גם לאחר הזיכוי. אם אפילו מערכת המשפט מסרבת לראות בזיכוי, או בהחלטה שלא להעמיד לדין, סוף פסוק לעניין חפותו של הנאשם, אל לנו להתפלא אם גם הציבור לא יסתפק בהחלטות אלה ויוסיף לפגוע בשמו הטוב של מי שלא הורשע.

לביקורת נורמטיבית זו, שנוגעת לעצם קיומו של מדרג חוסר האשמה, נוספת ביקורת הרלוונטית רק לאותן דרגות של חפות אשר שנקבעות על ידי הרשות המבצעת. כאמור, אני סבורה שההסדרים הללו - ובפרט, הסמכות לסגור תיקים שלא בהסדר תוך רישומם במרשם המשטרתי - מהווים פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות. כוונתי איננה רק לעיקרון הפרדת הרשויות במובן הפורמאלי, קרי, לרעיון כי יש לפצל את השלטון לרשויות נפרדות ועצמאיות,⁵⁵ אלא בעיקר לטעמים המהותיים שמכתיבים את תחומי אחריותה של כל רשות. ביקורת זו מושפעת מהגישה המוסדית, שביטוייה הבולט בשיח המשפטי הוא זרם ה-"Legal Process" של הרט (Hart) וסאקס (Sacks).⁵⁶ עיקרון מרכזי בגישת ה-Legal Process הוא עקרון הקומפוטנטיות המוסדית ("institutional competence"),⁵⁷ שלפיו לכל ספֵרה חברתית יש תחום מומחיות מובחן שבתוכו יש לה לגיטימציה לפעול. מתפיסה זו נגזר הרעיון שחובה על המדינה ליצור חלוקת עבודה בין מוסדותיה השונים, אשר תעניק לכל מוסד את תחומי האחריות העולים בקנה אחד עם הקומפוטנטיות שלו.⁵⁸ בכך הגישה המוסדית מציעה תפיסה רחבה ביחס לזכויות אדם ולהפרתן, שאינה נגזרת רק מהיחס המוענק לפרטים על-ידי המדינה ומתוצאותיו במקרים ספציפיים, אלא אף מיכולתה הבסיסית של המדינה לקיים את חירויות-היסוד באמצעות מוסדותיה.⁵⁹

באשר למערכת המשפט, הגישה המוסדית גורסת שכשירותם הייחודית של בתי-המשפט מתבטאת ביכולתם להכריע בתיקים באמצעות התדיינות מנומקת ומושכלת. מכאן שרק סוגיות שניתנות להכרעה באופן זה מתאימות מטבען לעבור לתחום אחריותה של הספֵרה המשפטית, בעוד שמוסדות אחרים, שאינם מאופיינים בקומפוטנטיות מסוג זה, צריכים לעסוק בסוגיות אחרות.⁶⁰

אין ספק, שרשויות התביעה מסוגלות וצריכות להכריע בסגירת תיקים, שהרי, אלה הן הרשויות האמונות על הגשת כתבי אישום, וההחלטה להימנע מכתב אישום היא צדו השני של אותו מטבע. ואולם, הכרעתה

בזכויותיו של חשוד שתיקו נסגר בהסדר והוטל עליו עונש מזערי (כגון התחייבות להימנע מעבירה, שדורשת הפקדת סכום כסף קטן בקופת בית המשפט). במקרה של הסדר הכולל עונש מזערי, ניתן לטעון שעיקר הפגיעה בחשוד נובעת מעצם רישום התיק במרשם המשטרתי, וזאת בדומה לחשוד שתיקו נסגר מחוסר עניין לציבור ואפילו מחוסר בראיות.

