

## בבית המשפט העליון

דנ"פ 1187/03

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא  
כבוד המישנה לנשיא מ' חשין  
כבוד השופט (בדימ') י' טירקל  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס

המערערת :

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. אופיר פרץ  
2. ארז בן ברוך  
3. יואב מזרחי

עתירה לדיון נוסף

בשם המערערת :

עו"ד אפרת ברזילי

בשם המשיבים 1-2 :

עו"ד משה גלעד

בשם המשיב 3 :

עו"ד זכריה שלונסקי ; עו"ד ד"ר דוד וינר ז"ל ;  
עו"ד עמי קובו ועו"ד תמי אלמוגי-שולמן (מטעם  
הסניגוריה הציבורית)

### פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

האם הסדר טיעון שעשתה התביעה בערכאה הדיונית מחייב את התביעה בערכאת הערעור גם כאשר בית המשפט בערכאה הדיונית דחה את ההסדר? האם רשאית התביעה בטיעוניה בשלב הערעור להמנע מלהגן על הסדר הטיעון שהיא עצמה ערכה בערכאה הדיונית? אם אכן רשאית התביעה שלא להגן על הסדר הטיעון – באילו נסיבות היא תעשה כן? אלה הן השאלות העקרוניות הנתונות להכרעתנו.

## רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים

1. העתירה לקיום הדיון הנוסף שבפנינו הוגשה בעקבות פסק דינו של בית משפט זה בשני ערעורים פליליים ששמיעתם אוחדה – ע"פ 7132/02 וע"פ 7418/02. נתאר להלן את העובדות שעמדו ברקע ערעורים פליליים אלו ואת פסק הדין שניתן בעניינם.

בערעור פלילי 7132/02 פרץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) הואשמו שניים, המשיבים 1 ו-2 שלפנינו, באינוס תוך ניצול מצב של חוסר הכרה ובנוכחות אחר. בכתב האישום שהוגש נגד המשיבים 1 ו-2 נטען כי הם ביצעו מעשים מיניים בנערה בת 16, שעה שהיתה שתויה, ואף צילמו את מעשיהם אלה. לאחר שהחל משפטם של המשיבים, אך בטרם נשמעה עדות המתלוננת, הגיעו התביעה והסניגוריה להסדר טיעון. במסגרת ההסדר תוקנו העובדות המפורטות בכתב האישום והעבירה בה הואשמו המשיבים שונתה מעבירת אינוס לעבירה של ביצוע מעשים מגונים. כמו כן הושגה הסכמה לענין העונש. ההסדר לענין העונש היה הסדר המאפשר לצדדים לטעון לטווח ענישה, ואשר לפיו התביעה טוענת לעונש מירבי כלשהו והסניגור, מצידו, טוען לעונש נמוך יותר, שהוא העונש המיזערי שהתביעה הסכימה שיבקש. לאחר שהוצג ההסדר בפני בית המשפט המחוזי הודו המשיבים בעבירות המיוחסות להם והורשעו על יסוד הודאתם. כפי שהוסכם בהסדר הטיעון, ביקשה התביעה מבית המשפט לגזור על כל אחד מהמשיבים עונש של 18 חודשי מאסר בפועל ואילו הסניגור ביקש להסתפק בעונש של 6 חודשי מאסר שיבוצעו על דרך של עבודות שירות. לתמיכה בהסדר המוצע הוצגו בפני בית המשפט המחוזי תסקירי שירות המבחן אשר היו – כהגדרת בית המשפט – חיוביים בעיקרם וכן הוצגה הודעת התביעה לפיה ההסדר מוצדק "בין השאר לנוכח עמדתה של המתלוננת אשר סלחה לנאשמים ואין בלבה עליהם ולא היתה מעוניינת בניהול המשפט" (עמוד 21 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי).

חרף עמדת הצדדים, דחה בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (סגן-הנשיא (כתוארו אז) י' פלפל והשופטים נ' הנדל ו-ר' יפה-כ"ץ) את הסדר הטיעון. בית המשפט המחוזי סבר שהעונש שהוצע על ידי התביעה היה עונש קל מדי בנסיבות הענין ויש מקום, לנוכח חומרת המקרה, לחרוג באופן משמעותי מהצעת התביעה. בית המשפט המחוזי הסתייג מהאופן בו הסתמכה התביעה על עמדת המתלוננת ולאחר שעמד על השיקולים השונים – חומרת המעשים והפגיעה באינטרס הציבורי מחד-גיסא ונסיבותיהם החיוביות של המשיבים, ההודאה שמסרו וההליכים שנחסכו בעטיה מאידך-גיסא – גזר על כל אחד מהמשיבים עונש של 5 שנות מאסר, מתוכן 3.5 שנים

לריצוי בפועל והיתרה על תנאי. כן חויב כל משיב לשלם למתלוננת פיצוי בסך של 10,000 ₪.

2. בערעור פלילי 7418/02 מזרחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) הואשם המשיב 3 בעתירה שבפנינו באינוס של נערה הסובלת מפגור קל וכן בכך שביצע בה מעשה סדום. על פי כתב האישום, בשלושה מועדים שונים בעל המשיב 3 את המתלוננת וביצע בה מעשה סדום באומרו לה שיתחתן עימה, כשהוא יודע שהיא לוקה בשכלה ותוך ניצול נסיבה זו להשגת הסכמתה למעשים. עם פתיחת המשפט הודיעו הצדדים לבית המשפט כי הגיעו להסדר טיעון לפיו המשיב יודה בעובדות כתב האישום (לאחר שיוכנס תיקון קל בתיאור המעשים המפורטים בו), יורשע, ויושת עליו עונש של 6 חודשי מאסר בעבודות שירות ועונש מאסר על תנאי. כן נקבע בהסדר הטיעון כי המשיב יחויב לפצות את המתלוננת בסכום של 5,000 ₪. לאחר שהוצג הסדר הטיעון בפני בית המשפט טענו באי-כוח שני הצדדים לאימוצו ובא-כוח התביעה הוסיף ועמד גם על לבטיה הרבים של התביעה בתיק זה לנוכח נסיבות ביצוע העבירה והקשיים הראייתיים שעמדו בפניה.

גם בפרשה זו, חרף עמדת הצדדים, נדחה הסדר הטיעון. יצוין כי בבית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים י' הכט, מ' רביד ו- י' צבן) נחלקו הדעות. השופט צבן סבר שיש לכבד את הסדר הטיעון ואילו השופטים הכט ורביד סברו כי העונש שהוצע במסגרת ההסדר אינו הולם את חומרת המעשים ועל כן גזרו על המשיב שנתיים מאסר, מתוכן שנה לריצוי בפועל והיתרה על תנאי. כן חויב המשיב בתשלום פיצוי למתלוננת בסך 5,000 ₪.

3. על שני פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בפרשות המתוארות לעיל הוגשו ערעורים מטעם המשיבים לבית משפט זה והדיון בערעורים אוחד ונשמע בפני השופט (כתוארו אז) א' מצא והשופטות ד' דורנר ו-א' פרוקצ'יה. שני הערעורים הופנו כנגד גזרי הדין והטענה העיקרית בהם היתה שבתי המשפט המחוזיים בבאר שבע ובירושלים שגו בכך שדחו את הסדרי הטיעון וגזרו עונשים חמורים יותר מהעונשים עליהם הוסכם בהסדרים שהושגו בכל אחד מהמקרים. באי-כוח המשיבים טענו כי על-פי אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה, בין השאר בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577 (להלן – פסק דין הסדרי הטיעון), מן הראוי היה לאמץ את ההסדרים ולגזור את העונש בהתאם למוסכם בהם.

בתשובתה לערעורים הגנה התביעה על גזרי הדין שניתנו בשתי הפרשות. התביעה הסבירה, כי לאחר עיון נוסף, הגיעה פרקליטות המדינה למסקנה שהעונשים שהוסכם עליהם במסגרת הסדרי הטיעון, ואשר אושרו על ידי פרקליטי המחוז, הינם בלתי הולמים באופן מובהק את חומרת מעשיהם של המשיבים בשתי הפרשות המתוארות לעיל. באשר לפרשה הראשונה הסבירה התביעה מה היו נימוקיה לעריכת הסדר הטיעון בבית המשפט המחוזי, אך טענה כי על אף קיומם של נימוקים התומכים בהסדר הטיעון הרי ששיקול הדעת שהנחה אותה בעריכת ההסדר היה מוטעה ובלתי מאוזן. התביעה טענה כי בעקבות פסק הדין בבית המשפט המחוזי נערכה בחינה מחודשת בפרקליטות המדינה אשר הביאה למסקנה כי לא היה מקום להגיע להסכמה האמורה ביחס לעונש. טיעון התביעה היה דומה גם ביחס לפרשה השניה. גם בפרשה השניה הציגה התביעה את הנימוקים שעמדו ביסוד הסכמתה להסדר בערכאה הראשונה אך הסבירה כי לאחר שנבדק חומר הראיות בשנית נמצא כי ההסכמה על העונש שהוצע במסגרת ההסדר לא היתה ראויה. הבחינה המחודשת של שתי הפרשות בפרקליטות המדינה הביאה, איפוא, לשינוי בעמדת המדינה: במקום להגן על הסדרי הטיעון אליהם הגיעה הפרקליטות בבתי המשפט המחוזיים בחרה התביעה להגן על גזרי הדין שניתנו. למותר לציין כי באי-כוח המשיבים יצאו כנגד שינוי עמדה זה ולטענתם, היה בשינוי עמדת התביעה כדי לפגוע באינטרס הציפיה וההסתמכות של המשיבים.

4. עמדתה החדשה של התביעה לא היתה מקובלת על שופטי בית משפט זה ובפסק הדין נשוא הדיון הנוסף התקבלו הערעורים שהוגשו בשתי הפרשות. בין שלושת שופטי המותב היתה הסכמה כי בנסיבות הענין לא היה מקום לסטות מהעונשים עליהם הוסכם במסגרת הסדרי הטיעון ומן הראוי היה כי בתי המשפט המחוזיים היו מאמצים אותם. לפיכך, עונשם של המשיבים 1 ו-2 הופחת והועמד על 18 חודשי מאסר ואילו עונשו של המשיב 3 הופחת והועמד על 6 חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות – הכל כפי שהוסכם בהסדר הטיעון.

ואולם, בשאלה סביבה סב דיון נוסף זה התגלעה מחלוקת בין שופטי המותב. השופט דורנר, שביטאה את דעת הרוב, סברה כי השינוי בעמדת התביעה ביחס להסדר הטיעון בערכאת הערעור מעורר קושי ואינו ראוי. כדבריה:

”עמדה זו של המדינה בפנינו, שעל-פני הדברים משקפת הבדלי גישות בין פרקליטי המחוז לפרקליטות המדינה, מעוררת קושי רב. שכן, נאשם המסכים להסדר-טיעון ואף משנה על-פיו את מצבו לרעה בכך שמודה הוא בעבירות המיוחסות לו, זכאי להניח כי המדינה – שהסכימה להסדר-הטיעון – תגן עליו בכל הערכאות.

על-כן, ראוי לה למדינה לקבוע כללים לאישור הסדרי-טיעון, שימנעו שינויים בעמדתה כאמור" (פיסקה 5 לפסק הדין).

לפיכך סברה השופטת דורנר, כי אין לייחס משקל לעמדת המדינה בערעור:

"לגוף העניין, נוכח העובדה כי המערערים הסכימו להסדרי-הטיעון מתוך הנחה כי המדינה תגן עליהם, אין בעמדת המדינה בפנינו כדי להשפיע על השאלה אם בנסיבות המקרים מוצדק היה, על-פי אמות-המידה הקבועות בפסיקה, לא לכבד את הסדרי-הטיעון." (פיסקה 6 לפסק הדין).

לפסק דינה של השופטת דורנר הסכים גם השופט (כתוארו אז) מצא אך, מנגד, השופטת פרוקצ'יה הסתייגה מהגישה האמורה:

"לדעתי השאלה מתי ובאלו נסיבות רשאית התביעה לחזור בה בערעור מהגנתה על הסדר טיעון שהיתה צד לו בערכאה הדיונית ראויה לדיון נפרד ולקביעת אמות מידה ראויות. הייתי נמנעת מקביעה נחרצת לפיה לעולם זכאי נאשם להניח כי המדינה שהסכימה להסדר טיעון תגן עליו בכל מצב בכל הערכאות, וכי אין בנמצא נסיבות בהן היא רשאית לשנות מעמדתה בשלב הערעור, ואפשר שאף חייבת לעשות כן".

הואיל וההכרעה בסוגיה זו לא נדרשה לצורך ההכרעה בערעורים, שכן לגופו של הערעור היתה הסכמה, ביקשה השופטת פרוקצ'יה להשאיר את הסוגיה בצריך עיון.

5. כאמור, על פסק דין זה הגישה המדינה, ביום 4.2.03, עתירה לקיום דיון נוסף על פי סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. בעתירתה פירטה המדינה את הדעות השונות שהובעו בפסק הדין וטענה כי יש לערוך דיון נוסף אשר יבהיר מהי מידת מחויבותה של המדינה בערכאת הערעור להסדר טיעון שנדחה בערכאה הראשונה.

עוד בטרם ניתנה ההחלטה בעתירה לקיום דיון נוסף ניתן, ביום 17.3.03, פסק דינו של בית משפט זה בע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577 (להלן: ענין פלוני). בפסק דין זה עלתה שוב השאלה העקרונית נשוא דיון נוסף זה והנשיא ברק, בהסכמת השופטים אנגלרד וטירקל, הציג בפסק דינו גישה שונה מהגישה שבאה לידי ביטוי בפסק דינה של השופטת דורנר בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף:

"לדעתי, בהסדר הטיעון מתחייבת התביעה להביא עמדתה המקלה בפני הערכאה הגוזרת את הדין. ככלל, ראוי שהתביעה תכבד הסדרי טיעון שערכה גם בערכאת הערעור, אולם כאשר הסדר הטיעון שהובא לעיונה של הערכאה הראשונה נבחן בידי בית-המשפט של הערעור, רשאית התביעה הכללית לבחון מחדש את עמדתה לגביו. בשלב זה עומד לנגד עיניה נתון נוסף והוא פסק-דינה של הערכאה הראשונה, שבחנה את הסדר הטיעון וגזרה את הדין. עליה לקחת בחשבון נתון נוסף זה במסגרת האיזון בין מכלול השיקולים שהיא עורכת ושעמדנו עליהם (ראו בפסקה 14 לפסק-דין זה). אם התביעה סבורה כי הסדר הטיעון היה ראוי, ובית-המשפט אישרו, הרי שתגן על פסק-דינו של בית-המשפט ועל הסדר הטיעון בערכאת הערעור. אם היא סבורה כי הסדר הטיעון היה ראוי אף שבית המשפט דחה אותו, הרי שתגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור ולא תגן על פסק-דינו של בית-המשפט. לעומת זאת אם לאחר עיון מחודש היא סבורה כי הסדר הטיעון אינו ראוי, ופסק דינו של בית-המשפט שדחה אותו הוא הראוי, הרי היא רשאית להגן על פסק-דינו של בית-המשפט ולא על הסדר הטיעון. על רקע הניתוח האמור הייתה המשיבה יכולה, במהלך הדיון לפנינו, לבחור להגן על פסק-דינו של בית-המשפט, אם הייתה סבורה כי הסדר הטיעון שגיבשה היה פגום במידה המצדיקה התנערות ממנו על אף הסתמכותם של הנאשמים עליו. וכך אכן עשתה הלכה למעשה" (עמוד 587 לפסק הדין).

נראה, איפוא, שביחס לאותה שאלה ניתנו בבית משפט זה שתי תשובות שונות. הצורך ליישב בין הגישה שבאה לידי ביטוי בפסק דינה של השופטת דורנר לבין גישת הנשיא ברק בענין פלוני הוא שעמד בבסיסה של החלטת השופט (כתוארו אז) חשין להורות ביום 8.5.03 על קיומו של דיון נוסף. ובלשונו של השופט חשין:

"קשה ליישב דברים שאמרה השופטת דורנר (בהסכמת השופט מצא ובהסתייגות השופטת פרוקצ'יה) בע"פ 7132/02, 7418 פרץ ובן-ברוך (בפיסקאות 5 ו-6 לחוות-דעתה מיום 20.1.03) עם הלכה שקבע בית-המשפט (מפי הנשיא ברק ובהסכמת השופטים טירקל ואנגלרד) בע"פ 8164/02, 8685, 8755, 8776 פלוני (בפסק-דין שמיום 17.3.03). אשר-על-כן אני מורה - כמבוקש - על קיומו של דיון נוסף בע"פ 7132/02, 7418 פרץ ובן ברוך במושב של תשעה שופטים. נושא הדיון הנוסף: הסדר-טיעון שעשתה המדינה בערכאת דיון, באיזו מידה קשורה היא בו בערכאת ערעור?"

הנה כי כן, בדיון נוסף זה נדרשים אנו להנחות את התביעה כיצד עליה לפעול בערכאת הערעור לאחר שהסדר-טיעון בו היתה המדינה צד, נדחה על-ידי הערכאה הדיונית. יוער כי ייחודה של הסוגיה עליה נסוב דיון נוסף זה הוא בכך שלא ההליך הפלילי שהתקיים בבית-המשפט עומד במרכז דיוננו, אלא שיקולי התביעה ודרך עבודתה במסגרת ההליך הפלילי. השתלשלות ההליכים כפי שתוארה לעיל, היא שהביאה את הסוגיה האמורה לפתחנו, ומשכך נדרשים אנו להכריע בשאלות שהיא מעוררת.

### טענות הצדדים וגדר המחלוקת

#### עמדת המדינה

6. המדינה מסכימה כי, ככלל, ראוי לתביעה שתגן על הסדרי טיעון שערכה בערכאה הדיונית גם בערכאת הערעור. המדינה אף מסכימה כי ראוי לתביעה להגן על הסדרי טיעון גם במקרים שבהם נפלה טעות שאינה כבדת משקל בהסדר. עם זאת, המדינה מבקשת לקבוע, כי לתביעה נתון שיקול דעת לבחון כל מקרה לגופו ובמקרים המתאימים נתונה לה האפשרות לבחור שלא להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור. בעיקרון מבקשת המדינה כי נאמץ את עמדת הנשיא ברק לפיה, גזר דין הסוטה מהסדר טיעון הינו נסיבה חדשה שהתביעה רשאית להביא בגדר שיקוליה בגיבוש עמדתה בערעור.

הגיונו של הכלל לפיו יש להגן על הסדרי טיעון טמון, לדעת המדינה, בחשיבותם ומעמדם של הסדרי הטיעון וכן באינטרס הציבורי בקיומם, כמו גם באינטרס הציפיה וההסתמכות שיש לנאשם בהסדר. ואולם, לטענת המדינה, לכלל האמור יש חריגים. המקרים החריגים הם המקרים בהם נמתחת ביקורת על הסדר הטיעון מצד בית המשפט וההסדר נפסל או, כאשר עולים שיקולים חדשים שלא נלקחו בחשבון בעת עריכת ההסדר. אם במקרים חריגים אלו תגיע המדינה למסקנה, בעקבות הביקורת של בית המשפט או בעקבות עיון מחודש בהסדר, כי נפלה טעות חמורה ומשמעותית בשיקוליה, וכי ההסדר חוטא לגישת האיזון שנקבעה בפסק דין הסדרי הטיעון, הרי שעליה להודות בכך בפני ערכאת הערעור ולהגן על גזר הדין שסטה מהסדר הטיעון.

7. הקושי הבולט ביותר שעמדת המדינה מעוררת הוא, כמובן, הפגיעה שתיגרם לנאשם עקב התנערותה של המדינה מהסדר הטיעון בערכאת הערעור. המדינה

בטיעוניה אינה מתעלמת מהיבט זה של עמדתה, וממחויבותה כלפי הנאשם, אך סבורה היא כי המשקל שניתן להיבט זה בגישתה של השופטת דורנר הינו רב מדי. לדעת המדינה, אינטרס ההסתמכות של הנאשם הוא שיקול חשוב אך אין הוא שיקול יחיד ויש לאזן מולו שיקולים חשובים אחרים. איזון זה יכול להוביל במקרים מסויימים למסקנה כי ראוי לתביעה שלא לתמוך בהסדר הטיעון בערכאת הערעור. תמיכה לעמדתה מוצאת המדינה בפסק הדין שניתן בבג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393 (להלן: פרשת ארביב). בפרשה זו נדונה סוגית השתחררותה של המדינה מהסדר טיעון בטרם יצא ההסדר אל הפועל, דהיינו, בטרם מסר הנאשם את הודיתו בבית המשפט. באותה פרשה עמד השופט (כתוארו אז) ברק על האופן שבו יש לאזן בין האינטרסים של הנאשם (אינטרס הציפיה ואינטרס ההסתמכות) לבין שיקולים אחרים הנובעים מהאינטרס הציבורי כגון אמינות השלטון והגשמת מטרות המשפט הפלילי. המדינה סבורה כי ההלכה שנפסקה בפרשת ארביב תומכת בעמדתה לפיה, במקרים בהם האינטרס הציבורי מחייב זאת, תהא התביעה רשאית לפעול תוך פגיעה באינטרס ההסתמכות של הנאשם.

