

צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי

מאת

טלי גל* והדר דנציג-רוזנברג**

בשלושת העשורים האחרונים התבסס מעמדה של גישת הצדק המאחה (Restorative Justice) כפרדיגמה חלופית לתפיסה העונשית. הצדק המאחה מתייחס למעשה עבירה כאל פגיעה ביחידים ובמערכות יחסים. הפגיעה יוצרת מחויבות לאחות את הנזקים, כפי שהם מוגדרים על ידי הנפגע והאחרים שהושפעו ממנה. האחריות המרכזית מוטלת על מבצע העבירה, תוך שותפות קהילת התמיכה בהסדרת התנהגותו, בפקוח עליה ובמתן תמיכה לו ולנפגע העבירה לצורך שיקומם. מאפיינים אלו זרים לגישה העונשית, התופסת את ביצוע העבירה כפגיעה מופשטת בערך חברתי מוגן. מעשה העבירה מקים אחריות בלעדית של המדינה להטלת עונש על מבצעה ללא מעורבות אקטיבית של הקהילה.

התפיסה הרווחת מזהה את הצדק העונשי באופן בלעדי כמקדם את תכליות המשפט הפלילי, וביניהן גמול, מניעה, שיקום והרתעה. גינוי המעשה הפלילי נחשב גם הוא כאחד מהישגי הצדק העונשי. צדק מאחה נתפס, ככלל, כהליך משלים או חלופי המקדם מטרות שונות בתכלית, שעיקרן איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה. מאמר זה מבקש לאתגר תפיסות רווחות אלו ולטעון כי הגישה המאחה והגישה העונשית הן שתי פילוסופיות שונות המקדמות מטרות דומות, שאינן עומדות בסתירה זו עם זו. המאמר מצביע על יכולתו של הצדק המאחה להשיג, ככלל, את מטרותיה של הגישה העונשית,

* מרצה, בית הספר לקרימינולוגיה, אוניברסיטת חיפה.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

אנו מבקשות להודות בחום בראש ובראשונה לאלכס שטיין, על הערות ביקורת מעולות ועל עצות והצעות ששיפרו את המאמר ללא היכר. תודה חמה לאורי אהרונסון, למיכל אלברשטיין, לאיתי בר-סימן-טוב, לצילי דגן, לענת הורוויץ, לאורי ינאי, לנריה כהן, לשחר ליפשיץ, ללסלי סבה, לדנה פוגץ, לאורן פרו, לנתי רונאל, לשופט רון שפירא, ל-John, Richard Bierschbach, Briana Barocas, David Wexler, James Ptacek, Rashmi Goel, Braithwaite, לחברי מערכת כתב העת משפטים, ובראשם העורכים יעל קריב ואור אלקון, על הערות חשובות לטיטות קודמות, ולהדס אושר-להב על סיוע מצוין במחקר. תודה למשתתפי הסדנה הבינלאומית "Therapeutic Jurisprudence" שהתקיימה במרס 2012 באוניברסיטת פורטוריקו, למשתתפי כנס האגודה הישראלית למשפט וחברה שהתקיים בדצמבר 2011 באוניברסיטת בר-אילן, למשתתפי סדנת פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, למשתתפי סדנת "משפט המדינה: מפלילי עד חוקתי" של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ולמשתתפי הכנס הבינלאומי בנושא "Legal Pluralism" שהתקיים ביולי 2012 באוניברסיטת בר-אילן בשיתוף Osgoode Hall Law School על הערות מאירות עיניים שסייעו לנו בחידוד הטיעונים במאמר.

נוסף להשגת מטרות הייחודיות לגישה המאחה – איחוי הפגיעות שנגרמו כתוצאה מהעבירה והעצמת הקהילה. לאור זאת, אנו טוענות כי צדק מאחה ראוי להיתפס כחלק אינטגרלי ממערכת המשפט הפלילי, ולא כחלופה המצויה מחוצה לה. למאמר שתי תרומות עיקריות לפיתוח התיאוריות העוסקות במשפט הפלילי. ראשית, המאמר מציע לראשונה מסגרת תיאורטית מקיפה לשילוב עקרונות רסטורטיביים במטרותיו הקלסיות של המשפט הפלילי, ומראה כי בניגוד לתפיסה הרווחת, שילוב זה הינו בר-קיימא ואף נחוץ. שנית, המאמר מדגים כיצד המסגרת התיאורטית המוצעת עשויה להיות מיושמת באופן מעשי, ומציע פרמטרים לניכוי מידת הצלחתן של כל אחת מן הגישות בהקשרים שונים.

מבוא. א. הגישה העונשית אל מול גישת הצדק המאחה. 1. התפתחות גישת הצדק המאחה כחלופה לגישה העונשית ולגישה השיקומית; 2. תפיסת העבירה על פי הגישה העונשית אל מול הגישה המאחה; 3. התגובות לעבירה על פי הגישה העונשית אל מול הגישה המאחה; 4. ההליך העונשי אל מול ההליך המאחה; 5. מעמדן של המדינה (הריבון) ושל הקהילה; ב. מטרות גישת הצדק המאחה אל מול מטרות הגישה העונשית: השקה ושונוה. 1. מטרות משותפות לגישה העונשית ולגישה המאחה; 2. התכלית הגמולית: מטרה משותפת לשתי הגישות או ייחודית לצדק העונשי; 3. מטרות ייחודיות לגישת הצדק המאחה; ג. המודל המוצע. 1. המשגה דואליסטית של היחס בין מטרות הגישות; 2. היבטים יישומיים; סיום.

מבוא

בשלושים השנים האחרונות הולכת ומתפתחת בעולם גישת הצדק המאחה ככלי להסדרת התנהגות בעקבות ביצוע מעשי פשע לצד ההליך העונשי המסורתי או במקומו. הגם ששתי הגישות מציעות דרכי תגובה אפשריות להכוונת התנהגות בעקבות מעשי פשיעה, כל אחת מהן משקפת תפיסה אידאולוגית שונה בתכלית. הגישה העונשית תופסת את מעשה העבירה כפגיעה בערכים חברתיים ששמירתם חיונית לקיומה של חברה מאורגנת. לפיכך מיוחסת לפגיעה משמעות ציבורית-חברתית מופשטת, והעונש הוא אמצעי מוסדי להשתת כאב כתגובה לפשע. לעומת זאת גישת הצדק המאחה מדגישה את הפן האישי, האנושי והקונקרטי המגולם בביצוע פשע. הדגש בתפיסת העבירה מושם בפגיעה הממשית שנגרמה לנפגע, לבני משפחתו, לסביבתו הקרובה ולבני הקהילה שהושפעו ממנה, אשר תחושת ביטחונם התערערה. מעשה העבירה אינו נתפס אך כסכסוך פרטי בין שני צדדים – הפוגע והנפגע – אלא כמשליך על מעגל רחב של אנשים ומערכות יחסים, ולכן לקהילה עניין להגיב עליו. אכן, בחברה המודרנית האורבנית מושג הקהילה הוא ערטילאי וחמקמק. הקהילה במובנה הרסטורטיבי אינה מוגדרת לפי מתחם גאוגרפי אלא היא רשת של קשרים חברתיים, משפחתיים ומקצועיים אשר חלקם פעילים וחלקם רדומים. הליכי צדק מאחה "מעירים" קשרים רדומים ומחזקים קשרים קיימים באמצעות

גיוס מכריהם של מבצעי עבירה וקרבתותיהם והכאתם לדיון בעבירה ובתוצאותיה.¹ הליכי צדק מאחה תרים אחר צעדים מאחים לתיקון הפגיעה, ותכליתם לשלב הכוונה ברורה של התנהגות עם תמיכה ומתן מענה לצרכים השונים של הצדדים. הדרכים לאיחוי הפגיעה מתגבשות במשותף על ידי הפוגע והנפגע וכן על ידי בני משפחותיהם ונציגי הקהילה, בנוכחות נציגי המדינה הנושאים תפקיד מצומצם ומוגדר.

מרבית הכתיבה על אודות הצדק המאחה, בעיקר המוקדמת יותר, הרבתה להדגיש את ההנגדה בינו לבין הצדק העונשי ולתאר את הגישות כפרדיגמות מתנגשות.² גם כיום, בחלוף שלושה עשורים מלידתו של הצדק המאחה, מתמקד חלק ניכר מהספרות בנוחות אמפירי של הניסיון שהצטבר בהפעלת תכניות צדק מאחה ובדיון לבר-משפטי, הבוחן את יתרונותיה וחסרונותיה של גישה זו.³ מיעוט הכותבים מתמקד באלמנטים המשותפים לשתי הגישות.⁴ כתיבה תאורטית משפטית סדורה על אודות הצדק המאחה היא דלה, ובישראל אף ביתר שאת, משום אופי התחום שצמח בעיקרו בדרך של מטה-מעלה

1 הסוציולוג Randall Collins מתאר את הליכי הצדק המאחה כדוגמה ל"ריטואל חברתי". קולינס מסביר כיצד ריטואלים מסוג זה מחזקים את תחושת השייכות של המשתתפים בהם, מאששים נורמות חברתיות, יוצרים "אנרגייה קבוצתית" ומפחיתים כעסים בקרב משתתפיהם. ראו RANDALL COLLINS, INTERACTION RITUAL CHAINS 108–111 (2004).

2 ראו למשל Mark S. Umbreit, *Crime Victims Seeking Fairness, Not Revenge: Toward Restorative Justice*, 53 FED. PROBATION 52 (1989); Gordon Bazemore, *Restorative Justice and Earned Redemption: Communities, Victims, and Offender Reintegration*, 41 AM. BEHAV. SCIENTIST 768 (1998); Lode Walgrave, *Restoration in Youth Justice*, 31 CRIME. & JUST. 543 (2004).

3 ראו HEATHER STRANG, REPAIR OR REVENGE: VICTIMS AND RESTORATIVE JUSTICE (2002); James Bonta, Rebecca Jesseman, Tanya Ruge & Robert Cormier, *Restorative Justice and Recidivism: Promises Made, Promises Kept?*, in HANDBOOK OF RESTORATIVE JUSTICE: A GLOBAL PERSPECTIVE 108 (Dennis Sullivan & Larry Tifft eds., 2006); Jeff Latimer, Craig Dowden & Danielle Muise, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis*, 85 PRISON J. 127 (2005); Gabrielle Maxwell & Allison Morris, *Putting Restorative Justice into Practice for Adult Offenders*, 40 HOW. J. CRIM. JUST. 55 (2001); JOANNA SHAPLAND ET AL., UK MINISTRY OF JUSTICE, DOES RESTORATIVE JUSTICE AFFECT RECONVICTION? THE FOURTH REPORT FROM THE EVALUATION OF THREE SCHEMES (להלן: SHAPLAND, THE FOURTH REPORT); LAWRENCE W. SHERMAN & HEATHER STRANG, RESTORATIVE JUSTICE: THE EVIDENCE (להלן: SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE) (2007).

4 Barbara Hudson, *Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 616 (2002); Kathleen Daly, *Conventional and Innovative Justice Responses to Sexual Violence*, 12 ACSSA ISSUES (2011); Daniel Van Ness, *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking About a Restorative Justice System*, in RESTORATIVE JUSTICE: THEORETICAL FOUNDATIONS 1 (Elmar G.M. Weitekamp & Hans-Jurgen Kerner eds., 2002).

(bottom-up). מאמר זה מבקש למלא את החלל המתואר באמצעות פיתוח מודל תאורטי להמשגת מערכת היחסים בין מטרותיהן של שתי הגישות. התמקדות בניתוח המטרות שיש ביכולתה של כל גישה להשיג חושפת נקודות מישק רבות בין הפרדיגמות, מאפשרת להגדיר ביתר דיוק את מערכת היחסים ביניהן ומסייעת בזיהוי היתרונות והחולשות הטמונים בכל אחת מן הגישות בנסיבות שונות ובמקרים שונים. תרומתו של המודל חורגת אל מעבר למישור התאורטי. באופן פרקטי עשוי המודל לסייע בקבלת החלטות באשר לבחירה בין שתי הפרדיגמות או בשילוב של שתיהן בשיטת משפט נתונה.

תחולתו של המודל המוצע מוגבלת למקרים שבהם מתקיימים תנאי סף הכרחיים המאפשרים את החלתן של שתי הגישות – המאחה והעונשית. הדיון בגישה העונשית מתעורר במקרים שבהם מתקיימים יסודותיה של עבירה פלילית נתונה ובנסיבות שבהן קיים מבצע הכשיר לשאת באחריות פלילית. הדיון בגישה המאחה עשוי להתעורר רק במקרים שבהם מבצע העבירה נכון להודות במעשהו הפלילי, ומתקיימת הסכמה מצד הפוגע והנפגע לקיומו של ההליך, כפי שיפורט בהמשך.⁵ הואיל ועניינו של המודל הוא בהמשגת מערכת היחסים בין מטרותיהן של שתי הגישות, ממילא נלווית לו נפקות רק במקרים שבהם פוטנציאלית אפשר להחיל כל אחת משתי הגישות.

המאמר מבקש אפוא לקדם את הדיון התאורטי בטיבו של הצדק המאחה ולמקמו, לצד הצדק העונשי, בתוככי מערכת המשפט הפלילי. אנו נטען כי בניגוד לתפיסה הרווחת הצדק העונשי אינו הדרך היחידה לקידום המטרות הקלסיות של המשפט הפלילי, היינו גמול, מניעה, שיקום והרתעה, ואף אינו בעל מונופול בהשגת גינוי מעשה העבירה.⁶ אף שהגישה המאחה מקדמת מטרות נוספות של איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה, יש

5 גישת הצדק המאחה מוחלת לעתים גם במקרים הנעדרים נפגע אקטואלי ישיר, כגון בעבירות פריצה לעסקים המעסיקים מאבטחים שבוצעו על ידי קטינים ועבירות נהיגה בשכרות. ראו STRANG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 65. במקרים הללו ברי כי הסכמת הנפגע אינה תנאי מכונן לקיומו של הליך מאחה. השתתפותו הרצונית של הנפגע אינה הכרחית גם בתכניות צדק מאחה המאפשרות את קיום ההליך בהיעדרו, כמו למשל בהליכי youth offending panels באנגליה, שבמסגרתם מבצע העבירה נפגש עם עובד הנוער ועם נציגי הקהילה. השתתפות הנפגע נתפסת כרצויה אך היא אינה הכרחית. ראו ADAM CRAWFORD & TOM BURDEN, INTEGRATING VICTIMS IN RESTORATIVE YOUTH JUSTICE 5–9 (2005).

6 אף שגינוי אינו מוזכר בספרות תמיד בשורה אחת עם מטרות הענישה האחרות, בחרנו להתייחס אליו במאמר זה כאל תכלית העומדת בפני עצמה משום חשיבותו הן במסגרת גישות דאונטולוגיות התופסות אותו כהצדקה מוסרית לעונש והן כחלק מגישות תועלתניות הרואות בענישה כלי תקשורת לצורך חינוך הציבור. לתיאור הגינוי (המכונה בפי Von Hirsch – censure) כהצדקה לגישה הגמולית ראו ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS (1993); להתייחסות תוצאתנית לגינוי ראו JOHN BRAITHWAITE & PHILLIP PETTIT, NOT JUST DESERTS: A REPUBLICAN THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 48 (1990). לדיון כללי במשמעותו של מושג הגינוי ובתפיסתו ראו אורן גזל ענישה בהסכמה: חלופות להליכי משפט בפלילים 30 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2002); לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99, 125–126 (2011).

בכוחה להגשים גם את מטרות הצדק העונשי. המאמר יציג את התפיסה המאחה ואת התפיסה העונשית כשתי פרדיגמות מתחרות, אשר חרף הניגודים ביניהן מסוגלות לקדם, כל אחת, את מטרות המשפט הפלילי ולחסות יחד במסגרתו.

טיעונים אלו בדבר גישת הצדק המאחה, מיקומה אל מול הצדק העונשי ומעמדה בתוך המשפט הפלילי מובילים לחשיבה מחודשת בדבר טיבו של המשפט הפלילי עצמו. הטיעון שנציג מבקש להציע צעד קדימה את ביקורתם הידועה של Stephanos Bibas ו־Richard Bierschbach, שלפיה ההליך העונשי אינו מותר חלל ראוי להתנצלות ולחרטה ומונע מהנאשם ומנפגע העבירה כל הזדמנות לתקשר ישירות.⁷ ברוח טענתם נבקש להראות כיצד צדק מאחה מספק אפיקים פרוצדורליים המאפשרים לכונן דיאלוג שבמרכזו התנצלות וחרטה, אך בניגוד לגישתם נטען כי הצדק המאחה עושה זאת תוך הגשמת מטרותיו של המשפט הפלילי המהותי. לאור האמור צדק מאחה הוא הוא המשפט הפלילי. במישור הפרוצדורלי נטען כי הליכים מאחים המערבים נציגים מדינתיים ומתנהלים תחת איום בפנייה להליך העונשי הם חלק אינהרנטי מן המשפט הפלילי המדינתי. במישור המהותי המודל שנציע ידגים כיצד הצדק העונשי והצדק המאחה מקדמים תמהילים שונים של תכליותיו של המשפט הפלילי המהותי.

צדק מאחה וצדק עונשי הם אפוא גישות המציעות "כלי עבודה" שונים להגשמת תכליותיו של המשפט הפלילי. המודל המוצע מתאר כיצד כל אחת מן הגישות יש בה כדי להגשים את מטרות המשפט הפלילי ומהו תחום החפיפה של מטרותיהן. את מערכת היחסים של מטרות הגישות נציע לתאר באמצעות מודל המבוסס על שתי חלופות: חלופה אחת מתארת "חפיפה חלקית" בין שתי הגישות באופן המדגים כי ביכולתה של כל אחת מהן להגשים הן מטרות משותפות והן מטרות ייחודיות. חלופה שנייה מתארת את הצדק העונשי כ"נבלע" בצדק המאחה: לעומת שתי הגישות, המסוגלות להגשים את מטרות המשפט הפלילי, אף שבדרכים נבדלות, הצדק המאחה מציע מטרות נוספות, הייחודיות לו.

ההכרעה בדבר התיאור הנאמן יותר למציאות מבין שתי החלופות תלויה במידה רבה במשמעות המיוחסת למושג הגמול ובחשיבות המיוחסת לו במסגרת המשפט הפלילי. האם על פי הצדק המאחה הגמול הוא תכלית רצויה (במישור הנורמטיבי) ובת השגה (במישור הפרקטי)? כפי שיתברר, בקרב הרסטורטיביסטיים שוררת מחלוקת בשאלות אלו. מבלי להכריע בפולמוס אנו נטען לקיומן האפשרי והבו־זמני של שתי פרדיגמות העשויות לשקף תמהיל ערכי שונה של תכליות. צדק מאחה עשוי אפוא, לצד הצדק העונשי הנוהג, להבטיח מימוש של מגוון התכליות הקלסיות של המשפט הפלילי, ואף להוסיף עליהן תכליות ייחודיות העשויות להעשירו.

כך או כך, הניתוח המוצע יבקש לנתץ את המשוואה האקסיומטית המזהה באופן כמעט בלעדי את המשפט הפלילי עם גישת הצדק העונשי. אנו נטען כי המשפט הפלילי

Stephanos Bibas & Richard A. Bierschbach, *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*, 114 YALE L.J. 85 (2004).

הוא פלטפורמה להסדרת התנהגות בתגובה לביצוע פשע. הצדק העונשי הוא כלי אפשרי למילוי המשפט הפלילי בתוכן ערכי, אולם לצד כלי זה קיימים כלים נוספים העשויים לשרת את השגת תכליותיו של המשפט הפלילי – ובכך להיות חלק ממנו – ובהם גישת הצדק המאחה. תיאור הגישה העונשית והגישה המאחה כשתי פרספקטיבות אידאולוגיות נבדלות המספקות דרכים פרקטיות להגשמת מטרות המשפט הפלילי קורא תיגר על התפיסה המתארת את גישת הצדק המאחה כגישה חיצונית ונפרדת למשפט הפלילי. דיוננו יבקש אפוא לחשוף את הפוטנציאל הרסטורטיבי של המשפט הפלילי ולאגור את החשיבה הקלסית על אודותיו.

מלבד התרומה האנליטית של המודל בפיתוח תפיסת המשפט הפלילי, נלוות לו, על שתי חלופותיו, גם השלכות מעשיות הנוגעות להקשרים שבהם עומדת על הפרק בחירה בין הליכים משפטיים שונים או שילובם להשגת התכליות השונות העומדות ביסוד המשפט הפלילי. הטיפולוגיה המוצעת עשויה לתרום לא רק להדגשת יתרונותיו של הצדק המאחה כי אם גם לגיבוש קריטריונים המסייעים בזיהוי החלת הפרדיגמה העדיפה במקרים שונים ובשאלת העיתוי המתאים לשילוב שלהן יחדיו. המשגת מערכת יחסי הגומלין בין גישת הצדק המאחה לבין הגישה העונשית היא אפוא תרומה ייחודית לתחום עצמו. תרומה זו משתרעת אף מעבר לכך – אל פיתוח נקודות המישק שבין כמה שדות שיח בכתיבה המשפטית העכשווית: תאוריות של משפט פלילי; חקר גישות חלופיות למשפט הפורמלי; חקר זכויות נפגעי עבירה.

בחלק א נציג את גישת הצדק המאחה תוך התמקדות בהבדלים העיקריים שבינה לבין גישת הצדק העונשי. בתוך כך נדון בטענות ביקורת המושמעות כלפי כל אחת מן הגישות לצד יתרונות המדגישים את הפוטנציאל הטמון במי מהן, בהבלטת יתרונותיו של הצדק המאחה. בחלק ב נתרכז בניתוח מטרות הגישה העונשית ובבחינת השאלה אם ובאיזה אופן יש בכוחה של גישת הצדק המאחה להשיג מטרות אלו לצד השגת מטרות נוספות הייחודיות לה. בתוך כך נתמקד בניתוח התכלית הגמולית העומדת ביסוד הגישה העונשית הרווחת ובחשיפת יחסו המורכב של הצדק המאחה לתכלית זו. בחלק ג יוצג המודל המוצע ויידונו היבטים יישומיים אפשריים הנלווים לו.

א. הגישה העונשית אל מול גישת הצדק המאחה

הכתיבה הרווחת על אודות גישת הצדק המאחה מרבה לתארה כגישה חיצונית – ואף הופכית – להליך העונשי המסורתי, בהיותה מבוססת על פרדיגמה המובחנת ממנו בתפיסה ובמהות והמתייחסת להליך העונשי המסורתי בביקורתיות.⁸ גישת הצדק

8 ראו למשל HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIMINAL JUSTICE (1990) (להלן: ZEHR, CHANGING LENSES); MARK S. UMBREIT & MARILYN PETERSON; (1990) (להלן: UMBREIT & PETERSON, CHANGING LENSES); ANDREW G. HARRIS, RESTORATIVE JUSTICE: A PRACTICE GUIDE FOR RESEARCH AND ARMOUR, RESTORATIVE JUSTICE DIALOGUE: AN ESSENTIAL GUIDE FOR RESEARCH AND

המאחה צמחה מתוך פרקטיקות שהתקיימו במקומות שונים בעולם והתפתחו בין היתר מתוך רצון לספק מענה טוב מזה שמציע ההליך העונשי. מאחר שהפרקטיקה קדמה לתאוריה, תנועת הצדק המאחה התאפיינה, לפחות בשנותיה הראשונות, בתיאור התפיסה כ"אנטי-תזה" לגישה העונשית. בפרק זה נבקש לסקור את מאפייניהן של גישת הצדק המאחה אל מול הגישה העונשית באספקלריה המדגישה את ההנגדה בין הגישות. מאוחר יותר נטען כי על אף ההנגדה האמורה התבוננות מעמיקה בשתי הגישות מגלה כי הצדק המאחה עשוי לשרת את מרב מטרותיה של הגישה העונשית, נוסף על מטרותיו שלו, וייתכן אף שאת כולן.

1. התפתחות גישת הצדק המאחה כחלופה לגישה העונשית ולגישה השיקומית

גישת הצדק המאחה צמחה על רקע אכזבה מן הגישה העונשית.⁹ התסכול מאזלת ידה של מערכת המשפט הפלילי הנוהגת הובע באמצעות ביקורת שהושמעה הן באשר לחוסר היעילות של הענישה בהפחתת עבריינות והן באשר לכישלונן של ההליך העונשי לספק מענה לצורכיהם של נפגעי העבירה.¹⁰ בעניין כישלון ההליך להציע טיפול יעיל בעבריינות הדגישו המבקרים, ראשית, כי חשודים ונאשמים עומדים בפני הליכים פליליים שבמהותם הם מפלים, משפילים, מתייגים ופוגעים בזכויות אדם.¹¹ שנית, קרימינולוגים הצביעו על חוסר היעילות המאפיין את שיטת הענישה הקיימת, ובראשה עונש המאסר, במניעת פשיעה.¹² שלישית, גם ניסיונות שנעשו בתקופות מוקדמות יותר להפנות את הדגש בשיקולי הענישה לשיקומם של מבצעי עבירה – כשלו. לא בכדי נטען כי "nothing works".¹³ כאמור, הגישה העונשית עוררה ביקורת חריפה גם בקרב נפגעי עבירה וגם

PRACTICE (2010); CHARLES K. B. BARTON, RESTORATIVE JUSTICE: THE EMPOWERMENT MODEL (2003), לעיל ה"ש 2.

