

הליך הגישור בעניינים פליליים: מקורותיו, התפתחותו והיחס בינו לבין המשפט הפלילי*

עו"ד בני שטיינברג**

יישומו של גישור בעניינים פליליים מהווה אתגר מיוחד, שכן הליך זה מציב סימני שאלה על הנחות יסוד של המשפט הפלילי, ומעלה למרכז הבמה שחקן הנמצא בדרך כלל בצדה, הוא הקרבן. הפרדיגמה של המשפט הפלילי מניחה כי פשע הוא מעשה נגד כלל החברה, המחייב גינוי וענישה. אולם, תנועות ואסכולות חשיבה שהתפתחו במערב הציעו נקודת מבט אחרת על התחום הפלילי והניחו את היסודות להפגשה ולגישור בין מבצע העבירה לבין הקרבן. תכליתו של מאמר זה היא, ראשית, לעמוד על מקורותיו של הגישור הפלילי, ההיסטוריים והעיוניים (בעיקר אסכולת הצדק המאחה). שנית, לבחון את התפתחותו של ההליך וכן לבחון את התובנות שעולות מתוך הניסיון העולמי באשר לסוגי העניינים הפליליים המתאימים לגישור והדרישות המיוחדות מן ההליך. לבסוף, מבקש המאמר לדון בנקודות המפגש והחיכוך בין הגישור לבין המשפט הפלילי, תוך בירור הטענות שמשמיעה הביקורת על ההליך. לאור ניתוח זה מוצע כי המשפט הישראלי יאמץ את הגישור בין קרבן לפוגע, אם כחלופה להליך הפלילי ואם בנוסף לו (בהתאם לנסיבות ולחומרת העבירה). בכך ירחב סל האמצעים אותם ניתן לנקוט במסגרת התגובה לפשע, ויישמר עקרון המידתיות, לפיו אין להשתמש באמצעי הפוגע של המשפט הפלילי מעבר למידה הדרושה.

- א. **מבוא**
- ב. **מקורות הגישור הפלילי**
- ג. **מאפייניו ומטרותיו של הגישור הפלילי**
- ד. **התפתחות הגישור הפלילי**
- ה. **העניינים הפליליים שמתאימים לגישור**
- ו. **דרישות מיוחדות מן הגישור בפלילים**
- ז. **הביקורת על ההליך והמתח בינו לבין המשפט הפלילי**
- ח. **סיכום - אימוץ גישור בפלילים בישראל**

* המאמר מבוסס על עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים באוניברסיטת תל אביב, בהנחייתו של פרופ' לאון שלף.
** עורך דין. מורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. תודתי לפרופ' לאון שלף על הנחייתו המועילה במחקר עליו מבוסס המאמר. כן אבקש להודות לפרופ' קנת מן ולד"ר נטע זיו על עזרתם ורעיונותיהם בנושא.

בשנת 1999 נתקבלה על ידי מועצת אירופה החלטה הממליצה למדינות החברות בה לאמץ הליך גישור בעניינים פליליים.¹ המלצה זו מבטאת את המודעות הגוברת בעולם לרעיון הגישור בפלילים. ואמנם הליך זה, שראשיתו לפני יותר משני עשורים, מיושם כיום בכשבע מאות תכניות ברחבי אירופה ובכשלוש מאות תכניות בצפון אמריקה. באוסטרליה ובניו זילנד עוגן בחקיקה ומיושם באופן נרחב הליך ההיוועדות הקרוב לגישור. בישראל, לעומת זאת, טרם זכה ההליך להכרה של ממש והוא מיושם בעיקר בפרויקט מצומצם בהיקפו בשירות המבחן לנוער.² המקרה הבא טופל במסגרת פרויקט זה ומצביע על הפוטנציאל של הגישור הפלילי:

ביתה של דליה ישראלי, הגרה ביישוב קטן בדרום הארץ, נפרץ ונגנבו ממנו כסף מזומן, תכשיטים שקיבלה בירושה ועוד. פרט לאבדן הרכוש גרם המקרה לפגיעה רגשית ולחרדות, במיוחד אצל ילדת המשפחה, בת השבע. תחושת הפגיעה התעצמה משהתברר כי הפורץ הוא אבי, נער תושב היישוב, שקיבל שיעורים פרטיים מידי אחד מילדי המשפחה ולמעשה היה כבן בית. דליה חשה עלבון ומעילה באמון. למרות זאת, ואולי בשל כך, הסכימה להיפגש עם הנער ועם אביו במסגרת פרויקט הגישור הניסיוני. המפגש נתן לדליה הזדמנות לתאר בפניהם את השלכות הפריצה ולשמוע את אבי מתחרט, ואילו זה חש מקרוב את תוצאות מעשיו וקיבל עליו את האחריות להם. משהתברר כי משפחת ישראלי נאלצה לוותר על החופשה השנתית, הציע האב לממן חופשה אחרת ובלבד שייקבע בהסדר כי בנו יעבוד וישיב את הכסף. הסדר גישור זה אושר על ידי בית המשפט לנוער, שדן בתיקו הפלילי של אבי, ושימש חלופה לעונש. דליה מצדה כתבה לשירות המבחן כי בניגוד למקרה קודם בו נפרץ ביתה, ניתנה לה עתה הזדמנות להביע את תחושותיה ולהיווכח שמקשיבים לה. היא יצאה מחזוקת ובמקביל יישבה את ההדורים עם משפחתו של אבי, שגרה לא הרחק ממנה.³

גישור הינו הליך שבו מגשר, שאינו בעל סמכות הכרעה, מסייע לצדדים כלשהם להגיע להסדר בקשר לסכסוך שביניהם.⁴ בשנים האחרונות התפתח ההליך בישראל, קמו מרכזים להוראתו והותקנו תקנות להסדרתו. למרות זאת, יישומו הצטמצם לתחום האזרחי ושערי המשפט הפלילי נותרו, ככלל, נעולים בפניו.⁵ במדינות בהן התפתח הגישור הפלילי, הוא נשען על מקורות תיאורטיים נרחבים, שבבסיסם ביקורת נוקבת על המשפט הנוהג. המקור המרכזי היא אסכולת החשיבה של הצדק המאחה (Restorative Justice), הרואה בגישור הפלילי יישום של מטרותיה. אסכולה זו, שתידון בסעיף ב, מציעה פרדיגמה אחרת להסתכלות על פשע ולתגובה אליו.

1 T. Peters "Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges" in The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.) **Victim-Offender Mediation in Europe - Making Restorative Justice Work (2000)** 10. ראו הרחבה בסעיף ד להלן.

2 על תכניות הגישור בעולם ועל הפרויקט בשירות המבחן לנוער ראו סעיף ד להלן.

3 המקרה מתואר בד"ר וחשבו: משרד העבודה והרווחה, שירות מבחן לנוער פרויקט גישור בשירות מבחן לנוער - המפגש עברייני קרבן כדרך לתיקון 1999 (17). שמותיהם של המעורבים שונו.

4 הגדרה דומה מצויה בסעיף 279 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד - 1984 (להלן: חוק בתי המשפט). כמו כן ראו י' אלרואי "יישוב כססוכים - אפשר גם אחרת" המשפט א (התשנ"ג) 326,311.

5 יש לציין כי תיקון לחוק בתי המשפט (מס' 30), התשס"א - 2001 ביטל את הקביעה לפיה ניתן להעביר לגישור רק 'ענין אורחי'. מאידך התיקון עדיין מתייחס להעברת 'תובענה' לגישור ואין בו התייחסות מפורשת לגישור בפלילים.

בבואנו ליישם גישור בפלילים עלינו להתמודד עם קשיים עקרוניים שההליך מעורר אל מול תפיסות היסוד של המשפט הפלילי. בהקשר זה ניתן לציין שלושה קשיים יסודיים:

(1) הגישור הוא כלי ליישוב סכסוכים, אולם המשפט אינו תופס פשע כסכסוך בין פרטים, אלא כהפרת חוק המהווה מעשה אנטי חברתי. כדי ליישם גישור בפלילים יש לברר אפוא האם ניתן לזהות פשע כסכסוך או לכל הפחות לראותו כאירוע בעל מאפיינים של סכסוך.

(2) היריבות במשפט הפלילי היא בין המדינה לבין מבצע העבירה. מכאן שגישור בין הקרבן לבין הפוגע מקנה מעמד לקרבן, שנתפס בשיטה הקיימת כגורם חיצוני להליך. הפגשה של בעלי הזיקה הישירה לאירוע הפלילי, קרי הפוגע והקרבן, נגזרת מהשקפת העולם שבבסיס הגישור ומן השאיפה לשפר את מצב הקרבן. הפגשה זו יוצרת מתח עם הפרדיגמה המקובלת של המשפט הפלילי.

(3) קושי שלישי קשור ליחס בין הליך הגישור לבין המטרות המסורתיות של המשפט הפלילי ושל הענישה, כגון: גינוי חברתי וגמול בגין המעשה, הרתעה, שיקום ועוד. נדרש לברר האם אימוץ גישור בפלילים יפגע במטרות אלו.

פרט לקשיים עקרוניים אלו מעורר הגישור הפלילי שאלות עיוניות ומעשיות רבות. מאמר זה אינו מתיימר לדון בכל מגוון הנושאים שמתעוררים בקשר להליך, ותכליתו היא לברר את מקורותיו של הגישור הפלילי, את מאפייניו העיקריים ואת התפתחותו בעולם, וכן לדון במתח העקרוני בינו לבין התפיסות המסורתיות של המשפט הפלילי. בסופו של יום אציע, על בסיס ניתוח זה, כי המשפט הישראלי יאמץ את הגישור בין קרבן לפוגע באופן חלופי או מתווסף (בהתאם לנסיבות ולחומרת העבירה) להליך הפלילי. בכך ירחב סל האמצעים אותם ניתן לנקוט במסגרת התגובה לפשע.

בטרם אפנה לברור מקורות ההליך מן הראוי לעמוד על שאלת המינוח הנוהג בנוגע אליו.⁶ באנגלית הביטוי הנפוץ לתיאור ההליך הוא: Victim Offender Mediation. בשיח המקובל של המשפט הפלילי נפוץ השימוש במונחים עבריין או נאשם. אולם, למונח הראשון נלווית תווית שלילית ומתייגת ואילו הביטוי נאשם נוגע למשפט הפלילי בעוד שהגישור הוא הליך חיצוני. הגישור הפלילי מדגיש את הפגיעה שבעבירה ועל כן אשתמש במונח גישור בין קרבן לפוגע. כן אשתמש לעתים בכינוי מבצע עבירה, שהוא נייטרלי יותר מעבריין. אשר למונח "צדק מאחזה", זהו המונח העברי שהשתרש ככינוי לאסכולה העיקרית בתחום הגישור הפלילי, אסכולת ה -

⁷Restorative Justice

6 המינוח אשר נקוט בתחום יישוב הסכסוכים מהווה כשלעצמו נושא למחלוקת. ראו בענין זה: L. Street "The Language of Dispute Resolution" A.D.R.L.J (1992) 144. בישראל נעשה שימוש מקביל בשני מונחים: פישור וגישור. יש הטוענים כי הם מבטאים הליכים שונים, ואחרים סוברים כי מדובר במונחים נרדפים. ראו בהקשר זה: ס' אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ספר השנה של המשפט בישראל - תשנ"ב-תשנ"ג (תשנ"ד) 535, 543. בהדרגה השתרש המונח גישור, ולאחרונה שונה גם חוק בתי המשפט באופן שמונח זה החליף את המונח פישור שנקבע בו בתחילה.

7 ראו במאמרם של א' ינאי, ר' שרביט ור' גרבל "הועדה של עבריין וקרבן - דרך לגישור ולטיפול בפשיעה בקהילה" חברה ורווחה כא (תשס"א) 27, וכן א' טננבוים "הגישה האבוליוטיבית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית" שערי משפט ב (תשס"א) 261.

ב. מקורות הגישור הפילי

מקורות תרבותיים והיסטוריים

לרעיון של הפגשה בין קרבן עבירה לבין הפוגע יש שורשים בתקופות ובתרבויות שונות. לאורך רוב ההיסטוריה האנושית פשע נתפס כפגיעה בקרבן הישיר ובבני משפחתו ודיני העונשין היו למעשה דיני נזיקין.⁸ ואכן, מלומדים רבים הדוגלים בגישור הפילי ובעקרונות הצדק המאחה, מדגישים את שורשיו ההיסטוריים של ההליך.⁹

בימי הביניים המוקדמים באירופה (בין המאה החמישית לספירה ועד למאה האחת עשרה) הנושא העיקרי בקשר למרבית העבירות היה הנזק שנגרם לקרבן ולא הפגיעה בסדר חברתי מופשט. התגובה החברתית לפשעים כללה מגוון של אופציות, אשר השתייכו, ככלל, לשני סוגים: האחד, תגובה אלימה מצד הקרבן או בני משפחתו כלפי הפוגע ובני משפחתו. האחר כלל משא ומתן להסדר אשר במסגרתו ניתן פיצוי לקרבן. בחתירה להסדר ולפיסוס הושקע מאמץ רב ולמתווכים היה בהקשר זה תפקיד חיוני. לעיתים נערכו כנסים (MOOTS) בהם נערך מעין בירור של הסכסוך אולם בדרך כלל לא היה להם כוח כפייה והם שימשו כלי למשא ומתן קהילתי.¹⁰ החקיקה מטעמו של המלך, אשר נשתמרה מאותה תקופה, מלמדת כי הוא ניסה לצמצם את מנהג נקמת הדם על ידי הוראות שקבעו סנקציה בעקבות פשע. אולם עד למאה האחת עשרה הוא לא ביקש, ולא יכול היה, לשנות את תפיסת היסוד, כי העבירה פוגעת בקרבן ומצמיחה פיצוי, והוא לא ניסה בדרך כלל להציב עצמו כמי שנפגע מן המעשה בשם הכלל. על כן נועדו מעשי החקיקה בעיקר לקבוע אמות מידה בעניין סכום הפיצוי לקרבן.¹¹ לאחר הפלישה הנורמנית לאנגליה בשנת 1066 הקימו המלכים הנורמנים בירוקרטיה ומערכת בתי משפט משוכללת, ובהדרגה נדונו בפני בית המשפט של המלך עניינים פליליים שונים, ועל מבצעי העבירות הוטלה סנקציה של קנס. על ידי כך השתמש המלך במשפט הפילי כדי להגדיל את נכסיו.²¹ עם זאת, את כניסת המדינה לנעלי הקרבן אין להסביר רק ברצון המלך ליטול את כספי הקנס. אף אין מדובר בשינוי מידי, כי אם בתהליך בן מאות בשנים המתבטא בשינויים אינטלקטואליים, חברתיים ופוליטיים. תהליך זה יצר מעמד של אנשי משפט מקצועיים והוביל להתפתחות המשפט ככלי חברתי אוטונומי. ראשיתו, לדעת היסטוריונים ואנשי משפט, בסוף המאה האחת עשרה ומרבית המאה השתים עשרה.¹³ בהדרגה נתפס מעשה של עבירה לא רק כפגיעה באדם אלא בעיקר כפגיעה בחוק. התפתחה תפיסה לפיה על הפרת חוק צריך לשלם מחיר, אשר יהיה פרופורציונלי לחומרת המעשה. רעיונות אלו הם כמובן שורשיה של תורת הענישה הגמולית המודרנית, ועם התגבשותם

8 H. Maine Ancient Law (London, 1861) 218. לדיון בהיסטוריה של המשפט הפילי ולביקורת על הסוציולוג E. Durkheim בנושא ראו: L. Sheff Social Cohesion and Legal Coercion – A Critique of Weber, Durkheim and Marx (Amsterdam, 1997).

9 H. Zehr Changing Lenses – A New Focus for Crime and Justice (Scottdale, 1990) 97-125; M.S. Umbreit Victim Meets Offender – The Impact of Restorative Justice and Mediation (New York, 1994) 1-2.

10 D.R. Coquillette The Anglo – American Legal Heritage – Introductory Materials (Durham, 1999) 39

11 H.J. Berman Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition (Cambridge, 1983) 76-77; Coquillette, *ibid* at p.45.

נבנו היסודות להצבתם של החוק והמדינה במקום הקרבן כנפגע עיקרי מן המעשה הפלילי. הקריאה לחיפוש אחר מנגנוני פיוס בעניינים פליליים, מוצאת תימוכין לא רק במשפט האירופי הקדום אלא גם במסורת של המשפט העברי. לטענתו של Howard Zehr, מן ההוגים הבולטים של הצדק המאחה, המשפט המקראי התבסס על רעיונות של פיצוי לקרבן יותר מאשר על מסורות של ענישה ושל גמול.¹⁴ המושג המרכזי עליו נסמכת טענה זו הוא המושג של "שלום" המהווה עקרון יסודי ביהדות ומבטא שאיפה להגיע לפיוס וליחסים תקינים בין הבריות.¹⁵ אכן, לערך של שלום יש מקום נכבד במשפט העברי. המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט אלון מתאר אותו כעקרון על וכמקור ליצירת הדין.¹⁶ חלק בלתי מבוטל של הסנקציות הכלולות בתורה מהווה תגובה נזיקת באופייה להתנהגות שהמשפט של היום רואה כעבירה פלילית. למשל, בעבירת גנבה נדרש הגנב לשלם לנפגע תשלום כפל ובמקרים מיוחדים אף סכום גבוה יותר.¹⁷ על העדיפות שניתנה לתשלום כספי על פני הטלת סבל ניתן ללמוד גם מן הפרשנות המקובלת להוראת התורה: "עין תחת עין, שן תחת שן",¹⁸ לגביה סברו רוב התנאים כי משמעותה הטלת חיוב כספי לפי ערך הנזק ולא הטלת נזק גוף של ממש.¹⁹ אמנם בתורה נזכרות עבירות רבות שעונשן הוא מוות, חלקן הגדול עבירות בעלות גוון דתי, כגון עבודה זרה וגילוי עריות. אולם, בחינה שלמה של הוראות התורה בנוגע לחוק הפלילי, מלמדת על פער בין ריבוי העבירות המחייבות מיתה, לבין דיני ראיות ופרוצדורה דווקניים ביותר, אשר הופכים את האפשרות להרשיע אדם בעבירה פלילית כמעט לבלתי אפשרית.²⁰ ההסברים שניתנו לקושי זה נעוצים ברעיון, שדיני העונשין שבתורה לא התיימרו לפעול לצמצום העבריינות. תפקידם הוא חינוכי, קרי להנחות את האדם ולהדריכו, ולא להענישו.²¹ מכאן, תפיסה ששמה את הדגש על דיאלוג ועל הליך בעל ערך מחנך ומשכין שלום, אינה זרה לערכיו של המשפט העברי.

