

ביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק: בין מינהלי לפלילי

מאת

עדיאל זימרן* ונתנאל דגן**

קיימות מספר דוקטרינות המאפשרות לנאשם להעלות טענות כנגד התנהלותן של רשויות החקירה והתביעה במסגרת ההליך הפלילי. קבלת טענות אלו עשויה להצדיק מתן סעד מינהלי לנאשם. ההצדקה לביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק בהליך הפלילי זכתה לתשומת לב בספרות ובפסיקת בית המשפט העליון. אולם, השאלות המתעוררות בהענקת סעד מינהלי במסגרת ההליך הפלילי – הנוגעות לקו הגבול שבין המשפט הפלילי והמינהלי – טרם זכו לניתוח מעמיק. מטרת המאמר היא להציע ניתוח תיאורטי, נורמטיבי ופוזיטיבי של הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי והסעדים הניתנים במסגרתה. המאמר מגדיר שתי גישות עקרוניות לביקורת השיפוטית בהליך הפלילי: (א) גישה מעורבת, לפיה תכלית הביקורת על התנהלות הרשות בהליך הפלילי היא מנהלית; ו-(ב) גישה אורגנית, לפיה הביקורת השיפוטית על התנהלות הרשות כפופה לעקרונות המשפט הפלילי. בחלק השני מוצגים שלושה רציונלים לשמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי התומכים בגישה האורגנית, ובהתאם לכך, בחלק השלישי מוצעת קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים המקדמים עקרונות של המשפט הפלילי בהתאם לגישה האורגנית: (א) סעד אפיסטמי; (ב) סעד מעניק לגיטימציה; ו-(ג) סעד מפצה. בחלק הרביעי, המאמר מנתח את הדין המצוי ומצביע על התפתחות דו-מישורית בפסיקת בית המשפט העליון: (א) הרחבת היקף הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי; ו-(ב) העתקת המיקום הגיאומטרי של הסעד המנהלי משער הכניסה להליך הפלילי לליבת ההליך ולקביעת האשמה והעונש. בחלקו האחרון של המאמר, מוצע מתווה, המשתלב עם הדין המצוי, לאתגרים העולים ביישום הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי ובהענקת הסעד המינהלי.

מבוא. א. הצדקת הביקורת המינהלית בהליך הפלילי: גישה מעורבת וגישה אורגנית. ב. שמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי במתן הסעד: שלושה רציונלים. 1. שמירה על מידתיות בענישה. 2. שמירה על איכות הגינוי העונשי. (א) פגיעה במסר המגנה: מישור הנאשם וההליך הפלילי. (ב) פגיעה במסר המגנה: מישור הקהילה וההליך הפלילי. (ג) חשש מהחדרת תורת האיזונים להליך הפלילי. ג. סעדים מינהליים בשירות ההליך הפלילי: קלסיפיקציה משולשת. 1. סעד אפיסטמי: סעד שתכליתו למנוע עיוות דין והרשעת שווא. 2. סעד מעניק לגיטימציה: סעד שתכליתו לשמור על טוהר ההליך. 3. סעד מפצה: סעד שתכליתו לפצות את הנאשם על הפגיעה בו. ד. הדין הפוזיטיבי: מגמות בהתפתחות הביקורת השיפוטית במסגרת ההליך הפלילי. 1. שלב ראשון: שמירה על טוהר ההליך הפלילי והגינוי. (א) חקיקת ההגנה מן הצדק ומשמעותה במישור הסעד. (ב) דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – אימוץ המודל המניעתי. 2. שלב שני: ביקורת שיפוטית המקדמת את עקרונות המשפט המינהלי. (א) ביקורת שיפוטית בהליך הפלילי ושאלת הסעד – שינוי המקום הגיאומטרי. (ב) המרת סעיף אישום במסגרת הגנה מן הצדק: חדירת הסעד המינהלי לליבת ההליך הפלילי. ה. אתגרים בחדירת אמות מידה מינהליות להליך הפלילי – בפסיקה בית המשפט העליון. ו. הגישה הראויה לביקורת מינהלית במסגרת ההליך הפלילי: הצעת מתווה. 1. הפרדה בין סעד אפיסטמי וסעד מעניק לגיטימציה (הגנה מן הצדק) לבין סעד

* ד"ר לפילוסופיה ועורך דין במשרד אגמון, מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית ובמרכז האקדמי פרס.

** מרצה, המכון לקרימינולוגיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות למערכת כתב העת ולעורכי כתב העת **משפטים** על עבודה יסודית ומעמיקה שתורמה רבות למאמר וכן לקורא האנונימי. המחברים מבקשים להודות עוד למירי גור אריה, חמדה גור אריה, אלון הראל, רות קנאי ורון שפירא על הערותיהם המועילות לטיטוט המאמר.

מפצה (ביקורת מינהלית). 2. המסגרת לפיצוי הנאשם בגין פגמים שנפלו בניהול ההליך הפלילי. ז.

סיכום.

מבוא

בהליך הפלילי עומדים לנאשם שלושה אפיקים מרכזיים לטעון להגנתו: לעורר ספק סביר באשמתו במישור הראייתי; להעלות טענות הגנה במישור המהותי (למשל, טענות לתחולת סייגים לאחריות פלילית); או להעלות טענות במישור המינהלי כנגד התנהלות רשויות החקירה והתביעה הפלילית (להלן: **הרשות**).¹ בשנים האחרונות, הולכת וגוברת ההכרה במשפט הישראלי בחשיבות שיש בהעלאת טענות בעלות אופי מינהלי, במסגרת ההליך הפלילי, הנוגעות להתנהלות הרשות.² אפשרות זו מוכרת, בשינויים מסויימים, גם בדוקטרינות שפותחו במדינות המשפט המקובל, כדוגמת הדוקטרינה האנגלית של הגנה מן הצדק (abuse of process),³ והדוקטרינות האמריקניות של התנהגות בלתי נסבלת של הרשות (outrageous conduct),⁴ וביטול ההליך מטעמי צדק (dismissal in the interest of justice),⁵ או בידי מושבעים (nullification) אשר עוסקות, כל אחת בדרכה, בביקורת על התנהלות הרשות.⁶ בספרות ובפסיקת בית המשפט העליון בישראל נדונה החשיבות של הביקורת המינהלית על שיקול דעת הרשות כחלק מההליך הפלילי, והוסבר כי יש לראות בכך שלב נוסף בהגנה על זכויות הנאשם ובפיתוחו של המשפט המינהלי.⁷

במישור העקרוני, ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל נעשית בגדרי המשפט המינהלי, הנתון לסמכותם של בתי המשפט המינהליים ובית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. היקף הביקורת השיפוטית המופעלת על הרשות במסגרת זו אינו מוגבל, ובית המשפט רשאי לעשות שימוש בכל הכלים העומדים לרשותו בהתאם לכללי המשפט המינהלי. בהתאם לכך, בעבר היה נהוג כי עתירות הנוגעות להתנהלות רשויות החקירה והתביעה נדונו רק בפני בית המשפט הגבוה לצדק בהליך נפרד מההליך הפלילי.⁸ גישה זו נסדקה עם השנים, בעקבות התבססותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי, לפיה בית המשפט הפלילי רשאי לתקן או לבטל כתב אישום במקרה בו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".⁹ החידוש במתן סמכות לבית המשפט הפלילי לעסוק בביקורת מינהלית אפוא הוא כפול: **ראשית**, הדבר אינו מחייב הליך נפרד ועצמאי

¹ ראו כללית: ANDREW ASHWORTH & MIKE REDMAYNE, THE CRIMINAL PROCESS, CH. 9, 11 (2010) (להלן: ASHWORTH & REDMAYNE).

² במאמר זה נתמקד בהתנהלות רשויות החקירה והתביעה. בין הגורמים הנוספים שניתן להעלות נגד התנהלותם טענות בהליך הפלילי ניתן למנות, בין היתר, את שירות המבחן, שירות בתי הסוהר, רשויות השיקום בקהילה או גופי מינהל אחרים (למשל, גופים המופקדים על מתן רישיון שהייה בישראל או הענקת רישיונות אחרים) אשר החלטותיהם עומדים בזיקה להליך. ראו כללית: יעקב שקד **תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים** 203-204 (2020) (להלן: שקד **תקיפה עקיפה**).

³ ראו (1993) ANDREW L.T. CHOO, ABUSE OF PROCESS AND JUDICIAL STAYS OF CRIMINAL PROCEEDING (להלן: Choo); ASHWORTH & REDMAYNE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273-271.

⁴ ראו Stephen A. Miller, *Case for Preserving the Outrageous Government Conduct Defense*, 91 NW. U. L. REV. 305 (1996). דוקטרינה זו חלה בעיקר במקרים של מעורבות הרשות בביצוע העבירה כדוגמת הדחה של נציג הרשות לביצועה (entrapment).

⁵ ראו (2015) Valena E. Beety, *Judicial Dismissal in the Interest of Justice*, 80 MO. L. REV. 629, 653-656. אפשרות זו קיימת בכמה ממדינות ארצות הברית. כך למשל קובע החוק בקליפורניה ("The judge or magistrate may, either of his or her own motion or upon the application of the prosecuting attorney, and in furtherance of justice, order an action to be dismissed").

⁶ לדיון בדוקטרינה זו ראו Caisa Elizabeth Royer, *The Disobedient Jury: Why Lawmakers Should Codify Jury Nullification*, 102 CORNELL L. REV. 1401 (2016); רינת קיטאי-סגניר "הגנה מן הצדק מול סמכות Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עבירה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה" **המשפט** יד, 513 (תשע"א).

⁷ ראו להלן בפרק ג למאמר בדיון.

⁸ ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, פסקה 26 (1990); בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד**, פ"ד מו(3) 501 (1992); בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע** פ"ד נג(3) 289, 307 (1999). ראו רות גביון **שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם** 81 (1991); רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" **ספר אליהו מצא** 529, 536 (אהרן ברק, אילה פרוקציה, שרון חנס ורענן גלעדי, עורכים, 2015) (להלן: גלעדי "ביקורת מינהלית").

⁹ ראו סעיף 149(10) **לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]**, **תשמ"ב-1982** (להלן: **חסד"פ**).

בפני ערכאה מינהלית ומעניק את סמכות הביקורת לידי הערכאה הדיונית; **ושנית**, הדבר מאפשר הפעלת ביקורת שיפוטית רחבה על התנהלות הרשות.

פסיקת בית המשפט העליון עמדה ברבות השנים על כך שלערכאה הפלילית יש יכולת טובה יותר לפקח על התנהלות הרשות, וחשוב מכך, גמישות רבה בהענקת סעד מתאים, ההולם את נסיבות המקרה. כפי שנראה להלן, הצורך בגמישות בהענקת הסעד המינהלי במסגרת ההליך הפלילי משתקף היטב בשינויים שחלו בפסיקה ביחס לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. בעוד שבשנות ה-90, הפסיקה התמקדה בעיקר במבחנים הנורמטיביים לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ושאלת הסעד הייתה משנית לה בחשיבות, בשנים האחרונות האפשרות להחלתה של הדוקטרינה הורחבה מאוד ומוקד הדיון עבר לשאלת הסעד הראוי.¹⁰ בהמשך לכך, בעוד שבעבר תחולת הדוקטרינה הייתה מצומצמת והחלתה הובילה לביטולו של ההליך הפלילי, הרי שבשנים האחרונות המגמה היא לאפשר לנאשם להעלות בהליך הפלילי את כל סוגי הטענות המינהליות במסגרת דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, ולהתאים את הסעד לעצמת הפגם.¹¹ בעניין **ניר-עם כהן** הוסבר כי בין ההצדקות להעברת הסמכות לביקורת מינהלית לבית המשפט הפלילי מצוי מגוון הסעדים העומדים לרשותו כדי לתקן את הפגם המינהלי.¹² בהמשך לכך, בעניין **פרץ**¹³ ולאחר מכן בעניין **ורדי**,¹⁴ הודגשה הגמישות שיש לבית המשפט הפלילי, במישור מתן הסעד, לריפוי הפגם. במקביל להתרחבות התחולה של הביקורת השיפוטית והגמישות במתן הסעד, עם השנים חל שינוי גם במקום הגיאומטרי של

¹⁰ ראו ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: **עניין יפת**). עם השנים, ובעקבות עיגון הדוקטרינה בחוק הישראלי, היא הורחבה בצורה ניכרת והתקבלה גם במקרים פחות קיצוניים, בהם התנהלה הרשות "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". לדיון בהיסטוריה של הדוקטרינה במשפט הישראלי ובמשפט המשווה ראו בהרחבה: ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** (2003) (להלן: **נקדימון, הגנה מן הצדק**). גישה זו הובילה את הפסיקה לריכוך מבחני הסף לתחולת הגנה מן הצדק אשר הוכרו בפסק הדין המנחה בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פ"ד נ(6) 776 (2005) (להלן: **עניין בורוביץ**), אשר עיצב את דוקטרינת הגנה מן הצדק במשפט הישראלי. בעניין **בורוביץ** נקבעו שלושה מבחנים מצטברים לתחולת ההגנה, שני המבחנים הראשונים הם עוצמת הפגם והפגיעה בתחושת הצדק, ואילו המבחן השלישי הוא מבחן הסעד הראוי. הפסיקה אינה חד משמעית האם המבחנים שנקבעו בעניין **בורוביץ** נותרו תקפים גם לאחר תיקון החוק. להצגת הדילמה ראו: רע"פ 4562/11 **מוחתסב נ' מדינת ישראל**, פסקה 3(ג) לפסק דינו של השופט עמית (07.03.2013) (להלן: **עניין מוחתסב**). לדעות הסוברות שהמבחנים לתחולת הדוקטרינה נותרו כפי שהיו ראו: ע"פ 3/10 **אוחנה נ' מדינת ישראל**, פסקה 40 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (27.12.2012); רע"פ 7953/11 **חברת פ.מ.מ. מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסקאות ז-ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (30.11.2011). גישה שונה ראו: ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (31.12.2015) (להלן: **עניין אגבריה**); ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 47 לפסק דינו של השופט הנדל (1.3.2017) (להלן: **עניין גוטסדינר**).

¹¹ ראו רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א'" **הסניגור** 190, 4 (2013); גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב'" **הסניגור** 202, 4 (2014); גלעדי "ביקורת מינהלית", לעיל ה"ש 8. ראו גם: דפנה ברק-ארז "איכפה בררנית: מן הזכות לסעד" **הסניגור** 200, 14 (2013). לאחרונה, קיימת נסיגה ממגמה זו ראו, למשל, בפסק דינו של השופט סולברג ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (5.5.2020) (להלן: **עניין רותם**) ובדיון להלן בפרק ד למאמר.

¹² ראו בג"צ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה**, פסקה 5 (6.2.2006) (להלן: **עניין ניר עם כהן**) ("להורות על ביטולם של אישומים ספיציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום"). שתי ההצדקות הנוספות הן: טעמי חסכון ומניעה של התארכות ההליך הפלילי ויתרונה של הערכאה הפלילית בשאלות עובדתיות שעשויות להתעורר במסגרת הטענות המנהליות. לסקירת פסיקה של מקרים בהם הופעלה דוקטרינת הביקורת המינהלית בערכאות הדיוניות ראו שקד **תקיפה עקיפה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 220-219.

¹³ ראו ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ**, פסקה 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (10.9.2013) (להלן: **עניין פולדי פרץ**) ("התפיסה המסורתית גרסה כי יש להעלות טענות בעניין פגמים שנפלו בהגשת כתב האישום במסגרת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי... בעניין ניר עם כהן הוצג – להשקפתי – אפיק נוסף להעלאת הטענה, וזאת על דרך העמדת ההחלטה המינהלית בדבר הגשת כתב האישום לביקורת שיפוטית בהליך הפלילי"). על אף שפסק הדין אינו מכריע כי קיים הליך מנהלי עצמאי במנותק מהמסגרת של הגנה מן הצדק, השופט פוגלמן קובע כי ניתן לבחון את כל הטענות המנהליות גם במסגרת הגנה מן הצדק ובכך למעשה הוא פותח את שער הכניסה לכל סוגי הטענות המנהליות. עמדה דומה נשמעה על ידי השופט מלצר ברע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי**, פסקה 98 לפסק דינו של השופט מלצר (31.10.2018) (להלן: **עניין ורדי**); בדומה לכך, גלעדי "דוקטרינת הביקורת", לעיל ה"ש 8, בעמ' 545, הסביר כי בתי המשפט לא תמיד עורכים הבחנה בין הגנה מן הצדק לבין ביקורת שיפוטית בהליך הפלילי, אולם כך או כך הם פתוחים לקבל טענות מנהליות במסגרת ההליך. גישה דומה הובעה גם בעניין **מוחתסב**, לעיל ה"ש 10, פסקה 3(ב) לפסק דינו של השופט עמית. לדיון בשאלת היקף החובות המנהליות בהליך הפלילי ראו: בש"פ 7955/13 **פלוי נ' מדינת ישראל** (10.4.2014); רענן גלעדי "חידוש במשפט המנהלי-פלילי – בש"פ 7955/13 פלוי: הנאשם זכאי לקבל את הנמקת ההחלטה המנהלית להעמידו לדין, אך ורק לאחר שיתקוף אותה" **הסניגור** 208, 4 (2014).

¹⁴ ראו **עניין ורדי**, שם, פסקה 9(ה) לפסק דינו של השופט מלצר ("ואכן, ריבוי הסעדים העומדים לרשות בית המשפט בקובעו כי נידון זכאי להגנה מן הצדק – עד כדי ביטול כתב האישום, משרת ערכים חשובים דוגמת זכותו של אדם לכבוד, לשוויון ולהליך הוגן"). קביעה זו הושמעה בפסקי דין נוספים. לדוגמה: ע"פ 6471/00 **הר-שפי נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(3) 756, 763 (2002); ע"פ 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 15 (12.8.2012) (להלן: **עניין סלכגי**).

מתן הסעד בהליך הפלילי: בעוד בתחילה הסעד הוענק רק בשער הכניסה להליך הפלילי (במסגרת טענה מקדמית), עם השנים החל הסעד המנהלי לחלחל לליבת ההליך הפלילי ולהשפיע אף על קביעת האשמה והעונש.¹⁵

לאורך השנים, נשמעו אף קולות ביקורתיים ביחס לקשיים שמגמות אלו מעוררות. לאחרונה, בעניין **רותם**, בית המשפט העליון אף צימצם את היקף הביקורת השיפוטית שבית המשפט רשאי לערוך על רשויות התביעה, תוך כדי שהוא עמד על הקשיים הקונספטואליים והמעשיים הכרוכים בעירוב התחומין שבין המשפט המינהלי לפלילי, וציין כי "הן המבקשים ליצור דוקטרינת ביקורת מנהלית חדשה, הן המבקשים להרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לא נתנו דעתם על השאלה, כיצד יוכל אבר זר – הליך מינהלי-חוקתי – להישתל ולהשתלב ברקמת ההליך הפלילי".¹⁶ בנוסף, במישור המעשי, פסיקת בית המשפט העליון טרם קבעה מבחנים ברורים למתן הסעד, היקפו וגדריו, וסוגיה זו, על השלכותיה התיאורטיות, הנורמטיביות והמעשיות, אף טרם נדונה בהרחבה בספרות.¹⁷

מאמר זה עוסק באתגרים התיאורטיים, הנורמטיביים והפוזיטיביים המתעוררים במפגש שבין המשפט המינהלי לפלילי, ובגבולות הסעד המינהלי שראוי להעניק במסגרתו.¹⁸ במישור ה**תיאורטי**, עולה שאלת תכלית הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי; מיקומו הגיאומטרי של קו הגבול בין המשפט הפלילי והמינהלי במתן הסעד; ושאלת ההגדרה והמיון של הסעדים המינהליים השונים הניתנים בהליך הפלילי. במישור ה**נורמטיבי**, מתעוררת השאלה עד כמה ראוי כי ההליך הפלילי יהיה מושפע משיקולים שאינם קשורים בצורה ישירה לעקרון האשמה; עד כמה, אם בכלל, ראוי להחדיר להליך הפלילי את תורת האיזונים של המשפט המינהלי; ומהם גבולותיו הראויים של הסעד המינהלי בהליך הפלילי. במישור ה**פוזיטיבי** מתעוררות שאלות בעניין היחס בין עיקרון ההלימה, העומד במוקד גזירת הדין, לבין מתן הסעד המינהלי, הממוקם בחקיקה המסדירה את הדיון הפלילי; כמו גם שאלת היחס בין הדוקטרינות השונות המאפשרות מתן סעד מינהלי בפסיקה הישראלית – הגנה מן הצדק והביקורת המינהלית בפלילים.

לצורך המאמר נגדיר את המונח "סעד מינהלי" כדלקמן: סעד מינהלי הוא סעד אשר ניתן על ידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי בגין פגם שנפל בהתנהלות הרשות כחלק מהפעלת ביקורת שיפוטית על פעולתה. הסעד המינהלי ניתן על ידי בית המשפט במישור מערכת היחסים שבין בית המשפט לרשות המינהלית ובלא

¹⁵ ראו להלן בפרק 5. למאמר.

¹⁶ ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 11, בפסקה 42 לפסק הדין. במועד כתיבת הדברים השאלה המשפטית בעניין תחולת דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים שעמדה ביסוד פסק הדין נקבעה לדיון נוסף בהרכב מורחב. לדיון בפסק הדין והשלכותיו ראו להלן בחלק 6 למאמר.

¹⁷ ראו גלעד, דוקטרינת הביקורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 535 ("התרחבותה של ההגנה מן הצדק והביקורת המנהלית בהליך הפלילי בכלל, היא תופעה יחסית חדשה במשפט הישראלי אשר הולכת ומתרחבת במהירות ושאלות רבות דרושות ליבון"); ע"פ 371/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (30.04.2008) ("ההגנה מן הצדק.... בהחלט צפויה להתפתחויות נוספות בעתיד. אלו יביאו לכך שערכים של צדק והגינות משפטית ילוו – עתה במצוות המחוקק – את ניהול ההליך הפלילי"); עניין **ורדי**, לעיל ה"ש 13, פסקה 93 לפסק דינו של השופט מלצר, ע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל** (1.9.2009).

¹⁸ המאמר יתמקד בשאלות הנורמטיביות המתעוררות בהענקת הסעד המינהלי על ידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי ולא בביקורת על הפעלת שיקול דעתה של התביעה בהגעה להסדר טיעון. לדעתנו, על אף שקיימים קווי דמיון בין המקרים הנדונים במאמר לבין שיקול דעת התביעה בעריכת הסדרי טיעון, הקשיים התיאורטיים והנורמטיביים אשר מתעוררים בשני המקרים הם שונים ומצדיקים דיון נפרד. זאת, שכן התביעה הפלילית, בהיותה הרשות המבצעת, אמונה על הגשמת האנטרס הציבורי והגנה על שלום הציבור. בניגוד לכך, בית המשפט אמון על הגשמת תכליותיו של המשפט הפלילי ואשר במרכזן עיקרון האשמה. ראו כללית Kate Stith, *The Arc of the Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion*, 117 YALE LJ 1420 (2007). לדעת חלק מהכותבים, הסדר טיעון הוא חוזה אזרחי או מנהלי ואינו חלק אינטגרלי מהמשפט הפלילי. ראו לדוגמה: Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract* 101 YALE L.J. 1909 (1992). לדיון על כך בפסיקה ראו: בג"צ 218/85 **ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב**, פ"ד מ(2) 393 (1986); בג"צ 634/11 **באשה נ' מדינת ישראל – התביעה הכללית** (27.7.2011). יש לציין כי בנוגע להגנת זוטי דברים הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, **התשל"ז-1977** (להלן: **חוק העונשין**), קיים דיון ער עד בשאלה האם בית המשפט רשאי לשקול שיקולים מנהליים ששוקלת התביעה בהגשת כתב אישום. ראו מרים גור אריה "חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטורות ככלי פרשני: פרשת העינויים וההגנה של זוטי דברים כהמחשה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 401 (2010); מירי גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" **משפטים** כד 9 (1995); דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" **הפרקליט** לה 155 (1984).

קשר לשאלת אשמתו של הנאשם.¹⁹ נדגיש כי המונח "סעד מנהלי" משמש במאמר להצדקות למתן הסעד המנהלי,²⁰ כאשר הסעד הקונקרטי עצמו שבית המשפט מעניק עשוי לבוא לידי ביטוי אף בהיבטים עונשיים (כדוגמת הקלה בעונש).

