

הגיעה העת לסולחה

רון שפירא*

- א. מבוא
- ב. מהותה של הסולחה
- ג. ההתייחסות המסורתית של מערכת המשפט לסולחה
- ד. שינוי הגישה למעמד נפגע העברה במשפט
- ה. התפתחות מוסד הגישור הפלילי במערכת המשפט
- ו. אכיפת החוק בחברה רב־תרבותית
- ז. יחסו של המיעוט הערבי למערכת המשפט ולאכיפת החוק בישראל
- ח. הצידוק שבשינוי המדיניות השיפוטית ומתן הכרה ומשקל להליך הסולחה במסגרת שיקולי בית המשפט לעניין מעצר וענישה
- ט. סיכום

א. מבוא

הסולחה, הליך גישור מסורתי בין הפוגע לקרבן בחברה הערבית, לא זכה להכרה של ממש כגורם שיש להביאו בחשבון במסגרת שיקולי הענישה במשפט הפלילי. ברוב המקרים שבהם הוצגו הסכמי סולחה בפני בתי המשפט, בין שבשלב המעצר ובין שבמסגרת הטיעונים לעונש, לא ראו בתי המשפט בסולחה גורם בעל חשיבות, שיש בו כדי להוות נתון במסגרת הפעלת שיקול הרעת השיפוט. פעמים רבות, אף שהנתון בדבר קיומה של סולחה הוצג בפני בית המשפט, מצא בית המשפט לנכון להתעלם מההליך כליל,¹ תוך שהוא מדגיש כי במסגרת שיקולי הענישה אין מקום להביא את ההסכמה שבין העברייני לנפגע העברה כנתון השקול בחשיבותו להגנה על האינטרס הציבורי שבענישה.² במקרים אחרים התייחס בית המשפט לסולחה בחשדנות – כניסיון של הקהילה המסורתית ליצור תחליף לאמצעי הענישה שקבע המחוקק³ או כניסיון של עברייני להשפיע על עדים.⁴ רק לעתים רחוקות ראה בית המשפט בסולחה נתון רלוונטי שיש להביאו במסגרת מכלול השיקולים לעניין הענישה. ברוב המקרים לא ניתן לסולחה

* שופט בית המשפט המחוזי בחיפה ומרצה בפקולטה למשפטים ובבית הספר למדעי המדינה באוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לעמיתי, שופט בית המשפט העליון סלים ג'ובראן ולד"ר אורן גול מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה וכן ל"קורא האנונימי" של מערכת "הפרקליט" על הערותיהם שהאירו את עיניי וסייעו לגיבוש ולהשלמת רשימה זו. עוד אבקש להודות לעו"ד אילנית הלל ולגב' עינת שגיאי-שמואלי שסייעו בידי באיסוף החומר ובעריכתו של המאמר.

1 ע"פ 2848/91 איברהים נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1992(1) 140, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

2 ע"פ 373/93 מ"י נ' מטרואוה (לא פורסם), תקדין עליון 1993(1) 1559; ע"פ 6720/04 מ"י נ' זחאיקה (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(4) 519.

3 ע"פ 1742/99 דבא נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1999(2) 1511.

4 בש"פ 5401/03 קינאן נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2003(2) 3205, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

משקל מכריע.⁵ במקרים בודדים הובא קיומו של הליך סולחה כחשבון כנתון מרכזי במסגרת שיקולי הענישה או במסגרת מכלול השיקולים בדבר מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים,⁶ אם כי בדרך כלל לא מציין בית המשפט את מידת המשקל שניתנה לקיומה של הסולחה מבין מכלול השיקולים.

ביום 27.6.05 ניתן פסק הדין בע"פ 7564/04 ג'דיר נ' מ"י.⁷ בית המשפט העליון דן במקרה שבו בוצעו מעשי אלימות קשים על רקע של סכסוך בין ענפי משפחה שונים בכפר ביר אל מכסור. השופט א' א' לוי, בדעת הרוב ובהסכמת השופט ס' ג'ורבאן, נימק את התערבות בית המשפט העליון ואת ההקלה בעונשם של המערערים בין היתר בקיומו של הסכם סולחה, שנחתם לאחר הליך שבו נטלו חלק נכבדי העדה הברואית וקציני משטרה בכירים, הסכם שהפסיק שרשרת של מעשי אלימות בין הנצים. השופט א' רובינשטיין היה, אמנם, בדעת מיעוט בכל הנוגע להקלה בעונש, ואולם ציין בפסק דינו כי גם הוא מכיר באינטרס הציבורי שבקיום הסכם הסולחה.⁸ פסיקת בית המשפט במקרה זה מהווה שינוי בעמדתו המסורתית של בית המשפט העליון בכל הנוגע להתחשבות בהסכמי סולחה במסגרת שיקולי הענישה.

במסגרת רשימה זו אנסה לבחון אם אין האינטרס הציבורי מחייב את שינוי הגישה הרווחת ומתן משקל הולם לקיומה של הסולחה⁹ במסגרת מכלול השיקולים במשפט הפלילי. אטען כי השינויים בהליך הפלילי, ככל שהדבר נוגע

-
- 5 דנ"פ 3261/03 ברהאן נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2003(2) 151, פסקה 6 לפסק דינו של השופט חשין; ע"פ 1742/99, לעיל הערה 3; ע"פ 6432/99 איברהים נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1999(3) 589; ע"פ 4461/02 ג'אבר נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(2) 2134.
- 6 ע"פ 548/88 גורבאן נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1989(1) 566; ע"פ 2053/98 עותמן נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1998(4) 29, פסקאות 3-4 לפסק הדין; ע"פ 9936/02 זבידאת נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2003(4) 1380; בש"פ 3943/04 ח'דיר נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(2) 1660.
- 7 ע"פ 7126/04 ג'דיר נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(2) 4115 (להלן: עניין ג'דיר).
- 8 בע"א 621/04 אסעד נ' קבלאן (טרם פורסם, פסק דין מיום 31.10.05), חזר השופט רובינשטיין והדגיש כי הגם שהסכם הסולחה יכול לבוא כחשבון במסגרת שיקולי התביעה ובית המשפט במסגרת ההליך הפלילי אין הוא תחליף לדין הפלילי.
- 9 במאמר זה אתמקד בהליך ה"סולחה" כפי שהוא בא לידי ביטוי בחברה הערבית המסורתית. יצוין כי לעתים דנים בתי המשפט בפסיקתם גם באירועים המכונים "סולחה" שעניינם יישוב סכסוכים בין נצים או בין כנופיות יריבות, ומביאים את ההשלמה בין הצדדים במסגרת שיקוליהם. ראו למשל ת"פ (ב"ש) 8260/04 מ"י נ' אללוף (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2005(2) 5855, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת סלוטקי. שם נלקחה כחשבון "סולחה" בין כנופיות יריבות כעילה להקלה בעונש. לעומת זאת, ראו ב"ש (ת"א) 93331/04 מ"י נ' דבורה (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(4) 1954, וכן ב"ש (ת"א) 90101/04 מ"י נ' הררי (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(1) 7108 – בשני מקרים אלו קיומה של "סולחה" בין חברות יריבות לא השפיעה על החלטת בית המשפט להורות על מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים. כאמור – במסגרת רשימה זו אתמקד בהליך הסולחה המסורתי בחברה הערבית.

למעמדו של נפגע העברה¹⁰ ולהתפתחותו של מוסד הגישור הפלילי, מחזקים את הצידוק במתן משקל משמעותי יותר לקיומו של הליך סולחה במסגרת ההליך המשפטי, ואציע לשנות את ההתייחסות לקיומה של הסולחה כחלק ממדיניות אכיפת החוק בחברה רב־תרבותית,¹¹ כמו החברה בישראל.

ב. מהותה של הסולחה

הסולחה אינה רק הסכם או הליך של גישור¹² בין נפגע העברה לנאשם שפגע בו. הסולחה הנה מוסד מסורתי ליישוב סכסוכים, בעל מעמד ציבורי והכרה חברתית במגזר הערבי.¹³ מדובר במערכת מעין מוסדית בחברה המסורתית שמטרתה יישוב סכסוכים בהסכמה.¹⁴ בין היתר משמשת הסולחה גם כמנגנון להשכנת שלום בין נצים, מתוך מגמה למנוע את החרפת האלימות ולהביא את הסכסוך לסיומו בהסדר המביא לידי ביטוי את הצורך לפצות את הצד הנפגע.

במסגרת הליך הסולחה מעורבים נכבדי הקהילה המקימים את ה"ג'אהה" – ועדת הסולחה. חברי ועדת הסולחה פונים למשפחתו של נפגע העברה, ותוך הבעת סלידה מהפגיעה בו מבקשים לטפל בסכסוך. עם קבלת ההסכמה חדל העימות בין הנצים, ומתקיים שלב ה"הודנא" – מעין הפסקת אש. כבר בתקופת ההודנא ניתן לצד הנפגע פיצוי או התחייבות של כבוד, היא ה"עטווה". בסיום ההליך נקבע גם הפיצוי לקרבן – ה"דייה". הליך הסולחה מסתיים בטקס שבו משתתפים חברי ועדת הסולחה,¹⁵ נכבדים ממשפחות הנצים ונכבדי ציבור. להליך

10 נפגע עברה הוא "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו", כאמור בס' 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א–2001 (להלן: "חוק זכויות נפגעי עברה").

11 במסגרת הדיון ברשימה זו לא אדון במכלול ההיבטים של היחס בין המשפט הפלילי, תפיסות עולם של תרבויות שונות והסוגיה של מתן הכרה לטענות שבבסיסן רצון לזכות בהכרת הרין בגורמי התנהגות שנובעים מתפיסת עולם מסורתית ותרבותית של נאשם. נושא נרחב זה של טענות "הגנה תרבותית" ראוי לדיון נרחב ונפרד. ראו לעניין זה: A.D. Renteln *The Cultural Defense* (Oxford, 2004); "The Cultural Defense In Renteln *The Criminal Law*" 99 *Harv. L. Rev.* (1985–1986) 1293; ראו גם ש' דותן "על מקומה של 'ההגנה התרבותית' במשפט הפלילי בישראל" *הפניגור* 86 (תשס"ד) 5.

12 לעניין הליך הגישור הפלילי ראו להלן בפרק ו'.

13 במסגרת רשימה זו אינני מרחיב את הדיון בסוגים שונים של הליכי סולחה (כגון יישוב סכסוך במשפחה, יישוב סכסוך של אלימות בין צדדים יריבים וכדומה). לא אעסוק במסגרת זו גם בהשוואה ובהבחנה בין המסורת בקהילות ערביות שונות, המסורת הדרוזית וכדומה.

14 E.J. Jabbour *Sulha Palestinian Traditional Peacemaking Process* (Montreat, T.C. Cook, Jr. ed., 1996).

15 חברי ועדת הסולחה הם נכבדים, אישים בעלי סמכות, כגון ממלאי תפקידים במערכת השלטון, אנשי דת וראשי חמולות. מעמדם הציבורי, כוח ההשפעה והסמכות מהווים מרכיב מרכזי ביכולתם לסיים את הסכסוך בדרך של הבאת הצדדים לידי הסכם. ראו לעניין זה י' גינת נקמת דם – נידוי תיווך וכבוד המשפחה (תש"ס) 95.

גיבוש הסולחה ולטקס הסולחה משמעות ציבורית הן כלפי הנאשם ומשפחתו, הן כלפי הצד הנפגע והן כלפי הקהילה כולה.¹⁶ הסולחה אינה רק הליך של גישור בין נצים, אלא מוסד קהילתי מסורתי ליישוב סכסוכים. נכבדי ציבור המשמשים בוועדות הסולחה מפעילים את השפעתם הציבורית ואת כובד משקלם ליישב בין חמולות יריבות, למניעת התלקחות סכסוכים נוספים (בעיקר על רקע של נקמת דם). החלטות ועדות הסולחה זוכות לכבוד בקרב הקהילה ונתפסות כבעלות מעמד מחייב כלפי הצדדים לסולחה והקהילה שבה הם חיים. הגם שאין לסולחה כל מעמד משפטי מחייב, ותוך הדגשה כי אין בקיומה של סולחה כדי להוות תחליף לאכיפת החוק ולהענשת העבריין, נעזרות גם רשויות המדינה, ובמיוחד משטרת ישראל,¹⁷ בוועדות סולחה כדי להשקיט מתיחויות וסכסוכים פנימיים בכפרים הערבים.¹⁸

ג. ההתייחסות המסורתית של מערכת המשפט לסולחה

המשפט הפלילי המודרני¹⁹ לא נתן בעבר מקום של ממש לנפגע ממעשה העברה כמי שעמדתו משפיעה על שיקולי מדיניות הענישה. ככלל, המשפט הפלילי במערכת של מדינה שבה מוסדותיה אוכפים את החוק עוסק במערכת היחסים שבין המדינה לנאשם שפגע בערך המוגן בחוק. מקומו של מי שנפגע מהעברה נדחק לקרן זוית.

בהתאם, לא ראו בתי המשפט בעבר בסליחת הצד הנפגע ובהשלמה שבינו לנאשם שיקול של ממש, הן לעניין הצורך בהחזקתו של הנאשם במעצר עד לתום בירור דינו והן לעניין מידת הענישה הראויה. פרט לחשש כי סליחת נפגע העברה אינה סליחה של ממש אלא אילוץ²⁰ (במיוחד בעברות אלימות במשפחה, ששם נזהרים בתי המשפט בבחינת משמעות הצהרת נפגע העברה על פיוס וסליחה)²¹

16 W. Lancaster *The Rwala Bedouin Today* (Cambridge, 1981) 'ו' ע' חליחה "על הסולחה ומעמדה במשפט הישראלי" דין ואומר 13 (2002) 64; לדיון מפורט בשלבי הליך הסולחה ראו: Jabbour, *supra* note 13.