לאור כל זאת, נראה שחסרונו המשמעותי ביותר של הסדר לסגירת תיק מותנית טמון בעצם מיקומו בתוך היררכיה של חוסר אשמה, לציידים של הסדרים נוספים החורגים מהדיכוטומיה בין חפות לאשם. במצב המשפטי הנוכחי, נחזה ההסדר כ"עוד" דרגה במדרג חוסר האשמה והופך לחלק בלתי נפרד מתרבות משפטית המנוכרת לרעיון כי הרשעה בבית המשפט היא תנאי לתיוג וענישה. תורמת לכך העובדה שהקריטריונים לבחירה בסגירתו של התיק בהסדר ולא בעילה של חוסר עניין לציבור גמישים, ומעוררים חשש לאקראיות. בנוסף, ידיעתו של החשוד שסירובו להסדר יוביל, במקרה הטוב, לסגירת תיקו מחוסר עניין לציבור ולרישומו ממילא במרשם המשטרתי, מגדיל את התמריץ שלו להסכים להסדר במקום להמר על האפשרות שהתביעה תחליט, למרות סירובו, להימנע מהגשת כתב אישום. עובדה זו מגבירה את החשש שחשודים ייטו למסור הודאות שווא רציונאליות ופוגעת בלגיטימציה של הסדר סגירת התיק המותנית ככלי שנועד לתת מענה למקרים של אשם, ולא של חפות. לעומת זאת, לו היה ניצב כחריג בודד לדיכוטומיה בין חפות לאשם, היה אופיו המשפטי של ההסדר ברור יותר: לא אחד מיני כלים רבים החותרים תחת חזקת החפות באמצעות הטלת סנקציות על מי שאינו אשם, אלא הסדר הנובע מאשמת החשוד ומנכונותו להודות באחריותו לעבירה.

ג. ביקורת נורמטיבית

בחלק זה אבקש להצביע על הקשיים העקרוניים הגלומים במדרג חוסר אשמה, אשר חורגים מכל פגיעה קונקרטית בזכויותיו של חשוד/נאשם זה או אחר. דומה, שהקושי החמור ביותר הוא שחיקתה של חזקת החפות. מעבר לכרסום הברור בחזקת החפות במישור המשפטי, הנובע מעצם האפשרות לפגוע בזכויות של מי שזוכה או לא הועמד לדין, קיים חשש שחזקת החפות תיחלש גם כערך חברתי. הכלל המשפטי שלפיו כל אדם זכאי עד שהוכחה אשמתו מעבר לספק סביר מצוי, ממילא, במתח מתמיד עם הנטייה החברתית לתיוג שלילי של מי שנחקר כחשוד, נעצר או מועמד לדין.⁵⁴ הגם שתיוג חברתי שלילי מצוי, באופן רשמי, מחוץ לתחום אחריותם של בתי המשפט ורשויות האכיפה, הרי שלא ניתן להתעלם מהשפעתה הפוטנציאלית של התרבות המשפטית על הגישה החברתית הרווחת כלפי חשודים ונאשמים. סביר שכלל שמערכת המשפט תקפיד להדגיש את חשיבות חזקת החפות ולמנוע פגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים שלא הורשעו, כך תגדל גם הנטייה הציבורית להימנע מייחוס משמעות מפלילה לעצם החלטתן של

54 גול-אייל הסדרי ענישה, בעמ' 145-146.

55 ראו, למשל, חיים כהן המשפט 286-290 (1996).

56 HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (tent. ed. 1958).

57 Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1396 (1996).

58 William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *The Making of the Legal Process*, 107 HARV. L. REV. 2031, 2043 (1994).

59 גלעד ברנע ויעל ברדה "תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" מעשי משפט ג 145 (2010).

60 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 365-366 (1978).