- D.W. Van Ness "New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice" 4 *Crim. L. F.* 12 (1993) 251, 255-256.
- F.W.M. McElrea "The New Zealand Youth Court: A Model for Use with Adults" in B. למשל: Galaway & J. Hudson (eds.) *Restorative Justice: International Perspectives* (1996) 68, 73; Berman, *supra* note 11, at p. 86-87. לענין התהליכים החברתיים באירופה ראו ר' לופו לידתה של אירופה (התשנ"ז) 284-139, 285-165.
- Zehr, *supra* note 9 at p.126-157. השימוש ברעיונות מקראיים עובר כחוט השני בספרו.
- D. Van Ness & K.H. Strong: ראו; לענין מקום המושג של "שלום" בתפיסת הצדק המאחה, לרבות ניתוח לשוני, ראו: *Restoring Justice* (Cincinnati, 1997) 8-9.
- מ' אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה - על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" *מחקרי משפט יד* (התשנ"ח) 269, 301.
- שמות, כא, לו; כב, ג'ו.
- שמות, כא, כד"ה; ויקרא, כד, כ; דברים, יט, כא.
- רמב"ם, חובל ומוזק א, א"ו, המציין כי פשוטו של הפסוק מחייב עונשי גוף אולם פוסקים לדורותיהם פירשו אותו כתשלום כספי, וכך יש לנהוג. ראו גם י'בזק הענישה הפלילית - דרכיה ועקרונותיה (מהדורה שניה, תשנ"ח) 44.
- "גילת" לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי" *מחקרי משפט ו' (התשמ"ח)* 217; א' אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" *משפטים כד (התשנ"ד)* 177.
- ראו: א' קירשנבאום "מקומה של הענישה במשפט העברי הפלילי - פרק בהשקפה הפינולוגית של חז"ל ושל הראשונים" *עיוני משפט יב (התשמ"ז)* 253, 256-257. על רקע זה נקל להבין את המשקל הרב שיש במשפט העברי לעקרון השיקום.

לבסוף, בבואנו להציע מנגנון להסדרים בין קרבנות לפוגעים בל נשכח את מנהג הסולחה הנוהג עד היום בתרבות הערבית במקומות שונים בעולם, לרבות במדינת ישראל.²² כאשר נהרג אדם בידי זולתו נוצר סכסוך אשר יכול להוביל להציחת אחד מבני משפחתו של הפוגע, אלא אם הושג הסדר של סולחה המתבטא בעיקר בתשלום פיצוי, כופר נפש.²³ ההסדר מושג לאחר משא ומתן המתנהל בסיוע מתווכים והוא מוכרז בטקס המסמל את השלום בין הצדדים. החוק במדינת ישראל אינו מכיר בנורמות הערביות בקשר לסכסוכי דמים, ומתייחס להמתה בגין נקמת דם כאל כל רצח אחר. עם זאת, השלטונות מעודדים את המאמץ להגיע לסולחה ונציגיהם, לרבות אנשי משטרה, פועלים לא אחת כמתווכים רשמיים.²⁴ בנוסף, השגת סולחה עשויה להוליך לעסקת טיעון (לרוב כאשר העבירה לא הובילה למוות), להילקח בחשבון במסגרת הליכי המעצר וכן לקדם מתן חנינה.²⁵ נכונות השלטון לסייע להליך הסולחה נובעת מן הידיעה שההסדר הטמון בו, ולא העונש שמוטל בהליך הפלילי, הוא הכלי הטוב ביותר, ואולי היחיד, להפסיק את מעגל הדמים.²⁶

מן המבט הקצר על שלוש התרבויות שהוזכרו לעיל, האירופית, העברית והערבית, אנו למדים כי במשך מאות בשנים נתפס הפשע כפגיעה בקרבן הישיר ולא בכלל החברה. מכאן נגזרה גם הסנקציה החברתית בעקבות פשע: פיצוי לקרבן ולא עונש. למנגנונים של משא ומתן והסדר היה תפקיד חשוב. אולם, במקביל למנגנונים אלו התקיימה תרבות של נקמת דם. לא ניתן, לטעמי, להתייחס אל פיצוי הקרבן במנותק מנקמת הדם. שני המנגנונים השתייכו לאותה תרבות. יש בעובדה זו גם כדי ללמד כי תכלית הסנקציה,²⁷ קרי הפיצוי לקרבן, אינה רק הטבה של מצבו. הפיצוי נועד גם למנוע את התגובה האלימה והיה לו גם ערך סמלי כמבטא את השבת הכבוד והאיזון בין הצדדים. לעיתים עלה סכומו על שיעור הנזק ואזי ניתן לייחס לו גם משמעות של הרתעה. מכאן שלפיצוי היו גם רכיבים עונשיים.

- 22 בכמה מדינות ערביות הכיר החוק במוסד נקמת הדם והסולחה, אם במישרין ואם בעקיפין. ראו בעניין זה י' גינת נקמת דם - נידוי, תיווך וכבוד המשפחה (התש"ס) 55.
- 23 שם, בע' 94-62, 39; ש' בר-צבי מסורת השיפוט של בדוויי הנגב - עיונים המבוססים על מגעים עם זקני הבדווים (התשנ"ב) 15; L. Sheleff "Pardoning Policy: Key Constitutional Implications and Some Theoretical Considerations" 33 Isr.L.Rev. (1999) 638, 657.
- 24 על מעורבות השלטונות בסולחה ראו: E.J. Jabbour Sulha - Palestinian Traditional Peacemaking Process (Montreat, 1993); Sheleff, *ibid*, at p. 657-658; גינת, שם, בע' 39-40, 56-59.
- 25 ראו למשל: בש"פ 6528/98 עודתאללה נ' מ"י (לא פורסם) (בהחלטתו מצייין בית המשפט העליון כי הסולחה היא שיקול רלבנטי לעניין עיון חוזר במעצר); תפ"ח(ת"א) 5095/99 מ"י נ' חג' יחיא (לא פורסם) (בית המשפט אימץ הסדר טיעון שהושג בעקבות סולחה בין שתי חמולות יריבות). במבוא לספרו של גינת, שם, בע' 19, טוען שופט בית המשפט העליון (בדימוס) גבריאל בן, כי ניתן להתחשב בסולחה רק כאשר קרבן התקפה נפצע באורח קל. הוא מאשר, עם זה, כי ההתייחסות אל הסולחה בפסיקותיהם של בתי המשפט השונים, אינה תמיד עקבית.
- 26 L. Sheleff "A Critique of the Criminal Law" 3 Tel Aviv U. Stud. L. (1977) 113, 128. פרופ' שלף מציע ללמוד ממוסד הסולחה על הפוטנציאל של הליך הגישור המודרני.
- 27 תכלית הסנקציה הוא אחד המבחנים כדי לבדוק האם הסנקציה משתייכת לתחום הנויקי, לתחום דיני העונשין ואולי לתחום מעורב. עומד על כך פרופ' קנת מן במאמרו: ק' מן "סנקציות אזרחיות - עונשיות" עיוני משפט טז (התשנ"ב) 243; K. Mann "Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law" 101 Yale L. J. (1992) 1795.

המנהגים של פיצוי לקרבן ונקמת דם קשורים קשר אמיץ ללכידות חברתית ולתלות הדדית במשפחה ובשבט. לכן גם השינוי בתפיסה של פשע ובתגובה אליו נובע מתהליכים חברתיים ארוכי שנים, שהובילו למוביליות חברתית ולחיזוק כוחות מרכזיים, ובראשם המדינה. האם יש ללמוד מכך שאין מקום למנגנונים של פיוס והסדר בחברה המודרנית? נהפוך הוא. אנו למדים, לדעתי, על הצורך האנושי בתגובה חריפה לעתים למעשה פשע (צורך שמצא ביטוי בנקמת הדם), אך בה בעת על הצורך האנושי בפתרון קונסטרוקטיבי של הבעיה שיצר הפשע, בקבלת פיצוי ובשילוב מחדש של הפוגע בחברה. המדינה המודרנית באה בנעלי הקרבן כביכול ונטלה על עצמה את תפקיד המעניש. אלא שהיא הפכה את הענישה לכלי כמעט בלעדי, תוך זניחתם של כלים אחרים להתמודדות עם מעשים פליליים ותוך התעלמות מצרכים כגון צורכי הקרבן, אף על פי שצרכים אלו קיימים גם כיום. המבקשים לצייר את המשפט הפלילי בתקופות קדומות בצבעים קודרים מדגישים את מעגל הדמים שהביאה השיטה של נקמת הדם. לעומתם, המתנגדים למונופול של המדינה בתחום הפלילי נוטים להדגיש בעיקר את המנהגים של משא ומתן ופיצוי הקרבן. לגישתי, יש להיות ערים לשני ההיבטים של השיטות הקדומות. מסיבה זו לא ניתן כנראה לצפות לשיטה שיהיו בה אך ורק הליכים של פיוס ושיקום. אולם, באותה מידה יש לשאוף לכך שהענישה לא תהיה המכשיר הבלעדי, ואולי אף לא העיקרי, להתמודדות עם פשע. אין מקום להשיב לקדמותה את פרדיגמת הצדק העתיקה, משום שהיא מותאמת למבנה חברתי שונה מזה של ימינו. אולם, ניתן למצוא בה מקור השראה להרחבת אופקי התגובה החברתית לפשע. ניתן גם ללמוד ממנה על צרכים ועל כיווני פעולה נוספים, בהם ניתן לצעוד, בסיוע כלים מתאימים לצורכי השעה, כדוגמת הגישור.

מקורות עיוניים לגישור הפלילי - אסכולת הצדק המאחה

1. כללי

יישומו של הליך הגישור בעניינים פליליים נסמך על מקורות עיוניים מגוונים. בין הזרמים המחשבתיים המובילים אל הגישור הפלילי, ניתן לציין שלוש קבוצות עיקריות: אסכולת החשיבה העיקרית הרואה בגישור הפלילי כלי לקידום מטרותיה היא כאמור אסכולת הצדק המאחה. פרט לכך יש להצביע על שתי אסכולות מרכזיות נוספות: האחת היא אסכולת ה-ADR המציעה קשת של הליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים בכל ענפי המשפט, זאת כחלק מתפיסה של הענקת אחריות לפרטים בחברה, דאגה ליחסים ביניהם, הקטנת הבירוקרטיה ועוד; השנייה היא אסכולת הקרבנות. אסכולה זו התפתחה ממחקר על חלקו של הקרבן בהתרחשות העבירה, דרך לימוד מאפייניו וצרכיו, ועד ליצירתה של דיסציפלינה מדעית נפרדת, היא הויקטימולוגיה. בהדרגה היא הפכה לתנועה רחבה הדוגלת בשינוי ההתייחסות לקרבן ובעמידה על זכויותיו. שתי האסכולות השפיעו על גיבושה של אסכולת הצדק המאחה וגם באופן ישיר על הליך הגישור הפלילי. אסכולת ה-ADR עיצבה את הליך הגישור ושכללה אותו בכלל ענפי המשפט, ואילו תנועת הקרבנות סללה את הדרך לשילובו של הקרבן כמרכיב מרכזי בגישור הפלילי. בנוגע לשתי

האסכולות קיימת בישראל ובמשפט המשווה כתיבה נרחבת,²⁸ ודיון בהן חורג ממסגרתו של מאמר זה. אך חשוב לעמוד על העובדה שבעשור האחרון התפשטו רעיונותיהן של שתי האסכולות בישראל והובילו לשינויים משפטיים משמעותיים. במשפט האזרחי עוגן הליך הגישור בחקיקה באמצעות סעיף 79 לחוק בתי המשפט ובאמצעות הסדרים מפורטים בתקנות. במקביל חל שינוי באופן ההתייחסות לקרבנות. ארגונים למען קרבנות רכשו השפעה גוברת והולכת,²⁹ וזרזו את חקיקתו של חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א - 2001, ותיקונים נוספים בהליך הפלילי אשר קדמו לו.³⁰

בנוסף לאסכולת ה-ADR ולתנועת הקרבנות יש להזכיר, כמקור לגישור הפלילי, גם תנועות ואסכולות שמקורן בעיקר בענפי הסוציולוגיה והקרימינולוגיה. המכנה המשותף לאותן תנועות הוא חוסר שביעות רצון מן ההליך הפלילי הנוהג. דוגמה בולטת לכך היא התיאוריה האבוליוניסטית (Abolitionism) הדוגלת בביטול המשפט הפלילי.³¹ כך גם התנועות הדוגלות בקהילתיות,³² או זרמים דתיים המתנגדים לענישה.

אשר לאסכולת הצדק המאחה: ההתעניינות באסכולה זו הולכת וגוברת זה יותר מעשור, לרוב מתוך חיפוש אחר אלטרנטיבה לתיאוריות של המשפט הפלילי והענישה, אשר הובילו לדעת מבקריהן להחמרת העונשים בלא לתת מענה לפשע ולצרכים שנובעים ממנו. האסכולה התפתחה בצפון אמריקה, באירופה ובאוסטרליה והולידה כתיבה ענפה של תיאורטיקנים מתחומים שונים, כגון קרימינולוגים, משפטים, סוציולוגים ואחרים.³³ אין היא עשויה עור אחד, ואך טבעי הדבר לאור היקפה הרחב ולאור תמיכתה בשונות תרבותית ובהתאמת פתרונות לצרכים.

28 בענין אסכולת ה-ADR ראו למשל:

מ' מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט הרשות השופטת - עלון השופטים בישראל 29 (התשנ"ט) 32; ר' סטי דרך גישור להסכם (2001); א' דויטש פישור - הענק המתעורר (התשנ"ט)"; F.E.A. Sander "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview" 37 U. Fla. L. Rev. (1985); S. York Practical ADR (London, 1996); R. Fisher & W. Ury *Getting to Yes - Negotiating Agreement Without Giving In* (New York, 2nd ed. 1991).

בענין תנועת הקרבנות ראו למשל:

א' עילם נאנסות, אונס והרשויות בישראל (1994); א' ינאי "סיוע לקרבנות פשע אלים - סוגיות של מדיניות ורווחה" חברה ורווחה יד (התשנ"ד) 129; א' ל' מילר "הצעה להבטחת פיצויים לנפגעים מפשע" משפטים יא (תשמ"א) 468; L. Sebba "Will The 'Victim Revolution' Trigger a Reorientation of the Criminal Justice System?" 31 Isr. L. Rev. (1997) 379; W.G. Doerner & S.P. Lab *Victimology* (Cincinnati, 1995) 4-12. להמחשת השפעתם של הארגונים השונים על המשפט ראו: ר' שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין - קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 629.

30 כגון האפשרות להגיש תסקיר קרבן בעבירות מין: סעיפים 187 ו-191 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). לסקירה מקיפה של השינויים ראו: L. Sebba "Victims' Rights and Legal Strategies: Israel as a Case Study" 11 Crim. L.F (2000) 47.

31 על התיאוריה ראו: טננבוים לעיל, הערה 7.

32 על רעיון הקהילתיות ראו: J. Faget "Mediation, Criminal Justice and Community Involvement. A European Perspective" in *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* (ed.), supra note 1, at p. 39.

33 רעיונות האסכולה התפתחו בשמות שונים אולם בהדרגה התקבל המונח Restorative Justice והפך לדגל של תנועה מחשבתית רחבת היקף. השימוש הראשון במונח מיוחס ל- Albert Eglash בשנת 1977. ראו בענין זה: Van Ness & Strong, supra note 15, at p.24.

בעוד הפרדיגמה של המשפט הפלילי רואה בפשע הפרה של חוק, הנקבעת על יסוד כללים משפטיים, ומעשה הפוגע בכלל הציבור, מביטה אסכולה זו על הפשע, קודם כל, כפגיעה באנשים: פגיעה בקרבן הישיר של המעשה, פגיעה בפוגע עצמו וכן פגיעה בקהילה הסובבת אותם. מקום חשוב יש גם לפגיעה ביחסים בין הצדדים השונים, ויש אף המגדירים את הפשע כסכסוך.³⁴ מן ההסבר השונה למושג הפשע נגזרת גם התגובה החברתית המוצעת: התמקדות בתיקון הנזק שנגרם לאנשים וליחסים ולא בהטלת אחריות וענישה, תוך הסתייגות מן המונופול של המדינה והעדפת אמצעים קהילתיים של דיאלוג וגיבור. בסעיפים הבאים אבקש אפוא לברר כיצד רואה הצדק המאחה את המעשה הפלילי ואת השלכותיו. בהמשך אדרש לתגובה לפשע אותה רואה אסכולה זו כרצויה.

2. הפגיעה של הפשע בקרבן ובפוגע

תיאוריית הצדק המאחה מבקשת לכוון מחדש את התפיסה, כי יש להתייחס למעשה עבירה קודם כל כאל פגיעה בקרבן הישיר. הרעיון אינו רק לקבול על העדר יחס מספיק אל הקרבן. יש להתייחס לפגיעה בקרבן כאל הבעיה המרכזית אותה יש לפתור, זאת במקום התייחסות לנזק המופשט שנגרם לאינטרס הציבורי. תיאוריית הצדק המאחה מאמצת את התובנות של הויקטימולוגיה בדבר השלכות הפשע על הקרבן. על כן היא מבקשת לתת מענה לנזקים הקונקרטיים של אבדן רכוש, זמן, ימי מחלה וכו', אך במקביל מייחסת חשיבות מיוחדת לצרכים הרגשיים והחברתיים של הקרבן. התפיסה היא שגם עבירות רכוש עשויות להוביל להשפעות רגשיות קשות מבחינתם של הקרבנות, קל וחומר עבירות שבהן קיימת פגיעה פיזית. משקל רב ניתן גם לצורך של הקרבן להיות מעורב בהליכים בעקבות המעשה ולחוש כי נעשה צדק.