17 ע' אליקרנאווי ונ' טבו "שיתוף מתווכים מסורתיים כמתווכי-תרבות בפעולות התערבות של שוטרים ושל עובדים סוציאליים בחברה הערבית בישראל" משטרה וחברה 6 (2002) 33, 50-53.

18 L.S. Sheleff "A Critique of the Criminal Law" 3 *Tel-Aviv U. Stud.* 113, 127-129 (1977); ראו גם עניין גדיר, לעיל הערה 7.

19 תפיסת עולם זו של המשפט הנה חלק מעצם קיומה של "מדינה", שלטון מרכזי ומוסדות אכיפת חוק. בעולם העתיק היה זה מתפקידה של המשפחה להגן על בניה ועל בנותיה. גאולת הדם והנקמה הפרטית מילאו תפקיד מרכזי בעניין זה, כאמצעי הרתעה וענישה. הפוגע ידע כי אם יפגע באדם, צפויים אף הוא ומשפחתו להיפגע. ראו בספרו של ד' פרידמן *הרצחת זוג ירשת* (תש"ס) 363-374.

20 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 634-635 (להלן: עניין גנימאת).

21 ת"פ (חי') 394/02 מ"י נ' פלוני (טרם פורסם), תקדין מחוזי 4/2002 (4) 521, פסקה 3 לפסק דינו של השופט שפירא. יצוין לעניין זה כי השלמה אמיתית בין בני זוג מהווה, במקרים רבים, שיקול להקלה בענישה ונימוק להפניית הנאשם לטיפול מתאים בפיקוח שירות המבחן. ואולם בתי המשפט בודקים, בסיוע שירות המבחן ורשויות הרווחה, אם אין ההצהרות בדבר השלמה וסליחה נאמרות בעקבות לחץ משפחתי, לחץ חברתי וכדומה על נפגע העברה.

לא ניתן בעבר מעמד של ממש לקרבן עברה במסגרת מכלול שיקולי הענישה. החשש כי הסדר הסולחה נעשה תוך העדפת אינטרס של השכנת שלום בין יריבים ומשפחותיהם, תוך פגיעה באינטרסים של נפגע העברה, מתבטא גם בהימנעות מהכרה בהסכם פיצוי כספי, שגובש במסגרת הליך סולחה, כאשר הגיע הסכסוך לבירור בהליכים אזרחיים מאוחרים יותר של תביעות פיצויים.²²

עמדת בתי המשפט לעניין הסולחה (כמו גם עמדת התביעה) משתנה כאשר מדובר בהסדר טיעון שבו הענישה, ברובה או בחלקה, מוסכמת. במקרים אלו מודיעה לא אחת התביעה כי הסכימה להסדר טיעון עם נאשם, בין היתר, לאחר שגובשה סולחה בין הצדדים.²³ התביעה מביאה לידי ביטוי בנימוקיה גם פיצוי שניתן או הובטח לנפגע העברה, וזאת במסגרת מכלול השיקולים לאישורו של הסדר הטיעון. במקרים אלו מביא בית המשפט את קיומו של הסכם סולחה, ובמיוחד את פיצוי נפגע העברה, בין מכלול נימוקיו לאישור הסדר הטיעון, גם אם אינו מפרט את המשקל שניתן לרכיבים אלו במסגרת שיקוליו, אם בכלל היה בכך כדי להוות נתון בר-משקל.²⁴ עם זאת, כאשר אין מדובר בהסדר טיעון, גם אם גובשה בין הצדדים סולחה שמטרתה השכנת שלום, ואף מניעה של החרפת

22 ראו ע"א 621/04, לעיל הערה 8, שם נפסק כי הסכם סולחה בו נקבע פיצוי כספי אינו חוסם את התובע, שנפגע במהלך קטטה, מתביעת פיצוי מעבר למוסכם במסגרת הסולחה. ראה גם המ' (י"ם) 934/75 מדרה נ' אברהים, פ"מ תשל"ו (1) 419; ת"א (ת"א) 2152/98 אזברגה נ' אזברגה (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2005(2) 3192. בשני פסקי הדין הנ"ל נקבע כי הסכם סולחה, שכלל פיצוי כספי שנערך בין משפחתו של נהג פוגע בתאונת דרכים ובין משפחת הנפגע בתאונה (שבשני המקרים היה קטין), אינו מונע מהקטין לתבוע פיצויים במסגרת של תביעה אזרחית מאוחרת. יצוין כי בשני פסקי הדין הנ"ל נקבע כי ההסכמים נערכו על ידי נציגי המשפחה בלא ששני הוריהם של הקטין היו נוכחים בהליך הסולחה. בית המשפט קבע כי בנסיבות שבהן נערכו הסכמי הסולחה, אין לראותם כהסכמים בשמו של הקטין שנפגע כמשמעו בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. בהתאם, נדחתה טענת מניעות כנגד תביעת פיצויים שהוגשה בשלב מאוחר יותר על ידי הקטין. יצוין כי בפסקי הדין, אוצר בית המשפט את חשיבות הסכם הסולחה כהליך להשכנת שלום בין שבטים או משפחות יריבות וחשיבותו למניעת שפכות דמים, בין היתר במסגרת של "נקמת דם". עם זאת, לא ראה בית המשפט בהסכם הסולחה שגובש בין נציגי המשפחות היריבות כמונע מהנפגע לתבוע בהמשך פיצויים במסגרת של הליך אזרחי. ראו תוצאה אחרת שאליה הגיע בית המשפט בת"א (י"ם) 120/94 תיים נ' פאתח (לא פורסם), תקדין מחוזי 1998(1) 2713. שם נדחתה תביעה לקבלת פיצויים, ובית המשפט קבע כי משפחתו של נפגע בתאונת דרכים קיבלה פיצוי ערוור במסגרת של הסכם סולחה שנערך בין נציגי משפחת הנפגע ונציגי משפחת הפוגע.

23 ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עברה נותן לנפגע עברה, שהחוק חל עליו, את הזכות להביע את עמדתו לעניין הסדר הטיעון בפני התביעה, זאת בטרם גיבושו של ההסדר והצגתו בפני בית המשפט. הוראה זו מחזקת את המשקל שיש ליתן לקיומה של סולחה, ככל שהיא מביעה את רצונו של נפגע העברה, במסגרת השיקולים לגיבושו של הסדר טיעון ולאישורו.

24 ראו למשל ת"פ (חי) 228/03 מ"י נ' עאיד (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(1) 2402; תפ"ח (ת"א) 1052/03 מ"י נ' ביינסין (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(3) 5090; ת"פ (ח") 323/01 מ"י נ' סלים (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2002(2) 1415; ת"פ (חי) 181/00 מ"י נ' סמאר (טרם פורסם, גזר דין מיום 15.3.04) (עותק שמור במערכת); ת"פ (חי) 4033/05 מ"י נגד מחאמיד (טרם פורסם, גזר דין מיום 29.6.05) (עותק שמור במערכת); ת"ד (נת') 20084/02 פרקליטות מחוז המרכז נ' עבדאלקאדר (טרם פורסם), תקדין שלום 2003(3) 1960.

הסכסוך עד כדי נקמת דם, לא נותן בית המשפט לקיומה של הסולחה משקל שיש בו כדי לגבור על שיקולי ענישה אחרים.²⁵ בתי המשפט אינם מתעלמים מקיומו של הסכם הסולחה. לעתים תשמש סולחה כשיקול במסגרת דיונים במעצרים של נאשמים ובחינה של חלופות מעצר.²⁶ אולם הכלל הרווח הוא כי לעניין הענישה אין לתת לסולחה משקל של ממש.²⁷ רק כאשר מבקשת התביעה לאשר הסדרי טיעון ומנמקת את גיבושו של ההסדר בקיומה של סולחה, נוטה בית המשפט ליתן לסולחה ביטוי ומשקל בנימוקיו לאישור ההסדר.

מדיניות בתי המשפט שלא ליתן משקל של ממש לקיומו של הליך סולחה ולתוצאותיו אינה ייחודית להליך זה. בבסיסו של המשפט הפלילי עומד העיקרון של קביעת כללי התנהגות המחייבים את כלל החברה, על כל רכיביה התרבותיים. המשפט הפלילי יוצר כללי התנהגות המתעלמים, לעתים, ממסורות עתיקות יומין ומטילים חובות ואיסורים המחייבים גם ציבורים רחבים שהתנהגות האסורה היא חלק מרפואי התנהגותם המסורתית.²⁸ כך, למשל, המשפט אינו מכיר ב"נקמת דם" כצידוק לביצוע רצח. בתי המשפט אף נמנעו מלהכיר במניע לרצח של "כבוד המשפחה" כסוג של קנטור או כעילה לענישה מופחתת בהתאם להוראות סעיף 300 א(א) לחוק העונשין. בתי המשפט הגדירו ביצוע רצח על רקע של "כבוד המשפחה" כמעשה מתוכנן על רקע של תפיסת עולם ומסורת תרבותית, שלא ניתן לייחס לו התקף פסיכוטי של זעם והתפרצות בלתי נשלטת.²⁹ בתי המשפט חוזרים ומזכירים כי מסורת ותפיסת עולם תרבותית אינן יכולות לגבור על הוראות החוק ולא יהו טענת הגנה מהותית כנגד עצם

- (יצוין לעניין זה כי עקב שיטת פרסום דיונים במערכת המחשוב של בתי המשפט לא מתפרסמים חלק גדול מנימוקי הסדרי הטיעון במסגרת פרסום פסק הדין, זאת כאשר פסק הדין ניתן מידית באולם כחלק מפרוטוקול הדין).
- 25 ע"פ 10866/03 מ"י נ' ח' ס' (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(3) 296; ראו גם ע"פ 6563/96 עזאם נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1997(4) 558; ואולם ראו ת"פ (חי') 214/95 מ"י נ' עזאם (לא פורסם), תקדין מחוזי 1996(2) 1071. שם ניתן משקל מסוים לקיומה של סולחה שמטרתה מניעת נקמת דם כשיקול לקולא.
- 26 בש"פ 3943/04 חריר נ' מ"י, תקדין עליון 2004(2), 1660. ואולם ראו גם ב"ש (חי') 4123/03 נכראלדין נ' מ"י, תקדין מחוזי 2003(4) 874, שם דחה בית המשפט חלופת מעצר מוצעת על אף קיומו של הסכם סולחה, בין היתר מחשש להתחדשות מהומות בין משפחות יריבות.
- 27 בש"פ 7734/98 ראם נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1998(4) 713; בש"פ 5231/99 חדר נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1999(3) 318; ע"פ 4123/99 המודה נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1999(3) 733; ע"פ 1108/00 זועבי נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 2001(3) 245.
- 28 ראו למשל איסור ריבוי נישואין, עברה לפי ס' 176 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").
- 29 ע"פ 5203/98 חפון נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(1) 41, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת נאור; ע"פ 334/86 סבאח נ' מ"י, פ"ד מד(3) 857, 873-874; ע"פ 139/86 עזאם נ' מ"י, פ"ד מא(3) 343, 349-348; ת"פ (חי') 163/94 מ"י נ' בנען, תקדין מחוזי 1996(1), 2091; ת"פ (חי') 221/01 מ"י נ' נג'אר (טרם פורסם) (הכרעת דין מיום 8.12.02 וגזר דין מיום 30.10.03); ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מ"י (טרם פורסם) (ניתן ביום 28.7.05), שם נדחו הן טענת קנטור והן טענה לענישה מופחתת, והמניע לרצח היה על רקע של כבוד המשפחה. בתי המשפט רחו את הטענה כי הרקע התרבותי והאתני של הנאשם הכביד על חוסר יכולתו לרסן עצמו.

ביצוע העברה או נימוק להקלה בעונש.³⁰ התייחסות בתי המשפט להליך הסולחה אינה שונה במהותה מהתייחסותם לטענות דומות בדבר קיומן של מסורות תרבותיות ומתן משקל להתנהגויות אלו במסגרת ההליך הפלילי.

ד. שינוי הגישה למעמד נפגע העברה במשפט

כאמור, עד לאחרונה לא היה לקרבן במשפט הפלילי מעמד של ממש. המשפט הפלילי המסורתי רואה בהליך הפלילי מערכת של ענישה שבמרכזה תגובת החברה לשבירת חוקי המדינה ולפגיעה בערכים מוגנים על ידי הנאשם. במסגרת הליך זה נדחק נפגע העברה לקרן זווית. למעט היותו עד במשפט, לא היה לנפגע העברה בעבר כל מעמד בנוגע לניהול ההליך הפלילי, החל מעצם ההחלטה על הגשת כתב אישום, עובר לאופן ניהול המשפט וכלה בגזירת הדין. למעשה, במסגרת ההליך הפלילי מפקיעה המדינה מהפרט את השליטה על הסכסוך שבינו לבין העבריין הפוגע בו ורואה את ההליך כהכרעה בסכסוך שבין המדינה לעבריין, תוך תיעול המישור הפרטי שבסכסוך להליך האזרחי.

למעט האפשרות של פסיקת פיצויים במסגרת ההליך הפלילי³¹ והאפשרות לעשות שימוש בפסק הדין הפלילי לצורך הגשת תביעה אזרחית נגד העבריין באופן שבו מתקצר ההליך האזרחי,³² לא הייתה במשפט הפלילי התייחסות של ממש לנפגע העברה, לסבלו³³ ולרצונו.

