

## ביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק: בין מינהלי לפלילי

מאת

עדיאל זימרון\* ונתנאל דגן\*\*

קיימות כמה דוקטרינות המאפשרות לנאשם להעלות טענות נגד 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 למינהלי – טרם זכו לניתוח מעמיק. מטרת המאמר היא להציע ניתוח תאורטי, נורמטיבי ופוזיטיבי של הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי והסעדים הניתנים במסגרתה. המאמר מגדיר שתי גישות עקרוניות לביקורת השיפוטית בהליך הפלילי: (א) גישה מעורבת, שלפיה תכלית הביקורת על התנהלות הרשות בהליך הפלילי היא מינהלית; (ב) גישה אורגנית, שלפיה הביקורת השיפוטית על התנהלות הרשות כפופה לעקרונות המשפט הפלילי. בחלק השני מוצגים שלושה רציונלים לשמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי התומכים בגישה האורגנית, ולפי זה מוצעת בחלק השלישי קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים המקדמים עקרונות של המשפט הפלילי לפי הגישה האורגנית: (א) סעד אפיסטמי; (ב) סעד מעניק-לגיטימציה; (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; (ב) העתקת המיקום הגאומטרי של הסעד המינהלי 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. הצדקות לביקורת מינהלית 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. **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 הפלילי. 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

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

\*\* מרצה, המכון לקרימינולוגיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
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, דפנה ברק-ארוז, חמדה גור-אריה, אלון הראל, רות קנאי ורון שפירא על הערותיהם המועילות לטיטוט המאמר.

ההליך הפלילי ועל הגינותו. 2. שלב שני: ביקורת שיפוטית המקדמת את עקרונות המשפט המינהלי. ה. אתגרים בחזירת אמות מידה מינהליות להליך הפלילי – פסיקת 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 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); להעלות טענות במישור המינהלי נגד התנהלות רשויות החקירה והתביעה הפלילית (להלן: הרשות).<sup>1</sup> בשנים האחרונות הולכת וגוברת ההכרה במשפט הישראלי בחשיבות שיש בהעלאת טענות בעלות אופי מינהלי, במסגרת ההליך הפלילי הנוגעות להתנהלות הרשות.<sup>2</sup> אפשרות זו מוכרת, בשינויים מסוימים, גם בדוקטרינות שפותחו במדינות המשפט המקובל, כדוגמת הדוקטרינה האנגלית של הגנה מן הצדק (abuse of process)<sup>3</sup> והדוקטרינות האמריקניות של התנהגות בלתי נסבלת של הרשות (outrageous conduct)<sup>4</sup> וביטול ההליך מטעמי צדק (dismissal in the interest of justice)<sup>5</sup> או בידי מושבעים (nullification), אשר עוסקות, כל אחת בדרכה, בביקורת על התנהלות הרשות.<sup>6</sup> בספרות ובפסיקת בית המשפט העליון בישראל נדונה חשיבותה של הביקורת

- 1 ראו בכלליות ANDREW ASHWORTH & MIKE REDMAYNE, THE CRIMINAL PROCESS ch. 9, 11 (4th ed. 2010).
- 2 במאמר זה נתמקד בהתנהלות רשויות החקירה והתביעה. עם 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 להחלטותיהם זיקה להליך. ראו בכלליות יעקב שקד **תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים** 204–203 (2019).
- 3 ראו ANDREW L-T CHOO, ABUSE OF PROCESS AND JUDICIAL STAYS OF CRIMINAL PROCEEDINGS (1993). ראו גם ASHWORTH & REDMAYNE, לעיל ה"ש 1, בעמ' 271–273.
- 4 Stephen A. Miller, *The 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 Valena E. Beety, *Judicial Dismissal in the Interest of Justice*, 80 MO. L. REV. 629, (2015) 653–656. אפשרות זו קיימת בכמה ממדינות ארצות הברית. כך למשל החוק בקליפורניה. ראו CAL. PENAL CODE § 1385(a) (2015) ("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). ראו גם רינת קיטאי-סנג'רו "הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים – זיכוי אדם שביצע עברה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה" המשפט יד 513 (2010).

המינהלית על שיקול דעתה של הרשות כחלק מההליך הפלילי, והוסבר כי יש לראות בכך שלב נוסף בהגנה על זכויות הנאשם ובפיתוחו של המשפט המינהלי.<sup>7</sup>

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 להשתמש בכל הכלים העומדים לרשותו לפי כללי המשפט המינהלי. בעבר היה נהוג כי עתירות הנוגעות להתנהלות רשויות החקירה והתביעה נדונו רק לפני בית המשפט הגבוה לצדק בהליך נפרד מההליך הפלילי.<sup>8</sup> גישה זו נסדקה עם השנים, בעקבות התבססותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי, שלפיה בית המשפט הפלילי רשאי לתקן או לבטל כתב אישום במקרה שבו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".<sup>9</sup> החידוש במתן סמכות לבית המשפט הפלילי לעסוק בביקורת מינהלית אפוא הוא כפול: ראשית, הדבר אינו מחייב הליך נפרד ועצמאי לפני ערכאה מינהלית ומעניק את סמכות הביקורת לערכאה הדיונית; שנית, 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 מזה, 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 התשעים התמקדה הפסיקה בעיקר במבחנים הנורמטיביים לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ושאלת הסעד הייתה משנית לה בחשיבות, בשנים האחרונות הורחבה מאוד האפשרות להחלתה של הדוקטרינה, ומוקד הדיון עבר לשאלת הסעד הראוי.<sup>10</sup> בהמשך לכך, בעבר תחולת הדוקטרינה הייתה מצומצמת והחלתה הובילה

7 ראו הדיון בפרק ג להלן.

8 ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, פס' 26 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1990); בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1992); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 307 (1999). כן ראו רות גביון שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (1991); רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 536, 529 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015) (להלן: גלעדי "ביקורת מינהלית").

9 ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ).

10 ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד ננ(2) 221, פס' כא לפסק דינו של השופט לוי (1996). עם השנים, ובעקבות עיגון הדוקטרינה בחוק הישראלי, היא הורחבה במידה ניכרת והתקבלה גם במקרים קיצוניים פחות, שבהם התנהלה הרשות "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". לדיון בהיסטוריה של הדוקטרינה במשפט הישראלי ובמשפט המשווה ראו בהרחבה ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שנייה 2003). 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 נט(6) 776 (2005), אשר עיצב את דוקטרינת ההגנה 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 (שם, פס' 169-170). ראו גם ה"ש 104 (להלן). הפסיקה אינה חד-משמעית ביחס לשאלה האם המבחנים שנקבעו בעניין בורוביץ נותרו תקפים גם לאחר תיקון החוק. להצגת הדילמה ראו רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, פס' 3(ג) לפסק דינו של השופט עמית

לביטולו של ההליך הפלילי, ואילו בשנים האחרונות המגמה היא לאפשר לנאשם להעלות בהליך הפלילי את כל סוגי הטענות המינהליות במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, ולהתאים את הסעד לעוצמת הפגם.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> בהמשך לכך, בעניין **פרץ**,<sup>13</sup> ולאחר מכן בעניין **ורדי**,<sup>14</sup> הודגשה הגמישות שיש לבית המשפט הפלילי, במישור מתן הסעד, לריפוי הפגם.

(נבו 7.3.2013). לרעות הסוברות שהמבחנים לתחולת הדוקטרינה נותרו כפי שהיו ראו ע"פ 3/10 **אוהנה נ' מדינת ישראל**, פס' 40 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 27.12.2012); רע"פ 7953/11 **חברת פ.מ.מ. מחכות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 4 – ד-ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 30.11.2011). לגישה שונה ראו ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 31.12.2015); ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פס' 47 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 1.3.2017).

11 ראו רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" **הסניגור** 190, 4 (2013); רענן 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, בעמ' 532. ראו גם דפנה ברק-ארז "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד" **הסניגור** 200, 14 (2013). לאחרונה קיימת נסיגה ממגמה זו, ראו למשל את פסק דינו של השופט סולברג ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם**, פס' 35 (נבו 5.5.2020). כן ראו הדיון בפרק ד להלן.

12 בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה**, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (נבו 6.2.2006). ("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 חיסכון ומניעה של התארכות ההליך הפלילי ויתרונה של הערכאה הפלילית בשאלות עובדתיות שעשויות להתעורר במסגרת הטענות המינהליות. לסקירת הפסיקה במקרים שבהם הופעלה דוקטרינת הביקורת המינהלית בערכאות הדיוניות ראו שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 219–220.

13 ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 10.9.2013) ("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"). אף שפסק הדין אינו מכריע כי קיים הליך מינהלי עצמאי במנותק מהמסגרת של הגנה מן הצדק, קבע השופט פוגלמן כי ניתן לבחון את כל הטענות המינהליות גם במסגרת הגנה מן הצדק, ובכך למעשה הוא פתח את שער הכניסה לכל סוגי הטענות המינהליות (שם). עמדה דומה נשמעה מפי השופט מלצר ברע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי**, פס' 98 לפסק דינו (נבו 31.10.2018). בדומה לכך, גלעדי 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 מינהליות במסגרת ההליך (ראו גלעדי "דוקטרינת הביקורת", לעיל ה"ש 8, בעמ' 545). גישה דומה הובעה גם בעניין **מוחתסב**, לעיל ה"ש 10, פס' 3 (ב) לפסק דינו של השופט עמית. לדיון בשאלת היקף החובות המינהליות בהליך הפלילי ראו בש"פ 7955/13 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו 10.4.2014); רענן גלעדי "חידוש במשפט המנהלי-פלילי – בש"פ 7955/13 פלוגי: הנאשם זכאי לקבל את הנמקת החלטה המנהלית להעמידו לדין, אך ורק לאחר שיתקוף אותה" **הסניגור** 208, 4 (2014).

14 עניין **ורדי**, לעיל ה"ש 13, פס' 9 (ה) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) 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 בפסק

לצד התרחבות התחולה של הביקורת השיפוטית והגמישות במתן הסעד, חל עם השנים שינוי גם במקום הגאומטרי של מתן הסעד בהליך הפלילי: בתחילה הוענק הסעד רק בשער הכניסה להליך הפלילי (במסגרת טענה מקדמית), ועם השנים החל הסעד המינהלי לחלחל לליבת ההליך הפלילי ולהשפיע אף על קביעת האשמה והעונש.<sup>15</sup>

לאורך השנים נשמעו אף קולות ביקורתיים בנוגע לקשיים שמגמות אלו מעוררות. לאחרונה, בעניין **רותם**, בית המשפט העליון אף צמצם את היקף הביקורת השיפוטית שבית המשפט ראשי לערוך על רשויות התביעה, בעומדו על הקשיים הקונסטטואליים והמעשיים הכרוכים בעירוב התחומין שבין המשפט המינהלי לפלילי, וציין כי "הן המבקשים ליצור דוקטרינת ביקורת מינהלית חדשה, הן המבקשים להרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לא נתנו דעתם על השאלה, כיצד יוכל אבר זר – הליך מינהלי-חוקתי – להישלל ולהשתלב ברקמת ההליך הפלילי".<sup>16</sup> נוסף על זה, במישור המעשי, פסיקת בית המשפט העליון טרם קבעה מבחנים ברורים למתן הסעד, היקפו וגדריו, וסוגיה זו, על השלכותיה התאורטיות, הנורמטיביות והמעשיות, אף טרם נדונה בהרחבה בספרות.<sup>17</sup>

מאמר זה עוסק באתגרים התאורטיים, הנורמטיביים והפוזיטיביים המתעוררים במפגש שבין המשפט המינהלי לפלילי ובגבולות הסעד המינהלי שראוי להעניק במסגרתו.<sup>18</sup>

דין נוספים. ראו למשל ע"פ 6471/00 הר-שפי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 756, 763 (2002); ע"פ 8551/11 סלכגי נ' **מדינת ישראל**, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 12.8.2012.

15 ראו הדיון בתת-פרק 5.ד להלן.

16 עניין **רותם**, לעיל ה"ש 11, פס' 42 לפסק דינו של השופט סולברג. במועד כתיבת הדברים השאלה המשפטית בעניין תחולת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים שעמדה ביסוד פסק הדין נקבעה לדיון נוסף בהרכב מורחב. לדיון בפסק הדין והשלכותיו ראו הדיון בתת-פרק 6.ד להלן.

17 ראו גלעדי "ביקורת מינהלית", לעיל ה"ש 8, עמ' 535; ע"פ 371/06 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פס' 1(א) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו) 30.4.2008 (30.4.2008) ("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, פס' 93 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר; ע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל**, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו) 1.9.2009.

18 המאמר יתמקד בשאלות הנורמטיביות המתעוררות בהענקת הסעד המינהלי מאת בית המשפט הדין בהליך הפלילי ולא בביקורת על הפעלת שיקול דעתה של התביעה בהגעה להסדר טיעון. לדעתנו, אף שקיימים קווי דמיון בין המקרים הנדונים במאמר לבין שיקול דעת התביעה בעריכת הסדרי טיעון, הקשיים התאורטיים והנורמטיביים אשר מתעוררים בשני המקרים הם שונים ומצדיקים דיון נפרד, שכן התביעה הפלילית, בהיותה הרשות המבצעת, אמונה על הגשמת האינטרס הציבורי והגנה על שלום הציבור. בניגוד לכך, בית המשפט אמון על הגשמת תכליותיו של המשפט הפלילי ואשר במרכזו עקרון האשמה. ראו בכלליות *Kate Stith, The Arc of the Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion*, 117 YALE L.J. 1420 (2007). לדעת חלק מהכותבים, הסדר טיעון הוא חוזה אזרחי או מינהלי 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"ץ 218/85 **ארכיב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב**, פ"ד מ(2) 393 (1986); בג"ץ 634/11 **באשה נ' מדינת ישראל** (נבו) 27.7.2011. יש לציין כי בנוגע להגנת "זוטי דברים", הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קיים דיון ער בשאלה אם בית המשפט ראשי לשקול שיקולים מינהליים ששוקלת התביעה בהגשת כתב אישום. ראו מרים גור-אריה "חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פטרות ככלי פרשני: פרשת העינויים וההגנה של זוטי דברים כהמחשה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור**

במישור התאורטי עולה שאלת תכלית הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי; שאלת מיקומו הגאומטרי של קו הגבול בין המשפט הפלילי למינהלי במתן הסעד; שאלת ההגדרה והמיון של הסעדים המינהליים השונים הניתנים בהליך הפלילי. במישור הנורמטיבי מתעוררות השאלות עד כמה ראוי כי ההליך הפלילי יהיה מושפע משיקולים שאינם קשורים ישירות לעקרון האשמה; עד כמה, אם בכלל, ראוי להחדיר להליך הפלילי את תורת האיזונים של המשפט המינהלי; מהם גבולותיו הראויים של הסעד המינהלי בהליך הפלילי. במישור הפוזיטיבי מתעוררות שאלות בעניין היחס שבין עקרון ההלימה, העומד במוקד גזירת הדין, לבין מתן הסעד המינהלי, הממוקם בחקיקה המסדירה את הדיון הפלילי וכן שאלת היחס בין הדוקטרינות השונות המאפשרות מתן סעד מינהלי בפסיקה הישראלית – ההגנה מן הצדק והביקורת המינהלית בפלילים.

לצורך המאמר נגדיר את המונח "סעד מינהלי" כדלקמן: סעד מינהלי הוא סעד אשר מעניק בית המשפט הדן בהליך הפלילי בגין פגם שנפל בהתנהלות הרשות כחלק מהפעלת ביקורת שיפוטית על פעולתה. הסעד המינהלי ניתן בבית המשפט במישור מערכת היחסים שבין בית המשפט לרשות המינהלית ובלא קשר לשאלת אשמתו של הנאשם.<sup>19</sup> נדגיש כי המונח "סעד מינהלי" משמש במאמר להצדקות למתן הסעד המינהלי,<sup>20</sup> כאשר הסעד הקונקרטי שבית המשפט מעניק עשוי לבוא לידי ביטוי אף בהיבטים עונשיים (כדוגמת הקלה בעונש).