המדינה טוענת עוד כי נהלי התביעה ידועים, הן ממנהגה הפומבי של התביעה בבתי המשפט והן מהנחיות פרקליטות המדינה המפורסמות ברבים. על כן, הגם שלדעת המדינה ניתן לפגוע באינטרס ההסתמכות של הנאשם כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת, הרי שהלכה למעשה, במקרה שבו התביעה חוזרת בה מהסדר הטיעון בערעור, אין נפגע אינטרס ההסתמכות של הנאשם שכן מלכתחילה יודע הנאשם שתמיכת התביעה בהסדר בשלב הערעור אינה מובטחת לו.

8. באשר לעניינם הקונקרטי של המשיבים טוענת המדינה כי החזרה מהסדרי הטיעון שהושגו עימם היתה מוצדקת וזאת בעקבות בחינה נוספת של חומר הראיות בכל אחד מהמקרים והערכה מחודשת של השיקולים הרלוונטים. המדינה מודה אמנם כי בהידברות שנערכה עם המשיבים ועם באי כוחם לא נדונה כלל השאלה מה תהא עמדת התביעה בערכאת הערעור אך, כאמור, לטענתה, נהלי התביעה בענין זה הינם ידועים ומפורסמים.

#### עמדת הסנגוריה הציבורית

9. הסנגוריה הציבורית מייצגת את המשיב 3 בהליך שלפנינו, והיא שהציגה עמדה עקרונית בסוגיה הנדונה – להבדיל מהעמדה הקונקרטית שהציג סניגורם של המשיבים 1 ו-2 ביחס לעונש שנגזר עליהם. מתגובתה המפורטת והמנומקת של הסנגוריה

הציבורית לטיעוני התביעה עולה, כי היא מסכימה עם הטענה שאין זה ראוי לקבוע כלל גורף המחייב את התביעה להגן בערכאת הערעור, בכל מצב, על הסדר הטיעון שערכה בערכאה הדיונית. מהתגובה עולה שהסניגוריה מכירה בשיקול הדעת הנתון לתביעה, ולשיטתה, אכן קיימים מקרים חריגים אשר בהם לא תהא התביעה מחוייבת להגן בערכאת הערעור על הסדר הטיעון שהוצג בערכאה הדיונית. השאלה בה התמקדה הסניגוריה בטיעוניה היא באילו מקרים ובאילו תנאים תוכל התביעה להתנער מהסדר טיעון שערכה ולהציג עמדה שונה בערכאת הערעור.

בענין זה מעלה הסניגוריה שני טיעונים עיקריים. ראשית, הסניגוריה סבורה כי מסירת הודעה לנאשם – בדבר העדר מחוייבות התביעה להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור – היא תנאי מקדמי ומחייב להשתחררות התביעה מההסדר. הסניגוריה טוענת כי ההודעה לנאשם מתחייבת הן מקיומה של חובת הגינות כללית כלפי הנאשם והן, באופן ספציפי, מהנחיות פרקליטות המדינה. לטענת הסניגוריה, בהעדר הודעה כזו רשאי הנאשם לצפות כי התביעה תגן על ההסדר גם בערכאת הערעור ואין לאכזב ציפיתו זו. הסניגוריה מתנגדת לטענת המדינה לפיה מנהגה של התביעה לבחון מחדש בערעור את עמדתה ביחס להסדרי טיעון הוא מנהג ידוע, וכן היא מתנגדת לטענה שדי בפרסום שניתן להנחיות הפרקליטות כדי ליידע נאשמים בנוגע לענין זה. לגישת הסניגוריה, כשם שמזהירים נאשם שבית המשפט אינו מחויב להסדר הטיעון, כך יש להזהיר אותו גם בנוגע ליכולת התביעה להשתחרר מההסדר בערעור.

10. טיעונה השני של הסניגוריה הציבורית מתמקד בדרך שבה היא מפרשת את ההלכה שנפסקה בפרשת ארביב. לשיטת הסניגוריה, הלכת ארביב מתייחסת לארבעה מצבים שונים הנגזרים מתוך קיומם או העדרם של שני נתונים עובדתיים שהם "שינוי המצב" ו"שינוי הנסיבות". לגישתה, במצב בו לא שינה הנאשם את מצבו לרעה אך התחולל שינוי בנסיבות - רשאית התביעה לחזור בה מההסדר. לעומת זאת, במצב בו שינה הנאשם את מצבו לרעה ולא התחולל שינוי בנסיבות אזי אין רשאית התביעה לחזור בה מההסדר. בשני מצבי הביניים האחרים (גם שינוי מצב לרעה וגם שינוי נסיבות או העדר שינוי מצב לרעה והעדר שינוי נסיבות) יש, לדעת הסניגוריה, לערוך איזון בין האינטרסים המנוגדים. לטענת הסניגוריה, נאשם שמוסר הודיה על יסוד הסדר טיעון משנה את מצבו לרעה באופן קיצוני ובדרך כלל, באופן בלתי הדיר. משכך, ציפיתו והסתמכותו של נאשם כזה על הסדר הטיעון הינן כבדות משקל. עם זאת, לגישת הסניגוריה, פסק דין של בית משפט הדוחה הסדר טיעון אינו מהווה, לכשעצמו, "שינוי נסיבות". הסניגוריה טוענת כי התביעה יכולה לבחון מחדש את עמדתה רק אם פסק הדין שדחה את ההסדר הצביע, למשל, על נסיבה שלא נשקלה כלל או על נסיבה

שנשקלה באופן בלתי סביר לחלוטין. אם, לעומת זאת, בית המשפט דחה את ההסדר מבלי להצביע על נסיבה חדשה אזי, כך הטענה, אין בכך משום "שינוי נסיבות" המצדיק בחינה מחודשת של ההסדר מצד התביעה. הסנגוריה תומכת דבריה באבחנה המצויה בפסק דין ארביב בין "שינוי נסיבות" לבין "מחשבה מחודשת". בעוד ש"מחשבה מחודשת" אינה מצדיקה, בדרך כלל, חזרה של התביעה מהסדר הטיעון, שינוי נסיבות יכול להצדיק חזרה מהסדר – כפי שאף היה בפרשת ארביב.

11. באשר לנסיבות הקונקרטיות שבפנינו טוענת הסנגוריה, כי לכל היותר במקרה דנן נערך איזון שגוי על ידי התביעה בערכאה הדיונית ובסופו של דבר, ההכרה באיזון שגוי זה הובילה את התביעה לשינוי עמדתה בערעור. לטענת הסנגוריה, הנימוקים שעליהם הצביעה המדינה להצדקת עמדתה החדשה עמדו לנגד עיניה של התביעה בערכאה הראשונה והתביעה לא הציגה כל הנמקה חדשה שתצדיק את השינוי בעמדתה. לפיכך, מכיוון שהמשיבים שינו את מצבם לרעה באופן קיצוני ואילו בנסיבות האחרות לא חל כל שינוי שהוא, מלבד חילופי התובעים, הרי שאין הצדקה, במקרה דנן, לשינוי בעמדת התביעה ביחס להסדר הטיעון.

12. ייאמר מיד כי פרשנותה של הסנגוריה לפסק דין ארביב היא מרחיקת לכת ומצמצמת את המשמעות של הדברים. קשה לראות את הליך גזירת הדין בעקבות הסדר טיעון כבנוי ממספר מצבים מוגדרים ומגודרים באופן סכמטי אשר כל מקרה מוצא את מקומו בתוך אחד מהם. יש לראות את ההליכים השונים, ואת ההתפתחויות הקשורות בהם, כרצף של אירועים אשר בכל נקודה ונקודה על פני אותו רצף יש מקום לבחון את האיזונים המתאימים לאותה נקודה. זו התפיסה שאף הוצגה בפרשת ארביב:

"...ניתן להצביע על קשת של אפשרויות, היוצרת מצבים שונים ומגוונים בעלי משקל סגולי שונה" (ע' 404 לפסק הדין).

ולמטה משם:

"אכן, בקצה אחד של הקשת מצויים המקרים בהם הנאשם מילא את מלוא חלקו בעסקת הטיעון ואילו מבחינת התובע לא חל כל שינוי בנסיבות...בקצה האחר של הקשת מצויים המקרים בהם הנאשם טרם מילא את חלקו בהסכם ואילו מבחינת התובע חלו שינויים מהותיים בנסיבות...בין שני קצוות אלה מצויים מצבים שונים ומגוונים, בהם האינטרסים השונים באים לידי התנגשות" (שם, שם).

אם כן, לא בסיטואציות מובחנות עסקינן אלא בספקטרום רחב של מקרים אשר דורש איוון ושקילה לכל אורכו ורוחבו.

## דיון

### מבוא

13. הבעיה העולה בדיון נוסף זה אינה חדשה, והיא מעסיקה את גורמי האכיפה ואף שבה ועולה בבתי המשפט מזה שנים. את ניצני הדיון בה ניתן למצוא בע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45 (להלן: פרשת מרקוביץ). בפרשה זו הגיעו שני נאשמים להסדר טיעון עם התביעה אשר במסגרתו הסכימה התביעה לבקש מבית המשפט, בעת הטיעונים לעונש, שהנאשמים לא ישאו במאסר מאחורי סורג ובריה אלא בעבודות שירות בלבד. בית המשפט המחוזי דחה באותה פרשה את הסדר הטיעון וגזר על הנאשמים עונשי מאסר לריצוי בפועל שלא בעבודות שירות. הנאשמים ערערו על גזר הדין לבית משפט זה ובפסק הדין אמרה השופטת נתניהו את הדברים הבאים:

"והנה עתה, כשסרב בית משפט קמא לאמץ את העסקה, ועל כך הערעורים שלפנינו, אין התביעה מתייצבת לצידם של המערערים כדי לתמוך בעסקה, כפי שניתן היה לצפות. היא מתייצבת נגדם ותומכת בפסק הדין. אך בו בזמן היא גם טוענת כי העסקה סבירה ועוד היא טוענת, לפנינו לראשונה, מה שלא נטען בפני בית המשפט המחוזי לא מפי התביעה ולא מפי הסניגורים, כי השיקול שמאחורי העסקה היה בכך שהמערערים היו בחוץ לארץ.

נבצר ממני מהבין את עמדתה של התביעה המדברת בשני קולות - דבר והיפוכו - מגנה על העסקא מחד, ועל פסק הדין, מאידך. העסקא סבירה, טענה התביעה, אך גם פסק הדין סביר שכן העבירות חמורות ביותר ואין זה הולם שהעונש בגיןן ירוצה בעבודות שירות, כמוצע בעסקת הטיעון, שכן ההרתעה שבו פחותה, ובסכומו של דבר - העונש קל ולכן מתייצבת התביעה להגן עליו" (ע' 53 לפסק הדין).

השופט (כתוארו אז) מצא, התייחס אף הוא לעמדתה של התביעה באותה פרשה:

"בשולי הדברים הללו, וכמתחייב מנסיבות ענייננו, אבקש להוסיף: משהתקשרה התביעה בעסקת טיעון, ונוכחה לאחר מעשה כי שגתה בעשותה כן (כגון, שנתגלו לה עובדות שלא היתה ערה לקיומן בעת

שהסכימה לעיסקה), בידה להודיע לנאשם ולסניגורו כי חוזרת היא בה מעיסקת הטיעון ולהעמיד במבחן את שיקוליה (השווה: בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393). אך משפעלה על-פי העיסקה, והנאשם מערער על גזר הדין בו פסק בית המשפט לדחות את העיסקה כבלתי ראויה, נדרשת התביעה לנקוט עמדה בפני ערכאת הערעור. כחברתי השופטת נתניהו הנני סבור, שבמקרה כגון זה אין התביעה יכולה להישמע בשני קולות - הגנה על גזר הדין והגנה על עיסקת הטיעון בנשימה אחת - ומוטל עליה לבור אחת משתי הדרכים הללו. הווי אומר: אם הנמקת בית המשפט שיכנעה אותה, כי הסכמתה לעיסקת הטיעון היתה מוטעית, תודה בפני ערכאת הערעור על טעותה ותגן על גזר הדין נשוא הערעור; אך אם עודנה סמוכה ובטוחה, שעיסקת הטיעון ראויה היתה להתאשר על-ידי בית המשפט כמות-שהיא, תתמוך בערעור הנאשם" (ע' 57 – 58 לפסק הדין).

ראו לענין זה גם את דבריו של השופט מצא בע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672, בע' 682 (להלן: פסק דין שילוח). הנה כי כן, השאלה בדבר האופן בו על התביעה לעצב את עמדתה בערעור עלתה כבר בעבר, ועמדת התביעה באותם הליכים זכתה לביקורתו של בית המשפט. השופט מצא שרטט בדבריו את שתי הדרכים הפתוחות בפני התביעה – הגנה על הסדר הטיעון או הגנה על גזר הדין שדחה אותו – וכעת הגיעה השעה לקבוע אימתי תלך התביעה בדרך אחת ואימתי בדרך האחרת.

#### תיאור הבעיה

14. את השתלשלות העניינים הטיפוסית העומדת ביסוד דיוננו ניתן לתאר באופן הסכמתי הבא: בשלב כלשהו, בדרך כלל לאחר פתיחת המשפט, מתחילה הידברות בין התביעה מצד אחד לבין הנאשם וסניגורו מהצד השני ומתגבש הסדר טיעון. במסגרת הסדר זה מסכימים הצדדים כי הנאשם יודה בפרטי האישומים שהתביעה מייחסת לו בכתב האישום המקורי או המתוקן וכי בית המשפט יתבקש להרשיע את הנאשם על יסוד הודאתו. כן מסכימים הצדדים להביא בפני בית המשפט המלצה לעונש שייגזר על הנאשם (ראו: פסק דין הסדרי הטיעון, בע' 611). ההמלצה לעונש משקללת בתוכה, בין השאר, הקלה מסוימת לנאשם אשר ניתנת לו בתמורה להודיתו (שם, בע' 589). כמו כן, ההמלצה יכולה להיות לעונש מסוים או לטווח עונשים מוסכם (שם, בע' 612). התחייבות התביעה במסגרת הסדר הטיעון היא להביא את ההמלצה לעונש בפני בית המשפט הגוזר את הדין ולטעון לטובת קבלת ההמלצה האמורה. עם זאת, חובה על

התביעה להבהיר לנאשם כי בית המשפט עצמו אינו קשור בהסדר והוא אינו חייב לקבל את המלצתה.

לאחר שהודיעו הצדדים לבית המשפט כי הושג הסדר, מוטלת חובה על בית המשפט לשוב ולהסביר לנאשם כי בית המשפט אינו קשור בהסדר וכי קיימת אפשרות שהוא יגזור עליו עונש שונה מזה שהוסכם עליו (שם, בע' 611). בסיום הליכים אלו מוסר הנאשם את הודיתו בבית המשפט ואם שוכנע בית המשפט שהנאשם הודה מרצונו, ללא סייג, ותוך הבנת משמעות הדברים, הוא מרשיעו. לאחר מכן מקיים בית המשפט את הליך הטיעון לעונש. במסגרת הליך זה מעלים הצדדים את נימוקיהם לאימוץ ההסדר, ובית המשפט בוחן את ההסדר על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה (שם, בע' 612). אם ההסדר המוצע מאזן כראוי בין האינטרס הציבורי הפרטני והאינטרס הציבורי הרחב בקיום הסדרי טיעון מצד אחד לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם מצד אחר, יאמץ בית המשפט את ההסדר ויגזור את העונש על פי המוצע בו. ואולם, אם סבור בית המשפט שמבחן האיזון אינו מתקיים, כי אז יסטה בית המשפט מההסדר המוצע ויגזור את הדין על פי שיקול דעתו, תוך שהוא מביא בחשבון כי הנאשם הודה במסגרת הסדר טיעון, על כל המשמעויות הנלוות לכך (ראו: שם, שם).

כפי שניתן לראות, בפסק הדין בענין הסדרי הטיעון נקבעה הדרך שבה על הצדדים ועל בית המשפט לפעול בסוגית הסדרי הטיעון. בפסק הדין הותוו אמות המידה שלפיהן על בתי המשפט להעריך הסדרי טיעון ובתוך כך עמדנו גם על האופן שבו על התביעה לנהוג בעת שהיא עורכת ומציגה הסדר טיעון. דיוננו כאן הינו דיון המשלים את פסק דין הסדרי הטיעון. דיוננו עוסק במקרה שבו דחה בית המשפט את הסדר הטיעון שהובא בפניו, וגזר על הנאשם עונש חמור מהעונש עליו הוסכם בהסדר. אם במקרה כזה יערער הנאשם על פסק הדין, תידרש התביעה לקבוע את עמדתה ביחס לערעור. על האופן בו תעצב התביעה את עמדתה בערעור ועל השיקולים שעליה לשקול בעשותה כן נסוב דיון נוסף זה. ודוק: נקודת הפתיחה לדיוננו היא ההנחה המוסכמת, כי אין ניתן לקבוע כלל גורף לפיו התביעה חייבת תמיד ובכל הנסיבות להגן בערכאת הערעור על הסדר הטיעון שערכה בערכאה הדיונית. מוסכם על הכל כי לתביעה נתון שיקול דעת במקרה של ערעור והמחלוקת בין הצדדים היא על דרך הפעלתו של שיקול דעת זה. במלים אחרות, השאלה היא באילו מקרים תגן התביעה על ההסדר; באילו מקרים היא תסתייג ממנו ותגן על גזר הדין הסוטה מן ההסדר; ומה יהיו השיקולים שינחו אותה בגיבוש עמדתה. ועוד הערת פתיחה בטרם נמשיך: דיוננו עוסק באופן בו תיקבע עמדת התביעה בערעור בנסיבות המתוארות לעיל. עלינו לזכור כי תהא אשר תהא עמדה זו, וככל שיינתן לה משקל נכבד, גזירת הדין היא בסופו של דבר מלאכתו

הבלעדית של בית המשפט והוא אינו רשאי להתפרק מתפקידו זה. בית המשפט רשאי להתחשב בעמדת התביעה, והוא יכבד את עמדתה, אך אין הוא חייב לקבלה (ראו: ע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקאות 14 – 15 לפסק הדין והאסמכתאות שם).