המאמר כולל חמישה חלקים עיקריים: בחלק הראשון, מוצגות שתי גישות עקרוניות לביקורת שיפוטית על הרשות בהליך הפלילי: הגישה המעורבת, לפיה תכלית הביקורת היא מנהלית, והגישה האורגנית, לפיה הביקורת המנהלית כפופה לעקרונות המשפט הפלילי. בחלק השני מוצגים שלושה רציונאלים לשמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי התומכים בגישה האורגנית: (א) שמירה על מידתיות ושוויון בענישה; (ב) שמירה על איכות הגינוי העונשי בין המדינה לנאשם ובין המדינה לקהילה; (ג) חשש מחידרת תורת האיזונים למשפט הפלילי. בהתאם למסקנה זו, בחלק השלישי מוצעת קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים המקדמים עקרונות של המשפט הפלילי ומוצדקים לפי הגישה האורגנית: (א) סעד אפיסטמי; (ב) סעד מעניק לגיטימציה; ו-(ג) סעד מפצה. המאמר מבחין בין סעדים אלו, ועומד על ההצדקות להם, תכליותיהם וגבולותיהם, על בסיס שיקולים תיאורטיים ונורמטיביים. בהמשך לכך המאמר עומד על חשיבותו של המיקום הגיאומטרי בהענקת הסעד במסגרת ההליך הפלילי. המאמר עומד על כך שבעוד שהסעד האפיסטמי והסעד מעניק-הלגיטימציה מהווים תנאי לקיומו של ההליך הפלילי ואינם חודרים לליבת ההליך, הסעד המפצה חודר לליבת ההליך ועשוי להוות שיקול בקביעת העונש ולעיתים אף האשמה; בחלק הרביעי, המאמר מנתח את הדין המצוי ומצביע על התפתחות בפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי בשני מישורים: הרחבת היקף הביקורת השיפוטית על הרשות בהליך הפלילי ושינוי המיקום הגיאומטרי של הענקת הסעד המנהלי משער הכניסה להליך הפלילי לליבת ההליך – לקביעת האשמה והעונש. בסוף חלק זה מציג המאמר הדי ביקורת שנשמעו בפסיקת בית המשפט העליון על טשטוש קו הגבול שבין המשפט הפלילי למנהלי, ואף קולות הקוראים לריסון הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי. בחלק האחרון של המאמר, מוצע מתווה נורמטיבי, המשתלב עם הדין המצוי, לאתגרים העולים בביקורת השיפוטית במסגרת ההליך הפלילי ובפרט בהענקת הסעד: (א) הבחנה בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק הממוקדת בשמירה על טוהר ההליך הפלילי לבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים הממוקדת בפיצוי הנאשם; ו-(ב) תחימת הסעד המפצה לגבולות מתחם העונש ההולם בלבד.

א. הצדקות לביקורת מינהלית בהליך הפלילי: גישה מעורבת וגישה אורגנית

תחילה נציע להבחין בין שתי גישות עקרוניות ביחס למהותה של הביקורת המינהלית בהליך הפלילי. במסגרת הגישה הראשונה, אותה נכנה **גישה מעורבת**, בית המשפט הפלילי רשאי לערוך ביקורת מינהלית על פעולת הרשות בהתאם לכללי המשפט המינהלי, וזאת במנותק ממטרות ההליך הפלילי. גישה זו, אפוא, מערבת במסגרת ההליך הפלילי, "איים" מובחנים של משפט מינהלי, וזאת על אף שיתכן שהסעד שינתן במסגרתם ישפיע על תוצאות ההליך הפלילי.

ההצדקות לגישה המעורבת נעוצות בכוחה הרב של הרשות ובעובדה שהחלטות הרשות בהליך הפלילי כרוכות מניה וביה בפגיעה בזכויותיו הבסיסיות של הנאשם ולכן קיימת חשיבות מיוחדת בביקורת השיפוטית על התנהלותה. בנוסף, על אף שרשויות החקירה והתביעה הן רשויות מנהליות, הן פועלות כבר מראשית הדרך במסגרת ההליך הפלילי, תוך מטרה לקדם את מטרותיו והן אף כפופות להסדרים הדיוניים

¹⁹ ראו להלן בפרק ג.1. בדיון באבחנה בין הסעד האפיסטמי לבין הערכת קבילות או משקל של ראיות על פי דיני הראיות.
²⁰ ראו להלן בפרק ג בו אנו מציעים שלוש הצדקות מרכזיות למתן סעד מנהלי במסגרת ההליך הפלילי. הצדקות אלה מכתבות גם את הסעד הקונקרטי שיינתן אולם יש להבחין בין ההצדקות למתן הסעד לבין הסעד הקונקרטי שניתן.

והראייתיים הפליליים.²¹ טעמים אלו, ובראשם הצורך לפקח ולבקר את התנהלותה של הרשות, מצדיק את מתן האפשרות לבית המשפט לערוך ביקורת מינהלית שגרתית בהתאם לכללי המשפט המינהלי כבר במסגרת ההליך הפלילי, סמוך לקבלת ההחלטות בידי הרשות, ולא לבחון אותן לאחר קבלת ההחלטה בהליך מינהלי נפרד.²²

על פי הגישה המעורבת, על אף שהביקורת על התנהלות הרשות נעשית במסגרת ההליך הפלילי היא לא נועדה בהכרח לקדם את תכליות המשפט הפלילי. בחלק מהמקרים היא אף עומדת במתח עם תכליותיו ועקרונותיו של המשפט הפלילי והצדקתה מבוססת על תכליות המשפט המינהלי.²³ יש לציין כי בגישה זו, מכיוון שהביקורת המינהלית נעשית במסגרת ההליך הפלילי, מוצדק שהסעדים שינתנו על ידי בית המשפט – על אף שההצדקות להן הן הצדקות מנהליות – יהיו במסגרת מערכת היחסים שבין בית המשפט והנאשם (למשל, במישור העונשי). כך לדוגמה, במקרים בהם נפל פגם בהתנהלות הרשות, הפחתה בעונשו של הנאשם עשויה להיות סעד ראוי, וזאת כדי להבטיח את הרתעת הרשות מפני הישנות של תקלות מעין אלו בעתיד. יש להדגיש כי על פי הגישה המעורבת גם במקרים בהם הסעד מוביל להקלה בעונשו של הנאשם הוא מוענק בראש ובראשונה לצורך קידום תכליות המשפט המינהלי ולא לשם קידום תכליות המשפט הפלילי.²⁴

במסגרת הגישה השנייה, אותה נכנה **גישה אורגנית**, ההליך הפלילי צריך להישמר נקי מתכליות חיצוניות לו. בהתאם לכך, המשפט הפלילי חייב להישאר ממוקד אך ורק בשאלת האשמה של הנאשם והעונש ההולם את נסיבות העבירה. עם זאת, אף בגישה זו ישנה חשיבות לביקורת מינהלית במסגרת ההליך הפלילי. זאת, במקרים בהם הביקורת המינהלית עשויה לקדם את תכליותיו של המשפט הפלילי עצמו, והחשש כי בלא קיומה של ביקורת מינהלית תכליות המשפט הפלילי עצמו יפגעו. על פי הגישה האורגנית, במקרים אלה – ורק בהם – נכון להעניק את הסעד המנהלי במסגרת ההליך הפלילי. לעומת זאת, במקרים בהם הסעד המנהלי אינו מקדם את תכליות המשפט הפלילי, וקל וחומר במקרים בהם הוא עומד במתח עם עקרונותיו, לא ראוי להעניקו במסגרת ההליך הפלילי ויש לפנות לאפיקים משפטיים אחרים.

כפי שיובהר עוד להלן, ההבדל בין שתי הגישות המתוארות לא בא לידי ביטוי בעצם קיומה של הביקורת המינהלית, שכן זו אף זו מאפשרות לבית המשפט הפלילי לערוך ביקורת שיפוטית על התנהלות הרשות. עם זאת, השוני בין תכליות הביקורת בשתי הגישות האמורות עשוי לקבל ביטוי משמעותי בשאלת הסעד שיינתן על ידי בית המשפט. על פי הגישה המעורבת, הסעד מכוון לקדם תכליות מנהליות והוא ניתן במישור היחסים של בית המשפט עם הרשות המינהלית (ולא במישור היחסים של בית המשפט והנאשם). בגישה זו, בית המשפט אינו מוגבל בהענקת הסעד בשל העובדה שהסעד ניתן במסגרת ההליך הפלילי, וסוג הסעד יותאם לעוצמת הפגם המינהלי. כך למשל, יתכן כי רק בשל הפגם המינהלי יפחית בית המשפט בעונשו של הנאשם או לחלופין ימיר את סעיף האישום לסעיף מקל יותר וזאת ללא קשר לשאלה האם הדבר מקדם את תכליות ההליך הפלילי. לעומת זאת, על פי הגישה האורגנית, מרחב הסעדים שבית המשפט רשאי להעניק לנאשם מוגבל לסעדים המשתלבים עם תכליות ההליך הפלילי בלבד. אף בגישה זו, יתכנו מקרים חריגים בהם בית המשפט יקל בעונשו של הנאשם במסגרת הסעד המנהלי, אך זאת רק במקרים בהם הדבר משרת את תכליות ההליך הפלילי. על פי הגישה האורגנית, הסעדים הניתנים במסגרת ההליך הפלילי חייבים להיות מוצדקים על פי תכליות המשפט הפלילי ויש להתאים אף את ביטוי הקונקרטי (עוצמת הסעד ומיקומו

²¹ ראו Ian Dennis, *Fair Trials and Safe Convictions*, 56(1) CURR. LEGAL PROB. 211 (2003) (להלן: Dennis).

²² ראו בעניין **רותם** בפס" 9 לפסק דינו של השופט אלרון.

²³ ראו את דברי השופטת ברק-ארז **בעניין אגבריה**, לעיל ה"ש 10, פסקה 19: "אין מדובר בסטייה מעקרונות המשפט הפלילי, כי אם בסעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התביעה". ראו להלן בפרק ד. 6. למאמר.

²⁴ ראו להלן ה"ש 66 והספרות הנזכרת שם.

הגיאומטרי (בהליך) לתכליות ההליך הפלילי. כפי שנראה בהמשך, יתכנו מקרים בהם יש הצדקה פלילית להענקת הסעד המנהלי, אולם עיצובו הקונקרטי של הסעד עשוי לעמוד במתח עם מטרות ההליך הפלילי.²⁵ בהמשך המאמר נציג קלסיפיקציה של ההצדקות למתן סעדים מנהליים בהליך הפלילי, ולאחר מכן נדון בעיצובו הקונקרטי של הסעד שניתן להעניק לנאשם. אולם, טרם לכך נבקש להציג את הקשיים התיאורטיים והנורמטיביים המצויים במקום בו הענקת הסעד המינהלי איננה מקדמת את תכליות המשפט הפלילי.

ב. שמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי במתן הסעד: שלושה רציונלים

כפי שהוצג לעיל, על פי הגישה המעורבת, ניתן לערוך ביקורת שיפוטית מלאה על התנהלות הרשות במסגרת ההליך הפלילי. כפי שהוזכר, מאפיין מרכזי של הגישה המעורבת הוא שניתן לעשות שימוש בכלים של ההליך הפלילי לקידום תכליות מנהליות – כדוגמת הקלה בעונש והמרת סעיף האישום לסעיף מקל. מטרת פרק זה היא לעמוד על האתגרים התיאורטיים והנורמטיביים הקיימים בשימוש בכלים עונשיים לצורך קידום תכליות מנהליות בלבד. במסגרת זו, נדון בשלושה רציונלים לשמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי במתן הסעד: **ראשית**, שמירה על מידתיות ושוויון בענישה; **שנית**, שמירה על איכות הגיוני העונשי במישורים שבין המדינה והנאשם, ובין המדינה והקהילה; **שלישית**, שמירה מפני חדירת תורת האיזונים להליך הפלילי. לאור הדיון בפרק זה נבקש להצדיק את הגישה האורגנית בכל הנוגע להיקפו הראוי של הסעד המינהלי המוענק בהליך הפלילי.

1. שמירה על מידתיות בענישה

מידתיות היא עיקרון היסוד של הענישה הגמולית והיא משקפת עקרונות של אשמה וצדק.²⁶ שמירה על מידתיות מהווה עיקרון מנחה בגזירת הדין במדינות מערביות רבות (כדוגמת חלק ממדינות ארצות הברית, אנגליה, ניו-זילנד, קנדה, שבדיה, גרמניה וישראל).²⁷ ענישה גמולית, בגישה הקלסית שלה, היא פעולה צופת פני עבר. היא ממוקדת ביחס הולם – מידתי – בין חומרת העבירה שביצע הנאשם בנסיבות ביצועה לבין העונש הנגזר בגינה. מכך נובע כי יש להטיל עונשים דומים בחומרתם על נאשמים שביצעו עבירות דומות בנסיבות דומות.²⁸ חומרת העבירה מתגבשת במלואה בדרך כלל במועד ביצוע העבירה או לכל היותר בשלב גזר הדין. האשם במועד ביצוע העבירה והנזק שנגרם באותו מועד (ואף אם הנזק הופחת – הסיכון שנגרם בעקבות העבירה), ככלל, אינם יכולים להשתנות, ולכן התפתחויות מאוחרות לביצוע העבירה אינן רלבנטיות

²⁵ כפי שיוצג בהמשך המאמר, אנו מבחינים בין ההצדקה למתן הסעד המנהלי לבין הסעד הקונקרטי שניתן להעניק לנאשם. יתכנו מקרים בהם ניתן להצדיק מתן סעד מנהלי על פי התכליות הפליליות אולם הסעד שניתן פוגע במאפייניו של ההליך הפלילי. להלן נדון בגבולות הסעד בהתאם לכל אחת מן ההצדקות.

²⁶ על עקרון האשמה ומשמעותיו החוקתיות והפליליות ראו בהרחבה: עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם' משפטים מט 383 (2019); מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי" משפטים נ (2020).

²⁷ ראו Julian V. Roberts & Oren Gazal-Ayal. *Statutory Sentencing Reform in Israel: Exploring the Sentencing Law* of 2012, 46(3) ISR. L. REV. 455 (2013); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה- סוגיה חוקתית או פלילית?" משפטים לה 147 (תשס"ה).

²⁸ ראו (2017) 68-69 ANDREAS VON HIRSCH, DESERVED CRIMINAL SENTENCES (להלן: VON HIRSCH, DESERVED) אשר לגישתו אין מקום לקבוע את העונש הגמולי לפי התגובה הסובייקטיבית של הנאשם לעונש, כיוון שהעונש מבקש להלום את החומרה האובייקטיבית של מעשה העבירה על פני סולם עונשי אורדינלי המדרג את חומרת העבירות לפי מידת הגיוני הראויה להם. לעומת זאת, קיימות גישות גמוליות המדגישות את משמעות הסבל העונשי הסובייקטיבי שחוה הנאשם לצורך קביעת העונש המידתי. ראו Adam J. Kolber, *The Subjective Experience of Punishment*, 109 COLUM. L. REV. 182 (2009). יש לשים לב כי אף בגישה זו הפחתת העונש משיקולים שאינם קשורים בעבירה או ברגישותו המיוחדת של הנאשם עלולה לפגוע בעיקרון הגמול. עם זאת, כפי שנראה להלן, יתכנו מצבים בהם התנהלות הרשות עשויה להשפיע על מידת הסבל הסובייקטיבי שחוה הנאשם וממילא היא עשויה להצדיק הקלה בעונש. להלן בה"ש 97 והטקסט שלידה נדון באפשרות זו והשלכותיה.

בגישה גמולית להערכת העונש.²⁹ לכן, על פי מודל גמולי, אין הצדקה לתת משקל בקביעת העונש לנסיבות שאינן קשורות במישרין לחומרת העבירה, ובפרט לנסיבות המאחרות לה (למשל, התקדמות שיקומית של הנאשם או תרומתו לחברה).³⁰

בהתאם לכך, מתן סעד מינהלי בדמות הקלה בעונש, ובפרט במקרה של המרת סעיף עבירה מחמיר לסעיף עבירה מקל יותר, כפי שניתן להעניק במסגרת הגישה המעורבת, מעורר קושי כפול: ראשית, עונשו של נאשם כזה נקבע על יסוד שיקולים שאינם קשורים במישרין בחומרת העבירה שבוצעה על ידי הנאשם, אלא בנסיבות המאחרות לביצוע העבירה, וממילא הן אינן מפחיתות את הפגיעה של העבירה בערכים המוגנים או את האשם שליווה את ביצועה.³¹ שנית, קיימת פגיעה בשוויון בענישה. נאשמים שביצעו עבירות דומות, בנסיבות דומות בחומרתן, ועל כן ראויים לעונש דומה, עשויים לקבל עונשים שונים (ולעיתים אף להיות מורשעים בעבירות שונות) בשל נתונים קונטינגנטיים שאינם קשורים בעבירה שביצעו, ולעיתים אף כלל אינם תלויים בהם, אלא ממוקמים בשדה אחר הנוגע להתנהלות הרשות ולפגמים שנפלו בה.³²

2. שמירה על איכות הגינוי העונשי

אתגר נוסף שמעוררת הקלה בעונש או באשמה לשם קידום תכלית מנהלית מצוי בצורך לשמור על איכות הגינוי העונשי. הצורך בשמירה על איכות הגינוי העונשי, משיק לשאלת המידתיות, והוא בעל שני היבטים: הראשון ממוקד במישור שבין הנאשם וההליך הפלילי, והשני ממוקד במישור שבין הקהילה וההליך הפלילי, ועל כן נדון בהם בנפרד.

(א) פגיעה במסר המגנה: מישור הנאשם וההליך הפלילי

זרם מרכזי בכתיבה הגמולית רואה את ההליך הפלילי, ובפרט את שלב גזר הדין, כהליך של העברת מסר מגנה (censure) לנאשם בהתאם לחומרת העבירה.³³ מסר זה נועד לשקף לנאשם את מעשה העבירה, חומרתו

²⁹ Julian V. Roberts & Hannah Maslen, *After the Crime: Post-Offence Conduct and Penal Censure*, in LIBERAL CRIMINAL THEORY: ESSAYS FOR ANDREAS VON HIRSCH 87, 87-88 (A.P. Simester, Antje du Bois-Pedain & Ulfried Neumann eds., 2015).

³⁰ לרוב גמולנים אף אינם מתירים לשקול נסיבות קודם העבירה. לדעות שונות בנושא ראו, למשל George P. Fletcher, *The Recidivist Premium*, 1 CRIM. JUST. ETHICS 54 (1982); שקילת נסיבות המאחרות לביצוע העבירה אינה מקבלת משקל רב גם בגישות מעורבות ראו RICHARD S. FRASE, JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM (2013) (להלן: FRASE, JUST SENTENCING); עמדה על הקושי לראות כיצד הקלה בענישה בשל התנהגות הרשות משתלבת עם הדרישה למידתיות: "... a sentence 'must' be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender... It is difficult to determine how a court could grant a reduction in sentence to 'signify' its disapproval of, for example, police conduct occurring after the commission of the offence, and at the same time remain faithful to these principles ... the focus would be shifted from this offence and this offender, where it should be, to the Charter violations..."; R. v. *Glykis*, 1995 CanLII 1277 (ON CA) ("The breach of... of the Charter did not in any way mitigate the seriousness of the offence, nor constitute in itself a form of punishment. The actions of the police in this case were entirely divorced from the commission of the offence, and ultimately unrelated to the evidence-gathering process and to the guilt or innocence of the respondents. In my respectful opinion, it is inappropriate to view sentencing proceedings as an avenue for sending a message to the law enforcement agencies").

³² ראו R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 29, 72 (2001) (להלן: DUFF, PUNISHMENT); ("Censure is expressed by the formal convictions the follow on proof of guilt at a criminal trial... if the charge proved against him, he is censured for it by a formal conviction"); NIGEL WALKER, PUNISHMENT, DANGER AND STIGMA: THE MORALITY OF CRIMINAL JUSTICE, 146-160 (1980); HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION, 36, 46 (1968) ("The formal announcement of a criminal conviction is itself a form of criminal punishment and one that in many cases may be at least as potent as any other likely to be imposed... The very fact of criminal conviction is itself a form of punishment, particularly to a relatively law abiding citizen. To be detected in the commission of crime and then subjected to the stigma of criminal conviction may in itself have a strong impact").

³³ ראו ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES (2005) VON HIRSCH, DESERVED (2005), לעיל ה"ש 28. לדין נרחב במושג הגינוי בענישה ראו באסופת המאמרים הדנה ביחס בין מושג הגינוי לענישה הפלילית: Antje du Bois-Pedain & Antony Bottoms, eds., 2019).

וחוסר המוסריות הטבוע בו; ואילו הנאשם, מצידו, אמור להגיב למסר זה באמצעות הפנמה של הפגיעה וחרטה על מעשיו, וכן לפעול לכינון מחודש של מערכת היחסים האזרחית שנפגעה בעקבות מעשיו בינו לבין הקהילה.³⁴ בגישה זו, יש דגש על תפקידו של הנאשם בדיאלוג העונשי, על מידת הפנמתו את המסר המגנה של העונש, ואת הבנתו את הפגיעה בערכים המוגנים שמעשיו גרמו לנפגע העבירה ולחברה כולה.³⁵

הדיאלוג העונשי מבקש לייצר קשר הדוק בין העבירה לבין העונש, במטרה לעמת את הנאשם עם העבירה שביצע ולגרום לו להפנים את משמעותה ואת הפגיעה בערכים החברתיים הגלומים בה.³⁶ המסר המגנה אמור להיות קשור באופן סיבתי, בלעדי, למעשה העבירה ו"הסיפור" הפלילי.³⁷ בניגוד לכך, אינסטרומנטליזציה של העונש על מנת להשיג תכליות נוספות, חשובות ככל שתהיינה, מובילה לנתק בין העבירה לבין העונש ומסיטה את הנאשם מהתמקדות בלעדית במעשה העבירה ובהפנמה של הערכים המוגנים שנפגעו ובכך היא עשויה לפגוע בפוטנציאל הנורמטיבי-מגנה של ההליך. על פי גישה זו, כאמור, העונש הוא חלק אינטגרלי מהדיאלוג בין המדינה לנאשם, והוא חוליה משמעותית בהפנמה של הנאשם את המסר שהקהילה מבקשת להעביר לו ואת מידת הפגיעה בערכים שמעשיו גרמו. לכן, הקלה בעונש או באשמה לקידום תכליות מנהליות, שאינן קשורות באופן ישיר לחומרת העבירה, פוגעת בתכלית המרכזית של העונש: דיאלוג עונשי הממוקד במעשה העבירה ובפגיעה בערכים המוגנים, וקריאה לנאשם להפנים את חומרתה. בניגוד לכך, סעד המוענק לנאשם ללא קשר לתכליות המשפט הפלילי, עלול להסיט את המוקד הדיאלוגי שבין המדינה והנאשם לעבר שיקולים שאינם רלוונטיים לו, ולפגוע באיכותו הנורמטיבית-מגנה.

על מנת לחדד נקודה זו נציג את הדוגמה הבאה: אביו של דני מתעמת עימו לאחר שזה נתפס על ידי השכן גונב סוכריה מהמכולת. האב מחליט להטיל על דני עונש, ואוסר עליו לצפות בתוכנית הטלוויזיה האהובה עליו למשך חודש ימים. כאשר בישר לו האב על העונש, סיפר לו דני, כי השכן שהביא את המעשה לידיעתו, סטר לו לאחר המעשה. על אף שיש להתייחס ברצינות רבה לדבריו של דני, הרי שאם בתגובה לכך יחליט האב לקצר את התקופה בה דני לא יהיה רשאי לצפות בתוכנית האהובה עליו, הדבר עשוי לפגוע במסר שהאב רוצה להעביר לדני, לפיו גניבה היא מעשה חמור. נניח עוד, כי לפני מספר חודשים, דני אמר לאביו בכזב כי הכין את שיעורי הבית, מעשה חמור פחות מגניבה. בתגובה לכך, הפעם, האב אסר על דני לצפות בתוכנית האהובה עליו למשך שבועיים. קיצור העונש על מעשה הגניבה לשבועיים בשל התנהגות השכן, עשוי להעביר לדני מסר מוסרי שגוי לפיו הגניבה מהמכולת חמורה כמו השקר בנוגע לשיעורי הבית.

