

## ביטול/ צמצום הפרטת התביעה הפלילית מוגש לחברת הכנסת אלהרר קארין

### 1. מבוא:

מטרת מסמך זה היא לבחון האם ניתן, וכיצד, לבטל או לכל הפחות לצמצם את הפרקטיקה של הפרטת התביעה הפלילית. חשוב להדגיש שהמדינה בעצמה הצהירה בכמה הזדמנויות שמדיניות ההפרטה אינה ראויה, ושהאידיאל הוא שסמכות התביעה הפלילית תישאר בידי המדינה. מסמך זה מציג סקירה מפורטת של המקורות המשפטיים והנורמטיביים הנוגעים לסוגיה. על סמך מקורות אלה, הצוות גיבש המלצות לשם צמצום ממדי התופעה, וכן לשם הגברת הפיקוח על יישומה.

### 2. עיקרי הדברים:

← חקיקה: סעיפי החוק הרלוונטיים לנושא.

← פסיקה: בעבר הוגשו עתירות לבג"ץ כנגד הפרטת התביעה הפלילית. בג"ץ התבטא בדרך שאינה אוהדת את הפרקטיקה, אך נמנע מלהתערב נוכח עמדתה של המדינה לפיה אכן מדובר בפרקטיקה שלא ראויה, ולכן ייעשו מאמצים לצמצמה עד כדי ביטולה (דבר שלא קרה בפועל).

← סקירת המצב כיום: עולה כי היקף ההפרטה כיום הוא כה רחב עד כי קשה לחשוב על מצב בו סמכות התביעה הפלילית תחזור בלעדית לידיים מדיניות.

← סקירת ספרות: ישנן דעות מנומקות בספרות אשר מצודדות באפשרות הפרטת התביעה הפלילית. עמדות אלה נשענות בעיקר על היעילות שההפרטה מביאה עימה. מנגד, ישנן דעות אשר מביעות מורת רוח נוכח ההפרטה, כשהטיעון הבולט ביותר בגנותה הוא ניגוד העניינים המובנה שההפרטה מביאה עימה. לניגוד העניינים שני היבטים. היבט אחד הוא הניגוד בין האינטרס הכלכלי הפרטי של עוה"ד החיצוני, לבין האינטרס הציבורי שבהעמדת אדם לדין פלילי רק כאשר ישנה מסכת עובדתית המצדיקה זאת. היבט שני הוא הניגוד בין כובעו של עוה"ד החיצוני כמייצג את המדינה (פרקליט), לבין כובעו כמייצג נאשמים (סגור).

← סקירה משווה: מדינות רבות בעולם הפריטו את סמכויות התביעה הפלילית. חלקן הפריטו תיקים ספציפיים וחלקן ביצעו הפרטה תוך שימור מנגנוני אכיפה ופיקוח.

← דיון והמלצות: הפתרונות שיעלו שלובים זה בזה. יהיה הכרחי לפעול בכמה מישורים על מנת להגיע לתוצאה של צמצום ממדי ההפרטה, תוך פיתוח מנגנוני פיקוח אפקטיביים.

### 3. חקיקה:

- חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי), תשל"ו-1975.
- חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי) (תיקון מס' 2), תשנ"ט-1999.
- חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, סעיף 258.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיפים 11, 12.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיף 6 לתוספת השלישית.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, סעיף 68 (קובלנה פלילית פרטית).
- פקודת העיריות [נוסח חדש], סעיף 264.
- הנחיית היועמ"ש לממשלה מספר 8.110. ההנחיה קובעת, בין היתר, כי כי "המגמה היא לצמצם בהדרגה, עד כדי ביטול מוחלט, הסמכה כתובעים של עורכי-דין שאינם עובדי הרשות".
- הוראות התקש"ר, סעיף 42.415(ו): "עובד השירות המשפטי ועובד בעל רישיון לעריכת דין שאינו נמנה על עובדי השירות המשפטי, אינו רשאי לעסוק בעבודה פרטית בכל תחום מתחומי עיסוקו של עורך דין פרטי בעריכת דין".

### 4. פסיקה:

שאלת חוקיות הפרטת התביעה הפלילית עמדה בפני בג"צ במסגרת עתירה שתקפה את סמכות היועץ המשפטי לממשלה להסמיך עורכי דין פרטיים, אשר אינם חלק ממערך השירות הציבורי כתובעים פליליים.<sup>1</sup> בית המשפט קבע אמנם שליועץ המשפטי יש סמכות למנות תובעים שאינם עובדי ציבור, אולם הדגיש כי מדובר בסמכות ציבורית מובהקת ומשכך האצילה צריכה להיעשות "בזהירות ראויה" ועליה "להיות חריג ולא הכללי". באותו עניין, ביהמ"ש המליץ שיישקל שינוי המצב באמצעות ניתוח עמוק במרקם התביעה בישראל ואיזון בין השיקולים השונים - בין הערכיים ובין המעשיים.

בפסקי-דין שונים,<sup>2</sup> הוצגה עמדת היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות לפיה ראוי שעובדי מדינה יהיו אמונים על הפעלת התביעה הפלילית, ולפיכך יינקטו צעדים על מנת לצמצם את היקף ההפרטה. בהקשרים אלה, ביהמ"ש חווה דעתו שמדיניות צמצום הפרטת התביעה הפלילית היא ראויה.

כמו-כן, ביהמ"ש קבע כי הפעלת הכוח היא לגיטימית רק כל עוד הכוח מופעל על ידי המדינה לשם קידום האינטרס הציבורי הכללי בלבד. וכן, רק כאשר מי שמפעילים את הכוח המאורגן "פועלים במסגרת המדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל במסגרת גופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי. לעניין שיקול היעילות הכלכלית נאמר כי

<sup>1</sup> בג"צ 1783/00 חיפה כימיקלים נ' היועץ המשפטי לממשלה

<sup>2</sup> בג"צ 4723/96 עטייה אביבית נ' היועץ המשפטי לממשלה; בג"צ 1783/00 חיפה כימיקלים נ' היועץ המשפטי לממשלה

יעילות (יהא מובנו של מושג זה אשר יהא) אינה בבחינת ערך עליון, כאשר עסקינן בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן.<sup>3</sup>

ביהמ"ש קבע כללים לאצילת סמכויות לגוף פרטי:<sup>4</sup>

1. אצילת סמכות שלטונית לגוף פרטי, כמו אצילת סמכות בכלל, הינה פסולה אם היא מעוררת חשש סביר לניגוד עניינים, ובמיוחד ניגוד בין התכליות הציבוריות של הסמכות לבין אינטרסים פרטיים, לרבות אינטרסים כלכליים, של הגוף הנאצל. בעניין אחר<sup>5</sup> נקבע: "עורך דין בשירות הציבורי, המייצג את אינטרס הציבור אין הוא יכול במקביל ליתן שירותים, אף פרו-בונו בייצוג אינטרסים אחרים של אנשים פרטיים".
2. אצילת סמכות בכלל, ואצילתה לגוף פרטי במיוחד, הינה כדין רק ככל שבידי הרשות המוסמכת המקורית, נותרת אפשרות אפקטיבית לפיקוח על הגוף הנאצל.
3. בהאצילה סמכותה לאחר אין הרשות המנהלית רשאית להתפרק לגמרי מסמכות זו ולהותיר את הנאצל לגבש בעצמו את אמות המידה לביצועה. שהרי, בהעבירה את הביצוע - טכני ככל שיהיה - לגורם חיצוני, אין הרשות מתפרקת מן האחריות לביצוע תקין.
4. ככל שחלקו של הנאצל הפרטי במלאכת איסוף התשתית העובדתית הנדרשת לפעולת הרשות רב יותר, כך מצטמצמת הנכונות להכיר בחוקיותה של האצלת הסמכות לגורם זה.

