

# גבולות מעורבות בית המשפט במשא ומתן בין הצדדים: הלכת זיסמן וההליך המקדמי

בנימין ניומן\*

## א. הקדמה:

אדם המואשם בפלילים מחמן לדין הקראה בבית משפט השלום, ומתברר להפתעתו כי באותו מועד נקבעו למעלה משלושים דיונים בפני אותו שופט ובאותה שעה ייעודה, וזאת כחלק מהפרקטיקה של ימי המוקד. מראה עשרות האנשים הצובאים את אולמות בתי המשפט הפליליים מכה את הנאשם בהפתעה, והוא ועורך דינו נדרשים להתנצח עם הסובבים באשר לתורם לשמיעת הדין. אף שלנאשם טענות רבות ומגוונות, בטרם פציעת פה, שופט המוקד מפנה את עורך דינו לשוחח עם התביעה בחדר צדדי המצוי מחוץ לאולם בית המשפט, ולאחר המתנה מורטת עצבים, הוא צופה בעורך דינו יוצא בפנים נפולות מחדרו של ראש צוות התביעה.

השניים חוזרים לאולמו של שופט המוקד מתוך כוונה לקבוע את התיק לשמיעת ראיות, ונדרשים להמתנה נוספת. עם הגיע תורם, ובשל כשלון המגעים, פונה השופט אל הצדדים בניסיון לברר את מהות המחלוקת. הנאשם מביע את התנגדותו לאמור בכתב האישום, ובעקבות התנגדות זו נוטל השופט את המושכות לידי ומבקש לעיין בתיק החקירה לצורך בחינת הטענות. מאמצי הגישור נושאים פרי, ולאור הערות השופט אודות סיכויי ההרשעה נמלך הנאשם בדעתו ומחליט להודות באשמה. חרף זאת, הצדדים נותרים חלוקים באשר לענישה ומבקשים לטעון לעניין זה באופן חופשי. בניסיון גישור אחרון, ומתוך מטרה לרכך את עמדת הנאשם, מביע שופט המוקד את עמדתו העונשית בתיק, הנוטה לעמדת התביעה. הנאשם, אשר משתומם למשמע אחריו, מבקש באמצעות עורך דינו להעביר את המשך הדין בתיק לשופט אחר מכוח סעיף 143א(ה) לחוק סדר דין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "סד"פ). אך בהתאם להלכת **זיסמן**,<sup>1</sup> בקשה זו נדחתה, והתיק נותר בידי שופט המוקד, אשר עתיד למזור את הדין.

מאמר זה עניינו בפרשנות סעיף 143א(ה) לחסד"פ ובהלכה החדשה שניתנה לאחרונה בעניין **זיסמן**. הלכה זו ביטלה את הלכת **עווידה**,<sup>2</sup> ונקבע כי במקרים בהם מתנהל דיון מכוח סעיף 143א לחסד"פ, והצדדים לא הגיעו לכדי הסכמה אודות כתב אישום בו יודה הנאשם, אזי התיק יועבר למותב אחר אשר ישמע את הראיות. אולם ובניגוד להלכת **עווידה**, נקבע כי במקרי הסכמה חלקיים בדמות הסדר טיעון פתוח המשך הדין בתיק ייוותר בפני שופט המוקד.

עניינו של **זיסמן** החל אף הוא בדיון מקדמי בפני שופט מוקד, אשר

עשה שימוש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 143א לחסד"פ לגשר בין הצדדים. באותו עניין, הגיעו הצדדים להסכמה אודות כתב האישום ונותרו חלוקים בעניין העונש. בטרם הדין בטיעונים לעונש ביקשה המאשימה שהתיק יידון בפני מותב אחר, וזאת בשל היחשפות שופט המוקד לעמדות הצדדים. תחילה, בקשה זו נדחתה, בהמשך, לאחר שבית המשפט התוודע להלכת **עווידה**, קיבל את בקשת המאשימה, אך ציין בהערה כי היה מקום ש"המאשימה תשקול עמדתה בכל זאת ותיתן אמון בבית המשפט שיוכל לשמוע את הטיעונים לעונש בתיק על אף הליך הגישור שהתיקיים לפניו".<sup>3</sup> על החלטה זו הגיש הנאשם ערעור לבית המשפט העליון,<sup>4</sup> ולאחר דיון במותב תלתא הוחלט על שינוי הלכת **עווידה** כאמור לעיל, והותרת התיק בפני שופט המוקד-מגשר.<sup>5</sup>

פסק הדין בעניין **זיסמן** אימץ את עמדת הנאשם. אולם, כפי שהוצג בדוגמה שפתחה את המאמר, מדובר בחרב פיפיות, מאחר שהלכה זו עשויה לפעול בניגוד לאינטרס ההגנה. מעורבות בתי המשפט במשא ומתן בין הצדדים אינה מובנת מאליה, והחלה אך בעשורים האחרונים מתוך גישה ניהולית ובמטרה של חיסכון במשאבים, באמצעות הגישור הפלילי וההליך המקדמי במסגרת ימי המוקד. על מנת לעמוד על טיבה של הלכת **זיסמן**, ובטרם אדון בפרשנות סעיף 143א(ה) לחסד"פ, אבחן את אופייה של פרקטיקת הסדרי הטיעון והשינוי שחל במידת מעורבות בית המשפט לאורך השנים, מהתרחקות למעורבות.<sup>6</sup> המאמר יטען כי יש במעורבות בית המשפט בהליכים המקדמיים יתרונות לא מבוטלים בהפיכת ההליך להוגן יותר. אך על-אף יתרונות אלו, על המעורבות להיעשות במידה ובמשורה, תוך מתן אפשרות לצדדים לעתור לשינוי המותב ככל שמתעורר חשש למשוא פנים.

## ב. מקומו של בית המשפט בהידברות בין הצדדים - בין ריחוק למעורבות:

פרקטיקת הסדרי הטיעון אשר נפוצה במדינות המשפט המקובל,<sup>7</sup> ואף גלשה בעשורים האחרונים אל עבר מדינות הקונטיננטל,<sup>8</sup> נהפכה לדרך מקובלת להבאת תיקים פליליים לכדי סיום. הליכי ההידברות בין הצדדים אינם חדשים בנוף המשפט הישראלי הפלילי. מחקרם של גל-אייל ואחרים, אשר בחן מדגם מייצג של למעלה מ-1,500 תיקי בית משפט בשנים 2010 ו-2011, מצא שלמעלה מ-90 אחוז מהנאשמים הודו באשמה, כאשר בבתי משפט השלום 76 אחוז הודו במסגרת הסדר טיעון

\*מחבר המאמר עסק בשנים האחרונות כעורך דין פלילי מטעם הסניגוריה הציבורית, ובימים אלה הינו תלמיד מחקר לתואר שלישי במרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב, ובעל התארים הבאים: LL.M. מאוניברסיטת קיימברידג'; MA בפילוסופיה מאוניברסיטת תל אביב; B.L.L. במשפטים ופילוסופיה מאוניברסיטה העברית.  
 1. ע"פ 8360/19 **זיסמן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.03.2020) (להלן: עניין **זיסמן**).  
 2. ע"פ 4877/13 **עווידה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.04.2014) (להלן: הלכת **עווידה**).  
 3. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות.  
 4. בהתאם לסעיף 77א(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, על החלטת שופט בעניין פסלות קיימת זכות ערעור לבית המשפט העליון. ראו גם עניין **עווידה**, לעיל ה"ש 2, פס' 6.  
 5. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 12, 22.  
 6. שי יניב "הסדר טיעון בזווית השיפוטית - שינויים והלכות" **ספר אליהו מצא, חלק 3: משפט פלילי** 341, 352-359 (2015) (להלן: יניב).  
 7. C.A. Brook, B. Fiannaca, D. Harvey, P. Marcus, J. McEwan, & R. Pomerance, *A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States*, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1147 (2016).  
 8. Turner & T. Weigend, *Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States in CORE CONCEPTS*. IN CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE 389 (K. Ambos et al. eds., 2020).

