

## רע"פ 7052/18 - מדינת ישראל נגד רפי רותם

בבית המשפט העליון

רע"פ 7052/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

כבוד השופט י' אלרון

כבוד השופט א' שטיין

המבקשת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: רפי רותם

בקשת רשות ערעור על הכרעת הדין מיום 4.6.2018 ועל גזר הדין מיום 26.8.2018 שניתנו בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו 26.8.2018 על ידי כבוד השופטים: ר' בן-יוסף, ג' גונטובניק וא' קלמן-ברום

תאריך הישיבה: כ"ז בתמוז התשע"ט (29.7.2019)

בשם המבקשת: עו"ד נעמי גרנות

בשם המשיב: עו"ד איתן ענבר; עו"ד רווית צמח

בשם הסנגוריה הציבורית: עו"ד טל ענר; עו"ד גבריאל פורט

פסק-דין

עמוד 1

1. שתי סוגיות נכבדות נכרכו זו בזו בעניין שלפנינו: האחת - מקומה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בהליכים פליליים; השניה - מעמדו והיקפו של עקרון השירות הפלילית במשפטנו.

רקע והשתלשלות העניינים בתיק

2. המשיב, רפי רותם, עבד משך שנים רבות כקצין חקירות ומודיעין ברשות המיסים. בשלב מסוים טען, כי נחשף במקום עבודתו לפרשיית שחיתות. תלונתו נחקרה על-ידי המשטרה בין השנים 2003-2004, והועברה לטיפול של פרקליטות מחוז תל-אביב. על-פי החלטת פרקליטת המחוז דאז, רות דוד, נסגר תיק החקירה מחוסר ראיות ומחוסר אשמה. רותם הגיש ערר על ההחלטה; הערר נדחה. רותם לא אמר נואש, וניהל במשך שנים מאבק עיקש כדי שטענותיו יתבררו בבית המשפט. במאבקו ניסה לשכנע גורמים שונים בשירות הציבורי, כי יש ממש בטענותיו, וכי נכון להעמיד לדין את המעורבים בפרשה. אלא שכל אימת שמאן שהוא סירב לקבל את טענותיו, או לקדם את התיק בהתאם לגישתו, עלב בו רותם, הטרידו והשמיצו. כך הוטרדו על-ידו שוטרים, פקידים ברשות המיסים, פרקליטים בפרקליטות המדינה, ויועצו של שר המשפטים דאז. לעיתים הוטחו העלבונות פנים אל מול פנים, לפרקים בשיחות טלפון או מסרונים, לפעמים באמצעות מכשיר הפקסימיליה. בחלק מהמקרים שבהם עלב רותם במתלוננים, נכחו לצדם בני משפחותיהם, ונחשפו לעלבונות הקשים. מעשיו של רותם חזרו ונשנו פעמים רבות, והתפרשו למשך תקופה של כחמש שנים. חרף צווי הרחקה שהוצאו נגדו ביחס לחלק מהמתלוננים - לא חדל רותם ממעשיו.

3. בגין מעשים אלו הוגשו נגד רותם שני כתבי אישום, אשר החזיקו יחדיו 24 אישומים, ובמסגרתם יוחסו לו 17 עבירות של איזמים לפי סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); 20 עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982; 15 עבירות של העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין; 3 עבירות של הטרדת עד לפי סעיף 249 לחוק העונשין; וכמו כן 4 עבירות של הפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287 לחוק העונשין.

שני כתבי האישום התבררו במאוחד בבית משפט השלום בתל אביב-יפו (ת"פ 37958-02-15); השופט הבכיר ד' בארי). בהכרעת הדין מיום 6.10.2016 הורשע רותם ב-15 עבירות של העלבת עובד ציבור, 20 עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק, ו-3 עבירות של הפרת הוראה חוקית. לצד זאת, זוכה רותם מעבירות האיזמים, הטרדת עד, ומעבירת הפרת הוראה חוקית אחת. ביום 28.11.2016 נגזר דינו של רותם, והוטלו עליו עונשי מאסר על-תנאי בגין העבירות שבהן הורשע.

4. ערעור שהגיש רותם לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטים ר' בן-יוסף, ג' גונטובניק ו-א' קלמן-ברום) - התקבל בחלקו. בית המשפט המחוזי פסק פה אחד, כי יש להעתר לערעורו של רותם בנוגע לעבירות של העלבת עובד ציבור ולזכותו מביצוען, שכן האישום בעניין זה התמקד בביטויים פוליטיים, שאינם מקימים עבירה של העלבת עובד ציבור, וזאת על-פי ההלכה שנקבעה ברע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (2.11.2017).

5. אשר להרשעותיו של רותם בעבירות הטרדה באמצעות מתקן בזק, נחלקו דעותיהם של שופטי ההרכב: השופט גונטובניק קבע, כי "קיים בסיס להטלת האחריות הפלילית על [רותם] בגין עבירת הטרדה באמצעות מתקן בזק" (פסקה 61 לפסק הדין החלקי). יחד עם זאת, על-פי דוקטרינת הביקורת המינהלית אשר נתחדשה בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן נ' מדינת ישראל (6.2.2006) (להלן: בג"ץ ניר עם כהן), רשאי בית המשפט לבחון כמעט כל טענה מינהלית, או חוקתית, במסגרת ההליך הפלילי גופו. בענייננו קבע בית המשפט, כי מעשיו של רותם נבעו מרצונו לחשוף שחיתויות, ביטוייו נשאו אופי פוליטי, ומשכך על הפרק פגיעה בחופש הביטוי. משאלו הם פני הדברים, יש לבחון אם ההחלטה להעמיד את רותם לדין עומדת במבחני המידתיות, ועולה בקנה אחד עם עקרון השוויון בפלילים, עקרון שעל-פיו יש לעשות שימוש בדין הפלילי כמוצא אחרון, לאחר שמוצו כל החלופות האחרות שאינן פליליות.

6. השופט ג' גונטובניק קבע, כי על פני הדברים, בנדון דידן, עמדה לתביעה חלופה נוספת בדמות הוצאת צו לפי חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001 (להלן: חוק הטרדה מאיימת). צו שכזה לא הוצא בטרם הוגש כתב האישום, ולכן ספק אם העמדתו של רותם לדין - מידתית, ועומדת בגדרי עקרון שוויון הדין הפלילי. השופט גונטובניק נתן דעתו על כך, שבטרם הועמד רותם לדין הוצאו נגדו צווי הרחקה, ואלו הופרו. ברם, הדגיש כי בעקבות הוצאת הצווים חל שינוי משמעותי בהתנהגותו של רותם, "ואין להקל ראש בשינוי זה" (פסקה 77 לפסק הדין החלקי). נוכח האמור, ביקש השופט גונטובניק את התייחסותם המשלימה של ב"כ הצדדים בטרם תתקבל הכרעה סופית בעניין. לצד זאת ציין, כי "טוב יעשו גורמי האכיפה אם יבדקו את החינויות שבהמשך ניהול ההליך הפלילי נגד המערער [רותם], והאם אין מקום לחזור מהאישומים בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק" (פסקה 86 לפסק הדין החלקי).

7. השופטת קלמן-ברום חלקה על חוות דעתו של השופט גונטובניק וקבעה, "כי בדין הורשע המערער [רותם] בעבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק. חופש הביטוי אינו כסות להטרדה בכלל ולהטרדת עובדי הציבור בפרט, בכל עת ובכל מקום" (פסקה 4 לפסק הדין החלקי). כמו כן קבעה, כי הרשויות נהגו באיפוק רב בטרם החליטו להעמיד את רותם לדין: "על האיפוק בנקיטת ההליכים ניתן ללמוד מתוכנו של כתב האישום; עוצמת הטרדה, מספרם הרב של הנפגעים, מעל לעשרה נמענים שונים וביניהם שוטרים, עובדי רשות המיסים, פרקליטים ועוד, בהיקף של עשרות שיחות והודעות טלפוניות ופניות בפקס. נקיטה בהליך פלילי, הגשת כתב אישום רק לאחר ביצוע היקף כל כך נרחב של פעולות מטרידות מצביע על האיפוק שנהגו במערער" (פסקה 10 לפסק הדין החלקי). מכאן הסיקה, כי ההחלטה להעמידו לדין לא התקבלה בשרירותיות ובפזיזות, ובנסיבות העניין היתה סבירה. לבסוף ציינה, כי רותם ובא-כוחו כלל לא העלו את הטענות בדבר ביטולם של האישומים מכוח דוקטרינת הביקורת המינהלית, ולפיכך לא היה מקום להידרש אליהן. אב בית הדין, השופט ר' בן-יוסף ציין, כי נוכח נסיבותיהם הייחודיות של המעשים ושל העושה - נכון היה לסיים את הפרשה כולה באי-הרשעה, בהתאם לסעיף 71א(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. יחד עם זאת, ומשלא נתקבלה דעתו, הצטרף להמלצת השופט גונטובניק, כי המדינה תחזור בה "מהאישום בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק תוך קבלת עקרון האחריות הפלילית השוויונית, בהינתן קיומה של אלטרנטיבה לנקיטת הליך פלילי שננקטה במקרה הנוכחי". אשר לעבירות של הפרת הוראה חוקית, נקבע ברוב דעות (השופט גונטובניק והשופטת קלמן-ברום נגד דעתו החולקת של השופט בן-יוסף), כי יש להותיר על מכונן.