## 5. סקירת המצב כיום:<sup>6</sup>

מדי שנה מעל ל-1000 עורכי דין פרטיים פועלים כתובעים פליליים חיצוניים בהליכים פליליים מטעם המדינה במסגרת מיקור חוץ. הם מועסקים על ידי גופים ממשלתיים שונים, ובהם משרדי ממשלה כגון המשרד להגנת הסביבה, משרד התמ"ת, משרד התשתיות ומשרד הפנים, יחידות ממשלתיות; ותאגידים סטטוטוריים כגון רשות הטבע והגנים ורשויות מקומיות. הם פועלים בעיקר בתחומי התכנון איכות הסביבה, חוקי העזר העירוניים ודיני העבודה.

היקף ההסמכה של תובעים חיצוניים גדל מ-1,300 תובעים שהוסמכו בשנת 2001 ל-1770 שהוסמכו בשנת 2011. ההתקשרות עם התובעים החיצוניים נעשית בהסכם למשך מספר שנים באמצעות מכרז. הם מועסקים כקבלנים עצמאיים, ומקבלים בדרך כלל תשלום לפי סוג הפעולות שהם מבצעים או שעות העבודה שהם משקיעים בניהול ההליך הפלילי בתיק.

נתוני משרד התמ"ת: בשנת 2008 הוגשו 73 כתבי אישום, מתוכם 51 על ידי תובעים פנימיים ו-22 על ידי תובעים חיצוניים; בשנת 2009 הוגשו 404 כתבי אישום, מתוכם 40 על ידי תובעים

<sup>3</sup> בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואחי' נ' שר האוצר ואחי' (המכונה בג"ץ הפרטת בתי הסוהר)

<sup>4</sup> בג"ץ 4884/00 עמותת תנו לחיות נ' מנהל השירותים הוטרינרים במשרד החקלאות

<sup>5</sup> עב (י-ם) 2669/04 פוקסברומר נ' נציבות שירות המדינה

<sup>6</sup> רוב המידע נלקח מדו"ח של האגודה לזכויות האזרח העוסק בהפרטה של אכיפת החוק בישראל - <https://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/10/laworderltd.pdf>

פנימיים ו-364 על ידי תובעים חיצוניים; בשנת 2010 הוגשו 295 כתבי אישום, מתוכם 54 על ידי תובעים פנימיים ו-241 על ידי תובעים חיצוניים.<sup>7</sup>

בענייני תכנון ובנייה האציל היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2010 את סמכותו למנות תובעים למנהל המחלקה לאכיפת דיני המקרקעין בפרקליטות המדינה, שמסמך בעצמו תובעים לעניין עבירות לפי חוק התכנון והבניה. מדוח מבקר המדינה לשנת 2012 עולה, כי ב-24 מהוועדות המרחביות לתכנון ובניה שנבדקו, למעלה מ-94% מהתובעים הינם תובעים חיצוניים.<sup>8</sup>

בין העבירות שבגינן מוסמכים התובעים החיצוניים לייצג את המדינה ניתן למנות עבירות לפי חוק למניעת הטרדה מינית, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, חוק שכר מינימום, חוק התכנון והבניה, חוק החומרים המסוכנים, חוק למניעת מפגעים. בדרך כלל לא מדובר במינוי "אד הוק" של עורך דין לניהול הליך מסוים אלא בהסמכה כללית לתחום פלילי מסוים אשר במסגרתו מנהל התובע החיצוני בשם המשרד או הרשות השלטונית הליכים פליליים רבים.

המשרד לאיכות הסביבה: התובעים החיצוניים אחראים למרבית כתבי האישום שמגישים המשרד. התובע החיצוני מוסמך לקבל מגוון הכרעות קריטיות בניהול ההליך הפלילי, כגון החלטה על סגירת תיק מחוסר ראיות או בשל פגם טכני או מהותי שאינם מאפשרים מיצוי ההליכים; החלטה בבקשות לביטול הודעת תשלום קנס והחלטה בבקשות להפחתה וביטול של פיגורים בתשלום קנס. מתנאי המכרז ומההסכם להעסקת התובעים החיצוניים עולה כי ההחלטה היחידה שמחייבת אישור מראש של המשרד להגנת הסביבה היא החלטה בעניין הסדר טיעון בתיק.

רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים: ההתקשרות עם עורכי דין חיצוניים החלה בשנת 2007, ובמשך שלוש שנים הגישו עורכי דין כאלה 6,129 כתבי אישום מטעם רשות האוכלוסין. רוב כתבי האישום שהוגשו על ידי רשות האוכלוסין מאז שנת 2008 טופלו על ידי תובעים חיצוניים. תפקיד התובעים החיצוניים כולל, בין היתר, הכנת כתבי אישום, הכנת בקשות ומסמכים הקשורים לתיק וכן בחינת התיק על כל ההיבטים הכרוכים בו, לרבות החלטות בדבר הטלת קנס מנהלי, סגירת תיק, הצורך בביצוע השלמת חקירה והגשת כתב אישום. מכרז רשות האוכלוסין בדבר ההתקשרות עם התובעים החיצוניים קובע כי החלטות מסוימות של התובע (החלטה בעניין הסדרי טיעון; ביטול קנס או כתב אישום; גניזת תיק חקירה) מחייבות את אישור הממונה על התביעות במשרד הפנים.

התשלום לתובעים החיצוניים מחושב בדרך כלל לפי הפעולה המשפטית שבוצעה או שעות העבודה שהשקיעו בתיק. לדוגמה, במכרז של משרד התמי"ת להעסקת תובעים חיצוניים נקבע בין היתר תעריף של 693 ₪ עבור הפעולות: בדיקת תיק חקירה; הכנת כתב אישום; ישיבת הוכחות. החלטה על גניזת תיק אינה מזכה בתשלום.

<sup>7</sup> תשובת משרד המשפטים מיום 13.12.2012 לבקשה לפי חוק חופש המידע שהוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח

<sup>8</sup> מבקר המדינה, דוחות על הביקורת בשלטון המקומי לשנים 2011-2012, עמ' 130

בניגוד להוראת סעיף 42.415(ו) לתקש"ר, התובעים החיצוניים ממשיכים לעבוד כעורכי דין פרטיים המייצגים נאשמים מול המדינה, במקביל לעבודתם כתובעים מטעם המדינה. ההסכמים הנחתמים עמם אינם מחייבים אותם להפסיק את עיסוקם הפרטי כסניגורים פליליים (או בכל תחום משפטי אחר), אלא רק מגבילים אותם מניהול הליכים נגד המדינה בתחום שבו הם מייצגים אותה.

