

## הכרעת דין

### פרופ' אריה קיזלי

1. בחודש אוקטובר 2023 הוגשו לבית הדין המשמעתי של אוניברסיטת חיפה כתבי אישום נגד תשעה סטודנטים בשל פרסומים בקשר לאירועי 7 באוקטובר 2023 (כך טענה התביעה).
2. לאחר מכן שמע הרכב הפוסקים ראיות וקיבל לידיו טיעונים כתובים מהתביעה וההגנה.
3. בתחילת חודש ינואר 2024, טרם ניתנה על הפוסקים החלטה כלשהי בעניינם של הסטודנטים, תודיעו הצדדים כי הוסכם ביניהם לפנות להליך גישור. עם קבלת ההודעה על הגישור נעצר ההליך המשמעתי.
4. בעת שהסכימו הצדדים על ניהול גישור היו הסטודנטים הנתבעים מושעים בהשעיה זמנית. באי כוחם של הסטודנטים ביקשו לבטל את ההשעיה הזמנית. בין נימוקיו (בסעיף 17 לבקשתו מיום 4 בינואר 2024) כתב עו"ד עדי מנסור: "היום הסכימו בייכ התביעה וההגנה על כניסה להליך גישור בכל התיקים. משמעות ההסכמה הינה שההליך צפוי להימשך אף יותר, וזאת בניסיון להגיע להסכמה בתיקים באופן שניתן הכרעה בנדון". (ההודעה לא במקור)
5. באי כוחה של האוניברסיטה הסכימו לבקשה והשעיה הזמנית בוטלה.
6. ברור מכאן שהפנייה לגישור הייתה על מנת ליתר את ההכרעה בתיקים שבפני הפוסקים.
7. כעבור כשלושה חודשים, בראשית חודש אפריל 2024, הגישו הצדדים הודעות על הסדר מוסכם בשמונה מתוך תשעת התיקים.

בהודעה נפרדת שהוגשה על ידי עוה"ד של האוניברסיטה זמן קצר לאחר מכן (אשר עורכי הדין של הסטודנטים הנתבעים היו מכותבים לה ולא התכחשו לה) נכתב כך: "מדובר בהסכמות שהושגו בתום משא ומתן ארוך ומורכב, בו הצדדים היו מיוצגים על ידי עורכי דין ובסיועו הרב של מגשר מן המעלה הראשונה (סגן נשיא בית משפט מחוזי בדימוס). ההסכמות הושגו כ"חבילה אחת" והוסכם במפורש כי הם יבאו לאישורך הפורמלי "as is".

8. דעתי הינה כי יש לאשר את ההסכמות שהוגשו בגישור ובכך להביא לסיומו של ההליך המשמעתי – במיוחד לנוכח ההסכמה בין שני הצדדים.
9. אני סבור כי אין מקום להתערבות הרכב הפוסקים בהסכמה שהושגה, בתום דיונים ממושכים ומחויבים, מצד שני הצדדים. לטעמי, יש לכבד לא רק את הליך הגישור אלא גם לברך על ההסכמה המשותפת שהושגה בתום דיאלוג.

### הנמקה מפורטת

גישור הינו דרך חלופית להכרעה. במקום שהמותב יכריע, הצדדים עצמם "נוטלים את גורלם בידם". כל אחד מהם מעריך את הסיכון והסיכוי מבחינתו והם מנסים, בעזרת המגשר, להגיע להסכמה שתייתב הכרעה על ידי בית משפט או בית דין.

מדובר בדרך שהיא אלטרנטיבה להכרעה. כלומר, מטרתה היא להשיג הסכמה שתייתב הכרעה של השופט או הרכב השופטים. מרגע שהושגה הסכמה בגישור, אין יותר תוחלת לדרך האלטרנטיבית – הכרעת בית המשפט.