9 STRANG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 194 (איי-שביעות רצון הן מצד מקדמי זכויות נפגעים והן מצד מקדמי זכויות נאשמים מאלמנטים מרכזיים המאפיינים את המודלים העונשיים והשיקומיים היא אחד ההסברים לחיפוש אחר מודל שלישי, מאחה).

10 לסיכום מכלול הביקורות נגד הגישה העונשית בהיותה בלתי יעילה, מיותרת, בזבזנית ובלתי צודקת, ראו Andrew Ashworth & Lucia Zedner, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions*, 2 CRIM. L. & PHIL. 21 (2008).

11 ראו למשל טענות תומכי הגישה האבוליוניסטית, שקראו למיגור הכליאה ככלי ענישה בשל אי-הצדק החברתי שהיא יוצרת ולביעור הגישה העונשית בכלל: אברהם טננבוים "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" שערי משפט ב 261 (2001).

12 John Braithwaite, *A Future Where Punishment is Marginalized: Realistic or Utopian?*, 46 UCLA L. REV. 1727 (1999) (להלן: Braithwaite, *A Future Where Punishment is Marginalized*).

13 Robert Martinson, *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, 35 PUB. INT. 22 (1974).

בקרב גורמים המייצגים אותם. תנועת זכויות הקרבן שצמחה בשנות השמונים התקוממה על כי הפרדיגמה העונשית מתעלמת מצורכיהם, מתייחסת אליהם כ"כלי ראייתי" בלבד, ופעמים רבות אף גורמת לקרבנות משנית, בעיקר בשלבי החקירה וההעדה.¹⁴ בתוך כך התחזקו גישות אידאולוגיות ביקורתיות נוספות אשר השפיעו על התפתחות גישת הצדק המאחה.¹⁵ גישת ההליכים החלופיים (ADR) קידמה חיפוש אחר דרכים להסיט סכסוכים מבתי המשפט ולהשיב את הסכסוך אל בעליו – בעלי הדין.¹⁶ בד בבד קמה במקומות שונים בעולם קריאה לאפשר לקהילות ילידות-מסורתיות, כגון האבוריגינים באוסטרליה, המאורים בניו זילנד והאינדיאנים בצפון אמריקה, להסתייע במנהגיהן המסורתיים כדי להשליט סדר ולהחזיר לעצמן את כוחן החברתי.¹⁷ על רקע האמור צמחו בקהילות שונות תכניות מקומיות שנועדו להציע מענה חלופי לגישה העונשית.¹⁸ בהדרגה נעשתה המשגה של המאפיינים המשותפים לתכניות אלו ולאחרות

- LESLIE SEBBA, *THIRD PARTIES: VICTIMS AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS* (1996); 14
Ezzat A. Fattah, *Toward a Victim Policy Aimed at Healing, Not Suffering*, in *VICTIMS OF CRIME* 257 (Robert C. Davis, Arthur J. Lurigio & Wesley G. Skogan eds., 2nd ed. 1997)
Uli Orth, *Secondary Victimization of Crime*; (Fattah, *Toward a Victim Policy*: להלן: Erez & Edna Belknap, *Victims by Criminal Proceedings*, 15 SOC. JUST. RES. 313 (2002)
Edna Belknap על אודות חוויותיהן הסובייקטיביות של נשים נפגעות אלימות מההליך העונשי: Erez & Joanne Belknap, *In Their Own Words: Battered Women's Assessment of the Criminal Processing System's Responses*, 13 VIOLENCE VICTIMS 251 (1998)
- DANIEL W. VAN NESS & KAREN HEETDERKS STRONG, *RESTORING JUSTICE: AN INTRODUCTION TO RESTORATIVE JUSTICE* 16–22 (1997) 15
- הקרימינולוג הנורווגי Nils Christie היה מן הכותבים המשפיעים על התפתחות הגישה בהטביעו את המושג "הסכסוך כנכס". ראו Nils Christie, *Conflicts as Property*, 17 BRIT. J. CRIMINOLOGY 1 (1977). 16
- ראו VAN NESS & STRONG, לעיל ה"ש 15. 17
- תכנית פיוס פוגע-נפגע ניסיונית בעיירה קיצ'ינר במחוז אונטריו בשנת 1974 ידועה כתכנית הצדק המאחה הראשונה והייתה אבטיפוס ראשוני למה שהפך בהמשך לאחד המודלים המרכזיים בגישת הצדק המאחה, גישור פוגע-נפגע: Mark S. Umbreit, Betty Vos, Robert B. Coats & Elizabeth Lightfoot, *Restorative Justice: An Empirically Grounded Movement Facing Many Opportunities and Pitfalls*, 8 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 511, 519 (2007) 18
- משפחתיות בניו זילנד שהופעלו על פי חוק החל משנת 1989 בשביל בני נוער שביצעו עבירות השפיעו רבות על התפתחותן של תכניות צדק מאחה רבות ברחבי העולם. ראו Alison Morris & Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice in New Zealand*, in *RESTORATIVE JUSTICE & CRIMINAL JUSTICE: COMPETING OR RECONCILABLE PARADIGMS* 257 (Andrew Von Hirsch et al. eds., 2003); Allison Morris & Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conferences as a Case Study*, 1 W. CRIMINOLOGY REV. (1998), [available at http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html](http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html). מעגלי צדק שהופעלו על ידי קהילות אינדיאניות בקנדה גם הם נכנסו בשלב מאוחר יותר למסגרת המושגית של גישת הצדק המאחה

שפותחו בעקבותיהן, והתפתחה גישת הצדק המאחה, אשר הוגדרה על ידי Howard Zehr "עדשה שלישית", נוסף על "העדשה העונשית" ועל "העדשה השיקומית".¹⁹ על פי גישה זו, מעשה העבירה הוא בראש ובראשונה פגיעה אישית – בנפגע העבירה ובמשפחתו, בפוגע ובמשפחתו, בחברי הקהילה הסובבת אותם וכן במערכות היחסים שביניהם. לפיכך המטרה החשובה ביותר של תגובה לפגיעה היא מתן מענה לצרכיו של נפגע העבירה, של הקהילה ושל הפוגע – מענה אשר יאחה באופן המרבי את הפגיעות שנגרמו. תיקון הפגיעות נעשה באמצעות שימת המושכות בידיהם של הנוגעים בדבר, באמצעות הפיכתם לגורמים המקבלים החלטות והמיישמים אותן, והכול בנוכחות נציג המדינה המלווה את ההליך או בפיקוחו.²⁰

2. תפיסת העבירה על פי הגישה העונשית אל מול הגישה המאחה

כאמור, אחד ההבדלים הבולטים בין גישת הצדק המאחה לבין הגישה העונשית הקלאסית נוגע לאופן שבו נתפס מעשה העבירה, וכנגזרת מכך, לשאלות העומדות במוקד עניינה של כל אחת מן הגישות. הגישה העונשית תופסת את מעשה העבירה כפגיעה בערכים חברתיים מוגנים ששמירתם חיונית לקיומה של חברה מאורגנת, כפי שמשתקפים בהגדרת האיסורים הפליליים. על פי רעיון האמנה החברתית, תכלית המשפט הפלילי היא להגן על הפרטים החיים בחברה מפני פגיעה לצד הצורך להגן על עצם קיומה של המסגרת החברתית.²¹ הגדרת האיסורים הפליליים נשענת על ההכרה כי ההצדקה להגביל את חירות הפרט, על פי תאוריות ליברליות, קמה רק כשמדובר בהתנהגות הפוגעת באותם ערכים שנבחרו על ידי נציגי החברה כראויים להגנת החוק הפלילי, כגון חיי אדם,

והשפיעו הן על הפרקטיקה במקומות רבים והן על הפיתוח המושגי של הגישה; ראו Rashmi Goel, *Aboriginal Women and Political Pursuit in Canadian Sentencing Circles: At Cross Roads or Cross Purposes?*, in RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 60, 61 (James Ptacek ed., 2010).

19 ראו ZEHR, CHANGING LENSES, לעיל ה"ש 8. מודלים שונים מדגישים היבטים שונים הנגזרים מהתפיסות האידאולוגיות שתוארו. לדוגמה, גישור פוגע-נפגע מיישם את העקרונות שביסוד גישת ההליכים החלופיים יישום מרבי, שכן הוא הקרוב ביותר להפרטה של ההליך; קבוצת דיון משפחתית, מודל צמח בניו זילנד, היא דוגמה להליך שהוא קהילתי-מסורתי, אף על פי שנוספו לו אלמנטים מודרניים-מדינתיים.

20 שם, בעמ' 211–214, Braithwaite, *A Future Where Punishment is Marginalized*; לעיל ה"ש 12.

21 רעיון האמנה החברתית פותח על ידי הוגים שונים. ראו למשל הגותם של: John Rawls, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in LAW AND PHILOSOPHY: A SYMPOSIUM (Sidney Hook ed., 1964); Herbert Lionel Adolphus Hart, *Are There any Natural Rights?*, in HUMAN RIGHTS 70 (Abraham Irving Melden ed., 1970). לפיתוח מאוחר יותר של הפילוסופיה האמנתית ראו למשל Richard Dagger, *Playing Fair with Punishment*, 103 ETHICS 473 (1993).

שלמות הגוף והקניין. פגיעה בערכים אלו משתקפת לרוב בקיומו של נפגע אינדיווידואלי, אך קיימים ערכים המגנים על אינטרסים ציבוריים, כגון ביטחון המדינה או שמירה על הליכי משפט תקינים.²² התפיסה כי הטלת אחריות פלילית בעקבות קונפליקט בין הפרט לבין החברה היא תפקיד הריבון היא אחד ממאפייניו הייחודיים של המשפט הפלילי הנוהג, להבדיל מענפי משפט אחרים. בתוך כך מוטל עליו לקבוע אשמה ועונש. זכויות חשודים ונאשמים פותחו כאמצעי הגנה על הפרט מפני נחת זרועו של הריבון, העלול להפעיל כוחו באופן שרירותי ופוגעני.²³

לעומת הגישה העונשית, המייחסת לפגיעה, ככלל, משמעות ציבורית-חברתית מופשטת, הגישה המאחה מדגישה את הפן האישי והקונקרטי בה. הדגש בתפיסת העבירה אינו בערך החברתי שנפגע כי אם בפגיעה הממשית שנגרמה לנפגע הישיר, לבני משפחתו, לסביבתו הקרובה ולבני הקהילה שהושפעו ממנה.²⁴ הגדרת העבירה הנגזרת מן הקודקס העונשי היא נקודת מוצא ותו לא; הפשע מקבל משמעות קונקרטית דרך חוויית הנפגע ובני משפחתו את השלכות הפגיעה עליהם. גם מעשה רשלנות או ניסיון לביצוע עבירה זוכים לגינוי כאשר עולה מהם מסר של זלזול בזכויות הזולת ובכבודו. הגישה העונשית מייחסת חשיבות למסר השלילי שמעביר כביכול מבצע העבירה לחברה כולה בעת ביצוע העבירה,²⁵ ואילו הגישה המאחה מדגישה את תחושת הזלזול בכבוד, בזכויות או בצרכים שחוו הנפגע עצמו וכל אדם אחר בשל ביצוע העבירה. עם זאת הגישה המאחה אינה מתלה את חומרת העבירה בתוצאותיה בלבד ואינה מתייחסת אליה כאל סכסוך פרטי בין הפוגע לנפגע. מעשה עבירה פוגע כאמור באנשים ובמערכות יחסים מלבד בנפגע הישיר, ובכך מוסבר עניינה של הקהילה להגיב עליו.

22 תפיסה זו משתקפת, למשל, באופן שבו מגדיר פרופסור פלר את המושג "עבירה": "העבירה הפלילית בכללותה [...] היא תופעה חברתית מסוכנת לציבור, או בקיצור תופעה אנטי-חברתית, שכן היא מופיעה ומתקיימת עקב התלכדות בני האדם לחברה מאורגנת [...] ומעמידה בסכנה את הערכים אשר לציבור כולו עניין חיוני להגן עליהם." ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 118 (1984).

23 Ashworth & Zedner, לעיל ה"ש 10.

24 הבדלי התפיסה בין הגישות באים לידי ביטוי אף בשפת המינוחים המשמשים כל אחת מהן. הגישה העונשית משתמשת שימוש רווח במונחים כמו עבירה, חשוד/נאשם ונפגע עבירה, ואילו הגישה המאחה מאמצת מונחים חלופיים כמו פגיעה, פוגע ונפגע. כיוון שחלקים נרחבים במאמר עורכים השוואה בין הגישות, ובתוך כך מתייחסים למונחים מקבילים, לא יכולנו להקפיד בעקבות על שימוש בשפה המקובלת בכל גישה, בהקשר הדיון שבה. עם זאת נדגיש כי הגישה המאחה נמנעת במכוון מלכנות את מבצע העבירה "עבריין", כינוי המבטא קשר בלתי ניתן לפירוק בין העבירה לבין האדם שביצע אותה, ולפיכך יש בו משום תיוגו.

25 לחידוד מרכזיות ההבנה של פשע כסוג של תקשורת שבה העבריין מביע את חוסר הכבוד שלו לערכים ראו Dan M. Kahan, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, 96 MICH. L. REV. 1621, 1641 (1998).

3. התגובות לעבירה על פי הגישה העונשית אל מול הגישה המאחה

עם היוודע דבר ביצועה של עבירה, עולות שלוש השאלות העומדות במרכז של הגישה העונשית: מי ביצע את העבירה, אם התקיימו יסודות העבירה, ומהו העונש הראוי להשית על מי שהורשע. מקום שבו הוכחה אשמתו של מבצע העבירה, צפוי הוא להרשעה ולענישה לפי חומרת העבירה תוך התחשבות בנסיבותיו האישיות ובנסיבות מקלות ומחמירות. הענישה אמורה להיקבע באופן מובנה ואחיד ככל האפשר, על ידי בתי משפט הפועלים מטעם המדינה מכוחם של כללים אחידים, שקופים ושוויוניים (לפחות לכאורה).²⁶

לעומת זאת גישת הצדק המאחה מתמקדת בשלוש שאלות שונות בתכלית: מיהם הנפגעים, מהם הצרכים הנובעים מהפגיעה, ומי אחראי למילוי צרכים אלו.²⁷ את התשובות לשאלות הללו מוצאים במשותף ובמישרין הצדדים הנוגעים בדבר: הפוגע והנפגע וכן בני משפחותיהם ונציגי הקהילה שבה הם חיים (בנוכחות נציגי המדינה הנושאים תפקיד מצומצם, כפי שיפורט בהמשך).

לפי חלק מן ההוגים של גישת הצדק המאחה, הגישה משקפת תפיסת עולם רפובליקנית²⁸ שבה חברי הקהילה עצמם אחראים להסדרת התנהגותם שלהם ושל חבריהם.²⁹ לפיכך בעלי העניין הישירים, ובעיקר הפוגע והנפגע, מחליטים בנוגע לפגיעה, להשלכותיה ולתגובות הראויות לה באופן משותף ואקטיבי. תפקיד הריבון, לפי הגישה הרפובליקנית, מסתכם בקביעת "הקווים האדומים", באמצעות שמירה על זכויות אדם בסיסיות כגון איסור על ענישה אכזרית או קיצונית. כל עוד אין חריגה מן "הקווים האדומים", חופשייה הקהילה להסדיר התנהגות כרצונה.³⁰ מעבר למניעת ביטויי אלימות

26 Andrew Ashworth, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 578, 579-580 (2002) (הגישה העונשית מתייחסת לעבירה כאל מעשה היוצר חובה של המדינה להגיב עליו באמצעות מערכת אכיפת החוק והמשפט).

27 HOWARD ZEHR, THE LITTLE BOOK OF RESTORATIVE JUSTICE 20 (2002) (להלן: ZEHR, THE LITTLE BOOK). תודה ל-John Braithwaite שהסב תשומת לבנו לכך שלעתים האדם שעשוי לקבל עליו אחריות למילוי הצרכים הנובעים מן הפגיעה אינו מי שביצע את העבירה, כמו למשל במקרים של ילדים מבצעי עבירות.

28 ראו BRAITHWAITE & PETTIT, לעיל ה"ש 6.

29 BRAITHWAITE & PETTIT, שם, מדגישים כי בניגוד לתאוריית הליברלית, המתמקדת בהגנת הפרט מפני פגיעות הריבון, התאוריית הרפובליקנית מתייחסת להגנות מפני פגיעות נוספות, הנגרמות מאי-שוויון חברתי ומפשיעה. להרחבה על ההבדל שבין הצדק המאחה, המבוסס על תפיסה רפובליקנית, לבין הצדק העונשי, המבוסס על תפיסה ליברלית, ראו עוד: Walgrave, *Restoration in Youth Justice*, לעיל ה"ש 2; Erik Luna, *Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, 2003 UTAH L. REV. 205, 231.

30 John Braithwaite, *Setting Standards for Restorative Justice*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 563 (2002) (להלן: Braithwaite, *Setting Standards*).

וכפייה כלפי מבצעי עבירה, "הקווים האדומים" אף מבטיחים את זכותם של נפגעי עבירה להשמיע קולם ולבטא עמדותיהם בחופשיות, וכן את זכותם לתמיכה מינימלית במקרים שבהם נפגעו פיזית או נפשית.³¹

התגובה לעבירה שונה גם מבחינת המהות. גישת הצדק המאחה מתייחסת לענישה ככוחנות שלטונית בתגובה לכוחנות הפוגע. במקומה מציעה גישה זו כי לכל פגיעה ימצא תיקון, איחוי. במקום להשית כאב בתגובה על פשע, הליכי צדק מאחה תרים אחר צעדים מאחים, המתקנים ככל האפשר את הפגיעה: "putting right".³² ההתמקדות באיחוי אינה מעידה על הימנעות מתגובה או על תגובה קלה כי אם משקפת תגובה מסוג שונה, המשלבת הכוונה ברורה של התנהגות עם תמיכה בפוגע ובנפגע.³³

4. ההליך העונשי אל מול ההליך המאחה

הבחנה נוספת בין גישת הצדק המאחה לבין הגישה העונשית היא בפן ההליכי. באופן סכמטי, ההליך העונשי נפתח בחקירה בדבר חשדות לביצוע עבירה. חומר החקירה מועבר לתביעה לשם הגשת כתב אישום. כאשר מוגש כתב אישום נפתח הליך משפטי, המחולק לשלב ההוכחות ולשלב גזירת העונש. הצדדים רשאים לחתום על הסדר טיעון בשלביו השונים של ההליך, ובמקרים רבים חתימה על הסדר טיעון מיתרת את שלב ההוכחות במשפט. ההחלטה בדבר קיום ההליך נכפית על הצדדים כולם: הסכמת הנאשם בוודאי איננה תנאי קונסטיטוטיבי לקיומו, וגם הסכמת הנפגע, ברמה העקרונית, אינה תנאי להמשך ניהולו על ידי התביעה.³⁴

הליכים מאחים שונים בתכלית מההליך העונשי. קיימים כמה מודלים המיישמים את גישת הצדק המאחה. המרכזיים שבהם הם גישור פוגע-נפגע (Victim-Offender)

31 John Braithwaite, *Holism, Justice, and Atonement*, 2003 UTAH L. REV. 389, 395

32 ZEHR, THE LITTLE BOOK, לעיל ה"ש 27, בעמ' 27.

33 Wachtel & McCold הציעו להסביר את ההבדלים המהותניים בין תגובה עונשית לתגובה מאחה באמצעות "מודל חלונות המשמעת החברתיים". לפי המודל, בעוד הגישה העונשית מפעילה כוחנות גבוהה ורמת תמיכה נמוכה ("ענישה ל..."), התגובה המאחה מפעילה כוחנות גבוהה אך גם תמיכה גבוהה ("איחוי עם..."). גישה זו נבדלת הן מהתעלמות או הזנחה, המתאפיינות בהעדר שליטה ובהעדר תמיכה והן מהגישה השיקומית – המשקפת שליטה נמוכה ותמיכה גבוהה: Ted Wachtel & Paul McCold, *Restorative Justice in Everyday Life*, in RESTORATIVE JUSTICE IN CIVIL SOCIETY 114, 117 (Heather Strang & John Braithwaite eds., 2001) (להלן: Wachtel & McCold, *Restorative Justice in Everyday Life*).

34 הדיון במאמר זה מוגבל לשיטות משפט אנגלו-אמריקניות בהן נוהג הליך עונשי אדוורסרי. בשיטות משפט קונטיננטליות נושא ההליך מאפיינים שונים, המשליכים בין היתר על מקומם של נפגעים, ובהם לא נעסוק במסגרת זו.

היוועדות (Mediation), היוועדות (Conferencing) ומעגל (Circle).³⁵ המודלים נבדלים זה מזה בהיקף מעגל המשתתפים ובמידת מעורבותה של הקהילה.³⁶ הגישור הוא מפגש מצומצם בין הפוגע לנפגע ולמגשר; ההיוועדות כוללת גם בני משפחה מורחבת של הצדדים ותומכים אחרים וכן נציגים מהקהילה;³⁷ המעגל, הרווח בקרב קהילות ילידיות,³⁸ כולל לעתים בני קהילה שלמה, ויש בו אלמנטים רוחניים או דתיים המבטאים את מסורת הקהילה. בשלושת המודלים מנוהלים ההליכים על ידי גורם ניטרלי ומקצועי. טרם המפגש עצמו מתקיים תהליך הכנה יסודי המנוהל על ידי המתאם או המגשר והכולל מפגשים אישיים עם המשתתפים. המפגש נותן במה לכל המשתתפים לדון בעבירה ובהשלכותיה ולהשתתף בעיצוב תכנית האיחוי. לאחר המפגש מתקיים מעקב אחר ביצוע ההחלטות ודיווח לרשויות המדינה, המוסמכות – אם החל הליך עונשי – לקבל החלטות המשליכות על המשך הטיפול במסלול הפלילי על סמך ההליך המאחה שהתקיים. בכך ההליך המאחה הוא בבחינת כלי הסדרה משפטי היברידי: הוא משלב אלמנטים קהילתיים עם אלמנטים מדינתיים.

על אף הביקורת הנמתחת על ההליך העונשי, כפי שנפרט בהמשך, אין להמעיט מיתרונותיו. ראשית, דווקא משום אופיו הפורמלי והציבורי להליך העונשי פוטנציאל ממשי להוקיע מעשי עבירה ולהעביר מסר של גינוי ושל הרתעה. שנית, במקרים מסוימים מבצעי עבירה חשים כי ניתן להם יומם בבית המשפט, משום הקפדה על זכויותיהם ועל קיומו של הליך הוגן. שלישי, מחקרים מלמדים כי גם נפגעי עבירה עשויים לחוות את ההליך העונשי ככלי מעצים המממש את תחושת הצדק.³⁹ דווקא משום יראת המעמד

35 מפאת הדמיון, המבלבל לעיתים, בין גישור פוגע-נפגע לבין גישור כדרך ליישוב סכסוכים אזרחיים, יש המעדיפים לכנות הליכים אלו בשמות אחרים, כגון "היוועדות פוגע-נפגע" או "דיאלוג פוגע-נפגע". לשם הנוחות, ותוך העדפת המינוחים הרווחים בכתיבה האקדמית, נשתמש במושג "גישור פוגע-נפגע" כדי להבחין מודל זה ממודל ההיוועדות. לאבחנה בין שלושת המודלים, כפי שמוצגת במאמר זה, ראו MICHAEL KING, ARIE FREIBERG, BECKY BATAGOL & ROSS, HYAMS, NON-ADVERSARIAL JUSTICE 40-44 (2009).

36 לתיאור המודלים הקיימים ראו ענת פרקש צדק מאחה בתחום המשפט הפלילי פרקים 8-10 (2002). לתיאור הניסיון הישראלי בניהול הליכים מאחים ראו למשל: אורי ינאי, רחל שרביט ושרי גרבלי "הועדה של עבריין וקורבן – דרך לגישור ולטיפול בפשיעה בקהילה" חברה ורווחה כא 27 (2001); רון שפירא "הגיעה העת לסולחה" הפרקליט מח 433, 445 (2006).

37 לתיאור ההיוועדות כהליך המביא לחיזוק הקשרים בין מבצעי עבירה ותומכיהם, בין התומכים השונים, ובין הנפגעים ותומכיהם, ראו Joanna Shapland et al., *Situating Restorative Justice* (להלן: Shapland, *Within Criminal Justice*, 10 THEORETICAL CRIMINOLOGY 505 (2006)).