גולדברג בביקורת שיפוטית מהותית, במסגרתה על בית המשפט להתערב ככל שישנו פער בין הענישה הראויה לזאת המוסכמת.<sup>18</sup> בהלכה האחרונה והמקיפה בעניין **פלוני**, השופטת ביניש תמכה בגישה מאזנת, לפיה על בית המשפט לבחון את המידה בה העונש המוסכם סוטה מהענישה הראויה, אך תוך מתן משקל לשיקולים שמרסנים את מידת התערבותו של בית המשפט, כגון חזקת הכשרות המנהלית, הקשיים בניהול משפט מלא, האינטרס הציבורי בחיסכון הזמן השיפוטי ולקייח האחריות מצד הנאשם.<sup>19</sup> אף שהשופטת ביניש תמכה בביקורת מהותית של הסדר הטיעון, השיקולים השונים שמנתה מקנים מנעד רחב להסכמות הצדדים, תוך מתן משקל לשיקולי יעילות והכרה בכך שאלמלא כן המערכת תתקשה לתפקד.<sup>20</sup>

**2.2. מעורבות של בתי המשפט בפרקטיקה - ימי המוקד והגישור הפלילי:**

בניגוד לעמדה המסורתית המרוחקת,<sup>21</sup> בשני העשורים האחרונים החלו בתי המשפט לקחת חלק פעיל במשא ומתן בין הצדדים באמצעות שתי פרקטיקות אשר הונהגו ביחזמת הנהלת בתי המשפט ומטרתן לחסוך בזמן שיפוטי: הגישור הפלילי,<sup>22</sup> והדיון המקדמי במסגרת ימי המוקד.<sup>23</sup>

הגישור הפלילי הוא הליך שהחל את דרכו בתחילת שנות ה-2000 בבתי משפט המחוזיים השונים, כשיטה שצמחה מהערכאות הדיוניות וזכתה להכרה ואישור במספר החלטות שיפוטיות.<sup>24</sup> הגישור הובא מהתחום האזרחי,<sup>25</sup> אך לא עוגן במפורש בחקיקה, ובית המשפט ראה בסעיף 143 לחס"פ שעניינו בהליך המקדמי, כמקור נורמטיבי להליך.<sup>26</sup>

במסגרת ההליך מתקיים דיון גישור בפני שופט מגשר שאינו השופט שדן בתיק העיקרי, שמטרתו להביא את הצדדים לכדי הסכמות בדבר דרך ניהול המשפט או אופן סיומו. מדובר בהליך נפרד מההליך העיקרי, ואף שאין בו כדי לעכב את ההליך העיקרי, ניתן בכל עת במהלך ניהול התיק לבקש דיון בפני שופט מגשר כל עוד ישנה הסכמה של שני הצדדים. השופט המגשר אינו כפוף לדיני הראיות וסדרי הדין הנוקשים של ההליך הפלילי,<sup>27</sup> ולצורך ההליך הוא רשאי להיחשף לחומרי החקירה, ולחוות דעתו באשר לסוגיות ראייתיות ולענישה הראויה בניסיון לקרב בין עמדות

17-1 אחוז הודו ללא הסדר. בבתי המשפט המחוזיים החלוקה מעט שונה, כאשר 86 אחוז מהנאשמים הודו במסגרת הסדר ורק שישה אחוז הודו ללא הסדר.<sup>9</sup>

הפרקטיקה של הסדרי הטיעון אינה מעוגנת בחקיקה, והתפתחה עם השנים ביוזמת הצדדים להליך הפלילי, תוך הסדרתה בהחלטות שיפוטיות.<sup>10</sup> היא הוכרה לראשונה כ"הכרח בל-יגונה" בפסק הדין בעניין **בחמוצקי**.<sup>11</sup> במסגרת הסדר הטיעון, הצדדים להליך הפלילי, ההגנה והתביעה, מגיעים לכדי הסכמה אודות כתב אישום בו יודה הנאשם. בחלק מהמקרים ההסדר כולל הסכמות עונשיות, לרבות טווח ענישה, ובחלק אחר ההסדר הוא 'הסדר פתוח', וכולל אך ורק תיקון של כתב האישום תוך הותרת שלב הענישה פתוח לטענות הצדדים.<sup>12</sup>

**1.1. ביקורת שיפוטית על הסדרי הטיעון - התערבות בענישה וריחוק מהמשא ומתן:**

תחילה, ועד לשנות השבעים של המאה ה-20, הסדרי טיעון היו נערכים בין ההגנה לבין התביעה ללא ידיעת בית המשפט. בעניין **בחמוצקי**, שאלת היחס בין ההחלטה השיפוטית להסכמות הצדדים נדונה לראשונה. בעוד שהפרקטיקה הוכרה כ"הכרח בל-יגונה", בית המשפט הרחיק את עצמו ממנה, תוך קביעה כי הסכמת הצדדים אינה מחייבת אותו.<sup>13</sup> באותו עניין נקבע כי במסגרת ההליך, נדרשים הצדדים להודיע על ההסדר, שלאחריו מודה הנאשם באישום המוסכם ומורשע בהתאם. רק לאחר הרשעת הנאשם בדין בוחן השופט את ההסכמה העונשית ומחליט אם לאשרה או להטיל ענישה חלופית. בעוד שהשופט כהן הביע חשש לבחירתו החופשית של הנאשם ולמידת הבנתו את משמעויות ההסכם,<sup>14</sup> השופט קיסטר התייחס למידת התערבות בהסכמה העונשית, וקבע שכבירת מחזל יש לכבד הסדרי הטיעון, אלא אם יסתבר שהודאת הנאשם אינה אמת, או ששיקולים זרים הניעו את התביעה לוותר על חלק מהאישומים.<sup>15</sup>

במהלך השנים, בית המשפט העליון החזיק בשתי גישות שונות באשר לרף הביקורת השיפוטית על הסדרי הטיעון ומידת התערבות בהסכמה העונשית.<sup>16</sup> השופט מצא תמך בגישה מצמצמת, לפיה התערבות נדרשת אך כאשר שיקולים זרים הובילו להסכם.<sup>17</sup> בניגוד לגישה זו, תמך השופט

9. אורן גל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל מרגל **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** (מחלקת המחקר של הרשות השופטת והמרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה אוניברסיטת חיפה) (מאי 2012) (להלן: גל-אייל, גלון ווינשל מרגל).
10. חרף ניסיונות לעגן את פרקטיקת הסדרי הטיעון בחקיקה, ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח 1362.
11. ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 549, 554, 560 (1972) (להלן: עניין **בחמוצקי**).
12. גל-אייל, גלון ווינשל מרגל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 22-25.
13. עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 553.
14. שם, בעמ' 550.
15. שם, בעמ' 555-556.
16. אורן גל הסדרי טיעון ובעיית החף "משפטים לה 1, 624 (2018) (להלן: גל, "בעיית החף"); אליהו הרנון "עסקאות טיעון בישראל - חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן" **משפטים** כ"ז 543, 561-579 (1996) (להלן: הרנון); יניב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 344-348.
17. ע"פ 1289/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 158, 168 (1993) (להלן: עניין **לוי**); ע"פ 4722/92 **מרקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(2) 45, 56-57 (1993) (להלן: עניין **מרקוביץ**).
18. שם, בעמ' 59; עניין **לוי**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 165.
19. ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 608-610 (2002) (להלן: עניין **פלוני 1**).
20. שם, בעמ' 609.
21. בפועל, ניתן היה לראות מעורבות של שופטים בהסדרי טיעון עוד קודם, ראו הרנון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 560.
22. עמי קובו "הגישור הפלילי" **המשפט** כד 301, 304 (תשע"ח) (להלן: קובו, "הגישור הפלילי").
23. קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי" **הסניגור** 200, 9, 11-10 (2013) (להלן: מן, "הלחצים").
24. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 304; ע"פ 1277/17 **מדינת ישראל נ' בלומנטל**, פ"ס 5 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 21.05.2017) (להלן: עניין **בלומנטל**).
25. ע"פ 6508/05 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ס 7 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 13.9.2006).
26. ראו את המחלוקת בין השופט הנדל לבין הנשיא גרוניס במסגרת ע"פ 8417/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.4.2014) (להלן: עניין **פלוני 2**).
27. הלכת **עווידה**, לעיל ה"ש 2, פ"ס 9-11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

הצדדים.<sup>28</sup> יתר על כן, וכפי שיפורט בהמשך, ישנה הפרדה מוחלטת בין השופט המגשר לבין השופט שדן בתיק,<sup>29</sup> תוך קביעת הוראות אי-קבילות וחיסיון על תוכן הדברים הנאמרים במסגרת הגישור.<sup>30</sup>

הדיון המקדמי המתקיים במסגרת ימי המוקד הוא פרקטיקה דומה אך מעט שונה, אשר החלה אף היא כיומה ספורדית של בתי משפט השלום בסוף שנות ה-90 ובתחילת שנות ה-2000.<sup>31</sup> בשנת 2006 עוגן הדיון המקדמי בסעיף 143א לחסד"פ,<sup>32</sup> במטרה לייצר הסדרה והאחדה בין בתי המשפט השונים.<sup>33</sup> כיום, מדובר בפרקטיקה שנוהגת ברוב המכריע של בתי משפט השלום, כאשר מדי שבוע נדונים כ-2000 תיקים בימי המוקד השונים, וכ-80 אחוז מהם מסתיימים בהסדר טיעון בו מורשע הנאשם על סמך הודאתו בכתב אישום מתוקן.<sup>34</sup>