מבקרים רבים של גישה מסורתית זו של המשפט הפלילי, קראו לשים את הדגש במשפט הפלילי על הטיפול בנפגע העברה ועל פיצויו.³⁴ גישה זו רואה את מטרתו העיקרית של ההליך הפלילי בהגנה על הפרט, על שלומו ועל רכושו, תוך צמצום מעורבותו של המשפט הפלילי בקביעה ערכית של התנהגויות מותרות ואסורות, ובמיוחד כאשר התנהגות אסורה אינה גורמת, לכשעצמה, נזק לזולת.³⁵

30 ראו דיון נרחב בטענות בעניין תפיסת עולם תרבותית בהיבט של שימוש באלימות כלפי קטינים ורחייתן בת"פ (ח"י) 117/01 מ"י נ' וייספלד (לא פורסם), תקדין מחוזי 2004 (3) 4897. ס' 77-78 לחוק העונשין. על ההבחנה שבין הפיצוי האזרחי לפיצוי הפלילי ועל העקרונות השונים של המשפט הפלילי לעניין פיצוי קרבן העברה ראו רע"פ 2976/01 אס"ג נ' מ"י, פ"ד נו(3) 418, 440-441 (להלן: עניין אס"ג).

32 ראו ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") וכן הוראות ס' 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

33 ההתחשבות בנפגע העברה באה לידי ביטוי בהגנות שניתנו לו באופן ניהול ההליך. ראו למשל ס' 68 לחוק בתי המשפט, המתיר קיום דיון בדלתיים סגורות, בין היתר לשם הגנה על עניינו של קטין (כין שהוא הנאשם ובין שהוא נפגע העברה) ולשם הגנה על עניינם של מתלונן ונאשם בעברת מין; ס' 352 לחוק העונשין, האוסר פרסום שמו של מתלונן בעבירת מין; ס' 22 לחוק לתיקון סדרי דין (חקירת עדים), תשי"ח-1957 האוסר חקירת מתלונן בעברת מין על עברו המיני, וס' 2ב לאותו החוק המתיר מתן עדות של מתלונן בעברת מין שלא בנוכחות הנאשם. ראו גם הוראות החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשס"ו-1955, שעניינו הגנה על קטינים נפגעי עברה בכל הנוגע לדרך הערתם בבית המשפט.

34 S. Ginossar "Autonomy of Corrective Law: A Projection of the Doctrine of Constructive Negligence" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 24

35 N. Morris & G. Hawkins *The Honest Politician's Guide to Crime Control* (Chicago, 1970).

חוקיקת חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו השפיעה גם על המשפט הפלילי. סעיף 4 לחוק-היסוד קבע חובה להגן על הפרט מפני פגיעה בזכויותיו.³⁶ חובה זו, החלה על רשויות המדינה, מטילה עליהן גם את החובה להגן ולשמור על זכויותיו של נפגע העברה.³⁷

לכן, בשל הצורך לבחון נתונים הקשורים אליו במסגרת מכלול השיקולים – השתנה מעמדו של נפגע העברה.³⁸ הנפגע אינו עוד סרה עורף להליך הפלילי, אלא דמות מרכזית שיש להביא לידי ביטוי את מעמדה. הדבר מתבטא, בין היתר, בהתחשבות בסבלו, בדרך של הצגת תסקיר קרבן³⁹ בפני בית המשפט, וכן בדרך של פסיקת פיצויים במסגרת גזר הדין.⁴⁰

המחוקק הביא לידי ביטוי את השינוי בתפיסת מעמדו של נפגע העברה במשפט הפלילי בחקיקת חוק זכויות נפגעי עברה.⁴¹ במסגרת חוק זה חוזק מעמדו של נפגע עברה, ונקבעה, בין היתר, בשורה של סעיפים זכותו לקבל מידע ולהיות מעורב בכל שלבי ההליך הפלילי. בין היתר מאפשר החוק לקרבן להביע את עמדתו בפני התביעה (המייצגת את עמדתו בפני בית המשפט) בנוגע לעניינים שונים הקשורים בנייהול ההליך הפלילי, לרבות עיכוב הליכים (ס' 16 לחוק), אישורו של הסדר טיעון (ס' 17 לחוק), דיון בעניין שחרור מוקדם על ידי ועדת שחרורים (ס' 19 לחוק) וכן בעניין מתן חנינה (ס' 20 לחוק).⁴²

36 היקף החובה, והשאלה אם היא חלה על זכויות דינויות בעיקרן או גם על זכויות מהותיות, שנויה במחלוקת. השפעת חקיקת חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו על נקודת האיזון שבין ההגנה על זכויות הנאשם בהליך הפלילי מן הצד האחד וההגנה על זכויות נפגע העברה מן הצד האחר, טרם גובשה בפסיקת בתי המשפט. ראו דיון בסוגיה זו בעניין גנימאת, לעיל הערה 20, פסק דינם של הנשיא (בדימוס) שמגר, הנשיא ברק והשופטת דורנר; ראו דיון נרחב בסוגיה גם בעניין אסף, לעיל הערה 31.

37 אין חולק כי חוק העונשין כולו עוסק בהגנת הקרבן, ואולם הוראת חוק-היסוד מטילה חובה נוספת, ברמה החוקתית, לדאוג לשמירה על זכויות הקרבן והגנה עליו. ראו ע"פ (ב"ש) 560/96 פלנסייה נ' מ"י (לא פורסם), תקדין מחוזי 1997(3) 2504, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

38 ראו לעניין זה ד' פוגץ' "מהפיכת הקורבנות" – היום שאחרי, לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פריימים? קרית המשפט ד (תשס"ד-תשס"ה) 229.

39 ס' 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, חל על קרבן עברת מין.

40 עניין אסף, לעיל הערה 31; א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדינוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו/ז) 5; י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64.

41 כניסתן לתוקף של חלק מהוראות חוק זכויות נפגעי עברה עוכבו בהתאם להוראות ס' 29 לחוק זכויות נפגעי העברה וכן בהתאם להוראות ס' 22-23 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), תשס"ג-2003.

42 יצוין לעניין זה כי על פי הוראות ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עברה, וכאי נפגע עברה להביע את עמדתו לעניין הסדר טיעון, ואולם החוק קובע כי הבעת העמדה תהיה בפני התובע, בטרם קבלת החלטה בתביעה לעניין הסדר הטיעון. החוק אינו מקנה זכות לנפגע העברה לפנות בעניין זה לבית המשפט עצמו ולטעון טענותיו לעניין הסדר הטיעון. להבדיל מהוראות ס' 16, 19 ו-20, שם ניתנה לנפגע העברה הזכות לפנות לגוף המאשר את ההחלטות הרלוונטיות (עיכוב הליכים, שחרור מוקדם ממאסר וחנינה), לא מצא המחוקק

סעיף 18(א) לחוק זכויות נפגעי עברה, שעניינו הצהרת נפגע, קובע כדלקמן:

"נפגע עבירה זכאי למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר, על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש; מסר הנפגע הצהרה כאמור, זכאי הוא שהתובע יביא את הצהרתו לפני בית המשפט בדיון בעניין גזר דינו של הנאשם".

הלכה למעשה שונה מעמדו של נפגע העברה במשפט הפלילי. בית המשפט מצווה להתחשב במירת הפגיעה בנפגע, כמו גם ברצונו ובעמדתו בכל הנוגע להליך הפלילי. אמנם אין חוק זכויות נפגעי עברה חל על כל מגוון העברות, ואולם עקרונותיו מנחים את רשויות אכיפת החוק בכל הליך פלילי ובנוגע לכל נפגעי העברה.⁴³

ה. התפתחות מוסד הגישור הפלילי במערכת המשפט

התופעה המרכזית המאפיינת את התפתחות שיטות המשפט, לרבות המשפט הישראלי, הנה פיתוח הליכים אלטרנטיביים לבירור מחלוקות מחוץ לכותלי בית המשפט (Alternative Dispute Resolution). הגורם המרכזי המאיץ את פיתוח

לנכון לאפשר לנפגע העברה לפנות במישרין לבית המשפט הן באישור הסדר הטיעון. יש היגיון בהוראת החוק שאינה מקנה לנפגע העברה זכות לפנות לבית המשפט הן בהסדר הטיעון. מן המפורסמות הוא שבין השיקולים המנחים את התביעה כבואה להסכים להסדר טיעון קיימים שיקולים הקשורים לטיב הראיות ולעברו הפלילי של הנאשם. ממילא, טיעון כנגד הפעלת שיקול הדעת של הפרקליטות כבואה להסכים להסדר טיעון יחייב הצגת שיקולים אלו בפני בית המשפט וחשיפתו לחומר ראיות שאינו אמור להיות מוצג לבית המשפט הן בכתב האישום. חשיפת חומר ראיות זה עלולה לגרום לצורך בפסילת המותב שנחשף לו. מכאן גם ההיגיון שבהוראת החוק אשר אינה מקנה זכות לנפגע העברה לפנות בעניין הסדר הטיעון לבית המשפט שאמור לאשרו. שאלה נפרדת היא אם יכול נפגע עברה שעמדו בעניין הסדר הטיעון, כפי שהוצגה לתובע, לא נתקבלה, לפנות בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד אישור הסדר הטיעון ולבקש סעד של התערבות בשיקול דעתו של הפרקליטות. עניין זה לא נדון עד היום בפסיקה בהקשר לחוק זכויות נפגעי עברה. עם זאת, יצוין כי נפסק כבר בנסיבות חריגות לא יאמץ בית משפט הסדר טיעון. ראו ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י, פ"ד נו(1) 577. השוו: ע"פ 4886/02 גלישקף נ' מ"י, פ"ד נו(1) 875. סוגיית זכותו של נפגע עברה לטעון טענותיו בפני בית המשפט לעניין אישור הסדר הטיעון עלה בשני דיונים בבית המשפט המחוזי בחיפה. בשני המקרים החליט בית המשפט שלא לדון בוכאותו של קרבן העברה לטעון לעניין הסדר הטיעון, ואולם אפשר לפרקליטות להשמיע את קרבנות העברה לעניין העונש, במסגרת מכלול הטיעונים לעונש. ראו ת"פ (חי') 111/02 מ"י נ' חפן (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(3) 6748; ת"פ (חי') 189/03 מ"י נ' מוניר (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004(1) 496. ראו גם את המשך הדיון בפרשה זו בע"פ 2046/04 פירסטמטר נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(1) 3909. שם הדגיש בית המשפט העליון, בין היתר, כי בנסיבות המקרה אין הוא דן בעצם הסוגיה של מעמד המערערים וזכותם כנפגעי עברה להעלות את טענותיהם בפני בית המשפט.

ראו הנחיית פרקליטת המדינה שעניינה "סיוע לקרבן עבירה ולעדי תביעה בהליך פלילי" הנחיות פרקליטת המדינה 14.7 (עדכון אחרון 1.8.02); וכן הנחיית פרקליטת המדינה שעניינה "ניהול הליך פלילי בעבירה של התעללות מינית או אחרת שבוצעה כלפי קטין בתוך המשפחה" הנחיות פרקליטת המדינה 14.1 (עדכון אחרון 1.1.03).

ההליכים האלטרנטיביים ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט הוא קושי של מערכות משפט להתמודד עם עומס המטלות המונע את בירור הצדק במהירות וביעילות.⁴⁴ עומס זה פוגע בעיקר בשכבות החלשות שאינן מסוגלות לעמוד בנזקים הנגרמים בעקבות התמשכות ההליך המשפטי ועלויות ההתדיינות. בשל כך מתפתחת תחושה, כי אין ידם של מעוטי היכולת משגת את הצדק הראוי. כמו כן התפתחה תחושה בדבר חוסר היכולת של ההליך המשפטי המסורתי להתמודד כראוי עם סכסוכים המערבים רגישות חברתית⁴⁵ ומערכת של אמוציות קשות בין צדדים לסכסוך.⁴⁶

בשנת 1992 נתקבל בכנסת תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט, שבו נקבעו דרכים ליישוב סכסוכים שלא בדרך התדיינות בבית המשפט. סעיף 79א עניינו פסק דין על דרך הפשרה, סעיף 79ב דן בכוררות וסעיף 79ג עוסק בפישור. מוסד ה"פישור", Mediation בלעז, זכה להיקרא בתואר "גישור". הליך זה, אשר בהדרגה קנה לו את מקומו במסגרת ההליכים המשפטיים המוכרים, התפתח בתחומי המשפט האזרחי,⁴⁷ ובעיקר בתחום של דיני עבודה,⁴⁸ דיני משפחה והליכים אזרחיים נוספים, לרוב כאלו המתאפיינים במערכת יחסים מתמשכת בין הנצים.⁴⁹

F.E.A. Sander "Varieties of Dispute Processing" *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (Minn., A.L. Levin & R.R. Wheeler eds., 1979). פרופ' סנדר שהוא מהמובילים בעולם בתחום פיתוחם של הליכים אלטרנטיביים למערכת השפיטה המסורתית הביע בעבר את עמדתו כי העומס על בתי המשפט לא יוכל להיפטור בדרך של מינוי שופטים רבים יותר או בדרך של שינויי חקיקה שיקצרו את ההליך השיפוטי. לגישתו, ניתן יהיה להתגבר על העומס בבתי המשפט רק בדרך של פיתוח הליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים, בין שתחת קורת גגו של בית המשפט ובין שמחוץ לו. ראו: M. Cappelletti "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement" 56 *Mod. L. Rev.* (1993) 282.

45 על הקושי שבדיון בנושא בעל רגישות חברתית ועל ההבחנה בין הדיון במחלוקת המשפטית לבין הדיון במחלוקת החברתית והפוליטית ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: עניין חורב).

46 ראו לעניין זה את מאמרו של ב' מדינה "ירידת הפורמאליזם ועליית הגישור: יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון משפטי של מחלוקת" נקודת מפגש 1 (2003) 31. המחבר מציג את הליך הגישור לא כהליך שכל מטרתו הקלת העומס על בית המשפט אלא כנובע מתפיסה מהותית של פתרון משפטי לסכסוך שלא על דרך של הכרעה; ראו לעניין זה גם א' ברק "על הגישור" *שערי משפט* ג (2002) 9.