38 Julian V. Roberts & Kent Roach, *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*, in RESTORATIVE JUSTICE & CRIMINAL JUSTICE: COMPETING OR RECONCILABLE PARADIGMS 237, 240 (Andrew Von Hirsch et al. eds., 2003).

39 לעדויות של נפגעי ונפגעות תקיפה מינית המתארים את ההליך העונשי כמדיום למימוש תחושת הצדק ראו למשל מירי מרגלית "להתלונן או לא להתלונן?" חוק וצדק – נפגעות ונפגעי תקיפה

שיש לבית המשפט כמוסד ציבורי וכגורם מכריע עשוי ההליך העונשי לשמש מנוף להחלמה של נפגעי עבירה. לדוגמה, נפגעות תקיפה מינית מעידות כי לעתים קבלת לגיטימציה מבית המשפט חשובה להן, שכן בית המשפט שמע גם את התוקף ונקט עמדה מקצועית שהיא תוצאה של הליך מורכב.⁴⁰ גם פרקטיקת הסדרי הטיעון משרתת ככלל את טובת הנאשם, ובמקרים מסוימים היא אף עשויה לשרת את טובת נפגע העבירה.⁴¹ לצד זאת ההליך העונשי האדוורסרי מעורר ביקורת בלתי מבוטלת. כנגזרת ממאפייניו של המשפט הפלילי הצדדים המשתתפים בו הם החשוד או הנאשם מול המדינה, המיוצגת על ידי התביעה. נפגע העבירה, ככלל, אינו צד להליך, ולרוב מעמדו מסתכם בהיותו מתלונן או עד. בעשורים האחרונים אמנם מתחולל שינוי בפניו ובאופיו של ההליך האדוורסרי הקלסי, עם עליית קולם של נפגעי עבירה והעלייה במודעות לזכויותיהם ולצורכיהם. במדינות שונות בעולם בוצעו רפורמות המעניקות זכויות לנפגעי עבירה בהליך העונשי, חלקן אף בעלות מעמד חוקתי.⁴² הרקע להתפתחויות אלה נעוץ

מינית ומערכת אכיפת החוק 22, 23 (איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית בישראל, 2006); אורי ינאי "חידוש במשפט הפלילי: הגשת 'תסקיר נפגע עבירת מין' על ידי שירות המבחן למבוגרים" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום: לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 235, 256 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

40 ינאי, שם; Hadar Dancig-Rosenberg, *Sexual Assault Victims: Empowerment or Re-Victimization? The Need for a Therapeutic Jurisprudence Model*, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 150, 165–166 (Natti Ronel, K. Jaishankar & Moshe Bensimon eds., 2009).

41 הסדרי טיעון מסיימים את ההליך העונשי במהירות ופוטרים את נפגע העבירה מן הצורך לתת עדות בבית המשפט; ההרשעה המסתמכת על הודאת הנאשם מבטאת, לפחות לכאורה, הכרה בעוול שנגרם לנפגע העבירה ובאחריות הנאשם, אולם עם זאת בהנחה שבית המשפט מאמץ את הסדר הטיעון, תוצאת ההליך קלה יותר לנאשם.

42 לסקירה ולהערכה ביקורתית של ההתפתחויות שעוגנו בחקיקה המדינתית והפדרלית בארצות הברית באשר לזכויות נפגעי עבירה בעשור האחרון ראו Erin C. Blondel, *Victims' Rights in an Adversary System*, 58 DUKE L.J. 237 (2008); Danielle Levine, *Public Wrong and Private Rights: Limiting the Victim's Role in a System of Public Prosecution*, 104 NW. U.L. REV. 335 (2010); Paul G. Cassell & Steven Joffe, *The Crime Victim's Expanding Role in A System of Public Prosecution: A Response to the Critics of the Crime Victims' Rights Act*, 105 NW. U. L. REV. COLLOQUY 164 (2011). לתיאור התפתחות זכויות נפגעי עבירה בישראל, לאחר חקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001, ראו לסלי סבה וטלי גל "זכויות נפגעי עבירה בישראל" – ספר שמגר – מאמרים כרך ב 157 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); Uri Yanay & Tali Gal, *Lobbying for Rights: Crime Victims in Israel*, in INTERNATIONAL HANDBOOK OF VICTIMOLOGY 373 (Shlomo Giora Shoham, Paul Knepper & Martin Kett eds., 2010); עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לזכויות קרבנותיו" ספר שמגר כרך ב 255 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); דנה פוגץ' "מהפכת הקורבנות" – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?" קריית המשפט 4 229 (2004); שפירא, לעיל ה"ש 36, בעמ' 439–441; הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ'

בהכרה הולכת וגוברת כי התעלמות מנפגעי העבירה – כמי שספגו במישרין את הפגיעה – חוטאת לתחושת הצדק ואף פוגעת ביעילות עבודתן של רשויות האכיפה, משום שהיא יוצרת חסמים בדרכם של נפגעים לשתף פעולה עמן.⁴³ רפורמות אלה כוללות בעיקר זכויות השתתפות בהליכים מסוימים (כגון הבעת עמדה בשלב הענישה או בשלב חתימה על הסדר טיעון), זכויות לקבלת מידע בצמתים שונים של ההליך העונשי וזכויות כלליות הנוגעות להבטחת פרטיותם ושלומם.⁴⁴ ואולם על אף ריכוך המודל הציבורי המובהק שאפיין את ההליך העונשי המסורתי קשה לאפיין גם כיום את ההליך העונשי כמוכוון-קרבנות (victim-oriented). אף שנפגעי העבירה הפכו לשחקנים בעלי זכויות, שלעתים מובאים בחשבון במסגרת שיקולי התביעה כשיקול עצמאי, היקף זכויותיהם מוגבל, וככלל הם אינם בעלי שליטה על קבלת ההחלטות בניהול ההליך.⁴⁵

מבקרי ההליך העונשי מטעימים כי במקרים בהם נאשמים מיוצגים על ידי סגור ניטלת גם מהם השליטה הישירה על ניהול ההליך.⁴⁶ ייצוגם המשפטי מעורר התנהגות פסיבית, מצמצם את תפקידם במהלך המשפט ויוצר מצב שבו קולו האוטנטי של הנאשם מעורב דרך מסננות ראייתיות שתכליתן לתרגמו לשפה משפטית. כאשר הנאשם אינו

"כשאהבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע" מחקרי משפט כו 589 (2010).

43 ראו למשל "סיוע לקורבן עבירה ולעדי תביעה בהליך פלילי" הנחיות פרקליט המדינה 14.7 (התשע"א). כאמור בגוף ההנחיה, תכליתה "להדגיש את התפקיד החיוני שממלאים קורבנות עבירה ועדי תביעה במערכת המשפט הפלילי". ההנחיה מדגישה את התועלת הגלומה בסיוע לנפגעי עבירה בראייתן של מערכות אכיפת החוק: "יש לקוות כי ההקפדה על הנחיה זו תתרום להגברת ההבנה והכבוד שרוחש הציבור למערכת המשפט בכלל ולפרקליטות במיוחד, ולהגברת נכונותם של קורבנות עבירה ועדי תביעה להושיט לתביעה את סיועם החיוני למלחמה בפשע".

44 לסקירת מקומם ואופן השתלבותם של נפגעי עבירה בהליך העונשי הנוהג בארצות הברית ראו למשל, מבין ספרות ענפה: DOUGLAS E. BELOOF, PAUL G. CASSELL & STEVEN TWIST, VICTIMS IN CRIMINAL PROCEDURE (2nd ed. 2006); Erin Ann O'Hara, *Victim Participation in the Criminal Process*, 13 J.L. & POL'Y 229 (2005). לסקירה בישראל ראו לאחרונה עדנה ארבל "מעמדו של קורבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאל כן 189 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל כן עורכים, 2011). בישראל קיימים אף כמה תקדימים מהשנים האחרונות שבהם הכירו בתי המשפט במעמדם העצמאי של נפגעי עבירה בהליכים פליליים. ראו למשל ע"פ 9665/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2007), שבמסגרתו צורפו נפגעות עבירה כצד להליך בערעור שהגיש הנאשם נגד חומרת העונש ושיעור הפיצוי שהושת עליו מכוח ס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ע"פ 6616/10 אפרתי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2011), שבמסגרתו צורפה נפגעת העבירה כצד להליך הערעור שהגיש הנאשם על גזר הדין.

45 ראו סבה וגל, לעיל ה"ש 42, בעמ' 195 (מציינים כי למרות החידושים שהביא עמו חוק זכויות נפגעי עבירה, יש לזכור את מגבלותיו, ובין השאר את העובדה שהזכויות בו נוסחו באופן המבטא פשרה בין האינטרסים השונים).

46 קריאת פרוטוקולים של דיונים בהליכים פליליים מלמדת כי במקרים רבים הצדדים המקצועיים המנהלים את ההליך "מדברים מעל לראשו" של הנאשם, מכנים אותו בגוף שלישי ומקבלים החלטות מבלי לתרגם לו את משמעותן בזמן אמת.

מיוצג (פרקטיקה אשר עודנה רווחת במציאות הישראלית),⁴⁷ שליטתו בהליך רבה יותר, אך שליטה זו הופכת ל"שליטה לכאורה" משום משוכות השפה המקצועית ודיני הראיות, המקשים על הבנת ההליך ומונעים מהנאשם השתתפות אפקטיבית. מערך יחסי הכוח בין הצדדים להליך העונשי משקף חוסר שוויון מובנה בין המדינה לבין הנאשם,⁴⁸ ובמקרים שבהם הנאשם אינו מיוצג, נפגעות זכויותיו ביתר שאת לעומת מקרים שבהם הוא מיוצג.⁴⁹ מציאות זו יוצרת פרדוקס: מחד גיסא היעדר ייצוג לנאשם מעצים את הסיכון לפגיעה בזכויותיו, ומאידך גיסא ייצוגו נוטל ממנו את המעורבות וההשתתפות נטולי התיווך.

שיאו של ההליך הוא בהטלת סנקצייה פלילית על הנאשם, אשר לעתים, ובוודאי כאשר מוטל עונש מאסר – יש בה כדי לפגוע בזכותו לחירות ולכבוד.⁵⁰ האיום הכבד בעונש מאסר מתמרץ נאשמים להכחיש, למזער, להטיל על אחרים את אחריותם למעשה ולהימנע מקיום חשבון נפש אמתי ומהקשבה לנפגע העבירה.⁵¹ בנוסף, אופיו של ההליך העונשי הוא נוקשה, וכלליו אינם ניתנים, ככלל, להגמשה. מיקום המשפט ושלביו, מערכת סדרי הדין והראיות וסוגי התגובה האפשריים במסגרת ההליך העונשי – כל אלה מגבילים את מרחב התמרון של הצדדים ומנתבים אותם לפעול בתוך תבנית קבועה ונוקשה. השימוש הרב בפרקטיקת הסדרי הטיעון, על מגרעותיה, מחדד את הבעייתיות הגלומה בהליך ההוכחות האדוורסרי. כך למשל סיבה רווחת לחתימה על הסדר טיעון עם נאשם נעוצה מצד התביעה בעיקר בקשיים ראייתיים, ומצד הנאשם ברצון להבטיח ודאות

47 ראו לאחרונה נתוני הסנגוריה הציבורית בדוח דו-שנתי לשנים 2008–2009, פרק 2, העוסק ב"פעילות הסנגוריה הציבורית בייצוג לקוחותיה", בעמ' 10–67. משרד המשפטים הסנגוריה הציבורית: דוח דו-שנתי לשנים 2008–2009, פרק 2 (2010) -90D3-4F4C-BB0C-FCAC6ACA48F9/0/2009.pdf

48 Daly טוענת כי בהליכים פליליים פורמליים הנאשם מושק, ובפועל נציגי המדינה הם המחליטים הבלעדיים. ראו: Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, in HANDBOOK OF RESTORATIVE JUSTICE: A GLOBAL PERSPECTIVE 134, 138 (Dennis Sullivan & Larry Tifft eds., 2006).

49 לחשיבותה של זכות הייצוג ושל זכות ההיוועצות עם סגור ראו הסנגוריה הציבורית: דוח דו-שנתי לשנים 2008–2009, לעיל ה"ש 47.

50 Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 526 (2004); אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל, 2013). לעניין ענישה פלילית בכלל השור טננבוים, לעיל ה"ש 11.

51 זו בין היתר הסיבה לכך כי ההליך העונשי אינו מספק פלטפורמה ממשית להתנצלויות, לקבלת אחריות כנה ולדיאלוג קונסטרוקטיבי בין הפוגע לנפגע, כפי שמצביעים Bibas & Bierschbach במחקרם, לעיל ה"ש 7.

בתוצאות ההליך. פועל יוצא מכך הוא חתימה של הצדדים על הסדר "פיקטיבי" שאינו משקף את המציאות העובדתית הנטענת על ידי מי מהם.⁵²

ההליך העונשי מבוסס אפוא על פרדיגמה לעומתית, הנגזרת מן המבנה האדוורסרי. הדיון הפלילי נתפס כמעין תחרות בין התביעה להגנה, וכל צד מנסה לשכנע את בית המשפט בצדקת גרסתו ולקעקע את גרסת יריבו. השימוש בטקטיקות ובמניפולציות – כל עוד הן במסגרת החוק – נתפס כלגיטימי והוא חלק בלתי נפרד מניהול ההליך. תפקידו של בית המשפט מתמצה בהערכת משקלן ומהימנותן של הראיות שהובאו לפניו ובהכרעה שהיא דיכוטומית במהותה: חפות או אשמה. המבנה הבינרי של ההכרעה בהליך העונשי מייצר "משחק סכום אפס". ניצחון האחד נתפס ככישלון האחר. החתירה אל עבר "שורה תחתונה" ברורה וחותכת מדגישה את מוגבלות ההליך לתת מענה למטרות החורגות מקביעת אשם ומענישה גרידא.

גישת הצדק המאחה מציעה הליכים השונים במהותם מההליך העונשי. כפי שהגדיר Tony Marshall: "צדק מאחה הוא הליך שבו צדדים בעלי עניין בעבירה מסוימת מחליטים יחד כיצד לטפל בתוצאותיה ובהשלכותיה העתידיות".⁵³ תנאי לקיום ההליך על פי גישת הצדק המאחה הוא הודאת מבצע העבירה⁵⁴ בביצועה. לא תמיד מדובר ב"הודאה" במובנה המשפטי הטהור. די בנכונותו של מבצע העבירה לקשור עצמו למעשה הפלילי. תנאי נוסף, בהליכים מאחים המפגישים פנים אל פנים את מבצע העבירה עם הנפגע,⁵⁵ הוא הוולונטריות. שני הצדדים מחויבים להסכים לקיום ההליך, ורצוניות זו נבחנת לאורכו. בכל שלב אם מי מהצדדים אינו מעוניין עוד בהמשך ההליך, הוא רשאי להפסיק.⁵⁶ המשמעות המעשית של שני תנאים אלו היא שצדק מאחה אינו

- 52 ראו למשל את הסדר הטיעון הפיקטיבי שנחתם בתפ"ח (מחוזי י-ם) 561/08 מדינת ישראל נ' קאשור (פורסם בנבו, 19.7.2012) ואת הנסיבות שהובילו לחתימה עליו. אין פלא כי הסדרי טיעון המשקפים מציאות שהיא לעתים רחוקה מן האמת העובדתית, מעוררים אי-נוחות רבה מצד נפגעי עבירה.
- 53 TONY F. MARSHALL, RESTORATIVE JUSTICE: AN OVERVIEW 5 (1999) (התרגום שלנו – ט"ג, הד"ר).
- 54 כך נקראים חשודים ונאשמים בשפת הגישה המאחה. אין בכך משום חתירה נגד חזקת החפות אלא בחירה בשפה פורמלית פחות ואישית יותר, ושיקוף ה"נרטיב" של נפגע העבירה. בנוסף, כינוי זה משקף תפיסה בלתי מתייגת, שכן אין מדובר ב"עברייני" אלא באדם, ככל האדם, אשר ביצע עבירה.
- 55 McCold & Wachtel מסווגים את סוגי ההליכים המאחים לשלוש טיפולוגיות: הליכים מאחים באופן מלא (fully), הליכים מאחים במידה רבה (mostly) והליכים מאחים בחלקם (partly). הליכים מאחים במידה רבה אפשריים גם כאשר אין נפגע ספציפי, כמו במקרים של ונדליזם, עבירות מס ונהיגה בשכרות. ראו Paul McCold & Ted Wachtel, *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice*, Address Before the XIII World Congress of Criminology (Aug. 10–15, 2003), available at www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf.
- 56 בתכניות שונות בעולם זוכה הסכמת הנפגע למעמד משתנה. בניו זילנד מתקיימים הליכים גם ללא הסכמת הנפגע לקיומם, וההתמקדות היא בפוגע ובכני משפחתו. במקומות אחרים נדרשת הסכמת הנפגע לקיום ההליך, אך הוא עשוי להתנהל גם בלעדי הנפגע. בהליכי קד"ם (קבוצות דיון משפחתיות) בישראל אם הנפגע מסרב להשתתף, ההליך מתקיים רק אם נוכח מישהו מטעמו ואם

יכול לחול במכלול המקרים שבהם עשויים לחול הליכים פליליים אלא רק באותם מקרים שבהם שני תנאי סף אלו מתקיימים.

בשונה מההליך העונשי, בעלי העניין הישירים עצמם הם הצדדים להליכי צדק מאחה, נוסף על בני הקהילה שהושפעו מביצוע העבירה. קולו של כל אחד מן המשתתפים מובא באופן אותנטי, כפי שהוא, ללא תיווך ובלי שיידרש לעבור את מסננת דיני הראיות או סדרי הדין. ההגבלות היחידות הן האיסור על הפעלת לחץ, על אלימות ועל כוחנות.⁵⁷ מכיוון שהגורמים המקצועיים אינם זוכים למעמד של צדדים להליך אלא הם ספקי מידע ונותני שירותים, בעיית אי-השוויון המובנית בהליך העונשי, כמתואר לעיל, מצטמצמת מהותית.⁵⁸ זאת ועוד, התגייסות הצדדים לדון בעבירה ובהשלכותיה ולגבש תכנית איחוי מבנה בתוכה אקטיביות של כל אחד מן המשתתפים. עורכי דין, ככלל, אינם מוזמנים להליך, ואם הם נוכחים, תפקידם מוגבל כאמור לספקי מידע. נציגי המדינה הנוכחים בהליך או המפקחים עליו גם הם אינם מקבלי החלטות, ועיקר התערבותם היא באישור ההליך או בהפסקתו במקרה הצורך. אפילו "מנהלי" ההליך – המתאם או המגשר – אינם קובעים את תוצאות ההליך אלא ממלאים תפקיד אדמיניסטרטיבי בעיקרו של אפשרור ההליך (facilitation). זאת, בניגוד לשופטים, שהם בעלי סמכות ההכרעה הבלעדית בהליך העונשי.

נפגעי עבירה נקראים לא רק לדבר על צורכיהם ועל הנזקים שנגרמו להם, כי אם גם להציע דרכים לאיחוי הפגיעות ולמניעת פגיעה נוספת.⁵⁹ ממצעי עבירה מצופה לקבל אחריות באופן מפורש על מעשיהם, להקשיב לדברי הנפגעים ולהגיב להם, ובסופו של דבר להציע בעצמם דרכים לאיחוי הפגיעות ולמניעת הישנות מעשיהם. כפועל יוצא מכך הליכי צדק מאחה מתאפיינים בגמישות רבה. הם מעוצבים על ידי הצדדים עצמם ותוצאותיהם יכולות לשאת אופי שונה וייחודי, הכול על פי צורכיהם של השותפים בהליך.⁶⁰ לפיכך ההליך הוא חווייה מעצימה, בשונה מן האופן שבו נחוזה לעתים קרובות ההליך העונשי, כמשחזר טראומה וכמרדרד.⁶¹ ההליך המאחה חורג אפוא אל מעבר למטרות הענישה והשיקום של הפוגע ומממש גם תכלית חיובית שעניינה איחוי הפגיעות והטבת מצבם של הנפגע והקהילה.

הוא מביע התנגדות לעצם קיום ההליך, רצונו יכובד וההליך לא יתקיים. בכל התכניות אם הנפגע משתתף, השתתפותו היא וולונטרית לכל משך ההליך.

57 Braithwaite, *Setting Standards*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 565.

58 אמנם ייתכנו מקרים שבהם קיים אי-שוויון בין הפוגע לנפגע כגון בעבירות מגדריות, אך אי-שוויון זה אינו נובע ממבנה ההליך עצמו אלא מאופי העבירה וממערכת היחסים שבין הצדדים.

59 ההתייחסות אל הנפגע כאל שותף בקבלת החלטות באשר לתגובה לפשע היא אחד החידושים שנושאת עמה הגישה המאחה. ראו David Miers, *Situating and Researching Restorative Justice in Great Britain*, 6 PUNISHMENT & SOC'Y 23 (2004).

60 לדיון בהליכי צדק מאחה כשונים וייחודיים בכל מקרה, על פי רצונות המשתתפים, ראו Shapland, *Situating Restorative Justice*, לעיל ה"ש 37.

61 ראו Barton, לעיל ה"ש 8.

לבסוף, ההליך המאחה אינו אדוורסרי. מאחר שהליכי צדק מאחה חלים רק במקרים שבהם מבצע העבירה הודה בביצועה, אין מחלוקת בדבר העובדות, ולפיכך אין צורך בשכנוע מי מהנוכחים באמתות דברי האחד על חשבון האחר או בהסכמה על גרסה חלופית פיקטיבית. כיוון שמטרת ההליך אינה עונשית אלא מכוונת לאיחוי הפגיעות, מבצע העבירה מסיר מעליו את מעטה ההגנה, משתחרר מן הצורך להכחיש ולהשיב מלחמה שערה ומתפנה לקיום דיון כן ופתוח בדבר השלכות העבירה ובדבר הדרכים לאיחוי הפגיעות שנוצרו. כך נוצר שיתוף פעולה בין הצדדים כדי להגיע לתכנית איחוי המספקת את צורכיהם.⁶² תכנית איחוי עשויה לכלול למשל הן סכום פיצוי שישולם לנפגע על ידי מבצע העבירה והן השתתפות מבצע העבירה בתכנית גמילה מסמים, אשר תעזור לו להשתקם. מבצע העבירה מתחייב פעמים רבות גם בהתחייבויות שמטרתן תרומה לקהילה. באופן זה כל צד מקבל מענה לצרכיו ולדאגותיו. ואכן, מחקרים מלמדים כי במקרים שבהם הליכי צדק מאחה נתפסו כהוגנים יותר מבחינת מבצעי עבירה, גם נפגעי עבירה תפסו אותם כך, ולהפך.⁶³ תומכי הצדק המאחה מדגישים כי חלף משחק שסכמו אפס מציעה הגישה המאחה הליך שבו רק מנצחים.

ואולם, לצד האמור הגישה המאחה מעוררת שאלות לא פשוטות בדבר מימושה של הזכות להליך הוגן ובדבר יכולתו של הצדק המאחה להבטיח הגנה על חזקת החפות. כיצד אפשר ליישב את המתח שבין הרעיונות הגלומים בצדק המאחה לבין זכותו האישית של הנאשם להליך הוגן? כיצד אפשר להגן על האינטרס החברתי במימוש זכות זו באופן שישמר את יכולתו של הנאשם למצות את ההגנה המשפטית שבאפשרותו לקבל? כיוון שהודאה היא כאמור תנאי קונסטיטוטיבי לקיום הליכים מאחים, מתעורר חשש מהודאות שווה של חשודים. חשש זה מתעצם במקרה של קטינים, אשר עשויים להעדיף את הפניה להליך שנראה על פני הדברים מקל יותר חלף הפנייה להליך העונשי הנוהג. החשש מהודאות שווה חמור בעיקר בקרב חשודים המשתייכים לקבוצות מיעוט, שהסיכון להרשעתם על אף חפותם הוא גבוה לכאורה, כמו גם בקרב אנשים בעלי מוגבלויות.⁶⁴ כל עוד מדובר בהליך מאחה המתנהל לצד ההליך העונשי ותחילתו בשלבים שלאחר ההודאה או ההרשעה, חזקת החפות אינה גורם אשר ממנו נגזרות זכויות דינויות, וההגנה ממילא אינה מתמקדת עוד בתוצאה של זיכוי.⁶⁵ אך במקרים

62 Bazemore מתאר את הגישה המאחה כ-"win-win situation": שיקום מבצע העבירה מחייב התייחסות לצורכיהם של שני השחקנים האחרים – הנפגע והקהילה. כך מתלכדים האינטרסים. ראו Bazemore, לעיל ה"ש 2.