בשונה מהליך הגישור, ימי המוקד מהווים חלק בלתי נפרד מהליך העיקרי, ומהווים בפועל את שער הכניסה להליך הפלילי בבתי המשפט השלום. במסגרת ימים אלו נקבעים עשרות דיוני הקראה מקדמיים בפני שופט המוקד, כאשר בנוסף נדונים במסגרתם גם סוגי דיונים אחרים, כגון טענות מקדמיות, בקשות הנוגעות להיערכות הצדדים ודיונים הנוגעים לשלב הענישה. אחת ממטרות ימי המוקד היא עידוד ההידברות בין הצדדים וליבון הסוגיות הנתונות במחלוקת,<sup>35</sup> תוך וויסות וניהול התיקים הרבים בניסיון לחסוך בזמן השיפוטי.<sup>36</sup> בחלק ניכר מבתי המשפט הוקצה חדר צדדי לצורך קיום פגישות בין ציגי התביעה לבין ההגנה,<sup>37</sup> והשופט מעודד את הצדדים לשוחח ביניהם ולקדם הסכמות. בעוד שחלק מהדיונים נושאים אופי פורמלי מבלי שבית המשפט יהיה מעורב בשיח בין הצדדים, במקרים אחרים, וככל שישנה הסכמה לכך, שופט המוקד יכול לעשות שימוש באמצעים גישוריים, לרבות עיון בראיות,<sup>38</sup> ולהציע הצעות לסיום מוסכם של התיק.<sup>39</sup>

במחקר שבחן 717 דיונים שנערכו בבית המשפט השלום בתל אביב במסגרת ימי מוקד בין נובמבר 2017 למאי 2018, נמצא כי עיקר החלטות שופטי המוקד עניינן בהחלטות טכניות וניהוליות אשר ככלל נועדו לקדם הידברות בין הצדדים. רק בשישית מהדיונים (16.8 אחוז) נטלו השופטים חלק פעיל בקידום הסכמות בין הצדדים.<sup>40</sup> מבין התיקים בהם השופטים לקחו חלק פעיל, נמצא מנעד רחב של סוגי מעורבות: ב-32

אחד מהמקרים הפנו השופטים את הצדדים להידברות; ב-18 אחד נעשה ניסיון אקטיבי לגשר בין עמדות הצדדים; ב-13 אחד שיקפו שופטי המוקד את עמדתם באשר לראיות ולטענות המשפטיות; ב-11 אחד התייחסו להשלכות השליליות של ניהול הליך מלא; ב-17 אחד עודדו את הצדדים לשאת פעולה; ב-8 אחד התייחסו שופטי המוקד לשיקולים אחרים כגון נסיבותיו האישיות של הנאשם וב-20 אחד מהדיונים נעשה שילוב בין מספר סוגי מעורבות.<sup>41</sup>

שני ההליכים, הן הדיון המקדמי בימי המוקד והן הגישור הפלילי, מתאפיינים במעורבות גבוהה של בית המשפט בניסיון לקרב בין עמדות הצדדים. במסגרת הליך הגישור, השופט המגשר נחשף לחומרי חקירה המצויים בתיק ולעמדות ולטענות שלא היו מועלות במסגרת הליך הרגיל, תוך הבעת עמדה באשר לאופן סיום התיק. בדומה לכך, גם הליך המוקד מתאפיין במעורבות רבה של בית המשפט תוך שימוש באמצעים גישוריים. אמנם שיעור משמעותי של הדיונים בימי המוקד עניינם בהחלטות ביורוקרטיות וטכניות, כאשר בנוסף, בחלק ניכר מהדיונים בהם ישנה מעורבות מסוימת בית המשפט לא נכנס לגופו של התיק. אולם, ישנו מנעד משתנה של רמת המעורבות השיפוטית, בין אם בשיקוף ההשלכות של ניהול הליך מלא ובין אם בשיקוף המצב הראייתי והטענות המשפטיות וניסיון לגשר בין פערי הצדדים, תוך הבעת עמדה באשר לאופן סיום הליך.

ראוי להסב את תשומת הלב, כי בעוד שהגישור הפלילי מתנהל לצד ניהול התיק העיקרי, ימי המוקד הפכו את הסדרי הטיעון לזלזול הכניסה הראשית של ההליך הפלילי. יתר על כן, בעוד שהגישה הפאסיבית-מרוחקת של בית המשפט נותרה הגישה השלטת במסגרת דיונים עיקריים שאינם הליכי גישור ושאינם דיוני מוקד,<sup>42</sup> הטמעת מאפייני גישור במסגרת ימי המוקד הפכה את המעורבות השיפוטית האקטיבית בניהול משא ומתן לנורמה רווחת בבתי משפט השלום השונים.<sup>43</sup>

## ג. מגרעות הסדרי הטיעון ויתרונה של מעורבות שיפוטית:

### 1.1. מגרעות הסדרי הטיעון:

רבות נכתב על הסדרי טיעון, ונהוג לייחס את היווצרות הפרקטיקה לשיטת המשפט האדברסרית אשר מקנה לצדדים את השליטה על ניהול

28. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 318-320.  
 29. ע"פ 2749/14 גאון נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 18.04.2014).  
 30. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 320-322.  
 31. שם, בעמ' 305; יניב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 356-357; ראו גם אמנון כהן ועינת-מולר, "שופט פסיבי או שופט אקטיבי? הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקות טיעון" **משפטים** לא(3) 745 (תשס"א).  
 32. חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 48), התשס"ו-2006, ס"ח 390.  
 33. דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (דיון מקדמי), התשס"ה-2005, ה"ח 548.  
 34. ראו את הנתונים שהוצגו מטעם הפרקליטות בעניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 15.  
 35. קנת מן "סדר דין פלילי מנהלי: הסדרי טיעון, הרשעות שווא של אשמים ופיקוח שיפוטי" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** 217, 246-247 (אלון הראל עורך, 2017) (להלן: מן, "סדר דין פלילי מנהלי"); קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 305.  
 36. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 15; מן, "הלחצים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 10-11.  
 37. שם.  
 38. ס' 143א(ד) לחסד"פ.  
 39. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 305.  
 40. עיקר ההחלטות הביורוקרטיות עניינן בהחלטות דחיייה שונות, בין אם לצורך מתן שהות ללימוד התיק או מסיבה אחרת, ראו-Kanner et al., *Manage rial Judicial Conflict Resolution (JCR) of Plea Bargaining: Shadows of Law and Conflict Resolution*, 22.4 New Crim. L.Rev 494, 515-519, 536 (2019) (להלן: Kanner et al.).  
 41. שם, בעמ' 519-520.  
 42. ע"פ 1730/17 דומרני נ' מדינת ישראל, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.01.2019) (להלן: עניין דומרני); רע"פ 523/13 **דזנשוילי נ' מדינת ישראל**, פס' 30 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.08.2015) (להלן: עניין דזנשוילי), אם כי ראו את הסתייגותו של השופט עמית באותו פסק דין; ע"פ 7063/08 **טרבלסי נ' מדינת ישראל**, פס' 11-12 (פורסם בנבו, 11.06.2009); ע"פ 7096/05 **נירזי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.09.2008) (להלן: עניין נירזי).  
 43. מן, "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 35, בעמ' 246-247.

נטען כי שיקול הדעת הרחב בשילוב עם יחסי כוחות שאינם שוויוניים הופכים את הסדר הטיעון להסדר חד צדדי.<sup>54</sup> לטענת המבקרים, לא אחת התביעה מחמירה בניסוח כתב האישום, מתוך ידיעה שחלקו יימחק בהסדר,<sup>55</sup> בעוד שכתב אישום מחמיר עשוי ביתר קלות להוביל למעצרו של הנאשם ולהגדיל את סיכויי הרשעה באמצעות הסדר.<sup>56</sup> מעבר לכך, בהיבט המערכתי, נטען כי מוסד הסדר הטיעון מאפשר לתביעה להגיש כתבי אישום רבים מקום שלא היו מוגשים מלכתחילה, כאשר לתביעה אפשרות להבטיח הרשעה באמצעות הצעה עונשית מקלה.<sup>57</sup>

בהקשר של ימי המוקד, נטען כי הכמות הגדולה של התיקים הנדונים בפני שופט המוקד, לצד הלחץ המופעל על הצדדים לסיים את התיק בהסדר טיעון וההתערבות המצומצמת מצד בתי המשפט בשיקול דעת התביעה הופכים את ההליך הפלילי למעין הליך מנהלי. משמע, כי מרבית ההחלטות המרכזיות בתיק מתקבלות למעשה על ידי התביעה כבובעה המנהלי, ולתובע אפשרות לקבוע את התוצאה הסופית על דרך הסדר הטיעון, חלק החלטה שיפוטית.<sup>58</sup> יתר על כן, הנהגת ימי המוקד הפכה את פרקטיקת הסדר הטיעון לבירוקרטיה תעשייתית לטיפול מהיר בתיקים בשם היעילות, תוך יצירת תחושה של סרט נע, באופן שמעלה ספק בדבר מידת הבנת הנאשם את המתרחש.<sup>59</sup>