47 על הקושי של הסתגלות המערכת המשפטית להליך הגישור ראו ס' אוטולנגי "הרהורים על חקיקת הגישור" *שערי משפט* ג (2002) 25. גם פרופ' אוטולנגי מרגישה את הצורך בראיית הליך הגישור כפילוסופיית חיים של פתרון הליך בדרכים אלטרנטיביות ובדרך של הסכמה ולא כעוד הליך משפטי בדרך להכרעה שיפוטית; ראו גם מ' מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" *הרשות השופטת* 29 (1999) 32.

48 בס' 6-14 לחוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957 מתוארת פעילות זהה לחלוטין בשם תיווך. על שילובם של הליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים במסגרת מערכת בתי הדין לעבודה ראו ו' וירטליבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" *שערי משפט* ג (2002) 89.

49 תחום משפט נוסף שבו חלה התפתחות של הליך הגישור הוא מערכת היחסים הבינלאומיים והמשפט הבינלאומי-פרומבי. גם בתחום זה תרמו הרצון למנוע סכסוכים, קשיי אכיפה וחשיבותם של מערכות יחסים מתמשכות לפיתוחו של הליך הגישור.

המסגרת הפלילית שונה מהאזרחית. למעשה, כל עוד לא הוכר נפגע העברה כצד מעורב בהליך הפלילי, היה קושי דיוני לתת תוקף משפטי להליך גישור בינו לבין העבריין.⁵⁰ מה גם שאפשרות המגע בין נאשם למתלונן מוגבלת כל עוד לא הסתיים הליך המשפט.⁵¹

הליך הגישור הפלילי⁵² מבוסס על תיקון מערכת היחסים שבין הנפגע לעבריין שפגע בו. בבסיסו של ההליך הכרה בקשר בין הנאשם למי שנפגע מהתנהגותו העבריינית. עניין זה של מתן משקל למערכת היחסים האישית בין הנאשם לנפגע במסגרת מכלול השיקולים בדין הפלילי, זוכה לאחרונה להכרה ולפיתוח מואץ. זאת, במסגרת התפתחות מוסד הגישור הפלילי, כאשר מהות הגישור הנה לאחות את מערכת היחסים שבין נפגעי העברה לנאשם. תאוריה זו, המכונה "תאוריית הצדק המאחה", רואה במרכז אירוע הפשע את הפגיעה בנפגע העברה וכן בקהילה הקרובה (ואף בפוגע עצמו). זאת, להבדיל מהפרדיגמה המסורתית של המשפט הפלילי הרואה במרכזו של אירוע הפשע את הפגיעה בחוק ובאינטרסים הכלליים של החברה.⁵³ מכאן גם הדגש ששם הצדק המאחה על איהוי הפגיעה בקרבן ובמעגל הקרוב אליו, ואף בפוגע. גישה זו של "צדק מתקן" או "צדק מאחה" (Restorative Justice), ההכרה בהליך זה כחלק ממכלול שיקולי הענישה, ומתן ביטוי לפיצוי הנפגע וסליחתו במסגרת שיקולי ענישה, וכחלק ממדיניות ענישה, קנו להם מקום של כבוד בשיטות משפט מערביות.⁵⁴

50 יש להבחין לעניין זה בין הליך המתפתח כיום בבתי המשפט שעניינו מעורבות שיפוטית בגיבושם של הסדרים בין התביעה לנאשם, לבין הגישור בין עבריין לקרבן שבו אדון במסגרת רשימה זו. לעניין מעורבות שופטים בגיבושם של הסדרי טיעון ראו א' כהן וע' אבמין-מולר "שופט פאסיבי או שופט אקטיבי? – הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקאות טיעון" משפטים לא (תשס"א) 745. לסקירה על התפתחות בבתי המשפט בהליכים שבהם מעורבים שופטים בגיבושם של הסדרי טיעון ראו א' גזל "ענישה בהסכמה – על חלופות להליכי משפט בפלילים" (עבודת דוקטור, אוניברסיטת חיפה, 2002) 252–262; ע' קמא "גישור בהליך פלילי – מה זה משמיע לנו", הרשות השופטת 32 (2003) 41; ר' שפירא "גישור פלילי בבית המשפט המחוזי בחיפה" הרשות השופטת 32 (2003) 46.

51 פנייה של נאשם או מי מטעמו למתלוננים ולעדים עלולה להיחשב כעברה בהתאם להוראות ס' 245–249 לחוק העונשין. חוק העונשין אוסר על נאשם או על בא כוחו ליצור קשר עם המתלונן או עם כל עד תביעה אחר. מגע כאמור עלול להיחשב כעברה של הטרדת עד. ראו דיון נרחב בסוגיה של הטרדת עד ובבעייתיות של מפגש בין נאשם ונציגיו למתלונן בע"פ 526/90 בלזר נ' מ"י, פ"ד (מה) 133 (4) וכן ראו ע"פ (ת"א) 70643/01 מ"י נ' קהלני (לא פורסם), תקדין מחוזי 2001(3) 2106; ראו גם הוראות ס' 25 ו-37 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו–1986, המגבילים את היכולת של עורך דין להיפגש עם הצד שכנגד.

52 Victim-Offender Mediation.

53 לסקירה ביקורתית על הגישה המסורתית של המשפט הפלילי ועל הצורך במתן דגש לתיקון העוול שנגרם לנפגע העברה ראו: Sheleff, *supra* note 17.

54 ע' פרקש צדק מאחה בתחום המשפט הפלילי (ד' ירון עורך, תשס"ב); ב' שטיינברג "הליך הגישור בעניינים פליליים: מקורותיו, התפתחותו והיחס בינו לבין המשפט הפלילי" שיעוי משפט ג (תשס"ב) 131. ראו גם א' טננבוים "הגישה האבולוציוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" שיעוי משפט ב (תשס"א) 261; L. Sebba "Informal Modes of Dispute Resolution – The Debate Continues" *Social Control & Justice* (Jerusalem, L. Sebba ed., 1996) 278; P.R. Rice "Mediation and

הגישור הפלילי המבוסס על הגישור המסורתי ועל התאוריה של הצדק המאחה הנו פיתוח והידוש של מסורות ותרבויות עתיקות יומין,⁵⁵ לרבות מוסד הסולחה במגזר הערבי. התאוריה שבבסיס הגישור הפלילי הנה תאוריה בין-תחומית העושה הבחנה בין שלושה סוגי צדק:

א. צדק גמולי המתמקד בפגיעת העבריין בערך המוגן על ידי חוקי המדינה ובענישה כתגובה לכך. במסגרת זו גוברים שיקולי ההרתעה, החינוך לשמירה על החוק, הגמול הראוי וההגנה על הציבור מפני העבריין על פני שיקולים אחרים.⁵⁶

ב. צדק משקם שעניינו טיפול וריפוי העבריין מתוך מגמה להחזירו לחיק החברה הנורמטיבית.

ג. צדק מתקן שעניינו תיקון היחסים שבין העבריין המזיק לנפגע הניזוק.

הליך הגישור הפלילי של הצדק המאחה מתמקד בחינוכו של העבריין להבין את המשמעות האנושית של מעשיו ולקחת את האחריות על עצמו. הליך הגישור מעודד את נפגעי העברה לביטוי רגשי ולניסיון להבנת העבריין ומניעיו. מטרתו של ההליך הנה תיקון מערכת היחסים שבין נפגע העברה לעבריין שפגע בו. תיקון מערכת היחסים מבוסס על הליך שבו מתגבש הסדר בין הצדדים הכולל פיצוי של הנפגע, בדרך זו או אחרת, על ידי הנאשם.

בשנות השבעים הוכר בארצות-הברית הצורך בגיבוש הליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים בעלי אופי פלילי, בעיקר בסכסוכים אלימים על רקע אתני ובמקרי אלימות של קבוצות מיעוט נגד השלטון ומערכת המשפט. בהמשך חלה התפתחות ניכרת של תכניות לגישור פלילי, הן בנוגע לעבריינות הקבוצתית והן בנוגע לעבריינים בודדים. מחקרים שנערכו מעידים על פריחה של הליך הגישור הפלילי, ומפרטים ומצביעים על פיתוח של למעלה מאלף תכניות לגישור פלילי בצפון אמריקה ובמדינות מערב אירופה.⁵⁷

Arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System – An Overview and Legal Analysis” 29 *Am. U.L. Rev.* (1979–1980) 17, 29; J.G. Brown “The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: a Procedural Critique” 43 *Em. L.J.* (1994) 1247, 1266–1281.

55 על הגישור במקורות ישראל והמשפט העברי ראו ח' שיין ונ' שיין “גישור ישראל ופשרה יהודית” *שערי משפט* ג (תשס"ב) 111, 124–126. העקרונות הבסיסיים שעליהם מבוסס הליך הגישור הפלילי של פיצוי הקרבן על ידי העבריין מוכרים גם הם במקורות המשפט העברי. ראו למשל מסכת בבא קמא ח' א' “החובל בחברו חייב עליו משום המישה דברים: בנזק, בצער, בריפוי, בשבת ובבושת”. הדין העברי מכיר הן בפיצוי החומרי, בכאב, בהוצאות הריפוי, בפיצוי עבור השבתת הקרבן ובנזק הנפשי. גם בשיטות משפט עתיקות נוספות דנים בחובת העבריין לפצות את קרבן העברה.

56 ע"פ 2157/92 פרידה נ' מוי, פ"ד מו(1) 81, 84–85; ע"פ 4872/95 מיי נ' אילון, פ"ד נג(3) 1, 4–5.

57 M.S. Umbreit & J. Greenwood “National Survey of Victim–Offender Mediation Programs in the United States” 16 *Mediation Quarterly* (1999) 235; Brown, *supra* note 53.

המחקרים מעידים על הצלחת הליכי הגישור הפלילי המתבטאת בעיקר במידת שביעות רצונם של הקרבנות מאופן התייחסות מערכת אכיפת החוק למצוקתם. בכל הנוגע להשפעת ההליך על העבריינים, חלוקות הרעות. ישנם מחקרים שמצאו כי העבריינות החוזרת פחתה אצל עבריינים שהיו מעורבים בהליך של גישור פלילי וכאו במגע עם נפגעי מעשיהם. כמו כן, פחתה מידת חומרתה של העבריינות החוזרת. מחקרים אחרים לא מצאו אותה מידה של מובהקות בעניין הפחתת העבריינות החוזרת של משתתפי הגישור הפלילי.⁵⁸

בישראל הופעל הגישור הפלילי בשלב הראשון בעיקר במסגרת של פעילות שירות המבחן לנוער בבאר-שבע. שם גובש תהליך של גישור המתבצע בין קטינים העומדים לדין על עברות שאינן עברות סמים או מין ובין נפגעי העברה. שירות המבחן לנוער הודיע על כוונתו להרחיב את תכנית הגישור גם למחוזות אחרים.⁵⁹ גם שירות המבחן למבוגרים החל בהפעלת תכנית ל"גישור בין פוגע לנפגע" (תכנית גפ"ן). התכנית הוקמה כיחידה נפרדת במסגרת שירות המבחן למבוגרים. בשלב זה כוללת התכנית צוות מצומצם, ואולם שירות המבחן למבוגרים מצהיר בפרסומיו על הכוונה לקדם יוזמות של שיתוף פעולה עם תכניות צדק מאחה, לשם שיקומו של העברייני בקהילה, ובמגמה לפתח ולהרחיב את תחום הצדק המאחה בארץ.⁶⁰ כמו כן, במסגרת שירות המבחן מופעלות תכניות לטיפול בעברייני אלימות במשפחה. ההליך הטיפולי מבוסס על מעורבות של שני בני הזוג בהליך, ומטרתו לשקם את מערכת היחסים בתא המשפחתי. להליך טיפולי זה עקרונות יסוד הדומים להליך של גישור בין פוגע לנפגע. כאמור – תכנית גפ"ן מצויה בראשיתה. במקרים מספר, ובעיקר במקרים של אישור של הסדרי טיעון, דנו בתי המשפט ופירטו במסגרת שיקולי הענישה את קיומו של הליך גישור חיובי בין העברייני לנפגע העברה בפיקוח שירות המבחן במסגרת תכנית גפ"ן.⁶¹

58 א' שריף "גישור פלילי בישראל – סוגיות ומגמות" ראו באתר האינטרנט "סולחה" [http://www.sulcha.co.il/Content/ArticleMain.asp?maamar_id=139] (last visited on 2.10.05); א' ינאי, ר' שרביט וש' גרבלי "הועדה של עברייני וקרובן: דרך לגישור ולטיפול בפשיעה בקהילה" הברה ורווחה כא (תשס"א) 27.

59 פרקש, לעיל הערה 54, בע' 197–199.

60 ראו לעניין זה את דפי ההסבר של תכנית גפ"ן שהוצאו על ידי הנהלת שירות המבחן למבוגרים (עותק שמור במערכת).

61 ראו ת"פ (י"ם) 4713/20 מ"י נ' דוד (טרם פורסם, גזר דין מיום 11.4.05). במסגרת שיקולי בית המשפט לאישור הסדר הטיעון קיימת התייחסות נרחבת להליך גישור במסגרת תכנית גפ"ן בפיקוח שירות המבחן. ראו גם ת"פ (נצ') 206/03 מ"י נ' אזולום (לא פורסם, גזר דין מיום 28.10.04); ת"פ (קריית) 724/03 מ"י נ' ברנר (לא פורסם, פסק דין מיום 25.1.04) (עותק שמור במערכת); ת"פ (חד') 2051/04 תביעות חדרה – משטרת ישראל נ' נחום (טרם פורסם, גזר דין מיום 14.2.05) (עותק שמור במערכת); ראו גם ביקורת על ההליך בת"פ (נצ') 4193/30 מ"י נ' רדאד (טרם פורסם, גזר דין מיום 15.7.04) (עותק שמור במערכת).