63 STRANG, לעיל ה"ש 3, בפרק 7.

64 Arthur L. Rizer III, *The Race Effect on Wrongful Convictions*, 29 WM. MITCHELL L. REV. 64 (2003) 845.

65 השוו לביקורת המושמעת על אודות קונפליקט בין מיצוי ההגנה לשיקום כפי שעלול להתעורר בהליכים פליליים "טיפוליים", כדוגמת ההליכים בבתי המשפט פותרי הבעיות: אורנה אליגון דר "המשפט הפלילי כתרפיה – אפשרויות ליישום של תורת המשפט הטיפולי" מחקרי משפט כו 491 Tamar M. Meekins, "Specialized Justice": *The Over-Emergence of Specialty* (2010);

שבהם ההליך המאחה עשוי לבוא כחלופה להליך העונשי או להתנהל לצדו טרם שלב ההודאה או ההרשעה, חששות אלה אינם מבוטלים, והם מעוררים סיכונים חוקתיים המחייבים החלה זהירה, סלקטיבית ומדודה של הצדק המאחה.

בצד החשש ראוי לזכור כי חשוד המחליט למסור הודאת שווא ומופנה להליך של צדק מאחה נדרש לפרט את אירוע העבירה במפגש ישיר עם המתאם (במקרה של קטינים, בנוכחות הוריהם). בעת ההליך המאחה עליו לספר את פרטי המעשה, לרבות תחושותיו בעת ביצועו ולאחריו, והכול באופן ישיר אל מול תומכיו ואל מול הנפגע ותומכיו. עליו גם להקשיב ולהגיב למשמע תיאור ההשלכות שהיו ל"מעשיו" על הנפגע ועל משתתפים אחרים, לרבות כאמור על בני משפחתו. כל אלו מקשים עד מאוד על היצמדות להודאה שאינה מבוססת על אמירת אמת. בפועל לא ידוע לנו על ממצאים בספרות לעניין הודאות שווא בהליכי צדק מאחה. לעומת זאת מבצעי עבירה שהופנו להליכי צדק מאחה דיווחו, ברוב המקרים, כי לדעתם ההליך היה הוגן בשיעורים גבוהים מאלו אשר הופנו להליך עונשי רגיל.⁶⁶ ההסבר לכך הוא שבבסיס הגישה המאחה דיון פתוח ושוויוני המנוהל על ידי מתאם ניטרלי, שבו לכל צד ניתנות מלוא ההזדמנויות לטעון טענותיו ולהיות שותף בעיצוב תוצאות ההליך לאחר שניתנו לו בשלב ההכנה הסברים מפורטים על ההליך ותפקידו בו. גם נערים עוברי חוק שהופנו להליכי צדק מאחה ונפגשו עם קרבנותיהם חוו את ההליך כהוגן, חשו כי תוצאות ההליך היו הוגנות, וכי זכו ליחס מכבד מנפגעי העבירה.⁶⁷

5. מעמדן של המדינה (הריבון) ושל הקהילה

הבדל מרכזי נוסף בין הגישות נוגע למקומה של המדינה מחד גיסא ולמקומה של הקהילה מאידך גיסא. הגישה המאחה מערערת על מרכזיות המדינה כמחליטה בסכסוכים שמקורם בביצוע עבירה.⁶⁸ תחת זאת מקדמת הגישה המאחה הידברות ישירה בין

Courts and the Threat of a New Criminal Defense Paradigm, 40 SUFFOLK U. L. REV. 1 (2006); Mae C. Quinn, *Whose Team am I on Anyway? Musings of a Public Defender About Drug Treatment Court Practice*, 26 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 37, 51 n. 89 (2000).

66 ראו הממצאים של מחקר RISE (Reintegrative Shaming Experiments) בקנברה: STRANG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 175 (לגבי כמעט כל הפריטים בשאלון המתייחסים לתחושת שליטה בהליך, ניטראליות, גישה אתית, ויכולת לתקן טעויות שנעשו בהליך – יותר מ-75% מה"צמדים" של נפגע עבירה-מבצע עבירה נתנו תשובות חיוביות – win-win); SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE; Kathleen Daly, *Mind the Gap: Restorative Justice in Theory and Practice*, in RESTORATIVE JUSTICE & CRIMINAL JUSTICE: COMPETING OR RECONCILABLE PARADIGMS? 219 (Kent Roach, Julian Roberts, Anthony E. Bottoms & Andrew Von Hirsch eds., 2003).

67 ראו CRAWFORD & BURDEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58, 70-71.

68 מכיוון שהסכסוך נתפס כ"נכס" של הצדדים, נמתחת ביקורת על המדינה על הפקעת הסכסוך מבעליו הטבעיים – הפוגע והנפגע. ראו Christie, לעיל ה"ש 16.

הצדדים הנוגעים לדבר באופן שכוון קבלת ההחלטות נתון בידיהם. תפקיד הריבון, לפי הגישה המאחה, מומר מניהול הסכסוך לפיקוח, ליווי ותמיכה בקיומו של הליך לקראת איחוי. ואכן, ברוב תכניות הצדק המאחה בעולם נציגי המדינה הם שמפנים מקרים להליכי צדק מאחה תוך הפעלת שיקול דעת, והם שמחליטים מה יעלה בגורלו של ההליך העונשי לפי תוצאות ההליך המאחה. בחלק גדול מן התכניות נציגי המדינה גם משתתפים בהליך עצמו, אלא שתפקידם כאמור מתמצה באפשרויות ההליך ובמתן מידע לצדדים. כוח ההחלטה נותר בידי הצדדים הישירים עצמם.⁶⁹

בד בבד עם המרת כוחו של הריבון מניהול לפיקוח מציעה גישת הצדק המאחה שינוי בתפיסת תפקידה של הקהילה בהסדרת התנהגות. לעומת הגישה העונשית, המתמקדת בעברייני כפרט ומתייחסת לקהילה לכל היותר כאל קורבן פסיבי, גישת הצדק המאחה מעמידה את הקהילה במרכז ההליך. מקומה המרכזי של הקהילה בהקשר הפלילי הוא חידוש בעל חשיבות: הקהילה מורכבת בעידן המודרני מפרגמנטים של מערכות יחסים שונות.⁷⁰ היא נתפסת מצד אחד כאחראית (משנית) לקרות העבירה, בכך שכשלה במניעת הפשע ובהגנה על הקרבן. מצד שני הקהילה נתפסת גם כנפגעת (משנית), שכן העבירה פוגעת במרקם החיים החברתיים של בני משפחה, מכרים, שכנים ועמיתים מקצועיים, באופנים שונים וברמות שונות.⁷¹ כמי שנושאת באחריות, נציגיה של הקהילה מוזמנים להליכים מאחים כדי שישמשו שותפים פעילים בשיח על אודות העבירה והשלכותיה ושיהיה להם חלק בתכנית האיחוי.⁷² הפוגע והנפגע, בהכוונת המתאם, שותפים בקביעת זהות המשתתפים בהליך. אלה נבחרים על סמך מידת ההשפעה שיש להם על חיי הפוגע והנפגע ועל סמך המשמעות שמייחסים הצדדים לדעותיהם. למשל, בהליכים שונים מוזמנים קרובי משפחה, חברים, מורים לשעבר, מדריכים רוחניים וכיוצא באלה דמויות חשובות בחייהם של הצדדים. בנוסף, בחלק מן התכניות, בעיקר במודלים מרובי משתתפים, מוזמנים מתאמי ההליך גם נציגי קהילה שאינם מטעמם של הפוגע או הנפגע.

69 כך למשל בישראל היוועדויות פוגע-נפגע במקרים של עבריינות נוער מופעלות על ידי קצינות מבחן, עובדות משרד הרווחה. לעומת זאת הליכי קד"ם לנוער עובר חוק מופעלים על ידי מתאמים עובדי עמותה שאינם עובדי מדינה. הפעלת ההליכים מפוקחת על ידי שירות המבחן לנוער ומלווה בוועדת היגוי בין-משרדית. בהליכים אלה משתתפים קצין מבחן לנוער ונציג המשטרה, אשר מספקים מידע בדבר הרקע לעבירה ובדבר ההשלכות החוקיות הנלוות להרשעה בה.

70 ראו Mimi Kim, *Alternative Interventions to Intimate Violence: Defining Political and Pragmatic Challenges*, in RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 193, 196 (James Ptacek ed., 2010).

71 Bazemore, לעיל ה"ש 2; ענת פרקש "צדק מאחה במשפט הפלילי" סוגיות בתורת הענישה בישראל 73 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009).

72 בהליכי גישור פוגע-נפגע לקהילה אין כאמור תפקיד אקטיבי המובנה בתוך ההליך. על אף זאת פעמים רבות תומכיהם של הפוגע והנפגע נוכחים בהם. ואכן, גישור פוגע-נפגע נתפס בקרב חלק מן ההוגים כהליך "מאחה בחלקו" מחמת היעדרה של הקהילה בו. ראו McCold & Watchel, לעיל ה"ש 55, בעמ' 3.

תפקידם של אלה הוא להציג את הצרכים שהתעוררו בקהילה בעקבות ביצוע העבירה ולהשתתף בעיצוב תכנית האיחוי.

ואולם, הפיחות בתפיסת מעמדה של המדינה לצד החיזוק בתפיסת מעמדה של הקהילה בהליך אין פירושו התנערות המדינה מאחריותה (ומחובתה) להגיב למעשי פשע. לפי התפיסה המאחה, הריבון אכן שומר על סמכותו להגיב על מעשי פשיעה אלא שהוא מאציל את הסמכות להחליט על הדרכים לאיחוי הפגיעות לפוגע עצמו, בסיוע הנפגע והקהילות הסובבות אותם. המדינה מעודדת אפוא את הפוגע להפעיל רגולציה עצמית ולתקן בעצמו את הנזקים שמעשיו גרמו, בסיוע משתתפי ההליך האחרים. ואולם אם ההליך אינו מסתיים בהסכם איחוי, או אם מבצע העבירה אינו עומד בהתחייבויות שנטל על עצמו, אזי חוזרת סמכות הביצוע אל המדינה כדי שתנקוט צעדים כוחניים כתגובה לעבירה.

ב. מטרות גישת הצדק המאחה אל מול מטרות הגישה העונשית: השקה ושונות

בעוד הגישה העונשית מציבה ככלל את הגמול, ההרתעה (כללית ואישית), השיקום, המניעה והגינוי⁷³ כמטרות הענישה, רבים מהכותבים העוסקים בגישת הצדק המאחה מציגים את הגישה המאחה כבעלת מטרות המובחנות ממטרותיה של הגישה העונשית.⁷⁴ למרות זאת, כפי שמודגם להלן בטבלה 1, גישת הצדק המאחה היא תוצאתנית במהותה. נוסף על מטרותיה התוצאתניות המוצהרות, הכוללות איחוי הפגיעות שנוצרו והעצמת הקהילה, יש בכוחה לספק מענה גם למטרות התועלתניות של שיקום, מניעה, הרתעה ואישוש הערכים החברתיים. המחלוקת מתמקדת בעיקרה בשאלה אם הגישה המאחה מסוגלת לספק, ואם ראוי שתספק, מענה לתכלית הגמולית. בשאלה זו נעסוק בהרחבה בהמשך. עם זאת נדגיש כבר עתה כי אין בכוונתנו להכריע בדבר מקומו הראוי של הגמול במשפט הפלילי ואף לא במשמעותו על פי התפיסה המאחה. מטרותנו להראות כיצד המשמעות המיוחדת לתכלית הגמולית משפיעה על מערכת היחסים בין הגישות. הטיפולוגיה המוצעת גורסת כי ככל שמקבלים את הפרשנות המרחיבה של מושג הגמול, כך נתפסת גישת הצדק המאחה כ"כולעת" את הצדק העונשי, שכן בכוחה להשיג, לפחות באופן תאורטי, את מלוא מטרות המשפט הפלילי (לרבות הגמול) בצירוף מטרותיה הייחודיות. לחלופין, ככל שמקבלים את הפרשנות המצמצמת של מושג הגמול, כך

73 כדי לפשט את הדיון נתייחס במאמר זה לגינוי כאל מטרה תועלתנית, בהתחשב בכך שיש בגינוי לכל הפחות מרכיבים תועלתניים, אף שמושג זה מקפל בתוכו משמעויות מורכבות ונוספות.

74 ראו למשל BRAITHWAITE & PETTIT, לעיל ה"ש 6. BRAITHWAITE & PETTIT קובעים כי מטרת הצדק המאחה היא קידום שוויוני של הריבונות האישית (dominion) של כלל האזרחים, כלומר הבטחת יכולתו השווה של כל אדם לממש רצונותיו.

הולכות הגישות ומתרחקות זו מזו, שכן קיימת חפיפה חלקית בלבד בין המטרות שכל אחת מהן משיגה.

טבלה 1: מטרות הצדק המאחה והצדק העונשי

צדק מאחה	צדק עונשי		
תמריצים פנימיים: עוררות רגש הבושה והוגנות ההליך שמעודדים רגולציה עצמית	תמריצים חיצוניים: החמרה הדרגתית בענישה בשילוב מדיניות אכיפה נוקשה	הרתעה אישית	מטרות תועלתניות – מיגור הפשיעה
הגברת שיעורי דיווח, חיזוק קשרי הקהילה	ענישה צפויה וקבועה	הרתעה כללית	
התמקדות בעבירה ולא בעברייני; שיתוף הפוגע בהחלטות; שיקום בתוך הקהילה	תכניות שיקום כחלופה או בעת ריצוי העונש	שיקום	
פיזור האחריות למניעת יכולת פגיעה חוזרת על ידי הפוגע על רבים מקרב קהילתו	עונשי מאסר, עונש מוות	מניעה	
אמירות אותנטיות המתגבשות על ידי כלל השותפים בגיבוש תכנית האיחוי; חרטת הפוגע	החלטות שיפוטיות פומביות	גינוי	
התייחסות למלוא צורכי הנפגעים		איחוי הפגיעות	מטרות תוצאתניות נוספות
גיוס קהילות התמיכה ושיתוף בעיצוב תכנית האיחוי ובביצועה		העצמת הקהילה	
שלוש עמדות סותרות: מטרה לא ראויה; תכנית האיחוי כ"הכבדה"; האיחוי כהשבת הצדק	ענישה הולמת, פרופורציונליות בין חומרת העונש לבין חומרת העבירה ואשמת הנאשם	גמול	מטרה דאונטולוגית

דיוננו בחלק זה מתבסס על שתי הנחות מוצא מקדמיות. האחת משקפת את בחירתנו שלא להתייחס למידה שבה עשויה כל מטרה להתממש על פי כל אחת מן הגישות. לאור האמור, ממסקנותינו אי אפשר לקבוע מסמרות בדבר עדיפותה של גישה מסוימת על פני חברתה. דיוננו מתמקד במישור התאורטי בלא בחינה אמפירית של מידת היעילות שבה מסוגלת כל גישה לממש את המטרות השונות. כך למשל מקביעה אפשרית כי כל אחת מן הגישות מסוגלת להגשים את מטרת ההרתעה האישית אי אפשר להסיק מי מן הגישות

משיגה מטרה זו ביעילות רבה יותר. הדיון בשאלה האמפירית בדבר יעילותה של כל גישה בהגשמת כל אחת מן המטרות השונות חורג מהיקפו של מאמר זה ומאופיו התאורטי ומחייב בחינה עתידית לאור סוגיות קונקרטיות. עם זאת בחלקו השלישי של המאמר נדגים כיצד בנסיבות שונות אפשר לומר מראש כי גישה אחת עשויה להגשים מטרה מסוימת ביעילות רבה מזו של הגישה האחרת.

הנחת המוצא השנייה שעומדת ביסוד דיוננו משקפת את בחירתנו שלא להתייחס למשקלן היחסי של המטרות השונות. לפיכך דיוננו מניח חשיבות אפרורית זהה לכל אחת מן המטרות הנדונות. אי אפשר אפוא להסיק מן הניתוח המוצע במאמר מסקנה בדבר עדיפותה של מי מן הגישות. בפועל שיטות משפט שונות מקנות משקל סגולי שונה למטרות שונות המושגות באמצעות המשפט הפלילי. המשקל היחסי השונה שמקנות שיטות משפט מובחנות לכל אחת מן המטרות עשוי לספק הסבר למידת המרכזיות שזוכה כל גישה במערכת משפט נתונה.

1. מטרות משותפות לגישה העונשית ולגישה המאחה

באיזה אופן עשויים להגשים הליכי צדק מאחה את מטרות הגישה העונשית? נפתח במטרות התועלתניות העומדות בבסיס הגישה העונשית. תורת המוסר התועלתנית מאמצת את מקסום ההנאה ומזעור הסבל כאמת המידה לבחינת ראיות התוצאה של מעשה נתון. בבסיסה נעוצה התפיסה כי לכל אדם הזכות לחירות – זכות שמותר להגבילה אך ורק למען תועלתה של החברה, כלומר לסיפוק מרב האושר למרב בני החברה, כהגדרתו של John Stuart Mill.⁷⁵

בהמשך לגישתו של Mill, ראה Jeremy Bentham בענישה מעשה רע הנוגד את המוסר, אשר על פי עקרונות התועלתנות מותר להשתמש בו רק כדי למנוע רע גדול יותר. לגישתו, אין טעם בענישת עבריינין כאשר מדובר בעבירה חד-פעמית שאנו משוכנעים כי לא יבצעה שנית. ענישה בנסיבות אלה אינה מוסרית ומוסיפה רע על הרע שכבר נעשה.⁷⁶ את הענישה אפשר להצדיק, אליבא דאסכולה זו, רק כאשר היא מוטלת למען השגת מטרות המביאות תועלת לחברה: למען הרתעה, למען מניעת רצידיביזם ולמען שיקום העבריינין. כל אלו משרתות את מטרת-העל של הגישה התועלתנית – מיגור הפשיעה, או למצער צמצומה. גישה זו מסיטה – לעומת גישות גמולניות – את מוקד התבוננות המשפט הפלילי מהעבר לעתיד. לדידה, עניינו של הדין הפלילי הוא לייצר כללים

75 ראו John Stuart Mill, *On Liberty, in UTILITARIANISM, LIBERTY, AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT* 65 (1910).

76 JEREMY BENTHAM, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* 158 (J.H. Burns & H.L.A Hart eds., 1970) (1789).

שישרתו את העיקרון התועלתני, לרבות כללי הטלת אחריות פלילית וכללי ענישה שביכולתם להרתיע את הרבים ובכך לצמצם את הנזק הגלום בביצוע עבירות. כפי שמדגימה טבלה 1 לעיל, גישת הצדק המאחה מאמצת, למצער חלקית, את עקרונות האסכולה התועלתנית ומוסיפה אלמנטים על אלו הנתפסים כתוצאות רצויות. למשל, איחוי הפגיעות שיצרה העבירה והעצמת הקהילה נכנסים, על פי הצדק המאחה, למשוואה התועלתנית. ביקורת הצדק המאחה על הגישה העונשית אינה מופנית אל תכליותיה התועלתניות כי אם אל השיטה הכוחנית והלא יעילה שהיא נוקטת להשגתן.⁷⁷

(א) הרתעה אישית

תומכי הגישה המאחה מדגישים את חוסר היעילות הטמון בענישה ככלי הרתעה. חולשתה העיקרית של תאוריית ההרתעה, שעליה נסמכת הגישה העונשית, נעוצה בהנחת הרציונליות, שלפיה בעת שאדם עובר עבירה הוא משווה את תוחלת הנזק הגלום בחשיפה לסנקצייה לתוחלת התועלת בביצוע העבירה. תוחלת הנזק מגולמת במכפלת העונש הצפוי בהסתברות כי עונש זה יושט.⁷⁸ המציאות מלמדת כי בסוגים מסוימים של עבירות ובחתיכי אוכלוסייה מסוימים ספק אם חומרת העונש משפיעה על התנהגותו העתידית של מבצע העבירה.⁷⁹ הגורם העשוי להשפיע הוא לכל היותר הסתברות האכיפה. ואולם, במציאות שבה ריבוי האישומים מומרים להסדרי טיעון, ורוב רובם של המקרים אינם מדווחים כלל למשטרה – הסתברות האכיפה נמוכה. לחלופין, תומכי גישת הצדק המאחה גורסים כי במרבית המקרים המנגנון המרתיע דה פקטו אנשים מביצוע עבירה הוא רגש הבושה. John Braithwaite מבחין בין ביוש מתייג ומשפיל, ה"דוחף" מבצעי עבירה לעבר קריירה עבריינית, לבין ביוש משקם (reintegrative shaming), המביא לתחושת חרטה ומתמרץ התרחקות מפשע.⁸⁰ על פי תאוריית הביוש המשקם שהוא פיתח, גישת הצדק המאחה יעילה יותר בהרתעה משום שהיא יוצרת מרחב שבו קהילת התמיכה של מבצע העבירה מביישת את מבצע העבירה על מעשהו בד בבד עם הבעת מחויבות ואכפתיות כלפיו; העברת המסר המורכב של גינוי המעשה תוך קבלת העושה מעוררת מחדש את מצפונו ובתוך כך מאפשרת לו לחזור לחיק הקהילה, לאחר שנקט

77 ראו למשל Ashworth & Zedner, לעיל ה"ש 10. ואולם BRAITHWAITE & PETTIT, לעיל ה"ש 6, שוללים את התועלתנות כערטילאית ומקדמים תאוריה תוצאתנית שלפיה מטרת מערכת המשפט הפלילי היא קידום הריבונות האישית.

78 Becker ניסח את המשוואה המתארת את מידת ההשפעה המרתיעה של סנקציית הענישה כמכפלת חומרת העונש הצפוי מביצוע העבירה בהסתברות כי יושט אל מול תוחלת התועלת שבביצוע העבירה. ראו Gary S. Becker, *Crime & Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

79 ראו Luna, לעיל ה"ש 29, בעמ' 212–213; R.A. Duff, *Penal Communications: Recent Work in* ; *the Philosophy of Punishment*, 20 CRIME & JUST. 1 (1996).

80 JOHN BRAITHWAITE, CRIME, SHAME, AND REINTEGRATION (1989).

צעדים לאיחוי הפגיעות.⁸¹ הגישה המאחה מייצרת אפוא בקרב עבריינים מוטיבציה פנימית, המעודדת אותם לרגולציה עצמית ולקבלת אחריות חלף תמריצים חיצוניים בדמות ענישה, העומדים בבסיס הגישה העונשית.⁸² רגש הבושה שנוצר במהלך ההליכים המאחים בעקבות עימות פנים אל פנים עם אלו שנפגעו מהעבירה – הוא שמרתיע מבצעי עבירה מלפשוט שוב. יעילותם של הליכים מאחים אמנם גוברת כאשר קיים ברקע איום בעונש, אך ההרתעה אפקטיבית יותר כאשר האיום מצוי ברקע ולא בחזית הדיון.⁸³

Tom Tyler, אשר פיתח את תאוריית הצדק הפרוצדורלי, מטעים כי שיח מכבד, המאפשר השתתפות ומשקף ניטרליות, נמצא יעיל משיח מאיים וכוחני.⁸⁴ מבצעי עבירות שהשתתפו בהליכי צדק מאחה דיווחו על תחושות של הוגנות, הקשבה, ניטרליות ויכולת השפעה, אשר עודדו אותם לקיים את ההתחייבויות שקיבלו עליהם במסגרת תכנית האיחוי.⁸⁵ תאוריית הצדק הפרוצדורלי ותאוריית הביוש המשקם מספקות שניים מן ההסברים הקיימים לממצאים אמפיריים, שלפיהם צדק מאחה נמצא יעיל לפחות באותה מידה כמו ההליך העונשי, ולעתים אף יותר, בהפחתת שיעורי העבריינות החוזרת (רצידיביזם) לעומת ההליך העונשי בעבירות רכוש ואלומות.⁸⁶

81 ש.ם.

Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, 62 82
J. SOC. ISSUES 307 (2006)

JOHN BRAITHWAITE, RESTORATIVE JUSTICE AND RESPONSIVE REGULATION 120 ראו 83
(2002) (להלן: (BRAITHWAITE 2002)).

84 ראו Tyler, לעיל ה"ש 82.

85 ראו STRANG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 173–175.