**ג.2. יתרונות המעורבות השיפוטית:**

מוסד הסדר הטיעון מקים חששות ברבדים שונים באשר לגיטימיות הפרקטיקה, עד אשר יש הטוענים לביטולו.<sup>60</sup> למרות חששות אלו, שיקולי יעילות הובילו להכרה משפטית בפרקטיקה, תוך התערבות מועטה מצד בית המשפט בהסכמות הצדדים. בהקשר זה, מעורבות בית המשפט במשא ומתן בין הצדדים אינה מובנת מאליה,<sup>61</sup> ולא בכדי פעם אחר פעם, בעניין **בחמוצקי** ואחרים, בית המשפט הורה על הרחקת הערכאות הדיוניות מהמגעים בין הצדדים.<sup>62</sup> הבעת עמדה אודות אופן סיום התיק

המשפט ומטילה עליהם את האחריות לאיסוף ראיות והגשתן; וכיוצא בזה להסכים על עובדות וטענות, ובמידה רבה גם על אופן סיום התיק.<sup>44</sup> לצד החשיבות המיוחסת לנטילת האחריות מצד הנאשם,<sup>45</sup> ההליך אינו חף מביקורת. נטען כי הלחצים המופעלים על נאשמים על ידי השחקנים השונים במסגרת ההליך הפלילי,<sup>46</sup> והתמריצים השונים הקיימים, עשויים להוביל אותם להודות באשמה חרף הכחשתם, ככל שתוצע הצעה שלא ניתן יהיה לסרב לה.<sup>47</sup>

במחקר שערך קובו בשנים 2006-2007, רואיינו 400 נאשמים אשר הוזמנו לדיון מענה לכתב האישום. המחקר מצא שכ-15 אחוז מבין הנאשמים שנדגמו הכנישו את האשמה מיד לאחר שהודו בה באלום בית המשפט.<sup>48</sup> כמחצית מהמודים הלא עקביים (46.9 אחוז) הסבירו שעשו זאת לצורך סיום מהיר של ההליך; כשליש (34.7 אחוז) הסבירו כי פעלו מתוך תחשיבי סיכון וסיכוי אודות סיכויי הרשעה וההקלה המובטחת בעונש, ואילו 18.4 אחוז הנתרים הודו על בסיס המלצת סנגורם.<sup>49</sup>

הטענה כי הודאת הנאשם היא הודאת שווא מבוססת על הכחשתו את האישומים בהם הודה. אמנם לא ניתן לקבוע כי מדובר בהודאות שקריות, שהרי לא ניתן לקבוע את אמיתות ההודאה באופן פוזיטיבי ללא שמיעת ראיות. אך ככל שבית המשפט מסתמך על הודאת הנאשם כתחליף להוכחת האשמה,<sup>50</sup> התמריצים השונים הקיימים מערערים את אמיתות ההודאה.

טענות נוספות בספרות המקצועית מבקרות את שיקול הדעת הנרחב של התביעה בהיבטים שונים של הסדרי הטיעון: בהיבט של האינטרס הציבורי, נטען כי הפרקטיקה מביאה להתעלמות מאינטרסים של נפגעי העבירה.<sup>51</sup> נטען בנוסף שהפחתה משמעותית בענישה אינה ראויה,<sup>52</sup> בעוד התביעה נמנעת מביקורת שיפוטית על ידי מחיקת חלק מהאישומים מבלי שבית המשפט ייחשף לראיות.<sup>53</sup> מנגד, בהיבט של זכויות נאשמים,

44. ראו הנמקתו של השופט מצא בעניין **מרקוביץ**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 56-55; ראו גם M. M. Feeley, *Legal Complexity and The Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining* 31 Is. L.R. 183, 186-221 (1997).

45. ס' 40יא(4), 40יא(6) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ע"פ 330/61 **דלאל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טו 228, 229 (1962); עניין **פלוני 1**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 609; ע"פ 2099/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס" 57 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 22.5.2016).

46. עמי קובו **נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט מודים באשמה וטוענים לחפותם** 404-363 (2009) (להלן: קובו, **נאשמים בלתי עקביים**).

47. O. Gazal-Ayal, *Partial Ban on Plea Bargains*, 27 CARDOZO L. REV. 2295 (2006) (להלן: Gazal-Ayal, *Partial Ban*).

48. קובו, **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 289.

49. שם, בעמ' 340. D. J. Newman, *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, 8 (Little Brown, 1966).

50. H. M. Emory, *The Guilty Plea as a Waiver of Rights and as an Admission of Guilt*, 44 Temp. L.Q. 540, 541 (1971).

51. אף שהסדרי טיעון חוסכים מנפגעי עבירה להחיות מחדש את הטראומה (ראו עניין **ניזרי**, לעיל ה"ש 42, פס" 7), נטען כי ההליך מתעלם מהאינטרסים של נפגעי עבירה בהליך (ראו הרנון, לעיל ה"ש 16). חרף עיגון זכותו של נפגע עבירה בעבירות מין או אלימות חמורה להביע עמדה לעניין הסדר טיעון בסעיף 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ישנה ביקורת על אופן יישום החוק (ראו מיכל טמיר ודנה פוג'י "חוק טובות לנפגעי עבירה - על חוקיות החסינות לפגיעה שלטונית בנפגעי עבירה" **מעשי משפט** י"א 211 (2020)).

52. Gazal-Ayal, *Partial Ban*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2339.

53. ע"פ 2021/17 **מצנר נ' מדינת ישראל**, פס" 19-20 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.04.2017); גול, "בעיית החף", לעיל ה"ש 16, בעמ' 75.

54. אורי וייס יוסי זרר "האם משחק עסקאות טיעון הוא משחק חסיטה" **משפט צדק? הליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** 183, 186-187 (אלון הראל עורך, 2017); יניב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 361-363; M. Langer, *Rethinking Plea Bargaining: The practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure*, 33 Am. J. Crim. L. 223, 229-247 (2005).

55. Gazal-Ayal, *Partial Ban*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2340-2343.

56. וייס זרר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 203-207.

57. Gazal-Ayal, *Partial Ban*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2309-2311.

58. מן, "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 35, בעמ' 249, 256-257; Stephanos Bibas, *Restoring Democratic Moral Judgment within Bureaucratic Criminal Justice*, 111 Nw U L Rev 1677 (2017).

59. ראו הערותיו של השופט דניצ'גר ברע"פ 2292/08 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.3.2009); מן, "הלחצים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 10-11.

60. אלשולר לדוגמה טוען שבשל החשש מהרשעת חפים יש לבטל כליל את פרקטיקת הסדרי הטיעון בארה"ב, A. W. Alschuler, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea-Bargaining System*, 50 U. Chi L. Rev. 931, 937-948 (1983).

61. ראו את הדיון של השופט מלצר בעניין **דנשוילי**, לעיל ה"ש 42, פס" 26-32.

62. עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 553; ע"פ 180/84 **חאלדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 836 (1984) (להלן: עניין **חאלד**); ע"פ 5518/91 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד מו(3) 525 (1992) (להלן: עניין **פלוני 3**).



רבה לאורך השנים.<sup>74</sup> האינדיקציה השיפוטית קיבלה אמנם לגיטימציה בהלכת *Goodyear*, אך זו הותנתה בכך שהיחמה לשמיעת העמדה היא של הנאשם ומבחירתו החופשית, וכי תחייב את בית המשפט בהחלטתו העונשית.<sup>75</sup>

בעוד שכבר בעניין **בחמוצקי** עמד השופט חיים כהן על הצורך לוודא שהודאת הנאשם תינתן מתוך רצון חופשי והבנה מלאה של ההסדר,<sup>76</sup> ככל שבית המשפט מעורב בשיח בין הצדדים יש לקבוע ערובות דיוניות נוספות, כך שההליך יתנהל באופן צודק והוגן יותר.<sup>77</sup> כך, יש להפריד בין השופט המגשר לשופט הדן בתיק;<sup>78</sup> לתעד את הליך הגישור;<sup>79</sup> ליתן את הדעת לחשש מפני הפעלת לחץ מפורז ולערב נאשמים בהליך הגישור.<sup>80</sup> באמצעות מעורבות שיפוטית אקטיבית בניהול הסדר הטיעון, השליטה והאחריות על ההליך הפלילי תוחזר לבית המשפט.

