

אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים

מאת

יואב ספיר*

המאמר מתאר את ההיסטוריה של הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט הבריטי ועד לשנות השמונים מנקודת מבט תאורטית של לגיטימציה. על פי תפיסת הלגיטימציה הבאה לידי ביטוי במאמר, לכללים ולמוסדות משפטיים יש פוטנציאל ליצור "אפקט לגיטימציה", דהיינו: פער בין התודעה למציאות ההופך אנשים לנינוחים ושבעי רצון מהסטטוס־קוו במידה רבה מזו שהיה ראוי שיהיו. המאמר גורס כי אין זה ראוי להתעלם מאפקט הלגיטימציה, ומפתח מודל תאורטי ובו שורה של שיקולים שיש להביא בחשבון כדי להעריך את היתרונות הגלומים ברפורמה קונקרטית אל מול אפקט הלגיטימציה שלה.

ניתוח אנליטי וסקירה מדוקדקת של ההיסטוריה החקיקתית של הזכות לייצוג בתקופה הרלוונטית מביאים למסקנה כי על אף ההרחבות לכאורה של הזכות, היא זה נכון להבין את ההתפתחות שלה כסיפור של לגיטימציה. בתקופה האמורה התמקד המחוקק בהרחבה של שיקול הדעת השיפוטי למנות סגור, להבדיל מקביעת קטגוריות שבהן תהיה זכות או חובה להיות מיוצג. התמקדות זו הייתה מלווה

* סגן הסנגורית הציבורית הארצית וממונה על מחלקת תיקי בית המשפט העליון בסנגוריה הציבורית הארצית; מורה מן החוץ בפקולטות למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ובאוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לליאת הרט על הערותיה, להילה אהרוני על עזרתה במחקר, ולפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ולפרופ' יפה זילברשץ על הסיוע שהעניקו לי. תודה מיוחדת לעורכת הספר, ד"ר ענת הורוויץ, שהעבירה לי שורה של הערות ועצות מועילות, ותרמה בכך לגיבוש המאמר בצורתו זו. בעת שחקרתי את ההיסטוריה של זכות הייצוג בארץ התוודעתי לתרומתו הייחודית של פרופ' הרנון להרחבת זכות הייצוג ולהקמת הסנגוריה הציבורית. לימים זכיתי לשבת לצדו בוועדה הקבועה לסדר דין פלילי וראיות בראשותה של השופטת מרים נאור. המאמר מוקדש לפרופ' הרנון מתוך הערכה רבה לנכונותו לרתום את ידענותו האקדמית להשפעה על הפרקטיקה, מתוך מחויבות עמוקה להגינות ההליך הפלילי.

בהצדקות המתבררות כשגויות כשבודקים אותן אל מול המציאות. בניגוד להבטחת לא עשו בתי המשפט שימוש נרחב בסמכויותיהם למנות סנגורים ואף לא הגנו בעצמם על זכויותיהם של הנאשמים. הניתוח ההיסטורי אף מלמד כי באותה עת הסכים בית המשפט העליון בשתיקה למציאות הקשה שבה היו נתונים נאשמים חסרי אמצעים, ואף פירש בצמצום את הזכות לייצוג. עוד עולה כי השיטה שנהגה באותה עת למינוי סנגורים על ידי בתי המשפט הייתה פגומה.

על רקע מציאות זו, המודל התאורטי האמור מוביל למסקנה המנוגדת לאינטואיציה: במצב ששרר עד שנות השמונים סביר שהנזקים של אימוץ הסמכויות למינוי סנגור על פי שיקול דעת שיפוטי היו רבים מיתרונותיו.

הקדמה. א. על משפט ותאוריות של לגיטימציה; 1. מהו אפקט הלגיטימציה?; 2. הדיאלמה שאפקט הלגיטימציה מציג בהקשר של רפורמות משפטיות. ב. היסטוריה חקיקתית של הזכות לייצוג בישראל (1926-1981); 1. על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על הזכות לייצוג?; 2. רפורמות לפני הקמת המדינה; 3. רפורמות אחרי הקמת המדינה. ג. ניתוח ביקורתי של מגמות החקיקה; 1. ההצדקות להתניית הזכות לייצוג בשיקול דעת שיפוטי; 2. ההצדקות אל מול המציאות; 3. שיקול דעת ולגיטימציה. ד. בית המשפט העליון והזכות לייצוג. ה. שיטות למתן סיוע משפטי בפלילים. ו. קידמה או לגיטימציה? סיכום.

הקדמה

אתחיל מהסוף: ב-15 ביולי 1981 מינה שר המשפטים משה נסים ועדה ציבורית לבדיקת "נושא הסיוע המשפטי הפלילי בתחום המשפט הפלילי מבחינה משפטית וכן את היקפו, את ישומו ודרכי הענקתו של סיוע זה". לראשות הוועדה מונה שופט בית המשפט העליון בדימוס דוד בכור. במקביל להקמת הוועדה הזמין משרד המשפטים מחקר מהמכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי שבאוניברסיטה העברית. נושא המחקר היה "סיוע משפטי בפלילים", והוא הופקד בידי הנאמנות של פרופ' אליהו הרנון. המחקר המקיף היווה את הבסיס לדו"ח של ועדת בכור, שהמליץ על רפורמה מקיפה בנושא זכות הייצוג ועל הקמתה של סנגוריה ציבורית בישראל.

הקמתה של ועדת בכור והזמנתו של המחקר מפרופ' הרנון היו תחילת סופו של העידן שאתאר במאמר זה ובישרו תקופה חדשה. בתקופה זו, שראשיתה בתחילת שנות השמונים, החלו מנשבות רוחות חדשות. החברה הישראלית בכללותה עברה תהליכים של אבדן אמון בשלטון, מאבקים חברתיים ופרגמנטציה. השינויים שחלו בחברה הישראלית מצאו ביטוי גם בקשר למערכת המשפט הפלילי. עם ירידת האמון במערכות אכיפת החוק עלה קרנם של רעיונות חדשים ביחס להליך הפלילי. רעיונות חדשים אלה שאבו רבות מהתפיסה של הזכות

להליך ראוי כפי שהתפתחה בשנות השישים בארצות-הברית; הייתה להם השפעה מרחיקת-לכת גם על הזכות לייצוג בישראל. שיאה של תקופת השינוי היה באמצע שנות התשעים, אז אומץ חלק גדול מההמלצות שפורטו במחקר של הרנון ובדו"ח של ועדת בכור – והסנגוריה הציבורית הוקמה.

במקום אחר תיארתי בהרחבה את שנות השמונים, את משבר הלגיטימציה שליווה אותן ואת הרפורמות מרחיקות-הלכת שהן הולידו בתחום המשפט הפלילי בכלל ובזכות לייצוג בפרט.¹ במאמר זה אציג את הרקע להבנת עצמתם של השינויים שחלו בשנות השמונים והתשעים באמצעות תיאור של המציאות והאידאולוגיה הדומיננטית ששלטה בכיפה לפני שנות השמונים.

מאמר זה יעסוק אפוא בהיסטוריה של הזכות לייצוג בישראל בתקופה שעד תחילת שנות השמונים. הניתוח ייעשה מנקודת מבט תאורטית העוסקת בלגיטימציה. הפרק הראשון יישמש מעין מבוא לתאוריה של לגיטימציה במשפט. נוסף על סקירת הספרות בתחום זה אספק הגדרה ל"אפקט הלגיטימציה" ואפתח מודל תאורטי לפתרון הבעיה הקלאסית שמושג זה מעורר: כיצד להעריך את היתרונות המטריאליים של רפורמה מסוימת אל מול החסרונות האידאולוגיים שעלולים להיות לה ביצירה של אפקט לגיטימציה.

הפרק השני יסקור בקפדנות את הרפורמות החקיקתיות בזכות לייצוג בתקופה שעד ראשית שנות השמונים. לצורך סקירה זו אחלק את מה שנהוג לכנות "זכות לייצוג" לשלושה סוגים של זכויות: חובת ייצוג, זכאות לייצוג וסמכות שבשיקול דעת שיפוטי למנות סנגור. בפרק השלישי אנתח בצורה ביקורתית את נטיותיה של הרשות המחוקקת בתקופה האמורה. טענתי היא כי אף על פי שניתן לתאר את התפתחותה של הזכות לייצוג בישראל כתהליך שבו הורחבה הזכות בצורה הדרגתית, נכון יותר להבין התפתחות זכות זו עד לשנות השמונים כסיפור של לגיטימציה. על אף רפורמות חקיקתיות שונות שנראו מתקדמות לכאורה, הסטטוס-קוו נותר בעיקרו על כנו. אחד הכשלים המהותיים ברפורמות אלו היה התמקדותה של הרשות המחוקקת בסמכות שבשיקול-דעת למנות עורך-דין (בניגוד לזכאות לייצוג או לחובת ייצוג). הניתוח חושף כי ההצדקות שניתנו להתמקדות בסמכויות שבשיקול-דעת היו כוזבות. יתרה מכך: הצדקות אלה אף חיזקו את האמונה הלא מבוססת שמערכת המשפט הפלילית נוהגת בהגינות כלפי נאשמים חסרי אמצעים. אם סיפורן של הרפורמות החקיקתיות של תקופה זו הוא סיפור של לגיטימציה, סיפורו של בית המשפט העליון בנושא זכות הייצוג הוא סיפור של הסכמה שבשתיקה. בפרק

1 YOAV SAPIR, THE RISE (AND FALL?) OF PUBLIC DEFENSE IN ISRAEL: LEGITIMATION, INSTITUTIONALIZATION AND DERADICALIZATION (SJD Dissertation, on File with Harvard Law School Library, 2004), Chapter II: Winds of Change: From the 1980s to the Establishment of the Public Defender Office.

הרביעי אראה שחרף המציאות הקשה שבה היו נתונים נאשמים חסרי אמצעים, בית המשפט, באופן עקבי, פירש בצמצום את הזכות לייצוג. נוסף על כך נמנע בית המשפט מקבלת החלטות שהיה בהן כדי להשפיע על הרשות המחוקקת באופן שיביא לשיפור מערך הסיוע המשפטי בתיקים פליליים, אשר היה רחוק ממשביע רצון. היה פער עמוק בין הרטוריקה של בית המשפט, שהדגיש את חשיבותה של זכות הייצוג במערכת משפט אדברסרית, לבין פעולתו בתחום באותן שנים. רק בשנות השמונים החל בית המשפט לשנות את החלטותיו ביחס לזכות הייצוג, להביע עניין ביישומה בפועל של הזכות ולבקש את השיטה למתן שירותים משפטיים לחסרי אמצעים שנהגה באותה עת.²

בפרק החמישי אשלים את תמונת הזכות לייצוג עד שנות השמונים בתיאור של השיטה למתן סיוע משפטי לנוזקים לכך שנהגה באותה תקופה. אעמוד על הפגמים שהיו בשיטה תוך השוואתה לשיטות אפשריות אחרות; כן אעמוד על הקשר בין הדרך שבה מאורגן הסיוע המשפטי לבין איכות הייצוג.

בפרק השישי אחזור למודל התאורטי המוצע בפרק הראשון, ואתחל לאורו את הרפורמות השונות ואת המציאות של זכות הייצוג בתקופה שעד שנות שמונים. מסקנתי הלא-אינטואיטיבית היא שבמצב ששרר לפני הקמת הסנגוריה הציבורית, ייתכן שעדיף היה כי לא יהיו "זכויות" לייצוג התלויות בשיקול דעת שיפוטי.

א. על משפט ותאוריות של לגיטימציה

1. מהו אפקט הלגיטימציה?

המושגים "לגיטימיות" ו"לגיטימציה" הם מהמעניינים והמבלבלים ביותר בתאוריה חברתית. ניתן לזהות לפחות שלוש מסורות תאורטיות חשובות העושות שימוש במושגים אלה, כל אחת באופן שונה; גם בתוך כל מסורת ניתן למצוא גוונים שונים ושימושים ייחודיים באותם מונחים, ועל כן חשוב להגדיר את מושג הלגיטימציה ולהבהיר את יחסה של ההגדרה שבה אשתמש למסורות התאורטיות השונות.

שלוש המסורות הראשיות הן הווריאנטית, המרקסיסטית (או הנאו-מרקסיסטית) והליברלית. לפי מקס ובר, לגיטימיות היא תופעה סוציולוגית. סדר חברתי נהנה מלגיטימיות במידה שאנשים מצייתים לו מסיבות שאינן קשורות באינטרס אישי דווקא. לגיטימיות היא

2 ראו, למשל, בש"פ 353/87 מדינת ישראל נ' אפרגן, פ"ד מא(4) 147 (1987); בש"פ 1257/90 מדינת ישראל נ' אלפרון, פ"ד מד(2) 544 (1990); ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203 (1990). ראו SAPIR, שם.

תנאי מקדים לשליטה (domination), המוגדרת כהסתברות שקבוצה מוגדרת של בני אדם תציית לפקודות מסוימות. לפי ובר ישנם שלושה טיפוסים אידאליים של שליטה לגיטימית: שליטה יכולה להיות לגיטימית בגלל שהיא מבוססת על אופי רציונלי, היא יכולה להיות לגיטימית כשהיא מבוססת על אופי מסורתי, והיא יכולה להיות לגיטימית כשהיא נשענת על כריזמה.³ המשפט והחוק נכנסים לתמונה זו כאמצעי העיקרי של שליטה ושל לגיטימיות רציונליות. למעשה, ובר כינה את הסוג הרציונלי של שליטה גם "שליטה משפטית". האמונה המיוחסת לחוק היא שיש לציית לו בשל היותו רציונלי וא-פרסונלי. אמונה זו היא אחד המניעים האפשריים לפעילות (או להיעדר פעילות) חברתית, ולכן שליטה משפטית היא אחד ההסברים העיקריים ליציבות חברתית.⁴

חשוב לשים לב לכך שעבור ובר שאלת הלגיטימיות היא כמעט שאלה אמפירית: אין זה בהכרח טוב או רע שסדר חברתי מסוים זוכה ללגיטימיות. הקביעה שסדר חברתי מסוים הוא לגיטימי היא הבחנה סוציולוגית שלפיה יש אמונה רווחת שהסדר החברתי מחייב ציות, ואמונה זו נשענת על אחד הטיפוסים האידאליים של לגיטימציה או על שילוב שלהם, ולא על שיקולים טהורים של אינטרסים או פחד מסנקציה.

בדיוק בנקודה זו המסורת הליברלית שונה מזו הוובריאנית. השימוש הנפוץ במילה "לגיטימיות" במסורת הליברלית קשור קשר הדוק לקבוצת ערכים ולפרוצדורות האמורות להגן על ערכים אלה. אין בהכרח זהות מוחלטת בין לגיטימיות לצדק, וסדר לגיטימי יכול להיות צודק או בלתי-צודק, אבל יש בהחלט קשר בין שאלות של לגיטימיות לשאלות של צדק.⁵ כך, למשל, עבור יורגן הברמס:

[L]egitimacy means that there are good arguments for a political order's claim to be recognized as right and just [...] Legitimacy means a political order's worthiness to be recognized.⁶

ברור כי הבנה זו של מושג הלגיטימיות שונה למדי מההבנה הוובריאנית, שהיא אמפירית וניטרלית מבחינה ערכית.

3 MAX WEBER, ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 5, 336-337 (Edward Shils & Max Rhenstein trans., 1954)

4 Alan Hyde, *The Concept of* לגיטימציה של הוובריאנית ראו *Legitimation in the Sociology of Law*, 1983 Wis. L. REV. 379 (1983)

5 ראו, למשל, Arthur Isak Applbaum, *Democratic Legitimacy and Official Discretion*, 21 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 240-274 (1992)

6 JURGEN HABERMAS, COMMUNICATION AND THE EVOLUTION OF SOCIETY 178 (Thomas McCarthy trans. 1979)

המשמעות של מושג הלגיטימציה שבו אשתמש במאמר זה – בעקבות אנשי האסכולה הביקורתית של המשפט (Critical Legal Studies) כגון דנקן קנדי,⁷ מרק קלמן⁸ ורוברט גורדון⁹ – מושפעת יותר מתאורטיקנים בתחום התאוריה החברתית הביקורתית, ובמיוחד מכתביהם של הוגים נאו-מרקסיסטים. השפעה מרכזית בהקשר זה נודעת למושג ההגמוניה של אנטוניו גראמשי,¹⁰ שמשמעותו היא שליטה אפקטיבית המושגת דרך הפנמת האמונה – הן על ידי המעמד השליט והן על ידי המעמדות הנשלטים – שלפיה הסטטוס-קוו משביע רצון, ולמושג האידאולוגיה של לואי אלתוסר,¹¹ המוגדר כייצוג מדומיין של היחס של יחידים לתנאי הקיום האמיתיים שלהם.

זרם זה בתאוריה של הלגיטימציה מדגיש את הפער שבין תודעה למציאות. מושג ההגמוניה של גראמשי התפתח לאור ההכרה שלא ניתן להשיג שליטה אפקטיבית רק על ידי שימוש בכוח אלים. גראמשי תיאר את היחסים הדיאלקטיים שבין שימוש באלימות מחד גיסא לבין השגת הסכמה ולגיטימיות פוליטית מאידך גיסא: ההתערבות האלימה של המדינה נחוצה לטיפול באלה שאינם מסכימים ובעתות משבר. הגמוניה – שבאמצעותה מושגת ההסכמה – נחלקת אף היא לשני חלקים: החלק הראשון הוא התפשרות ו"קניית" ההמונים ואילו החלק השני הוא אידאולוגי. החלק האידאולוגי פועל באמצעות שורה של מוסדות שאותם תיאר גראמשי כממלאים תפקיד חינוכי ביצירת אזרחים מועילים למדינה ונוחים לשליטה על ידי הבורגנות.¹²

- 7 .DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION, 236-263 (1997)
- 8 .MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES, 269-295 (1987). לביקורת על תפיסתו של קלמן את מושג הלגיטימציה ראו John Stick, *Charting the Development of Critical Legal Studies*, 88 COLUM. L. REV. 407, 417-432 (1988).
- 9 Robert Gordon, *New Developments in Legal Theory*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 281 (David Kairys ed., 1982).
- 10 ANTONIO GRAMSCI, ; (תרגום מאיטלקית אלון אלטרס, 2003) SELECTION FROM THE PRISON NOTEBOOKS (Quintin Hoare & Geoffrey N. Smith eds. and trans. 1971). See also Edward Greer, *Antonio Gramsci and "Legal Hegemony"*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 304 (David Kairys ed., 1982).
- 11 לואי אלתוסר על האידאולוגיה 41 (תרגום מצרפתית אריאלה אזולאי, 2003); Louis Althusser, *Ideology and Ideological State Apparatuses*, in LENIN AND PHILOSOPHY AND OTHER ESSAYS BY LOUIS ALTHUSSER 127 (Ben Brewster trans., 1971).
- 12 GRAMSCI, לעיל ה"ש 10. מתוך חלקים שונים של מחברות בית הכלא עולה כי מדובר בבית הספר, במשפחה, בכנסייה, באמצעי התקשורת, בארגוני הסחר, בצבא ובמפעל. המשפט אינו מוזכר כאחד המוסדות ההגמוניים, ובאופן כללי הוא מוזכר רק בקצרה במחברות. לביקורת על היעדר דיון מעמיק במשפט בכתביו של גראמשי, ולהצעות באשר לאופן שבו המשפט יכול להשתלב במסגרת התאורטית של הגמוניה, ראו Duncan Kennedy, *Antonio Gramsci and the Legal System*, VI ALSA FORUM, No. 1, at 32.

רשימתו המפורסמת של אלתוסר על אידאולוגיה ועל מנגנוני מדינה אידאולוגיים¹³ מתחילה מנקודת המוצא של שעתוק (reproduction). מבנה חברתי שאינו משעתק את תנאי הייצור (conditions of production) של עצמו לא יחזיק מעמד. על כן, אם אנחנו רוצים להסביר את הצלחת הקפיטליזם עלינו לבחון את שאלת השעתוק של תנאי הייצור. תנאי הייצור הם: (1) הכוחות היצרניים (אמצעי הייצור וכוח העבודה) ו-(2) יחסי הייצור. שעתוקם של כוח העבודה – וחשוב מכך: של יחסי הייצור – מתרחש דרך הכפפה אידאולוגית והפיכה לסובייקט (ideological subjection). אחד ההבדלים בין גראמשי לאלתוסר הוא שהאחרון ציין במפורש את המשפט כמנגנון אידאולוגי.¹⁴ מה יכולה להיות משמעותה של הקביעה שהמשפט הוא מנגנון מדינה אידאולוגי? הרעיון הוא, שפרט להיותו מוסד המשמר באופן אלים את הסטטוס-קוו (לדוגמה, בכך שהמדינה אוכפת את ההגנות השונות המוענקות לבעלי רכוש פרטי), יש למשפט גם "אפקט של לגיטימציה". לעת עתה אשתמש בהגדרה הטנטטיבית הבאה: לכללים משפטיים או למוסדות משפטיים עלול להיות אפקט שמאפשר קיום של פער בין תודעה למציאות, ההופך אנשים לנינוחים ושבעי רצון מהסטטוס-קוו במידה רבה מזו שהיה ראוי שיהיו.¹⁵ כמה מרכיבים בהגדרה שלי דורשים ביאור נוסף. ראשית, השימוש במונח "אפקט" אינו מקרי. ברוב המקרים אפשר שאין כל כוונה ליצור פער בין תודעה למציאות. אין צורך לאחוז ברעיון פרנואידי של קונספירציה או לעשות את הטעות הפונקציונליסטית הנפוצה של מיוזג האפקט של דבר-מה עם הסיבה או הגורם שלו. אם להסביר זאת בדרך אחרת, העניין שלי כאן בלגיטימציה אינו במונחים של פרויקט ביאורי המבקש להראות כיצד או למה מתקיימת תופעת הלגיטימציה, אלא במונחים של הסבר חברתי המבקש להאיר את התרומה הפוטנציאלית של לגיטימציה לחיזוק הסטטוס-קוו. הסבר חברתי כזה הוא גם נקודת פתיחה להערכות אסטרטגיות לגבי מידת הרציות או אי-הרציות של חוק או רפורמה משפטית ספציפיים. כתוצאה מכך, הדגש שלי כאן אינו על הגורמים לתופעת הלגיטימציה או על

13 Althusser, לעיל ה"ש 11.
 14 בהערת שוליים הסביר אלתוסר כי המשפט הוא הן מנגנון מדינה רפרסיבי והן מנגנון מדינה אידאולוגי; שם, בעמ' 143, הערה 9.
 15 בגרסתו של דנקן קנדי: "[T]he reinforcement and reproduction of a particular attitude or 'sense' about the social world [...] According to the legitimation hypothesis, the particular set of hierarchies that constitute our social arrangements look more natural, 'more necessary, and more just than they really are' (Kennedy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 236. ולפי רוברט גורדון: "Law, like religion and television images, is one of these clusters of belief – and it ties in with a lot of other nonlegal but similar clusters – that convince people that all the many hierarchical relations in which they live and work are natural and necessary [...]". Gordon, לעיל ה"ש 9, בעמ' 268-288.