### חובת ההודעה לנאשם

15. בטרם נעמוד על השיקולים שינחו את התביעה בגיבוש עמדתה בערכאת הערעור, יש להפנות את תשומת הלב לשלב בו מתגבש הסדר הטיעון ולאופן בו התביעה צריכה לנהוג בשלב זה. שכן, הקושי המרכזי בענייננו הוא ציפיית הנאשם, כי התביעה תגן על הסדר הטיעון גם בערכאת הערעור – וציפיה זו נוצרת בשלב המקדמי שבו נערך הסדר הטיעון. לפיכך, פתרון חלקי לקושי האמור טמון בראש ובראשונה באופן שבו הוגדרה התחייבותה של התביעה בהסדר הטיעון ובאופן בו הובהרה התחייבות זו לנאשם ולבא-כוחו כבר בשלב שבו נערך ההסדר. יש לזכור, כי הסדר טיעון הוא התקשרות בין הנאשם לתביעה – התקשרות אשר יש בה היבטים חוזיים (השוו: פרשת ארביב, ע' 400 ואילך; פסק דין הסדרי הטיעון, ע' 615). כשם שבכל חוזה מגדירים הצדדים לחוזה את ההתחייבויות שהם מקבלים על עצמם במסגרת החוזה, כך ראוי כי גם הצדדים להסדר הטיעון יגדירו בהסדר מהן ההתחייבויות שהם מקבלים על עצמם במסגרתו. על הצדדים להסדר הטיעון לנסח את ההסדר באופן שיבהיר בצורה הטובה ביותר את ההבנות ביניהם, ובכלל זה את ההתחייבויות שכל צד מקבל על עצמו. שכן, על יסוד הבנות אלו, מגבשים הצדדים להסדר – ובמיוחד הנאשם – ציפיות כאלו ואחרות, כפי שכל צד לחוזה מגבש ציפיות על יסוד ההסכמות שגובשו בחוזה. מטעם זה, ככלל, על התביעה להבהיר לנאשם, כבר בעת עריכת ההסדר, את כל המגבלות והכללים החלים עליה ביחס למימוש ההסדר. בין היתר, על התביעה להסביר לנאשם, בין במישרין ובין באמצעות סנגורו, כי במקרה שיידחה הסדר הטיעון, ויוגש ערעור מטעמו, אין התביעה מתחייבת להגן על ההסדר בפני ערכאת הערעור ותהא זו זכותה, וכפי שיובהר בהמשך בנסיבות מסוימות אף חובתה, לבחון את עמדתה מחדש. על התביעה מוטלת החובה להבהיר מגבלה זאת מראש כדי שהנאשם יוכל להעריך נכונה את הסיכונים והסיכויים בהסדר הטיעון שהוא עורך עם התביעה. בכך שיובהר לנאשם מראש מהן התחייבויותיה של התביעה כלפיו במסגרת ההסדר – ותימנע היווצרותה של הסתמכות מוטעית – ייפתר אחד מהקשיים המרכזיים בענייננו שכן הנאשם ידע מראש מה הוא "מקבל" במסגרת ההסדר. יצוין, כי מתן אזהרה מראש לנאשם וחובת התביעה להבהיר היטב את מגבלותיה בהסדר נובעות גם מהחובה המוטלת על התביעה לפעול בהגינות מירבית ובתום לב במילוי תפקידיה. עוד יצוין, כי

עמדה זו, המחייבת אזהרה מראש, מעוגנת גם בהנחיות פרקליטות המדינה. הנחיות אלה מורות לתובע להבהיר לנאשם בעת עריכת ההסדר שהוא "איננו יכול להתחייב מראש לגבי השאלה מה תהיה עמדת התביעה בערעור, אם יחרוג בית המשפט לחומרה מהעונש עליו הוסכם בהסדר הטיעון ואם יוגש על כך ערעור מצד הנאשם". העמדה האמורה מקובלת גם על הסניגוריה כפתרון רצוי, וכך נאמר בטיעוניה:

"אם נאמר לנאשם על-ידי התובע בערכאה הדיונית שקיימת אפשרות שהתביעה לא תגן על ההסדר בערכאת הערעור, הנאשם יידע זאת, ישקול זאת בטרם יסכים להסדר, ויידע כי הוא נושא בסיכון" (פיסקה 16 לסיכומי הסניגוריה).

ניתן לראות, איפוא, שהכל מסכימים כי בדרך כלל על התביעה להעמיד את הנאשם מראש על כך שכל התחייבותה בהסדר הטיעון היא להמליץ על עונש מסוים בפני הערכאה הגוזרת את הדין. ודוק: המלצה זו לערכאה הדיונית היא לב-ליבה של התחייבות התביעה בהסדר הטיעון. מאמציה של התביעה לשכנע את הערכאה הדיונית לאמץ את הסדר הטיעון הם המימוש של ההתחייבות שנתנה התביעה בהסדר הטיעון ועל התביעה לבצע את התחייבותה זו בתום לב ובמסירות. יחד עם זאת, על התביעה להבהיר כי התחייבותה במסגרת ההסדר אינה כוללת גם הבטחה להגן על ההסדר בערכאת הערעור, אם יידחה על-ידי הערכאה הדיונית, ומהטעמים המפורטים לעיל, החובה המוטלת על התביעה – להזהיר מראש את הנאשם בדבר מגבלותיה – הינה בעלת חשיבות רבה. לשאלת ההשפעה של העדר מתן אזהרה כאמור על עניינו של הנאשם ועל עמדת התביעה בערעור נתייחס בהמשך אך קודם לכן נדון בסוגיה העומדת במרכזו של דיון נוסף זה – בדבר השיקולים שעל-פיהם תנחה עצמה התביעה בבואה לקבוע את עמדתה בשלב הערעור.

#### השיקולים הרלוונטים לקביעת עמדת התביעה בערעור ביחס להסדר טיעון שנדחה בערכאה הדיונית

16. העיקרון שצריך להנחות את התביעה בעת שהיא מגבשת את עמדתה בערכאת הערעור בסיטואציה האמורה הוא שככלל, מטעמים עליהם נעמוד להלן, עליה לכבד את הסדר הטיעון שערכה ולתמוך בעמדה שגיבשה בהליך הדיוני גם בערכאת הערעור. יחד עם זאת, כאמור, אין התביעה יכולה להתחייב מראש בעת עריכת הסדר הטיעון להגן בערכאת הערעור על הסדר שנדחה בערכאה הדיונית. נפנה, איפוא, לבחון את השיקולים שראוי כי יעמדו לנגד עיני התביעה בבואה לגבש את העמדה שתציג בפני ערכאת הערעור ואת הטעמים השונים לעמדות האפשריות. נבחן ראשית את הטעמים

שבעטים על התביעה להגן על הסדר הטיעון ולאחר מכן נבחן את הטעמים שבכוחם להצדיק את שינוי העמדה בערעור. יוער כבר עכשיו כי הטעמים שבכוחם להצדיק את שינוי העמדה בערעור הם גם הטעמים לכלל הקובע כי אל לה לתביעה להתחייב מראש לעמדתה בשלב הערעור.

#### הטעמים לתמיכה בהסדר הטיעון

17. כאמור, התביעה אינה רשאית ליתן התחייבות בלתי מסוייגת מראש, בשלב עריכת ההסדר, להגן בערכאת הערעור על הסדר טיעון שנדחה בערכאה הדיונית. פשיטא, אם כן, שבהעדר מתן התחייבות כאמור מצד התביעה, אין מוטלת על התביעה חובה משפטית – בהיבט החוזי – להגן על ההסדר. אף-על-פי-כן, אין חולק כי בדרך כלל ראוי לתביעה שתגן על הסדרי טיעון שערכה גם בערכאת הערעור. על אף שהתביעה אינה חייבת, במובנו ה"חוזי" המצומצם של החיוב – כאשר פעלה כראוי ובהתאם להנחיותיה – להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור, הרי שככלל, אין היא משתחררת ממחויבותה להסדר הטיעון וממחויבותה כלפי הנאשם. מחויבותה של התביעה אינה נשענת, איפוא, על הפן החוזי של הסדר הטיעון אלא על ההיבטים האחרים – הציבוריים – הקיימים בהסדר. על היבטים אלו, שהם היסודות עליהם נשענת מחויבות התביעה להסדר בעת הדיון בערכאת הערעור, נעמוד להלן.

18. היסוד הראשון עליו נשענת מחויבות התביעה להגן בערכאת הערעור על הסדר טיעון שנדחה בערכאה הדיונית, מקורו במערכת היחסים הנוצרת בין התביעה לנאשם. במערכת יחסים זו מקבלת על עצמה התביעה מספר חובות כלפי הנאשם. חובתה הקונקרטית של התביעה היא להשתדל ולשכנע את בית המשפט בערכאה הדיונית לאמץ את הסדר הטיעון. כן חלה על התביעה חובת הגינות כללית כלפי הנאשם ומחובה זו גם נגזרת חובת התביעה להתחשב באינטרס הציפיה של הנאשם. מנגד, הנאשם מוותר בהסדר הטיעון על זכותו לניהול ההליך הפלילי עד תומו, על כל המשמעויות הנלוות לכך. אין חולק, כי כאשר מתגבש הסדר טיעון יוצרת התביעה מצג כלפי הנאשם שההסדר מקובל עליה. ביסודו של מצג זה עומד טעם מהותי שכן משהסכימה התביעה להסדר טיעון חזקה עליה שהיא שקלה את ההסדר והיא מאמינה כי הוא מאוזן וראוי. התנהלות זו יוצרת ציפיה אצל הנאשם שהתביעה תעמוד מאחורי ההסדר שקיבלה על עצמה ותפעל כמיטב יכולתה, במסגרת המגבלות החלות עליה, להביא להגשמתו של ההסדר. יש לזכור כי התביעה הכללית היא מערכת אחת, בין אם היא מיוצגת בידי פרקליט מפרקליטות המחוז ובין אם ייצוגה הוא על ידי הלשכה הראשית של פרקליטות המדינה. לפיכך יש לצפות, כי קולה של התביעה יהיה בדרך כלל אחיד במתן ביטוי

למדיניותה העונשית. אשר על כן, משגובש הסדר טיעון, יש לראות כל פרקליט הטוען בבית המשפט כמי שדבר התביעה הכללית מדבר מגורנו. אמנם, בדרך העניינים הרגילה, התביעה אינה מתחייבת להגן על ההסדר בערכאת הערעור ולפיכך לא קם לנאשם אינטרס הסתמכות מוגן בדין. עם זאת, לנוכח המצג שהתביעה הציגה בפני הנאשם, ולנוכח הטעם המהותי העומד ביסודו, נדרשת התביעה לבחון בכובד ראש אם יש מקום לשינוי עמדתה בשלב הערעור. חובת ההגינות שחבה התביעה כלפי הנאשם מחייבת אותה לבחון את השיקולים השונים באופן מעמיק ביותר בטרם תשנה את עמדתה; בין שיקולים עליה ליתן משקל גם למצג שהציגה בפני הנאשם בדבר אמונתה בהסדר, לציפיה שהתעוררה אצלו עקב כך, ולמידת הוויתור שוויתר הנאשם בעריכת ההסדר. אכן, כפי שפורט לעיל, על התביעה להודיע לנאשם כי היא אינה מתחייבת לפעול לאימוצו של הסדר טיעון בערכאת הערעור אם זה ימצא בלתי ראוי על ידי בית המשפט הגוזר את הדין. למרות זאת, חרף האזהרה מראש, אין ניתן להתעלם מתקוותו וציפיתו של הנאשם, כי התביעה תמשיך לתמוך בהסדר שהושג עימו, גם אם ההסדר נדחה. יפים לענין זה דברים שאמר השופט חשין בענין האזהרה שניתנת לנאשם לפני מסירת ההודיה בבית המשפט:

”...בחותמו על עיסקת טיעון מטפח נאשם תקווה בליבו כי בית המשפט יענה לבקשת התביעה הכללית ויקל מעליו, ותקווה זו ראויה היא למישקל כלשהו משל עצמה. אכן, הנאשם מוזהר כמה וכמה פעמים כי אין בית המשפט קשור בעיסקת הטיעון: סניגורו מזהיר אותו; ידידיו מזהירים אותו; התביעה מזהירה אותו; בית המשפט מזהיר אותו. ואולם ככל שיוזהר שוב ושוב, וככל שיועמד על הסיכון שהוא נוטל על עצמו, לא יתייאש נאשם מן הרחמים, והציפיה והתקווה יחלחלו בו. אינטרס ההסתמכות קורים לדבר בלשוננו, לשון אנשי-המשפט, ונאשם יקווה ויצפה וייחל. לא נוכל להתעלם מגורם אנושי זה, ואכן לא נתעלם ממנו” (ע”פ 1289/93 לוי נ’ מדינת ישראל, פ”ד מח(5) 158, 174; להלן: פסק דין לוי).

הנה כי כן, כשם שהאזהרה בענין אי-מחויבות בית המשפט להסדר מפחיתה אך במעט את ציפיתו של הנאשם כי ההסדר יכובד, כך גם בענייננו – האזהרה של התביעה כי היא אינה מתחייבת להגן על ההסדר בערכאת הערעור אינה עוקרת מליבו של הנאשם את התקווה כי ההסדר יזכה לתמיכת התביעה בכל שלבי ההליך. גם במקרה בו נדחה ההסדר, והנאשם מגיש ערעור, סביר להניח שהוא יטפח ציפיה כי התביעה תגן על ההסדר עליו הוסכם. תקוותו וציפיתו של הנאשם במקרה כזה אינן משוללות יסוד ויש ליתן להן משקל, גם כאשר אין הן מבססות אינטרס הסתמכות מוגן בדין.

19. יסוד נוסף המבסס את מחויבות התביעה להגן בערכאת הערעור על הסדר טיעון שנדחה בערכאה הדיונית מקורו באינטרס הציבורי עליו אמונה התביעה. האינטרס הציבורי הרלוונטי לענייננו הוא הצורך לשמר את מוסד הסדרי הטיעון, לנוכח התועלת הציבורית הגלומה בו, והשאיפה למנוע פגיעה במוסד זה. על היתרונות הטמונים בשימוש בהסדרי טיעון לנאשם ולציבור עמד בית משפט זה עוד לפני שנים (ראו: ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 550; להלן: פרשת בחמוצקי). בפרשת הסדרי הטיעון חזרנו על הדברים הללו וצינו שם כי:

"קיום הסדרי טיעון מאפשר פרישה רחבה יותר של אכיפת החוק ובכך יש כוח מרתיע כשלעצמו, העשוי לאזן את אפקט ההקלה בעונש במקרה הקונקרטי. הסדר טיעון אשר נכרת בהתאם לכללים ועל-פי שיקולים ראויים, מקצר את עינוי הדין של הנאשם ושל נאשמים פוטנציאליים הממתינים לכתב-אישום נגדם. ההסדר מסייע לרשויות האכיפה בהעמדת עבריינים נוספים לדין, ומבטיח ענישה שאינה מרוחקת בזמן ממועד ביצוע העבירה. הוא חוסך את המשאבים הרבים המושקעים בניהול הליך פלילי, לעתים מורכב וממושך, המכביד הן על התביעה והן על הנאשם, ומפנה את בית-המשפט העמוס לעיפה, לעיסוק בתיקים אחרים. מבחינה ערכית, יש להסדר הטיעון ערך מוסף כאשר העבריין מקבל על עצמו אחריות למעשיו. בנוסף לכל אלה, הסדר טיעון מסייע לנפגע העבירה, בהביאו בחשבון את הצורך בשיקומו המהיר ובמניעת פגיעה נוספת בו עקב העדתו" (ע' 607 לפסק הדין).

אין ספק, כי עצם האיסור על התביעה להתחייב מראש להגן על ההסדר בערכאת הערעור מפחית לכאורה מ"ערכו" של הסדר הטיעון. המגבלה האמורה המוטלת על התביעה, והסיכוי כי התביעה תסיר את תמיכתה מההסדר, עלולים איפוא להוביל לתוצאה של צמצום מספר ההליכים המסתיימים בהסדר טיעון. משכך, ובשל מכלול היתרונות המתוארים לעיל – מהם נהנים כל הצדדים להליך והציבור כולו – נדרשת התביעה לנהוג משנה זהירות בעת שהיא פועלת באופן שעלול לפגוע ביעילותו של מוסד הסדרי הטיעון. על התביעה להביא, איפוא, בגדר שיקוליה, את חובתה לשמר את יעילותו של מוסד הסדרי הטיעון ולפעול מתוך תפיסה של מחויבות להסדר הטיעון כך שתגרום פגיעה קטנה ככל הניתן במוסד זה.

20. היסוד השלישי עליו מבוססת מחויבות התביעה להסדר, מקורו הוא פנים-תביעתי. התביעה הינה רשות מרשויות המדינה והיא נתונה לביקורתו של בית המשפט.

יחד עם זאת, מדובר בגוף מקצועי שבהפעלת סמכותו מסור לו שיקול דעת רחב ועצמאי. בתפקידה כממונה על ניהול התביעה בהליך קונקרטי רשאית הפרקליטות, בין היתר, לערער על פסק דין של בית המשפט, ובעשותה כן היא מבטאת את עצמאות שיקול דעתה ואת שאיפתה לשנות מקביעותיו של בית המשפט, כפי שהן באו לידי ביטוי בפסק הדין עליו היא מערערת. כך גם בהסדרי טיעון; כאשר פועלת התביעה, בתיאום עם הנאשם וסניגורו, על מנת לגבש הסדר טיעון, חזקה עליה שהיא עושה את מלאכתה בתום לב ומתוך שהיא מעמידה לנגד עיניה את השיקולים הרלוונטיים לענין. משגובש הסדר טיעון, חזקה על התביעה על זרועותיה השונות – בין בערכאה הדיונית ובין בערכאת הערעור – כי היא מאמינה שההסדר מקיים כראוי את מבחן האיזון שנקבע בפסיקתנו. אשר על כן, תמיכתה של התביעה בהסדר הטיעון היא ביטוי לביטחונה של התביעה בהכרעתה המקצועית ולאמונתה כי שיקול דעתה הינו מבוסס וראוי. ביטחון ואמון אלו אינם נעלמים כאשר דוחה בית המשפט את הסדר הטיעון ואין הכרח שהתביעה תשתכנע כי שגתה בגיבוש ההסדר עקב האמור בגזר הדין. בהחלט ייתכן שהתביעה תעמוד על עמדתה המקורית מתוך שהיא מאמינה כי ההסדר שהביאה בפני בית המשפט מקיים כראוי את מבחן האיזון. על כן, אם סבורה התביעה שההסדר שהציעה הינו ראוי ומשרת את אינטרס הציבור הרי שחובה עליה להציג עמדה זו גם בפני ערכאת הערעור ואך טבעי הוא שהתביעה תבקש להגן על שיקול דעתה המקורי.

בהקשר האמור יש להעיר, כי מטבע הדברים, במקרים רבים, בנסיבות של הסדר טיעון ובהעדר הליך של הבאת ראיות, תהיה לצדדים – לתביעה ולסניגוריה – היכרות טובה יותר עם פרטי התיק מאשר לבית המשפט. עמדנו על כך בפרשת הסדרי הטיעון:

”הליך הטיעונים לעונש לאחר הרשעה במסגרת הסדר טיעון, הוא מעצם טבעו הליך קצר. על דרך הכלל, בית- המשפט אינו מכיר את הראיות ואף אינו בוחן אותן, ומטבע הדברים הוא אינו יכול לבחון את הנתונים שנמסרו לו על-ידי הצדדים, גם אם אלה פרשו בפניו את שיקוליהם וגם אם יש לו אמון מלא בתביעה ובתקינות פעילותה” (ע’ 606 לפסק הדין).

(ראו לענין זה גם: 22 (1998) 5 (2d) 41 W.C.B. (R. v. Paquette)). בשל האמור לעיל, בין הסיבות השונות לדחיית הסדר הטיעון על ידי בית המשפט, יכולה החלטתו של בית המשפט להיות תוצאה של הצגה חסרה של שלל הנימוקים הקיימים התומכים באימוץ ההסדר. כאמור, נימוקים אלו נמצאים בידיעת הצדדים ועליהם מוטלת החובה להציג תמונה מלאה ככל האפשר כדי לשכנע את בית המשפט לאמץ את ההסדר. לפיכך, כאשר

נמצאה לדעת התביעה הצגת הדברים חסרה, יהיה עליה להשלים את החסר בהצגת ההסדר בצורה טובה יותר בערכאת הערעור. בענין זה יצוין, כי עקב הנסיבות המתוארות לעיל, עלול להיווצר לעתים מצב פרדוקסלי במקרים של נאשמים שקיים קושי ראייתי או קושי אחר בעניינם, שבעטיו סיכויי הרשעתם ללא הסדר טיעון נמוכים יחסית. לכאורה, נאשמים אלו הם בעלי הסיכוי להשיג הסדרי טיעון שנראים מקלים יתר על המידה, גם בעבירות חמורות, אך הם גם אלה שויתרו בהסדר על סיכוי של ממש לזיכוי. הסדרים מקלים לכאורה כאלה עלולים להראות לבית המשפט כבלתי מאוזנים והתוצאה עלולה להיות דחית ההסדר דווקא במקרים שבהם ההסדר הוא ראוי ביותר (ראו: R. E. Scott & W. J. Stuntz "Plea Bargaining as Contract" 101 *Yale L. J.* (1992); 1909, 1954; כן ראו הדיון המקיף בענין זה בחיבורו של א' הרנון "עסקות-טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כז(3) (תשנ"ז) 543, 576 – 579). השאיפה להימנע מהתרחשות תוצאה בלתי רצויה זו מעניקה משנה תוקף לאמור לעיל בדבר חובתה של התביעה להציג היטב את נימוקיה להסדר על מנת שבית המשפט יוכל להבין את מלוא השיקולים שעמדו ביסוד ההסכמה להסדר, שנראה לכאורה בלתי מאוזן (עם זאת, השוו לענין זה את דברי השופט גולדברג בפסק דין שילוח, בע' 678 – 679, הסבור כי אין מקום שבית המשפט הבוחן הסדר טיעון שהוצג בפניו יתחשב בסיכויי ההרשעה של הנאשם).

על הטעמים אותם מנינו לעיל מושתתת, איפוא, מחויבות התביעה להסדר. אלו הם גם השיקולים שבגינם ראוי לה לתביעה להגן על הסדר טיעון שערכה גם בערכאת הערעור, אף אם הסדר זה נדחה בערכאה הדיונית. עתה נפנה לבחון את הטעמים שבכוחם להצדיק את שינוי עמדת התביעה בערעור.