86 ממצאים אלו אומתו גם במחקרים שהשוו בין שתי הגישות על בסיס הפניה רנדומלית, לאחר שהובטחו תנאי כניסה זהים לשני ההליכים (בעיקר של הודאה בעבירה ונכונות להשתתף בהליך צדק מאחה). ראו SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 68–71 (סקירת מחקרים בעלי אמינות גבוהה המצביעים באופן עקבי על ירידה בשיעורי עבריינות כתוצאה מהליכי צדק מאחה בהשוואה להליכים פליליים בעבירות אלימות, וכן על ממצאים פחות עקביים לעניין עדיפות הצדק המאחה בהורדת עבריינות חוזרת בעבירות רכוש); Latimer, Dowden & Muise, לעיל ה"ש 3. מחקרים אחרים מצביעים על מגמה לא עקיבה ביעילותם של הליכי צדק מאחה במניעת רצידיביזם לעומת להליכים פליליים, בייחוד במקרים של אלימות קשה. ראו Bonta, Jessemann, Ruge & Cormier, לעיל ה"ש 3, בעמ' 114–117 (מחקר-על המצביע על כך שלצדק המאחה יכולת להוריד רצידיביזם בשיעור של 7% בממוצע ללא קשר לגילם של מבצעי העבירה – קטינים או בגירים – ולמודל ההתערבות. גם המתודולוגיה המחקרית אינה משפיעה על התוצאות. עם זאת תוצאות טובות יותר מהמוצע הושגו במחקרים המאוחרים יותר, והמחברים משערים שהדבר נובע מהשיפור בתכניות עצמן); James Ptacek, *Resisting Co-Optation: Three Feminist Challenges to Antiviolence Work*, in RESTORATIVE JUSTICE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 5, 22 (James Ptacek ed., 2010).

(ב) הרתעה כללית

לצד הרתעה אישית הענישה מכוונת להשיג הרתעה כללית, קרי להרתיע עבריינים פוטנציאליים למען "יראו וייראו". הגישה העונשית מניחה כי ענישה צפויה ועקיבה עשויה להרתיע עבריינים פוטנציאליים מביצוע עבירות. גם כאן תומכי גישת הצדק המאחה מטילים ספק בעמידתה של תאוריית ההרתעה במבחן המעשה. לדירם, שימוש מערכתי בהליכי צדק מאחה הוא שעשוי להביא להרתעה כללית ולירידה בשיעור הפשיעה. ראשית, השותפות הנוצרת בהליכים מאחים בין נפגעי עבירה לבין חברי הקהילה מייצרת שביעות רצון גבוהה מצד הראשונים ומגבירה את שיעורי הדיווח על פשעים חדשים. העלייה בשיעורי הדיווח מגבירה את סיכון ההיתפסות ואת רתיעתם של מבצעי עבירות פוטנציאליים לבצע עבירות לנוכח האמור.⁸⁷ שנית, לגישת הצדק המאחה יכולת משופרת בבירור האמת. המסגרת הלא מאיימת של הליכי צדק מאחה מעודדת לא רק נפגעי עבירה אלא גם מבצעי עבירה ואת בני הקהילה לרווח על פשעים נוספים. לפיכך בניגוד להנחה שלפיה הליכים מאחים מוגבלים במספרם משום שהם מותנים בהודאת מבצע העבירה, אפשר לצפות כי שימוש בהליכים הללו יביא להגדלת מספר המקרים המובאים להתיינות קהילתית.⁸⁸

מבקרים מצביעים על מוגבלותה של גישת הצדק המאחה להביא להרתעה כללית, שכן היא אינה חלה במרבית המקרים – אותם מקרים שבהם מבצע העבירה סירב להודות, או כאשר נפגע העבירה לא נתן הסכמתו להליך. התלות בהסכמת נפגע העבירה יוצרת, מבחינתם של מבצעי עבירה שהודו, הבחנה שרירותית בין מקרים המופנים להליכים מאחים לבין מקרים שאינם מופנים. חוסר האחידות עלול לפגוע בציפיות של נאשמים ולגרור פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. מבקרי הגישה המאחה עשויים לטעון כי השילוב בין מיעוט המקרים לבין שרירותיות מצד מבצעי העבירה בשאלה אילו הליכים יופנו לצדק מאחה עלול לפגוע בהרתעה הכללית, הואיל וקשה לצפות מראש אילו מן המקרים יזכו לתגובה המבוססת על צדק מאחה.

תשובת הרסטורטיביסטיים לטענה זו היא כי בפועל ככל שהניסיון והידע המצטבר לגבי הפעלת הליכי צדק מאחה עולים כך עולה שיעורם של נפגעי עבירה המביעים הסכמתם להשתתף בהליך, וממילא עולה שיעור האכיפה.⁸⁹ ולמרות זאת קשה להתעלם מהיותה של הטענה שלפיה צדק מאחה יביא לעלייה בשיעורי הדיווח – ומכאן לאכיפה מוגברת ולהרתעה כללית – מעגלית, טאוטולוגית. כל עוד לא ייעשה שימוש נרחב בצדק

John Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, 25 87
(Braithwaite, *Restorative Justice*: להלן) CRIM. & JUST. 1, 60–61 (1999).

88 בקהילת Hollow Water הקנדית למשל תכנית מעגלי ריפוי קהילתית הצליחה לאתר מספר רב של מקרי התעללות במשפחה שלא היו יוצאים לאור אלמלא ההודמנות שניתנה לכל המעורבים להיחשף ולהצטרף לתכנית. שם, בעמ' 16.

89 LAWRENCE SHERMAN & HEATHER STRANG, *RESTORATIVE JUSTICE* 54 (2008).

מאחה אי אפשר יהיה לצפות ל"מסה קריטית" שתגרום לשינוי ביחסם של נפגעי עבירה לרשויות אכיפת החוק ולעלייה בשיעורי הדיווח על עבירות, וכל עוד לא ישוכנע הציבור בכוחו ההרתעתי של הצדק המאחה – קשה להאמין שגישה זו תהפוך לליבת המשפט הפלילי. ראייה מציאותית אפוא של הצדק המאחה מכירה בחולשתו להשיג הרתעה כללית. לצד זאת ראייה מציאותית של הצדק העונשי מכירה אף היא בחולשתו להשיג הרתעה כללית. בשיעורי העבריינות לצד העומס במתקני הכליאה יש כדי להעיד על כך.⁹⁰

(ג) שיקום

מטרה תועלתנית נוספת הניצבת בבסיס הענישה היא שיקום העבריין. במקרים שבהם מושת עונש מאסר מצופה כי העבריין ישתקם בכלא, ילמד מקצוע, יתחנך, יקבל ייעוץ ואף יתחרט על מעשיו. במקרים אחרים מפנים בתי המשפט את הנאשמים לתכניות שיקום במקום עונש מאסר או נוסף עליו. ואולם, מחקרים גורסים כי בית הכלא הוא "בית הספר הטוב ביותר לפשיעה".⁹¹ מבצעי עבירות מורחקים ממשפחתם ומסביבתם החברתית והתעסוקתית וחיים במחיצתם של עבריינים אחרים, במסגרת שהיא ככלל

Francis T. Cullen, Cheryl Lero Jonson & Daniel S. Nagin, *Prisons Do Not Reduce* 90 RYAN S. *Recidivism: The High Cost of Ignoring Science*, 91 PRISON J. 48S (2011) KING, MARC MAUER & MALCOLM C. YOUNG ET AL., *THE SENTENCING PROJECT, INCARCERATION AND CRIME: A COMPLEX RELATIONSHIP* (2005) המראים כי לא יותר מ-25% מהירידה בשיעור הפשיעה שאפיינה את שנות התשעים של המאה הקודמת מיוחסים לעלייה בכליאה. עוד ראו Steven D. Levitt, *Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not*, 18 J. ECON. PERSP. 163 (2004), המעריך כי כשליש מהירידה בשיעורי העבריינות בשנים האמורות ניתן לייחס לעלייה בשיעורי הכליאה, אולם מבהיר כי לפחות חלק מתוצאה זו אפשר לייחס למטרות אחרות של כליאה, כגון שלילת יכולת (incapacitation).

ראו ברנדה גייגר ואורי תימור "ההצדקות הפילוסופיות והמוסריות להענשת עבריינים" סוגיות בתורת הענישה בישראל 23, 29–30 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009); Michael A. Hallett, *Race, Crime, and Forprofit Imprisonment: Social Disorganization as Market Opportunity*, 4 PUNISHMENT & SOC'Y 369, 380 (2002) (הטענה שבית הסוהר משקם אסירים אינה נכונה, ולהיפך: ישנן הוכחות רבות לכך שמאסר משמעותי הוא הרסני מבחינת יכולת האסיר המשוחרר לתפקד באופן נורמטיבי בחברה, וזאת בשל הבידוד שגורם המאסר, היעדר המשאבים להיעזר בשירותי סיוע וגמילה, והחזרה לאותה סביבה בלתי נורמטיבית ממנה הגיעו מלכתחילה. אחת ההוכחות לכישלוננו של הכלא בשיקום עבריינים הוא העובדה שבמדינות רבות בארצות הברית הסיבה המרכזית להשמה במאסר היא הפרה של צו מבחן. בנוסף ראו שם, בעמ' 381–380: אסירים משוחררים יוצאים מבית הסוהר כשהם "ברוטליים" יותר כתוצאה ממעמדם כ"טרף" או כ"טורף" בתקופת המאסר); FRANCIS A. ALLEN, *THE DECLINE OF THE REHABILITATION IDEAL: PENAL POLICY AND SOCIAL PURPOSE* (1981).

דכאנית ומשפילה. ההליך העונשי מגנה את מבצע העבירה ולא רק את מעשיו; הרישום הפלילי מתייגו כ"עברייין"; עונש המאסר מרחיק אותו מקהילת שומרי החוק. קשיי הפרנסה והקשיים החברתיים והמשפחתיים העומדים לפתחם של אסירים משוחררים דוחפים אותם לשוב למעגל הפשע ומונעים את שילובם מחדש בחברה.⁹²

מצדדי הגישה המאחה מוסיפים כי גם הפרספקטיבה המשקמת מתייגת את מבצע העבירה: אם לא כ"רע" – אזי כ"חולה"; אם לא כ"פושע" – אזי כ"משוגע". סנקצייה שהיא שיקומית באופייה מותירה את מבצע העבירה בעמדה פסיבית לאחר ש"אובחן" כזקוק להחלמה. מנגד, בהליכים מאחים השיקום אינו מטרה כשלעצמו, אך הוא מושג בחלק ניכר מן המקרים דווקא משום שאינו מטרה מוצהרת.⁹³ המעורבות האקטיבית של מבצע העבירה בבחירת תכנית האיחוי והשיקום לצד מעורבותם האקטיבית של התומכים בו וחיזוק קשריו המשפחתיים והחברתיים הופכים את הליכי הצדק המאחה לאפקטיביים בשיקומם של מבצעי עבירה.⁹⁴ ואכן, מחקרים מלמדים כי מבצעי עבירות רכוש ואלימות שהופנו להליכי צדק מאחה מבצעים, ככלל, פחות עבירות, בחומרה מועטה יותר ובתדירות נמוכה יותר לעומת מי שהופנו להליכים פליליים.⁹⁵

(ד) מניעה

תכלית תועלתנית אחרת של הגישה העונשית היא מניעה, קרי שלילת יכולתו של העברייין לשוב על מעשיו (incapacitation). חשיבותה של השגת מטרה זו מתחדדת במקרים של עבריינים שאינם מגיבים לשכנוע, להרתעה ולגינוי, ומחויבים להיות מורחקים מהציבור כדי שלא יבצעו עבירות נוספות. תומכי גישת הצדק המאחה מצביעים על כישלונה של

92 ראו JEFFREY REIMAN, THE RICH GET RICHER AND THE POOR GET PRISON: IDEOLOGY, CLASS, AND CRIMINAL JUSTICE 30–31 (5th ed. 1998) (מסביר כי הכלא מייצר פשיעה יותר משהוא מפחית את שיעורה. הכלואים בו סובלים מפגיעות בכבודם ובגופם באופן קבוע, והסבל מחמיר ככל שהצפיפות בכלא עולה. אסירים משוחררים יוצאים מהכלא כשיכולתם לחוש אמפטיה כלפי עצמם וכלפי סביבתם התערערה ולכן הם מתקשים לנהל את אתגרי החיים שלהם באופן קונסטרוקטיבי. אסירים משוחררים גם יוצאים מהכלא מחוסרי הכשרה מחד גיסא ומתויגים מאידך גיסא, מה שמצמצם עוד יותר את סיכוייהם למצוא אפשרויות השתכרות שאינן פליליות).

93 Braithwaite, *Restorative Justice*, לעיל ה"ש 87.

94 במחוזות ניופאונדלנד ולברדור שבקנדה למשל, נמצא שהליכי היוועדות שהופעלו במקרים של אלימות במשפחה חזקו את הקשרים המשפחתיים באופן משמעותי. ראו Joan Pennell & Gale Burford, *Family Group Decision Making: Protecting Children and Women*, 79 CHILD WELFARE 131 (2000).

95 ראו Bonta, Jesseman, Ruge & Cormier, לעיל ה"ש 3; SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 88 (מסכמים כי על פי ניסויים מדעיים רבים מבצעי עבירה שעברו הליכי צדק מאחה מבצעים פחות עבירות לעומת מבצעי עבירה שלא הופנו להליכים אלו); Latimer, Dowden & Muise, לעיל ה"ש 3.

הגישה העונשית במניעת פשיעה.⁹⁶ ראשית, גם אם מבצע העבירה נמנע מביצוע עבירות בכלא (טענה השנויה במחלוקת בשל שיעור האלימות הגבוה בבתי הכלא) – במקרים רבים לאחר שחרורו שיעור העבריינות החוזרת אינו יורד, ואף עולה. שנית, בשל טעויות בזיהוי ובניכוי מסוכנות לא תמיד אלו שיש הכרח במאסרם הם אלו המובאים למאסר, ולהפך.⁹⁷ שלישית, הענישה הפלילית מתמקדת בעבריין בלבד. גישת הצדק המאחה, להבדיל, מפזרת את האחריות למניעת פשיעה עתידית על אנשים שונים המצויים בסביבת העבריין, אשר עשויים להשפיע עליו.⁹⁸ למשל, אפשר שהקהילה תסכים על דרכים יצירתיות להשגת מניעה, כגון נוכחות פקח בבתי עסק עוברי חוק, מגורים של קרוב משפחה בבית העבריין ונטילת מפתחות המכונית בסופי שבוע כדי שלא יהיו נגישים למבצע העבירה. אם פעילות במישור זה אינה משיגה מניעה, נצרכת "עליית מדרגה" בפירמידת האכיפה⁹⁹ – נקיטת צעדים כגון שלילת רישיון, נטילת המכונית על ידי קרוב משפחה וכדומה. על פי הרציונל שבבסיס הגישה המאחה, בני המשפחה וקהילת התמיכה הקרובים למבצע העבירה הם בעלי יכולות פיקוח, מניעה והשגחה גבוהות מאלו של רשויות אכיפת החוק הפורמליות. לפיכך הם הסוכנים היעילים ביותר במניעת עבריינות חוזרת ובחזוק תחושת החובה והשייכות.¹⁰⁰ על אף האמור רוב תומכי גישת

96 ראו Ezzat A. Fattah, *A Critical Assessment of Two Justice Paradigms: Contrasting the Restorative and Retributive Justice Models*, in SUPPORT FOR CRIME VICTIMS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE: A COLLECTION OF ESSAYS DEDICATED TO THE MEMORY OF PROF. FREDERIC MCCLINTOCK 99, 99 (Ezzat A. Fattah & Tony Peters eds., 1998) (קובץ כי יש בנמצא הוכחות רבות לכישלונה של הגישה העונשית במניעת פשיעה, וכי ארצות הברית – שבה שיעור הכליאה הוא הגבוה בעולם ולמרות זאת אין בה ירידה משמעותית ברמות הפשיעה – מהווה אחת ההוכחות המרכזיות לטענה זו); 89 J. Kent Roach, *Four Models of the Criminal Process*, 671, 696 (1999) CRIM. L. & CRIMINOLOGY (מסביר כי הגישה העונשית נכשלה בהגנה על האוכלוסייה מפני פשיעה משום שרוב הפשעים אינם מדווחים כלל למשטרה); LUCIA ZEDNER, CRIMINAL JUSTICE 238–282 (2004).

97 Luna, לעיל ה"ש 29, בעמ' 211.

98 Braithwaite, *Restorative Justice*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 54.

99 להרחבה על אודות תאוריית הרגולציה המותאמת ופירמידת האכיפה ראו BRAITHWAITE (2002), לעיל ה"ש 83.

100 מיטיב לתאר זאת Braithwaite: "Beyond the greater commitment we all have to [...] undertakings we choose ourselves, the further reasons for superior compliance are that the Uncle Harrys of this world come up with ideas more attuned to the reality of the offender's circumstances than a judge, and are better monitors of their implementation than police officers because one Uncle Harry might have more contacts with the offender in a month than all the police in the city during a year. Intimates, in short, can incapacitate more intensively, more creatively, more sensitively, more consensually, and in a more dynamically responsive way than the criminal justice system". שם, בעמ' 123.

הצדק המאחה מסכימים כי במקרים מעטים הכלים שמעמידה הגישה המאחה לא ייתנו מענה מספק ולא יהיה מנוס מלפנות לשימוש בכלי העונשי.¹⁰¹

(ה) גינוי

דרך נוספת לצמצום פשיעה היא העברת מסר של גינוי חברתי בעקבות ביצוע עבירה. גינוי ההתנהגות האסורה, ובתוך כך אישוש הנורמות הרצויות, הם מטרה תועלתנית נוספת של הענישה.¹⁰² תאוריות אקספרסיביות, אשר פותחו בכתיבה מאוחרת יחסית, ביקשו לחשוף את תפקידה של הענישה כמדיום להעברת מסרים בקרב הקהלים השונים במשפט הפלילי: הקהילה, הנאשם ונפגע העבירה. תאוריות אלו מכירות בעבירה כמעבירה מסר שלילי, ובעונש – כאמצעי לגנות את העבריין ולבטא רגשות שליליים המשקפים את רגשות הציבור בכללותו.¹⁰³ תאוריות קומוניקטיביות ביקשו להוסיף את הממד של נפגע העבירה המסוים.¹⁰⁴ על פי תאוריות אלה, הנפגע, הקהילה ומבצע העבירה הם כולם, בו בזמן, גם בעלי עניין בענישה וגם קהל יעד לתקשורת. ענישה, לשיטתם של כותבים קומוניקטיביים, אינה רק אמצעי להסדרה חברתית; היא בין השאר סוג של תקשורת אישית עם הפוגע, המביאה לידי ביטוי תפיסות מוסריות.¹⁰⁵

גישת הצדק המאחה עשויה להשיג מטרה זו אם כי בדרך שונה מהגישה העונשית. מסר המגנה את המעשה אפשר שיבוא לידי ביטוי במהלך היוועדות רחבת משתתפים שבמסגרתה כל הנוכחים – לרבות אנשי התמיכה של הפוגע – מבטאים צער, בוושה או כעס על שאירע, מפרטים את הנזקים שנגרמו ומגבשים תכנית רב ממדית לאיחוי הפגיעות.¹⁰⁶ המסר עצמתי במיוחד כאשר תכנית האיחוי מגובה בשירותי סיוע קהילתיים

- 101 שם, בעמ' 122–123. כך סבורים גם האבוליסטיוניסטים; ראו טננבוים, לעיל ה"ש 11.
- 102 ראו גזל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27–28 (דיון בתועלת שבגינוי העבירה, המושג באמצעות ענישה). יש הרואים כאמור בגינוי אלמנט גמולי המוצדק משיקולים דאונטולוגיים. ראו VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS, לעיל ה"ש 6; סבה וויינריב, לעיל ה"ש 6.
- 103 Kyron Huigens, *On Commonplace Punishment Theory*, 2005 U. CHI. LEGAL F. 437, 441; Kahan; R.A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS (1986), לעיל ה"ש 25.
- 104 Diane Whiteley, *The Victim and the Justification of Punishment*, 17 CRIM. JUST. ETHICS 42 (1998); Hadar Dancig-Rosenberg & Dana Pugach, *Pain, Love, and Voice: The Role of Domestic Violence Victims in Sentencing*, 18 MICH. J. GENDER & L. 423 (2012).
- 105 שם.
- 106 Kay Pranis, *Conferencing and the Community*, in FAMILY GROUP CONFERENCING: NEW DIRECTIONS IN COMMUNITY-CENTERED CHILD AND FAMILY PRACTICE 40, 44 (Gale Burford & Joe Hudson eds., 2000) (בעלי הכוח הרב ביותר להעביר מסר משמעותי של גינוי העבירה למבצע העבירה הם אלו הקרובים לו ביותר, וצדק מאחה מכנס אנשים אלו כדי להעביר מסר המשלב בתוכו דאגה – caring – וגינוי – disapproval).

וממשלתיים ובפיקוח מטעם רשויות האכיפה.¹⁰⁷ זאת ועוד, כאשר במהלך ההיוועדות מביע הפוגע עצמו חרטה ומבקש את סליחתו של הנפגע,¹⁰⁸ מצטרף אף הוא לאותו מסר המגנה את מעשה העבירה ובכך מוסיף לו יתר תוקף. אכן, ההבחנה שנעשית בהליכי צדק מאחה בין גינוי המעשה לבין קבלת העושה מאפשרת גם למבצעי העבירה ולתומכיהם לגנות בפה מלא את המעשה, בניגוד להליך העונשי שבו מתכנסים הנאשם ותומכיו לכדי עמדה הממזערת את אחריותו.

2. התכלית הגמולית: מטרה משותפת לשתי הגישות או ייחודית לצדק העונשי?

לעומת המחלוקת בין הגישה המאחה לגישה העונשית, המתמקדת בדרכים להשגת התכלית התועלתנית של צמצום הפשיעה, המחלוקת באשר לתכלית הגמולית יורדת לשורש התפיסה.¹⁰⁹ התאוריה הגמולית נגזרת מתורת מוסר דאונטולוגית,¹¹⁰ הגורסת כי בלא קשר לתוצאות הענישה קיימת חובה מוסרית להטיל על עבריין עונש ההולם את חומרת העבירה שביצע ואת מידת אשמתו.¹¹¹ לעצם גרימת סבל למי שפגע בערכי

107 Barbara Hudson, *Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence*, 25 J.L. Soc'y 237, 250–251 (1998) & (מסבירה כי הדיון המשותף בהשלכות העבירה מהווה דרך יעילה ליצירת מסר ברור היוצא מקהילת המשתתפים בהליכי צדק מאחה, מסר המקבל תוקף מיוחד כאשר הוא מלווה בשירותי סיוע, שיקום ואכיפה נגישים בקהילה שנועדו לסייע למבצעי עבירה לקחת אחריות על מעשיהם ולהימנע מפשיעה עתידית).

108 הבעת חרטה ובקשת סליחה מצד הפוגע מתרחשות במרבית הליכי הצדק המאחה. ראו STRANG, לעיל ה"ש 3, בעמ' 115; SHERMAN & STRANG, *THE EVIDENCE*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63 (מציינים כי במחקר RISE בעוד ש-90% מכלל הנפגעים ייחסו חשיבות לקבלת ההתנצלות, רק 19% בקרב הנפגעים שעניינם טופל בבית המשפט קיבלו התנצלות מהפוגע, בהשוואה ל-86% מהנפגעים שעניינם טופל בהליך צדק מאחה. זאת ועוד, יותר נפגעים שעניינם טופל בהליך צדק מאחה חשבו שההתנצלות הייתה כנה, לעומת נפגעים שעניינם טופל בהליך הפלילי – 77% לעומת 41%, בהתאמה).

109 המונח "גמול" משמש בספרות בשתי משמעויות: האחת עניינה גמול כקנה מידה לקביעת המתאם בין חומרת העבירה לבין העונש (just deserts). השנייה עניינה גמול כמבחן ערכי לצדקת העונש (retribution). עם זאת ההבחנה בין שתי המשמעויות הללו אינה תמיד ברורה ולעתים נראית סמנטית. ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 6.

110 תורת המוסר הדאונטולוגית מדגישה את ערכו הפנימי של המעשה ובוחנות את ערכם האינטריוני של הערכים, המעשים והישויות. להרחבה על מאפייניהם של שיקולים דאונטולוגיים ראו למשל ראם שגב שקלול ערכים ואיזון אינטרסים 38–40 (2008).

111 ROBERT NOZICK, *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS* 366–374 (1981)

החברה נלווה ערך מוסרי חיובי.¹¹² בסיסו הרעיוני של הצידוק הגמולי להטלת אחריות פלילית ולענישה הופיע בכתביהם של Immanuel Kant ושל Georg Hegel. קנט גרס כי מטרת העונש היא להשיב לפושע כגמולו וכך לשרת את הצדק.¹¹³ גם הגל תמך בעקרון הגמול, אך הציע ביסוס פילוסופי שונה. לתפיסתו, עבירה היא ביטוי לרע השולל את הצדק שהוא יסוד חיובי, ולפיכך על העונש לשלול את השלילה שבעבירה ובכך לאזן את המשוואה המוסרית-מתמטית.¹¹⁴ תאוריות גמולניות מודרניות שמות דגש בדרישות המידתיות והשוויון.¹¹⁵ לדידן, הצדק מושב על כנו כאשר העונש המושג על העברייך משקף את אחריותו המוסרית ואינו חורג – לחומרה או לקולה – מהערך השלילי המיוחס למעשיו לאחר שקלול נסיבות ביצוע העבירה.