המאמר כולל שישה פרקים עיקריים: בפרק הראשון מוצגות שתי גישות עקרוניות לביקורת שיפוטית על הרשות בהליך הפלילי: הגישה המעורבת, שלפיה תכלית הביקורת היא מינהלית, והגישה האורגנית, שלפיה הביקורת המינהלית כפופה לעקרונות המשפט הפלילי. בפרק השני מוצגים שלושה רציונלים 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 מחזרת תורת האיזונים למשפט הפלילי. לפי מסקנה זו, בפרק השלישי מוצעת קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים המקדמים עקרונות של המשפט הפלילי ומוצדקים לפי הגישה האורגנית: (א) סעד אפיסטמי; (ב) סעד מעניק-לגיטימציה; (ג) סעד מפצה. המאמר מבחין בין סעדים אלו ועומד על ההצדקות להם, על תכליותיהם ועל גבולותיהם על בסיס שיקולים תאורטיים ונורמטיביים. בהמשך לכך המאמר עומד על חשיבותו של המיקום הגאומטרי בהענקת הסעד במסגרת ההליך הפלילי. המאמר עומד על כך שלעומת הסעד האפיסטמי והסעד מעניק-לגיטימציה, שהם תנאי לקיומו של ההליך הפלילי ואינם חודרים לליבת ההליך, הסעד המפצה חודר לליבת ההליך ועשוי להיות שיקול בקביעת העונש ולעיתים אף

לתיקון 39 לחוק העונשין 401 (2010); מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992) "משפטים" כד 9, 69-70 (1995); דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1984).

19 ראו הדיון בתת-פרק ג.1 להלן (בהבחנה בין הסעד האפיסטמי לבין הערכת קבילות או משקל של ראיות על פי דיני הראיות).

20 ראו הדיון בפרק ג להלן (שבו אנו מציעים שלוש הצדקות עיקריות למתן סעד מינהלי במסגרת ההליך הפלילי. הצדקות אלה קובעות גם את הסעד הקונקרטי שיינתן, אולם יש להבחין בין הצדקות למתן הסעד לבין הסעד הקונקרטי שניתן).

האשמה. בפרק 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 הגאומטרי של הענקת הסעד המינהלי משער הכניסה להליך הפלילי לליבת ההליך – לקביעת האשמה והעונש. בפרק העוקב מציג המאמר הדי ביקורת שנשמעו בפסיקת בית המשפט העליון על טשטוש קו הגבול שבין המשפט הפלילי למינהלי, ואף קולות הקוראים לריסון הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי. בפרק השישי של המאמר מוצע מתווה נורמטיבי, המשתלב עם הדין המצוי, לאתגרים העולים בביקורת השיפוטית במסגרת ההליך הפלילי ובייחוד בהענקת הסעד: (א) הבחנה בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק הממוקדת בשמירה על טוהר ההליך הפלילי לבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים הממוקדת בפיצוי הנאשם; (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 למהותה של הביקורת המינהלית בהליך הפלילי. במסגרת הגישה הראשונה, שאותה נכנה **גישה מעורבת**, בית המשפט הפלילי רשאי לערוך ביקורת מינהלית על פעולת הרשות לפי כללי המשפט המינהלי, במנותק ממטרות ההליך הפלילי. גישה זו אפוא מערבת במסגרת ההליך הפלילי "איים" מובחנים של משפט מינהלי, אף שייתכן שהסעד שיינתן 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. נוסף על זה, אף שרשויות החקירה והתביעה הן רשויות מינהליות, הן פועלות כבר מראשית הדרך במסגרת ההליך הפלילי כדי לקדם את מטרותיו, והן אף כפופות להסדרים הדיוניים והראייתיים הפליליים.<sup>21</sup> טעמים אלו, ובראשם הצורך לפקח ולבקר את התנהלותה של הרשות, מצדיקים את מתן האפשרות לבית המשפט לערוך ביקורת מינהלית שגרתית לפי כללי המשפט המינהלי כבר במסגרת ההליך הפלילי, סמוך לקבלת ההחלטות בידי הרשות, ולא לבחון אותן לאחר קבלת ההחלטה בהליך מינהלי נפרד.<sup>22</sup>

על פי הגישה המעורבת, אף שהביקורת על התנהלות הרשות נעשית במסגרת ההליך הפלילי היא לא נועדה בהכרח לקדם את תכליות המשפט הפלילי. בחלק מהמקרים היא אף מצויה במתח עם תכליותיו ועקרונותיו של המשפט הפלילי, והצדקתה מבוססת על תכליות המשפט המינהלי.<sup>23</sup> יש לציין כי בגישה זו, מכיוון שהביקורת המינהלית נעשית במסגרת

21 Ian Dennis, *Fair Trials and Safe Convictions*, 56 CURRENT LEGAL PROB. 211 (2003)

22 ראו עניין **רוחם**, לעיל ה"ש 11, פס' 9 לפסק דינו של השופט אלרון.

23 ראו את דברי השופטת ברק-ארו בעניין **אגבריה**, לעיל ה"ש 10, פס' 19 לפסק דינה ("אין מדובר בסטייה מעקרונות המשפט הפלילי, כי אם בסעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התביעה"). כן ראו הדין בתת-פרק ד.6 להלן.



ההליך הפלילי, מוצדק שהסעדים שייתן בית המשפט – אף שההצדקות להן הן הצדקות מינהליות – יהיו במסגרת מערכת היחסים שבין בית המשפט לנאשם (למשל במישור העונשי). לדוגמה, במקרים שבהם נפל פגם בהתנהלות הרשות, הפחתה בעונשו של הנאשם עשויה להיות סעד ראוי, כדי להבטיח את הרתעת הרשות מפני הישנות תקלות מעין אלו בעתיד. יש להדגיש כי על פי הגישה המעורבת, גם במקרים שבהם הסעד מוביל להקלה בעונשו של הנאשם הוא מוענק בראש ובראשונה לצורך קידום תכליות המשפט המינהלי ולא לשם קידום תכליות המשפט הפלילי.<sup>24</sup>

במסגרת הגישה השנייה, שאותה נכנה **גישה אורגנית**, ההליך הפלילי צריך להישמר נקי מתכליות חיצוניות לו. לפיכך על המשפט הפלילי להישאר ממוקד אך ורק בשאלת אשמתו של הנאשם והעונש ההולם את נסיבות העבירה. עם זאת אף בגישה זו יש חשיבות לביקורת מינהלית במסגרת ההליך הפלילי – במקרים שבהם הביקורת המינהלית עשויה לקדם את תכליותיו של המשפט הפלילי עצמו, ובשל החשש כי בלא קיומה של ביקורת מינהלית תכליות המשפט הפלילי עצמו ייפגעו. על פי הגישה האורגנית, במקרים אלה – ורק בהם – נכון להעניק את הסעד המינהלי במסגרת ההליך הפלילי. לעומת זאת במקרים שבהם הסעד המינהלי אינו מקדם את תכליות המשפט הפלילי, וקל וחומר במקרים שבהם הוא מצוי במתח עם עקרונותיו, לא ראוי להעניקו במסגרת ההליך הפלילי, ויש לפנות לאפיקים משפטיים אחרים.

כפי שעוד יובהר 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 שייתן על ידי בית המשפט. על פי הגישה המעורבת, הסעד מכוון לקדם תכליות מינהליות, והוא ניתן במישור היחסים של בית המשפט עם הרשות המינהלית (ולא במישור היחסים שבין בית המשפט לבין הנאשם). בגישה זו בית המשפט אינו מוגבל בהענקת הסעד בשל העובדה שהסעד ניתן במסגרת ההליך הפלילי, וסוג הסעד יותאם לעוצמת הפגם המינהלי. למשל, ייתכן כי רק בשל הפגם המינהלי יפחית בית המשפט בעונשו של הנאשם או לחלופין ימיר את סעיף האישום לסעיף מקל יותר ללא קשר לשאלה אם 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 ייתכנו מקרים חריגים שבהם בית המשפט יקל בעונשו של הנאשם במסגרת הסעד המינהלי, אך רק במקרים שבהם הדבר משרת את תכליות ההליך הפלילי. על פי הגישה האורגנית, על הסעדים הניתנים במסגרת ההליך הפלילי להיות מוצדקים על פי תכליות המשפט הפלילי, ויש להתאים אף את ביטוי הקונקרטי (עוצמת הסעד ומיקומו הגאומטרי בהליך) לתכליות ההליך הפלילי. כפי שנראה בהמשך, ייתכנו מקרים שבהם יש הצדקה פלילית להענקת הסעד המינהלי, אולם עיצובו

24 ראו ה"ש 66 להלן, והספרות הנזכרת שם.



הקונקרטי של הסעד עשוי להיות במתח עם מטרות ההליך הפלילי.<sup>25</sup> בהמשך המאמר נציג קלסיפיקציה של ההצדקות למתן סעדים מינהליים בהליך הפלילי, ולאחר מכן נדון בעיצובו הקונקרטי של הסעד שניתן להעניק לנאשם. אולם בטרם נעשה זאת נבקש להציג את הקשיים התאורטיים והנורמטיביים המצויים במקום שבו 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 להשתמש בכלים של ההליך הפלילי לקידום תכליות מינהליות – כדוגמת הקלה בעונש והמרת סעיף האישום לסעיף מקל. מטרת פרק זה היא לעמוד על האתגרים התאורטיים והנורמטיביים הקיימים בשימוש בכלים עונשיים לצורך קידום תכליות מינהליות בלבד. במסגרת זו נדון בשלושה רציונלים לשמירת ההפרדה בין המשפט הפלילי למינהלי במתן הסעד: ראשית, שמירה על מידתיות ושוויון בענישה; שנית, שמירה על איכות הגינוי העונשי במישורים שבין המדינה לנאשם ובין המדינה לקהילה; שלישית, שמירה מפני חדירת תורת האיוונים 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.<sup>26</sup> שמירה על מידתיות היא עיקרון מנחה בגזירת הדין במדינות מערביות רבות (כדוגמת חלק ממדינות ארצות הברית, אנגליה, ניו זילנד, קנדה, שוודיה, גרמניה וישראל).<sup>27</sup> ענישה גמולית, בגישה הקלאסית 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.<sup>28</sup> חומרת העבירה מתגבשת במלוואה בדרך כלל במועד ביצוע העבירה או לכל היותר

25 כפי שיוצג בהמשך המאמר, אנו מבחינים בין ההצדקה למתן הסעד המינהלי לבין הסעד הקונקרטי שניתן להעניק לנאשם. ייתכנו מקרים שבהם ניתן להצדיק מתן סעד מינהלי על פי התכליות הפליליות, אולם הסעד שיינתן פוגע במאפייניו של ההליך הפלילי. להלן נדון בגבולות הסעד לפי כל אחת מן ההצדקות. על עקרון האשמה ומשמעויותיו 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 759 (2021).

26 ראו Julian V. Roberts & Oren Gazal-Ayal, *Statutory Sentencing Reform in Israel: Exploring the Sentencing Law of 2012*, 46 ISR. L. REV. 455 (2013); רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית?" משפטים לה 147 (2005).

27 ראו ANDREAS VON HIRSCH, *DESERVED CRIMINAL SENTENCES* 68–69 (2017), אשר לגישתו אין מקום לקבוע את העונש הגמולי לפי התגובה הסובייקטיבית של הנאשם לעונש, כיוון שהעונש מבקש

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 רלוונטיות בגישה גמולית להערכת העונש.<sup>29</sup> לכן על פי מודל גמולי, אין הצדקה לתת משקל בקביעת העונש לנסיבות שאינן קשורות במישרין לחומרת העבירה, ובייחוד לנסיבות המאוחרות לה (למשל התקדמות שיקומית של הנאשם או תרומתו לחברה).<sup>30</sup>

לפיכך מתן סעד מינהלי בדמות הקלה בעונש, ובייחוד במקרה של המרת סעיף עבירה מחמיר בסעיף 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 שביצע הנאשם, אלא בנסיבות המאוחרות לביצוע העבירה, וממילא הן אינן מפחיתות את הפגיעה של העבירה בערכים המוגנים או את האשם שליווה את ביצועה;<sup>31</sup> שנית, קיימת פגיעה בשוויון בענישה. אפשר שנאשמים שביצעו עבירות דומות, בנסיבות דומות בחומרתן, ועל כן ראויים לעונש דומה, יקבלו עונשים שונים (ולעיתים אף

להלום את החומרה האובייקטיבית של מעשה העבירה על פני סולם עונשי אורדינלי המדרג את חומרת העבירות לפי מידת הגינוי 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 בעקרון הגמול. עם זאת כפי שנראה להלן, ייתכנו מצבים שבהם התנהלות הרשות עשויה להשפיע על מידת הסבל הסובייקטיבי שחוה הנאשם וממילא היא עשויה להצדיק הקלה בעונש. ראו ה"ש 97 להלן והטקסט הסמוך לה (דיון באפשרות זו והשלכותיה).

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 et al. eds., 2015).

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 המאוחרות לביצוע העבירה אינה מקבלת משקל רב גם בגישות מעורבות. ראו NORVAL MORRIS, *THE FUTURE OF IMPRISONMENT* (1974). ראו גם RICHARD S. FRASE, *JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM* (2013).

הפסיקה הקנדית (British Columbia) עמדה על הקושי לראות כיצד הקלה בענישה בשל התנהגות הרשות משתלבת עם הדרישה למידתיות. ראו R. v. Carpenter, 2002 BCCA 301, para. 26 (Can. B.C.) (“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.”) (“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”).

להיות מורשעים בעבירות שונות) בשל נתונים קונטינגנטיים שאינם קשורים בעבירה שביצעו, ולעיתים אף אינם תלויים בהם כלל, אלא ממוקמים בשדה אחר הנוגע להתנהלות הרשות ולפגמים שנפלו בה.<sup>32</sup>

## 2. שמירה על איכות הגינוי העונשי

אתגר נוסף שמעוררת הקלה בעונש או באשמה לשם קידום תכלית מינהלית 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 בהליך הפלילי, ובייחוד בשלב גזר הדין, הליך של העברת מסר מגנה (censure) לנאשם לפי חומרת העבירה.<sup>33</sup> מסר זה נועד לשקף לנאשם את מעשה העבירה, את חומרתו ואת חוסר המוסריות הטבוע בו, ואילו הנאשם, מצידו, אמור להגיב למסר זה באמצעות הפנמת הפגיעה וחרטה על מעשיו, וכן לפעול לכינון מחדש של מערכת היחסים האזרחית שנפגעה בעקבות מעשיו בינו לבין הקהילה.<sup>34</sup> בגישה זו מודגשים תפקידו של הנאשם בדיאלוג העונשי, מידת הפנמתו את המסר המגנה של העונש והבנתו את הפגיעה בערכים המוגנים שמעשיו גרמו לנפגע העבירה ולחברה כולה.<sup>35</sup>

32 ראו R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 29, 72 (2001) (להלן: "Censure is expressed by the formal convictions the follow on proof of") (DUFF, PUNISHMENT guilt at a criminal trial [...] if the charge proved against him, he is censured for it by a formal NIGEL WALKER, PUNISHMENT, DANGER AND STIGMA: THE MORALITY OF ; (conviction" HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE גם ראו CRIMINAL JUSTICE 146-160 (1980) 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: 33 (2005) VON HIRSCH ; EXPLORING THE PRINCIPLES, לעיל ה"ש 28. לדיון נרחב במושג הגינוי בענישה ראו באסופת המאמרים הדנה ביחס שבין מושג הגינוי לענישה הפלילית: PENAL CENSURE: ENGAGEMENTS WITHIN AND BEYOND DESERT THEORY (Antje du Bois-Pedain & Antony E. Bottoms eds., 2019).