בה בעת, הצדק המאחה רואה צורך בהתייחסות שונה גם אל הפוגע, מתוך הבנה שאף במעשיו ובתוצאותיהם טמונה פגיעה אישית. אין מדובר בקריאה ליחס של הקלה גרידא או בהצעה לשכוח ממעשה העבירה. נהפוך הוא, תיאוריית הצדק המאחה מקפידה על קבלת אחריות למעשה מצד הפוגע, וזאת במישרין כלפי הקרבן והקהילה. אולם בה בעת היא דורשת לראות את המקום ממנו יצא הפוגע, שהוא לא אחת, מקום של פגיעה וחולשה. מבצעי עבירות מבקשים לא אחת להשיג באמצעות הפשע תחושה של ערך עצמי, או לקרוא לעזרה. ביצוע פשע על ידי אדם משקף לעתים את העובדה שהוא מנותק מן הקהילה. מערכת המשפט מטילה בו סטיגמה ועל ידי כך מרחיקה אותו עוד יותר מן הקהילה. לכן תפיסת היסוד היא כי המעשה הפסול אינו הופך את המבצע לאדם פסול.³⁵ יש להפריד בין שלילה נחרצת של המעשה לבין מאמץ לקבל את מבצעו חזרה לחברה, תוך התייחסות חיובית אל הפוגע כאדם, ותוך חתירה לפיוס.³⁶

34 Van Ness, *supra* note 12, at p. 259 ; Umbreit, *supra* note 9, at p. 275

35 M. Yantzi *Sexual Offending and Restoration* (Waterloo, 1998) 59

36 J. Griffiths "Ideology in the הפלילי: למשפט הפלילי: Ideology in the Criminal Procedure or A Third "Model" of the Criminal Process" 79 *Yale L.J.* (1970) 359

3. הפגיעה של הפשע ביחסים - האם פשע הוא סכסוך ?

הצדק המאחה מגדיר פשע לא רק כפגיעה בקרבן ובפוגע כשלעצמם אלא גם ביחסים ביניהם, ולפגיעה זו ניתן משקל ניכר. לפי גישה זו, גם כאשר אין קשר קודם בין הפוגע לבין הקרבן, הרי שמעשה העבירה יוצר ביניהם יחסים של עוינות. כאשר הקרע אינו מתאחה, נותרת מרידות ופגיעה רגשית אצל שני הצדדים. גם מרקם היחסים בקהילה מתערער, ונוצרות חומות של חשדנות, איבה ודעות קדומות. תיקון היחסים היא מטרה עיקרית שמציב הצדק המאחה, מתוך גישה השואפת לפיוס ולשלום.

האם מגישה זו עולה שפשע הוא סכסוך? התשובה לשאלה זו משליכה על יישום בעניינים פליליים של הגישור ככלי ליישוב סכסוכים.

בהקשר זה יש הגורסים כי באסכולת הצדק המאחה קיימות למעשה שתי פרדיגמות נפרדות. האחת מתרכזת בהשגת פיצוי לקרבן ואילו האחרת מבוססת על רעיונות של יישוב סכסוכים.³⁷ ואכן, אף כי השאיפה לתקן יחסים שנפגעו משותפת לכל הדוגלים בצדק המאחה, חלקם עושים צעד נוסף באשר לאופן הגדרת הבעיה. צעד זה מתבטא בטענה כי יש לזהות זיהוי מלא את מעשה הפשע כקונפליקט בין הפוגע לבין הקרבן. הכתיבה המשפיעה ביותר בנושא זה היא של Christie, אשר הגדיר את הסכסוך ככנס, שנגנב מהצדדים לו והפך נחלתם של בעלי מקצוע.³⁸ לדעתו של Christie קרבן הפשע הפסיד למעשה את המשפט למדינה כי נשללה זכותו להשתתפות מלאה במה שעשוי היה להיות היום החשוב בחייו. המדינה נטלה ממנו את היכולת לשוחח עם הפוגע. במקומו עושה זאת התובע, אלא שלאחרון אין עניין של ממש בהמשכו של הדיאלוג. הוא אינו מעורב. גם הפוגע אינו חפץ בדיאלוג עם התובע. רק הקרבן, שדיאלוג כזה הוא דבר חשוב מאוד עבורו, אינו משתתף. כך נוצרת אצלו תחושה של תסכול ופחד. לרוב אין לו סיכוי לפגוש את הפוגע והוא מתייג אותו כבלתי אנושי. גם הפוגע ממלא תפקיד פסיבי בעיקרו בדיון אודות גורלו. לטענתו של Christie, השארת הסכסוך מחוץ לשליטת הצדדים המעורבים מקדמת את האינטרסים של בעלי המקצוע, ובראשם עורכי הדין. המשפט הוא מנגנון אשר משנה את מהות הסכסוך וממיר אותו לשפה אחרת. בדרכו הציונית מתאר Christie את המומחים כטרטן בגופם של הדיוטות. רעיונותיו של Christie באים לידי ביטוי אצל תיאורטיקנים אחדים של הצדק המאחה.³⁹ אחרים, לעומת זאת, מבקשים להסתייג מן האמירה שפשע הוא סכסוך, שכן הדבר עשוי לטשטש מאפיינים חשובים של המעשה הפלילי.⁴⁰

לגישתי, אכן יש עבירות הנובעות מסכסוך בין הפוגע לבין הקרבן ויש לתת משקל לעובדה זו ולחזור לפתרון הבעיה מן השורש. גם כשאין סכסוך מוקדם ברקע המעשה, אזי עבירות בהן קיים קרבן אנושי (להבדיל מעבירות בהן הקרבן הוא אינטרס ציבורי כגון בטחון המדינה) ישנם

A. Von Hirsch & A. Ashworth (Eds.) *Principled Sentencing - Readings on Theory and Policy* 37 (Oxford, 1998) 300-301

N. Christie "Conflict as Property" 17 *Brit. J. Criminology* (1977) 1 38
Von Hirsch & Ashworth (eds.) *ibid.*, at pp. 312-316

P. McCold "Restorative Justice and the Role of Community" in Galaway & Hudson (eds), *supra* note 13, 39
L. Zedner "Reparation and Retribution Are They Reconcilable ?" 57 *Mod. L.Rev.* (1994) 228, 231; at p. 91

למשל: 9, at p. 182-183 *Zehr, supra* note 9,

מאפיינים של סכסוך בין-אישי משום שמדובר במעשה של אדם שפגע באדם אחר. קיימים בין הצדדים רגשות שליילים וקיימות סוגיות מעשיות, כגון שאלת הפיצוי. כל עוד לא יינקט צעד הנוגע במישרין באותם מאפיינים של סכסוך, דומה שעניין זה לא יבוא על פתרונו. לעומת זאת, מקום מאפיינים של סכסוך עדיין לא נובע כי יש לזהות פשע באופן מוחלט כסכסוך או כמחלוקת. לדעתי, הגדרה כזו אינה רצויה. היא משוללת עמדה ערכית כלפי המעשה ואין בה ביטוי לאופיו השלילי. למשל, כאשר בעל הכה את אשתו, לא יהיה זה נכון להגדיר את האירוע כסכסוך ביניהם. בזיהוי של פשע עם סכסוך, יש הליכה מרחיקת לכת, משום שהוא מציב את הצדדים על אותו מישור. על כן, די אם נאמר כי יש בעבירה המתבצעת כלפי אדם זר מאפיינים של סכסוך הנוגעים לתחושות הצדדים ולבעיות שנותרו בלתי פתורות. מאפיינים אלה משמעותיים ומטרידים מבחינת הצדדים ומחייבים מענה שאינו קיים בהליך הפלילי.

4. הפגיעה של הפשע בקהילה

המקרה הבא ימחיש את תפיסת הצדק המאחה ביחס לקהילה:⁴¹ במרץ 1994 נעצרו בחור בן 19 וחברתו בת ה-17 במדינת איווה בארצות הברית, לאחר שחיללו בית כנסת וציירו צלבי קרס על קירותיו. השניים הודו והדיון נדחה בעקבות הסכמת נציגי הקהילה היהודית לקיים הליך של גישור. מפגש הגישור איפשר לצעירים להבין כיצד השפיעו מעשיהם על הקהילה ואנשיה, חלקם ניצולי שואה, ומאידך לקחת אחריות ולהתנצל. אף אנשי הקהילה יצאו נשכרים מן ההזדמנות להביע את תחושותיהם ומן ההסדר שהושג, כדלקמן: הצעירים יבצעו 100 שעות שירות בבית הכנסת, 100 שעות לימודי היסטוריה יהודית וכן ישתתפו בתכנית של רכישת מקצוע ויקבלו סיוע נפשי (נוכח בעיותיהם שהתבררו במפגש). לאחר שההסדר קיים הסתיים אף ההליך הפלילי. נקל לשער כי לו נענשו במשפט פלילי הייתה שנאתם ליהודים גוברת והם היו עשויים להתדרדר לפשע.

הצדק המאחה אינו מתעלם מקיומם של היבטים רחבים לפשע, מעבר לצדדים המידיים. עם זה, בשונה מן הפרדיגמה של המשפט הפלילי, שמציב את המדינה כצד להליך, הצדק המאחה נותן משקל רב למושג הקהילה. ניתן למצוא הבדלים בין כותבים כאלה ואחרים באשר למשקלה הראוי של הקהילה ושלילוב נציגיה בהליכים ליישום הצדק המאחה, כדוגמת הגישור, אולם אין עוררין על עצם הצורך להתייחס אליה.⁴²

שאלה אחרת היא כיצד מגדירים את הקהילה, את חבריה ומוסדותיה, להבדיל מן המדינה. דומני שאין על כך תשובה ממצה ואחידה. ככלל, ניתן לומר שהמונח "קהילה" מתייחס למסגרות החברתיות אליהן משתייכים הפוגע והקרוב. בראשן המשפחה הגרעינית והמורחבת, ולאחר מכן מסגרות כגון: בית הספר, מקום העבודה, קהילה דתית, תנועות נוער, ארגונים ומוסדות מקומיים וכיו"ב, זאת להבדיל מן המערכת הממוסדת של המדינה. תיאוריית הצדק המאחה גורסת כי

41 המקרה תואר ברשימה שפורסמה במגזין אמריקאי: D. Lerman "Restoring Justice" 14 Tikkun (1999) 13

42 עמדה הנותנת משקל רב לקהילה, נשמעת על ידי Marlene Young, אשר מכנה את המודל כצדק קהילתי מאחה (Restorative Community Justice). ראו: M.A. Young "Restorative Community Justice in the United States: A New Paradigm" 6 Int'l Rev. Victimology (1999) 265

לקהילה יש צרכים שונים בעקבות התרחשות פשע או בגין סכנה של התרחשות כזו, ובראשם הצורך בידיעה שמשוה נעשה כדי למנוע פשע וכדי להגיב לפשע, ולא – עלולה לשרור תחושת פחד וחוסר אונים. בנוסף, בעקבות מעשה פשע מתעוררים בקהילה רגשות של כעס ורצון לעשות מעשה שיבטא צדק. הקהילה זקוקה אפוא למעין טקס של שחרור מתחושתיה.

5. התגובה לפשע – נטילת אחריות ותיקון הפגיעה

מאחר שפשע נתפס על ידי הצדק המאחה כפגיעה באנשים, ביחסים ביניהם ובקהילה, הרי שהתגובה לפשע צריכה להתמקד בתיקון הפגיעה ובעשיית פעולות שיקדמו ריפוי. תכלית זו מקפלת בתוכה גישה שונה להתמודדות עם מעשים פליליים. כאשר מתבצעת עבירה, השאלות הראשונות שהמשפט הפלילי מעלה הן: "מי עשה זאת?", "מה יש לעשות לפוגע?" או "מה מגיע לפוגע?". ואילו הצדק המאחה מברר: "מי נפגע?", "מה הצרכים שלו?" ו"כיצד יש לתקן את המצב?".⁴³ בקבעו שפשע מהווה פגיעה בכמה גורמים, מגדיר הצדק המאחה את תכלית התיקון שעליו לעשות: מענה לצרכים של אותם גורמים. כך ביחס לקרבן צריכה התגובה לפשע להתייחס לנזק החומרי, ועליה לאתר דרכים לטיפול בנושאים הרגשיים. באותה מידה יש לענות על הצורך של הפוגע שישמעו אותו ויטייחו אליו בדרך שאינה מתייגת ומשפילה. ניתן לפעול לקידום צרכים אלה באמצעות כלים של הפגשה, דיאלוג וחיפוש משותף אחר פתרונות. התפיסה היא שההליך עצמו צריך לבטא בסגנונו את רוח הדברים, והצדדים צריכים לחוש חוויה טובה יותר של צדק בעצם השתתפותם. הצדק המאחה רואה בגישור (ובהליכים דומים לו כגון היוועדות) הגשמה ראויה של מטרת אלו.

בנוסף, תיאורית הצדק המאחה מעניקה משקל מרכזי לנטילת אחריות על ידי הפוגע כלפי הקרבן.⁴⁴ מבצעי עבירות הם בדרך כלל אנשים שכשלו במישור של לקיחת אחריות על התנהגותם. כאשר בית המשפט מודיע להם מה עתיד לקרות להם, הוא ממשיך לשחרר אותם מן הצורך לקבל אחריות. תיאוריית הצדק המאחה מבקשת לשנות מצב זה על ידי הדגשת מושג האחריות, ותוך הענקת משמעות שונה למושג זה מכפי שהוא נתפס על ידי המשפט הפלילי. במקום דרישה לתשלום חוב מופשט לחברה באמצעות ענישה וסבל, המוטלים על הפוגע כנגד רצונו, רואה הצדק המאחה נגד עיניו אחריות קונקרטיית כלפי הקרבן אותה נוטל הפוגע על עצמו מרצונו. אחריות זו צריכה להיות מלווה בצעדים לתיקון הנזק וכן בעשיית פעולות בנוגע לחייו, כדי למנוע את הישנות המעשה. במקביל, כלולה באחריות גם זכות, והיא להיות מעורב בדיון ובהחלטה בנוגע לדרך שבה יש לתקן את העוול. ההליך שמתקיים בעקבות העבירה צריך לאפשר מעורבות פעילה שבצידה אחריות. זוהי שאיפתו של הגישור הפלילי.

מטבע הדברים, נטילת אחריות ברוח שאיפותיו של הצדק המאחה אפשרית רק כאשר היא מתבצעת באופן רצוני. על כן כאשר האדם שמואשם בעבירה אינו מודה בכיצועה דרוש מנגנון לקביעת עובדות, וספק אם יש ברעיונות הצדק המאחה כדי לסייע. עם זה, לתפיסת התיאוריה,

⁴³ Zehr, *supra* note 9, at p. 186, 191

⁴⁴ Young, *supra* note 42, at p. 268-269 ; Zehr, *ibid*, at p. 200-202 ; Umbreit, *supra* note 9, at p. 2

הסיבה שעניינים כה רבים נדונים באמצעות הכרעה שיפוטית היא, שפרדיגמת הצדק הנוכחית מתבססת על הפרדה חדה בין אשמה לבין חפות ודוחפת מבצעי עבירות אל התגוננות, המתבטאת לעתים בהכחשות סתם.

6. האם הצדק המאחה מציע לבטל את המשפט הפלילי?

הביקורת הנוקבת של הצדק המאחה כלפי המשפט הפלילי מעוררת את השאלה מהי עמדת האסכולה כלפי המשך הפעלתו. כאמור, תיאוריות של אבוליוניזם קראו לבטל את ההליך.⁴⁵ במקביל הועלו בספרות המשפטית השגות בדבר ההגיון הפנימי שבאבחנה בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין.⁴⁶ יש אף שהרחיקו לכת וקראו להסתפק בדיני הנזיקין כמענה למקרים המטופלים כיום על ידי דיני העונשין.⁴⁷

האם זו גם תפיסתה של אסכולת הצדק המאחה? דומני שהתשובה לכך שלילית, למרות חריפות הביקורת כלפי המשפט הפלילי הקיים. כמה מדובריה הראשיים של האסכולה מונים שורה של טעמים מדוע לא ניתן לבטל לגמרי את המשפט הפלילי, כגון היתרונות הפרוצדורליים שיש להליך המנוהל על ידי השלטון המרכזי.⁴⁸ עניינו של הצדק המאחה אף אינו בהחלפת דיני העונשין בדיני הנזיקין משום שהחזון של אסכולה זו אינו החלפת הליך אדברסרי אחד בהליך אדברסרי אחר. הצדק המאחה סובר כי במקרים רבים ניתן לקדם אינטרסים של פרטים ושל הציבור, גם בהקשר לפשע, בלא היזקקות כלל לכוח הכופה של בית המשפט. אולם הדבר מחייב הסכמה וקבלת אחריות מרצון ובהעדרן יש צורך במנגנון לקביעת עובדות. הצדק המאחה אינו עוסק כלל במנגנונים כאלה בנסיבות שלא ניתן היה להגיע להסכמה, ולעניין זה עליו לשים מבטחו בבית המשפט. תקוות האסכולה היא שקיום אופציה של פיוס או הסדר קונסטרוקטיבי כלשהו יעודד חשודים בפלילים להימנע מהכחשות סתם. אך יהיו חשודים שיתמידו בטענת חפותם ולגביהם אין אסכולת הצדק המאחה נותנת לדעתי מענה של ממש, והיא נאלצת לחזור אל המשפט הפלילי.

7. תיאוריית הביוש האינטגרטיבי של Braithwaite

אחת התיאוריות המשפיעות ביותר באסכולת הצדק המאחה היא תיאוריית הביוש האינטגרטיבי (Reintegrative Shaming) של הקרימינולוג האוסטרלי John Braithwaite, ועל כן מצאתי לנכון

45 טננבוים, לעיל הערה 7. המחבר גורס כי רוב האבוליוניסטים עברו לתמוך בגישת הצדק המאחה.