ביקורת זו מקבלת משנה תוקף ביחס לאפשרות להמרת סעיף האישום של הנאשם מסעיף חמור לסעיף קל יותר במסגרת הסעד המינהלי. אחת ההשלכות של התיאוריה הקומוניקטיבית על ההליך הפלילי היא ההבחנה בין אחריות (Responsibility) לבין חבות (Liability).³⁸ אחריות היא חובת האזרח לתת דין וחשבון לקהילה אליה הוא משתייך על מעשים שפגעו בה. לכך מכוון כתב האישום שהנאשם מגיב לו בהליך

³⁴ במובן זה, התיאוריה הקומוניקטיבית מובילה לכך שבהליך הפלילי, אף המדינה נדרשת לתת הסבר למעשים שנתפסים כפגיעה, וניתן לראות בכך רובד נוסף של הביקורת המנהלית בפלילים. עם זאת, לטענתנו, יש להפריד בין שאלת הביקורת לשאלת הסעד. תודתנו לפרופ' אלון הראל ופרופ' אנתוני דאף על הערה חשובה זו.

³⁵ ראו Kimberley Brownlee, *The Offender's Part in the Dialogue*, in CRIME, PUNISHMENT, AND RESPONSIBILITY: THE JURISPRUDENCE OF ANTHONY DUFF (Rowan Cruft, Matthew H. Kramer & Mark R. Reiff eds.) 54 (2011).

³⁶ ראו DUFF, PUNISHMENT, להלן ה"ש 32.
³⁷ ראו Stephen R. Galoob, *Retributivism and Criminal Procedure*, 20 NEW CRIM. L. REV. 479, 482 (2017) (להלן: Galoob).
הטוען כי: "a token of punishment violates retributive justice if the offender's desert bases do not figure in the infliction or if extraneous considerations do".

³⁸ R.A. DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW (2007) (להלן: DUFF, ANSWERING).

הפלילי.³⁹ אחריות זו מטרימה את השאלה המשפטית-פוזיטיבית של אשמת הנאשם בפלילים. היא מעוגנת בדרישה אזרחית אשר קיימת, לדוגמה, גם במקרים בהם הנאשם ימצא זכאי בשל הגנה או פטור החלים עליו. בניגוד לכך, המונח חבות מתייחס למישור המשפטי-פוזיטיבי, בו בוחן בית המשפט את מידת אחריותו הפלילית של הנאשם למעשיו ובהתאם לכך קובע את עונשו.⁴⁰ לפי הבחנה זו, מכיוון שלקחת האחריות לה נדרש הנאשם היא אקט מוסרי-חברתי, המבוסס על חובתו לתת דין וחשבון לקהילה על הפגיעה בערכים החברתיים שגרם במעשיו,⁴¹ קשה להצדיק, בגישה גמולית, כי נאשם יידרש לתת דין וחשבון על עבירה שאינה תואמת את מעשיו בפועל, רק בשל שיקולים חיצוניים לעבירה ולמידת האשמה, בדמות התנהלות הרשות.⁴²

(ב) פגיעה במסר המגנה: מישור הקהילה וההליך הפלילי

היבט נוסף הקשור בגינוי ממוקד במערכת המסרים הרחבה של המשפט הפלילי. המשפט הפלילי אינו ממוקד רק במעגל הפנימי שבין הנאשם והמדינה, אלא חלק מתכליותיו הן להעביר מסרים רחבים לציבור כולו. המשפט הפלילי משקף את הערכים החברתיים המוגנים ומהדהד אותם לציבור הרחב.⁴³ האישום, כמו גם חומרת העונש, מיועדים להשפיע ולעצב את התפיסות הנורמטיביות של החברה ויש להם היבטים חינוכיים,⁴⁴ ואקספרסיביים רחבים.⁴⁵ במקרים בהם מבקשת החברה להביע גינוי כלפי עבירה, היא עושה זאת, בין היתר, על ידי קביעת רף ענישה גבוה, ואילו במקרים בהם העבירה נתפסת כמעשה שאינו כה חמור, הדבר בא לידי ביטוי בענישה מתונה יותר.⁴⁶ במובן זה, הקלה בעונש או באשמה משיקולים חיצוניים לעבירה, יוצרת פער בין חומרת העונש לבין התפיסה הנורמטיבית הראויה של חומרת העבירה.

גם בהיבט זה, הקלה בסעיף האישום לתכלית מנהלית מקצינה את הקושי, שכן התערבות בסעיף האישום היא בעלת משמעות ציבורית רבה יותר מאשר הקלה בעונש. תיאוריית ההפרדה האקוסטית (acoustic separation), כפי שיושמה בידי רוברטסון (Robinson),⁴⁷ מאפשרת לחלק את ההליך הפלילי לחלק

³⁹ החשיבות בכך שכתב האישום ישקף את ליבת המעשים הפליליים ולא יהווה רק קונסטרוקציה משפטית מופשטת, מוזכר גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון. כך לדוגמה: ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פד"י נב(5) 97, 106; בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד סג(2) 325, פסקה 68 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (2009).

⁴⁰ יש להבחין בין התיאוריה הקומוניקטיבית, המדגישה את הדיאלוג בין הקהילה האזרחית לנאשם, לגישתו של דבלין שאף הוא מדגיש את הערך הקהילתי בענישה אולם מסיבות תוצאתניות. לשיטתו, ערכים מוסריים, אמתיים או שגויים, הם חלק מהדבק החברתי המאפשר למדינה להתקיים, ולכן מוצדק לכפות אותם על האזרחים. ראו: PATRICK DEVLIN, ENFORCEMENT OF MORALS (1965).

⁴¹ דאף מדגיש כי האחריות נובעת דווקא מחובה אזרחית, ולדעתו היא לא קיימת, בצורה זו, במערכות יחסים אחרות. ראו: DUFF, ANSWERING, לעיל ה"ש 38; Alon Harel, *The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence in: CRIME, PUNISHMENT, AND RESPONSIBILITY: THE JURISPRUDENCE OF ANTONY DUFF* 103 (Rowan Cruft, Matthew H. John Gardner, Kramer & Mark R. Reiff Eds., 2011). לגישות החולקות על דאף בעניין זה ראו: Responsibility, in THE JURISPRUDENCE OF ANTONY DUFF 87 (Rowan Cruft, Matthew H. Kramer & Mark R. Reiff Eds., 2011).

⁴² כטיעון נגד, ניתן להביא את הדוגמה של הסדרי טיעון בהם הנאשם עשוי להודות בעובדות שאינן מתארות את העבירה הריאלית שהוא ביצע. לטענה זו יש להשיב בשני מישורים: ראשית, אכן כותבים רבים עמדו על הקשיים הקונספטואליים בהסדרי טיעון וטענו כי יש להגביל את השימוש בהם לעקרונות המשפט הפלילי. שנית, יש להבחין בין הסדר שנחתם בין הנאשם למדינה טרם שהגיע לבית המשפט, לבין הליך המתנהל בבית המשפט. המאפיינים של ההליך הפלילי אותם ציינו, רלוונטיים בעיקר להליכים המתנהלים בבית המשפט. ראו לעיל בה"ש 18.

⁴³ ראו VON HIRSCH, DESERVED, לעיל ה"ש, בעמ' 32-35.

⁴⁴ ראו למשל: Johannes Andenaes, *The General Preventive Effects of Punishment*, 114 U. PENN. L. REV. 949 (1966);

Jean Hampton, *The Moral Education Theory of Punishment*, 13 PHIL. & PUB. AFF. 208 (1984).

⁴⁵ ראו למשל: Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, 49 THE MONIST 397 (1965).

⁴⁶ כך לדוגמה, ציינה גור-אריה כי בעבירת "פגע-וברח" כמו גם בעבירות של סחר בתמונות אנימציה של קטנים לשם סיפוק מיני, על אף שלפי עקרונות דיני העונשין צריכות היו להיות מסוגלות כעבירות קלות, אימץ המחוקק רף ענישה מחמיר על מנת להעביר מסר מגנה חריף ולעצב את התפיסות הנורמטיביות הציבוריות. ראו מירי גור-אריה "השפעתה של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי בישראל: השלכות ואתגרים" 361 בתוך **משפט צדק! ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** (אלון הראל עורך, 2017).

⁴⁷ ראו: Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1983). התיאוריה של כהן מבוססת על החלוקה בין כללי התנהגות (conduct rules) המכוונים לציבור, לבין כללי הכרעה (rules decision) המכוונים למשפטים ולשופטים. בגישה זו, על אף שלא קיימת הפרדה מוחלטת בין הציבור לבין אנשי

ציבורי, הממוקד בקביעה אובייקטיבית של מעשה העבירה, לבין קביעת האחריות העונשית של הנאשם הסובייקטיבי במקרה הנדון.⁴⁸ בחלקו הציבורי של ההליך, בית המשפט מסווג את המעשה כעבירה פלילית, הנוגדת את הערכים החברתיים המוגנים בחוק הפלילי, ומהדהד לחברה מה הן הנורמות ההתנהגותיות המחייבות אותה. בחלק השני, בית המשפט קובע את מידת אחריותו העונשית של הנאשם וגוזר את דינו בהתאם לכללי הכרעה משפטיים, המחייבים את בית המשפט להביא בחשבון שיקולים נוספים הרלוונטיים לנאשם הקונקרטי. בהתאם לחלוקה זו, השלב בו קובע בית המשפט תחת איזה סעיף אישום יש לסווג את התנהגות הנאשם, משקף את הפריזמה הפלילית-ציבורית דרכה יש להביט על המעשה. שלב זה הוא שמעניק למעשה את המשמעות הנורמטיבית של היותו מעשה עבירה פלילית ולא רק מעשה אסור (public wrong). לכן, האפשרות שבית המשפט יקל בעונשו של הנאשם או ימיר את סעיף האישום משיקולים שאינם חלק מליבת המשפט הפלילי, עשויה לטשטש את ההפרדה בין החלק הציבורי של המשפט הפלילי, המיועד להדהד לחברה את הפגם במעשה העבירה והאשם הגלום בה, לבין חלקו האינדיבידואלי, המכוון לקביעת האחריות העונשית של הנאשם במקרה הקונקרטי.⁴⁹

(ג) חשש מהחדרת תורת האיזונים להליך הפלילי

אתגר שלישי שמעוררת החדרת נורמות מינהליות לליבת ההליך הפלילי, ממוקם במישור שונה ונעוץ בדרך ההכרעה המיוחדת להליך הפלילי השונה מיתר ענפי המשפט. בכל תחומי המשפט, הרף הראייתי עליו מבסס בית המשפט את הכרעתו הוא מאזן ההסתברויות. בניגוד לכך, במשפט הפלילי, הרף הראייתי הנדרש, כאמור, הוא הוכחת האשמה "מעבר לספק סביר". בנוסף, שאלת ההרשעה בהליך הפלילי היא שאלה בינארית, המובילה לתוצאה של אשמה או זיכוי, בהתאם להוכחת יסודות העבירה, ואילו ביתר ההליכים המשפטיים, ככלל, בית המשפט עשוי לאזן את מידת הוודאות עם התוצאה המשפטית אליה הוא מגיע ואף עם ערכים נוספים, כגון שיקולי יעילות, פיזור הנזק, מתן תמריצים ועוד.⁵⁰ הפער ברף הראייתי נובע מתכליתם השונה של ההליכים. מרבית ההליכים המשפטיים נועדו להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אשר במישור הראוי, הפיזור של סיכון הטעות ביניהם מתחלק באופן שווה ואין עדיפות – על-פני הדברים (prima facie) – לטובת אחד הצדדים.⁵¹ כתוצאה מכך, בכל מקרה של מחלוקת, גם כאשר מידת הוודאות היא חלקית, נדרשת הכרעה שתפקידה לפזר את הסיכון מחדש בצורה נכונה. מאזן ההסתברויות, מאפשר את פיזור הסיכון, בהתאם, גם במקרים של אי ודאות. בניגוד לכך, ההליך הפלילי הוא אינו הליך של הכרעה בסכסוך, אלא הליך של קביעת אשמה וענישה, בו החברה מרשיעה ומגנה את מי שפגע בערכיה המוגנים. בהתאם לכך,

המשפט, שכן החוק והפסיקה נגישים ופתוחים לכל חלקי הציבור, קיימות טכניקות משפטיות שונות באמצעותן ניתן וראוי לייצר הפרדה מלאכותית בין התכנים המועברים לציבור לבין התכנים המיועדים לקהילה המשפטית. החלוקה מופיעה לראשונה אצל בנתאם: JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION 153-155 (2017); החלוקה ראו: Donald A. Dripps, *The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 409 (R.A. Duff & Stuart Green Eds., 2011).

⁴⁸ ראו Paul H. Robinson, *A Functional Analysis of Criminal Law*, 88 NW. U. L. REV. 857 (1994); Paul H. Robinson, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, 57 U. CHI. L. REV. 721 (1990); Sandra E. Marshall & R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS (Paul H. Robinson, Stephen Garvey, and Kimberly Kessler Ferzan eds., (2011); Claes Lernerstedt, *Victim and Society: Sharing Wrongs, but in Which Roles?* 8 CRIM. L. & PHIL. 187 (2014).

⁴⁹ העברת המסר המגנה העונשי כפופה ליתר המגבלות הקיימות בהליך הפלילי הקיימות במסגרת הליך הוגן, דיני הראיות והפרוצדורה הפלילית.

⁵⁰ לדיון בנושא ראו Samuel Bray, *Not Proven: Introducing a Third Verdict*, U. CHI. L. REV. 1299, 1307 (2005).
⁵¹ על עקרון השוויון בהליך האזרחי ראו ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 219 (2005) (להלן: "STEIN"). בפרק זה מסביר שטיין גם מדוע התוצאה של פסק הדין אינה יחסית לעוצמת הראיות.

פיזור הסיכון לטעות אינו מתחלק באופן שווה בין הצדדים, ועקרונות היסוד של המשפט הפלילי והחוקתי מחייבים את המערכת הפלילית להעדיף טעות הנוטה לזיכוי של נאשמים מאשר הרשעה של חפים מפשע.⁵² החדרת נורמות מתחום המשפט המינהלי המבוסס על איזונים בין פגיעה לבין סעד, לליבו של ההליך הפלילי, עשויה לטשטש את ההבחנה בין ההליך הפלילי ליתר ההליכים המשפטיים, ולהוביל את בתי המשפט, במודע ושלא במודע, לנסות לאזן בין הוודאות הראייתית לבין עוצמת ההרשעה והענישה. חשש זה בולט במיוחד בשל אופיה הבינארי של שאלת ההרשעה לעומת אופייה הספקטראלי של שאלת העונש. חשש זה אינו מנותק מהמציאות הנורמטיבית, שכן ישנם הסבורים כי ראוי לאזן בין עוצמת הראיות לבין ההרשעה והענישה,⁵³ ויש אף הטוענים כי כך פועל בית המשפט בפועל.⁵⁴ חשש זה מתעצם גם נוכח הקושי האינהרנטי המלווה את ההליך הפלילי, כי זיכוי של מי שביצע עבירה עשוי לפגוע בשלום הציבור. אולם בניגוד לעמדות אלה, השיטה המשפטית-חוקתית המקובלת בישראל, ובמקומות רבים אחרים,⁵⁵ קובעת כי הרשעה אפשרית רק במקרה בו אשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר. לפיכך, החדרת עקרונות מינהליים לליבת ההליך הפלילי, אשר אינם מותנים בקידום התכליות של המשפט הפלילי, עשויה לטשטש עקרון חוקתי זה ולהוביל לאיזון בין עוצמת הראיות לבין מידת האשמה.

לסיכום ביניים, סעד מינהלי בדמות הקלה באשמתו או בעונשו של הנאשם – ואשר איננו מקדם במישרין את תכליות המשפט הפלילי – עלול לעורר שלושה אתגרים: ראשית, סעד זה עלול לפגוע בדרישה לענישה מידתית ושוויונית; שנית, סעד זה עלול לפגוע באופי הדיאלוגי של ההליך הפלילי ובמסר המועבר לנאשם ולציבור כולו, שכן הוא מוביל לכך שהעונש לא יסקף במישרין את חומרת העבירה והערך החברתי שנפגע בעקבותיה; ושלישית, הוא מעורר חשש כי החדרת שיקולים מינהליים, המנותקים מעיקרון האשמה, לשלבי קביעת האשמה והעונש תביא לכירסום ברף ההוכחה בפלילים מעבר לספק סביר.

לאור האתגרים שהוצגו בפרק זה ביחס לגישה המעורבת והאפשרות להצדיק סעד מינהלי שאינו מקדם במישרין את תכליות המשפט הפלילי, עולה השאלה באילו מקרים הסעד המינהלי אכן מקדם תכליות אלו וניתן להצדיקו על בסיס תיאוריה פלילית. בהתאם לכך, להלן נבקש להציע הגדרה ומיון של הסעדים המינהליים הניתנים במסגרת ההליך הפלילי, אשר לדעתנו מקדמים את תכליות ההליך הפלילי ותואמים את עקרונותיו. זאת ועוד, כפי שנראה להלן, לסיווג שנציע יש אף משמעות מעשית שכן היא משליכה על גבולות השימוש בסעד המינהלי ומסייעת לקבוע את התנאים להענקתו.⁵⁶

בחלק הבא, מוצעת קלסיפיקציה של שלושה סעדים מינהליים שניתן להעניק בהליך הפלילי, ואשר מקדמים את תכליותיו: (א) **סעד אפיסטמי**, אשר ממוקד במישור הראייתי של ההליך הפלילי ותכליתו למנוע הרשעות שווא ועיוות דין; (ב) **סעד מעניק-לגיטימציה**, הממוקד בשמירה על טוהר ההליך הפלילי

⁵² RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 72 (1985); Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Procedure* 1329, 1372 (1971); STEIN, FOUNDATIONS; and *Ritual in the Legal Process*, 84 HAR. LAW. REV. 1329, 1372 (1971); שם, בעמ' 172; דורון מנשה ואיל גרונר, **מהות הספק הסביר במשפט הפלילי** 63 (2017). ביטוי לעקרון חוקתי זה במשפט הישראלי: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 142 (1996).

⁵³ ראו STEIN, FOUNDATIONS, לעיל ה"ש 50, בעמ' 107. בכתיבה בישראל, המודל מוצג ואף מוצע לאמצו: יניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדיון הפלילי** (2013) (להלן: ואקי, **מעבר לספק סביר**). ביקורת על הטענה המרכזית בספר ראו: דורון מנשה וסיון ביבר "ביקורת ספרות: מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדיון הפלילי" **משפטים על אתר** ז', 1 (תשע"ה); מנשה וגרונר, **מהות הספק הסביר במשפט הפלילי**, לעיל ה"ש 52. גישה זו הוזכרה גם בפסקי דין מוקדמים של בית המשפט העליון, ראו את דבריו של השופט אגרנט בע"פ 232/55 **היועץ המשפטי נ' גרינוולד** פ"ד יב(3) 2063, 2017 (1958) ("בימדה שהעבירה נשוא הדיון הפלילי עולה בחומרתה, כך תגדל גם מידת ההוכחה הדרושה לגביה"). לביקורת על גישה זו ראו: ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל** פ"ד מז(4) 617, 650 (1993).

⁵⁴ ראו ואקי, **מעבר לספק סביר**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 383 ואילך.
⁵⁵ פסקי דין רבים מדגישים כי דרישת הספק הסביר, המוזכרת בסעיף 34(א) לחוק העונשין, מעוגנת חוקתית. ראו לדוגמה: דני"פ 3391/95 **בן-ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 377, 465 (1997); ע"פ 2697/14 **חדאד נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 לפסק דינו של השופט מזוז (6.9.2016).

⁵⁶ במקרים רבים גבולות הסמכות של הערכאה נקבעים על בסיס היקף הסעדים הניתנים. ראו למשל, Colleen P. Murphy, *Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries*, 61 GEO. WASH. L. REV. 723 (1993).

והלגיטימיות שלו; ו-**ג) סעד מפצה**, אשר תכליתו היא להעניק פיצוי לנאשם בגין הפגיעה בזכויותיו בשל הפגם שנפל בהתנהלות הרשות. נבקש לטעון כי סעדים אלה, על אף שהם סעדים מנהליים, מקדמים את תכליות המשפט הפלילי ועל כן ראוי להעניקם, בתנאים עליהם נעמוד בהמשך, במסגרת ההליך הפלילי. הקלסיפיקציה המוצעת מבקשת להגדיר את תכליות הסעד מבחינה אנליטית, ומציגה את התיאוריה הפלילית-עונשית המצדיקה את מתן הסעד המנהלי במסגרת ההליך הפלילי כמו גם את האתגרים התיאורטיים והנורמטיביים שהוא מעורר.⁵⁷ בנוסף להצדקה הפלילית למתן הסעד, נעמוד אף על הביטוי הקונקרטי של הסעד המוענק (עוצמתו ומיקומו בהליך), אשר אף הוא צריך להלום את תכליות המשפט הפלילי.

ג. סעדים מינהליים בשירות ההליך הפלילי: קלסיפיקציה משולשת

1. סעד אפיסטמי: סעד שתכליתו למנוע עיוות דין והרשעת שווא

הסעד הראשון הוא **הסעד אפיסטמי**. סעד זה ממוקד במישור הראייתי ונועד לספק לבית המשפט ודאות בתשתית העובדתית המוצגת בפניו על ידי התביעה. אחת התכליות המרכזיות של ההליך הפלילי, אם לא החשובה שבהן, היא חשיפת האמת העובדתית.⁵⁸ בשונה מתחומי משפט אחרים, בהליך הפלילי נדרשת הוכחה של אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.⁵⁹ הסיבה לכך היא החשש מפני הרשעות שווא, וההנחה כי בשל הפגיעה הקשה בזכויות אדם הכרוכה בהליך הפלילי – עדיפה טעות המובילה לזיכוי נאשם (false negative) מאשר טעות אשר מובילה להרשעתו של חף מפשע (false positive).⁶⁰ הרתיעה מפני הרשעות שווא, מובילה לזהירות רבה בכל מקרה בו נופל פגם בהתנהלותן של רשויות המדינה, אשר יכול להשפיע על טיב הראיות ועשוי לפגום באמינותן, ובכך להוביל להרשעת חפים מפשע.⁶¹ לוודאות האפיסטמית בהטלת האשם ישנה חשיבות מיוחדת בגישה גמולית המדגישה את החשיבות בהתאמת העונש המדויק המגיע לנאשם למידת האחריות הפלילית המשתקפת בפועל ממעשיו בהתאם לתשתית העובדתית שהוכחה בפני בית המשפט.⁶² על רקע זאת, הסעד האפיסטמי – אשר ניתן במקום בו נפלו כשלים בטיפול של הרשות בראיות המפלילות – משתלב היטב עם תכליות המשפט הפלילי. לרשויות החקירה והתביעה תפקיד מרכזי ועיקרי באיסוף

⁵⁷ בדומה לתיאוריות משפטיות רבות, יתכן שבפועל בתי המשפט מעניקים סעד המבוסס על מספר תכליות ושיקולים במקביל. אולם, מעבר לערך התיאורטי-נורמטיבי בקלסיפיקציה המוצעת היא עשויה לסייע לבית המשפט בהפעלת שיקול הדעת בהענקת הסעד המנהלי.

⁵⁸ ראו אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז 11, 13 (1996); שקד **תקיפה עקיפה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141 והספרות הנזכרת שם; ע"פ 961/80 **קניר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 505, 515 (1981). אמירות ברוח זו שבות בפסיקה פעמים רבות. ראו למשל, ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט עמית ופסקה 354 לחוות דעתו של השופט דנציגר (23.12.2015); ע"פ 8704/09 **באשה נ' מדינת ישראל**, פסקאות 4-5 לחוות דעתו של השופט עמית (11.11.2012); ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל**, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (29.12.2015) (להלן: **עניין קלנר**).

⁵⁹ ראו סעיף 34 כב(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**).

⁶⁰ ראו כללית Daniel Epps, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, 128 HARV. L. REV. 1065 (2014).
⁶¹ ע"פ 115/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197, 222-224; ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט גרוניס (4.5.2006) (להלן: **עניין יששכרוב**) ("לפני שניגשים לבחון את השאלה הנכבדה העומדת על הפרק – אימוץ דוקטרינה בדבר פסלות ראיות שהושגו שלא כדין – יש לבחון את הערכים שאותם אנו מעוניינים להגשים, ובמיוחד חובה עלינו לדרג את אותם ערכים מבחינת סדר חשיבותם. לדעתי, הערך העליון שצריך לעמוד לנגד עינינו הוא צמצום מירבי של החשש מפני הרשעת שווא"; שם, פסקה 43 לחוות דעתה של השופטת ביניש ("אין מחלוקת כי ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי הינו קביעת חפות או אשמה... זיכוי מוטעה ובוודאי הרשעת שווא פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית הן על פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק לפרט ולכלל"). על אף שבפסקי דין מאוחרים יותר, ובפרט בפסקי הדין שבאו לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בית המשפט עמד על כך שלסעיף זה תכלית נוספת והיא הגנה על זכויות הנאשם לשלמות הגוף ואוטונומיות הרצון, אין חולק על כך שבבסיס הסעיף הממוקם בפקודת הראיות, ניצבת התכלית של מניעת הרשעות שווא. גם **בעניין יששכרוב**, בו בית המשפט הדגיש את תכלית הסעיף בשמירה על טוהר ההליך, הודגש בפסק הדין כי אין בכך כדי לגרוע מתכלית זו (שם, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ביניש). בהתאם לכך קבע בית המשפט כי המבחן המרכזי לפסילת ראיות בשל פגמים בחקירה אינו תלוי בשאלה מה חומרת הפגמים שנפלו בחקירה, אלא בשאלה האם נשללה יכולתו של הנאשם להציג ראיות שיסתרו את ראיות התביעה ויוכיחו את חפותו. ראו לדוגמה, בע"פ 7255/14 **אנטקלי נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 (11.04.2016).