1. אכיפת החוק בחברה רב־תרבותית⁶²

אכיפת החוק אינה משימה של מערכת בתי המשפט בלבד. מערכת בתי המשפט הנה אחת ממערכות השלטון השותפות בחינוך לציות לחוק, בשמירה על החוק ובטיפול במפרי החוק. לפיכך, לא ניתן לנתק את המגמות המתפתחות במערכת המשפט מהמגמות המתפתחות במערכות הנוספות העוסקות באכיפת החוק, ובמיוחד ממערכת השיטור. למעשה, מבין גופי השלטון, המשטרה היא הגוף העיקרי העוסק באכיפת החוק ושכא במגע יום יומי עם הציבור הרחב. לא ניתן לנתק את מדיניות אכיפת החוק ככלל ממדיניות פעולת המשטרה ומשיטות ביצוע עבודת השיטור.

השיטור בחברה הרב־תרבותית מציב בפני המשטרה ובפני רשויות אכיפת החוק אתגר של איזון בין הכרה ומתן כבוד לשונות ולייחודיות של כל קהילה תרבותית לבין הצורך להטמיע בחברה נורמות התנהגות הקבועות בחוק, תוך אכיפת החוק באופן שוויוני והוגן.⁶³ מתן מעמד של ממש ל"קהילה" כגורם במערכת אכיפת החוק – בין במסגרת של שיטור קהילתי ובין במסגרת של מתן מעמד לייחודיות של קבוצות אוכלוסייה שונות – עלול להתנגש עם הצורך לאכוף את החוק ולהנחיל את הוראותיו לכלל האוכלוסייה. לעתים עלולה להיות לחיזוק מעמדם של הגופים המסורתיים בקהילה השפעה שלילית על היכולת להנחיל נורמות התנהגות, בעיקר בתחומים שבהם קיימת התנגשות ערכית בין החברה המסורתית לבין הערך המוגן של שיטת המשפט המודרנית (למשל שוויון זכויות נשים).⁶⁴

עם זאת, נראה כי לשיטור בחברות רב־תרבותיות מסתמנת תכנית עבודה חדשה.⁶⁵ במסגרת האיזון שבין אכיפת החוק לבין שמירה על ההרמוניה האתנית,

62 ההגדרה של חברה כ"רב־תרבותית" אינה אחידה. על פי אחת הגישות, אין החברה בישראל עונה להגדרה של "חברה רב־תרבותית" שכן האפיון של הקבוצות המרכיבות את החברה הנו של קהילה הדדית, בניגוד לגישה שלפיה רב־תרבותיות מהייבט יחס של דיאלוג בין הקבוצות המרכיבות את החברה. עם זאת, אין חולק כי החברה בישראל מורכבת מקבוצות תרבותיות שונות בעלות מורשת היסטורית ופרקטיקה מסורתית מבוססת. ראו לעניין זה מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר "הרהורים על רב תרבותיות בישראל" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (1998), מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים) 67.

63 לדיון נרחב בסוגיה של שיטור בחברה רב־תרבותית ראו את הכרך המיוחד שהוקדש לסוגיה זו: *Police & Society* (2003) 7.

64 M. Adelman, E. Erez & N. Shalhoub-Kevorkian "Israel: Policing Violence Against Minority Women in Multicultural Societies: 'Community' and the Politics of Exclusion" *7 Police & Society* (2003) 105; ראו עוד דיון בסוגיה של הגנה תרבותית והשלכותיה על מסורות עתיקות אל מול הצורך להגן על זכויות נשים ומיעוטים בסמפוזיון שהתפרסם ב" *Col. L. Rev.* (1996) 96; ראו שם במיוחד: D.L. Coleman "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma" *96 Col. L. Rev.* (1996) 1093; L. Volpp "Talking Culture: Gender, Race, Nation and the Politics of Multiculturalism" *96 Col. L. Rev.* (1996) 1573.

65 מעמדה של הקהילה בעבודת השיטור אינו חידוש, והוא הוכר עוד בפקודת המשטרה (נוסח חדש), תשל"א–1971. ס' 42 לפקודה מקנה למוכתר ולנכבדים של הכפר זכות להציע מועמדים למינוי כנוטרים בכפרם. ס' 47 לפקודה מקנה למוכתר את הסמכות לדאוג למילוי מקומו של נוטר שפוטר, עד למינויו של נוטר תחתיו.

מצוי הרגש לשמירה על השקט ועל היציבות הקהילתית. מערכות השיטור ואכיפת החוק מכירות בשונה ובייחודי שבקהילה, והשמירה על הסדר הציבורי נעשית תוך מתן דגשים באכיפת החוק כיעד משני לשמירת השקט והיציבות הקהילתית. יש שהמלחמה בפשיעה הופכת להיות יעד משני לשמירה על השקט הקהילתי ועל ההרמוניה בין מרכיבי החברה הרב־תרבותית.⁶⁶

עירוב הקהילה בדרך של שיטור קהילתי, מתן מעמד למוסדות קהילתיים ומתן מעמד לייחודיות ולשונות החברתית בקהילה, במסגרת הליך יישוב סכסוכים, מביאים להשקטת המתחים החברתיים ולהסטת הרגש לשמירה על ההרמוניה שבין רכיבי החברה הרב־תרבותית.⁶⁷

ז. יחסו של המיעוט הערבי למערכת המשפט ולאכיפת החוק בישראל

את יחסו של המיעוט הערבי למערכת המשפט ולאכיפת החוק במדינת ישראל יש לראות כחלק ממערכת היחסים הבעייתית של המיעוט הערבי⁶⁸ עם המדינה המגדירה את עצמה כמדינתו של הרוב – העם היהודי.⁶⁹ הקהילה הערבית שהייתה רוב אוכלוסיית הארץ בתקופת המנדט הפכה למיעוט לאחר הקמתה של המדינה היהודית. הקמת המדינה היהודית, אירוע שנתפס על ידי הרוב היהודי כהתגשמות של תקווה בת 2000 שנה,⁷⁰ מהווה שלב טראומתי בזיכרון ההיסטורי הקולקטיבי של ערביי ארץ ישראל במסגרת העימות המתמשך בין שתי תנועות לאומיות. תהליכים של ביסוס מדינת ישראל כמדינת העם היהודי ופעולות שביצעה המדינה לשם ביסוס אופייה היהודי, פגעו, מעצם טבעם, באינטרסים של אלו אשר אינם נמנים עם העם היהודי.⁷¹ יתרה מזאת – הציבור הערבי מצא עצמו בבעיה

-
- W.F. McDonald "The Emerging Paradigm for Policing Multiethnic Societies: 66
Glimpses From the American Experience" 7 *Police & Society* (2003) 233
- לעניין חשיבות ההכרה של הממסד המשפטי במוסדות חברתיים מסורתיים והתועלת שיכולה 67
המערכת המשפטית הממסדית להפיק מכך ראו: O. Oloruntimehin "The Status of Informal Social Control and Dispute Resolution – An Analysis of African Societies" *Social Control & Justice, supra* note 53, at p. 332
- D. Nelken "Community: Involvement in Crime Control: If Community is the Answer, What is the 68
Question?" *Social Control & Justice, supra* note 53, at pp. 235, 243
- קרנאווי וטבו, לעיל הערה 17. על חשיבות שיתוף הפעולה עם הקהילה כמטרה לצמצם 69
עבריינות ראו גם ' קים "קהילות בשירות בתי־הסוהר: שב"ס בקהילה או שב"סקהילתי"
משטרה וחברה 6 (2002) 209.
- א' גאנס "על מצבו של המיעוט הערבי־פלסטיני בישראל" מדינה וחברה 4 (תשס"ה) 68
952-933.
- לריון נרחב בסוגיית מערכת היחסים שבין המיעוט הערבי למדינת ישראל ראו: G. 69
Barzilai *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities* (Michigan, 2003) 97-147
- כלשונו של ההמנון הלאומי. 70
- לריון בהיבטים של יחס שיטת המשפט בישראל לקהילות תרבותיות שונות, כחלק מתפיסתה 71
הציונית של מערכת הממשל והמשפט ראו: I. Rosen-Zvi *Taking Space Seriously* (Burlington, 2004).

של זהות עצמית, בין הגדרתו כ"פלסטיני" או כשייך לאומה הערבית הגדולה לבין שיוכו לקבוצת "ערביי ארץ ישראל" ואזרחי מדינת ישראל.⁷² החוק בישראל מעניק שוויון זכויות לכלל אזרחי המדינה. במישור הגנת הפרט מגנים החוק ובתי המשפט על זכויותיהם של אזרחים ערבים.⁷³ עם זאת, לא הכירו רשויות החוק באוכלוסייה הערבית כקהילה נפרדת של מיעוט הזכאי לזכויות כקולקטיב.⁷⁴ כך למשל מגן החוק על כל המקומות הקדושים בישראל, ללא הבחנה ביניהם, ואולם בתקנות שהוציא משרד הדתות הוזכרו רק מקומות קדושים יהודיים.⁷⁵ אף על פי שערבית היא שפה רשמית, לא נעשה שימוש בשפה

72 מ' דלאל "אין לנו מקום בסיפור שלכם" משפט נוסף 1 (2001) 64. על תהליכי ההקצנה של ההנהגה הפוליטית הערבית והגברת הזדהותה ותמיכתה עם שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ראו ר' שיפטן "זהותם החדשה של הח"כים הערבים" תבלת 13 (תשס"ג) 23. למשל בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מוקדקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן: פרשת קעדאן).

74 ג' ברזילי "ערבים? רק בלשון יחיד" משפט נוסף 1 (2001) 55; ראו גם ח' ג'ארין "ישראליות הצופה פני עתיד" של הערבים לפי זמן יהודי ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל ו (תשס"א) 53. מחבר המאמר מציג טיעון כי בפרשת קעדאן קבע בית המשפט העליון מודל של ישראליות חדשה שבה ייכללו גם אזרחי המדינה הערבים, ואולם זאת תוך ויתור על מרכיבי הזהות הפלסטינית לטובת זהות המוגדרת כ"ערבית-ישראלית". המחבר מבסס את טיעונו על ההבחנה שבין פסק הדין בפרשת קעדאן לבין פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (להלן: פרשת בורקאן). שם טען העותר כנגד הלגטימיות של הגדרת הרובע היהודי בעיר העתיקה כ"רובע יהודי" וטען לזכויות בדירתו תוך שהוא טוען כי זו דירת משפחתו מאז ומעולם וכפר בקיומו ההיסטורי של רובע יהודי בעיר העתיקה. עתירתו נדחתה. בפסק הדין בפרשת קעדאן מדגיש בית המשפט בפסק דינו כי העותרים אינם חולקים על היסוד היהודי שבמדינת ישראל, על תפקידה החשוב של הסוכנות היהודית, והם מכירים בהליך ההיסטורי של ההתיישבות היהודית בארץ ישראל. פסק הדין מציג את אינטרס העותרים כאינטרס פרטי מצומצם של שיפור רמת חיים ואיכות חיים, הכול תוך הכרה בלגיטימיות של הציונות וההתיישבות היהודית. המחבר טוען כי במסווה של ההגנה על זכות הפרט לשוויון במישור של איכות חייו יוצר בית המשפט העליון הבחנה בין זכויותיו של עותר המכיר במעמדה של המדינה היהודית ובין העותר החולק על הלגיטימיות של ההתיישבות היהודית, ובכך שולל, בפועל, בית המשפט את ההכרה בזכויות המיעוט הערבי כקולקטיב. לא זה המקום לדון במכלול הסוגיות המתעוררות בעניין ההכרה במעמדם של ערביי ארץ ישראל כקולקטיב, להבדיל מזכויותיהם כפרטים. אומר רק כי יש בדברי הנשיא ברק בפרשת קעדאן כדי לחזק את הטען ברבר שלילת ההכרה בזכויות הערבים כקולקטיב אל מול הגנה על זכויות הפרט כפרט בלבד. הנשיא ברק פסק כדלקמן: "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות [תש"ז-1950]), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדיון, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים". שם, בע' 282. דברים אלו מדגישים את הפער וההבחנה שבין ההכרה בזכויות העם היהודי כקולקטיב ובין הכרה בזכויות הפרט של בני המיעוטים, תוך התעלמות מזכויותיהם הקולקטיביות. לדיון בעניין זה ראו גם א' קירר "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל" מדינה וחברה 4 (תשס"ה) 845-884; ב' קימלינג "חקיקה ושפיטה בחברת מהגרים - מתיישבים" מחקרי משפט טז (תשס"א) 17; א' ג'מאל "ציונות ליברלית: נאורות שיפוטית ואתגר הרב-תרבותיות בישראל" מדינה וחברה 4 (תשס"ה) 789-824.

75 חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967.

הערבית בגופי השלטון, הן כשפה מדוברת והן בדרך של פרסומים רשמיים.⁷⁶ החינוך הממלכתי הגדיר את מטרותיו של החינוך הציבורי בישראל בהתאם לתפיסת עולמה של התנועה הציונית והמדינה היהודית.⁷⁷ החוק קבע אמנם אפשרות לתכנית לימודים מיוחדת למוסדות חינוך שאינם יהודיים,⁷⁸ ואולם תכנית לימודים זו כפופה גם היא לעקרונות החינוך הממלכתי, המשקפים את עקרונות הקמתה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי.