46 ראו מן, לעיל הערה 27. פרופ' מן בוחן את הרציונליות בהבחנה בין התחום הפלילי לאזרחי ומראה כי לגבי כל הפרמטרים לאבחנה בין שני ענפי המשפט, יימצאו מקרים שממזגים אלמנטים של המשפט הפלילי בתוך המשפט האזרחי או להפך. כן ראו: L. Sheleff "Victimology, Criminal Law and Conflict Resolution" 1 South African J. Crim. L. & Criminology (1977) 31, 38-39.

47 למשל: S.I. Shuman "Responsibility and Punishment: Why Criminal Law" 15 Am. J. Juris (1970) 25

48 M. Wright "Restorative Justice: For Whose Benefit?" ; Van Ness, supra note 12, at p. 261-264 ; לדעה דומה ראו גם: Benefit?" in The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), supra note Zehr, supra note 9, at pp. 209-210 ; 1, at p.19

לייחד לה פסקה נפרדת. התיאוריה פותחה על ידו בספר משנת 1989⁴⁹ וזכתה להדים רבים. מספר תכניות שמציעות הליכים אלטרנטיביים בעניינים פליליים אף הוקמו בהתבסס על רעיונות התיאוריה.⁵⁰

Braithwaite מציע תיאוריה כוללת להתמודדות עם פשע, הסובבת סביב המכשיר החברתי של הביוש. ביוש הוא ביטוי קהילתי לחוסר קבלה, אשר יכול לנוע מזניפה קלה ועד טקסים של השפלה וקלון. על פי התיאוריה יש להבחין בין ביוש המוביל לאינטגרציה, לשילוב מחדש של המבויש בחברה (Reintegrative Shaming), לבין ביוש דיסאינטגרטיבי (Disintegrative), סטיגמטי, אשר במקום לשלב הוא מטיל על המבויש סטיגמה, מרחיקו מן החברה ודוחף אותו לפעילות עבריינית נוספת. ביוש אינטגרטיבי הוא אקט אליו נלוות מחוות של קבלה מחדש, ואשר מושקע בו מאמץ להסרת התוויות השליליות ולחיוזוק הקשרים החברתיים של הפוגע. על כן יש לתמוך בסוג כזה של ביוש. טענתה העיקרית של התיאוריה היא שחברות אשר מביישות ביתר יעילות, יצליחו יותר במניעת עבריינות ורמת הפשיעה בהן תהא נמוכה יותר.

מרבית הכתיבה בתחום הצדק המאחה רואה בתיאוריה של Braithwaite מקור חשוב של תמיכה עיונית, לנוכח הביקורת המשותפת על המשפט הנוהג והקריאה להליך שמבוסס על השתתפות ועל אחריות של הפוגע למעשיו.⁵¹ יש אף מי שביקש לאשש את רעיונות התיאוריה בכלים אמפיריים, על ידי כך שבדק עם עבריינים שחזרו למוטב מה הסיבה העיקרית לשינוי ומצא, לטענתו, כי הייתה זו תחושת הבושה.⁵² מאידך, יש בין התיאורטיקנים של הצדק המאחה המביעים הסתייגות מן השימוש במושג הביוש.⁵³

לטעמי, תרומתו העיקרית של Braithwaite היא בהצגת החשיבות של אקט הגינוי והביוש, אולם תוך קריאה לסוג אחר של ביוש מזה שקיים היום במשפט הפלילי, אשר מטיל סטיגמה קשה ולא דואג לקבלה מחדש של הפוגע.

ג. מאפייניו ומטרותיו של הגישור הפלילי

התפיסה השונה של התחום הפלילי על פי תיאורית הצדק המאחה, בצירוף רעיונותיהן של אסכולות נוספות כמו אסכולת ה-ADR ותנועת הקרבנות, מהווים בסיס אידיאולוגי ומכשירים את הקרקע מבחינה חברתית, להתפתחות הגישור בעניינים פליליים. רבים מהעקרונות הכלליים של הגישור, כפי שהתפתחו בענפי המשפט השונים, חלים גם על הגישור הפלילי, למשל סודיות ורצון

49 J. Braithwaite *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge, 1989)
50 הכוונה לתכניות של מודל ההיוועדות, הקרוב בתפיסתו לגישור הפלילי כמוסבר בסעיף ד (4) להלן.
51 J. Dignan & M. Cavardino, "Towards a Framework for Conceptualising and Evaluating Models of Criminal Justice from Victim's Perspective" 4 *Int'l Rev. Victimology* (1996) 153, 169-173;
Umbreit, *supra* note 9, at p. 3-5; Zedner, *supra* note 39 at p. 235
52 J. Leibrich "The Role of Shame in Going Straight: A Study of Former Offenders" in Galaway & Hudson (Eds.), *supra* note 13, at p.283
53 למשל: Wright, *supra* note 48, at p. 28-29.
Wright, *supra* note 48, at p. 28-29.
T.M. Massaro "Shame, Culture and American Criminal Law" 89 *Mich. L. Rev* (1991) 1880
L. Sheff *The Future of Tradition - Customary Law, Common Law and Legal Pluralism* (London, 1999)

חפשי. אולם צרכיו של התחום הפלילי מחייבים פיתוח עקרונות מיוחדים. זאת ועוד, שנים של התעלמות מן הנושאים העומדים בין קרבן לפוגע מחייבים אותנו לברר מהי למעשה הכוונה במושג גישור בפלילים, מהן מטרות ההליך ומהם הנושאים שידונו במסגרתו. לצורך הבהרת המושג ראיתי ראשית לעמוד על שתי אבחנות בסיסיות: האחת אבחנה בין הגישור הפלילי לבין משא ומתן בקשר למשפט הפלילי, והשנייה בין גישור במקרה של סכסוך הדדי לבין גישור בעקבות פגיעה חד צדדית.

האבחנה הראשונה נועדה להבדיל בין הליך הגישור שמפגיש בין הקרבן לפוגע ומעניק להם את הכוח לקיים דיאלוג ולהגיע להסכמות, לבין מנגנונים לניהול משא ומתן בין הצדדים למשפט הפלילי, קרי המדינה והנאשם. לעתים יש נטייה לבלבל בין הליכים שונים אלו. משא ומתן בין נאשמים לרשות התובעת הוא עניין של יום יום. כמו כן, סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי מסמיך את בית המשפט לברר, והלכה למעשה לקדם, את הסכמת הצדדים לעובדות ולראיות הקשורות למשפט, בתנאי שהנאשם מיוצג על ידי עורך דין. על בסיס סעיף זה מתבצעים בשנים האחרונות במספר בתי משפט בישראל הליכים שתכליתם לקדם הסדרי טיעון. אמנם השופט אינו מתערב בעסקת הטיעון או בשאלת העונש, אך הוא מקיים ישיבה בה נדונות השאלות העובדתיות ואף מעיין בראיות התביעה. במקרים רבים מובילה ישיבה זו להסדר בין המדינה לנאשם, ואם לא – עובר התיק לשמיעת ראיות אצל שופט אחר.⁵⁴ הליך זה תואר בעיתונות כתחילתו של גישור בפלילים בישראל אך למעשה אין הדבר כך. ניתן ללמוד בהקשר זה מן ההבחנה הקיימת במשפט האזרחי בין גישור המתבצע בין הצדדים מחוץ לכותלי בית המשפט ואשר מקפיד על עקרונות מיוחדים, לבין מה שמכונה לעתים "גישור שיפוטי", כלומר ניסיונות של השופט לקדם פשרה בין הצדדים בתחילת המשפט או במהלכו.⁵⁵ הפישור השיפוטי מעורר שאלות רבות אך יש בו תועלת לזירוז הליכים בבית המשפט, עובדה הנכונה גם במישור הפלילי. אולם אין מדובר בגישור המבוסס על השתתפות פעילה של הצדדים ועל עקרונות נוספים, כגון פגישות נפרדות, סודיות ומתן ביטוי לרגשות. ובעיקר, בתחום הפלילי חסרה בו מעורבות של מי שאינו צד למשפט הפלילי, קרי הקרבן.

האבחנה השנייה נועדה להבדיל בין שני טיפוסים עיקריים של עניינים פליליים אשר הליך הגישור נדרש לטפל בהם בצורה שונה. כאשר פורץ נכנס לביתו של אדם זר וגונב רכוש, אזי העבירה אינה קשורה לסכסוך קודם ביניהם, ואנו גם לא נוטים לראות את היחסים בין הפורץ לבין הקרבן כמחלוקת שיש לפתור. גישורו של הגישור היא, שגם במקרה כזה יש ללבן נושאים רבים באמצעות מפגש אשר יביא תועלת לשני הצדדים. אך עדיין מאפייני ההליך במקרה זה יהיו שונים מגישור הדן בסכסוך הדדי ומתמשך. ניתן אם כן להבחין בין פגיעה מובהקת באחר, אותה אגדיר כפגיעה חד צדדית לבין עבירה בעלת יסודות הדדיים, אותה אגדיר כסכסוך הדדי. דוגמה מובהקת לסכסוך הדדי היא תקיפה חבלנית, שבמסגרתה כל צד פגע באופן פיזי במשנהו, אגב קטטה ביניהם. לא אחת בעבירות של סכסוך הדדי יש היכרות קודמת בין הצדדים וקיים סכסוך נמשך, אם כי עבירות בין מכרים יכולות להיות גם חד צדדיות. מטבע הדברים קיימים מקרי ביניים ולמעשה ניתן לראות זאת כציר של אפשרויות שבצידו האחד עבירה חד צדדית מובהקת, כגון

54 ההליך הנסיוני מתואר במסמך שהוכן באפריל 2001 על ידי וועדה מייעצת לסדר דין פלילי בראשות שופט בית המשפט העליון א' מצא.

55 'אלרואי' הפישור השיפוטי והגישור" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 29 (התשנ"ט) 68.

שוד של אדם זר ברחוב, ובצידו האחר סכסוך הדדי מובהק, כגון קטטה בין שני שכנים שרבים ביניהם זה זמן רב. הגישור הפלילי עשוי לעסוק בכל המקרים על הציר הזה, אך יש להיות ערים לשאלה היכן ממוקם כל מקרה ומקרה. מחד, הדבר דרוש לאפיון הגישור בתיק שבו בוצעה עבירה חד צדדית, כהליך שנושאו אינם יישוב מחלוקת קודמת, כי אם טיפול בבעיות שנוצרו בין הצדדים, תוך הדגשת הפגיעה בקרבן. מאידך, יש באבחנה כדי להדגיש את הצורך לטפל באופן שונה בעבירות של סכסוך הדדי. הגישור אמנם אינו מתעלם מן הפגיעה שנגרמה לכל צד אך הוא מייחס חשיבות לשורשי הסכסוך, שכן פתרונו יביא שלום בין הצדדים וימנע המשך מעשים פליליים זה כנגד זולתו. לאבחנה המתוארת יש השלכות מעשיות על ביצוע הגישור. הגישור בסכסוכים הדדיים קרוב במידה רבה לגישור אזרחי, קהילתי או משפחתי ותכליתו לפתור מחלוקת נמשכת בין הצדדים. הסכסוך אינו נובע מן העבירה אלא זו מהווה רק סימפטום של הבעיה. ישנן בעולם אף תכניות גישור שמהוות חלק ממרכזי גישור קהילתיים, ועוסקות בעבירות פליליות אשר בוצעו כלפי מכרים.⁵⁶

אשר למטרות ההליך ולנושאים שיידונו בו אזי בהעדר סכסוך קודם ישאף הגישור לקיים דיון בהשלכותיו של המעשה ובתחושות הצדדים, ולחפש דרכים לתיקון הפגיעה שנוצרה, בין שזו הפגיעה הרגשית או החומרית. המטרה העיקרית של המפגש אינה להגיע במהירות אל כתיבתו של הסכם שיקבע את גובה הפיצוי לקרבן. הסכם כזה חשוב להמחשת האחריות אך השגתו אינה צריכה לבוא במקום יצירת דיאלוג ובידור הנושאים שמטרידים את הצדדים. Mark Umbreit, מהחוקרים הבולטים בתחום הגישור הפלילי, מכנה גישה זו: "Humanistic Mediation", ולטענתו יש בה כוח של שינוי וריפוי.⁵⁷ תכלית הגישור היא אפוא לתת מענה לצרכים השונים של הקרבן, הפוגע והקהילה. המענה לצרכים אלו מקפל בתוכו את התועלת שעשויה לצמוח מן ההליך, כדלקמן:

(1) מענה לצרכי הקרבן:

בגישור הפלילי שלב הצגת הסיפור על ידי הצדדים הוא בעל חשיבות מיוחדת. בראשיתו של המפגש ניתנת אפשרות לקרבן לספר בחופשיות את הסיפור שלו, בלא שהוא מוגבל, כמו בבית המשפט, לנושאים הרלבנטיים למשפטו של הפוגע. הקרבן יכול להביע רגשות, והוא יכול להפנות את דבריו ואת רגשותיו ישירות אל הפוגע. אפשרות זו מעניקה להליך ערך מיוחד מבחינת הקרבן משום שהיא גורמת לפוגע להקשיב ולא להסתתר מאחורי טיעונים משפטיים שנאמרים בשמו. בנוסף, ניתנת לקרבן הזדמנות לברר נושאים עובדתיים שמטרידים אותו, כגון: מדוע ביצע הפוגע את המעשה? מדוע דווקא כלפי? כיצד עלה בידו לעשות פעולה זו או אחרת? ועוד. קבלת מידע והבנת הרקע למעשי הפוגע הם צורך של הקרבן. הם מסייעים לחיזוק תחושת הביטחון ומקטינים את הפחד מפני הישנות המעשה. כמו כן שמיעת התנצלות והבעת צער מפי הפוגע מעניקה את ההכרה שקרבנות רבים מחפשים. הכרה בכך שנגרם להם נזק והכרה בכך שלא דבק בהם אשם. מבחינתם, התנצלות כזו עדיפה לעתים על פיצוי חומרי. עם זאת, פיצוי הקרבן הוא נושא חשוב לדיון כאשר זה חפץ בכך. הוא מבטיח שקבלת האחריות אינה מילולית בלבד אלא

M. Wright Justice for Victims and Offender – A Restorative Response to Crime (Winchester, 2nd ed., 56 77 (1996). על הגישור הפלילי-קהילתי בארצות הברית ראו להלן בסעיף ד (1).

M.S. Umbreit "Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking" 14 Mediation Q. 57 (1997) 201.

מאחוריה נכונות אמיתית של הפוגע לעשות דבר מה לתיקון הפגיעה. כן יש בו כדי לתקן במידת האפשר את הנזק החומרי שנגרם. ולבסוף, עצם השתתפות הקרבן במפגש תוך חתירה למטרתו אלו מעניק לו תחושה של מעורבות והשפעה על הליך הצדק, תחושה שחסרה במשפט הפלילי.

(2) מענה לצרכי הפוגע ושמידה על מידתיות התגובה לפשע:

גם מבחינת הפוגע יש ערך בהצגת דבריו בחופשיות, בהקשבתם של הקרבן והמגשר להסבריו ובשמיעת דברי הקרבן, וזאת החל מן השלב המוקדם של הגישור. לעתים זו פעם ראשונה שהוא תופס באמת את הפגיעה שפגע בצד השני. ייתכן שעד כה כלל לא ראה נגד עיניו ולא הרגיש את תחושותיו של האדם שנפגע, אלא התייחס למעשיו התייחסות שכלתנית, תוך חיפוש אחר תירוצים והצדקה עצמית. עתה ניתנת לו הזדמנות לקבל אחריות על המעשה וזאת במישרין כלפי מי שנפגע ממנו.

מנגד, האווירה שמכתיב ההליך מבטיחה התייחסות גם לצרכים האישיים של הפוגע. המגשר וכללי הגישור יוצרים התייחסות מקבלת ואנושית אליו כאדם. ההשתתפות הפעילה בתהליך קבלת ההחלטות תסייע להעצמת הפוגע, לעומת מצב של קבלת עונש באופן פסיבי. הפוגע יתאר את בעיותיו האישיות אשר הובילו אותו לביצוע המעשה, ותינתן לו הזדמנות להסתייע בהליך הגישור לשם כניסה לתהליך שיקומי, במידה שהוא זקוק לכך. בהקשר זה יש להבהיר כי הגישור אינו עוד כלי לשיקום הפוגע, אולם עשויה להיות בו חוויה משקמת על ידי חשיפת הפוגע לתוצאות מעשיו. הגישור מאפשר פרסונליזציה של הקרבן והוא עשוי להוביל להתחייבות של הפוגע בקשר לאורח חייו העתידי, לרבות בדבר נכונות להיכנס למסלול של שיקום (כדוגמת לימודים או טיפול). הגישור לעומת זאת אינו יכול להחליף תהליך שיקומי ממושך שהפוגע זקוק לו, כדוגמת גמילה מסם או פתרון בעיית אלימות שורשית.

לבסוף, אין להתעלם מכך שלנגד עיניו של הפוגע עומדת השאיפה להימנע ממשפט פלילי או להקל בעונש. אין בכך פסול והדבר משתלב בשאיפת הגישור והצדק המאחה לצמצם את השימוש במשפט הפלילי. יתרה מכך, שאיפה זו מתחייבת מעקרון המידתיות הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי עקרון זה, הפגיעה בזכויות יסוד לא תיעשה במידה העולה על הנדרש. מטבע הדברים הסנקציות של המשפט הפלילי פוגעות בזכויות יסוד של הפרט (כגון חירות, קניין וכבוד) ולכן יש לברר בכל מקרה ומקרה האם לא ניתן להסתפק בחלופות שאינן פליליות, אשר פגיעתן פחותה.⁵⁸

(3) מענה לצרכי הקהילה:

הגישור חותר לקדם גם את העצמת הקהילה. השאיפה היא לשתף את הקהילה בפעולותיה של תכנית הגישור ולעמוד בקשר שוטף עם גורמים בתוכה. נטילת האחריות על ידי הפוגע ואיחוי הקרע בינו לבין הקרבן, יוצרים אצל הקהילה תחושה של עשיית צדק. כמו כן יש לחתור לשילובו מחדש של הפוגע בקהילה, דבר שיתרום להסרת חומות החשדנות בעקבות מעשה העבירה. הסכמתו של הפוגע לבצע עבודה כלשהי עבור הקהילה תיתן ביטוי מוחשי למטרה זו.

