

בנימין ניומן* | על פסיביות שיפוטית והפרדת רשויות בהליך הפלילי

בעוד הדיון על אודות עקרון הפרדת הרשויות בשיח החוקתי רחב היקף, הדיון בהליך הפלילי נותר חסר. במאמר זה אבחן את גבולות הביקורת השיפוטית, אגב עיון מחודש בתפקידו הפונקציונלי של בית המשפט בהליך הפלילי. אף שאין מחלוקת בדבר חשיבותן של ההפרדה המוסדית והעצמאות השיפוטית, פרשנות פורמליסטית של עקרונות הפרדת הרשויות הובילה לאימוץ גישה פסיבית כלפי החלטות התביעה – מהעמדה לדין ועד לאישור הסדרי טיעון. טענת המאמר היא שפסיביות זו מביסה את עצמה: היא נשענת על הצדקה פורמליסטית לכך שהביקורת השיפוטית תיערך בשלב ההכרעה, אך בפועל מובילה לאשרור הסכמות ללא בקרה ממשית. מוצע לפיכך לאמץ פרשנות תכליתית לתפקידו הפונקציונלי של בית המשפט, המחייבת ביקורת מהותית לאורך ההליך – הן על התשתית הראייתית טרם הרשעה והן על עצם החלטתה של התביעה להעמיד לדין – גם במחיר של גמישות מסוימת ביחס לגבולות הביקורת הפורמליים.

מבוא

“אין כל חירות אם לא תופרד סמכות השפיטה מסמכויות החקיקה והביצוע”.¹

* ד"ר למשפטים (אוניברסיטת תל אביב), וכיום חוקר פוסט-דוקטורט במרכז חשין ללימודי משפט מתקדמים, האוניברסיטה העברית. חלק מן העבודה על מאמר זה נערך במסגרת פוסט-דוקטורט במרכז מינרבה לחקר שלטון החוק במצבי קיצון, הפקולטה למשפטים ובית הספר למדעי הסביבה, אוניברסיטת חיפה. המחבר מבקש להודות לפרופ' קנת מן שליווה את המחקר בראשית דרכו, לעו"ד הדס רייכלסון ולעו"ד רואן חלבי, למשתתפות ולמשתתפי הכנסים והפורומים שבהם הוצגה הטיוטה, לחברות ולחברי מערכת כתב העת "משפט, חברה ותרבות", לשופטים החיצוניים, לעורכי כתב העת ולעורכי המשנה על הערותיהם המועילות ועל העבודה הרבה שהושקעה בהכנת המאמר לפרסום.

¹ אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 388 (יעל חזוני עורכת, אהרן אמיר מתרגם 2004) (להלן: **הפדרליסט**).

השיח על אודות עקרון הפרדת הרשויות והאיזונים הראויים בין הרשויות ער מתמיד.² ואולם, בעוד השיח החוקתי עשיר ורחב היקף, בעיקר בסוגיות של היחסים המוסדיים שבין הרשויות והיקף הביקורת השיפוטית בהגנה על זכויות חוקתיות,³ הדיון בהליך הפלילי נותר חסר.

תיקון מס' 37 (דצמבר 2022) לפקודת המשטרה, אשר העניק לשר לביטחון לאומי סמכות להתוות את מדיניות המשטרה,⁴ עורר חששות מריכוז סמכויות בדרג הפוליטי.⁵ לנוכח חשש מהתערבות בהתנהלות המשטרה⁶ פסל בית המשפט העליון, ברוב דעות, את סעיף 8 לפקודה, שהעניק לשר סמכות להתוות מדיניות בחקירות.⁷ אף שכלל השופטים סברו כי אין בתיקון כדי לאפשר לשר התערבות אופרטיבית, עמדת הרוב קבעה כי די בעצם שינויה של נקודת האיזון המוסדי כדי להצדיק את פסילתו נוכח הפגיעה בעצמאות המשטרה.⁸

החלטה זו, אשר פסלה את סעיף 8 לפקודה, נגעה באחד מעקרונות היסוד של דוקטרינת הפרדת הרשויות: מניעת ריכוזו של כוח בלתי מבוקר בידי גוף אחד. כבר בספרו **על רוח החוקים** התריע מונטסקייה כי "אבוד יאבד הכול אם אדם אחד ויחיד או גוף אחד ויחיד [...] יפעיל לבדו את שלוש הסמכויות האלה: הסמכות לחוקק חוקים, הסמכות

2 ראו למשל נטע ברק-קורן "תוכנית לוי-רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדיון" **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** (3.2.2023) <https://perma.cc/P5YX-LHUN>; ברק מדינה "התוכנית להחלשת הביקורת השיפוטית: הערכה ביקורתית" **פורום עיוני משפט** (תגובות משפט) מז' (2023) <https://perma.cc/WPS6-E7U5>.

3 אקרמן העמיד את דוקטרינת הפרדת הרשויות על האידיאלים של שלטון דמוקרטי, התמקצעות והגנה על זכויות, ראו Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633 (2000). לדיון בהקשר הישראלי ראו בל יוסף "סעדים חוקתיים והפרדיגמה המודרנית של הפרדת רשויות" **ICON-S-IL Blog** (31.7.2022) <https://perma.cc/DNH6-AMFC>; גילה שטופלר "חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" **עיוני משפט** מד' 171 (2021).

4 חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022, ס"ח 6.

5 ראו ס' 5 לכתב תשובה מטעם משיבי המדינה בבג"ץ 8987/22 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (28.3.2024) ("התיקון לחוק אכן יצר מבנה משטרי המאפשר פוליטיזציה של הפעלת הכוח המשטרתית").

6 לפי תיאור משיבי המדינה בבקשתם לצירוף מסמך מיום 14.6.2024, מפכ"ל המשטרה פנה במכתב ליועצת המשפטית לממשלה ובו תיאר כמה מקרים שבהם התערב השר בפעילות מבצעית של המשטרה. ראו בקשה מטעם משיבי המדינה לצירוף מסמך בבג"ץ 8987/22 **התנועה לאיכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת** (14.6.2024); עוד ראו בג"ץ 8987/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 33 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) עמית (נבו 2.1.2025).

7 שם. פסילת סעיף 8 לחוק תיקון פקודת המשטרה (מס' 37) התקבלה בהחלטת רוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה.

8 שם, בפס' 121 לפסק הדין של ממלא מקום הנשיא (בדימ') פוגלמן ופס' 2, 12 לפסק הדין של השופטת וילנר.

להוציא לפועל החלטות [...] והסמכות לשפוט מעשי פשע ולהכריע בסכסוכים בין פרטים".⁹ החשש מפני ריכוז הכוח ללא בקרה מצוי בבסיסה של דוקטרינת הפרדת הרשויות.

ביזור סמכויות השלטון לפי תפקידיהן הפונקציונליים – חקיקה, ביצוע ושיפוט, בצירוף הפרדה מוסדית בין בעלי הכוח ובין מנגנוני בקרה הדדיים – נתפסים אפוא כאמצעים הקנוניים של הדוקטרינה.¹⁰ לכאורה, הצורך בדבר הפרדה בין הרשויות בהליך הפלילי נתפס כמובן מאליו: זהו ההליך שבו חירות הפרט נתונה לאיום תמידי מצד כוחה הכופה של המדינה. כאשר המדינה היא צד להליך משפטי, שבו היא מבקשת להטיל סנקציה פלילית, נדרשת הפרדה מוסדית ברורה בינה לבין הערכאה השיפוטית שתכריע בתיק הפלילי. לצד זאת, קיימים בהליך אמצעי ביקורת שיפוטית: ההכרעה הן באשמה והן בענישה בסיום ההליך, שבאמצעותה נבחנות ראיות התביעה וטענותיה, וכן דוקטרינות הגנה מן הצדק והפסילה הפסיקתית, שתכליתן לפקח על התנהלות רשויות האכיפה.¹¹

בשיח המשפטי על אודות דוקטרינת הפרדת הרשויות קיימת מחלוקת פרשנית בין הגישה הפורמליסטית, השואפת לתחום כל רשות לגבולות סמכויותיה הפונקציונליים, לבין תפיסה גמישה יותר של איזונים ובלמים, המכירה בביקורת הדדית גם מחוץ לגדר הסמכויות הפורמליות.¹² במאמר זה אבקש לטעון כי בהליך הפלילי אין די בהפרדה הפורמלית, גם כאשר היא מלווה באמצעי ביקורת מוסדיים, כדי לשמור על חירות הפרט. בפועל, תחת פרשנות פורמליסטית של הדוקטרינה, אימצו בתי המשפט גישה פסיבית כלפי שיקול דעת התביעה – מהעמדה לדין ועד אישור הסדר טיעון – ונסוגו בכך מתפקידם הפונקציונלי בהכרעה באשמה ובענישה ובפיקוח מהותי על התביעה. לאחרונה, במסגרת דנ"פ רותם,¹³ נדרש בית המשפט העליון לשאלה של גבולות הביקורת השיפוטית על שיקול דעתן של רשויות התביעה בהליך הפלילי, ובפרט – אם ניתן להחיל על החלטות התביעה בנוגע להעמדה לדין עילות ביקורת שמקורן במשפט המנהלי, ובראשן סבירות ומידתיות.¹⁴ רפי רותם, קצין חקירות לשעבר ברשות המיסים,

9 שארל לואי דה סקונדה ברון דה מונטסקייה **על רוח החוקים** 148 (קלוד קליין עורך, עידו בסוק מתרגם 1998).

10 תיאור זה של הפרדת הרשויות מופיע אצל M. J. C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS 14 (2d ed. 1998).

11 במאמר זה המונח "ביקורת שיפוטית" יפורש כמובן רחב, הכולל גם את רכיב ה"בקרה השיפוטית", קרי תפקידו של בית המשפט לבחון את התשתית הראייתית ולאשר הסדרי טיעון.

12 ראו דיון להלן, בפרק א.1.

13 דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (נבו 15.12.2021) (להלן: דנ"פ רותם).

14 יש הרואים בהלכת בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקון אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו 6.2.2006) (להלן: עניין ניר עם כהן), שלפיה הפורום הנאות לדון בטענות כנגד התביעה בעניין כתב האישום הוא בפני הערכאה הדיונית, הלכה המבססת את סמכות הערכאה הדיונית לדון בטענות מהשדה המנהלי, שעניינן חוסר סבירות וחוסר מידתיות של התנהלות הרשות. הלכה זו כונתה "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים".

אשר ניהל מאבק ממושך כדי שטענותיו בדבר שחיתות יתבררו, הורשע בבית משפט השלום בעבירות של העלבת עובד ציבור, הפרת הוראה חוקית והטרדה באמצעות מתקן בזק, לאחר שבמהלך מאבקו הטריד פקידי ציבור, פרקליטים ושוטרים.¹⁵ בערעור למחוזי זוכה מעבירות הטרדה מכוח עקרון שיוריות המשפט הפלילי – עיקרון הקובע כי יש להפעיל את המשפט הפלילי כמוצא אחרון, לאחר שנקבע כי היה אפשר להסתפק באמצעים חלופיים, כגון צו למניעת הטרדה מאיימת.¹⁶

עקרון שיוריות המשפט הפלילי נובע בהיבט החוקתי מהחלת דרישת המידתיות בהליך הפלילי.¹⁷ על רקע זה התעוררה השאלה המשפטית אם החלטת התביעה להגיש כתב אישום כפופה לביקורת שיפוטית בעילות של סבירות ומידתיות. במסגרת הליך רשות הערעור ביטל בית המשפט העליון ברוב דעות את זיכוי והורה על הרשעתו, בקובעו כי השאלה של סבירות ההעמדה לדין ומידתיות אינה פתוחה לבחינה.¹⁸ שאלה זו נדונה שוב בדיון הנוסף, ובו נקבע, ברוב דעות, כי ככלל אין להעלות טענות מסוג חוסר סבירות וחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום. ואולם, כאשר יועלו טענות מעין אלו, יש לבחון אותן במבחניה של דוקטרינת "הגנה מן הצדק" בלבד.¹⁹

אלא שהדיון נותר תאורטי ואינו מתמודד עם השאלה המעשית: האם מתקיימת ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות התביעה? קושי זה בולט במיוחד נוכח תהייתו של השופט סולברג כי "נוכח קיומו של מנגנון ביקורת שיפוטית מובנה במסגרת ההליך הפלילי, שבגדרו מתבררת האשמה שמייחסת התביעה לנאשם, עולה השאלה אם ישנה הצדקה לקיומו של מנגנון ביקורת שיפוטית נוסף, בעל אופי מינהלי?".²⁰ ואולם, הנחה זו – שלפיה מתקיימים מנגנוני בקרה שבגדרם מתבררת האשמה – אינה מתיישבת עם הפרקטיקה הדיונית שלפיה מרבית ההליכים מסתיימים בהרשעה על בסיס הודאתו של הנאשם בלא בחינה שיפוטית של התשתית הראייתית.²¹ יתרה מכך, הודאות רבות

ראו רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" **הסניגור** 4, 190 (2013); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב" **הסניגור** 4, 202 (2014); רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" **ספר אליהו מצא** 541, 536, 529 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015).