⁶² ראו Galoob, לעיל ה"ש 37, בעמ' 482 ("One core aspect of Retributivist Criminal Procedure is that a punishment is normatively justified only if the determination that the offender is liable to punishment is epistemically justified").

הראיות, בטיפול בהן, בבחינתן ובהצגתן לבית המשפט. הסעד האפיסטמי נועד למקרים בהם בית המשפט סבור כי נפלו כשלים חמורים בקשר לאיסוף, טיפול והצגת הראיות אשר יש בכוחם להשפיע על מהימנותן ועל היכולת של בית המשפט לבסס עליהן הרשעה מעבר לספק סביר.⁶³

בהתאם לתכליתו של סעד זה הוא תחום למישור הראייתי. במקרים בהם עוצמת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות היא כזו העשויה לפגוע ביכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את הראיות המוצגות בפניו בית המשפט עשוי לפסול את תוצאות המעשה המינהלי. משמעות הדבר היא כי הראיה כלל לא תשקל בידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי ולא תבחן לגופה. עם זאת, במקום בו בית המשפט לא ישתכנע כי יש מקום להעניק את הסעד האפיסטמי, לא יינתן לנאשם בהליך הפלילי כל סעד נוסף במישור זה, והראיות תבחנה לגופן בהתאם לדיני הראיות. הסעד האפיסטמי ניתן במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. אולם, חרף האמור, הצדקתו של הסעד האפיסטמי נעוצה ברציונאליים שהם אינטגרליים להליך הפלילי. זאת ועוד, אף יישומו הקונקרטי של סעד זה מוצדק בהתאם לתכליות ההליך הפלילי שכן במקום בו קיים קושי אפיסטמי בית המשפט עשוי לפסול את הראיה אף אם הדבר יוביל לזיכוי הנאשם.

חרף הדימיון, ואף ההשקה, בין הסעד האפיסטמי לבין הפעלת שיקול דעת שיפוטי סטנדרטי במסגרת דיני הראיות, קיים הבדל עקרוני בין השניים. הסעד האפיסטמי הינו סעד מינהלי, אשר מכוון לביקורת על שיקול דעתה של הרשות בכל הנוגע לניהול התשתית הראייתית העשויה לשמש את בית המשפט. במסגרת זו, בית המשפט בוחן האם הרשות פעלה באופן סביר על מנת להגיע לחקר האמת בהליכים של איסוף הראיות, שמירתן והצגתן בפני בית המשפט. במובן זה, הסעד האפיסטמי ממוקד בהתנהלות הרשות המינהלית ולא בבחינה של הראיות לגופן, וזאת בשונה ממקרה בו בית המשפט מחליט לפסול ראיה או לתת לה משקל נמוך על בסיס דיני הראיות לאחר שבחן אותה לגופה. הבחנה זו מייצרת הבנה נוספת, במישור המעשי, הסעד האפיסטמי בוחן את פעולת הרשות המינהלית לאור הסטנדרטים הראויים המחייבים אותה. במקרה בו הרשות לא עמדה בסטנדרטים אלו, בית המשפט לא ימשיך בבחינת הראיה לגופה על אף שיתכן ויש לה משקל ראייתי.⁶⁴ כך לדוגמה במקרה בו קיימות הנחיות פעולה מפורשות לרשויות החקירה הקובעות סטנדרטים לביצוע בדיקות במיכשור פורנזי והרשויות לא פעלו בהתאם לסטנדרטים אלו, בית המשפט עשוי לפסול את תוצאות הבדיקה הפורנזית באופן קטגוריאלי בלא לבחון את ערכי הבדיקה לגופם.⁶⁵ במילים

⁶³ ראו, למשל, מ"ח 1632/16 שלום נ' מדינת ישראל, פסקאות 90-91 (7.9.2017) ("על פרקליטות המדינה, כגוף מנהלי האמון על שמירת החומרים, לבחון מחדש את אופן שמירת חומרי החקירה ולוודא כי הראיות והממצאים שמורים באופן המאפשר מציאתם במקרה הצורך במאמץ וזמן סבירים – שהרי אם הם בלתי מושגים אין כל סיבה לשמור אותם"); בש"פ 4073/17 ראדה נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (26.3.2018) ("...ברור כי זכות העיון לקראת משפט חוזר קשורה קשר הדוק לאופן ההסדרה של שמירת מוצגים בהליכים פליליים, ויש שאף רואים בשמירה על מוצגים חובה חוקתית המוטלת על רשויות האכיפה... האינטרס של נאשמים כי מוצגים וחפצים שנתפסו יישמרו גם לאחר סיום המשפט הוא גם אינטרס של המדינה, כדי שלא תועלה נגדה טענה של נזק ראייתי בעקבות השמדת תפוס. אך למעשה, האינטרס הוא של החברה כולה. התכלית העליונה של כל הליך משפטי היא חקר האמת, וחובה עלינו לעשות את המיטב שביכולתנו כדי לצמצם את האפשרות שחלילה יורשע חף מפשע. מכאן האינטרס החברתי הכללי בשמירת תפוסים ומוצגים").

⁶⁴ זאת בניגוד להלכת יששכרוב בה נקבע כי על אף שבמקום בו בית המשפט מפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עדיין יתכן כי הראיה לא תפסל קטגוריאלי ובהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית בית המשפט יביא לידי ביטוי את הפגם במשקל שניתן לראיה. במסגרת הסעד האפיסטמי כלל לא ניתן להעניק לראיה משקל כלשהו שכן אין לבית המשפט את הכלים להעריך את הערך הפרובטיבי של הראיה.

⁶⁵ בפסיקה הדיונית ניתן למצוא הדים לרטוריקה מינהלית-אפיסטמית כזו בדיונים בהם הדגש מושם פחות על איכות הראיות לגופן ויותר על סבירות התנהלות הרשות החוקרת על בסיס קנה מידה, למשל, של "חוקר סביר". ראו למשל, ע"פ (מחוזי-נצ' 21158-03-12 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 72 (15.5.12) ("חוקר סביר היה שואל מלכתחילה את המעורבים האם קיימות במקום מצלמות אבטחה שכן כיום הדבר נפוץ ביותר, ולא ממתין עד שהמערער יביא לו את התקליטורים! לו היו מבוצעים פעולות חקירה אלה, אין ספק שהדבר היה תורם לביורר האמת"); ת"פ (חד') 2414/04 משטרת ישראל נ' זחאלקה (24.8.2006) ("... חקירת האירוע היתה שלומיאלית ולא נעשו הרבה פעולות הכרחיות שכל חוקר סביר היה עושה את אותן פעולות"); תפ (אש') 25295-02-19 מדינת ישראל נ' מולה, פסקה 41 (5.12.2020) ("לא ניתן לקבל את תשובות החוקר בעדותו בפני כתשובות מניחות את הדעת להתנהלותו של חוקר סביר שתפקידו לברר את האמת"). בפסיקת בית המשפט העליון ישנם מקרים שונים בהם בית המשפט קובע סטנדרט לאורו רשויות החקירה והתביעה אמורות לפעול במסגרת הליכי החקירה, ואף בכך יש היבט מינהלי. ראו למשל ע"פ 5019/09 חליוה נ' מדינת ישראל, פסקה 46 לחוות דעתו של השופט מלצר (20.8.2013).

אחרות ניתן לומר כי הסעד האפיסטמי יינתן מקום שבו הליך איסוף הראיות, שמירתן או הטיפול בהן **עלול** היה לפגוע במהימנותן: כלומר, יש לבחון האם התנהלות הרשות יצרה **סיכון** לפגיעה במהימנות הראייתית, וזאת להבדיל מבחינת הפגיעה הראייתית **בפועל**.

ניתן לדמות את הסעד האפיסטמי למערכת מדידה מדעית. השלב הראשון בעריכת המדידה מחייב את כיוול מערכות המדידה. מדידה ללא כיוול מערכות המדידה מראש, על אף שהיא עשויה להניב ערכים אמפיריים – ממצאים אלו יהיו חסרי כל ערך מדעי ולא ניתן יהיה לבסס עליהם כל מסקנה בהעדר הכיוול הראשוני של מכשיר המדידה. תוצאות שיופקו ממערכת מדידה כזו, בהעדר אישור מערכת המדידה (ולידציה), הינן מוגבלות וחסרות במובן האפיסטמי. בדומה לכך, הסטנדרטים המחייבים את הרשות בטיפול בתשתית הראייתית (איסוף הראיות ושמירתן) בהליך הפלילי מקבילים לכיוול מכשיר המדידה. על מנת להבטיח כי הממצא שתעלה החקירה הפלילית יהיה כזה שניתן לבסס עליו ממצא בעל ערך אפיסטמי, ואף הרשעה בפלילים מעבר לספק סביר, יש צורך להבטיח כי הסטנדרטים לאורה פועלת הרשות הם כאלו שניתן לתת בגינם אמון בתוצאות מעשי הרשות. כשם שקבלת תוצאה מבצוע מדידה במכשיר שלא עבר כיוול, על אף שהיא מניבה ערכים אמפיריים, היא פגומה אפיסטמית, כך גם ראיה שהושגה ללא הקפדה על הסטנדרטים המחייבים את הרשות עשויה להיות בעלת ערך מוגבל מבחינה אפיסטמית. הוודאות האפיסטמית מבוססת על כללים משפטיים מחייבים ותקפים – דיני הראיות קובעים את הכללים החלים על בחינת הראיות לגופן, בעוד הסטנדרטים המנהליים קובעים את הכללים המחייבים בכל הכרוך בשלבים השונים של הטיפול בראיות.

2. סעד מעניק לגיטימציה: סעד שתכליתו לשמור על טוהר ההליך הפלילי

הסעד השני ממוקד במישור הלגיטימיות של ההליך הפלילי ונכנה אותו כ**סעד מעניק לגיטימציה**. תכליתו של סעד זה אינה להיות סעד פוזיטיבי שבית המשפט מעניק לנאשם לשם מניעת עיוות דין והרשעות שווא, אלא זהו סעד פרוטקטיבי-מניעתי, שתכליתו להגן על טוהר ההליך הפלילי והלגיטימיות שלו.⁶⁶ סעד זה ניתן במקרים בהם בית המשפט סבור שנוכח התנהלות הרשות מתערערת הלגיטימיות בקיום ההליך הפלילי, וזאת בלא תלות בשאלה האם קיימת סבירות כי ניהול ההליך יוביל להוכחת אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.

שמירה על לגיטימיות ההליך הפלילי היא עקרון יסודי, והיא מזוהה לא אחת עם הזכות החוקתית להליך הוגן בהליך הפלילי.⁶⁷ קיים קשר מורכב בין הגינות ולגיטימיות לבין אמיתות ההרשעה. לעיתים פגיעה בהגינות ההליך עשויה לערער אף את אמיתות ההרשעה.⁶⁸ אולם, לדעתנו, ניתן וראוי להבחין בין מתן סעד

⁶⁶ קיימת אפשרות נוספת לפיה תכלית הסעד היא להרתיע את הרשות כדי שהפרה לא תישנה בעתיד. סטאר טענה כי הפחתה בעונש בשל התנהגות הרשות היא בעלת אפקט מרתיע כלפי התביעה כיוון שהיא עשויה ליצור מבוכה מקצועית (professional embarrassment) ממנה היא תבקש להימנע. ראו Sonja B. Starr, *Sentence Reduction as a Remedy for Prosecutorial Misconduct*, 97 GEO. L.J. 97, 1509, 1532 (2008) (להלן: Starr). לדעתנו, סעד מעניק הלגיטימציה, הממוקד בשמירה על טוהר ההליך כולל בתוכו גם את שיקולי הרתעת הרשות, ולכן המאמר לא ידון באפשרות זו בנפרד. נציין רק כי אפשרות זו מעוררת קושי משלוש סיבות. ראשית, ההנחה כי הרשות תורתע באמצעות מתן סעד כזה טעונה ביסוס אמפירי. שנית, גם בהנחה שקיים ביסוס כזה, הרי שהאפשרות להפחית בעונש או באישום כדי להרתיע את הרשות חותרת תחת האינטרס בענישת הנאשם למען האינטרס של ענישת הרשות, בעוד שלא ברור מדוע אינטרס האחרון גובר על הראשון. ראו: Ian Dennis, *Reconstructing the Law of Criminal Evidence*, 21 CURR. LEGAL PROB. 42 (1989). שלישית, אפשרות זו נדחתה בפסיקה הישראלית (ראו פסקה 65 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61), וכך גם בשיטות נוספות (למשל, בניו-זילנד ראו *R. v. Williams* [2009] 2 N.Z.L.R. 750, [2009] N.Z.S.C. 41), בו נאמר כי אין זה ברור מדוע יש להרתיע את הרשות דווקא באמצעות ההליך הפלילי ולא באמצעות כלי ביקורת אחרים.

⁶⁷ הספרות העוסקת בהליך הוגן בהליך הפלילי, מעמדה והיקפה היא רבה. ראו, למשל, מבין רבים את מאמרו הקלסי של פאקר: Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964).

⁶⁸ היו אף שסבור כי הגינות ההליך היא תנאי הכרחי לאמינות ההרשעה. ראו Dennis, לעיל ה"ש 21, בעמ' 212 ("fairness of trial is always a necessary condition of the safety of a conviction"). כך למשל, ציין בית הורדים כי: *R. v. Forbes* [2000] UKHL 66.

לצורך שמירה על אמינות ההרשעה לבין הצורך בשמירה על הגינות ההליך והלגיטימיות שלו. בניגוד לסעד האפיסטמי, סעד מעניק לגיטימציה מוענק בנפרד מהשאלה האם התנהלות הרשות פגעה באיכות הראיות ועשויה להשפיע על גילוי האמת. לעיתים, למרות שזכויות הנאשם לא נפגעו במישור הראייתי, התנהלות הרשות מחייבת לתת סעד שתכליתו לשמור על טוהר ההליך, הגינותו והלגיטימציה בקיומו. על אף שהרשעה אינה יכולה לעמוד במקרה בו התעורר ספק סביר באשמת הנאשם; ההפך אינו בהכרח נכון: יש קושי להרשיע גם במקרים בהם אין ספק באשמת הנאשם אך עדיין קיימת פגיעה בתחושת ההגינות והלגיטימיות של ההליך בשל פגמים שנפלו בהתנהלות הרשות.⁶⁹ ישנן שלוש סיבות עיקריות המצדיקות מתן סעד כדי לשמור על לגיטימיות ההליך הפלילי.

ראשית, בהליך הפלילי ניתנת למדינה לגיטימציה לעשות שימוש בכוח רב כנגד אזרחיה. הרשאה זו – שמקורה באזרחי המדינה עצמם – מותנית בכך שהמדינה תפעל אך ורק במסגרת הסמכויות שהוענקו לה על ידי האזרחים, המוגדרות בחוק, וחריגה מהן שוללת את הלגיטימציה שהוענקה לה לשימוש בכוח ולקיום ההליך הפלילי.⁷⁰ התיאוריות הפוליטיות של הוגי הנאורות, ובמיוחד של הובס ובקריה, מסבירות כי הוויתור של האזרחים על זכותם לעשות שימוש בכוח לטובת הריבון כרוך בסכנה מתמדת לכך שכוח זה ינוצל בצורה בלתי הולמת כנגד האזרחים עצמם. ההקפדה על כללי ההליך, ומתן סעד לנאשם במקרה בו הופרו זכויותיו בידי הרשות, נועדה לרסן את הכוח שניתן לריבון ולמנוע מקרים אלה.⁷¹

שנית, המשפט הפלילי נושק לסוגיות ערכיות ומוסריות, אשר חלקן עשויות להיות במחלוקת חברתית. מעצם טיבעו של ההליך הפלילי קיים חשש מתמיד כי ייעשה בו שימוש לא ראוי לאכיפת ערכי הרוב בכל מחיר תוך אי הקפדה על חירויות הפרט. כללי המשפט הפלילי נועדו להבטיח כי אף בסוגיות ערכיות, השימוש בהליך הפלילי ייעשה רק בהתאם לדין והריבון לא יעשה שימוש לרעה בהליך הפלילי מתוך תפיסה שהמטרה מקדשת את האמצעים.⁷²

שלישית, בשל ההיבט הציבורי המרכזי של המשפט הפלילי, הרשעה חייבת להיות לא רק נכונה עובדתית, אלא גם לבטא סמכות מוסרית לגיטימית ולשקף את עקרון שלטון החוק.⁷³ תנאי מקדים להטלת אחריות פלילית, ולפיכך לניהול משפט פלילי, היא שהקהילה הפוליטית, אותה מייצגות רשויות החקירה והתביעה – תהיה בעלת סמכות (authority) ומעמד נורמטיבי (standing) לקרוא לנאשם להשיב על אשמתו.⁷⁴ בגישה כזו, ההליך הפלילי נתפס כרצף – שתכליתו לקרוא לנאשם להשיב על אשמתו ולהעביר לו מסר מגנה על המעשה שביצע – המתחיל בעבודת המשטרה, עובר בעבודת התביעה הפלילית ומסתיים בבית

par. 24 ("If on such consideration it is concluded that a defendant's right to a fair trial has been infringed, a conviction will be held to be unsafe"). אולם, בתי המשפט האנגלים נוטים להבחין בין שני המושגים ולקבוע כי פגיעה בהגינות ההליך לא מחייבת כי ההרשעה אינה מבוססת מבחינה ראייתית. ראו Dennis, שם, בעמ' 213 המכנה גישה מרכזית בפסיקה אנגלית כגישה קונטיננטלית – "An unfair trial may result in an unsafe conviction, but will not necessarily or even presumptively do so. It all depends on the circumstances".

⁶⁹ עמדה זו הובעה בפסיקה האנגלית. ראו, למשל R. v. Davis, Johnson and Rowe [2001] 1 Cr App R 115 ("The Court is concerned with the safety of the conviction. A conviction can never be safe if there is doubt about guilt. However, the converse is not true. A conviction may be unsafe even where there is no doubt about guilt but the trial process has been vitiated by serious unfairness or significant legal misdirection"). ראו Ashworth & Redmayne, לעיל ה"ש 1, בעמ' 386.

⁷⁰ ראו: Adrian A. S. Zuckerman, *Illegally Obtained Evidence Discretion as a Guardian of Legitimacy*, 40 CURR. LEGAL PROB 55 (1987). סגל וזמיר מדגישים את חשיבותה של הביקורת המנהלית על התביעה כחלק מאמון הציבור בתביעה ובשיקוליה. זהו רובד נוסף בלגיטימיות של ההליך. ראו: זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום-על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט, מז 42, 48 (2003). על היחס בין שאלת הלגיטימיות של ההליך לשאלת הנראות של הצדק ראו: Daniel Shaviv, *Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice* 103 HAR. L. REV 530 (1989).

⁷¹ ראו: Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments* (2016); Thomas Hobbes, *Leviathan* (2016).

⁷² ראו, למשל Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, 75 YALE L. J. 986 (1966).

⁷³ ראו Dennis, לעיל ה"ש 68, בעמ' 235-236.

⁷⁴ ראו Jonathan Rogers, *The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials*, 61(1) CURR. LEGAL PROB. 289, 294 (2008). לדיון וביקורת על שיטתו של דאף בעניין זה ראו Jonathan Rogers, *The*

המשפט. בית המשפט אחראי ליושרת ההליך הפלילי והלגיטימיות שלו, ובמקרה בו נפל פגם חמור בהתנהלות הרשויות הדבר עשוי להשליך גם על הלגיטימיות של קיום ההליך המשפטי עצמו.⁷⁵ הפרה של שלטון החוק בידי הרשות, לאחר שזו שימשה חוליה בדרך לקביעת האשמה, עלולה לפגוע בערכה הנורמטיבי של ההרשעה ולהחליש את סמכותה המוסרית.⁷⁶ לפיכך, ניתן לראות בהענקת סעד במקרה של הפרת החוק בידי הרשות כחלק משמירה על עקרון שלטון החוק בידי בית המשפט.⁷⁷

בנוסף, במקום בו גינוי הנאשם על הפרת החוק כרוך בעצמו בהפרת החוק, ניטלת הלגיטימיות לאקט הגינוי גופו.⁷⁸ בדומה לכך שאדם שביצע עבירה יחד עם אחר, איבד את זכות העמידה המוסרית שלו להוכיח את חברו על עבירות שהוא ביצע עימו במשותף, כך במקרה בו זכויותיו של הנאשם נפגעו משמעותית על ידי הרשות, הקהילה מאבדת את מעמדה הנורמטיבי לקרוא לנאשם להשיב על אשמתו. ניתן לומר, כי באמצעות סעד מעניק לגיטימציה בית המשפט מבקש לשקם את הלגיטימיות של ההליך הפלילי מקום שנפל פגם בהתנהלות הרשות ומעביר לרשות ולקהילה כולה מסר כי בית המשפט איננו נוטל חלק בפגיעה בזכויות הנאשם ופועל לתקן.⁷⁹

בהתאם לאמור, מתן סעד מגביר-לגיטימציה נקבע על בסיס השאלה האם התנהלות הרשות פגעה בלגיטימיות של ההליך הפלילי והאם ניתן לרפא פגם זה. במקרה בו הפגם שנפל בהתנהלות הרשות פגע בטוהר ההליך הפלילי, הדבר עשוי להצדיק פסילה של תוצאות המעשה המינהלי, כולו או חלקו, ואף להוביל לביטול ההליך כולו. כך לדוגמה, בית המשפט עשוי לפסול ראייה שנגבתה בניגוד לדין וזאת גם אם הפגם המינהלי לא פגע באיכותה הפרובטיבית-ראייתית; או לחלופין לבטל הליך פלילי שיש חשש כי הוא נגוע במניעים לא טהורים של הרשות, אף על פי שהוא מבוסס דיו מבחינה ראייתית.⁸⁰ במקום בו מדובר בפגם

⁷⁵ ראו Rogers, שם, בעמ' 296; Sarah Martinsp, *Lost and Destroyed Evidence: The Search for a Principled Approach to Abuse of Process*, 9 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 158 (2005) (it would compromise the integrity of the courts if they were to proceed with a prosecution founded on manifestly unacceptable policing practices; or, in other words, that the moral authority of the criminal justice system would be lost if courts did not insist that those who enforce the law must also obey the law).

⁷⁶ ראו Dennis, שם.

⁷⁷ הפסיקה האנגלית עמדה על הצורך בהפעלת הגנה מן הצדק (abuse of process) גם במקרה בו אין סכנה להרשעת שווא בשל הצורך לשמור על שלטון החוק (בהקשר להליך הסגרה) ראו *R v. Horseferry Road Magistrates' Court; Ex parte Bennett* [1993] 3 All ER 138, 62-63 שם ציין בית המשפט: "In the present case there is no suggestion that the appellant cannot have a fair trial... If the court is to have the power to interfere with the prosecution in the present circumstances it must be because the judiciary accept a responsibility for the maintenance of the rule of law that embraces a willingness to oversee executive action and to refuse to countenance behaviour that threatens either basic human rights or the rule of law... I have no doubt that the judiciary should accept this responsibility in the field of criminal law... The courts, of course, have no power to apply direct discipline to the police or the prosecuting authorities, but they can refuse to allow them to take advantage of abuse of power by regarding their behaviour as an abuse of process and thus preventing a prosecution". בית המשפט עמד על הזיקה בין הלגיטימיות של ההליך הפלילי לעיקרון שלטון החוק בהקשר להגנה מן הצדק ראו *R v. Grant* [2005] EWCA Crim 1089, par. 54 ("... we are in no doubt but that in general unlawful acts of the kind done in this case, amounting to a deliberate violation of a suspected person's right to legal professional privilege, are so great an affront to the integrity of the justice system, and therefore the rule of law, that the associated prosecution is rendered abusive and ought not to be countenanced by the court").