במצב בו צדדים שיש ביניהם מחלוקת מצאו דרך ליישב אותה בהסכמה, יש לתת כבוד ותוקף להסכמתם. לשופט או לבית דין אין ענין משלו להכריע בסכסוך שהצדדים יישבו ביניהם בהסכמה. באותו רגע בו הוגש הסדר גישור ההליך שהיה תלוי ועומד מסתיים, מהסיבה הפשוטה שהסכסוך חזל להתקיים. הוא "הוכרע" בדרך מוסכמת בין הצדדים לסכסוך.

<sup>1</sup> המסמך מנוסח בלשון זכר מסיבות של נוחות בלבד.

גישה אחרת – אשר במסגרתה בית דין משמעותי מחליט להכריע לאחר הסכמה בגישור - חותרת לא רק תחת עצם התפיסה של גישור כאלטרנטיבה להכרעה של שופט או דין. היא גם פוגעת, לעניות דעתי, אנושות במוטיבציה להגיע להסדר פשרה בגישור. מדוע שצדדים יתאמצו להגיע להסדר מוסכם אם בסופו של דבר הם עלולים לחזור לדיון המשפטי (או במקרה שלנו, המשמעותי) בסכסוך ביניהם? איזה הגיון או מניע יהיה לצד לוותר על עמדה או תביעה "מקסימליסטית" ולהסכים לויתורים במסגרת הסדר פשרה אם הוא יודע שההסדר כפוף עדיין להתערבות של שופט או דין? אם נזור עליו "לחזור לזירה", למה שיסכים ויחזור לאחר שוויתר בהסכם פשרה ואז דיון יתחיל כשהוא בעמדה נחותה מזו שהתחיל את ההליך? במלים אחרות, עמדה לפיה ההסדר המוסכם כפוף לדיון של בית המשפט לגופו של ענין לאחר השגת ההסכם שומטת את השטיח מותחת לרציונל המצוי בבסיס הפילוסופי והפרקטי של עצם הליך הגישור.

למיטב ידיעתי, כך גם נוהגים בתי משפט. קודם כל, בתי משפט מעודדים מתדיינים לנסות וליישר את הסכסוך בדרך האלטרנטיבית, בהסכמה. ואם הגיעו הצדדים מגיעים בגישור להסדר מוסכם, בית המשפט מאשר אותה ולא דן בה לגופה. גישה זו מבטאת את ההכרה בעדיפות הפתרון שלפיו הצדדים ייטלו לעצמם את "כוח ההכרעה" ויגבשו הסדר הנראה בעיניהם הנון ומאוון. כאשר הם מצליחים להגיע להסדר מוסכם, שיקול הדעת הראשוני שמוקנה לבית המשפט נסוג מפני הסכמת הצדדים.

גם הצדדים בתיקים שבפנינו הבינו את הדברים כך: עו"ד עדי מנסור, המייצג את מרבית הסטודנטים, כתב במפורש כי אם יגיעו הצדדים להסכמה היא תייתר הכרעה שלנו בענין.

מה שנכון בדרך כלל, נכון שבעתיים במקרה שלפנינו: הצדדים היו מיוצגים על ידי עורכי דין מנוסים. מההודעה שהוגשה לפוסקים עולה כי תהליך הגישור היה "ארוך ומורכב" וכי המגשר היה סגן נשיא בית משפט מחוזי בדימוס. אני מבקש להוסיף כי התמשכות הליך הגישור מלמדת על כך שהושקע בו זמן, ומן הסתם גם מחשבה ודיאלוג, אשר אני סבור כי אנו כפוסקים צריכים במקרה זה לכבדם.