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

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

הדיאלוג העונשי מבקש לייצר קשר הדוק בין העבירה לבין העונש כדי לעמת את הנאשם עם העבירה שביצע ולגרום לו להפנים את משמעותה ואת הפגיעה בערכים החברתיים הגלומים בה.<sup>36</sup> המסר המגנה אמור להיות קשור סיבתית, בלעדית, למעשה העבירה ול"סיפור" הפלילי.<sup>37</sup> 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 ובהפנמת הערכים המוגנים שנפגעו ובכך, היא עשויה לפגוע בפוטנציאל הנורמטיבי-מגנה של ההליך. על פי גישה זו, כאמור, העונש הוא חלק אינטגרלי מהדיאלוג שבין המדינה לנאשם, והוא חוליה חשובה בהפנמה של הנאשם את המסר שהקהילה מבקשת להעביר לו ואת מידת הפגיעה בערכים שמעשיו גרמו. לכן הקלה בעונש או באשמה לקידום תכליות מינהליות שאינן קשורות ישירות 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 לנאשם לעבר שיקולים שאינם רלוונטיים לו ולפגוע באיכותו הנורמטיבית-מגנה.

על מנת לחדד נקודה זו נציג את הדוגמה הזאת: אביו של דני מתעמת עימו לאחר שזה נתפס בידי השכן גונב סוכרייה 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. אף שיש להתייחס ברצינות רבה לדבריו של דני, הרי שאם בתגובה לכך יחליט האב לקצר את התקופה שבה דני לא יהיה רשאי לצפות בתוכנית האהובה עליו, הדבר עשוי לפגוע במסר שהאב רוצה להעביר לדני, שלפיו גנבה היא מעשה חמור. נניח עוד כי לפני כמה חודשים אמר דני לאביו בכזב כי הכין את שיעורי הבית, מעשה חמור פחות מגנבה. בתגובה לכך, הפעם, האב אסר על דני לצפות בתוכנית האהובה עליו למשך שבועיים. קיצור העונש על מעשה הגנבה לשבועיים בשל התנהגות השכן עשוי להעביר לדני מסר מוסרי שגוי, שלפיו הגנבה מהמכולת חמורה כמו השקר בנוגע לשיעורי הבית.

ביקורת זו מקבלת משנה תוקף כשמדובר באפשרות להמרת סעיף האישום של הנאשם מסעיף חמור לסעיף קל יותר במסגרת הסעד המינהלי. אחת ההשלכות של התאוריה הקומוניקטיבית על ההליך הפלילי היא ההבחנה בין אחריות (responsibility) לבין חבות (liability).<sup>38</sup> אחריות היא חובת האזרח לתת דין וחשבון לקהילה שאליה הוא משתייך על מעשים שפגעו בה. לכך מכוון כתב האישום שהנאשם מגיב לו בהליך הפלילי.<sup>39</sup> אחריות זו

36 DUFF, PUNISHMENT, לעיל ה"ש 32.

37 Stephen R. Galoob, *Retributivism and Criminal Procedure*, 20 NEW CRIM. L. REV. 465, 479, 482 (2017) (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 רעיון מפותח בהרחבה אצל R.A. DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW (2007) (להלן: DUFF, ANSWERING).

39 החשיבות בכך שכתב האישום ישקף את ליבת המעשים הפליליים ולא יהיה רק קונסטרוקציה משפטית מופשטת מוזכרת גם בפסקי הדין של בית המשפט העליון. כך לדוגמה ראו ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97, 106 (1998); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3)

מטרימה את השאלה המשפטית-פוזיטיבית של אשמת הנאשם בפלילי. היא מעוגנת בדרישה אזרחית אשר קיימת, לדוגמה, גם במקרים שבהם הנאשם ימצא זכאי בשל הגנה או פטור החלים עליו. בניגוד לכך, המונח חבות מתייחס למישור המשפטי-פוזיטיבי, שבו בית המשפט בוחן את מידת אחריותו הפלילית של הנאשם למעשיו ועל פי זה קובע את עונשו.<sup>40</sup> לפי הבחנה זו, מכיוון שקבלת האחריות שלה נדרש הנאשם היא אקט מוסרי-חברתי, המבוסס על חובתו לתת דין וחשבון לקהילה על הפגיעה בערכים החברתיים שגרם במעשיו,<sup>41</sup> קשה להצדיק, בגישה גמולית, כי נאשם ידרש לתת דין וחשבון על עבירה שאינה תואמת את מעשיו בפועל רק בשל שיקולים חיצוניים לעבירה ולמידת האשמה, בדמות התנהלות הרשות.<sup>42</sup>

### (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 למדינה, אלא חלק מתכליתו הן להעביר מסרים רחבים לציבור כולו. המשפט הפלילי משקף את הערכים החברתיים המוגנים ומהדהד אותם לציבור הרחב.<sup>43</sup> האישום, כמו גם חומרת העונש, מיועדים להשפיע על התפיסות הנורמטיביות של החברה ולעצבן, ויש להם היבטים חינוכיים<sup>44</sup> ואקספרסיביים רחבים.<sup>45</sup> במקרים שבהם מבקשת החברה להביע גינוי כלפי עבירה, היא עושה זאת בין היתר בקביעת רף ענישה גבוה, ואילו במקרים שבהם העבירה נתפסת כמעשה שאינו כה

550, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד סג (2) 325, פס' 68 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009).

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

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. כן ראו 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. Kramer & Mark R. Reiff John Gardner, *Relations of Responsibility, in* eds., 2011) ראו John Gardner, *Relations of Responsibility, in* CRIME, PUNISHMENT, AND RESPONSIBILITY: 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 שבהם 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 שבהסדרי טיעון וטענו כי יש להגביל את השימוש בהם לעקרונות המשפט הפלילי; שנית, יש להבחין בין הסדר שנחתם בין הנאשם למדינה בטרם הגיע לבית המשפט לבין הליך המתנהל בבית המשפט. המאפיינים של ההליך הפלילי שאותם ציינו רלוונטיים בעיקר להליכים המתנהלים בבית המשפט. ראו ה"ש 18 לעיל.

43 VON HIRSCH, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32–35.

44 ראו למשל Johannes Andenaes, *The General Preventive Effects of Punishment*, 114 U. PA. 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).

חמור, הדבר בא לידי ביטוי בענישה מתונה יותר.<sup>46</sup> 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 מינהלית מקצינה את הקושי, שכן התערבות בסעיף האישום היא בעלת משמעות ציבורית רבה יותר מהקלה בעונש. תאוריית ההפרדה האקוסטית (acoustic separation), כפי שיושמה בידי רובינסון (Robinson),<sup>47</sup> מאפשרת לחלק את ההליך הפלילי לחלק ציבורי, הממוקד בקביעה אובייקטיבית של מעשה העבירה, לבין קביעת האחריות העונשית של הנאשם הסובייקטיבי במקרה הנדון.<sup>48</sup> 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 לפי כללי הכרעה משפטיים, המחייבים את בית המשפט להביא בחשבון שיקולים נוספים הרלוונטיים לנאשם הקונקרטי. לפי חלוקה זו, השלב שבו קובע בית המשפט לפי איזה סעיף אישום יש לסווג את התנהגות הנאשם, משקף את הפריזמה הפלילית-ציבורית שדרכה 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

46 כן לדוגמה ציינה גור-אריה כי בעבירת "פגע-וברח" כמו גם בעבירות של סחר בתמונות אנימציה של קטינים לשם סיפוק מיני, אף שלפי עקרונות דיני העונשין היו צריכות להיות מסווגות כעבירות קלות, אימץ המחוקק רף ענישה מחמיר על מנת להעביר מסר מגנה חריף ולעצב את התפיסות הנורמטיביות הציבוריות. ראו מרים 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 Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984). התאוריה של כהן מבוססת על החלוקה לכללי התנהגות (conduct rules) המכוונים לציבור ולכללי הכרעה (decision rules) המכוונים למשפטנים ולשופטים. בגישה זו, אף שאין קיימת הפרדה מוחלטת בין הציבור לבין אנשי המשפט, שכן החוק והפסיקה נגישים ופתוחים לכל חלקי הציבור, קיימות טכניקות משפטיות שונות שבאמצעותן ניתן וראוי לייצר הפרדה מלאכותית בין התכנים המועברים לציבור לבין התכנים המיועדים לקהילה המשפטית. החלוקה מופיעה לראשונה אצל בנת'האם. ראו JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION 153–155 (2017). על חלוקה זו ראו גם 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 Paul H. Robinson, *A Functional Analysis of Criminal Law*, 88 NW. U. L. REV. 857 (1994); ראו Paul H. Robinson, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, 57 U. CHI. L. REV. 730 (1990). כן ראו Sandra E. Marshall & R.A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS (Paul H. Robinson, Stephen Garvey & Kimberly Kessler Ferzan eds., 2011); Claes Lernestedt, *Victim and Society: Sharing Wrongs, but in Which Roles?*, 8 CRIM. L. & PHIL. 187 (2014).

הגלום בה, לבין חלקו האינדיווידואלי, המכוון לקביעת האחריות העונשית של הנאשם במקרה הקונקרטי.<sup>49</sup>

### (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 שעליו מבסס בית המשפט את הכרעתו הוא מאזן ההסתברויות. בניגוד לכך, במשפט הפלילי הרף הראייתי הנדרש, כאמור, הוא הוכחת האשמה "מעבר לספק סביר". נוסף על זה, שאלת ההרשעה בהליך הפלילי היא שאלה בינארית, המובילה לתוצאה של אשמה או זיכוי, לפי הוכחת יסודות העבירה, ואילו ביתר ההליכים המשפטיים, ככלל, בית המשפט עשוי לאזן את מידת הוודאות עם התוצאה המשפטית שאליה הוא מגיע ואף עם ערכים נוספים, כגון שיקולי יעילות, פיזור הנוק, מתן תמריצים ועוד.<sup>50</sup> הפער ברף הראייתי נובע מתכליתם השונה של ההליכים. מרבית ההליכים המשפטיים נועדו להכריע בסכסוך בין שני צדדים אשר במישור הראוי פיזור סיכון הטעות ביניהם מתחלק שווה בשווה, ואין עדיפות – על פני הדברים (prima facie) – לטובת אחד הצדדים.<sup>51</sup> בעקבות זאת בכל מקרה של מחלוקת, גם כאשר מידת הוודאות היא חלקית, נדרשת הכרעה שתפקידה לפזר את הסיכון מחדש בצורה נכונה. מאזן הסתברויות מאפשר את פיזור הסיכון, בהתאם, גם במקרים של אי־ודאות. בניגוד לכך, ההליך הפלילי אינו הליך של הכרעה בסכסוך אלא הליך של קביעת אשמה וענישה, שבו החברה מרשיעה ומגנה את מי שפגע בערכיה המוגנים. לפיכך פיזור הסיכון לטעות אינו מתחלק שווה בשווה בין הצדדים, ועקרונות היסוד של המשפט הפלילי והחוקתי מחייבים את המערכת הפלילית להעדיף טעות הנוטה לזיכוי של נאשמים על פני הרשעה של חפים מפשע.<sup>52</sup>

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 אופייה הבינארי של שאלת ההרשעה לעומת אופייה הספקטרי של שאלת העונש. חשש זה אינו מנותק מהמציאות הנורמטיבית, שכן יש הסבורים כי ראוי לאזן בין עוצמת הראיות לבין ההרשעה

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

50 לדיון בנושא ראו Samuel Bray, *Not Proven: Introducing a Third Verdict*, 72 U. CHI. L. REV. 1299, 1307 (2005).

51 על עקרון השוויון בהליך האזרחי ראו ALEX STEIN, *FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW* 219 (2005) (בפרק זה מסביר שטיין גם מדוע התוצאה של פסק הדין אינה יחסית לעוצמת הראיות).

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



והענישה,<sup>53</sup> ויש אף הטוענים כי כך פועל בית המשפט בפועל.<sup>54</sup> 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,<sup>55</sup> קובעת כי הרשעה אפשרית רק כשאשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר. לפיכך החדרת עקרונות מינהליים לליבת ההליך הפלילי, אשר אינם מותנים בקידום התכליות של המשפט הפלילי, עשויה לטשטש עיקרון 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 ישקף במישרין את חומרת העבירה ואת הערך החברתי שנפגע בעקבותיה; שלישית, הוא מעורר חשש כי החדרת שיקולים מינהליים המנותקים מעקרון האשמה לשלבי קביעת האשמה והעונש תביא לכרסום ברף ההוכחה בפלילים מעבר לספק סביר.

בשל האתגרים שהוצגו בפרק זה בנוגע 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 תאוריה פלילית. לכן 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.<sup>56</sup>

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 והלגיטימיות שלו; (ג) **סעד מפצה**, אשר תכליתו היא להעניק פיצוי לנאשם בגין הפגיעה בזכויותיו בשל הפגם שנפל בהתנהלות הרשות.

53 STEIN, לעיל ה"ש 51, בעמ' 107. בכתיבה בישראל, המודל מוצג ואף מוצע לאמצו. ראו ניב ואקי **מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי** (2013). לביקורת על הטענה המרכזית בספר ראו דורון מנשה וסיון ביבר "ביקורת ספרות: מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי" **משפטים על אתר** 1 (2018). גישה זו הוזכרה גם בפסקי דין מוקדמים של בית המשפט העליון. ראו את דבריו של השופט אגרנט בע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, פ"ד יב 2063, 2017 (1958) ("במידה 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) 221, 650 (1993).

54 ואקי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 383–493.  
55 פסקי דין רבים מדגישים כי דרישת הספק הסביר, המוזכרת בסעיף 34(א) לחוק העונשין, מעוגנת חוקתית. ראו לדוגמה דנ"פ 3391/95 **בן-ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 377, 465 (1997); ע"פ 2697/14 **חדאד נ' מדינת ישראל**, פס" 12 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו) 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).

נבקש לטעון כי סעדים אלה, אף שהם סעדים מינהליים, מקדמים את תכליות המשפט הפלילי ועל כן ראוי להעניקם, בתנאים שעליהם נעמוד בהמשך, במסגרת ההליך הפלילי. הקלסיפיקציה המוצעת מבקשת להגדיר את תכליות הסעד מבחינה אנליטית ומציגה את התאוריה הפלילית-עונשית המצדיקה את מתן הסעד המינהלי במסגרת ההליך הפלילי כמו גם את האתגרים התאורטיים והנורמטיביים שהוא מעורר.<sup>57</sup> נוסף על ההצדקה הפלילית למתן הסעד, נעמוד אף על הביטוי הקונקרטי של הסעד המוענק (עוצמתו ומיקומו בהליך), אשר אף הוא צריך להלוו 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 האפיסטמי. סעד זה ממוקד במישור הראייתי ונועד לספק לבית המשפט ודאות בתשתית העובדתית שהתביעה מציגה לפניו. אחת התכליות העיקריות של ההליך הפלילי, אם לא החשובה שבהן, היא חשיפת האמת העובדתית.<sup>58</sup> בשונה מתחומי משפט אחרים, בהליך הפלילי נדרשת הוכחה של אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.<sup>59</sup> הסיבה לכך היא החשש מפני הרשעות שווא, וההנחה כי בשל הפגיעה הקשה בזכויות אדם הכרוכה בהליך הפלילי – עדיפה טעות מובילה לזיכוי נאשם (false negative) מטעות אשר מובילה להרשעתו של חף מפשע (false positive).<sup>60</sup> הרתיעה מפני הרשעות שווא מובילה לזהירות רבה בכל מקרה שבו נופל פגם בהתנהלותן של רשויות המדינה אשר יכול להשפיע על טיב הראיות ולפגום באמינותן, ובכך להוביל להרשעת חפים מפשע.<sup>61</sup> לוודאות

57 בדומה לתאוריות משפטיות רבות, ייתכן שבפועל בתי המשפט מעניקים סעד המבוסס על כמה תכליות ושיקולים בעת ובעונה אחת. אולם מלבד הערך התאורטי-נורמטיבי בקלסיפיקציה המוצעת היא גם עשויה לסייע לבית המשפט בהפעלת שיקול הדעת בהענקת הסעד המינהלי.