⁷⁸ ראו R. A. Duff, *I Might be Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 245, 250-251 (2003); DUFF RA, LINDSY FARMER, SANDRA MARSHALL, VICTOR TADROS, *THE TRIAL ON TRIAL: VOLUME 3: TOWARDS A NORMATIVE THEORY OF THE CRIMINAL TRIAL* (2007).

⁷⁹ ראו Starr, לעיל ה"ש 74, בעמ' 1536: "Expressive remedies are thus usually ineffective if they are merely expressive, for instance declaratory relief (as a response to past harm) or simple judicial recognition of wrongdoing"; Kent Roach, *The Evolving Test for Stays of Proceedings*, 40 C.L.Q. 400, 435 (1998) ("Stays remain the best and most decisive means by which a court can wash its hands of an abuse and send a loud and clear message that it will not condone or be tainted by such unacceptable behaviour").

⁸⁰ ראו למשל, ע"פ 482/20 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (4.6.2020). יש לציין כי קיימים חוקים נוספים אשר פוסלים ראיות בשל אי החוקיות בהשגתן. כך לדוגמה ס' 13 לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 אשר קובע כי ראייה שהושגה תוך הפרת החוק תהייה פסולה, וס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אשר קובעת כי ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות היא פסולה. בהקשר זה נציין כי עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד, הדגיש בית המשפט העליון כי לצד התכלית של מניעת הודיית שווא קיימת תכלית נוספת ועצמאית של שמירה על כבוד הנאשם ועל טוהר ההליך. כך לדוגמה, עוד בעניין

חמור, הסעד שניתן עשוי להוביל לביטול ההליך כולו, אולם במקרה חמור פחות יינתן סעד מתון יותר בדמות ביטול חלק מסעיפי האישום שהיו כרוכים בפגיעה בזכויותיו של הנאשם בידי הרשות, וזאת בכדי לנסות להשיב להליך את הלגיטימיות שנפגעה.⁸¹ עם זאת, במקרה בו בית המשפט סבור שקיום ההליך הפלילי עודנו לגיטימי, חרף הפגם שנפל בהתנהלות הרשות, הנאשם לא יקבל על כך סעד במסגרתו של ההליך הפלילי. נמצא שסעד מעניק-לגיטימציה הינו סעד מנהלי במובן שהוא ניתן במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. אולם, הצדקתו של סעד זה נעוצה ברציונאליים אינטרגליים להליך הפלילי. זאת ועוד, אף יישומו הקונקרטי של סעד זה מוצדק בהתאם לתכליות ההליך הפלילי שכן במקום בו יש העדר לגיטימציה לקיום ההליך בית המשפט רשאי לבטל את ההליך אף אם הדבר יוביל לזיכוי הנאשם. נבחר כי לעמדתנו לא ניתן לרפא חוסר לגיטימיות שנפל בהליך פלילי באמצעות הקלה בעונש או המרת סעיף אישום, זאת שכן סעדים אלו אינם קשורים במישרין במידת הלגיטימיות של ההליך והענקתם מעוררת את הקשיים התיאורטיים שהוצגו ביחס לגישה המעורבת.

3. סעד מפצה: סעד שתכליתו לפצות את הנאשם על הפגיעה בו

הסעד השלישי ממוקד בפיצוי הנאשם באמצעות הקלה בעונשו, ולפי חלק מהשיטות אף המרת סעיף האישום לסעיף מקל, על הפגיעה בו כתוצאה מהתנהלות לא תקינה של הרשות.⁸² נכנה סעד זה בשם **סעד מפצה**. בניגוד ליתר הסעדים, סעד זה איננו מכוון לשמירה על איכותו האפיסטמית-ראייתית של ההליך הפלילי ואף לא לשמירה על הלגיטימיות שלו, אלא הוא מכוון לפצות באופן אישי את הנאשם על פגמים שנפלו בהתנהלות הרשות במהלך הליכי החקירה או התביעה וזאת גם אם פגם זה אינו בעל משמעות אפיסטמית-ראייתית ואף לא פגע בלגיטימיות של ההליך הפלילי.⁸³ כך לדוגמה, במקרה בו הוגש כתב אישום בשיהוי ניכר בשל פגמים בהתנהלות הרשות, ואשר פגע בזכויות הנאשם – בית המשפט עשוי לסבור כי ראוי להעניק לו סעד מפצה.⁸⁴ סעד מפצה יכול לבוא לידי ביטוי בהקלה בעונש, אפשרות המוכרת בשיטות שונות כדוגמת ישראל,⁸⁵

ארצי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 232, נקבע כי יש מקרים בהם על אף שאין חשש לטיב הראייה יש לפסול אותה, שכן "שומה על אנשי המשטרה ושומה על בתי המשפט לשמור ולהשמר מתופעות הידועות לנו לשימצה ממשטרם טוטליטריים, שבדרכיהם לא נלך"; ע"פ 183/78 **אבו מידג'ס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 533, 546 (1980).

⁸¹ ראו ASHWORTH & REDMAYNE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273, הטוענים כי ניתן להסביר את הגנה מן הצדק, במקרים רבים, על בסיס תרופתי, של השבת המצב לקדמותו. הדבר תלוי גם בשאלה האם ניתן לפגוע באופן חלקי בלגיטימיות או שמא מדובר במושג בינארי. התשובה לשאלה זו שנויה במחלוקת, והיא תלויה בממדים הנורמטיביים והסוציולוגיים של מושג הלגיטימיות, דיון החורג ממטרות המאמר. על מושג הלגיטימיות וממדיו השונים ראו, Nate Adams, *Institutional Legitimacy*, 26 J. POL. PHIL. 84, 101 (2018); Frank I. Michelman, *Legitimacy and Autonomy: Values of the Speaking States*, 79 BROOK. L. REV. 985, 991-995 (2013); Tom R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, 30 CRIME & JUST. 283 (2003).

⁸² הסעד המפצה שונה מפיצוי ממוני על הפגיעה בנאשם במקרה של משפט או מעצר ללא יסוד או במקרה של זיכוי כזה (ראו סעיף 80 לחוק העונשין).

⁸³ על האפשרות שתכלית הסעד היא פיצוי הנאשם ראו: DAVID YOUNG, MARK SUMMERS, DAVID CORKER, *ABUSE OF PROCESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS* (2003). בישראל, הזכות לפיצוי בגין פגמים מנהליים מוכרת במשפט המנהלי בהקשרים שונים. ראו: בג"צ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון**, פ"ד כח(2) 449; בג"צ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 96. דפנה ברק-ארז "פיצויים מנהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35 (1994); דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט, 103 (2006); יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל** ב, 97 (1994); רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" **עיוני משפט** לח 314 (2015). לדיון באפשרות דומה בהליך הפלילי ראו: Andrew Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, 3 CRIM. L. REV. 723 (1996); Alex Stein, *The Refoundations of Evidence Law*, 9 CAN. J. LAW & JURISP. 279 (1977).

⁸⁴ ראו, למשל, ע"פ 4434/10 **יחזקאל נ' מדינת ישראל** (16.3.2011).

⁸⁵ ראו למשל, מבין רבים: **עניין ולס**, לעיל ה"ש, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט מלצר; ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל**, פסקה 6 (20.7.2009) ובדיון להלן בפרק 2. למאמר והספרות והפסיקה הנזכרת שם.

אנגליה,⁸⁶ קנדה,⁸⁷ וניו-זילנד,⁸⁸ ויש הסבורים כי הוא יכול להביא אף להמרת סעיף האישום לסעיף מקל יותר.⁸⁹ ניתן להציע שלוש הצדקות נורמטיביות למתן סעד מפצה במסגרת ההליך הפלילי:

ראשית, סעד מפצה יכול להשתלב כחלק מהדיאלוג העונשי בין המדינה לנאשם. כאמור, גישות קומוניקטיביות טוענות כי על ההליך הפלילי להתמקד בדיאלוג הדדי בין החברה לנאשם.⁹⁰ גישה זו רואה בהליך הפלילי, על כל חלקיו – החל בכתב האישום, בטיעוני הצדדים ובמיוחד בעונש המוטל על הנאשם בסופו – מדיום להדברות ממוקדת במעשה העבירה, בין שני צדדים אשר צריכים לתת במסגרתו דין וחשבון זה לזה. התיאוריה הקומוניקטיבית של הענישה התפתחה, בין היתר, בעקבות עליית ערכו של הסובייקט בחברה הליבראלית, והחובה להתייחס אליו כפועל מוסרי ורציונלי, החבר בקהילה האזרחית, אשר יכול ואף חייב לתת דין וחשבון על בחירותיו ומעשיו ולהשיב עליהם באופן מוסרי.⁹¹ בגישה זו, כאמור, במסגרת ההליך הפלילי בית המשפט מנהל עם הנאשם דיאלוג מוסרי, הממוקד בעבירה, ופונה לנאשם להכיר בפגיעה שגרם לנפגע, ליטול עליה אחריות ולהפנים את הערך החברתי המוגן שנפגע. דו-שיח זה שואף להיות הדדי ורספונסיבי; דיאלוג ולא מונולוג; מהלך של יחסי גומלין ולא תהליך חד צדדי בו הנאשם ממלא תפקיד סביל, כאובייקט פאסיבי אשר נכפה עליו המסר העונשי המגנה. בית המשפט צריך להיות קשוב ורגיש לתהליך המוסרי-פנימי אותו חווה הנאשם, כנמען ההליך, ולשקף לו כי הוא יכול ומסוגל להבין באופן רציונלי ומוסרי את המסרים שמעבירה לו הקהילה.⁹² ניתן לטעון כי כדי לאפשר את הדיאלוג ואת קשיבותו של הנאשם למסרים המועברים לו במסגרת ההליך, בית המשפט אמור להיות קשוב אף הוא לחוויית הנאשם בהליך הפלילי. הסעד המפצה מאפשר לבית המשפט להכיר בהפרת זכויות הנאשם כעניין רציני, הראוי להקשבה, הכרה, ולעיתים אף לתגובה ממשית; בית המשפט איננו אדיש להפרת זכויות הנאשם וחווית חוסר הצדק שלעיתים נלווית להם.⁹³ בגישה זו, על אף שהפגיעה בנאשם אירעה לאחר ביצוע העבירה, קיים ערך בכך שבית המשפט מגלה רגישות לפגיעה בזכויותיו של הנאשם ומגיב לה.⁹⁴ האמצעי להכיר בפגיעה בנאשם,

⁸⁶ ראו למשל [2003] UKHL Attorney General's Reference No 2 of 2001; [2006] EWCA Crim 707, par. 28; *R v. Asfaw*, [2006] EWCA Crim 707, par. 28; Attorney General's Reference (No 1 of 1990) (1992) 95 Cr App R 296, par. 3.

⁸⁷ ראו, למשל 206 SCR [2010] 1 SCC 6, *R. v. Nasogaluak* 2010 SCC 6, [2010] 1 SCR 206; (Nasogaluak עניין) *Marie-Eve Sylvestre, The*; *Discovery of the Proportionality Principle in Sentencing in Ipeelee: Constitutionalization and the Emergence of Collective Responsibility*, 63 SUP. CT L. REV. 461, 473-474 (2013).

⁸⁸ ראו *Sentencing Act 2002*, s. 9(2)(fb) ("any adverse effects on the offender of a delay in the disposition of the proceedings caused by a failure by the prosecutor to comply with a procedural requirement").

⁸⁹ ראו להלן בהרחבה בפרק השני למאמר.
⁹⁰ R.A. Duff & Sandra Marshall, *Civic Punishment*, in DEMOCRATIC THEORY AND MASS INCARCERATION, 33, ראו 48 (Albert W. Dzur, Ian Loader & Richard Sparks eds., 2016) ("a two-way process of communication from polity to offender and from offender to polity").

⁹¹ H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968); H.L.A. HART (1963) LAW, LIBERTY, AND MORALITY. דאף וגרדנר סבורים כי המודל של הארט להצדקת ההליך הפלילי, שהיה מקובל שנים רבות, לפיו ההצדקה הבסיסית לענישה היא הרתעה ויציבות חברתית, מבטא אינסטרומנטליזציה של הנאשם. לשיטתם, יש להצדיק את המשפט הפלילי, כמו גם את כל יתר המוסדות המשפטיים, על בסיס רציונאליים המכבדים את הנאשם עצמו ורואים אותו כסובייקט. הארט סבר כי יש 'לחלץ' את המשפט הפלילי מתפיסות דתיות של אשמה וכפרה שדבקו בו לאורך השנים, ויש לראות בו אמצעי יעיל לשמירה על הסדר החברתי. אולם, על מנת לפתור את בעיית האינסטרומנטליזציה של הנאשם הוא סבר שבתפקוד הקונקרטי של המערכת קיימות שתי מגבלות מרכזיות: ניתן לענוש רק מי שיש לו אחריות מלאה לעבירה, ויש לצמצם את העונש לכדי מינימום הכרחי שיוצר הרתעה. ראו: Malcolm Thorburn, *Criminal Law as Public Law*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 21 (Antony Duff & Stuart Green Eds., 2011); Malcolm Thorburn, *Calling Antony Duff to Account*, 4 CRIM. L. & PHIL. 737 (2015); R.A. DUFF, TRIAL AND PUNISHMENTS 88 (1986); John Gardner, *The Mark of Responsibility*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 157, 192 (2003); John Gardner, *Introduction*, in H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 24 (2nd ed, 2008).

⁹² העמדה הטכניקלית-רספונסיבית פותחה בכתביה של מסלר בהקשר למושג החרטה וההכרה בו בגישה גמולית ראו HANNAH MASLEN, REMORSE, PENAL THEORY AND SENTENCING 102, 145 (2015).

⁹³ ראו DUFF, PUNISHMENT, לעיל ה"ש 32, בעמ' 96 ("if we are to call you to account for your conduct, we must also be ready to answer to you for relevant aspects of our conduct").

⁹⁴ אפשר לראות בפיצוי זה חלק מהותי מהדיאלוג, בו הנאשם מגיב לרשויות על כך שהם ראו במעשה שעשה מעשה 'עבירה', אולם ניתן לראות בפיצוי גם מכשיר אינסטרומנטלי הכרחי לצורך הפתיחות של הנאשם לשימוע את המסר המגנה. כיון שגינני חייב להיות מבוסס על הדדיות ושוויון בין המגנה למגונה, רק כאשר הצד המגנה מוכן לקבל את הביקורת של המגונה מפנים המגנה את

הגלומה בסעד המפצה, בהתאמה, היא באמצעות דרכי התקשורת המרכזיות שהמשפט הפלילי מציע – האישום, ההרשעה, והעונש – ועיצובם בהתאם למידת הפגיעה הפרטנית בנאשם. בשל כך, לפי גישה זו, לא ניתן להסתפק בפיצוי הנאשם באמצעות הליכים חלופיים כגון פיצוי כספי אזרחי.

שנית, ניתן להצדיק סעד מפצה כמקדם שיקולים של גמול סובייקטיבי.⁹⁵ לפי גישה זו, סעד מפצה מבקש לתת מקום לסבל או להכבדה שחוזה הנאשם במסגרת ההליך הפלילי כתוצאה מפגיעה לא מוצדקת בזכויותיו בידי רשויות החקירה (למשל, במקרה בו נעצר שלא כדין או הופעלה כלפיו אלימות) או התביעה (למשל, שיהיו כבד ולא מוצדק בהגשת כתב האישום).⁹⁶ בגישה זו, התנהלות לא מוצדקת של הרשות שגרמה לנאשם סבל לא מוצדק משתלבת בשאלת העונש המידתי שיש להשית עליו, שכן יש לשמור על כך שמידת הסבל המושת על הנאשם במסגרת ההליך לא תשקף אשם מוסרי גבוה יותר מזה שראוי לייחס לו.⁹⁷

שלישית, הסעד המפצה משתלב עם תפיסה הוליסטית של המשפט הפלילי. התפיסה ההוליסטית של המשפט הפלילי מבוססת על הבחנה מרכזית בין ההליך האזרחי לפלילי: הליך אזרחי הוא "משחק סכום אפס" ובו איזון התוצאה בשל שיקולים שאינם קשורים באופן ישיר לתובענה המתבררת בא בהכרח על חשבון הצד השני.⁹⁸ לעומת זאת, ההליך הפלילי מאפשר לבית המשפט להתחשב בשיקולי צדק ומדיניות רחבים, מבלי שאלו יבואו על חשבון אחד הצדדים הישירים להליך (למשל, שקילת השפעת העונש על צדדים שלישיים או התחשבות בתועלת שיש בניהול ההליך ביחס לעלותו).⁹⁹ בשל מאפיין הוליסטי זה של ההליך הפלילי, יש הטוענים כי במסגרת ההליך הפלילי יש צורך בעשיית צדק רחבה המביאה לידי ביטוי גם שיקולי מדיניות וצדק כלליים,¹⁰⁰ ועל כן יש לאזן את עקרון הגמול עם היבטים שליליים נוספים שההליך הפלילי יוצר.¹⁰¹ בהתאם לגישה זו, כך ניתן להציע, יש להביא בחשבון את הפגיעה בנאשם כדי לתקן את חוסר הצדק שנגרם לו בידי הרשות כבר במסגרת ההליך הפלילי עצמו ולפצות אותו.¹⁰² נמצא שסעד מפצה הינו סעד מנהלי במובן שהוא ניתן לנאשם במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. חרף האמור, הצדקתו של הסעד המפצה נעוצה ברציונאליים אינטרגליים להליך הפלילי. זאת ועוד, בניגוד לשני הסעדים הקודמים בהם לא ניתן להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם אלא רק לבטל את ההליך הפלילי, סעד

המסר וההליך יוכל להיות דיאלוג, על כך ראו R. A. Duff, *Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Law*, 23 RATIO 123 (2010).

⁹⁵ יש להבחין גישה זו מהגישה הגמולית הרווחת הממוקדת בקביעה אובייקטיבית של היחס בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. ראו לעיל בה"ש 28 והספרות הנזכרת שם.

⁹⁶ עמדה זו מוכרת במשפט הקנדי. ראו, למשל, *R. v. Glykis*, 1995 CanLII 1277 (ON CA) ("I recognize that there have been cases where the courts, by reason of a Charter violation, have apparently imposed a lesser sentence than that which would normally have been imposed. However, in most of those cases the breach has resulted in some form of punishment or added hardship.")

⁹⁷ ראו Oren Bick, *Remedial Sentence Reduction: A Restrictive Rule for an Effective Charter Remedy*, 51 CRIM. L. REV. 199, 200 (2005). הנושא מעורר שאלה נפרדת ומורכבת, החורגת ממטרות המאמר: האם יש צורך שהסבל שיחוזה הנאשם יוטל עליו בכוונה להענישו בידי המדינה. ראו על כך אצל Adam Kolber, *Unintentional Punishment*, 18 LEGAL THEORY 1 (2012); Alon Harel, *Why Only the State may Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEGAL THEORY 113 (2008).

⁹⁸ ראו RICHARD D. FREER, *CIVIL PROCEDURE* 5 (2016).
⁹⁹ על ההבחנה בין ההליך האזרחי לפלילי ראו Paul H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, 76 BUL. REV. 201 (1996); Kenneth Mann, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal and Civil Law*, 101 YALE L. J. 1795 (1992); Issachar Rosen-Zvi & Talia Fisher, *Overcoming Procedural Boundaries*, 94 VA L. REV. 79 (2008).

¹⁰⁰ ראו Erik Luna, *Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice*, UTAH L. REV. 205, 270-282 (2003); Guyora Binder, *Punishment Theory: Moral or Political?*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 321, 321 (2002); Samuel Scheffler, *Justice and Desert in Liberal Theory*, 88 CALIF. L. REV. 965, 984 (2000).

¹⁰¹ ראו Douglas Husak, *Holistic Retributivism*, 88 CALIF. L. REV. 991, 997-999 (2000); Vincent Chiao, *What is the Criminal Law for?*, 35 L. & PHIL. 137, 151-152 (2016).

¹⁰² על ההיבט המתקן בשימוש בענישה בהקשר לפגמים בהתנהלות התביעה ראו Zannah Johnston, *Remedies for Breach of the Right to be Tried Without Undue Delay: To Stay or Not to Stay?* 78 (MA dissertation, University of Toronto, 2009).

מפצה עשוי להצדיק אף הקלה בעונשו של הנאשם וזאת על בסיס רציונאליים פליליים. בהמשך המאמר נדון בגבולותיו של סעד זה.

סיכום ביניים: הצדקות לסעד המנהלי ומיקומו הגיאומטרי בהליך הפלילי

לסיכום ביניים, בחלק זה ביקשנו להציג שלוש קטגוריות של סעדים מנהליים אשר ההצדקות להן מבוססות על תכליות המשפט הפלילי. סעדים אלה תואמים את הגישה האורגנית של הסעד המינהלי, לפיה הענקת סעד מינהלי במסגרת ההליך הפלילי מוצדקת רק כאשר זה משתלב עם עקרונות המשפט הפלילי עצמו. אולם בהיבט זה לא רק לסוג הסעד יש חשיבות רבה, אלא גם למיקום הגיאומטרי בו הוא מוענק לאורך ההליך: ככל שהסעד חודר לליבת ההליך הפלילי ומשפיע על קביעת האשמה והעונש כך הוא מסיט את המוקד של ההליך הפלילי לעבר שיקולים החורגים מעקרון האשמה. אשר על כן, יש להבטיח כי גם המיקום הגיאומטרי של הענקת הסעד המינהלי בהליך הפלילי יהלום את עקרונות המשפט הפלילי. במובן זה, לדעתנו לא ניתן להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם הניתנת כסעד אפיסטמי או כסעד מעניק לגיטימציה, בשל הפגיעה בעקרונות המשפט הפלילי. זאת על אף שיתכן שתוצאה זו תתכן על פי עקרונות המשפט המנהלי ודוקטרינת הבטלות היחסית. עם זאת, כפי שהראינו, הקלה בעונש יכולה להלום את עקרונות המשפט הפלילי כאשר היא מסווגת כסעד מפצה. במקרה זה יש לקבוע גבולות ברורים ומוגדרים אשר יאפשרו להגשים את התכלית של הפיצוי העונשי בלא לפגוע בתכלית העיקרית של גזירת הדין בהתאם לעיקרון ההלימה.

טרם שנציע מתווה אשר לדעתנו מבטיח שימוש ראוי בכל אחד מסוגי הסעדים שהוצגו, נבקש להראות כי בדין הפוזיטיבי התרחשו לאורך השנים שתי מגמות מקבילות הנוגעות למתן הסעד המינהלי בפלילים ומיקומו הגיאומטרי בהליך, אשר משקפות, לדעתנו, את העדפתו של המודל המעורב על פני המודל האורגני: **ראשית**, הביקורת השיפוטית על רשויות אכיפת החוק בהליך הפלילי אשר בראשית הדרך נעשתה באמצעות דוקטרינת "הגנה מן הצדק" ונועדה להגן על טוהר ההליך הפלילי והגינותו, התרחבה לביקורת מנהלית העומדת בפני עצמה, ומאפשרת לבית המשפט לבקר את רשויות החקירה והתביעה בלא קשר לתכליות ההליך הפלילי, עם צמיחתה של דוקטרינת "הביקורת המינהלית בפלילים". **ושנית**, עם השנים, המיקום הגיאומטרי של הענקת הסעד השתנה: בראשית ימיה של הדוקטרינה, הסעד ניתן רק בשער ההליך הפלילי, ואילו כיום הסעד חודר לליבת ההליך הפלילי ועשוי להשפיע על מידת העונש ויש הסבורים אף על מידת האשמה של הנאשם. לדעתנו, מגמות אלה מטשטשות את קו הגבול שבין המשפט הפלילי למשפט המנהלי ומעוררות את האתגרים התיאורטיים עליהם עמדנו בראשית המאמר. כפי שנציג בהמשך, אף הפסיקה ערה לקשיים העלולים להתעורר בעקבות התרחבותה האמורה של הביקורת המינהלית בפלילים ולאחרונה אף החלה להישמע ביקורת ישירה ונוקבת על מגמה זו ששיאה בביטול דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים בעניין **רותם**.¹⁰³ בסיום הצגת פרק זה, נבקש להציע מתווה אשר מאפשר לבית המשפט להעניק סעד מנהלי בהליך הפלילי תוך כדי התמודדות עם האתגרים המתעוררים בעקבות המפגש שבין המשפט הפלילי למינהלי.

¹⁰³ ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 11.