מתן העדפה בסיסית לקידום ביסוסה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יצרה חוסר שוויון בהתמודדות עם בעיות של המגזר הערבי⁷⁹ ותחושה של הפליה מתמשכת בציבור הערבי. בתי המשפט הכירו בצורך לתקן את חוסר השוויון, הן בתחומים של תקצוב⁸⁰ והן בעצם ההכרה בצורך להתייחס לאוכלוסייה הערבית כבעלת צרכים ייחודיים.⁸¹ בית המשפט אף הכיר בצורך לשלב את נציגי המגזר הערבי במועצת מינהל מקרקעי ישראל⁸² ובדירקטוריונים של חברות

- 76 ראו לעניין זה בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו (טרם פורסם), תקדין עליון 2002 (2) 603. שם הורה בית המשפט העליון על חובה לכלול בשילוט הרחובות גם את השפה הערבית; ראו גם א' סכנ ומ' אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשוני מציאות" מדינה וחברה 4 (תשס"ה) 885-910.
- 77 ס' 2 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 (להלן: "חוק חינוך ממלכתי").
- 78 ס' 4 לחוק חינוך ממלכתי.
- 79 D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Colorado, 1990) 77-135.
- 80 כך למשל הורה בג"ץ למשרד הדתות לפעול באופן שוויוני בחלוקת התקציבים למוסדות דת ולבתי עלמין. ראו בג"ץ 240/98 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד (5) 167; בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164; ראו גם בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79, שם הורה בג"ץ כי יש להשוות את חלוקת תקציב המדינה ולחלקו על בסיס של קריטריונים ברורים ושוויוניים במסגרת פרויקט שיקום השכונות; לעומת זאת, ראו בג"ץ 3954/91 אנבריה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מה(5) 472, שם נדחתה עתירה בעניין השוויון בהחלת חוק יום לימודים ארוך, ובית המשפט דחה את טענת העותרים בדבר הפליה באופן החלת החוק על בתי הספר ביישובים הערבים; לעניין טענת הפליה של המגזר הערבי בחלוקת תקציבים ראו י' רבין ומ' לוצקי-ארד "האפליה התקציבית המתמשכת של המגזר הערבי" המשפט ז (תשס"ב) 42. ראו גם א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שיטתית, תשס"ה, כרך א: עקרונות יסוד) 455-466.
- 81 בשג"צ 6277/92 המועצה הלאומית לשלום הילד נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(1) 148, שם הורה בית המשפט על הצורך בהקמת מעון נעול ערבי לשם החוקתם של עבריינים שהם בני נוער ערבים; בג"ץ 2814/97 ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד נד(3) 233, שם הורה בית המשפט למשרד החינוך להפעיל תכניות של האגף לשירותי רווחה במוסדות החינוך הערביים בישראל; בג"ץ 4112/99, לעיל הערה 76, שם הורה בית המשפט העליון על חובה לכלול בשילוט הרחובות גם את השפה הערבית.
- 82 בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל (לא פורסם), תקדין עליון 2001 (2) 509.

ממשלתיות.⁸³ עם זאת, לא נעלמה תחושת ההפליה והניכור שיש לרבים בציבור הערבי כלפי המדינה ומוסדותיה.⁸⁴

תחושת ההפליה וחוסר האמון של המגזר הערבי באים לידי ביטוי גם ביחסו של הציבור הערבי למערכות אכיפת החוק והמשפט בישראל, כפי שעולה ממחקר של המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה.⁸⁵ המחקר מצביע על מגמה של ירידה במידת האמון של הציבור הערבי במוסדות החוק והמשפט בשנים 2005–2000.⁸⁶ מבין מערכות אכיפת החוק זוכה משטרת ישראל למידת האמון הנמוכה ביותר, במיוחד לאחר מהומות אוקטובר 2000. במערכת בתי המשפט זוכה בית המשפט העליון למידת האמון הרבה ביותר בקרב המגזר הערבי. האמון שרוחש הציבור הערבי לבתי המשפט האחרים נמוך בהרבה מזה שניתן לבית המשפט העליון. עם זאת, ניכרת מגמה של שחיקה מהותית במידת האמון של הציבור הערבי במערכת בתי המשפט.⁸⁷ במיוחד לאחר מהומות אוקטובר 2000 נשמעת הטענה כי מערכות אכיפת החוק, לרבות בתי המשפט נקטו עמדה נחרצת נגד מחאת המגזר הערבי במהומות אלו, תוך הפליית המפגינים הערבים בהשוואה ליחס הניתן למפגינים יהודים.⁸⁸ לא ניתן להתעלם מתוצאות המחקרים

83 בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם), תקדין עליון 2003 (2) 65. העתירה במקרה זה נדחתה לאחר שלא הוכחה הפליה במדיניות מינוי נשים ערביות כדירקטוריות בחברות הממשלתיות. עם זאת, הצהיר בית המשפט בפסק דינו על החובה במתן ייצוג הולם לנשים ערביות בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות.

84 ראו דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (תשס"ג, כרך א) 25–60 (להלן: "דו"ח ועדת אור"); ראו גם גאנם, לעיל הערה 68.

85 א' רטנר תרבות החוק – מערכת החוק והמשפט בראי החברה הישראלית – מחקר אורך 2000–2005 (עותק שמור במערכת).

86 יצוין כי על פי ממצאי המחקר, מידת האמון של הציבור הערבי במערכות אכיפת החוק דומה לזו שיש לציבור המתנחלים היהודים בשטחי יו"ש באותן מערכות. אצל הציבור החרדי מידת האמון הנמוכה ביותר למערכות אכיפת החוק היא הנמוכה ביותר. ניתן לראות דמיון ביחס האוכלוסיות הנ"ל למערכת המשפט כחלק מתופעה מובנית של התנגשות בין שיטת משטר ומערכת אכיפת חוק במדינה בעלת אופי דמוקראטי-ליברלי לקהילות בעלות אופי חיים מסורתי. להרחבה ראו: Barzilai, *supra* note 68; ראו דיון בסוגיה זו בהקשר ליחסי הקהילה החרדית עם מערכת המשפט בישראל מ' קרן וג' ברזילי השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל (נייר עמדה 9, 1998).

87 יש לציין כי במחקר אחר שנערך על ידי ע' ויגודה-גדות ופ' יובל ביצועי המגזר הציבורי בישראל – ניתוח עמדות אזרחים ומערכת מצב לאומית (נייר עבודה מספר 3, 2003) (עותק שמור במערכת), אותה שחיקה במידת שביעות הרצון של כלל הציבור ממערכת בתי המשפט בשנים 2001–2003. עם זאת, באותה התקופה ניכרת עלייה משמעותית של שביעות הרצון ממשטרת ישראל.

88 דלאל, לעיל הערה 72. ראו לעניין זה גם את פרק הסיכום בדו"ח ועדת אור, לעיל הערה 84, כרך ב, בע' 759–783. תחושה זו של היעדר שוויון באכיפת החוק הפלילי על האוכלוסייה הערבית, בהשוואה לאופן אכיפתו על האוכלוסייה היהודית, אינה בלתי מבוססת. במחקרם של א' רטנר וג' פישמן "צדק לכל – יהודים וערבים במערכת המשפט בישראל" דין וחשבון הוועדה לבחינת ההסדרים בעניין פרסומים מחקירות המשטרה וגופי חקירה סטטוטוריים אחרים (תש"ס), נבחנה מידת השוויון שיש להחלת הדין הפלילי על אזרחים ערבים ויהודים בישראל. נמצא כי בכל החתכים שנבחנו קיים פער משמעותי לרעת הערבים ביחס ליהודים

המצביעים על מידה בלתי מבוטלת של יחסי ניכור בין מערכת המשפט לציבור הערבי בישראל.⁸⁹ זאת, בין שהתופעה הנה פועל יוצא של התנהלות מערכת המשפט ובין שהיא תוצאה של תהליכי הקצנה בחברה המוסלמית.⁹⁰

ח. הצידוק שבשינוי המדיניות השיפוטית⁹¹ ומתן הכרה ומשקל להליך הסולחה במסגרת שיקולי בית המשפט לעניין מעצר וענישה

הטיעון שבבסיס רשימה זו הוא שהכרה בסולחה, הן במישור מערכת היחסים שבין נפגע העברה לעברייין שפגע בו, והן במישור של הכרה מוסדית במערכת יישוב סכסוכים בחברה המסורתית-ערבית, מתיישבת עם מגמות מערכת המשפט ואכיפת החוק. הכרה בסולחה כהליך גישור משרתת את האינטרס הציבורי ויכולה להגביר את אמון הציבור הערבי במערכת בתי המשפט. הדבר אף מסייע למשטרת

בעלי אותם מאפיינים אישיים. המחקר מצא כי ההסתברות לסגירת תיקים של עבריינים ערבים נמוכה מזו של היהודים. סיכוייהם של נאשמים ערבים להיות מורשעים גבוהים מאלו של היהודים. גם ההסתברות לגזירת עונשי מאסר על עבריינים ערבים גבוהה מזו של יהודים.

89 במחקרם של רטנר ופישמן, לעיל הערה 88, נסקרים כמה מחקרים קודמים שממצאיהם דומים ומצביעים על אותה מגמה.

90 לא זה המקום לניתוח מכלול התהליכים העוברים על החברה הערבית, ובמיוחד החברה המוסלמית, תהליכים שיש להם השלכה על מערכת היחסים שבין החברה הערבית ובין המדינה בכלל ורשויות אכיפת החוק בפרט. דיון נרחב על ההתנגשות שבין תפיסת העולם המוסלמית ובין תפיסות העולם של הדמוקרטיה המערבית ועל התהליכים בעולם המוסלמי בשל התנגשות תפיסות עולם אלו ראו: R. Scruton *The West and the Rest* (London, 2002).

91 הביטוי "מדיניות שיפוטית" וראיית בית המשפט כמוסד המעצב "מדיניות" הנה, לכשעצמה, שאלה נכבדה. יש הרואים את קביעת המדיניות השיפוטית כחלק בלתי נפרד מהליך השפיטה. גישה זו רואה את בית המשפט כמוסד המעצב מדיניות חברתית ואת קביעת ה"מדיניות השיפוטית" כדרך של בית המשפט והשופט היושב בדיון לצקת את תפיסת עולמו החברתית להחלטה השיפוטית בדרך של פירוש החוק או החלת הוראותיו על המקרה הנדון בפניו. מנגד, יש הרואים בקביעת מדיניות שיפוטית על ידי בית משפט כפעולה החורגת מגבולות תפקידו השיפוטי של בית המשפט וכדרך המצביעה על כישלוננו של בית המשפט להגיע לתוצאה שיפוטית ראויה בדרך של פרשנות דבר חקיקה. יש הטוענים כי למעשה קביעת "מדיניות שיפוטית" הנה תחליף בלתי ראוי לפרשנות המשפטית והליך קביעת ממצאים עובדתיים. גישת הביניים רואה במדיניות שיפוטית כמרכיב לגיטימי במכלול השיקולים המנחים את בית המשפט כבואו לפרש דבר חקיקה או כאשר המדיניות השיפוטית באה לשם יצירת תרופה לפגיעה שנוצרה עקב פרשנות דבר חקיקה. ראו לעניין הבעייתיות של "מדיניות שיפוטית": M.M. Feeley & E.L. Rubin *Judicial Policy Making and the Modern State* (Cambridge, 1998) 1-27. במסגרת רשימה זו אינני מתיימר לדון בגישות השונות להגדרת "מדיניות שיפוטית". עם זאת, ראוי לציין כי השימוש בביטוי "מדיניות" שגור בלשונם של השופטים, כבסיס להנמקת החלטות. בין שנגדיר את בית המשפט כגורם שלטוני המעצב מדיניות כחלק מתפקידו השיפוטי ובין שנגדיר את המדיניות השיפוטית כמצע פרשנות משפטית, סבורני כי התוצאה הראויה צריכה להיות בשינוי גישת בית המשפט והיחס הניתן להליך הסולחה, כנתון המובא בפני בית המשפט, במובן זה שיש לראותו כנתון רלוונטי לתוצאה השיפוטית.

ישראל בשמירה על החוק והסדר הציבורי. הכרה בהליך הסולחה מתיישבת גם עם מגמה המתפתחת בעיקר במשפט הבינלאומי, להכרה בזכויות קולקטיביות של קבוצות מיעוטים ובזכות לשונות ולשמירה על רכיבי תרבות מסורתית כחלק מזכויות יסוד.⁹²

השאלה אם ובאיזו מידה יש לתת משקל לקיומה של סולחה מתעוררת במסגרת ניהול המשפט הפלילי בשני שלבים מרכזיים. הראשון הוא שלב הדיון בבקשת המעצר, ובמיוחד בבקשה למעצרו של נאשם עד לתום ההליכים המתנהלים נגדו.⁹³ השלב השני הוא בתום המשפט הפלילי, כאשר נאשם מורשע ועל בית המשפט לגזור את דינו ולשקול, במסגרת זו, מכלול שיקולים לעניין מידת הענישה הראויה. ארון להלן בשני השלבים בנפרד.

סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו–1996 (להלן: "חוק המעצרים") קובע את העילות למעצר עד לתום ההליכים. אחד החירושים שבחוק, בהשוואה למצב שקדם לו, הוא שאין עוד עברה שבעניינה קיימת חובת מעצר עד לתום ההליכים.⁹⁴ בכל מקרה ובכל עברה על בית המשפט לשקול חלופת מעצר.⁹⁵ במסגרת מכלול השיקולים בוחן בית המשפט את מסוכנות הנאשם, את סדרי הפיקוח על חלופת המעצר ואת מידת האמון⁹⁶ שניתן ליתן בנאשם ובסדרי הפיקוח עליו. כל זאת, באופן שיבטיח את השמירה על שלום

B. de Witte "Surviving in Babel? Language Rights and European Integration" 21 *Israel Y.B Human Rights* (1991) 103; L. Shaskolsky-Sheleff "A Tribe is A Tribe – On Changing Social Scienc Concepts and Emerging Human Rights" 21 *Israel Y.B Human Rights* (1991) 127; L. Sheleff *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism* (London, 1999) 136–152. הדיון בזכות לשונות תרבותית כזכות יסוד חוקתית הורג מעבר לסוגיה הנדונה במסגרת מאמר זה ונדון בהרחבה בספרו של שלף, *supra*. Sheleff, *supra*, יצוין כי בפסיקת בית המשפט העליון הוכרו זכויות קולקטיביות של ציבור דתי והוכר הצורך להגן עליהם. ראו למשל עניין חורב, לעיל הערה 45; בג"ץ 953/01 פולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595; דג"ץ 4128/00 מנב"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נו(3) 289.