לכל אלה נוסף שיקול נוסף במקרה ספציפי זה: בהודעה שנמסרה לנו נכתב כי ההסכם הושג כ"חבילה אחת" והוגש לאישורנו "as is". אני מבין מכך שהצדדים הסכימו במפורש כי ההסכם יאושר כפי שהוא לגבי כל הנתבעים ולמעשה התבקשו כפוסקים כי לא נשנה ממנו דבר. בקשה זו נראית לי, במקרה זה, סבירה. מדובר כידוע בתיקים העוסקים בנושא רגיש ביותר, ואשר סיומו בהסכמה חשוב בעיני כמסר לציבור הסטודנטים כולו וכן לקהילת האוניברסיטה כמקשה אחת והוא עשוי לתרום להרגעת הרוחות שסערו בעינין. גם נימוק חשוב זה מחזק את מסקנתי כי עלינו לאשר את כלל ההסכמות שהוגשו לנו, ולא לסכן, חס ושלום, את ההסדר שהושג "בחבילה אחת". זאת במיוחד לאחר שכבר אישרנו את שבע ההודעות האחרות.

מכל הנימוקים שפריטי יעתי היא כי יש לאשר את ההסדר המוסכם שהוגש לנו בעניינה של הסטודנטית ואין להכיל על התיק שלה החלטה שונה מאלה של שבעת הסטודנטים האחרים שלגביהם הוגשו הסכמי גישור בהסכמה מלאה וחתומה של שני הצדדים.

אב בית הדין הממונה על משמעת תלמידים, פרופ' אריה קיזל

אריה קיזל

המוסק פרופ' אסף דר

פריטי התביעה:

על פי כתב התביעה, התלמידה באוקטובר 2023, "פרסמה ברשתות החברתיות בתמיכה בכוחות התוקפים, פסוקים מהקוראן על חזרתה של ירושלים/מסגד אל אקצה לידי המוסלמים ולחימה ביהודים." כתב התביעה מוסיף: "התלמידה חשודה בהתנהגות שאינה הולמת סטודנט, ובהתנהגות הפוגעת באוניברסיטה, עובדיה ובאורחי האוניברסיטה." טופס התביעה גם כולל צילום מסך של הפרסום שאותו על פי החשד פרסמה התלמידה - אסמאא סרתאן.

ממצאים

טיעוני התביעה

טיעוני התביעה מובאים בצורה תמציתית בסיכומי התביעה. עיקרם הם שהפרסום של הפסוקים ברשת האינטרנט בתאריך 8.10.2023 הוא מתוך חדית מוכר. העובדה שמדובר בחדית ולא בפסוקים מהקוראן נודעה לתביעה מההגנה רק במהלך דיוני ועדת המשמעת. בסיכומיה מציעה התביעה מה שהיא מכנה "תרגום חופשי" של החדית שפרסמה אסמאא סרחאן. תרגום זה של הדברים שנכללים בפרסום נשוא התביעה על פי התביעה הוא: "הפריחה של העיר ירושלים תחיה אחרי הרס העיר אלמדינה. הרס אלמדינה יביא לפרוץ ניצואת) המלחמה, אשר תסתיים בניצחון של קונסטנטיניה (הביזנטים)...מסימני יום הדין, שחרור ירושלים מלחמת המוסלמים נגד היהודים, וחזרת מסגד אלאקצא למוסלמים שאז יתזור (או יתפלל בו) המשיח...מי יתן ותתן לנו סיוע טוב לדבר ונגיע לכן עדן" - "בצירוף ילבי".

בסיכומי התביעה נכלל ציטוט של משפטים שונים מתוך החדית עם פרשנות של התביעה. כך למשל בסעיף 48 ג התביעה שוללת את טענת התלמידה - אסמאא - שבטאה בדיון ועדת המשמעת וכן בסיכומי ההגנה, לפיה, המסר שהיא ביקשה להעביר בפוסט הוא מסר של פחד מיום הדין. בסיכומיה מנסה התביעה להוכיח שמדובר בפוסט המהווה תמיכה במתקפת הטרור של חמאס. לטענת התביעה בסעיף 48 ד, כאשר כל ההדגשות מופיעות במקור:

"גורסה זו אינה מתיישבת קודם כל עם האופן בו עצמה בפסקה השנייה, פירשה את החדית שצוטט בפסקה הראשונה. ואכן בפסקה השנייה מסבירה כי אירועי הטבח היו למעשה סימנים המבשרים על "מלחמת המוסלמים ביהודים" תוך ציון העובדה כי בזכות הטבח זה "מסגד אלאקצא יחזור למוסלמים", ולאחר מכן "המשיח יופיע ויתפלל בו [במסגד אלאקצא]".