15 ת"פ (שלום ת"א) 37958-02-15 **מדינת ישראל נ' רותם** (נבו 28.11.2016) (גזר דין).

16 ע"פ (מחוזי ת"א) 23813-01-17 **רותם נ' מדינת ישראל**, פס' 1, 11 (נבו 7.9.2018) (להלן: עניין **רותם** במחוזי). לדיון במחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט בדבר יישומו של עקרון שיוריות המשפט הפלילי בעניין זה, ראו פסק הדין החלקי ע"פ (מחוזי ת"א) 23813-01-17 **רותם נ' מדינת ישראל** (נבו 4.6.2018).

17 ראו דנ"פ **רותם**, לעיל ה"ש 13, בפס' 93–98 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

18 רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם**, פס' 49 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 5.5.2020) (להלן: רע"פ **רותם**).

19 דנ"פ **רותם**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 136 (סיכום פסק הדין).

20 רע"פ **רותם**, לעיל ה"ש 18, בפס' 20 לפסק הדין של השופט סולברג.

21 לפירוט שיעור ההרשעות על בסיס הודאות באשמה והסדרי טיעון ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** (מחלקת המחקר של הרשות

מתקבלות במסגרת הסדרי טיעון, שבהם תפקיד בית המשפט מצטמצם בדרך כלל לאישור פורמלי של ההסכמות, אגב התערבות חריגה בלבד כאשר העונש שהוסכם סוטה במידה ניכרת מהאיוון הראוי. כך מועברת האחריות לקביעת האשמה והענישה לידי הצדדים, ובעיקר לידי התביעה, שהיא הצד החזק במשא ומתן, וההליך, כפי שיובהר להלן, מקבל אופי מעין-מנהלי שבו ההחלטות המהותיות מתקבלות בידי התביעה ללא בקרה שיפוטית אפקטיבית.²²

ההליך האדוורסרי מאופיין בפסיביות שיפוטית לכל אורכו – החל מהחלטת התביעה על העמדה לדין וכלה בסיום התיק בהסדר טיעון. הספרות עסקה בהרחבה בהימנעות השיפוטית מביקורת על הסדרי טיעון²³ ובריסון השיפוטית כלפי שיקול דעתה של התביעה בהעמדה לדין.²⁴ אבקש להפנות את הזרקור לקשר ההדדי בין שני מוקדים אלה: מחד גיסא, דומיננטיות שיטת ההסדרים מעצימה את כוחה של התביעה כבר בשלב הראשוני של העמדה לדין; ומאידך גיסא, הפסיביות השיפוטית באותו שלב מסיגה את בית המשפט מתפקידו הפונקציונלי בהכרעה באשמה ובענישה בסוף ההליך. אטען כי הגישה הפסיבית מביסה את עצמה: היא נסמכת על הצדקה פורמליסטית שלפיה תיערך בקרה שיפוטית בשלב ההכרעה הסופית, אך בפועל היא מובילה לאשרור של הסכמות הצדדים בלא בקרה מהותית ובכך מבטלת את ההצדקה שעליה היא נשענת.

אינני מתיימר לדון במאמר זה בכל כשליה של שיטת ההסדרים או במכלול עוצמתה של התביעה, אלא להתמקד בהשפעת הפסיביות השיפוטית על מקומו של בית המשפט במערך האיוונים והבלמים. הטענה המרכזית היא שבהליך הפלילי תפקידו הפונקציונלי של בית המשפט כולל מלכתחילה ביקורת על פעולת התביעה. ואולם, אין להיצמד לפרשנות פורמליסטית של עקרון ההפרדה, אלא יש לאמץ קריאה תכליתית של תפקידו הפונקציונלי של בית המשפט, כזו שמחייבת ביקורת שיפוטית אקטיבית שאינה מוגבלת לגבולות הפורמליים.

חלקו הראשון של המאמר, פרק א', יסקור את התשתית הנורמטיבית של עקרון הפרדת הרשויות בהקשר הפלילי ואת אמצעי הבקרה השיפוטיים המובנים בהליך. פרק ב' יבחן את אופן המימוש של אמצעי הבקרה בפועל, והיעדרם, אגב הבחנה בין שני המוקדים: העמדה לדין והסדרי טיעון. פרק ג' יעמוד על המשמעויות המוסדיות של הפסיביות השיפוטית וידגיש את כשלי ההצדקה הפורמליסטית. לבסוף, פרק ד' יציע תיקון שנועד

השופטת והמרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה (2012) (להלן: גזל-אייל ואח' **שיעורי הרשעה**). עוד ראו להלן ה"ש 109 וטקסט גלויה.

22 ראו דיון להלן, בפרק ב.2.

23 ABRAHAM S. GOLDSTEIN, THE PASSIVE JUDICIARY: PROSECUTORIAL DISCRETION AND Rachel E. Barkow, *Separation of Powers and the* ; THE GUILTY PLEA 59–67 (1981) Daniel Epps, *Checks and* ; Criminal Law, 58 STAN. L. REV. 989, 1031–34 (2005) Carissa Bryne ; *Balances in the Criminal Law*, 74 VAND. L. REV. 1, 16 (2021) Hessick, *Separation of Powers Versus Checks and Balances in the Criminal Justice System: A Response to Professor Epps*, 74 VAND. L. REV. EN BANC 159, 171 (2021)

24 רות גביון **שיקול-דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם** 168–133, 211–227 (1991); מיכל טמיר **אכיפה סלקטיבית** 263–296 (2008).

להשיב את תפקידו הפונקציונלי-ביקורתי של בית המשפט בהליך הפלילי. כפי שאטען, ההליך הפלילי מלמד כי אין די בהפרדה פורמלית בין רשויות השלטון ולא באמצעי הבקרה השיפוטיים המובנים בהליך, שכן בלא ביקורת אקטיבית, גם אמצעי הבקרה הפורמליים מאבדים מכוחם. כדי להבטיח את תקינותו הביקורתית של בית המשפט נדרשת אפוא פרשנות תכליתית לתפקידו הפונקציונלי של בית המשפט והפעלת ביקורת שיפוטית אקטיבית לאורך כל שלבי ההליך – הן בשלב העמדה לדין והן בהכרעה בשאלות האשמה והענישה בתיק הפלילי.

א. עקרון הפרדת הרשויות בהליך האדוורסרי הפלילי

1. דוקטרינת הפרדת הרשויות והמחלוקת הפרשנית

עקרון הפרדת הרשויות נמנה עם עקרונות היסוד של המשטר החוקתי. הוא מבוסס על שלושה רכיבים עיקריים: (1) הפרדה פונקציונלית בין סמכויות החיקוק, הביצוע והשיפוט; (2) ביזור הכוח בין הרשויות ובעלי התפקידים לצד הפרדה מוסדית ופרסונלית כדי למנוע ריכוז סמכויות בידי גוף יחיד; (3) ומערך של איזונים ובלמים שמאפשר לכל רשות לפקח על רעותה ולמנוע שימוש לרעה בסמכות.²⁵

הקונצנזוס הרווח בשיח המשפטי רואה בהפרדה פונקציונלית, ביזור סמכויות ואיזונים ובלמים שלושה נדבכים משולבים.²⁶ כבר מדיסון, ממנסחי החוקה האמריקאית וממחברי **הפדרליסט**, סבר שהפרדה מוחלטת בין הרשויות היא אי-הבנה של מונטסקייה,²⁷ שכן ריכוז מוחלט של פונקציה בידי רשות אחת עלולה להוביל לפגיעה בחירות הפרט.²⁸ לגישתו, הפרדת הרשויות מחייבת אפוא עירוב כל רשות בתחומה של האחרת, אגב מתן כלים פרוצדורליים שיאפשרו לכל הרשויות לבקר זו את זו.²⁹ עם זאת, לצורך חידוד ההבחנה המושגית, הציע וולדרון להבחין בין שלושת העקרונות הללו – הפרדה פונקציונלית, ביזור ואיזונים – והוסיף עקרונות משלימים כדוגמת דו-בתיות

25 לתיאור אידיאל זה של הפרדת הרשויות, ראו VILE, לעיל ה"ש 10, בעמ' 14. וייל מבחין בין הפרדת סמכויות פונקציונלית, הפרדה מוסדית בין הרשויות והפרדת בעלי תפקידים (ביזור הכוח בין בעלי התפקידים), כאשר כתוצאה של ההפרדות הללו מתאפשרים איזונים ובלמים.

26 ראו דיון אצל M. Elizabeth Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 VA. L. REV. 1127, 1147–52 (2000).

27 **הפדרליסט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245.

28 שם, בעמ' 250; ראו גם עמדתו של השופט אהרן ברק בבג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט (3) 141, 158 (1985).

29 כותבי **הפדרליסט**, לעיל ה"ש 1, שילבו בין תפיסה פונקציונלית של הפרדת רשויות לבין ה-Mixed Regime שהתקיים באנגליה, שבמסגרתו בוזר הכוח בין קבוצות חברתיות שונות כך שכל קבוצה חברתית איזנה את רעותה. ראו VILE, לעיל ה"ש 10, בעמ' 164–168.

ופדרליזם.³⁰ בפרט הדגיש וולדרון את ההפרדה הפונקציונלית לא רק כאמצעי לביזור כוח, אלא כערובה לשלמות מוסדית (integrity) של כל רשות, ולמשילות אחראית, עקיבה וכפופה לשלטון החוק.³¹ השיח התאורטי מעלה מתחים בין גישות שונות לעקרונות ההפרדה. אחת המחלוקות המרכזיות היא בין הגישה הפורמליסטית הרואה בהפרדת הרשויות עיקרון של גבולות ברורים לבין הגישה הפונקציונלית-גמישה, המבכרת גישה תכליתית של איזונים ובלמים.³² אסקרידג' מערער על ההנגדה וטוען כי גם התפיסה הפורמליסטית מבוססת על עמדה פונקציונלית בבסיסה, ואילו עמדה פונקציונלית אינה יכולה להתעלם מגבולותיה הפורמליים.³³ מגיל מוסיפה כי הוויכוח האמיתי אינו בין פונקציונליזם לפורמליזם, אלא בין מודל של הפרדה פונקציונלית, הכולל בתוכו ביזור כוח, לבין מודל של איזונים ובלמים. לשיטתה, ביזור הכוח אינו יוצר בהכרח איזון, ויש צורך בתחרות ומערך של איזונים.³⁴ ואולם, בעוד הדיון המשפטי והאקדמי התמקד בעיקר ביחסי הרשויות בהקשר החוקתי ובשאלה עד כמה לצד תפקידיהן הפונקציונליים יש להן גם סמכות לבקר זו את זו, הרי שבהליך הפלילי, כפי שיובהר להלן, כל שלושת העקרונות – הפרדה פונקציונלית, ביזור הכוח והאיזונים והבלמים – מתממשים באופן מובנה במסגרת תפקידו הפונקציונלי של בית המשפט.

2. ביזור הכוח ואיזונים ובלמים בהליך הפלילי

עקרון הפרדת הרשויות והאיזונים והבלמים נועדו להגן על חירות הפרט מפני כוחה של המדינה. בהליך הפלילי הפגיעה האפשרית בחירות חריפה במיוחד עת המדינה מפעילה את סמכותה הכופה על דרך חיפוש, תפיסה, חקירה, מעצר, העמדה לדין והטלת ענישה. מונטסקייה ראה בכוח של השלטון לאסור אנשים ללא הליך שיפוטי מקור לסכנה תמידית,³⁵ ואילו המילטון הדגיש בפדרליסט כי "מנהג המאסרים השרירותיים היו בכל הדורות הכלים המועדפים והנוראים ביותר של העריצות".³⁶

30 Jeremy Waldron, *Separation of Powers in Thought and Practice?*, 54 B.C. L. REV. 433, 438 (2013).

31 שם, בעמ' 466.