8. במענה המשלים מטעמה הודיעה המדינה, כי אין בכוונתה לחזור בה מן האישומים בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק. על-פי עמדתה, "שגה בית המשפט הנכבד בכך שהחיל בכלל (ובאופן תקדימי) את עקרון שוויון המשפט הפלילי והכריע על פיו את ענייננו; בפרט - מבלי שהמערער טען כל טענה בהקשר, ומבלי שניתנה למדינה אפשרות

להתייחס לטענה שכזו, לו נטענה". עוד נטען, כי מדובר "בהתערבות חריגה, נעדרת עילה ממשית בשיקול דעת[ה] של התביעה, ובהחלפת שיקול דעתה של האחרונה בשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד, כולל, סעד חריג, של חזרה מלאה מהאישומים בעבירה האמורה. בפרט אמורים הדברים, מקום שבו גם אליבא דבית המשפט הנכבד חצתה התנהלותו של המערער את הקווים האדומים, וגורמי האכיפה פעלו רק משהיה ברור כי המערער נחוש להמשיך להטריד ולפגוע בעובדי הציבור ובכבודם". רותם מצדו הודיע, כי הוא "מסכים להצעת בית המשפט".

בפסק הדין המשלים מיום 26.8.2018 נקבע ברוב דעות, כי "הרשעת המערער [רותם] בעבירות לפי סעיף 30 לחוק התקשורת [עבירות הטרדה באמצעות מתקן בזק - נ' ס'] בטלה מכח עקרון שיוריות ההליך הפלילי".

עיקרי טענות הצדדים בבקשה לרשות ערעור

9. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, הגישה המדינה בקשת רשות ערעור. לטענתה, בפסק הדין נדונו שתי סוגיות משפטיות הראויות להתברר ב'גלגול שלישי': "האחת, עניינה עצם קבלתה של הדוקטרינה המחילה את המשפט המנהלי כולו על ההליך הפלילי"; "השנייה, עניינה עקרון שיוריות ההליך הפלילי, משמעותו ואופן יישומו בידי רשויות האכיפה, והאפשרות לזכות נאשם שכבר הורשע בדין על סמך עיקרון זה". מנגד טען רותם בתגובתו מיום 3.2.2019, כי "פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינו מעלה כל שאלה משפטית קטנה או גדולה, ובוודאי לא מעלה כזו המצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי". לגישתו, דוקטרינת הביקורת המינהלית לא נתחדשה על-ידי בית המשפט המחוזי, "והיא הלכה למעשה, תקיפה עקיפה של אקט מנהלי במסגרת הליך פלילי אשר מושרשת היטב בפסיקתו של בית משפט נכבד זה". עוד הדגיש רותם, כי בית המשפט המחוזי לא נסמך בפסק הדין על דוקטרינת הביקורת המינהלית, וההתייחסות אליה נעשתה ב'דרך אגב'. רותם הוסיף, כי בית המשפט הבהיר בפסק הדין, שניתן היה להגיע לאותה תוצאה גם בהסתמך על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, "ואין להבין על מה טרונייתה של המאשימה". גם ביחס לעקרון שיוריות ההליך הפלילי סבור רותם, כי אין הצדקה למתן רשות ערעור, שכן המדינה אינה חולקת על עצם קיומו של עקרון זה, אלא אך על אופן יישומו במקרה הנדון; הדרך שבה יושם עקרון משפטי - אינה מצדיקה התדיינות ב'גלגול שלישי'.

10. עובר למועד שנקבע לדיון, ביקשה הסנגוריה הציבורית להצטרף להליך כ'ידידת בית המשפט'. בהחלטה מיום 26.6.2019 נתקבלה בקשתה, והתאפשר לה להגיש את עמדתה. בתגובתה מיום 10.7.2019 טענה הסנגוריה הציבורית, כי אין מקום לאפשר דיון ב'גלגול שלישי', שכן תחולת הכרעת בית המשפט המחוזי "מצומצמת למדי", וחלה "על מקרים של ביטויים פוליטיים מובהקים", בנסיבותיו הייחודיות של רותם. מכאן, ש"גם אם המדינה חולקת על אופן היישום הקונקרטי בו נקט בית משפט קמא. שאלת [...] השימוש בביקורת החוקתית-מינהלית ככלי דיוני ליישום של עקרון השיוריות בהליך הפלילי - אינה אלא שאלה אגבית ומשנית". בדיון שהתקיים לפנינו ביום 29.7.2019 חזרו ב"כ הצדדים על טענותיהם - אלו בכה, ואלו בכה. לאחר ששקלנו את טענותיהם אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, החלטנו ביום 4.8.2019, ליתן רשות ערעור; במקביל ניתנה לרותם אפשרות להשלים טיעון בכתב לגוף הערעור.

עיקרי טענות הצדדים בערעור

11. אסכם עתה, בתמצית, את עיקרי טענות ב"כ הצדדים ביחס לערעור גופו, כפי שפורטו על-ידם בהרחבה בכתבי

הטענות, ובטיעוניהם על-פה. המדינה טוענת בנימוקיה, כי "שינויו של משפט, כל משפט, חייב להיעשות באופן מתון, מידתי, עקב בצד אגודל". המדינה סוקרת מספר התפתחויות מרכזיות שחלו בשנים האחרונות בדין הפלילי, והרחיבו באופן ניכר את הביקורת השיפוטית בפלילים: נתקבלה דוקטרינת ההגנה מן הצדק; נתחדשה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; ונקבעה בחוק אפשרות לסגור תיק ב'הסדר מותנה', חלף הגשת כתב אישום. בנסיבות אלה, טוענת המדינה, "כל המבקש להוסיף ולשנות את המצב הקיים - עליו הראייה, כי אמנם קיים צורך ממשי לעשות כך". בענייננו, כך נטען, כונן בית המשפט המחוזי דוקטרינה חדשה, מבלי שהסביר "על איזו בעיה באה היצירה השיפוטית לענות?".

12. המדינה סבורה, כי אין הצדקה בחידושה של דוקטרינת הביקורת המינהלית. במישור העובדתי, לא הוצגו נתונים המראים שקיים צורך בהידוק הפיקוח על רשויות האכיפה; במישור העיוני, הידוק הפיקוח של בית המשפט פוגע בהפרדת הרשויות; במישור המעשי, קיים קושי להחיל נורמות מינהליות בהליך הפלילי, שכן סדרי הדין הנהוגים בכל אחד מההליכים, שונים ונבדלים זה מזה. החלת ביקורת מינהלית רחבה תוביל אפוא לסרבול נוסף של ההליך הפלילי, ולהתארכותו. המדינה מוסיפה, כי כבר כיום קיימים בדין הפלילי הכלים המתאימים לפיקוח על רשויות האכיפה והתביעה, וכלל לא ברור מהו היחס שבין הדוקטרינה החדשה, לבין הכלים הקיימים כיום. החלתה של דוקטרינת הביקורת המינהלית, תפגע באיזונים העדינים שנקבעו במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. המדינה מדגישה, כי בניגוד לאמור בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, בג"ץ ניר עם כהן כלל לא יצר את דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים; לא הוא, ולא פסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון.

13. אשר לעקרון ששירות הדין הפלילי טוענת המדינה, כי "סוגיה זו טרם נדונה בידי בית המשפט הנכבד במסגרת הליך פלילי; בפרט מעולם לא נדון יישומו של העיקרון במקרה שבו חשוד הועמד לדין פלילי להבדיל מן המקרה ההפוך, שבו הרשות נמנעה מהעמדה לדין (כמו בעניין שוורץ). גם האפשרות לזכות נאשם על סמך עקרון השירות, לאחר שכבר [נמצא] אשם והורשע בדין, לא נדונה בבית המשפט הנכבד". המדינה מוסיפה, כי העקרון לפיו אחריות פלילית תושת רק אם אין דרך מחמירה פחות להשיג את התכליות המבוקשות, אינו עולה בקנה אחד עם קביעותיו של המחוקק. בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ) נקבע, שכאשר קיימות ראיות מספיקות לאישום נגד חשוד, אזי יש להעמידו לדין, זולת אם נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין. מכאן שברירת המחדל היא העמדה לדין, ולא סגירת תיק ופנייה לאפיקים חלופיים. המדינה מבהירה, כי אין חולק על כך שעקרון השירות קיים בדין הפלילי, ויש לכך ביטויים רבים בדברי חקיקה שונים. עקרון זה משליך בין היתר גם על שיקול דעתו של התובע בעת העמדת חשוד לדין. ברם, "משקבע תובע לאחר בדיקה פרטנית של המקרה, כי בנסיבות העניין, ובהתאם למדיניות הכללית הננקטת על-ידי אותו גוף אכיפה, התיק מתאים לניהול הליך פלילי דווקא - ראוי לאפשר להליך זה להתנהל בדרך שנבחרה על-ידי התובע. גם בהקשר זה אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתן של רשויות האכיפה, המומחיות לאותו התחום והמוציאות לפועל את הכרעתו של המחוקק".