ד. הדין הפוזיטיבי: מגמות בהתפתחות הביקורת השיפוטית במסגרת ההליך הפלילי

1. שלב ראשון: שמירה על טוהר ההליך הפלילי והגינותו

הביקורת השיפוטית על התנהלות רשויות החקירה והתביעה חדרה להליך הפלילי באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בראשית הדרך, פסיקת בית המשפט העליון הדגישה כי הגנה מן הצדק שמורה למקרים קיצוניים בלבד, בהם הרשות עשתה שימוש לא ראוי בהליך הפלילי באופן מכוון לשם רדיפה אישית. במקרים אלו, הסעד היחיד שנשקל הוא ביטול כתב האישום, וזאת על מנת למנוע שימוש לרעה בהליך הפלילי ולהגן על טוהר ההליך. כך למשל, בעניין **יפת**, אחד מפסקי הדין הראשונים שענינו את הדוקטרינה במשפט הישראלי, נקבע כי הגנה זו שמורה למקרים קיצוניים בהם התקיימה "התנהלות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת". מוקד הדוקטרינה בתקופה זו הושם על הצורך לשמור על טוהר ההליך הפלילי ולא על קידום תכליות מנהליות, ונקבע כי: "טוהר ההליך השיפוטי הוא תנאי מוקדם לקיומה של מערכת משפט תקינה אשר בלעדיה אין".¹⁰⁴ בהתאם לכך, אף המיקום הגיאומטרי של מתן הסעד היה בשער הכניסה להליך: ביטול כתב האישום בלבד ולא הקלה בעונשו של הנאשם או באשמתו.¹⁰⁵ דוקטרינת הגנה מן הצדק אשר אומצה בפסיקת בית המשפט העליון מצאה דרכה לחוק סדר הדין הפלילי תוך שמירה על אופייה כדוקטרינה שתכליתה שמירה על טוהר ההליך הפלילי, כפי שיפורט להלן.

(א) חקיקת ההגנה מן הצדק ומשמעותה במישור הסעד

בשנת 2007 עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק עלי חוק.¹⁰⁶ במסגרת זו, נקבע, כאמור, כי בית המשפט רשאי לתקן או לבטל כתב אישום במקרה בו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".¹⁰⁷ במהלך השנים דוקטרינה זו יושמה בפסיקה במקרים רבים ובסוגים שונים של מצבים ופגמים שנפלו בהתנהלות הרשות.¹⁰⁸

הדוקטרינה החקוקה של הגנה מן הצדק משקפת תפיסה דומה לזו שמצאנו בעניין **יפת** ו**יששכרוב**, לפיה תכלית הסעד הניתן במסגרת הגנה מן הצדק הינה לשמור על טוהר ההליך והגינותו. ניתן ללמוד זאת מארבעה היבטים בהסדרה הנורמטיבית של ההגנה מן הצדק: **ראשית**, הדוקטרינה עוגנה בחקיקה המסדירה את המסגרת **הדינית** של ההליך הפלילי, במסגרת **חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]**, **התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ)**, ולא **בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)**, המסדיר את

¹⁰⁴ ראו **עניין יפת**, לעיל ה"ש 10, בפסקאות 169 ו-171 התאמה. ההדגשה אינה במקור. נציין כי גם בעניין **בורוביץ**, בו בית המשפט הרחיב את השימוש בדוקטרינה גם למקרים בהם על אף שלא הייתה כוונה לרדיפה אישית נגרמה פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות המשפטית, הדגיש בית המשפט כי תכלית הדוקטרינה נותרה כפי שהיתה לשמור על טוהר ההליך והגינותו. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, בעניין **בורוביץ** בית המשפט לא הגביל את הסעד רק לשער הכניסה להליך הפלילי, ואיפשר סעד בדמות הקלה בעונש. ראו דיון להלן בתת-פרק 5.ב.

¹⁰⁵ ראו שם, בפסקה 170, שם נקבע כי במקום בו מדובר בעבירות חמורות בהן האינטרס הציבורי להעמיד את הנאשם לדין גדול מאד הדבר ישפיע על תחולת הדוקטרינה. גם קביעה זו מלמדת כי בית המשפט אינו סבור שבכל מקרה יש לפצות את הנאשם על הפגמים שנפלו בהתנהלות הרשות.

¹⁰⁶ ראו סעיף 149(10) לחסד"פ.

¹⁰⁷ חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007. ניסוחו של הסעיף נלקח מעניין **יפת** אשר מהדהד גם בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פסקה 66 לחוות דעתה של השופטת ביניש:

סעיף 149(10) לסדר הדין הפלילי	עניין יפת	עניין יששכרוב
בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית	סמכותו הטבעה של בית-המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית	אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין

¹⁰⁸ ראו נקדימון, **הגנה מן הצדק**, לעיל ה"ש 10; שקד **תקיפה עקיפה**, לעיל ה"ש 2.

מהות קביעת האשמה הפלילית והעונש.¹⁰⁹ **שנית**, הדוקטרינה עוגנה כחלק מהטענות המקדמיות שיכול נאשם להעלות לפני תחילת ההליך לגופו. טענות אלו אינן מהוות חלק מהדיון בליבת ההליך הפלילי, אלא הן מופנות כלפי חוסר יכולת לנהל את ההליך משיקולים חיצוניים לאשמת הנאשם במובן הצר, כגון חוסר סמכות, פגם או פסול שנפל בכתב האישום, התיישנות ועוד. **שלישית**, לפי לשון החוק, במוקד הדוקטרינה ניצבת הגינותו של ההליך הפלילי ולא פיצוי של הנאשם על נזק שנגרם לו. **רביעית**, אף הסעד שניתן להעניק לנאשם לפי לשון החוק הוא "תיקון כתב האישום או ביטולו", ולא הקלה בעונש או באשמה.¹¹⁰

כפי שעולה מהדברים, אף המחוקק עיצב את דוקטרינת הגנה מן הצדק ככזו שתכליתה להבטיח שמירה על טוהר ההליך הפלילי ואשר תחומה לשאלה האם בנסיבות העניין יש מקום לקיים את ההליך הפלילי או שיש לבטלו. כפי שנראה עתה, צעד נוסף במסגרת הביקורת השיפוטית על התנהלות הרשות במסגרת ההליך הפלילי, נעשה באימוץ דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בעניין **יששכרוב**. פסק הדין ניתן בסמוך לעיגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי ואף הוא משקף תפיסה דומה לפיה תכלית הביקורת היא שמירה על טוהר ההליך הפלילי.

(ב) דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – אימוץ המודל המניעתי

העמדה לפיה הסעד המינהלי הניתן במסגרת ההליך הפלילי צריך להיות ממוקד בשמירה על טוהר ההליך בלבד, נדונה במפורש בעניין **יששכרוב**. במקרה זה נפגעה זכותו של חשוד להיוועץ בעורך דינו טרם חקירתו. בית המשפט קבע כי יש לפסול את הודאתו של הנאשם וכתוצאה מכך הוא זוכה מאשמה של שימוש בסם מסוכן. בפסק הדין, השופטת ביניש מציגה את המודלים השונים לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהתאם לתכלית הפסילה, מודל הפסילה, והיקף הדוקטרינה. לדעתה, קיימים שני מודלים אפשריים לפסילת ראיות:

לפי מודל אחד, פסילת הראיה מהווה סעד מתקן בגין פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנאשם, אשר התרחשה בעת השגת הראיה... מודל אפשרי אחר הוא כי פסילת הראיה נועדה למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן, שהוא נפרד מן הזכות הראשונית שנפגעה בעת השגת הראיה... כפי שיפורט להלן, **מודל עיוני זה מתיישב עם הגישה הרואה בהגנה על ההליך הפלילי, טוהרו והגינותו את התכלית המרכזית לפסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין**.¹¹¹

לאחר דיון ביתרונות ובחסרונות של כל אחד מהמודלים הללו, קובע פסק הדין כי הסעד הניתן במסגרת ההליך הפלילי אינו סעד מתקן שנועד לפצות את הנאשם, אלא סעד מניעתי בלבד שתכליתו היא למנוע פגיעה בטוהר ההליך המשפטי.¹¹²

¹⁰⁹ ראו ש.ז. פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך א') 145 (2000).

¹¹⁰ ראו סעיף 150 לחסד"פ. יש להבהיר כי שינוי "תיקון סעיף האישום" אשר מופיע בלשון החוק נועד למקרים בהם נפלה טעות בבחירת סעיף האישום בכתב האישום. כך לדוגמה מקרה בו נבחרה נורמה כללית במקום בו קיימת נורמה ספציפית; או במקום בו נפלה טעות ביסוד הנפשי הנדרש. זאת בשונה מהמרת סעיף אישום הניתנת כסעד מינהלי בה נבחר סעיף אישור קל יותר, על אף שהתשתית העובדתית מבססת עבירה התואמת סעיף אישום מחמיר יותר.

¹¹¹ ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, בפסקה 55 (ההדגשות הוספו).
¹¹² ראו עניין **יששכרוב**, שם, בפסקה 60 לחוות דעתה של השופטת ביניש ("דומה כי המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו "המודל המניעתי" לפיו פסילת הראיה תהווה סעד שתכליתו למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן עם קבלת הראיה במשפט, ולא סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה"). עקרון זה שב וחוזר פעמים נוספות בפסק הדין, כך לדוגמה, בפסקה 62 ("יודגש כי בהתאם "למודל המניעתי" עליו עמדנו, מיועדת פסילת הראיה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן עקב קבלת הראיה במשפט - פגיעה שהיא מובחנת ונפרדת מהפגיעה הראשונית בנאשם שהושלמה בעת השגת הראיה").

בהתאם לכך, כך נקבע בעניין **יששכרוב**, יש לעצב גם את גבולותיו של הסעד: "התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שיסייעו בעיצובה של הדוקטרינה".¹¹³ על רקע קביעה זו מאמצת השופטת ביניש את המודל המינהלי של "בטלות יחסית"¹¹⁴ לשם קביעת הסעד.¹¹⁵ בהתאם למודל זה, פסילת ראיה שנגבתה בדרכים פסולות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט ואינה בהכרח בלתי קבילה.¹¹⁶ על בית המשפט לשקול, בין היתר, את חומרת העבירה ומרכזיותה של הראיה להרשעת הנאשם, כמו גם את חומרת אי-החוקיות בהתנהלות הרשות ומידת השפעתה של השגת הראיה. ככל שחומרת העבירה גדולה וככל שמשקל הראיה גדל, כך ייטה בית המשפט שלא לפסול את הראיה, בשל הצורך להגן על האינטרס הציבורי.¹¹⁷ השימוש במודל של בטלות יחסית מלמד כי תכלית פסילת הראיה היא לשמור על טוהר ההליך הפלילי והלגיטימיות שלו. בהתאם לכך, המקרים בהם ניתן סעד צריכים לעלות בקנה אחד עם האיזונים הפנימיים של המשפט הפלילי: האינטרס הציבורי במיצוי הדין לעומת שמירה על טוהר ההליך. על פי פסק דין **יששכרוב**, הבטלות היחסית ממוקדת בתוצאות המעשה המינהלי בלבד, השגת הראיה המפלילה, והיא אינה יכולה להשפיע על קביעת האשמה והעונש. בשל כך, בעבירות חמורות, בהן גובר האינטרס החברתי בהרשעת הנאשם, הלגיטימיות של ההליך הפלילי עשויה להוות בעינה חרף פגמים שנפלו בו,¹¹⁸ והנאשם אינו זכאי לקבל פיצוי על פגיעה בזכויותיו במסגרת ההליך הפלילי.¹¹⁹

יושם לב כי קיים דמיון רב בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כשם שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית מטרתה להבטיח את טוהר ההליך והגינותו בכל הנוגע לאיסוף הראיות, כך גם דוקטרינת ההגנה מן הצדק מטרתה להבטיח את טוהרו והגינותו של ההליך הפלילי בכללותו. בשני המקרים קבלת הטענה על ידי הערכאה הפלילית משמעותה כי לנוכח הפגמים שנמצאו, נפגעה הלגיטימציה בהמשך קיום ההליך ולא ניתן להמשיך לנהלו; בשני המקרים הסעד הניתן על ידי בית המשפט תחום לשער הכניסה להליך הפלילי ואינו חודר לליבת ההליך ולקביעת האשמה או העונש; ובשני המקרים כאשר בית

¹¹³ ראו עניין **יששכרוב**, שם, בפסקה 61 לפסק דינה של השופטת בייניש. ראו קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב" **דין ודברים** ג' 427, 437 (2008). שמירה על טוהר ההליך כהצדקה לכלל הפסילה מוזכרת גם בפסיקה מאוחרת **להלכת יששכרוב**. למשל, ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ. מדינת ישראל**, בפסקה 2 לחוות דעתה של השופטת חיות (22.6.2009) ("על פי דוקטרינה זו מחויב בית המשפט בבואו להחליט בשאלת קבילותה של ראיה אשר לגביה מועלית טענה כי הושגה שלא כדין, לאזן בין מכלול השיקולים, הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים להליך הפלילי ובהם: הצורך להגיע לחקר האמת, הצורך להילחם בפשיעה ולהגן על שלום הציבור, וכן החובה להגן על טוהר ההליך הפלילי ועל זכויותיהם של חשודים ונאשמים"); ע"פ 4988/08 **פרחי נ. מדינת ישראל**, פסקה 13 (1.8.2011) (להלן: **עניין פרחי**) ("הכשרת נתוני הזיהוי בדיעבד כראיה מפלילה, חרף ההבטחה המפורשת שניתנה בעת נטילתם שלא לעשות כן, עשויה לפגוע קשות באמון הציבור ברשויות המדינה. התנהלות כזו אינה עולה בקנה אחד עם הסבירות וההגינות ששלטון אמור לנקוט, והיא מובילה לתחושה כי המטרה של מיצוי ההליך הפלילי מקדשת את כל האמצעים").

¹¹⁴ דוקטרינת הבטלות היחסית קובעת כי לא בכל מקרה בו נפל פגם בהתנהלות הרשות המעשה המינהלי הוא חסר תוקף (void), וכי יש לבחון האם בנסיבות העניין ניתן להותיר את המעשה המינהלי, או את חלקו, על כנו.

¹¹⁵ ההשוואה למשפט המנהלי קיימת בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, בפסק הדין של השופטים בייניש (פסקה 70) וחשין (פסקה 5).

¹¹⁶ ראו בעניין **יששכרוב**, שם בפסקאות 69-72.

¹¹⁷ ראו בהקשר זה: בנימין בלום, יורם רבין, ברק אריאל, "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" **משפטים** מו' 815 (2017). יש לציין כי בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ. מדינת ישראל** (2.8.2018) בית המשפט פסל הודאת נאשם בעבירת רצח מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, והדבר הוביל לזיכוי מעבירת רצח. עם זאת חשוב לציין כי לא ברור מפסק הדין האם פסילת ההודאה נבעה מהספק הסביר באמינותה או מהפגם החמור בהתנהלות הרשות.

¹¹⁸ ביקורת על מסקנה זו ראו: עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 113; ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ. מדינת ישראל** (23.11.11); שפירא-אטינגר ושפירא, "כלל הפסלות הישראלי בשולי הלכת יששכרוב", לעיל ה"ש 113, בעמ' 439 ואילך ובפרט בעמ' 451; בועז סנגיר "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט' 67 (2007); בועז סנגיר "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח אך עדין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד, 25 (2012); Binyamin Blum, *Exclude Evidence You Exclude*; (2012) *Justice? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rules After Issacharov*, 16 Sw. J. Int'l L. 385 (2010).

¹¹⁹ ראו בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פסקה 60 ("ניתן להצביע על סעדים חלופיים - פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים - בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה").

המשפט סבור כי לא נפגעה הלגיטימציה של ההליך הפלילי לא ניתן לנאשם כל סעד נוסף במסגרת ההליך הפלילי.¹²⁰

2. שלב שני: ביקורת שיפוטית המקדמת את עקרונות המשפט המינהלי

תחולתה של דוקטרינת הגנה מן הצדק הלכה והתרחבה עם השנים והדבר קיבל ביטוי בפסיקה ובספרות, אשר הייתה ערה למגמה זו.¹²¹ אולם, התרחבות הדוקטרינה הייתה כרוכה גם בשינוי ניכר באופי הסעד אשר ניתן לנאשם במסגרתה. הדבר משקף, לדעתנו, שינוי קונספטואלי בתכליתה של הביקורת: מעבר מביקורת שתכליתה שמירה על טוהר ההליך (גישה אורגנית), לביקורת מנהלית כללית על התנהלות הרשות שאינה בהכרח מקדמת את תכליות המשפט הפלילי (גישה מעורבת).

כפי שהצגנו לעיל, בשלבים הראשונים של אימוץ הדוקטרינה הביקורת השיפוטית הייתה תחומה לשאלה האם טוהר ההליך הפלילי נפגע בצורה שאינה מאפשרת את קיומו אם לאו, ובנוסף היא ניתנה רק בשער ההליך הפלילי ולא חדרה לשלבי קביעת האשמה והעונש. אולם, כפי שנראה מיד, עם השנים הביקורת התרחבה גם למקרים בהם אין מדובר בפגיעה קשה בטוהר ההליך, ואף המיקום הגיאומטרי של מתן הסעד השתנה, והוא הלך וחדר לליבת ההליך הפלילי עצמו ולא נותר רק בשער הכניסה אליו.

הזרעים הראשונים לשינוי המגמה נזרעו בעניין **בורוביץ'** בו נדונה השאלה האם ראוי לרכך את המבחנים הנוקשים שנקבעו בעניין **יפת** ולאפשר את תחולת הדוקטרינה גם במקרים של "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות" ולא רק במקרים של רדיפה אישית או התעמרות מכוונת.¹²² בעניין **בורוביץ'** הודגש מפורשות כי הדיון אינו נסוב על אופי הדוקטרינה, וכי תכליתה נותרה כשהייתה לשמור על טוהר ההליך.¹²³ החידוש בפסק הדין, כך נקבע, הוא בכך שבית המשפט מכיר כי יתכנו מקרים בהם טוהר ההליך נפגע גם כאשר לא הייתה כוונת זדון של הרשויות.¹²⁴ כלומר, עניין **בורוביץ'** לא התכוון לשנות את תכלית הדוקטרינה, אלא רק לרכך את המבחנים להחלתה, ולהרחיב את משרעת המקרים בהם ניתן יהיה לעשות בה שימוש.

עם זאת, עניין **בורוביץ'** יצר שינוי משמעותי אשר הגיע מאמירה אגבית למדי בפסק הדין. פסק הדין מונה, שלושה מבחנים מצטברים אותם בית המשפט צריך לבחון בשעה שמועלית טענת הגנה מן הצדק: מהות הפגמים שנפלו בניהול ההליך; האם יש בהם משום פגיעה בתחושת הצדק וההגיונות; והאם ניתן לרפא פגמים אלו באמצעים קלים יותר מביטול כתב האישום.¹²⁵ לאחר מכן, בית המשפט הוסיף וקבע כך:

¹²⁰ יש לציין כי דמיון זה בין טענת הגנה מן הצדק לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הוזכר גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון בכמה פסקי דין, כדוגמת ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל** פסקה 153 (10.4.2013) (להלן: **עניין מובארק**) ("קיימות זיקות גומלין בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי עניין **יששכרוב** לבין הגנה מן הצדק, והתכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף"); עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 113. עם זאת, קיימים פסקי דין המדגישים את ההבדל בין הדוקטרינות. ראו לדוגמה עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 117, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט מלצר; שם, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹²¹ ראו נקדימון, הגנה מן הצדק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 806 ("על רקע הדברים הללו רואים אנו טעם להעיר: עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא תחולת הדוקטרינה והטעמים הפליליים והחוקתיים לכך ראו **עניין ורדי**, לעיל ה"ש 13, בפסקה 88 לחוות דעתו של השופט מלצר. ¹²² ראו **עניין בורוביץ'**, לעיל ה"ש 10, בפסקה 21.

¹²³ ראו **עניין בורוביץ'**, שם, בעמ' 806 ("על רקע הדברים הללו רואים אנו טעם להעיר: עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגיונות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט").

¹²⁴ ראו שם, בעמ' 807 ("עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגיונות תיוחס לא להתנהגות שעוריינית של הרשויות, אלא למשל לרשלנות, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגיונות") (ההדגשות אינן במקור).

¹²⁵ ראו **עניין בורוביץ'**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 808.

משוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, **או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו**, אם יורשע.¹²⁶

זהו המקום הראשון בו נקבע כי ניתן לרפא פגמים מינהליים שנפלו בהליך באמצעות הקלה בעונש בגדר הדוקטרינה של הגנה מן הצדק בפסיקת בית המשפט העליון.¹²⁷ הדברים נאמרים בקצרה ובלא דיון ממצה במשמעות הנורמטיבית של קביעה זו. אולם, כפי שנראה, אמירה זו היוותה את התשתית לשינוי מגמה משמעותי בשלבים הבאים של התפתחות הדוקטרינה בהלכה הפסוקה.

(א) ביקורת שיפוטית בהליך הפלילי ושאלת הסעד – שינוי המקום הגיאומטרי

השלב הבא בהתפתחות הפסיקה מצוי בעניין **ניר-עם כהן** בו הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד שיקול דעת התביעה בהגשת כתב אישום בטענה כי נפלו פגמים בהחלטה על העמדת הנאשם לדין. בית המשפט העליון פסק כי יש להעלות טענה זו במסגרת ההליך הפלילי עצמו ולא בהליך מינהלי נפרד.¹²⁸ בפסק הדין צויין כי לערכאה הפלילית יש מגוון רחב של סעדים לתיקון הפגם המינהלי, ובין היתר גם את האפשרות להקל בעונשו של הנאשם, תוך הפנייה לעניין **בורוביץ**.¹²⁹

צעד מרכזי נוסף בכיוון זה נעשה בעניין **פרץ** בו נדונה טענת נאשם לאכיפה בררנית בשל שינוי מדיניות של הרשות ביחס להעמדה לדין. בית המשפט העליון קבע כי לערכאה הפלילית נתונה הסמכות לערוך ביקורת שיפוטית על כלל ההיבטים של התנהלות רשויות החקירה והתביעה, ולהעניק סעד מינהלי מתאים וזאת אף במקרים בהם לא נפל פגם חמור הפוגע בתחושת הצדק.¹³⁰ עוד הודגש, כי הביקורת, ואף הסעדים, צריכים להינתן בהתאם לאמות מידה מינהליות:

אין צריך לומר כי גם במסגרת דיונית זו תבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, **והשאלה אם נפל פגם במעשיה, בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי**... שוני אפשרי זה בעוצמתו ובחומרתו של הפגם, משמיע כי גם במקרה בו יימצא כי נפל פגם במעשה המינהלי עשוי הסעד להשתנות על-פי הנסיבות, בגדרה של דוקטרינת הבטלות היחסית (או התוצאה המתאימה).¹³¹

¹²⁶ ראו עניין **בורוביץ**, שם.

¹²⁷ דיון אגבי בשאלה האם פגם מינהלי עשוי להוביל להקלה בענישה התעורר בין השופט אלון והשופט חשין, כבר בע"פ 3520/91 **תורג'מן נ' מדינת ישראל** פ"ד מז(1) 441 (1993). השווה גם לדברי של השופטת ברק-ארז בעניין **סלכגי**, לעיל ה"ש 14, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("בהקשרו של הליך פלילי, יש להוסיף ולבחון האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה "הגנה מן הצדק" או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה").

¹²⁸ ראו עניין **ניר עם כהן**, לעיל ה"ש 12.

¹²⁹ ראו עניין **ניר עם כהן**, שם, בפסקה 5 ("יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום. כך למשל, יכול הוא להורות על ביטולם של אישומים ספציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום").

¹³⁰ ראו עניין **פולדי פרץ**, לעיל ה"ש 13, בפסקה 31.