של התביעה אינה מסתכמת בסגירת התיק, אלא כוללת, למעשה, גם את החלטה האם לתייג את החשוד באמצעות רישום תיקו במרשם המשטרה. לטעמי, החלטה בנוגע לתייג אינה בתחום הקומפוטנטיות המוסדית של התביעה, אלא בתחומה של הרשות השופטת. מדובר בהחלטה כבדת משקל, אשר צריכה לנבוע מהתדיינות מושכלת שתוביל למסקנה ברורה בדבר אשמו המוסרי של מי שסובל מהתייג. הכלים העומדים לרשות התביעה מוגבלים ביחס לאלו של בית המשפט, ואינם מאפשרים דיון מושכל זה. החלטה בנוגע לסגירת תיק (ומקל וחומר, החלטה שלא לחקור) אינה מתקבלת תמיד בעקבות חקירה מעמיקה וההליך אינו מתנהל בהתאם לכללי המשפט האדברסרי, ששיטת המשפט שלנו אימצה מתוך אמונה ביכולתם להביא לגילוי האמת ולתוצאות צודקות. למעשה, הפרוצדורה לקבלת החלטה אינה מעניקה לחשוד הזדמנות ממשית להתגונן: הוא יכול, אמנם, לטעון לחפותו בחקירתו במשטרה (ואפילו זכות זו נמנעת ממנו כשמתקבלת החלטה שלא לחקור), אך לרוב אינו זוכה לעיין בחומר החקירה⁶¹ או לטעון את טענותיו במסגרת שימוע. מנקודת מבטה של הגישה המוסדית, הכרעה בשאלת התייג בתנאים אלו, שאינם מבטאים את הקומפוטנטיות המוסדית הנדרשת, מהווה בפני עצמה פגיעה בזכויות אדם, זאת גם כאשר החלטה שמתקבלת לגופו של עניין אינה פוגעת באופן קונקרטי בחשוד.

ד. הצעה לפתרון: ביטול מדרג חוסר האשמה למעט ההסדר לסגירת תיק מותנית

הקשיים העקרוניים שמעורר מדרג חוסר האשמה מובילים, לעמדתי, למסקנה כי יש לבטלו. כפי שהראיתי, הצעות שונות למזעור נזקיו של מדרג זה עשויות, אמנם, לשפר את מצבם של נאשמים וחשודים ספציפיים, אך אינן פותרות את הבעיה מן השורש. אני סבורה, אם כן, שיש לבטל את העילות השונות לסגירת תיק, לפחות במובן זה שחוק המרשם הפלילי יתוקן כך שלא יאפשר עוד רישום תיקים סגורים במרשם המשטרה. כמו כן, אני מסכימה עם עמדתם של ואקי ורזנשיין כי אין מקום לאבחנה בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק, ומן הראוי לבטלה.⁶²

עם זאת, אני סבורה שנכון להותיר על כנו את הסדר סגירת התיק המותנית כחריג בודד להכרעה הדיכוטומית בין חפות לאשם. כאמור, להסדר זה יתרונות רבים הן עבור רשויות האכיפה והן עבור חשודים, ואילו חסרונותיו, הן מנקודת המבט של חזקת החפות והן מנקודת המבט של עיקרון הפרדת הרשויות, קטנים יחסית לאלו של יתר ההסדרים שיוצרים את מדרג חוסר האשמה. חסרונות אלו יקטנו אף יותר ברגע שיהפוך ההסדר המותנה לחריג יחיד לדיכטומיה חפות/אשם. בדרך זו, שטטוש הגבולות בין חפות לאשם יצטמצם למינימום, ומעמדו המשפטי

של ההסדר המותנה - כהסדר שנועד למנוע הרשעה במקרה של אשמה להבדיל מהסדר שנועד לאפשר תייג במקרה של חפות - יתחדד. הפגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות תצטמצם גם היא למינימום שכן ככלל, רק הרשות השופטת תהיה מוסמכת לתייג עבריינים, ואילו במקרה החריג של הסדר לסגירת תיק מותנית, העברת הסמכות לידי הרשות המבצעת תיעשה מרצונו של החשוד.