#### ד. סעיף 143א(ה) לחוק סדר דין הפלילי והחשש ממשוא פנים:

##### 1. הלכת זיסמן וביטולה של הלכת עווידה:

אחת הערובות הדיוניות להליך הוגן שנקבעו במסגרת עיון הדיון המקדמי בחקיקה היא הפרדה ברורה בין השופט המקדמי לשופט הדן בתיק. הפרדה זו נקבעה בסעיף 143א(ה) לחסד"פ, חז לשוננו: **"לא הסתיים הדיון בכתב האישום במסגרת דיון מקדמי לפי סעיף זה, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר..."**. לצד זאת נקבע בסעיף 143א(ו) כי פרטוקול הדיון המקדמי לא יעבר לשופט שימשיך לדון בכתב האישום. הוראות חוק אלו נועדו למקרים בהם התיק לא הסתיים במסגרת הדיון המקדמי, והיות שמדובר בהליך חריג לסדר הדיון הרגיל,<sup>81</sup> ראוי שהמשך שמיעת התיק ייעשה בפני שופט אשר לא היה חשוף לחומר הראיות ולעמדות הצדדים.

ככל שאין הסכמה אודות עובדות כתב האישום ויש צורך לנהל הוכחות, אזי ברי כי שופט אשר נחשף לחומר המצוי בתיק החקירה אינו יכול לשמש כשופט במסגרת בירור האשמה. אולם בתיקים רבים ההליך המקדמי מסתיים בהסדר טיעון פתוח, ומתעוררת השאלה אם במקרים אלו יש מקום להעביר את הדיון למוטב אחר בהתאם להוראת סעיף 143א(ה) לחסד"פ.

שאלה זו עלתה בעניין **עווידה**. בעניינו הסכימו הצדדים במסגרת גישור

תוך מתן חסות שיפוטית להסדר הטיעון, יחד עם לחצי המערכת להפחתת העומס,<sup>63</sup> עשויים להוביל נאשמים להודות באשמה בניגוד לרצונם.<sup>64</sup> מנגד, ככל שביקש הנאשם לממש את זכותו להוכחת חפותו, נקיטת עמדה מצד בית המשפט עשויה להצטייר כמשוא פנים.<sup>65</sup>

חריף החששות השונים, למעורבות בית המשפט עשויים להיות יתרונות לא מעטים בהפיכת הסדרי הטיעון להוגנים וצודקים יותר.<sup>66</sup> במחקר מקיף אחדות מעורבות בתי המשפט בהסדרי טיעון במספר מדינות בארה"ב, הראו קינג ורייט כי למעורבות בית המשפט תרומה חיובית להליכי ההידברות בין הצדדים. להערכת החוקרים, בתי המשפט תרמו לאיכות התוצאה הסופית בתיק, באמצעות הגברת השקיפות והאובייקטיביות של הליך, שיקוף הסיכונים והסיכויים הקיימים והצעת הצעות עונשיות אלטרנטיבות, תוך נטרול כוחה העודף של התביעה.<sup>67</sup>

אחת המגרעות של מוסד הסדר הטיעון היא שיקול הדעת הרחב של התביעה, אשר מעורר חשש מהתפרקות בית המשפט מאחריותו על ההליך. בהקשר זה הכנסת פרקטיקת הסדר הטיעון לתוך אולמו של בית המשפט במסגרת ימי המוקד מאפשרת לבית המשפט ליטול את המושכות חזרה לידי. להליכי הגישור יתרון נוסף בנוף הסדרי הטיעון בישראל. בהעדר כלים לבחינת אמיתות ההודאה, עיקר ההתערבות של בית המשפט נסוב סביב הענישה הראויה, מבלי להקדיש די תשומת לב לתמריצים אשר עשויים להוביל להודאות שווא.<sup>68</sup> באמצעות האפשרות לסטות מסדרי הדיון ולעין בחומר הראיות, לבית המשפט האמצעים לבחון את אמיתות ההודאה. אמנם רק בכ-13 אחוז מבין דיוני המוקד בהם שופטים נוקטים גישה אקטיבית ישנה התייחסות לחומר הראיות,<sup>69</sup> אך יש מקום לעודד זאת, גם במקרים בהם הליך גישור לא מבוצע ומתעורר חשש לחץ מוגזם להודות באשמה.<sup>70</sup> בכך, בית המשפט יכול לוודא שלצד הודאת הנאשם ישנו בסיס ראיתי סביר להרשעה, ושענישה פלילית תוטל אך ורק על נאשמים שאשמתם מבוססת.<sup>71</sup>

אין להתעלם מהחשש הקיים ממעורבות יתר של בית המשפט ומהחשש ליצירת אווירה המתפרשת ככפייה שיפוטית.<sup>72</sup> באנגליה, בהעדר אפשרות להגיע עם התביעה להסכמות עונשיות, בתי המשפט נהיו מעורבים בהליך ההודאה על ידי מתן אינדיקציה לענישה הצפויה ככל שהנאשם יודה באשמה.<sup>73</sup> בשל החשש מכפייה שיפוטית, מעורבות זו לוותה בביקורת

63. מן, "הלחצים", לעיל ה"ש 23. יש ליתן את הדעת לכך שיעילות וחסכון בזמן שיפוט מוגדרים כחלק ממטרות הניהול השיפוטי (ראו ס' 12(ד) לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007).

64. עניין **פלונקי 3**, לעיל ה"ש 62; ניב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 371-372; קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 335.

65. עניין **חאלד**, לעיל ה"ש 62.

66. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 331-335.

67. Nancy J. King & Ronald F. Wright, *The Invisible Revolution in Plea Bargaining: Managerial Judging and Judicial Participation in Negotiations*, 95 TEX. L. REV. 325, 393-394 (2016).

68. קובו, **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה"ש 46, 408-405; מן, "סדר דין פלילי מנהלי", לעיל ה"ש 35, בעמ' 254-255.

69. Kanner et al., לעיל ה"ש 40, בעמ' 519-520.

70. ראו הצעתו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס אליהו מצא במאמרו, אליהו מצא "הסדרי טיעון - עבר הווה עתיד" **הסניגור** 171, 5, 12 (2011).

71. A. Ashworth, L. Zedner, *Defending the criminal law: Reflections on the changing character of crime, procedure, and sanctions* 2(1) CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 21, 22 (2008).

72. ניב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 371-372. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 335.

73. R. v Turner [1970] 2 WLR 1093.

74. R v Dossetter [1999] 2 Cr App (S) 248; Mike McConville & Luke Marsh, *Criminal Judges, Legitimacy, Courts and State—Induced Guilty Pleas in Britain* 71-83, 125-126 (2014).

75. R v Goodyear [2005] EWCA Crim 888, [2005] 3 All ER 117.

76. עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 550; ראו עניין **דומרני**, לעיל ה"ש 42, פס' 22.

77. A. W. Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining*, Part 1, 76(7) COLUMBIA LAW REVIEW 1059-1060, 1130-1131, 1154, 1197 (1976) (להלן: Alschuler, Trial Judge's Role).

78. שם, בעמ' 1148, Ohio St. Lj; R.R. Batra, *Judicial Participation in Plea Bargaining: A Dispute Resolution Perspective*, 76 OHIO ST. LJ 565, 588-589 (2015).

79. שם, בעמ' 589-592.

80. Alschuler, Trial Judge's Role, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1129.

81. דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה-2005, ה"ח 548, 549.

פילי על הסדר טיעון פתוח והפרקליטות עתרה להעברת המשך הדיון בתיק למוטב אחר. בהחלטתו, קבע בית המשפט העליון כי לאור מעורבותו האקטיבית של השופט המגשר קמה חזקה חלוטה למשוא פנים, ולכן במקרים בהם הליך הגישור לא הסתיים בהסדר טיעון סגור סעיף 143א(ה) מקים עלית פסלות סטוטורית המחייבת את העברת התיק.<sup>82</sup>

אולם חזקה זו לא החזיקה מעמד, ובהחלטה בעניין **זיסמן** מיום 18.03.2020, בוטלה הלכת **עוידה**. נקבע כי התיק יועבר למוטב אחר רק במקרים בהם ההליך המקדמי לא הסתיים בהרשעה. אולם במקרים בהם ההליך המקדמי הסתיים בהסדר טיעון פתוח, יותר הדיון בתיק בפני אותו מוטב, אלא אם קמה עלית פסלות מכוח סעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.<sup>83</sup>

יודגש, כי בשונה מעניין **זיסמן**, בו הליך הגישור התנהל במסגרת הדיון המקדמי שנערך ביום מוקד, בעניין **עוידה** התיק נותב לשופט מגשר שלא על דרך יום מוקד. למרות זאת, להלכת **עוידה** השלכות על אופן ניהול ימי המוקד, הואיל ובמסגרתה נקבעו קביעות שעניינן באופן ניהול הליך הגישור ככלל, תוך פרשנות הוראות סעיף 143א לחס"פ החלות בראש ובראשונה על ההליך המקדמי.