ההסכמים הנחתמים עם התובעים קובעים תקופת צינון של שנה בלבד מסיום ההתקשרות, שבמהלכה אסור להם לנהל הליכים כלשהם נגד המדינה בתחום שבו ייצגו אותה – למשל, ס' 5(ט)5 למכרז רשות האוכלוסין.

תנאי הסף בחלק מהמכרזים להתקשרות עם תובעים חיצוניים מסתפקים בניסיון קודם של שנים בודדות בתחום הפלילי ככלל, ואינם מחייבים ניסיון קודם בתחום הפלילי הרלוונטי. לדוגמה, במכרז להעסקת עורכי דין כתובעים בהליכי תכנון ובניה מחייבים תנאי הסף כי המציע יהיה בעל ניסיון של שלוש שנים כעורך דין בניהול הליכים פליליים, או בעל ניסיון של חמש שנים כעורך דין המתמחה בטיפול בענייני תכנון ובניה. במכרז של המשרד להגנת הסביבה אין כל דרישה לניסיון קודם, ותנאי הסף מחייבים אך ורק ניסיון של שנתיים בעריכת דין, כשמתוכן שנה אחת של ניסיון בתחום הפלילי.

במקרים רבים החלטה על הגשת כתב אישום, פרטי כתב האישום והחלטות יסודיות אחרות, מצויות באופן בלעדי בידי התובע החיצוני ללא כל מעורבות של הפרקליטות או הלשכה המשפטית במשרד הרלוונטי. זאת ועוד, במקרים בהם הגשת כתב האישום כפופה לאישור מראש של הממונה במשרד, המשרד אינו יכול להבטיח שלא יוגשו כתבי אישום על ידי התובעים החיצוניים ללא אישור כנדרש. למשל, לפי מכרז של משרד האנרגיה והמים: הממונה רשאי לקזז עד 25% מן התמורה עבור רכיב זה אם הוגש כתב אישום מבלי שאושר על ידי הממונה קודם להגשתו.<sup>9</sup> כלומר כתב אישום ללא אישור אינה מבטלת את התשלום בפרט ואת ההתקשרות עוה"ד בכלל.

כיום אין מאגר נתונים מלא המרכז את המידע על הסמכות התובעים החיצוניים, ולא קיימים הסדרים אחידים או כללים המחייבים את הרשויות המתקשרות עם התובעים החיצוניים. לאחר פרסום דו"ח הצוות לבחינת פעילות התובעים החיצוניים (יולי 2013), הוקם, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, הצוות ליישום מסקנות דו"ח הצוות לבחינת פעילות התובעים החיצוניים.<sup>10</sup> רק לאחרונה (2017-18) הוקמה המחלקה להנחיית התובעים מוסמכי היועץ המשפטי לממשלה בפרקליטות המדינה (להלן: "המחלקה"). המחלקה אחראית על הסמכתם, הכשרתם והנחייתם של התובעים הפועלים מכוח הסמכת היועץ המשפטי לממשלה, לרבות תובעים שאינם עובדי מדינה. המחלקה מצויה בשלבי הקמה, לכן טרם ניתן לקבוע טיב התנהלותה ומידת השפעתה על צמצום העסקת עו"ד חיצוניים, או לכל הפחות על הגברת הפיקוח עליהם.

## 6. סקירת ספרות:

<sup>9</sup> נספח ג' למכרז מס' 44/12 של משרד האנרגיה והמים  
<sup>10</sup> <http://www.justice.gov.il/Publications/News/Pages/ManegenoneyPikuach.aspx>

מבחינה כלכלית, הפרטת התביעה הפלילית היא יעילה,<sup>11</sup> מהסיבות הבאות: ראשית, עבור רשויות התביעה הציבורית ההפרטה מאפשרת את "הגמשת" כוח העבודה והפחתת עלויות השכר, ואת הפחתת עומס התיקים, כך שההתרכזות בתיקים הקיימים שלא הופרטו מאפשרת פעילות יסודית יותר ויעילה. שנית, עומס על הרשות אינו מאפשר לה להקדיש משאבים לפיתוח מערך התביעה הפלילית, ובכלל זה לגבש מדיניות מקיפה שמטרתה לייעל את מערך זה. כיום הרשות עסוקה בהתמודדות עם המצב הקיים. שלישית, החצנה רחבה של התביעה הפלילית לגורמים פרטיים בעניינים ספציפיים רבים תאפשר לרשויות התביעה הכללית לפתח התמחות לגבי סוגים ספציפיים של פשיעה, למידה והתחקות אחר דרכי התפתחותה, כך שתוכל גם להתפתח יוזמה למיגורה של הפשיעה בתחומי ההתמחות השונים. רביעית, החצנת ההליך הפלילי לידי גורמים פרטיים תאפשר חשיפה גבוהה יותר של הפשיעה לבתי המשפט, עד כי ברמת המקרו יגדלו ממדי הסדר הציבורי ורמת הפשיעה תפחת בהתאמה באמצעות הפעולות הבלתי-מתואמות בהכרח של רשויות התביעה הציבורית ושל הגורמים הפרטיים. חמישית, ישנם המניחים, כי גופים פרטיים מונעים ע"י תמריצי רווח כלכלי בלבד, הרי שכדי לבצע פעילויות שאינן רווחיות יש להטיל את ביצוען על גופים ציבוריים או חברות ממשלתיות. עם זאת, במנגנון הציבורי קיים סרבול בירוקרטי, הן בביצוע הפעילות והן בפיקוח עליהן, בעוד אצל הגורם הפרטי אין בדרך כלל סרבול מעין זה.

אחד מהטיעונים החזקים ביותר כנגד הפרטת התביעה הפלילית היא קיומו של ניגוד עניינים (בעיית נציג), אך גם התביעה הפלילית הציבורית אינה חפה מבעיית נציג. התביעה הפלילית הציבורית מתפקדת כנציגת הציבור לעניין השגת יעדי הסדר הציבורי ושלומו הציבור באמצעות ההליך הפלילי בביהמ"ש. בפעולתה זו אין היא פועלת בשם עצמה, אלא בשם הציבור אותו היא מייצגת. אך מעצם כך שהתביעה מורכבת מיחידים, להם אינטרסים ושיקולים השונים מהאינטרס הציבורי (כמו אפשרויות קידום, מוניטין וכו'), לעיתים עשויה התביעה הציבורית להעדיף את שיקולי היחידים בה על פני השיקולים הציבוריים. כך, באופן מובנה מתקיימת בעיית הנציג כל אימת שתובע ציבורי מופיע בשמו של הציבור בהליך הפלילי.