32 ראו למשל Peter L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions—A Foolish Inconsistency?*, 72 CORNELL L. REV. 488 (1987). כך גם בשיח המשפטי בישראל, הוויכוח הוא בין תפיסה גמישה של הפרדת רשויות לתפיסה קשיחה. ראו עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** 19–24 (2019).

33 William N. Eskridge, Jr., *Relationships Between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases*, 22 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 21, 26–29 (1998).

34 Magill, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1129–1131, 1142–1143.

35 מונטסקייה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 150 ("אם הרשות המחקקת מניחה לרשות המבצעת את הזכות לכלוא אזרחים המסוגלים לערוב להתנהגותם הטובה, אין עוד חירות").

36 הפדרליסט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428.

בהליך הפלילי הכוח מבוזר בין כלל הרשויות: המחוקק, רשויות האכיפה (השיטור, החקירה והתביעה), בתי המשפט וחבר המושבעים,³⁷ אגב שיוך פונקציה נפרדת לכל בעל תפקיד.³⁸ כך, המחוקק מפליל את מעשה העבירה על דרך חקיקה, רשויות האכיפה אוכפות את האיסור הפלילי על ידי חקירה, תפיסה, מעצר והעמדה לדין, ואילו בית המשפט, או לחלופין חבר המושבעים, נדרשים להכריע באשמה, כאשר לבסוף בית המשפט הוא בעל הסמכות להטיל ענישה. על כך יש להוסיף את רשויות הכליאה, שתפקידן לאכוף את הענישה.

המשמעות המעשית של חלוקת הפונקציות השלטוניות בהליך הפלילי היא שבטרם שלילת חירות יש להבטיח את הסכמתם של כלל בעלי התפקידים. כך, קצין משטרה רשאי שלא לפתוח בחקירה בעבירה שאינה פשע אם הוא סבור שהנסיבות אינן מתאימות לחקירה,³⁹ תובע יכול להימנע מהעמדה לדין אם לשיטתו הראיות אינן מספיקות לאישום או הנסיבות אינן מתאימות⁴⁰ ובית המשפט יכול להימנע מהרשעה וענישה על ידי זיכוי,⁴¹ ביטול הרשעה⁴² או הטלת אמצעי חלופי לענישה במאסר.⁴³ לצד זאת, לנשיא המדינה מוקנית סמכות החנינה.⁴⁴ בדרך זו, על ידי ביזור הכוח השלטוני וההפרדה הפונקציונלית בין בעלי התפקידים, הפרדת הרשויות יוצרת מנגנון של "זכות וטו מוסדית", שבמסגרתו כל גוף ובעל תפקיד יכולים לבלום את הפגיעה בחירות הפרט.⁴⁵

ביזור הכוח וההפרדה הפונקציונלית מקבלים את ביטויים המובהקים במסגרת השיטה האדוורסרית, שהיא המסגרת הדיונית של המשפט הפלילי בישראל.⁴⁶ השיטה מבוססת

- 37 אף שבישראל שיטת המושבעים אינה נוהגת, מוסד חבר המושבעים נתפס כחלק בלתי נפרד מההליך האדוורסרי.
- 38 Epps, לעיל ה"ש 23, בעמ' 8–9.
- 39 ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: חסד"פ).
- 40 שם, בס' 62(א).
- 41 שם, בס' 182.
- 42 שם, בס' 192א.
- 43 אמצעי הענישה הנתונים לבית המשפט מגוונים וכוללים עונש מאסר, עבודת שירות, מאסר על תנאי, קנס, צו שירות לתועלת הציבור, צו התחייבות, פיצויים וצו מבחן. ראו ס' 41–86א לחוק העונשין, התשל"ז–1977.
- 44 ס' 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה.
- 45 Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 1031; Hessick, לעיל ה"ש 23, בעמ' 159–160, 165–167.
- 46 בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, 297–298 (1957); ע"פ 153/60 שפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 263, 268 (1961); ראו גם עמנואל גרוס "שיטת הדיון האדוורסרית בהליך הפלילי – האם היא מאפשרת אקטיביזם שיפוטי?" **עיוני משפט** יז 867, 876–877, 884–886 (1993) (לעניין חלוקת הסמכויות בשיטה האדוורסרית והחלתה בישראל).

על חלוקת תפקידים ברורה: התביעה וההגנה מופקדות על העלאת טענות, חקירת עדים והבאת ראיות, ואילו בית המשפט משמש גורם ניטרלי המכריע על בסיסן.⁴⁷ ואולם, ההליך האדוורסרי הפלילי אינו מסתפק בהפרדה ובכיוון בלבד. בליבו מתקיימים מנגנוני בקרה שיפוטיים, ובראשם החובה המוטלת על בית המשפט לאמוד את ראיות התביעה ולהכריע בשאלת האשמה והענישה הראויה.⁴⁸ לצד זאת, לבית המשפט סמכויות פיקוח על התנהלותן של רשויות התביעה והאכיפה במסגרת דוקטרינת הגנה מן הצדק⁴⁹ והפסילה הפסיקתית.⁵⁰ סמכויות אלו משקפות את עקרון האזונים והבלמים ומעגנות את תפקידו הביקורתי של בית המשפט נוכח כוחה הרב של התביעה בהליך הפלילי.

מכאן עולה כי ההליך הפלילי האדוורסרי משלב בתוכו את שלושת עקרונותיה של דוקטרינת הפרדת הרשויות – הפרדה פונקציונלית, ביזור סמכויות ואזונים ובלמים – באופן מובנה. בהליך זה, סמכויות הבקרה של בית המשפט הן חלק מליבת תפקידו הפונקציונלי. ההפרדה המוסדית הפורמלית מוסיפה נדבך נוסף: היא מקנה לגיטימציה לבית המשפט בהכרעתו בסכסוך שבו מעורבות רשויות השלטון⁵¹ ומבטיחה את עצמאותו בביקורת על רשויות האכיפה בהליך.⁵²

סמכויות הבקרה השיפוטיות אינן אפוא רק תוספת חיצונית, אלא חלק אינטגרלי מן המבנה הפורמלי של ההליך. עקב כך, קריאה פורמליסטית של תפקידו הפונקציונלי של בית המשפט תכלול בתוכה אזונים ובלמים. השאלה המרכזית היא כיצד יש לפרש את

47 קנת מן "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" הפרקליט לח 466, 467–466 (1989) (להלן: מן "אפליית נאשמים").

48 ראו ס' 182, 193 לחסד"פ; ס' 40–40טו לחוק העונשין.

49 דוקטרינת הגנה מן הצדק הוכרה לראשונה במסגרת ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 370, 221 (1996) ועוגנה בשנת 2007 במסגרת ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז–2007, ס"ח 308. ראו דיון להלן, בפרק ב.1.

50 דוקטרינת הפסילה הפסיקתית פותחה לראשונה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006). סמכותו של בית המשפט לפסול ראיות אם קבלתן תפגע בזכות להליך הוגן ועוגנה בשנת 2022 בס' 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, במסגרת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב–2022, ס"ח 984.

51 MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 1–2, 7–8 (1981).

52 ההליך האדוורסרי, על כלליו הפרוצדורליים והראייתיים – ובהם איסור עדות שמיעה, דרישות לתוספת ראייתית לעדות שותפים והצורך בהוכחתה של חופשיות ההודאה – התפתח במאה השמונה עשרה על דרך החלטות שיפוטיות ככלי לבלימת כוחה של המדינה ולהגנה על חירות הפרט. ההיסטוריון המשפטי לנגביין הדגיש את תפקידם של בתי המשפט בפיתוח הגנות אלה, אולם רק משהובטחה לשופטים עצמאות מוסדית – באמצעות מגבלות על פיטוריהם ועיגון מינוי לכל החיים – חל המפנה שאפשר לבתי המשפט לתקוע טריז של ממש בפני כוח המדינה. ראו JOHN H. LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL 5, 172 (2003); עוד ראו Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary: The Case of England*, 72 S. CAL. L. REV. 597, 598 (1998).

גבולות הביקורת של בית המשפט: האם להסתפק בקריאה פורמליסטית או שמא לאמץ קריאה תכליתית המאפשרת ביקורת מהותית לאורך כל שלבי ההליך, גם אם הדבר יצריך גמישות מסוימת ממסגרת הביקורת הפורמלית? שאלה זו תעמוד בלב הדיון בהמשך המאמר.

ב. ההליך הפלילי בישראל בפועל – היעדרה של ביקורת שיפוטית

ביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק איננה תופעה חדשה בהליך הפלילי בישראל. במשטר החוקתי לבית המשפט תפקיד מרכזי בהגנה על חירויות הפרט, וביתר שאת בהליך פלילי שבו חירותו ושמנו הטוב של האזרח מונחים על הכף.⁵³ כאמור לעיל, ההליך הפלילי כולל כמה מנגנוני בקרה שיפוטיים. בראש ובראשונה מוטלת על בית המשפט החובה לאמוד את ראיות התביעה ולהכריע בשאלות האשמה והענישה.⁵⁴ נוסף על כך, מאחר שההליך מתנהל באכסניית בית המשפט,⁵⁵ מוקנית לו הסמכות לקבוע אילו ראיות תתקבלנה לדיון המשפטי – בין אם באמצעות כללי הקבלות והדרישות לתוספת ראיות,⁵⁶ ובין אם באמצעות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המקנה לו סמכות לפסול ראיות שהושגו תוך פגיעה מהותית בהוגנות ההליך.⁵⁷ עוד נתונה לו הסמכות לבקר את כתב האישום עצמו, אם באמצעות טענות מקדמיות שעניינן תקינותו וחוקיותו של כתב האישום,⁵⁸ ואם במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שבכוחה להביא לביטול אישום מקום שבו ניהול ההליך פוגע בעקרונות הצדק וההגינות.⁵⁹ לבסוף, לנוכח היותן של רשויות החקירה והתביעה גופים מנהליים, פתוחה גם הדרך לעתירה לבג"ץ על בסיס עילות מנהליות מקובלות.⁶⁰

לכאורה, מדובר במערך נורמטיבי עשיר של אמצעי בקרה, אולם בפועל בתי המשפט נוקטים ריסון ניכר בהפעלתו. הריסון מתחדד במיוחד בשתי נקודות מפתח: בהחלטה על העמדה לדיון, שבה מוענק לתביעה שיקול דעת רחב ביותר, ובסיום מרבית התיקים על דרך של הסדר טיעון. חלק מן הריסון הזה נובע מהמודל האדוורסרי, המחייב את בית המשפט לשמור על ניטרליות במהלך ההליך.⁶¹ אלא שבעוד ההנחה היא שבסופו של דבר

53 ראו דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 28–38 לפסק הדין של השופט פוגלמן ופס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

54 ס' 182, 193 לחסד"פ.

55 ע"פ 2793/09 איליאבייב נ' מדינת ישראל (נבו 6.5.2009).

56 ראו לדוגמה ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 141, 150–151 (1987).

57 ס' 56א לפקודת הראיות.

58 ס' 149 לחסד"פ.

59 שם, בס' 149(10); עניין יפת, לעיל ה"ש 49.

60 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508 (1990); דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

61 Lon L. Fuller, *The Adversary System*, in TALKS ON AMERICAN LAW 35, 36 (Harold J. Berman ed., 1972).

תתקיים הכרעה שיפוטית מלאה באשמה, בענישה ובטענות המשפטיות,⁶² בפועל השתרשה פסיביות שיפוטית דווקא בצמתים הקריטיים של ההליך, שבהם נדרשת בקרה שיפוטית אפקטיבית. בפרק זה אדגים תחילה כיצד מתבטאת פסיביות זו בהחלטה על עצם ההעמדה לדין, ולאחר מכן אראה כיצד היא מתעצמת במשטר ההסדרים הדיוניים שהפך לדרך המלך לסיום ההליך הפלילי.