חשוב להפנות לתרגום החופשי שהציעה התביעה בסעיף 46 לפסקה השנייה בפוסט של אסמאא, תרגום המופיע בפתיחת פרק הממצאים. מכאן, שהתביעה טוענת שאירועי הטבח היו סימנים מבשרים למלחמת המוסלמים ביהודים, אך בפועל אין כל ביטוי ישיר של תמיכה בטבח ה-7 באוקטובר שביצע החמאס. בסעיף 48 ו בסיכומי כתב התביעה נאמר גם "הסימן ילבי" שחותרם את הפוסט מרמז גם על תקווה ואהבת מה שקרה ולא על פחד, הסתייגות או רתיעה".

#### טיעוני ההגנה

ההגנה, מצידה, לא הכחישו. אכן פרסמה את הפוסט בתאריך שציננה התביעה. ההגנה הציגה פרשנות שונה. ביחס לפסקה השנייה בדברים אליה התייחסה התביעה, גורסת ההגנה כתגובה שלה "מדובר בפסקה תיאורית והסברית. לא שמחה על סימנים אלו. היא לא כתבה "הסימנים הנפלאים והמדוממים" של יום הדין, אלא תיארה, בחיותה מוסלמית, כיצד סימני יום הדין נראים. כמו כן היא הביעה את הפחד שלה מיום הדין, ולכן כל כוונה להחזיר כוונה אחרת פסולה." ההגנה ממשיכה להציג עמדתה כך: "שנית, התביעה מוסיפה על דעת עצמה כי סימנים אלה "מבטאים גם שנאת יהודים", וכי המלחמה בהם היא דבר "המבשר את הגאולה". מדובר על ניסיון נואש לצייר את הסימנים כאנטישמית, כאשר היא לא הביעה שנאה כלשהי כלפי יהודים, וכאשר תיאור הסימנים בפרסום לא נועד לתמוך או לשמוח על רציחתם של יהודים".

אציין גם שההגנה בסיכומיה צירפה חוות דעת מומחה המאשר שמדובר בחדית מוכר המדבר על אחרית הימים, ושהפסקה השלישית בפוסט של "משיח יופיע ויתפלל בו" מקיבלת בקרב מוסלמים ומשמעותה תפילה לסוף טוב למול האל. וכך כותבת ההגנה בסיכומיה: "משכך, ביקשה להביע את חרדתה מיום הדין, ולאחל לסוף טוב מול האל." לבסוף, בהתייחסות לאימוגי הלב כותבת ההגנה בסעיף 6 לסיכומיה האחרונים: "יכמו כן, ולעניין משמעות אימוגי הלב, הרי שאין בפרסום סימן זה משום הבעת אהבה או שמחה בהקשר אירועי הטבח של השביעי באוקטובר, אלא הוא דווקא מתכתב עם הרצון בסוף טוב מול האל."

#### הפרעת הדין

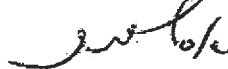
אני ניצב בפני שתי פרשנויות שונות לחלוטין לטקסט, עליו יש הסכמה שאכן פורסם על ידי הנתבעת. הטקסט כולל תיאור של חדית מוכר בקרב מאמינים מוסלמים. אציין שתפקיד התביעה הוא להביא ראיות לכך שהפרשנות שהיא מציעה לפוסט, לפיה מדובר במסמך התומך בטבח שביצע ארגון החמאס בתושבי מדינת ישראל, היא הפרשנות הנכונה, ואף האפשרות הסבירה היחידה.