מנגד, ישנם נימוקים כבדי משקל שתומכים בהשארת התביעה הפלילית בידי המדינה. אחד מהם הוא העובדה שהחדרת "היגיון שוקי" (כמו תחרות והצבת יעדים מדידים) אל מערכים מוסדיים ציבוריים, משנה את ה"דיאָאיי הארגוני" של השירות הציבורי. בנוסף, מנגנוני השוק אינם נוטים לגייס את עצמם באופן ספונטני לטובת קידום האינטרס הציבורי. לכן ראוי לקדם הפרטה רק לאחר שהובטחו מנגנוני פיקוח. על הפיקוח להתבטא בבניית מערך תמריצים נאות לגוף הפרטי; בעיצוב מנגנונים של הפעלת שיקול-דעת באופן שיתיר בידי עובדי מדינה החלטות מיוחדות שנראה כי מערך התמריצים עלול להטותן אם הן יתקבלו על-

<sup>11</sup> גבריאל הלוי "התביעה הפלילית בהליך הפלילי" - <https://www.ono.ac.il/wp-content/uploads/2012/01/%D7%92%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%9C-%D7%94%D7%9C%D7%95%D7%99-%D7%94%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94-%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%99%D7%AA-%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9A-%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%9C%D7%99.pdf>; הילה שמיר " הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם - למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" - [https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media\\_server/Law/faculty%20members/hila%20shamir/%D7%A2%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%94%20%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%A8%202013.pdf](https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/Law/faculty%20members/hila%20shamir/%D7%A2%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%94%20%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%A8%202013.pdf)

ידי הגוף הפרטי; ובהפעלת מערכי פיקוח ורגולציה קפדניים על עובדי הגופים הפרטיים (בעניינו, עו"ד פרטיים).<sup>12</sup>

יתר על כן, מעולם לא נעשתה בחינה של עלויות ההפרטה לעומת עלויות ההעסקה של תובעים פנימיים. הדבר הפך נכון ביתר שאת משהוקמה המחלקה להנחיית התובעים מוסמכי היועץ המשפטי לממשלה בפרקליטות המדינה. כלל לא ברור שהקמתה של מחלקה זו עדיפה מבחינה כלכלית על פני צמצום היקף ההפרטה, והגדלת הפרקליטות.

גם אם ההיבט הכלכלי ייבדק, ויימצא שאכן ההפרטה עדיפה על פני הרחבת הפרקליטות, השגת חסכון כספי באמצעות הפרטה של סמכות שלטונית מובהקת, כמו התביעה הפלילית, אינה יכולה לבוא על חשבון פגיעה בזכויות האדם של הנאשמים. בפרטנציאל ניגוד העניינים המשמעותי בו נתונים התובעים החיצוניים, יש כדי ליצור חשש ממשי להטיה של שיקול דעתם בקבלת החלטות בעניין ההליך הפלילי שהם מנהלים, תוך פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן וכן בשלטון החוק ובאמון הציבור במערכת המשפט.

ניגוד העניינים טמון בשני גורמים עיקריים. ראשית, תגמול שמחושב ע"פ הפעולה המשפטית שהתובע החיצוני מבצע, בשילוב עם שיקול הדעת הנרחב המופקד בידי התובעים החיצוניים, יוצר ניגוד עניינים מובנה, המעלה חשש כבד להשפעה על שיקול דעתם של התובעים החיצוניים בקבלת החלטות. למשל, התובע החיצוני עלול גם להעדיף לנהל פרוצדורות משפטיות מרובות יותר, כדי למקסם את רווחיו, או להימנע מביצוע פעולות משפטיות שהתגמול עליהן נמוך. שנית, בניגוד לאיסור הגורף החל על תובעים ציבוריים לעבוד בכל עבודה פרטית בתחום עריכת הדין (בשכר או שלא בשכר), תובעים חיצוניים רשאים להמשיך בעיסוקם כעורכי דין פרטיים ולייצג נאשמים בהליכים מול המדינה, במקביל לעבודתם כתובעים מטעם המדינה. כך, במקביל לעבודתו בכובעו "הציבורי" כתובע, עשויים לעמוד לנגד עיניו אינטרסים של לקוחותיו הפרטיים.

במשרדים מסוימים ובפרט ברשויות המקומיות, התובע החיצוני הוא זה שמקבל את חומר הראיות ומחליט האם להגיש כתב אישום. תפקיד זה כולל קבלת החלטות רבות בשאלות כבדות משקל, כגון: האם הראיות מספיקות להעמדה לדין, האם יש במשפט עניין לציבור, האם ראוי להשלים את החקירה, האם ראוי לסגור את התיק, האם ראוי להגיע לעסקת טיעון, אלו צווים זמניים לבקש נגד הנאשם וכו'. מדובר בהחלטות המשקפות כוח שלטוני קיצוני ביותר, ויש בהן כדי לחשוף אדם לסבל ולהוצאות רבות על ייצוג משפטי וכן להשפיע באופן נרחב על זכויותיו של הנאשם. מנגד, להחלטות אלה השפעה מכרעת על האינטרס הציבורי שעליו נועד החוק הנאכף להגן.

מלבד ההחלטה על עצם הגשת כתב האישום, גם ההחלטה על פרטי כתב האישום והחלטות יסודיות אחרות בניהול התיק מצויות בשיקול דעתו של התובע החיצוני. במקרים אחרים החלטה על הגשת כתב האישום כפופה לאישור של ממונה "ציבורי". אולם אישור זה אינו מחליף את שיקול הדעת, אותו מפעיל התובע החיצוני על בסיס התשתית העובדתית

<sup>12</sup> שם (מאמרה של הילה שמיר)

והמשפטית המוכרת לו. כמו כן, לאור כמות התיקים המועברים לתובעים החיצוניים יש סיכון שהליך האישור יהיה במרבית המקרים "חותמת גומי" בלבד.

ניתן לטעון שפיקוח על שיקול הדעת שמפעילים התובעים החיצוניים יפיג חלק מהחשש הטמון בניגוד העניינים. אך אפשרות הפיקוח על שיקול הדעת שמפעילים התובעים החיצוניים ועל החלטותיהם היא מוגבלת ביותר, הן לנוכח מספר התיקים הרב המועבר אליהם והן בשל אופייה של עבודת התובע, המאופיינת באינספור החלטות פרטניות בעלות היבט מעין-שיפוטי המתקבלות בזמן אמת. גם אם נקבעים מראש הנחיות כלליות וקווי פעולה לקבלת החלטות על ידי התובע החיצוני, אין בכך כדי לספק מענה לכל הסיטואציות המורכבות והיומיומיות, בהן נדרש התובע להפעיל את שיקול דעתו.<sup>13</sup>

זאת ועוד, הפרטה מסיבית של עבודת הפרקליטות משמעותה החלשה מיידית של הפרקליטות, עד כדי פירוקה ופגיעה בשלטון החוק. בנוסף, הפרקליטים עובדי מדינה יכולים לטעון לפגיעה בחופש העיסוק - שינוי המדיניות משפיע על שינוי בכמות עבודתם.<sup>14</sup>

אפשרות נוספת, היא להתנתק מההבחנה בין הפרטי לציבורי, ולראות ספקטרום רציף של אפשרויות, כשבכל אחת מהן הפרטי והציבורי משמשים בערבוביה ובמינונים שונים. בהינתן הבנה זו של היחס בין הפרטי לציבורי, אין זה מדויק להבין הפרטה כמעבר בין שני מצבים בינריים — מן הציבורי אל הפרטי. הפרטה משמעה שינוי של מרקם היחסים ואופן שיתוף הפעולה בין הפרטי לציבורי על-ידי הגברת מעורבותם של גופים פרטיים או אף על-ידי שינוי אופייה של הפעילות המדינתית באופן שמדמה את השוק הפרטי.<sup>15</sup>