112 John Rawls מסביר כי לפי התפיסה הגמולית: "The state of affairs where a wrongdoer suffers punishment is morally better than the state of affairs where he does not". John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 PHILOSOPHICAL REV. 3, 5 (1955).

113 IMMANUEL KANT, *THE PHILOSOPHY OF LAW 1796–1797* (William Hastie trans., 1887) (1796).

114 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *THE PHILOSOPHY OF RIGHTS* 141 (T.M. Knox trans., 1969).

115 דרישת המידתיות בענישה כוללת שני היבטים – קרדינלי ואורדינלי. ההיבט הקרדינלי מתייחס לדרישה כי רמת הענישה כולה לא תהא קלה מדי או מחמירה מדי באופן מוחלט ביחס לחומרת העבירה. ההיבט האורדינלי מתייחס ליחס שבין עונשים הניתנים לעבירות שונות, ולפיו ראוי שייגזר עונש שווה בגין עבירות בעלות חומרה שווה, ועונש שונה בגין עבירות בעלות חומרה שונה, לפי חומרת העבירה. בשיטה גמולית טהורה השוויון בענישה הוא עיקרון קובע (defining principle). ראו ANDREW VON HIRSCH, *PAST OR FUTURE CRIMES: DESERVEDNESS AND DANGEROUSNESS IN THE SENTENCING OF CRIMINALS* ch. 4 (1985); Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth, *Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 83, 92 (1992); Andrew Von Hirsch, *Proportionate Sentences: A Desert Perspective*, in *PRINCIPLED SENTENCING: READING ON THEORY AND POLICY* 168–172 (Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2nd ed. 1998); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147, 156–159 (2005). חשיבות השמירה על שוויון, כחלק מן ההיבט האורדינלי בדרישת המידתיות בענישה, מתעוררת בכתביה התאורטית העוסקת בתאוריות גמול, בין היתר באשר לדין בשאלת המקום שיש ליתן ליחסו של נפגע העבירה לענישה. תאורטיקנים גמולניים מסבירים מדוע יש להתעלם מעמדתו של נפגע העבירה בגדרה של תאוריית גמול: הנפגע קשור להצדקת הענישה רק בכך שהוא מספק את תוכנו של הנורמות המוסריות שהפרתן היא עבירה פלילית. ואולם, מכאן אין נובעות זכויות פרוצדורליות שיש להעניק לו כדי שלא לפגוע באידאל המופשט של הצדק. ראו למשל Michael Moore, *Victims and Retribution: A Reply to Professor Fletcher*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 65, 69–77 (1999).

תומכי גישת הצדק המאחה נחלקים בעמדותיהם באשר לתכלית הדאונטולוגית שבבסיס הענישה.¹¹⁶ יש הדוחים מכול וכול את התליית ההצדקה לענישה בגמול וגורסים כי רק אם תושג תועלת עתידית לחברה מותר לשלול זכויותיו של אדם בענישתו.¹¹⁷ ענישה המתבססת על מעשי העבר ללא כל תועלת עתידית היא בלתי מוסרית, ולפיכך פסולה. הרצון "לגמול" הוא אמנם טבעי, אך הוא בלתי רציונלי ובלתי ראוי. זאת ועוד, מבקרי הגישה העונשית מדגישים את הפגיעות הכלכליות, המשפחתיות והחברתיות שהגמול גורם הן למבצעי העבירה עצמם והן לבני משפחותיהם ולבני הקהילה הסובבת אותם. תחת זאת יש לשאוף לתגובות שהן תועלתניות, רציונליות ואפקטיביות.¹¹⁸ לאור האמור אם קיימות ראיות כי צדק מאחה עשוי להפחית עבריינות, ואילו ענישה חמורה אינה יעילה בצמצום הפשיעה, הרי שיש לבחור בדרך האפקטיבית ולוותר על הדחף ה"פרימיטיבי" בגמול או בנקמה.¹¹⁹ על פי עמדה זו, גישת הצדק המאחה אינה עונה, ואף אינה מתימרת לענות, על התכלית הגמולית במובנה הצר, הרטריבייטיביסטי, משום שאינה מכוונת להשית כאב כתגובה לכאב שגרם מבצע העבירה.

אחרים מבין תומכי גישת הצדק המאחה מכירים בקבילותה של התכלית הגמולית העומדת בבסיס הענישה וגורסים כי בגישה המאחה קיימים גם רכיבים עונשיים.¹²⁰ ענישה אינה מטרה בפני עצמה של הגישה המאחה, אך צעדי האיחוי המוסכמים הם

116 לסקירה כללית של העמדות באשר לגמול ראו KING, FREIBERG, BATAGOL & HYAMS, לעיל ה"ש 35, בעמ' 44-45.

117 Paul McCold, *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, 3 CONTEMP. JUST. REV. 357 (2000).

118 Lode Walgrave, *Restorative Justice for Juveniles: Just a Technique or a Fully Fledged Alternative?*, 34 HOW. J. CRIM. JUST. 228 (1995). מעניין כי פילוסופים רבים העוסקים בהצדקת הענישה מתנגדים לשמיעת קולו של נפגע העבירה בשלב העונש על בסיס ההנחה כי נפגע העבירה אינו יותר מאשר "סוכן של נקמה". ראו למשל Heidi M. Hurd, *Expressing Doubts About Expressivism*, 2005 U. CHI. LEGAL F. 405, 408. העמדה הרסטורטיבית, המתנגדת לענישה שמתבססת על מעשי העבר בלא תועלת עתידית, כופרת כאמור אף היא ברעיון של נקמה, ובכך חולקת מכנה משותף עם תאורטיקנים תועלתניים. ואולם, היא תומכת כמובן בשיתופם של נפגעי העבירה בהליכים מאחים, ובכך דוחה את המשואה המזהה נפגעי עבירה עם נקם. גם בקרב תאורטיקנים דאונטולוגיים אפשר לזהות לא אחת ניסיון להתרחק מן הדימוי הקושר הצדקות גמולניות לענישה עם רצון בנקמה. ראו למשל Huigens, לעיל ה"ש 103.

119 Walgrave, *Juveniles*, לעיל ה"ש 118.

120 ראו טענתו של Duff כי הליכי צדק מאחה אינם בבחינת חלופות לענישה אלא ענישה חלופית. ראו R.A. Duff, *Alternatives to Punishment – or Alternative Punishment?*, in RETRIBUTIVISM AND ITS CRITICS 43 (Wesley Cragg ed., 1992).

בפועל נטל על הפוגע, שפוכדו נקבע בין השאר בהתחשב בחומרת המעשה.¹²¹ ואכן, תכניות איחוי כוללות על פי רוב מרכיבים שאפשר לראות בהם עונשיים, כגון פיצוי הנפגע, עבודות לתועלת הנפגע או לתועלת הקהילה, מכתב התנצלות פומבי וכיוצא באלה. כל אלו מכבידים על מבצע העבירה ולעתים מצמצמים חירויותיו. יתרה מזאת, הדיון הפרטני העוסק בהשלכות העבירה, לצד הדיון באחריותו של הפוגע, מביאים בסופם של הליכי צדק מאחה לגמול שהוא הוגן ומידתי יותר לדעת נפגעים ופוגעים כאחד, לעומת העונש הנגזר על ידי שופט.¹²² ובעיקר ה"עונש" שמוטל בסופו של הליך מאחה על מבצע העבירה הוא קונסטרוקטיבי ובעל משקל רב מהעונש ה"סטנדרטי" המוטל במסגרת ההליך העונשי: בכוחו למלא צרכים של הנפגע, של הקהילה, או של הפוגע עצמו, למטרות שיקומו וחזרתו לחיק הקהילה.¹²³

הקושי שאולי ינבע מטענה זו, על פי תאוריות גמולניות, נעוץ בעובדה שהשוונות ב"הכבדה" על הפוגע, אשר נגזרת מהדיון הפרטני בכל מקרה ומקרה, פוגעת בעקרון השוויון ומסכנת את דרישת המידתיות.¹²⁴ חלף תגובה התואמת את האחריות המוסרית המוטלת על מבצע העבירה מועבר כובד המשקל לשיקולים אחרים, כגון צורכי הנפגע הספציפי, צורכי הקהילה ורצונותיהם של המשתתפים בדיון.¹²⁵ לפיכך קיים חשש כי מבצעי עבירה שנפגעהם נקמניים יאלצו להתמודד עם תכנית איחוי בעלת מרכיבים מכבידים מאוד, אולי אף משפילים או אכזריים, לעומת מבצעי עבירה שנפגעהם סלחניים יותר, אשר יידרשו לנקוט צעדים קלים יותר לאיחוי הפגיעות. יתרה מכך, מבצעי עבירות זהות יישאו בתוצאות שונות בתכלית לפי הסכמת קרבנותיהם לעצם קיום הליך מאחה, תוצאה הפוגעת אנושות בעקרון השוויון.

- Kathleen Daly, *Does Punishment Have a Place in Restorative Justice?*, Paper presented to the Australia and New Zealand Society of Criminology Annual Conference (Sep. 28–30, Walgrave, *Restoration in Youth* ; 210 בעמ' 8, לעיל ה"ש 8, בעמ' 210, Zehr, *CHANGING LENSES*; 1999) *Justice*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 558 (מסביר כי בגישה העונשית האיוון המוסרי מושג באמצעות גרימת סבל לפוגע באופן פרופורציונלי לפגיעה, ולעומת זאת בגישה המאחה האיוון מושג באמצעות הרחקת הסבל שנגרם לנפגע או פיצויו). שיקולים נוספים בעלי משקל לפי התפיסה המאחה הם צורכי הנפגע, צורכי הקהילה וצורכי הפוגע עצמו, כפי שהתעוררו כתוצאה מהעבירה.
- ראו SHERMAN & STRANG, *THE EVIDENCE*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 62–65 (נפגעי עבירה חווים הליכי צדק מאחה כהוגנים יותר מהליכים פליליים) וכן בעמ' 45 (הליכי צדק מאחה עומדים בסטנדרטים של הגינות וצדק); SHAPLAND, *THE FOURTH REPORT*, לעיל ה"ש 3.
- Michael Wenzel, Tyler G. Okimoto, Norman T. Feather & Michael J. Platow, *Retributive and Restorative Justice*, 32 L. & HUM. BEHAV. 375 (2008).
- Von Hirsch & Ashworth, לעיל ה"ש 115.
- 125 השוו עם הביקורת המושמעת נגד מעורבות נפגעי עבירה בשלב הענישה בהליך העונשי הנוהג: Moore, לעיל ה"ש 115.

התשובה הרסטורטיביסטית לטענת אי-השוויון גורסת כי מושג השוויון עצמו נושא בחובו משמעות שונה ממשמעותו על פי הגישה העונשית. שוויון במשמעותו העונשית מושג כאשר מושת עונש אחיד בגין מעשים זהים. זהו אפוא שוויון המתממש בתוצאת ההליך. לעומת זאת שוויון במשמעותו המאחה מתממש בקיומו של הליך מכבד והוגן. עצם מתן ההזדמנות לכל מבצע עבירה שהודה להיות מופנה להליך של צדק מאחה הוא המבטא את השוויון במובנו ההליכי. בכיצוע העבירה נטל על עצמו מבצע העבירה סיכון שיפגע באדם שלא יהיה נכון להיפגש עמו לצורך איחוי הפגיעות. השוויון במשמעותו הרסטורטיבית אינו נפגע גם מהעובדה שתוצאותיו של כל הליך והליך שונות, שכן השוויון מתבטא בהתייחסות מכבדת והוגנת באופן שווה כלפי כל מבצע עבירה בעת ההליך. קיומו של דיון מכבד והוגן במסגרת הליך צדק מאחה עונה, לפי הגישה המאחה, על דרישת השוויון בין פוגעים שביצעו עבירות דומות, שכן לכולם ניתנת הזדמנות שווה להיפגש כדי לדון בעבירה ובתוצאותיה. במילים אחרות, הבדלים הנובעים מחומרת הנזק הקונקרטי שנגרם, לנפגע, ואפילו מעמדתו של הנפגע כלפי העבירה ומבצעה, אינם בבחינת פגיעה בעקרון השוויון אלא מבטאים מחויבות לחיפוש אחר מענים הולמים לפגיעות שנגרמו בפועל לנפגע ולקהילה. תפיסת השוויון מתבטאת בקיומו של הליך שוויוני ומכבד, ואינה נמדדת בענישה אחידה כתגובה למעשים זהים.¹²⁶

מענה נוסף המשקף את הגישה המאחה הוא שדווקא הצדק העונשי פוגע לעתים קרובות בעקרון השוויון, שכן מבצעי עבירה שגרמו לנזקים דומים נידונים לעונשים שונים לפי יכולתם לממן ייצוג משפטי. זאת ועוד, לכאורה אפשר לטעון ששיתופם של נפגעי עבירה בצמתים שונים בהליך העונשי, כגון במסירת הצהרה לעניין העונש או בהבעת עמדה לעניין קבלתו של הסדר טיעון, גם הם סטייה מעקרון השוויון הפורמלי.¹²⁷ על כן אפשר שטענת אי-השוויון באותה מידה תיטען כלפי הגישה העונשית עצמה.

קושי נוסף המתעורר בעקבות הטיעון שגורס כי בתכנית האיחוי קיימים מרכיבים גמוליים נוגע למקור הסמכות. אפשר לטעון כי אחד היסודות המרכזיים של הגמול על פי תאוריות גמולניות מודרניות הוא סמכותו הבלעדית של הריבון להשיתו. ענישה, לפי

126 ראו KING, FREIBERG, BATAGOL & HYAMS, לעיל ה"ש 35, בעמ' 14–15, המסבירים כי הדגש בגישה המאחה הוא בהגינות ההליך ולא בתוצאותיו. לכאורה היה אפשר לטעון כי גם הגישה המאחה שואפת לשוויון במישור התוצאתי, אשר לפי גישה זו נמדד בשוויון שברמת האיחוי המושג בהליך. אולם לדעתנו, בניגוד לשוויון בענישה אשר ניתן למדידה, שוויון באיחוי קשה למדידה משום השונות בצרכים וברצונות של כל נפגע ונפגע, גם כאשר הנזקים זהים. לכן הדגש על פי הגישה המאחה אינו מושם בשוויון בתוצאה אלא בשוויון בהליך.

127 טענה זו שנויה במחלוקת, שכן קיימות עדויות ששילובן של הצהרות נפגע (victim impact statements) בהליך העונשי לא הביא להחמרה בענישה או לאי-שוויון בין נאשמים. ראו Edna Erez & Pamela Tontodonato, *The Effect of Victim Participation in Sentencing on Sentence Outcome*, 28 CRIMINOLOGY 451 (1990); Paul G. Cassell, *In Defense of Victim Impact Statements*, 6 OHIO ST. J. CRIM. L. 611 (2009).

תפיסות הגליאניות, נגזרת ממבנה מסוים של מערכת יחסים בין האזרח למדינה, אשר מצדיקה את סמכותה המונופוליסטית של המדינה לפעול באמצעי כפייה כלפי הפרט. לאור האמור עונש המוטל על ידי גורם אחר הוא אפוא בלתי מוצדק. לטיעון זה אפשר להשיב בשני רבדים: ראשית, התפיסה המאחה מערערת על נכונות הטענה כי רק הריבון הוא המוסמך להטיל עונש. גם הפוגע עצמו, להבדיל מאחרים, רשאי להתחייב לנקוט צעדים שהם ענישה עצמית מתוך הכרה בנזקים שגרם ושבאחריותו לתקנם. כיוון שאין מדובר בהשתתפות עונש על ידי אחר כי אם ב"הענשה עצמית" (המתעצבת ויוצאת לפועל בסיוע הקהילה), אין מתעורר קושי מוסרי הניתן לפתרון רק באמצעות הקניית סמכות בלעדית לריבון. ברובד השני הגישה המאחה אינה מתייחסת אל המדינה כאל מי שמתנערת מאחריותה ומסמכותה להגיב למעשי פשע; חלף זאת המדינה נתפסת כמי שמאצילה את סמכותה לצדדים עצמם למצוא דרכים לאיחוי הנזקים. אם הצדדים אינם מגיעים להסכמה, או אם מבצע העבירה אינו עומד בהתחייבויותיו, רשאית המדינה להשיב את המושכות לידיה ולהטיל עונש עליו.

זרם אחר בספרות הצדק המאחה מכיר אף הוא בתכלית הגמולית כתכלית שראוי כי הגישה המאחה תשאף להגשים, אך מעניק למושג הגמול פרשנות רחבה. פרשנות זו מבקשת לפרוץ את התפיסה הקלסית, המושפעת מן התורה הקנטיאנית וההגליאנית, ולהציע משמעות אחרת למושג הגמול, תוך שמירה על ההכרה כי עיקרה של התאוריה הגמולית הוא עשיית צדק והשבת האיזון המוסרי. אלו ניתנים להשגה באמצעות הגעה להסכמה משותפת של הפוגע, של הנפגע ושל הקהילה באשר לדרכים המתאימות לאיחוי הפגיעות, ולא בהכרח באמצעות ענישה כופה.¹²⁸ עשיית טוב על ידי מבצע העבירה והטבת מצבו של הנפגע עשויים להשיב את האיזון המוסרי שהופר בעת ביצוע העבירה, בבחינת "הטבת הרע" ("righting the wrong"),¹²⁹ וזאת בלא השתתפות כאב על הפוגע. כך מושג צדק "גמולי" במובנו המאחה.¹³⁰ באספקלריה זו צעדים שנוקט מבצע העבירה עצמו כדי לאחות את הפגיעות שגרמו מעשיו לנפגע, לבני המשפחה ולקהילה, משיבים את האיזון המוסרי על כנו, הם "כפרה חילונית"¹³¹ ומגשימים את התכלית הגמולית במובנה הרחב.¹³²

הפולמוס בין הרסטורטיביסטים לבין עצמם מתעצם כאשר מדובר בעבירות הנמצאות על הצד החמור של הרצף. בעבירות רצח אונס או התעללות קשה ספק רב האם בכוחו של

128 Wenzel, Okimoto, Feather & Platow, לעיל ה"ש 123.

129 Stephen P. Garvey, *Restorative Justice, Punishment, and Atonement*, 2003 UTAH L. REV. 129, 303, 304-305.

130 Walgrave, *Restoration in Youth Justice*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 558.

131 Garvey, לעיל ה"ש 129, בעמ' 314.

132 פרשנות רחבה זו של מושג הגמול סותרת את טענתם של Bibas & Bierschbach, שלפיה "Restorative justice requires no amends to right the imbalanced scales of justice and no bite to underscore society's condemnation of the crime", לעיל ה"ש 7, בעמ' 123.

הצדק המאחה לספק מענה לרעיון הגמולי. מי שמוכן לוותר על הגמול לטובת תכליות תועלתניות של טובת הנפגע, העצמת הקהילה ושיקום הפוגע, לא יראה בכך רע. אולם מי שמקנה לתכלית הגמולית משקל בלתי מבוטל יתקשה לייחס לצעדי האיחוי משמעויות עונשיות במונח הרטריבייטיביסטי. מרכיביה של תכנית האיחוי אמנם עלולים להכביד על הפוגע ולהטיל עליו נטל – כלכלי, תעסוקתי, נפשי או חברתי – אולם ככל שהעבירה שביצע חמורה יותר, כך קשה לתפוס "הכבדות" המוטלות על הפוגע כגון השתתפות בתכנית גמילה, הטלת מגבלות על תנועתו או התחייבותו להשתתף בפעילות קהילתית כעומדות בדרישות ההלימה. כן קשה לטעון כי צעדי האיחוי הננקטים לטובת הנפגע והקהילה הם השבת הצדק על כנו, בבחינת "righting the wrong", באותם מקרים חמורים. האם יש בכוחם של צעדי איחוי ושיקום, מקיפים ככל שיהיו, להשיב את הצדק על כנו במקרים של רצח אישה בידי בן זוגה? האם יוכלו השתתפות בתכנית לטיפול בעברייני מין או תשלום לקרבן להשיב את תחושת הצדק לאישה שנאנסה באכזריות? בהתחשב בבחירתה של שיטת המשפט הישראלית להעניק לעקרון ההלימה, הנגזר מן התכלית הגמולית, מעמד רם בקרב שיקולי הענישה, שאלה זו זוכה למשנה תוקף.¹³³ ייתכן אף כי חלק מן ההתנגדויות האינטואיטיביות כלפי צדק מאחה נובעות משום היתפסותו של הגמול הרטריבייטיביסטי כתכלית ראויה וחשובה.

3. מטרת ייחודיות לגישת הצדק המאחה

(א) איחוי הפגיעות

לגישה המאחה מטרת תוצאתניות ייחודיות משלה.¹³⁴ בניגוד לגישה העונשית, נפגעי עבירה מצויים במוקד עניינו של הצדק המאחה, ואיחוי הפגיעות שנגרמו להם הוא מטרה ראשית¹³⁵ לצד איחוי יתר הפגיעות שנגרמו מהעבירה. מאפיין זה משותף לגישה המאחה ולגישה משפטית חדשנית יחסית – תורת המשפט הטיפולי – המתייחסת להשפעות

133 ראו ס' 40 ב לחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102 המעגן את עקרון ההלימה כעיקרון מנחה בקרב שיקולי הענישה. ואולם אפשר לטעון כי דווקא צדק מאחה יש בו כדי להגשים את עקרון ההלימה במלואו בשל החשיבות המיוחסת לנפגע העבירה ולנוקו. ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 154 ה"ש 281. דוגמה נוספת למדינה שבחרה להעניק לתכלית הגמול משקל גובר בקרב שיקולי הענישה היא קליפורניה. עד המחצית הראשונה של המאה העשרים נהגה בה מדיניות ענישה שיקומית. בשנת 1976 חל מהפך במדיניות הענישה, ונחקק סעיף 1170 של הקוד הפלילי, אשר הנהיג מדיניות ענישה גמולית. ראו CAL. PENAL CODE § 1170 (Deering 2013).

134 ראו BRAITHWAITE & PETTIT, לעיל ה"ש 6, המסבירים מדוע מדובר בגישה תוצאתנית. 135 Fattah, *Toward a Victim Policy*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 257; ZEHR, *CHANGING LENSES*; לעיל ה"ש 8; Martin Wright, *The Court as Last Resort: Victim-Sensitive, Community-Based Responses to Crime*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 654 (2002).

הפסיכולוגיות שיש למשפט ולסוכניו על הצדדים.¹³⁶ השינוי המתחולל במעמד של נפגעי עבירה בהליך העונשי בשנים האחרונות, כפי שתואר לעיל,¹³⁷ אמנם מצמצם את הפער בין הגישה העונשית לבין הגישה המאחה בנוגע לתכלית העצמת הנפגעים. ואולם בשלב זה הפער עודנו ניכר, משום שהטבת מצבם של נפגעי העבירה אינה מטרה מוצהרת בהליך העונשי הנוהג.¹³⁸ מתוך פרספקטיבה זו הגישה המאחה מבקרת את הגישה העונשית על גביית מחיר גבוה מנפגעי עבירה לטובת קידום מטרות אחרות. החלופה שנוקטת הגישה המאחה שמה דגש גם בהליכים עצמם ועל היותם מעצימים, מקרבים ומרפאים, ללא קשר לקביעותיהם המעשיות.¹³⁹ ואכן, ממצאים מראים כי נפגעי עבירה שהשתתפו בהליכי צדק מאחה חוו ירידה דרמטית בתסמיני הפוסט-טראומה שמהם סבלו בשל עבירות פריצה ושוד שנעברו נגדם, לעומת נפגעי עבירות דומות שעניינם הופנה להליכים פליליים רגילים. האפקט הטיפולי של ההליכים המאחים היה כה דרמטי, עד כי הם הושוו לשיטת הטיפול הקוגניטיבית-התנהגותית, אשר נמצאה יעילה בהפחתת תסמינים פוסט-טראומטיים.¹⁴⁰

(ב) העצמת הקהילה

מטרה מוצהרת נוספת של גישת הצדק המאחה היא כאמור איחוי קשרי הקהילה וחיזוקם.¹⁴¹ מכיוון שהפשע נתפס כמעשה הפוגע באנשים ובמערכות יחסים, השפעתו אינה מוגבלת לפגיעה שנגרמה לקרבן הישיר. מעשה הפשע פוגע גם בבני המשפחה של הנפגע, בשכנים, במכרים, בעמיתים לעבודה ובחברי הקהילה הקרובה של הצדדים שתחושות הבטחון והאמון שלהם נפגעו. גם הפוגע עצמו, בני משפחתו ומכריו נפגעים מהעבירה וסובלים מהשלכותיה. כנפגעת, צורכי הקהילה מתמקדים אפוא בחיזוק

136 לתיאור תורת המשפט הטיפולי, יישומיה בענפי משפט שונים והמכנים המשותפים לה ולגישה המאחה ראו DAVID B. WEXLER & BRUCE J. WINICK, LAW IN A THERAPEUTIC KEY: DEVELOPMENTS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE (1996).