על הצעה זו ניתן למתוח מספר ביקורות, הן מנקודת המבט של האינטרס הציבורי והן מנקודת מבטם של חשודים ונאשמים. מנקודת המבט הראשונה, ניתן לטעון שמרשם משטרה, הכולל מידע על תיקים סגורים, נחוץ לרשויות האכיפה וכי יכולתם של גורמים שונים להסתמך עליו משרתת אינטרסים ציבוריים חשובים.⁶³ אשר לאבחנה בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק, ניתן לטעון שאבחנה זו מתבקשת מכוח החובה לנמק את פסק הדין והיא נחוצה לצורך הכרעה בזכויות נוספות של החשוד.⁶⁴

לכך יש להשיב, שביטול הרישום של תיקים סגורים אינו צריך למנוע מהמשטרה ומהתביעה לנהל מרשם פנימי, שעליו יוכלו להסתמך במסגרת החלטות עתידיות (למשל, החלטה להגיש הפעם כתב אישום נגד מי שבעבר הוחלט לוותר על העמדתו לדין חרף קיומן של ראיות מספיקות). ואולם, יש להבחין בין סמכותם של גורמי האכיפה לנהל מאגר תיקים פנימי לבין סמכותם לנהל מרשם שהמידע בו נמסר לגורמים חיצוניים. הבדל זה אינו סמנטי, וימנע פגיעה בשמו הטוב של החשוד בפני גופים רבים ומגוונים.⁶⁵ כאשר מדובר בגורמים חיצוניים, צריכה חזקת החפות העומדת לחשוד למנוע את העברת המידע, ואין להניח לרעתו שקיים אינטרס ציבורי להטיל עליו הגבלה כלשהי. יתכן, כמובן, שבמקרים מסוימים יש בפועל אינטרס כזה, אולם מדובר במחיר חברתי הכרחי, הנגזר מההעדפה לזיכוי האשם על פני הרשעת החף, אשר מגולמת בחזקת החפות.

בדומה לכך, ביטול האבחנה הפורמאלית בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק אין משמעותה שבית המשפט חייב להימנע מהסתייגויות או מביקורת על הנאשם במסגרת נימוקי הכרעת דינו. אף אין פירוש הדבר שלהנמקת בית המשפט לא תהיינה השלכות על מצב זכויותיו של מי שזוכה, על-אף שגם כאן יש לומר בפה מלא, שככלל אין הצדקה לכך שמי שזוכה יוסיף לסבול מפגיעה בזכויותיו ובשמו הטוב. כל שישתנה הוא שההשלכות של הנמקת בית המשפט לא תהיינה אוטומטיות וקטגוריות. כך, למשל, יתכנו מקרים שבהם הנמקת בית המשפט תצביע על כך שאין מקום לפסוק לנאשם פיצויים בעקבות זיכוי ויתכן עוד יותר שההנמקה תצביע על כך שאין זה ראוי לגבות פיצויים מהמתלונן. ואולם, מי שירצה לטעון כך יצטרך לבסס את טענתו מבלי להסתמך על צמד המילים "מחמת הספק", ועמדת הנחיתות של נאשם שנמתחה עליו ביקורת בפסק הדין תהיה פחות מובהקת. במילים אחרות, קבלת

61 למעט במקרה של הסדר סגירת תיק מותנה, או במקרה שבו הוחלט לערוך לחשוד שימוע, המוביל בסופו של יום לסגירת התיק.

62 ואקי ורזנשיין **בין זיכוי מחמת הספק**.

63 מנשה וגרונר **הקטגוריזציה**, בעמ' 39-41.

64 שם, בעמ' 35, 41-39.

65 לרבות שירות הביטחון הכללי, צה"ל, הממונה על הביטחון במערכת הביטחון, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, שירות בתי הסוהר ועוד. ראו חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים.

גם ביטול הרישום של תיקים סגורים במרשם המשטרה לא בהכרח יוביל ליותר כתבי אישום, זאת לאור משאביה המוגבלים של התביעה והעלויות הגבוהות הכרוכות בניהול המשפט.⁶⁶ יתכן בהחלט שהדבר יוביל ליותר הסדרים לסגירת תיק מותנית, אולם יש לזכור שלחשוד עומדת הזכות לסרב להסדר זה. התמריץ לסירוב אף עשוי לגדול, כאשר החשוד יודע שהחלטה של התביעה להימנע בכל זאת מהגשת כתב אישום תוביל לכך שרישומה המשטרה יישאר נקי, ואילו זיכוי מחמת הספק במשפט יטמון בחובו פחות השלכות שליליות מבעבר. לפיכך, הותרת ההסדר המותנה כחריג בודד לדיכטומיה חפות/אשם תקטין את הסיכון להודאות שווה רציונאליות. לבסוף, יש לומר שגם אם חשודים רבים יותר יאלצו להסכים לסגירת תיקם בהסדר, הרי שככל שאותם חשודים אכן ביצעו את העבירה, יתכן שמדובר בתוצאה ראויה. כפי שטוען גל-אייל, אחד מיתרונותיו של ההסדר המותנה הוא בהגברת האכיפה ובמניעת מצב אבסורדי, שבו אנשים נענשים בגין עבירות מנהליות קלות כגון עבירות חניה, דווקא בגין עבירות פליליות אינם נושאים בכל עונש.⁶⁹