## 7. סקירה משווה:

### ארה"ב –<sup>16</sup>

מערך תביעה פלילי-מדינתי הוקם בתחילת המאה ה-19. חלק מהמדינות אסרו בחקיקה על הופעה עו"ד פליליים פרטיים בבתי המשפט, בטענה שהם לא מנוסים, לא מוכשרים ואף מושחתים. לפני המאה ה-19, תובעים פליליים פרטיים שימשו כחוקרים, כעדים, כתובעים ואף כבוררים. התפיסה הרווחת הייתה שמערכת התביעה הפלילית-מדינתית נוצרה הוקמה טובה, אבל היא נושאת עימה פוטנציאל לפגיעה בציבור. לכן הוחלו על מערכת זו הגבלות כמו "הליך

<sup>13</sup> יהודה שופמן ואן סוצ'יו "הפרטת התביעה הפלילית" - <https://skiramishpatit.com/maamar/%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%AA-%D7%94%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94-%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%AA>

<sup>14</sup> אדם שנער "כמה מחשבות על הפרטת הפרקליטות" - <https://hatraklin.org/2011/08/20/%D7%9B%D7%9E%D7%94-%D7%9E%D7%97%D7%A9%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%AA-%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%A7%D7%9C%D7%99%D7%98%D7%95%D7%AA>

<sup>15</sup> הילה שמיר " הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" - [https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media\\_server/Law/faculty%20members/hila%20shamir/%D7%A2%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%94%20%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%A8%202013.pdf](https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/Law/faculty%20members/hila%20shamir/%D7%A2%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%20%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%94%20%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%A8%202013.pdf)

<sup>16</sup> [https://books.google.co.il/books?id=rOfiWhE5ZsC&pg=PT104&hl=iw&source=gbs\\_selected\\_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false](https://books.google.co.il/books?id=rOfiWhE5ZsC&pg=PT104&hl=iw&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false)



הוגן", ואיזונים ובלמים אזרחיים. טרם הקמת מערך תביעה פלילי-מדינתי, מקימי ארה"ב צפו את הסכנה שברכוז רוח כה רחב בידי המדינה, ולכן יצרו מכשולים בפני המדינה בעזרת מגילת הזכויות (Bill of right). יותר ממחצית ממגילת הזכויות קשורה ישירות לכוח המדינתי של התביעה הפלילית.

הסיבות לצורך בהקמת מערך תביעה פלילית בעל איזונים: ראשית, מקימי ארה"ב לא רצו לחזור ולחיות תחת משטר מדכא, כפי שהיה בבריטניה. שנית, התפתחה אמונה בקשר אזרחי ארה"ב שעל אזרח להיות מעורב בכל תחומי הממשל, לרבות במערך התביעה הפלילית. שלישית, אזרחי ארה"ב תפסו את הגבלת מערך התביעה הפלילית כהגבלה רצויה על כוחו של השלטון על האזרחים. רביעית, ארה"ב הפכה למעצמת מסחר ותעשייה, והיו מי שחשבו שגם תפקידים מדינתיים ינוהלו טוב יותר אם יועברו לידיים פרטיות.

למרות איזונים ובלמים אלה, אחת המהפכות הגדולות של המאות ה-18 וה-19 התבטאה במעורבות הולכת וגוברת של המדינה בתביעה הפלילית. תחילה, הרשויות המקומיות החלו להיות פעילות בתחום התביעה הפלילית, ולאחר מכן, במאה ה-20, גם הממשל הפדרלי החל להיות מעורב. במאה ה-20, תובעים פליליים פרטיים נשכרו ע"י קורבנות פשיעה ומשפחותיהם, ושימשו כתובעים או כעוזרים לתובעים. עו"ד אלה עבדו בד"כ עבור המדינה, כעבודה עיקרית, והמוניטין שלהם היה שהם עו"ד פחות מוצלחים (כך גם היה הלכה למעשה). מבחינה היסטורית, הנוכחות הפרטית במערך התביעה הפלילית הייתה רחבה הרבה יותר בעבר מכפי שהיא כיום.

מבחינה כלכלית, ההפעלה של מערך תביעה פלילי-מדינתי היא יקרה. למשל, בשנת 1992, הממשל הפדרלי, המדינות והרשויות המקומיות השקיעו סכום של 94 ביליון דולר במערכת התביעה הפלילית. למרות ההשקעה האדירה, מסקרים שנערכו עולה כי אזרחים אמריקאים חשו שלא הוקצו מספיק משאבים למערך התביעה הפלילית, והביעו תמיכה בהעברת חלק מתפקידי המדינה בתחום הפלילי, לידיים פרטיות.

כיום, ככלל, למדינה יש מונופול בהגשת תביעות בהליך הפלילי. בפסיקה נקבע כי אין הדבר ראוי להתיר לאדם פרטי, המונע משיקולים פרטיים, לשמש תובע בפלילים. ההנמקה התבססה בעיקר על שני הסברים: האחד הוא, כי הליך פלילי, המונע על ידי תובע פרטי והמתקבל על ידי בית המשפט, הוא הפרה של עקרון הפרדת הרשויות. השני הוא, כי הקונספט החוקתי של הליך הוגן מחייב הגנה על נאשמים מפני תביעות קלות דעת.<sup>17</sup>

עם זאת, ישנם מופעים של הפרטת התביעה הפלילית. בדיוויס, קליפורניה, התקשרו עם פירמת עו"ד עבור סכום של \$180 לשעה תמורת מגוון שירותים משפטיים כגון הפרת החוקים

<sup>17</sup> גבריאל הלוי "התביעה הפלילית בהליך הפלילי" - <https://www.ono.ac.il/wp-content/uploads/2012/01/%D7%92%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%9C-%D7%94%D7%9C%D7%95%D7%99-%D7%94%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94-%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%99%D7%AA-%D7%91%D7%94%D7%9C%D7%99%D7%9A-%D7%94%D7%A4%D7%9C%D7%99%D7%9C%D7%99.pdf>

המוניציפליים; בנפרד: בסקווים, וושינגטון, שילמו לעו"ד פרטי סכום של \$300 עבור כל תיק פלילי בו טיפל המשרד.<sup>18</sup>

### בריטניה – 19

בעבר, הפרטת התביעה הפלילית הייתה רווחת. עו"ד פרטי יכול לייצג את המדינה בתיק אחד, ואת האזרח (הנאשם) בתיק אחר. לפי חוקרים היסטוריים, התביעה הפלילית באנגליה של המאה ה-18 ותחילת המאה ה-19 הייתה מורכבת במרביתה מתובעים פליליים. התפיסה הייתה שהבאת הפושע לדין היא תפקידו של הקורבן. הסיבות להופעת תביעה פלילית-מדינתית בשלב מאוחר (יחסים למדינות הקונטיננט ולארה"ב) הן אי אמון ברשויות השלטון, וכן חשש מניצול הכוח ע"י המדינה. קורבנות הפשעים התאגדו יחד ל"קהילות תביעה", וכן חיפשו אחר סובסידיה מדינתית על מנת להעמיד לדין את הפושעים. אך אם הקורבן לא פעל, מערכת המשפט הייתה אדישה ובלתי יעילה בהבאה הפושעים לדין.