137 ראו לעיל פרק א(4) וה"ש 42.

138 Dancig-Rosenberg, לעיל ה"ש 40.

139 Barton מסביר את מרכזיות מושג ההעצמה בהליך המאחה ככלי תרפויטי. ראו BARTON, לעיל ה"ש 8. לממצאים בדבר חשיבות ההוגנות בהליך ראו Jo-Anne Wemmers, *The Meaning of Justice for Victims*, in INTERNATIONAL HANDBOOK OF VICTIMOLOGY 27 (Shlomo Giora Shoham, Paul Knepper & Martin Kett eds., 2010).

140 Caroline M. Angel, *Crime Victims Meet Their Offenders: Testing the Impact of Restorative Justice Conferences on Victims' Post-Traumatic Stress Symptoms* (Jan. 1, 2005) (unpublished dissertation, University of Pennsylvania), available at <http://repository.upenn.edu/dissertations/AAI3165634>.

141 Albert W. Dzur & Susan M. Olson, *The Value of Community Participation in Restorative Justice*, 35 J. SOC. PHIL. 91 (2004).

הקשרים החברתיים, בשיקום תחושת הביטחון ובהפחתת שיעורי העבריינות.¹⁴² חיזוק הקשרים הקהילתיים מושג מעצם הדיון האינטנסיבי בהשלכות העבירה ומההשתתפות האקטיבית בתכנית האיחוי ובפיקוח עליה.¹⁴³

ג. המודל המוצע

חלק זה מציג את המודל לתיאור מערכת היחסים בין מטרות הצדק העונשי למטרות הצדק המאחה. ברקע המודל עומדת הביקורת המושמעת על הצדק העונשי משום כישלוננו לספק לצדדים הזדמנות נאותה להשתתף בשיח רגשי על אודות הפגיעה והשלכותיה.¹⁴⁴ בתגובה לביקורת האמורה אנו טוענות כי המשפט הפלילי מאפשר איחוי סמלי משעה שמכירים בצדק מאחה כחלק בלתי נפרד הימנו. צדק מאחה אינו צדק פרטי. אמנם הקהילה מקבלת עליה תפקידים שאותם המדינה ממלאת בתפיסה העונשית, אולם לריבון נותרת הסמכות להתערב כאשר ההליך המאחה אינו מצליח. המדינה היא המפנה מקרים להליכים מאחים; נציגי המדינה הם המפקחים אחר ביצוע תכנית האיחוי; רשויות אכיפת החוק הן בעלות הסמכות להחליט על המשך הטיפול בתיק הפלילי שנפתח, או שהיה עשוי להיפתח, בעקבות ביצועה של העבירה. צדק מאחה יכול אפוא להיחשב חלק ממערכת המשפט הפלילי.

המשפט הפלילי הוא פלטפורמה דיונית ומהותית להסדרת התנהגות בתגובה לפגיעה. ככזה אפשר למלאו בתכנים מגוונים מבחינה ערכית ומעשית. הצדק המאחה הוא כלי – נוסף על הכלי העונשי – למילוי המשפט הפלילי בתכנים כאמור. שתי הגישות עשויות להשיג את המטרות התועלתניות של המשפט הפלילי, ובנוסף יכולה כל אחת מהגישות להשיג גם מטרות אחרות. הצדק המאחה מקדם את מטרת איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה. כפי שבכוחו של הצדק העונשי להגשים את מטרת הגמול, גם הצדק המאחה עשוי להגשימה, לפחות במשמעותה הרסטורטיבית. שתי הגישות עשויות אפוא לחסות תחת כנפיה של מערכת המשפט הפלילי. במילים אחרות, צדק מאחה הוא המשפט הפלילי.

הראינו אפוא כי לצדק המאחה פוטנציאל להגשים את מטרותיה התועלתניות של הגישה העונשית אף שאינן מטרותיו המוצהרות. לעומת צדק עונשי, המשתמש בעונש ככלי מרכזי להשגת מטרותיו, צדק מאחה משתמש בהון האנושי – הצדדים לסכסוך וקהילות התמיכה שלהם – לקידום מטרותיו. נוסף על המטרות המשותפות לשתי הגישות הראינו כי צדק מאחה מגשים שתי מטרות תוצאתניות נוספות שאינן נמנות עם מטרות

142 פרקש, לעיל ה"ש 71.

143 Rob White, *Social Justice, Community Building, and Restorative Strategies*, 3 CONTEMP. JUST. REV. 55 (2000).

144 Bibas & Bierschbach, לעיל ה"ש 7.

הגישה העונשית: האחת, איחוי הפגיעות שנגרמו לנפגע הישיר ולנפגעים המשניים; השנייה, חיזוק המארג החברתי הקהילתי שהופרע בשל העבירה. אף שאין הסכמה בין מצדדי הגישה המאחה לבין מצדדי הגישה העונשית בשאלה מי מהגישות יעילה יותר בהשגת המטרות התועלתניות שהוזכרו לעיל, ניתוחנו מדגים כי אין ויכוח בין הגישות כאשר להכרה בחשיבותן של מטרות אלו. המחלוקת העקרונית שנתורה בלתי פתורה נסבה על שאלת הגמול.

1. המשגה דואליסטית של היחס בין מטרות הגישות

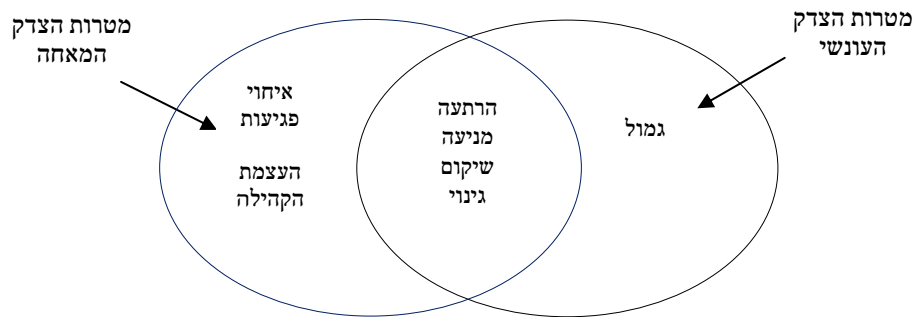
המחלוקת בדבר שאלת הגמול מנביעה שתי אפשרויות למיפוי מערכת היחסים בין מטרות הגישה העונשית ומטרות הגישה המאחה. אפשרות אחת, המוצגת להלן באיור 1, היא של שני מעגלים החופפים בחלקם. החלקים החופפים מייצגים את המטרות הניתנות להשגה על ידי שתי הגישות, המאחה והעונשית. החלקים הבלתי חופפים מייצגים מצד אחד את המטרות הייחודיות לצדק העונשי (המטרה הגמולית במובנה הרטריבייטיביסטי), ומצד אחר את המטרות הייחודיות לגישה המאחה (איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה). האפשרות השנייה, המוצגת להלן באיור 2, היא של מעגל בתוך מעגל, כאשר המעגל הקטן המייצג את מטרות הגישה העונשית "נבלע" בתוך המעגל הגדול המייצג את מטרות הגישה המאחה. אפשרות זו מתארת את הצדק המאחה כמסוגל להגשים את מכלול מטרותיו של הצדק העונשי – לרבות הגמול במשמעותו הרחבה, הרסטורטיבית – נוסף על מטרותיו שלו. לעומת זאת הצדק העונשי מייחס חשיבות משנית בלבד למטרות התרפויטיות של איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה. אף על פי שהגישה העונשית אינה מתנגדת עקרונית להטבת מצבו של נפגע העבירה,¹⁴⁵ מטרה זו נדחקה הצדה כאשר היא נמצאת בקונפליקט עם מטרות אחרות.¹⁴⁶ מסיבה זו המעגל המאחה הוא שכולע את המעגל העונשי, ולא להפך.

145 לפסיקה המתייחסת לחשיבות פיצוי נפגע העבירה ולהטבת מצבו בהליך העונשי ראו למשל רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002); ע"פ 3818/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 721, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (2001); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1178/02 מדינת ישראל נ' יאיר (פורסם בנבו, 22.3.2004).

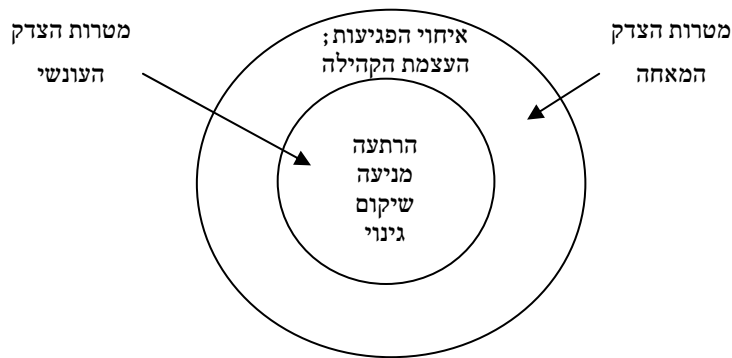
146 Bruce J. Winick, *Therapeutic Jurisprudence and Victims of Crime*, in THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND VICTIM PARTICIPATION IN JUSTICE: INTERNATIONAL PERSPECTIVES (Edna Erez, Michael Kilchling & Jo-Anne Wemmers eds., 2011) 3, 7 (מסביר כי למרות שהצורך להגן על זכויות הנאשם מקבל תמיד קדימות על פני האינטרסים של הנפגע, ניתן אף במסגרת המגבלה הזו להקדיש תשומת לב רבה יותר לצרכי הנפגע). וראו קביעתה של השופטת עדנה ארבל בע"פ 1281/06 בורשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 100, פס' 19–24 לפסק דינה (2008), שלפיה פיצוי נפגעים יכול שיהיה אחד מהשיקולים לקבלת הסדר טיעון, אולם הוא אינו יכול להיות השיקול המרכזי, ומקום שבו האינטרס הציבורי מצדיק ענישה חמורה – ייסוג בפניו אינטרס הנפגעים. אמנם בעשורים האחרונים חוללו רוב מדינות העולם שינויים חקיקתיים וחוקתיים מרחיקי לכת המקנים זכויות לנפגעי עבירה, ובהן זכויות להשתתפות, למידע, להגנה, לפרטיות ואף לפיצוי.

המודל מציע אפוא שתי גרסאות: האחת מכירה בקוצר ידו של הצדק המאחה להשיג את מטרת הגמול (זו של שני מעגלים חופפים בחלקם); השנייה מדגישה את יכולתו של הצדק המאחה להשיג את מכלול מטרות הצדק העונשי ואף מעבר לו (זו של מעגל בתוך מעגל).

איור 1: היחס בין מטרות הצדק המאחה והצדק העונשי: מעגלים חופפים בחלקם



איור 2: היחס בין מטרות הצדק המאחה והצדק העונשי: מעגלים נבלעים



ראו Erin Ann O'Hara, *Victim Participation in* ; לעיל ה"ש 44; BELOOF, CASSELL & TWIST, 13 J.L. & POL'Y 229 (2005). ואולם, חרף רפורמות מעמיקות אלו וה"ריכוך" שעבר המודל האדוורסרי, עדיין אי אפשר לזהות את ההליך העונשי כמכוון לצרכיו של

ההבדלים בתפיסת משמעות ה"גמול" משפיעים אפוא על הבחירה בין שתי גרסאותיו של המודל. הדגשת הפן הרטריביוטיביסטי בגמול מביאה להעדפת האפשרות הראשונה, של שני מעגלים חופפים בחלקם. הדגשת הפן הרסטורטיבי בגמול, של השבת הצדק על כנו בדרכים קונסטרוקטיביות, מביאה להעדפת האפשרות השנייה, של שני מעגלים "נבלעים". ברוב סוגי העבירות אפשר להתייחס לצעדי האיחוי גם כהכבדה על הפוגע, הנעשית באופן ההולם את חומרת הנזקים שלהם גרם. במקרים הללו אפשר לראות בצדק המאחה מנגנון להשבת הצדק על כנו באמצעות "עשיית טוב". הן צדק עונשי והן צדק מאחה מסוגלים אפוא להשיב את הצדק על כנו במובנו הדאוטולוגי – כל גישה בדרכה שלה – אולם בעבירות חמורות במיוחד מתחדד הפער בין הגישות. מצדדי הגישה העונשית מדגישים כי הטיעון האידאולוגי נגד הגמול נחלש בשל האינטרס הציבורי לענוש על מעשים אכזריים או חמורים במיוחד כגון רצח, אונס או אלימות אכזרית. הטיעון הפרקטי, המדגיש את ההכבדה בצעדי האיחוי ואת כוחם להשיב את הצדק על כנו, מחוויר לנוכח הכאב שגרם הפשע במקרים אלו.¹⁴⁷ האם בכוחם של צעדי איחוי, רחבים ככל שיהיו, להשיב את הצדק על כנו לאחר רצח? האם השתתפות בתכנית שיקום, אינטנסיבית ככל שתהיה, עשויה להיתפס כמכבידה על האנס באופן פרופורציונלי לנזק שגרם לאישה שאנס? אכן, בעבירות החמורות ביותר אפשר שגמול, על שתי משמעויותיו – הרטריביוטיביסטי והרסטורטיבית – לא יושג מחוץ להליך העונשי. אלו המייחסים חשיבות עליונה למטרות התועלתניות לא יירתעו מהיעדר הגמול אם התגובה המאחה תגשים את המטרות הללו. ואולם, אלו המכירים בגמול כמטרה לגיטימית עצמאית עשויים להעדיף שימוש בתגובה העונשית גם על חשבון הגשמתן של המטרות התועלתניות.

המודל המוצע מנבא אפוא כי בעבירות החמורות ביותר יצא המעגל העונשי מתחום חפיפתו המלא של המעגל המאחה, ויישאר חופף בחלקו, בהציעו את התכלית הגמולית באופן ייחודי (איור 1 לעיל). לצד זאת ביתר המקרים מדגים המודל כיצד הפילוסופיה המאחה מתייחסת למכלול מטרותיו של המשפט הפלילי ומספקת לו מענה (איור 2 לעיל). הצדק המאחה יכול, באופן תאורטי, להשיג את מכלול המטרות, לרבות זו הגמולית, ככל שהיא נתפסת במשמעותה הרסטורטיבית. ונדגיש: המודל אינו יוצר העדפה גורפת להליך מסוג כזה או אחר; המודל אינו מוכיח כי מי מהגישות משיגה, בפועל, את מלוא המטרות; המודל גם אינו קובע אם ובאיזו מידה מענה על מטרה מסוימת פוגע בהגשמתה של מטרה אחרת.¹⁴⁸ עם זאת יש בכוחו של המודל לחדד את

הנפגע. ראו Erin C. Blondel, Notes, *Victims' Rights in an Adversary System*, 58 DUKE L.J. 237 (2008).

147 Garvey, לעיל ה"ש 129.

148 זאת למעט המקרים שבהם עולה הצורך להכריע, כפי שתיארנו לעיל, בין הגשמתה של מטרת הגמול במובנו הרטריביוטיביסטי לבין מטרת איחוי הפגיעות. במקרים אלו מכיר המודל באפשרות שהגשמת

השלכות הבחירה, כיוון שהוא מבהיר את נפרדותם של שני המסלולים – העונשי והמאחה – בעיקר בעבירות המצויות על הצד החמור של הרצף. זאת ועוד, המודל אינו קובע מהי הפרשנות הראויה למושג הגמול ומהי ההתייחסות הערכית הראויה כלפיו. חלף זאת הוא משקף כיצד המשמעות המיוחסת למושג הגמול ומידת החשיבות הנלווית למטרה זו משפיעות על מערכת היחסים בין הגישה העונשית לגישה המאחה. ככל שמאמצים תפיסה רחבה ו"חיובית" למושג הגמול, כך מתברר שמטרות המשפט הפלילי עשויות להתממש במלואן על ידי הצדק המאחה. לחלופין, ככל שמאמצים תפיסה רטריבוטיביסטית למושג הגמול, כך מתרחקות הגישות זו מזו באופן שמטרת הגמול מושגת רק באמצעות הצדק העונשי.

2. היבטים יישומיים

המודל ממחיש כי צדק מאחה עשוי להתאים לשימוש מערכתי לא רק בשיטות משפט המייחסות מרכזיות לשיקומם של פוגעים ונפגעים. שיטות משפט המתמקדות בהרתעה ובמניעה עשויות אף הן להסתייע בהפעלה רחבה של הליכי צדק מאחה במסגרת המשפט הפלילי. למעשה, גם שיטות משפט המייחסות לגמול חשיבות עליונה במסגרת תכליות המשפט הפלילי עשויות להסתייע בצדק מאחה, בכפוף לאימוץ משמעותו הרטורטיבית של מושג הגמול במקרים המתאימים.¹⁴⁹ הבניה גמישה של מושג הגמול מאפשרת הרחבה של מגוון המענים לפשיעה תוך השגת מטרות נוספות כגון איחוי פגיעות והעצמתן של קהילות.

אמנם המודל אינו קובע עדיפות גורפת של מי מהפרדיגמות, אך ביכולתו לסייע באיתור נקודות החוזקה והחולשה של כל אחת מהן בנסיבות משתנות. לפיכך אפשר להסתייע במודל כדי לברר מתי נראה שעדיפה החלת גישת הצדק המאחה, ולחלופין מתי עדיפה החלתו של ההליך העונשי הפורמלי. ראשית, הצדק המאחה במתכונתו המלאה ניתן להחלה ככלל במקרים שבהם מבצע העבירה הודה בביצוע העבירה ושני הצדדים הביעו נכונות להיפגש.¹⁵⁰ נוסף על כך, אפשר לאתר פרמטרים שונים המסייעים בביצוע הערכה באשר למידת הצלחתה של כל אחת מהגישות בהשגת המטרות הרצויות.

מטרת איחוי הפגיעות תפגע בהגשמת מטרת הגמול ולהיפך. למשל, השתת עונש מאסר ארוך על מבצע עבירה עלולה לפגוע ביכולתו לפצות את נפגע העבירה.

149 בהקשר זה טוענים סבה וויינריב כי הגישה הגמולית שמתווה תיקון מס' 113 לחוק העונשין יכולה "לסבול" גם תוצאות המושגות בהליכי צדק מאחה כגון פיצוי נפגע. ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 154 ה"ש 281.

150 אפשר לקיים הליכים מאחים גם במקרים שבהם אין נפגע עבירה ישיר. למשל במקומות שונים בעולם קיימים הליכי צדק מאחה במקרים של נהיגה בשכרות, עבירות סמים וונדליזם. ואולם, הליכים אלו לא הוכחו כיעילים יותר מההליך הפלילי הרגיל במניעת עבריינות חוזרת. ראו למשל LAWRENCE SHERMAN, HEATHER STRANG & DANIEL WOODS, RECIDIVISM PATTERNS IN THE

חומרת העבירה עשויה להיות פרמטר בזיהוי הפרדיגמה הרצויה במקרים קונקרטיים.¹⁵¹ ככל שהעבירה חמורה יותר מבחינת הנזק האובייקטיבי שגרם המעשה, כך פוחתים הסיכויים בהשגת הגמול באמצעות הצדק המאחה לבדו. ואולם, חומרת הנזק הנפשי הסובייקטיבי שנגרם לנפגע העבירה הוא דווקא גורם המנבא את הצלחתם של הליכי צדק מאחה.¹⁵² במילים אחרות, כאשר העבירה נושאת אופי אכזרי ואלים והנזק שנגרם ממנה בולט בחומרתו הן ברמה האובייקטיבית והן ברמה הסובייקטיבית של נפגע העבירה, מתגלים, באופן פרדוקסלי, יתרונותיה של גישת הצדק המאחה בהשגת המטרה של איחוי הפגיעות בד בבד עם קוצר ידה בהשגת האינטרס הציבורי לגמול. עבירות חמורות מחייבות אפוא החלטה ערכית באשר לחשיבותן היחסית של המטרות השונות. בפועל משמעות הדברים היא כי כאשר מדובר בעבירות המצויות על הצד החמור של הרצף, קיימות ככלל שלוש אפשרויות: הראשונה – ההליך המאחה ייערך תוך ויתור מוחלט על מטרת הגמול ותוך מתן עדיפות למטרות האחרות המושגות באמצעותו; השנייה – לא ייעשה כלל שימוש בהליך המאחה; השלישית – שילוב של ההליך העונשי

CANBERRA REINTEGRATIVE SHAMING EXPERIMENTS (RISE) 13–14 (2000), www.aic.gov.au/media_library/aic/tjustice/rise/recidivism/report.pdf.

מחקר RISE. 900 נהגים שהואשמו בעבירות נהיגה בשכרות הופנו באופן רנדומלי להליך פלילי או לצדק מאחה; בשתי הקבוצות העבריינות החוזרת הייתה נמוכה מאד, אולם בקרב אלו שעברו הליכי צדק מאחה רמת הרצידיביזם הייתה גבוהה יותר. המחקרים מפרשים את ההבדל כנובע מתקופת השלילה של רישיון הנהיגה, שלילה שלא הייתה אפשרית. במסגרת המחקר, בהליכי צדק מאחה. המחקרים מדווחים עוד, בעמ' 14–15, על 135 קטינים שהואשמו בעבירות רכוש ללא קורבן, לגביהם ההבדל הוניח בין שתי הקבוצות שהתבטא במעט יותר עבירות חוזרות שבוצעו על ידי אלו שהופנו להליך מאחה, נובע ככל הנראה ממקריות). ביטחונם של נפגעי עבירה עשוי להתפס כתנאי מקדמי נוסף לעריכת הליכי צדק מאחה. כאשר הליך מאחה מעמיד את נפגע העבירה בסיכון פיזי או באיום בפגיעה, אין לקיימו ללא אמצעים נוספים. מנגד גם הצדק העונשי עלול לעתים להגביר את הסיכון לפגיעה נוספת בנפגעי העבירה.

151 פרמטר חומרת העבירה כשלעצמו מחייב בחירת קריטריון להגדרת בחינתה של ה"חומרה". בהליך העונשי אפשר להעלות קריטריונים שונים העשויים לסייע בקביעת מידת חומרתה של עבירה. למשל, חומרת העבירה עשויה להיבחן על פי טיבו וחשיבותו של הערך המוגן העומד בבסיס העבירה (חיי אדם לעומת רכוש); על פי טיב הנזק שנגרם בפועל לערך המוגן שבבסיס העבירה (גנבה של 10 ש"ח לעומת גנבה של מיליון ש"ח); על פי טיב הנזק הסובייקטיבי שנגרם בפועל לנפגע העבירה עצמו; על פי העונש הקבוע בצדה של העבירה. גם בהליכים מאחים מתעורר צורך לבחור בקריטריון להערכת חומרתה של עבירה. האם חומרת העבירה נגזרת מעצמת הנזק הסובייקטיבי שנגרם לנפגע העבירה, או שמא מן הנזק כפי שנתפס על ידי חברי הקהילה? שאלות אלה, החורגות מהיקפו של מאמר של זה, ראויות לפיתוח ולהעמקה במקום אחר.

152 דווקא בעבירות שבהן נזק ניכר לנפגע העבירה בא לידי ביטוי יתרונן של הצדק המאחה בהשגת איחוי סימבולי. ראו SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70.

עם ההליך המאחה לשם השגת מטרת הגמול.¹⁵³ האפשרות השלישית עשויה להגשים את המכלול הרחב ביותר של המטרות, שכן שילוב הליכי צדק מאחה עם הליכים פליליים עשוי להביא הן לאיחוי הפגיעות ולהעצמת הקהילה הן למתן מענה לאינטרס הציבורי בהשבת תחושת הצדק על כנה.¹⁵⁴

שילוב גישת הצדק המאחה בתוככי המשפט הפלילי אינו פטור מקשיים, כפי שמתברר בפועל.¹⁵⁵ בפרשת *Clotworthy* שבניו זילנד למשל קיבל בית המשפט המחוזי של אוקלנד הסכם שהושג לאחר הליך גישור פוגע-נפגע בין הנפגע למבצע העבירה. בהסכם נקבע כי נפגע העבירה יפוצה בסכום ניכר עקב תקיפתו האלימה.¹⁵⁶ לעומת זאת בית המשפט העליון סבר כי בשל חומרתו של המקרה גובר האינטרס הציבורי המחייב ענישה קשה על האינטרס של נפגע העבירה לקבלת פיצוי לצורך ביצוע ניתוח קוסמטי להסרת הצלקות שנגרמו לו מהפגיעה.¹⁵⁷ בעקבות זאת שונה גזר הדין: על מבצע העבירה הושת עונש מאסר ארוך, ובד בבד הופחת למינימום סכום הפיצוי שחויב לשלם לנפגע העבירה. ההבדלים בהכרעות שתי הערכאות מבטאים את ההבדלים בתפיסות הערכיות של שופטיהן לעניין חשיבות מטרת הגמול אל מול חשיבותה של מטרת איחוי הפגיעות. שילובה של תכנית צדק מאחה בתוככי מערכת המשפט הפלילית אינו מאיין את המתח הטבוע, המתעורר לעתים, בשל הצורך להכריע אילו מבין המטרות תזכה לבכורה.