התביעה הוסיפה, בהצגה שלה את הפוסט, מילים מודגשות המביעות את עמדת התביעה לפיה מדובר בתמיכה בטבח, בשנאת יהודים ורצון לפגוע בהם, אלא שטענות והדגשות אלה של התביעה לא די בהם כדי ליצור מצע ראייתי מספיק ולבסס את אשמתה של התלמידה במיוחד נכון הדבר משום שאין בטקסט שפורסם כל התייחסות או רמז ישיר לתמיכה בטבח או לשנאת יהודים ורצון לפגוע בהם, וזאת בניגוד לטענת התביעה. התביעה הסתפקה למעשה בצילום מסך, עליו אין מחלוקת, ובמה שהיא מכנה תרגום חופשי לטקסט. ראוי לציין כי התביעה הגישה את כתב הקובלנה ללא שהיתה בידה חוות דעת

מומחה באשר לפרשנות הטקסט שבפוסט, ואף מבלי שידעו כי כלל לא מדובר בפסקי קוראן. גרסת הנתבעת במהלך הדיון המשמעתי, כפי שמתועדת בפרוטוקול, נשמעת לי אמינה, ונתמכת גם בחוות דעת של מומחה מטעם ההגנה. יתרה מכך, נטל הוכחת האשמה הוא על התביעה, שלא עשתה מספיק להציג מצע ראייתי שיכול לבסס את האשמה החמורה שפרסום הפוסט מהווה תמיכה בטבת הנורא שביצע ארגון התמאס בשבעה באוקטובר.

כללו של דבר: התביעה לא הצליחה להוכיח כי הפרשנות שהיא מציעה היא הפרשנות הנכונה והסבירה היחידה; הפרשנות שהציגה ההגנה הינה פרשנות, אפילו, סבירה יותר מאשר פרשנות התביעה, במיוחד כאשר היא מגובה בחוות דעת מומחה. התביעה לא הצליחה להרים את הנטל להוכיח מעבר לכל ספק סביר את יסוד התמיכה. לאור כל זאת, ולאחר שיקול דעת מעמיק במכלול הראיות והטענות שהוצגו במקרה זה, הן בפרוטוקול הדיון והן בכתבי הסיכומים והמסמכים הנלווים, אני קובע שיש לזכות את התלמידה; מכל אשמה.

הפוסק, פרופ' אסף דר



הפוסק פרופ' האלד גנאים

אני מסכים עם הכרעת הדין של חברי, הפוסק פרופ' אסף דר. לשם השלמת התמונה וחיזוק המסקנה המזכה שאליה הגיע חברי הפוסק פרופ' אסף דר, אוסיף דברים אלה:

הפרשנות שמציעה התביעה לגבי הפרסום של התלמידה-הנתבעת היא פרשנות, והפרשנות שמציעה ההגנה לגבי הפרסום היא כן סבירה ואפשרית; במקרה זה יש לאמץ את הפרשנות המיטיבה עם התלמידה. אומנם מדובר כאן בדין משמעתי ולא בדין פלילי, אולם, כפי שנאמר לעיל, הדין המשמעתי הוא מעין-פלילי, ועל-כן יש להחיל את הרוח של סעיף 34(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. הווה אומר, יש לאמץ את הפרשנות המיטיבה עם התלמידה, ולזכות את התלמידה מההאשמות המיוחסות לה.

כללו של דבר: כפי שציין חברי, הפוסק פרופ' אסף דר, התביעה לא הצליחה להוכיח כי הפרשנות שהיא מציעה היא הפרשנות הסבירה היחידה, ואף לא הסבירה ביותר; להיפך, הפרשנות שהציגה ההגנה הינה פרשנות אפילו סבירה יותר מאשר פרשנות התביעה, הנתמכת גם בחוות דעת מומחה. התביעה לא הצליחה להרים את הנטל להוכיח מעבר לכל ספק סביר את יסוד התמיכה. המסקנה שלי היא זיכוי התלמידה.