הכוונות שמאחוריה. אכן, מאחורי רפורמות משפטיות בעלות אפקט לגיטימציה שלילי בלתי-מכוון עומדות לא פעם כוונות טובות.¹⁶ שנית, לדעתי למשפט ולמוסדות משפטיים עלול להיות אפקט לגיטימציה משום שההכרה שהמשפט יכול להעניק לגיטימציה לא מוצדקת אינה דורשת אמונה שהוא עושה כן תמיד. יתרה מכך: אפילו במקרים שבהם יש למשפט אפקט של לגיטימציה, ייתכן שיש בהם אפקטים חיוביים אחרים שמשקלם גדול יותר מאפקט הלגיטימציה. לבסוף, אם נחזור לשלוש המסורות שהצגתי לעיל (ובריאנית, ליברלית, נאו-מרקסיסטית), ההגדרה שלי לאפקט הלגיטימציה קרובה יותר לתפיסות הליברלית והניאו-מרקסיסטית מאשר לזו הוובריאנית. היא קרובה למסורת הליברלית משום שאני מאמין שאנשים מצייתים לסדר חברתי מסיבות מהותיות ולא רק מתוך קבלה של כללי החלטה פורמליים. לכן חשוב לחקור את האופן שבו המשפט תורם לאמונה בסדר חברתי הוא לגיטימי במובן הליברלי. מה שהתאוריה הנאו-מרקסיסטית מוסיפה לרעיון הליברלי של לגיטימיות הוא את ההבנה שלעיתים קרובות אנשים טועים כשהם מאמינים בסדר חברתי הוא צודק או לגיטימי. המשפט הוא אחד מבין מוסדות חברתיים רבים העלולים לתרום לטעות זו.

אנשי התאוריה הביקורתית של המשפט הדגימו את אפקט הלגיטימציה בענפים שונים של המשפט כגון דיני עבודה,¹⁷ דיני איסור אפליה¹⁸ והמשפט הפרטי.¹⁹ עד כה נכתב מעט מאוד על תאוריית הלגיטימציה וסדר הדין הפלילי.²⁰ מחקריהם הבולטים של קרול סטייקר

- 16 ווברט גורדון ערך רשימה מועילה של מנעד של תאוריות לגיטימציה, החל בתאוריות אינסטרומנטליסטיות טהורות וכלה בתאוריות המדגישות את הדרכים המופשטות והעקיפות שבהן המשפט משפיע על תפיסתנו; ראו Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN. L. REV. 57, 93 (1984). לדעתי אין הכרח לבחור אחת מהתאוריות כתאוריה כללית של הלגיטימציה של המשפט. התשובה לשאלה איזו מהתאוריות (אם בכלל, או איזה שילוב של התאוריות) מעניקה הסבר טוב יותר לדרך שבה המשפט יוצר אפקט של לגיטימציה יכולה להשתנות בהתאם לנסיבות החברתיות, כמו גם בהתאם לכללים המשפטיים שבהם עוסקים.
- 17 Karl E. Klare, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941*, 62 MINN. L. REV. 265 (1978).
- 18 Alan David Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of the Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049 (1978).
- 19 Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFF. L. REV. 205 (1979).
- 20 John Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure, or a Third "Model" of the Criminal Process*, 79 YALE L.J. 359 (1970); Louis M. Seidman, *Brown and Miranda*, 80 CAL. L. REV. 673 (1992); ISAAC BALBUS, *THE DIALECTICS OF LEGAL REPRESSION* (1973); BERNARD HARCOURT, *ILLUSIONS OF ORDER* (2001); Douglas Hay, *Property, Authority and Criminal Law*, in ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN

וג'ורדן סטייקר על עונש המוות הם חריג לעניין זה. אתאר אותם באריכות מסוימת לא רק בשל היותם מחקרים עדכניים המחברים את שדה המשפט הפלילי לתאוריית הלגיטימציה, אלא משום שהם מעלים שאלות מפתח תאורטיות בעלות משמעות למאמר זה. בעבודתם המוקדמת עסקו סטייקר וסטייקר ברגולוציה החוקתית שפיתח בית המשפט העליון האמריקני לעונש המוות בארצות-הברית.²¹ לאחר ניתוח מקיף ומעמיק של עשרים שנות רגולציה של עונש המוות, הסיקו הכותבים כי רגולציה זו לא השיגה את מטרתה. אף על פי שבית המשפט העליון יצר דוקטרינה חוקתית מסובכת, היבטים חשובים של עונש המוות נותרו בלתי-מוסדרים. לדעתם, קשה לדמיין דוקטרינה גרועה יותר מזו שיצר בית המשפט, הן מבחינת עלויות החלתה והן מבחינת זניחות הישגיה. הכותבים הציעו דרכים חלופיות, טובות יותר, להשגת המטרות שניסה בית המשפט העליון להשיג, וביקשו לספק הסבר לכך שבית המשפט לא בחר בהן. לדעתם, את ההסבר העיקרי ניתן למצוא בפוליטיקה הפנימית של בית המשפט העליון, שהתבטאה במאבק – בין השופטים שהתנגדו לכל סוג של עונש מוות (abolitionists) לבין אלה שהתנגדו לכל רגולציה שיפוטית של עונש המוות – על לבם של שופטי המרכז. העמודים האחרונים של המאמר מוקדשים להיפותזה אחרת: אפקט הלגיטימציה. הטענה היא שהרגולציה החוקתית בדרך של ביקורת שיפוטית לא השיגה את יעדיה, ולא זו אף זו: באופן אירוני היא העניקה לגיטימציה לעונש המוות בארצות-הברית. המחברים מבהירים שב"לגיטימציה" כוונתם להחדרת אמונה כוזבת או מוגזמת בכך שמהו בעולם החברתי ניתן להצדקה מבחינה נורמטיבית.²²

2. הדילמה שאפקט הלגיטימציה מציג בהקשר של רפורמות משפטיות

בעבודתם המאוחרת יותר, "Should Abolitionists Support Legislative 'Reform' of the Death Penalty?"²³ התמודדו סטייקר וסטייקר עם אחת השאלות המטרידות ביותר בקשר לאפקט הלגיטימציה: אם אנחנו מכירים בכך שלגוף משפטי מסוים (חוק, פסיקה או מוסד

MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF PRISON (Alan Sheridan tran. 1977); וכך, כמובן EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND 17 (1975)

21 Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker, *Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades of Constitutional Regulation of Capital Punishment*, 109 HARV. L. REV. 355 (1995). (להלן: Steiker & Steiker I).

22 משם פונים המחברים לעסוק ב"רמות הכלליות" (levels of generality) של אפקט הלגיטימציה. התובנות התיאורטיות בהקשר זה, בהן עסקתי במקום אחר, חורגות מהיקפו של מאמר זה. SAPIR, לעיל ה"ש 1.

23 Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker, *Should Abolitionists Support Legislative "Reform" of the Death Penalty?*, 63 OHIO ST. L. J. 417 (2002). (להלן: Steiker & Steiker II).

משפטי אחר) או לרפורמה משפטית עלול להיות אפקט לגיטימציה – כיצד צריך הדבר להשפיע על עמדתנו כלפי אותו גוף או רפורמה כשאנו מעריכים שעשויים להיות להם גם יתרונות מוחשיים קונקרטיים? זו הדילמה העומדת גם במרכזו של מאמר זה: לאורה אבחן את ההיסטוריה של הזכות לייצוג בארץ, ואני מקווה גם להציע לה תחילת פתרון. בהקשר של עונש המוות שאלו סטייקר וסטייקר אם מי שמתנגד כליל לעונש המוות צריך לתמוך ברפורמות חקיקתיות שנועדו לשפר את המצב הקיים (למשל, הטלת חובה לשמר ולערוך בדיקות DNA, ייצוג משופר לנאשמים בתיקים שבהם יש אפשרות להטלת עונש מוות, והטלת מגבלות על הוצאה להורג של קטינים ושל אנשים בעלי פיגור שכלי)? הם תיארו את הדילמה באופן הבא:

As committed abolitionists ourselves, we see cause for celebration in these developments. But as students of past movements for abolition in the United States, we see some cause for concern as well. To state our concern in perhaps the most provocative way, we worry that reforming our current practices of capital punishment may be analogous to replacing the electric chair with lethal injection; the reformed practice is unquestionably better (fairer, more humane) than the one rejected, but the choice to reform also carries the distinct possibility that it will normalize the underlying practice and avert the very critical gaze that gave rise to the reforming impulse, thus delaying, or even permanently preventing, full scale, abolition of capital punishment.²⁴

להשקפתי, זוהי הדילמה הגדולה ביותר שתיאורית הלגיטימציה מציבה, אולם תאורטיקנים של המשפט ממעטים להתמודד עמה. לעתים רחוקות בלבד ניסו תאורטיקנים להעריך מה יהיה הדבר הנכון לעשות ברגע שאנו מבינים כי לרפורמה משפטית מסוימת – הנחזית כפרוגרסיבית – עלול להיות גם אפקט של לגיטימציה. במילים אחרות: כיצד עלינו לפעול אם אנו מבינים כי לרפורמות המשפרות את המצב עלול להיות אפקט לגיטימציה, אך דוחים את הרעיון שכל דבר שלא מביא אותנו ליעד הרצוי (או כל דבר פרט למהפכה, אם להשתמש במונחים מרקסיסטיים) הוא רע משום שהוא מעניק לגיטימציה? סטייקר וסטייקר הדגישו בצדק כי לרפורמות עלולה להיות השפעה תודעתית שלילית לא רק כשהן מעודדות אמונה כוזבת או מופרות בדבר הקדמה שהושגה. כמעט לכל רפורמה יש פוטנציאל לגרור שביעות רצון מהשיפורים האמיתיים שהיא מביאה, ובכך להפוך את

Steiker & Steiker II, לעיל ה"ש 23.

האנשים למרוצים יותר וביקורתיים פחות כלפי הפרקטיקה הכללית בה עוסקת הרפורמה. בהקשר של עונש המוות, רפורמות שונות – ההופכות אותו ל"הומאני" יותר (למשל: האיסור על הוצאה להורג של מפגרים או של ילדים) – עלולות לפגום בביקורת המתמשכת כלפי עונש המוות ובגיבוש הכוחות הפועלים לביטולו המוחלט. סטייקר וסטייקר מכנים אפקט זה "ביצור" (entrenchment). במסגרת מאמר זה אתייחס ל"ביצור" כאל אחת התצורות של אפקט הלגיטימציה.²⁵

עבודתם של סטייקר וסטייקר שובת-לב מכיוון שהם דוחים את הרעיון שמדובר בדילמה שאין ממנה מוצא. במקום זאת הם ממשיכים, בעקבות גראמשי, במסלול אסטרטגי יותר, מתוך ניסיון להעריך אלו סוגים של רפורמות לעונש המוות יהיו נוגדי-הגמוניה (counter-hegemonic). בהקשר של עונש המוות זיהו סטייקר וסטייקר שלוש קטגוריות כלליות של רפורמות שיש בהן הבטחה לפעול כנגד אפקט הלגיטימציה או להפחית את הפוטנציאל שלו.²⁶ הקטגוריה הראשונה היא רפורמות של בניית מוסדות (institution building reforms). למוסדות, הם מסבירים, עשויים להיות אמצעים ארגוניים שיעזרו בתיעול הארגונית העכשוויות והעתידיות של המתנגדים לעונש המוות, וכך הן עשויות לשמר ולתמוך במאמצי הרפורמה לאורך זמן. הקטגוריה השנייה של רפורמות שאינן מבצרות את הסטטוס-קוו הן, לדעתם, "רפורמות אור השמש" (sunshine reforms) הכוללות איסוף של נתונים והפצתם. איסוף והפצה של נתונים מכוונים כלפי רפורמות עתידיות, והם פועלים במשולב עם רפורמות של בניית מוסדות.²⁷ אכן, מכיוון שבעיית הלגיטימציה קשורה פעמים רבות בתפיסת מציאות מעוותת, הפצתו של מידע עשויה לעזור לגשר על הפער שבין התודעה למציאות, ועל כן יש היגיון רב בשימוש בה כמהלך אסטרטגי נוגדי-הגמוניה. הקטגוריה השלישית של רפורמות שאינן תורמות לביצור הסטטוס קוו הן "רפורמות שקיעה" (sunset reforms). אלה הן רפורמות הכוללות מתכונת להערכה מחדש של הצלחתן בחלוף תקופת זמן מוגדרת מראש. לדעת הכותבים, רפורמות מסוג זה מונעות מהפרטים בציבור ובקרב המחוקקים לראות את הבעיה כפתורה בכך שהן יוצרות רגע ספציפי בעתיד שבו תידרש בחינה נוספת ומחשבה מחדשת.²⁸

אף על פי שהבחינה אלו רפורמות עשויות להיות נוגדות-הגמוניה חייבת להיעשות בהקשר פרטיקולרי ובתקופת זמן נתונה, אמשיך בדרך האסטרטגית שסללו סטייקר וסטייקר ואפרוש להלן את השיקולים שיש להביא בחשבון תמיד כשעורכים בחינה כזאת.

25 שם, בעמ' 419.

26 שם, בעמ' 425.

27 שם, בעמ' 428.

28 שם, בעמ' 429.

כאשר אנחנו מנסים לגבש דעה על רפורמה משפטית מסוימת, מבלי להתעלם מהפוטנציאל שלה ליצור אפקט של לגיטימציה, יש להביא בחשבון חמישה שיקולים. השאלה הראשונה שעלינו לשאול בנוגע לרפורמה ספציפית היא מה תהייה ההשפעות החיוביות על המציאות. ככל שההשפעות מביאות אותנו קרוב יותר למקום שבו היינו רוצים להיות (למשל: ביטולו של עונש המוות או יצירה של מערכת משפט פלילי הוגנת יותר) כך ניטה לתמוך ברפורמה. תופעה נפוצה היא שרפורמות מסוימות הן משמעותיות עלי ספר, אך השפעתן בעולם המציאות – מוגבלת. במקרים אלה סביר להניח שמשקלו השלילי של אפקט הלגיטימציה יעלה על המשקל של היתרונות המטריאליים שברפורמה. מובן, כי פעמים רבות קשה לצפות ex ante את ההשפעות המעשיות שיהיו לרפורמה מוצעת, אך אל לנו להירתע מלנסות. לצורך כך עלינו להתבונן בהיסטוריה של רפורמות פרויקטוריות בשדה המשפטי שבו אנו עוסקים. כמו כן, בדומה להצעתם של סטייקר וסטייקר להשתמש ב"רפורמות שקיעה", חשוב לבחון מחדש את הרפורמות עם חלוף הזמן כדי לבדוק אם חלו שינויים כלשהם בהשפעותיהן, ואם אכן חלו שינויים כאלה – להבין את הסיבות לכך. עמדתנו כלפי רפורמה ספציפית בנקודת זמן מסוימת – למשל: בטרם החקיקה – יכולה להשתנות עם חלוף הזמן כשמתברר שהשפעותיה היו שונות מהמצופה. השאלה השנייה היא מהו הפוטנציאל המובנה לשינוי חיובי מרחיק־לכת יותר הגלום ברפורמה ספציפית. לעתים לרפורמות אין תוצאה מיידית וישירה, אך הן זורעות את הזרעים לרפורמה נוספת. אנדרה גורץ כינה רפורמות כאלה: "non reformist reform"²⁹. הרעיון כאן הוא לא לראות ברפורמה קו סיום אלא אבן דרך או אפילו קרש קפיצה לקראת הרפורמה הבאה. מדובר ברפורמות מהסוג שעשוי לעורר את התודעה ובטווח הארוך לזעזע את מבני הכוח החברתיים. כמובן שגם כאן לא פשוט לשרטט את הקו שבין רפורמות בעלות פוטנציאל כזה לבין רפורמות שאינן יותר מתיקונים קטנים, שסופן לחזק את השיטה הפגומה במסגרתה הן פועלות. על כל פנים, ראוי לנסות להפוך את הניתוח למושכל יותר ולא להסתפק בניחוש.

פוטנציאל לרפורמה גדולה יותר טמון ברפורמות שנושאות עמן אפקט מוסדי מצטבר או אפקט אידיאולוגי קריטי. שני אפקטים אלה קשורים בדרך כלל זה בזה. למוסדות יש פוטנציאל לשרוד לאורך הזמן, ולעתים קרובות הם יכולים לייצר את הידע הנחוץ לשם התקדמות בעתיד. במקום אחר טענתי שניתן לראות את הקמת הסנגוריה הציבורית בישראל

ANDRE GORZ, STRATEGY FOR LABOR: A RADICAL PROPOSAL (translated from the French 29
by Martin A. Nicolaus & Victoria Ortiz, 1967)

כרפורמה בעלת פוטנציאל כזה. אכן, חלקים מרכזיים בפוטנציאל של רפורמה זו היו טמונים בבניית המוסד החדש וביכולת שלו לייצר ולהפיץ מידע.³⁰

עתה מתבהר שאפקטים אידיאולוגיים אינם בהכרח מוגבלים לאפקט הלגיטימציה השלילי. אפקט אידיאולוגי יכול להיות חיובי בכך שנחשפים פגמים או מתחים שקיימים בסטטוס קוו, למשל כאשר מוסד חדש אוסף מידע, ומעבדו לידע חדש. סוג נוסף של אפקט אידיאולוגי חיובי נמצא ברפורמות שמרגילות את האנשים לזכויות או הטבות מסוימות, וכך מעודדות אותם לבחון את גבולות הרפורמה ולקרוא לרפורמה מרחיבה יותר. דבר זה יכול להתרחש דרך התפתחות פנימיות בשדה המשפטי (למשל ההכרה שלנאשמים ישנן זכויות שיש להגן עליהן) או באמצעות שינוי תפיסות מחוץ לשדה המשפטי.

אל מול התוצאות החיוביות של הרפורמה – מטריאליות ואידאולוגיות, מיידיות ופוטנציאליות – יש לשקול את האפקטים האידאולוגיים השליליים, ובמילים אחרות: את אפקט הלגיטימציה. ניתן לחלק את אפקט הלגיטימציה לאפקט אידיאולוגי מרומז ולאפקט אידיאולוגי מפורש. השיקול השלישי הוא, אם כן, האפקט האידאולוגי המרומז. זהו אפקט הקיים בחלק מהרפורמות או המוסדות מעצם קיומם. השאלה היא איזה סוג של מסר הרפורמה משרתת או מה הפוטנציאל שלה להעביר מסר מסוים. גורם מרכזי שיש לבחון הוא נראותה של הרפורמה והמסר הגלום בה. כאשר מדובר ברפורמה שהמודעות לה נמוכה, אין חשש שיהיה לה אפקט אידיאולוגי ממשי. מצד שני, רפורמה בעלת נראות גבוהה עשויה להשפיע על תפיסת הסטטוס־קוו אצל אנשים רבים. בהמשך אסביר כי לזכות הייצוג יש אפקט אידיאולוגי מרומז בכך שהיא משרתת – באופן שאינו חבוי מן העין – מסר של שוויון והגינות. אינני שולל את העובדה שבמקרים רבים הזכות לייצוג אכן תורמת להגינותה של המערכת; להפך: אני סבור שהזכות לייצוג היא תנאי הכרחי לקיומו של הליך פלילי הוגן. בכל זאת הבעיה מתעוררת כשנוצר פער בין ההבטחה הגלומה בזכות לבין ה"טובין" שהיא מספקת בפועל, כפי שאסביר בהמשך.

השיקול הרביעי הוא האפקט האידאולוגי המפורש. כאן אנו מוסיפים לניתוח של אפקט הלגיטימציה המרומז – הפוטנציאלי – של כלל או רפורמה את פעולתם הממשית במקרה מסוים. הדרך המתקבלת ביותר על הדעת לערוך בחינה כזו היא באמצעות ניתוח השיח הסובב את הרפורמה. כיצד רפורמה מסוימת מוצגת על ידי מציעיה? איך היא נתפסת בעיני הציבור? איך היא מתוארת בכלי התקשורת? האם נעשה בה שימוש כדי להצדיק את הסטטוס־קוו ולדחות רפורמה מרחיבה יותר? האם הייצוגים של הרפורמה מדויקים? ניתוח

המבוסס על מתן תשובות לשאלות אלה מקרב אותנו ליכולת להעריך את אפקט הלגיטימציה ולשקול אותו אל מול היתרונות של הרפורמה. אכנה את השיקול האחרון שעלינו להביא בחשבון השיקול הפרגמטי. ייתכנו מצבים שבהם נכון להתפשר על רפורמה בעלת השלכות מינוריות בלבד, למשל כשאין כל סיכוי לרפורמה עתידית נרחבת יותר. הסוגיה מורכבת: מצד אחד, אפילו בהיעדר אלטרנטיבות בטווח הקצר ייתכן שעדיף לא לתמוך ברפורמה, מתוך מחשבה שכדאי לוותר על אותן תוצאות חיוביות שעשויות להיות לה כדי לאפשר את התגבשותה של תודעה אופוזיציונית שתצמיח בעתיד אלטרנטיבות; מצד שני, כאשר לא ניתן לראות כלל אלטרנטיבה ריאלית לרפורמה המוצעת – בהינתן האופקים הפוליטיים העכשוויים והצפויים – דחייתה תהווה ויתור לשווא על יתרונותיה, אפילו הם מועטים.³¹ ניתוח המצב ברגע פוליטי נתון הוא בעל חשיבות רבה. הערכתנו את ההיתכנות של רפורמה נוספת, רדיקלית יותר, יכולה כמובן להשתנות עם הזמן; ושינוי זה עשוי להשפיע על עמדתנו באשר לרפורמות מינוריות נוספות. חמשת השיקולים שמניתי אינם מייצרים נוסחה. אין באפשרותנו להציב מספרים במשוואה ולקבל את התשובה הנכונה. כל אחד מהמשתנים הוא בלתי־יציב ודורש מידה מסוימת של הערכה שאיננה אובייקטיבית או מדעית, ובכל זאת ישנם שלושה יתרונות לסכמה האנליטית שפיתחתי: ראשית, היא משמשת תזכורת לבעיית הלגיטימציה לרפורמטורים ליברלים הנוטים להתעלם מההשלכות האידאולוגיות הלא מכוונות של הרפורמות; שנית, היא מהווה תיקון לכמה מהזרמים במחשבה הביקורתית או הרדיקלית המסתפקים בהכרה בעצם קיומו של אפקט הלגיטימציה, וקוראת להבין טוב יותר את אפקט הלגיטימציה ולשקול אותו אל מול אפקטים פוטנציאליים אחרים, תוך התחשבות בהקשר ובנסיבות הפוליטיות העכשוויים והעתידיים; שלישית, הסכמה מספקת לנו כלים שיעשו את תהליך גיבוש עמדתנו למושכל יותר, תוך הכרה בכך שקיימת תת־היקבעות (underdeterminacy) באשר לאפקטים האידאולוגיים והמטריאליים של רפורמות, אך תוך דחיית הרעיון שאין כל יכולת לצפות את התוצאות.