58 ראו אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 13 (1996); שקד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 141 והספרות הנזכרת שם; ע"פ 951/80 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, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 354 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 23.12.2015); ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פס' 4-5 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 11.11.2012); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 29.12.2015).

59 ס' 34(א) לחוק העונשין.  
60 ראו בכלליות Daniel Epps, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, 128 HARV. L. REV. 1065 (2015).

61 ע"פ 115/82 מוערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 222-224 (1984); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (נבו 4.5.2006) ("לפני שניגשים לבחון את השאלה הנכבדה העומדת על הפרק – אימוץ דוקטרינה בדבר פסלות ראיות שהושגו שלא כדין – יש לבחון את הערכים אותם 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"). כן ראו שם, פס' 43 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ("אין מחלוקת כי ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי הינו קביעת חפות או אשמה [...] זיכוי מוטעה ובוודאי הרשעת-שווא

האפיסטמית בהטלת האשם יש חשיבות מיוחדת בגישה גמולית המדגישה את החשיבות בהתאמת העונש המדויק המגיע לנאשם למידת האחריות הפלילית המשתקפת בפועל ממעשיו לפי התשתית העובדתית שהוכחה בפני בית המשפט.<sup>62</sup> על רקע זאת הסעד האפיסטמי – אשר ניתן במקום שבו נפלו כשלים בטיפול של הרשות בראיות המפלילות – משתלב היטב עם תכליות המשפט הפלילי. לרשויות החקירה והתביעה תפקיד מרכזי ועיקרי באיסוף הראיות, בטיפול בהן, בבחינתן ובהצגתן לבית המשפט. הסעד האפיסטמי נועד למקרים שבהם בית המשפט סבור כי נפלו כשלים חמורים בקשר לאיסוף, לטיפול ולהצגת הראיות אשר יש בכוחם להשפיע על מהימנותן ועל היכולת של בית המשפט לבסס עליהן הרשעה מעבר לספק סביר.<sup>63</sup>

לפי תכליתו של סעד זה הוא תחום למישור הראייתי. במקרים שבהם עוצמת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות היא במידה העשויה לפגוע ביכולתו של בית המשפט להעריך נכונה את הראיות המוצגות לפניו, בית המשפט עשוי לפסול את תוצאות המעשה המינהלי. משמעות הדבר היא כי בית המשפט הדין בהליך הפלילי לא ישקול כלל את הראיה ולא יבחן אותה לגופה. עם זאת אם בית המשפט לא ישתכנע כי יש מקום להעניק את הסעד האפיסטמי, לא יינתן לנאשם בהליך הפלילי כל סעד נוסף במישור זה, והראיות תיבחנה לגופן לפי דיני הראיות. הסעד האפיסטמי ניתן במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. אולם חרף האמור הצדקתו של הסעד האפיסטמי נעוצה ברציונליים שהם אינטגרליים להליך הפלילי. זאת ועוד, אף יישומו הקונקרטי של סעד זה מוצדק לפי תכליות

פוגעים בעשיית הצדק הן מבחינה מהותית והן על-פי מראית הדברים, ועשויים לערער את אמון הציבור בכוחה של הרשות השופטת בעשיית דין צדק ולכלל". אף שבפסקי דין מאוחרים יותר, ובייחוד 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 ואוטונומיית הרצון, אין חולק על כך שבבסיס הסעיף הממוקם בפקודת הראיות, ניצבת התכלית של מניעת הרשעות שווא. גם בעניין **יששכרוב** (שם), שבו בית המשפט הדגיש את תכלית הסעיף בשמירה על טוהר ההליך, הודגש בפסק הדין כי אין בכך כדי לגרוע מתכלית זו (שם, פס' 32). לפיכך קבע בית המשפט כי המבחן המרכזי לפסילת ראיות בשל פגמים בחקירה אינו תלוי בשאלה מה חומרת הפגמים שנפלו בחקירה אלא בשאלה אם נשללה יכולתו של הנאשם להציג ראיות שיסתרו את ראיות התביעה ויוכיחו את חפותו. ראו לדוגמה ע"פ 7255/14 **אנטקלי נ' מדינת ישראל**, פס' 4 (נבו 11.4.2016).

62 Galoob, לעיל ה"ש 37, בעמ' 482 (א) "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)".

63 ראו למשל מ"ח 1632/16 **שלום נ' מדינת ישראל**, פס' 90–91 להחלטה (נבו 7.9.2017) ("על פרקליטות המדינה, כגוף מנהלי האמון על שמירת החומרים, לבחון מחדש את אופן שמירת חומרי החקירה ולוודא כי הראיות והמצאים שמורים באופן המאפשר מציאתם במקרה הצורך במאמץ וזמן סבירים – שהרי אם הם בלתי מושגים אין כל סיבה לשמור אותם"); בש"פ 4073/17 **אדא נ' מדינת ישראל**, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 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").

ההליך הפלילי, שכן כשקיים קושי אפיסטמי בית המשפט עשוי לפסול את הראיה אף אם הדבר יוביל לזיכוי הנאשם.

חרף הדמיון, ואף ההשקה, בין הסעד האפיסטמי לבין הפעלת שיקול דעת שיפוטי סטנדרטי במסגרת דיני הראיות קיים הבדל עקרוני בין השניים. הסעד האפיסטמי הוא 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 אם הרשות פעלה באופן סביר על מנת להגיע לחקר האמת בהליכים של איסוף הראיות, שמירתן והצגתן לפני בית המשפט. במובן זה, הסעד האפיסטמי ממוקד בהתנהלות הרשות המינהלית ולא בבחינת הראיות לגופן, בשונה ממקרה שבו בית המשפט מחליט לפסול ראיה או לתת לה משקל קטן על בסיס דיני הראיות לאחר שבחן אותה לגופה. הבחנה זו מייצרת הבנה נוספת. במישור המעשי הסעד האפיסטמי בוחן את פעולת הרשות המינהלית לפי הסטנדרטים הראויים המחייבים אותה. אם הרשות לא עמדה בסטנדרטים אלו, לא ימשיך בית המשפט בבחינת הראיה לגופה אף שיתכן שיש לה משקל ראייתי.<sup>64</sup> כך לדוגמה במקרה שבו קיימות הנחיות פעולה מפורשות לרשויות החקירה הקובעות סטנדרטים לביצוע בדיקות במכשור פורנזי, והרשויות לא פעלו לפי סטנדרטים אלו, בית המשפט עשוי לפסול את תוצאות הבדיקה הפורנזית קטגוריאליית בלא לבחון את ערכי הבדיקה לגופם.<sup>65</sup> במילים אחרות, הסעד האפיסטמי ינתן במקום שבו הליך איסוף הראיות, שמירתן או הטיפול בהן היה עלול לפגוע במהימנותן, כלומר יש לבחון אם התנהלות הרשות יצרה סיכון לפגיעה במהימנות הראייתית, בשונה מבחינת הפגיעה הראייתית בפועל.

ניתן לדמות את הסעד האפיסטמי למערכת מדידה מדעית. השלב הראשון במדידה מחייב את כיול מערכות המדידה. מדידה ללא כיול מערכות המדידה מראש, אף שהיא עשויה להניב ערכים אמפיריים, ממצאיה יהיו חסרי כל ערך מדעי ולא יהיה אפשר לבסס

64 זאת בניגוד להלכת **יששכרוב** (לעיל ה"ש 61), שבה נקבע כי על אף שבמקום בו בית המשפט מפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עדיין יתכן כי הראיה לא תפסל קטגוריאליית ובהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית בית המשפט יביא לידי ביטוי את הפגם במשקל שנתן 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 שבהם 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**, פס' 72 (נבו 15.5.2012). ("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 לבירור האמת!"); ת"פ (שלום חד') 2414/04 **משטרת ישראל נ' זחאלקה** (נבו 24.8.2006). ("חקירת האירוע היתה שלומיאלית ולא נעשו הרבה פעולות הכרחיות שכל חוקר סביר היה עושה את אותן פעולות"); ת"פ (שלום אש') 25295-02-19 **מדינת ישראל נ' מולה**, פס' 41 (נבו 5.11.2020). ("לא ניתן לקבל את תשובות החוקר בעדותו בפניי כתשובות מניחות את הדעת להתנהלותו של חוקר סביר שתפקידו לברר את האמת"). בפסיקת בית המשפט העליון יש מקרים שונים שבהם בית המשפט קובע סטנדרט שלפיו רשויות החקירה והתביעה אמורות לפעול במסגרת הליכי החקירה, ואף בכך יש היבט מינהלי. ראו למשל ע"פ 5019/09 **חליווה נ' מדינת ישראל**, פס' 46 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו 20.8.2013).

עליהם כל מסקנה בהיעדר הכיול הראשוני של מכשיר המדידה. תוצאות שיופקו ממערכת מדידה כזו, בהיעדר אשרור מערכת המדידה (ולידציה), הן מוגבלות וחסרות במובן האפיסטמי. בדומה לזה, הסטנדרטים המחייבים את הרשות בטיפול בתשתית הראייתית (איסוף הראיות ושמירתן) בהליך הפלילי מקבילים לכיול 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 טיב הסטנדרטים שלפיהם פועלת הרשות יצדיק מתן אמון בתוצאות מעשי הרשות. כשם שקבלת תוצאה מביצוע מדידה במכשיר שלא עבר כיול, אף שהיא מניבה ערכים אמפיריים, היא פגומה אפיסטמית, כך גם ראייה 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, והסטנדרטים המינהליים 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 **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 ועל הלגיטימיות שלו.<sup>66</sup> סעד זה ניתן במקרים שבהם בית המשפט סבור שנוכח התנהלות הרשות מתערערת הלגיטימיות בקיום ההליך הפלילי, בלא תלות בשאלה אם קיימת סבירות כי ניהול ההליך יוביל להוכחת אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.

<sup>66</sup> קיימת אפשרות נוספת, ולפיה 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) שהיא תבקש להימנע ממנה. ראו Sonja B. Starr, *Sentence Reduction as a Remedy for Prosecutorial Misconduct*, 97 GEO. L.J. 1509, (2009) 1532. לדעתנו, הסעד 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, אך לא ברור מדוע האינטרס האחרון גובר על הראשון (ראו I.H. Dennis, *Reconstructing the Law of Criminal Evidence*, 42 (1989) CURRENT LEGAL PROB. 21); שלישית, אפשרות זו נדחתה בפסיקה הישראלית (ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פס' 65 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש), וכך גם בשיטות נוספות (למשל בניו זילנד ראו NZLR 750 (N.Z.), [2009] 2 NZSC 41, [2009] R. v. Williams, שבו נאמר כי לא ברור מדוע יש להרתיע את הרשות דווקא באמצעות ההליך הפלילי ולא באמצעות כלי ביקורת אחרים).

שמירה על לגיטימיות ההליך הפלילי היא עקרון יסודי, והיא מזוהה לא אחת עם הזכות החוקתית להליך הוגן בהליך הפלילי.<sup>67</sup> קיים קשר מורכב בין הגינות ולגיטימיות לבין אמיתות ההרשעה. לעיתים פגיעה בהגינות ההליך עשויה לערער אף את אמיתות ההרשעה.<sup>68</sup> אולם לדעתנו, ניתן וראוי להבחין בין מתן סעד לצורך שמירה על אמיתות ההרשעה לבין הצורך בשמירה על הגינות ההליך והלגיטימיות שלו. בניגוד לסעד האפיסטמי, סעד מעניק-לגיטימציה מוענק בנפרד מהשאלה אם התנהלות הרשות פגעה באיכות הראיות ועשויה להשפיע על גילוי האמת. לעיתים, אף שזכויות הנאשם לא נפגעו במישור הראייתי, התנהלות הרשות מחייבת לתת סעד שתכליתו לשמור על טוהר ההליך, על הגינותו ועל הלגיטימציה בקיומו. אף שהרשעה אינה יכולה לעמוד במקרה שבו התעורר ספק סביר באשמת הנאשם, ההפך אינו בהכרח נכון: יש קושי להרשיע גם במקרים שבהם אין ספק באשמת הנאשם אך עדיין קיימת פגיעה בתחושת ההגינות והלגיטימיות של ההליך בשל פגמים שנפלו בהתנהלות הרשות.<sup>69</sup> יש שלוש סיבות עיקריות המצדיקות מתן סעד כדי לשמור על לגיטימיות ההליך הפלילי.

**ראשית,** בהליך הפלילי ניתנת למדינה לגיטימציה להשתמש בכוח רב נגד אזרחיה. הרשאה זו – שמקורה באזרחי המדינה עצמם – מותנית בכך שהמדינה תפעל אך ורק במסגרת הסמכויות שהעניקו לה האזרחים, המוגדרות בחוק, וחריגה מהן שוללת את הלגיטימציה שהוענקה לה לשימוש בכוח ולקיום ההליך הפלילי.<sup>70</sup> התאוריות הפוליטיות

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

68 אף היו שסברו 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 הלורדים בעניין R. v. Forbes, [2000] UKHL 66, para. 24 (Eng.), כי: "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 האנגליים נוטים להבחין בין שני המושגים ולקבוע כי פגיעה בהגינות ההליך אינה מחייבת כי ההרשעה אינה מבוססת מבחינה ראייתית. ראו Dennis, שם, בעמ' 213 (המכנה גישה מרכזית בפסיקה אנגלית כגישה קונטיננטלית הדורשת סיבתיים בין הפגם בהתנהלות הרשות לבין הקביעה כי ההרשעה אינה מבוססת: "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 & Rowe, [2001] EWCA (Crim), לעיל ה"ש 1, בעמ' 386. ("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 'vitiating by serious unfairness or significant legal misdirection'. כן 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 CURRENT LEGAL PROB 55 (1987). כן ראו זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט 48, 42 (2003) (המדגישים את חשיבותה של הביקורת המינהלית על התביעה כחלק מאמון הציבור בתביעה ובשיקוליה. זהו רובד נוסף בלגיטימיות של ההליך). על היחס בין שאלת הלגיטימיות של ההליך לשאלת

של הוגי הנאורות, ובמיוחד של הובס ובקריה, מסבירות כי הוויתור של האזרחים על זכותם להשתמש בכוח לטובת הריבון כרוך בסכנה מתמדת שכוח זה ינוצל בצורה לא הולמת נגד האזרחים עצמם. ההקפדה על כללי ההליך ומתן סעד לנאשם במקרה שבו הופרו זכויותיו מצד הרשות, נועדה לרסן את הכוח שניתן לריבון ולמנוע מקרים אלה.<sup>71</sup>

**שנית**, המשפט הפלילי נושק לסוגיות ערכיות ומוסריות שאפשר שחלקן נתונות במחלוקת חברתית. מעצם טבעו של ההליך הפלילי קיים חשש מתמיד כי ייעשה בו שימוש לא ראוי לאכיפת ערכי הרוב בכל מחיר אגב אי-הקפדה על חירויות הפרט. כללי המשפט הפלילי נועדו להבטיח כי אף בסוגיות ערכיות השימוש בהליך הפלילי ייעשה רק לפי הדין, והריבון לא ישתמש בהליך הפלילי לרעה מתוך תפיסה שהמטרה מקדשת את האמצעים.<sup>72</sup>