עד שנת 1879, הפרלמנט לא הקים מוסד תביעה מדינתית. גם לאחר הקמת התביעה הפלילית-מדינתית, רק תיקים מעטים טופלו על ידה. במאה ה-18, לתובעים מטעם המדינה היה מקום די משמעותי בערכאות הנמוכות של בתי המשפט בלונדון. כמו-כן, במאה ה-19 בסקוטלנד, לתביעה הפלילית-המדינתית היה מונופול על תיקים שעסקו בפשעים חמורים. לתובעים פליליים פרטיים היה מונופול בתיקים שעסקו בגניבות, והם נשכרו ע"י קורבנות הפשע. התביעה המדינתית לקחה אחריות רק על תיקים שעירבו סכומי כסף גדולים, או תיקים שעסקו בזיוף.

### צרפת –

הקימה מערך תביעה פלילי-מדינתית כבר בשנת 1800. הכנסייה ואו הצבא היו המודלים שעל בסיסם נבנה מערך התביעה הפלילית. מערכת המשפט שימשה לדיכוי האזרחים. גם כיום התובעים הפליליים משמשים רק כתובעים מטעם המדינה, והם מחויבים לעקרונות של צדק והוגנות. הפרטת התביעה הפלילית במדינות הקונטיננט בכלל, ובצרפת בפרט, אינה רווחת.

### דרום אפריקה –

הגישה הרווחת היא הפרטת תביעות של תיקים פרטניים. במקרים אלו עשו שימוש ביועץ משפטי פרטי על מנת להעמיד לדין בגין פשעים מסחריים קשים ומסובכים במיוחד בבית המשפט לפשעים מסחריים מיוחדים. מדובר במקרים בהם התביעה הציבורית חסרה את הכישורים או הביטחון להעמיד לדין על פשע מסחרי מבוקש, לכן היא מעסיקה עו"ד בכיר פרטי, שיסייע לה בתביעה. בד"כ עוה"ד הפרטי מוצמד לשני עו"ד מטעם המדינה, כך שמתפתחים גם יחסי חונכות, ובמקרים עתידיים דומים לא יהיה צורך לבצע הפרטה. אין

<sup>18</sup> Outsourcing Criminal Prosecution? The Limits of Criminal Justice Privatization - Roger A. Fairfax, Jr - <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=ucf>

<sup>19</sup> <https://pdfs.semanticscholar.org/d823/aafafdc48d423b3575cfc5e4ced9efe668b3.pdf>

נתונים חד משמעיים ביחס להצלחת המהלך, אך הדעה הכללית הינה שההפרטה של תיקים ספציפיים מוצלחת.<sup>20</sup>

## 8. דיון והמלצות:

הפתרונות שיוצגו ויוסברו להלן שזורים זה בזה. כך, כדי לגבש הצעת חוק מקיפה ואפקטיבית, יש להגביר את השקיפות ולאפשר דיון ציבורי. כדי להגביר את השקיפות, עלינו לפנות למחלקה שבידיה מרוכזים הנתונים הרלוונטיים, וכן לבצע בחינת עלות-תועלת של ההפרטה.

### ← ביטול סמכות היועמ"ש לממשלה להסמיך תובעים חיצוניים:

אמנם ישנם ליקויים רבים בהפרטת התביעה הפלילית, אך ביטול כליל של סמכות היועמ"ש לממשלה, המעוגנת בס'12 לחוק סדר הדין הפלילי, **מסתמן כפתרון בלתי ישים וגם בלתי רצוי** מבחינות מסוימות. הפרטת התביעה הינה פרקטיקה המושרשת מזה כ-20 שנה. למרות שאיפת היועמ"ש לצמצם את היקפה (עד הפסקתה), חלה בפועל עליה במספר עוה"ד הפרטיים המשמשים כתובעים מטעם המדינה.

ראשית, עוה"ד הפרטיים יכולים לטעון שביטול כליל של ההפרטה פוגע בפרנסתם ובזכותם החוקתית לחופש העיסוק. עם זאת, נראה בבגץ 8340/99 נקבע כי לעוה"ד הפרטיים אין זכות לקבל הסמכה מן היועמ"ש לשמש כתובעים פרטיים, כלומר לא חלה פגיעה בחופש העיסוק. שנית, ביטול כליל של סמכות היועץ המשפטי לממשלה עשויה לפגוע בפעולתו התקינה של מערך התביעה הפלילית. נוכח מספרם הרב של עוה"ד הפרטיים המשמשים כתובעים פליליים, חל קושי בביטול המוסד. כיום התביעה הפלילית, בתחומים מסוימים הנמצאים תחת משרדי ממשלה, עיריות ורשויות מקומיות, נמצאת באחריות כמעט בלעדית של עו"ד פרטיים. מאחר שתחומי אחריותם התרבו בהתאם למספרם של התובעים הפרטיים עם השנים, ביטול ההפרטה מצריך שינוי מבני מקיף ומשמעותי בפרקליטות המדינה, כדי שתוכל להתמודד עם אלפי התיקים שישבו לאחריותה. שלישית, קיימים יתרונות ברורים להפרטת התביעה פלילית, כגון עקיפת מנגנוני בירוקרטיה מסורבלים, וגמישות שיש לגוף פרטי שלא קיימת אצל גוף ממשלתי.

לפיכך, נראה שאכן קיים צורך אמתי שליועמ"ש לממשלה תהיה סמכות להאציל סמכויות תביעה. מסקנה דומה עולה מסקירת שיטות משפט אחרות שמאמצות מנגנון זה, וביניהן ארה"ב, שבעבר התנגדה למהלך ואילו בשנים האחרונות החלה להפריט גם כן. מסקנתנו היא שככל ויהיה מנגנון פיקוח אפקטיבי על התובעים החיצוניים, פתרון דרסטי של ביטול סמכות היועמ"ש יתיתר. לכן המלצתנו היא לא לבטל את הסמכות, אלא לסייגה, לתחומה ולהגבילה. ההמלצות הבאות יידונו בדרכים אפשריות להשגת המטרת הנ"ל.

## ← הגברת השקיפות:

במשפט המנהלי ישנם כללים שחלים על הגופים הציבוריים כדי להבטיח שמירה על זכויות היסוד של הפרט. כך למשל, ישנה חובת פרסום והנמקה, כללי עיון, כללים בתחום ניגוד העניינים, כללי טיעון, כללי איסור הפליה וכו'. מכיוון שהשלטון לרוב מבקש לשמור את המידע לעצמו, כללים אלו אינם מובנים לו מאליהם, ולשם כך גם נקבעו לכתחילה.