31 סטייקר וסטייקר מתייחסים לדילמה דומה כאשר הם עונים לאחת הביקורות האפשריות על התיזה שלהם. על פי הביקורת, אם ביטולו המוחלט של עונש המוות איננו אפשרות ריאלית, עדיף להתפשר על רפורמות מינוריות מצילות חיים, כגון האיסור על הוצאה להורג של בני נוער. סטייקר וסטייקר מכירים בכך שזו אכן ביקורת רבת עוצמה, אם המצב הפוליטי היה כזה שלא היה ניתן לדמיין בו ביטול מוחלט של עונש המוות. אולם הם טוענים כי ביטולו של עונש המוות הוא אפשרי, והוא אפשרי יותר משהיה אי פעם מאז פסק הדין בעניין *Steiker, Furman*. לעיל ה"ש 23, בעמ' 430-431.

ב. ההיסטוריה החקיקתית של זכות הייצוג (1926-1981)

1. על מה אנחנו מדברים כאשר אנחנו מדברים על הזכות לייצוג?

למונח "הזכות לייצוג" כמה משמעויות. במערכת האדברסרית היומיומית יש לחשוד או לנאשם זכות כללית להיות מיוצג על ידי עורך-דין. החירות – במובנה ההופלדיאני³² – של חשוד או נאשם לשכור עורך-דין על פי בחירתו, ולהיות מיוצג על ידו בהליכים פלייליים, היא כמעט מובנת מאליה.³³ באופן כללי אין למדינה כוח למנוע מאדם להיות מיוצג בהליך פלילי. משמעות זו של הזכות לייצוג אינה המשמעות בה אני מתעניין במאמר זה. נושא של מאמר זה הוא מערכת היחסים המשפטית שבין הפרט, שמסיבה כזו או אחרת (בדרך כלל בגלל חוסר אמצעים) אינו מיוצג, לבין המדינה, האחראית על אספקת שירותים משפטיים לפרט. במילים אחרות: מאמר זה עוסק בזכות ההופלדיאנית להיות מיוצג, המטילה חובה קורלטיבית על המדינה.

ישנן כמה הגדרות אפשריות למערכת היחסים המשפטית שבין הפרט למדינה במובן זה. כדי לפשט את הדיון חילקתי את מערכת היחסים המשפטית הידועה לרוב כ"זכות הייצוג" לשלוש תת-קטגוריות אנליטיות: חובת ייצוג, זכאות לייצוג וזכות התלויה בשיקול דעת שיפוטי.

חובת הייצוג מתייחסת למצבים שבהם החוק דורש ייצוג משפטי כדי שההליך יהיה תקף. לפיכך, בהליכים אלה בית המשפט חייב למנות עורך-דין. במונחים ההופלדיאניים, מוטלת עליו חובה למנות עורך-דין. בזכאות לייצוג אני מתייחס למצבים שבהם יש לנאשם או לחשוד זכות, במובנה ההופלדיאני הצר, להיות מיוצג. החוק מאפשר לנאשם או לחשוד להיות מיוצג, אך אין חובה המוטלת על בית המשפט או על גורם אחר לספק עורך-דין, אלא אם כן הנאשם או החשוד טוענים לזכות. למרות שהנאשם זכאי לייצוג, ההליך יהיה תקף גם בהיעדר ייצוג.³⁴ זכות התלויה בשיקול-דעת שיפוטי קיימת כשהחוק מעניק לבית המשפט

32 Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913-1914).

33 הזכות הכללית לייצוג על ידי עורך-דין בפני כל אחת מרשויות המדינה מופיעה בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

34 במונחים ההופלדיאניים, המצב הראשון והשני דומים: בשני המצבים יש זכות וחובה מתאמת. במצב של זכאות יש לנאשם זכות המטילה על המדינה חובה למנות עורך-דין אם הנאשם דרש זאת. במצב של חובת ייצוג, על בית המשפט מוטלת חובה עצמאית למנות עורך-דין, בלי קשר לשאלה אם הנאשם דרש זאת או לא. אף על פי שההבדל בין השניים עלול להתפס כפרוצדורלי גרידא, במציאות הבחירה ביניהם משמעותית ביותר כשנאשמים אינם מודעים לזכויותיהם או בוחרים לוותר עליהן.

את שיקול הדעת למנות עורך-דין לנאשם או לחשוד, גם אם לא מתקיימים התנאים המקיימים חובת ייצוג או זכאות לייצוג. במונחים הופלדיאניים יש לבית המשפט (או לכל שחקן אחר) את הכוח או הסמכות להורות על מינוי עורך-דין, אך לנאשם אין זכות להיות מיוצג שאינה תלויה בשיקול הדעת האמור.

חלוקה זו לקטגוריות אינה תמיד חדה וברורה; לעתים הגבולות בין הקטגוריות מטושטשים.³⁵ כך או כך, את רובם הגדול של "היחסים המשפטיים" ("jural relations", בלשונו של הופלד), ניתן לשייך בקלות יחסית לאחת משלוש קטגוריות אלו, המהוות לפיכך כלי אנליטי שימושי להמשך הניתוח. תוך שימוש בטיפולוגיה זו אתאר להלן את השינויים בזכות הייצוג מאז תקופת המנדט הבריטי על פלשתינה-א"י ועד שנת 1981 (שינויים אלה מסוכמים גם בטבלה שבסוף פרק ב').

ההתמקדות בחקיקה נובעת מהעובדה שזהו המקור העיקרי לזכות הייצוג בישראל.³⁶ כך, מימי שלטון המנדט הבריטי ועד ימינו, היקפה של זכות הייצוג לנאשמים חסרי אמצעים נקבע בחקיקה ראשית ובתקנות.

2. רפורמות בזכות לייצוג לפני הקמת המדינה

ההוראה המנדטורית הראשונה שנגעה לזכות הייצוג הייתה ה- Poor Prisoners Defense Ordinance משנת 1926.³⁷ פקודת האסירים העניים קבעה זכות מוגבלת ביותר לייצוג על חשבון האוצר הכללי של פלשתינה-א"י. הפקודה העניקה לנשיא בית המשפט לעניינים פליליים (Court of Criminal Assize) שיקול דעת לקבוע שנאשם מסוים יקבל סיוע משפטי

35 כך, לדוגמה, כאשר החוק דורש מבית המשפט למנות עורך-דין "אם הצדק דורש זאת", האם מינוי עורך-דין הינו חובה או שמא בשיקול-דעת? דוגמה אחרת הינה חוק הקובע שבית המשפט "חייב למנות עורך דין לנאשם אחרת ההלך לא יהיה תקף אלא אם כן הנאשם באופן רצוני ומפורש הודיע שהוא מעדיף לייצג את עצמו". במקרה כזה, האם קמה חובה למנות עורך-דין או שמא קמה זכאות? ראו, למשל, חובת הייצוג בהליכי מעצר עד תום ההליכים הקבועה בסעיף 21(ב)(2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

36 זאת בניגוד לארצות-הברית, שם הורחבה הזכות לייצוג באופן הדרגתי בעיקר באמצעות פרשנות שנתן בית המשפט העליון הפדרלי להוראות החוקה. השאלה אם זכות הייצוג כלולה בזכות לכבוד או בזכות לחירות, המוגנות במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם כן – מהו ההיקף של זכות כזו, עורנה שאלה פתוחה. ראו המחלוקת בין השופט רובינשטיין לבין הנשיאה ביניש בע"פ 7335/05 הסניגוריה הציבורית, מחוז נצרת והצפון נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 346, בפסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ובפסקות ב' ו-ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

37 Official Gazette, 1st August, 1926.

במימון של שלטון המנדט הבריטי. את שיקול הדעת למנות סנגור ניתן היה להפעיל רק לגבי נאשמים שהואשמו בבית המשפט לעניינים פליליים, בו נשפטו בעיקר מי שהואשמו בעברות שהעונש עליהן היה עונש מוות.³⁸ עוד העמידה הפקודה את התנאים הבאים: ש"יהיה זה ראוי על פי עקרונות הצדק" להעניק לנאשם עזרה משפטית, ו"שהוא חסר יכולת לספק לעצמו עזרה שכזו". בשנת 1937 תוקנה הפקודה, ושיקול הדעת למינוי סנגור על חשבון האוצר הכללי הורחב והוחל על כל נאשם שהואשם על פי כתב אישום מסוג information, גם בבית משפט שאיננו בית המשפט לעניינים פליליים.³⁹ בתיקון זה לא היה שינוי משמעותי הואיל והוא התייחס רק לנאשמים בעברות חמורות יחסית שנשפטו בבתי המשפט המחוזיים, ולא לרוב הנאשמים, שהואשמו שלא על פי information בבתי משפט השלום.⁴⁰

נוסף על כך שדובר רק בשיקול דעת שיפוטי למינוי סנגור (להבדיל מזכאות לייצוג או מחובת ייצוג), ועל כך שגם שיקול דעת זה הוגבל למקרים מצומצמים יחסית, ההליך להגשת בקשה לקבלת סיוע משפטי היה מסובך ביותר.⁴¹ חלק מהנאשמים כלל לא ידעו על קיומה של האפשרות החוקית לבקש מינוי עורך-דין; אלו שכן ידעו על אפשרות זו התקשו להוציאה אל הפועל. נראה שככל שהנאשם היה עני יותר ומשכיל פחות, כך היה לו קשה

38 Courts Ordinance, 1924, I Laws of Palestine (1818-1925), at p. 199

Poor Prisoners' Defense (Amendment) Ordinance, No. 39 of 1937, THE PALESTINE 39

.GAZETTE, Supp I, at p. 295 (23rd December, 1937)

40 באותה עת, לבתי משפט שלום – שה- (Criminal Procedure (Trial upon Information) Ordinance 40

לא חלה עליהם – הייתה סמכות שיפוט על עברות שדינן שלוש שנות מאסר או

קנס של 300 פאונד. ראו Magistrates Courts Jurisdiction Ordinance, 1935. עם זאת, בתי

משפט השלום היו מוגבלים בעונש שיכלו להטיל. שופט פלסטיני לא רשאי היה להטיל עונש

כבד יותר משנת מאסר אחת או קנס של 100 פאונד, ושופט שלום בריטי לא היה רשאי להטיל

עונש כבד יותר משתי שנות מאסר או קנס של 200 פאונד. עדיין, הרוב המכריע של הנאשמים

נשפטו בפני בתי משפט אלו, שבהם לא חלה פקודת ההגנה על אסירים עניים.

41 לפי הכללים שנקבעו בצד הפקודה (Poor Prisoners Defense Rules, III Laws of Palestine,) 41

at p. 2377 היו שני מסלולים נפרדים לפתיחה בהליך המינוי. בשלב החקירה המקדמית רשאי

היה השופט החוקר (Examining Magistrate) להעביר המלצה לנשיא בית המשפט למנות

סנגור לנאשם, אם הוא סבר שהמקרה מעורר שאלות משפטיות או עובדתיות מסובכות

ושהנאשם חסר אמצעים. בשלב המשפט רשאי היה הנאשם עצמו לפנות לנשיא בבקשה למינוי

עורך-דין. בבקשה חייב היה העותר לפרט את עיקרי הגנתו, והיא הייתה צריכה להיות מלווה

באישור מאת ראש הרשות המקומית שבה התגורר על כך שאין בידיו די אמצעים לשכור את

שירותיו של סנגור. על בסיס הפנייה מהשופט החוקר או מהנאשם היה נשיא בית המשפט

מחליט אם למנות עורך-דין. ראו EPHRAIM SALANT, CRIMINAL PROCEDURE AND PRACTICE

.IN PALESTINE (1947)

יותר אפילו ליזום את הליך המינוי ולעמוד בתנאים הפורמליים להגשת הבקשה המתאימה.⁴² פגם נוסף בשיטה המנדטורית היה שלצורך הגשת הבקשה למינוי סנגור היה הנאשם חייב לחשוף את הגנתו. מובן כי הליך זה העמיד את הנאשם חסר האמצעים בעמדת נחיתות בהשוואה לנאשמים אחרים.⁴³

כפי שנראה בהמשך, זכות הייצוג הורחבה במשך השנים. עם זאת, הבעיות שהוצגו לעיל – ובעיקר היותה של הזכות מוגבלת מאוד מבחינת חומרתה של העברה מחד גיסא ותלויה בשיקול דעת שיפוטי מאידך גיסא – לא הוסרו במרוצת השנים. על אף השינויים הרבים שיתוארו להלן, תפיסת הזכות לייצוג כעניין של חסד או כמותרות, להבדיל מזכות שהפרתה הופכת את ההליך לבלתי-ראוי, הייתה שרירה וקיימת עד סוף התקופה המתוארת במאמר זה.

3. רפורמות בזכות לייצוג לאחר הקמת המדינה

כמו רוב החקיקה הבריטית נשארה פקודת ההגנה על אסירים עניים בתוקף לאחר הקמתה של מדינת ישראל.⁴⁴ פקודה זו בוטלה רק עם חקיקתו של חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965.

42 כך, לדוגמה, במקרה אחד, הנאשם שהיה אסיר לא הגיש בקשה לנשיא בית המשפט, אך טען כי ביקש מאחד הסוהרים לעשות זאת עבורו. הבקשה מעולם לא הוגשה. מנגד, השופט החוקר לא השתמש בסמכותו להמליץ על מינוי עורך-דין, כך שבפני הנשיא לא הונחה כל בקשה. לבסוף הנאשם – שהאשם בכמה עברות חמורות מאוד – הורשע ללא ייצוג, ובית המשפט העליון דחה את ערעורו. בית המשפט נימק את פסיקתו בכך שהיעדר ייצוג לא בהכרח מביא לתוצאה של עיוות דין. ע"פ 4/48 ערוסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב(1), 291 (1949).

43 דרישה זו המשיכה להתקיים בארץ ישראל תחת השלטון הבריטי למרות העובדה שהיא בוטלה באנגליה בשנת 1930. החוק האנגלי משנת 1930 גם הרחיב את היקפו של שיקול הדעת למנות סנגור לנאשמים בעברות חמורות פחות. עדיין, אנשים בעלי אמצעים דלים לא היו זכאים לייצוג אלא בכפוף לשיקול דעת שיפוטי. ראו SETON POLLOCK, LEGAL AID: THE FIRST 25 YEARS (1975). ראו גם אליהו הרנון סיוע משפטי בהליכים פליליים: הלכה ומעשה על רקע השוואתי 11 (1982). לא היה זה נדיר שחוקי פלשתינה-א"י (וחוקים של קולוניות וטריטוריות אחרות) היו שונים מהמשפט שנהג באנגליה. לעתים קרובות הושפעה החקיקה הבריטית הקולוניאלית מהצרכים המיוחדים שהכתיב הרצון לשמר את השליטה הקולוניאלית. במקרים אחרים הושפעה החקיקה הבריטית מתפיסתם של משפטנים ומנהלנים קולוניאליסטים את "תנאי המקום" או את "טבעה" של האוכלוסייה הילידית. למחקר מרתק על השפעתם של שיקולים מסוג זה ושל נסיבות היסטוריות מקריות על החקיקה הפלילית בפלשתינה-א"י ראו יורם שחר "למקורותיה של פקודת החוק הפלילי" עיוני משפט ז' 113-75 (תשל"ט).

44 סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, 1948.

דה יורה, חוק חדש זה הרחיב את זכות הייצוג באופן ניכר. ראשית, הוא קבע בפעם הראשונה את החובה למנות עורך־דין במקרים מסוימים (בניגוד לסמכות שבשיקול דעת). חובת המינוי התייחסה לשלוש קבוצות של נאשמים: נאשמים שמואשמים בעברות שדינן עשר שנות מאסר ומעלה, נאשמים שלא מלאו להם שש־עשרה שנים המובאים בפני בית משפט שאינו בית משפט לנוער, ונאשמים אילמים, עיוורים או חירשים. חובת המינוי הזו חלה על כל נאשם לא מיוצג, ללא קשר למצבו הכלכלי. שנית, החוק החדש העניק לכל בית משפט שיקול דעת מלא למנות סגור לכל נאשם חסר אמצעים ולנאשמים שיש חשש שהם חולי נפש.

ההרחבה הבאה של זכות הייצוג נגעה לנאשמים בני נוער. חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 כונן את מערכת בתי משפט לנוער, בה נשפטים קטינים. חוק זה אף קבע כי "בית משפט לנוער רשאי למנות לקטין סגור אם הוא סבור כי טובת הקטין דורשת זאת".⁴⁵ אם כן, החוק קבע סמכות רחבה למנות סגור לקטין על פי שיקול דעת בית המשפט.

בשנת 1974 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 4), התשל"ה-1974.⁴⁶ חוק זה היה דבר החקיקה הראשון שהעניק סמכות למנות עורך־דין בהליכים הקודמים למשפט כגון מעצר ושחרור בערובה. לפי החוק החדש, בית המשפט יכול למנות סגור לכל חשוד או עצור שאילו היה בגדר "נאשם" היו מתקיימים לגביו התנאים המאפשרים מינוי סגור על פי שיקול דעת שיפוטי או התנאים המקימים חובת ייצוג. הרחבת הסמכויות שבשיקול הדעת של השופטים, כך שתתפרשנה גם על חשודים שטרם הועמדו לדין, הייתה מענה לאחת הבעיות שאיתרה שנים ספורות קודם לכן ועדה ציבורית בראשותו של השופט קיסטר. הוועדה, שמונתה על ידי משרד המשפטים בשנת 1968 כדי לבחון את הדרכים והאמצעים לשיפור הסיוע המשפטי בתיקים פליליים ואזרחיים, ציינה – נוסף על היעדר האפשרות למינוי סגור לעצורים ולחשודים בהליכים הקודמים למשפט – את הפגמים הבאים כטעונום תיקון: (1) העובדה שהסיוע המשפטי ניתן בעיקרו כחסד ולא כזכות (ומילים אחרות: שה"זכות" לייצוג מבוססת בעיקרה על סמכות של בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו למנות סגור, להבדיל מזכאות לייצוג או מחובת ייצוג); (2) לא ניתנה בהסדר הקיים תשומת לב מספקת למינוי עורכי־דין מתאימים לתיקים מבחינת רמתם המקצועית ותחומי המומחיות הספציפיים שלהם; (3) רק מספר קטן של עורכי־דין השתתפו בסיוע המשפטי;

45 סעיף 18(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

46 ס"ח 6.

(4) שכר הטרחה שקיבלו עורכי-דין אלה היה נמוך.⁴⁷ בעיות נוספות אלה לא זכו לפתרון בתיקון מס' 4 לחוק סדר הדין הפלילי.

לבסוף, בשנת 1981 חוקק חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981. תיקון זה כלל ארבעה שינויים בזכות הייצוג – שני שינויים שהרחיבו את היקפה של הזכות ושניים שצמצמו אותה. ההרחבה הראשונה מתייחסת להליך של "עדות מוקדמת". הליך זה מאפשר, במקרים מסוימים, לגבות עדות של עד חיוני שלא על פי סדר הדברים הרגיל, ואף לפני שהוגש כתב אישום, אם ניתן להניח שלא יתאפשר לשמוע עדות זו מאוחר יותר בהתאם להליכי משפט רגילים. התיקון השווה לעניין זכות הייצוג את מצבו של חשוד שהוחלט לגבות כנגדו עדות מוקדמת לזה של נאשם רגיל. ההרחבה השנייה הייתה התוספת של נאשם לקוי ככושרו השכלי לקטגוריות של נאשמים שניתן למנות להם עורך-דין על פי שיקול דעתו של בית המשפט.

הצמצום הראשון לזכות הייצוג, למרות משמעותו הרבה, עבר כמעט ללא תשומת לב. בעוד שלפני התיקון קמה חובת ייצוג במקרים שבהם הנאשם "הואשם בעבירה שדינה מאסר עשר שנים או יותר", הוסיף התיקון את המילים "בבית משפט מחוזי". התיקון עיגן בחקיקה את ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון שנה קודם לכן. על פי נוסחו הקודם של החוק קבע בית המשפט העליון ברוב דעות שלא חלה חובת ייצוג אם כתב האישום הוגש לבית משפט שלום, שבשעתו היה מוסמך להטיל רק עד שלוש שנות מאסר בגין עברה אחת, אפילו אם העונש המרבי הקבוע בחוק בגין העברה הוא עשר שנות מאסר או יותר.⁴⁸ משמעותה של ההלכה החדשה, שעוגנה עתה בחקיקה, הייתה כי במקרים שבהם יש לתביעה שיקול דעת אם להגיש את כתב האישום בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי,⁴⁹ ניתן יהיה להימנע מחובת המינוי על ידי הגשה של כתב האישום לבית משפט השלום. הצמצום השני היה בכך שנקבע כי חובת המינוי לא חלה בערעורים אם הנאשם

47 דו"ח הוועדה לבדיקת האמצעים והדרכים של שירותי הסעד המשפטי למעוטי יכולת והרחבת היקפם של שירותים אלו (1969).

48 לדיון בהלכה זו ולביקורת עליה ראו להלן, הטקסט ליד הערות 98-100.

49 כאשר מדובר בעברות לפי פקודת הסמים המסוכנים התביעה יכולה לבחור אם להגיש את כתב האישום בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי. אם הוגש כתב האישום בבית משפט שלום לא תקום חובה למנות לנאשם עורך-דין אף על פי שדינן של עברות אלו הוא יותר מעשר שנות מאסר. עם זאת, בית משפט שלום לא יכול לגזור על נאשם יותר משבע שנות מאסר בגין עברה אחת. ראו חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, סעיף 51 (א)(1)(ב) והתוספת השנייה לחוק זה.

ביקש לא להיות מיוצג ובית המשפט שוכנע שלא ייגרם אי-צדק אם הנאשם יוותר לא מיוצג בערעור.⁵⁰

הערות	שיקול דעת בית-משפט	זכאות לייצוג	חובת ייצוג	שינויים בזכות לייצוג הוראות החיקוק
	נאשמים בעבירה שדינה מיתה אם ראוי על פי עקרונות צדק והנאשם חסר יכולת לספק לעצמו עזרה			Poor Prisoners Defense Ordinance, 1926
התנאים הנוספים ובהם חוסר יכולת נשארו בתוקף.	החלת הסמכות למנות סניגור בעבירות שעונשן למעלה מ-3 שנות מאסר.			Poor Prisoners Defense (Amendment) Ordinance, No. 39 of 1937
ביטול הפקודה המנדטורית	נאשמים חסרי אמצעים נאשמים שיש חשש שהם חולי נפש		נאשמים בעבירות שעונשן 10 שנים ומעלה/ קטינים שלא מלאו להם 16 בבית משפט שאיננו בית משפט לנוער/ נאשמים חרשים, עיוורים או אילמים	חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965
	נאשמים קטינים בבית משפט לנוער			חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971

50 סעיף 15(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965.

מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי

<p>בפעם הראשונה סמכות למנות סניגור לחשודים</p>	<p>חשודים שאם היו נאשמים היתה חובה או סמכות למנות להם סניגור (עבירה מעל 10 שנים, קטין מתחת ל-16 שהובא לבית משפט שאיננו בימ"ש לנוער, חרשים, עיוורים, אילמים, חסרי אמצעים, חשש למחלת נפש)</p>			<p>חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 4), התשל"ה-1974</p>
<p>השוואת מצבו של חשוד בהליך של עדות מוקדמת לזה של נאשם/ עיגון בחקיקה של ההלכה שחובת הייצוג בעבירות של 10 שנות מאסר ומעלה חלה רק בבית המשפט המחוזי/ סיוג חובת הייצוג בערעורים</p>	<p>נאשם לוקה בכושרו השכלי</p>			<p>חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15), התשמ"א-1981.</p>

ג. ניתוח ביקורתי של מגמות החקיקה

כאשר מסתכלים אחורה על ההיסטוריה החקיקתית שתוארה לעיל, ניתן לזהות מגמה ברורה להרחבה של שיקול הדעת של בתי המשפט למנות סניגור. שיקול הדעת השיפוטי, שהיה מצומצם ביותר בתחילת התקופה, הורחב לסוגי הליכים חדשים ולקטגוריות נוספות

של נאשמים או חשודים. בשוליים נחקקה גם חובת מינוי מוגבלת. כפי שניתן לראות בטבלה המסכמת, מתוך ששת התיקונים לחקיקה שהזכרתי, ארבעה הוסיפו סמכויות שבשיקול דעת לבית המשפט, אחד (חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965) הוסיף הן סמכות שבשיקול דעת והן כמה קטגוריות המחייבות מינוי עורך-דין, ואחד (תיקון 1981) העניק הן סמכות שבשיקול דעת והן חובת מינוי – אך באותה נשימה גם החליף חובה למנות סנגור בסמכות שבשיקול דעת.

כעת אדון בשאלה האם תיקוני החקיקה באותה תקופה היו בבחינת שיפור והתקדמות – או שמא יצרו תיקונים אלו "אפקט לגיטימציה" וגרמו למערכת להיראות הוגנת כלפי נאשמים או עצורים חסרי אמצעים ללא הצדקה? הניתוח הביקורתי יישען לא רק על פרטי החקיקה השונים אלא גם על ניתוח השיח והרטוריקה שבה השתמשו השחקנים הפוליטיים השונים, כפי שניתן לאתר ממסמכים כגון הצעות חוק, פרוטוקולים פרלמנטריים ודו"חות ציבוריים. מקורות אלה מהווים אמצעי גישה לתודעה הרווחת בתקופה נתונה, ובאמצעותם ניתן לצייר תמונה של תודעה זו.

הרחבת הסמכות שבשיקול הדעת למנות עורך-דין היוותה, כאמור, את אחד המאפיינים הבולטים של ההיסטוריה של זכות הייצוג בישראל. בתחילת שנות השמונים רק הקטגוריות הבאות הוגדרו כמחייבות מינוי עורך-דין: נאשמים (או חשודים בהליך שבו נגבית "עדות מוקדמת") המואשמים בבית משפט מחוזי בעברה שדינה עשר שנות מאסר ומעלה; נאשמים חירשים, אילמים או עיוורים; ונאשמים מתחת לגיל 16 בבית משפט שאינו בית משפט לנוער. לא הייתה חובה למנות עורך-דין לכל אלו שלא נכנסו לקטגוריות צרות אלו (כ-95% מקרב כלל הנאשמים),⁵¹ ולמעשה לא הייתה להם גם זכאות לייצוג. לחלק מהם הייתה אפשרות לזכות במינוי סנגור על פי שיקול הדעת של בית המשפט. הקטגוריות של נאשמים (וחשודים בהליכי עדות מוקדמת) שניתן היה למנות להם סנגור על פי שיקול דעת שיפוטי היו בשלב זה רחבות למדי: נאשמים חסרי אמצעים, נאשמים בבתי משפט לנוער ועצורים לצורך חקירה שנכללו באחת מהקטגוריות המחייבות ייצוג או מעניקות סמכות שבשיקול דעת למנות סנגור לנאשמים.

מה היו הסיבות לאימוץ המינוי שבשיקול דעת כמרכיב מרכזי כל כך של זכות הייצוג? מדוע רק קטגוריות מצומצמות הוגדרו כמחייבות מינוי? כדי לענות על שאלות אלו אתחקה אחר השיח שליווה גרסה זו לזכות הייצוג וקידם אותה. "אפקט הלגיטימציה" טמון, בין היתר, בפער שבין ההתבטאויות הרטוריות לבין מה שהתרחש בפועל, בעולם המציאות.

51 קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי-יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג 557, 607 (1988).

1. ההצדקות להתניית הזכות לייצוג בשיקול דעת שיפוטי

שני הסברים, שהיו שזורים זה בזה, הוצגו תדיר כדי להצדיק את האימוץ של סמכות המינוי שבשיקול דעת כעיקר העיקרים של הזכות לייצוג. ההצדקה הראשונה הייתה שהשופטים ישתמשו בשכל ישר, יפעילו את שיקול הדעת למינוי עורך-דין באופן ליברלי, וימנו סגור בכל מקרה המצדיק זאת. ההצדקה המשלימה הייתה שהשופטים יכולים לעזור לנאשמים להגן על עצמם, ושהם יעשו כן במקרים שבהם לא ימונה סגור. צמד הצדקות זה שב ומופיע במפורש או במרומז במשך התקופה בה אנו עוסקים. הנחת היסוד של שתי הצדקות אלה, המקופלת בשיקול הדעת השיפוטי, היא שאין צורך בייצוג בכל מקרה. המאפיין את השיח המשתמש בשתי ההצדקות הוא ששימוש בכל אחת מהן מחזק עוד יותר את ההנחה שבבסיסן.

ניתן להבחין ברעיון ובאמונה שבתי המשפט אכן יעשו שימוש נרחב בסמכויות שיקול הדעת שלהם במשך כל התקופה שבה אנו עוסקים. הם מוצאים ביטוי בטונים החגיגיים ובנימה הבוטחת של דבריהם של חברי הכנסת בכל הזדמנות שבה הורחב שיקול הדעת השיפוטי. כך נבנה נרטיב ה"קדמה". על פי נרטיב זה אנו מתקדמים בהדרגה (ולא כל כך לאט) לעבר מציאות שבה כל מי שזקוק לייצוג – יהיה מיוצג. טלו לדוגמה את השיח שנלווה לתיקון חוק סדר הדין הפלילי בשנת 1974, שהוסיף קבוצות מסוימות של חשודים או עצורים לצורכי חקירה לאלו שיש לבית המשפט סמכות למנות להם עורך-דין. בקריאה הראשונה בכנסת אמר שר המשפטים חיים צדוק: "כל סעיף בפני עצמו הוא תרומה נכבדה לשיפור ההליך הפלילי ולהגנת זכויותיו של החשוד והנאשם, כדי לשפר את הכלים והאמצעים לעשיית משפט צדק בהליך הפלילי".⁵² חברי כנסת נוספים, אפילו ממפלגות האופוזיציה, הצטרפו אליו בנימה זו של טפיחה עצמית על השכם. חבר הכנסת ידידיה בארי ממפלגת הליכוד הסביר את חשיבותה של זכות הייצוג בשלב המשפטי של מעצר וחקירה – מן הסתם בלי לצפות את ההשפעה המעטה שתהיה למתן הסמכות שבשיקול הדעת.⁵³ דוגמה אחרת, טיפוסית לשיח המשפטי ביחס לזכות הייצוג כזכות שבשיקול דעת, היא תגובתו של נציג ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת בר רב האי, להצעה של חבר הכנסת קושניר ממפ"ם לחייב בחוק סדר הדין הפלילי משנת 1965 מינוי עורך-דין לנאשם שיש לגביו חשש כי הוא חולה נפש. בר רב האי קרא להסתפק בסמכות שבשיקול דעת, כפי שהוצע בהצעת החוק:

52 ד"כ תשמ"ד, עמ' 2126.

53 שם.

החשש [שהנאשם חולה נפש] מתעורר במהלך המשפט. ברור שרק בית המשפט יחליט לפי הנסיבות מה הוא צריך לעשות, אם אין לנאשם סנגור. חזקה על בתי המשפט במדינת ישראל שהם לא יקמצו בהוצאות במקרה דנן. אני חולק על כך שההכרעה בנידון לפי שיקולים פיסקליים. אני מכחיש זאת.⁵⁴

ניתן לראות כאן בפעולה לא רק את הציפייה שבית המשפט ישתמש בסמכותו שבשיקול דעת בצורה נדיבה, אלא גם את הרעיון שבית המשפט ידע מה הדבר הנכון לעשותו. ההנחה החבויה היא שלא כל אחד באמת צריך להיות מיוצג על ידי עורך-דין. גם ההסבר המשלים, שלפיו במקרים שבהם שופטים לא ימנו עורך-דין הם יוכלו להגן על האינטרסים של הנאשם או החשוד בעצמם, הוצג כבר בראשית הדרך. אכן, הצעת חוק סדר הדין הפלילי צפתה את הביקורות על זכות הייצוג המצומצמת שהוצעה, והגיבה להן באופן מתנצל, תוך הישענות על פסיקתו של בית המשפט העליון:

ראוי להזכיר את פסק-דינו של בית המשפט העליון [...] כי כשהאשמה היא חמורה ובית המשפט לא דאג למנות סנגור, על בית המשפט עצמו לשים לב להגנת הנאשם ולעשות מאמץ על מנת שהנאשם לא יקופח מחוסר עורך-דין, כגון לחקור את עדי הקטגוריה בחקירה נגדית ולדאוג להזמנת עדי הגנה.⁵⁵

סוג הצדקה זה הועבר מאחורי הקלעים אל קדמת הבמה כאשר בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 נוספה לצדה של הסמכות שבשיקול דעת למינוי עורך-דין ההוראה ש"באין לקטין סנגור, יעזור לו בית המשפט לחקור את העדים".⁵⁶

54 ד"כ 1965, עמ' 2309.

55 הצעת חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ג-1963, ה"ח 187. הצדקה אחרת לזכות הייצוג המוגבלת שבהצעת החוק הוצגה בדיוני הכנסת על ידי שר המשפטים דב יוסף. יוסף הסביר שעל פי החוק החדש יהיה עיקר ההתדיינות על עובדות, לעומת המצב על פי החוק הישן שבו היה עיקר ההתדיינות בקשר לאשמה. לפי יוסף, הקשר לייצוג הוא בכך שכשעיקר התיק עסק בשאלות משפטיות היה קשה יותר לנאשם לא מיוצג לדעת מהו המפתח להגנתו. לכן, [...] לאדם שאינו נעזר בעורך-דין – ולצערנו ישנם הרבה כאלה – [השינוי] הוא בגדר רווחה גדולה ומשמעותית". הצדקה זו אינה משכנעת. אחד התחומים שבהם סוּעו של עורך-דין נחוץ ביותר הוא דווקא שלב קביעת הממצאים העובדתיים. בשלב זה נדרשת שליטה בדיני הראיות ויכולת לנהל חקירות, ראשיות ונגדיות. יותר מכך: העובדה שהחוק החדש קבע שכתב האישום יפרט תחילה את העובדות אינה משחררת את הנאשם מהצורך לדעת את ההשלכות המשפטיות של כל עובדה שהוכחה ולטעון טיעונים משפטיים לאחר שלב ההוכחות.

56 סעיף 18(ג) לחוק הנוער.

2. ההצדקות אל מול המציאות

מחקרים אמפיריים ונתונים סטטיסטיים מצביעים על כך שהציפייה שהשופטים יעשו שימוש נרחב בסמכותם למנות עורך-דין הייתה בבחינת אשליה. דו"ח הרנון משנת 1983 מצא ששופטים כמעט לא מינו סגורים תוך שימוש בשיקול דעתם.⁵⁷ לפי המחקר שערך הרנון, רוב המקרים שבהם מינה בית המשפט עורך-דין השתייכו לקבוצת המקרים המצומצמת שחייבה מינוי עורך-דין.⁵⁸ במקרים הנדירים שבהם השתמשו בתי המשפט בשיקול הדעת שהוקנה להם ומינו עורך-דין היה זה בדרך כלל ביזמת הנאשם.⁵⁹ מסקנת המחקר בנושא זה הייתה כי מימוש הסמכות ושיקול הדעת למנות עורך-דין בהיעדר חובה לעשות כן ובהיעדר חשש כי הנאשם חולה נפש היה אירוע נדיר ביותר. המחקר הדגיש את הניגוד הבולט בין מספר הנאשמים חסרי האמצעים, שלגביהם הייתה לבית המשפט סמכות למנות עורך-דין, לבין המספר המצומצם של המינויים שבוצעו בפועל על פי סמכות זו.⁶⁰ מסקנות אלו נתמכו בנתונים מאוחרים יותר, שהתייחסו לשיעורי הייצוג הנמוכים בבתי משפט שונים. במחקר שבדק תיקים שכתבי האישום בהם הוגשו בשנת 1983 לבית משפט השלום בתל-אביב, נמצא כי 70.4% מהנאשמים לא היו מיוצגים בשלב ההקראה ו-88.7% לא היו מיוצגים במשפט.⁶¹

ראיה עקיפה נוספת לחוסר הנכונות של השופטים להשתמש בשיקול הדעת שלהם ניתן למצוא בהשוואה בין אחוז הנאשמים והחשודים המיוצגים בתקופה שבה הייתה ה"זכות" תלויה בשיקול דעת לבין אחוז המיוצגים באותן קטגוריות של נאשמים או חשודים בתקופה מאוחרת יותר, כששיקול הדעת השיפוטי הומר בזכאות לייצוג. המחקרים מראים בבירור שכאשר בקטגוריה מסוימת הוענקה זכאות לייצוג, להבדיל משיקול דעת שיפוטי למינוי סנגור, הייתה עלייה משמעותית באחוז המיוצגים. העלייה הדרמטית בשיעור הייצוג מראה שאחוז הייצוג הנמוך בתקופה שלפני המעבר לזכאות לא נבעה מכך שהקטגוריות שלגביהן רשאי היה בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו היו צרות מדי; למעשה הן היו רחבות למדי. השיעור הנמוך של הנאשמים המיוצגים משקף את העובדה שהשופטים לא השתמשו בסמכותם זו.

- 57 אליהו הרנון סיוע משפטי בהליכים פליליים: הלכה ומעשה על רקע השוואתי 123 (1983).
(להלן: מחקרו של הרנון).
58 שם, בעמ' 126.
59 שם, בעמ' 130.
60 שם, בעמ' 133.
61 ראו קנת מן "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" הפרקליט לח 466 (1988) (להלן: מן, אפליית לרעה); קנת מן נאשמים בפלילים וייצוגים על ידי עורכי-דין (1988) (להלן: מן, נאשמים פליליים).

מחקר שדה שנערך בתל-אביב בשנת 1992 הראה שרק 37% מכלל החשודים היו מיוצגים בדיונים להארכת מעצר לצורך חקירה.⁶² הנתונים המתייחסים לייצוג היו נמוכים עוד יותר בכל הנוגע למינוי שבשיקול דעת. המחקר מצא שמתוך 107 חשודים שהובאו בפני שופט ולא היו מיוצגים על ידי עורך-דין פרטי, רק לשישה (5.6%) מונה עורך-דין, תוך שימוש בסמכות שבשיקול הדעת של בית המשפט. מצב זה השתנה במידה ניכרת רק לאחר הקמתה של הסנגוריה הציבורית ואימוץ ההסדרים החדשים שהעניקו לחשודים זכאות לייצוג.⁶³ דוגמה נוספת היא בתי המשפט לנוער. שופטי הנוער לא השתמשו בנדיבות בסמכות שבשיקול הדעת למנות עורך-דין. גם כאן, השינוי הדרסטי התרחש רק לאחר הקמת הסנגוריה הציבורית וחקיקת זכאות הייצוג לכל הנאשמים הקטינים.⁶⁴ מן האמור עולה שהציפייה כי בית המשפט יעשה שימוש נרחב בשיקול הדעת למנות סגור לא הייתה מבוססת.⁶⁵

62 אבי פורג וגלאון קפלנסקי "הליכי מעצר לפני הגשת כתב אישום בבית משפט השלום: מחקר שדה" פלילים 3, 291, 305 (1992). תהיה זו הנחה סבירה שבאזורים אחרים במדינה, ובמיוחד בפריפריה, אחוז המיוצגים היה אפילו נמוך יותר מ-30%. הנחה זו מבוססת על מחקרים אחרים שהראו כי שיעורי הייצוג בתל-אביב גבוהים מאלה שבפריפריה. ראו יואב ספיר "הגנה ראויה על אנשים לא נחמדים": הערות על מגילת הזכויות הרזה שבטיוטת החוקה" משפט וממשל י 527, ה"ש 31 (2007).

63 כך, למשל, שיעור הייצוג בבקשות להארכת מעצר לצורך חקירה בבית משפט השלום בתל-אביב זינק מ-40% בשנת 1998 ל-85% בשנת 1999. זאת, לאחר שבחודש נובמבר 1998 נכנסו לתוקף התקנות המקנות זכאות לייצוג בהליך זה. הגידול נבע בעיקר מייצוג על ידי סנגורים ציבוריים, בעוד ששיעור הייצוג הפרטי כמעט שלא השתנה. ראו חגית לרנאו "מתכון לחקיקה לא יעילה: המקרה של חוק המעצרים" מחקרי משפט כד (1) 123, 133 (2008); דוח שנתי 1999, עמ' 14; "היעדר ייצוג לעצירים וקטינים בצפון המדינה" (דווח על ידי הסגור הציבורי הראשי, 31 באוקטובר, 1999) (נמצא אצל המחבר).

64 בתוך שנתיים מאז שנקבעה בתקנות זכאות לייצוג לנאשמים בבית המשפט לנוער הוכפל שיעור הייצוג בבית משפט זה מ-30% ל-60%. דו"ח שנתי 1999, עמ' 13-14.

65 גם לאחר ייסוד הסנגוריה הציבורית נראה שחלק מהשופטים עדיין לא השתמשו בסמכויותיהם שבשיקול הדעת באופן ליברלי. אף על פי שהזכאות לייצוג הורחבה והיא חלה על נאשם חסר אמצעים שהואשם בעברה שדינה חמש שנות מאסר או יותר, ואף על פי שגם סמכויות המינוי של בית המשפט על פי שיקול דעתו הורחבו עד שבאופן מעשי ניתן היה להחילן לגבי כל נאשם, בשנת 2001 היו עדיין 58% מכל הנאשמים בבתי משפט שלום בלתי מיוצגים; דו"ח הסנגוריה הציבורית: היקף הייצוג במשפטים פליליים (2001) (נמצא אצל המחבר). מאז חקיקת חוק הסנגוריה הציבורית חל גידול הדרגתי בשיעורי הייצוג. ניתן לייחס גידול זה גם לפעולותיה של הסנגוריה הציבורית להטמעת חשיבותה של הזכות לייצוג כמו גם ליצירת מערכת של סנגורים זמינים. ראו SAPIR, לעיל ה"ש 1, בעמ' 200-205. עם זאת נראה כי גידול משמעותי בשיעורי הייצוג של נאשמים התרחש עם חקיקת חובת הייצוג בדיונים בפני שופט מוקד (סעיף 143 לחסד"פ וסעיף 18(א)(12) לחוק הסנגוריה הציבורית) וחובת ייצוג

הטענה המשלימה, לפיה המשפט יעזור לנאשמים לא מיוצגים ויגן על זכויותיהם הייתה גם היא לא נכונה. ראשית, האמירה שעל בתי המשפט מוטלת חובה כזו לא ייצגה את המצב המשפטי שרווח אז (ואינה מייצגת גם את זה שרווח כיום), והיה בה משום הפרזה. כפי שצוין לעיל, הצעת החוק משנת 1965 הפנתה להחלטה של בית המשפט העליון שלכאורה הטילה חובה כזו על הערכאה הראשונה;⁶⁶ אולם קריאה מדוקדקת של החלטתו של בית המשפט העליון מגלה שלמעשה בית המשפט לא הטיל חובה על הערכאות הראשונות לדאוג להגנתם של נאשמים לא מיוצגים. למעשה, באותו מקרה מצא בית המשפט העליון כמה פגמים בהכרעתו של בית המשפט המחוזי, ובין פגמים אלה הוא מנה את העובדה שבית המשפט לא שאל את העדים ולו שאלה אחת.⁶⁷ מכאן ועד לאמירה שהוטל על בתי המשפט התפקיד למלא את מקומו של סנגור כשהנאשם אינו מיוצג המרחק גדול.⁶⁸ חשוב מכך: גם אם הייתה חובה שכזו בדין, וגם אם היו בתי המשפט נכונים למלא אותה בכל לבם, המציאות היא שבשיטה האדברסרית בתי המשפט לא יכולים למלא את המשימה של הגנת הנאשם. הספרות המשפטית בישראל ומחוצה לה הטילה ספק ברעיון שבית משפט בשיטה אדברסרית בעיקרה יכול להוות תחליף לסנגור ויכול להגן באופן מספק על האינטרסים של הנאשם.⁶⁹ כיום נראה שיש הסכמה רחבה מאוד שמדובר בעמדה מופרכת.

כשניתנה הודעת תובע על אפשרות של מאסר בפועל (תיקון 49 לחסד"פ). ראו גם ספיר, ה"ש 62, בעמ' 527, ה"ש 31.

66 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 55.

67 ע"פ 42/49 נג'ר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב(1) 810 (1949).

68 ניתן למצוא בפסיקתו של בית המשפט העליון באותן שנים כמה אמרות אגב שלפיהן השופטים יכולים ואולי אף רצוי שיחלצו להגנת הנאשם הלא מיוצג. ראו, למשל, דבריו של השופט ח' כהן בע"פ 21/72 צייגר נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 505 (1973). על-כל-פנים, אמרות בודדות אלה לא שיקפו את ההלכה או את הפרקטיקה.

69 הטענות כי שופטים יכולים להגן על אינטרסים של נאשמים אינן חדשות. הייתה זו אחת הטענות העיקריות של מדינת פלורידה בפסק הדין המפורסם בעניין *Gideon*. ראו Brief for the Respondent, in the Supreme Court of the United States, October Term, 1962 *Gideon v. Wainwright*, Richard W. Ervin, Attorney General of Florida. באחת הפסקאות המפורסמות והמצוטטות ביותר בפסק הדין דחה השופט בלאק את טענתה זו של מדינת פלורידה: "[...] reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth. Governments, both state and federal, quite properly spend vast sums of money to establish machinery to try defendants accused of crime. Lawyers to prosecute are everywhere deemed essential to protect the public's interest in an orderly society. Similarly, there are few defendants charged with crime, few indeed, who fail to hire the best lawyers they can get to prepare and present their defenses. That government hires

השופט נכנס לתמונה בשלב מאוחר של ההליך, ואילו ייצוג הולם של נאשם כולל מגוון של פעולות הנעשות מחוץ לאולם בית המשפט. בין היתר, סנגור חייב לנהל מערכת יחסים המבוססת על אמון עם לקוחו וחייב לשמוע את גרסתו לאירועים; סנגור יכול לנהל חקירה בעצמו ולגלות עדויות שיעזרו ללקוח; סנגור מכיר את חומר החקירה שאספו רשויות האכיפה; הוא יודע מה אמרו העדים השונים במשטרה והוא יכול לברר פרטים על הרקע ועל העבר של העדים. המידע שברשות הסנגור מנחה אותו כשהוא מייצג ללקוח באשר לתשובה לכתב האישום, במשא ומתן עם התביעה, בקן ההגנה במשפט, בהחלטות באשר להבאת ראיות וזימון עדים, ובהופעותיו בבית המשפט, כולל בניהול החקירות הנגדיות. ברור שהשופט, החסר את האינפורמציה הנדרשת ואת מערכת יחסי האמון עם הנאשם, לא יכול למלא תפקידים אלה.