במסגרת עניין **זיסמן**, סברו כלל הצדדים להליך, הנאשם, המאשימה ואף הסניגוריה הציבורית שהצטרפה לדיון כידיד בית משפט, שיש מקום לשנות את הלכת **עוידה**. נטען כי הלכה זו אינה מתיישבת עם תכלית היעילות שביסוד ימי המוקד, וכי בפועל היא אינה מיושמת הלכה למעשה. יחד עם זאת, בעוד שהנאשם סבר כי סעיף 143א(ה) לחס"פ חל רק במקרים בהם הדיון המקדמי לא הסתיים בהכרעת דין,<sup>84</sup> הפרקליטות סברה שיש להעביר את התיק למוטב אחר אם ההליך המקדמי לא הסתיים בהסדר טיעון סגור. אך לצד זאת נטען שיש לאפשר לצדדים להתנות על כלל זה ולהסכים על קיום הדיון בפני שופט המוקד, בניגוד להלכת **עוידה**. בטעוניה, הדגישה הפרקליטות שכלל זה משקף את המציאות הנוהגת בבתי המשפט.<sup>85</sup> הסניגוריה הציבורית הצטרפה לעמדת הפרקליטות, ובדומה אף היא סברה שסעיף 143א(ה) הינו כלל דיספוזיטיבי. אולם, הסניגוריה הטעימה שיש להבחין בין דיני מוקד אשר מתנהלים באופן פורמאלי, לבין הליכי מוקד הנושאים אופי גישורי.<sup>86</sup> לדידה, ככל שההליך מתאפיין במאפיינים גישוריים, על דרך עיון בחומר הראיות והבעת עמדה באשר לסיכויי ההרשעה והענישה, אזי נוצרת חזקת משוא פנים שבגינה ניתן לבקש את העברת התיק בהתאם להוראות סעיף 143א(ה).<sup>87</sup>

בית המשפט העליון (הנשיאה א' חיות) קיבל את עמדת הנאשם, וקבע כי הוראות סעיף 143א(ה) היא קונגנטית, אך חלה אך במצבים בהם נדרשת שמיעת ראיות בתיק, ואילו כאשר ההליך המקדמי מסתיים בהסדר פתוח אין מקום להעברת התיק.<sup>88</sup>

לעניין זה, בית המשפט פירש את המילים "**אם לא הסתיים הדיון בכתב האישום**" כמתייחסות להכרעת הדין ולהרשעה, ולא לסיום התיק עם מתן מר הדין.<sup>89</sup> בהחלטה נקבע שפרשנות זו מגשימה ביתר שאת את תכלית

החקיקה, שמטרתה לייצר חומת הפרדה בין השופט המגשר לבין השופט השומע ראיות. ואולם לדידה של הנשיאה חיות, לאחר שלב ההרשעה, החשש מפני זליגת מידע לא רלוונטי אינו מתעורר, וככלל אינו מקים חשש למשוא פנים.<sup>90</sup> עם זאת, בית המשפט הותיר פתח להעלאת טעוים בדבר חשש למשוא פנים, במסגרת בקשת פסלות, בהתאם לעילות הפסלות הרגילות המנויות בסעיף 77א לחוק בתי המשפט.<sup>91</sup>

יש ליתן את הדעת לאינטרסים הבאים לידי ביטוי בעמדות המשפטיות השונות שהציגו הצדדים בעניין **זיסמן**. בעוד הנאשם ביקש להותיר את הדיון בפני השופט המגשר, המאשימה ביקשה לשנות את זהות המוטב. אמנם מדובר בהשערה בלבד, אך העדפתו של הנאשם להותיר את הדיון בפני השופט המוקד-מגשר עשויה ללמד על האינטרס העונשי האישי והערכותו שעמדת השופט נוטה לטובתו.<sup>92</sup> אמנם בסופו של יום בית המשפט פסק לטובת הנאשם הספציפי בתיק זה, אך ההחלטה בעניין **זיסמן** עשויה לבוא בעוכרי ההגנה, ככל שתסבור כי השופט נוטה לטובת המאשימה ובית המשפט לא יראה לנכון לפסול עצמו. לכן, כעניין של מדיניות, הצטרפה הסניגוריה הציבורית לעמדתה העקרונית של הפרקליטות, כאשר לידים יש להפוך את הלכת **עוידה** לכלל דיספוזיטיבי, ועל ידי כך לשמר את יעילות ההליך ובה בעת לאפשר לצדדים לעתור לשינוי המוטב ככל שעולה חשש למשוא פנים.

## 2. דיון - שיקולי יעילות והחשש ממשוא פנים:

בעניין **זיסמן**, כלל הצדדים להליך הביעו את עמדתם לפיה יש מקום לשנות את הלכת **עוידה**. אולם מעבר לאינטרסים השונים, נדמה כי השיקול המרכזי שהוביל לשינוי ההלכה המשפטית הוא שיקול היעילות המערכתית והחיסכון בזמן השיפוטי.<sup>93</sup> ואכן, בית המשפט אינו מסתיר את המשקל הרב שיש לתת לשיקולי היעילות, כאשר לדידו, עמידה דוקנית על הכלל שקבע בהלכת **עוידה** עשויה לפגוע ביעילות ההליכים, במיוחד על רקע כמות התיקים הרבה הנדונים בימי המוקד השונים.<sup>94</sup>

יש ליתן את הדעת לשינוי הפרוצדוראלי בין ההליך שהתקיים בעניין **עוידה** לבין זה שהתנהל בעניין **זיסמן**, אשר משליך על שאלת היעילות המערכתית. בעניין **עוידה** התיק נותב להליך גישור לאחר שכבר החל להידון בפני שופט אחר בתיק העיקרי, ולכן אין בהחזרת הדיון אל השופט שכבר החל לדון בתיק כדי לפגוע ביעילות ההליכים. לעומת זאת, הליך הגישור בעניין **זיסמן** התקיים כחלק מהדיון המקדמי ביום מוקד. על כן, החלת כלל פסלות קשיח עלולה להשליך באופן רחב על אופן ניהול כלל התיקים במסגרת ימי המוקד.

על מנת לענות על הצורך ביעילות דיונית, הן הפרקליטות והן הסניגוריה הציבורית סברו כי הפיכת כלל **עוידה** לכלל דיספוזיטיבי, אשר אינו מחייב את העברת התיק באופן אוטומטי, תתאים למציאות המתקיימת באולמות המוקד באופן שלא יפגע ביעילות ההליכים. אולם, בית המשפט דחה פתרון זה נוכח החשש שכלל כזה ינצל לרעה לצורך "פורום שופינג" על ידי בעלי הדיון, ועל כן סבר כי יש צורך בכלל קשיח שאינו משתמע לשני פנים.<sup>95</sup> לעניין זה ניתן להשיב כי העובדה שהעברת מוטב מכוח סעיף 143א(ה)

82. עניין **עוידה**, לעיל ה"ש 2, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט גרוניס.
83. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 12, 22 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות.
84. שם, פס' 6.
85. שם, פס' 7.
86. שם, פס' 8.
87. פס' 25 לעמדת הסניגוריה הציבורית אשר הוגשה בעניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1 (20.02.2020).
88. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 12, 22.
89. שם, פס' 21.
90. שם, פס' 14, 17.
91. שם, פס' 15-16.
92. השערה דומה הועלתה על ידי השופט גרוניס בעניין **עוידה**, (ראו עניין **עוידה**, לעיל ה"ש 2, פס' 11).
93. עניין **זיסמן**, לעיל ה"ש 1, פס' 15.
94. שם, פס' 11.
95. שם, פס' 19.

לחסד"פ נעשית בפועל אך לעיתים רחוקות אינה מצדיקה את החשש.<sup>96</sup> באשר לחשש מפגיעה ביעילות, הואיל ודיון המוקד הינו הליך מקדמי הפותח את המשפט, העברת המוטב באותם מקרים לא תביא לפגיעה כה משמעותית ביעילות ההליכים, כאשר בין כה וכה מרבית תיקי המוקד הם יחסית פשוטים ודיון בעניינם לא יצריך זמן שיפוטי יקר. יתר על כן, בעוד שיעילות היא אחת מתכליות ימי המוקד, יש ליתן דעת לאמצעים בהם מושגת אותה יעילות. נוסף על ריכוז עשרות דיוני הקראה כאמצעי ניהולי, במסגרת ימי המוקד נעשה שימוש באמצעים גישוריים לצרכי יעילות וקידום הסכמות הצדדים. ככל שבתי המשפט מעוניינים לקדם את היעילות המערכתית באמצעי גישור, יש להקפיד על ערובות דיוניות אשר יפיגו את החשש ממשוא פנים כל אימת שהתיק לא מסתיים במסגרת הדיון המקדמי.