58 לטענה זו ראו י' קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, 115. לדעת הכותבת (שהיא המשנה ליועץ המשפטי לממשלה) תנאי המידתיות מחייב, לכאורה, את בחינת עצם השימוש במשפט הפלילי כאמצעי מתאים לעומת חלופות אחרות.

ד. התפתחות הגישור הפלילי

1. ארצות הברית וקנדה

בצפון אמריקה קיימים מודלים רבים של תכניות גישור בעניינים פליליים. באופן גס ניתן לאפיין שלושה סוגים של תכניות: תכניות גישור פלילי-קהילתי, תכניות עם דגש על פיוס, הקשורות ברובן לכנסייה ותכניות כלליות לגישור בין קרבן לפוגע. עם זה, במהלך השנים חל שטטוש בין המודלים השונים, ורובם ככולם משתייכים לתנועה רחבה של גישור בפלילים (Victim Offender Mediation).

בראשית שנות השבעים הוקמו בארצות הברית מספר פרויקטים, שביקשו לטפל בתיקים פליליים בדרך אחרת ולערב את הקרבן. בולט ביניהם הוא: Night Prosecutor's Program באוהיו. במסגרת הפרויקט, שהחל בשנת 1971, זומנו הנאשם והמתלונן להופיע בפני צוות שהורכב מסטודנטים למשפטים, עובדים סוציאליים ואחרים, אשר פעל להשגת הסדר בין הצדדים. השגת הסכם, שכלל לרוב פיצוי למתלונן, הובילה לסגירת התיק כנגד הנאשם.⁵⁹ פרויקט דומה הוקם בבוסטון וכונה "Urban Court", ואילו בניו יורק החל אחד ממרכזי הגישור הגדולים להפעיל בשנת 1975 תכנית גישור בפלילים בתיקים בהם קיימת היכרות מוקדמת בין הפוגע לקרבן. העבירות העיקריות שבהן טיפלה התכנית היו הטרדה, תקיפה ובהמשך גם פשעים חמורים יותר, לרבות אינוס.⁶⁰ שלוש התכניות הן דוגמה למודל הפלילי-קהילתי וכמותן פועלות בצפון אמריקה תכניות רבות ואף זוכות למימון ממשלתי. מודל זה מתאפיין בזיקה לגישור האזרחי ולמרכזי גישור קהילתיים, וניתן בו דגש לטיפול בעבירות שבוצעו על רקע של יחסים מתמשכים.

עם זאת, ראשיתה של תנועה רחבה לגישור בפלילים אינה מיוחסת לגישור הפלילי-קהילתי כי אם לניסיון שנערך באונטריו, קנדה, בשנת 1974, במסגרתו פנו שני צעירים שהואשמו בשורת עבירות רכוש לקרבנותיהם, אותם לא הכירו, והציעו להם פיצוי.⁶¹ קצין המבחן שיזם את המפגשים היה פעיל בכנסייה המנוניתית (Mennonite Church), אשר החלה להקים תכניות שתכליתן גישור בין קרבנות לפוגעים, גם כאשר לא קיים קשר קודם ביניהם. תכניות אלו נקראו (Victim Offender Reconciliation Programs VORP). הראשונה בהן נוסדה באינדיאנה בשנת 1978, ובעקבותיה הוקמו תכניות רבות.⁶² תכניות ה-VORP חותרות לפיוס בין הקרבן לפוגע תוך זיקה לרעיונות דתיים.

בהמשך החלו להתארגן תכניות גישור גם על ידי גופים קהילתיים או ממסדיים שונים, ללא כל קשר לכנסייה. בהדרגה התפתחה תנועה של גישור בין קרבן ופוגע, שמודל ה-VORP היה רק חלק ממנה. גם השיח של תנועה זו כבר לא היה דתי, ובמקום מונחים של פיוס וסליחה הפכו מונחים של דיאלוג, ריפוי ופיצוי הקרבן לדומיננטיים.

⁵⁹ Sheleff, *Supra* note 26, at p.127;

T.F. Marshall *Alternatives to Criminal Courts – The Potential for Non-Judicial Dispute Settlement* (Hampshire, 1985) 67

⁶⁰ Umbreit, *supra* note 9, at pp. 15-16; Wright, *supra* note 56, at p. 76-78

⁶¹ J.G. Brown "The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique" 43 *Emory L. J.* 1247, 1257 (1994); Zehr, *supra* note 9, at p. 158-159; קצין המבחן שיזם אותו ראו:

⁶² Yantzi, *supra* note 35, at p. 51-53

⁶³ Umbreit, *supra* note 9, at p.17

תנועת הגישור הפלילי הובילה להקמתן של תכניות רבות בכל רחבי ארצות הברית וקנדא בקצב מהיר. לקראת סוף שנות התשעים היה מספרן קרוב לשלוש מאות,⁶³ אם כי מספר התיקים הכולל המגיע אליהן עדיין קטן ביחס לכלל התיקים הפליליים. רוב התכניות מופעלות על ידי גוף וולונטרי חוץ ממסדי, אך קיימות גם לא מעט תכניות שהוקמו על ידי רשויות אכיפת החוק עצמן: המשטרה, התביעה, בתי המשפט, שירות בתי הסוהר ועוד.⁶⁴ כמעט מחצית מתכניות הגישור עוסקות בעבריינות נוער ואילו חלקן מתמחות בעבירות חמורות שבהן המפגש בין הקרבן לפוגע מתבצע בבית הכלא, לשם נשלח האחרון. רבים מהעוסקים בתחום מאוגדים בארגון VOMA (Victim Offender Mediation Association)⁶⁵ שמרכזו בארה"ב והוא כולל סניפים במספר מדינות נוספות.

2. הגישור הפלילי באירופה - החלטת מועצת אירופה

במהלך שנות השמונים החלו מדינות שונות ברחבי אירופה ליישם את הליך הגישור בעניינים פליליים. באחדות מהן, כגון גרמניה, צרפת ופינלנד, התפתח ההליך באופן נרחב והוקמו תכניות רבות.⁶⁶ ההערכה היא כי נכון לשנת 2000 פעלו באירופה מעל לשבע מאות תכניות המבצעות גישור בפלילים.⁶⁷ ביטוי מובהק להכרה בה זכה ההליך באירופה יש בהחלטה שקיבלה מועצת אירופה הקוראת ליישמו.⁶⁸ נספח המצורף להחלטה מציע הגדרה של ההליך:

"Any process whereby the victim and the offender are enable, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial party (mediator)".

ההחלטה מציינת כי מדובר בהליך גמיש המבוסס על תפיסה של פתרון בעיות, ואשר עשוי להתווסף או להוות חלופה למשפט הפלילי; ההחלטה עומדת על התועלת שבהשתתפות פעילה מצד הקרבן והפוגע בהליכים הנובעים ממעשה של פשע; היא מדגישה את הצורך של הקרבן ליצור קשר עם הפוגע ולקבל התנצלות ופיצוי; והיא מציינת שגישור עשוי להוביל לתוצאות קונסטרוקטיביות יותר ופוגעות פחות.

בנספח להחלטה מפורטות הנחיות ליישום ובין היתר: נדרשת הסכמה חופשית של הצדדים להשתתף; הגישור צריך להיות זמין ואפשרי בכל השלבים של ההליך הפלילי; יש לשמור על סודיות ועל הגנות דיוניות, כגון הזכות ליעוץ משפטי; ההחלטה על הפניית תיק לגישור כמו

Center for Restorative Justice & Peacemaking - University of Minnesota National Survey of Victim Offender Mediation Programs in the United States (2000) 3. לאתר של מרכז המחקר ראו: URL: <http://ssw.che.umn.edu/rjp>

⁶⁴ Ibid, at p. 5

⁶⁵ לאתר הארגון, ולהפניות לאתרים רבים בתחום, ראו: URL: <http://www.voma.org/>

⁶⁶ Peters, *supra* note 1, at p. 9

⁶⁷ Center for restorative Justice & Peacemaking - University of Minnesota, *supra* note 63, at p.3

⁶⁸ המלצת ועדת שרים: Recommendation No. R(99) 19 Concerning Mediation in Penal Matters. ההחלטה מובאת כנספח לקובץ: The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (ed.), *supra* note 1

גם ההערכה של תוצאות ההליך צריכות להיות שמורות לרשויות אכיפת החוק ; העובדות הבסיסיות של המקרה צריכות בדרך כלל להיות מוסכמות על הצדדים ; על אף עקרון הסודיות, על המגשר לרווח על כל פשע חמור שיתגלה במהלך הגישור.

באנגליה, ראשיתו של הגישור הפלילי בתכנית שהוקמה ב-South Yorkshire בשנת 1983.⁶⁹ ככלל ניתן לומר כי יחסית לצפון אמריקה ולמדינות אחרות באירופה קצב ההתפתחות של ההליך באנגליה הוא אטי. נכון למחצית 1999 פעלו 36 תכניות (כולל כאלו העוסקות בהליך ההיוועדות), אולם יש הסוברים כי לאחרונה בשלו התנאים אשר יובילו להתפתחות משמעותית יותר של התחום.⁷⁰ מרבית התכניות עוסקות בעבירות קלות יחסית אולם יש גם המתמחות בעבירות חמורות. הבולטת מביניהן היא : "Leeds Mediation and Reparation Service" אשר מטפלת בפשעים מסוגים שונים. הניסיון של התכנית מראה כי נכונות הפוגע להשתתף בהליך, לקבל אחריות על מעשיו ולהביע חרטה חשובה לא אחת לקרבן יותר מאשר קבלת פיצוי.⁷¹ התכנית הגדולה ביותר באנגליה מופעלת דווקא על ידי המשטרה: "Police Restorative Conferencing Unit" Thames Valley.⁷²

בגרמניה התפשט ההליך באופן נרחב יותר מאשר באנגליה. בחקיקה נקבעו מספר הוראות אשר התייחסו לאפשרות של הפניית תיק לגישור בין הקרבן לפוגע. על פי בדיקה משנת 1996 דיווחו 386 ארגונים כי הם מבצעים גישורים בפלילים, ובמחקר משנת 1997 נמצא כי מרבית הליכי הגישור בוצעו בעקבות עבירות אלימות ולא דווקא בעבירות רכוש.⁷³

בשנת 1999 הוקם ארגון כלל אירופי לקידום הגישור והצדק המאחה: The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice.⁷⁴

3. מחקרים אמפיריים

על מנת להעריך את הליך הגישור נעשו במדינות שונות מחקרים אמפיריים אשר בדקו שורה של פרמטרים. בכמה מחקרים נמצא כי ביותר ממחצית התיקים המופנים לתכנית הגישור לא

69 Wright, *supra* note 56, at p. 103-107 ; Zedner, *supra* note 39, at p. 236-237

70 M. Liebmann & G. Masters "Victim-Offender Mediation in the UK" in *The European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice* (ed.) *supra* note 1, at p. 337, 344, 352, 359 הנתונים בדבר מספר התכניות, סוג התיקים ועוד.

71 J. Wynne "Leeds Mediation and Reparation Service: Ten Years Experience with Victim-Offender Mediation" in Galaway & Hudson (eds.), *supra* note 13, at p. 445

72 Liebmann & Masters *supra* note 70, at p. 353-354

73 B. Bannenberg "Victim Offender Mediation in Germany" in *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice* (ed.), *supra* note 1, at p. 251, 262

H. Kerner, E. Marks & J. Schreckling "Implementation and Acceptance of Victim-Offender Mediation Programs in the Federal Republic of Germany: A Survey of Criminal Justice Institutions" in H. Messmer & H. Otto (eds.) *Restorative Justice on Trial* (1992) 29

74 Peters, *supra* note 1, at p. 11-13

מתקיים בסופו של דבר מפגש פנים מול פנים בין הקרבן לפוגע.⁷⁵ מחקרים אחרים, לעומת זאת, מדווחים על נכונות של שבעים אחוזים ויותר מהצדדים להשתתף.⁷⁶ לטעמי, אין בסירוב של חלק מהצדדים להשתתף כדי לבטל את חשיבות ההליך ואת תועלתו בעבור מי שהסכים. ניתן להעריך כי אחוז ההשתתפות יגדל ככל שתגדל המודעות הציבורית לגישור הפלילי. כן יש משקל לאופן הפנייה של המגשר לצדדים וליכולתו להפחית את חששותיהם. במקביל, המחקרים מצביעים על כך שקרוב לתשעים אחוזים מן התיקים בהם התקיים מפגש מסתיימים בהסדר, ולעתים מעל תשעים וחמישה אחוזים.⁷⁷ למעשה, ממצאים אלה קשורים לפרמטר הקודם. ההקפדה על רצון חפשי ומודע של הצדדים מובילה לכך שכאשר מתקיים בסופו של דבר מפגש הסיכוי להגיע להסדר גבוה.

המרכיב הנפוץ ביותר במסגרת הסכמי גישור הוא תשלום כספי לקרבן על ידי הפוגע. כן עשויים להיכלל בהסדר מרכיבים של שירות לקהילה. ישנם לא מעט הסדרים שאינם כוללים התחייבות קונקרטית ועיקרם הוא מתן ביטוי לחרטה או התחייבויות התנהגותיות שהפוגע מקבל על עצמו.

פרמטר חשוב להערכת הגישור הפלילי נוגע למידת שביעות הרצון שהמשתתפים מביעים ולתחושותיהם בנוגע לעשיית צדק. מחקרים רבים, שבחנו שאלה זו באמצעות ראיונות או שאלונים, אישרו את ההנחה שהצדדים מרגישים מסופקים יותר, זאת לאחר שתשובותיהם הושו לתשובות שנתקבלו ממי שעבר דרך המערכת הפלילית הרגילה.⁷⁸

לבסוף, מספר מחקרים אמפיריים ניסו לברר האם יש בגישור כדי לתקן את דרכיו של הפוגע ולהקטין את הסיכון שיבצע עבירה נוספת. הממצאים בעניין אינם אחידים. לעתים נמצא כי אין הבדל בין הגישור להליכים אחרים לגבי ההשפעה על עבריינות חוזרת.⁷⁹ מנגד הראו כמה מחקרים כי מבין מבצעי עבירות שהשתתפו בגישור הייתה כמות העבירות הנוספות או חומרתן פחותה בהשוואה למבצעי עבירות שנשפטו בהליך הרגיל, ואשר נבדקו כקבוצת ביקורת.⁸⁰

-
- M.S. Umbreit "Restorative Justice through Mediation: The Impact of Programs in Four Canadian Provinces" 75
Umbreit, *supra* note 9, at p. 61⁶³; in Galaway & Hudson (eds.), *supra* note 13, at p. 374, 378
- M. Niemeyer & D. Shichor "A Preliminary Study of a Large Victim-Offender Reconciliation Program" למשל: 76
60 (3) *Fed. Probation* (1996) 30, 32
- M.S. Umbreit & R.B. Coates "Cross-Site Analysis of Victim-Offender Mediation in Four States 39 77
; *Crime & Delinq* (1993) 565, 574
- S.P. Hughes & A.L. Schneider "Victim-Offender Mediation: A Survey of Program Characteristics and Perceptions of Effectiveness" 35 *Crime & Delinq* (1989) 217, 223²²⁵
- M.S. Umbreit & W. Bradshaw "Victim Experience of Meeting ; Umbreit, *supra* note 75, at pp. 379³⁸⁰ 78
.Adults vs. Juvenile Offenders: A Cross-National Comparison" 61 (4) *Fed. Probation* (1997) 33
- S. Roy "Two Types of Juvenile Restitution Programs in Two Midwestern Counties: A Comparative 79
.Study" 57 (4) *Fed. Probation* (1993) 48
- W.R. Nugent & J.B. Paddock "The Effect of Victim-Offender Mediation on Severity of Reoffense" 12 80
Mediation Q. (1995) 353
- W.R. Nugent, M.S. Umbreit, L. Wiinamaki & J. Paddock "Participation in Victim-Offender Mediation and Reoffense: ושניים אחוזים לעומת קבוצת הביקורת של פוגעים שלא השתתפו בגישור. למחקר ראו: 80
Umbreit, L. Wiinamaki & J. Paddock "Participation in Victim-Offender Mediation and Reoffense: Successful Replications?" 11 *Res. on Soc. Work Prac.* (2001) 5

4. הליכים קרובים לגישור - היוועדות באוסטרליה ובניו זילנד

במקביל להתפתחות הגישור בצפון אמריקה ובאירופה התפתח באוסטרליה ובניו זילנד הליך ההיוועדות (Family Group Conferencing) הקרוב לגישור מבחינה רעיונית, ומבוסס אף הוא על עקרונות הצדק המאחה. במסגרת הליך זה מועבר הדיון על תוצאות המעשה הפלילי לקבוצת דיון המורכבת מן הקרובן והפוגע, בני משפחותיהם, נציג המשטרה, נציג שירותי הרווחה ואחרים. ההיוועדות מנוהלת על ידי מתאם שהוא איש מקצוע נייטרלי ומטרתה לקיים דיאלוג ולבנות תכנית שתתן מענה לנזקים שנוצרו בעקבות העבירה ולבעיות שהובילו לביצועה. ראשיתו של הליך ההיוועדות בניו זילנד ושוורשו במסורות של שבטי המאורים (הילידים הניו זילנדים). בשנת 1989 נתקבל חוק אשר אימץ את ההליך ככלי חובה לטיפול בעבריינות נוער (The Children, Young Persons and Their Families Act).⁸¹ הליך ההיוועדות התפשט באופן נרחב באוסטרליה.⁸² כן הוא החל להיות מיושם גם באנגליה⁸³ ובצפון אמריקה,⁸⁴ אם כי לא באותם היקפים כפי שנעשה באוסטרליה ובניו זילנד.