ברצוני לפרט כאן את סדר הדיון שהתנהל בבית הדין המשמעתי. הוגשו כתבי תביעה נגד 9 סטודנטים/ות, התנהל דיון בבית הדין המשמעתי ביום 30.10.2023. לאחר שמיעת טענות הצדדים ביום 30.10.2023, בית הדין ביקש את סיכומי התביעה וסיכומי ההגנה. לאחר קבלת סיכומי ההגנה, סיכומי התביעה ולבסוף סיכומים סופיים של ההגנה, קיימנו, שלושת הפוסקים, ביום שלישי 26.12.2023 ישיבה שבה דנו בארבעה תיקים, והוחלט לזכות את הסטודנט. ואת הסטודנטית. ביום 4.1.204 קיבלנו הודעה, שהועברה אלינו על-ידי הממונה על המשמעת שהוא גם יושב ראש ההרכב של התיקים – פרופ' אריה קיזל, על העברת התיקים לגישור, בזו הלשון: "אנו מבקשים להודיע למותב כי הצדדים הסכימו לפנות להליך של גישור ביחס לכל התיקים הפתוחים בעניין הפרסומים הנוגעים לאירועי אוקטובר 23."

ביום 4.4.2024 קיבלנו הודעה בדואר האלקטרוני מראש ההרכב, הפוסק פרופ' אריה קיזל, בדבר סיום הליך הגישור לגבי 8 סטודנטים/ות; לא קיבלנו החלטת גישור כלשהי לגבי הסטודנטים. כאמור, התקיים הליך גישור לגבי 8 סטודנטים/ות, כאשר תוצאות הגישור היו: הסטודנטים/ות,

קיבלו סנקציה שהיא מכתב התנצלות לאוניברסיטה, וביצוע 120 שעות עבודות שירות; הסטודנט

קיבל עונש של הרחקה לצמיתות מאוניברסיטת חיפה ולא יוכל בעתיד להתקבל ללימודים באוניברסיטת חיפה; הסטודנטית

קיבלה עונש חמור יותר מאשר שהוטל על 5 הסטודנטים/ות. כאמור, בישיבה של הפוסקים שהתקיימה בסוף דצמבר הוחלט על זיכויים של

נוספים ושקול נסיבות נוספות ולשנות את דעתו, במידה שיראה לנכון לשם עשיית צדק. עמדתו לא השתנתה, והנני בדעה שיש אכן לזכות את הסטודנטית

מכל אשמה.

אעיר כי תוצאות הגישור לא כובלות את בית הדין המשמעתי. תוצאות גישור בהליך אזרחי כן מחייבות את בית המשפט האזרחי, ובית המשפט האזרחי נותן תוקף של פסק דין לתוצאות הגישור. אולם, הדין המשמעתי הוא מעין-פלילי (ראו עלייע 15/88 פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד מג(1) 584, עמ' 588) ובדין הפלילי ידוע הוא כי תוצאות הגישור לא מחייבות את בית המשפט הפלילי. כפי שנפסק על-ידי בית המשפט העליון, מפי השופטת בייניש, ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9:

"כמי שמופקד על גזירת-הדין, מוטלת על בית-המשפט האחריות להגנה על זכויות הנאשם מחז-גיסא, ולשמירת אינטרס הציבור מאידך-גיסא. קביעת העונש נותרת בידי על-פי נקודת האיזון הראויה בין שני אלה. כך בכל הליך פלילי, וכך על דרך העיקרון גם כאשר בא בפני בית-המשפט הסדר טיעון".