#### הטעמים המצדיקים שינוי עמדה בערעור

21. אל מול הטעמים המבססים את מחויבות התביעה להסדר בערכאת הערעור ניצבים טעמים אחרים, הנובעים ממחויבותיה האחרות של התביעה. טעמים אלו, שיפורטו להלן, הם הבסיס לכלל לפיו התביעה אינה רשאית להתחייב מראש להגן בערכאת הערעור על הסדר טיעון שנדחה. טעמים אלו הם, כאמור, גם הפן האחר של השיקולים שעל התביעה לשקול בעת שהיא מגבשת את עמדתה לקראת הדיון בערכאת הערעור. ככלל, הטעמים שבכוחם להצדיק את החלטת התביעה שלא לתמוך בהסדר הטיעון בשלב הערעור נגזרים מחובותיה של התביעה כלפי הציבור, ממערכת היחסים

שבין התביעה לבין בית המשפט ומתפקידה של התביעה כמייצגת אינטרס הציבור. נפנה, איפוא, לבחינת הטעמים העקרוניים האמורים.

22. כמי שמופקדת על ייצוג האינטרס הציבורי, וכחלק מחובת האמון כלפי הציבור, חייבת התביעה בעריכת ביקורת פנימית שוטפת על החלטותיה. במיוחד חייבת התביעה בעריכת בקרה עצמית כאשר הסדר טיעון שערכה נדחה על ידי הערכאה הדיונית. הטעם הראשון שבגינו חייבת התביעה לבחון מחדש את עמדתה מצוי, איפוא, במעגל הפנימי של מערכת התביעה.

משניתן גזר דין הדוחה הסדר טיעון, משתמעת ממנו, במפורש או מכללא, ביקורת על ההסדר שנערך ועל שיקול דעתה של התביעה. ביקורת זו מחייבת שקילה ובחינה מחודשת של ההסדר במעגלים הפנימיים של התביעה, במסגרת המערכת ההיררכית (השוו: בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219). ודוק: כבר אמרנו שביקורתו של בית המשפט שגזר את הדין אינה מחייבת בהכרח שינוי בעמדת התביעה. כאשר התביעה פועלת בעריכת ההסדר בתום לב, ומשיקולים ענייניים ומקצועיים, עליה לתת להסדר משקל רב. עם זאת, נוכח ביקורתו של בית המשפט חייבת התביעה לבחון מחדש אם אמנם נפל פגם מהותי בשיקול דעתה בעת עריכת הסדר הטיעון. בבחינה כזו עלולה התביעה לגלות כי אכן, אף ששיקוליה היו בתום לב וטעמיה היו ענייניים, היא טעתה טעות משמעותית בכך שנתנה משקל יתר לשיקול מסוים, העדיפה באופן מוטעה שיקול אחד על פני שיקול אחר, או לא נתנה ביטוי לשיקול רלוונטי לעונש – ובכך לא קיימה בעמדתה את נוסחת האיזון.

כאשר על פי השקפתה של התביעה יש ממש בביקורתו של בית המשפט שגזר את הדין; כאשר שוכנע הדרג המוסמך בפרקליטות בכך שטעתה התביעה בשיקוליה בעת עריכת הסדר טיעון והכרעת בית המשפט היא שמשקפת כראוי את האיזון הנכון; הרי שמשיקולים המעוגנים בחובתה של התביעה כלפי הציבור, ובחובתה של התביעה לבקר את עצמה, רשאית התביעה להודיע לבית המשפט של הערעור כי טעתה בהסדר הטיעון שערכה, וכי היא מסירה את תמיכתה ממנו. בדרך כלל, ראוי כי החלטה שלא להגן בערעור על הסדר הטיעון שנערך בערכאה הדיונית תתקבל בדרג בכיר בהיררכיה של התביעה הכללית, וזאת בשל האחריות המתחייבת הן כלפי הנאשם, הן כלפי הציבור והן כלפי בית המשפט.

לסיכום, מכוח היותה רשות מינהלית, חייבת התביעה הכללית לבצע ביקורת עצמית וחייבת לשוב ולבחון את עצמה עם השתנות הנסיבות. מטעם זה, בין השאר, אין

התביעה יכולה להתחייב מראש לעמדתה בערכאת הערעור ועליה לשוב ולבחון את ההסדר שנדחה.

23. הטעם השני שביסוד הכלל האוסר על התביעה להתחייב מראש לעמדתה בערעור מצוי במעגל החיצוני שבמערכת היחסים בין התביעה לבית המשפט. כפי שצינו לעיל, התביעה הינה רשות ציבורית, מקצועית, הפועלת באופן עצמאי. ואולם, משניתן גזר דינו של בית המשפט שוב אין התביעה יכולה להמשיך לנהוג כאילו לא אירע דבר. בית המשפט "חייב בכבודה" של התביעה (כמאמרו של השופט חשין בפסק דין לוי הנ"ל, בע' 174) ועל התביעה לנהוג בכבוד כלפי פסיקתו של בית המשפט ולהתחשב באמור בה. ואולם, אין מדובר בכבוד גרידא. בדחותו הסדר טיעון הביע בית המשפט את דעתו כי שיקול דעתה של התביעה היה מוטעה. ייתכן ששיקול רלוונטי נעלם מעיני התביעה וייתכן כי התביעה שגתה באיזון בין השיקולים השונים. בין כך ובין אחרת, אם בית המשפט דוחה בגזר דינו את הצעת התביעה, משמעות קביעתו היא שלדעתו, אימוץ הסדר הטיעון יגרום יותר נזק מתועלת לאינטרס הציבורי, והתביעה אינה רשאית להתעלם מקביעה כזו של בית משפט. גזר דינו של בית המשפט, שדחה את הסדר הטיעון, הוא בגדר נסיבה חדשה שחובה על התביעה להתחשב בה (ראו: פסק דינו של הנשיא ברק בענין פלוני, בע' 587). גזר דין כזה יכול בתוכו את הנימוקים לדחיית ההסדר והתביעה אינה יכולה לגבש את עמדתה בשלב הערעור מבלי להתייחס לנימוקים אלו. הצורך להתייחס לנימוקיו של בית המשפט אינו נובע מ"מחשבה מחודשת" גרידא מצד התביעה אלא מכך שבית המשפט אמר את דברו ביחס להסדר ואין ניתן להתעלם מכך. גם מטעם זה, אין התביעה רשאית להתחייב מראש לעמדתה בשלב הערעור וחייבת היא להתייחס לגזר הדין בעת שהיא מציגה את עמדתה בערעור. דחייתו של ההסדר ונימוקי בית המשפט הם, איפוא, נסיבות חדשות שעל התביעה להביא בגדר שיקוליה בבואה לגבש את עמדתה בשלב הערעור, כשם שהיא רשאית לעשות גם בהתקיים נסיבות רלוונטיות אחרות שלא היו בפניה בעת גיבוש עמדתה המקורית, ועל כך נעמוד עוד בהמשך הדברים.

כיצד תתייחס התביעה לגזר דין הדוחה הסדר טיעון? התשובה לשאלה זו תשתנה, כאמור, ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות הקונקרטיות. הבחינה מחדש בעקבות גזר הדין תושפע, ללא ספק, מנימוקי גזר הדין, מעוצמת ביקורתו של בית המשפט ומהשאלה אם אכן היו בפני בית המשפט שגזר את הדין כל הנתונים שלדעת התביעה היו רלוונטיים לצורך הקביעה כי ההסדר משקף את האיזון הראוי בין השיקולים הרלוונטיים לענין. לנוכח גזר הדין שסטה מן ההסדר יש לבחון מה היה הפגם בשיקול דעת התביעה עליו עמד בית המשפט; האם סבר בית המשפט כי התביעה התעלמה

מנתונים רלוונטיים בהגיעה להסדר הטיעון או שמא מצא בית המשפט כי התביעה התייחסה אמנם לשיקולים הרלוונטיים אך איזנה ביניהם באופן לקוי; מה היה עניינה והיקפה של הביקורת אותה מתח בית המשפט על שיקול דעת התביעה; ובאיזו מידה חרג בית המשפט מהעונש שהוצע במסגרת ההסדר. התשובות לשאלות אלו ואחרות יכתיבו את האופן בו צריכה התביעה להתמודד עם גזר הדין שדחה את הסדר הטיעון ואת האופן שבו עליה לעצב את עמדתה בערעור.

24. הטעם השלישי לכלל האמור מקורו במעגל הרחב של תפקיד התביעה במערכת הציבורית. תפקידה של התביעה הוא לייצג בהליך הפלילי את האינטרס הציבורי (ראו: פרשת ארביב, בע' 403; פסק דין הסדרי הטיעון, בע' 606; ע"פ 534/04 פלוני הנ"ל, פסקה 14). כאמור, אם מצא בית המשפט כי יש לדחות הסדר טיעון שערכה התביעה כי אז משמעות הדבר היא שלדעתו, הסדר זה אינו עומד במבחן האיזון וכי הנזק שייגרם באימוצו לאינטרס הציבורי רב מן התועלת העולה ממנו. במצב דברים זה אין התביעה יכולה לטעון לאימוץ ההסדר – אם אכן יש בו כדי לפגוע באינטרס הציבורי – שכן אז נמצא שהתביעה אינה מייצגת כראוי את האינטרס הציבורי ואינה מקיימת כראוי את חובותיה השלטוניות. ויובהר: מטרתה של התביעה אינה להביא להטלת העונש החמור ביותר האפשרי על נאשמים אלא לשרת את האינטרס הציבורי באופן הטוב ביותר. לכן, אם סבורה התביעה כי הגנה על הסדר הטיעון בשלב הערעור תשרת טוב יותר את האינטרס הציבורי כי אז זו הדרך בה תבחר; לעומת זאת, אם שוכנעה התביעה כי הסדר הטיעון חוטא לאינטרס הציבורי, וכי גזר הדין של בית המשפט הדוחה את ההסדר משרת אינטרס זה טוב יותר, כי אז חובה על התביעה להגן על גזר הדין. כאמור, את הפגיעה באינטרס הציבורי שגורם הסדר טיעון החורג ממבחן האיזון יהיה על התביעה לאזן אל מול הפגיעה שיסבול אינטרס הציבור כתוצאה מהחזרה מההסדר, על כל המשמעות הנלוות לכך ביחס למקרה הקונקרטי וביחס למערך האיוונים הכללי עליו עמדנו לעיל.

25. בסיום דיונו בטעמים העקרוניים שבכוחם להצדיק שינוי בעמדת התביעה בפני ערכאת הערעור, ראוי לציין כי מלבד גזר הדין הסוטה מהסדר הטיעון יהא זה מוצדק מצד התביעה לשנות את עמדתה רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. זאת, אם ייווצרו בשלב הערעור נסיבות חדשות הרלוונטיות לעונש שיש לגזור על הנאשם, או שיוודעו לתביעה עובדות שלא היו בידיעתה בעת עריכת הסדר הטיעון, ולא ניתן היה לבררן במועד. בנסיבות כאלה, תהא התביעה רשאית, ולעתים אף חייבת, לשקול את עמדתה מחדש, בכפוף למגבלות המתחייבות מהשלב המאוחר בו נמצא ההליך ובכפוף למשקלו של הוויתור שוויתר הנאשם על זכויותיו. יצוין, כי על מנת שניתן יהיה להצדיק שינוי

בעמדת התביעה עקב היווצרותן או גילויין של נסיבות חדשות, צריכות נסיבות אלו להיות משמעותיות וכבדות משקל (השוו: פרשת אדביב, בע' 404).

#### סיכום ביניים – עמדת התביעה

26. בדיוננו עד כה עמדנו על הטעמים לכלל הקובע כי אל לה לתביעה להתחייב מראש לגבי עמדתה בשלב הערעור. כן עמדנו על מערך השיקולים הכולל שעל התביעה להעמיד אל מול עיניה בבואה לגבש את עמדתה בערעור. ניתן, איפוא, לסכם ולומר, כי טווח שיקול הדעת של התביעה שלא להגן בערכאת הערעור על הסדר הטיעון שערכה הוא טווח מצומצם יחסית הנגזר מנסיבות מיוחדות. דרך זו אינה בגדר שיגרת יום ביומו. מקצועיותה של התביעה, יחסי עבודה ראויים בין התביעה לסנגוריה, ציפיותיו של הנאשם ביחס לעמדת התביעה בהסדר הטיעון והצורך לעודד הסדרי טיעון, כל אלה צריכים להוביל לכך שהתביעה לא תמהר לחזור בה מעמדתה המקורית, גם אם נפל פגם כלשהו בשיקוליה. בהליך החשיבה מחדש תניח התביעה על הכף האחת של כפות המאזניים את ביקורתו של בית המשפט שסטה מהסדר הטיעון ואת אינטרס הציבור לכבד את גזר הדין שהושת, ועל הכף האחרת יונחו הנסיבות הקונקרטיות הכרוכות בהסדר שנערך, מידת התמורה שנתן הנאשם בויתורו על המשפט ועל סיכויי לזכות בהגנתו, ציפייתו של הנאשם שההסדר יכובד וכן האינטרס הכללי בעידוד הסדרי טיעון. במלים אחרות, על התביעה לערוך בחינה מחודשת של נוסחת האיזון בשלב הערעור וזאת בהתאם למכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל. ככלל, איפוא, התביעה תשנה מעמדתה בדיון בפני ערכאת הערעור רק אם שוכנעה בקיומם של טעמים כבדי משקל המצדיקים זאת.

#### משפט משווה

27. כפי שציינו בפרשת הסדרי הטיעון, קיים קושי, בסוגיות הנוגעות להסדרי טיעון, ללמוד לקחים מהמשפט המשווה שכן, ההתייחסות להסדרי טיעון נטועה עמוק בשיטת המשפט ובמאפייניה וכן בתפקידה של התביעה בהליך גזירת הדין. המאפיינים השונים הקיימים בכל שיטה יוצרים מערכת שונה של הסדרי טיעון וכל שיטה מאמצת לעצמה פתרונות שונים לבעיות המתעוררות אגב הדיון בהם (ראו: פסק דין הסדרי הטיעון, בעמודים 587 – 588). יחד עם זאת, השאלה בדבר מחויבותה של התביעה להסדר טיעון עלתה גם בשיטות משפט אחרות הקרובות לשיטתנו ולהלן נבחן את התשובה שניתנה לשאלה זו בשיטת המשפט הקנדית.

גישתנו למוסד הסדרי הטיעון נושאת מאפיינים דומים לגישתו העקרונית של המשפט הקנדי בעניין זה (ראו: פסק דין הסדרי הטיעון, בע' 617). בפרשת הסדרי הטיעון הזכרנו את פסק הדין הקנדי בעניין Rubenstein ( R. v. Rubenstein 41 C.C.C. ) (1987) 91 (3d), הנחשב לפסק דין מנחה בסוגית הסדרי הטיעון בקנדה, והמציג גישה דומה מאוד לגישתנו ביחס לסוגית הסדרי הטיעון. השאלה הנדונה בדיון הנוסף שבפנינו התעוררה בקנדה בעניין Simoneau ( R. v. Simoneau 40 C.C.C. (2d) 307 ) (1978). באותה פרשה הושגה הסכמה בין התביעה לסניגוריה בדבר העונש שיוצע לבית המשפט (שנתיים פחות יום) אך בית המשפט דחה הצעה משותפת זו וגזר על הנאשם שלוש וחצי שנות מאסר. הנאשם ערער ובערעור בחרה התביעה להגן על גזר הדין ולא על העמדה שהוצגה בערכאה הדיונית. למותר לציין שסניגורו של הנאשם טען כנגד השינוי בעמדת התביעה. בית המשפט התייחס לעניין זה בפסק דינו וקבע:

"In exercising its appellate function, a Court of Appeal will not, in all cases, necessarily hold the Crown to a position taken at the trial. It will certainly consider the earlier stance of the Crown to be an important factor to be taken into account. But whether the Crown ought to be bound will depend on the circumstances of the case.

In the case at bar, Crown counsel at the trial concluded that there were good reasons for joining in a recommendation of a sentence of two years less one day. There are arguable grounds for coming to that conclusion. I do not criticize counsel for his decision although I do not agree with it. But if the Attorney-General on further consideration has decided that the trial Judge's sentence was an appropriate one, I would not insist that he be precluded from letting the Court know of that changed view" (p. 22 – 23).

ניתן לראות, כי בית המשפט שם קבע בעניין Simoneau כלל הדומה לכלל שנקבע בענייננו לפיו התביעה, בנסיבות מתאימות, אינה מחויבת בשלב הערעור לעמדה שהציגה בערכאה הדיונית. אם לאחר שניתן גזר דין הסוטה מהסדר הטיעון סבורה התביעה כי גזר הדין הוא הנכון, רשאית התביעה להציג עמדה מעודכנת זו בפני ערכאת הערעור. בפסק הדין שניתן בעניין Roy ( A.G. of Canada v. Roy 18 C.R.N.S 89 ) (1972), שעסק גם הוא בעמדת התביעה בערעור (אם כי בסיטואציה בעייתית יותר – כאשר התביעה היא המערערת), ציין בית המשפט כי ככלל, אל לה לתביעה לסגת בערעור מעמדתה הקודמת אולם בנסיבות מסוימות ומטעמים רציניים שינוי עמדה כזה נדרש:

"The Crown, like any other litigant, ought not to be heard to repudiate before an appellate court the position taken by its counsel in the trial court, except for the gravest possible reasons. Such reasons might be where the sentence was an illegal one, or where the Crown can demonstrate that its counsel had in some way been misled, or finally, where it can be shown that the public interest in the orderly administration of justice is outweighed by the gravity of the crime and the gross insufficiency of the sentence".

על פי פסק דין Roy, צריכים להתקיים נימוקים כבדי משקל כדי להצדיק חזרה של התביעה בערעור מעמדתה בערכאה הדיונית ונימוקים כאלה מתקיימים בעיקר בשלושה מצבים: כאשר גזר הדין שהוטל היה בלתי חוקי; כאשר פרקליט התביעה הוטעה; ובמקרה שבו ההסדרים המשפטיים המקובלים נדחים בשל העדר ההלימה בין העבירה שבוצעה וחומרתה לבין העונש המוסכם. במקרים כאלה אינטרס הציבור גובר על החובה שלא להפר את ההסדר שהושג עם הנאשם. הלכה זו אומצה גם בדו"ח הועדה הקנדית שבחנה את נושא הסדרי הטיעון (ראו: Law Reform Commission of Canada 33-34 (Plea Discussions and Agreements (Ottawa, working paper 60, 1989) וגם הנחיות התביעה בקנדה מנחות את התובעים לפעול בהתאם לאמור בה. עוד יצוין כי אחד העקרונות עליהם עומדות הנחיות התביעה הקנדיות (אותן ניתן למצוא באתר האינטרנט של משרד המשפטים הקנדי בכתובת: <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/fpd/toc.html>) הוא עקרון ההגינות ועל פי ההנחיות האמורות חייבת התביעה, כחלק מחובת ההגינות החלה עליה, לכבד את הסדרי הטיעון שערכה. מההנחיות עולה כי התביעה יכולה אמנם לשנות מעמדתה בערעור ואף לערער על גזר הדין תוך סטייה מההסדר אך זאת, רק אם מתקיימות נסיבות חריגות ביותר ובכל מקרה, שינוי גישה מעין זה צריך לעבור אישור בדרגים הגבוהים של התביעה. ניתן, איפוא, לראות שבקנדה נקבע כלל דומה באופן עקרוני לעמדה שהצגנו, לפיו התביעה אינה מנועה מלחזור בה בערכאת הערעור מהסדר טיעון שערכה בערכאה הדיונית אולם יכולתה לעשות כן היא מצומצמת ומוגבלת למקרים חריגים בהם העמדה המקורית שהציגה התביעה עומדת בסתירה חמורה לאינטרס הציבורי.