להשלמת התמונה של הליכים עיקריים שנועדו ליישם את רעיונות הצדק המאחה יש להזכיר גם הליך נוסף: מעגלים (Circles).⁸⁵ הדגש בהליך זה הוא על מעורבות קהילתית, שכן המפגש המטפל באירוע הפלילי רחב משתתפים ופתוח לכל גורם מעוניין בקהילה. גם הליך זה שואב השראה ממסורות שבטיות והתפתחותו בעיקר בצפון אמריקה.

5. ניסיונות ליישם בישראל גישור פלילי והיוועדות

כאמור במבוא, פרט לפרויקט בהיקף מצומצם בשרות המבחן לנוער בדרום לא נעשה בישראל ניסיון של ממש ליישם את הליך הגישור הפלילי. עם זאת, החל משנת 2000 גברה ההתעניינות בנושא ובמשרד המשפטים החלה עבודת לימוד לקראת אפשרות של אימוץ ההליך בישראל. במקביל הרחיב פרויקט הגישור בשרות המבחן את פעילותו, וכן החל לפעול באשדוד ובירושלים ניסוי של הליך ההיוועדות.

81 לרקע על החקיקה ועל ההיוועדות בניו זילנד ראו: I. Hassall "Origin and Development of Family Group Conferences" in J. Hudson, A. Morris, G. Maxwell & B. Galaway (eds.) **Family Group Conferencing - Perspectives on Policy & Practice** (1996) 17; F.W.M. McElrea "The New Zealand Model of Family Group Conferencing" 6 *Eur. J. on Crim. Pol'y & Res* (1998) 527.

82 D.B. Moore & T.A. O'Connell "Family Conferencing in Wagga Wagga: A Communitarian Model of Justice" in C. Alder & J. Wundersitz (eds.) **Family Conferencing and Juvenile Justice - The Way Forward or Misplaced Optimism** (1993) 45, 63.

83 ראו: C. Lupton (ed.) **Moving Forward on Family Group Conferences in Hampshire - Developments in Research and Practice** (Portsmouth, 2000).

84 R. Immarigeon "Family Group Conferences in Canada and the United States: An Overview" in ראו: Hudson et al.(eds.), *supra* note 81, at p.167. לאתר אינטרנט בולט בתחום ההיוועדות ראו: URL:<http://www.realjustice.org/>

85 על ההליך ראו: B. Stuart "Circle Sentencing: Turning Swords into Ploughshares" *supra* note 53 into Ploughshares" in Galaway & Hudson (Eds.), *supra* note 13, at p.193.

אשר לפרויקט בשירות המבחן:⁸⁶ שירות המבחן לנוער בבאר שבע החל כבר בשנת 1992 בקיום מפגשי גישור בין נערים, מבצעי עבירות שהופנו אליהם, לבין קרבנותיהם. הרקע לכך הייתה השאיפה להגביר את אחריותו של הנער, מבצע העבירה, לתוצאות מעשיו, תוך ביטוי מעשי ולא רק מילולי, לאחריות זו. בין השנים 1992 ל-1992 התקיימו במסגרת הפרויקט 43 תיקי גישור בין נערים מבצעי עבירה לבין קרבנותיהם. בסוף שנת 1999 הוחלט להרחיב את הפרויקט ולהקצות לו כוח אדם נוסף, ועקב כך עלה באופן משמעותי מספר התיקים המטופלים. ככלל, העבירות שבהן התקיים גישור היו עבירות של פגיעה ברכוש (של אדם פרטי או של מוסד) ובגוף. בין השאר מדובר בעבירות כגון: תקיפות, לרבות באמצעות סכין, הטרדה מינית, התפרצויות, גניבות רכב, היזק לרכוש ועוד.

תהליך הגישור על ידי שירות המבחן כולל שלב של בירור התאמתו של הפוגע להליך. במסגרתו נבדק האם הוא מקבל אחריות ומסוגל להתייחס כלל לקרבן ולנזק אשר נגרם לו.⁸⁷ קצין המבחן פועל למעשה להחייאת דמות הקרבן אצל הפוגע. משתחלט על עריכת גישור, שני הצדדים ישתתפו במפגשי הכנה נפרדים עם קצין המבחן המשמש כמגשר, ובמהלכם יקבל האחרון מידע חיוני, יסביר על המפגש ויבדוק את ציפיות הצדדים.

על פי הנתונים שהצטברו בשירות המבחן עד שנת 1999, כל הנערים שהוצע להם הגישור הסכימו להשתתף לעומת המישים אחוזים מן הקרבנות שהסכימו לכך. כל המפגשים נסתיימו בהסכמים והמשתתפים בהם דיווחו על שביעות רצון גבוהה.

כאמור, בשנת 2000 החל לפעול בישראל גם ניסוי של הליך ההיוועדות, אליו מופנים נערים שהודו בביצוע עבירה, וזאת כחלופה למשפט פלילי. במפגש, שתכליתו אימוץ תכנית מתקנת שתעשה צדק גם עם הקרבן, משתתפים הנער, משפחתו, הקרבן ואנשים תומכים בו, קצין מבחן לנוער, קצין הנוער במשטרה ואחרים. הניסוי, אשר נקרא קד"מ (קבוצת דיון משפחתית), מתבצע בירושלים ובאשדוד.⁸⁸

ה. העניינים הפליליים שמתאימים לגישור

הליך הגישור אינו מתאים לכל העניינים הפליליים. זאת ועוד, גם בתיק אשר לכאורה מתאים לגישור, ניתן לטעון כי נדרש להעמיד את הפוגע למשפט פלילי. כלומר, יש לקבוע האם הגישור יבוא במקום משפט פלילי וענישה, או שהוא רק אמצעי מתוסף. דומני כי המבחנים בעניין זה צריכים להיות דומים למבחנים שנוקטת בהם הרשות התובעת בבואה לקבוע אם יש עניין ציבורי בקיומו או בהמשכו של משפט פלילי.

ככלל, ניתן להפנות תיק לגישור בכל אחד משלבי הליך הפלילי:⁸⁹ בשלב בו נמצא התיק במשטרה; לפני או אחרי החלטה של התביעה להגיש כתב אישום; על ידי בית המשפט בכל אחד

86 על הפרויקט ראו: ינאי, שרביט וגרבלי, לעיל הערה 7; ש' גרבלי-עניתי "פרויקט פקעת – תוכנית פיוס בין הקורבן לעברייין" עבריינות ועבודה סוציאלית: ידע והתערבות (י' ווזנר, מ' גולן ומ' חובב עורכים, תשנ"ד); וכן בדיון וחשבוני: משרד העבודה והרווחה, שירות המבחן לנוער, לעיל הערה 3.

87 למשתתפים המשליכים על התאמת הפוגע לגישור ראו: ינאי, שרביט וגרבלי, שם, בע' 37-40.

88 הפרטים בנוגע לניסוי ההיוועדות מבוססים על מסמך: "נוהל הפעלה למודל ק.ד.מ. לנוער במסגרת ניסוי בשתי תחנות" (המטה הארצי, אגף החקירות, 28 ביוני 2000), וכן על מפגשים שקיימתי עם מרכזת הניסוי.

89 כאמור לעיל (בסעיף ד (2)) כך גם נקבע בנספח להמלצת מועצת אירופה בעניין הגישור הפלילי.

משלבי המשפט ; ואף לאחר שהפוגע החל לרצות את עונשו.⁹⁰ מובן שהדבר מחייב קיום הסדרים חוקיים שמכוחם יפנו הרשויות את התיק לגישור. עם זאת לטעמי, השאלה העיקרית ביישום ההליך אינה זהותו של הגוף המפנה או מקור סמכותו לעשות כן, כי אם אמות המידה שלפיהן יוחלט האם תיק מסוים מתאים לגישור. תכנית המקיימת גישור בפלילים תידרש לקבוע קריטריונים מפורטים (בעניין מיותר). דיון ממצה בשאלה זו הינו נושא למחקר נפרד ועתה אבקש אך לציין בתמצית קווים מנחים בעניין:

חשוד שכופר במיוחס לו:⁹¹ כאשר חשוד בביצוע עבירה מכחיש מכל וכל את העובדות המיוחסות לו וחפץ בהוכחת חפותו, ודאי שהגישור אינו המקום לעשות כן ויש לקיים משפט בעניינו. **היעדר קרבן פרטי ישיר:** כאשר מדובר בעבירות שבהן המדינה או אינטרס ציבורי כלשהו הם הקרבן, כגון שיבוש הליכי משפט או שחיתות ציבורית, יש קושי בקיום גישור במובנו הרגיל. אמנם לעתים ניתן להעמיד מול הפוגע נציג של הגוף שסבל מן העבירה והדבר שכיח במיוחד כשמדובר בפגיעה ברכוש של מוסד. כן ניתן להפגיש בין הפוגע לבין אדם, המייצג באופן מוחשי את האינטרס שנפגע. זו גם דרך להתמודד עם מקרים שבהם הקרבן אינו מעוניין או אינו יכול להשתתף, ובמקומו יתקיים המפגש עם קרבן אחר או עם קבוצה של קרבנות, כאשר הדבר יוביל לחשיפת הפוגע לתוצאות מעשיו, גם אם בעקיפין.

סוגים של מבצעי עבירות: אין מקום לקיום ההליך כאשר יש לפוגע ליקוי נפשי או שכלי אשר ימנע תקשורת נאותה. בבסיס ההליך צריכה להיות יכולת של שני הצדדים לשמוע זה את זה ולקיים דיאלוג. קטגוריה של מבצעי עבירות אשר מתאימה במיוחד להליך הגישור נוגעת לעבריינות נוער. אף במשפט הפלילי הנוהג יש הכרה בצורך להתייחס לנער שביצע עבירה בדרך אחרת מזו שנהוגה כלפי מבוגרים, ושיקולי החינוך והשיקום גוברים בדרך כלל על פני שיקולי ההרתעה והגמול בענישה. עבור נערים עשוי המפגש עם הקרבן להוות חוויה מחנכת. הסדר הגישור עשוי לסייע בקבלת התחייבות להיכנס למסגרות שיסייעו לתפקודו של הנער, ומאידך מונע המסלול של הגישור את היחס הנוקשה ואת הטלת הקלון שיש בהליך הפלילי. במקביל ייתן הגישור מענה לצרכים המיוחדים של קרבנות עבריינות נוער.⁹²

סוגי עבירות שבעניינן יערך גישור: כאשר מוצע להפגיש בין קרבן לפוגע, התגובה הראשונית עשויה לתהות על עצם המחשבה ליישם גישור בתיקי אונס ורצח. אך יש לזכור כי מרבית התיקים עניינם דווקא בעבירות קלות יותר, בייחוד פגיעות ברכוש. ואכן, הליך הגישור מתאים במיוחד לעבירות רכוש ולעבירות אלימות קלות. גישור יכול להתקיים הן בתיקים שהמשטרה או התביעה שוקלות לסגור והן בתיקים שבהם הוגש כתב אישום. יש לזכור כי הסמכות המוקנית במשפט הפלילי לסגירת תיקים מחוסר עניין לציבור,⁹³ מובילה לכך שתיקים רבים נסגרים מסיבות הקשורות בפוגע או בעמדת הרשויות על חומרת המעשה. אולם מבחינת הקרבן הפגיעה עשויה

90 Zedner, *supra* note 39, at p. 237 ; לעניין גישור לאחר גזר הדין ראו: Sheleff, *supra* note 23, at p. 659-661. פרופ' שלף מציע קיצור בעונשם של אסירים ובלבד שייצרו קשר עם קרבנותיהם, באמצעות מנגנונים שייקבעו, על מנת להביע הכרה בנוקש שנגרם ולהציע פיצוי.

91 ראו בסעיף 1 להלן דיון בסוגיית ההודאה כאחת הדרישות המיוחדות בגישור פלילי.

92 על צרכים אלו ראו: G. Bazemore "Crime Victims, Restorative Justice and the Juvenile Court: Exploring 'Victim Needs and Involvement in the Response to Youth Crime'" 6 *Int'l Rev. Victimology* (1999) 295, 306.

93 סעיפים 59 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי.

להיות משמעותית והפצע נותר פתוח ללא מענה. הגישור במקרה זה עשוי לשמש פתרון מאחר שאין הוא חמור כמו המשפט הפלילי ויש בו כדי לקדם פתרון נאות מבחינת הצדדים. עם זאת, יש להימנע ממצב שבו יעסוק הגישור רק במקרים פעוטים יחסית (שממילא לא היו מגיעים לבית המשפט), שכן הוא עשוי להתאים גם למקרים שבהם נוהגת התביעה להגיש כתב אישום.

כמוסבר, יישום גישור חיוני במיוחד בתיקים הנובעים מסכסוך הדדי ומתמשך, וזאת במגוון רחב של עבירות. בנוסף עשויה להיות בהליך תועלת רבה בתיקים בהם נגרם לקרבן נזק משמעותי ומנגד רמת אשמתו של הפוגע, קרי היסוד הנפשי שלו, אינה חמורה. דוגמה טיפוסית ושכיחה לכך הן עבירות של גרימת מוות ברשלנות, אגב תאונת דרכים או נסיבות אחרות. הפוגע בוודאי לא חפץ במוות והוא מצטער על כך צער עמוק. תגובה אנושית מצדו היא לפנות לבני משפחת ההרוג, להביע את צערו ולקיים איתם דיאלוג. גם עבור המשפחה פנייה כזו היא חשובה על אף הקושי הרגשי הטמון בה. אולם בדין הקיים מגע כזה חשוד מטבעו, במיוחד אם בני המשפחה עשויים להיות מעורבים במשפט. הקשר היחיד בין הצדדים יהיה בבית המשפט באווירה פורמלית ולרוב עוינת. מצב זה אינו מחויב המציאות, שכן בלא לפגוע בצורך להגן על קרבתו מפני הטרדתם, ניתן להשתמש בגישור ככלי להידברות, ובכך אף לסייע לקרבתו להשיג פיצוי.

גישור בעקבות עבירות חמורות: אינטואיטיבית, הרעיון של גישור בעקבות אונס או גרימת חבלה פיזית קשה, עשוי לעורר התנגדות. אולם במובנים מסוימים הצורך בהליך דווקא גובר ככל שהעבירה חמורה יותר. הגישור הרי נועד לתקן, במידת האפשר, את הפגיעה שגרם המעשה, בייחוד לקרבן. לכן, ככל שהפגיעה חמורה יותר, כך גובר הצורך בתיקון. אם נאפשר לאדם שרכשו נגנב להיפגש עם הגנב ולקבל פיצוי, מדוע לא נאפשר זאת לאישה שנאנסה ותחפוץ לתאר במישורין בפני האדם שפגע בה את השלכות המעשה עליה? מסיבה זו יש הסבורים כי הפוטנציאל הרב ביותר של הצדק המאחה מצוי דווקא בהליכים של דיאלוג בעקבות עבירות חמורות, לרבות מפגש בין רוצחים לבין קרובים של הנרצח.⁹⁴ הדוגמה הבאה תמחיש את משמעותו של המפגש בעבירות אלו: בשנת 1995 פורסם בארצות הברית סיפורו של אדם שנורה על ידי שודד ונפצע פצעים קשים. תפקודו נפגע, הוא עזב את עבודתו וסבל סבל נפשי רב. הוא חיפש תשובות לשאלות רבות ורצה להיפגש עם מי שפגע בו. לאחר שנים הדבר התאפשר ונערך גישור עם הפוגע, שנדון למאסר. הקרבן תיאר את סבלו ובאותה הזדמנות שמע על נסיבות המקרה מנקודת ראות הפוגע, אשר לקח אחריות והתנצל. הקרבן מתאר את המפגש כיום הגדול בחייו, וגם לפוגע היה בחוויה כדי לסייע.⁹⁵

ככל זאת, גישור בעבירות חמורות מעורר קשיים, בעיקר בשני מישורים. האחד נוגע לפגיעות הרבה של הקרבן כתוצאה מחומרת המעשה. קרבתו רבים יחששו מפגישה עם אדם שפגע בהם באופן קשה. גם אם יסכימו להיפגש, עשוי הדבר להוות מעמסה רגשית כבדה ולעורר מחדש את הטרומה. בעבירות חמורות קשה גם לדבר על פיצוי חומרי, שכן ספק אם יש בתשלום כספי כדי לכסות על האבדן ולתקן את הנזק. המישור השני נוגע לאינטרס הציבורי שחשיבותו גוברת ככל שחומרת העבירה גדלה. כאשר מדובר בעבירות של רצח או אינוס, הופכים שיקולים של הרתעה וגמול לדומיננטיים. אין בקשיים אלה כדי לשלול לחלוטין הפגשה בין פוגע לקרבן במקרים של

M.S. Umbreit, W. Bradshaw & R.B. Coates "Victims of Severe Violence Meet The Offender: Restorative Justice Through Dialogue" 6 Int'l Rev. Victimology (1999) ; Yantzi, *supra* note 35 ; 321
H.J. Reske "Victim"Offender Mediation Catching On" 81 *Aba Journal* (1995) 14 95

עבירות חמורות, אולם יש בהם כדי לחייב קריטריונים קפדניים לעריכה של מפגשים כאלו. הם ייערכו בדרך כלל זמן רב לאחר ביצוע המעשה ולאחר שהפוגע נשפט, נענש והביע חרטה. המפגש מחייב הכנה רבה של הצדדים והוא מתרחש במקום בטוח, בדרך כלל בבית הכלא, שם נתון הפוגע. כאשר מתקיימים תנאים אלו, עשוי ההליך לשמש כלי רב עוצמה בעבור שני הצדדים, המוביל אותם לתהליך של השלמה פנימית וריפוי.