1. היעדרה של ביקורת שיפוטית על החלטת התביעה על העמדה לדין

החלטת התביעה על הגשת כתב אישום היא צומת מרכזי: היא מסמנת את פתיחת ההליך הפלילי, משנה את מעמדו של אדם לנאשם בפלילים ופוגעת באופן דרמטי בחייו, בשמו הטוב ובחירותו.⁶³ אף שמדובר בהחלטה בעלת גוון מעין-שיפוטי, המשלבת הערכה ראייתית עם שיקולי עניין ציבורי,⁶⁴ התפיסה שהשתרשה מקנה לתביעה שיקול דעת רחב ביותר.⁶⁵

רוחב שיקול הדעת של התביעה אינו גזירת הגורל. בשני העשורים הראשונים לקום המדינה התקיים מוסד ה"חקירה המוקדמת", שבמסגרתו נדרשה התביעה להציג את ראיותיה בפני שופט שלום ולקבל היתר שיפוטי להגשת כתב האישום בעבירות פשע חמור.⁶⁶ מוסד זה נועד לשמש טריז מפני אישומים בלתי מבוססים⁶⁷ ולהבטיח פיקוח שיפוטי על הראיות בטרם תחילת ההליך.⁶⁸ ואולם, ביטולו בחוק סדר הדין הפלילי משנת

62 שם; מן "אפליית נאשמים", לעיל ה"ש 47, בעמ' 466–467.

63 דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 28 לפסק הדין של השופט פוגלמן; ראו גם בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 743–742, 550 (2008).

64 ברקאו מסווגת את ההחלטה בדבר הגשת כתב אישום כהחלטה מעין-שיפוטית, היות שמדובר בהחלטה המחייבת הכרעה לכאורית בדבר האשמה והענישה, Rachel E. Barkow, *Institutional Design and the Policing of Prosecutors: Lessons from Administrative Law*, 61 STAN. L. REV. 869, 898–99 (2009) (להלן: Barkow, *Institutional Design*). ראו גם דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 88 (2010).

65 החלטה זו נתפסת במסורת האנגלו-אמריקאית כהחלטה ריבונית של התביעה, המכילה שיקול דעת רחב. ראו גביוון, לעיל ה"ש 24, בעמ' 181–183.

66 ס' 13 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה), 1924, חא"י 446. בשנת 1958, החובה לקבלת אישור שיפוטי לאישומים בוטלה על ידי המחוקק, ונקבע מנגנון ברירה בעבירות חמורות בלבד שדינן מאסר של עשר שנים או יותר, באותם מקרים שבהם יתבקש על ידי היועץ המשפטי או ההגנה. ראו ס' 5, 8 לחוק לתקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), התשי"ח–1958, ס"ח 54.

67 פ. דיקשטיין "שווי המשקל בין המאשים לנאשם במשפט" **הפרקליט** 12, 13 (1944).

68 תפקידו של בית המשפט לפי ס' 18 לפקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה) היה לבחון אם הראיות מספיקות לאישום, ולחלופין לסלק את האשמה. במסגרת ההליך ניתנה להגנה האפשרות לזמן את עדי התביעה ולחוקרם ואף להביא ראיות מטעמה. שם, בס' 16(2).

1965⁶⁹ יצר ואקום בפיקוח השיפוטי. הביקורת המוקדמת על הגשת האישום נעלמה, ובמקומה נותרו שני נתיבי פיקוח מרכזיים על האישומים – בג"ץ וההליך הפלילי עצמו – שניהם מצומצמים בהיקפם.

(א) מסלול הבג"ץ

החלטת התביעה על הגשת כתב אישום נחשבת להחלטה של גוף מנהלי, הכפופה באופן עקרוני לפיקוחו של בג"ץ, ככל החלטה מנהלית אחרת. במסגרת זו מוסמך בית המשפט לבחון את שיקול הדעת של התביעה בעילות המקובלות – חוסר סבירות, שיקולים זרים, משוא פנים או אפליה. ואולם, כבר מראשית הדרך הבהיר בג"ץ כי התערבות בהחלטות התביעה תיעשה במשורה ורק במקרים חריגים. בית המשפט הדגיש כי תפקידו של בג"ץ הוא אך בבחינת תום הלב של הרשות, ואין בביטולו של מוסד החקירה המוקדמת כדי לשנות את מבחן ההתערבות של בג"ץ בהחלטות התביעה, אשר משתרע על תחום מצומצם.⁷⁰

עם השנים נוספו עילות התערבות:⁷¹ שיקולים נפסדים,⁷² שיקולים פסולים,⁷³ שיקולים זרים,⁷⁴ משוא פנים⁷⁵ והחלטות שיש בהן משום שרירות,⁷⁶ אפליה⁷⁷ ועיוות מהותי.⁷⁸ פרשת גנור, בסוף שנות השמונים, סימנה הרחבה ניכרת כאשר בית המשפט התערב באופן תקדימי בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה והורה על העמדת המעורבים לדין,⁷⁹ אגב העמדת החלטתה של התביעה בסטנדרט המנהלי של תום לב, הגינות וסבירות.⁸⁰ ואולם, חרף הרחבתו של סטנדרט ההתערבות נמנעו בתי המשפט לאחר מכן, הלכה למעשה, מהתערבות בשיקול דעתה של התביעה⁸¹ ומצאו לנכון להדגיש כי התערבות תיעשה במקרים חריגים בלבד,⁸² לצד הכרה בכך ששיקול דעתה של הרשות

-
- 69 חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה–1965, ס"ח 161.
- 70 בג"ץ 340/72 נייני נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 325, 330–329 (1973).
- 71 טמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 273–283.
- 72 בג"ץ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח 29, 31 (1964).
- 73 בג"ץ 746/80 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 453, 455 (1981).
- 74 בג"ץ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 406, 411 (1988).
- 75 בג"ץ 334/77 גולן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 262, 264 (1977).
- 76 בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, לז(4) 326, 334–335 (1983).
- 77 בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 736 (1989); עניין גנור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 512; ראו גם טמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 278–280.
- 78 בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(2) 634, 641 (1980).
- 79 עניין גנור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 516–518.
- 80 שם, בעמ' 508, 511.
- 81 טמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 280.
- 82 בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425, 429–430 (1996).

בתחום החקירה, ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי הינו רחב ביותר.⁸³ ההתערבות השיפוטית מצומצמת אף יותר כשעסקין בשאלה של דיות הראיות.⁸⁴ יתרה מכך, בניגוד להחלטות על סגירת תיק – שבהן אין לנפגע העבירה מזוור אחר מלבד עתירה לבג"ץ – כשמדובר בטענות של נאשם נגד עצם הגשתו של כתב אישום חסם בית המשפט את המסלול המנהלי הלכה למעשה. בעניין ניר עם כהן נקבע כי על הנאשם להעלות את טענותיו במסגרת ההליך הפלילי גופו.⁸⁵ הלכה זו חזרה ונשנתה בפסיקה⁸⁶ ואושרה לאחרונה בדנ"פ רותם,⁸⁷ שם נקבע כי טענות נגד עצם ההעמדה לדין צריכות להתברר בפני הערכאה הדיונית במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק.⁸⁸ בכך נסגר אפיק העתירה לבג"ץ בכל הנוגע להחלטות התביעה על הגשת כתב אישום.

(ב) מסלול הגנה מן הצדק

עד ראשית שנות התשעים לא עמד לנאשם כלי אפקטיבי להשיג על עצם החלטתה של התביעה להגיש כתב אישום מטעמי צדק והגיונות. סדר הדין הפלילי מנה שורה של טענות מקדמיות, אולם אלו התמקדו בעיקר בפגמים פורמליים בכתב האישום – חוסר סמכות, פגם צורני, סיכון כפול, חסינות, התיישנות או חנינה.⁸⁹ אומנם במסגרת טענות אלה ניתן היה להצביע על אי-עמידה בהוראות החוק⁹⁰ או בנוהלי האכיפה,⁹¹ אך לא הוכרה הסמכות לבחון את החלטת התביעה לגופה.⁹²

- 83 בג"ץ 308/17 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 (נבו 17.7.2017).
- 84 בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659, 666 (2000).
- 85 עניין ניר עם כהן, לעיל ה"ש 14, בפס' 5.
- 86 ראו למשל בג"ץ 1738/22 שרמן נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 8 (נבו 27.4.2022); בג"ץ 5067/16 ברגותי נ' התובע הצבאי, פס' 7 (נבו 15.9.2016); בג"ץ 7731/12 י.ב. ורד הכרמל נ' מדינת ישראל, פס' 6 (נבו 14.1.2013).
- 87 על כך הייתה הסכמה רחבה של כלל שופטי ההרכב המורחב למעט השופט שטיין. ראו דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13.
- 88 שם, בעמ' 136.
- 89 ס' 149(1)–(9) לחסד"פ.
- 90 קיימת פסיקה רבה אשר אגב הדיון הפלילי מבקרת את כתב האישום לנוכח פגם פורמלי בהיעדר אישור מטעם היועמ"ש. ראו למשל ע"פ 6/80 חסבלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 725 (1980); ע"פ 5715/91 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 17.11.1992); ע"פ 10189/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 559 (2006); ע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 13.12.2015).
- 91 ראו ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פס' 34–35 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 10.9.2013), שם נקבע שסטייה ברורה ממדיניות התביעה עשויה להוביל לביטול כתב אישום; ראו גם רע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 63 (נבו 31.10.2018).
- 92 זאת למעט אמירה בודדת בשנות השבעים בע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798, 803 (1974) ("לכית המשפט סמכות טבועה לבטל אישום"). ראו דיון בעניין זה אצל ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 47–48 (מהדורה שנייה 2009).

שינוי משמעותי חל בפסק דין יפת בתחילת שנות התשעים, שבו הכיר בית המשפט לראשונה בדוקטרינת ההגנה מן הצדק כחלק מ"סמכותו הטבועה של בית-המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית".⁹³ בית המשפט הכיר בחשיבות הטענה לנוכח המשמעויות כבדות המשקל של ההחלטה בדבר העמדה לדין, אך הגביל את יישומה למקרים קיצוניים בלבד.⁹⁴ דוקטרינה זו הורחבה מאוחר יותר גם למקרים שבהם לא הייתה כוונת זדון,⁹⁵ ונקבע כי מטרתה להבטיח עשיית צדק עם הנאשם מקום שבו ההחלטה להעמידו לדין חורגת בבירור ממתחם הסבירות.⁹⁶ בשנת 2007 עוגנה הדוקטרינה בחקיקה,⁹⁷ ומאוחר יותר הוחלה גם על מצבים של רשלנות מצד הרשות;⁹⁸ בפועל נעשה בה שימוש בעיקר בטענות של אכיפה בירנית⁹⁹ ושיהוי בהגשת כתב אישום.¹⁰⁰

אולם אליה וקוץ בה. עם הכנסת אמות המידה המנהליות של סבירות לשדה הפלילי, והצורך לאזן שיקולי הגינות עם שיקולי אשמה,¹⁰¹ נמנעו בתי המשפט מהכרעה דיכוטומית בטענות ההגנה כנגד כתב האישום מייד לאחר העלאתן¹⁰² והחלו לדחות את מועד ההכרעה בטענות לשלב הסופי של ההליך, לשלב הכרעת הדין¹⁰³ – בין אם לצורך שמיעת ראיות לצורכי ההכרעה בטענה המקדמית¹⁰⁴ ובין אם מתוך רצון לשקלל שיקולים

93 עניין יפת, לעיל ה"ש 49, בעמ' 370, 378.

94 שם, בעמ' 359, 370.

95 רע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 808, 776 (2005).

96 שם.

97 המחוקק ביקש לאמץ במפורש את מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק" שנקבע שם, בעמ' 806. ראו דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז–2007, ה"ח 138.

98 עקרון ההגנה מן הצדק הורחב ברע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (נבו) 31.10.2018 למקרים של אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון, קרי כאשר האפליה היא פרי מעשה של מחדל ורשלנות או טעות בשיקול הדעת של הרשות. שם, בפס' 88 לפסק הדין של השופט מלצר.

99 עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 95, בעמ' 814. ראו גם נקדימון, לעיל ה"ש 92, בעמ' 391–414.