14. בתגובתו מיום 24.9.2019, חזר רותם על טענתו, לפיה אין חידוש בפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין דנן. "ביקורת מנהלית טהורה בכלל, ובפלילים בפרט, הייתה קיימת עמנו מימים ימימה". אשר לעקרון ששירות הדין הפלילי טוען רותם, כי מדובר במושכלות יסוד בדין הפלילי. לדידו, "קשה להלום מדינת חוק דמוקרטית במסגרתה לא יכול חשוד או נאשם לטעון בבית משפט כלשהו, כי ראוי היה לנקוט בהליך הפלילי כמוצא אחרון, ובהינתן חלופה הקבועה בחוק להעמדה לדין, להעמיד את שיקול דעת התביעה בעניין זה לביקורת שיפוטית מנהלית". עוד מוסיף רותם, כי עבירת הטרדה באמצעות מתקן בזק, הוכרה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה כעבירה אשר ראוי להחיל לגביה את עקרון

השיוריות בפלילים, שעה שכלל אותה בין העבירות שבהן ניתן להגיע ל'הסדר מותנה'. לבסוף טוען רותם, כי שימוש בעקרון השיוריות מתחדד בעניינו, נוכח מניעיו: הוא זכה בשנת 2014 ל'אות אביר איכות השלטון' מאת התנועה למען איכות השלטון בישראל; ובשנת 2015 העניק לו מבקר המדינה הגנה כחושף שחיתויות.

15. בתגובת הסנגוריה הציבורית נטען, כי לא יתכן לקבל את עמדת המדינה, "לפיה מעשיהן המינהליים של רשויות המדינה בהליך פלילי (מתחילת החקירה ועד לסיום ההליך המשפטי) אינם כפופים לביקורת מינהלית-חוקתית מלאה בפני פורום שיפוטי כלשהו". אשר לטענות המדינה בדבר הפגיעה ביעילות הדיונית, משיבה הסנגוריה כי ההיפך הוא הנכון; ללא ביקורת מינהלית בערכאה הדיונית יופנו הטענות המינהליות לבג"ץ, ובכך תיפגע היעילות הדיונית. בהתייחס לטענות המדינה, לפיהן קיים חשש שהדין הפלילי יהפוך 'היברידי' משיבה הסנגוריה: "המשפט אחד הוא, וכללי המשפט החוקתי והמינהלי המהותיים אינם עוצרים בשערי בית המשפט הפלילי, רק בשל חששות בלתי מבוססים מעולם סדרי הדין". בנוגע לעקרון השיוריות בפלילים טוענת הסנגוריה, כי מדובר בעקרון על-חוקתי, אשר קיימת תמימות דעים בדבר תחולתו אף על רשויות התביעה. לצד זאת מדגישה הסנגוריה, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כי עקרון השיוריות הוא שיקול אחד מני רבים, ולפיכך ברוב רובם של המקרים הדבר לא יצדיק התערבות בשיקול דעתה של התביעה. לדידה, עקרון השיוריות ניתן ליישום כבר כיום באמצעות סעיף 149 לחסד"פ, "כטענה מקדמית כללית שאינה נמנית ברשימת הטענות המפורטות"; "כטענה מקדמית לפי ס"ק (3) שעניינו 'פגם או פסול בכתב האישום'. כתב אישום שהגשתו בלתי מידתית אינו חוקתי, ולכן פגום"; "כחלק מ'הגנה מן הצדק' לפי ס"ק (10). כתב אישום שהגשתו בלתי מידתית, יש בו 'סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית'". לצד זאת סבורה הסנגוריה הציבורית, שמפאת חשיבתו של עקרון השיוריות, ניתן לראותו "כעקרון על חוקתי העומד בפני עצמו, ואין הכרח להיזקק לכלי דיוני נוסף". היינו, אין זה הכרחי להכלילו בין הטענות המנויות בסעיף 149 לחסד"פ. דרך נוספת שבה ניתן להחיל את העקרון, היא באמצעות דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. אולם כאמור, זו דרך אחת מני דרכים רבות אחרות שבמסגרתן ניתן להחיל את העקרון, ולבקר את החלטת התביעה להעמיד חשוד לדין.

16. בתגובת המדינה לתגובתו של רותם נטען, כי "נסיונו של [רותם] לזהות בין 'תקיפה עקיפה' לבין 'דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים' מתמיה, בלשון המעטה. ניסיון זה עומד בניגוד חזיתי לכל הכתיבה בנושא הדוקטרינה, שמבקשת להרחיב את סמכויות בית המשפט הפלילי ואת 'ארגז הכלים', כך שיוכל לשמש 'בג"ץ קטן'". המדינה מדגישה, כי אין מחלוקת על כך שתקיפה עקיפה בהליך פלילי אפשרית. יחד עם זאת, "זהותם של ההיקף והיעילות אינה גוררת עמה זהות ביישומם של שני סוגי התקיפה" (ההדגשה במקור - נ' ס'). ההבדל בין שני סוגי הביקורת נובע, בין היתר, מהחלתם של סדרי דין ודיני ראיות שונים. כך, גם כאשר תעשה תקיפה עקיפה בהליך פלילי, יהיה זה בהתאם לסדרי הדין ודיני הראיות הנוהגים בפלילים. זאת, בניגוד לדוקטרינת הביקורת המינהלית אשר מבקשת לייבא את הדין המינהלי 'כמות שהוא' להליך הפלילי, ללא התחשבות מספקת בשוני בין שני סוגי ההליכים.

דיון והכרעה

17. היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה הפועלות תחתיו, כפופים, ככל רשות מינהלית אחרת, לביקורת שיפוטית על החלטותיהם: "היועץ המשפטי לממשלה הוא רשות הממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין, ועל-כן נתונה סמכות הביקורת השיפוטית על פעולותיו בידי בית המשפט הגבוה לצדק (סעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957). בכך שונה גישתנו שלנו מהגישה, המתגלית לעתים באנגליה ובארצות-הברית, בהן ניתן למצוא אמרות, השוללות את סמכותו

של בית המשפט באשר לביקורת על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 329/81 נוף נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 326, 333 (1983)). זוהי נקודת המוצא.

על רקע נקודת המוצא הזו, עלינו לבחון מהי המסגרת הדיונית הראויה לבקר את החלטותיהן של רשויות התביעה, ומה טיבה והיקפה של ביקורת זו.

ביקורת שיפוטית על העמדה לדין - פלילית או מינהלית?

18. בחינת תיק החקירה על-ידי התביעה, יכולה להוביל לשתי תוצאות אפשריות: האחת, סגירת התיק בשל אחת מן העילות הקבועות בדין - חוסר אשמה, העדר ראיות מספיקות, או כאשר נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין; השנייה, העמדת החשוד לדין. שתי ההחלטות כפופות, כאמור, לביקורת שיפוטית. אולם בעוד שמוסכם כי הביקורת על החלטה לסגור תיק תעשה בבג"ץ (בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 209 (2004)), המסגרת הדיונית שבה יש לערוך ביקורת שיפוטית על החלטה להעמיד לדין, אינה ברורה דיה.

19. החלטה להעמיד לדין שונה מהחלטה המורה על סגירת התיק, ולמעשה נבדלת מכל החלטה מינהלית אחרת. החלטה מינהלית 'רגילה' מסיימת את הליך הברור שנפתח לפני הרשות. כך, למשל, אדם מגיש בקשה לקבלת אזרחות, הרשות שוקלת ובודקת אם הוא עומד בתבחינים שנקבעו, ובהתאם מחליטה אם להעטר לבקשתו. החלטתה סופית, ואינה גוררת אחריה הליך ברור נוסף. לעומתה, החלטה על העמדה לדין - מסיימת רק שלב ברור ראשוני, שבמסגרתו נקבע אם נכון לנקוט בהליך פלילי, אם לאו. ככל שהוחלט על העמדה לדין, אין זה סוף פסוק, כי אם ראשיתו. מיד יפתח משפט פלילי, שבמהלכו תידרש התביעה להביא את ראיותיה ולהוכיח את טענותיה. בסופו של ההליך, יכריע בית המשפט אם התביעה עמדה ברף הראייתי הנדרש, ואם אשמת הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר. נוכל לדמות אולי את היחס בין ההחלטות, ליחס שבין 'פסק דין' לבין 'החלטה אחרת' (ראו: חמי בן נון וטל חבקין הערעור האזרחי 149-99, מהדורה שלישית, 2012). החלטה להגיש כתב אישום דומה ל'החלטה אחרת'; החלטה מינהלית 'רגילה' כמוה כ'פסק דין'. החלטה על העמדה לדין מפוקחת הלכה למעשה באופן מובנה על-ידי ערכאה שיפוטית, גם מבלי שהנאשם יפנה לבית המשפט וילין על החלטתן של רשויות התביעה.