1. דרישות מיוחדות מן הגישור בפלילים

במרבית ענפי המשפט מתאפיין הליך הגישור בהיעדרם של תנאים מוקדמים בקשר לנושא הסכסוך. לעומת זאת, כאשר נפגע אדם ממעשה פלילי, הדעה המקובלת היא שהשאלה בדבר עצם ביצוע המעשה אינה צריכה לשמש חלק מן הנושאים לגישור. כלומר, בטרם יחל גישור בין קרבן לפוגע, יש לוודא שהפוגע מודה בכך שביצע את המעשה.⁹⁶ הטעם לכך הוא ברגישותו של ההליך לפגיעה חוזרת בקרבן שעשויה להיגרם אם יתריס כלפיו הפוגע כי למעשה כלל לא ביצע את המעשה. תכלית הגישור בדרך כלל אינה בירור עובדות, ובמהלך גישור פלילי אין זה סביר לברר את אחריותו של אדם לעבירה, ואין זה נכון להטיל על הקרבן את המעמסה של עימות עם הצד השני בקשר לכך. בדרישה של הודאה מוקדמת אין אנו מותירים את ההליך בלא נושאים שיש לגשר עליהם, שהרי יש לדון במהותה של הפגיעה מנקודת ראותו של כל צד ובדרכים לתקנה.

האם מגישה זו נובעת מהמסקנה שעל הפוגע להודות ולקחת אחריות על כל פרט ופרט הנוגע לעבירה? זו כבר שאלה אחרת שיש לבחון בהתאם לנסיבות העניין. לטעמי, חשוב יותר לברר האם הפוגע מסוגל כלל להבין את השלכות מעשיו על הקרבן ולהתייחס אליהן.

כמו כן, כאשר מדובר בעבירות הדדיות שנעשו על ידי כל צד כלפי משנהו, ייתכן שניתן להקל בדרישת ההודאה, כאשר שני הצדדים יבקשו לדון בסיבות לעימות או בדרכים לתיקון היחסים ולא באחריות לפעולה זו או אחרת.

כפועל יוצא, הן מדרישת ההודאה והן מן הצרכים המיוחדים של הצדדים, מתעורר הצורך להכין את מפגש הגישור בצורה שונה מהמקובל בהליכי גישור אחרים. הביטוי העיקרי לכך הוא קיום מפגשי הכנה מקדימים של המגשר עם כל אחד מן הצדדים בנפרד, בעוד שבענפי משפט אחרים הנטייה היא להתחיל את ההליך במפגש המשותף. מפגש מקדים חיוני כדי להבטיח את התקיימות התנאים להליך. נדרש לברר האם הפוגע מכיר באחריותו לעבירה והאם הוא מסוגל כלל להתייחס אל הקרבן ולהבין את הפגיעה בו.⁹⁷ מגשרים משתמשים במפגש זה כדי לסנן מקרים שאינם מתאימים לגישור, אך גם כדי להכין את הצדדים להליך. יש חשיבות שהסכמתם לקחת בו חלק תינתן תוך מודעות למטרותיו ולנושאים הנדונים בו. המפגש הישיר בין הקרבן לבין הפוגע אינו דבר קל בעבור שניהם וחשוב כי יידעו לקראת מה הם הולכים. מפגש הכנה הוא גם כלי חשוב בבניית האמון בין המגשר לבין כל אחד מן הצדדים. המגשר שומע פעם ראשונה בנפרד את הסיפור של כל צד, משקף את מה שמע ומברר את הצרכים. במקביל הוא מציג את האפשרויות

96 ראו: Umbreit, *supra* note 9, at p.7. ראו דרישה זו גם בעקרונות הגישור הכלולים בהצהרת מועצת אירופה (סעיף ד (2) לעיל).

97 ראו: Zehr, *supra* note 9, at p. 205.

שטמונות בהליך הגישור, אך גם את מגבלותיו (כגון הקושי לקבל פיצוי מלא מפוגע חסר אמצעים). עריכתו של מפגש מקדים מגדילה את אחוז המשתתפים בגישור מקרב האנשים שאליהם נעשית פנייה ראשונית, שכן בלא הסבר על מהות ההליך ויתרונותיו, יירתעו רבים מהשתתפות. נושא נוסף המחייב הקפדה נוגע ליצירת סביבה נאותה במסגרתה יחשו הצדדים בטוחים ויתבטאו בחופשיות. למעשה זהו תנאי חשוב של הגישור בכל ענפי המשפט אך בתחום הפלילי הדבר מקבל משנה חשיבות, בשל רגישותו של הנושא הנדון, הפגיעה איתה מגיע הקרבן והחששות מפגיעה נוספת. מפגשי ההכנה הם כלי חשוב הן ביצירת האווירה הדרושה, והן לצורך החלטה על עצירת ההליך כאשר מתעורר ספק בדבר האפשרות לקיימו בצורה ראויה ובטוחה. התנהגותו של המגשר לאורך כל התהליך אף היא תשליך על הדרך בה יתנהל המפגש, הן באמצעות התייחסות אמפטית ומכובדת והן באמצעות הקפדה על כללי התנהגות של הצדדים. כמו כן, בחירתו של המקום בו תתקיים הפגישה המשותפת צריכה להיעשות תוך דאגה לנייטרליות ולאווירה בטוחה.

ז. הביקורת על ההליך והמתח בינו לבין המשפט הפלילי

יישום גישור בעניינים פליליים מעורר ביקורת במישורים שונים. הביקורת מופנית הן כלפי הקשיים המעשיים אשר נובעים מהפעלתו של ההליך והן כלפי בסיסו התיאורטי, ובמיוחד התיאוריה של הצדק המאחה. עם זאת, ייאמר מיד כי גם בקרב המבקרים הנוקבים ביותר של הגישור הפלילי והצדק המאחה קיימת התייחסות ליסודות החיוביים שלהם והסכמה כי ניתן ליישם גישור במקרים מסוימים.⁹⁸ מכל מקום, באמצעות בירור הטענות המועלות כלפי הגישור אבקש לדון בשאלות היסוד הנוגעות למתח בין הליך זה לבין המשפט הפלילי.

1. הצורך בגיוני ציבורי ובגמול לפשע

חסידי התורה הגמולית של הענישה קובלים על כך שהגישור ואסכולת הצדק המאחה מחמיצים את מטרתו העיקרית של המשפט הפלילי, שהיא הטלת גינוי ציבורי בעקבות מעשה פשע. העמדה המוסרית בבסיס גישתם היא, שלמבצע עבירה מגיע עונש אשר יבטא את הגינוי של החברה כולה, באמצעות המדינה, ויהלום את חומרת המעשה.⁹⁹ אמנם התפיסה הגמולית אינה מתעלמת מן הנזק לקרבן, אך לגישתה, בפשע יש יותר מאשר גרימת נזק לאדם זה או אחר. יש בו פגיעה חמורה כלפי החברה כולה. לכן, כעניין של מדיניות המדינה צריכה להיות מעורבת בתגובה לפשע, זאת לכאורה בניגוד לעמדת הגישור אשר חותר להעביר את הכוח מן המדינה אל הצדדים המעורבים. אכן, הדברים נוגעים לשורש המחלוקת בין התפיסה המוסרית של המשפט הפלילי לבין תיאוריית הצדק המאחה בדבר משמעותו של הפשע. אולם לטעמי, כשבאים ליישם גישור בעניינים פליליים, הפערים אינם בהכרח כה גדולים.¹⁰⁰ כאמור למעלה,¹⁰¹ מאחורי ההצעה לאמץ

98 A. Ashworth "Some Doubts About Restorative Justice" 4 *Crim. L. F.* (1993) 277, 298

Brown, *supra* note 61, at p. 1300, 1309

99 ראו למשל: 6'19 *A. Von Hirsch Censure and Sanctions* (Oxford, 1993)

100 ניסיון ליישב בין שתי התפיסות נעשה על ידי Zedner, *supra* note 39, וכן על ידי Young, *supra* note 42

101 סעיף ב' (6) לעיל.

גישור בפלילים אינה עומדת דרישה לבטל לחלוטין את המשפט הפלילי וזו אינה דעתם של מרבית הנמנים עם אסכולת הצדק המאחה. לגישתי, אף מעבר לצורך במנגנון לקביעת עובדות בהיעדר הודאה, הרי בעבירות חמורות יש ככלל הכרח לקיים משפט פלילי ובדרך זו לגנות את המעשה ולהטיל עונש. אך אין בקיום הליך פלילי כדי לשלול גישור בין הפוגע לקרבן, במקביל או לאחר המשפט. גם אין בכך כדי לשלול גישור כחלופה למשפט פלילי במקרים קלים יותר. כאשר יש צורך של ממש להטיל עונש, יש טעמים רבים שיצדיקו את הטלת התפקיד על המדינה. אולם עונש אינו צריך להיות סוג התגובה היחיד לפשע, ומכאן שלמדינה לא צריכה להיות בלעדיות על כל סוגי התגובה, אם כי נציגיה הם שיקבעו איזה סוג תגובה יש לנקוט.¹⁰² ההכרעה האם לקיים גישור במקום ענישה או בנוסף לה, היא הכרעה ערכית, שתיעשה על ידי מקבלי ההחלטות במערכת האכיפה, כפי שמתקבלת החלטה בדבר העמדה לדין (בכל הנוגע לשאלת העניין לציבור) או החלטה בדבר גובה העונש שמוטל על נאשם.

יתרה מכך, הגישור אינו מציע למבצע העבירה דרך להתחמק מאחריותו. נהפוך הוא, כמו הגישה הגמולית, רואה הגישור חשיבות מוסרית בעצם קבלת האחריות, אלא שהוא יוצק בה תוכן אחר. ראשית, על ידי כך שהפוגע מקבל עליו את האחריות מרצונו, תוך השתתפות פעילה בהליך ולא כדבר המגיע מלמעלה, מגורם סמכותי ומאיים, הפועל בשם המדינה כולה. שנית, משום שהפוגע מקבל את האחריות ישירות כלפי הקרבן. באחריות זו ובפיצוי לקרבן יש כדי לבטא את השלילה של המעשה ואת ההתנערות המתבקשת ממנו. רעיון זה יוצר זיקה בין הגישור לגמול, על אף הביקורת ההדדית. לכן במקרים בהם יבוא הגישור במקום המשפט הפלילי, יהא בכך תחליף נאות לגינוי המוטל בו.

2. מקומם של שיקולים תועלתניים: הרתעה ומניעת עבריינות

הביקורת כלפי הגישור הפלילי טוענת כי הוא בא על חשבון ההרתעה הכללית, שכן קשה להניח שאדם יימנע מביצוע עבירה מתוך חשש שלאחר תפיסתו ייאלץ להתעמת עם הקרבן ולפצותו. היעדר אפשרות לכפות השתתפות והיעדר פומביות להליך מונעים אף הם מצב שבו ההליך ימלא תפקיד כלשהו בקידום ההרתעה. הגישור אינו עוסק בהרחקתו של אדם מן הציבור, ולכן גם אינו יכול לקדם את שיקול המניעה.¹⁰³

התשובה לטענות אלו היא, כי אף שהגישור בפלילים מסתייג משיקולי הרתעה כללית ומניעה, אין אימוצו מונע התחשבות בשיקולים אלה במקרים הראויים, כגון בענייניו של עבריין סדרתי מסוכן. בלא להתייחס לכל ההיבטים של שיקולי ענישה אלה, החורגים מענייניו, דומני כי

J. Hampton "Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution" 39 UCLA L.Rev. 1659, 1685-1690 (1992). מאמר זה דוגל בגישה גמולית אך עומד על העובדה שגמול לא חייב להתבטא בענישה, וכי חשיפת מבצעי עבירות לנוזם על ידי הפגשה עם הקרבנות היא פעולה גמולית ולא שיקומית.

Brown, *supra* note 61, at p. 1297-1298 103

המקרים שבהם יש לפעול לאורם, אינם צריכים להיות שכיחים,¹⁰⁴ וגם כאשר נשלח אדם לכלא על יסוד שיקולים אלה אין מניעה לבצע את הגישור בשלב מאוחר, בהנחה שיתקיימו התנאים לכך.

במישור אחר, הנוגע לאינטרס השיקום, נמתחת ביקורת בקשר להשפעת הגישור על התנהגות הפוגע עצמו. יש הטוענים כי אין בכוחו של ההליך להקטין את העבריינות החוזרת של המשתתפים משום שהוא לא עונה על הקריטריונים הנחוצים לשם כך. הגישור הוא תהליך קצר מועד שאינו מכוון לשנות דפוסי התנהגות שורשיים של מבצעי עבירות.¹⁰⁵ אכן, הגישור אינו מתיימר להחליף תהליכי שיקום שמבצעי עבירות מסוימים זקוקים להם. לעומת זאת, השתתפות בו, וחשיפת הפוגע לאדם שמאחורי העבירה עשויה להיות בעלת ערך שיקומי או להוביל להסכמה של הפוגע להשתתף בתכנית שיקום. העובדה שחלק מן המחקרים מצביעים על ירידה בעבריינות החוזרת תומכת בטענות אלו. עם זאת, לגישתי, מידת השפעת הגישור על ההתנהגות העתידית של הפוגע אינה צריכה להיות השאלה העיקרית להערכתו של ההליך. התועלת שיש בגישור בעבור הקרבן והפוגע, מצדיקה את עריכתו גם אם לא ימצא כי הוא מפחית במידה ניכרת את העבריינות החוזרת בקרב המשתתפים בו. קל וחומר כאשר חלק מהמחקרים דווקא מצביעים על הפחתה. ראוי גם לציין כי אין ביטחון שהמשפט הפלילי מצליח להפחית את העבריינות החוזרת ויש הגורסים שהוא דווקא מגדיל אותה,¹⁰⁶ מה שקשה לטעון כנגד הגישור.

3. הקהילה לעומת המדינה

הגישור והצדק המאחה מבקשים לתת ביטוי לצורכי הקהילה שנפגעה ממעשה פשע. כנגד זאת נטען כי הם מעלים על נס את מושג הקהילה, בלא שברור כלל מהי אותה קהילה, האם היא בכלל קיימת וכיצד היא באה לידי ביטוי בגישור. הביקורת נעוצה בטענה שבחברה המודרנית, העירונית, המושתתת על אינדיבידואליות, לא ניתן לדבר כלל על קהילות, וכי בפועל מתרכז הגישור בפוגע ובקרבן תוך זניחת אינטרסים רחבים יותר.¹⁰⁷ נכון הוא שיש קושי להגדיר את הקהילה בחברה המודרנית, אולם אין לבטל את ערכו של מושג זה. תכליתו העיקרית היא, לדידי, בהעברת מרכז הכובד בטיפול בעניינים מסוימים מן המערכת הממשלתית הממוסדת אל מסגרות המבוססות על השתתפות ועל יוזמות מקומיות. בדברי על העברת מרכז הכובד אין הכוונה לנשל את המדינה מכל סמכויותיה. בתיקים שבהם לא ניתן יהיה לקיים גישור כלל או כאשר הוא

104 שיקול ההרתעה הכללית מעורר קושי של מוסר והגינות משום שהוא מטיל על אדם סבל כדי לקדם אינטרסים ציבוריים כלליים. זו היתה גם דעת הוועדה הציבורית לבחינת שיקול הדעת בענישה, בראשות שופט בית המשפט העליון דא"א גולדברג, אשר הטילה ספק אם החמרה בעונש לשם הרתעה כללית מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בענין זה: דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (התשנ"ח) 12.

S. Levrant, F.T. Cullen, B. Fulton & J.F. Wozniak "Reconsidering Restorative Justice: The Corruption 105 of Benevolence Revisited?" 45 *Crime & Delinq* (1999) 3, 17-22

106 כך גורסות למשל תיאוריות קרימינולוגיות בדבר התיוג ויצירת תת תרבות עבריינית שהמשפט תורם לה. לענין זה ראו: 16-21, at p. 49, *Braithwaite, supra note 49*; ש' ג' שוהם וג' רהב אות קין - סטיגמה של פשע וסטיה חברתית (תשמ"ד); ש' ג' שוהם, ג' רהב ומ' ארד קרימינולוגיה - תיאוריות, מחקר ויישום (תשמ"ז) 345-359.

107 לביקורת במישור זה ראו: 1292-1295, at p. 61, *Brown, supra note 61*; 1921-1928, at p. 53, *Massaro, supra note 53*.

מתקיים בנוסף למשפט הפלילי, תשמור המדינה על מקומה המרכזי. גם כאשר הגישור יהווה אלטרנטיבה למשפט, תשמר המדינה בידה סמכויות מרכזיות, ובראשן קביעת התיקים שניתן להעביר לגישור וקביעת הנפקות של הסדר הגישור. אשר לתפקידה המעשי של הקהילה בגישור: אמנם, כאשר בוחנים את הספרות בתחום הגישור הפלילי ואת תכניות הגישור בעולם, אין הדבר ברור די צרכו. ניתן בכל זאת לציין מספר מאפיינים קהילתיים בהליך. ראשית, השאיפה היא שתכנית הגישור תקום במסגרת גוף עצמאי וחיצוני למערכת הממוסדת של בתי המשפט. שנית, תכנית גישור צריכה לפעול בשיתוף עם גורמים קהילתיים מקומיים, כגון מוסדות צדקה, ארגוני קרבנות, בתי ספר, תנועות נוער ועוד. השיתוף יכול לבוא לידי ביטוי בהקמתה של ועדה מייצגת או מפקחת שתורכב מנציגי ארגונים בקהילה. שלישית, המגשר הוא גורם נייטרלי, המייצג צרכים של הכלל, ואף שאינו כופה פתרון תפקידו כמכוון חשוב. ולבסוף, לא אחת נקבע בהסדר הגישור פיצוי כלשהו לקהילה, בתשלום או בדרך של עבודה קהילתית.