בית המשפט יכול לדחות את ההסדר, להחמיר עם המורשע, ולפעמים אפילו להקל עם הנאשם ואף לזכות את הנאשם, כפי שעשה השופט ירון לוי מבית משפט השלום רחובות – בזמנו מחוז תל-אביב-יפו ת.פ. (רח' 1629/06 מדינת ישראל נ' בזיג פואד. מכאן, תוצאות הגישור לא מחייבות את בית הדין, והגישור לא יכול ליתר את הכרעת הדין. בית הדין המשמעתי הוא הגוף השיפוטי היחיד המוסמך לקבל הכרעת דין ובמקרה של הרשעה גם גזר דין. יש אף לומר כי זו לא רק זכותו, אלא חובתו של בית הדין המשמעתי לקבל החלטות שיפוטיות צודקות. מכאן, יש לדחות את טענתו של התובע, ע"ד דיסני, לפיה "מדובר בהסכמות שהושגו בתום משא ומתן ארוך ומורכב, בו הצדדים היו מיוצגים על ידי עורכי דין ובסיועו הרב של מגשר מן המעלה הראשונה (סגן נשיא בית משפט מחוזי בדימוס). ההסכמות הושגו יכתבילה אחת והוסכם במפורש כי הם יובאו לאישור הפרמלי "as is". בית הדין המשמעתי מוסמך ואף חייב לבדוק את מחותנו של ההסדר, ולפעמים הוא אף רשאי, ולשם עשיית צדק אף חייב, לדחות את ההסדר, להחמיר עם הנתבע, להקל עם הנתבע ואף לזכותו, כפי שנקבע בעניין לעיל. בית המשפט אינו גוף שחייב לאשר, ואינו "יחזמת גומי" שנועד לאשר פורמלית את ההסדר. הגישור וההסדר אינם דרך חלופית להכרעה. ההכרעה השיפוטית הייתה ונשארה בידי בית הדין, ואסור לבית הדין לחפקיד את הכרעת הדין בידי גוף אחר. הגישור וההסדר הם דרך חלופית לניהול הליך, אך לא להכרעת דין. שני הצדדים, היינו התביעה והנתבע/הסניגור אינם שולטים בסכסוך, אלא בית הדין. תפקידם של הצדדים הוא לטעון ולהביא ראיות לביסוס וחיזוק עמדתם, כאשר בית הדין מקבל את כל העובדות והראיות ומקבל החלטה שיפוטית.

מהותו של ההסדר הוא שהצדדים מגיעים להסכמות, שבהן כל צד "מוותר במשהו" לצד השני. הכלל הוא שבית הדין מקבל את ההסדר, למעט במקרים חריגים, כאשר בפסיקה הישראלית פותחו שלושה מבחנים להתערבות בית המשפט: מבחן "העונש הראוי", מבחן "בחירת שיקולי התביעה", והמבחן המשולב, כאשר בית הדין בודק את העונש הראוי לעבירה, את שיקול דעתה של התביעה, וכן שיקול "הציפיות" של הנתבע והסתמכותו על ההסדר.

על מבחן "העונש הראוי" קבע בית המשפט העליון, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת בייניש, שם:

"אותן נסיבות שיש בהן להצדיק את ההסדר מבחינת העניין הציבורי, הן גופן, ברוב רובם של המקרים, נסיבות מקלות מבחינתו של הנאשם. אם, לדוגמה, רואה התביעה, מתוך שיקול ציבורי, חשיבות לזמן השיפוטי שנחסך עקב ההודאה, האם לא ניתן לומר כי הן האחר של שיקול זה הוא שיש להקל עם נאשם אשר מודה? והוא הדין בדוגמה אחרת, בה מוכן הנאשם לשתף פעולה עם התביעה, לגלות חלקם של אתרים בפרשה ולהעיד כנגדם במשפטם. התביעה מגיעה עמו להסדר טיעון, כיוון. שמאינטרס הציבור הוא שהעבריינים האחרים יורשעו וייענשו. אולם נכונות זו גם עומדת לזכות הנאשם כנסיבה מקלה לצורך שקילת העונש. הנה כי כן, יש לראות את הסדר הטיעון (פרט למקרים יוצאי דופן), כיכלים שלובים, בהם קיימת זיקת גומלין בין שני האינטרסים, כשכל אחד מהם רק מאיר פן אחר של אותן נסיבות המצדיקות הקלה".