מטבע הדברים הסיכוי שהליך סולחה יושלם ויהיה רלוונטי בשלבים הראשונים של חקירה פלילית, בהם עצור חשוד לפרקי זמן קצרים לצורכי החקירה, קלושים. עם זאת, אותם עקרונות שארון בהם לעניין מעצר עד לתום ההליכים נכונים גם למעצר ימים לצורכי חקירה, בשינויים המחוייבים.

בש"פ 6839/02 בן-שושן נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(3) פסקה 5 לפסק דינה של השופטת דורנר: "המעצר נועד אך למניעת פגיעה צפויה בשלום הציבור. ברם, לנוכח הפגיעה הקשה של המעצר בזכויות יסוד של הנאשם, ובמרכזו, בזכות החירות, לא ייעצר נאשם עד תום ההליכים אלא אם כן לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה" (סעיף 21(ב)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו–1996).

ראו למשל בש"פ 5482/03 בוחניק נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2003(2) 3160; בש"פ 507/00 מזרחי נ' מ"י, פ"ד נד(1) 385; בש"פ 5885/98 פלזין נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1998(3) 902.

לעניין האמון בנאשם ובסדרי הפיקוח כשיקול מרכזי בבחינת האפשרות לשחררו לחלופת מעצר ראו בש"פ 6262/98 אגיסון נ' מ"י (לא פורסם), תקדין עליון 1998(3) 1390; בש"פ 507/00 מזרחי נ' מ"י, פ"ד נד(1) 385.

הציבור מן הצד האחד ומן הצד האחר יאפשר את שחרורו של הנאשם ממעצר כך שהגיעה בחירותו, בשלב זה, תצומצם במידה האפשרית. בעניין זה משרתת ההכרה בסולחה, כנתון בעל משקל בשיקולי מעצר, שתי תכליות. הראשונה בבחינת מידת מסוכנות שיש בשחרור ממעצר לשלום הציבור והשנייה במידת האמון שניתן לתת בסדרי הפיקוח על הנאשם. לעניין זה יש מקום להבחנה בין סוגים שונים של עברות ובנסיבות שונות של כל מקרה ומקרה. מעמדה ומשקלה של הסולחה יעלו בעיקר כאשר מדובר בסכסוך מתמשך או בעל פוטנציאל להתלקחות מחודשת, על רקע של נקמת דם או מאבק בין המולות. בכל הנוגע למידת המסוכנות – סולחה מפחיתה, כנראה, את הסיכון שבתוצאות הנובעות משחרור העברייני. הטעם הראשון הוא עצם השכנת השלום בין העברייני לנפגעי עבריינותו. הטעם השני הוא מעורבות נכבדי הקהילה ויצירת מנגנון של "הפסקת אש" – ה"הודנא". מנגנון זה מסכם זה מפחיתים את המסוכנות בפריצה מחודשת של אלימות.

בכל הנוגע לאמון שניתן לתת בעברייני – סבור אני כי קיומה של הסולחה, כמוסד ליישוב סכסוכים בעל הכרה ומעמד בקהילה, מגביר את מידת האמון שניתן לתת בנאשם ובכני המשפחה המפקחים על קיומה של חלופת המעצר. מנגנון הסולחה הופך את התחייבויות הנאשם ומשפחתו למחויבות לא רק כלפי בית המשפט או הנפגעים. מדובר בהתחייבות כלפי נכבדי הקהילה, אנשי דת ומנהיגי הציבור. להתחייבות זו בקהילה מסורתית משקל של ממש. מעורבותה של ועדת הסולחה כמנגנון פיקוח מגבירה את האמון שניתן לתת בנאשם במסגרת מכלול השיקולים לשחרורו ממעצר.

בשלב גזירת הדין ובחינת שיקולי הענישה על ידי בית המשפט, קיומה של סולחה ראוי להתייחסות נפרדת. ראשית, הרטת הנאשם והכרתו בחומרת מעשיו מהווה, כעניין שבשגרה, נתון המובא בחשבון במסגרת שיקולי הענישה. בהתאם, יש לתת משקל גם לחרטה ולהודאה באחריות כאשר הן נעשות במסגרת מוסדית ובפני נכבדי קהילה, שהצהרה בפניהם הנה בעלת משמעות כלפי הקהילה כולה, כלפי הנאשם וכלפי בני משפחתו. שנית, פיצוי הנפגע, שהוא אחת ממטרות הענישה, זכה להכרה ולמשנה חשיבות בפסיקת בתי המשפט בעת האחרונה.⁹⁷ כפועל יוצא מכך, פיצוי נפגעי העברה במסגרת הליך סולחה, ראוי לו שיובא בחשבון במסגרת מכלול שיקולי הענישה. ושלישית, החוק העניק לנפגע העברה מעמד לעניין ענישתו של העברייני שפגע בו.⁹⁸ זכותו של הנפגע להשמיע את עמדתו והחובה להתיעץ בו מובילות אל המסקנה כי עמדתו צריכה להישקל במסגרת מכלול השיקולים לעניין הענישה. בהתאם – גם סליחת הנפגע ורצונו שלא למצות את הדין עם הנאשם צריכים להישקל במסגרת מכלול שיקולי הענישה. מובן כי החובה להתחשב ברצון נפגע העברה אינה מחייבת את הפרקליטות או את בית המשפט לקבל את עמדתו, ואולם לא ניתן עוד להוציא את רצון נפגע העברה אל מחוץ למגרש, ויש לראותו כאחד מהנתונים הרלוונטיים שעל בית המשפט להביא בחשבון במסגרת מכלול שיקוליו. בהתאם,

97 עניין אסף, לעיל הערה 31.

98 ראו לעיל בפרק ד'.

הליך של סולחה, המבטא בין היתר את רצון הנפגע,⁹⁹ צריך גם הוא לבוא בחשבון במסגרת מכלול השיקולים לענישה, כנתון שיש לו משקל של ממש. נראה כי לקיומה של סולחה בין עבריין לנפגע עברה, יכול שתהיה גם השלכה על הליכים בעניינו של נאשם, לאחר שנגזר דינו.¹⁰⁰ למשל, במסגרת דיונים בבקשה לשחרור מוקדם, בדיון בקציבת עונשו של מי שהורשע בעברה שהעונש בגינה הוא מאסר עולם, ואף במסגרת דיון בבקשה לחנינה. יודגש כי בהליכים אלו קבע החוק מעמד לנפגע העברה וזכות שדעתו תישמע.¹⁰¹ הזכות להשמיע את עמדת נפגע העברה מלמדת על החובה להביא בחשבון, במסגרת מכלול השיקולים, גם את עמדתו של נפגע העברה – לרבות סליחתו.

יתרה מזאת, השיקולים העיקריים המנחים ועדות שחרורים כבואן לשקול שחרור מוקדם ברישיון או המלצה לנשיא המדינה לקציבת עונשים הם שיקומו של האסיר מחד וביטחון הציבור מאידך.¹⁰² במקרים חמורים במיוחד ובנסיבות מיוחדות ניתן להביא בחשבון גם את האפשרות ששחרור מוקדם של אסיר ברישיון יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, באכיפת החוק ובהרתעת הרבים. משנוצר יחס בלתי סביר בין חומרת העברה, נסיבותיה והעונש שנגזר על האסיר, לבין תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר, רשאית ועדת השחרורים להביא בחשבון גם נתונים אלה בהחלטתה.¹⁰³

בהתאם להוראות חוק שחרור על-תנאי ממאסר ולהלכה הפסוקה (שעיקרה עוד קודם לחקיקתו של חוק שחרור על-תנאי ממאסר),¹⁰⁴ השאלה הראשונה שוועדת השחרורים בוחנת היא אם קיימות ראיות מנהליות מספיקות למסקנה כי האסיר למד את לקחו, וקיים סיכוי סביר לשיקומו ("תקנת הפרט"). השאלה השנייה הנה, אם על בסיס הראיות המנהליות ניתן להסיק כי קיים סיכוי סביר שב"תקופת השליש" שבה ישהה האסיר מחוץ לכותלי בית הסוהר הוא לא ישוב לפעילות עבריינית ("תקנת הכלל").¹⁰⁵ קיומה של סולחה מחזק את הסיכוי

99 מובן כי על בית המשפט לוודא כי אכן זהו רצונו האמיתי של הקרבן. ראו למשל ת"פ 394/02, לעיל הערה 21.

100 "מסוכנות" של נאשם שהורשע ונגזר עליו עונש מאסר מהווה נתון מרכזי בסיווגו כאסיר, וכאזוהי לחופשות ותנאים החלים על כליאתו. לא כאן המקום, להרחיב את הדיון באופן הגדרת מסוכנות ואומדנה במסגרת קביעת תנאי מאסר. ייאמר רק כי ככל שקיומה של "סולחה" מפחית את המסוכנות הנשקפת מהאסיר כך גם יש להביא את הדבר בחשבון לעניין סיווגו של אסיר, מתן חופשות והקלות אחרות בתקופת המאסר.

101 ס' 19–20 לחוק זכויות נפגעי עברה.

102 לפירוט השיקולים שעל הוועדה לשקול ראו ס' 9–10 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א–2001 (להלן: "חוק שחרור על-תנאי ממאסר").

103 ראו ס' 10 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר. יצוין כי מהוראות סעיף 29(ד) לחוק עולה כי אין הוראה מפורשת המחילה את הוראות סעיף 10 לחוק ושקילת אמון הציבור במערכת המשפט בין השיקולים שיש להביא בחשבון בדיוני ועדה בעניין מתן המלצה לנשיא המדינה לקציבת עונש מאסר עולם לאסיר. עם זאת, סבורני כי יש לקרוא את הוראות סעיף 10 כחלות גם על שיקולי הוועדה המפורטים בסעיף 29(ד) לחוק כשיקולים הנלווים ל"טיב העבירה, לנסיבות ביצועה ולתוצאותיה" כמפורט שם.

104 בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838, ופסקי הדין המאוזכרים שם.

105 שם, בע' 861–862.

שהעבריינין לא יחזור לפעילותו העבריינית הן במערכת יחסיו עם נפגע העברה והן מחמת התחייבותו והתחייבות משפחתו לנכבדי הקהילה ולאנשי הדת, חברי ועדת הסולחה. השלמה בין נפגע עברה לעבריינין, פיצוי הנפגע על הנוק שנגרם לו והפיקוח המוסדי של ועדת הסולחה על איחוי מערכות היחסים בין הצדדים הישירים לעברה והמעגל החברתי-משפחתי הקרוב, מחזקים את האפשרות של שיקום העבריינין וכמו כן מפחיתים את הסיכון לנפגע העברה ולחברה ככלל מעצם שחרורו.¹⁰⁶

כאמור – כאשר נדון עניינו של מי שהורשע בעברה חמורה במיוחד, יש להביא בחשבון גם את האפשרות ששחרור מוקדם של אסיר ברישיון יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, באכיפת החוק ובהרתעת הרבים. מכאן במקרים שבהם הורשע אדם בעברת רצח, לא ניתן יהיה לתת לקיומה של סולחה משקל של ממש אל מול חומרת העברה והשמירה על אמון הציבור בענישה ובמערכת המשפט. גם אם הסולחה נערכה בין משפחות יריבות כדי למנוע רצח נוסף על רקע של נקמת דם, תינתן העדיפות להרתעת הרבים על פני התחשבות בהפחתת המסוכנות כפועל יוצא של עריכתו של הסכם סולחה.¹⁰⁷

עם זאת, ככל שהנאשם כבר ריצה את עיקר מאסרו ויתרת המאסר שעליו לרצות קטנה, כך גובר מעמדם של השיקולים האחרים (תקנת הפרט ותקנת הכלל) על פני שיקול זה של הרתעת הרבים. בהתאם גם גוברת האפשרות ליתן משקל לקיומה של הסולחה, כנתון הפועל לטובת הנאשם.

פרט ליחסי נאשם – נפגע עברה, סבורני כי ההכרה בהליך הסולחה ובוועדות הסולחה כמוסד מגשר, משכין שלום ומשרת את האינטרס של מערכת אכיפת החוק. יש להכיר בהליך הסולחה כסוג של גישור, על כל המשתמע מכך. כשם שמצא המחוקק ומצאו בתי המשפט לנכון לעודד את קיומו של הליך גישור בכל הרמות, כך גם ראוי שיהיה מקרה זה. אמנם, ולהבדיל מהליך אזרחי, אין הגישור שבתחום הפלילי מיועד להחליף את ההליך השיפוטי, ואולם יש בו ערך, לכשעצמו, בהפחתת המתחים ושיקום מערכות היחסים הפגועות שבין הנאשם ומשפחתו לנפגע העברה ומשפחתו. שיקום מערכות יחסים אלו, ובמיוחד בקהילה

106 בפרסומיו הרשמיים לתכנית גפ"ן טוען שירות המבחן כי מחקרים שנערכו מצביעים על הפחתת חשש של נפגעי עברה ממבצעי עברה לאחר קיומו של הליך גישור בין הפוגע לנפגע וכן על ירידה משמעותית של רמת האלימות אצל עברייני אלימות רציבידיסטיים בתקופת 12 החודשים שלאחר הליך הגישור בינם ובין נפגעי העברה. ממצאים אלו צריכים להנחות גם בנוגע לגישור המסורתי שבין הפוגע לנפגע במסגרתה של הסולחה.