פרמטר נוסף הוא נכונותה של הקהילה המקומית להתמודד עם העבירה מושא ההליך. מחויבות הקהילה עשויה להתבטא ביכולת לספק שירותי סיוע ושיקום לצדדים כמו גם בנכונות נציגייה לגנות את העבירה במפורש. בהיעדר נכונות כזו השימוש בהליכים מאחים מעורר חשש ל"סגירת" הפרשה בתוככי הקהילה תוך הזנחת הנפגעים והיעדר טיפול ממשי בעבריינים. במצב דברים שכזה מטרות ההרתעה, הגינוי, השיקום

153 טענה זו מסבירה מדוע אין אנו מסכימות עם Bibas & Bierschbach, אשר מתנגדים לאפשרות שהתנצלות וחרטה יהיו חלופה לענישה. ראו לעיל ה"ש 7, בעמ' 125. כפי שהמודל מראה, כאשר ההתנצלות והחרטה נעשות במסגרת הליכים מאחים ומלווים בצעדי איחוי, בהעצמת הנפגע ובחיזוק הקהילה, הם עשויים, במקרים מתאימים, להיות תחליף לענישה.

154 נכונותו של הניתוח המוצע מותנית כמובן בהיעדר שיקולים פרקטיים אחרים העלולים לסכל את האפשרות לשלב את שני ההליכים יחדיו. למשל, התעקשותו של מבצע העבירה להכחיש את המיחוס לו ולהימנע מהודאה במעשה במסגרת ההליך הפלילי עלולה להתנגש עם תנאי הסף הנדרש להחלת ההליך המאחה, קרי הודאה של המבצע במיחוס לו.

155 בישראל נהוג להפנות מקרים להליכי צדק מאחה בשלבים שונים של ההליך הפלילי באופן המשתמש בצדק המאחה הן כחלופה להליך הפלילי, והן כתוספת לו. עם זאת טרם נעשה מחקר הבוחן את מידת יעילותם של הליכים מאחים המופעלים בישראל לעומת ההליך הפלילי. טרם נבחנו גם באופן מחקרי ההשלכות של הפניה לצדק מאחה בשלבים השונים של ההליך.

156 *R v. Clotworthy*, (Unreported) Dist. Court, Auckland, T 971545, 24 April 1998

157 *R v. Clotworthy*, (1998) 15 CRNZ 651 (CA)

והמניעה עלולות שלא להיות מושגות בהליכים מאחים. ואכן, מקומה המרכזי של הקהילה בתפיסת הצדק המאחה עשוי להיות אפוא יתרון במקרים מסוימים וחיסרון במקרים אחרים. מחד גיסא דווקא בשל המעורבות הפעילה של חברי הקהילה יש בהליכים מאחים כדי לתרום לחינוכן מחדש ולחיזוקן של קהילות קטנות, כדוגמת המשפחה המורחבת או מכרים המשתייכים למעגל חברתי מסוים.¹⁵⁸ הליכים מאחים עשויים לאפשר דווקא לנפגעים המשתייכים לקהילות סגורות לספר את סיפורם ולהתמודד עמו, במקרים שבהם חוסר אמון ברשויות המדינה וחסמים משפחתיים וחברתיים מורידים באופן מעשי מן הפרק את הפנייה להליך העונשי הפורמלי.¹⁵⁹ מאידך גיסא מתן מעמד של ממש לקהילה, כגורם חלופי המוסמך להסדיר את הטיפול בפשעים המבוצעים בתוככי הקהילה, עלול להביא לתוצאה ההפוכה מן המסר המגנה המבוקש.¹⁶⁰ חיזוק מעמדם של גופים מסורתיים בקהילה כגורמי אכיפה חלופיים עלול לגרום השפעה שלילית על היכולת להנחיל נורמות התנהגות, בעיקר בתחומים שבהם קיימת התנגשות ערכית בין החברה המסורתית לבין הערך המוגן של שיטת המשפט המודרנית.¹⁶¹ כך "מנהגים מסורתיים" כמו מילת נשים ואלמות כלפי נשים במשפחה עלולים לזכות לאשרור תוך קבירת הסיפור והשתקת הנפגעת.¹⁶² בשל סיכון זה יש טעם רב בהכללתם של נציגי רשויות המדינה בהליכים קהילתיים כדי שיהיו "כלבי שמירה"

158 Braithwaite, *Restorative Justice*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 36–37.

159 הדיון ביתרונות ובחסרונות של הליכים חלופיים בקהילות סגורות שקיימים בהן שיקולים ייחודיים התעורר בשנים האחרונות בהקשר הישראלי בנוגע ל"פורום תקנה". פורום זה, אשר הוקם בשנת 2003, מאגד בתוכו ארגונים שונים בציונות הדתית, וחברים בו אנשים ונשים שהם דמויות מפתח בקהילה הציונית-דתית מתחומים שונים. פורום זה שם לו למטרה לפתח מודל להתמודדות בתוך הקהילה עם פגיעה בתחום המיני מצד בעלי מרות וסמכות במי שנתון למרותם, לסמכותם או להשפעתם. מטרת הפורום היא ליצור ערוץ נוסף בשביל מתלוננות ומתלוננים לטפל בתלונה בייעילות ולמנוע את הישנותה ואת נזקיה למתלוננים נוספים. עם זאת אין מדובר במודל של צדק מאחה, שכן המרכיבים ההכרחיים של מפגש ישיר בין הצדדים והעברת כוח ההחלטה אליהם בדבר תוצאות הפגיעה – אינם מתקיימים. ראו "פורום תקנה (ע"ד): הפורום לטיפול ומניעה של הטרדות מיניות על ידי בעלי מרות וסמכות בציבור הדתי" www.takana.org.il.

160 Julie Stubbs, *Domestic Violence and Women's Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice*, in RESTORATIVE JUSTICE AND FAMILY VIOLENCE 42 (Heather Strang & John Braithwaite eds., 2002); שפירא, לעיל ה"ש 36, בעמ' 446–447.

161 שפירא, שם; Doriane Lambelet Coleman, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, 96 COLUM. L. REV. 1093 (1996).

162 ואולם ראו Braithwaite, *Setting Standards*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 564, הטוען כי על פי מחקרים, דווקא נשים נשמעות יותר מגברים בהליכי צדק מאחה, בניגוד למציאות השוררת באולמות המשפט הפורמלי.

שיגנו מפני הפרת זכויות אדם בסיסיות.¹⁶³ חשוב גם להבטיח הבאתם של מגוון קולות להליכים, לרבות – ואולי בעיקר – של אלו המושקעים בקביעות בקהילה המקומית. מכל מקום, וגם כאשר אפשר להבטיח שיישמעו די קולות המגנים את העבירה בתוך ההליך, על תכניות האיחוי להתפרסם בציבור הרחב תוך שמירת האנונימיות של משתתפי ההליך הספציפי, כדי להעביר מסר ציבורי ברור וצלול בדבר נורמות ההתנהגות הראויות בהקשר נתון.¹⁶⁴

פרמטר אחר הוא אפשרות קבלתה של התנצלות אמיתית וכנה, כמו גם החשיבות שמייחס לה נפגע העבירה. ההזדמנות לבקש סליחה ולהעניק מחילה הם מנדבכיה המרכזיים של גישת הצדק המאחה ומיתרונותיה החשובים.¹⁶⁵ במקרים שבהם כנותה של ההתנצלות מוטלת בספק באופן אינהרנטי,¹⁶⁶ או במקרים שבהם אין הנפגע מייחס חשיבות להתנצלות,¹⁶⁷ עלול הצדק המאחה לאבד במידה רבה מיתרונותיו, באשר מטרת איחוי הפגיעות עלולה שלא להיות מושגת.

קיומם של תומכים בעלי חשיבות למבצע העבירה עשוי להיות אף הוא פרמטר המסייע להעריך את מידת הצלחתו של הליך מאחה במקרה קונקרטי. כאשר אי אפשר לגייס אנשי תמיכה למבצע העבירה עולה החשש שההליך המאחה לא יצלח בהשגת המטרות השונות. ללא תומכים לא יחווה מבצע העבירה תחושות של "ביוש משקם", ולכן לא יושגו המטרות של הרתעה אישית ושיקום; ללא תומכים המגויסים לפקח על התנהגותו ולמנוע ממנו לפעול שוב ספק אם תושג מניעה; בהיעדר מסר מגנה מצד

163 דוגמה לכך היא השתתפותם של שופטים במעגלי גור דין בקנדה ובארצות הברית. השופט פסיבי לאורך הדין, אולם בסמכותו להימנע מלאמץ את החלטת המעגל או לאמצה בחלקה בלבד. ראו Goel, לעיל ה"ש 18, בעמ' 64.

164 דוגמה מצוינת לכך היא הליך היוועדות קהילתית שהתקיים בחסות עמותת מוזאיקה בירושלים בין נהג מונית ערבי לבין כמה צעירים בני העדה החרדית משכונת מאה שערים אשר תקפו אותו עם אחרים מבני הקהילה בחג פורים וביצעו בו, על פי כתב האישום, "ליניץ", עד כדי שרכבו הוצת וחייו היו בסכנה. ההליך כלל רבנים בני העדה, והמפגש הניב איחוי חומרי וסמלי מבחינת הנפגע. לאחר היוועדות דאגו מנהיגי העדה לפרסם מודעות בעיתונים המקומיים שבהם גינו את המעשה והבהירו כי "יש להוקיע את ההתגרות והפגיעה בערבים העוברים ושבים ברחובות". ריאיון עם נאוה קידר, מנהלת תחום צדק מאחה בעמותת מוזאיקה (9.12.2009).

165 ראו Bibas & Bierschbach, לעיל ה"ש 7, בעמ' 115–117 (מציינים כי כאשר מבצעי עבירה מתנצלים ההשלכות הן "profound", ומביאים את נתוני RISE באשר לשיעור הגבוה של מקרים שבהם מבצעי עבירה התנצלו בהליכי צדק מאחה. לעניין נתוני RISE באשר להתנצלות ראו לעיל ה"ש 108).

166 כפי שקורה לעתים במקרים של אלימות אינטימית. ראו Dancig-Rosenberg & Pugach, לעיל ה"ש 104, בעמ' 453–455.

167 למשל במקרים של עבירות רכוש במקומות מסחר המעסיקים מאבטחים בשכר. ראו SHERMAN & STRANG, THE EVIDENCE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70.

אנשים חשובים לפוגע, צפוי הגינוי להיות חלקי ולא אפקטיבי. אמנם אפשר לטעון כי בהיעדרה של מערכת תמיכה מבצע העבירה יתקשה להשתקם ולהימנע מפשיעה עתידית אף אם יטופל בהליך הפלילי. עם זאת במקרה כזה נדמה כי אפשר יהיה להשיג, לכל הפחות, את מטרת הגמול.¹⁶⁸

נוכח מתח פוטנציאלי העלול להתגלע בין מטרות שונות בנסיבות שונות של מקרים, נדמה כי המשפט הפלילי עשוי לצאת נשכר מהכרה בהליך המאחה ככלי נוסף על ההליך העונשי הקיים. יכולת הבחירה להחיל מי מהגישות, בכל מקרה על פי נסיבותיו, מאפשרת להעשיר את תמהיל המטרות שהמשפט הפלילי עשוי להשיג בנסיבות נתונות. דוגמה אקטואלית וכאובה לכישלוננו של ההליך העונשי להשיג רבות מן המטרות של המשפט הפלילי התעוררה בפרשת דריסתה של הילדה שחר גרינשפן.¹⁶⁹ הנאשם נהג בשכרות, עלה על אי תנועה, פגע בילדה והותיר אותה עם פציעה ונכות קשות. בית המשפט אישר את הסדר הטיעון שנחתם בין התביעה לבין סנגורו של הנאשם והטיל על הנאשם קנס, עבודות שירות ושליטת רישיון. לטענת משפחתה של הילדה הנדרסת, התביעה נמנעה מלשתף אותם בדבר שלבי ההליך השונים ומידרה אותם מהליך גיבוש הסדר הטיעון ומפרטיו,¹⁷⁰ הואיל ואלה לא הוכרו בעת ההליך כ"נפגעי עבירה" לעניין חוק זכויות נפגעי עבירה, בשל אי-תחולתו של החוק על נפגעי עבירות תאונות דרכים. הנהג הפוגע התראיין בתקשורת והביע התנצלות מהוססת ומתגוננת שהתמקדה, במידה רבה, בקשייו להתמודד עם מעשיו.¹⁷¹ בני המשפחה הביעו את זעמם בתקשורת על התנהלותן הפוגענית של רשויות האכיפה והמשפט, הן בהתעלמותן מן המשפחה בניהול ההליך והן בעונש המקל מאוד שהושת על הפוגע. עתירתם לבג"ץ נגד הסדר הטיעון נדחתה,¹⁷² עובדה אשר חיזקה בהם את תחושת אי-ההכרה בעוול שנגרם להם. הפרשה כולה גררה ביקורת ציבורית חריפה על המסר הבעייתי שנלווה לגזר הדין. נטען כי העונש אינו מרתיע, אינו משיג את מטרת הגמול ואינו מגנה. ההליך העונשי נכשל אפוא להשיג רבות ממטרותיו המוצהרות, לא כל שכן את מטרת איחוי הפגיעות והעצמת הנפגעים והקהילה.

168 הטיעון הרסטורטיביסטי גורס כי בכוחו של הצדק המאחה לגייס תומכים שלא היו מתגייסים לעזרתו של הפוגע אלמלא הליך זה. ואולם, ברור כי מבצעי עבירה מחוסרי משפחה, חברים וקשרים מקצועיים אחרים מציבים אתגר בפני הגישה המאחה.

169 ת"ד (שלום פ"ת) 5247-02-10 מדינת ישראל נ' פטריק (פורסם בנבו, 6.3.2011).

170 לסיפור משפחת גרינשפן מנקודת מבטה ראו זוהר שחר לוי "הוריה של שחר גרינשפן עתרו נגד הסדר הטיעון" מעריב nrg 23.1.2012 www.nrg.co.il/online/1/ART2/329/563.html; נתיב נחמני "הוא ריסק לאחתי את החיים וישלם רק קנס" מעריב nrg 7.3.2011 www.nrg.co.il/online/1/ART2/219/257.html.

171 לריאיון טלוויזיוני שנערך עמו ראו דנה סומברג "הדורס של שחר גרינשפן מדבר לראשונה: אני לא ישן בלילה" Mako חדשות 2 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-269edd0cdc6e731018.htm.

172 בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012).

האם הליך מאחה היה יכול להשיג בהצלחה תמהיל רחב יותר של מטרות במקרה האמור? נהייתה של משפחת הקרבן אחר ענישה מחמירה יש בה כדי להדגים את מוגבלותו של ההליך העונשי לספק מגוון עשיר של כלים שיאפשרו לנפגעים לקבל הכרה בפגיעה שבוצעה בהם. בהיעדר חלופות אחרות – כגון קבלת התנצלות כנה וישירה מן הפוגע, קיום דיאלוג אמתי עמו או קבלת פיצוי ישיר ממנו – נותרת הענישה המחמירה ככלי כמעט בלעדי בעיני הנפגעים לבטא את ההכרה מצד החברה ומצד הפוגע בחומרת העוול שחוו.¹⁷³ לו הייתה פתוחה בפניהם האפשרות להשתתף בהליך מאחה ולזכות במסגרתו להשמיע את קולם, לבטא את כאבם בפני הפוגע ולקבל התנצלות אמיתית ואולי אף פיצוי, ייתכן כי הצורך שלהם בענישה מחמירה היה פוחת בהרבה.¹⁷⁴ מחקרים בתחום הוויקיטימולוגיה מלמדים כי הצרכים והציפיות העיקריים של נפגעי עבירה מתבטאים בצורך בהעצמה ובביטחון, בצורך בקבלת הכרה בעוול שנגרם להם, בצורך בסדר ובמשמעות ובצורך בעיבוד החוויה.¹⁷⁵ במקרה המתואר גם הנהג הפוגע העיד כי חייו נחרבו וכי קשה לו לחזור לתפקוד רגיל. ליכולתם של הליכים מאחים לסייע בתהליך ריפויים של נפגעי העבירה באמצעות מתן מענה לצורכיהם נלווית השפעה גם על תהליך החלמתו של הפוגע ושל חברי הקהילה בכללותה.¹⁷⁶ בהליכי צדק מאחה העצמת הנפגע וההתמקדות בצרכיו עשויות לסייע אפוא בקידום מטרות אחרות.¹⁷⁷ הבמה שניתנת לנפגע העבירה לספר את סיפורו היא שמסייעת למבצע העבירה לעבור תהליך ממשי של שינוי. בהליך מאחה היה אפוא כדי לתרום להחלמתם של בני המשפחה ולשיקומו של הפוגע. אמנם ייתכן כי קיום מפגש ישיר בין בני המשפחה לבין הפוגע שבסיומו הסכם פיצוי ושיקום היה נתפס בעיני הציבור כתוצאה מקלה המחמיצה את מטרות הגמול, הגינוי וההרתעה הכללית, ואכן לא ברור אם וכיצד היה אפשר לממש בזמנית את מטרות האיחוי (באמצעות מפגש מאחה כן, פתוח וממצה) ואת מטרות הגמול, שהרי האיום בעונש פלילי היה בו כדי להטיל צל כבד על התנצלותו של הפוגע. עם זאת בהתחשב

Heather Strang & Lawrence W. Sherman, *Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice*, 2003 UTAH L. REV. 15, 28

174 מחקרים מלמדים כי פעמים רבות נפגעי עבירה מגיעים להליכי צדק מאחה כועסים ומלאי תחושות נקם, אולם ההליך המאחה מספק להם הזדמנות לספר באופן מלא את שעבר עליהם בעקבות הפגיעה ומאפשר להם לקבל התנצלות ממבצע העבירה ולהשתתף בעיצוב תכנית האיחוי. בעקבות זאת הם יוצאים מההליכים המאחים לאחר שתחושות הכעס שלהם שככו במידה ניכרת; רבים מהם מעידים כי הם חשים אמפתיה כלפי הפוגע, סולחים לו, ושאיפות הנקם כמעט אינן קיימות. ראו שם, בעמ' 28–31.

175 שם, בעמ' 20–25. ראו גם פרקש, לעיל ה"ש 71, בעמ' 80–81.

176 כפי שמסביר Zehr מבצע העבירה והנפגע כרוכים יחדיו בקשר כה הדוק וחזק, עד כי במובן מסוים הם מחזיקים במפתח האחד להחלמתו של האחר. ראו ZEHR, CHANGING LENSES, לעיל ה"ש 8.

177 ראו לדוגמה Michael S. King, *Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligent Justice*, 32 MELB. UNIV. L. REV. 1096 (2008).

באופן שבו הסתיים ההליך בפועל, בסופו של דבר ממילא לא התממשו מטרות הגמול, הגינוי וההרתעה הכללית.

סיום

במאמר זה הצענו מודל להמשגת מערכת יחסי הגומלין בין מטרות גישת הצדק המאחה לבין מטרות הגישה העונשית. הניתוח המוצע במאמר שולל את ההנחה האקסיומטית הרווחת שלפיה המשפט הפלילי משמעו הגישה העונשית. המשפט הפלילי הוא פלטפורמה פרוצדורלית ומהותית להסדרת התנהגות בתגובה לביצוע פשעים, וככזה הוא משרטט "מסגרת עבודה" (framework) שאפשר לצקת לתוכה תכנים ערכיים שונים. הגישה המאחה מספקת כלי חלופי למילוי המשפט הפלילי בתוכן ערכי. לכלי המאחה יתרונות ייחודיים, אך גם סיכונים בצדו. ביכולתו לקדם תכליות חברתיות וטיפוליות, אך לעתים במחיר ויתור על השגת התכלית הגמולית, במובנה הרטריביוטיביסטי. שימוש בכלי המאחה מחייב אפוא להכריע, בעיקר בעבירות חמורות, אם מוצדק לוותר על התכלית הגמולית לטובת תכליות המתמקדות בנפגע העבירה ובקהילה. עם זאת הניתוח המוצע מראה כי אין בצדק מאחה משום "פתרון קל" מבחינת מבצעי עבירה; אלו נדרשים, בהליכים מאחים, להתמודד עם השלכות מעשיהם ולקבל עליהם אחריות פעילה לאיחוי הפגיעות תוך מעורבות אקטיבית של בני משפחותיהם, של נפגע העבירה ושל תומכיו.

קבלתו של הצדק המאחה כפילוסופיה נוספת אפשרית לצדו של הצדק העונשי מרחיבה אפוא את הדרך שבה נתפס המשפט הפלילי בכללותו. הצדק המאחה מציע תמהיל שונה של מטרות המשפט הפלילי לעומת זה שמציע הצדק העונשי. המטרות התוצאתניות, ובכלל זה התועלתניות, מקבלות מקום מרכזי בתפיסת הצדק המאחה. לגמול ניתנת משמעות שונה מהותית. דיוננו מבקש אפוא לתרום גם לדיון בנוגע למשמעותו של הגמול במסגרת המשפט הפלילי. מבחינה מעשית ההמשגה שאנו מציעות חוזה מערכת רחבה, גמישה ודינמית של מטרות ופרוצדורות, שמתוכה אפשר לבחור תגובות ה"תפורות על פי מידה" לפשעים שונים בהקשרים שונים. נסיבותיו של כל מקרה ומקרה קובעות את משקלה היחסי של כל מטרה ועל פיו את הדרך שבה מבוצעת הלכה למעשה הסינרגייה בין שתי הפילוסופיות. פרמטרים מסוימים, כמו אלו שנדונו בחלקו הקודם של המאמר, עשויים לסייע בניבוי מי מן הגישות מתאימה יותר בנסיבות שונות. הם עשויים גם לרמוז על המידה שבה כל אחת מהגישות מסוגלת להגשים את המטרות השונות. מאחר ששיטות משפט שונות מייחסות משקל סגולי שונה לכל אחת ממטרות המשפט הפלילי, יש בנייתו כדי לסייע בקבלת החלטות המבוססות על שילוב בין הערכות עובדתיות לדירוג ערכי בין מטרות.

מבחינה מתודולוגית ניתוחנו, המבוסס על המשותף והייחודי לשתי הגישות תחת כנפי המשפט הפלילי, עשוי להוות צעד ראשון בהבניית שילובם של הליכים חלופיים שונים כחלק מארגז הכלים של המשפט הפלילי.¹⁷⁸ כפי שאפשר לזהות את הצדק המאחה כפניו ה"אחרות" של המשפט הפלילי, כך אפשר להתייחס למסגרות רעיוניות אחרות כמגשימות את מטרותיו ומשום כך הן למעשה חלק ממנו. ייתכן שאפשר, לדוגמה, להרחיב את שאיפות המשפט הפלילי אל מעבר למטרותיו המסורתיות באופן שיכיל גם מטרות נוספות הרצויות מבחינה חברתית.¹⁷⁹ המודל המוצע עשוי לסייע בפיתוח פרמטרים מנחים לזיהוי התגובות הרצויות לפי הנסיבות המשתנות ולפי מידת החשיבות הנתונה של כל מטרה. ממצאים אמפיריים יכולים להדריך במציאתם של פרמטרים נוספים לניבוי יעילותה של כל אחת מהגישות. למשל, יהיה מעניין לבחון אם במניע לפשיעה (אקספרסיוניסטי או תועלתני) יש כדי לנבא את הצלחתה של מי מהגישות. מעניין יהיה לבחון גם מבחינה אמפירית אם אפשר לייחס למי מהגישות יתרון ברור על פני חברתה לפי מאפיינים כגון סוג העבירה, גילו של מבצע העבירה ועברו הפלילי. מלבד חשיבותם של מחקרים אמפיריים, הניתוח המוצע חושף את אפשרות קיומה של מערכת משפט פלילי פלורליסטי אשר מתוכה נבחרים, באופן אקלקטי, ערכים ופרוצדורות בכל מקרה ומקרה לשם מתן מענה מיטבי לצרכים המתעוררים במסגרתה.

178 ראו KING, FREIBERG, BATAGOL & HYAMS, לעיל ה"ש 35, המאגדים רפורמות מודרניות כגון משפט טיפולי, צדק מאחה, הליכים חלופיים (ADR), משפט מונע, בתי משפט פותרי בעיות ומשפט הוליסטי תחת קורת גג אחת של "משפט לא-אדברסרי".
179 ראו WEXLER & WINICK, לעיל ה"ש 136, בעמ' xvii.