#### האופן בו על התביעה להציג את עמדתה בערעור

28. עמדנו על השיקולים השונים שעל התביעה לשקול בעת שהיא מגבשת את עמדתה בפני ערכאת הערעור ועל הטעמים שבעטים אל לה להתחייב מראש להגן על הסדר טיעון גם בשלב הערעור. המסקנה העולה משיקולים אלה היא, איפוא, כי אם

סבורה התביעה שהסדר הטיעון שערכה מקיים את מבחן האיזון וכי מן הראוי להגן עליו, כי אז עליה להציג את טיעוניה בפני ערכאת הערעור ולהתמודד עם הביקורת שנמתחה על הסדר הטיעון בגזר דינה של הערכאה הדיונית. לעומת זאת, אם סבורה התביעה כי הטעמים לזניחת הסדר הטיעון משקלם רב יותר מהטעמים להגנה עליו כי אז רשאית התביעה, ובמקרים מיוחדים וחריגים אף חייבת, לזנוח את ההסדר ולהציג את עמדתה המעודכנת בפני ערכאת הערעור. ראשית, על התביעה להסביר במקרה כזה מה היו הנימוקים שהביאו אותה לעריכת הסדר הטיעון בערכאה הדיונית. הסבר זה מתחייב מכך שבעת בחינת עמדתה של התביעה, מפעיל בית המשפט, בין יתר שיקוליו, גם ביקורת שיפוטית על מהלכי התביעה. על התביעה הכללית להניח את דעתו של בית המשפט, כי גם אם חוזרת היא מהעמדה שהציגה במסגרת הסדר הטיעון בערכאה הדיונית, הרי ההסדר נערך מתוך טעות בתום לב, ולא נפל בגדר שיקוליה פגם חמור שמקורו בשיקול זר, בהליך בלתי תקין, או בהליך בלתי ראוי, היורד לשורש שיקול הדעת. מאליו מובן, כי אם חלילה יתברר כי נפל פגם מהסוג האמור, אין ספק שהתביעה לא תגן על הסדר הטיעון ותסתייג ממנו (ראו לענין זה הדיון בפסק דין הסדרי הטיעון, בע' 610). לאחר מכן על התביעה להודיע מהי עמדתה בערעור ומה היו השיקולים שהנחו אותה בגיבוש עמדתה. על התביעה לנמק ולהסביר את עמדתה, בין אם היא דבקה בהסדר ובין אם היא נסוגה ממנו, ועליה להראות כיצד יושמו העקרונות הכלליים עליהם עמדנו בנסיבות המקרה הקונקרטי (לדרישות דומות הניצבות בפני התביעה שעה שהיא מבקשת לשנות מעמדתה הקודמת ראו: *U.S. v. Mooney* 654 F.2d 482, 487 (1981)).

נעיר עוד, כי בפסק הדין שניתן בע"פ 8164/02 פלוני הנ"ל עמד הנשיא ברק על שתי אפשרויות שעומדות בפני התביעה: הגנה על הסדר הטיעון או הגנה על גזר הדין של הערכאה הדיונית. ואולם, למעשה, אין אלו שתי האפשרויות היחידות. התביעה רשאית, עקב הבחינה המחודשת שערכה, להציג בפני ערכאת הערעור עמדת-ביניים אשר תהא שונה הן מהסדר הטיעון והן מגזר הדין שדחה אותו. התביעה תהא רשאית לטעון כי אמנם, היתה זו שגיאה מבחינתה לתמוך בהסדר הטיעון אולם, מצד שני, העונש שנגזר בגזר הדין ואשר סטה מהעונש עליו הוסכם בהסדר – גם הוא אינו מקובל על דעתה עקב מידת סטייתו מההסדר. התביעה תוכל, איפוא, להציג דרך שלישית, דרך ביניים, אם סבורה היא שדרך כזו תאזן בצורה טובה יותר בין השיקולים והאינטרסים השונים. לא למותר לציין כי עובר לדיון בערעור רשאים התביעה והנאשם, אם מוסכם ביניהם כי גזר הדין שסטה מן ההסדר לא יכול לעמוד, להגיע למעין הסדר טיעון חדש אשר יוצג בפני ערכאת הערעור. לא יהיה זה הסדר טיעון במשמעותו הרגילה, שכן הודית הנאשם נמסרה כבר בערכאה הדיונית והנאשם הורשע על פיה,

אלא יהיה זה הסדר שבמסגרתו שני הצדדים יציגו המלצה משותפת לענין העונש המתאים בנסיבות המקרה, לאחר שהסדר הטיעון המקורי נדחה על ידי הערכאה הדיונית. על ערכאת הערעור יהא במקרה כזה לשקול את ההסדר החדש בהתאם להנחיות שניתנו בפסק דין הסדרי הטיעון, תוך התחשבות בשיקולים המיוחדים עליהם עמדנו בדיונו לעיל.

### המשמעות של העדר אזהרה מתאימה לנאשם

29. עמדנו בראשית דברינו על חובתה של התביעה להבהיר לנאשם, כבר בשלב עריכת הסדר הטיעון, כי היא אינה מתחייבת להגן על ההסדר במקרה שבית המשפט יחליט לדחות את ההסדר ולגזור עונש חמור יותר – והנאשם יערער על גזר הדין. האזהרה מראש נועדה למנוע צמיחתה של הסתמכות מוטעית אצל הנאשם, וכן נועדה היא לאפשר לנאשם לכלכל את צעדיו על סמך מלוא הנתונים הרלוונטיים. מתעוררת השאלה, מה יהא הדין במקרה בו התביעה לא מילאה את חובתה ולא יידעה את הנאשם מראש בדבר העדר מחויבותה להגן על ההסדר בערכאת הערעור. נפנה לבחון שאלה זו עתה.

30. התוצאה המתחייבת מאי-אזהרת הנאשם בעת עריכת ההסדר, על כך שהתביעה אינה מתחייבת להגן על ההסדר בערכאת הערעור אם יידחה על ידי הערכאה הדיונית, טעונה בחינה קונקרטית בכל מקרה לגופו על פי מכלול נסיבות הענין. אין חולק, כי אם הוזהר הנאשם בעת עריכת הסדר הטיעון ונאמר לו במפורש, כי אם לא יקבל בית המשפט הגוזר את דינו את ההסדר תשקול התביעה מחדש את עמדתה בערעור, אין ולא יכולה להיות טענת הסתמכות מצידו של הנאשם. כך גם במקרים בהם ידע הנאשם מראש על המגבלה המוטלת על התביעה ועל העדר יכולתה של התביעה להתחייב מראש להגן על ההסדר במקרה של ערעור, על אף העדר אזהרה מפורשת בענין זה. במקרים אלה, לא יהיה בהסדר שנערך כדי לחייב את התביעה לדבוק בעמדתה המקורית. אך לצערנו, המציאות היומיומית בעריכת הסדרי טיעון היא מורכבת יותר. למרות הנחיות פרקליטות המדינה, במקרים רבים ההסדרים אינם כתובים וערוכים במתכונת הנדרשת, בשל אילוצים ותנאי לחץ הקשורים בנסיבות עריכתם, והנאשם אינו מוזהר מראש על העדר מחויבותה של התביעה להגן על ההסדר בערכאת הערעור. למותר לציין שבכל מקרה, על ההסדר להיות מוסכם בין התביעה לבין הנאשם, בדרך כלל באמצעות סגורו, ובכל מקרה יש להבהיר לנאשם הבהר היטב ובמפורש את המשמעויות של ההסדר ואת תוצאותיו וסיכוניו, לרבות בשלב הערעור. החובה להבהיר את פרטי ההסכם ומשמעותם מוטלת על בא-כוח התביעה וכמובן גם על הסניגור.

השאלה בה אנו דנים כעת היא, מהו הכלל שראוי לקבוע ביחס לנסיבות בהן לא ניתנה אזהרה מפורשת מטעם התביעה לענין האפשרות כי תחזור בה מעמדתה במקרה של ערעור שיוגש לאחר דחית הסדר הטיעון.

31. המענה לשאלה זו מעוגן בגישה כי על הסדר טיעון, כמו על כל חוזה רשות, חל הכלל כי הרשות רשאית להשתחרר מחוזה שערכה מטעמים של טובת הציבור, וכמתחייב מחובת מילוי סמכויותיה השלטוניות של הרשות. כבר עמדנו על כך (פיסקה 17 לעיל) שמחויבותה של התביעה בערכאת הערעור להסדר טיעון שנדחה בערכאה הדיונית אינה נובעת מההיבט החוזי של ההסדר שכן, בדרך כלל, התביעה אינה רשאית ליתן התחייבות להגן על ההסדר בערכאת הערעור, וההסדר בא לכלל מיצוי בעת הטיעונים לעונש בערכאה הדיונית. לפיכך, אם ההסדר נערך כהלכתו, בעת הדיון בערכאת הערעור אין מתקיים קשר חוזי בין התביעה לנאשם. ואולם, בהעדר אזהרה מראש לנאשם בדבר היקפו המוגבל של הסדר הטיעון עלולה להתפתח אצל הנאשם ציפיה שאין ניתן להתעלם ממנה, כי ההסדר יחול גם לאחר מתן גזר הדין בערכאה הדיונית. ברי כי ציפיה זו כשלעצמה אינה יכולה לברוא קשר חוזי מקום שקשר כזה אינו קיים. ואולם, גם אם היינו מקבלים את גישת הסניגוריה, לפיה בהעדר אזהרה מראש ממשיך להתקיים קשר חוזי בין הנאשם לתביעה, וכי במקרה כזה חייבת התביעה להגן על ההסדר גם בערעור, כי אז תעמוד לתביעה הזכות להשתחרר מקשר זה מכח הסמכות הכללית הנתונה לרשויות השלטוניות להשתחרר מחוזים שערכו מטעמים של טובת הציבור וכמתחייב מחובת מילוי סמכויותיהן השלטוניות.

כוחה של הרשות להשתחרר מחוזה שערכה הוכר בבית משפט זה עוד בפסק הדין בענין מילר (בג"ץ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) 67 – 75). מאז זכתה הלכה זו, המכונה "הלכת ההשתחררות", להכרה רחבה בפסיקתנו (ראו, לדוגמא: בג"ץ 124/79 צובא נ' שר הביטחון, פ"ד לד(2) 752, 754; בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 78 – 79). בפרשת ארביב הפעיל השופט (כתוארו אז) ברק את הלכת ההשתחררות גם בהקשר של הסדרי הטיעון (ראו: ע' 400 לפסק הדין). כוחה של התביעה להשתחרר מהסדר הטיעון נובע מעצם העובדה שהתביעה כרשות מינהלית הינה צד להסדר. העדר האזהרה אינו מבטל אפשרות זו אלא, לכל היותר, מגביל את מידת השימוש בה. גם אם נאמר, איפוא, כי בהעדר אזהרה מראש מתקיים בין הנאשם לתביעה קשר חוזי ביחס לעמדת התביעה בערעור, כי אז נתון לתביעה הכוח להשתחרר מהסדר זה אם מתקיים אינטרס ציבורי גובר. (לעמדה המצמצמת את יכולת התביעה

להשתחרר מההסדר בערעור ראו: א' גזל "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון" דין ודברים א (תשס"ה) 507, 527 – 529).

למותר לציין, כי על התביעה להשתמש בכוחה להשתחרר מן ההסדר בתום לב ובסבירות ובשים לב לנסיבות המיוחדות האופפות השתחררות זו. העדר מתן אזהרה לנאשם הוא שיקול נכבד שעל התביעה להוסיף למניין שיקוליה אך אין זו נסיבה שבעטיה תישלל ממנה מכל וכל היכולת שלא להגן על הסדר הטיעון שנדחה. יודגש כי בשלב שלאחר מתן גזר הדין בערכאה הדיונית שדחה את הסדר הטיעון נחלשת ציפייתו הטבעית של הנאשם כי התביעה תגן על ההסדר עימו. לעומת זאת, חובת התביעה כלפי הציבור וכלפי בית המשפט שמצא את הסדר הטיעון כבלתי מוצדק, וכהסדר שאינו מקיים את "גישת האיזון", מתחזקת. באיזון החדש שחייבת התביעה לערוך, עליה לתת את הדעת לשאלה מה הובן במסגרת המגעים עם הנאשם, או סניגורו, כחלק מהסדר הטיעון. אם מבחינת מכלול העובדות והנסיבות שאפפו את עריכת הסדר הטיעון, עולה כי לא נוצרה הבנה בין התביעה לסניגוריה כי התביעה תדבק בהסדר הטיעון עד תום, לרבות בשלב הערעור – אפשרות שהיא רחוקה על פי מדיניותה המוצהרת של התביעה ונוכח חובת האזהרה החלה עליה; ואם אמנם הנאשם הבין את המשמעות הרגילה של ההתחייבות בהסדר הטיעון ואת מעמדו ותפקידו של בית המשפט הגוזר את דינו – הרי שבמקרים המתאימים כפי שהבהרנו בהרחבה בדיוננו לעיל, תהיה התביעה רשאית ואולי גם חייבת להסתייג מהסדר הטיעון שערכה ולטעון מחדש לעונש בערכאת הערעור, גם בהעדר אזהרה.

הנה כי כן, העדר אזהרת הנאשם מפני האפשרות שהתביעה תחזור בה מההסדר בשלב הערעור הוא בבחינת פגם משמעותי שיהיה על התביעה לבחון עד כמה פוגע הוא בחובת ההגינות כלפי הנאשם בנסיבות הקונקרטיות. בנסיבות המתאימות נתונה לתביעה הרשות שלא להגן על ההסדר גם בהעדר אזהרה וזאת, גם כחלק מכוחה להשתחרר מחוזים שערכה מטעמים של טובת הציבור. בכל מקרה, הנסיבה של אי מתן האזהרה לנאשם תצטרף לנימוקים התומכים בהגנה על ההסדר, ותוסיף להם משקל רב, אם כי, כאמור, אין בנסיבה זו לבדה כדי להטות את הכף.

32. מעניין להפנות בעניין זה לדין האמריקאי הרלוונטי, אשר על גישה מסוימת שעלתה בו ביקשה הסניגוריה להסתמך בטיעוניה. על השוני הרב בין הסדרי הטיעון הנהוגים בשיטתנו לבין הסדרי הטיעון הנהוגים בשיטת המשפט האמריקאית עמדנו בפסק דיננו בפרשת הסדרי הטיעון (ראו: ע' 614 – 616; 619 – 620 לפסק הדין). שוני זה מקשה על "יבוא" הלכות משיטת המשפט האמריקאית בכל הנוגע להסדרי טיעון

וראו לענין זה גם את דברינו בפסקה 27 לעיל. חרף זאת, נתעכב מעט על הגישות השונות הקיימות בשיטת המשפט האמריקאית.

בארצות הברית היה נהוג, בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בענין Santobello (Santobello v. New York 404 U.S. 257 (1971)), לבחון הסדרי טיעון באספקלריה חוזית רגילה בלבד (ראו: Brooks v. U.S. 708 F.2d 1280 (1983) שם נאמר כי: "A plea bargain is, in law, just another contract"). כחלק מגישה זו קבעו בתי המשפט האמריקאיים כי התביעה תהיה מחויבת לפעול בדרך כזו או אחרת רק אם התחייבה לכך במפורש במסגרת הסדר הטיעון. עוד נקבע כי הפרשנות של הסדרי הטיעון תעשה בכלים חוזיים רגילים. לפיכך, במקרים בהם התביעה ערכה הסדר טיעון בערכאה הדיונית וההסדר שתק לגבי הליכים מאוחרים לגזירת הדין, ראתה עצמה התביעה חופשיה לטעון בהליכים המאוחרים הנ"ל כנגד ההסדר. בתי המשפט אישרו את השינוי בעמדתה של התביעה שכן סברו כי בהעדר התחייבות מפורשת מצד התביעה לתמוך בהסדר גם בהליכים מאוחרים – אין מקום להטיל עליה מחויבות כזו (ראו: U.S. v. Fentress 792 F.2d 461, 464 (1986) "While the government must be held to the promises it made, it will not be bound to those it did not make"). גישה זו מעמידה את מחויבות התביעה כלפי הנאשם בהליכים מאוחרים לגזר הדין, על ההיבט החוזי המצומצם של התנאים שנקבעו בין הצדדים.

לצד גישה זו צמחה בשיטת המשפט האמריקאית גישה המרחיבה את היקף מחויבותה של התביעה כלפי הנאשם ומצמצמת את חופש הפעולה שלה לחזור בה מהסדרים שערכה, וזאת בשל שיקולים עקרוניים שמחוץ למסגרת החוזית. הדים לגישה זו, שבאה לידי ביטוי, בין השאר, במאמר אותו צרפה הסניגוריה לסיכומיה (D. F. Kaplan "Where Promises End: Prosecutorial Adherence to Sentence Recommendation Commitments in Plea Bargains" 52 U. Chi. L. Rev. (1985) 751). ניתן למצוא בפסק הדין שניתן בפרשת Harvey (U.S. v. Harvey 791 F.2d 294 (1986)). בפרשת Harvey עמד בית המשפט הפדראלי לערעורים של ה-4<sup>th</sup> circuit על כך שבבחינתם של הסדרי טיעון יש להביא בחשבון שיקולים נוספים, לבר-חוזיים, שהם רלוונטיים לסוגית הסדרי הטיעון. בין שיקולים אלו מנה בית המשפט, בין השאר, את זכויותיו החוקתיות של הנאשם, את האינטרס בשמירה על אמינות השלטון בעיני הציבור ואת האינטרס ביעילות מערכת אכיפת החוק. עוד ציין בית המשפט בפרשת Harvey כי בשל שיקולים אלו ואחרים ראוי כי התביעה תפעל לניסוח הסדרי הטיעון בצורה הטובה והברורה ביותר וכי במקרה בו נפלה אי-בהירות מסוימת בהסדר כי אז על התביעה מוטלת האחריות לכך. בפסקי דין מאוחרים יותר נקבע כי במקרה של אי-

בהירות ודו-משמעות בהסדר טיעון ניתן להשתמש לצורך פרשנות ההסדר בדוקטרינה של "פרשנות כנגד המנסח" (ראו, לדוגמא: *U.S. v. Massey* 997 F.2d 823 (1993); *U.S. v. Rivera* 357 F.3d 290 (2004)). גישה זו הובילה חלק מבתי המשפט האמריקאיים לפרשנות של הסדרי הטיעון באמצעות דוקטרינות חוזיות המצמצמות עד מאוד את שיקול דעתה של התביעה בשלב הערעור. בשיטתנו, אין מקום לקביעת כללים נוקשים כאמור. זאת, הן משום היותה של התביעה גוף מקצועי המופקד על אינטרס הציבור בהליך אכיפת החוק, אשר נתון לה על פי שיטתנו שיקול דעת רחב בנושא ההעמדה לדין ובקביעת מדיניות הענישה; והן משום שניתן לבחון את היקף הפגיעה בזכויות הנאשם ובאינטרס ההסתמכות שלו וליתן לכך משקל הולם בנסיבותיו של כל מקרה. לפיכך, יש מקום להותיר לתביעה שיקול דעת לגבש את עמדתה בכל מקרה על פי נסיבותיו ובהתאם לאמות המידה שהתוונו לעיל.

### בחירת העונש בערעור – שיקולי בית המשפט

33. עד כאן פרשנו יריעה רחבה וכולה סבה על שיקולי התביעה בעת גיבוש עמדתה בערעור. לא נוכל לסיים את דיוננו מבלי שנתייחס בקצרה לשיקולי בית המשפט שלערעור כאשר בא בפניו ערעור נאשם על גזר דין בו גזרה הערכאה הדיונית עונש חמור מזה שעליו הסכימו הצדדים בהסדר הטיעון.

בהתאם לעיקרון היסודי בשיטתנו, גם בית המשפט שלערעור אינו קשור, כמובן, בהסדר הטיעון או בהמלצת התביעה לעונש. בשיטתנו, אין בית המשפט פטור מאחריותו לגזירת הדין ועליו לקבוע באופן עצמאי את העונש המתאים בנסיבות הענין. עמד על כך השופט חשין בפרשת לוי:

"...הסמכות להשית עונשים על מי שהורשעו בדינם ניתנה לבתי המשפט, להם ולא לאחר זולתם. ועם הסמכות באה האחריות, שהרי כידוע אין סמכות בלא שתלויה אליה אחריות, כשם שלא תתקיים אחריות אלא אם נלוותה אליה סמכות. עונשים חמורים כי יטילו בתי-משפט על עבריינים – כך יהיה בעונשים קלים – מעשיהם יזכום, מעשיהם יחייבום, והאחריות על שכמם תרבוץ. בתי המשפט לא יורשו להסב פניהם לצדדים, לנסות ולמצוא גוף אחר זולתם שיישא באחריות לעונשים שהם מטילים; האחריות לעונשים בתי המשפט לא יוכלו לחלוק אותה עם אחרים, לרבות לא עם התביעה הכללית שתבקש להטיל עונשים כאלה או אחרים, בין בכלל בין במקרה פלוני או אלמוני" (ע' 171 לפסק הדין).