107 ראו בע"פ 10866/03, לעיל הערה 25, שם התקבל ערעור על העונש שגזר בית המשפט המחוזי אשר הביא בחשבון, במסגרת השיקולים לקולא, קיומה של סולחה בין משפחות הנצים, סולחה שמנעה נקמת דם והמשך מעשי אלימות. בית המשפט העליון הורה להחמיר בעונשם של נאשמים שהורשעו בעברת הריגה ובעברה של חבלה בכוונה מחמירה וקבע כי על אף קיומה של הסולחה יש ליתן משקל רב יותר לצורך בהרתעת הרבים מפני ביצועם של מעשי אלימות (במקרה שנדון שם על רקע של כבוד המשפחה). נראה כי התייחסות דומה תהיה גם במקרה שבו תשקול ועדת השחרורים את עניינו של מי שהורשע בעברת רצח, גם אם נערכה בהמשך סולחה בין הצדדים היריבים.

בעלת אופי מסורתית, יש בו לכשעצמו תרומה להפחתת אלימות ולהגברת הסדר הציבורי והיציבות הקהילתית.¹⁰⁸

ההכרה בסולחה אינה רק הכרה בהסכם, אלא גם במוסד בעל תפקיד מרכזי בקהילה הערבית, ובעיקר המסורתית. חיזוק מעמדן של ועדות הסולחה הוא אינטרס של כלל רשויות אכיפת החוק, ובמיוחד משטרת ישראל הרואה בוועדות הסולחה כלי מרכזי להסתייע בו בעיקר באירועים של מהומות וסכסוכים בין חמולות בסקטור הערבי.¹⁰⁹ הכרת בית המשפט בהליך הסולחה, בדרך של מתן משקל של ממש לתוצאות הסולחה במסגרת שיקולי בית המשפט, מחזקת את המוסד המסייע לרשויות אכיפת החוק, בשמירה על הסדר הציבורי ועל היציבות הקהילתית.¹¹⁰ אמנם יש להקפיד במסגרת מכלול השיקולים על איזון ראוי בין חיזוק המערכת המוסרית ובין הטמעת ערכים שחוקי המדינה קבעו כערכי החברה,¹¹¹ ערכים שלעתים עומדים בסתירה לתפיסות עולם מסורתיות, ואולם ניתן, במידה שאין בהליך הסולחה כדי לפגוע במדיניות החקיקה, לחזק את הקהילה ומוסדותיה המסורתיים כגורם מייצב ומשקיט מתיחות חברתיות.

בהיות הליך הסולחה הליך שמקורו דתי, מהווה ההכרה במעמדו ובמעמדם של הנכבדים העוסקים בסולחה, בין היתר פועל יוצא של ההכרה והשמירה על זכויות המיעוטים בישראל ועל מסורתיהם. הכרה זו מהווה חלק בלתי נפרד מהעקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, עקרונות המהווים חלק משיטת משפטנו בהתאם להוראות חוקי־סוד; כבוד האדם וחירותו. בהכרה בסולחה כמוסד בעל חשיבות ציבורית בחיי הקהילה המסורתית, יש גם ביטוי של סובלנות אקטיבית,

108 ראו לעיל הערות 36–37.

109 בהקשר זה יציין כי נעשה שימוש בהליך הסולחה לא רק לשם השקטת הרוחות ולשם יישוב סכסוכים פנימיים בחברה הערבית. לעתים הופעל מנגנון סולחה בניסיון להשקט מתחים במערכת היחסים שבין האוכלוסייה הערבית למשטרה ונציגי הממשלה. כך למשל נעשה בפרשת הטבח בכפר קאסם. הממשלה הפעילה צוות סולחה שכלל את נציגי הממשלה ונציגי הקהילה הערבית בניסיון להרגיע את הרוחות לאחר אירועי כפר קאסם ולגבש הסדר לפיצוי נפגעי האירועים. יש הטוענים כי הניסיון להרגיע את האווירה בעקבות פרשת כפר קאסם הייתה גם במטרה להימנע מהעמדתם לדין של רב סרן שמואל מלינקי והייליו, שביצעו את מעשה הטבח. ראו לעניין זה ר' רוונטל "מי הרג את פאטמה סרסור" כפר קאסם, אירועים ומיתוס (2000, ר' רוונטל עורך) 43–46; *L. Bilsky Transformative Justice: Israeli*; 253 *Identity on Trial* (Michigan, 2004). סוג דומה של הליך שמטרתו גישור בין אוכלוסיות יריבות בדרך של גישור הכולל הליך של פיצוי הקרבת על ידי הפוגע מתפתח במערכות המשפט הבינלאומי, כמכשיר ליישוב סכסוכים בין מרכיבי חברות במדינות שעברו מהפכים שלטוניים ושינוי סדרי משטר, כגון ועדות הפיוס שהוקמו בדרום אפריקה לאחר חיסול משטר האפרטהייד בדרום אפריקה, בבוסניה וכן במדינות נוספות. דיון נרחב במנגנון הפיוס כחלופה או כהליך משלים לזה המתנהל בבתי המשפט, הן במוסדות שיפוט במדינות עצמן והן בבתי הדין הבינלאומיים, ראו: R.I. Rotberg & D. Thompson (eds.) *Truth v. Justice – The Morality of Truth Commissions* (Princeton, 2000).

110 ראו לעניין זה את הרברים שנאמרו בעניין גדיר, לעיל הערה 7.

111 להתנגשות שבין חיזוק מוסדות מסורתיים בקהילה ובין, למשל, חיזוק עקרונות יסוד של המשפט המודרני הרמוקרטי כגון הערך החברתי המוגן של שוויון מעמד האישה ראו: Adelman, Erez & Shalhoub-Kevorkian, *supra* note 63.

סובלנות שיש בה כדי לעודד את פיתוח האוטונומיה של הקהילה ומתן ביטוי לפלורליזם תרבותי, שהוא בבסיס השיטה הדמוקרטית.¹¹²

כוחה של מערכת המשפט ומעמדה הציבורי מותנים באמון שרוחש לה הציבור. ה"נכס" החשוב ביותר של מערכת המשפט הוא אמון הציבור,¹¹³ כדברי הנשיא שמגר, "שלטון החוק כרוך בשמירה מתמדת על האמון במוסדות המשפט".¹¹⁴ ההכרה בצורך באמון הציבור באה לידי ביטוי אף במדיניות מינוי שופטים בישראל, בדרך של מינוי שופטים המייצגים מגזרים חברתיים שונים (דתי, ספרדי, נשים, ערבי וכדומה).¹¹⁵ אמון הציבור הוא גם שיקול לגיטימי במדיניות שבבסיס קבלת ההחלטות על ידי בית המשפט.¹¹⁶

הכרה במוסד הסולחה, במנגנון יישוב הסכסוכים ובתרומתם של נכבדי הקהילה להשקטת הרחוב ולהפחתת האלימות, יש בה גם כדי לחזק את האמון של המיעוט הערבי אשר לעתים חש כי מערכת המשפט מתעלמת ממעמדו כקולקטיב. גם לעניין זה חשיבות ציבורית. אמנם אין ללמוד מכך כי על בית המשפט להעדיף את מעמד הסולחה על פני שיקולים אחרים. תפקידו של בית המשפט אינו ליתן החלטות שיהיו פופולריות בקרב האוכלוסייה שאליה מופנות ההחלטות. אמון הציבור נובע מההכרה שבית המשפט עשה צדק בהחלטתו.¹¹⁷ מתן ביטוי להסכם סולחה ולמוסד הסולחה, כחלק מהתחשבות במיוחד ובשונה אצל המיעוט הערבי, וזאת במסגרת מכלול השיקולים, מגביר את תחושת הצדק ותורם להגברת האמון בבית המשפט. סבורני כי יש בכך כדי לגרום לבתי המשפט לתת מעמד של ממש לקיומה של הסולחה במסגרת מכלול שיקוליהם.

- 112 י' זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג (2001, א' ברק ואח' עורכים) 321, 331.
- 113 ראו דברים שנאמרו בדנ"פ 28/02 ניר נ' הועד המחוזי (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(2) 2861.
- 114 בג"ץ 433/87 רבטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 606; על אמון הציבור כנכס הכרחי לבתי המשפט ראו דנ"פ 1109/02 שושני נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2002(1) 410, פסקאות 9-10 לפסק דינו של השופט חשין.
- 115 מ' ד' בירנהג וד' גוסרסקי "כיסאות יחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 499. במאמר זה מצביעים המחברים על כך שלא נמצא קשר בין היותו של שופט "מיצג" של מגזר ייחודי לבין החלטותיו. עם זאת, מצביעים המחברים בחשיבות של ייצוג הולם למגזרים חברתיים בבית המשפט, בין היתר כמרכיב ביצירת אמון ציבורי. ממחקרם של רטנר, לעיל הערה 85, ורטנר ופישמן, לעיל הערה 88, עולה כי מידת ההזדהות של שופט ממגזר ייחודי עם המגזר שממנו הוא בא מוטלת בספק. כך נמצא במחקר זה כי שופטים ערבים מחמירים בעונשם של נאשמים ערבים יותר משופטים יהודים.
- 116 עניין גנימאת, לעיל הערה 20, בע' 644-645. ביטוי שונה למשקל של אמון הציבור בבית המשפט במרכיבי ההחלטה השיפוטית, המביאה לידי ביטוי את רצון בית המשפט להימנע מערעור אמון הציבור במערכת בתי המשפט ניתן לראות בדברי הנשיא ברק בעניין חורב, לעיל הערה 45, בע' 15: "ענייננו אינו המחלוקת החברתית; שיקולינו אינם פוליטיים. ענייננו המחלוקת המשפטית; שיקולינו נורמטיביים. ענייננו אינו יחסי חרדים וחילונים בישראל; ענייננו אינו יחסי דת ומדינה בישראל; ענייננו אינו אופיה של ירושלים. ענייננו הוא רחוב בראילן פשוטו כמשמעו; ענייננו הוא סמכות רשות התמרור המרכזית והיקף שיקול דעתה". ניכר בדברים אלו כי אמון הציבור הרחב בבית המשפט מנחה את בית המשפט בבואו לקבל את ההחלטה. ראו לעניין זה גם את דבריו של הנשיא לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4.
- 117 דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מ"י, תקדין עליון 2000(3) 443, פסקה 33 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ט. סיכום

התפתחות המשפט הפלילי, מתן מעמד לרצונו של נפגע העברה, ההכרה בחשיבות של פיצוי הנפגע ופיתוח הליך של גישור בין פוגע לנפגע עברה במערכת המוסרית של שירות המבחן, מחזקים את הצידוק במתן הכרה של ממש לסולחה במסגרת השיקולים למעצר ולענישה.

המשפט הפלילי אכן מנחיל נורמות התנהגות אחרות לכלל החברה וכופה, במידה הראויה, כללי התנהגות מחייבים גם בניגוד לתפיסות עולם מסורתיות. אולם אחד מיסודות המשפט הפלילי הוא גם היכולת להתייחס פרטנית למקרים חריגים, תוך התחשבות בהיבטים מיוחדים ותוך גילוי גמישות באכיפת החוק.¹¹⁸ כך יצר לעצמו המשפט הפלילי הגנות המאפשרות גמישות והתייחסות פרטנית בכל מקרה לגופו (כמו למשל גיל, מצב נפשי, הגנות כגון צורך והגנה עצמית). הגנות אלו מאפשרות אף שלילה של אחריות פלילית גם כאשר מתקיימים יסודות העברה. לא כל שכן כאשר נסיבות מיוחדות מצדיקות התחשבות ברמת הענישה. כך גם סבורני כי קיומה של סולחה יכול להיחשב כנסיבה מיוחדת המצדיקה הבאתה בחשבון במסגרת מכלול השיקולים במשפט הפלילי.

מגמתם של בתי המשפט היא לפתח הידרברות מחוץ לכותלי בית המשפט ככלי ליישוב סכסוכים ולהקטנת המתיחות החברתית. זאת, תוך מתן תמיכה וחיוק לקהילה ולמוסדותיה המסורתיים כרכיב בשמירת הסדר הציבורי. מגמה זו מחזקת אף היא את הצידוק שבהכרה בסולחה ומתן מעמד להליך ולגופי הקהילה העומדים בראש מוסדותיה. כאמור, שירות המבחן רואה אף הוא כיעד את חיוק הקהילה שבקרבה התרחשה הפגיעה, כמקור לסיוע בתהליך האיחוי והשיקום של נפגע העברה והעבריינין עצמו.

ההכרה במוסד תרבותי של מיעוט בעל מסורת שונה מזו של הרוב, חיוק ערך הסובלנות וההכרה במנהגי המיעוט הערבי כקולקטיב ובצרכיו, יכולים לתרום להגברת האמון של הציבור הערבי במערכת המשפט ואכיפת החוק בישראל. מכלול שיקולים אלו תומך בשינוי ההתייחסות של מערכת המשפט לסולחה, במישור היחסים שבין הנאשם לקרבן, וכמוסד ליישוב סכסוכים בעל מעמד וחשיבות חברתית.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין גדיר¹¹⁹ מהווה אולי ראשיתו של שינוי ביחסם של בתי המשפט לקיומה של סולחה. נראה כי המדיניות שבכביסה מתן משקל מועט, אם בכלל, לקיומו של הליך סולחה ראויה לבחינה מחודשת, ומתן משקל למנהג הסולחה במסגרת מכלול שיקולי בית המשפט צריכה להיבחן בכל מקרה לגופו.

118 ל' שלף "הגנה ענינית על 'הגנה תרבותית'" – על המשמעות הממשית של רביתרבותיות" סוציולוגיה ישראלית ד(1) (תשס"ב) 87.

119 עניין גדיר, לעיל הערה 7.