לרוב, המעבר להפרטה נעשה ללא שיתוף הציבור וללא שקיפות של הליך ההפרטה עצמו. בנוסף, הגופים המופרטים לא מחויבים לכללים מנהליים, וכחלק מכך לשקיפות ולשיתוף, לכן רמת השקיפות אם כן צפויה לרדת לאחד הפרטה.<sup>21</sup>

במחקר שערכו כלכלני הבנק העולמי על "שמונה לקחים מהניסיון העולמי" להבטחת ההצלחה של תהליכי הפרטה, אחד הלקחים שהופקו הוא שקיפות התהליך היא חיונית להצלחה הכלכלית והפוליטית שלו וכן לתמיכה בו.<sup>22</sup>

מדינות שונות אימצו צורות שונות של הפרטה. השוני משקף בד"כ את תרבות השלטון בכל אחת מהן, יעדי ההפרטה, הגופים המופרטים עצמם וכו'. אין דגם שעדיף על פני אחר, אך אחת ההמלצות היא שהן במדינות מפותחות והן במדינות מתפתחות דרושה דרגה מינימלית של איזון ובלמים, תיאום ושקיפות, כדי להגן על האינטרס הציבורי.<sup>23</sup>

זאת ועוד, לשקיפות יש ערך כשלעצמה לאזרחים, היא מן התנאים הראשוניים לאמון בשלטון הגם שהוא לא משתתף בפועל בקבלת ההחלטות. השיח מקנה את התחושה שניתנה ההזדמנות להשמיע קול ולהשפיע על קבלת ההחלטות.<sup>24</sup>

לשקיפות ישנו גם ערך תועלתני: היא מסייעת למערכות השלטוניות בשיפור הקצאת המשאבים, בהצבת יעדים ובמעקב אחר התוצאות. כמו"כ היא כופה נטילת אחריות, מפחיתה את הסיכויים להתנהלות לא תקינה ומסייעת בצמצום שחיתות. לשקיפות יש ערך בהשאת הרווחה המצרפי, לאור הדו-שיח והביקורת החברתית שהיא מאפשרת.<sup>25</sup>

לסיכום, שקיפות ומתן מידע לציבור מאפשרים שיח ציבורי אמיתי לאחר ההפרטה. השיח הציבורי והביקורת שתועלה בו משמשת כלי אכיפה נוסף על הגוף המופרט כך שלא יוכל לפעול בחופשיות מוחלטת בהיעדר הכבלים שיוצר המשפט המנהלי.

בענייננו, ההפרטה נעשית בממדים רחבים, מבלי שיתקיים דיון ציבורי, ומבלי שיוגש לציבור למידע אודות ההפרטה (שמות משרד עוה"ד שזכו במכרזים לשמש תובעים חיצוניים; ממדי ההפרטה; סוגי העבירות המופרטות; הליך מינוי התובעים החיצוניים וכו'). ניתן, למשל, להקים מאגר שיכיל פרטים אודות התובעים החיצוניים: שמותיהם,

<sup>21</sup> ההפרטה כהצברה, ד"ר אייל פלג.

<sup>22</sup> הפרטת חברות בישראל ובעולם, שלמה אקשטיין, בן-ציון זילברפרב ושמעון רוזוביץ.

<sup>23</sup> שם.

<sup>24</sup> ד"ר תהילה שוורץ אלטושר.

<sup>25</sup> מרכז ישראלי לקידום צדק חברתי, דוד שמעוני אילון ניר.

מטעם איזו רשות הם תובעים, מהם תנאי העסקתם, כמה זמן הם מועסקים, מהם תחומי התמחותם/ התחומים בהם מספקים שירות למגזר הציבורי, כמה כתבי אישום הוגשו על ידם, האם עברו הכשרה מטעם הגורם הציבורי הממנה וכו'. זהו אמנם לא פתרון מהותי למצב, אבל זהו צעד הכרחי לשם קידום פתרון קונקרטי, כמו בחינת כדאיות ההפרטה, ולשם גיבוש הצעת חוק שתסדיר את הנושא (יידון בהמשך).

← **בחינת עלות-תועלת של ההפרטה**: טרם קידום חקיקה, יש לבחון האם ההפרטה אכן יעילה. בדיקה מעין זו טרם נערכה. פרקטיקת ההפרטה הלכה וגדלה כ"כדור שלג", מבלי שנעשה ניסיון לעצור את ההתדרדרות ולחשוב מהי הדרך הפעולה היעילה ביותר. ההפרטה קודמה מלכתחילה על מנת לייעל כלכלית את פעולת המנהל, אך אם יסתבר שהלכה למעשה ההפרטה אינה יעילה, הרי שהתשתית עליה מושתתת הפרקטיקה יושמט. אם יסתבר שההפרטה אכן יעילה (ייתכן והבדיקה תעלה כי ניתן לייעלה אף יותר), הבדיקה תאפשר לקדם חקיקה איכותית, רלוונטית ואפקטיבית. כך, אם יתברר (כפי שאכן סביר שיקרה) שמנגנוני התגמול של עוה"ד החיצוניים אינם יעילים, ניתן יהיה לקבוע מנגנוני תגמול אחרים, בחקיקה הראשית.

← **פנייה למחלקה**: לשם בחינת עלות-תועלת של ההפרטה (שבעקבותיה ניתן יהיה להחליט האם כדאי לקדם חקיקה בנושא), יש לפנות למחלקה, לצורך קבלת מידע אודות ממדי ההפרטה; סוגי העבירות המופרטות; הליך מינוי התובעים החיצוניים; וכן על מנת לקבל מידע על תחומי פעולתה של המחלקה, בעודה מחלקה צעירה שמטרת הקמה היא להסמיך, להכשיר ולהנחות תובעים הפועלים מכוח הסמכת היועץ המשפטי לממשלה, לרבות תובעים שאינם עובדי מדינה. אפשר שישתברר כי המחלקה פועלת בדרכים אפקטיביות וראויות לשם צמצום ההפרטה, או לכל הפחות לשם פיקוח על יישומה. במקרה כזה, הצעתנו תהיה לעגן את פעולת המחלקה בחקיקה ראשית, כמעין רגולטור (יפורט בהמשך).

← **עיגון ההפרטה בחקיקה ראשית**:

פרקטית הפרטת התביעה לא עוגנה בחוק. בנוסף, לא נראה שתכלית ס' 12 לחוק סדר הדין הפלילי (המסמיך את היועמ"ש לממשלה להסמיך תובעים חיצוניים) הייתה לאפשר הפרטה רחבת היקף כזו. אי עיגונה של ההפרטה בחוק ראשי מצמצמת מאוד את ידיעותיו של הציבור אודות ההפרטה, וכפועל יוצא את יכולתו לבקר אותה או לתמוך בה.

הטעם להסדרת ההפרטה בחקיקה ראשית הוא העובדה שמדובר בהסדר ראשוני. זאת ניתן לקבוע ע"פ ההנחיות שנקבעו בבג"ץ 4374/15 - ישנה פגיעה בחירותו של הפרט מאחר וההליך הפלילי הוא הליך שולל חירות; מדובר בהפרטה מורכבת, הדורשת מומחיות רבה בעיצובה; מידת ההשפעה של ההסדר על הציבור היא משמעותית ביותר, נוכח צמצום תפקידה של המדינה ביחס לאזרחים; ההשלכות הכספיות של ההסדר הן

רבות, וכפי שנאמר מסי' פעמים, כלל לא נבדקו לעומק; הנסיבות שאופפות את ההפרטה מלמדות שההפרטה נעשתה בהתחלה על מנת להתגבר על צורך נקודתי בתובעים נוספים, והורחבה ללא בקרה וללא ריסון.