20. 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? סוף-סוף, דינו של הנאשם טרם נחרץ, ויהיה לו יומו בבית המשפט. שאלה זו נשאלה לפני כשני עשורים על-ידי השופט א' גולדברג, נשאלה ונענתה:

"ניתן היה לטעון, כי החלטת המשיב להעמיד את העותר לדין אינה ראויה כלל לביקורת שיפוטית של בית משפט זה, ודינה להיות מוכרעת במסגרת המשפט הפלילי, ובמקרה של הרשעה - בערכאת הערעור המעבירה את פסק-דינו של בית המשפט הדין בעניין פלילי תחת שבת הביקורת. אלא שיש בגישה פורמליסטית זו התעלמות מן המשמעות האמיתית

של עצם העמדת אדם לדין, שאינה דבר של מה בכך, אף אם בסופו של דבר ייצא זכאי בדינו" (בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 807 (1996) (להלן: עניין אולמרט); ההדגשה הוספה - נ' ס').

21. אכן כך, העמדת אדם לדין - איננה עניין של מה בכך. "העמדה לדין פלילי של אדם עלולה להשפיע באופן מהותי על שמו הטוב ולפגוע במעמדו החברתי, עיסוקו, מקור פרנסתו, משפחתו, מצבו הנפשי וכיוצא באלה" ("הליכי יידוע ושימוע בהליכים פליליים" הנחיות פרקליט המדינה 14.21 (התשע"ח)). אין להלום אפשרות, כי הליך קבלת החלטה שכזו יהא חסין מכל ביקורת שיפוטית. אין הצדקה לדרוש מנאשם לעבור את המסלול הפלילי המפרך עד תומו, על כל הקשיים והמועקות הנלווים אליו, רק כדי שיוכח לבסוף כי בהחלטה להעמידו לדין נפל פגם מינהלי המצדיק את ביטולו. לא נוכל להסתפק אפוא בביקורת השיפוטית המתקיימת במסגרת ההליך הפלילי. יש הכרח גם בביקורת שיפוטית בעלת אופי מינהלי.

מעתה חוזרת ונעורה השאלה, מהי המסגרת הדיונית הראויה לאותה ביקורת מינהלית? האם בעתירה לבג"ץ, או שמא על דרך של העלאת טענות מינהליות במסגרת ההליך הפלילי? ואם פנינו להליך הפלילי, מהם כלי הביקורת העומדים לרשותו של השופט הדיוני בעת שהוא מפקח על החלטת התביעה?

22. בעבר הכתובת הטבעית להעלאת טענות מינהליות הקשורות בהליך הפלילי היתה בג"ץ (ראו למשל: עניין אולמרט). ברבות השנים הועתקה הכתובת, ונקבע כי "על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו" (בג"ץ ניר עם כהן, פסקה 5). טעמים שונים עמדו ביסוד קביעה זו: "ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול [...] עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי. שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום" (שם; ההדגשות הוספו - נ' ס').

23. הנה כי כן, שלושה טעמים שונים מצדיקים לקיים ביקורת מינהלית בהליך הפלילי גופו. אבקש להרחיב את הדיבור על הטעם השלישי - קיומם של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו. בהקשר זה חלה התפתחות משמעותית בדין הפלילי. בעבר עמדו לרשות הערכאה הדיונית אמצעים מועטים כדי להתמודד עם פגמים מינהליים; אט-אט התפתחו במסגרת ההליך הפלילי כלים מינהליים שונים, שאפשרו לבית המשפט לפקח על התנהלותן של רשויות האכיפה והתביעה. הבולטים שבהם: דוקטרינת ההגנה מן הצדק וכלל הפסילה הפסיקתית. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט להתערב במצבים שבהם "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 149(10) לחסד"פ). כלל הפסילה הפסיקתית "קונקרטי יותר [...] על פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי" (ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (2.8.2018) (להלן: חייבטוב)). משהוטמעו שתי הדוקטרינות המינהליות (שעליהן יורחב



להלן) בהליך הפלילי, התבססה התפיסה לפיה הערכאה הדיונית בפלילים היא האכסניה המתאימה להעלות טענות מינהליות בנוגע לפעולותיהן של רשויות האכיפה והתביעה: "במשך שנים רבות בית-המשפט הגבוה לצדק הוא שנשא בעולה של מלאכת ביקורת זו, אולם מנקודת מבטו של המודל המינהלי נושא דיונו, סימנה קליטתה של דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק' במשפט הישראלי מפנה בנתיב האמור. אליבא דמודל המינהלי, הרי שמעת זו והלאה ניתנו סמכויות ביקורת שיפוטית בהקשר הנזכר גם בידי של בית-המשפט הדין בתיק הפלילי גופו" (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 140 (מהדורה שניה, 2009) (להלן: נקדימון)).

24. סיכום ביניים: החלטותיהן של רשויות החקירה והתביעה - הן אלו שעניינן סגירת התיק, הן אלו שעניינן העמדה לדין - כפופות לביקורת מינהלית. אולם בעוד שביקורת על סגירת תיק תעשה בבג"ץ, הרי שביקורת על החלטה להעמיד לדין תתקיים, ברגיל, בערכאה הדיונית שלפניה מתברר ההליך הפלילי. לערכאה הדיונית בפלילים כלים מינהליים שונים, חלקם נקבעו בחוק, חלקם פותחו בפסיקה. הם מאפשרים לערכאה הדיונית לבחון אם נפלו פגמים מינהליים בחקירת הנאשם, ובהעמדתו לדין. כמה מהם הוטמעו בדין הפלילי לפני שנים רבות, אחרים התפתחו בשנים האחרונות. להלן נסקור את הכלים השונים ואת מטרותיהם.

כלי הביקורת המינהלית בהליך הפלילי

25. מימים ימימה, עומדת לנאשם בפלילים אפשרות להעלות טענות מקדמיות על החלטת התביעה להעמידו לדין. "טענות אלו 'מקדמיות' הן במובן זה שמדובר בטענות המכוונות נגד ניהול הליך ולא נגד האשמה המיוחסת לנאשם" (ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (2.3.2006)). הטענות שיכול נאשם להעלות בשלב זה, עוגנו בסעיף 133 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965; לימים חזרו ונשנו בסעיף 149 לחסד"פ: "לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן - (1) חוסר סמכות מקומית; (2) חוסר סמכות עניינית; (3) פגם או פסול בכתב האישום; (4) העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה; (5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום; (6) משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום; (7) חסינות; (8) התיישנות; (9) חנינה". טענות מקדמיות אלו עוסקות בסמכותה של התביעה להעמיד את החשוד לדין, כמו גם בתקינותו ובחוקיותו של כתב האישום. היה ויתקבלו טענותיו של הנאשם - "רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום, ובמקרה של חוסר סמכות - להעביר את הענין לבית משפט אחר כאמור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט" (סעיף 150 לחסד"פ). על כל אותן טענות מקדמיות, נוספה בשנת 2007 טענה מקדמית נוספת - 'הגנה מן הצדק'; עניינה במצב שבו "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 149(10) לחסד"פ). על טיבה של טענה זו אעמוד עתה.

הגנה מן הצדק - להלכה

26. טענת ההגנה מן הצדק היא טענה יחודית. בשונה מטענות מקדמיות אחרות, היא אינה עוסקת במישור הסמכות, בחוקיותו ובתקינותו של כתב האישום, כי אם בבחינת הגינותו של ההליך שנקט נגד הנאשם. דוקטרינת ההגנה מן הצדק 'יובאה' אל חיק משפטנו מן הדין האנגלי, והוכרה בו לראשונה בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: עניין יפת). באותה פרשה אפיין השופט ד' לוין את המצבים השונים שבהם יושמה הדוקטרינה במשפט האנגלי: "המכנה המשותף למקרים שונים שבהם הופעלה הדוקטרינה, מקורו בהנחה כי בנסיבות עניין זה או

אחר, יהיה זה בלתי אפשרי להעניק לנאשם את זכותו הבסיסית המגיעה לו למשפט הוגן. על בית-המשפט לשאול עצמו ראשית את השאלה הבאה: 'האם בנסיבות העניין יזכה הנאשם למשפט הוגן?' והיה ואין כל אפשרות להעניק לנאשם משפט הוגן, תהא הסיבה אשר תהא, יעכב בית-המשפט את ההליכים כנגדו" (פסקה 155). הדוקטרינה יושמה אפוא באותם מצבים, שבהם נפגעה זכותו של הנאשם להליך משפטי הוגן, תהא הסיבה אשר תהא.