**שלישית**, בשל ההיבט הציבורי המרכזי של המשפט הפלילי, הרשעה חייבת לא רק להיות נכונה עובדתית, אלא גם לבטא סמכות מוסרית לגיטימית ולשקף את עקרון שלטון החוק.<sup>73</sup> תנאי מקדים להטלת אחריות פלילית, ולפיכך לניהול משפט פלילי, הוא שהקהילה הפוליטית, שאותה מייצגות רשויות החקירה והתביעה, תהיה בעלת סמכות (authority) ומעמד נורמטיבי (standing) לקרוא לנאשם להשיב על אשמתו.<sup>74</sup> 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 המשפט. בית המשפט אחראי ליושרת ההליך הפלילי וללגיטימיות שלו, ואם נפל פגם חמור בהתנהלות הרשויות, הדבר עשוי להשליך גם על הלגיטימיות של קיום ההליך המשפטי עצמו.<sup>75</sup> הפרה של שלטון החוק מצד הרשות, לאחר שזו שימשה חוליה בדרך לקביעת האשמה, עלולה לפגוע בערכה הנורמטיבי של ההרשעה ולהחליש את סמכותה המוסרית.<sup>76</sup> לפיכך ניתן לראות בהענקת סעד במקרה של הפרת החוק מצד הרשות חלק משמירה על עקרון שלטון החוק בבית המשפט.<sup>77</sup>

- הנראות של הצדק ראו Daniel Shaviro, *Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice*, 103 HARV. L. REV. 530 (1989).
- 71 ראו CESARE BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS ch. 2 (2016); THOMAS HOBBS, LEVIATHAN ch. 22 (2016).
- 72 ראו למשל Ronald Dworkin, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, 75 YALE L.J. 986 (1966).
- 73 Dennis, לעיל ה"ש 21, בעמ' 235–236.
- 74 DUFF, PUNISHMENT, לעיל ה"ש 32, בעמ' 188. לדיון וביקורת על שיטתו של דאף בעניין זה ראו Jonathan Rogers, *The Boundaries of Abuse of Process in Criminal Trials*, 61 CURRENT LEGAL PROB. 289, 294 (2008).
- 75 שם, בעמ' 296. ראו גם 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 Dennis, לעיל ה"ש 21.
- 77 הפסיקה האנגלית עמדה על הצורך בהפעלת הגנה מן הצדק (Abuse of Process) גם כשאינן סכנה להרשעת שווא בשל הצורך לשמור על שלטון החוק (בהקשר של הליך הסגרה). ראו R. v. Horseferry.



נוסף על זה, כשגינאי הנאשם על הפרת החוק כרוך בעצמו בהפרת החוק, ניטלת הלגיטימיות לאקט הגינאי גופו.<sup>78</sup> בדומה לכך שאדם שביצע עבירה עם אחר איבד את זכות העמידה המוסרית שלו להוכיח את חברו על עבירות שהוא ביצע עימו במשותף, וכך כשזכויותיו של הנאשם נפגעו פגיעה של ממש 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 כשנפל פגם בהתנהלות הרשות ומעביר לרשות ולקהילה כולה מסר כי לבית המשפט אין חלק בפגיעה בזכויות הנאשם ופועל לתקן.<sup>79</sup>

על פי האמור, מתן סעד מעניק-לגיטימציה נקבע על בסיס השאלה אם התנהלות הרשות פגעה בלגיטימיות של ההליך הפלילי ואם ניתן לרפא פגם זה. אם הפגם שנפל בהתנהלות הרשות פגע בטוהר ההליך הפלילי, הדבר עשוי להצדיק פסילה של תוצאות המעשה המינהלי, כולו או חלקו, ואף להוביל לביטול ההליך כולו. לדוגמה, בית המשפט עשוי לפסול ראייה שנגבתה בניגוד לדין 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.<sup>80</sup> כשמדובר בפגם חמור, הסעד

Road Magistrates' Court; Ex parte Bennett, [1993] 3 All ER 138, at 62–63 (Eng.)  
 המשפט כי: "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" (ההדגשות הוספו). בית המשפט עמד על הזיקה בין הלגיטימיות של ההליך הפלילי לעקרון שלטון החוק בהקשר של הגנה מן הצדק ראו ("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 R.A. Duff, "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me": Extoppel and Other Bars to Trial, Ohio St. J. Crim. L. 245, 250–251 (2003) כן ראו ANTONY DUFF ET AL., THE TRIAL ON TRIAL vol 3 – Towards a Normative Theory of the Criminal Trial (2007)

79 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). ראו גם Kent Roach, *The Evolving Test for Stays of Proceedings*, 40 CRIM. 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, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (נבו 4.6.2020). יש לציין כי קיימים חוקים נוספים אשר פוסלים ראיות בשל אי-החוקיות בהשגתן. כך לדוגמה ראו ס' 13

שיינתן עשוי להוביל לביטול ההליך כולו, אולם במקרה חמור פחות יינתן סעד מתון יותר בדמות ביטול חלק מסעיפי האישום שהיו כרוכים בפגיעה בזכויותיו של הנאשם מצד הרשות, כדי לנסות להשיב להליך את הלגיטימיות שנפגעה.<sup>81</sup> עם זאת כשביטול 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 הוא סעד מינהלי במונח שהוא ניתן במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. אולם הצדקתו של סעד זה נעוצה ברציונלים אינטרגליים להליך הפלילי. זאת ועוד, אף יישומו הקונקרטי של סעד זה מוצדק לפי תכליות ההליך הפלילי, שכן בהיעדר לגיטימציה לקיום ההליך בית המשפט רשאי לבטל את ההליך אף אם הדבר יוביל לזיכוי הנאשם. נבהיר כי לעמדתנו לא ניתן לרפא חוסר לגיטימיות שנפל בהליך פלילי באמצעות הקלה בעונש או המרת סעיף אישום, שכן סעדים אלו אינם קשורים במישרין במידת הלגיטימיות של ההליך, והענקתם מעוררת את הקשיים התאורטיים שהוצגו באשר 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 בשל התנהלות לא תקינה של הרשות.<sup>82</sup> 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 את הנאשם אישית על פגמים שנפלו בהתנהלות הרשות במהלך הליכי החקירה או התביעה, גם אם פגם זה אינו בעל משמעות אפיסטמית-ראייתית ואף לא פגע בלגיטימיות של ההליך הפלילי.<sup>83</sup> לדוגמה, אם הוגש כתב אישום בשיהוי ניכר בשל פגמים

לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 (אשר קובע כי ראייה שהושגה אגב הפרת החוק תהיה פסולה); ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (אשר קובע כי ראייה שהושגה אגב 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. לדוגמה, עוד בעניין **ארצי** (לעיל ה"ש 61, בעמ' 232) נקבע כי יש מקרים שבהם אף שאין חשש לטיב הראייה יש לפסול אותה, שכן "שומה על אנשי המשטרה ושומה על בתי המשפט לשמור ולהשמר מתופעות הידועות לנו לשימחה ממשטרים טוטליטריים, שבדרכיהם לא נלך". ראו גם ע"פ 183/78 **אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 546, 533 (1980).

81 ראו Ashworth & Redmayne, לעיל ה"ש 1, בעמ' 273, הטוענים כי ניתן להסביר את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, במקרים רבים, על בסיס תרופתי, של השבת המצב לקדמותו. הדבר תלוי גם בשאלה אם ניתן לפגוע בלגיטימיות חלקית 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 N.P. Adams, *Institutional Legitimacy*, 26 J. POL. PHIL. 84, (2013); Frank I. Michelman, *Legitimacy and Autonomy: Values of the Speaking States*, 101 (2018); Tom R. Tyler, *Procedural Justice*, 79 BROOK. L. REV. 985, 991-995 (2013); *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 ס' 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

בהתנהלות הרשות, ואשר פגע בזכויות הנאשם – בית המשפט עשוי לסבור כי ראוי להעניק לו סעד מפצה.<sup>84</sup> סעד מפצה יכול לבוא לידי ביטוי בהקלה בעונש, אפשרות המוכרת בשיטות שונות כדוגמת ישראל,<sup>85</sup> אנגליה,<sup>86</sup> קנדה<sup>87</sup> וניו זילנד,<sup>88</sup> ויש הסבורים כי הוא יכול להביא אף להמרת סעיף האישום לסעיף מקל יותר.<sup>89</sup> ניתן להציע שלוש הצדקות נורמטיביות למתן סעד מפצה במסגרת ההליך הפלילי.

**ראשית**, סעד מפצה יכול להשתלב בדיאלוג העונשי בין המדינה לנאשם. כאמור, גישות קומוניקטיביות טוענות כי על ההליך הפלילי להתמקד בדיאלוג הדדי בין החברה לנאשם.<sup>90</sup> גישה זו רואה בהליך הפלילי, על כל חלקיו – כתב האישום, טיעוני הצדדים ובמיוחד העונש המוטל על הנאשם בסופו – מדיום להידברות ממוקדת במעשה העבירה בין שני צדדים אשר צריכים לתת במסגרתו דין וחשבון זה לזה. התאוריה הקומוניקטיבית של הענישה התפתחה, בין היתר, בעקבות עליית ערכו של הסובייקט בחברה הליברלית והחובה להתייחס אליו כפועל מוסרי ורציונלי, החבר בקהילה האזרחית, אשר יכול ואף חייב לתת דין וחשבון על בחירותיו ומעשיו ולהשיב עליהם באופן מוסרי.<sup>91</sup> בגישה זו, כאמור, במסגרת ההליך

פגמים מינהליים מוכרת במשפט המינהלי בהקשרים שונים. ראו בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון**, פ"ד כה(2) 449 (1974); בג"ץ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85, 96 (1982). כן ראו דפנה ברק-ארוז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35 (1994); דפנה ברק-ארוז "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 271 (2015). לדיון באפשרות דומה בהליך הפלילי ראו Andrew Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, 3 CRIM. L. REV. 723 (1977); Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 279, 283–285 (1996).

- 84 ראו למשל ע"פ 4434/10 **יחזקאל נ' מדינת ישראל** (נבו 8.3.2011).
- 85 כך למשל, מתוך רבים ראו עניין **ולס**, לעיל ה"ש 17, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר; ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (נבו 20.7.2009).
- כן ראו הדיון בתת-פרק ד.2 להלן והספרות והפסיקה הנזכרת שם.
- 86 ראו למשל R. v. Asfaw, [2006] EWCA (Crim) 707 [28] (Eng.); A-G's Reference (No 2 of 1990), [1992] 2011, [2003] UKHL 68, [2004] 2 AC 72 [3] (Eng.); A-G's Reference (No 1 of 1990), [1992] QB 630, [1992] 3 All ER 169 (Eng.).
- 87 ראו למשל R. v. Nasogaluak, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 (Can.); Marie-Eve Sylvestre, *The (Re)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 Sentencing Act 2002, s 9(2)(fb) (N.Z.) ("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 בהרחבה בפרק ב להלן.
- 90 R.A. Duff & S. E. Marshall, *Civic Punishment*, in DEMOCRATIC THEORY AND MASS INCARCERATION 33, 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 ראו R.A. DUFF, TRIAL AND PUNISHMENTS 88 (1986); H.L.A HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (1963) כן ראו John Gardner, *The Mark of Responsibility*, 23 OXFORD J. LEGAL

הפלילי בית המשפט מנהל עם הנאשם דיאלוג מוסרי, הממוקד בעבירה, ופונה לנאשם להכיר בפגיעה שגרם לנפגע, לקבל על עצמו אחריות לה ולהפנים את הערך החברתי המוגן שנפגע. דר' שיח זה שואף להיות הדדי ורספונסיבי; דיאלוג ולא מונולוג; מהלך של יחסי גומלין ולא תהליך חד-צדדי שהנאשם ממלא בו תפקיד סביל, כאובייקט פסיבי אשר נכפה עליו המסר העונשי המגנה. בית המשפט צריך להיות קשוב ורגיש לתהליך המוסרי-פנימי שאותו חווה הנאשם, כנמען ההליך, ולשקף לו כי הוא יכול ומסוגל להבין רציונלית ומוסרית את המסרים שמעבירה לו הקהילה.<sup>92</sup> 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, להכרה, ולעיתים אף לתגובה ממשית; בית המשפט איננו אדיש להפרת זכויות הנאשם ולחוויית חוסר הצדק שלעיתים נלווית לה.<sup>93</sup> בגישה זו, על כך שהפגיעה בנאשם אירעה לאחר ביצוע העבירה, קיים ערך בכך שבית המשפט מגלה רגישות לפגיעה בזכויותיו של הנאשם ומגיב לה.<sup>94</sup> האמצעי להכיר בפגיעה בנאשם, הגלומה בסעד המפצה, בהתאמה, היא באמצעות דרכי התקשורת העיקריות שהמשפט הפלילי מציע – האישום, ההרשעה, והעונש – ועיצובם לפי מידת הפגיעה הפרטנית בנאשם. בשל כך, לפי גישה זו, לא ניתן להסתפק בפיצוי הנאשם באמצעות הליכים חלופיים כגון פיצוי כספי אזרחי.

STUD. 157, 192 (2003); John Gardner, *Introduction*, in H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 24 (2nd ed. 2008). דאף וגרדנר סבורים כי המודל של הארט להצדקת ההליך הפלילי, שהיה מקובל שנים רבות, ושלפיו 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 רציונלים המכבדים את הנאשם עצמו ורואים בו סובייקט. הארט סבר כי יש "לחלן" 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)

92 העמדה הגמולית-רספונסיבית פותחה בכתיבתה של מסלן בנוגע למושג החרטה וההכרה בו בגישה גמולית. ראו HANNAH MASLEN, REMORSE, PENAL THEORY AND SENTENCING 102, 145 (2015).

93 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, שבו הנאשם מגיב לרשויות על כך שהם ראו במעשה שעשה מעשה "עבירה", אולם ניתן לראות בפיצוי גם מכשיר אינסטרומנטלי הכרחי לצורך פתיחותו של הנאשם לשמוע את המסר המגנה. כיוון שגינתי חייב להיות מבוסס על הדדיות ועל שוויון בין המגנה למגונה, רק כאשר הצד המגנה מוכן לקבל את הביקורת של המגונה מפנים המגנה את 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)

**שנית**, ניתן להצדיק סעד מפצה כמקדם שיקולים של גמול סובייקטיבי.<sup>95</sup> לפי גישה זו, סעד מפצה מבקש לתת מקום לסבל או להכבדה שחווה הנאשם במסגרת ההליך הפלילי בשל פגיעה לא מוצדקת בזכויותיו מצד רשויות החקירה (למשל, במקרה שבו נעצר שלא כדין או הופעלה כלפיו אלימות) או התביעה (למשל, שיהוי כבד ולא מוצדק בהגשת כתב האישום).<sup>96</sup> בגישה זו התנהלות לא מוצדקת של הרשות שגרמה לנאשם סבל לא מוצדק משתלבת בשאלת העונש המידתי שיש להשית עליו, שכן יש לשמור שמידת הסבל המושגת על הנאשם במסגרת ההליך לא תשקף אשם מוסרי רב מזה שראוי לייחס לו.<sup>97</sup>

**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 ישירות לתובענה המתבררת בא בהכרח על חשבון הצד השני.<sup>98</sup> 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).<sup>99</sup> בשל מאפייני הוליסטי זה של ההליך הפלילי, יש הטוענים כי במסגרת ההליך הפלילי יש צורך בעשיית צדק רחבה המביאה לידי ביטוי גם שיקולי מדיניות וצדק כלליים,<sup>100</sup> ועל כן יש לאזן את עקרון הגמול עם היבטים שליליים נוספים שההליך הפלילי יוצר.<sup>101</sup> לפי גישה זו, כך ניתן להציע, יש להביא בחשבון את הפגיעה בנאשם כדי לתקן את חוסר הצדק שנגרם לו מצד הרשות כבר

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

96 עמדה זו מוכרת במשפט הקנדי. ראו למשל עניין *Glykis*, לעיל ה"ש 31 (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* 51 *CRIM. L.Q.* 199, 200 (2005). הנושא מעורר שאלה נפרדת ומורכבת, החורגת ממטרות המאמר: האם יש צורך שהסבל שיחווה הנאשם יוטל עליו בכוונה להענישו על ידי המדינה. על כך ראו Alon Harel, גם Adam J. Kolber, *Unintentional Punishment*, 18 *LEGAL THEORY* 1 (2012) *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 *LEGAL THEORY* 113 (2008).