¹³¹ ראו עניין **פולדי פרץ**, פסקה 31 לפסק הדין, ההדגשה הוספה. בית המשפט משאיר את השאלה האם מדובר בדוקטרינה עצמאית או בסמכות שהיא חלק מדוקטרינת הגנה מן הצדק כשאלה פתוחה שאין צורך להכריע בה. עם זאת, מעצם העובדה שפסק הדין לא צועד במתווה של המבחנים שנקבעו בעניין **בורוביץ**, שהוזכרו לעיל בה"ש 10, הוא קובע כי מדובר בסמכות נפרדת ועצמאית

בפסק דין זה בית המשפט עושה שימוש בעיקרון הבטלות היחסית, מאפיין בולט של המשפט המינהלי, ומיישמו במשפט הפלילי באופן העשוי להוביל להקלה בעונשו של הנאשם. יושם לב כי גזירת העונש נעשית על ידי בית המשפט ולא על ידי רשויות התביעה, והיא אינה חלק מהמעשה המינהלי העומד לביקורת שיפוטית. בית המשפט, כנראה, הרגיש בקושי זה, ובשל כך הוא לא הסתפק בכך שהסעד צריך להינתן על פי הדוקטרינה של "בטלות יחסית" המכוונת לתוצאות המעשה המנהלי אלא העיר כי הוא צריך להוביל ל"תוצאה המתאימה". עניין פרץ, לדעתנו, מבטא היטב את השינוי שחל בטיב הסעד המינהלי בפלילים, מהתמקדות בהוגנות ההליך ובלגיטימציה בקיומו להתמקדות בביקורת מינהלית, העומדת בפני עצמה, ואשר תכליתה לקדם את עקרונות המשפט המינהלי. לכן, לפי עניין פרץ, בכל מקרה בו נפל פגם כלשהו בהתנהלות הרשות בית המשפט רשאי להעניק לנאשם סעד בהתאם לשיקול דעתו:

בחלק מן המקרים תהא המסקנה כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על ידי טענת האכיפה הבררנית. להשקפתי, במצב כזה, אין להורות על ביטול כתב האישום. הסעד אותו ניתן לשקול להושיט לנאשם – אם בכלל – יתבטא בהקלה מסוימת בעונש.¹³²

לדעתנו, פסק דין זה מרחיב את תחולת הביקורת המנהלית אף למקרים בהם לא נפגע טוהר ההליך בצורה חריפה; ובנוסף לכך, פסק הדין קובע באופן תקדימי, כי בית המשפט רשאי להעניק סעד בדמות הקלה בעונש לכל פגם מנהלי בהתאם לשיקול דעתו ולנסיבות המקרה.¹³³

האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית רחבה על מכלול מעשי המינהל במסגרת ההליך הפלילי הוכרה בפסיקה ובספרות כ"דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", וזאת במובחן מדוקטרינת ההגנה מן הצדק אשר ממוקדת בטוהר ההליך הפלילי.¹³⁴ כפי שנראה להלן, מגמה זו לא הסתיימה רק בהשפעה על גזירת העונש, אלא התרחבה, לפחות בזרם פסיקתי מסוים, אף לעבר המרת סעיף ההרשעה לסעיף מקל.

(ב) המרת סעיף אישום במסגרת הגנה מן הצדק: חזירת הסעד המינהלי לליבת ההליך הפלילי

צעד נוסף בפיתוח הדוקטרינה מצוי באפשרות להמיר סעיף אישום לסעיף מקל בגין קבלת טענה של הגנה מן הצדק. אפשרות זו התעוררה במספר פסקי דין בעבר וטרם נקבעה בה הלכה.¹³⁵ בעניין **אגבריה** דובר על מורשע בעבירת רצח, אשר בביצועו היה מעורב שותף נוסף, שזהותו הייתה ידועה לתביעה. אולם, בעקבות הסכם עד מדינה שנחתם עם המעורב הנוסף, מתוך תקווה כי יוכל להוביל למציאת הגופה – דבר שבסופו של יום לא התממש – הוא לא הועמד לדין. התוצאה הייתה שהמעורר הורשע ברצח, ואילו שותפו לעבירה לא הועמד לדין. נוכח נסיבות אלו המערער העלה טענה של הגנה מן הצדק.

מההגנה מן הצדק כפי שהוגדרה על ידי בית המשפט בעבר, ואף קובע, שם, כי "אין לשלול על-פני הדברים את הטענה כי כאשר נטענת טענת אכיפה בבררנית בשלב הגשת כתב האישום, ניתן לבחון את פעולת התובע בכלי הביקורת של המשפט המינהלי, הגם שהאכסניה הדיונית היא ההליך הפלילי; זאת, בלא זיקה הכרחית למבחנים שנקבעו בגדרה של "הגנה מן הצדק".

¹³² ראו עניין **פולדי פרץ**, פסקה 34 לפסק הדין. ¹³³ ראו לציון כי כאשר בית המשפט מעניק סעד של פסילת ראיה על פי רוב הוא לא מוצא לנכון להעניק בנוסף לכך סעד של הקלה בעונשו של הנאשם. ראו אלקנה לייסט "על פסלותו של פרי העץ המורעל, ועל הגנה מן הצדק בשלב הענישה - בעקבות ע"פ 4988/08 פרחי נגד מדינת ישראל", **הסנגור** 173 (2011).

¹³⁴ ראו גלעדי "ביקורת מינהלית", לעיל ה"ש 8.

¹³⁵ ראו עניין **מובארק**, לעיל ה"ש 120, בפיסקאות 55-153; ע"פ 6144/10 **גטצאן נ' מדינת ישראל** (10.4.2013); ע" (מרכז) 124/10 **מ.א. נ' התובע הצבאי הראשי**, בפיסקאות 48-52 (19.7.2011); רע"פ 6091/11 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ביניש (27.02.2012) ("אף כי נוטה אני לדעה שניתן להמיר אישום כאמור, איני רואה להכריע בשאלה זו במקרה הנוכחי, והיא תישאר לפיכך בצריך עיון").

השופט עמית, בדעת רוב, סבר כי התוצאה בה שני שותפים ביצעו עבירה, ואילו רק אחד מהם מורשע ונענש, היא מטרידה. עם זאת, לדעתו, מכיוון שלא נפל פגם בהתנהלות הרשות, המקרה אינו מתאים להחלת הגנה מן הצדק. חרף כך, הוא מדגיש כי גם בהנחה שנפל פגם בהתנהלות הרשות, הרי שעדיין "לא ראוי שהמערער ייחנה מכך ויקבל "הנחה" בעונשו, ועוד בעבירת הרצח, החמורה מכל העבירות".¹³⁶ לעמדתו, "גם אם נעשתה טעות... אין מתקנים טעות בטעות ועוול בעוול",¹³⁷ שכן "צדק לאחד (לנאשם) עלול לגרום לתחושת אי צדק לאחר (למשל, לנפגע העבירה או למשפחתו)".¹³⁸ השופט עמית מדגיש כי יש להבחין בין הפגם המינהלי לעקרונות המשפט הפלילי: "יש להבחין בין שני הנושאים, ואין האחד משליך על משנהו".¹³⁹ בניגוד לכך, השופטת ברק-ארז, בדעת מיעוט, סברה כי על אף שבמקרה זה לא היה מניע פסול בהתנהלות הרשות, נפלה שגיאה בכך שהסכם עד המדינה לא בוטל עם המעורב הנוסף, לאחר שהגופה לא נמצאה.¹⁴⁰ לשיטתה, יש לבחון את שאלת ההפליה גם על פי מבחן התוצאה, אשר במקרה זה מהווה "הפליה חסרת כל הצדקה".¹⁴¹ לדעתה, מתן סעד לנאשם, למרות העדר מניע זר של הרשות, מוצדק בעיקר מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הנאשם, שכן: "עבור הנאשם הבודד שניצב אל מול תוצאת ההפליה, תחושת חוסר הצדק שבהחלטה תהיה במקרים רבים דומה, גם מקום שבו לא נשקלו שיקולים זרים".¹⁴² על רקע קביעות אלה, עוברת השופטת ברק-ארז לדון בשאלת הסעד, ומגיעה למסקנה כי יש להעניק לנאשם סעד חיובי, בלשונה: "המכוון להקלה עם הנאשם עצמו".¹⁴³ מכיוון שבמקרה הנדון העונש הצפוי לעבירת רצח, בהתאם לדין באותה העת, היה עונש חובה של מאסר עולם, הציעה השופטת ברק-ארז להמיר את סעיף האישום מעבירת רצח לעבירת הריגה, בקובעה כך:

אני סבורה כי הגיעה העת לקבוע שבית המשפט רשאי להמיר הרשעה בעבירה אחת בהרשעה בעבירה פחותה ממנה, כאשר קמה טענה של הגנה מן הצדק... דומה כי האפשרות להמיר את סעיפי האישום תרחיב את סל הכלים העומד לרשותו של בית המשפט ותאפשר לו "לתפור" את הפתרון המתאים, בהתאם לחומרת העוול בכל מקרה ומקרה.¹⁴⁴

השופטת ברק-ארז קובעת עוד כי: "אין מדובר בסטייה מעקרונות המשפט הפלילי, כי אם בסעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התביעה".¹⁴⁵ כיון שתוצאת פסק הדין צריכה לאזן בין עקרונות המשפט המינהלי והפלילי – חומרת העבירה, קשה ככל שתהייה, אינה מהווה, לדעתה, מחסום בפני הענקת הסעד.

¹³⁶ עניין אגבריה, לעיל ה"ש 10, בפסקה 59 לפסק דינו של השופט עמית.
¹³⁷ עניין אגבריה, שם, בפסקה 65 לפסק דינו של השופט עמית; עניין גוטסדינר, לעיל ה"ש 10; ת"פ (ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בעמ' 90 (3.7.2017); ע' 81/16 דתנר נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 42 (18.4.2017).
¹³⁸ ראו עניין אגבריה, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 10, בפסקה 65 לפסק דינו של השופט עמית.
¹³⁹ ראו עניין אגבריה, שם, בפסקה 59 לפסק דינו של השופט עמית.
¹⁴⁰ ראו עניין אגבריה, שם, בפסקה 12 לפסק דינה.
¹⁴¹ ראו עניין אגבריה, שם.
¹⁴² ראו עניין אגבריה, שם, בפסקה 20 לפסק דינה. גישה דומה נשמעת גם מדבריו של השופט מלצר בעניין ורדי, לעיל ה"ש 13, פסקה 88 ("סוף סוף, דוקטרינת הגנה מן הצדק – כשמה כן היא – שמה לאל את הפגיעה בתחושת הצדק מנקודת מבטו של הנידון").
¹⁴³ ראו עניין אגבריה, בפסקה 13 לפסק דינה. גישה זו משתקפת גם ממאמרה: ברק-ארז, אכיפה בדרגות מן הזכות לסעד, לעיל ה"ש 11.
¹⁴⁴ ראו עניין אגבריה, שם, בפסקה 22 לפסק דינה. קושי זה בעבירת הרצח, בשל עונש החובה הקיים לה, הועלה גם בידי Dennis, לעיל ה"ש 68, בעמ' 237 אשר הציע כי קבלת הטענה של הגנה מן הצדק בעבירה זו תשפיע על תקופת המינימום העונשית לריצו בפועל (tariff) טרם מתן אפשרות שחרור מוקדם בהתאם לדין האנגלי.
¹⁴⁵ ראו עניין אגבריה, שם, בפסקה 19 לפסק דינה.

לדעתנו, עמדה זו היא צעד נוסף בחדירת שיקולים מינהליים לליבת ההליך הפלילי אשר עשויה להביא במקרים מיוחדים אף להפחתה באחריות הפלילית של הנאשם.¹⁴⁶ כך, בשלב הראשון, בו תכלית הסעד היתה לשמור על הלגיטימציה בקיום ההליך הוא היה תחום רק לשער הכניסה להליך הפלילי. אולם ככל שהסעד שינה את אופיו והפך להיות "סעד חיובי", המבוסס על עקרונות המשפט המינהלי, הוא הלך וחדר לליבת ההליך הפלילי בקביעת העונש ואף האשמה. יש לציין כי בשנים שלאחר מכן, האפשרות להמיר את סעיף האישום לסעיף מקל יותר כסעד מינהלי, הוכרה ואף יושמה בפסיקת בתי הדין הצבאיים במקרים שונים.¹⁴⁷ לסיכום, כפי שניתן לראות, עם השנים הפסיקה הרחיבה בצורה ניכרת את האפשרות של הערכאה הפלילית לערוך ביקורת מינהלית על הרשויות במסגרת ההליך הפלילי וזאת בשני צירים מקבילים: **ראשית**, בעוד שבתחילת הדרך תנאי הסף לתחולתה של ההגנה מן הצדק היו גבוהים מאוד והשימוש בדוקטרינה נעשה במשורה, הרי שכיום בית המשפט עורך ביקורת שיפוטית רחבה על רשויות אכיפת החוק בהליך הפלילי בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי. **שנית**, במקביל לשינוי זה וכתוצאה ממנו, אף מקומו הגיאומטרי של הסעד השתנה עם השנים, ובעוד שבשלביו הראשונים הוא ניתן רק בשער הכניסה להליך הפלילי, כיום המגמה היא לאפשר לבית המשפט לאזן בין הסעד הניתן לבין עוצמת הפגם באמצעות הקלה בעונש הנאשם ובחלק מהמקרים גם להמיר את סעיף האישום לסעיף מקל. בכך למעשה הסעד המנהלי חדר לליבת ההליך הפלילי והפך לשיקול בקביעת האשמה והעונש בשל תכליות מנהליות בלבד בהיותו: "סעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התביעה". ראוי להדגיש כי על אף שבפריזמה של המשפט המנהלי, איזון עצמת הפגם עם הסעד הניתן בדמות הקלה בעונש ובאשמה היא תוצאה מתבקשת ביותר, אשר הולמת את דוקטרינת "הבטלות היחסית" הרווחת במשפט המנהלי. כאמור לעיל, תוצאה זו עומדת במתח עם עקרונות המשפט הפלילי ובמיוחד עם עקרון האשמה. בפרק הבא, נבקש להראות שגם בפסיקת בית המשפט העליון נשמעה ביקורת, מכיוונים שונים, על מגמת ההתרחבות של הביקורת המנהלית בפלילים ועל טישטוש הגבול שבין שני תחומי המשפט.

ה. אתגרים בחדירת אמות מידה מינהליות להליך הפלילי – פסיקת בית המשפט העליון

חרף המגמות שתוארו, לאורך השנים עלו בפסקי הדין של בית המשפט העליון גם קולות ביקורתיים אשר הסתייגו מהתרחבותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ועמדו על האתגרים הקיימים בחדירת נורמות מהמשפט המינהלי לליבת ההליך הפלילי. כך לדוגמה, במספר מקומות חזר השופט עמית על כך שהתרחבותן

¹⁴⁶ השימוש במינוח 'הפחתה באחריות' מופיע בלשון פסק הדין: "לעתים, הגנה מן הצדק היא בסיס לפטור מהעמדה לדין. במקרים אחרים, היא עשויה להצדיק הפחתה מאחריות או הקלה בענישה" (ראו עניין **אגבריה**, שם, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). מעניין לציין כי השופט עמית עמד בפרשה אחרת על כך שקיים הבדל אנליטי בין שינוי בסעיף האישום לבין קיצור העונש וגם מי שסובר שיש מקום בקיצור העונש לא בהכרח יסכים לכך שיש להקל באשמה העונשית: "אציין כי מבחינה מושגית, אין דומה המרת עבירה בעבירה אחרת, במיוחד בעבירת רצח, להקלה בעונש או לביטול כתב אישום" (ע"פ 6144/10 **גטצאנו נ' מדינת ישראל**, בפסקה ד בפסק דינו של השופט עמית (10.4.2013)).

¹⁴⁷ ראו, למשל ע' (איו"ש) 1092/09 **התביעה הצבאית נ' מחימר**, בעמ' 10 (1.3.2011) ("מן האמור עולה באופן מפורש סמכות בית המשפט לתקן את כתב האישום במידה ושוכנע כי יש לקבל טענה של הגנה מן הצדק... ואם מוסמך בית המשפט לתקן את כתב האישום, יש לומר באופן דומה כי מוסמך הוא להמיר את סעיף ההרשעה"); ע' (מרכז) 124/10 **סמ"ר מ.א. נ' התובע הצבאי הראשי**, עמ' 49 (19.7.2011) ("תיקון" כתב האישום יכול שיעשה על ידי ביטול סעיף אחד מתוך הסעיפים הכלולים בו וגם על ידי המרת האישום בסעיף קל יותר, אשר יהא בו כדי ליתן מענה הולם לטענה, אשר הועלתה ונמצאה מוצדקת"); תיק (צפון) 172/15 **התובע הצבאי נ' סמ"ר ד.ח.**, בעמ' 34 (14.4.2016) ("במטרה להקהות את הפגיעה באינטרס ההסתמכות של הנאשם, שהייתה כרוכה בהתנהלות האמורה, וחשוב מכך את הפגיעה באמון החיילים כלפי מפקדיהם ורשויות הצבא, פגיעה שתוצאתה הפוטנציאלית הרסנית, ראינו להמיר את סעיף האישום באופן שיאפשר הטלת עונש שהוא בגדרי הרישום הפלילי המופחת"); תיק 75/10 **התובע הצבאי נ' סמל ע.פ.**, בעמ' 66 והפסיקה הצבאית הנזכרת שם (6.6.2011) ("... בפסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים ננקטה סמכות זו, בדבר המרת סעיף האישום, לא אחת, ובמקרים מסויימים אף בחרה התביעה הצבאית שלא לערער על פסקי דין אלה בפני בית הדין הצבאי לערעורים... יש, אפוא, לומר, כי לבית הדין קיימת סמכות להמיר את סעיף האישום. עם זאת, מובן, כי יש לבחון השימוש בסמכות זו בקפידה ובכובד ראש"); תיק (דרום) 269/18 **התובע הצבאי נ' רס"ל ג' י'**, פסקה 13 (21.7.2019).

של דוקטרינות אלה, המשקפות חדירה של ערכים מן המשפט המינהלי לתוך המשפט הפלילי, עלולה להסיט את המוקד העיקרי של ההליך הפלילי מקביעת האשמה על בסיס ראייתי לעבר סוגיות פריפריאליות; מהיש – אל האין, כלשונו.¹⁴⁸ בדומה לכך, במספר מקומות עמד השופט עמית על טשטוש ההבדלים שבין המשפט המינהלי והפלילי אשר נוצר בהפעלת דוקטרינת הביקורת המינהלית, שכן זו "מבקשת להכניס את המשפט המינהלי בדלת הראשית אל תוך המשפט הפלילי" ועלולה להביא "להיפוך תפקידים, כאשר הנאשם הופך כבר בתחילת ההליך למאשים והתביעה הופכת לנאשמת".¹⁴⁹

בעניין **ורדי**, העדיף השופט מלצר את השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק על פני דוקטרינת הביקורת המינהלית, שכן הראשונה, לדבריו, היא חלק מהמשפט הפלילי, כאשר "בניגוד לכך – דוקטרינת הביקורת המינהלית – המשווה לדיון הפלילי אופי מינהלי-בג"צי במהותו – ספק בעיניי אם היא מתאימה להכללת מלוא השיקולים הרלבנטיים להליך הפלילי, ואם די בה כדי לאזן כראוי בין האינטרסים והערכים שבמוקד".¹⁵⁰

הביקורת על חדירת נורמות מינהליות להליך הפלילי קיבלה ביטוי משמעותי בעניין **רותם**, בו בית המשפט העליון, בדעת רוב, ביטל את האפשרות כי הערכאה הפלילית תתערב בשיקול דעתה של התביעה בבחירת סעיף האישום המתאים לנסיבות המקרה.¹⁵¹ השופט סולברג, שכתב את דעת הרוב בפסק הדין, ביקר את טשטוש הגבולות בין הנורמות של ההליך הפלילי לבין נורמות מינהליות, בהדגישו את ההבדל בין ההליך הפלילי להליך המינהלי:

ענפי משפט נבדלים המה, תכליתיהם ודרכיהם שונות, וספק אם שווה להניחם יחדיו. בהליך הפלילי ניצבת המדינה ומאשימה חשוד על שעבר עבירה בפלילים; בהליך המנהלי ניצב הפרט אל מול המדינה ומלין על התנהלותה, על הדרך שבה קיבלה את החלטותיה. לכל אחד מן ההליכים מערכת דינים נפרדת, והוראות פרוצדורליות שונות; לא ראי זה כראי זה.¹⁵²

פסקי דין אלה, מזהים את האתגרים הנורמטיביים בחדירת נורמות מינהליות לתוך ההליך הפלילי ובכרסום הזוחל בעקרונות המשפט הפלילי. אולם חרף מגמה זו, פסקי הדין אינם מפרטים היכן הביקורת

¹⁴⁸ ראו ע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 לפסק דינו של השופט עמית (30.5.2013) (להלן: **עניין בונר**) ("בשנים האחרונות, ואומר את הדברים בזהירות, דומני כי מסתמנת מגמה של סטיה מהגרעין העיקרי של ההליך הפלילי אל הפריפריה של ההליך. במקום להתמקד בשאלה האם חומר הראיות עומד ברף של מעבר לספק סביר כנדרש בדיון הפלילי (ה"יש" הראייתי), מושקעים עיקר המשאבים של הצדדים ושל בית המשפט בסוגיות נוסח מחדלי חקירה (ה"אין" הראייתי); הלכת יששכרוב; והגנה מן הצדק... מצאתי לנכון לרשום "הערת אזהרה" זו, מחשש שמא לאחר מירוח המשוכות המתואר לעיל, הצדדים ובית המשפט עלולים להימצא מותשים בבואם להתייחס לגרעין הקשה של ההליך, קרי, לחומר הראיות גופו, אשר בלחט הטענות המקדמיות והמאוחרות נותר מבוויש בקרן זוית"). יש לציין כי בפסק דין זה, מפרש השופט עמית גם את עניין **יששכרוב** עצמו לא כסעד המבוסס רק על רציונאליים חוקתיים ומנהליים אלא גם על עקרונות המשפט הפלילי: "לא סגי בפגם כלשהו שנפל בהליך החקירה, אלא יש לבחון את השפעת הפגם או אי החוקיות על מהימנות הראיה באספקלריה של חקר האמת, מתוך חשש כי ראייה פסולה היא גם ראייה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראיות. מכאן, שלא נס ליחה של תכלית חקר האמת לצד תכליות נוספות" (שם). ראו גם: עניין **גוטסדנר**, לעיל ה"ש 10, בפסקה 59 לפסק דינו של השופט עמית. גישה שונה השמיע השופט ג'ובראן בעניין **בונר**, פסקה 5 לפסק דינו.

¹⁴⁹ ראו ע"מ 7485/19 **קשקוש נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 לחוות דעתו של השופט עמית (6.7.2020); בש"פ 6662/19 **מדינת ישראל נ' בן עוז**, פסקה 11 (24.11.2019) בו מבקר השופט עמית את המצב לפיו "המשיבים מפנים אצבע מאשימה אל המאשימה, וחל היפוך תפקידים – הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק" וכן את "העיוות שנוצר בשנים האחרונות בהליך הפלילי, עיוות שמקורו בעליית קרנה של ההגנה מן הצדק ושל כלל הפסילה הפסיקתי, שדומה כי חרג ממידותיו כפי ששורטטו בהלכת יששכרוב"; ראו גם יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" **דין ודברים** ו' 17 (2011).

¹⁵⁰ ראו עניין **ורדי**, לעיל ה"ש 11, פסקה 97 לפסק דינו של השופט מלצר.

¹⁵¹ ראו עניין **רותם**, לעיל ה"ש 11.

¹⁵² ראו עניין **רותם**, שם, פסקה 42 לפסק הדין.

המינהלית ראויה והולמת את עקרונות המשפט הפלילי, ומתי ביקורת זו מטשטשת את קו הגבול ופוגעת בתכליות של המשפט הפלילי. בחלק הבא של המאמר נבקש להציע מתווה ראוי לסוגיות אלה.