הצעות החוק שניתן לקדם על מנת לצמצם את היקף ההפרטה הן רבות ומגוונות. לדעתנו, כדאי למקד את הצעות החוק בהיבטים הבאים: ראשית, ניתן לעגן את פעילות המחלקה בחקיקה ראשית. כיום, המחלקה הוקמה באופן וולונטרי. על-כן הפיקוח והביקורת על פעולתה מוגבלות. כאשר גוף מוקם מכוח החוק, מוקנות לו סמכויות מסוימות. הקניית הסמכויות מקלה על יכולת הפיקוח, הן ע"י ביקורת ציבורית והן ע"י ביקורת שיפוטית. זאת מאחר והציבור וביהמ"ש יכולים לבחון האם המחלקה פועלת בהתאם לסמכויות שהוקנו לה בחוק, והאם היא מגשימה את ייעודה. כך, באמצעות חקיקה ראשית, ניתן לקבוע שסמכויות המחלקה לא מסתכמות בהסמכת, הנחיית והכשרת תובעים חיצוניים (כפי שהן כיום), אלא יהיה עליה גם לפקח על פעולתם. בטרם בחירה באשרות זו, יש לבחון האם הקמת מערך פיקוח אכן יעיל כלכלית, או שמא עדיף להקצות את המשאבים להרחבת הפרקליטות ולעודד תהליך של "הלאמה".

שנית, ניתן לקדם חקיקה כללית שתסדיר את ההפרטה, מבלי למנות רגולטור שיפקח. אחד מהנושאים שיהיה על חקיקה זו להסדיר הוא אמות המידה לעריכת מכרזים. ייתכן שהעובדה שרשויות רבות מפריטות את סמכות התביעה הפלילית שברשותן מעלה צורך לעצב מכרזים בדרכים שונות, בהתאם לצרכי הרשות המפריטה. לכן המלצתנו היא לא לקבוע מראש תנאים אחידים למכרזים, אלא לקבוע אמות מידה בהן הרשויות צריכות להתחשב בבואן לעצב את המכרז. כך, ניתן לקבוע אמת מידה שבמסגרתה החלטות חשובות שמתקבלות בתיק, כמו החלטה על כתב אישום, סגירת תיק ועסקת טיעון – יהיו החלטות שרק הרשות הממונה תוכל לקבל. במודל זה של חקיקה, כל רשות מפריטה תהווה ה"רגולטור", שתפקידו יהיה להסמיך, להכשיר, להנחות ולפקח על עוה"ד החיצוניים.

ניתן לחשוב על מודלים נוספים של חקיקה, אך לדעתנו דבר הבסיסי שהחקיקה צריכה לכלול הוא מנגנון פיקוח אפקטיבי, בעל תמריצים נכונים שיעודדו את עוה"ד וכן את הרשויות המפריטות לקדם את האינטרס הציבורי.

← **פיתוח כלי הקובלנה הפרטית**: פתרון נוסף לצמצום ממדי הפרטת התביעה הפלילית לידיים פרטיות גרידא, הוא לפתח את האפשרות לקבול בקובלנה פרטית. אמנם מדובר גם כן בסוג של הפרטה, אם כי לדעתנו באספקטים רבים האינטרסים של הקובל עולים בקנה אחד עם האינטרס של המדינה. למשל, הקובל הפרטי אינו מונע מניגוד עניינים מובנה כמו זה המצוי אצל התובע הפרטי. האינטרס של הקובל הפרטי הוא הבאת הפושעים לדין, ובמובן זה האינטרס של הקובל הפרטי עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. בנוסף, קובל פרטי חף משיקולים כלכליים, אשר מניעים את עוה"ד הפרטי. יתר על כן, כלי זה מחיל מנגנון פיקוח משמעותי, שכן התביעה הכללית יכולה לנכס את מקומו של התובע הפרטי ובכך מוחלפת הקובלנה בכתב אישום.

על מנת לפתח כלי זה ניתן, למשל, להרחיב את העילות בגינן ניתן להגיש קובלנה פרטית. כלומר הצעתנו היא לתקן את ס' 68 לחוק סדר הדין הפלילי. דוגמאות לעבירות המאפשרות כיום הגשת קובלנה פלילית הן עבירות על חוק איסור לשון הרע, פגיעה בצנעת הפרט או גרימת מטרדים כגון רעש. העבירות שעליהן ניתן להגיש קובלנה פלילית הן עבירות בהן עניין הציבור קטן יחסית בעוד שיש להן עניין רב יותר ליחיד. לפי עמדתה המדינה, וכן לפי המידע המצומצם שמצוי ברשותנו, נראה כי גם התיקים הפליליים בהם מטפלים עו"ד חיצוניים אינם נמצאים בליבת המשפט הפלילי, לכן ניתן להסיק שיש בהם מידת פחותה של עניין לציבור. אי לכך, ניתן לבדוק אפשרות להסב תחומים פליליים שכיום נמצאים תחת סמכותם של עו"ד חיצוניים, לתחומים בהם ניתן יהיה לתבוע ע"י קובלנה פרטית. דוגמא להסבה אפשרית: כיום התובעים החיצוניים מוסמכים לייצג את המדינה בעבירות לפי חוק למניעת הטרדה מינית. מאחר והאינטרס של נפגעת העבירה עשוי להיות תואם יותר את האינטרס הציבורי שהבאת העברייני לדין, ניתן לכלול עילה זו כעילה אפשרית לשם הגשת קובלנה פרטית.

עם זאת, כלי הקובלנה הפרטית, כמו כל הפרטה אחרת, לא חף מבעיות. בעיה אחת שיכולה להתעורר היא חוסר יכולת (בעיקר כלכלית) של התובע הפרטי לשאת בעלויות התביעה. כלומר גם אם יורחב עילות הקובלנה הפרטית, בפועל הציבור לא ישתמש באפשרות זו. כשמדובר בגוף תביעה הפועל מטעם המדינה, ואף כשמדובר בעו"ד פרטי (שבד"כ יהי חלק ממשרד עו"ד), המשאבים הכלכליים העומדים לרשותם רבים לאין שיעור מהמשאבים העומדים בפני הקובל הפרטי. נקודת המוצא היא כי התביעה כבר מופרטת, והכסף מהמדינה עובר לגוף פרטי – השאלה היא למי הוא עובר. הצעתנו היא שהמדינה "תשלם" לקובל הפרטי, כפי שהיא משלמת לעוה"ד החיצוני עבור עבודתו. כך המדינה תשתתף בעלויותיו של הקובל הפרטי, ותתמרץ הגשת קובלנות פרטיות.

**מסמך זה נכתב ע"י:** ערגת-כל צפון (ראשת הצוות), רווית נצר, עומר יערי ויהלי גוטמן; **נבדק ואושר לפרסום ע"י:** טל אבולוף (מנהלת אזור ת"א).

**בברכה,**  
**מרכז 'עומק' – עיצוב מדיניות**  
**וחקיקה**