100 עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 95, בעמ' 805–806; עניין ורדי, לעיל ה"ש 98, בפס' 102–109 לפסק הדין של השופט מלצר. ראו גם נקדימון, לעיל ה"ש 92, בעמ' 365–381.

101 עדיאל זימרון ונתנאל דגן "ביקורת שיפוטית על רשויות אכיפת החוק: בין מינהלי לפלילי" משפטים נב 169, 183–184 (2022).

102 הואיל וטענה מקדמית כרוכה בביטול כתב האישום, מקומה הטבעי הוא בתחילת המשפט, אולם ניתן להעלותה ולדון בה בכל שלב של המשפט. ראו דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 11 לפסק הדין של השופט אלרון; רע"פ 1498/07 הרשברג נ' מדינת ישראל (נבו) 18.3.2007; נקדימון, לעיל ה"ש 92, בעמ' 477.

103 ס' 150 לחסד"פ מקנה לבית המשפט שיקול דעת להשהות את מתן ההחלטה.

104 רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) 9.1.2014. במקרים נדירים היו שהציעו לשמוע ראיות כמעין הליך זוטא אך לצורך ההחלטה בטענה המקדמית, ראו ת"פ (מחוזי י-ם) 46180-12-12 מדינת ישראל נ' דורון, פס' 7 (נבו) 31.1.2013. ראו גם החלטתו העקרונית של השופט אינפלד במסגרת עתפ"ב (מחוזי ב"ש)

נוספים שעניינם מידת האשם וחומרת העבירה.¹⁰⁵ עקב כך, במקום להכריע לאלתר בטענה המקדמית ולבטל את האישום בשל הפגיעה בהוגנות ההליך, החל בית המשפט לאזן בין שיקולי אשמה לשיקולי צדק על ידי הותרת האישום על כנו לצד מתן הקלה בענישה,¹⁰⁶ וזאת באותם מקרים שבהם הסתיים התיק בהכרעה שיפוטית ולא בהסדר טיעון.

פסק הדין בעניין דנ"פ רותם חיזק מגמה זו. כאמור לעיל, באותו עניין נדונה השאלה אם אפשר להיעזר בנורמות מהמשפט המנהלי (מבחינת הסבירות והמידתיות) גם בהליך הפלילי. בעוד עמדת המיעוט סברה כי ניתן לערוך ביקורת שיפוטית באמצעות אמות המידה המנהליות (המשפט המנהלי בהרחבה),¹⁰⁷ עמדת הרוב הגבילה את הביקורת השיפוטית לדוקטרינת הגנה מן הצדק בלבד.¹⁰⁸ בכך צמצם בית המשפט עוד את אפשרויות הביקורת על החלטות התביעה והותיר את מסלול ההגנה מן הצדק כאפיק כמעט יחיד. אלא שכאמור לעיל, בעוד טענות של הגנה מן הצדק מוכרעות בשלב הסופי של ההליך, בפועל מרבית התיקים מסתיימים בהסדרי טיעון בלא הכרעה שיפוטית כלל.

2. משטר של הסדרי טיעון וההליך המנהלי

אם בהחלטת התביעה על עצם ההעמדה לדין ניכרת פסיביות שיפוטית המתבטאת בביקורת מצומצמת בלבד, הרי שבמשטר של הסדרי טיעון תופעה זו מועצמת עוד יותר. כאן מתבררת בבירור מגמת הנסיגה של בית המשפט מתפקידו הפונקציונלי בהכרעה באשמה ובענישה, והכוח המהותי עובר כמעט כליל לידי התביעה.

מנגנון הסדר הטיעון, המוכר במדינות המשפט המקובל, אינו חדש בנוף המשפט הישראלי והפך לדרך המקובלת להבאת תיקים פליליים לכדי סיום. כיום, מעטים מהתיקים מתנהלים עד תומם. במחקרם של גזל-אייל ואחרים מהשנים 2010 ו-2011 נמצא שלמעלה מ-90% מהנאשמים מתוך התיקים שנדגמו הודו באשמה, ושיעור ניכר מהם – 76% מהנאשמים בבתי משפט השלום ו-86% בבתי משפט המחוזיים – הודו

653-09-18 ועדה מקומית לתכנון ובניה ערד נ' ברנד, פס' 148–162 (נבו 27.5.2020), המציע להבחין אם הראיות הדרושות לצורך ההכרעה בטענה המקדמית קשורות לאישום או שמא מדובר בראיות חיצוניות לאישום.

105 ראו למשל ת"פ (מחוזי מר') 9625-07-18 מדינת ישראל נ' יונגסטור (נבו 5.4.2020); ת"פ (מחוזי ת"א) 47460-07-16 היחידה המשפטית לתיקים מיוחדים נ' ואזנה, פס' 2.4 לפסק הדין של השופטת אגמון-גונן (נבו 20.2.2018).

106 עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 95, בעמ' 808; זימרון ודגן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 210–211.

107 דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 106 לפסק הדין של השופט פוגלמן. גישתו של השופט פוגלמן תוארה על ידי המשנה לנשיאה הנדל כ"המשפט המינהלי בהרחבה". שם, בפס' 9 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

108 ראו שם, בהחלטת עמדת הרוב. נדמה כי המחלוקת בין העמדות היא דוקטרינרית מעיקרה, שהרי שיקולי סבירות כבר הוטמעו בדוקטרינת הגנה מן הצדק, ואין זה ברור מה יהיה לא סביר באופן קיצוני שאינו עומד בסתירה לעקרונות של צדק. לעניין זה ראו את הדיון שם, בפס' 9–10 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 9, 17–22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל ופס' 83 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

במסגרת הסדר טיעון.¹⁰⁹ במציאות זו נסוגו בתי המשפט מתפקידם השיפוטי בבקרה על ראיות התביעה בהרשעה על סמך הודאת הנאשם בלבד. כאשר מדובר בהסדר טיעון הכולל הסכמה בדבר הענישה¹¹⁰ תפקיד בתי המשפט מצטמצם אף יותר לאשרור פורמלי של הסכמות הצדדים בלבד.

כברירת מחדל, בית המשפט נדרש לכבד את הסכמות הצדדים.¹¹¹ אומנם לפי גישת ה"איוון" שנקבעה בהלכת פלוני על בית המשפט לבחון אם התקיים האיוון הראוי בין האינטרס הציבורי לטובת ההנאה שניתנה לנאשם במסגרת הסכמות הצדדים,¹¹² אך בפועל בית המשפט נדרש לאזן בין שיקולים שונים שמקנים מעמד בכורה להסכמות הצדדים, ובהם: שיקול הדעת של התביעה, חזקת התקינות המנהלית, חיסכון במשאבים, ערכה של ההודאה והסתמכותו של הנאשם, לצד חשיבותן של הסכמות לתפקוד המערכת.¹¹³ שיקולים אלה קיבלו ביטוי בהתערבות מינימלית של בית המשפט בהסכמות העונשיות,¹¹⁴ עד שנדמה כי נשלל ממנו שיקול הדעת בעניין.¹¹⁵

- 109 גזל-אייל ואח' **שיעורי הרשעה**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 32.
- 110 לפי נתוני גזל-אייל ואח', כ-56% מהסדרי הטיעון בבתי משפט השלום וכ-50% מההסדרים בבתי המשפט המחוזיים כוללים הסכמה לעונש (שם, בעמ' 25, תרשים 7).
- 111 ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 549, 555-556 (1972).
- 112 ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 609 (2002) (להלן: ע"פ 1958/98 **פלוני**).
- 113 שם, בעמ' 609-610; קרמניצר ולבנון הצביעו על כך שמלאכת האיוון בין השיקולים, אגב הכרה בשיקולים שמקנים משקל לשיקול דעת התביעה, הפכה את הבקרה השיפוטית לביקורת מנהלית מצומצמת. ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון: בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי** 289, 298-309 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים) (2009).
- 114 הפסיקה הדגישה כי "לא בנקל ידחה בית המשפט הסדר טיעון", ראו ע"פ 2021/17 **מצגר נ' מדינת ישראל**, פס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 30.4.2017); במחקר אמפירי שנערך באוניברסיטת חיפה אותרו 31 ערעורים על סטייה מהסדר טיעון שנדונו בבית המשפט העליון בשנים 2002-2009, לאחר פסק הדין בע"פ 1958/98 **פלוני**, לעיל ה"ש 112, ובמסגרתם 46 מערערים שונים. נמצא כי בית המשפט העליון אישר את הסטייה מההסדר רק ב-15.22% מהמקרים (שבעה מערערים), בעוד בכ-65.22% מהמקרים (30 מערערים) קיבל את הערעור ואישר את ההסדר המקורי, וב-19.57% מהמקרים (תשעה מערערים) גזר עונש ביניים, המצוי בין העונש שהוסכם בהסדר לבין העונש שהוטל בערכאה הדיונית. ראו אורלי אורן ושחר פישביין **ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון** 16-17 (עבודת גמר במסגרת סמינר "מחקר אמפירי" בהנחיית רונן פרי ואורן גזל-אייל, אוניברסיטת חיפה 2009).
- 115 ראו דבריו של השופט שמגר לפיו "על פי הפסיקה הקיימת נשלל מבית המשפט של ערכאה ראשונה, הלכה למעשה, כל שיקול דעת עצמי". מאיר שמגר "עסקאות טיעון" **ספר גבריאל בכ** 219, 221 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים) (2011).

לתביעה נתון שיקול דעת רחב בעיצוב כתב האישום, המשמש בסיס למשא ומתן, ובית המשפט כמעט אינו מתערב באשר לאופן עיצובם של תנאי ההסדר.¹¹⁶ במישור הפרוצדורלי, הנאשם מודה תחילה בכתב האישום ומורשע על סמך הודאתו, ועיקר הבקרה השיפוטית מתמקדת בענישה – וגם זאת באותם מקרים חריגים שבהם העונש שהוסכם חורג באופן ניכר מהאיוון הראוי.¹¹⁷ לבית המשפט אין בעצם כלים לאמוד את טיב ההודאה,¹¹⁸ והוא מקבל את הודאת הנאשם כעובדה מוכחת בפניו.¹¹⁹ אומנם עליו לוודא עם הנאשם כי ההודאה ניתנה מרצון חופשי ומתוך מודעות למשמעותה,¹²⁰ אך בפועל הוא מסתפק לרוב באישורו הלקוני של הסנגור שלפיו הנאשם מודה בכתב האישום ומבין את תנאיו.¹²¹ בהיעדר כלים לבחינת ההודאה,¹²² בית המשפט נסמך על תכונתו של הסנגור ועל התובע המנהל את התיק בקביעת האשמה, ותפקידו מצטמצם לאשרור ההסדר בלבד.

קשיי הבקרה הוחרפו בעקבות הפרקטיקות הניהוליות של ימי ההקראות (או "ימי מוקד") והגישור הפלילי,¹²³ אשר הוטמעו בהליך הפלילי בעשורים האחרונים לצורכי ניהול וייעול.¹²⁴ ימי ההקראות הם פרקטיקה נפוצה בבתי משפט השלום¹²⁵ ובמסגרתם נקבעים עשרות דיוני הקראה מקדמיים לפני שופט המוקד. מטרתם לייעל את ההליך באמצעות עידוד ההידברות והגעה להסכמות.¹²⁶ אומנם חלק מהדיונים נושאים אופי

- 116 בג"ץ 5961/07 פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד סב(3) 206, 242–243 (2007); ע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 112, בעמ' 589.
- 117 שם, בעמ' 611–613.
- 118 ראו עניין פלוני (א'), לעיל ה"ש 63, בעמ' 804.
- 119 תשובת הנאשם לאישום מוסדרת בס' 152 לחסד"פ, ואילו ס' 154 לחסד"פ קובע כי "עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת".
- 120 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 111, בעמ' 551; ע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 112, בעמ' 611.
- 121 עמי קובו נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט מודים באשמה וטוענים לחפותם 405–408 (2009) (להלן: קובו נאשמים בלתי עקביים); קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוט" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 217, 254–255 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך 2017) (המאמר להלן: מן "סדר דין פלילי מנהלי"; הספר להלן: משפט צדק).
- 122 ראו לעיל ה"ש 118.
- 123 עמי קובו "הגישור הפלילי" המשפט כד 301, 304–305 (2018).
- 124 קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי" הסניגור 200, 9, 10–11 (2013).
- 125 מן הנתונים שהוצגו מטעם פרקליטות המדינה בע"פ 8360/19 זיסמן נ' מדינת ישראל, פס' 15 (נבו 18.3.2020) עולה כי מדי שבוע נדונים כ-2,000 תיקים בימי המוקד השונים ו-80% מהם מסתיימים בהסדר טיעון.
- 126 ראו דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה–2005, ה"ח הממשלה 548, 548. ראו גם מן "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 245; קובו "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 123, בעמ' 305.