98 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 *B.U. L. 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*, 2003 *UTAH L. REV.* 205, 270–282; Guyora Binder, *Punishment Theory: Moral or Political?*, 5 *BUFF. CRIM. L. REV.* 321 (2002); Samuel Scheffler, *Justice and Desert in Liberal Theory*, 88 *CAL. L. REV.* 965, 984 (2000).

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

במסגרת ההליך הפלילי עצמו ולפצות אותו.<sup>102</sup> נמצא שסעד מפצה הוא סעד מינהלי כמובן שהוא ניתן לנאשם במסגרת הביקורת של בית המשפט על רשויות החקירה והתביעה. חרף האמור הצדקתו של הסעד המפצה נעוצה ברציונלים אינטרגליים להליך הפלילי. זאת ועוד, בניגוד לשני הסעדים הקודמים, שבהם לא ניתן להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם אלא רק לבטל את ההליך הפלילי, סעד מפצה עשוי להצדיק אף הקלה בעונשו של הנאשם, על בסיס רציונלים פליליים. בהמשך המאמר נדון בגבולותיו של סעד זה.

### סיכום ביניים: הצדקות לסעד המינהלי ומיקומו הגאומטרי בהליך הפלילי

לסיכום ביניים, בחלק זה ביקשנו להציג שלוש קטגוריות של סעדים מינהליים אשר ההצדקות להן מבוססות על תכליות המשפט הפלילי. סעדים אלה תואמים את הגישה האורגנית של הסעד המינהלי, שלפיה 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 הגאומטרי שבו הוא מוענק לאורך ההליך: ככל שהסעד חודר עמוק יותר 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 הגאומטרי של הענקת הסעד המינהלי בהליך הפלילי יהלום את עקרונות המשפט הפלילי. כמובן זה, לדעתנו לא ניתן להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם הניתנת כסעד אפיסטמי או כסעד מעניק־לגיטימציה בשל הפגיעה בעקרונות המשפט הפלילי, אף שיתכן שתוצאה זו תיתכן על פי עקרונות המשפט המינהלי 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 לפי עקרון ההלימה.

טרם שנציע מתווה אשר לדעתנו מבטיח שימוש ראוי בכל אחד מסוגי הסעדים שהוצגו, נבקש להראות כי בדין הפוזיטיבי התפתחו לאורך השנים שתי מגמות מקבילות הנוגעות למתן הסעד המינהלי בפלילים ולמיקומו הגאומטרי 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 ושנועדה להגן על טוהר ההליך הפלילי והגינותו, התרחבה לביקורת מינהלית העומדת בפני עצמה ומאפשרת לבית המשפט לבקר את רשויות החקירה והתביעה בלא קשר לתכליות ההליך הפלילי עם צמיחתה של דוקטרינת "הביקורת המינהלית בפלילים"; שנית, עם השנים המיקום הגאומטרי 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

102 על ההיבט המתקן בשימוש בענישה בהקשר של פגמים בהתנהלות התביעה ראו Zannah Johnston, *Remedies for Breach of the Right to be Tried Without Undue Delay: To Stay or Not to Stay?* 78 (M.A. dissertation, University of Toronto, 2009), available at <https://bit.ly/3INxBYA>.

אלה מטשטשות את קו הגבול שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי ומעוררות את האתגרים התאורטיים שעליהם עמדנו בראשית המאמר. כפי שנציג בהמשך, אף הפסיקה ערה לקשיים העלולים להתעורר בעקבות התרחבותה האמורה של הביקורת המינהלית בפלילים, ולאחרונה אף נשמעת ביקורת ישירה ונוקבת על מגמה זו ששיאה בביטול דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים בעניין רותם.<sup>103</sup> בסיום הצגת פרק זה נבקש להציע מתווה אשר מאפשר לבית המשפט להעניק סעד מינהלי בהליך הפלילי תוך כדי התמודדות עם האתגרים המתעוררים בעקבות המפגש שבין המשפט הפלילי למינהלי.

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

##### 1. שלב ראשון: שמירה על טוהר ההליך הפלילי ועל הגינותו

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

103 עניין רותם, לעיל ה"ש 11.

104 עניין יפת, לעיל ה"ש 10, פס' 169 ו-171 בהתאמה. נציין כי גם בעניין בורוביץ (לעיל ה"ש 11), שבו הרחיב בית המשפט את השימוש בדוקטרינה גם למקרים שבהם אף שלא הייתה כוונה לרדיפה אישית נגרמה פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות המשפטית, הדגיש בית המשפט כי תכלית הדוקטרינה נותרה כפי שהייתה – לשמור על טוהר ההליך ועל הגינותו. עם זאת כפי שנראה בהמשך, בעניין בורוביץ (שם) בית המשפט לא הגביל את הסעד רק לשער הכניסה להליך הפלילי, ואפשר סעד בדמות הקלה בעונשו. ראו את הדיון בתת-פרק 5.5 בהלן.

105 עניין יפת, לעיל ה"ש 10, פס' 170, שם נקבע כי כשמדובר בעבירות חמורות שבהן האינטרס הציבורי להעמיד את הנאשם לדין גדול מאוד, 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.



**(א) חקיקת ההגנה מן הצדק ומשמעותה במישור הסעד**

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

הדוקטרינה החקוקה של הגנה מן הצדק משקפת תפיסה דומה לזו שמצאנו בעניין יפת ויששכרוב, שלפיה תכלית הסעד הניתן במסגרת הגנה מן הצדק היא לשמור על טוהר ההליך ועל הגינותו. ניתן ללמוד זאת מארבעה היבטים בהסדרה הנורמטיבית של ההגנה מן הצדק: ראשית, הדוקטרינה עוגנה בחקיקה המסדירה את המסגרת הדיונית של ההליך הפלילי במסגרת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ), ולא בחוק העונשין, התשל"ז-1977, המסדיר את מהות קביעת האשמה הפלילית והעונש;<sup>109</sup> שנית, הדוקטרינה עוגנה כחלק מהטענות המקדמיות שיכול נאשם להעלות לפני תחילת ההליך לגופו. טענות אלו אינן 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 "לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום" ולא הקלה בעונש או באשמה.<sup>110</sup>

כפי שעולה מהדברים, אף המחוקק עיצב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק ככזו שתכליתה להבטיח שמירה על טוהר ההליך הפלילי ואשר תחומה לשאלה אם 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 סמוך לעיגון דוקטרינת ההגנה מן

106 ס' 149(10) לחסד"פ.

107 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007. ניסוחו של הסעיף נלקח מעניין יפת (לעיל ה"ש 10), אשר מהדהד גם בעניין יששכרוב, לעיל ה"ש 61, פס' 66 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) בניש:

עניין יששכרוב	עניין יפת	ס' 149(10) לחסד"פ
אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין	סמכותו הטבועה של בית-המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית	בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית

108 ראו נקדימון, לעיל ה"ש 10; שקד, לעיל ה"ש 2.

109 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 145 (2000).

110 ס' 150 לחסד"פ. יש להבהיר כי המונח "לתקן את כתב האישום" אשר מופיע בלשון החוק נועד למקרים שבהם נפלה טעות בבחירת סעיף האישום בכתב האישום. כך לדוגמה מקרה שבו נבחרה נורמה כללית במקום שקיימת בו נורמה ספציפית; או במקום שנפלה בו טעות ביסוד הנפשי הנדרש, בשונה מהמרת סעיף אישום הניתנת כסעד מינהלי שבה נבחר סעיף אישום קל יותר אף שהתשתית העובדתית מבססת עבירה התואמת סעיף אישום מחמיר יותר.

הצדק בחסד"פ, ואף הוא משקף תפיסה דומה שלפיה תכלית הביקורת היא שמירה על טוהר ההליך הפלילי.

### (ב) דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – אימוץ המודל המניעתי

העמדה שלפיה 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 ובעקבות זאת הוא זוכה מאשמה של שימוש בסם מסוכן. בפסק הדין הציגה השופטת ביניש את המודלים השונים לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין לפי תכלית 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.**<sup>111</sup>

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.<sup>112</sup>

לפיכך, כך נקבע בעניין **יששכרוב**, יש לעצב גם את גבולותיו של הסעד: "התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שסייעו בעיצובה של הדוקטרינה".<sup>113</sup> על רקע קביעה זו אימצה השופטת ביניש את המודל המינהלי של "בטלות

111 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פס' 55 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (ההדגשה הוספה).  
112 שם, פס' 60 ("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"). עיקרון זה שב וחוזר פעמים נוספות בפסק הדין, כך לדוגמה שם, פס' 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").

113 ראו שם, פס' 61; 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**. ראו למשל ע"פ 1301/06 **עובון אלום נ' מדינת ישראל**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 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**, פס' 13 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 1.8.2011) ("הכשרת נתוני הזיהוי בדעיבה כראיה מפלילה, חרף ההבטחה המפורשת שניתנה בעת נטילתם שלא

יחסית<sup>114</sup> לשם קביעת הסעד<sup>115</sup> לפי מודל זה, פסילת ראייה שנגבתה בדרכים פסולות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט ואינה בהכרח לא קבילה.<sup>116</sup> על בית המשפט לשיקול, בין היתר, את חומרת העבירה ואת מרכזיותה של הראייה להרשעת הנאשם, כמו גם את חומרת אי-החוקיות בהתנהלות הרשות ואת מידת השפעתה של השגת הראייה. ככל שחומרת העבירה גדולה יותר וככל שמשקל הראייה גדל, כך ייטה בית המשפט שלא לפסול את הראייה, בשל הצורך להגן על האינטרס הציבורי.<sup>117</sup> השימוש במודל של בטלות יחסית מלמד כי תכלית פסילת הראייה היא לשמור על טוהר ההליך הפלילי ועל הלגיטימיות שלו. לפיכך המקרים שבהם יינתן 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 הראייה המפלילה, והיא אינה יכולה להשפיע על קביעת האשמה והעונש. בשל כך בעבירות חמורות, שבהן גובר האינטרס החברתי בהרשעת הנאשם, הלגיטימיות של ההליך הפלילי עשויה להיותר בעינה חרף פגמים שנפלו בו,<sup>118</sup> והנאשם אינו זכאי לקבל פיצוי על פגיעה בזכויותיו במסגרת ההליך הפלילי.<sup>119</sup>

יושם לב כי קיים דמיון רב בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כשם שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית מטרתה להבטיח את טוהר ההליך ואת הגינותו בכל הנוגע לאיסוף הראיות, כך גם דוקטרינת ההגנה מן הצדק מטרתה להבטיח את

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 המינהלי קיימת בעניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פס' 70 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

116 שם, פס' 69–72 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

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

118 לביקורת על מסקנה זו ראו עניין **פרחי**, לעיל ה"ש 113; ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (נבו) 23.11.2011; שפירא-אטינגר ושפירא, לעיל ה"ש 113, בעמ' 439 ואילך (ובפרט בעמ' 451); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" **משפט וצבא** יט 67 (2007); בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח אך עדין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אחר ד** 25 (2012). כן ראו Binyamin Blum, "Exclude Evidence, You Exclude Justice"? A Critical Evaluation of Israel's Exclusionary Rules after Issacharov, 16 Sw. J. Int'l L. 385 (2010).

119 עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 61, פס' 60 ("ניתן להצביע על סעדים חלופיים – פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים – בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראייה").

טוהרו ואת הגינותו של ההליך הפלילי בכללותו. בשני המקרים קבלת הערכאה הפלילית את הטענה משמעותה כי לנוכח הפגמים שנמצאו נפגעה הלגיטימציה בהמשך קיום ההליך ולא ניתן להמשיך לנהלו; בשני המקרים הסעד שנותן בית המשפט תחום לשער הכניסה להליך הפלילי ואינו חודר לליבת ההליך ולקביעת האשמה או העונש; בשני המקרים כאשר בית המשפט סבור כי לא נפגעה הלגיטימציה של ההליך הפלילי לא ניתן לנאשם כל סעד נוסף במסגרת ההליך הפלילי.<sup>120</sup>

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

תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הלכה והתרחבה עם השנים, והדבר קיבל ביטוי בפסיקה ובספרות, אשר הייתה ערה למגמה זו.<sup>121</sup> אולם התרחבות הדוקטרינה הייתה כרוכה 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 מינהלית כללית על התנהלות הרשות שאינה בהכרח מקדמת את תכליות המשפט הפלילי (גישה מעורבת).

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

הזרעים הראשונים לשינוי המגמה נזרעו בעניין **בורוביץ'**, שבו נדונה השאלה אם ראוי לרכך את המבחנים הנוקשים שנקבעו בעניין **יפת** ולאפשר את תחולת הדוקטרינה גם במקרים של "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות" ולא רק במקרים של רדיפה אישית או התעמרות מכוונת.<sup>122</sup> בעניין **בורוביץ'** הודגש מפורשות כי הדיון אינו נסב על אופי הדוקטרינה, וכי תכליתה נותרה כשהייתה לשמור על טוהר ההליך.<sup>123</sup> החידוש בפסק הדין,

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**, פס' 153 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור (נבו 10.4.2013) ("קיימות זיקות גומלין בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי פסק דין **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, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

121 ראו נקדימון, לעיל ה"ש 10, בעמ' 63; שקד, לעיל ה"ש 2. לדיון פסיקתי נרחב בצורך בהרחבת תחולת הדוקטרינה והטעמים הפליליים והחוקתיים לכך ראו עניין **ורדי**, לעיל ה"ש 13, פס' 88 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

122 עניין **בורוביץ'**, לעיל ה"ש 10, פס' 21.

123 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 וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט").

כך נקבע, הוא בכך שבית המשפט מכיר כי ייתכנו מקרים שבהם טוהר ההליך נפגע גם כאשר לא הייתה כוונת זדון של הרשויות.<sup>124</sup> כלומר, בית המשפט בעניין **בורוביץ'** לא התכוון לשנות את תכלית הדוקטרינה אלא רק לרכך את המבחנים להחלטה ולהרחיב את משרעת המקרים שבהם יהיה אפשר להשתמש בה.

עם זאת בית המשפט בעניין **בורוביץ'** יצר שינוי גדול אשר הגיע מאמירה אגבית למדי בפסק הדין. פסק הדין מונה שלושה מבחנים מצטברים שאותם בית המשפט צריך לבחון בשעה שמועלית טענת הגנה מן הצדק: מהות הפגמים שנפלו בניהול ההליך; אם יש בהם משום פגיעה בתחושת הצדק וההגינות; אם ניתן לרפא פגמים אלו באמצעים קלים יותר מביטול כתב האישום.<sup>125</sup> לאחר מכן הוסיף בית המשפט וקבע כך:

מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, 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.<sup>126</sup>

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

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

השלב הבא בהתפתחות הפסיקה מצוי בעניין **ניר-עם כהן**, שבו 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.<sup>128</sup> בפסק הדין צוין כי לערכאה הפלילית יש מגוון

124 שם, בעמ' 807 ("עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן 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 וההגינות") (ההדגשה הוספה).