בארץ, אפילו חובות מוגבלות ביותר שהוטלו על בתי המשפט – כמו החובה להסב את תשומת לבו של הנאשם לזכותו להתנגד לראיה לא קבילה ולעזור לו לחקור עדים במקרים מסוימים – קוימו באופן חלקי בלבד. מחקר שדה שהתבסס על ראיונות עם שופטים הגיע למסקנה כי "ברור שאין בכך משום תחליף לייצוג על-ידי סנגור. זאת – במיוחד לאור חוסר האחדות בקרב שופטים באשר למקרים בהם הם נוהגים לעזור". מסקנה נוספת של המחקר הייתה שמצבם של הנאשמים הלא מיוצגים הורע בשל היעדר הייצוג.⁷⁰

לשתי ההצדקות – שבתי המשפט ישתמשו בסמכותם למנות סנגורים באופן תדיר, ושהם יעזרו לנאשמים לא מיוצגים – לא הייתה אחיזה במציאות; יתרה מכך: גם ההנחה שעמדה ביסודן – שרבים מן הנאשמים אינם זקוקים לייצוג – הייתה מוטעית. במצב שבו רק התביעה מיוצגת, חוסר האיוון בין תביעה להגנה, הקיים ממילא במערכת המשפט הפלילית,⁷¹ מחריף באופן ניכר. כך נהפך לפארוסה הרעיון האדברסרי של התמודדות על

lawyers to prosecute and defendants who have the money hire lawyers to defend are the strongest indications of the wide-spread belief that lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries [...] [O]ur state and national constitutions and laws have laid emphasis on procedural and substantive safeguards designed to assure fair trials before impartial tribunals in which every defendant stands equal before the law. This noble ideal cannot be realized if the poor man charged with crime has to face his accusers without a lawyer to assist him." Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 344 (1963)

בתקופה מאוחרת יותר נמתחה בישראל ביקורת חריפה על הרעיון שהשופט יכול למלא את תפקידו של הסנגור, בין היתר על ידי מן, אפליה לרעה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 470; יורם שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 399 (1994); איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (1998).

מחקרה של מרים נאור המופיע אצל מחקרו של הרנון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 114-118.

71 ראו המאמר הקלאסי Abraham S. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L.J. 1149 (1960) (טוען שההליך הפלילי נותן

בסיס שווה, שבמסגרתה תצופה ותתגלה האמת. להיעדר ייצוג יש גם השפעה פסיכולוגית עצומה על הנאשם, החווה את ההליך הפלילי כהליך מפחיד והרסני.⁷² לבסוף, למרות טבעם הבעייתי של מחקרים אמפיריים המתייחסים לתוצאותיהם של המשפטים הפליליים,⁷³ יש ראיות חד-משמעיות, בישראל ובמדינות אחרות, שמצבם של

יתרון משמעותי לתביעה בכך שהוא מגמיש את אמות-המידה של טענות והוכחות שבהן היא צריכה לעמוד, מבלי לפצות את הנאשם בביטחונות ובהגנות מספקים ותוך דחייתה של חזקת החפות לטובת "חזקת האשמה".

72 חיים כהן לעג, בשפתו היפה, לרעיון שהשופט – בניגוד לשופט או לתובע – ייתפס על ידי הנאשמים כמגנם: "התיאוריה המקובלת היא שברגע שהנאשם נכנס לבית המשפט – או, ליתר דיוק, ברגע שהשופט נכנס לבית המשפט, שם מחכה לו הנאשם – משתחרר הנאשם מיד ובאורח אוטומטי מכל פחד ומכל עצבנות: לבו מתרחב, רוחו מתחזקת, והוא חופשי לדבר או לשתוק, ויודע כל זכויותיו ומסוגל להשתמש בהם באורח סביר ורציונלי. כל החששות השיפוטיות החמורים אשר ליוו את הנאשם בדרכו המסוכנת בשלבי החקירה המשטרית, נמוגו ואינם עוד, שעה שיצא מאפילת החקירה אל האור הגדול של אולם בית המשפט. עכשיו, משפורש עליו השופט סוכת שלומו, הגיע אל חוף מבטחים, ושום סכנה סמויה אינה אורבת לו עוד. עתה יעמדו לו לנאשם כל זכויותיו המקודשות למיניהן, והשופט הוא המעניקן לו מאוצרו החוקי הטוב; ואין צריך לומר שחזקה על הנאשם שהוא מקבל מתנות נדיבותו ואדיבותו של השופט בהכרה טובה עמוקה ומתוך רגש של הקלה ובטחון. אילו הייתי פסיכולוג, לא הייתי יכול לעמוד בפני הנסיון לחקור בגורמים הנפשיים שהביאו את השופטים (ובראשונה: השופטים האנגליים) לידי יצירת תיאוריה שכזו. קשה להניח שהשופטים השלו את עצמם כאשליה שיש באישיותם רבת הקסם כדי למלא את הנאשם הרגעה ובטחון – ומה גם שרובם ככולם עושים את מלאכתם מבלי להעלות אף חיוך קל על שפתותיהם; ושמעתי מספרים על שופטים שלא נשאו עיניהם אף פעם אחת להסתכל בפני הנאשם במשך המשפט. אם האמון אשר השופט נוטע בלב הנאשם אינו קשור באישיותו של השופט, כי אז צריך ויהא קשור במעמדו ובשמו הטוב של המוסד השיפוטי – לאמור, יודע הנאשם שבית המשפט מצווה לשמור ולהגן על זכויותיו, ויודע הוא שבית המשפט ממלא תפקידיו נאמנה. אפילו נניח שהנאשם אמנם יודע זאת – ואין צריך לומר שלהנחה זו טרם הובאו ראיות עובדתיות – ושידיעתו היא ידיעת האמת, עדיין קיימת בליבו של הנאשם ידיעה אחרת, גדולה ממנה, מכריעה וגורלית ממנה: היא הידיעה שבאימת הדין הוא עומד, ועל חייו וחירותו הוא נלחם; וקול הרעש הגדול של אימת הדין משתיק ומסכל כל הרגשה אפשרית של אמון או בטחון. בעיני הנאשם אין השופט – ואין השופט יכול להיות – מושיע ומגן, אלא הוא האויב, הוא המתנכל לו, הוא הרוצה לפגוע בו; לא כל מי ששומר על זכויותיו של הנאשם, אלא מי שכל דעתו נתונה לשללן ממנו [...] ומה גם שעניינו של השופט בניהול המשפט אינו זהה, ואינו דומה, לעניינו של הנאשם כלל, שזה רוצה להימלט מציפורני החוק, וזה רוצה להפעיל את החוק ככתבו וכלשונו ובכל חומרתו. נמצא ששיטת השיפוט כפי שהיא מצטיירת בעיני הנאשם, אינה אדברסרית בין שני יריבים שווים – לא מיניה ולא מקצתיה; אלא השיטה המצטיירת בעיניו היא של התקפה מאורגנת וממוסדת של כל כוחות החוק, כולל הקטגור והשופט, במטרה להתגבר עליו ולהשמידו". חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42, 44-46 (1970).

נאשמים וחשודים מיוצגים טוב בהרבה ממצבם של אלו שאינם מיוצגים.⁷⁴ במחקר שבדק 631 תיקים של נאשמים לא מיוצגים זוכה רק נאשם אחד. באותה תקופה היה שיעור הזיכויים הכללי כ-7%, כך שבאופן סטטיסטי 43 נאשמים נוספים יכולים היו להיות מזוכים בדין אילו היו מיוצגים.⁷⁵

למרות כל אלה, הרעיון שבית המשפט יכול למלא תפקידו של סנגור, ולפצות את הנאשם על היעדר הייצוג, היה רעיון מרכזי בשיח הישראלי במשך השנים. הרעיון חזר על עצמו בצורות שונות, ושחקנים שונים בזמנים שונים השתמשו בו כהצדקה לסטטוס-קוו. בשנת 1965 השתמשו ברעיון זה כדי להצדיק את חוסר רצונה של הממשלה להשקיע כסף נוסף בהרחבתה של זכות הייצוג מעבר למה שתוכנן מלכתחילה. יותר מ-30 שנה לאחר מכן,

73 סדרה אחת של בעיות ב"מבחן התוצאה" קשורה בקושי להעריך את תוצאת המשפט. למרות שקל יחסית להשוות את אחוז המשפטים המסתיימים בהרשעה עם אלו המסתיימים בזיכוי, קשה להעריך סממנים חשובים כגון זיכוי חלקי והסדרי טיעון. כמו כן, כמעט אי-אפשר להעריך את השונות בעצמת הראיות בתיקים שונים. בעיות דומות של הערכת התוצאות והשוואתן עולות ביחס לשלב גזר הדין. קל יחסית להעריך ולהשוות תקופות של מאסר בפועל, אך קשה להעריך ולהשוות עונשים הכוללים רכיבים כגון מאסרים על תנאי, קנסות, מאסר לריצוי בעבודות שירות, תקופת מבחן וכיוצא באלה. כמו כן קשה להשוות את נסיבות ביצועה של עברה אחת ונסיבותיו האישיות של העבריין לנסיבות ביצועה של עברה אחרת ולנסיבותיו האישיות של העבריין האחר. סדרה אחרת של בעיות נוגעת לטענה ששתי קבוצות הנאשמים – מיוצגים ולא מיוצגים – לא ניתנות להשוואה. ניתן לתמוך טענה זו באחת משתי סברות סותרות. לפי הסברה הראשונה, נאשם חף מפשע יעשה מאמצים גדולים יותר לשכור עורך-דין, או שיוכל להצביע בפני בית המשפט על בעיות ראייתיות בתיק שיטו את בית המשפט לכיוון של מינוי עורך-דין. הסוברים כך מניחים אפוא שקבוצת המיוצגים כוללת מלכתחילה יותר נאשמים חפים מפשע מקבוצת הנאשמים הלא מיוצגים. לפי הסברה השנייה, נאשמים חפים מפשע יתאמצו פחות לשכור סנגור בגלל ביטחונם שהאמת תצא לאור, בעוד שנאשמים שאכן ביצעו את העברה המיוחסת להם חשים שרק ייצוג של עורך-דין יוכל להציל אותם מהרשעה או מעונש כבד.

74 בישראל: פורג וקפלינסקי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 297, 300 (סיכויים של נאשמים מיוצגים להשתחרר בערבות גדול פי שלושה מסיכויים של נאשמים לא מיוצגים); מן, אפליה לרעה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 458, טבלאות F ו-E (סיכויי זיכוי לנאשמים מיוצגים טוב יותר במידה משמעותית); מחקר שדה של הסנגוריה הציבורית הנוגע לייצוג בבתי משפט שלום (2000) (אצל המחבר) (סיכויי זיכויים של נאשמים מיוצגים גבוה פי שניים מסיכויים של נאשמים לא מיוצגים). באנגליה: Michael Zander, *A study of Bail/Custody Decisions in London* (1971) *Magistrate Courts*, CRIM. L. REV. 191, 194 בערבות, על אף התנגדות המשטרה, הינו פי שניים מאחוז הנאשמים הלא מיוצגים). בארצות-הברית: American Civil Liberties Union, Legal Counsel for Misdeanante, Preliminary Report 1 (1970) (סיכוייהם של נאשמים בערבות קלות שהאישומים נגדם יבוטלו גדולים פי חמישה מהסיכויים של נאשמים לא מיוצגים).

75 יוסי דאהן "מישהו מייצג אותך?" ידיעות אחרונות, 3.11.1999.

כאשר כמה משופטי בית משפט לנוער, ובראשם נשיא בתי המשפט לנוער אהרון מלמד, התנגדו להצעה להעניק זכאות לייצוג בתיקי נוער, הם השתמשו בטיעון דומה.⁷⁶

3. שיקול דעת ולגיטימציה

מדוע מיעטו השופטים להשתמש בסמכות שהוקנתה להם למנות סנגור על פי שיקול דעתם? ההסבר הפשוט והמובן ביותר הוא שהשופטים הונעו משיקולי יעילות. מתוך רצון לסיים את הטיפול בתיקים באופן מהיר ולהימנע מיצירת עומסים כבדים על בית המשפט, העדיפו השופטים שלא למנות סנגורים, העלולים לגרום להתארכות ההליכים. אפשרות נוספת היא שהעובדה ששכר הטרחה לעורכי-הדין הממונים שולם מתוך תקציב מערכת בתי המשפט היוותה תמריץ שלילי למינוי.⁷⁷ הסברים אחרים לשימוש המועט בשיקול הדעת כוללים מסורת של שמיעת תיקים ללא עורכי-דין, היעדר משאבים מספיקים ומחסור

76 במכתב מאת השופט אהרן מלמד, נשיא בתי המשפט לנוער, אל יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), התנגד השופט מלמד להצעת החוק שביקשה להפוך את שיקול הדעת השיפוטי למינוי סנגור בתיקי נוער לזכאות לייצוג. טענותיו העיקריות של מלמד היו כי נכונותם של שופטי הנוער לעזור לנאשמים הופכת את הייצוג בידי סנגור למיותר; כי לאפשרות שהסנגור והתביעה יגיעו להסדרי טיעון יהיה ערך חינוכי שלילי ביחס לקטין; ושנוכחותו של סנגור תחבל באווירה השיקומית של בית המשפט לנוער, בעילותו ובמעמדו המיוחד של קציני המבחן (מכתב מיום 5.12.1997; העתק שמור אצל המחבר). לא כל השופטים תמכו בעמדתו של מלמד. דעה שונה הביעה השופטת סביונה רוטלוי מבית המשפט המחוזי בתל-אביב במכתב שהפנתה אל יהושע שופמן (מתאריך 20.1.1998; העתק שמור אצל המחבר). לדעת רוטלוי בית המשפט אינו יכול לעזור לקטין ובה בעת לשמור על תדמיתו הניטרלית, ואילו הניסיון מלמד ששיתוף פעולה בין סנגור לבין קצין המבחן יכול להיות פורה. הסנגוריה הציבורית תמכה בהצעת החוק ואף הציעה להרחיב את הזכות לייצוג לשלב החקירה המשטרתית. נייר העמדה של הסנגוריה הציבורית הגיב לחששות שהעלה מלמד תוך הדגשה של חוסר האיזון שבין המדינה המיוצגת על ידי תובע מנוסה לבין הקטין הלא מיוצג ושל חשיבות הייצוג המשפטי בשלבים השונים של ההליך. הסנגוריה הציבורית הסבירה את חוסר היכולת של שופטים למלא תפקיד של סנגור ואת אי-השוויון בין בני נוער ממשפחות עשירות הזוכים לייצוג פרטי לבין אלה הבאים ממשפחות עניות או ממשפחות שאינן תומכות בהם, שאין ביכולתם לשכור את שירותיו של סנגור. ראו עמדת הסנגוריה הציבורית בנוגע להצעת חוק הסנגוריה הציבורית (תיקון) 1997 (העתק שמור אצל המחבר).

77 לפני הקמת הסנגוריה הציבורית שולם שכר הטרחה לעורך-דין ממונה מתקציבה של הנהלת בתי המשפט. עובדה זו יצרה לחץ על השופטים שלא להשתמש בסמכויותיהם למנות עורכי-דין באופן נרחב. מהלך חשוב בהקמת הסנגוריה הציבורית היה העברה של תשלומים אלו לתקציב הסנגוריה הציבורית. בשנת 2003, ביזמת משרד האוצר ומתוך ניסיון לצמצם את כמות המינויים, נעשה ניסיון להחזיר את הגלגל אחורנית. לתיאור של ניסיון זה ושל תוצאותיו ראו הסנגוריה הציבורית, דו"ח שנתי לשנת 2003, סעיף 1.1.

בעורכי-דין מתאימים המוכנים לקבל מינויים מבית המשפט.⁷⁸ תהיינה הסיבות אשר תהיינה, ההיסטוריה של זכות הייצוג בישראל מלמדת שקשה לסמוך על כך שתוספת של סמכויות שבשיקול דעת של בית המשפט תשנה באופן מהותי את אחוז המיוצגים מבלי שנלווה לה שינוי תודעתי או מוסדי. הסיכוי לשינוי מהותי גדל בהרבה כשנקבעות חובת מינוי או זכאות למינוי.

עם זאת, נראה כי באותה תקופה תפקדו סמכויות המינוי שבשיקול דעת היטב במתן לגיטימציה: טונים חגיגיים וביטויים של אמון ואופטימיות, שליוו כל רפורמה חקיקתית שהרחיבה את הסמכויות שבשיקול דעת, הסתיימו בדרך כלל בשינוי מזערי במציאות. הפער שבין המציאות לבין הרטוריקה הנוגעת להרחבת הסמכויות למנות עורך-דין על פי שיקול דעתו של בית המשפט העניק לגיטימציה למצב שבו כל כך הרבה נאשמים וחשודים היו לא מיוצגים.

הייתה דרך נוספת שבה העניקה סמכות המינוי שבשיקול דעת לגיטימציה למערכת. שיקול הדעת שניתן לבתי המשפט אפשר להם לבחור באפשרות של מינוי סגור באותם מקרים שהאינטרס של בית המשפט חייב ייצוג. אינטרס כזה יכול להתעורר כשיש קושי לנהל את ההליכים ללא ייצוג של עורך-דין בגלל בעיות תקשורת עם הנאשמים, או במקרים שבהם היעדרו של עורך-דין עלול לסכן את הלגיטימציה של המערכת.

השימוש בשיקול הדעת באופן שייטיב עם בתי המשפט דווקא לא היה חסוי או נסתר. בבחינה מדוקדקת של הדברים ניתן למצוא ראיות לכך שהמנסחים של הצעות החוק היו לעתים מודעים לאפקט זה, ולמעשה הם ראו בו את אחת המטרות של החקיקה החדשה. בדברי ההסבר להצעת החוק של התיקון משנת 1974, המתייחס לייצוג עצורים, הוזכרה במפורש העובדה שהייצוג "יקל על בתי המשפט" (לצד הטענה השגורה שלא כל אחד באמת זקוק לעורך-דין) כאחת הסיבות להענקת סמכות שבשיקול דעת למנות עורך-דין.⁷⁹ יש הבהיר גדול בין הרעיון שתהיה לסמכות למנות עורך-דין תוצאת לוואי של סיוע לבתי המשפט, לבין שיטה שבה עזרה לבתי המשפט היא השימוש העיקרי שנעשה בסמכות זו. מחקרו של הרנון תומך בהיפותזה שלפיה בתי המשפט השתמשו בשיקול הדעת שלהם בעיקר כדי להקל על עצמם. במחקר זה ניתן למצוא נתונים מעניינים באשר לשימוש שעשו השופטים בשיקול הדעת למנות סגור לנאשמים. ברוב המוחלט של המקרים, הסיבה למינוי עורך-דין הייתה מחלה נפשית והשופטים היו יוזמי הליך המינוי. מצד שני, במקרים

78 Kenneth Mann & David Weiner, *Creating a Public Defender System in the Shadow of the Israeli-Palestinian Conflict*, 48 N.Y.L. SCH. L. REV. 91, 97 (2004). באשר למחסור

בסנגורים מתאימים ראו גם פרק ה' להלן.
79 ראו ס"ח 425.

המועטים שבהם העילה למינוי הייתה חוסר אמצעים, היו אלה בדרך כלל הנאשמים שיזמו את הליך המינוי.⁸⁰

כאשר חשוד או נאשם הלוקה בשכלו, סובל ממחלת נפש או לא מדובר את שפתו של בית המשפט מופיע בפני בית המשפט יהיה זה בעיקר בית המשפט (וגם, כמובן, כמו תמיד, החשוד או הנאשם) שיהיה זקוק לעזרת עורך-הדין. כאשר מדובר בחשוד או נאשם אחר, חסר אמצעים, יהיה זה בדרך כלל בעיקר החשוד או הנאשם שיזדקק לייצוג. בתיקים אלה בית המשפט מסוגל להתמודד עם ההליך ללא סנגור, ללא קשיי תקשורת ומבלי לסכן את הלגיטימציה שלו, אך מנקודת המבט של הגנה על הנאשמים, דווקא במקרים אלה, שבהם ייתכן שהשופט לא ירצה זאת – כאשר עורך-דין רק 'יסבך' את דרך פעולתו החלקה של פס הייצור שדרכו עוברים הנאשמים ממעצר למאסר – דווקא במקרים אלה דרוש ייצוג. דוגמה טיפוסית למצב כזה היא כשהנאשם מוכן להודות באשמה, כחלק מהסדר טיעון או בלעדיו, אפילו בלי לבקש להיות מיוצג ובלי לשאול שאלות אחרות כלשהן.⁸¹

קשיי תקשורת בין בית המשפט לנאשמים והסיכון של משבר לגיטימציה בהיעדר ייצוג הם מרכיבים מרכזיים לא רק בהפעלת שיקול דעתו של בית המשפט כשיש לו סמכות למנות עורך-דין, אלא גם בקטגוריות שלגביהן נקבעה חובת מינוי עורך-דין. אכן בקטגוריות אלו יש סיכוי גבוה שבעיות מסוגים אלה יתעוררו. הבה נסתכל שוב בקטגוריות המקימות חובת מינוי שנקבעו בחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965. הקטגוריה הראשונה היא זו של נאשמים בעברות שדינן עשר שנות מאסר ומעלה הנשפטים בבית המשפט המחוזי. קטגוריה זו כוללת עברות חמורות. רק מיעוט קטן (בערך 5%) מכלל התיקים הפליליים נכנסו

80 מחקרו של הרנון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 126. גם אחרי התקופה שבה עוסק מאמר זה, אך בטרם הוקמה הסגוריה הציבורית ונקבעה זכאות לייצוג עצורים, היו שיקולי הנוחיות של בית המשפט שיקולים מרכזיים בהפעלת שיקול הדעת למינוי עורך-דין. בשנת 1992 נערך מחקר שכלל 107 תיקי מעצר של חשודים שהובאו בפני בית המשפט לצורך הארכת מעצרו ולא היו מיוצגים על ידי עורך-דין פרטי. מתוך 107 התיקים שנבחנו מונה עורך-דין רק בשבעה. חמישה מתוך שבעת החשודים שמונה להם עורך-דין לקו במחלות נפש, חשוד נוסף לקה בשכלו, והשביעי לא דיבר עברית. חשוב לשים לב שהייתה לבתי המשפט סמכות למנות עורך-דין לכל חשוד שהיה חסר אמצעים, אך הם לא עשו זאת – אפילו לא במקרה אחד מעבר לשבעה המתוארים. ראו פורג וקפלנסקי, לעיל ה"ש 62.