27. דומה כי זו גם אמת המידה שאומצה על-ידי השופט ד' לוין, לשם ישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי: "קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של 'הגנה מן הצדק', נשענת על סמכותו הטבועה של בית-המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית-המשפט במדינת ישראל שיקול-דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית-המשפט רואה אותו" (פסקה 171). לצד זאת הודגש, כי לא כל פגיעה בהליך ההוגן, או בחוש הצדק וההגינות תוביל לביטול האישום: "המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם [...] מדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה" (שם). הנה כי כן, תכלית הדוקטרינה - שמירה על 'הליך הוגן'; תחום התפרשותה - מצבים שבהם התנהגותה של הרשות 'בלתי נסבלת'.

28. עם השנים הלך והתרחב תחום פרישתה של הדוקטרינה, עד אשר נקבע כי אין עוד צורך במבחן הצר שנקבע בעניין יפת - מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', אלא די בפגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות. בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: ענין בורוביץ') נקבע, כי לשם בחינת הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות, יש לשקול מן העבר האחד את הפגיעה בהליך ההוגן ובזכויותיו של הנאשם, ומן העבר השני שיקולים ואינטרסים ציבוריים "כמו האינטרס שיש לכלל הציבור בהעמדתם לדין של עבריינים ובהוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי שיש לקורבן העבירה במיצוי הדין עם העבריין שפגע בו" (שם, פסקה 18). לשם עריכת האיזון בין השיקולים השונים, קבע בית המשפט מבחן תלת-שלבי: בשלב הראשון, יבחנו הפגמים שנפלו בהליך, ועוצמתם; בשלב השני תיבחן השאלה האם בשל הפגמים הנ"ל יפגע קיום ההליך בתחושת הצדק וההגינות; בשלב השלישי ינתן סעד, המאזן כראות בין השיקולים, האינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי, לבין הפגמים שנפלו בהליך. הנה לנו, הסדר מאוזן אשר מקפיד על זכויותיהם של חשודים ונאשמים מחד גיסא, ואינו זונח את האינטרסים הציבוריים והמטרות החשובות שביסוד המשפט הפלילי מאידך גיסא. בית המשפט הדגיש בעניין בורוביץ', כי על-אף שצומצמה מידת הפגיעה הנדרשת לשם החלת הדוקטרינה, "עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן [...] ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים" (עמוד 807). המטרה - שמירה על קיומו של הליך הוגן - נותרה אפוא כבראשונה.

29. צעד חשוב נוסף בדרכה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק נעשה בשנת 2007, עת עוגנה בחוק, בסעיף 149(10) לחסד"פ. לאחר דיונים ממושכים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, נתקבל לבסוף הנוסח הבא: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (ההדגשות אינן במקור - נ' ס'). זאת, חלף הצעה מצמצמת יותר, שעל-פיה לשם החלת הדוקטרינה, תידרש סתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

30. לעיגון הדוקטרינה בחוק נודעה גם משמעות מעשית: "עיגונה של הדוקטרינה כטענה מקדמית, אף חידד את נפקות קבלתה של טענה להגנה מן הצדק, בכך שהחילה לגביה את הוראות סעיף 150 לחסד"פ המקנה סמכות לבית המשפט להורות על בטלות כתב האישום" (רע"פ 1611/16 ורדי נ' מדינת ישראל, פסקה 62 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי)). על כל פנים, גם לאחר עיגונה של הדוקטרינה בחוק, קבע בית המשפט כי ההגדרות והמבחנים אשר נקבעו בפסיקה מקדם, מוסיפים לעמוד על מכונם: "נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה [...] מבחן 'הסתירה המהותית' שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן 'הפגיעה הממשית' שנקבע בפרשת בורוביץ. לא פגיעה חמורה, ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את 'הרף המרוכך' שבפרשת בורוביץ" (ע"פ 5672/05 טגר נ' מדינת ישראל, פסקה 111 (21.10.2007)). עוד הובהר, כי המבחן התלת-שלבי שנקבע בעניין בורוביץ יוסיף לעמוד על מכונו, גם לאחר עיגון הדוקטרינה בחוק (שם). יחד עם זאת, תיקון החוק לא הביא להתרת כל הספקות. כך למשל, לא הוכרע אם הגנה מן הצדק חלה רק במצבים שבהם פעלה הרשות ביוזמין ובכוונת מכוון, או שמא גם במצבים שבהם נוצרה הפגיעה ברשלנות, או בתום לב. שאלה זו שנדונה לא אחת בפסיקה, הוכרעה אך לאחרונה בעניין ורדי, בגדרו נקבע כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק ככלל, והטענה לאכיפה מפלה בפרט - אינן מוגבלות בקיומו של מניע פסול העומד בבסיס פעולת הרשות" (פסקה 79). בכך חלה הרחבה נוספת ביחס להיקף תחולתה של הדוקטרינה, כשמעתה גם פגיעות תוצאתיות בהגינות ההליכית יחסו בצילה.

#### הגנה מן הצדק - למעשה

31. מים רבים זרמו בירדן מאז קנתה לה דוקטרינת ההגנה מן הצדק שביתה במשפטנו. מני אז היא מתרוצצת בקרבנו, לובשת צורה ופושטת צורה, מתגדלת ומתעצבת. ברם, המבקש לכנסה בטבעות ובכללים, ליצור קבוצות מובחנות שבהן תיושם - יתקל בקושי. קשת המצבים היכולים לחסות תחת כנפיה רחבה ומקיפה, וספק אם ניתן לתחמה; ספק אם ראוי לעשות כן, שהרי "דלת הננעלת לא במהרה תיפתח" (בבלי, בבא קמא פ, ע"ב). יחד עם זאת, נוכל להצביע על מצבים בולטים שבהם יושמה הדוקטרינה בפסיקתנו: אכיפה בררנית - אכיפת הדין נגד אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים (עניין בורוביץ); שיהוי כבד בניהול החקירה או בהגשת כתב האישום (עניין ורדי); מעורבות הרשויות בביצוע העבירה, אם בדרך של עצימת עיניים, אם בתמיכה של ממש (עניין יפת); הפרת הבטחה מינהלית שלא לפתוח בחקירה או להעמיד לדין (שם); מצבים אלה ועוד אחרים. בחלקם מתעוררת שאלה ביחס להיקף ההגנה שתינתן. כך למשל בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.9.2013) (להלן: עניין פרץ), נתגלעה מחלוקת בשאלה אם לשם הוכחת אכיפה בררנית די בהפליה בין שניים, או שנדרש להוכיח מגמה מובהקת יותר.

32. חרף קיומן של מחלוקות מעין אלו, דומני כי אמת המידה הבסיסית לתחולתה של הדוקטרינה, במצבים שבהם יושמה, היתה פגיעה בהוגנות ההליך על היבטיו השונים (על היבטיו השונים של 'הליך הוגן', ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 560-559 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב)). פעמים חוסר ההוגנות בא לידי ביטוי בפגמים דיוניים שנפלו במסגרת ההליך הפלילי - סחבת קשה, אי-מתן זכות שימוע וכיוצא באלו פגמים; פעמים שעולה תחושה של חוסר הוגנות מעצם פתיחת ההליך - אכיפה בררנית, מעורבות שלטונית בעבירה וכדומה (עניין פרץ, פסקה 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן). כפי שהראנו לדעת, הורתה ולידתה של הדוקטרינה נועדה לשם שמירה ופיקוח על 'טוהרו של ההליך השיפוטי' (יפת, פסקה 169). מקבילה הגנה זו, לציוויה של התורה: "בְּצֶדֶק תִּשְׁפָּט עַמִּיתְךָ" (ויקרא יט, טו). הוראה לדיינים "לשפוט בצדק", שלא "יצא המשפט מעקל" (ספר החינוך, מצווה רלה). זהו באשר למה שיש בה; אשר למה שאין בה: "דוקטרינת ההגנה מן הצדק, גם בניסוחה הרחב, לא תוכל לסייע במקרים רבים שבהם

תחושת הצדק היא שאין מקום ליישום דווקני של החוק. היא אינה מקנה לשופט סמכות לזכות נאשם מתוך אהדה למצוקתו, ובוודאי אינה מאפשרת לו לזכות רוצח בשל היות הנרצח אדם שהסב רע לבריות" (רינת סנג'רו-קיטאי "הגנה מן הצדק מול סמכות ה-Nullification של חבר המושבעים - זיכוי אדם שביצע עבירה על בסיס שיקולים חיצוניים לאשמה" המשפט יד 513, 519 (התשע"א)).

33. עד כאן בנוגע להגדרת הדוקטרינה והמצבים השונים שבהם תוחל. אשר לסעדים שיינתנו מכוחה, אלו רחבים ומגוונים מאלו שיוענקו כתוצאה מקבלת הטענות המקדמיות האחרות שנקבעו בסעיף 149 לחסד"פ - ביטול האישום או תיקונו. כך, למשל, במסגרת הגנה מן הצדק, יוכל בית המשפט להותיר את כתב האישום על כנו, חרף הסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, אך לצד זאת יביא להקלה בעונשו של הנאשם. "הגנה מן הצדק לא מהווה כיום רק טענה מקדמית המאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום. השימוש בהגנה הפך לאלסטי וגמיש והוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל חלקי המשפט: לא רק בשלב המקדמי אלא גם בשלב הכרעת הדין; לא רק בשלב הכרעת הדין אלא אף בשלב גזר הדין" (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 44 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר)). הסעד שיבחר, מותנה בעוצמתה של הפגיעה: "ככל שקיימת זיקה בין הנסיבות שאפפו את האירועים בשלבים לפניו ולאחריו לבין מעשה העבירה עצמו, יש מקום להחיל את ההגנה מן הצדק בעוצמה רבה יותר; אולם ככל שהזיקה בין הדברים רפויה, אזי עוצמת הסעדים שיש להעניק בגינה נחלשת אף היא" (שם, פסקה 49).