פורמלי, אך במקרים אחרים, ובכפוף להסכמת הצדדים, שופט המוקד ראוי להפעיל מגוון כלים גישוריים, לרבות עיון בחומר החקירה והבעת עמדה באשר לסיכויי הטענות המשפטיות והצעות לדרכי הסיום של התיק.¹²⁷ בעוד ימי ההקראות נהפכו לשער העיקרי בערכאות הדיוניות בשלום, הגישורים הפליליים, המשמשים בתיקים מורכבים יותר, מתקיימים בפני שופט מגשר שאינו דן בתיק העיקרי ואינו כפוף לדיני הראיות וסדרי הדין הרגילים.¹²⁸

פרקטיקות אלו הטמיעו את ההידברות כחלק בלתי נפרד מן ההליך. אומנם הן משלבות מעורבות שיפוטית, אך מדובר במעורבות פרואקטיבית ניהולית שמטרתה לעודד הסכמות ומתאפיינת בפסיביות כלפי תוכנן של הסכמות הצדדים. אף שלבית המשפט סמכות לעיין בחומר הראיות,¹²⁹ בפועל אין בידו הזמן לכך, והשימוש בסמכות זו נעשה במשורה ובהסכמת הצדדים בלבד.¹³⁰ בהיעדר בקרה מהותית חיצונית האקטיביות הניהולית את נסיגת בית המשפט מתפקידו השיפוטי והעבירה את האחריות לקביעת האשמה והענישה לידי הצדדים, אגב הפיכת ההליך לפרקטיקה תעשייתית לסיום מהיר של תיקים.¹³¹

ההסכמות בהליך הפלילי נערכות בין צדדים שאינם שווי כוחות.¹³² לתביעה יתרון מובהק בשליטה על עיצובם של כתב האישום וההטבות שאפשר להעניק במסגרת ההסדר, וביכולתה להוביל להרשעת הנאשם על סמך הודאה באמצעות הצעה עונשית מקילה שנאשם יתקשה לסרב לה.¹³³ במצב זה, ההליך הפלילי מתקרב במהותו להליך מנהלי,

127 שם, בעמ' 309; במחקר אמפירי שבחן 717 דיוני הקראות (מוקד) בין נובמבר 2017 למאי 2018 נמצא כי ב-16.8% מהדיונים ניכרת מעורבות שיפוטית פעילה בעידוד הסכמות. דפוזי ההתערבות היו מגוונים: ב-32% ממקרי המעורבות הופנו הצדדים להידברות, ב-18% נערך ניסיון גישור אקטיבי, ב-17% עודדו את הצדדים לשתף פעולה, ב-13% שיקפו השופטים את עמדתם המשפטית, ב-11% התייחסו השופטים להשלכות השליליות של הליך מלא וב-8% הוזכרו שיקולים חוץ-משפטיים. נוסף על כך, בכ-20% מהמקרים נצפתה מעורבות שיפוטית רב-ממדית שכללה יותר מסוג אחד של התערבות. ראו, Sari Luz Kanner et al., *Managerial Judicial Conflict Resolution (JCR) of Plea Bargaining: Shadows of law and Conflict Resolution*, 22 NEW CRIM. L. REV. 494, 519–20 (2019).

128 ע"פ 4877/13 עוידה נ' מדינת ישראל, פס' 9–11 (נבו 22.4.2014).

129 ס' 143 א(ד) לחסד"פ.

130 במחקרם של קנר ואחרים נמצא כי רק ב-13% מהדיונים שבהם הייתה מעורבות שיפוטית שיקפו השופטים את עמדתם כלפי ראיות וטענות. ראו, Kanner et al., לעיל ה"ש 127, בעמ' 519–520.

131 ראו פסק דינו של השופט דנציגר ברע"פ 2292/08 אמסלם נ' מדינת ישראל (נבו 30.3.2009).

132 אורי וייס ויוסי זהר "האם משחק עסקאות הטיעון הוא משחק סחיטה" **משפט צדק**, לעיל ה"ש 121, 183, 188–189.

133 אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" **משפטים** לה 32, 1 (2005) (להלן: גזל "בעיית החף").

שבו עיקר ההחלטות המהותיות מתקבלות על ידי התביעה, מהשלב הראשוני בהחלטה על העמדה לדין ועד להכרעה הסופית בתיק בהסדר טיעון.¹³⁴ יתרה מכך, הפיכתם של הסדרי הטיעון לדרך המלך לסיום תיקים פליליים הרחיבה את שיקול הדעת של התביעה בהחלטתה הראשונית על הגשת כתב אישום. במשטר פלילי שבו עיקר התיקים מסתיים בהסדרי טיעון ללא ניהול הוכחות, העלות המערכתית של ניהול תיקים פוחתת באופן ניכר. הפחתה של עלות הניהול מאפשרת לתביעה להגיש כתבי אישום שעלותם התפעולית נמוכה גם במקרים גבוליים שלא היו מוגשים מלכתחילה אלמלא שיטת ההסדרים, אם בשל חולשת הראיות ואם משום שנסיבות העניין לא היו מצדיקות העמדה לדין.¹³⁵ לתביעה אילו ציים תקציביים,¹³⁶ ולנוכח שיקול הדעת הרחב שנתון לה עשויה להתפתח אכיפה סלקטיבית המתמקדת באוכלוסיות מוחלשות, אשר התיק בעניינן, לרוב, אינו מצריך משאבים רבים.¹³⁷ יתר על כן, נאשמים מקבוצות מוחלשות, שלרוב אינם מסוגלים לעמוד בתנאי השחרור, עלולים להיוותר במעצר ולהודות באשמה גם כאשר התנאים אינם מיטיבים עימם.¹³⁸ בהיעדר בקרה שיפוטית אפקטיבית, החשש מפני שימוש לרעה בכוחה של התביעה גדל. טענה זו מקבלת אישור מסוים לנוכח הגידול הניכר במספרם של כתבי האישום בשנים האחרונות, לצד שימוש מצומצם באמצעים חלופיים להעמדה לדין, בעיקר במנגנון ההסדר המותנה, שנחקק עוד בשנת 2012 ושהקנה לתביעה אפשרות להימנע מהעמדה לדין בתמורה להודאה ולמילוי תנאים.¹³⁹ אף שבשנים האחרונות נרשמה עלייה מסוימת בשימוש בהסדרים מותנים, היא לוותה בגידול מקביל בהגשת כתבי האישום לצד ירידה בתיקי החקירה שנסגרו מהטעם שנסיבות העניין אינן מתאימות להעמיד לדין,¹⁴⁰

- ¹³⁴ מן "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 258; ראו גם Gerard E. Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice*, 66 FORDHAM L. REV. 2117 (1998).
- ¹³⁵ גזל "בעיית החף", לעיל ה"ש 133, בעמ' 31–32; קובו מצא במחקרו כי בימי הקראות הוגשו כתבי אישום רבים ללא בחינה מעמיקה של הראיות, מתוך הנחה שהנאשם יודה בהסדר. קובו נאשמים בלתי עקביים, לעיל ה"ש 121, בעמ' 386–387.
- ¹³⁶ טמיר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 36–41.
- ¹³⁷ William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J. 1, 4–5, 27–30 (1997).
- ¹³⁸ וייס וזהר, לעיל ה"ש 132, בעמ' 204–207; ראו גם בצלם **עצור עד שלא הוכחה חפותו: מעצר עד תום הליכים בבתי המשפט הצבאיים בגדה המערבית** 44–46 (2015).
- ¹³⁹ בשנת 2012 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב–2012, ס"ח 599, שהוסיף את ס' 67א–67יב והסמיך את התביעה לסגור תיק בהסדר. במשך שנים נמנעה התביעה המשטרתית מיישום ההסדר, ורק בשנת 2019 פרסם היועמ"ש הנחיה שהרחיבה את הסמכות לערוך הסדרים בכל עבירות העוון. ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 "נוהל והנחיות להפעלת סימן א' בפרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]", התשמ"ב–1982 – 'הסדר מותנה' (3.1.2019). על התנהלות התביעה בהקשר זה ראו משרד המשפטים **הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2018**, 12–13 (2019) (להלן: **הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2018**).
- ¹⁴⁰ ס' 62(א) לחסד"פ.

זאת בניגוד לציפייה שההסדר המותנה יביא לצמצום במספרם של כתבי האישום.¹⁴¹ נתונים אלו עשויים להצביע על כך שהתביעה עושה שימוש בהסדר מותנה במקרים שבעבר היו נסגרים, אגב הרחבת הרשת הפלילית באמצעות הגשת כתבי אישום בתיקים המצויים על גבול האינטרס הציבורי.¹⁴²

ג. בין פורמליזם לאיזונים ובלמים: ההצדקה הפורמליסטית והבסתה

גישתו הפסיבית של בית המשפט להחלטות התביעה מוצדקת לא אחת משיקולים של הפרדת רשויות, שלפיה על כל רשות לפעול בתחום סמכותה. גישה זו נשענת על פרשנות פורמליסטית של עקרון הפרדה, הרואה בסמכויות התביעה – מניסוח כתב האישום והגשתו ועד לניהול הדיון והצגת טענות וראיות – עניין השייך למתחם שיקול דעתה, ואין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בשיקול דעת זה.¹⁴³

פרשנות פורמליסטית זו אינה שוללת ביקורת שיפוטית, אך מגבילה אותה למסגרת של אמצעי הבקרה הפורמליים הנתונים לבית המשפט. כך, במסגרת רע"פ רותם הביע השופט סולברג התנגדות להחלת מבחני סבירות ומידתיות על החלטות התביעה וקבע כי הפרדה ברורה בין הרשויות מחייבת הבחנה חדה בין תפקידיהן וכי ההליך הפלילי מכיל מנגנוני ביקורת פנימיים מספקים.¹⁴⁴ לגישתו, נוכח קיומו של מנגנון ביקורת שיפוטית מובנה בהליך, שבגדרה מתקבלת ההכרעה הסופית באשמה ובענישה,¹⁴⁵ ולצד אמצעי הבקרה השיפוטיים הקיימים – שנועדו לבחון את סמכות ההעמדה לדיון, את כשרות הראיות ואת התנהלות הרשויות באמצעות טענות מקדמיות ודוקטרינות הגנה מן הצדק

141 בשנת 2018 נרשם גידול בשימוש בהסדרים מותנים (כ-6,200 לעומת כ-1,200 בשנת 2017), אך בה בעת חלה עלייה של כ-6% במספר כתבי האישום שהוגשו על ידי התביעה, וזאת למרות ירידה של כ-2.5% במספרם של תיקי החקירה שנפתחו, וירידה חדה נוספת של כ-22% במספר התיקים שנסגרו מחוסר עניין לציבור. ראו **הסניגוריה הציבורית דוח פעילות 2018**, לעיל ה"ש 139, בעמ' 14.

142 שם, בעמ' 13–14; ראו גם מבקר המדינה **דו"ח שנתי 51ב** (2001) (ביקורת מבקר המדינה על הגשת כתבי אישום בעבירות קלות בניגוד להנחיות, לצד הימנעות מחלופות).

143 ראו דברי השופט אגרונט בעניין **שור**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 301: "השליטה בדיון הפלילי, מבחינת ענין המשכתו או הפסקתו, תהיה נתונה בכל עת – למען הבטיח אי-פגיעה באינטרס הציבורי – בידי הריבון; הוזה אומר, בידי היועץ המשפטי, שהוא נציגו של זה ושבידו מופקדת השמירה על אותו אינטרס".

144 רע"פ **רותם**, לעיל ה"ש 18, בפס' 49 לפסק הדין של השופט סולברג.

145 שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופט סולברג; ראו גם **פלונית (א')**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 786.