81 עד לאחרונה היה זה מראה שכיח באולמות בתי משפט השלום בישראל. נאשמים לא מיוצגים הגיעו להסדרי טיעון עם התובע בבוקר הדיון. נאשמים אלו לרוב לא ראו את חומר החקירה נגדם וחלקם לא הבינו את האמור בכתב האישום. במקרים רבים הם גם לא הבינו את השלכותיו של ההסדר. מראה זה פחות שכיח מאז שנוצר ההליך של הקראה בפניו של שופט-מוקד, המחייב ייצוג של עורך-דין, וחקיקתו של תיקון 49 לחוק סדר הדין הפלילי, שהרחיבה את חובת הייצוג לכל מקרה שבו התביעה מודיעה על אפשרות של מאסר בפועל.

לקטגוריה זו.⁸² לא מעט מהתיקים בקטגוריה זו היו מקרי רצח, אונס או פשיעה חמורה אחרת, אשר הובאו לידיעת הציבור דרך אמצעי התקשורת. באופן טבעי הענישה בתיקים מסוג זה נוטה להיות חמורה, והרבה מהמורשעים בעברות אלה ערערו לבית המשפט העליון. ברור שאם נאשמים בתיקים אלו לא היו מיוצגים עלולה הייתה להתעורר בעיית לגיטימציה חמורה.

הקטגוריה השנייה כללה נאשמים חירשים, אילמים או עיוורים. מיותר לומר ששפיטה ללא סנגור של מי שמשתייך לקטגוריה זו יש בה סיכוי רב לעורר את אחת הבעיות שהזכרתי – הן בעיית התקשורת והן בעיית הלגיטימיות. הקטגוריה השלישית כללה קטינים מתחת לגיל 16 שנשפטו בבית משפט שאינו בית משפט לנוער. קטגוריה זו מתייחסת למקרים נדירים שבהם מואשם קטין באותו כתב אישום עם בגיר ולפיכך נשפט בבית משפט רגיל (שאיננו בית משפט לנוער). סביר שלקטין מתחת לגיל 16 תהיינה בעיות תקשורת עם בית המשפט. כמו כן, העובדה שהקטין נשפט בבית משפט של מבוגרים ולא נהנה מהיתרונות שקטינים בדרך כלל נהנים מהם בבית משפט לנוער מעלה כשלעצמה שאלות של לגיטימיות. עצם הסיטואציה מעוררת גם שאלות קשות בקשר לעקרון השוויון, משום שהרוב הגדול של קטינים באותו גיל מובאים בפני בית משפט לנוער. הימצאותו של עורך-דין יכולה לשכך במידת מה בעיות אלו או לכל הפחות ליצור מראית עין של שיכונן הבעיות. לבסוף, חשודים שהוחלט לגבות כנגדם "עדות בתכופ למעשה" הושוו לנאשמים רגילים במובן זה שאותן קטגוריות המקימות חובת מינוי עורך-דין לנאשם מקימות חובה גם לגבי חשוד בהליך של עדות מוקדמת. ברור כי מטרת ההרחבה לחשודים בהליך של עדות מוקדמת הייתה להעניק לגיטימציה להליך – לא בהכרח מתוך דאגה לחשוד, אלא יותר מתוך דאגה לגורלו של התיק המתנהל נגדו. כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק: "עלולים להיווצר מצבים ובהם, בשל היעדר סנגור, ייפגע ערכה ההוכחתי של העדות שנגבתה לאלתר בחקירות על עבירות שהעונש עליהן עשר שנים או יותר".⁸³

82 מבין כל התיקים שהוגשו לבתי משפט שלום ובתי משפט מחוזיים בתל-אביב בשנת 1983, לא כולל עברות תעבורה, פחות מ-5% מהנאשמים הואשמו בעברה שדינה עשר שנות מאסר או יותר. ראו מן, אפליה לרעה, לעיל ה"ש 61, עמ' 472. בשנת 1999 הוגשו 460,432 תיקים פליליים לבתי משפט שלום, בעוד שרק 18,791 תיקים הוגשו לבתי משפט מחוזיים. ראו אתר האינטרנט של הלשכה הישראלית המרכזית לסטטיסטיקה (www.cbs.gov.il).

83 ה"ח 169. השימוש במינוי סנגור בהליך זה ככלי שנועד להעניק לגיטימציה להליך בא לידי ביטוי קיצוני כשהמדינה ביקשה למנות סנגור לחשוד שמקום הימצאו לא נודע והוחלט לגבות נגדו עדות מוקדמת. הסנגוריה הציבורית התנגדה למינוי בטענה שכאשר מדובר בחשוד שלסנגור אין כל אפשרות לפגוש ולשוחח עמו על גרסתו ועל קו ההגנה, הייצוג הוא למראית עין בלבד. עמדה זו של הסנגוריה התקבלה על דעתו של בית המשפט המחוזי אך נדחתה על ידי בית המשפט העליון בע"פ 5628/97 מדינת ישראל נ' הסנגוריה הציבורית (פורסם בנבו,

בכל המקרים הללו יכול היה המחוקק לבחור בהענקת זכאות לייצוג לנאשמים באותן קטגוריות כדרך ביניים שבין הענקת סמכות למינוי לבין חובת מינוי. העובדה שהמחוקק החליט להפוך קטגוריות אלו (ומאוחר יותר גם את קטגוריית הנאשמים חולי הנפש) לחובות מינוי שאינן תלויות במצב הכלכלי של הנאשמים או בשיקול דעתו של בית המשפט היא בעלת משמעות. היה זה האינטרס של המערכת לוודא שהנאשמים בתיקים אלו אכן מיוצגים. ראשית, אינטרס היעילות מחייב נוכחות של עורך-דין המסוגל לתקשר עם בית המשפט במקרים שבהם יש קושי לקיים תקשורת כזו; שנית, יש אינטרס מובהק למערכת המשפט ולתביעה בפיוס דעת הקהל (במיוחד דעתן של קבוצות אליטה מסוימות) ובשימור הלגיטימציה של מערכת המשפט הפלילי. התאוריה (הכוזבת) לפיה נאשמים רבים אינם זקוקים לייצוג לא יכלה להחזיק מעמד כשמדובר בנאשמים הנחשבים חסרי יכולות אינטלקטואליות, נפשיות או פיזיות לגבש רצון התואם את האינטרסים שלהם ולתקשר אותו בצורה אפקטיבית. יותר מכך: ייתכן כי להבחנה חקיקתית זו בין קטגוריות אלו לבין נאשמים "רגילים" היה אפקט של חיזוק התפיסה שה"רגילים" יכולים לדאוג לעצמם. לבסוף, העובדה שבמקרים מאוד מתוקשרים וחמורים הייצוג היה נורמה, אפשרה את שימור הטענה (הכוזבת) ששופטים משתמשים בסמכויות שיקול הדעת שלהם בצורה נדיבה. התופעה הנרחבת של היעדר ייצוג נשארה במשך תקופה ארוכה מתחת לפני השטח. נראה, אם כן, שהמבנה של הזכות לייצוג בשנים שבהן אנו עוסקים תרם להמשך פעילותה של השיטה באין מפריע וללגיטימציה של מערכת שסבלה מפגם יסודי. הקטגוריות שחייבו מינוי עורך-דין התייחסו למיעוט קטן מכלל התיקים הפליליים, שברובם המכריע היו תיקים לא מתוקשרים שנדונו בבתי משפט שלום. היו אלו מקרים של גנבות, פריצות לבתים, תקיפות קלות, אחזקת סמים לצריכה עצמית, מכירת סמים בכמויות קטנות לשם מימון צריכה עצמית והפרות סדר למיניהן. ברוב המקרים הללו הייתה לשופטים סמכות שבשיקול דעת למנות עורך-דין (למשל בגלל שהנאשם חסר אמצעים), אך נעשה בה שימוש בפועל רק במקרים נדירים. במקרים אלה הסיכוי שיהיה ערעור הוא נמוך. גם הסיכויים שתיקים מסוגים אלה יעוררו בצורה כלשהי את סקרנות התקשורת ואת דעת הקהל היו

24.9.1997 (להלן: עניין בוסקילה). מאז אותו מקרה היו כמה מקרים נוספים שבהם מונה סנגור בהליך דומה. הסנגוריה הציבורית הגישה פעמיים ערעורים על החלטות כאלה לבית המשפט העליון, וביקשה שהלכת בוסקילה תישקל בשנית. בפעם הראשונה חזרה בה התביעה, בעקבות הגשת הערעור, מבקשתה לגבות עדות מוקדמת; בפעם השנייה, במהלך הדיון בבית המשפט העליון, נתקבלה הודעה כי החשוד נעצר, וכי ניתן לפוגשו. ראו ע"פ 1078/07 הסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל; ע"פ 6065/07 הסניגוריה הציבורית נ' מדינת ישראל. כותב המאמר ייצג את הסנגוריה הציבורית בפני בית המשפט העליון בשני ההליכים האחרונים.

מעטים. אלה הם התיקים של הסובייקטים הלא מיוצגים, הלא ידועים, חסרי השם והפנים של מערכת המשפט הפלילי.

אינני טוען שהמוטיבציה ליצירתן של כל הקטגוריות המקימות חובת מינוי הייתה רצון ציני ליצור לגיטימציה למערכת לא הוגנת – ובכל זאת הלגיטימציה נותרת כאפקט, גם אם לא הייתה כוונה רעה. מאפקט זה לא ניתן להתעלם. למעשה, כפי שצינתי בפרק המבוא, אני מאמין שברוב המקרים אפקט הלגיטימציה הוא תוצאה של כוונות טובות.⁸⁴ אין ספק שניתן לטעון באופן משכנע לכוונות הטובות של הרשות המחוקקת במקרה זה. על פי טענה זו, אם ניתן שרק מתי מעט יהיו מיוצגים – ראוי כי אלה ישתייכו לקטגוריות של הנאשמים הפגיעים ביותר. אף על פי כן, העובדה שקטגוריות אלו מובדלות מהרוב הגדול של הנאשמים עלולה ליצור את הרושם הכוזב שהרוב אינו זקוק לייצוג. אפשר שנכון לטעון שמצבו של הנאשם הלא מיוצג הממוצע טוב יותר ממצבו של הנאשם האילם הלא מיוצג או ממצבו של הנאשם הקטין הלא מיוצג הנשפט בבית משפט של מבוגרים, אך טענתי היא שהמצב של ה"רגילים" טוב יותר רק במקצת.

הכללים שקבעו חובת מינוי היו קירוב טוב למצבים שבהם היה צורך בייצוג כדי לשמר את הלגיטימיות של המערכת ואת היעילות שלה. הקטגוריות שנקבעו בכללים אלה לקו באופן טבעי בהכללת חסר (under inclusion) ועל כן היה צורך להשלים אותם באמצעות שיקול הדעת השיפוטי, שאפשר לבית המשפט למנות סגור במקרים שבהם הוא מוצא לנכון לעשות זאת. לשיקול הדעת במערכת המשפט הפלילי יש יתרונות וחסרונות. אחד ממאפייניו המטרידים של שיקול הדעת הוא פתיחת הדלת לאפליה.⁸⁵ איני מתכוון לבחון כאן אם סמכות השופטים למנות עורך-דין הופעה באופן מפלה;⁸⁶ טענתי מצומצמת יותר. ראשית, בניגוד למה שהובטח, השימוש בסמכויות אלו נעשה במקרים נדירים ולפיכך היה בהענקתן מתן לגיטימציה למערכת לא הוגנת שבה רוב הנאשמים אינם מיוצגים. שנית, השימוש שכן נעשה בסמכויות אלו היה לרוב שימוש לטובת המערכת, לטובת היעילות שלה ושימור הלגיטימיות שלה, ולא בהכרח לטובתם של הנאשמים. הלגיטימציה פעלה בדרך של יצירת טענות כוזבות ומסרים שהיו בעלי פוטנציאל לקדם אמונות כוזבות בדבר ההוגנות של מערכת המשפט הפלילי. לאמונות אלה ייתכן שהיה אפקט של יצירת שביעות רצון

84 הטקסט ליד ה"ש 16.

85 ראו, למשל, Yoav Sapir, *Neither Intent Nor Impact: A Critique of the Racially Based Selective Prosecution Jurisprudence and a Reform Proposal*, 19 HARV. BLACKLETTER L.J. 127 (2003).

86 אך ראו את הנתונים והדיון הנוגעים לאפקט השונה של הסמכויות שבשיקול הדעת על האזורים הגאוגרפיים השונים בישראל, לעיל ה"ש 62.

מהסטטוס-קוו, של פירוק התנגדויות פוטנציאליות ושל דחייתן של הצעות לרפורמות רדיקליות יותר.

בהמשך המאמר אאמוד את הרווחים המטריאליים של הרפורמות החקיקתיות של הזכות לייצוג ואשקול אותם אל מול הסכנות של אפקט הלגיטימציה. כדי להשלים את האומדן, יש לבחון את זכות הייצוג באופן ערטילאי פחות ובתוך הקשר. שני הפרקים הבאים נועדו להשלים את התמונה במובן זה. בפרק הבא אנתח באופן ביקורתי את גישת בית המשפט העליון כלפי זכות הייצוג בתקופה שבה עוסק מאמר זה. בפרק שאחריו אבחן את השיטה והדרך שבהן סופקו שירותי הייצוג לנאשמים חסרי האמצעים באותה תקופה, ואעמוד על הקשר בין אלה לבין איכות הייצוג.

ד. בית המשפט העליון והזכות לייצוג

החלטותיו של בית המשפט העליון בקשר לזכות הייצוג עד לשנות השמונים ניתנו על רקע המציאות שתוארה לעיל: שימת דגש חקיקתי על הסמכויות שבשיקול דעת, יצירת קטגוריות מצומצמות מאוד של חובת המינוי, ופרקטיקה שבה בתי המשפט עושים שימוש מועט בשיקול דעתם למנות סנגור. למעשה, החלטותיו של בית המשפט העליון באותה תקופה מהוות הסכמה שבשתיקה למציאות המתוארת, ובמקרים מסוימים הן אף חיזקו והעמיקו מציאות זו. במאמר משנת 1988 אבחן קנת מן את מערכת המשפט הישראלית כ"מראה סימנים של פיצול אישיות וחוסר עקביות". מן טען כי במצבים מסוימים חשיבותו של ניהול הליך הולם על ידי הסנגור מבוטאת בצורה חדה, אולם במצבים אחרים היעדר הייצוג מתקבל ללא ביטוי של הסתייגויות, כאילו אין לכך כל השפעה על המשפט הפלילי.⁸⁷

ברמת הרטוריקה ניתן היה לקבל את הרושם שבית המשפט אינו מוכן לקבל מצב שבו נאשמים רבים כל כך אינם מיוצגים. בית המשפט העליון הכיר פעמים רבות במשך השנים בחשיבות שבנוכחות סנגור. להלן כמה קטעים מהחלטותיו של בית המשפט העליון המדגימים גישה זו:

לעולם אין לדעת כיצד היה סנגור מלומד מיטיב לנהל את המשפט, לא רק על-ידי הצגת שאלות נכונות והעלאת השגות וטענות מתאימות, אלא – מה

87 מן, אפליה לרעה, לעיל ה"ש 61, בעמ' 471.

שלפעמים לא פחות חשוב – על-ידי הימנעות מהצגת שאלות והשגות מזיקות.⁸⁸

[...]

בשיטה האקיוזטורית בדיון הפלילי אצלנו, כמו בארצות אנגלו-סקסיות, אשר תפקידו של השופט מצומצם, וניהול החקירה מופקד בעיקר בידי הצדדים, יש חשיבות עליונה, חשיבות שבה כאמור הכיר המחוקק לנוכחות סגור בקיא ברזי המשפט והלכותיו [...] לא פעם הבעיה העיקרית במשפט היא בעיה משפטית מסובכת, בה ללא עזרת עורך דין יישאר הנאשם תוהה בתוך עולם הסעיפים הסבוך מבלי שיוכל להתמודד עם פרקליט הבקיא בהלכות החוק והמופיע מטעם המדינה.⁸⁹[...]

ובפסק דין אחר:

מלאכת חקירת העדים דורשת בקיאות וגם אותה מידה של חוסר מעורבות נפשית שלרוב אין לצפות לו מהנאשם עצמו, אך יש לדרוש אותו בתוקף מפרקליטו המקצועי.⁹⁰

[...]

אחד האמצעים הברורים להגיע לחקר האמת היא חקירת שתי וערב, וכל בר בי רב יודע שבחקירה מסוג זה נדרשת מיומנות מקצועית וניסיון שלא כל אדם רגיל ניחן בהם.⁹¹

רטוריקה לחוד ומעשים לחוד. במציאות, בתקופה שקדמה לשנות השמונים לא עשה בית המשפט העליון כמעט דבר כדי לקדם את יישומה של זכות הייצוג. נאשמים רבים שלא היו מיוצגים במשפטם ערערו לבית המשפט העליון, וזה הותיר את הרשעתם על כנה על אף היעדר הייצוג. במקרה אחד הותיר בית המשפט העליון את ההרשעה אף על פי שקבע כי הערכאה הראשונה שגתה בכך שלא מינתה עורך-דין לנאשם שהואשם בעברה שדינה עשר

88 השופט ברנזון בע"פ 307/72 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 622 (1974).

89 השופט עציוני, שם, בעמ' 633-634.

90 השופט ויתקון בבג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, אל"מ צבי אלמוג,

צה"ל, פ"ד כט(2) 169, 174 (1975).

91 השופט עציוני, שם, בעמ' 175.

שנות מאסר.⁹² אם בית המשפט העליון סירב להפוך הרשעה גם כשהערכאה הראשונה הפרה חובת מינוי, אין זה מפתיע שהוא נמנע לחלוטין מלהסדיר את אופן הפעלת הסמכויות שבשיקול דעת למנות עורך-דין. בית המשפט לא פירש את החוק כדורש יידוע של הנאשם על הסמכות שבשיקול הדעת של בית המשפט למנות עורך-דין, ואף לא קבע כי מוטלת חובה על בית המשפט לשאול את הנאשם אם הוא מעוניין במינוי. לא נקבעה כל פרוצדורה מחייבת לדיון כשנאשם מבקש שימונה לו סנגור.⁹³ בהיעדר הסדרה כלשהי של העניין, ובהיעדר קביעה של כללים על ידי בית המשפט העליון, המצב ביחס למינוי שבשיקול הדעת בערכאות הראשונות היה קרוב לכאוטי. שימוש בהסדר שנקבע בתקנות – לפיו בית המשפט מפנה את הנאשם לרשויות הרווחה כדי שייקבע אם הוא חסר אמצעים – נעשה רק במקרים נדירים.

יותר מכך: בית המשפט לא קידם את זכות הייצוג בהחלטה אופרטיבית כלשהי. למעשה, בשני מקרים שונים, כשניתנה לבית המשפט הזדמנות לעשות זאת בדרך של מתן פרשנות מרחיבה לזכות, נהג בית המשפט בדרך הפוכה ונתן לזכות הייצוג פרשנות מצמצמת במיוחד.

בפרשת רביבו⁹⁴ קבע בית המשפט שהחובה למנות עורך-דין לנאשם שמואשם בעברה שדינה עשר שנות מאסר ומעלה לא חלה כשהנאשם מואשם בכמה עברות שפוטנציאל העונש המרבי המצטבר בגינן הוא יותר מעשר שנים, אלא אם כן דינה של אחת העברות הוא עשר שנות מאסר או יותר. מאיר רביבו הורשע בבית המשפט המחוזי בירושלים בשורת עברות שנבעו משני מקרים נפרדים. במשפטו לא היה רביבו מיוצג. על פי כתב האישום, באירוע הראשון רביבו גנב מכונית פעמיים, ונסע במכונית הגנובה על אף העובדה שרישיון

92 פרשת עמיאל, לעיל ה"ש 88.

93 רק בשנות התשעים החל בית המשפט העליון להתייחס לאופן הפעלתה של סמכות המינוי. בע"פ 134/89 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203 (1990), נאמרו הדברים הבאים על-ידי השופט ד' לוין: "נראה לי כי ראוי לעשות שימוש רב יותר בסמכות הנתונה לבית המשפט למנות סניגור לנאשם המתקשה לעשות זאת במשאביו הוא, לעתים אפילו מיוזמתו של בית המשפט, כאשר הוא נוכח לדעת, כי הגנתו של הנאשם עלולה להיפגם. על אחת כמה וכמה חשוב, שבית המשפט ישקול בכובד ראש בקשתו של נאשם למנות לו סניגור במקרים כגון דא. משמוגשת בקשה כזו חייב להתקיים בירור לגופה של הבקשה. משהתלבנו הדברים והתחוויר כי מתקיימים התנאים להפעלת שיקול הדעת, המדיניות הנכונה צריכה להיות נוטה למינוי סניגור".

בבג"ץ 6095/98 לוקסנבורג נ' כב' השופטת א' גת (פורסם בנבו, 5.11.1998), נקבע כי משמוגשת בקשה למינוי סנגור על בית המשפט לקיים דיון בבקשה בנוכחות הצדדים, לאפשר לעותר להעלות טענותיו בפני בית המשפט, לשמוע גם את תגובת המדינה ולגבש את החלטתו על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים.

94 ע"פ 455/74 רביבו נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 778 (1975).