הנה לנו כלי מינהלי החוסה תחת כנפי ההליך הפלילי. מטרתו, לפקח על הוגנות ההליך הננקט נגד נאשם, לבל יקופחו זכויותיו, לבל יתעמרו בו הרשויות. מצודתה של הגנה זו רחבה, היא פרושה מראשית ההליך ועד אחריתו. הסעדים שיינתנו מכוחה מגוונים: ביטול האישום, תיקונו, ריכוך העונש.

#### כלל הפסילה

34. כלי מינהלי נוסף המצוי בידי הערכאה הדנה בפלילים, הוא כאמור, כלל הפסילה הפסיקתי, אשר נקבע בהלכת יששכרוב, והוסיף להתפתח ולהשתכלל בפסיקה מאוחרת יותר (ראו למשל: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012); עניין חייבטוב). עד כינונה של הלכה זו, ככלל, נפסלו ראיות שהושגו באמצעים בלתי כשרים, רק כשההשגה הפסולה פגמה, או שהיה חשש שתפגום, במהימנות הראיה ובחקר האמת (ראו למשל: ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984)). בהלכת יששכרוב נקבע, כי בנסיבות מסוימות ניתן לפסול ראיה שהולדתה בחטא, גם אם בכוחה לתרום לחקר האמת (עמוד 534). הנה לנו, ביקורת מינהלית נוספת שהתפתחה במסגרת המשפט הפלילי, ומטרתה לשמור על טוהר ההליך, ועל זכויותיו של העומד לדין. על הרשויות המבקשות להרשיע נאשם לנהוג ביושר ובהגינות.

35. סיכומם של דברים: שלושה כלי ביקורת מתחום המשפט המינהלי ניתנו לה, לערכאה המבררת בפלילים: האחד - נועד לבטל אישומים אשר הוגשו בחוסר סמכות, בניגוד לדין (סעיף 149 לחסד"פ); השני - מאפשר לבקר את כשרותן של הראיות השונות (כלל הפסילה); השלישי - עניינו בפיקוח על התנהלותן של רשויות האכיפה והתביעה, אם עינו דין, התרשלו, הפלו, פעלו ברירות או בחוסר תום לב, קיפחו זכויות נאשמים וחשודים (הגנה מן הצדק). נקודת המוצא של כלל הפסילה, כמו גם של הגנה מן הצדק, כי לשם הטלת דופי באזרח והכתמתו בהרשעה פלילית, נדרשות הרשויות

לפעול כשידיהן נקיות. עליהן לדעת, כי היה ולא יפעלו כך, עשויות ראיות שהשיגו באמצעים פסולים - להיפסל. הנחה זו הלכה והתחדדה, משנחקקו חוקי היסוד, והוכר מעמדה החוקתי העל-חוקי של הזכות להליך הוגן (הלכת יששכרוב, עמודים 560-561). על בית המשפט הדין בפלילים לעמוד אפוא על המשמר, לשקול ולבדוק אם עשיית הצדק, נעשתה בצדק.

בחינת סבירות שיקול הדעת של התביעה בהליך הפלילי

36. החלטת התביעה על העמדת חשוד לדין - אינה מכוסה מעינו הפקוחה של בית המשפט המברר: סמכות, הליך הוגן, כשרותן של ראיות - כל אלה נבחנים על-ידו בקפדנות. עילות אלו ממצות בקירוב את העילות המסורתיות במשפט המינהלי: "חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי-הגינות דיונית, התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין" (מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד(1) 5, 13 (1989)). חריגה מסמכות ופרשנות מוטעית של דין חרות, חוסות בצלן של הטענות המקדמיות שנקבעו בסעיף 149 לחסד"פ. שרירות, אפליה ואי-הגינות דיונית חוסות במידה רבה, תחת כנפיה הרחבים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שבכוחה כאמור לפקח על פגמים מכוונים, כמו גם על פגמים תוצאתיים שנפלו בשוגג ומבלי משים. התחשבות בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין, נבחנות על-ידי בתי המשפט מאז ומעולם, בבודקם אם נפלו מחדלי חקירה בתיק.

37. ומה באשר ליכולתה של הערכאה המבררת, לבחון ולבקר את סבירות שיקול הדעת של התביעה בהחליטה להעמיד חשוד לדין? "כלל ידוע הוא כי החלטה על הגשת כתב אישום צריך שתעמוד באמות המידה של המשפט המינהלי, שכן שיקול דעתו של תובע הוא שיקול דעת מינהלי" (עניין פרץ, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן). אחת העילות המסורתיות המשמשות את בתי המשפט המינהליים, היא עילת הסבירות המהותית. במסגרתה נבחן, אם הרשות המינהלית איזנה כיאות בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. בית משפט זה קבע לאורך השנים, כי השימוש בעילה זו כביקורת על החלטות התביעה הכללית יעשה במשורה, לבל יהפוך בית המשפט למעין 'תובע על' (בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 402 (2.4.1986)). מידת הצמצום שהנהיג בית המשפט בהפעילו עילה זו, נוגעת הן לבחינת דיות הראיות, הן לבחינת האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין. ברם, חרף הצמצום, לא נשללה האפשרות לעשות שימוש בעילת הסבירות ביחס להחלטות אלו, ואין לרשויות התביעה חסינות מפניה (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 510 (1990) (להלן: בג"ץ גנור)). כל זאת ביחס לביקורת מינהלית בבג"ץ, האם נכונים הדברים גם ביחס לערכאה הדיונית? האם בכוחה לבחון את סבירות שיקול דעתו של תובע בהחליטו להעמיד חשוד לדין, לעמוד על המשקל שראוי ליתן לכל אחד מהאינטרסים העומדים על הפרק? "על הראשונים אנו מצטערים, ועכשו נצטער גם באלו? (מכילתא, שמות יח, ב); על השימוש בעילת הסבירות המהותית במשפט המנהלי יש לי 'הרהורי כפירה', ועכשו נצטער גם בעיגונה במשפט הפלילי? (נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", השילוח 18, 37 (תש"ף-2020)).

38. יש הרואים את בג"ץ ניר עם כהן, כמי שכונן מסגרת חדשה לביקורת מנהלית בהליך הפלילי. לדידם, ליקט הדין הפלילי מגינת הירק של המשפט המנהלי את כל פרטיו ודקדוקיו, בכלל זה אף את עילת הסבירות המהותית ובחינת המידתיות. בבג"ץ ניר עם כהן, קבע בית המשפט: "איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנזכרים, כולם או

חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית" (פסקה 5). על יסוד קביעה זו נאמר בפסיקה מאוחרת יותר, כי בג"ץ ניר עם כהן יצר אפיק חדש המאפשר להעמיד את ההחלטה המנהלית להגיש כתב אישום, תחת ביקורת שיפוטית-מנהלית, "בלא זיקה הכרחית למבחנים שנקבעו בגדרה של 'הגנה מן הצדק'" (עניין פרץ, פסקה 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ראו גם: עניין גוטסדינר, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

39. מן הדברים הללו היה מי שהסיק, כי הם הביאו לכינונה של "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים". מדובר בחידוש דרמטי, שלפיו ניתן - וזוהי אף דרך המלך - להעלות במסגרת ההליך הפלילי את כל הטענות ה'בג"ציות' המבוססות על המשפט המנהלי נגד כתב האישום" (רענ ג די "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529, 530 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענ ג די עורכים, התשע"ה (להלן: גלעדי)). לדבריו, "בית המשפט הפלילי יושב כמעין 'בג"ץ קטן', המקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות המוסמכות. הוא עושה זאת בהתאם לשיקולים של דין - הוא הדין המנהלי והחוקתי הנהוג בבג"ץ" (שם).

40. לחלופין טענו אחרים, כי ביקורת על סבירות שיקול דעתה של התביעה ומידתיות החלטתה להעמיד לדין, מתאפשרת כבר במסגרת הגנה מן הצדק. לגישתם, רשאי בית המשפט "להיכנס לנעלי התביעה בקבלה החלטה על הימנעות מאישום או על חזרה ממנו בשל שיקולים רחבים כצדק והגינות" (זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 263 (תשס"ט)). ביטוי לכך, יכולים אנו למצוא כבר בעניין בורוביץ: "דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממתחם הסבירות" (עמוד 808).