לפיכך, אני סבורה שהביקורת האפשריות על ההצעה לבטל את מדרג חוסר האשמה, בכפוף לחריג של סגירת תיק מותנית, אינן מצליחות לגבור על היתרונות הפוטנציאליים של קבלת הצעה זו. הגיעה העת שהן המחוקק והן בית המשפט העליון יגלו מודעות למחירים הכבדים שאנו משלמים בשל יצירתה של היררכיית חפות ויקבעו כללים שיחזירו לחזקת החפות את כבודה הראוי.

הצעתי לא תבטל לחלוטין את ההשלכות הנלוות לזיכוי מן הספק, אך תגרום לכך שזיכוי מסוג זה יהפוך לקטגוריה של הנמקה בלבד, להבדיל מקטגוריה של הכרעה ראייתית.⁶⁶

מנקודת מבטם של חשודים ונאשמים, ניתן לטעון שקבלת הצעתי דווקא תפגע בקבוצה זו. כך, למשל, יתכן שביטול עילות הסגירה ורישומן יתמרץ את התביעה להגיש יותר כתבי אישום או להציע ליותר חשודים, שבנסיבות אחרות היה תיקם נסגר בעילת חוסר עניין לציבור, את ההסדר המחמיר יותר של סגירת תיק מותנית. בדומה לכך, ביטול האבחנה בין זיכוי מלא לזיכוי מחמת הספק עלול לפגוע באותם נאשמים שאחרת היו מזוכים זיכוי מלא ולהותיר ספק בחפותם של כלל הנאשמים.⁶⁷

יש לומר בכנות שמאמר זה נכתב בעיקר מתוך דאגה מההשלכות הרחוביות והעקרוניות שיש למדרג חוסר האשמה, ופחות מתוך דאגה לזכויותיהם הקונקרטיים של חשוד/נאשם זה או אחר. אני מוכנה להניח שלפחות בטווח הקצר, יהיו מי שייפגעו כתוצאה מהמצב המשפטי החדש (בטווח הארוך, לעומת זאת, אני סבורה שרוב החשודים והנאשמים ירוויחו מביצור מעמדה של חזקת החפות). ואולם, לגופו של עניין, כלל לא ברור שביטול מדרג חוסר האשמה אכן יפגע בחשודים ונאשמים. כך, ביטול האבחנה בין שני סוגי הזיכויים לא יפגע בהכרח במי שאחרת היה מזוכה זיכוי מלא, שהרי חזקה על בית המשפט שבמקרים שבהם חפותו של הנאשם הוכחה באופן פוזיטיבי, תימצא הדרך להבהיר זאת במסגרת ההנמקה. בנוסף, גם בהנחה שנאשמים כאלו אכן ייפגעו מעט, הרי שכל אותם נאשמים שאחרת היו מזוכים מחמת הספק יצאו מורווחים.

66 השוו למנשה וגרונר **הקטגוריזציה**; לעמדה דומה, ראו את פסק דינו של השופט הנדל בע"פ 7653/11 ידען נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 26.7.2012), בפסקה 3.
 67 מנשה וגרונר **הקטגוריזציה**, בעמ' 36.
 68 ראו, למשל, אורן גל-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים - מחקר אמפירי" **משפטים** מד 835 (2018).
 69 גל-אייל **הסדרי ענישה**, בעמ' 148.