הנהיגה שלו נשלל זמנית. באירוע השני הוא גרם לתאונת שרשרת משולשת וניסה להימלט מזירת התאונה. דינה של אף אחת מן העברות שרביבו הואשם בהן לא היה עשר שנים או יותר, אך דינן המצטבר של כל העברות היה יותר מעשר שנים, ולבית המשפט הייתה סמכות לגזור על רביבו כל תקופה שהיא עד לסכום עונשי המקסימום של כל העברות. בין השאר טען הסנגור שייצג את רביבו בערעור בפני בית המשפט העליון כי במצב כזה חלה חובה למנות עורך-דין. בדחותו את הטענה הסביר בית המשפט העליון שאדם שביצע עשר עברות שונות, שדין כל עברה מהן שנת מאסר אחת, יכול להיות מואשם בעשרה כתבי אישום שונים. במצב כזה אין מחלוקת שלא קמה חובה למנות עורך-דין. לדברי בית המשפט, אין טעם לחייב מינוי עורך-דין דווקא כשהאישומים מצורפים באותו כתב אישום.⁹⁵

שנים מספר לאחר מכן, בפרשת קדוש,⁹⁶ קבע בית המשפט שחובת הייצוג לא חלה כשהנאשם מואשם בעברות שדינן עשר שנות מאסר או יותר, אם כתב האישום הוגש לבית משפט שלום, שבשעתו היה מוסמך להטיל עונש מרבי של שלוש שנות מאסר (כיום בתי משפט שלום יכולים להטיל עונש מאסר של עד שבע שנים). שלמה קדוש הועמד לדין בבית משפט שלום בתל-אביב בגין עברה של אחזקת סם מסוכן ושימוש בלתי-חוקי בו. העונש המרבי בגין אחזקת סם מסוכן היה עשר שנות מאסר. סעיף מיוחד בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 התיר לתביעה להגיש את כתב האישום על אחזקה או שימוש בסמים בבית משפט שלום. קדוש כפר באשמה והורשע לאחר משפט שבמהלכו לא היה מיוצג. בשלב הטיעונים לעונש היה קדוש מיוצג. טענתו הייתה שמשפטו היה לא חוקי, וזאת מכיוון שההוראה המחייבת ייצוג מתייחסת לכל עברה שעונשה הוא עשר שנות מאסר או יותר, ללא קשר לעובדה שכתב האישום הוגש במקרה זה בבית משפט שלום ושבית משפט שלום לא היה מוסמך להטיל עונש כבד משלוש שנות מאסר. בית משפט שלום דחה את טענתו של קדוש וגזר עליו שנת מאסר אחת. בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה, והמדינה ערערה לבית המשפט העליון. בית המשפט, בניגוד לדעת המיעוט של השופטת בן-פורת, החזיר את ההרשעה על כנה. בית המשפט הסביר שהמצב שהמחוקק התכוון למנוע הוא שנאשם החשוף לעונש של עשר שנים או יותר יישפט ללא סנגור. בגלל שהעונש המרבי הפוטנציאלי לו היה קדוש חשוף בעת שהועמד לדין היה שלוש שנות מאסר, אין לפרש את החוק כמחייב מינוי.⁹⁷

פרשות קדוש ורביבו הן מקרים קשים מבחינה פרשנית. נוסח החוק אינו חד-משמעי ועל כן קשה לטעון כנגד כל אחת מהפסיקות, כשהיא עומדת בפני עצמה, שהיא חסרת בסיס. עם

95 שם.

96 ע"פ 536/79 מדינת ישראל נ' קדוש, פ"ד לד(2) 552 (1980).

97 שם, בעמ' 556-557. כאמור לעיל, הלכה זו עוגנה כשנה מאוחר יותר בחקיקה. ראו טקסט ליד ה"ש 49-50.

זאת, נראה ששתי ההחלטות עומדות בסתירה מסוימת זו לזו. בעניין רביבו, בית המשפט הדגיש את חומרת העברה שביצע העברייין, בניגוד לעונש שניתן להטיל בפועל, כגורם שמביא להפעלת הזכות לייצוג. לפיכך, לאור הפסיקה בעניין רביבו, אדם המואשם בעבירת האונס, שהעונש המרבי בגינה הוא 16 שנות מאסר, חייב להיות מיוצג – אך אדם אחר, המואשם בעשר עברות גניבה בכתב אישום אחד, ולפיכך חשוף לעונש מרבי של 30 שנות מאסר (שלוש שנים עבור כל עברה) לא נכלל בקטגוריה של חובת מינוי עורך-דין. לכן נקבע כי לא הייתה חובת מינוי סנגור במקרה של רביבו. לעומת זאת בפסק הדין בעניין קדוש הדגיש בית המשפט את ההפך: לא חומרת העברה קובעת את זכות הייצוג אלא העונש הפוטנציאלי. לפיכך, אף על פי שקדוש הועמד לדין בגין עברה חמורה שבדרך כלל עונשה הוא עשר שנות מאסר, הגורם המכריע הוא דווקא העונש שניתן היה להטיל עליו בפועל. יותר מכך: אחד הרציונלים לפסיקה בעניין רביבו היה כי אין זה סביר ששיקול הדעת של התביעה אם להגיש כמה כתבי אישום נפרדים או לצרף כמה אישומים באותו כתב אישום, הוא שיקבע אם חלה חובת מינוי עורך-דין.⁹⁸ משמעותה של הפסיקה בעניין קדוש היא שהתביעה כן תיהנה מכוח זה: על פי פסק דין זה, שיקול הדעת אם להגיש את כתב האישום בכתב משפט שלום או בבית משפט מחוזי הוא שיקבע אם קמה החובה למנות עורך-דין, שכן רק אם יוגש כתב האישום בבית המשפט המחוזי יהא הנאשם חשוף לעונש של עשר שנות מאסר או יותר.

אם ניתן למצוא עקביות בשתי החלטות אלו הרי היא באה לידי ביטוי בפרשנות המצמצמת לחובת הייצוג. במובן זה נראה כי בתקופה בה אנו עוסקים השלים בית המשפט העליון את מלאכתו של המחוקק בשרטוט קטגוריות צרות ככל הניתן שבהן תחול החובה למנות סנגור, ובדאגה לאינטרסים של בית המשפט בעילות ובשימור תדמית של לגיטימיות יותר מאשר דאגה לאינטרסים של הנאשמים. החלטותיו של בית המשפט משקפות הסכמה שבשתיקה לתופעה של היעדר ייצוג. זאת, על אף ההזדמנויות הברורות שנקרו בפני בית המשפט לפרש את הוראות המחוקק בדרך שתתאים יותר להצהרותיו הרשמיות של בית המשפט ולרטוריקה שנקט ביחס לתפקידו ולחשיבותו של ייצוג בידי סנגור בהליך הפלילי האדברסרי.

ה. שיטות למתן סיוע משפטי בפלילים ואיכות הייצוג

עד כה התמקדתי בזכות לייצוג בישראל בצורתה המופשטת, כפי שהוגדרה בחוק ובפסיקה עד תחילת שנות השמונים, והראיתי כי היקפה של הזכות והשימוש שנעשה בה היו

98 לביקורת משכנעת על הנמקה זו ראו Martin Raffel, *The Right to Counsel in Criminal Proceedings*, 14 *ISR. L. REV.* 116 (1979).

מוגבלים. בפרק זה אראה כי גם במקרים שבהם נעשה שימוש בזכות לייצוג לא הייתה כל ערובה לכך שרמת הייצוג הייתה מספקת. אכן, ניתוח הזכות לייצוג אינו שלם אם בוחנים את היקף הזכות באופן ערטילאי ומנותק מהדרך שבה הוצאה זכות זו אל הפועל. דרך זו קשורה קשר הדוק לאיכות הייצוג.

יש ארבעה מודלים עיקריים למתן ייצוג לנאשמים וחשודים חסרי אמצעים: עורכי־דין ממונים (assigned counsel), עורכי־דין הפועלים על פי חוזים (contract counsel), סנגוריה ציבורית (public defender) ושיטות משולבות. בארצות־הברית ובקנדה יש וריאציות רבות לשיטות למתן שירותים משפטיים המבוססות על שילובים שונים של שיטות אלה. בכל מדינה, אזור או מחוז יש וריאציות שונות או צירופים של שיטות אלה.⁹⁹

במסגרת השיטה של עורכי־דין ממונים, עורכי־דין מהמגזר הפרטי ממונים לייצג נאשמים בהליכים ספציפיים. המדינה, הפרובינציה (בקנדה) או המחוז משלמים בדרך כלל את שכר הטרחה בהתאם לאמות־מידה שונות (סוג המקרה, מספר הדיונים בבית המשפט וסוגם, שעות עבודה וכיוצא באלה). הגרסה הוותיקה – ועדיין השכיחה ביותר – של מודל עורכי־הדין הממונים היא השיטה שבה בית המשפט ממנה עורכי־דין לייצג בתיקים אד הוק. הדרכים לבחירת עורך־דין מסוים לייצוג בתיק ספציפי הן מגוונות ולעתים לא מוגדרות. בחלק מהמקומות שבהם ממונים עורכי־הדין אד הוק הם נבחרים רק בשל נוכחותם הפיזית האקראית באולם בית המשפט כשמתעורר צורך במינורי, או על בסיס היכרותם של השופטים או מזכירי בית המשפט עם הסנגורים. לרוב, על פי שיטה זו, עורכי־הדין הממונים חייבים לפנות לבית המשפט כדי לקבל אישור להוצאות הגנה מיוחדות כגון תשלום לעדים מומחים, ליועצים ולחוקרים פרטיים. ישנן שיטות הפועלות באמצעות עורכי־דין ממונים שבהן המינויים נעשים בצורה מוסדרת יותר. כך, למשל, לעתים נעשה המינוי בדרך של רוטציה מתוך רשימה של עורכי־דין שהביעו את רצונם לשמש עורכי־דין לחסרי אמצעים. ישנן שיטות בהן נדרש ניסיון מינימלי כתנאי להיכלל ברשימה זו, ובחלק מהשיטות קיים אף גורם אדמיניסטרטיבי שמספק הכשרה, פיקוח ותמיכה לעורכי־הדין שמשרתים כעורכי־דין ממונים.

שיטת החוזים, כמו השיטה של עורכי־דין ממונים, נשענת אף היא במידה רבה על עורכי־דין פרטיים (או על משרדי עורכי־דין, לשכת עורכי־הדין, או ארגונים אחרים שלא למטרות רווח) לייצוג הנאשמים והחשודים חסרי האמצעים. המדינה, הפרובינציה או המחוז

99 Robert L. Spangenberg & Marea L. Beeman, *Indigent Defense Systems in the United States*, 58 LAW & CONTEMP. PROBS. 31 (1995); מחקרו של הרנון, ראו לעיל ה"ש 57, בעמ' 68-75. התיאור בטקסט נשען על שני מקורות אלו. בחלק מהמדינות בארצות־הברית יש מערכות הפרושות על פני כל המדינה, אך במדינות רבות אחרות נקבעו הסדרים שונים בערים ובמחוזות שונים.

כורתים חוזה עם ריטיינרים המסכימים לנהל תיקים מסוג מסוים במשך תקופת זמן מוגדרת. לרוב שכר הטרחה מבוסס על סכום קבוע שאינו קשור בהכרח למספר התיקים המנוהלים בפועל. עורכי-הדין סופגים את העלות של הוצאות המשפט אם הן גבוהות יותר מהמצופה, ולרוב הם שנושאים בעלויות השירותים הנלווים כגון ביצוע חקירות ותשלום לעדים מומחים. במערכות אחרות (נפוצות פחות) נקבע שכר הטרחה בהתאם למספר התיקים שעורך-הדין מתחייב לנהל, וסכומי השירותים הנלווים מהווים חלק מההסכם. שיטת הסנגוריה הציבורית מבוססת בדרך כלל על עובדים במשרה מלאה בארגון שאינו למטרות רווח המקבל אחריות על ניהול תיקים מסוימים באזור שיפוט מסוים. סנגורים ציבוריים מקבלים בדרך כלל שכר חודשי והם פועלים ממשרדי הסנגוריה הציבורית. השיטות המעורבות משלבות על פי רוב מרכיבים של סנגוריה ציבורית עם מרכיבים מהשיטות האחרות. הסנגורים ציבוריים מנועים בדרך כלל מטיפול בכל התיקים באזור שיפוט מסוים, בעיקר בגלל ניגודי אינטרסים המתעוררים כשמדובר בנאשמים בצוותא באותו כתב אישום. מכאן הצורך במערכת משולבת, הכוללת שיטות נוספות להספקת השירותים המשפטיים לצדה של הסנגוריה הציבורית. הדרכים לתיאום בין הסנגוריה הציבורית לבין הייצוג שניתן על ידי עורכי-הדין הפרטיים הינן מגוונות וכוללות, למשל, פיקוח של ועדות ממונות או של דירקטוריונים. עד להקמת הסנגוריה הציבורית בישראל, על פי חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, נהגה במערכת המשפט הישראלית שיטת הסנגורים הממונים.¹⁰⁰ עורכי-דין פרטיים שרצו לקחת חלק בייצוג הזכאים על פי חוק הוכנסו לרשימה שמתוכה בחר בית המשפט את עורך-הדין הממונה בכל תיק. לא היה הליך ברור ואחיד למינויים אלו, ושיקול הדעת השיפוטי בנושא לא היה מוסדר. לעתים מינו השופטים סנגורים בעצמם ולעתים הם הפנו תיקים למזכירות בית המשפט, וזו מינתה את עורך-דין על פי רוטציה. במקרים מסוימים הגורם הממנה – בין אם שופט ובין אם איש מנהלה – היה בוחר למנות עורך-דין שהיה במקרה בקרבת מקום ברגע הנתון. תשלום שכר הטרחה לעורכי-הדין הממונים וכן תשלום הוצאות בגין עדים מומחים וחקירות היו כפופים לאישורו של בית המשפט. מגרעותיה של השיטה הישראלית למינוי עורכי-דין היו דומות במידה רבה לפגמים המיוחסים בספרות האמריקנית לשיטת הסנגורים הממונים.¹⁰¹ בישראל ובארצות-הברית הבעיות של שיטה זו כללו (ועדיין כוללות במקומות רבים בארצות-הברית) את התלות של

100 הקמתה של הסנגוריה הציבורית – דו"ח של הסנגור הציבורי הראשי, 6 (1997).
101 Spangenberg & Beeman, לעיל ה"ש 99.

הסנגורים בבית המשפט הממנה אותם,¹⁰² את ההסדרה והביקורת המוגבלים ביותר ביחס לכישורים הנדרשים מהסנגורים, ואת העובדה שאסטרטגיות המשפט של הנאשם נחשפות כשהסנגור עותר לבית המשפט לאישור של הוצאות מסוימות כגון שכירת עדים מומחים וחוקרים.¹⁰³

שני גורמי מפתח השלובים זה בזה נחשבים תנאי-בל-יעבור לכך שמערכת של עורכי-דין ממונים תפעל בצורה סבירה. הראשון הוא תשלום שכר טרחה ראוי לעורכי-הדין המשתתפים בייצוג, והשני הוא נכונותם של סנגורים איכותיים להשתתף בייצוגם של הזכאים לכך. במערכת הישראלית לא התמלאו שני תנאים אלה. שכר הטרחה ששולם לעורכי-הדין הממונים היה נמוך משכר הטרחה המינימלי עבור ייצוג בפלילים שהומלץ על ידי לשכת עורכי-הדין. שכר טרחה מינימלי זה כשלעצמו היה נמוך במידה ניכרת משכר הטרחה המינימלי שנקבע בעבור ייצוג בתיקים אזרחיים, ונמוך במידה ניכרת משכר הטרחה הממוצע שהיה נהוג בשוק הפרטי עבור ייצוג בתיקים פליליים דומים. כמו כן, למרות ההיפר-אינפלציה של שנות השמונים, שכר הטרחה עודכן רק ארבע פעמים בשנה.¹⁰⁴ אין ספק כי שכר הטרחה הנמוך תרם לסטיגמה של עורכי-הדין הממונים (שכוננו לא פעם עורכי-דין "ממשלתיים") כעורכי-דין לא מוצלחים שלא יכלו להשיג לעצמם עבודה מספקת בשוק הפרטי, ה"מוכרים" את לקוחותיהם. כך נוצר מעגל שוטה של שכר טרחה נמוך וסטיגמה שהרחיקו עורכי-דין חדשים ומוכשרים מהמלאכה של הגנה על נאשמים חסרי אמצעים – עובדה שרק חיזקה את הסטיגמה. הדו"ח של הוועדה הציבורית משנת 1985 מתאר את המצב:

עורכי הדין המופיעים על פי מינוי של בית משפט הם מעטים ובודרך כלל כמעט שאין ביניהם בעלי מקצוע מהשורות הראשונות, וגם עורכי-דין שהסכימו בתחילת דרכם לקבל מינויים של בית משפט, לרוב מפסיקים לקבל מינויים כאשר הצליחו להתבסס במקצת.¹⁰⁵

הדו"ח מגלה גם היבט נוסף של דינמיקת המעגל השוטה: האיכות הירודה של הייצוג היוותה סיבה – או למצער שימשה צידוק – לכך ששופטים מיעטו להשתמש בשיקול הדעת

102 Thomas E. Daniels, *Gideon's Hollow Promise – How Appointed Counsel Are Prevented from Fulfilling Their Role in the Criminal Justice System*, 71 MICH. B.J. 136, 139-40 (1992).

103 שם. חשוב לציין שבישראל, בהיעדרם של מושבעים, אותם שופטים שאישרו הוצאות להגנה היו גם קובעי העובדות (fact finders) במשפט.

104 דין וחשבון הוועדה לבדיקת הסיוע המשפטי בעניינים פליליים, 1985, בעמ' 31-33.

105 שם, בעמ' 16.

שלהם למנות עורכי-דין.¹⁰⁶ במצב הדברים המתואר לעיל לא רק שהיה מחסור בעורכי-דין שיכלו לספק ייצוג הולם בתיקים שבהם ניתן היה לעשות זאת על פי שיקול דעתו של בית המשפט, אלא גם לא היו די עורכי-דין שימלאו את המשימה המוגבלת של ייצוגם של אותם נאשמים לגביהם הייתה חובת מינוי.¹⁰⁷

ו. קדמה או לגיטימציה?

כאשר טבעו סטייקר וסטייקר את המושג "ביצור" (entrenchment) הם התייחסו לצורה של לגיטימציה הטבועה בכל סוג של רפורמה חלקית. מדובר באפקט שמופיע "אפילו כשהרפורמה לא משרה אמונות כוזבות או מוגזמות באשר להתקדמות שנעשתה", אך עדיין משרה סיפוק מסוים בשל השגת שיפורים אמיתיים לעומת המצב הקודם. סיפוק זה גורם לאנשים להרגיש נינוחים ומרוצים מהמצב הקיים יותר משהיו מרגישים אלמלא הרפורמה. ראוי להבהיר: טענתי היא שבמקרה שלנו הרחבת הסמכויות שבשיקול הדעת של בתי המשפט ככל הנראה כן השרתה אמונות כוזבות לגבי הוגנות מערכת המשפט הפלילי. גם כאן עולה דילמה דומה לזו שהציגו סטייקר וסטייקר – האם מתנגדי עונש המוות צריכים לתמוך ברפורמות חקיקתיות וברגולציה של עונש מוות. בהקשר שלנו השאלה תהיה: בהינתן התיאור שלעיל לגבי המציאות של זכות הייצוג בישראל בשנות השמונים, לרבות גישתם המצמצמת של בתי המשפט כלפי הזכות והמערכת הפגומה לאספקת השירותים, ובהינתן סכנת הלגיטימציה – האם לא עדיף היה שלא יהיו גם סמכויות מינוי בשיקול דעת? כדי לענות על שאלה זו יש להתעמת עם לב הדילמה שתאוריית הלגיטימציה מעלה. איך

106 ש.ם.

107 עניין אברג'יל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 210 ("שהרי המציאות מלמדת, כי גם כשקיימת על בית המשפט חובת מינוי, עומד הוא, לא אחת, בפני הקושי למלא את חובתו"); עניין אפרגן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 150 ("חזיון נפרץ הוא, כי בתי המשפט עומדים חסרי אונים, כשהם נדרשים למלא את חובתם ולמנות עורך-דין המוכן והמסוגל ליטול על עצמו את תפקיד הסנגור הממונה"). מצב דברים זה נמשך גם בראשית שנות התשעים ועד להקמת הסנגוריה הציבורית. במקרה אחד הקושי במציאת סנגורים שיהיו מוכנים לייצג כמה מן הנאשמים הביא את התביעה לתקן את כתב האישום כדי לעקוף את חובת המינוי. מהלך זה פתר את הבעיה רק ביחס למשפט, אך לא ביחס לבקשה למעצר עד תום ההליכים, שלגביה הייתה חובת מינוי ללא קשר לחומרת העברה. התביעה התגברה על בעיה אחרונה זו על ידי שימוש בסעיף בחוק סדר הדין הפלילי שאפשר לבית המשפט להאריך את מעצרו של עצור לא מיוצג ב-30 יום כל פעם, עד שהנאשם יהיה מיוצג. למעשה שהו הנאשמים יותר משנה במעצר עד תום ההליכים מבלי שהיו מיוצגים ובלי שהתקיים דיון לגופו של עניין בסוגיית מעצרו. עניין אלפרון, לעיל ה"ש 2.

עלינו להחליט אם לתמוך בתוכנית מסוימת, שעל פניה נראית מתקדמת וייתכן שיהיו לה אפקטים חיוביים, אך היא עלולה להעניק לגיטימציה למערכת לא הוגנת? אציג את הדילמה בצורה נוספת, מעט קונקרטי יותר: שופטים בישראל לא השתמשו בסמכויות שיקול הדעת שלהם כדי למנות עורכי־דין בכל המקרים שבהם היה ראוי שישתמשו בהן – אך הם כן השתמשו בהן לפעמים. האם לא יהא זה עדיף להותיר אפשרות זו במקומה, וכך לאפשר לפחות לכמה נאשמים, אף אם מעטים בהרבה מכפי שהיינו רוצים, ליהנות מייצוג – ואפילו אם מדובר בייצוג איכותי פחות משהיינו רוצים? כיצד נוכל למדוד את הרווחים המטריאליים של השימוש בסמכויות המינוי שבשיקול דעת אל מול אפקט הלגיטימציה שלהן?

כפי שצינתי בפרק הראשון, אני לא מאמין שניתן לייצר נוסחה ערטילאית להערכה שכזו. הניתוחים חייבים להיות תלויי־הקשר. זו הסיבה לכך שתאירתי בפירוט את ההיסטוריה החקיקתית ואת השיח שהתלווה להצעות החוק ולרפורמות השונות. בהקדמה התויתתי חמישה שיקולים שיש להביא בחשבון כדי לגבש עמדה בשאלות שכאלו. שיקולים אלו מובילים לעמדה שאם האינטרס הראשי המנחה אותנו הוא הגינות מערכת המשפט הפלילי, אזי במצב ששרר לפני הקמת הסנגוריה הציבורית היה ככל הנראה עדיף בלי ה"זכות" שבשיקול הדעת למינוי סגור.

השיקול הראשון הוא ההשפעות החיוביות על המציאות. לסמכויות המינוי שבשיקול הדעת הייתה כאמור השפעה מעטה מאוד על המציאות. באופן כללי ניתן לומר שהשופטים כמעט שלא עשו כל שימוש בסמכויות אלו. כמו כן, הרפורמות שהרחיבו את סמכויות המינוי לא לוו ברפורמות מוסדיות שיבטיחו שבמספר התיקים המצומצם שבהם ניתן ייצוג יהיה זה ייצוג הולם.¹⁰⁸

השיקול השני הוא הפוטנציאל המובנה לשינוי חיובי מרחיק־לכת יותר. האם ניתן לומר שהסמכויות למנות עורך־דין שהורחבו מעת לעת נשאו עמן פוטנציאל לשינויים רדיקליים יותר? במקרה זה איני רואה פוטנציאל רציני כלשהו מסוג זה. במסגרת הרפורמות שהרחיבו את סמכויות המינוי לא נכללה בנייתה של מערכת מובנית או מוסד בעלי פוטנציאל לבחון את גבולות הרפורמה ולפעול להרחבתה על ידי חשיפת הפגמים שבסטטוס־קוו או בכל דרך אחרת. כמו כן, לא היו לרפורמות אלה השפעות אידאולוגיות חיוביות, במובן של גיבוש שינוי תודעתי שיביא לשינויים במציאות. להפך: נראה שלסמכויות שיקול הדעת היה את הפוטנציאל ההפוך – לבלום שינויים רדיקליים יותר – וזאת בשל השימוש הסלקטיבי בזכות לייצוג בתיקים שמעוררים שאלות של לגיטימיות. ניתן אולי להתנגד לטענה זו ולטעון שסמכויות שיקול הדעת סללו את הדרך לרפורמות משמעותיות יותר בעתיד. טענה כזו

108 ראו הדיון בפרק הקודם.