125 שם, בעמ' 807–808.

126 שם (ההדגשה הוספה).

127 דיון אגבי בשאלה אם פגם מינהלי עשוי להוביל להקלה בענישה התעורר בין השופט אלון לשופט חשין כבר בע"פ 3520/91 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 441 (1993). השוו גם לדברי השופטת ברק-ארז בעניין **סלכני**, לעיל ה"ש 14, פס' 15 לפסק דינה: "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 עניין **ניר-עם**, לעיל ה"ש 12, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס.

רחב של סעדים לתיקון הפגם המינהלי, ובין היתר גם האפשרות להקל בעונשו של הנאשם, אגב הפניה לעניין **בורוביץ'**.<sup>129</sup>

צעד מרכזי נוסף בכיוון זה נעשה בעניין **פרץ**, שבו נדונה טענת נאשם לאכיפה בררנית בשל שינוי מדיניות של הרשות בנוגע 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 אף במקרים שלא נפל בהם פגם חמור הפוגע בתחושת הצדק.<sup>130</sup> עוד הודגש כי הביקורת, ואף הסעדים, צריכים להינתן לפי אמות מידה מינהליות:

אין צריך לומר כי גם במסגרת דיונית זו תבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, והשאלה אם נפל פגם במעשה, 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).<sup>131</sup>

בפסק דין זה השתמש בית המשפט בעקרון הבטלות היחסית, מאפיין בולט של המשפט המינהלי, ויישמו 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 המינהלי 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 לקיומו להתמקדות בביקורת מינהלית, העומדת בפני עצמה, ואשר תכליתה לקדם את עקרונות המשפט המינהלי. לכן לפי עניין **פרץ**, בכל מקרה שבו נפל פגם כלשהו בהתנהלות הרשות בית המשפט רשאי להעניק לנאשם סעד לפי שיקול דעתו:

בחלק מן המקרים תהא המסקנה כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על ידי טענת

129 שם ("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 ספיציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום").

130 עניין **פרץ**, לעיל ה"ש 13, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

131 שם (ההדגשה הוספה). בית המשפט משאיר את השאלה אם מדובר בדוקטרינה עצמאית או בסמכות שהיא חלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק כשאלה פתוחה שאין צורך להכריע בה. עם זאת מעצם העובדה שפסק הדין אינו צועד במתווה של המבחנים שנקבעו בעניין **בורוביץ'** (שהוזכרו בה"ש 10 לעיל), הוא קובע כי מדובר בסמכות נפרדת ועצמאית מההגנה מן הצדק כפי שהוגדרה בבית המשפט בעבר, ואף קובע, שם, כי "אין לשלול על-פני הדברים את הטענה כי כאשר נטענת טענת אכיפה בררנית 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".

האכיפה הבררנית. להשקפתי, במצב כזה, אין להורות על ביטול כתב האישום. הסעד אותו ניתן לשקול להושיט לנאשם – אם בכלל – יתבטא בהקלה מסוימת בעונש.<sup>132</sup>

לדעתנו, פסק דין זה מרחיב את תחולת הביקורת המינהלית אף למקרים שבהם לא נפגע טוהר ההליך פגיעה חריפה, ונוסף על כך, פסק הדין קובע תקדימית, כי בית המשפט רשאי להעניק סעד בדמות הקלה בעונש לכל פגם מינהלי לפי שיקול דעתו ולפי נסיבות המקרה.<sup>133</sup>

האפשרות לערוך ביקורת שיפוטית רחבה על מכלול מעשי המינהל במסגרת ההליך הפלילי הוכרה בפסיקה ובספרות כ"דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", במובחן מדוקטרינת ההגנה מן הצדק אשר ממוקדת בטוהר ההליך הפלילי.<sup>134</sup> 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 בכמה פסקי דין בעבר וטרם נקבעה בה הלכה.<sup>135</sup> 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 דבר לא התממש – הוא לא הועמד לדין. התוצאה הייתה שהמעורר הורשע ברצח, ואילו שותפו לעבירה לא הועמד לדין. נוכח נסיבות אלו העלה המערער טענה של הגנה מן הצדק.

השופט עמית, בדעת רוב, סבר כי התוצאה שלפיה 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 זאת הוא מדגיש כי גם בהנחה שנפל פגם בהתנהלות הרשות, הרי שעדיין "לא ראוי שהמעורר ייחנה מכך ויקבל 'הנחה' בעונשו, ועוד בעבירת הרצח, החמורה מכל העבירות".<sup>136</sup> לעמדתו, "גם אם נעשתה טעות

132 עניין **פרץ**, לעיל ה"ש 13, פס' 34 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

133 ראוי לציין כי כאשר בית המשפט מעניק סעד של פסילת ראיה, על פי רוב הוא אינו מוצא לנכון להעניק גם 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 גלעדי "ביקורת מינהלית", לעיל ה"ש 8.

135 ראו עניין **מובארק**, לעיל ה"ש 120, פס' 153–155 לפסק הדין; ע"פ 6144/10 **נטצאו נ' מדינת ישראל**, פס' 37 (נבו 10.4.2013); ע' (צבאי מרכז) 124/10 **מ"א נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 48–52 לפסק הדין (נבו 19.7.2011); רע"פ 6091/11 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (נבו 27.2.2012) ("אף כי נוטה אני לדעה שניתן להמיר אישום כאמור, איני רואה להכריע בשאלה זו במקרה הנוכחי, והיא תישאר לפיכך בצריך עיון").

136 עניין **אגבריה**, לעיל ה"ש 10, פס' 59 לפסק דינו של השופט עמית.



[...] אין מתקנים טעות בטעות ועוול בעוול",<sup>137</sup> שכן "וצדק לאחד (לנאשם) עלול לגרום לתחושת אי צדק לאחר (למשל, לנפגע העבירה או למשפחתו)".<sup>138</sup> השופט עמית הדגיש כי יש להבחין בין הפגם המינהלי לעקרונות המשפט הפלילי: "יש להבחין בין שני הנושאים, ואין האחד משליך על משנהו".<sup>139</sup>

בניגוד לכך, השופטת ברק-ארז, בדעת מיעוט, סברה כי אף שבמקרה זה לא היה מניע פסול בהתנהלות הרשות, נפלה שגיאה בכך שהסכם עד המדינה לא בוטל עם המעורב הנוסף, לאחר שהגופה לא נמצאה.<sup>140</sup> לשיטתה, יש לבחון את שאלת ההפליה גם על פי מבחן התוצאה, אשר במקרה זה מהווה "הפליה חסרת כל הצדקה".<sup>141</sup> לדעתה, מתן סעד לנאשם, למרות היעדר 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".<sup>142</sup> על רקע קביעות אלה עברה השופטת ברק-ארז לדון בשאלת הסעד והגיעה למסקנה כי יש להעניק לנאשם סעד חיובי, ובלשונה: "המכוון להקלה עם הנאשם עצמו".<sup>143</sup> מכיוון שבמקרה הנדון העונש הצפוי לעבירת רצח, לפי הדין באותה העת, היה עונש חובה של מאסר עולם, הציעה השופטת ברק-ארז להמיר את סעיף האיטום 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 האיטום תרחיב את סל הכלים העומד לרשותו של בית המשפט ותאפשר לו "לתפור" את הפתרון המתאים, בהתאם לחומרת העוול בכל מקרה ומקרה.<sup>144</sup>

השופטת ברק-ארז קבעה עוד כי "אין מדובר בסטייה מעקרונות המשפט הפלילי, כי אם בסעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של

137 שם, פס' 65. ראו גם עניין גוטסדינר, לעיל ה"ש 10; ת"פ (מחוזי ת"א) 4368-05-16 מדינת ישראל נ' סימנס ישראל בע"מ 90 (נבו 3.7.2017); ע' (ערעורים זה"ל) 81/16 דתנר נ' התובע הצבאי הראשי, פס' 42 לפסק הדין (נבו 18.4.2017).

138 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 10, פס' 65 לפסק דינו של השופט עמית.

139 שם, פס' 59.

140 שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

141 שם.

142 שם, פס' 20. גישה דומה נשמעת גם מדבריו של השופט מלצר בעניין ורדי, לעיל ה"ש 13, פס' 88 ("סוף סוף, דוקטרינת הגנה מן הצדק – כשמה כן היא – שמה לאל את הפגיעה בתחושת הצדק מנקודת מבטו של הנידון").

143 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 10, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (גישה זו משתקפת גם ממאמרה, ראו ברק-ארז "אכיפה בררנית מן הזכות לסעד", לעיל ה"ש 11).

144 שם, פס' 22. קושי זה בעבירת הרצח, בשל עונש החובה הקיים לה, הועלה גם אצל Dennis, לעיל ה"ש 68, בעמ' 237 (אשר הציע כי קבלת הטענה של הגנה מן הצדק בעבירה זו תשפיע על תקופת המינימום העונשית לריצוי בפועל (tariff) טרם מתן אפשרות שחרור מוקדם לפי הדין האנגלי).

רשויות התביעה".<sup>145</sup> כיוון שתוצאת פסק הדין צריכה לאזן בין עקרונות המשפט המינהלי לאלה של הפלילי – חומרת העבירה, קשה ככל שתהיה, אינה מהווה לדעתה מחסום בפני הענקת הסעד.

לדעתנו, עמדה זו היא צעד נוסף בחדירת שיקולים מינהליים לליבת ההליך הפלילי אשר עשויה להביא במקרים מיוחדים אף להפחתה באחריות הפלילית של הנאשם.<sup>146</sup> כך, בשלב הראשון, שבו תכלית הסעד הייתה 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 הוכרה האפשרות להמיר את סעיף האישום לסעיף מקל יותר כסעד מינהלי ואף יושמה בפסיקת בתי הדין הצבאיים במקרים שונים.<sup>147</sup>

לסיכום, כפי שניתן לראות, עם השנים הרחיבה הפסיקה במידה ניכרת את האפשרות של הערכאה הפלילית לערוך ביקורת מינהלית על הרשויות במסגרת ההליך הפלילי, בשני צירים מקבילים: ראשית, בתחילת הדרך תנאי הסף לתחולתה של ההגנה מן הצדק היו גבוהים מאוד, והשימוש בדוקטרינה נעשה במשורה, ואילו כיום בית המשפט עורך ביקורת שיפוטית רחבה על רשויות אכיפת החוק בהליך הפלילי לפי אמות המידה של המשפט המינהלי; שנית, בד בבד עם שינוי זה, ובעקבותיו, השתנה עם השנים אף מקומו הגאומטרי של הסעד, ולעומת בשלביו הראשונים, אז הוא ניתן רק בשער הכניסה להליך הפלילי, כיום

145 עניין אנבריה, לעיל ה"ש 10, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (ההדגשה הוספה).  
146 שם, פס' 21 (השימוש במונח "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" (ההדגשה הוספה)). מעניין כי השופט עמית עמד בפרשה אחרת על כך שקיים הברל אנליטי בין שינוי בסעיף האישום לבין קיצור העונש, וגם מי שסובר שיש מקום בקיצור העונש לא בהכרח יסכים שיש להקל באשמה העונשית. ראו עניין גטצור, לעיל ה"ש 135, פס' ד לפסק דינו של השופט עמית ("אציין כי מבחינה מושגית, אין דומה המרת עבירה בעבירה אחרת, במיוחד בעבירת רצח, להקלה בעונש או לביטול כתב אישום").

147 ראו למשל ע' (ערעורים איו"ש) 1092/09 התביעה הצבאית נ' מחימר 10 (נבו 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"); עניין מ"א, לעיל ה"ש 135, בעמ' 49 ("תיקון" כתב האישום יכול שייעשה 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 (צבאי צפון) 172/15 התובע הצבאי נ' ד"ח 25 (נבו 14.4.2016) ("במטרה להקחות 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 בגדר הרישום הפלילי המופחת"). כן ראו תיק (צבאי) 475/10 התובע הצבאי נ' ע"פ 66 והפסיקה הצבאית הנזכרת שם (נבו 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 (צבאי דרום) 269/18 התובע הצבאי נ' ג' י, פס' 13 (נבו 21.7.2019).

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 חדר הסעד המינהלי לליבת ההליך הפלילי והפך לשיקול בקביעת האשמה והעונש בשל תכליות מינהליות בלבד בהיותו: "סעד המבוסס על עקרונות המשפט הציבורי והמכוון כנגד אופן הפעלת שיקול דעתן של רשויות התביעה"<sup>148</sup>. ראוי להדגיש כי אף שבפריזמה של המשפט המינהלי איזון עוצמת הפגם עם הסעד הניתן בדמות הקלה בעונש ובאשמה היא תוצאה מתבקשת ביותר, אשר הולמת את דוקטרינת הבטלות היחסית הרווחת במשפט המינהלי, כאמור לעיל, תוצאה זו מצויה 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 המינהלית בפלילים ועל טשטוש הגבול שבין שני תחומי המשפט.

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

חרף המגמות שתוארו עלו לאורך השנים 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. לדוגמה, בכמה מקומות חזר השופט עמית על כך שהתרחבותן 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.<sup>149</sup> בדומה לזה, בכמה מקומות עמד השופט עמית על טשטוש ההבדלים שבין המשפט המינהלי לפלילי אשר נוצר בהפעלת דוקטרינת הביקורת המינהלית, שכן זו "מבקשת להכניס את המשפט המינהלי בדלת הראשית אל תוך המשפט הפלילי" ועלולה

148 עניין **אגבריה**, לעיל ה"ש 10, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

149 ע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 30.5.2013) ("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 בדין 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 מירוץ המשוכות המתואר לעיל, הצדדים ובית המשפט עלולים להימצא מותשים בבואם להתייחס לגרעין הקשה של ההליך, קרי, לחומר הראיות גופו, אשר בלהט הטענות המקדמיות והמאוחרות נותר מבוויש בקרן זוית"). יש לציין כי בפסק דין זה מפרש השופט עמית גם את עניין **יששכרוב** (לעיל ה"ש 61) עצמו לא כסעד המבוסס רק על רציונלים חוקתיים ומינהליים 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 ראיה פסולה היא גם ראיה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראיות. מכאן, שלא נס ליחה של תכלית חקר האמת לצד תכליות נוספות" (שם). ראו גם עניין **גוטסדינר**, לעיל ה"ש 10, פס' 59 לפסק דינו של השופט עמית. גישה שונה השמיע השופט ג'ובראן בעניין **בונר**, שם, פס' 5 לפסק דינו.

להביא "להיפוך תפקידים, כאשר הנאשם הופך כבר בתחילת ההליך למאשים והתביעה הופכת לנאשמת"<sup>150</sup>.

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"<sup>151</sup>. הביקורת על חדירת נורמות מינהליות להליך הפלילי קיבלה ביטוי משמעותי בעניין **רותם**, שבו בית המשפט העליון, בדעת רוב, ביטל את האפשרות כי הערכאה הפלילית תתערב בשיקול דעתה של התביעה בבחירת סעיף האישום המתאים לנסיבות המקרה.<sup>152</sup> 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, תכליותיהם 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.<sup>153</sup>

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

150 ראו עע"מ 7485/19 **קשקוש נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים**, פס' 19 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 6.7.2020); בש"פ 6662/19 **מדינת ישראל נ' בן עוז**, פס' 11 לפסק הדין (נבו 24.11.2019) (שבו ביקר השופט עמית את המצב שלפיו "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 הפסיקתית, שדומה כי חרג ממידותיו כפי ששורטטו בהלכת יששכרוב"). ראו גם יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין **ודברים** ו 17 (2011).