במישור המהותי, השאלה היא האם מקרה בו הדיון המקדמי מסתיים בהסדר טיעון פתוח מקים חשש למשוא פנים. ככל שמועלות טענות פסלות במסגרת הליכים שאינם מקדמיים, הפסיקה קבעה כי לא כל ניסיון של בית המשפט להביא את הצדדים לכדי הסכמות מקים חשש למשוא פנים ויש לבחון כל מקרה לגופו.<sup>97</sup> החשש ממשוא פנים עשוי לנבוע ממספר גורמים: היחשפות השופט למסה קריטית של חומר שלא היה נחשף אליו בסדר הדיון הרגיל;<sup>98</sup> מעורבות ויחמה אקטיבית של בית המשפט בניסיון להביא את הצדדים לכדי הסכמה<sup>99</sup> והבעת עמדה שממנה משתמע שבית המשפט גיבש עמדה סופית באשר לאופן סיום התיק.<sup>100</sup> יתרה מזאת, לצד החשש ממשוא פנים, מעורבות משמעותית של בית המשפט, הגם שלא גיבש עמדה סופית, עשויה לפגוע במראית פני הצדק אשר אף היא עשויה להקים עילת פסלות עצמאית.<sup>101</sup>

בהקשר של הדיון המקדמי, ברי כי היחשפות שופט המוקד לחומר חקירה לא קביל ולמעשה לכל ראייה שטרם עברה את כור ההיתוך של החקירה הנגדית, מקים חשש אינהרנטי למשוא פנים כל אימת שאותו שופט יידרש לדון באשמת הנאשם. אולם גם במקרים בהם הליך המקדמי מסתיים בהרשעה מוסכמת וישנו צורך בדיון נוסף לטיעונים לעונש, החשש ממשוא פנים עשוי להתקיים. אכן, בשלב הענישה חלק מהמגבלות הראייתיות והפרוצדוראליות להגשת חומרי חקירה אינן מתקיימות, ובית המשפט רשאי לעיין ברישום הפלילי ובתסקיר נפגע עבירה.<sup>102</sup> אך אין בכך כדי לאפשר את הכנסת כלל חומרי החקירה לתוך בית המשפט מבלי שתהיה לנאשם אפשרות להתעמת עם אותן ראיות גולמיות. כך,

היחשפותו של שופט המוקד למזכר של שוטר או עד ראייה שיש בו כדי להקים נסיבה מחמירה שאינה חלק מעובדות כתב האישום המוסכם, עשויה להטות את שיקול הדעת של השופט בעת גזירת הדין. לא בכדי סעיף 40 לחוק העונשין מצמיד את הוכחות נסיבות הקשורות בביצוע העבירה לצרכי הענישה לראיות שהובאו בשלב האשמה, ובמקרים של הסדר טיעון פתוח, על כתב האישום המוסכם לכלול את כלל הנסיבות הרלוונטיות. הואיל ובמסגרת שיקולי הענישה יש להימנע מהתייחסות לעובדות שלא נכללו בכתב האישום,<sup>103</sup> ראוי שהשופט אשר גזר את הדין לא ייחשף לראיות אלו במסגרת הליך הגישור.

יתרה מזאת, ההליך הגישורי מתאפיין בעידוד הצדדים "לחשוף קלפים" ולהביע עמדות שלא היו מועלות במהלך סדר הדיון הרגיל,<sup>104</sup> תוך הטלת חיסיון על פרוטוקול הגישור.<sup>105</sup> פרקטיקה זו מיושמת גם בימי המוקד ככל ששופט המוקד חובש את כובעו הגישורי. כך, לא אחת, התביעה תעתור לענישה מחמירה במסגרת טיעון לעונש סדור, אך במסגרת ההליך הגישורי ייתכן שתסכים לענישה מקלה שלא היתה עותרת לה במסגרת ההליך הרגיל.<sup>106</sup> מתן אפשרות לשופט המוקד-מגשר להחליף את כובעו ולגזור את הדין לאחר ששמע את עמדותיהם הלא רשמיות של הצדדים יפגע באופן משמעותי באמון המהווה את הבסיס להליך, ואין זה ראוי שבית המשפט יכריע על בסיס טענות שלא היו מועלות אלמלא הליך הגישור. יתרה מכך, לא אחת, ובניסיון לגשר בין הצדדים, השופט המגשר מחווה את דעתו העונשית בתיק. הבעת דעה זו עשויה להתפרש כנקיטת עמדה, ואף ליצור ציפיות אצל מי מהצדדים, אשר יגרמו לו לוותר על חלק מטענותיו.<sup>107</sup>

בהחלטתה, הנשיאה חיות לא התעלמה מהחשש למשוא פנים, ועל-כן קבעה כי אין בהחלטתה כדי לגרוע מזכותו של מי מהצדדים לבקש את העברת המוטב מכוח עילות הפסלות הקבועות בסעיף 77 לחוק בתי המשפט. אך אין בכך כדי ליתן מזוה, הואיל ורף ההוכחה לצרכי טענת פסלות הוא גבוה במיוחד, ועל הטוען לפסלות רובץ הנטל להראות כי המקרה בא בגדר "אותם מקרים חריגים שהיחשפותו של בית המשפט לאותו חומר, לאור טיב החומר ועוצמתו, לא יוכל להשתחרר ממנו".<sup>108</sup> במישור המעשי, הפסיקה העדיפה פעם אחר פעם שיקולי יעילות מערכתית,<sup>109</sup> תוך קביעה כי לא כל מעורבות בית המשפט תקים עילת פסלות.<sup>110</sup> קשיי הוכחה אלו מקבלים משנה תוקף בהעדר רישום פרוטוקול מלא בהליך הגישור.<sup>111</sup>

96. אמנם טענה זו אינה מגובה בנתונים אמפיריים, אך אילו בית המשפט היה נדרש להעברת המוטב לעיתים קרובות, הדבר היה נותן את אותותיו באשר לאופן ניהול ימי המוקד, כפי שנטען על ידי הנשיאה א' חיות.

97. ע"פ 4492/02 שטייק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 832, 825 (2002) (להלן: עניין שטייק).

98. שם, בעמ' 832-ד-1.

99. שם, בעמ' 831-א-ד; ע"פ 1996/91 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 837 (1991).

100. עניין שטייק, לעיל ה"ש 97, בעמ' 831-832; עניין חאלד, לעיל ה"ש 62; ע"פ 710/01 מוטון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.02.2001).

101. ע"פ 5358/11 זליקובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 04.09.2011); ראו ביקורתה של הנשיאה ד' ביניש על הרחבת עילת מראית פני הצדק בע"פ 5102/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.8.2010). ראו גם ביקורת נוספת על עילת מראית פני הצדק: יגאל מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק למבחן החשש הממשי למשוא פנים" ספר שטרסברג-כהן 229 (א' ברק, י' זמיר, א' כהן, מ' סבוראי וא' עפארי עורכים, 2017).

102. ס' 187-190 לחסד"פ.

103. ס' 140(ד) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; ע"פ 7449/14 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו 14.05.2015); ע"פ 6802/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 06.01.2015).

104. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 316.

105. ס' 143(א) לחסד"פ; לימור זר גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" שערי משפט ג(1) 165 (2002).

106. קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 316.

107. עניין בלומנטל, לעיל ה"ש 24, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

108. ע"פ 7731/20 ונונו נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה אצבע הגליל (פורסם בנבו, 15.11.2020); ע"פ 4771/05 זחיאשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.5.2005); יגאל מרזל דיני פסלות שופט 90-91 (2006) (להלן: מרזל, דיני פסלות שופט).

109. חיה זנדברג "פסלות שופט בהליך פלילי" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדיון הפלילי - ספר הרנון 341, 369-375 (2009).

110. ע"פ 8389/16 מאידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 02.11.2016); עניין שטייק, לעיל ה"ש 97, בעמ' 831-א-ב.

111. בעניין פלוני 2, לעיל ה"ש 26, הביע השופט הנדל כי בהליך גישור פלילי אין הכרח לנהל פרוטוקול. אך מהוראת ס' 143(א) המטילה חיסיון על פרוטוקול הגישור, משתמע שמתקיים פרוטוקול, וכאמור, ס' 68(א) לחוק בתי המשפט מורה כי בדיון בבית משפט יתקיים פרוטוקול אשר ישקף את הנאמר והמתרחש בדיון. עוד ראו עמדתו של קובו לפיה רצוי לנהל שני פרוטוקולים, אחד "רזה" אשר גלוי לצדדים ולשופט ההוכחות, ואחד "עבה" אשר יהיה חסוי ולא פומבי (ראו קובו, "הגישור הפלילי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 327-328).

גישורים ומבלי שבית המשפט מביע עמדתו בתיק, אזי אין מקום להיעתר לבקשת שינוי המותב, ובכך ניתן למנוע שימוש טקטי להחלפת מותב במקרים שאינם מקימים הצדקה לכך.