והפסילה הפסיקתית¹⁴⁶ – מתעורר ספק אם יש הצדקה לביקורת שיפוטית נוספת בעלת אופי מנהלי מטעמי סבירות ומידתיות.¹⁴⁷

ואולם, ההנחה שההכרעה הסופית בתיק מצויה בידי בית המשפט אינה עומדת במבחן המציאות, שכן מרבית ההליכים הפליליים מסתיימים בהסדרים ללא בקרה שיפוטית. שכיחותם של ההסדרים מערערת את אידיאל ההכרעה השיפוטית ושומטת את הבסיס להצדקה הפורמליסטית לפסיביות השיפוטית. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח הפרקטיקות הניהוליות של ימי ההקראות והגישורים הפליליים, שבהן בתי המשפט נוטלים חלק פעיל בהפיכת ההליך למנגנון בירוקרטי לסיום מהיר, אגב האצלת ההכרעה לידי התביעה.

בהקשר זה, ברקאו מצביעה על כך שבשיטת הסדרי הטיעון בארצות הברית מתבטלת למעשה ההפרדה הפונקציונלית: בפועל, שיקול הדעת הרחב הנתון בידי התביעה מאפשר לה לא רק לאכוף את החוק, אלא גם ליטול סמכות מעין-חקיקתית בפרשנות החוק ולהתוות מדיניות אכיפה ואף למלא תפקיד מעין-שיפוטי בקבלת ההכרעה הסופית בתיק על דרך שליטתה בהסדר הטיעון.¹⁴⁸ לדבריה, יש לחזק את ההפרדה הפונקציונלית באמצעות קביעת מנגנוני בקרה פנימיים בתוך כותלי הרשות,¹⁴⁹ כך שהחלטות מעין-שיפוטיות על העמדה לדין והסדרי טיעון יתקבלו בידי גורמים אחרים מן התובעים המנהלים את ההליך.¹⁵⁰

עם זאת, ספק אם יש בהפרדה הפונקציונלית כשלעצמה כדי להגן על חירות הפרט, שהרי בית המשפט נמנע מביקורת שיפוטית מכוחה של הפרדה זו. לעומת ברקאו, אָפֶס טוען כי הבעיה אינה נעוצה בהיעדר הפרדה פונקציונלית,¹⁵¹ אלא בהיעדר ביזור אפקטיבי של הכוח: רובו נתון בידי התביעה ללא מנגנוני בקרה ממשיים.¹⁵² לגישתו, יש להבטיח פיזור כוח בין בעלי אינטרסים שונים, שהרי ללא תחרות והתנגדות לא יתקיים איזון ממשי.¹⁵³ כך למשל, סטנטס הראה כי בארצות הברית של שנות השמונים, מחוקקים, תובעים ובתי המשפט שיתפו פעולה סביב אינטרס אכיפתי משותף, מבלי

146 רע"פ רותם, לעיל ה"ש 18, בפס' 35 לפסק הדין של השופט סולברג.

147 שם, בפס' 43 לפסק הדין של השופט סולברג; ראו גם דנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, בפס' 31 לפסק הדין של השופט שטיין.

148 Barkow, *Separation of Powers and the Criminal Law*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 997, 1053. שם, בעמ' 1053–1054.

150 Barkow, *Institutional Design*, לעיל ה"ש 64, בעמ' 895–906.

151 Epps, לעיל ה"ש 23, בעמ' 48.

152 שם, בעמ' 54.

153 שם, בעמ' 48. אָפֶס מציע לחזק את הבקרה המוסדית באמצעות ביזור הכוח לבעלי אינטרס שונים: כך, למשל, בהקצאת משאבים לסנגוריה – גוף מוסדי בעל אינטרס מובחן – שיאפשר לה למלא את תפקידה הביקורתי. בדומה, הוא מציע להעניק כוח גם לגורם אזרחי, כגון מושבעים, כבר בשלב ההודאה, כדי להבטיח הסכמה ציבורית להסדרי טיעון (שם, בעמ' 77). מגיל טוענת טענה דומה בהקשר הרחב יותר של הפרדת רשויות. ראו Magill, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1172.

שיתקיים גוף שיאזן את כוחה של התביעה.¹⁵⁴ תופעה זו ניכרת גם בישראל, שבה הטמעתם של הסדרי טיעון כחלופה להליך הרגיל שירתה אינטרס מערכתי של כלל בעלי התפקידים, לרבות סנגורים ונאשמים, להביא לסיום מהיר של תיקים.¹⁵⁵ עיקר הדגש אצל אָפּס הוא בביזור אפקטיבי של הכוח ולא בעצם ההפרדה. השאלה המרכזית היא מי מחזיק בפועל בכוח ואם יש מי שמסוגל ומעוניין לאזן אותו.¹⁵⁶ במובן זה, טענתו מצביעה על המתח הפנימי בתוך דוקטרינת הפרדת הרשויות, שכבר עמדתי עליו בפרק הראשון: בין גישה פורמליסטית של "הפרדה פונקציונלית" לבין מודל גמיש של איזונים ובלמים שרואה בהפרדה גם אמצעי לאיזון ובקרה. בעוד ברקאו מייצגת את המודל הגמיש, הרואה בהפרדה עצמה כלי ליצירת איזון ובקרה, אָפּס נוקט גישה פורמליסטית ומבדיל בין ההפרדה הפונקציונלית לבין מנגנוני האיזונים.¹⁵⁷ לדיוו יש אפוא לזנוח את ההפרדה ולדאוג לביזור הכוח באופן אפקטיבי על ידי הקניית סמכויות מקבילות לבעלי אינטרסים שונים, שיוכלו לבקר זה את זה.¹⁵⁸ ואולם, גם אם יש טעם בביקורת זו, לדעתי אין לזנוח את ההפרדה הפונקציונלית עצמה. לחלוקת הסמכויות, בצד אמצעי הבקרה המוסדיים, יש ערך מרכזי בהבטחת חירויות הפרט: הם מקנים יחד לבית המשפט את העצמאות הדרושה לבקר את הרשויות ללא התערבות שלטונית,¹⁵⁹ לצד סמכויות פיקוח ממשיות.¹⁶⁰ הבעיה אינה נעוצה בעצם ההפרדה או בביזור הכוח, אלא בפסיביות השיפוטית – הימנעות בתי המשפט מהפעלת ביקורת אפקטיבית הלכה למעשה. כפי שמצינת הֶסִיק, ההליך הפלילי בנוי כך שבעלי תפקידים שונים – תובעים, סנגורים ושופטים – מייצגים אינטרסים מובחנים.¹⁶¹ אמצעי

- William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 534–35 (2001). שיתוף הפעולה בין המחוקק לרשויות התביעה התבטא בניסוח עמום של עבירות ובהחמרת הענישה, אשר הרחיבו את מרחב שיקול הדעת הנתון לתביעה בניהול המשא ומתן להסדרי טיעון. 154
- ראו ע"פ 1958/98 פלוני, לעיל ה"ש 112, בעמ' 592 ("ככלל, עם חלוף השנים מאז פסק הדין בפרשת בחמוצקי בתי המשפט אינם מתייחסים עוד להסדרי הטיעון כהכרח לא יגונה כפי שנאמר באותה פרשה, אלא מכירים בערכם ובתרומתם"). 155
- Epps, לעיל ה"ש 23, בעמ' 44. 156
- עמדתו דומה לזו של Magill, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1129–1131, שסברה כי אין בביזור הכוח הגלום בהפרדה הפונקציונלית כדי לייצר איזון ובלמים. 157
- Epps, לעיל ה"ש 23, בעמ' 45, 70. 158
- כאמור לעיל, רק עם הבטחת עצמאותם המוסדית החלו בתי המשפט לשמש מגן לחירות הפרט ולבקר את פעולת המדינה בהליך הפלילי. ראו דיון היסטורי בטענה זו, לעיל ה"ש 52. 159
- לרקנס טוען כי ללא סמכויות בקרה, עצמאות שיפוטית חסרת ערך. הוא מדגים את טענותיו על משטר פינושה בצ'ילה. אף שהתקיימה שם הפרדה פונקציונלית, סמכויות בתי המשפט צומצמו באופן שנטרל את יכולתם לאתגר את השלטון. ראו Christopher M. Larkins, *Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis*, 44 AM. J. COMP. L. 605, 610–13 (1996). 160
- Hessick, לעיל ה"ש 23, בעמ' 180. 161

הבקרה המוסדיים כבר קיימים, אך אלה מאבדים מתוקפם כל עוד אינם מופעלים הלכה למעשה.¹⁶²

ד. הצעה: מפסיביות למעורבות מהותית – השבת הבקרה השיפוטית

במאמר זה בחנתי את גישתו הפסיבית של בית המשפט בהליך הפלילי – מהיעדר בקרה אפקטיבית על החלטות התביעה להעמיד לדין ועד לאישור שגרתי של הסדרי טיעון. נוסף על חשיבותה העצמאית של ביקורת שיפוטית על החלטות התביעה בהעמדה לדין – נוכח ההשפעה המכרעת על חירותו וכבודו של הנאשם – אני מצביע על טעם נפרד לביקורת שיפוטית בשלב המקדמי: בפועל אין כל בקרה מהותית בסיום ההליך. בכך מתבררת הסתירה הפנימית של הגישה הפורמליסטית: היא נשענת על ההנחה שהבקרה תתקיים בשלב ההכרעה, אך בפועל מאפשרת את סיום ההליך בהסדרי טיעון בלא בקרה של ממש ומבטלת בכך את ההצדקה המקורית להימנעות מביקורת שיפוטית בשלבים המוקדמים. מכאן נובעת ההצעה: להשיב את תפקידו הביקורתי של בית המשפט באמצעות ביקורת ובקרה אקטיבית הן על הסדרי טיעון והן בהחלטות התביעה על העמדה לדין. ביחס להסדרי טיעון, על בית המשפט לחדול מראיתם כברירת מחדל. לכאורה, מבחן האיזון כבר קובע סטנדרט בקרה שיפוטי על הסדרי טיעון,¹⁶³ אך נדרש מבית המשפט ליישם אותו ולהתערב בהסכמות העונשיות במקרים שלא ניתן להצדיקן.¹⁶⁴ אף שמדובר בשינוי שעשוי לפגוע בציפיות הצדדים ובתמריצים להגעה להסכמות, הוא ייצור שינוי אקס-אנטה באופן גיבושן של ההסכמות, כך שההסכמות העונשיות יותאמו מלכתחילה לנורמה השיפוטית.

ואולם, בכך אין די. מבחן האיזון מתמקד במידת ההטבה העונשית הניתנת לנאשם ואין בו כדי להבטיח קיומה של תשתית ראייתית המצדיקה את עצם ההרשעה והענישה. יתרה מכך, לא אחת מתבצעים בכתב האישום תיקונים כדי להימנע מביקורת שיפוטית על פערי הענישה.¹⁶⁵ אף שיש שהציעו לאסור על תיקונים כאלה,¹⁶⁶ לעיתים תיקונים אלו נדרשים לשם הדיוק העובדתי ובמצבים של מחלוקת על האישומים.¹⁶⁷ הבעיה העיקרית בשיטת הסדרי הטיעון היא היעדרה של בקרה שיפוטית על שאלת האשמה, אגב קבלת ההודאה כמספיקה להרשעה מבלי שבית המשפט יידרש לעיין בתשתית הראייתית המבססת את האשמה. על כן, יש לחייב את בית המשפט לוודא את

162 שם, בעמ' 185.

163 ע"פ 1958/98 פלוגי, לעיל ה"ש 112, בעמ' 609.

164 בתי משפט ממעטים להתערב בהסדרי טיעון, ראו לעיל ה"ש 112–115.

165 גזל "בעיית החף", לעיל ה"ש 133, בעמ' 75.

166 שם, בעמ' 75–77.

167 קנת מן הצביע על תופעה של הרשעות שווא של אשמים – נאשמים אשמים שמודים בעובדות שאינן תואמות את האשמה. ראו מן "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 121, בעמ' 230.