151 עניין **ורדי**, לעיל ה"ש 13, פס' 97 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

152 עניין **רותם**, לעיל ה"ש 11.

153 שם, פס' 42 לפסק דינו של השופט סולברג.

## ו. הגישה הראויה לביקורת מינהלית במסגרת ההליך הפלילי: הצעת מתווה

בראשית המאמר עמדנו על הקשיים התאורטיים המתעוררים בגישה המעורבת, אשר רואה בביקורת המינהלית שבית המשפט משמיע הליך שעומד בפני עצמו הנקבע על פי אמות המידה של המשפט המינהלי בלבד. עמדנו על כך שקושי זה מתעצם ככל שהסעד המינהלי חודר יותר לליבת ההליך הפלילי ומשמש שיקול בקביעת האשמה והעונש: ראשית, הקלה במידת האשמה ובעונש בשל שיקולים מינהליים שאינם נוגעים ישירות למעשה העבירה עלולה לפגוע בעקרון ההלימה ובשוויון; שנית, הדבר מצוי במתח עם האופי הדיאלוגי של ההליך הפלילי ועם המסר המגנה המועבר לנאשם ולציבור; לבסוף, קיים חשש כי הדבר יפגע בעיקרון החוקתי המחייב הרשעה רק במקרים שבהם האשמה הוכחה מעבר לספק סביר באמצעות איזון בין עוצמת הראיות לבין מידת האשמה. עם זאת הראינו גם כי לסעד המינהלי הניתן במסגרת ההליך הפלילי יש 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 ולהרשעת שווא; הסעד המעניק-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 ולצרכיו בידי בית המשפט. על רקע זאת צעד ראשון לשימוש ראוי בביקורת המינהלית בהליך הפלילי נעוץ בכך שהסעד שיינתן יקדם את תכליות המשפט הפלילי לפי הגישה האורגנית שהוצגה.

אלמנט נוסף של המתווה המוצע מתייחס לשאלה מהו המיקום הגאומטרי שבו 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 והמעניק-לגיטימציה) אומנם עשויים להביא לזיכוי הנאשם, אך הם אינם חלק מהליך קביעת האשמה והעונש, שהם ליבת ההליך הפלילי.<sup>154</sup> במקום זאת הם ממוקדים ב"תנאי הסף" לכניסה בשערי ההליך הפלילי. הסעד האפיסטמי ממוקד בתנאי הסף הראייתיים לכניסה להליך הפלילי בטרם בחינת הראיה לגופה בבית המשפט, ואילו הסעד המעניק-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 ועל העונש עצמם. בשל כך האתגרים התאורטיים והנורמטיביים בקו הגבול

154 ראו לדוגמה ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 575, 561 (1980); בג"ץ 7357/95 ברקני פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 784 (1996); עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 61, פס' 43 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש. אין בכך כמובן כדי לפתור את השאלה – מהי אשמה ומהו עונש הולם. אולם מודגש שההליך מכוון לענישה הולמת לאשמה ואינו מושפע מתכליות (משפטיות) אחרות.

שבין המשפט המינהלי לבין המשפט הפלילי מתעוררים במיוחד סביב גבולותיו של סעד זה. לפי הבחנה זו, ראוי כי המתווה המשפטי להענקת הסעד המינהלי יבחין בין הסעד האפיסטמי והסעד המעניק-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 ההליך הפלילי, לבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, המכוונת לפיצוי הנאשם על הפגיעה בזכויותיו, והסעד הניתן במסגרתה עשוי להשפיע אף על קביעת האשמה ועל גזירת 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 – המבוססת על שיקולים הקשורים קשר 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 התאורטי, אולם לדעתנו חשוב להבחין בין תכליותיהם השונות של הסעדים, כאשר כל סעד בא לידי ביטוי במיקום גאומטרי אחר בהליך (ראו טבלה 1 להלן).

לדעתנו, תכליתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא לשמור על הגינותו ועל טוהרו של ההליך הפלילי בלבד.<sup>155</sup> לפיכך בחינתו של בית המשפט בהפעלת הדוקטרינה אמורה להתמקד בשאלה אם נפגעה הלגיטימיות של ההליך הפלילי בשל הפגם המינהלי, ואם כן, 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.<sup>156</sup> במקום שבו אין לגיטימציה לקיום ההליך הפלילי בשל הפגמים שנפלו בניהולו, יש להורות על ביטול כתב האישום כולו או חלקו.<sup>157</sup> אולם

155 הסעד האפיסטמי לא הוגדר בפסיקה בבירור, ולכן בפרק הפוזיטיבי אנו מציעים לכלול אותו בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, שמשתי הדוקטרינות היא המתאימה יותר לדעתנו, מפני שאף שמבחינת ההצדקות התאורטיות 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 הסעד המעניק-לגיטימציה בהיבט הנורמטיבי.

156 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 ועל האשמה. להתייחסות למאפיין זה של הדוקטרינה, ראו עניין **חייבטוב**, לעיל ה"ש 117, פס' 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

157 עניין **בורוכיץ**, לעיל ה"ש 10, פס' 21, שבו עמד בית המשפט על ההבדל שבין ביקורת שיפוטית על שיקול דעתה של התביעה בבג"ץ לבין בחינתה של טענת הגנה מן הצדק על ידי הערכאה הפלילית: "במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה

אם בית המשפט אינו סבור כי נפגעה הלגיטימיות בקיום ההליך, לעמדתנו לא ראוי להשתמש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, אף שיתכן כי לא יינתן לנאשם כל סעד אחר בהקשר זה במסגרת ההליך הפלילי.

לתפיסתנו, יש ערך נורמטיבי רב בקביעה כי יש מקרים שבהם 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 ועל סיום ההליך. טשטוש הגבולות בין ההליך הפלילי להליך המינהלי, אשר מאפשר לערכאה הפלילית גמישות רבה בהענקת הסעד לנאשם, עשוי להביא דווקא לצמצום המקרים שבהם בית המשפט ישתמש בסמכות זו, והדבר יפגע בטוהר ההליך הפלילי מפני שגם במקרים שבהם היה מוצדק לקבוע כי יש לבטל את כתב האישום בשל חוסר לגיטימיות, יעדיף בית המשפט להעניק לנאשם סעד מפצה, לרוב בדמות הקלה בעונש, ולקיים את ההליך הפלילי.<sup>158</sup>

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, בניגוד לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, אף עשויה להשפיע על קביעת העונש. הבחנה זו חשובה גם בהיבט של שמירה על קו הגבול שבין ההליך הפלילי למינהלי בכל הנוגע לשאלת הסעד. הסעד הניתן במסגרת ההגנה מן הצדק ניתן כשבית המשפט קובע כי אין מקום לקיים את ההליך הפלילי בהיעדר לגיטימיות לקיומו. סעד זה אכן מעורר שאלות הנוגעות לשאלת הלגיטימיות של ההליך ולאיוונים הראויים בין האינטרסים לשמירה על ביטחון 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 לפי ההסדרים הנורמטיביים הקבועים בחוק העונשין, ולהתמודד עם הקשיים התאורטיים והנורמטיביים שעליהם עמדנו לעיל.

על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות.

158 בהקשר זה מחקרים אמפיריים מראים כי כשיש לעוללות "מחיר" שניתן לשלמו, הדבר מעודד הפרה יעילה. בהקשר שלנו האפשרות לרפא כל פגם מינהלי 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, PAUL SLOVIC & DANIEL KAHNEMAN, JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES (1982).



## 2. המסגרת לפיצוי הנאשם בגין פגמים שנפלו בניהול ההליך הפלילי

כפי שהוצג לעיל, הסעד המפצה מעורר את המתח המורכב ביותר בשל העובדה שאף 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, וגם בשיטות אחרות,<sup>159</sup> מושפעת משני מוקדים עיקריים: חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו, ונסיבותיו האישיות של הנאשם. חלוקה זו מוזכרת בספרות הישראלית, בפסיקה מנחה של בית המשפט העליון המבחינה בין "המעשה והעושה"<sup>160</sup> והיא באה לידי ביטוי גם בעיצוב תיקון 113 לחוק העונשין, שעסק בהבניית שיקול הדעת בענישה. על פי זה קביעת העונש נעשית בשני שלבים: בשלב הראשון נקבע "מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם"<sup>161</sup>. לשם קביעת מתחם העונש ההולם בית המשפט מתחשב בעקרון ההלימה, בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה,<sup>162</sup> ואילו בשלב השני נקבע בתוך המתחם "העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה"<sup>163</sup>. 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 עקרון הגמול.<sup>164</sup> מתחם העונש נקבע לפי חומרת העבירה בנסיבות ביצועה, והוא מיועד להעביר מסר של גינוי – הן כחלק מהדיאלוג של החברה עם הנאשם והן כחלק מהמסר החברתי שמעביר בית המשפט.<sup>165</sup> בשל כך אנו סבורים שיש לראות בשלב זה חלק מליבת המשפט הפלילי ולהימנע מהחדרתם של שיקולים שאינם חלק אינטגרלי מאשמת הנאשם לשלב זה בקביעת העונש.

159 FRASE, לעיל ה"ש 30, בעמ' 121–161. מתווה זה בא לידי ביטוי בדרכי עיצוב שונות. למשל, באמצעות הנחיות מחייבות או מדריכות, בפסיקה מנחה או בחקיקה.

160 ראו למשל מני רבים עניין קלנר, לעיל ה"ש 58, פס' 49 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל ("העונש הסופי חייב לעמוד בעיקרון ההלימה ולאזן כראוי בין שיקולי המעשה והעושה"); ע"פ 1938/13 גרבאן נ' מדינת ישראל, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל (נבו 27.2.2014).

161 ס' 40ג(א) לחוק העונשין.

162 שם.

163 שם, ס' 40ג(ב). ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם לקולא משיקולי שיקום ולחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור בנסיבות ובתנאים המפורטים בסעיפים 74, 40 לחוק העונשין.

164 עמדה זו קיימת ביסוד המודל של גמול מוגבל (limiting retributivism) שפיתח מוריס (MORRIS), לעיל ה"ש 30). לדיון במודל זה ראו FRASE, לעיל ה"ש 30.

165 ראו למשל ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 774, 807–808 (2013) ("בלשון תורת הגמול, מתחם הענישה הוא (על פי העיקרון המנחה) המייצג את ההלימה או הגמול", וכן שם, בעמ' 792 ("רק 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").

בשונה מזה, 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".<sup>166</sup> לפיכך, לדעתנו, נכון לקבוע כי מתחם העונש הוא חלק מליבת ההליך הפלילי, והוא צריך להיקבע לפי רציונלים פליליים, ובראשם עקרון 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.<sup>167</sup> פתרון זה, לדעתנו, מאזן כראוי בין הצורך להעניק סעד מפצה לבין הצורך לשמור על עקרונות המשפט הפלילי ועל קו הגבול שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי.

166 סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין מפנה לפירוט השיקולים בסעיף 40יא לחוק. הציטוט הנ"ל מופיע שם, ס' 40יא(9).

167 פרשנות זו שאנו מציעים מנוגדת לדרך שבה פירשו בתי המשפט את היחס בין הקלה בעונש לפי סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין לבין הקלה בעונש במסגרת הגנה מן הצדק. כך לדוגמה, בעניין **גוטסדינר** (לעיל ה"ש 10) קבע השופט הנדל כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק יכולה להצדיק חריגה ממתחם העונש בניגוד להקלה בעונש לפי סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין (שם, פס' 50 לפסק דינו). ראו גם את ההחלטה לחרוג ממתחם העונש ההולם בעניינו של לופוליאנסקי בעניין **קלנר**, לעיל ה"ש 58. לעניין חריגה ממתחם העונש בגין הגנה מן הצדק, ראו אורן גול-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" **ספר דורית ביניש** 539, 544–552 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2018); ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל**, פס' 23–25 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (נבו 18.4.2018). נציין כי קיימות דוקטרינות נוספות בהליך הפלילי המאפשרות לבית המשפט להתחשב במקרים חריגים, כדוגמת מצב רפואי קשה של הנאשם, ולא באמצעות הקלה בעונש מחוץ למתחם העונש ההולם, אלא באמצעות הליכים של עיכוב או התליית הליכים, מיוזמת בית המשפט או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, לפי העניין (ראו ס' 94א, 231 לחסד"פ). עוד נציין כי שלא כפי שאנו מציעים במאמר זה, הפסיקה הקנדית אפשרה, כעיקרון, על בסיס פרשנות היקף הסעד הניתן בגין הוראות הצ'רטר הקנדי, במקרים חריגים במיוחד של התנהגות הרשויות – הקלה בעונש מחוץ לגבולות הרגילים (outside statutory limits) כדוגמת חריגה מעונש מינימום. ראו Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 7 (U.K.) "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice" לפסיקה הקנדית ראו עניין **Nasogaluak**, לעיל ה"ש 87, פס' 6 לפסק הדין, שם קבע השופט לבל (LeBel) 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"

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

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

## ז. סיכום

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

בפרק השלישי של המאמר הוצגה קלסיפיקציה משולשת של סעדים מינהליים, אשר לדעתנו מקדמים את תכליות המשפט הפלילי עצמו, ומוצדק להעניקם במסגרת ההליך הפלילי לפי המודל האורגני. הפרק הציג שלושה סעדים: סעד אפיסטמי, הממוקד במניעת עיוות דין והרשעות שווא; סעד מעניק-לגיטימציה, הממוקד בשמירה על טוהר ההליך ועל הגינותו; סעד מפצה, הממוקד בהענקת פיצוי לנאשם בגין פגיעת הרשות בזכויותיו.

הפרק הרביעי של המאמר מנתח את המגמות בפסיקה הישראלית ומראה כיצד עם השנים הלכה דוקטרינת ההגנה מן הצדק והתרחבה, 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 שנפל בו פגם מינהלי. נוסף על זה, המאמר עומד על כך שעם השנים שינה הסעד המינהלי את המקום הגאומטרי שבו הוא ניתן וזחל אט אט ללב ההליך הפלילי: בתחילה היה הסעד שניתן תחום לגבולות ההליך בלבד, ועם השנים הכירה הפסיקה בכך שהוא עשוי להיות שיקול בקביעת העונש של הנאשם, ולאחרונה אף עלתה אפשרות לשנות את סעיף האישום

במסגרת הדוקטרינה. בפרק העוקב המאמר מצביע על העובדה שלאחרונה נשמעים בפסיקת בית המשפט העליון הדים לביקורת על טשטוש הגבולות שבין ההליך המינהלי להליך פלילי ואף קריאה לבחינה מחודשת של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים.

בפרק השישי 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 ובחדירתו לשלבי העונש והאשמה: תכלית ההגנה מן הצדק היא להבטיח את הלגיטימיות של ההליך הפלילי והסעד שבמסגרתה ניתן בשער ההליך בלבד, ולכן היא אינה אמורה להשפיע על מידת האשמה והעונש, ואילו הביקורת המינהלית בפלילים ממוקדת בפיצוי הנאשם, והסעד הניתן במסגרתה חודר לליבת ההליך הפלילי ומשמש שיקול בקביעת העונש והאשמה; שנית, לדעתנו הסעד המפצה הניתן במסגרת הביקורת המינהלית בפלילים אינו יכול להשפיע על גבולותיו של מתחם העונש ההולם, והוא צריך לבוא לידי ביטוי רק בקביעת העונש בתוך גבולות המתחם ההולם. אנו סבורים כי מתווה זה מכיר בחשיבותם של הסעדים המינהליים הניתנים במסגרת ההליך הפלילי, אולם הוא מתמודד עם הקשיים הנורמטיביים שעלולים להתעורר כאשר ליבת ההליך הפלילי מושפעת משיקולים שאינם נוגעים לאשמתו של הנאשם.