בבואו להכריע בערעורו של הנאשם על בית המשפט שלערעור לבחון את העונש שנגזר על פי אותן אמות מידה שעמדו לבחינה בערכאה הדיונית. על אמות מידה אלו עמדנו בהרחבה בפרשת הסדרי הטיעון ונביא כאן מקצת מן הדברים שנאמרו שם:

”במסגרת בחינתו של העונש המוצע ייתן בית-המשפט דעתו לכל שיקולי הענישה הרלוונטיים ויבחן אם העונש המוצע מקיים את האיזון הדרוש ביניהם. לשם כך יבחן בית-המשפט את העונש ההולם בנסיבות העניין וישקיף עליו גם באספקלריה שהעמידה לרשותו התביעה בהסדר הטיעון שערכה. בבחינת הסדר הטיעון נקודת המוצא היא מידת העונש המוצע בשים לב לסוג העבירה, לחומרתה ולנסיבות ביצועה. כמו בכל הליך של גזירת-הדין, ייתן בית-המשפט דעתו גם על הנסיבות האישיות של הנאשם ועל שיקולי מדיניות של ענישה ראויה, ויתחשב בכל אלה. בית-המשפט אינו יכול לקבוע אם התקיים האיזון הראוי בין אינטרס הציבור לטובת ההנאה שניתנה לנאשם בלא שיבחן מה היה העונש הראוי לנאשם אלמלא הסדר הטיעון, ומהי מידת ההקלה שניתנה לו עקב הסדר הטיעון. לשם הערכת מידת ההקלה יהיה על בית-המשפט לשקול, כמידת יכולתו ובשים לב למגבלות הנובעות מהנתונים שלפניו, את מידת הוויתור שוויתר הנאשם נוכח סיכויי ההרשעה או הזיכוי אלמלא ההסדר...”

בית-המשפט יבחן, כמובן, את שיקוליה הפרטניים של התביעה בנסיבות העניין הנדון. כך למשל ייתן דעתו על הקשיים הצפויים בניהול המשפט, לרבות ריבוי עדים, הצורך בגביית עדויות מעדים שאינם בארץ, התחשבות בנפגע העבירה והצורך לחסוך ממנו עדות וחקירות. כן ייתן בית-המשפט דעתו על האינטרס הציבורי שבהשגת הודיית הנאשם ובקבלת אחריותו למעשיו. עוד יביא בחשבון את האינטרס הציבורי במובנו הרחב – החסכון בזמן השיפוטי ובמשאבי התביעה והאינטרס הקיים בניצול יעיל של המשאבים שבידי כלל גורמי האכיפה. בין היתר, יהיה בית-המשפט מודע לצורך בהשגת ראיות נוספות להעמדת עבריינים נוספים לדין בין באותה פרשה ובין בפרשיות אחרות שאינן קשורות לעניין הנדון.

על כל אלה יש להוסיף כי שיקול משמעותי שעל בית-המשפט להביא בחשבון בטרם יכריע אם לקבל הסדר טיעון או לדחותו, הן ציפיותיו של הנאשם. נאשם אשר הודה על סמך הסדר טיעון, ויתר על זכותו לניהול הליך, ויתר על הזכות לחקור את עדי התביעה, ואף ויתר על הסיכוי לזיכוי...

עם זאת, גם שיקול זה ייבחן על-ידי בית-המשפט בשים לב ליתר נתוני התיק שלפניו ובמסגרת שקילת היחס ההולם שבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם בנסיבות העניין, לבין אינטרס הציבור במובנו הצר והרחב" (ע' 608 – 609 לפסק הדין).

אמות מידה אלו הן רלוונטיות, כמובן, גם לשלב הערעור ולפיכך, על מנת להכריע בערעורו של הנאשם, נדרש בית המשפט שלערעור לבחון אם נתקיימה נוסחת האיזון בהסדר הטיעון שעמד לבחינתה של הערכאה הדיונית.

בנוסף, כשם שבפני התביעה נמצא בשלב הערעור נתון חדש הדורש את התייחסותה, הוא גזר הדין של הערכאה הדיונית, כך גם נמצא נתון חדש זה בפני ערכאת הערעור. לפיכך, במקרה של ערעור על גזר דין שדחה הסדר טיעון נדרש בית המשפט שלערעור לבחון גם את נימוקיו של בית המשפט לדחיית ההסדר, כפי שהם מפורטים בגזר הדין, ולהכריע בין משקלו של ההסדר שהושג לבין הביקורת שנמתחה עליו בגזר הדין שסטה מההסדר. בפני בית המשפט שלערעור נמצאת גם עמדתה המעודכנת של התביעה, בין שהיא מגנה על ההסדר ובין שהיא אינה מגנה עליו. על בית המשפט שלערעור לבחון, בין היתר, אם בנסיבות העניין אכן היה מקום להטיל עונש חמור מזה שעליו הוסכם בהסדר הטיעון ואם צדקה הערכאה הדיונית בנימוקיה לסטות מהסדר הטיעון. במסגרת בחינה זו ייתן בית המשפט שלערעור משקל לעמדתה של התביעה בפניו; למותר לציין שככל ששיקוליה של התביעה ייקבעו בהתאם לעקרונות שפרטנו לעיל, כך יהיה משקל טיעוניה רב יותר. יינתן, כמובן, משקל לציפיות של הנאשם-המערער, ובסופו של הליך יקבע בית המשפט את האיזון הנכון בין השיקולים עליהם עמדנו בדיוננו לעיל.

## סיכום

34. נחזור, נסכם ונאמר – ככלל, על התביעה להגן על עמדתה כפי שנקבעה בהסדר הטיעון גם בערכאת הערעור. כאשר בית המשפט שגזר את דינו של הנאשם קבע שהסדר הטיעון אינו מקיים את "גישת האיזון" ומטעם זה אינו מכבדו – ובמלים אחרות, כאשר בית המשפט מותח ביקורת על הסדר הטיעון וקובע עונש הסוטה ממנו לחומרה – חייבת התביעה לשוב ולבחון את עמדתה לקראת הערעור. בנסיבות מתאימות רשאית התביעה שלא להגן על הסדר הטיעון כפי שנערך ולהסתייג ממנו. היא תעשה כן בכפיפות להסבר שתיתן לערכאת הערעור בדבר הסיבות לעריכת ההסדר מלכתחילה וכן בדבר הטעמים להסתייגותה ממנו בשלב הערעור. הנה כי כן, לאחר שהסדר טיעון עבר את כור המצרף של בית המשפט רשאית, ולעתים אף חייבת, התביעה, בנסיבות

המתאימות, לטעון מחדש לעונש תוך תמיכה בגזר הדין שהושת, או אף בעונש אחר, כפי שתמצא לנכון.

עוד נציין, כי על-פי הנחיותיה של התביעה עצמה, מן הראוי הוא שבעת עריכת הסדר הטיעון יעמיד התובע העורך את ההסדר את הנאשם, או את סנגורו, על כך שאינו יכול להתחייב מראש מה תהיה עמדת התביעה בערעור, אם יחרוג בית המשפט לחומרה מהעונש עליו הוסכם. אם משום מה, לא פעלה התביעה מראש להזהיר את הנאשם מפני האפשרות של עמדה שונה בערעור, לא יהיה בכך כדי לחייבה לדבוק בהסדר הטיעון המקורי, אף כי העדר אזהרה הוא נימוק כבד משקל שיהיה על התביעה לשקול בטרם תחזור בה מעמדתה בהסדר הטיעון.

על עמדת התביעה בערעור יחלשו העקרונות המנחים של הגינות כלפי הנאשם ומתן ביטוי הולם לאינטרס הציבור במובנו הרחב, לרבות האינטרס של קיום וכיבוד הסדרי טיעון.

עמדת התביעה היא כאמור אך נתון אחד בשיקולי בית המשפט, אף כי נתון בעל משקל. בית המשפט שלערעור יבחן את נסיבות המקרה העומדות בפניו, ישקול על פי מבחן האיזון את העונש המתאים על פי מכלול השיקולים הרלוונטיים ויכריע אם יש לכבד את הסדר הטיעון, להעדיף את גזר הדין או, שמא, להטיל עונש אחר ההולם את נסיבותיו של הערעור בפניו.

### מן הכלל אל הפרט

35. בחלק זה של דיוננו עלינו לתת דעתנו לבקשת המדינה לבטל את פסק הדין נשוא הדיון הנוסף ולקבוע כי עונשם של המשיבים יהיה כפי שנגזר בבית המשפט המחוזי. לשיטתה, מן הראוי כי יבוטלו העונשים שנגזרו על המשיבים בערעור ויושבו על כנם גזרי הדין המקוריים שהוטלו בבתי המשפט המחוזיים לאחר דחיית הסדרי הטיעון בין הצדדים. המדינה אינה מתעלמת מן ההלכה לפיה מטרתו של דיון נוסף היא קביעת הלכה בסוגיה משפטית עקרונית, אך סבורה היא כי אם תתקבל עמדתה יש לתת ביטוי לכך בביטול פסק הדין שלערעור, שכן אומצו בו הסדרי טיעון שאינם ראויים. מנגד, טענו באי-כוח המשיבים, כי תהא אשר תהא ההכרעה בשאלה העקרונית, יהיה זה בלתי צודק להפוך את ההכרעה שנתקבלה בערעור ולהחמיר בעונשם של המשיבים במסגרת הדיון הנוסף.

לאחר שעיינו בטענות הצדדים לא ראינו להתערב בתוצאה העונשית של הערעורים הנדונים. נפרט את עמדתנו בענין זה להלן.

ע"פ 7132/02 פרץ נ' מדינת ישראל

36. כזכור, בפרשה זו הואשמו המשיבים 1 ו-2 באינוס תוך ניצול מצב של חוסר הכרה ובנוכחות אחר. במסגרת הסדר הטיעון שהושג בין הצדדים תוקנו העובדות המפורטות בכתב האישום ושונה סעיף האישום מאינוס למעשה מגונה. לא למותר לציין כי שינוי זה נעשה, בין השאר, בעקבות קושי ראייתי שהתעורר בתיק. בנוסף לשינוי בסעיפי האישום הושגה גם הסכמה לגבי העונש ובהתאם להסכמה זו ביקשה התביעה עונש של 18 חודשי מאסר בפועל והסניגור ביקש להסתפק ב-6 חודשי מאסר שיבוצעו על דרך של עבודות שירות. לתמיכה בהסדר הטיעון העלה בא-כוח התביעה מספר טענות ובין השאר טען כי התביעה הגיעה להסדר הטיעון לנוכח עמדתה של המתלוננת אשר סלחה למשיבים ואין היא מעוניינת בניהול המשפט. כאמור, בבית המשפט המחוזי נדחה הסדר הטיעון שהציגו הצדדים. בית המשפט המחוזי סבר כי התביעה לא איזנה כראוי בין השיקולים השונים וכי העונש שהוצע במסגרת ההסדר אינו הולם את חומרת המעשים. במיוחד ביקר בית המשפט המחוזי את התחשבות התביעה בעמדת המתלוננת ולשיטתו, לעמדה זו ניתן משקל רב מדי. בית המשפט המחוזי גזר, איפוא, על כל אחד מן המשיבים 5 שנות מאסר, מתוכן 3.5 שנים לריצוי בפועל. בעקבות גזר דין זה ערערו המשיבים לבית המשפט העליון ובדיון בערעור הודיעה המדינה כי היא אינה תומכת בהסדר הטיעון שהושג עם המשיבים בבית המשפט המחוזי. מטיעוניה של המדינה בערעור עלה כי היא סבורה שהתביעה בבית המשפט המחוזי איזנה באופן שגוי בין השיקולים השונים וכתוצאה מכך, העונש שהוצע במסגרת ההסדר לא קיים את נוסחת האיזון שנקבעה בפסק דין הסדרי הטיעון. לטענת המדינה, אכן, היה קיים קושי ראייתי בתיק ואכן היו נימוקים נוספים שתמכו בהסדר הטיעון – כגון עברם הנקי של המשיבים, ההמנעות מהצורך להעיד את המתלוננת וכן עמדתה של המתלוננת כי היא סולחת למשיבים – אך למרות זאת, העונש שהוצע היה קל מדי ולא היה בו כדי לקיים את נוסחת האיזון. לפיכך, בחרה המדינה להגן בערעור על גזר הדין שדחה את ההסדר והתנערה מהעמדה שהציגה בבית המשפט המחוזי. כאמור, בית משפט זה קיבל את ערעור המשיבים וגזר את דינם על פי העונש שהציעה התביעה בבית המשפט המחוזי במסגרת הסדר הטיעון. משראה ההרכב שדן בערעור לאשר את העונש שנקבע בהסדר הטיעון איננו רואים מקום להתערבותנו ולשינוי גזר הדין במסגרת דיון זה.

37. בבוחננו כיום את עמדת המדינה בערעור סבורים אנו כי ספק אם היה בסיס מספיק לחזרתה מהעמדה שהציגה בהסדר הטיעון. אכן, מעשיהם של המשיבים היו מעשים חמורים עד מאוד וחומרתם המיוחדת נובעת מהעובדה כי ביצעו את העבירות בצוותא ואף צילמו את עצמם במהלך הארוע. בהתחשב בכך נראה כי העונש שהוסכם עליו בהסדר הטיעון נטה לקולה. אף על פי כן ניתן היה, בנסיבות מקרה מיוחד זה, לקיים את העונש עליו הוסכם. המשיבים היו בעת הארוע כבני 22, נטולי עבר פלילי. המשיבים הודו במעשיהם בבית המשפט והביעו חרטה עמוקה וכנה. התסקירים שהוגשו בעניינם של המשיבים היו חיוביים וצוין בהם כי עונש מאסר ממושך עלול להוביל להתדרדרות קשה במצבם של המשיבים ולהקשות על אפשרות שיקומם בעתיד. לכך יש להוסיף כי הודיתם של המשיבים נמסרה בשלביו הראשונים של המשפט ובכך חסכה זמן שיפוטי יקר. חשוב מכך, לנוכח הודיתם של המשיבים נחסכה מהמתלוננת מסירת העדות בבית המשפט וכן נחסכה ממנה העמידה בחקירה נגדית. כמו כן, עמדתה של המתלוננת ביחס להסדר הטיעון, שניתנה בהתאם להוראותיו של סעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, היתה חיובית ובא-כוח התביעה הודיע בבית המשפט המחוזי כי המתלוננת סלחה למשיבים והיא אינה מעוניינת בניהול המשפט.

כאמור, הכלל המקובל גם על התביעה הוא שיש להגן על הסדר הטיעון גם בשלב הערעור למעט במקרים חריגים. ספק אם המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים חריגים, אף כי העונש שנקבע בהסדר הוא עונש שהקל עם המשיבים במידה ניכרת. בין יתר השיקולים, היה מקום ליתן משקל לציפית המשיבים כי ייגזר עליהם עונש מאסר בפועל שלא יעלה על 18 חודשים וכן ליתן משקל לאינטרס הציבורי בשמירה על מוסד הסדרי הטיעון. לאמור לעיל יש להוסיף כי בענייננו, לא נמסרה למשיבים אזהרה מראש בדבר זכותה ויכולתה של התביעה לחזור בה מהסדר הטיעון בערכאת הערעור. העדר האזהרה בנסיבות בהן אין ניתן לקבוע כי המשיבים היו מודעים לאפשרות זו הינה נסיבה משמעותית, המצטרפת לטעמים האחרים התומכים בהגנה על ההסדר, ומוסיפה להם משקל נכבד. הנה כי כן, אף אם לדעת המדינה נפלה טעות בשיקול דעתה בערכאה הדיונית, הרי לא שוכנענו כי טעות זו היא מסוג הטעויות שיש בהן כדי להצדיק נסיגה מהעמדה שהוצגה במסגרת הסדר הטיעון.

ע"פ 7418/02 מזרחי נ' מדינת ישראל

38. בפרשה נשוא ערעור פלילי זה הואשם המשיב 3 באינוס ובביצוע מעשה סדום בנערה הסובלת מפיגור קל. על פי כתב האישום, בעל המשיב 3 את המתלוננת בשלוש

הזדמנויות באומרו לה שיתחתן עימה, כשהוא מודע לליקוי ממנו סובלת המתלוננת ותוך שהוא מנצל נסיבה זו להשגת הסכמתה. עם פתיחת המשפט הודיעו הצדדים לבית המשפט כי הגיעו ביניהם להסדר טיעון והמשיב מסר הודאה בעבירות שיוחסו לו. הצדדים הודיעו כי הגיעו ביניהם להסכמה ביחס לעונש וכי הם מבקשים מבית המשפט להטיל על המשיב עונש של 6 חודשי מאסר בפועל שירוצו על דרך של עבודות שירות וכן עונש של מאסר על תנאי. בעת הטיעון לעונש בבית המשפט המחוזי ציין בא-כוח התביעה כי על אף שנראה, לכאורה, כי קיימת אי-התאמה ניכרת בין המעשים בהם הואשם המשיב לבין העונש שהוצע בסופו של דבר הרי שבנסיבותיו המיוחדות של המקרה, יש מקום לאמץ את הסדר הטיעון. בא-כוח התביעה הסביר, כי הפיגור ממנו סובלת המתלוננת הוא פיגור קל ביותר ופנייתה של המתלוננת למשטרה נעשתה לאחר שהבינה כי המשיב לא יקיים את הבטחתו להינשא לה. בא-כוח התביעה עמד על ההתלבטות הרבה שהיתה בפרקליטות אם ראוי להגיש כתב אישום במקרה זה ובסופו של דבר הוחלט על הגשת כתב האישום מתוך מחשבה כי אין מקום לבקש במקרה זה מאסר של ממש. עוד הוסיף בא-כוח התביעה וציין כי בתיק קיים גם קושי ראייתי מסוים משום שמבדיקות שנערכו למתלוננת עלה כי היא נוטה לדמיונות ולתיאורים מופרזים. באי-כוח שני הצדדים עמדו על כך שהחומרה העיקרית במקרה דנן היתה בדרך בה הושגה הסכמתה של המתלוננת לביצוע המעשים וכי הפגיעה המרכזית שנגרמה למתלוננת היתה תחושתה כי רומתה בהטחות שווא ובדברי הפיתוי שהשמיע המשיב. טענות אלו אומתו גם בתסקיר הקורבן שהוגש לבית המשפט. בית המשפט המחוזי נחלק בדעתו ביחס להסדר הטיעון. השופט י' צבן סבר כי במקרה דנן לא קיים טעם לחרוג מההסדר וזאת לנוכח הקשיים שעמדו בפני התביעה בתיק, היותה של העבירה ברף התחתון מבחינת החומרה והמדיניות הכללית של כיבוד הסדרי טיעון. ואולם, השופט צבן נותר בדעת מיעוט. שני השופטים האחרים, השופט מ' רביד והשופט י' הכט, סברו כי בנסיבות המקרה דנן, יש מקום להשית על המשיב עונש מאסר לריצוי מאחורי סורג וברית ועל אף הנימוקים התומכים בהסדר הטיעון אין מקום לאמצו. לפיכך, גזר בית המשפט, בדעת רוב, 12 חודשי מאסר בפועל וכן מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים נוספים. כאמור, המשיב ערער על גזר הדין לבית המשפט העליון ובדיון בערעור הציגה המדינה עמדה המגינה על גזר הדין. לטענתה, לאחר עיון מחודש בראיות שהיו בתיק הגיעה התביעה למסקנה כי ההסדר התבסס על שיקולים מוטעים וכי העונש שנגזר על ידי בית המשפט המחוזי על המשיב 3 הוא העונש הראוי. בבית משפט זה התקבל ערעורו של המשיב ודינו נגזר בהתאם למוסכם בהסדר הטיעון. אף בעניינו של המשיב 3 לא ראינו להתערב במסגרת דיון זה בעונש שגזר עליו בית-המשפט משהתקבל ערעורו.

39. אשר לעמדת התביעה בערעור- כשאנו בוחנים את מכלול הנסיבות, ניתן להבין את התלבטותה של התביעה באשר להגנה על הסדר הטיעון, שכן מדובר היה בהסדר שהקל במידה ניכרת עם המשיב. עם זאת, במקרה דנן הציגה התביעה בבית המשפט המחוזי נימוקים לתמיכה בהסדר אשר נבעו הן מהפן הראייתי בתיק והן מהפן הנורמטיבי בו. הסדר הטיעון הושג במקרה זה עם פתיחת המשפט תוך חסכון בזמן ותוך שנמנע הצורך בשמיעת עדות המתלוננת. כשאנו בוחנים את נסיבות המקרה דנן לפי אמות המידה עליהן עמדנו לעיל נראה כי בנסיבות הענין היה מקום להתחשב בציפיתו של המשיב בהתאם להסדר הטיעון. נוסף עוד, כי גם אם היה ממש בביקורתו של בית המשפט המחוזי על הסדר הטיעון, נראה כי היקף הטעות בשיקול הדעת עליו עמד בית המשפט המחוזי אינו כה נרחב ובהעדר טעמים מיוחדים לכך היה מקום ליתן משקל לאינטרסים הקיימים בהגנה על הסדרי הטיעון גם בערכאת הערעור. לאמור לעיל יש להוסיף, כי גם בפרשה זו, לא הוזהר המשיב מראש בדבר יכולתה של התביעה להתנער בערכאת הערעור מעמדתה המקורית וגם במקרה זה לנסיבה האמורה יש ליתן משקל נכבד במסגרת השיקולים להגנה על ההסדר.