4 . הנזק לקרבן לעומת רמת האשם של הפוגע

אחת הטענות כלפי הגישור נוגעת להעמדת הנזק שנגרם לקרבן במרכז הדיון, תוך הזנחת נושא האשמה של הפוגע. בירור הנזק צריך להיות, כך נטען, עניינם של דיני הנזיקין, בעוד התגובה בעניינים פליליים צריכה לשים בראש מעייניה את אשמתו, קרי את הלך רוחו, של הפוגע ואת הסיכון אשר נובע ממנו. מסיבה זו מעשים של קשירת קשר, התנהגות מסוכנת, ואף ניסיון, אפילו ניסיון לרצוח, כלל לא יצמיחו עילה בנזיקין, אם לא אירע נזק. לעומת זאת הם עשויים להצמיח אחריות פלילית בדרגה חמורה.¹⁰⁸

אל מול ביקורת זו חשוב לעמוד קודם כל על הקשר האמיץ שבין הנזק שגרם המעשה לבין אשמתו של הפוגע. גם המשפט הפלילי נותן משקל בלתי מבוטל לתוצאות העבירה, כאשר הוא בא להעריך את חומרתה. מי שנהג בקלות דעת והרג אדם עשוי להישפט למאסר, בעוד מי שנהג באותה צורה אך פגע רק ברכבו שלו עשוי לקבל קנס, אם בכלל. בנוסף, על אף שאיפתו המוצהרת של המשפט הפלילי לטפל בהתנהגות שביסודה אשמה, הוא אימץ עבירות רבות של אחריות מוחלטת ושל רשלנות. מן העבר השני יש להבהיר כי הגישור, בהדגיש את הנזק לקרבן, אינו מתעלם מרמת אשמתו של הפוגע. הגישור אינו הליך שכל תכליתו קביעת גובה הנזק. לכן בעת שהפוגע נדרש לקבל אחריות כלפי הקרבן, שאלות של כוונה ומצב נפשי אינן נשכחות. זאת ועוד, הצדק המאחה רואה צורך לתת מענה גם למעשים שלא הגיעו לכדי נזק קונקרטי, אך טומנים בחובם סיכון חברתי. מעשים כדוגמת נהיגה במצב של שכרות או ניסיונות לבצע עבירות, גורמים לפגיעה בביטחון האזרחים ויוצרים פחדים וחששות. לכן תכנית גישור לא תדחה בהכרח תיקים מסוג זה, אלא תבקש לעמת בין הפוגע לבין אדם אשר מייצג את הנזק שהמעשה עלול לגרום.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ashworth, *supra* note 98, at p.285

¹⁰⁹ Zedner, *supra* note 39, at pp. 242-244 גם: Ashworth, *supra* note 98, at p.285

5. הרצון החופשי של המשתתפים בגישור

טענה שכיחה המועלתית כלפי הגישור הפלילי עוסקת במידת רצונם החופשי של הצדדים, ובמיוחד של הפוגע, להשתתף בהליך. לפוגע נאמר כי אם לא יסכים לקחת חלק במפגש, יוחזר עניינו לבית המשפט, אך אם ייעתר להצעה, ניתן יהיה לסגור את התיק או להקל בעונשו. מצב מובנה של לחץ ממשיך להתקיים כל מהלך הגישור, משום שאם לא יושג הסדר או אם הסדר עליו סוכם לא יבוצע, יחודשו בדרך כלל ההליכים המשפטיים בתיק. הביקורת במישור זה אף קובלת על לחץ שהקרבת נדרש להתמודד איתו. הטענה היא שעצם הפנייה לקרבן יכולה לגרום לתחושה שעליו להשתתף, גם אם אינו חפץ לעשות זאת.¹¹⁰

לדעתי, אין ספק שהשאיפה להימנע מסנקציה פלילית או להקל בה היא תמריץ מרכזי של הפוגע להשתתף בגישור. אולם אין בכך כדי לשלול את חופש הבחירה שלו, בכל שלב, להישפט בדרך הרגילה. גם בהליכי גישור אזרחיים נתונים המשתתפים בלחצים ושווקלים שיקולים תועלתניים, וגם בהליכי שיקום מקובלים במשפט הפלילי (כגון פיקוח קצין מבחן) מסכים הנאשם להשתתף בשל החשש מחרב העונש המתהפכת מעל ראשו. הרעיון בבסיס הליכים אלה הוא, שיתרונותיהם אינם נפגמים בשל השיקול התועלתני שלהם. כל עוד הפוגע מקבל מידע מלא על האפשרויות שבפניו ועל מהותו של הליך הגישור, החלטתו היא חופשית גם אם מושפעת מאינטרסים שונים.¹¹¹ בנוסף, תפקידו של המגשר הוא לוודא, כבר בשלב ההכנה, שהפוגע מעוניין להשתתף מרצונו החופשי ומקבל בכנות אחריות למעשיו, ולא רק לצורכי ההליך. אם לא כן הדבר ייחשב ממילא בשלב כלשהו ותסוכל מטרתו של ההליך. המגשר אחראי גם לדאוג לוולונטריות של הקרבן. הגישור מבקש להיות רגיש לצרכיו ולקשייו של האחרון ולכן הפעלת לחץ על מי שמרגיש כי המפגש אינו מתאים לו פסולה. העובדה שבתכניות גישור הפועלות בעולם, תיקים רבים המופנים לתכנית אינם מבשילים לכלל מפגש בשל סירובו של אחד הצדדים להשתתף, מוכיחה שההליך אינו מבוסס על כפייה.

6. עיקרון השוויון

המתח בין הגישור הפלילי לבין עיקרון השוויון קיים בשני מישורים עיקריים: המישור האחד נוגע להשפעה שעשויה להיות לכאורה לעמדת הקרבן על גורלו של הפוגע. הטענה שמועלתית כנגד הגישור היא, כי כאשר בוצעו עבירות דומות יכול קרבן במקרה אחד להיות סלחן ולבקש מעט ואילו קרבן אחר יהיה קפדן ויעלה דרישות גבוהות מן הפוגע.¹¹² הבעיה מחריפה כאשר קרבן מסוים כלל אינו מוכן להשתתף בגישור. בעיה אחרת נוצרת כאשר שני אנשים ביצעו עבירה מאותו סוג ובאותה רמת אשמה, למשל גניבת רכב. האחד גנב מרצדס והאחר גנב רכב קטן וזול.

110 לטענות במישור זה ראו: Levrant et al., *supra* note 105, at p.8; Brown, *supra* note 61, at p. 1266-1272; Zedner, *Ibid*, at p. 237.

111 P.R. Rice "Mediation and Arbitration as a Civil Alternative to The Criminal Justice Rice System - An Overview and Legal Analysis" 29 *Am. U. L. Rev.* (1979) 17, 71. טוען כי המבחן של החלטה מודעת הוא שנקבע על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית, לצורך השאלה האם התנהגות מסוימת הייתה מרצון.

112 Ashworth, *supra* note 98, at p. 290-291.

האם הפיצוי צריך להיות שונה ומה קורה כאשר בעל המרצדס הוא אדם עשיר מאד, מחזיק בכמה כלי רכב וגישתו סלחנית ואילו בעל הרכב הזול הוא אדם ללא אמצעים התלוי מאוד ברכבו?¹¹³ דומני כי הליך הגישור מסוגל להתמודד עם קשיים אלה, לכל הפחות כפי שמתמודד המשפט הפלילי עם בעיות דומות. אין ספק שהיקף הנזק צריך להשפיע על התוצאה ולכן הן בהליך הגישור והן במשפט הפלילי גניבה בסכום גדול מאוד לא תהא זהה לגניבה בסכום קטן. מנגד, פיצוי שישלם פוגע לקרבן תלוי לא רק ברצונו של האחרון כי אם גם ביכולת התשלום של הפוגע. אין תועלת בהסכמה לפצות, כשם שאין תועלת בפיצוי שמטיל בית משפט, כאשר הפוגע אינו יכול לעמוד בתשלום. זו גם תשובה לטענה העולה לעתים, לפיה עשירים יקנו בכסף את חירותם בעוד מחוסרי אמצעים יופלו לרעה. לבעלי ממון לא צריך להיות כל יתרון בהליך הגישור. חשוב אף לשוב ולומר בהקשר זה, כי בגישור החשיבות העיקרית היא בעצם המפגש והדיאלוג. ולבסוף, הסדרי הגישור אינם מתקבלים בחלל ריק. הם נתונים לפיקוח של מערכת האכיפה הפלילית, אשר דואגת לסבירות ופרופורציוניות של ההסדרים שמתקבלים.¹¹⁴

עדיין נותרת בעיה במצב בו הקרבן אינו חפץ במפגש ואז לכאורה הפוגע אינו יכול ליהנות מפרותיו. פתרונות אפשריים לקושי זה הם: קיום גישור בלתי ישיר באמצעות המגשר, פיצוי חד צדדי מיוזמת הפוגע ודיווח לרשות שהפנתה את התיק על הסכמתו של הפוגע לגישור ולפיצוי. כך לפחות יש להניח שהיחס אליו לא יהיה שונה מן היחס לפוגע שסיים גישור בהסדר. המישור השני שבו מתעוררת שאלה של שוויון נוגעת לסינון התיקים שיתקבלו לגישור, תוך מניעה למעשה של חלק מן הפוגעים להשתתף.¹¹⁵ אכן, תכנית גישור בפלילים נדרשת לקבוע שורה של קריטריונים להשתתפות מבצעי עבירות בהליך, כגון: גיל, סוג העבירה וכן יחס מסוים מצד הפוגע לעבירה ולקרבן. קריטריונים אלה עשויים לעורר טענה שהתכנית אינה שוויונית. התשובה לטענה זו היא, שבדומה לתכניות אחרות המחליפות את המשפט הפלילי או מתווספות לו, גם הגישור אינו יכול לטפל במקרים שכלל אינם מתאימים לו, כדוגמת מי שכופר בביצוע העבירה. באותה מידה, גם המשפט הפלילי מבחין בין אנשים שביצעו מעשים דומים על סמך שיקולים הנוגעים להתנהגותם, עברם וכו'. עם זה, הדאגה להגיינות ולעקביות של התגובה לפשע מחייבת קביעת מבחנים ברורים ואובייקטיביים שיהיו רלבנטיים למטרתו של ההליך. כאשר מבחנים אלה ידועים מראש ואינם מבוססים על שיקולים זרים, דומני שלא מתקיימת פגיעה בשוויון.

7. הגנות דינויות

יש הטוענים כי הטיפול בעניינים פליליים מחייב לקיים את הגישור בפומבי. בדרך זו יבוא לידי ביטוי הגיוני הציבורי לעבירה ותובטח הגיינות. בדומה לכך מצביעה הביקורת על היעדר הגנות דינויות אחרות, כגון כללי ראיות ופרוצדורה מיוחדים, ייצוג משפטי ועוד.¹¹⁶

113 דוגמה זו הובאה על ידי: Zedner, *supra* note 39, at p. 246-247.

114 לתשובות הצדק המאחה לטענות בנוגע לשויון ראו גם: McElrea, *supra* note 13, at p. 79-80.

115 לדיון בקריטריונים לסיווג תיקים לגישור אל מול העקרון החוקתי של שוויון במשפט האמריקאי ראו: p. 33-46.

Rice, *supra* note 111, at p. 1282-1286. כן ראו: Brown, *supra* note 61, at p. 242.

116 Brown, *ibid*, at p. 1287-1291. ראו טעונים בעד ונגד פומביות ההליך אצל: Rice, *ibid*, at p. 72-81.

Zedner, *supra* note 39,

הקושי בטענה זו הוא בניסיון ליישם בגישור את הכללים של המשפט הפלילי, אף שמטרותיהם של שני ההליכים שונות בתכלית. הגישור הוא מכשיר מסוג אחר שלא נועד לקביעת עובדות ולהטלת סנקציות, אלא להידברות ולהתייחסות לצרכים, חלקם צרכים רגשיים. מסיבה זו מניעה של מפגשים נפרדים עם כל צד ואימוץ כללי ראיות נוקשים חוטאים לרוחו של ההליך. באותה מידה, גישור פומבי יתקשה לתפקד וירתיע את הצדדים מהשתתפות בו. יתרה מכך, מדובר למעשה בסוג של משא ומתן לקראת השגת הסדר. מטבעו של הליך כזה, המידע הנמסר בו סודי, אחרת יימנעו המשתתפים מלפעול בחופשיות, מתוך חשש שהמידע ינצל לרעה אם לא יושג הסכם. מאידך, אם יושג הסכם אזי ניתן וצריך להציגו, בלא פירוט הדיונים בהליך, בפני הגורם שהפנה את התיק, אשר ישמש ככלי בקרה.

ההשתתפות בגישור בוודאי אינה שוללת מן הצדדים את הזכות להיוועץ בעורך דין בדבר זכויותיהם. לעומת זאת, השתתפות של עורך הדין במפגש עצמו עשויה לעורר קושי לאור הרצון לתת את הבמה לצדדים ולהימנע מגישה של טיעונים ועמדות. אף על פי כן, תכניות המאפשרות לכל צד לצרף תומך, עשויות להתיר השתתפות של עורכי דין, ובלבד שיקבלו על עצמם את עקרונות הגישור ולא יפעלו כמי שמופיע בשם הלקוח אלא כתומך וכמייצג.

ח. סיכום - אימוץ גישור בפלילים בישראל

גישור בפלילים מעורר שאלות רבות, אשר מאמר זה לא התיימר למצות את הדיון בהן. בפתח הדברים ציינתי שלוש נקודות עיקריות המבטאות מתח בין הגישור לבין המשפט הפלילי. אבקש עתה, משבררתי את שורשי ההליך ומאפייניו, לסכם בתמצית את עמדותי ביחס אליהן:

(1) הגדרת פשע כסכסוך המצריך גישור: איני מוצא לנכון לראות אירוע פלילי כסכסוך גרידא. גישה כזו מטשטשת את העובדה שבדרך כלל צד אחד פגע וצד אחר נפגע. מאידך, אין להתעלם ממאפיינים של סכסוך בין-אישי המצויים בעבירה פלילית. במקרים לא מעטים היא קשורה קשר הדוק לסכסוך הדדי ונמשך, ורק פתרונו מן השורש יפתור את הבעיה. גם במקרים אחרים קיימות סוגיות בלתי פתורות בין הצדדים. על כן יש מקום להסתייע בגישור ככלי המיועד לקידום דיאלוג ולפתרון בעיות.

(2) הקניית מעמד לקרבן: יש לטעמי מקום לתפיסה רחבה של הפשע, המדגישה את הפגיעה בקרבן הישיר בנוסף לפגיעה באינטרס הציבורי. המשפט הפלילי המסורתי אינו מתכחש לפגיעה בקרבן אך רואה אותו בעיקר ככלי עזר לקידום מטרתו העיקרית, שהיא הרשעת הפוגע. חיזוק מעמד הקרבן, אשר כבר החל בהשפעת תנועת הקרבנות, מעניק לגיטימיות להליך המבוסס על מפגש בינו לבין הפוגע.

(3) היחס בין הגישור ומטרות המשפט הפלילי: הגישור הפלילי מקדם צרכים של הקרבן (כגון העצמה וקבלת פיצוי) ושל הפוגע (כגון היחשפות לתוצאות מעשי ויחס מקבל ומשלב) אך הוא פועל גם למען צרכים של הכלל: מעורבות הקהילה בפרויקט הגישור מחזקת אותה; נטילת האחריות על ידי הפוגע, המתחייבת מעקרונות ההליך, היא בעלת ערך חינוכי ציבורי, משום שיש בה הכרה מצידו בשליליות המעשה; כן מהווה לעתים הגישור חוויה משקמת או מוביל להליך שיקומי ובכך מסייע לצמצום העבריינות. מנגד, הכרה בהליך לא תמנע ענישה משיקולי גמול, הרתעה ומניעה במקרים הראויים.

הקרקע במשפט הישראלי בשלה לקליטת הגישור הפלילי. בשנים האחרונות גברה המודעות

לצרכי הקרבנות והתחזק מעמדם במשפט הפלילי בעקבות שורת רפורמות, בראשן חוק זכויות נפגעי עבירה. במקביל, ניכרת תנופה של ממש בהתפתחות הגישור בענפי משפט רבים. גם הספרות המשפטית מגלה עניין רב בשני תחומים אלה.

על כן מוצע לאמץ את ההליך בישראל, תוך הרחבת סל הכלים שבהם ניתן להשתמש בתגובה לפשע. בסל צריכים להיות אמצעי ענישה, אמצעי שיקום (חלופיים או מתווספים למשפט הפלילי), גישור וכלים דומים לו (כגון היוועדות) ומגוון של כלים נוספים, שאינם נוגעים למאמר זה. השימוש בכלים אלה ייעשה בהתאם לקריטריונים שתקבע מערכת האכיפה ובהתאם לצרכים השונים, וזאת תוך שינוי המצב הנוכחי, שבו יש כמעט רק שתי אפשרויות: סגירת תיק או העמדה לדין פלילי.

אימוץ הגישור בפלילים יקטין את השימוש באמצעי הדרסטי והפוגע של המשפט הפלילי, דבר העולה בקנה אחד עם עיקרון המידתיות הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש בכך סיכוי גם להפחתת העומס במערכת האכיפה הפלילית. במקרים שאינם חמורים ניתן להסתפק בגישור ובהסדר כחלופה למשפט פלילי. לעתים יכול ההליך להתקיים במקביל למשפט, תוך אישור ההסדר כחלק מגזר הדין. ואילו במקרים חמורים במיוחד, בהם הדגש מושם על ענישה, ניתן לקיים את הגישור לאחר המשפט, אם בשלו התנאים לכך.

ניתן ליישם בישראל גישור פלילי במסגרת החקיקתית הקיימת, בעיקר תוך שימוש בסמכות הרשות התובעת לסגור תיקים מחוסר עניין לציבור, או בסמכות בית המשפט להורות על פיצוי למתלונן, ובכך לאשר, הלכה למעשה, הסדרי גישור. מנגד, מפגש הגישור, שנערך בעידוד הרשויות ובהסכמת הצדדים, לא צריך להיחשב כמגע אסור או כהטרדה מצד הפוגע. מכל מקום, קביעת הסדר חקיקתי נפרד של ההליך ועקרונותיו עשויה לקדם את יישומו, כפי שאירע בתחום הגישור האזרחי.

הגישור אינו מתאים לכל המקרים, אך לגבי רבים הוא יעניק הזדמנות לתקן את הנזקים שגרם המעשה הפלילי. אימוצו עשוי להוות בשורה בדבר תפקיד המשפט, לא רק כמכריע בדבר אשמה ומטיל עונש אלא גם כמקדם הידברות וריפוי ומחזק יחסים בין אנשים.