על מבחן של "בחירת שיקולי התביעה" קבע בית המשפט העליון, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת בייניש, שם:

"הכלל הוא כי בית-המשפט יכבד הסדרי טיעון, אלא אם נוכח כי שיקולי התביעה בעריכת הסדר הטיעון חיו בלתי ראויים ופוגעים באינטרס הציבור".

באשר למבחן המשלב, קבע בית המשפט העליון, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת בייניש, שם:

"בראש ובראשונה שומה עליו על בית המשפט לבדוק את שיקולי המהות לקולה ולחומרה, ועיסקת הטיעון, באשר היא, לא תמצא מקומה בין שיקולים אלה. עם זאת, דומני כי ראוי לו

לבית המשפט לשקול את עיסקת הטיעון - בין יתר השיקולים שלעניין - ובשני היבטים נכבדים אלה. היבט אחד עניינו בנאשם גופו, ומשתי בחינות אלו. ראשית, ייזכר כי עיסקת טיעון הינה, מבחינתו של הנאשם - ועל דרך העיקרון - עיסקה שאינה הדירה. לאחר שהודה באשמתו נתון הנאשם לחסדי בית המשפט ('יחסדים' - במובנו המשפטי של המושג), והרי כוחו סר מעליו. מי שכך נתון לחסדי הזולת, ראוי הוא שילמדו עליו זכות כלשהי. שנית, בחותמו על עיסקת טיעון מטפח נאשם תקווה בלבו כי בית המשפט יענה לבקשת התביעה הכללית ויקל מעליו, ותקווה זו ראויה היא למשקל כלשהו משל עצמה. אכן, הנאשם מזהיר כמה וכמה פעמים כי אין בית המשפט קשור בעיסקת הטיעון: סניגורו מזהיר אותו; ידידיו מזהירים אותו; התביעה מזהירה אותו; בית המשפט מזהיר אותו. ואולם ככל שיוזהר שוב ושוב, וככל שיועמד על הסיכון שהוא נוטל על עצמו, לא יתייאש נאשם מן הרחמים, והציפייה והתקווה יחלחלו בו. אינטרס ההסתמכות קורים לדבר בלשונו, לשון אנשי המשפט, ונאשם יקווה ויצפה וייחל. לא נוכל להתעלם מגורם אנושי זה, ואכן לא נתעלם ממנו.

חשוב לציין כי כל הדיון הוא על מקרים שבהם בית המשפט חושב להחמיר עם הנתבע. בעניינו, מדובר בזיכוי הנתבעת, ולכן הוויכוח והמחלוקת לגבי המבחן חראוי לא רלוונטיים כאן. כפי שקבע השופט ירון לוי בעניין לעיל, כאשר לנתבע מגיע זיכוי, חובה על בית הדין לזכות את הנתבע, גם אם הצדדים הגיעו להסכמות שונות ביניהם.

נקודה נוספת היא שמדובר כאן בשמונה תיקים, שמונה הסדרים, כאשר ההסדר לגבי חמישה תיקים זהה, ואילו שלושת התיקים הנותרים מקבלים שלושה הסדרים שונים. מכאן, אנו למדים שאין המדובר בשמונה תיקים כחבילה אחת, אלא בשמונה תיקים נפרדים. כל תיק עומד בפני עצמו, ומקבל את היחס שמגיע לו. עמדה זו מקבלת חיזוק גם מן העובדה שהוגשו 9 כתבי תביעה, ואילו ההסדרים מתייחסים לשמונה תיקים. עוד אין הסדר או הכרעה שיפוטית כלשהי לגבי התיק התשיעי.

הכופים פרופ' האלד גנאים

הוחלט ברוב דעות של הפוסקים פרופ' אסף דר ופרופ' האלד גנאים לזכות את התלמידה כנגד דעתו החולקת והמאשרת את תוצאות הגישור של פרופ' אריה קיזל.