קיומה של תשתית ראייתית כתנאי להרשעה גם במצב של הודאה והסכמה. יודגש כי אין בהצעה כדי לפגוע יתר על המידה ביעילות, שהרי במצב של הודאה יש הסכמה בין הצדדים על האשמה, וכל אשר נדרש הוא להפנות את בית המשפט לראיות בתיק החקירה המבססות את האשמה. יתר על כן, הסמכות השיפוטית לעיין בראיות כבר קיימת ממילא במסגרת ימי ההקראות והגישור הפלילי,¹⁶⁸ רק יש לקבוע זאת כעניין של חובה ולא כעניין של רשות התלויה ברצון הצדדים.¹⁶⁹

אין להתעלם מהפגיעה באוטונומיה הצדדים מקום שבו יימנע בית המשפט מקבלת ההודאה בהיעדר תשתית ראייתית מספקת לאשמה. עם זאת, יש לזכור כי ההליך הדיוני אמור לשרת את תכליות ההליך הפלילי, ובראשם הרשעת אשמים וזיכוי חפים,¹⁷⁰ ובמערך זה לבית המשפט תפקיד מהותי בבחינת ראיות התביעה בטרם הרשעה.¹⁷¹ אומנם צעד זה עלול לפגוע בתמריצים לסיים תיקים בהסכמה, אך אין בו כדי לשלול את האפשרות של נאשמים לקבל אחריות ולהודות באשמה, אלא רק לעצב מחדש את מנגנון הבקרה השיפוטית במסגרת השיטה.

קצרה היריעה במאמר זה מלהציע רפורמה מקיפה בשיטת הסדרי הטיעון, וזו אינה מוקד המאמר. במאמר זה אני דן בהיעדר הבקרה והביקורת השיפוטית על ראיות התביעה ואופן התנהלותה, הן בשלב ההכרעה והן בשלב המקדמי בהחלטה על העמדה לדין. לכאורה אפשר לטעון כי די בהחזרת בית המשפט לתפקידו הפורמלי בהכרעה באשמה ובענישה כדי להשיב את הבקרה השיפוטית על כנה, ואין בכך כדי להוביל למסקנה שיש להרחיב את היקף הביקורת גם לשלב המקדמי.¹⁷² ואולם, כפי שנטען, אין די בעמדה פורמליסטית של הפרדת הרשויות. שיטת הסדרי הטיעון היא תוצר מבני של שליטת הצדדים בהליך וכל עוד נשמרת הפסיביות השיפוטית, ימשיך בית המשפט לאשר את הסכמות הצדדים ללא בקרה מהותית, באופן המרוקן מתוכן את אמצעי הבקרה הפורמליים בשלב ההכרעה הסופית.

יתרה מכך, שיטת הסדרי הטיעון משקפת ומחזקת את גישתו הפסיבית של בית המשפט כלפי התנהלות הצדדים, וכפי שצוין, הפיכתה לדרך המלך לסיום תיקים אף הרחיבה את שיקול הדעת של התביעה בהעמדה לדין גם במקרים גבוליים, שספק אם היו מובאים מלכתחילה אלמלא השיטה.¹⁷³ גזל-אייל הציע לאסור על הסדרים במקרים שבהם פער הענישה גדול במיוחד, כיוון שאלה מלמדים על שימוש בלתי ראוי בסמכות

168 ס' 143 א(ד) לחסד"פ. נדרשת הסכמת הצדדים לצורך עיון בראיות.

169 ראו הצעתו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס מצא במאמרו "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" הסניגור 12, 4, 171 (2011).

170 אחת מהמטרות המרכזיות של ההליך הפלילי היא "להביא לזיכוי של החף מפשע ולהרשעתו של האשם", ראו ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, 575 (1980).

171 הספרות רוויה בביקורת על שיטת הסדרי טיעון לנוכח החשש מבעיית החף. ראו למשל גזל "בעיית החף", לעיל ה"ש 133.

172 רע"פ רותם, לעיל ה"ש 18, בפס' 20 לפסק הדין של השופט סולברג.

173 ראו ניתוח לעיל, בפרק ב.2; גזל "בעיית החף", לעיל ה"ש 133, בעמ' 44–45.

התביעה להציע הצעות עונשיות מקילות כשהתשתית הראייתית רעועה.¹⁷⁴ לגישתו, מגבלה כזו עשויה להשפיע אקס-אנטה על מדיניות התביעה בהעמדה לדין, על ידי הימנעות מהגשת כתבי אישום בתיקים עם קשיים ראייתיים לנוכח הערכה שתיקים אלו יסתיימו בזיכוי.¹⁷⁵ ואולם, הערכה זו בנוגע להחלטה הסופית של בית המשפט אינה מתקיימת בתיקים שבהם עולה ספק אם הנסיבות מצדיקות העמדה לדין. בתי המשפט ממעטים להחיל את סייג זוטי-דברים לצורך זיכוי נאשמים,¹⁷⁶ וביקורת שיפוטית על עצם קיומו של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין כמעט אינה קיימת. המחלוקת בין השופטים בדנ"פ רותם באשר לעקרון השיוריות במשפט הפלילי ממחישה את הבעיה:¹⁷⁷ אף שנקבע כי טענות מסוג חוסר סבירות ומידתיות של הגשת כתב האישום יש להעלות במסגרת הגנה מן הצדק,¹⁷⁸ טענה המטילה דופי בעצם ההצדקה הציבורית להעמדה לדין מטעמי עקרון השיוריות נדחתה שם באופן פרטני וטרם הוכרה דוקטרינרית כחלק מן ההגנה מן הצדק.¹⁷⁹

לפיכך, כדי לשמר את תפקידו הפונקציונלי, על בית המשפט ליטול אפוא על עצמו ארשת ביקורתית ולערוך בקרה כנגד החלטות התביעה כבר בשלב המקדמי של ההעמדה לדין. אומנם אין זה מעשי להחזיר את מוסד החקירה המוקדמת,¹⁸⁰ אך יש להרחיב את המבט הביקורתי ולאפשר לבית המשפט להפעיל ביקורת מהותית בשאלת ההצדקה

174 שם, בעמ' 60.

175 שם, בעמ' 62–65.

176 אומנם ס' 34 לחוק העונשין מקנה לבית המשפט סמכות לזכות בעבירה כאשר האינטרס הציבורי אינו מצדיק הרשעה, אך סייג זה זוכה לפרשנות מצומצמת בפסיקה. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 964 (מהדורה שלישית 2014).

177 עניין רותם הגיע לדיון בבית המשפט העליון לנוכח זיכוי של רותם בערכאת הערעור בבית המשפט המחוזי מעבירות ההטרדה לאור עקרון שיוריות המשפט הפלילי, עיקרון שהצריך החלה של עקרון המידתיות בהליך הפלילי. ראו עניין רותם במחוזי, לעיל ה"ש 16. על אף המחלוקת הרבה על אודות מקומה של ביקורת שיפוטית מנהלית בהליך הפלילי, כלל שופטי העליון, הן ברע"פ רותם, לעיל ה"ש 18, והן בדנ"פ רותם, לעיל ה"ש 13, סברו כי אין לבטל את הרשעותיו של המערער, בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי.

178 שם, בעמ' 136.

179 אף על פי שחלק מהשופטים העלו תמיהה באשר לשאלה מה יכול להיות לא סביר שאינו עומד בסתירה לעקרונות של צדק (שם, בפס' 9–10 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 9, 17–22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל ופס' 83 לפסק הדין של השופט פוגלמן), הרי שטענה המבקרת את עצם האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין נותרה מחוץ לגדר "הגנה מן הצדק". עם זאת, המשנה לנשיאה הנדל סבר כי פתוחה הדלת בפני הנאשם לטעון שהגשת כתב האישום יוצרת סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיונות. שם, בפס' 19, 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

180 מוסד החקירה המוקדמת נתפס כמוסד לא יעיל שגרם להפסד זמן מרובה עקב הצורך בשמיעת עדים וראיות בשתי הזדמנויות. ראו דיקשטיין, לעיל ה"ש 67, בעמ' 13; עזרא יורן "בשולי החקיקה: הליכים פליליים קדם-משפטיים והליכים נגד שופטים" הפרקליט כד 352, 358 (1968).

בניהול הליך פלילי גם מטעמי סבירות ומידתיות. בדרך זו יוכל בית המשפט להיות טריז נגד אישומים בלתי מוצדקים ולוודא שחירות האזרח תישמר.¹⁸¹ ההליך הפלילי כולל אמצעי בקרה שיפוטיים כחלק מתפקידו הפונקציונלי של בית המשפט, והשאלה שנבחנה היא כיצד לפרשם: האם בקריאה פורמליסטית המצמצמת את הביקורת לגבולות מוגדרים, או בקריאה תכליתית וגמישה המחייבת ביקורת אקטיבית לאורך כל שלבי ההליך? אף שההצעה המוצעת עשויה להצטייר ככזו המבקשת מבית המשפט לחרוג מסמכותו, אין היא פורצת את גבולות הסמכות הפונקציונליים, אלא יש לפרשה באופן תכליתי, כך שתכלול ביקורת אקטיבית על התביעה לאורך ההליך, גם אם יש בכך סטייה מסוימת מן המסגרת הפורמלית. וולדרון עמד על חשיבות ההפרדה הפונקציונלית לשלטון החוק,¹⁸² ולבית המשפט תפקיד אינטגרלי בבקרה על רשויות התביעה כחלק מסמכותו הטבועה בניהול ההליך. בקרה זו חיונית לשמירה על חירות הפרט, שכן ללא גישה ביקורתית וביקורת אקטיבית גם אמצעי הבקרה הפורמליים יאבדו מתוקפם.

סיכום

במאמר זה בחנתי את גבולות הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי, אגב עיון מחדש בתפקידו הפונקציונלי של בית המשפט במסגרת דוקטרינת הפרדת הרשויות, ובמתח שבין פרשנות פורמליסטית של חלוקת סמכויות לבין גישה גמישה של איזונים ובלמים. בהליך הפלילי, שבו המדינה מבקשת לקבל אישור שיפוטי להטלת סנקציות פליליות, אין מחלוקת בדבר הצורך בגוף שיפוטי עצמאי ונטול פניות. המבנה האדוורסרי מגלם את עקרונות הדוקטרינה: הפרדה פונקציונלית, ביזור הכוח והאיזונים והבלמים. ואולם, כפי שהוצג, תפיסה פורמליסטית הובילה את בתי המשפט לאמץ גישה פסיבית כלפי החלטות התביעה – מההעמדה לדין ועד לאישור הסדרי הטיעון – ובכך חיזקה את שליטת התביעה בהליך לכל אורכו. פסיביות זו מביסה את עצמה: היא נשענת על ההנחה שתתקיים ביקורת שיפוטית בשלב ההכרעה הסופי, אך בפועל מובילה לאישור שגרתי של הסדרים, מבלי שתערך בקרה מהותית בנוגע לראיות או לעצם נחיצותו של ההליך. ההליך הפלילי הוא הזירה שבה המדינה מפעילה את כוחה בעוצמה המרבית, ולצורך הגנה על חירות הפרט על בית המשפט לפרש את תפקידו הפונקציונלי-ביקורתי באופן תכליתי: לא רק בשלב ההכרעה, בבחינת התשתית הראייתית בטרם הרשעה, אלא גם בכניסה להליך, בשאלת ההצדקה להעמדה לדין. רק גישה שיפוטית אקטיבית וביקורתית תוכל להבטיח את מימוש ייעודו של בית המשפט כמגן על חירות הפרט.

181 ספיר ורובינשטיין מציעים לאפשר ביקורת שיפוטית בשלב המקדמי של ההליך על עצם ההחלטה להעמיד לדין, במיוחד בתיקים גבוליים שבהם התועלת הציבורית מוטלת בספק או כשההליך עלול להסב לנאשם פגיעה בלתי מידתית בשל עצם קיומו והכתם הפלילי הנלווה. ראו Yoav Sapir & Guy Rubinstein, *Minimalist Criminal Courts*, 101 WASH. U. L. REV. 1955 (2023).

182 Waldron, לעיל ה"ש 30, בעמ' 466.

בשנים האחרונות, השיח החוקתי סביב גבולות הביקורת השיפוטית ער מתמיד. בעוד השיח עוסק לרוב בשאלה אם וכיצד רשאי בית המשפט לחרוג מסמכויותיו הפורמליות לצורך ביקורת על יתר הרשויות, מההליך הפלילי אפשר ללמוד כי אין די בהפרדה הפונקציונלית, ואף לא בביזור הכוח או באיזונים והבלמים, שהרי בלא בקרה אקטיבית וגישה ביקורתית גם אמצעי הבקרה הפונקציונליים המוכנים בהליך מאבדים מתוקפם.