1. הגישה הראויה לביקורת מינהלית במסגרת ההליך הפלילי: הצעת מתווה

בראשית המאמר עמדנו על הקשיים התיאורטיים המתעוררים בגישה המעורבת, אשר רואה בביקורת המנהלית שבית המשפט עורך, הליך שעומד בפני עצמו המוכתב על פי אמות המידה של המשפט המינהלי בלבד. עמדנו על כך שקושי זה מתעצם ככל שהסעד המינהלי חודר לליבת ההליך הפלילי ומהווה שיקול בקביעת האשמה והעונש: **ראשית**, הקלה במידת האשמה ובעונש בשל שיקולים מינהליים שאינם נוגעים ישירות למעשה העבירה עלולה לפגוע בעקרון ההלימה ובשוויון; **שנית**, הדבר עומד במתח עם האופי הדיאלוגי של ההליך הפלילי ובמסר המגנה המועבר לנאשם ולציבור; **ולבסוף**, קיים חשש כי הדבר יפגע בעקרון החוקתי המחייב הרשעה רק במקרים בהם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר באמצעות איזון בין עוצמת הראיות לבין מידת האשמה. עם זאת, הראנו גם כי לסעד המינהלי הניתן במסגרת ההליך הפלילי ישנם רציונלים חשובים העשויים לקדם את תכליות המשפט הפלילי בשלושה מישורים שונים. הסעד **האפיסטמי**, מבטיח שמירה על טיב הראיות ותכליתו למנוע כניסה של ראיות שעשויות להטות את התוצאה המשפטית ולהוביל לעיוות דין והרשעת שווא. הסעד **מעניק-לגיטימציה** נועד לשמור על גבולות השימוש בכוחו של ההליך הפלילי. הסעד **המפצה** מאפשר את האופי הדיאלוגי של ההליך בכך שגם המדינה קשובה למסרים של הנאשם, הוא משתלב עם הגישה ההוליסטית למשפט הפלילי הסבורה שעשיית הצדק בהליך הפלילי שואפת להביא בחשבון גם מעגלים נוספים אשר נפגעו מהעבירה ומקיום ההליך, והוא אף מבטא הכרה בסבל של הנאשם שנגרם בשל התנהלות הרשות והקשבה לחוויותיו וצרכיו בידי בית המשפט. על רקע זאת, צעד ראשון לשימוש ראוי בביקורת המינהלית בהליך הפלילי, נעוץ בכך שהסעד שיינתן יקדם את תכליות המשפט הפלילי, בהתאם לגישה האורגנית שהוצגה.

אלמנט נוסף של המתווה המוצע מתייחס לשאלה מהו המיקום הגיאומטרי בו ראוי להעניק את הסעד. בהקשר זה, אנו סבורים, שיש להבחין בין הסעד האפיסטמי וסעד מעניק לגיטימציה מזה, לבין הסעד המפצה מזה. שני הסעדים הראשונים (האפיסטמי ומעניק לגיטימציה) אמנם עשויים להביא לזיכוי הנאשם, אך הם אינם מהווים חלק מהליך קביעת האשמה והעונש, שהם ליבת ההליך הפלילי.¹⁵³ במקום זאת, הם ממוקדים ב"תנאי הסף" לכניסה בשערי ההליך הפלילי. הסעד האפיסטמי ממוקד בתנאי הסף **הראייתיים** לכניסה להליך הפלילי בטרם בחינת הראייה לגופה על ידי בית המשפט, ואילו הסעד מעניק לגיטימציה ממוקד בתנאי הסף **הנורמטיביים** לעצם קיומו ההוגן והלגיטימי של ההליך הפלילי. לעומת זאת, הסעד המפצה, מעצם הגדרתו, חודר לליבת ההליך הפלילי והוא עשוי להשפיע על קביעת האשמה והעונש עצמם. בשל כך, האתגרים התאורטיים והנורמטיביים בקו הגבול שבין המשפט המינהלי לבין המשפט הפלילי מתעוררים באופן מיוחד סביב גבולותיו של סעד זה. בהתאם לאבחנה זו, ראוי כי המתווה המשפטי להענקת הסעד המינהלי יבחין בין הסעד האפיסטמי וסעד מעניק לגיטימציה, לבין סעד מפצה ויגדיר את הגבולות של כל אחד מהם.

פתרון אפשרי לכך נעוץ לדעתנו בהבחנה כפולה: **ראשית**, יש להבחין בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר הסעד הניתן במסגרתה מכוון לשמירה על הלגיטימיות בניהול ההליך וראוי לתחום אותו לגבולות

¹⁵³ ראו לדוגמה: ע"פ 639/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 575, 561 (1980); בג"צ 7357/95 המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 769, בעמ' 784 לפסק-דין של הנשיא ברק (1996); עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 61, בפסקה 43 לפסק דינה של השופטת בייניש. אין בכך, כמובן, כדי לפתור את השאלה – מהי אשמה ומהו עונש הולם. אולם הדגש הוא שההליך מכוון לענישה הולמת לאשמה ולא מושפע מתכליות (משפטיות) אחרות.

ההליך הפלילי, לבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, המכוונת לפיצוי הנאשם על הפגיעה בזכויותיו, והסעד הניתן במסגרתה עשוי להשפיע אף על קביעת האשמה וגזירת העונש. **שנית**, יש להבחין בין סעד של הקלה בעונש **בתוך** מתחם העונש ההולם לבין הקלה בעונש החורגת ממתחם זה. כפי שנציע, הבחנות אלה מאפשרות להעניק את הסעד המינהלי במסגרת ההליך הפלילי, אך לצד זאת לשמור על ליבת ההליך הפלילי – קביעת האשמה ומתחם העונש ההולם – מבוססת על שיקולים הקשורים באופן הדוק למידת האשמה.

1. הפרדה בין סעד אפיסטמי וסעד מעניק לגיטימציה (הגנה מן הצדק) לבין סעד מפצה (ביקורת מינהלית)
כפי שהראינו לעיל, בתי המשפט מדגישים כי יש לשים את הדגש בשאלת הסעד הניתן בשל הפגם שנפל בהליך, ולא בסיווגו התיאורטי. אולם, לדעתנו, חשוב להבחין בין תכליותיהם השונות של הסעדים, כאשר כל סעד בא לידי ביטוי במיקום גיאומטרי אחר בהליך (ראו **טבלה 1** להלן).

לדעתנו, תכליתה של דוקטרינת הגנה מן הצדק היא לשמור על הגינותו וטוהרו של ההליך הפלילי בלבד.¹⁵⁴ לפיכך, הבחינה של בית המשפט בהפעלת הדוקטרינה אמורה להתמקד בשאלה האם נפגעה הלגיטימיות של ההליך הפלילי בשל הפגם המינהלי, ובמקרה שכך קרה, להעניק סעד אשר מכוון להסרת הפגם ולהשבת הלגיטימיות בניהול ההליך. בשל כך, הסעד הניתן במסגרת דוקטרינה זו צריך להיות תחום למסגרת ההליך הפלילי והוא אינו יכול לחדור לשלב קביעת האשמה והעונש.¹⁵⁵ במקום בו אין לגיטימציה לקיום ההליך הפלילי בשל הפגמים שנפלו בניהולו, יש להורות על ביטול כתב האישום כולו או חלקו.¹⁵⁶ אולם במקרה בו בית המשפט אינו סבור כי נפגעה הלגיטימיות בקיום ההליך, לעמדתנו לא ראוי לעשות שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, אף שיתכן כי לא ינתן לנאשם כל סעד אחר בהקשר זה במסגרת ההליך הפלילי.

לתפיסתנו, יש ערך נורמטיבי רב בקביעה כי יש מקרים בהם נשללת הלגיטימיות בקיום ההליך הפלילי ואשר מצדיקים את ביטול כתב האישום כולו או חלקו. קביעה כזו עשויה להביא את בית המשפט לדון בשאלה מהו בסיס הלגיטימציה של ההליך הפלילי, ולקבוע מבחנים לשאלה מתי יש להורות על ביטול כתב האישום וסיום ההליך. טשטוש הגבולות בין ההליך הפלילי להליך המינהלי, אשר מאפשר לערכאה הפלילית גמישות רבה בהענקת הסעד לנאשם, עשוי להביא דווקא לצמצום המקרים בהם בית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו והדבר ייפגע בטוהר ההליך הפלילי; זאת מפני שגם במקרים בהם היה מוצדק לקבוע כי יש לבטל את כתב האישום בשל חוסר לגיטימיות – בית המשפט יעדיף להעניק לנאשם סעד מפצה, לרוב בדמות הקלה בעונש, ולקיים את ההליך הפלילי.¹⁵⁷

בניגוד לכך, דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים מכוונת לפיצוי הנאשם בגין פגמים בהתנהלות הרשות שנפלו במסגרת ההליך הפלילי ואשר פגעו בזכויותיו. במובן זה, דוקטרינת הביקורת המינהלית,

¹⁵⁴ הסעד האפיסטמי לא הוגדר בפסיקה בצורה ברורה ולכן בפרק הפוזיטיבי אנו מציעים לכלול אותו במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שבין שתי הדוקטרינה היא המתאימה יותר לדעתנו. זאת מפני שעל אף שמבחינת ההצדקות התיאורטיות אנו סבורים שמדובר בסעד שונה, קיים דמיון בין הסעד האפיסטמי לבין סעד מעניק לגיטימציה שכן שניהם עוסקים בדרישות הסף של ההליך הפלילי: הסעד האפיסטמי בהיבט הראייתי ואילו סעד מעניק לגיטימציה בהיבט הנורמטיבי.

¹⁵⁵ יש לציין כי קבלת טענת הגנה מן הצדק אינה מובילה לזיכוי אלא לביטול האישום, אשר על כן התביעה יכולה לחדש – במקרים המתאימים לכך – את ההליך הפלילי בהמשך הדרך. מאפיין זה מלמד כי אין מדובר על דוקטרינה עונשית שיש בה כדי להשפיע על העונש והאשמה. להתייחסות למאפיין זה הדוקטרינה ראו: עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 117, בפס" 9 לפסק הדין של השופט מלצר.

¹⁵⁶ ראו עניין **בורוביץ**, לעיל ה"ש 10, פסקה 21, בו עמד בית המשפט על ההבדל שבין ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה בבג"ץ לבין בחינת טענת הגנה מן הצדק על ידי הערכאה הפלילית: "במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות".

¹⁵⁷ בהקשר זה, מחקרים אמפיריים מראים כי במקום בו לעולות יש 'מחיר' שניתן לשלמו, הדבר מעודד הפרה יעילה. בהקשר שלנו, האפשרות לרפא כל פגם מנהלי באמצעות הקלה בעונש, עשויה להוביל לכך שבחלק מהמקרים הרשות תעדיף "הפרה יעילה" של הוראות הדין, מתוך ידיעה כי הדבר יבוא לידי ביטוי בהקלה בעונשו של הנאשם. תוצאה זו תכשיר פגיעה בזכויות הנאשם ותפגע בטוהר ההליך הפלילי. על התופעה ראו AMOS TVERSKY, DANIEL KAHNEMAN, JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES (1982).

בניגוד לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, אף עשויה להשפיע על קביעת העונש. הבחנה זו חשובה גם בהיבט של שמירה על קו הגבול שבין ההליך הפלילי והמינהלי בכל הנוגע לשאלת הסעד. הסעד הניתן במסגרת ההגנה מן הצדק ניתן במקום בו בית המשפט קובע כי אין מקום לקיים את ההליך הפלילי בהעדר לגיטימיות לקיומו. סעד זה אכן מעורר שאלות הנוגעות לשאלת הלגיטימיות של ההליך ולאיוזונים הראויים בין האינטרסים לשמירה על בטחון הציבור והעמדת נאשמים לדין לבין הקפדה על הליך הוגן והגנה על זכויות הנאשם, אולם הוא אינו מעורר שאלות הנוגעות ליכולתם של שיקולים מינהליים להשפיע על ליבת ההליך הפלילי בדמות מידת האשמה והעונש. לעומת זאת, הסעד המפצה, הממוקד בנאשם, כאמור, חודר גם לשלב של קביעת העונש, ולעיתים אף לקביעת האשמה, ובמובן זה הוא הופך להיות שיקול "עונשי" ולא רק שיקול "מינהלי". לדעתנו, הגדרת הדוקטרינה של ביקורת מינהלית בפלילים תאפשר לקבוע את הגבולות להקלה בעונש בהתאם להסדרים הנורמטיביים הקבועים בחוק העונשין, ולהתמודד עם הקשיים התיאורטיים והנורמטיביים עליהם עמדנו לעיל.

2. המסגרת לפיצוי הנאשם בגין פגמים שנפלו בניהול ההליך הפלילי

כפי שהוצג לעיל, הסעד המפצה מעורר את המתח המורכב ביותר וזאת בשל העובדה שעל אף שיש לו הצדקות התואמות את תכליות המשפט הפלילי, הוא חודר לשלב קביעת האשמה והעונש. הפתרון הנורמטיבי לגישור על פני שני וקטורים נוגדים אלה, עשוי להיות בחלוקה בין קביעת מתחם העונש לבין קביעת העונש בתוך המתחם.

קביעת העונש בשיטה הישראלית, ובשיטות נוספות,¹⁵⁸ מושפעת משני מוקדים מרכזיים: חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו, ונסיבותיו האישיות של הנאשם. חלוקה זו מוזכרת בספרות הישראלית, בפסיקה מנחה של בית המשפט העליון המבחינה בין "המעשה והעושה",¹⁵⁹ והיא באה לידי ביטוי גם בעיצוב תיקון 113 לחוק העונשין, שעסק בהבניית שיקול הדעת בענישה. בהתאם לכך, קביעת העונש נעשית בשני שלבים: בשלב הראשון נקבע "מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם".¹⁶⁰ לשם קביעת מתחם העונש ההולם בית המשפט מתחשב בעיקרון ההלימה, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.¹⁶¹ ואילו בשלב השני נקבע בתוך המתחם "העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה".¹⁶² לטענתנו, חלוקה זאת עשויה לסייע גם בשאלת הסעד המינהלי הניתן במסגרת ההליך הפלילי.

קביעת מתחם העונש ממוקדת במעשה ולא בעושה; בעבירה ולא בנסיבותיו האישיות של הנאשם. קביעת המתחם משקפת את עקרון ההלימה המשקף את עיקרון הגמול.¹⁶³ מתחם העונש נקבע בהתאם לחומרת העבירה בנסיבות ביצועה, ומיועד להעביר מסר של גינוי – הן כחלק מהדיאלוג של החברה עם הנאשם והן כחלק מהמסר החברתי שמועבר על ידי בית המשפט.¹⁶⁴ בשל כך, אנו סבורים שיש לראות בשלב

¹⁵⁸ ראו FRASE, JUST SENTENCING, לעיל ה"ש 30. מתווה זה בא לידי ביטוי בדרכי עיצוב שונות. למשל, באמצעות הנחיות מחייבות או מדריכות, בפסיקה מנחה או בחקיקה.

¹⁵⁹ ראו, למשל, מבין רבים: עניין קלנר, לעיל ה"ש 58, פסקה 49 לחוות דעתו של השופט הנדל ("העונש הסופי חייב לעמוד בעיקרון ההלימה ולאזן כראוי בין שיקולי המעשה והעושה"); ע"פ 1938/13 גרבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (27.2.2014).

¹⁶⁰ ראו סעיף 40ג(א) לחוק העונשין.

¹⁶¹ שם.

¹⁶² ראו סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין. ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם לקולא משיקולי שיקום ולחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור בנסיבות ובתנאים המפורטים בסעיפים 40 ו-40א לחוק העונשין.

¹⁶³ עמדה זו עומדת ביסוד המודל של גמול מוגבל (limiting retributivism) שפיתח מוריס. לדיון במודל זה ראו FRASE, JUST SENTENCING, לעיל ה"ש 30.

¹⁶⁴ ראו למשל ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, 807-808 (2013) ("בלשון תורת הגמול, מתחם הענישה הוא (על פי העיקרון המנחה) המייצג את ההלימה או הגמול"), וכן שם, בעמ' 792 ("ירק השיקולים הקשורים בעבירה משוקללים בקביעת מתחם הענישה. נסיבותיו האישיות של הנאשם אינן מובאות בחשבון בשלב זה, וממילא לא יובילו לשוני בין מתחמי הענישה של שני נאשמים אשר לקחו חלק דומה בביצוע אותה עבירה באותן הנסיבות").

זה כחלק מליבת המשפט הפלילי ולהימנע מהחדרתם של שיקולים שאינם חלק אינטגרלי מאשמת הנאשם לשלב זה בקביעת העונש.

בשונה מכך, קביעת העונש בתוך המתחם, ממוקדת בנאשם ובנסיבותיו האישיות. בשלב זה, ניתן לדעתנו להביא לידי ביטוי גם את הפגמים שנפלו בניהול ההליך ואת הפגיעה בזכויות הנאשם. אנו סבורים כי ביטוי להבחנה זו ניתן למצוא בלשון החוק עצמו, שכן סעיף 40ג(א) לחוק העונשין מציין את השיקולים בקביעת מתחם הענישה, ומתרכז, כאמור, בחומרת העבירה בנסיבות ביצועה. לעומת זאת, סעיף 40ג(ב) עוסק בקביעת העונש בתוך המתחם, ובין יתר הנסיבות ניתן לשקול אף את "התנהגות רשויות אכיפת החוק".¹⁶⁵ בהתאם לכך, לדעתנו, נכון לקבוע כי מתחם העונש הוא חלק מליבת ההליך הפלילי, והוא צריך להיקבע בהתאם לרציונאלים פליליים ובראשם עיקרון האשמה. לעומת זאת, קביעת העונש בתוך המתחם, המבטאת התחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם, עשויה להיות מושפעת גם מהסעד שניתן לנאשם במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים.¹⁶⁶ פתרון זה, לדעתנו, מאזן באופן ראוי בין הצורך להעניק סעד מפצה לבין הצורך לשמור על עקרונות המשפט הפלילי ועל קו הגבול שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי.

טבלה 1 – ההבחנה המוצעת בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לבין הביקורת המינהלית בפלילים

מוקד הדוקטרינה	הגנה מן הצדק	ביקורת מינהלית
תכלית הדוקטרינה	שמירה על לגיטימיות ההליך	מתן פיצוי לנאשם
המיקום הגיאומטרי של הדוקטרינה בהליך	שער הכניסה להליך	ליבת ההליך
מהות הדיון	בחינת הצדק בניהול ההליך בהתאם לצורך בשמירה על הלגיטימיות שלו	בחינת התנהלות הרשות בהתאם לכללי המשפט המינהלי
מיקום נורמטיבי	הפרודצורה הפלילית (סעיף 149(10) לחסד"פ)	הדין הפלילי המהותי (סעיף 40א(9))
הסעד	פסילת תוצאות ההליך המינהלי (ביטול כתב אישום או פסילת ראיה)	פיצוי הנאשם (הקלה בעונש או בסעיף האשמה)
היקף הדוקטרינה	מקרים חריגים ביותר	אין צורך במקרים חריגים

¹⁶⁵ סעיף 40ג(ב) מפנה לפירוט השיקולים בסעיף 40א. הציטוט מופיע בסעיף 40א(9).
¹⁶⁶ פרשנות זו שאנו מציעים עומדת בניגוד לדרך בה פירשו בית המשפט את היחס בין הקלה בעונש לפי סעיף 40ג(ב) לבין הקלה בעונש במסגרת הגנה מן הצדק. כך לדוגמה בעניין **גוטסדינר**, לעיל ה"ש 10, בפסקה 50, קבע השופט הנדל כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק יכולה להצדיק חריגה ממתחם העונש בניגוד להקלה בעונש לפי סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין; ראו גם בהחלטה לחרוג ממתחם העונש ההולם בעניינו של לופוליאנסקי בעניין **קלנר**, לעיל ה"ש 58. בעניין חריגה ממתחם העונש בגין הגנה מן הצדק ראו אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" **ספר דורית ביניש** 539 (קרן אזולאי ואחרים עורכים, 2018); ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל**, פסקאות 23-25 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (18.4.2018)). נציין כי קיימות דוקטרינות נוספות בהליך הפלילי המאפשרות לבית המשפט להתחשב במקרים חריגים, כדוגמת מצב רפואי קשה של הנאשם, ולא על ידי הקלה בעונש מחוץ למתחם העונש ההולם, באמצעות הליכים של עיכוב או התליית הליכים, מיוזמת בית המשפט או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, לפי העניין. ראו ס' 94 ו-231 לחסד"פ. עוד נציין כי בניגוד למוצע על ידינו במאמר זה, הפסיקה הקנדית איפשרה, כעיקרון, על בסיס פרשנות היקף הסעד הניתן בגין הוראות הצירטר הקנדי (סעיף 7 הקובע זכות לחיים, חירות והגנה), במקרים חריגים במיוחד של התנהגות הרשויות – הקלה בעונש מחוץ לגבולות הרגילים (outside statutory limits) כדוגמת חריגה מעונש מינימום. ראו עניין **Nasogaluak**, לעיל ה"ש 87, בפסקה 6, שם השופט לבל (LeBel) קבע כך: "A sentence reduction outside statutory limits does not generally constitute an 'appropriate' remedy within the meaning of s. 24(1), unless the constitutionality of the statutory limit itself is challenged. However, the remedial power of the court under s. 24(1) is broad. I therefore do not foreclose the possibility that, in some exceptional cases, a sentence reduction outside statutory limits may be the sole effective remedy for some particularly egregious form of misconduct by state agents in relation to the offence and the offender".

ז. סיכום

מאמר זה עוסק בהיבטים תיאורטיים, נורמטיביים ומעשיים הגלומים בביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק הנעשית במסגרת ההליך הפלילי. בחלק הראשון, המאמר דן בהצדקות לקיומה של ביקורת שיפוטית על הרשויות במסגרת ההליך הפלילי, ומציג שני מודלים מרכזיים: "המודל המעורב" אשר גורס כי הביקורת מתחייבת ומבוססת על עקרונות המשפט המנהלי, ו-"המודל האורגני" לפיו הביקורת מוצדקת רק כאשר היא מקדמת את תכליות המשפט הפלילי. בפרק העוקב לכך, הוצעו שלושה רציונאלים לשמירה על ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי אשר תומכים ב"מודל האורגני": שמירה על מידתיות בענישה, ועל איכות הגיוני העונשי וכן חשש מהחדרת תורת האיזונים להליך הפלילי.

בחלק השלישי של המאמר, הוצגה קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים, אשר לדעתנו מקדמים את תכליות המשפט הפלילי עצמו ומוצדק להעניקם במסגרת ההליך הפלילי בהתאם למודל האורגני. הפרק הציג שלושה סעדים: סעד אפיסטמי הממוקד במניעת עיוות דין והרשעות שווא; סעד מעניק לגיטימציה, הממוקד בשמירה על טוהר ההליך והגיונו; וסעד מפצה, הממוקד בהענקת פיצוי לנאשם בגין הפגיעה בזכויותיו בידי הרשות.

החלק הרביעי של המאמר מנתח את המגמות בפסיקה הישראלית ומראה כיצד עם השנים דוקטרינת ההגנה מן הצדק הלכה והתרחבה וזאת בשני מובנים: ראשית, מדוקטרינה שתכליתה לשמור על טוהר ההליך הפלילי בלבד, היא הפכה לדוקטרינה המכוונת לביקורת כללית על התנהלותן של רשויות החקירה והתביעה בהליך וניתן להפעילה בכל מקרה בו נפל פגם מנהלי. בנוסף, המאמר עומד על כך שעם השנים הסעד המנהלי שינה את המקום הגיאומטרי בו הוא ניתן וזחל אט אט ללב ההליך הפלילי: בעוד שבתחילה הסעד שניתן היה תחום לגבולות ההליך בלבד, עם השנים הכירה הפסיקה בכך שהוא עשוי להיות שיקול בקביעת העונש של הנאשם, ולאחרונה אף עלתה אפשרות לשנות את סעיף האישום במסגרת הדוקטרינה. בסיום חלק זה המאמר מצביע על כך שלאחרונה נשמעים בפסיקת בית המשפט העליון הדים לביקורת על טשטוש הגבולות שבין ההליך המינהלי והפלילי ואף קריאה לבחינה מחודשת של דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.

בחלק האחרון של המאמר, מוצע מתווה נורמטיבי לסוגיית הסעד המינהלי הניתן בהליך הפלילי. המתווה המוצע מבוסס על שני עקרונות: ראשית, על הבחנה בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. לדעתנו, תורף ההבדל בין שתי הדוקטרינות נעוץ בתכלית הסעד ובחדיירתו לשלבי העונש והאשמה: בעוד שתכלית ההגנה מן הצדק היא להבטיח את הלגיטימיות של ההליך הפלילי והסעד במסגרתה ניתן בשער ההליך בלבד ולכן היא אינה אמורה להשפיע על מידת האשמה והעונש; הביקורת המינהלית בפלילים ממוקדת בפיצוי הנאשם והסעד הניתן במסגרתה חודר לליבת ההליך הפלילי ומהווה שיקול בקביעת העונש והאשמה. שנית, לדעתנו הסעד המפצה הניתן במסגרת הביקורת המינהלית בפלילים אינו יכול להשפיע על גבולותיו של מתחם העונש ההולם, אלא צריך לבוא לידי ביטוי רק בקביעת העונש בתוך גבולות המתחם ההולם. אנו סבורים כי מתווה זה מכיר בחשיבותם של הסעדים המנהליים הניתנים במסגרת ההליך הפלילי, אולם הוא מתמודד עם הקשיים הנורמטיביים שעלולים להתעורר כאשר ליבת ההליך הפלילי מושפעת משיקולים שאינם נוגעים לאשמתו של הנאשם.