טעונה ביסוס. במחקרי על רפורמות אלו ועל רפורמות מאוחרות יותר לא מצאתי הוכחה לכך. לדוגמה, לא היה שום דיון שבו נטען שהקמתה של הסנגוריה הציבורית בשנת 1996 הייתה התפתחות "טבעית" (כמו הרחבה הדרגתית-לוגית של הזכות), תוצאה הכרחית או סוג של תוספת אסתטית לתהליך של הרחבת סמכויות שיקול הדעת למינוי סנגור. ההצדקות להקמת הסנגוריה הציבורית לא היו ברוח זו. ניתן להבין טוב יותר את הרפורמות של שנות השמונים והתשעים, ובהן הקמת הסנגוריה הציבורית, כתוצאה של שינויים אידאולוגיים ושל תהליכים חברתיים ומשפטיים שאינם קשורים דווקא להרחבתן של סמכויות המינוי שבשיקול הדעת בתקופה שקדמה להן.¹⁰⁹

השיקול השלישי הוא האפקט האידאולוגי המרומז. כפי שהסברתי לעיל, ייצוג על ידי עורך-דין במשפטים פליליים הוא דבר גלוי לעין. הזכות לייצוג מעבירה מסר שמערכת המשפט הפלילית היא הוגנת ושוויונית, ובכך יש לה פוטנציאל לתרום לעמעום הביקורת כלפי המערכת. על פי תדמית זו שני הצדדים שווים זה לזה כי הם מיוצגים על ידי עורך-דין. כאשר מדובר בזכות למינוי סנגור על חשבון המדינה, המסר הוא גם של שיווין בין בעלי יכולת כלכלית לחסרי יכולת כזו. עוד בטרם נידרש לבחינת הדרכים שבהן נעשה שימוש בזכות הייצוג כדי להצדיק את הסטטוס קוו, ברור מעצם קיומה של הזכות שיש לה פוטנציאל מרומז של אפקט לגיטימציה. תהיה זו הנחה סבירה שבשיטה האדברסרית יש לזכות לייצוג השפעה על תפיסת ההגינות של מערכת המשפט הפלילית. יתרה מכך: כאמור, הסמכויות שבשיקול הדעת למנות עורכי-דין וההצדקות שתמכו בהן חיזקו את הדעה שרק בחלק קטן מהמקרים יש צורך אמיתי בייצוג.

מכאן לשיקול הרביעי: האפקט האידאולוגי המפורש. הראיתי שהרפורמות שהרחיבו את הסמכויות של השופטים למנות סנגורים לוו בהצדקות כוזבות, ושהשימוש בהצדקות אלו בא לא רק כדי לתמוך בכלליות במערכת הקיימת אלא גם כדי להתנגד לרפורמות מרחיבות יותר. הדוגמה הבולטת ביותר היא השימוש בטענה שהשופטים ישתמשו באופן נרחב בסמכויותיהם כנימוק לדחייתן של הצעות להרחיב את חובת הייצוג.¹¹⁰ ניתוח כזה של השיח (בהיעדר יכולת למדוד את דעת הקהל) הוא המרב שניתן לעשות לשם חשיפת אפקטים אידאולוגיים.

השיקול האחרון הוא השיקול הפרגמטי: מה היו התחזיות והסיכויים לשינוי רדיקלי יותר במצב הדברים באותה עת או בעתיד הנראה לעין? מה היה טבעו של הפוטנציאל לרפורמה, אם היה פוטנציאל שכזה? עד כמה, אם בכלל, הפחיתה ההשלמה עם רפורמות מתונות יותר את ההסתברות להתרחשות רפורמות מרחיקות-לכת יותר? אכן, שקילת

109 ראו SAPIR, לעיל ה"ש 1, פרק II.

110 ראו לעיל פרק ג.1.

האלטרנטיבות חייבת להיות חלק מהניתוח של אפקט הלגיטימציה. אם בנקודת זמן מסוימת לא ניתן לצפות להתרחשותן של רפורמות גדולות יותר, ייתכן שעדיף להתפשר על רפורמה מינורית שיש בה רווח כלשהו, אפילו אם הוא קטן. קשה לאמוד את גודל הפוטנציאל של שינוי רדיקלי יותר בהקשר של הזכות לייצוג בתקופה שקדמה לשנות השמונים. עם זאת, ברור שהצעות לרפורמות עמוקות יותר מאלו שאומצו לבסוף עמדו על הפרק, וודאי לא היו בבחינת חלום לא מציאותי שקשה לדמיין צירוף נסיבות שיאפשר את קבלתן. כך, למשל, המלצותיה של ועדת קיסטר משנת 1969 היו מרחיקות-לכת לא רק בכך שזיהו את סמכויות המינוי שבשיקול דעת כבעייתיות ואת הקטגוריות שלגביהן הוחלו כמוגבלות מדי, אלא גם בכך שהצביעו על הצורך בשינויים מוסדיים שיתייחסו לאיכות הייצוג כגון הצורך לבחור סנגורים ראויים והצורך להגדיל את משכורתם.¹¹¹

חלק מהשיקולים שמניתי תומכים באופן מובהק במסקנה כי לרפורמות שהרחיבו את שיקול הדעת השיפוטי למינוי סנגור היה אפקט שלילי. חלק אחר מהשיקולים תומכים במסקנה זו באופן מובהק פחות, אולם כל חמשת השיקולים מצביעים במקרה זה לאותו כיוון. לפיכך, בשקילת הרווחים של הרפורמות אל מול אפקט הלגיטימציה נראה שהאחרון היה משמעותי יותר. קל יחסית להגיע למסקנה זו בקשר לרפורמות שאני מנתח במאמר זה, וזאת לא רק בגלל שכל השיקולים מצביעים לכיוון אחד אלא גם בגלל שהשיקול הראשון מצביע על כך באופן כה מובהק. השיקול הראשון הוא הספקולטיבי פחות מכל החמישה. כאשר האפקט החיובי המטריאלי של הרפורמה אינו משמעותי, ושאר השיקולים הספקולטיביים יותר נוטים לתמוך במסקנה שההשפעות השליליות הכוללות של הרפורמה משמעותיות יותר מההשפעות החיוביות – הבחירה קלה יחסית. אלמלא הרפורמות שהרחיבו מעט לעת את סמכויות שיקול הדעת של בתי המשפט, ייתכן שהשינויים המשמעותיים יותר שהחלו רק בשנות השמונים, לרבות השינויים המוסדיים של הקמת מערכת הסנגוריה הציבורית בשנת 1995, היו מתרחשים קודם לכן. ייתכן שבהיעדר הרפורמות ואפקט הלגיטימציה שליווה אותן היו רפורמות אחרות מאומצות. על כל פנים, קל יחסית לעשות תרגיל מחשבתי שכזה ו"לוותר" על הרפורמות שכן אומצו באותה תקופה שכן השפעתן ממילא הייתה מינורית.

סיכום

אינדיקציה למצב הקשה של הזכות לייצוג בישראל עד תחילת שנות השמונים ניתן למצוא בהשקעה הכספית המזערית במימוש זכות זו. בשנת 1981 השקיעה מדינת ישראל

סכום שנתי שווה ערך לכ-2 סנט לנפש בעזרה משפטית בפלילים. ההשוואה למדינות אחרות היא מסובכת. כדי לשרטט מסקנות זהירות מתוך השוואה כזו יש צורך בנתונים רבים מעבר לסכומים שהוצאו על מטרה זו. כך, למשל, יש להביא בחשבון את סך ההוצאות על אכיפת החוק, את שיעור ההשקעה בסיוע משפטי בפלילים מתוך התקציב הכללי, שיעורי הפשיעה, וכן הלאה. עם זאת, הנתונים היחסיים באשר להוצאה במקרה זה הם כה בולטים, עד שאני מאמין שיש בהם ערך היוריסטי לקבלת מושג על מידת ההשקעה הנמוכה בישראל בסיוע משפטי בפלילים, אפילו אם לא נבחן נתונים נוספים: קנדה הוציאה בשנים 1979-1980 \$1.05 לאדם, שוודיה הוציאה בשנים 1981-1982 \$1.32 לאדם, ארצות-הברית הוציאה בממוצע \$2.165 לאדם בשנים 1980-1981, אנגליה הוציאה בשנים אלו \$2.615 לאדם בגין סיוע משפטי בפלילים – פי 130 מהסכום שהוציאה ישראל.¹¹²

נתונים אלה משקפים את מוגבלותה של הזכות לייצוג באותה תקופה – זכות שליבה היה בסמכויות שיקול הדעת של בית המשפט למנות עורך-דין, שיושמו במשורה. ההשקעה הנמוכה משקפת גם את התשלומים המזעריים לשכר טרחתם של אלה שנטלו חלק בייצוגם של הזכאים, ואת העובדה שדובר במערכת שלא עשתה מאמץ כלשהו להבטיח איכות ייצוג הולמת.

כיצד ניתן להסביר את המשכו של מצב דברים זה במשך תקופת זמן כה ארוכה? הניתוח ההיסטורי במאמר זה מספק הסבר מסוים לחוסר הדאגה למצבם הנואש של הבלתי מיוצגים בהליך הפלילי. חרף מספר מצומצם של התנגדויות, נראה שאחרי ככלות הכול קיבל המחוקק את ההצדקות שהוצעו למערכת שבמרכזה סמכויות שבשיקול דעת למינוי סנגורים. שתי ההצדקות עליהן עמדתי – שבתי המשפט יעשו שימוש תדיר בסמכויותיהם ושהם יעזרו לנאשמים הלא מיוצגים במקרים שבהם לא ימונה סנגור – קידמו את האמונה בנרטיבים של קדמה והתקדמות (progress). במדינה שבה המשפט הפלילי לא הוצב מעולם במרכז הזירה הפוליטית, לא נערכה עד לשנות השמונים בדיקה רצינית של ההצדקות ושל הנרטיבים האלה אל מול עולם המציאות, וההנחה שביסודן – שלא כל אחד באמת צריך להיות מיוצג – נותרה בלתי מעורערת ואף התחזקה. למעשה, כפי שהראיתי במאמר, ייתכן שעצם קיומן של הסמכויות שבשיקול הדעת מילא תפקיד בבלימת רפורמות משמעותיות יותר. אלה הם הסברים חלקיים בלבד. אשר לחלק מהציבור ומהמחוקקים ניתן לומר שהם לא היו מודעים למציאות, אולם אין זה סביר שחלקים מסוימים מהאליטה המשפטית לא היו מודעים לה. שופטים ותובעים בכל הערכאות היו עדים לכך שנאשמים לא מיוצגים הועמדו לדין, הורשעו, ודינם נגזר על בסיס יומי – ובכל זאת כמעט לא נעשה דבר כדי לשנות מצב זה. הניתוח של סמכויות שיקול הדעת מספק הסבר מסוים להסכמה שבשתיקה של חלק

112 מחקרו של הרנון, לעיל ה"ש 57, בעמ' 198.

מהשופטים ומהתובעים. קרוב לוודאי שלחלק מהם היה נוח לפעול במערכת שבעיקרון לא מחייבת מינוי של עורכי־דין, אבל מאפשרת אותו במקרים המהווים איום לגיטימציה של ההליך או של המערכת אם יתנהלו ללא עורך־דין, או במקרים שפשוט קשה לנהל ללא עורך־דין. החוק אף יצר קטגוריות צרות של חובות מינוי במקרים מוגבלים אלה. עם זאת החוק לא דרש מינוי, ואפשר לשופטים ולתובעים לשמר את כוחם המוחלט והבלתי ניתן לערעור במגוון רחב של מקרים שבהם, מנקודת מבטם, היה הסנגור גורם מפריע. הסברים אלה לא היו מספיקים אלמלא רווחה בקרב האליטות המשפטיות, לרבות בקרב שופטים ותובעים, גישה בוטחת ואופטימית כלפי מערכת המשפט הפלילי. קנת מן כינה גישה זו "תפיסה של סיכוי נמוך לטעות", וטען באופן משכנע שבישראל תפיסה זו קשורה בטבורה למרכזיות של השופטים בקבלת ההחלטות ולהיעדרם של מושבעים.¹¹³ אף על פי שמערכת הצדק הפלילית יכולה להיות אכזרית ובלתי־צודקת באופנים שונים ומגוונים, בדרך כלל רק הרשעתו של אדם חף מפשע יכולה הייתה לעורר מורת רוח וחוסר שביעות רצון ציבורית. אולם המשפט הישראלי לא התווה במשך שנים ארוכות דרכים ריאליזם לחשיפה של עיוותי דין לאחר הרשעה וערעור. במשך שנים ארוכות היה ההליך של בקשה למשפט חוזר – המאפשר לכאורה בחינה מחודשת של הרשעה לאחר סיום ההליכים הרגילים – הליך נדיר ולא יעיל. עד 1997 לא זכה אפילו נאשם אחד בבקשה למשפט חוזר שהתביעה התנגדה לה, ומספר זעום של נאשמים שהרשעתם אושרה בערעור הצליחו להוכיח את חפותם מאוחר יותר.¹¹⁴ כך נותרה המערכת "חסרת קרבנות".¹¹⁵ היה זה רק

113 לפי מן ניתן להסביר את היעדרה של זכות ייצוג כללית בישראל על ידי הגורמים הבאים: השימוש בשופטים מקצועיים (להבדיל ממושבעים), א-פוליטיות של השופטים; אמונה חזקה בדיוק של קביעת העובדות השיפוטית; העדפתו של צדק מהותי; הסכמה שבשתיקה לפתולוגיה ולעיוותי דין; ואופי מחוספס. Kenneth Mann, *Miscarriage of Justice and the Right to Representation*, *ISR. L. REV.* 612, 636-637 (1997).

114 ייתכן שבעשור האחרון חל שינוי מסוים בהקשר זה. בעקבות המלצותיה של ועדת גולדברג לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (1994), תוקן החוק והורחבו העילות לקיומו של משפט חוזר. ראו חוק בתי־המשפט (תיקון 22) התשנ"ו-1996. בעקבות תיקון זה התקבלו שתי החלטות חשובות שהעניקו משפטים חוזרים למרות התנגדות התביעה, ופירשו את התיקון החדש בצורה ליברלית ואת הביטוי "עיוות דין" ככולל כשלים פרוצדורליים חמורים. ראו מ"ח 281/98 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 433 (1999); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 354 (2002). נוסף על שתי החלטות אלה ניתנו בעשור האחרון שלוש החלטות נוספות שבהן – על אף התנגדות התביעה – הורה בית המשפט על קיומו של משפט חוזר. ראו מ"ח 5048/04 אייזן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.11.2005); מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2005); מ"ח 9054/03 לזרובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.11.2005). הסנגוריה הציבורית, שהמחוקק הרחיב הסמיך אותה לקבוע כי במקרים מסוימים יש מקום להגשת בקשה למשפט חוזר, ייצגה את המבקשים בעניין ברנס, שוורץ ואייזן. בעניין קוזלי יוצגו המבקשים על ידי

בשנות השמונים שהגישה הרווחת כי מערכת המשפט הפלילי היא נטולת פגמים החלה להיסדק ולהוביל לשינויים, ובכלל זה שינויים מרחיקי-לכת באשר לזכות הייצוג, לרבות הקמתה של הסנגוריה הציבורית.

לבסוף חשוב לזכור שהזכות לייצוג, במובן שמטיל חובה על המדינה לממן הגנה לנאשמים חסרי אמצעים, נהפכה לחלק בסיסי מהמערכת האדברסרית רק בשלב מאוחר יחסית. בארצות-הברית התבססה זכות זו והוכרה כזכות מרכזית רק בשנות השישים והשבעים.¹¹⁶ בשנים אלו צמחה אידאולוגיה חדשה בקשר להליך הפלילי – האידאולוגיה של ההליך ההוגן (Due Process). אידאולוגיה זו החלה לחדור לישראל רק כשני עשורים לאחר מכן.

אחד הלקחים של הניתוח ההיסטורי של הזכות לייצוג הוא שלא כל רפורמה הנראית במבט ראשון פרוגרסיבית היא בהכרח כזו, אפילו אם כוונותיה כאלה. תמיד יש להביא בחשבון את אפקט הלגיטימציה. בחשבון הכללי הגעתי למסקנה שבתקופה שעד תחילת שנות השמונים עלו החסרונות של אימוץ הסמכויות שבשיקול דעת למינוי סגור על יתרונותיו.

עו"ד אביגדור פלדמן, והסנגוריה הציבורית תמכה בבקשה זו כידיד בית המשפט. להרחבתה של סמכות הסנגוריה הציבורית בהקשר זה ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19), התשנ"ה-1995; חוק הסנגוריה הציבורית (תיקון מס' 2), התשס"א-2001.

115 במובן מסוים כל מערכת היא "חסרת קרבנות": כל עוד הרשעת השווא אינה מתגלה, אין קרבן. ברגע שההרשעה המוטעית נחשפת ומתוקנת, המורשע חדל להיות קרבן. העובדה שהמערכת תיקנה את הרשעת השווא רק מחזקת את היותה מושלמת – חסרת קרבנות. בחיבורו על ה"דיפרנד" מתאר הפילוסוף הצרפתי ז'אן פרנסואה ליוטר סוג זה של double bind: "7. עוולה היא: נזק מלווה באובדן אמצעים להוכחת הנזק. זה המקרה אם נשללו מהקורבן החיים או כל החירויות, או החירות לתת פומבי לעיונותיו או לדיעותיו, ואפילו אם נשללה ממנו רק הזכות להעיד על נזק זה, או אפילו פחות מכך, אם נשללה סמכותו של היגד העדות עצמו. בכל המקרים האלה, על ההעדר שהוא הנזק, מתווסף חוסר-האפשרות להביא זאת לידיעת אחר, ובמיוחד לידיעת ערכאת-הדין. אם הקורבן מעוניין להתעלם מאי-אפשרות זאת ולהעיד הכל זאת על העוולה שנגרמה לו, הוא נתקל בטיעון הבא: או שהנזק שאתה מתלונן עליו לא התקיים, ועדותך שקרית; או שהוא התקיים ומכיוון שאתה מסוגל להעיד, מה שנגרם לך אינו עוולה אלא רק נזק, והעדות שלך נמצאת שוב שקרית. 8. או שהינך קורבן של עוולה, או שאינך. אם אינך קורבן, אתה טועה (או משקר) כשאתה מעיד שהינך קורבן. אם הינך קורבן, כיוון שאתה יכול להעיד על עוולה זו, היא איננה עוולה ואתה טועה (או משקר) כשאתה מעיד שהינך קורבן של עוולה"; ז'אן-פרנסואה ליוטר הדיפרנד פרק ראשון (תרגמה לעברית אריאלה אזולאי, 1996), בתוך תאוריה וביקורת 8, 140-141 (בעריכת יהודה שנהב, 1996).

Charles J. Ogletree Jr. & Yoav Sapir, *Keeping Gideon's Promise: A Comparison of the American and Israeli Public Defender Experiences*, 39 N.Y.U REV. L. & SOCIAL CHANGE 203, 205-208 (2004) 116

האם ניתן לומר דברים דומים גם על התקופה המאוחרת יותר, לרבות התקופה שלאחר הקמת הסנגוריה הציבורית? עם הקמתה של הסנגוריה הציבורית ניתנו סמכויות רחבות ביותר לבית המשפט למנות עורך-דין לנאשם.¹¹⁷ ניתוח השפעתה של רפורמה זו חורג מגדרו של מאמר זה ומצדיק מחקר נפרד. בכל אופן, חשוב להבין שהניתוח הוא תמיד תלוי הקשר ושההקשר השתנה עד לבלי הכר בעקבות הקמת הסנגוריה הציבורית, ולא רק במישור החקיקתי. די אם אציין כאן שמבחינת השיקול הראשון מבין חמשת השיקולים שמניתי – ההשפעות החיוביות על המציאות – חל שינוי מהותי. עם הקמת הסנגוריה הציבורית נקטו עובדיה, שהונחו על ידי אידאולוגיה של הרחבת הייצוג וצמצום שיעור הבלתי-מיוצגים, כמה צעדים כדי לעודד שופטים להשתמש בשיקול דעת זה. בין היתר הם ערכו פגישות עם שופטים שבהן הוסבר כי בניגוד למצב שקדם להקמת הסנגוריה, יש כעת מוסד חדש שמסוגל להתמודד עם מספר גדול של מינויים ולפקח על רמת הייצוג.¹¹⁸ שופטים רבים אכן שינו את מנהגם והחלו למנות סנגורים באופן קבוע. בשנת 2002, בכ-30% מ-50,205 התיקים שטופלו על ידי הסנגוריה הציבורית היה הייצוג תוצאה של מינוי על פי שיקול דעת של בית המשפט, וכ-40% מתקציב הסנגוריה הושקע בתיקים אלו.¹¹⁹ מדובר בשינוי מהותי לעומת המצב שבו שופטים כמעט לא עשו שימוש בסמכויותיהם אלו. השינוי המשמעותי השני היה הדגש ששם הארגון החדש על העלאת איכות הייצוג.¹²⁰

גם באשר לשיקולים הנוספים שמניתי חלו שינויים. על כן, אף על פי שגם בתקופה שלאחר הקמת הסנגוריה הציבורית ניתן לזהות ניסיון לשימוש בסמכות המינוי שבשיקול דעת כדי למנוע רפורמות מרחיקות-לכת יותר,¹²¹ לא ניתן לומר – בלי לערוך בחינה קונטקסטואלית מדוקדקת – שהיו לסמכויות המינוי שבשיקול דעת חסרונות שעלו על יתרונותיהן.

- 117 חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, סעיף 18 (ב), ס"ח 8.
 118 ראיון שערך הכותב עם פרופ' קנת מן, הסנגור הציבורי הארצי הראשון (15 בדצמבר, 2002).
 119 ראו הסנגוריה הציבורית, דו"ח שנתי לשנת 2002.
 120 SAPIR, לעיל ה"ש 1, חלק III.D.
 121 כך, למשל, עמדתה של המדינה בעתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח, בה נתבקש ביטול ההגבלה על הזכאות לייצוג של חסרי אמצעים למי שמואשם בעברה שדינה חמש שנות מאסר ומעלה, הייתה שאין צורך בביטול המגבלה לאור יכולתו של בית המשפט למנות סנגור בכל מקרה על פי שיקול דעתו. ראו הודעה מטעם המשיבים, הודעה משלימה מטעם המשיב (3 בנובמבר, 2000), סעיף 12, וכן פרוטוקול הדיון בבג"ץ 3823/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנוב, 5.8.2000).