40. הנה כי כן, באשר לעמדה שהציגה המדינה בערעור ביחס לעונשם של המשיבים – אף כי היתה מובנת על רקע גזרי הדין שהיו בפניה – ספק אם עומדת היא באמות המידה עליהן עמדנו בדיוננו זה. נזכור כי המקרים הם קשים וגבוליים, מה גם שאמות המידה האמורות לא עמדו לנגד עיני התביעה בעת שגיבשה את עמדתה ביחס לעונש בערעורים הנדונים.

אשר על כן, עונשם של המשיבים יותר בעינו, כפי שנגזר בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף. באשר למשיב 3, אשר ביצוע עונשו עוכב, יגיש הממונה על עבודות השירות חוות דעת בעניינו בתוך 30 ימים ועם קבלתה נשלים את פסק הדין בעניינו.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא:

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי השופטת ביניש.

ככלל - ואם לא התנתה במפורש אחרת במסגרת הסדר הטיעון שכרתה עם הנאשם - מוטל על התביעה להגן על הסדר הטיעון גם לפני ערכאת הערעור. יוצאים

מכלל זה מקרים חריגים שבהם, לאחר מעשה, נוכחת התביעה לדעת כי שגתה בהסכמתה להסדר; אם לנוכח עובדות חדשות שנתגלו לה, ושלא הייתה ערה לקיומן בעת שהסכימה להסדר הטיעון, ואם מפני שנימוקי גזר-דינו של בית-המשפט שלדיון, לסירובו לכבד את בקשתה לעניין העונש שיוטל על הנאשם, שכנעו אותה כי הסכמתה להסדר הטיעון הייתה, מעיקרה, מוטעית. אלא שלהצדקת השינוי בעמדתה מוטל על התביעה לפרט, במסגרת טיעונה לפני ערכאת הערעור, את העובדות והשיקולים שעל יסודם הגיעה למסקנה כי שגתה בהסכמתה להסדר הטיעון (ע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45, 57-58, וע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672, 682). על-כל-פנים, בעצם העובדה שהערכאה הדיונית גזרה על הנאשם עונש חמור מזה שהתבקש מידה על-ידי התביעה, על יסוד הסדר הטיעון, אין כדי לשחרר את התביעה מן החיובים שנטלה על עצמה כלפי הנאשם במסגרתו של ההסדר; שכן, במהותם, חיובים אלה אינם שונים מכל התחייבות - חוזית או שלטונית - שהרשות נוטלת על עצמה כלפי היחיד, שהשתחררותה ממנה מותנית בהתקיימותם של צורכי ציבור חיוניים (א' גזל, "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון", דין ודברים א (תשס"ה-2004) 507). מכאן לכאורה נובע כי תיטיב התביעה לעשות אם בהסדרי טיעון שהיא כורתת עם נאשמים תקפיד לכלול תנאי מפורש, המגביל את חיוביה לפעול על-פי ההסדר למסגרת ההליך המתקיים לפני הערכאה הראשונה. עם זאת מוצא אני טעם להדגיש: הכללתו בהסדר הטיעון של תנאי כזה תאפשר אמנם לתביעה לשוב ולשקול את העמדה שתנקוט לפני ערכאת הערעור, מבלי שתהיה תלויה בהתקיימות נסיבות שבכוון להצדיק את השתחררותה מחיובה החוזית או השלטונית על-פי ההסדר; אך גם בהכללתו של תנאי כאמור אין כדי לפטור את התביעה - בטיעונה לפני ערכאת הערעור - מחובתה להצדיק שינוי שחל בעמדתה בנימוקים נכוחים וראויים.

בעיקרו (הגם שלא בכל פרטיו ודקדוקיו) מתיישב פסק-דינה של השופטת ביניש עם גישתי האמורה. כן הוא מתיישב עם אמות המידה שנקבעו, זה לא כבר, בפסק-דיננו המוסכם בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577. כחברתי הנכבדה, אף אני סבור, כי בפרשות נשוא הדיון הנוסף לא הניחה המדינה בסיס איתן להצדקת חזרתה בשלב הערעור מהסדרי הטיעון שכרתה עם המשיבים לקראת הדיון במשפטיהם לפני הערכאה הראשונה. מטעם זה תמכתי, בשלב הדיון בערעור, בקבלת ערעוריהם של המשיבים, ומטעם זה אני מסכים לדחיית עתירת המדינה שלפנינו.

המשנה לנשיא (בדימ')

## המישנה לנשיא מ' חשין:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי, השופטת ביניש.

2. שלושה "בעלי-ענין" הם לפנינו, וכל אחד מן השלושה מהווה קודקוד אחד משלושה קוקודיו של משולש. ואלה הם שלושה הקודקודים: בית המשפט העליון, התביעה (המדינה), נאשם שהורשע בדינו ועתה מתדיין הוא לפני בית המשפט העליון (הנאשם). כל צלע מצלעות המשולש - צלע שבין קודקודים - מייצגת מערכת-יחסים בין שני הקודקודים שבצידה, ואלו הן שלוש מערכות-היחסים: מערכת יחסים תביעה - נאשם; מערכת יחסים בית-משפט - תביעה; מערכת יחסים בית-משפט - נאשם. ואין שלוש מערכות אלו שוות-מעלה. מערכת היחסים השלישית - זו מערכת היחסים שבין בית המשפט לבין הנאשם - בה עיקר, היא במרכז, ושתי מערכות-היחסים האחרות קדות ומשתחוות לה; שתי מערכות-יחסים אלו המישניות: זו מערכת יחסים תביעה - נאשם וזו מערכת יחסית בית-משפט - תביעה, אינן אלא בבחינת מספקות חומר גלם למערכת היחסים העיקרית - מערכת היחסים בית-משפט - נאשם, ולסיום ההליכים במערכת זו גוזר בית המשפט דינו של נאשם. פל נטעה: באומרנו כי שתי מערכות היחסים המישניות הן בבחינת מספקות חומר גלם למערכת היחסים השלישית, אין בכוונתנו למעט מחשיבותן; לולא אותן השתיים לא היה נולדת המערכת השלישית, ומשקמו ונהיו - נתמלאו תנאים מוקדמים להתהוותה של המערכת השלישית אף-היא. יתר-על-כן: אם ייאמר כי לעת הליכי ערעור אין התביעה מותרת לשנות מדעתה באשר להסדר טיעון שעשתה - ולו במקום שבית-משפט שלדיון החליט שלא לכבד הסדר טיעון שנכרת - כי-אז אפשר לא תראה המערכת השלישית כלל אור עולם. ואולם זאת נזכור ונשמור, שבסוף-כל-הסופות בית המשפט הוא המכריע לשבט או לחסד, ובמקום שהדין הוא לשבט - הוא הגוזר עונש. הסמכות והכוח לענישה - ובהם עיקר - הם בידי בית המשפט; האחריות לענישה על כיתפי בית המשפט מונחת היא; ומילתו של בית המשפט היא המילה האחרונה והקובעת. נדע מכאן, כי עמדתה של התביעה באשר לגזירת העונש, חשובה ככל שתהא, אין היא אלא אחד המרכיבים בשיקול דעתו של בית המשפט - מרכיב חשוב, מרכיב מרכזי, ללא כל ספק - ואולם כנגדו ובצידו יתייצבו במקרים המתאימים שיקולים כיבדי-מישקל העשויים למעט ממישקלו.

3. בפרשת פלוני נ' מדינת ישראל (ע"פ 1958/98, פ"ד נז(1) 577; פרשת פלוני) עמד בית המשפט העליון, מפי השופטת ביניש, על השיקולים האמורים להדריך בית-משפט לעת שהסדר טיעון מוצג לפניו, ועל המישקל היחסי שיש וראוי ליתן לכל אחד

מן השיקולים במערכות עובדות אלו ואחרות. אותו "מדריך-לעונש" ישווה גם בית-משפט שלערעור נגד עיניו, אלא שלשיקולים הניצבים נגד עיניו של בית המשפט שלדיון ייוספו אותם שיקולים הנדרשים מתוך האירוע המיוחד של אי-כיבוד הסדר הטיעון בערכאת הדיון. כך יהיה, ומנקודת ראותם של שלושת הקודקודים: תוחלתו הנכזבת של הנאשם, שיקוליה השונים של התביעה בערכאת הדיון ובערכאת הערעור, ושיקוליו של בית-משפט קמא לעת שסירב לכבד את הסדר הטיעון. על שיקולים אלה עמדה באריכות חברתי השופטת ביניש ולא אוסיף. בה-בעת לא אלאה מהזכיר כי "הסמכות להשית עונשים על מי שהורשעו בדינם ניתנה לבתי המשפט, להם ולא לאחר זולתם. ועם הסמכות באה האחריות, שהרי כידוע אין סמכות בלא שתילוה אליה אחריות, כשם שלא תתקיים אחריות אלא אם נלוותה אליה סמכות" (ע"פ 1289/93 יאיר לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158, 171).

### המישנה לנשיא

#### הנשיא א' ברק:

מסכים אני לפסק דינה של חברתי השופטת ד' ביניש ולהערתו של חברי המישנה לנשיא מ' חשין.

1. בדומה לשופטת ד' ביניש, סבור אני כי הסדר הטיעון הינו התחייבות של התביעה להביא עמדה עונשית מקלה בפני ערכאת הדיון. גם לדעתי, ככלל, ראוי שהתביעה תכבד הסדרי טיעון שערכה עם הנאשם גם בפני ערכאת ערעור. אמון הציבור ברשויות התביעה מחייב, ככלל, הצגת עמדה מוסדית אחידה ומגובשת. אך לכלל זה עשויים להיות חריגים. למעשה, אין מחלוקת בין בעלי הדין כי לא ראוי לקבוע באופן גורף כי התביעה לעולם מחויבת להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור. גזר הדין, הבוחן עמידתו של ההסדר ב"מבחן האיזון" - על-פי אמות המידה שהותוו בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1), 577 (להלן – פרשת פלוני) - הוא נתון נוסף העומד בפני התביעה, המחייב בחינה מחדש של עמדתה. השיקולים השונים שצריכים לעמוד בפני התביעה בגיבוש עמדתה בפני ערכאת הערעור, עליהם עמדה בהרחבה השופטת ד' ביניש, מקובלים עלי.

2. מסכים אני כי ביקורת של בית המשפט כלפי הסדר הטיעון אינה מחייבת בהכרח שינוי בעמדת התביעה, אך היא מחייבת בחינה מחודשת של מכלול השיקולים והאיזון ביניהם. בשלב הערעור, נדרש בית משפט שלערעור לבחון את פסק הדין שדחה

את הסדר הטיעון. על ערכאת הערעור לבחון האם ראוי היה לו, לבית המשפט קמא, לאמץ את הסדר הטיעון שהוצג לו מטעם התביעה וההגנה. משדחה בית המשפט קמא את ההסדר, צריכה ערכאת הערעור לבחון האם על פי "מבחן האיוון" ראוי היה לאמץ את ההסדר שנעשה (ראו, למשל, ע"פ 3694/00 מורדוף נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 4886/02 גלישקו נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 875). התביעה, כבעל דין בהליך הערעור, אינה יכולה להתעלם מפסק הדין נשוא הערעור. היא מחויבת להתייחס אליו באופן ענייני, ולבחון לאורו את עמדתה בערעור. אין המדובר אך בשמירה על "כבודו" של בית המשפט. הדבר נובע מעצם טיבעו של ערעור, המחייב את המתדיינים לגבש עמדה עדכנית ביחס לפסק הדין נשוא הערעור. התביעה חייבת, איפוא, להתמודד בצורה ישירה עם הביקורת שבגזר הדין. הביקורת מצריכה, לרוב, בחינה מחודשת של השיקולים ובמקרים חריגים עשויה להביא אף לשינוי בעמדה המקורית. לעמדת התביעה אין ערך ממשי אם היא מבוססת כל כולה על היצמדות להסדר הטיעון משיקולים פורמאליים. על התביעה להתמודד עניינית עם גזר הדין שלא אימץ את הסדר הטיעון (בנימוק שאינו עומד ב"מבחן האיוון"). גזר הדין אינו אך נסיבה חדשה. הוא ההחלטה נשוא הערעור הפלילי. הוא נקודת המוצא להפעלת הביקורת השיפוטית בערעור.

3. כפי שציינה השופטת ביניש, עמדת התביעה היא אך נתון אחד בשיקולי בית המשפט, המבקר את גזר הדין של בית המשפט קמא. במסגרת הערעור, על בית המשפט להידרש לשתי שאלות נפרדות. ראשית, האם היה מקום לסטות מהסדר הטיעון. שנית, האם היה מקום להטיל את העונש שנגזר על הנאשם הלכה למעשה. אם ישיב בית המשפט בשלילה על השאלה הראשונה, יקבל בית המשפט את הערעור ויגזור עונש התואם את הסדר הטיעון. אם ישיב בשלילה אך על השאלה השנייה, יעמיד בית המשפט את העונש על עונש ההולם את הנסיבות (בהתחשב באמות המידה שנקבעו בפרשת פלוני).

4. השאלה המרכזית העומדת, איפוא, בפני ערכאת הערעור היא האם בדין קבע בית המשפט קמא כי הסדר הטיעון אינו מקיים את "מבחן האיוון". "מבחן האיוון" עוסק בשאלה האם נשמר איוון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם, לבין התועלת שיש בהסדר לאינטרס הציבור. מלאכת האיוון היא מלאכה מורכבת. מלאכת האיוון מתבססת על שיקולים נוגדים. מצד אחד ניצבים היתרונות הגלומים בהסדר, ובכלל זה הימנעות מקשיים הצפויים בניהול המשפט, התחשבות בנפגע העבירה, הודיית הנאשם וקבלת אחריות למעשיו, וחסכון בזמן שיפוטי ובמשאבי התביעה. מצד שני נשקלים מידת ההקלה לה זכה הנאשם עקב הסדר הטיעון, בהתחשב בסיכויי

ההרשעה אלמלא ההסדר, על רקע החשש לפגיעה באמון הציבור במערכת אכיפת החוק ובאינטרס הציבורי שבהפעלת מדיניות ענישה הולמת. השאלה היא האם מתקיים איזון הולם בין היתרונות שבהסדר הטיעון (לציבור ולנאשם) לבין מדיניות הענישה הראויה.

5. התביעה, המעבירה את הסדר הטיעון בכור ההיתוך של "מבחן האיזון", פועלת כרשות מינהלית עצמאית. התביעה מעריכה את התוצאות הצפויות של משפט ללא הודיית הנאשם, את הסיכוי להרשעה, היא נדרשת למידת המהימנות שעשוי בית המשפט לייחס לראיות. התביעה נשענת על ידע, מקצועיות ונסיון המסייעים בידה להעריך את תוצאות ניהולו של משפט מלא ללא הודייה ולגבש עמדה לגבי הסדר הטיעון. המדובר בשאלה של הערכה – עובדתית ומשפטית. מעצם טיבה, ייתכנו לגביה מסקנות שונות. מבחן האיזון אינו מכתוב תוצאה חד ערכית. אמות המידה שנקבעו בפרשת פלוני יוצרות, על-פי-רוב, מתחם ענישה רחב למדי מבחינת רשויות התביעה. התביעה היא רשות מינהלית המפעילה סמכות שלטונית. בהפעלת סמכותה היא פועלת באופן עצמאי ומסור לה, במישור המינהלי, שיקול דעת רחב. ודוק, שיקול הדעת אם לאמץ את הסדר הטיעון אם לאו נתון לבית המשפט. כאשר בית המשפט אינו מאמץ את עמדת התביעה, הדבר אינו מלמד, כשלעצמו, כי נפל פגם מהותי בהתנהלותה של התביעה. רשויות התביעה לחוד ובית המשפט לחוד. השיקולים אינם בהכרח זהים. בית המשפט המפעיל שיקול דעת עצמאי בגזירת העונש עשוי לסטות מהסדר הטיעון, גם כאשר התנהלות התביעה מצויה במתחם הסבירות במישור המינהלי.

6. אכן, בית המשפט אינו מאמץ, בהכרח, את האיזון שערכה התביעה בין השיקולים השונים העומדים ביסוד הסדר הטיעון. מבחינת הפאן הראייתי, בית המשפט אמנם חי, על-פי-רוב, מפי התביעה. הוא אינו מכיר את הראיות ווודאי שאינו בוחן אותן. לא כן בכל הקשור לשיקולים האחרים, כגון הפאן הנורמטיבי, הפאן המערכתי, מדיניות הענישה ואינטרס הציבור. חובת ההגינות כלפי הנאשם אינה חלה בעוצמה שווה על בית המשפט. בית המשפט מביא כמובן בחשבון את ציפיותיו של הנאשם ושוקל, כחלק מהאינטרס הציבורי, את האינטרס שבשימור מוסד הסדרי הטיעון. אך הוא עצמו אינו מחויב כלפי הנאשם לא במישור החוזי ולא במישור המינהלי. כל אלה עשויים להביא לכך שגזר הדין יחרוג מהסדר הטיעון, גם כאשר התביעה, מצידה, לא פעלה בחוסר סבירות כרשות מינהלית. בדומה, בשלב הערעור התביעה עשויה לסבור כי ההסדר לא קיים את מבחן האיזון ובצדק סטה ממנו בית המשפט קמא, ואילו בית משפט של ערעור יפסוק אחרת.

7. למותר להזכיר כי הערעור הפלילי, עניינו ביקורת שיפוטית-ערעורית על גזר הדין ולא ביקורת שיפוטית-מינהלית על התביעה. בחינתה של עמדת התביעה היא

שאלה צדדית השזורה בשאלה האם ערכאת הערעור צריכה לשנות מגזר הדין. נפקות הקביעה כי נפל פגם בהתנהלות התביעה הפוסל את עמדתה באופן מהותי היא התעלמות מעמדת התביעה מצד ערכאת הערעור. בית המשפט יקבע כי שיקול הדעת של התביעה הוא פגום עד כדי כך שיש להתעלם ממנו רק כאשר עמדת התביעה היא בלתי סבירה באופן מהותי ועל כן נפגמת היא על פי כללי תורת שיקול הדעת המינהלי (השוו, בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485). קיים מתחם סבירות רחב לגבי התנהלות התביעה. אם עמדת התביעה היא עמדה אפשרית המצויה במתחם הסבירות, אין מקום לפסילתה על פי תורת שיקול הדעת המינהלי ואין מקום להתעלם ממנה בבית משפט שלערעור. ראוי שבית המשפט יגלה איפוק בבואו לשלול את הלגיטימיות של עמדת התביעה ולקבוע שזו פעלה שלא כראוי. ככל שעמדת התביעה היא סבירה, על בית המשפט להביאה בחשבון, הגם שאין הוא מחויב כמובן לאמצה. עצם העובדה שפסיקת בית המשפט שונה בסופו של דבר מעמדת התביעה, אין בה כדי ללמד על כך שהתביעה פעלה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי.

8. באשר לשאלה השניה העומדת בפני ערכאת הערעור – האם העונש שנגזר הוא מופרז – יש לזכור כי אין בית המשפט של ערעור נוהג להתערב בשיקוליה ובמסקנותיה של ערכאת הדיון, אלא כאשר גזר הדין חורג באורח ניכר מהעונש שראוי היה להטיל. גם כאשר העונש נוטה לחומרא, ערכאת הערעור אינה מתערבת אם העונש אינו מופרז (ע"פ 326/99 עבוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). "כידוע, אין ערכאת הערעור מעמידה את עצמה בנעלי הערכאה הדיונית לענין מידת העונש; והתערבותה בהקשר זה, מצומצמת לנסיבות שבהן הערכאה הדיונית נכשלה בטעות או שהעונש שנגזר על ידה חורג במידה קיצונית מן העונשים המוטלים, בדרך כלל, בנסיבות דומות" (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

9. לבסוף, מסכים אני עם חברתי השופטת ביניש כי יש להתיר בעינו את עונשם של המשיבים, כפי שנגזר בערעור נשוא הדיון הנוסף. מצויים אנו בדיון נוסף, אשר במרכזו לא עומד המקרה הפרטיקולרי שהוכרע בבית המשפט העליון, אלא ההלכה הכללית שנפסקה. לכן אין מקום בשלב דיוני זה, ונוכח הזמן שחלף ועינוי הדין המתמשך למשיבים, לשנות מן התוצאה העונשית שנפסקה בערעור. לו נדרשתי לגופם של דברים, איני משוכנע כי הסדרי הטיעון בשתי הפרשיות עמדו ב"מבחן האיזון", במיוחד ככל שמדובר בע"פ 7418/02 (פרשת מזרחי).

## השופט (בדימ') י' טירקל:

1. אני סומך ידי על חוות דעתה של חברתי הנכבדה, השופטת ד' ביניש ועל הערותיהם של חברי הנכבדים הנשיא, המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא והמשנה לנשיא מ' חשין.