41. בית המשפט המחוזי אחז בזה וגם מזה לא הניח את ידו, בקובעו, כי ניתן לבחון את מידתיות החלטת התביעה, בין במסגרת דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, בין במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק (פסקה 72 לפסק הדין המשלים של השופט ג' גונטובניק). שתיהן ביחד וכל אחת לחוד, מאפשרות לבית המשפט הפלילי לבחון אם בנסיבות, נכון היה להעמיד את הנאשם לדין. היה ויסיק בית המשפט, כי החלטת התביעה בלתי מידתית, ניתן יהיה לבטל את כתב האישום, לתקנו, או להקל בעונשו של נאשם.

השתלבות עילת הסבירות בסדרי הדין החלים במשפט הפלילי

42. אלו גם אלו, הן המבקשים ליצור דוקטרינת ביקורת מנהלית חדשה, הן המבקשים להרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לא נתנו דעתם על השאלה, כיצד יוכל אבר זר - הליך מינהלי-חוקתי - להישתל ולשתלב ברקמת ההליך הפלילי. ענפי משפט נבדלים המה, תכליותיהם ודרכיהם שונות, וספק אם שווה להניחם יחדיו. בהליך הפלילי ניצבת המדינה ומאשימה חשוד על שעבר עבירה בפלילים; בהליך המנהלי ניצב הפרט אל מול המדינה ומלין על התנהלותה, על הדרך שבה קיבלה את החלטותיה. לכל אחד מן ההליכים מערכת דינים נפרדת, והוראות פרוצדורליות שונות; לא ראי זה כראי זה.

43. אכן, בחינת סדרי הדין הנוהגים בפלילים מלמדת, שאין אפשרות לבחון, כטענה מקדמית, אם החלטת התובע

להעמיד חשוד לדין - סבירה היא או מידתית. על-פי סעיף 62(א) לחסד"פ, החלטת תובע להעמיד לדין, וכן גם לסגור תיק מורכבת משני שלבים: (1) בחינה ראייתית, שבמסגרתה בוחן התובע בחומר החקירה אם "הראיות מספיקות לאישום אדם פלוני". (2) בחינת האינטרס הציבורי, שבמסגרתה בוחן התובע אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין פלילי. החלטת התובע מתקבלת לאחר שלמד את תיק החקירה על קרבו וכרעיו, ועמד על נסיבותיו האישיות של החשוד, כשבכללן: רישומו הפלילי, תיקו המתנהלים, או תיקים שממתינים לביור דין ("אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין") הנחיות פרקליט המדינה 1.1 (התשע"ט) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה - נסיבות העניין בכללותן)). בעבירות פשע לא יסתפק התובע בעיון בתיק החקירה ובנסיבותיו האישיות של החשוד, ובטרם תתקבל החלטתו ידרש לקבל גם את התייחסות החשוד עצמו (סעיף 60א לחסד"פ).

44. הפררוגטיבה לעיין בתיק החקירה, על ראיותיו הגולמיות, שמורה לצדדים להליך. בית המשפט היושב על מדין אינו רשאי לעיין בתיק החקירה. אופן הגשת הראיות בהליך הפלילי הוסדר בדיני הראיות, לפיהם בתי המשפט אינם רשאים לקבל 'עדות מפי השמועה', להתרשם מן העדים באופן אמצעי. אין לו לבית המשפט אלא מה שענינו רואות: העדויות הנשמעות לפניו; הראיות הקבילות שמוגשות לעיונו. הכלל האוסר עדות מפי השמועה, נחשב לאחד ממאפייני הבולטים של המשפט האנגלו-אמריקאי (דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר (1993)). הטעמים המרכזיים העומדים ביסודו, הם החשש למהימנותה של עדות שנמסרה 'עד מפי עד', מבלי שיש יכולת לעמוד על טיבה; וכן חשש מפני פגיעה בזכויותיו של נאשם, אשר אינו יכול להיות מעורב באופן מלא בהליכים המתנהלים נגדו, שעה שחלקם מבוססים על הודעות שנמסרו שלא בפניו מבלי שניתנה לו האפשרות לחקור את מוסרי ההודעות (ראו: חיה זנדברג "הכלל הפוסל עדות שמיעה: עלייתו, נפילתו ו-עלייתו?" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אָלון 223, 228-231 (אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ ובנימין פורת עורכים, התשע"ח)). כך במשפט המקובל, כך גם במשפט העברי. המשנה מתארת, כיצד היו מוזהרים העדים על-ידי בית הדין: "כיצד מאיימין את העדים על עדי נפשות, היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן. שמא תאמרו מאומד, ומשמועה, עד מפי עד ומפי אדם נאמן שמענו, או שמא אי אתם יודעין שסופינו לבדוק אתכם בדרישה ובחקירה" (משנה, סנהדרין ד, ה). כמו כן פוסק הרמב"ם, שככלל לא תתקבל בבית הדין הודעת חוץ שמסר עד: "דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים, שנאמר על פי שנים עדים, מפיהם ולא מכתב ידן" (משנה תורה, עדות, פרק ג, הלכה ד). הנה כי כן מורנו הרמב"ם, כי בכל ענפי המשפט העברי מתקבלות עדויות מפיהם של העדים, לא מכתב-ידם.

45. לא זו בלבד, שבית המשפט אינו רשאי לעיין בחומר הראייתי הקיים בתיק החקירה עד סיום המשפט, אלא שככלל, עד שלב גזירת העונש, עוונות ראשונים, עברו הפלילי של נאשם אינם יכולים להיזכר לפניו: "כלל גדול הוא שאם הנאשם עצמו אינו עורר את השאלה וכל עוד אינו מעורר אותה, אין להביא לידיעת בית-המשפט הדין את דינו, לא ראייה ולא טענה בדבר עברו הפלילי. טעמו של כלל זה פשוט הוא, שאם יודע השופט שמי שעומד לפניו הוא אדם למוד פשע, הוא יגיע ביתר קלות לידי הרשעה, בהעמידו אותו בחזקת מועד; מה שאין כן כל עוד יכול השופט להשלות את עצמו באשליה שעומד לפניו אדם שמעולם לא סטה מדרך הישר" (ע"פ 409/74 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 587, 588 (1974)). בכך נבדלת למעשה הערכאה הדנה בתיק העיקרי, מזו הבוחנת את הליכי המעצר. לזו האחרונה עומדת אפשרות לבחון את הראיות הגולמיות הקיימות בתיק, וכן את מכלול נסיבותיו האישיות של הנאשם, לרבות עברו הפלילי. אפשרות זו אינה עומדת לערכאה המבררת. אי-לכך, הופרדו שני ההליכים זה מזה: הליך המעצר לחוד, והליך בירור

האשמה לחוד. זאת, לבל יוטה שיקול דעתה של הערכאה המבררת, ו'יזוהם' ההליך. עוד נקבע על סמך עקרון זה, כי בקשת ההגנה לעיון בחומר החקירה, "תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום" (סעיף 74(ג) לחסד"פ).

46. עינינו הרואות, בית המשפט הדן בבירור אשמתו של נאשם, אינו חשוף לחומרי הגלם שעליהם ביסס התובע את החלטתו; לא לחומרי החקירה, גם לא לרישומי הפלילי. מהו אפוא הבסיס הראייתי שעליו יסתמך בית המשפט, עת יעביר תחת שבט ביקורתו את סבירות שיקול הדעת של רשויות התביעה? יפים לעניין זה דבריה של ר' גביזון: "האם רצוי כי תהיה לבית המשפט סמכות 'מקבילה' 'לדחות על הסף' אישומים מחוסר עניין לציבור? [...] במבנה הקיים של ההליך הפלילי אצלנו, על ההפרדה שלו בין שלב הכרעת הדין שבו אין לוקחים בחשבון פרטים על הנאשם, ובין שלב העונש, בו פרטים כאלה נוספים לתמונה, דומני כי סמכות מקבילה כללית כזו אינה רצויה. יתירה מזו, דיונים מקדמיים בשאלת העניין הציבורי באישום מסויים אינם מתיישבים עם הרוח האדברסרית של השיטה, לפיה השופט מקבל רק מה שהתביעה מביאה בפניו" (רות גביזון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק 478 (1991) (להלן: גביזון)).

47. לא בכדי, אין בדין הישראלי הוראה המאפשרת לזכות נאשם בשלב מקדמי, בשל אי-עמידה ברף הראייתי הנדרש, או בשל שיקולים מתחום האינטרס הציבורי. השלב המקדמי ביותר שבו ניתן על-פי חוק לזכות נאשם, מחמת העדר ראיות, הוא סוף פרשת התביעה: "נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם - בין על פי טענת הנאשם ובין מיזמתו - לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בעניין" (סעיף 158 לחסד"פ). הנה כי כן: שמיעת ראיות התביעה תחילה, זיכוי אחר כך. כך הם פני הדברים גם במצב שבו עמדה התביעה ברף הראייתי הנדרש, אך שיקולים אחרים הצדיקו להימנע מהרשעה: "מצא בית המשפט שנאשם ביצע עבירה, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו" (סעיף 71א(ב) לחוק העונשין). קביעה זו בדבר אי-הרשעה תתקבל רק בשלב הכרעת הדין, לאחר שכלל הראיות הוגשו לבית המשפט ותמונת המצב התבהרה לפניו. רק אז יוכל בית המשפט לקבוע, כי בנסיבות, אין הצדקה להרשיע את הנאשם.