### ה. סוף דבר:

פרקטיקת הסדר הטיעון, במסגרתה הצדדים מגיעים לכדי הסכמה אודות אופן סיום ההליך תוך סטייה מסדרי הדין הרגילים, נוצרה ועוצבה במסגרת השיטה האדברסרית של המשפט המקובל, והוכרה כהכרח בל-יגונה בפסיקה לפני כיובל שנים. בעוד שתחילה בתי המשפט הרחיקו עצמם מהמשא ומתן בין הצדדים, תוך החלת ביקורת שיפוטית מצומצמת, חל בעשורים האחרונים שינוי משמעותי בעמדת בית המשפט. בשם היעילות, נוצרו הליכים המעודדים את בית המשפט למעורבות אקטיבית במשא ומתן בין הצדדים, זאת באמצעות הגישור הפלילי והדיון המקדמי בימי המוקד.

הסדרי טיעון מייצרים חששות רבים באשר ללגיטימציה של ההליך הפלילי, ומעורבות בית המשפט בהידברות בין הצדדים אינה מובנת מאליה. על-אף החשש מפני לחץ כופה מצד בית המשפט, למעורבות בית המשפט יתרונות לא מבוטלים. באמצעות שיקוף המצב הראייתי, הצעת הצעות עונשיות תוך נטרול כוחה העודף של התביעה, וזיכוי קיומה של תשתית ראייתית מספקת והגברת השקיפות והאובייקטיביות של ההליך, יש בכוחה של מעורבות בית המשפט להפוך את הפרקטיקה להוגנת יותר.

טענת המאמר היא שלאור היתרון הגלום במעורבות בית המשפט בהידברות בין הצדדים יש מקום לאפשר ולעודד את הליך הגישור באופן פתוח וחופשי, אך מנגד נדרש לקבוע ערובות דיוניות על מנת להזים את החשש ממשוא פנים. בהקשר זה, הלכת **זיסמן** לא נתנה את המשקל הראוי לחשש הנוצר מתוך אופיו של ההליך הגישורי המתנהל במסגרת ימי המוקד, תוך מתן משקל יתר לשיקולי יעילות וניהול המערכת. אמנם אין צורך לחזור לכלל הקשיח של הלכת **עווידה**, אך יש לאפשר לצדדים לעתור להעברת המותב גם במקרים בהם הגישור מסתיים בהסדר טיעון פתוח, בלא עמידה בנטל ההוכחה הגבוה לפסלות שופט. המאמר אינו מתעלם מכך שרק בחלק מדיוני המוקד בית המשפט נוקט אמצעי גישור. אך בשל הקושי לסמן קו גבול מפורש בין דיון הקראה פורמאלי לבין דיון הנושא אופי גישורי אקטיבי, ולאור תכלית ימי המוקד, יש להניח מעורבות אקטיבית מצד בית המשפט המקימה חשש למשוא פנים. מנגד, ועל מנת למנוע ניצול לרעה של כלל זה, יש מקום להבדיל בין סוגי הדיונים באמצעות קביעה מפורשת בפרוטוקול על התנהלותו של הליך מעין גישורי.

הדיון המקדמי במסגרת יום המוקד הוא הליך שהחל ביזמת הנהלת בתי המשפט מתוך תכלית של יעילות וסיום מהיר של תיקים פליליים. במסגרת ההליך, בית המשפט הכניס את פרקטיקת הסדרי הטיעון בדלת הראשית כברירת המחדל בכלל התיקים הפליליים המתנהלים בימי המוקד. אולם הואיל ולצרכי יעילות המערכת הוטמעו אמצעי גישור במסגרת דיוני המוקד כחלק מובנה ובלתי נפרד מההליך, על בית המשפט לנקוט באמצעי הזהירות המתאימים ולאפשר את העברת המותב אף בלא צורך בעמידה בנטל הכבד להוכחת משוא פנים.

אולם בשונה מרף ההוכחה שנקבע לצרכי פסלות שופט בהליך העיקרי, נקודת המוצא בהליכי הגישור המתקיימים בפני שופט המוקד היא שונה. בהליך הגישור, בין אם במסגרת יום מוקד ובין אם במסגרת הליך גישור נפרד, בית המשפט עשוי להיחשף למסה קריטית של טענות וראיות שלא היו מובאות בהליך הרגיל ואף להביע עמדה מפורשת לגביהן. בשל כך, יש במאפייני ההליך כדי להקים חזקה למשוא פנים, ואין מקום לדרוש עמידה בנטל ההוכחה כבד.

כעולה מהנתונים שהוצגו לעיל, לא בכל דיוני המוקד נוטל השופט חלק פעיל בהידברות בין הצדדים או נחשף לחומרי חקירה בתיק,<sup>112</sup> ולכן החשש ממשוא פנים אינו מתעורר בכל הדיונים. השאלה היא אודות ברירת המחדל, והאם יש בעצם קיומו של הליך מוקד, המכיל מנעד רחב של אופני מעורבות מצד בית המשפט, כדי להקים חזקת משוא פנים. לעיתים שופט המוקד אך מפנה את הצדדים להידברות מחוץ לאולם או מעודד אותם לשאת פעולה. אך במקרים אחרים, שופט המוקד נוטל חלק אקטיבי בניסיון לגשר בין הצדדים, תוך שיקוף ההשלכות השליליות של ניהול הליך מלא, ואף התייחסות לראיות הנתונות במחלוקת.<sup>113</sup> המנעד הרחב של אופני המעורבות מצד בית המשפט ושילובם, והעובדה כי מדובר באותו שופט אשר נקט במקביל במספר גישות, מקשה על סימון קו גבול חד וברור בין דיון הקראה פורמאלי לבין דיון הנושא אופי גישורי, כהצעת הסניגוריה. על אחת כמה וכמה כאשר לא נערך פרוטוקול מלא וסדור.

הצורך בסימון קו גבול חד וברור נלמד מהיחס השונה שניתן למעורבות בית המשפט בדיונים שאינם דיונים מקדמיים. שם בית המשפט חזר על ההלכה לפיה אל לו לשופט ליטול על עצמו תפקיד בביבוס הסדר טיעון.<sup>114</sup> בעוד שהלכת **עווידה** קבעה קו גבול ברור בין המותב בהליך הגישורי למותב בהליך העיקרי,<sup>115</sup> ההחלטה בעניין **זיסמן** מוססה הפרדה זו, על ידי הותרת שלב הענישה בידי המותב שדן בדיון המקדמי-גישורי.

לאור הקושי בסימון קו גבול חד וברור, הנחת המוצא צריכה לקחת בחשבון את המעורבות האקטיבית של בית המשפט כברירת מחדל. הנחה זו אף נלמדת מתכלית ימי המוקד. כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת חוק דיון מקדמי, הליך זה נועד להביא לצמצום המחלוקות בין הצדדים בדרך של הסדרי טיעון תוך הרחבת מעורבות בית המשפט בהליך.<sup>116</sup> לכן, בהיעדר יכולת לסמן קו גבול בין דיון הנושא אופי גישורי לבין דיון הקראה פורמאלי, יש לקבוע חזקת משוא פנים כברירת מחדל, ולאפשר לצדדים לעתור להחלפת מותב ככל שמתעורר חשש למשוא פנים, מבלי לעמוד בנטל ההוכחה הכבד של דיני הפסלות הרגילים. יתר על כן, חזקת משוא פנים יכולה לאיין את החשש מ"פורום שופינג", על אחת כמה וכמה ככל שהשופט המקדמי מביע את עמדתו בתיק.

לחילופין, ועל מנת להפחית את החשש מפגיעה ביעילות ההליכים, ניתן לקבוע פרוצדורה במסגרתה בית המשפט יציין במפורש בפרוטוקול את המקרים בהם הוא חובש כובע גישורי וההליך מקבל מאפיינים גישוריים. דרישה כזו דומה לדרישה שנקבעה לראשונה בעניין **בחמוצקי**, כי על הצדדים להודיע מפורשות בפרוטוקול לבית המשפט על הגעתם להסדר טיעון.<sup>117</sup> כך גם בדיון מוקד, אמירה מפורשת של בית המשפט שההליך מקבל אופי גישורי תסייע לסימון קו גבול ברור בין דיון הקראה פורמאלי לבין מעורבת אקטיבית של בית המשפט. בהתאם לאמור, ככל שמתקיים דיון בעל אופי גישורי, יש במאפייניו הייחודיים של הגישור הפלילי כדי להקים חזקת משוא פנים. מנגד, ככל שהדיון מתנהל ללא מאפיינים

112. Kanner et al., לעיל ה"ש 40, בעמ' 519.

113. שם, בעמ' 519-520.

114. לעיל, ה"ש 42.

115. עניין **דומרני**, לעיל ה"ש 42, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

116. דברי ההסבר לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה-2005, ה"ח 548, 548.

117. עניין **בחמוצקי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 552.