בחוות דעתה עמדה השופטת ד' ביניש בפירוט על הטעמים המצדיקים תמיכה של התביעה בהסדרי הטיעון בדיון בערעור וכן על הטעמים המצדיקים את שינוי העמדה מצדה. בין הטעמים לתמיכה בהסדר ציינה את חובת ההגינות של התביעה כלפי הנאשם. אוסיף דברים מספר על חשיבותה של חובה זאת, הנגזרת, לדעתי, מחובתן של רשויות השלטון לנקוט ביחסייהן עם הציבור ובני הציבור באמות מידה מוסריות וצודקות, ומושתתת על ערכים כתום לב, הגינות ויושר.

2. חז"ל הציבו בפני היחיד את הדרישה לשאת ולתת באמונה ואת הדרישה לעמוד בדיבורו, ודומה שהעמידו דרישות אלה בתחום המוסרי והאתי יותר משהעמידו אותן בתחום החיוב המשפטי. אולם, כאמור לעיל, חלות דרישות אלה לא רק על היחסים שבין אדם לחברו אלא גם על היחסים שבין רשויות השלטון ושל בעלי תפקידים ברשויות אלה לבין הציבור ובני הציבור (דברי בבג"ץ 5319/97, 5706, 5707 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי; זמטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד נא(5) 67, 96 (להלן – "פרשת קוגן")). בעיני, יש דמיון בין יחסים אלה ליחסים בין מתקשרים בחוזה, וראוי לתת את הדעת על נטייתם של בתי משפט בארה"ב לבחון יחסים אלה באספקלריא של יחסים חוזיים; אם כי, כמובן, הדמיון איננו שלם (ראו הסתייגותה של השופטת ד' ביניש בסעיף 32 לחוות דעתה).

על חובה זאת של המדינה נאמר:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל. - - מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד ענינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות" (דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 840/79 המ' 830/79, 860 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(3) 729, 745 - 746).

עוד נאמר על כך כי:

"על רשויות השלטון מוטלת החובה לכבד הסכמים עליהן הן חותמות. - - - חובת הרשות לקיים את התחייבויותיה והבטחותיה יונקת, אפוא, מתקנת הציבור - - - היא מתבקשת גם מן החובה הכללית שלה כפוף השלטון, לנהוג בהגינות ובסבירות" (דברי השופט (כתוארו אז) ת' אור בפרשת קוגן, בעמ' 78).

ובמקום אחר:

"חובת ההגינות המחייבת רשות בפעולותיה עם האזרח מכח המשפט הציבורי הינה קודמת, רחבה יותר ומחמירה יותר מחובת תום הלב הנובעת מדין החוזים, והיא חלה על הרשות בכל מגוון פעולותיה הן בתחום המשפט הפרטי, והן בתחום הציבורי - - - מהרשות הציבורית תידרש אפוא אמת-מידה של הגינות בהתקשרותה החוזית עם הפרט, העולה על זו הנדרשת מן המתקשר הפרטי" (דברי השופטת א' פרוקצ'יה בע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 45 - 46. וראו גם בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 316 - 319; ע"א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה (1990) בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(4) 145, 153; ד' ברק האחריות החוזית של רשויות המינהל (תשנ"א) 57 - 62; ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 660 - 661; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תשנ"ט) 42 - 44, 118 - 119).

3. עלינו לעמוד על משמר קיומן של חובות אלה של רשויות השלטון. אל לנו לשכוח כי ההגנה על אמות מידה מוסריות ועל ערכים של תום לב, הגינות ויושר - אפילו במחיר של תמיכה בהסדר טיעון שבית המשפט פסל אותו - היא הגנה על חוסנה של החברה וגם חיזוק של האמון שהציבור נותן ברשויות השלטון.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט א' ריבלין:

אני מסכים לפסק-דינה של חברתי, השופטת ד' ביניש, ומצטרף להערוותיהם של חברי, הנשיא ברק, המשנה-לנשיא א' מצא, המשנה-לנשיא מ' חשין והשופט י' טירקל.

ש ו פ ט

## השופטת א' פרוקצ'ייה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק-דינה של חברתי, השופטת ד' ביניש.

ש ו פ ט

## השופט א' א' לוי:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי, השופטת ביניש.

ש ו פ ט

## השופט א' גרוניס:

1. גישתי שלי שונה מגישתם של חבריי. אף שמסכים אני כי התביעה איננה כבולה באופן מוחלט להסדר הטיעון שעשתה שעה שהבעיה מתעוררת בערכאת הערעור, הרי לטעמי רק במקרים חריגים ביותר תהא רשאית היא לחזור בה מהסכמתה. כך במיוחד עת שבהסדר לא נכללה אזהרה לעניין זה, קרי שהתביעה איננה מחויבת לתמוך בהסדר בפני ערכאת הערעור. והעיקר, דעתי היא כי באותם מקרים נדירים, ומשעה שהתביעה תומכת בפני ערכאת הערעור בעונש החורג מהסדר הטיעון, יש ליתן לנאשם (המערער) את האפשרות לחזור בו מהודייתו.

2. נקודת המוצא עליה מבוססת גישתי מקורה בפערי הכוחות המובנים בין המדינה, היא המאשימה בהליך הפלילי, לבין הנאשם. כוחותיה של המדינה אדירים הם ומשאביה עצומים. למשטרה ולרשויות התביעה נתונות סמכויות רבות ומקיפות לשם אכיפתו של הדין הפלילי. מנגד עומד הנאשם, שלעתים איננו מיוצג כלל. אומנם, כאשר מדובר בעבירות חמורות יחסית יכול כיום הנאשם דל האמצעים להסתייע בשירותיה של הסניגוריה הציבורית (ראו, חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995). עם זאת, אין זה סוד שהמשאבים העומדים לרשות הסניגוריה הציבורית, למשל לצורך קבלת חוות דעת, הינם מצומצמים ובוודאי שלא ניתן להשוותם כלל לאמצעים הרבים העומדים לרשותה של התביעה. הסדרים שונים במסגרת כללי הדיון הפלילי באים לאזן, ולו במעט, את חוסר השוויון הבסיסי הקיים בין הצדדים הפועלים בהליך הפלילי – המדינה בצד אחד והנאשם מן הצד האחר. כך למשל, חייבת המאשימה לאפשר לנאשם ולסניגורו עיון בחומר חקירה לעניין כתב אישום בעבירה מסוג עוון או פשע (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - חסד"פ)). לעומת זאת,

אין לתביעה זכות מקבילה לעיין עיון מוקדם בחומר הראיות שאסף הנאשם ואשר בכוונתו להגיש (אלא אם מדובר בחוות דעת מומחה: סעיף 83 לחסד"פ). על כן, שעה שבוחנים סוגיות מתחום הדיון הפלילי ודיני הראיות יש להיות ערים ומודעים בכל עת לאותו פער כוחות בין שני הצדדים. יפה שנעשה כן אף כאשר בוחנים אנו את הסוגיה של הסדרי טיעון ואת השאלה האם ועד כמה מחויבת התביעה להסדר שעשתה עם הנאשם.

3. המוסד של הסדרי טיעון קיים בשיטתנו ובשיטות משפט דומות. יש המתנגדים למוסד זה באופן נחרץ והחלטי (ראו לדוגמה, A. W. Alschuler, "The Changing Plea Bargaining Debate", 69 Cal L. Rev. (1981) 652). אין זה המקום לבחון את השאלה האם מוצדק קיומו של מוסד זה. ברור דבר אחד: אלמלא נערכו הסדרי טיעון בין התביעה להגנה הייתה מערכת אכיפת החוק הפלילי קורסת. חלק נכבד מן התיקים הפליליים המוגשים לבתי המשפט אצלנו ובמדינות אחרות מגיעים לסיומם על דרך הסדר טיעון ובלא ניהול משפט מלא על כל הכרוך בכך (ראו, ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (להלן - פרשת פלוני), 588). השיקולים המביאים את המאשימה להסכים להסדר הם, בין היתר, אלה: הידיעה כי לא ניתן לנהל למעשה כל תיק ותיק מתחילה ועד סוף בשל העומס המוטל על בתי המשפט; העדפה שההליך הפלילי יסתיים תוך זמן קצר על פני משפט ארוך שיגיע לסיומו זמן רב לאחר שבוצעה העבירה; קשיים ראייתיים, היינו אפשרות כי בסופו של יום לא תצליח התביעה להרים את הנטל המוטל עליה; רצון להימנע מהעדה של עדים מסוימים בשל הטראומה הנוספת העלולה להיות כרוכה במתן עדות (ועוד לגבי היתרונות הגלומים בהסדרי טיעון מבחינת המדינה והאינטרס הציבורי ראו, פרשת פלוני, בעמ' 590 ואילך). מבחינתו של הנאשם יש להסדר הטיעון יתרון גדול אחד והוא כי העונש שיושת עליו יהא קל יותר מזה לו הוא צפוי אם יורשע בהליך שיתנהל בדרך הרגילה (ראו, פרשת פלוני, עמ' 589). כמוכן, שבכל תיק נתון משתנה המשקל היחסי של השיקולים, בוודאי אלה של התביעה, המובילים להשגתו של הסדר. ההסדר כולל אלמנט משמעותי ביותר מבחינת הנאשם, שהרי ההסכמה להסדר טומנת בחובה הודייה בעובדות שבכתב האישום המוסכם ובכך מוותר הנאשם ממילא על האפשרות שהליך רגיל יסתיים בזיכוי. ברור, אם כן, כי לשני הצדדים המעורבים בהשגתו של הסדר הטיעון יש אינטרס להביא לכך שההליך הפלילי יסתיים בהליך מקוצר. בית המשפט איננו, כמוכן, צד להסדר ועל כן אין ההסכם מחייבו ואין הוא כבול לעונש המוסכם (בין אם מדובר בהסדר הנוקב בעונש מסוים ובין אם מדובר בהסדר המגדיר רף תחתון ורף עליון לעונש). עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שלנאשם יש ציפייה סבירה שבית המשפט לא יחרוג מגדר העונש והרי ברוב המכריע של המקרים הציפייה אינה מתבדה. אכן, כבר

בהסדר עצמו אמור הנאשם להיות מוזהר כי בית המשפט אינו כבול על ידי ההסדר. יתרה מזו, הכלל הוא שעל בית המשפט להזהיר את הנאשם כי אין הוא מחויב להסדר המוסכם. על כן, אם בוחנים את הסדר הטיעון תוך שימוש במשקפיים חוזיות, מתחייבת הקביעה כי לנאשם אין על מה להלין אם בית המשפט חרג מן ההסדר. יחד עם זאת, אין לשכוח את אותה נקודת מוצא עליה הצבענו, לאמור פערי הכוחות שבין השחקנים – המדינה והנאשם. ראוי לזכור, שדיני החוזים כוללים הסדרים מיוחדים הבאים לטפל בסיטואציות חוזיות בהן קיים חוסר שוויון מובנה בין הצדדים לחוזה (למשל, חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982). עתה נתייחס לנושא האם ועד כמה מחויבת המדינה לתמוך בהסדר שעה שנדון ערעורו של הנאשם על כך שנגזר עליו עונש החורג מהסדר הטיעון.

4. בשני המקרים הנדונים בדיון נוסף זה לא כלל ההסדר שהושג עם כל אחד מן הנאשמים הוראה המתירה בנאשם כי אין התביעה חייבת לחזור להסדר הטיעון בפני ערכאת הערעור. כפי שמציינת חברתי, השופטת ד' ביניש, על פי הנחיות פרקליטות המדינה יש לכלול בהסדר התראה מעין זו. לא אתפלא אם בחלק נכבד מן ההסדרים, בוודאי אלה הנעשים לעניין אישומים קלים יחסית, אין הקפדה על ההנחיה הנזכרת. מצב דברים כאמור מעורר שתי שאלות נפרדות: האחת, האם התביעה חייבת לתמוך בפני ערכאת הערעור בהסדר או שמא רשאית היא לטעון שגזר דינה של הערכאה הדיונית נכון וראוי הוא; האחרת, האם הנאשם רשאי לחזור בו מהודייתו אם התביעה איננה מחויבת עוד להסדר.

השאלה האם התביעה מחויבת להסדר גם בפני ערכאת הערעור עשויה להתעורר הן במקרה בו ההסדר כלל התראה בעניין זה ובמיוחד במקרה בו לא הייתה הקפדה על ההנחיה בעניין התראה. אם נתייחס להסדרי טיעון כאל חוזה רגיל, וספק בעיני אם כך ראוי, הרי נצטרך לומר כי לנאשם אין פתחון פה אם ההסדר כלל הוראה לפיה אין התביעה מחויבת לתמוך בהסדר בפני ערכאת הערעור. אף על פי כן, דומה שאין מחלוקת כי גם במצב כאמור הכלל הוא, בכפוף לחריגים, שעל המדינה לתמוך בהסדר. הסוגיה הקשה היא מה יכול לבוא בגדר חריג. מכל מקום, בשני המקרים שבפנינו לא נכללה התראה כאמור בהסדר. לפיכך, עלינו להשיב לשאלה האם התביעה רשאית להתעלם מהתחייבותה, חרף העובדה שלא הקפידה להזהיר את הנאשם כי לא תהא מחויבת לתמוך בהסדר בפני הערכאה הגבוהה יותר. חברתי השופטת ד' ביניש בוחנת את הסיטואציה האמורה על פי הכללים הנוהגים לעניין השתחררות של רשות מינהלית מחוזה שעשתה (פיסקה 31 לחוות דעתה). אף אני אלך בנתיב זה. מוכן אני לקבל איפוא, כי באופן עקרוני רשאית המדינה להשתחרר מהתחייבות שנטלה על עצמה

בהסדר טיעון. הסוגיה הקריטית מבחינתי הינה מה הנפקות של אותה השתחררות לגבי הנאשם. לשון אחר, האם ועד כמה קשור הנאשם בהתחייבותו שלו, קרי הודייתו בעובדות שבכתב האישום המוסכם, לאחר שהצד האחר להסדר השתחרר מהתחייבותו. באומרנו השתחררות מכוונים אנו לכך שאין הצד האחר לחוזה יכול לאכוף את ביצועו (ראו, ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 522). משמע, הנאשם אינו יכול לאכוף על התביעה היצמדות להתחייבותה באשר לעונש. מה משמיעים לנו הדינים החלים לעניין השתחררות של רשות מינהלית מחוזה באשר לצד האחר? התשובה היא שאותו צד אחר שאינו זכאי לאכיפה, רשאי למצער להשבה של מה שנתן לפי החוזה (ע"א 6328/97 הנ"ל, שם; וכן ג' שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (תש"ס) - 75-74). אין צורך להידרש לשאלה בדבר הזכות לפיצויים והיקפה, שכן יש להניח כי מטרתו הראשית של הנאשם היא שיוטל עליו עונש על פי ההסדר ולא לזכות בפיצויים (יחד עם עונש החורג מן ההסדר). יש לבחון, אם כך, מה "נתן" הנאשם בעת שהסכים להסדר הטיעון. התשובה ברורה מאליה: ההודייה בעובדות של כתב האישום היא ה"תמורה" שקיבלה המאשימה מן הנאשם. מכאן, שאם מאפשרים אנו, למעשה, למאשימה לחזור בה בשלב הערעור מההתחייבות שנטלה על עצמה בהסדר, יש אף לאפשר לנאשם לחזור בו מהודייתו (השוו, א' גזל "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון" דין ודברים א' (תשס"ה) 507, 529-531). אבהיר: הנאשם יוכל לבחור בין שתי אפשרויות - הראשונה, לחזור בו מהודייתו וכתוצאה מכך להביא לביטולה של הכרעת הדין, באופן שמשפטו יתנהל בדרך הרגילה כמו כל הליך בו כופר הנאשם בעובדות. כמובן, שבחירה באפשרות זו כרוכה בסיכון של הרשעה והטלת עונש שיהא חמור יותר אף מן העונש שהטילה הערכאה הדיונית ואשר חרג מהסדר הטיעון. השנייה, לתמוך בהסדר הטיעון ולנסות לשכנע את ערכאת הערעור כי הערכאה הדיונית שגתה משהחליטה שלא לקבל את הסדר הטיעון ולהטיל עונש החורג הימנו.

האפשרות לחזרה מהודייה כאשר הנאשם לא הוזהר באשר לזכותה של המאשימה ליסוג מתמיכה בהסדר הטיעון בפני ערכאת הערעור, יוצרת הקבלה למחדל דומה. מכוון אני למצב שנוצר שעה שלא הובהר לנאשם, כי אין בית המשפט כבול בהסדר וכי רשאי הוא להטיל עונש החורג ממנו. מחדל זה פותח פתח לנאשם לחזור בו מן ההודייה (ראו, ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543, 553-554; פרשת פלוני, עמ' 614). האם אין זה מתחייב שבשתי הסיטואציות הנזכרות יחול דין אחד? !

5. אחת הטענות שניתן להעלות כנגד גישתי, לפיה במקרים מסוימים יש לאפשר לנאשם לחזור בו מהודייתו, היא כי הנאשם לא נוטל על עצמו שום סיכון משנותן הוא

את הסכמתו להסדר הטיעון. היה וההסדר לא יאומץ על ידי בית המשפט יוכל הוא, כך הטענה, לחזור בו מהסכמתו ולנהל את ההליך כהליך פלילי רגיל. תשובתי לכך היא, כי הנאשם בהחלט נוטל סיכון, שהרי אין לדעת מראש אם העונש שיושג בסופו של הליך רגיל (בהנחה שיושג), יהיה נמוך מן העונש שהוטל תוך חריגה מהסדר הטיעון. הואיל וקיים סיכון בעצם החזרה מהודייה, אין לצפות שבכל מקרה ומקרה כאמור יחליט אומנם הנאשם לחזור בו מן ההודייה. מכל מקום, במקרה דנא עסקינן במצב הנוצר בערכאת הערעור, כאשר התביעה אינה תומכת עוד בהסדר. אין עסקינן בשאלה האם הנאשם רשאי לחזור בו מהודייתו מיד עם מתן גזר הדין החורג מן ההסדר ועוד לפני שידוע מה תהיה עמדת התביעה בערכאת הערעור (לעניין זה ראו, פרשת פלוני, עמ' 614-615).

6. זה עתה התייחסתי לנושא מתוך הנחה שחלים בעניין הכללים הנוגעים להשתחררות מחוזה רשות. על פי כללים אלה מצאנו כי יש לאפשר לנאשם לבחור באפשרות של חזרה מהודייה. האפשרות האמורה מתחייבת לטעמי, וביתר שאת, אף משיקולים כלליים יותר הנוגעים לפער הכוחות שבין הצדדים, אליו כבר התייחסתי, ולחובת ההגינות המוטלת על התביעה. נחזור ונזכיר, כי מדובר בסיטואציה אי שוויונית מובהקת. איזון ולו חלקי של פער הכוחות יכול שיושג על דרך מתן אופציה לנאשם לבחור בחזרה מהודייתו. כללי התנהגות שונים חלים על המדינה ועל הנאשם. דורשים אנו מן המדינה הגינות ותום לב ברמה גבוהה. על כן, יש לדרוש מן התביעה שברוב המקרים של המקרים תעמוד מאחורי ההתחייבות שנטלה על עצמה בהסדר הטיעון, אף בפני ערכאת הערעור. כפי שאמרתי, יהיו מקרים יוצאי דופן בהם ניתן יהיה להבין מדוע המדינה מצאה לנכון לחזור בה בפני ערכאת הערעור מהתחייבותה בהסדר. עם זאת, הדרישות המיוחדות המוטלות עליה באשר להגינות ותום לב ימצאו סיפוק בכך שהנאשם יורשה לבחור לחזור מהודייתו.

7. הליך זה של דיון נוסף עוסק בשאלה העקרונית בדבר עמדת התביעה בערכאת הערעור לאחר שהושת גזר דין החורג מן ההסדר. כפי שהסברתי, דעתי היא כי אם התביעה רשאית להשתחרר מן ההסדר אף שזה לא כלל אזהרה בעניין כוחה להשתחרר בעת שמיעת הערעור, יש לאפשר אף לנאשם לחזור בו מהודייתו אם יראה לנכון לעשות כן. אשר לעניינם הספציפי של המשיבים: מסכים אני עם התוצאה המוצעת על ידי חברתי השופטת ד' ביניש, היינו הותרת העונש על פי המוסכם בהסדר הטיעון.

לפיכך הוחלט כאמור, בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, כ' באדר ב' התשס"ה (31.3.2005).

ה נ ש י א      המשנה לנשיא (בדימ')      המישנה לנשיא      ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט      ש ו פ ט      ש ו פ ט      ש ו פ ט      ש ו פ ט