48. מקרא מלא דיבר החוק. בשלבים מתקדמים של ההליך יוכל בית המשפט להכריע בכל אחת מן השאלות שעמדו בפני התובע: דיות הראיות והתאמת העניין להעמדה לדין. הכרעתו תינתן, רק לאחר ששמע לכל הפחות את ראיות התביעה. התוצאה שאליה יוכל להגיע תהא זיכוי; לא ביטול מעיקרא של כתב האישום. ביטולו של אישום, בשלבים מקדמיים, יתאפשר רק אם נפלו פגמים בהליך הכנת כתב האישום, בתקינותו, בחוקיותו, או אם ההליך שנפתח נגד הנאשם היה בלתי הוגן, כמפורט לעיל. הוראות אלו פשוטות וברורות.

49. ההליך הפלילי במתכונתו, אינו יכול לאפשר ביקורת כמו זו הנהוגה בהליך המינהלי. דיני הראיות והפרוצדורה הפלילית, יוצרים חיץ בין התביעה וראיותיה, לבין הערכאה השיפוטית. הפרדה זו מאפיינת את שיטתנו הדיונית האדברסרית, ומאפשרת פיקוח נאות על קבלת ההחלטות. ההליך הפלילי עשוי חוליות-חוליות: תחילה חקירה משטרית, בהמשך בחינת התיק במשרדי התביעה והגשת כתב אישום, לבסוף בירור התיק בבתי המשפט לערכאותיהם. כל חוליה מפקחת על קודמתה, מביטה על התיק מחדש. ככל שתיפגם ההפרדה, יפגם הפיקוח, תיפגע הפרדת הרשויות. הרשות המבצעת - אמונה על איסוף הראיות, גביית ההודעות והוכחת האשמה; הרשות השופטת - על שמיעת הצדדים, קבלת ראיותיהם והכרעה ביניהם; אחרי ככלות הכל, רשאי הנשיא בתורו לחון את המורשע בדין. על חשיבותה



של הפרדה בין הרשות המבצעת לרשות השופטת בהקשר זה, עמד היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מ' בן-יאיר: "פיצול זה בין הרשויות מונע את האפשרות שאחד המוקדים ישלט על ההליך מתחילתו ועד סופו [...] נכונות יתרה של בית-המשפט העליון לבחון את החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בכלים של 'סבירות' ושל 'האינטרס לציבור' מציבה את בית-המשפט העליון גם בתחילתו של ההליך הפלילי, ולא רק בשלב ההרשעה וקביעת העונש" (מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה' 5, 19 (1996) (להלן: בן-יאיר)).

50. בהכרעה חשובה כל כך, הרשעה בפלילים, אין לרכז את כל הכוח בידיה של רשות אחת. לא נוכל להלום מצב שבו בית המשפט הוא גם התובע, גם השופט, וגם גוזר הדין. על חוסר היכולת לשפוט בצדק, מקום שבו התובע הוא גם השופט, התרעם איוב לפני ריבון העולמים: "כִּי לֹא אִישׁ כְּמִנִּי אֶעֱבֹד וְנִבְוֵא יִחַדּוּ בְּמִשְׁפָּט. לֹא יֵשׁ בֵּינֵינוּ מוֹכִיחַ יֵשֶׁת יָדוֹ עַל שְׂנֵינֵנוּ" (איוב ט, לב). היינו, כיצד זה נוכל אני (איוב), ואתה (ריבון העולמים), לבוא במשפט יחדיו, כשאתה הוא גם התובע וגם השופט?! הרחיב על כך הרב י' מדן: "איוב [...] טוען לא רק נגד צדקת משפטו של הקב"ה, אלא בראש ובראשונה נגד סדרי הדין. קיימים כללי משפט בסיסיים, שאסור ששופט יעבור עליהם. הכלל הבסיסי ביותר אמור להיות הפרדה מוחלטת בין התובע בין לבין השופט. לא יעלה על הדעת שאדם התובע את חברו על נזק שגרם לו, הוא עצמו ישב כשופט בדין" (יעקב מדן איוב - בין חושך לאור 103 (2019)).

51. קיצורם של דברים: לא בדקדוקי עניות עסקינן, אלא במהות. המחוקק נתן דעתו על כשלים שונים שיכולים ליפול בכתב האישום, וחוקק הוראות חוק שונות ומגוונות שבכוחן להתמודד עם אותם פגמים כבר בשלבים המקדמיים. בשלבים מאוחרים יותר, ככל שהדבר מתאפשר, יוכל בית המשפט להיווכח כי הראיות אינן מספיקות, כי האינטרס הציבורי אינו מצדיק העמדה לדין, ולהורות על אחת מן התוצאות שנקבעו בחיקוק: זיכוי, הרשעה, אי-הרשעה, ביטול הרשעה.

הפנמת העבירה ולקיחת אחריות

52. זאת ועוד. החדרת המשפט המינהלי אל תוככי המשפט הפלילי איננו עוד עירוב תחומין; עסקינן בערבוב אשר יש בו כדי להפוך את היוצרות. חלף בירור אשמתו של נאשם, נדרש לפתע בית המשפט לבירור 'אשמתה' של המדינה, לבקר את דרכי התנהלותה והחלטותיה. חשיבות רבה נודעת לבירור אשמתו של נאשם בפלילים. המדינה, המייצגת לעניין זה את בני החברה כולה, מעמידה לדין אדם על שפגע באינטרס חברתי מוגן. להליך הבירור שבין המדינה לבין הנאשם, יש ערך עצמאי. אין מדובר רק בהליך אשר מבקש להצדיק הטלת עונש בעניין הנדון. במסגרת משפטו של נאשם, מזמינים אותו נציגי החברה להתמודד עם שאלותיהם וטענותיהם, על מנת שתתברר אחריותו למעשים המיוחסים לו. תפיסת ההליך הפלילי, כהליך שמטרתו להציב בפני הנאשם את העובדות המיוחסות לו, ולדרוש הימנו הסברים, באה לידי ביטוי באופן מרחיב בכתבתו של המלומד אנתוני דאף על אודות 'תיאוריית הגמול הקומוניקטיבי':

The structure of criminal law doctrine and the procedures of the trial are not designed simply to ensure that punishment is meted in each particular case. Rather, criminal law doctrine sets out a basic structure for communicative interaction between the accused and his accusers. The criminal trial is a place where members of a political community come together to engage in discussion

about moral wrongdoing" (Malcolm Thorburn, Calling Antony Duff to Account, 9 CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 737, 744 (2015)).

53. ההליך הפלילי מהווה אמצעי שדרכו יכול הנאשם להביט על מעשיו, ולעמוד על חוסר המוסריות הטבוע בהם. "הנאשם נתפס כמשתתף פעיל בהליך העונשי, אשר מקבל את המסר המופנה אליו ומגיב עליו" (נתנאל דגן והדר דנציג-רוזנברג "גמול רך" משפט וממשל 101, 112 (תשע"ט)). העברת המוקד מהדיאלוג בדבר אשמתו ואחריותו של נאשם, אל עבר בירור התנהלותה של המדינה - תחטא למהותו של ההליך הפלילי. היא תגרום לכך שהמסר החברתי הרצוי לא יועבר - לא לנאשם, גם לא לחברה. הנאשם יעבור מעמדת 'הגנה' לעמדת 'התקפה'; מאמציו ירוכזו בהוכחת אשמתה של המדינה, ואילו ההכרה בחטא והחזרה למוטב - יקופחו. אין חולק על החשיבות הרבה שבניהול הליך הוגן, בשמירה והקפדה על זכויות חשודים ונאשמים. ברם, הליך הוגן לחוד, והיפוך סדרי הדין בפלילים לחוד. ההליך הפלילי יכול לסבול מאשימה אחת בלבד.

54. גם במשפט העברי אנו מוצאים ביטוי לחשיבות הליך הבירור הפלילי, כשלעצמו. התורה קובעת, כי אדם שרצח בשגגה ישהה בעיר המקלט עד מות הכהן הגדול, שבימיו אירע הרצח: "וְאִם בְּפֶתַע בָּלֵא אֵיבָה הִדְפוּ אוֹ הַשְּׁלִיךְ עָלָיו כָּל כְּלֵי בָּלֵא צְדִיָּה. אוֹ בְּכָל אֶבֶן אֲשֶׁר יָמוּת בָּהּ בָּלֵא רָאוּת וַיִּפֹּל עָלָיו וַיָּמָת וְהוּא לֹא אוֹיֵב לוֹ וְלֹא מִבְּקֶשׁ כָּעֲתוֹ. וְשִׁפְטוּ הָעֵדָה בֵּין הַמָּכָה וּבֵין גֹּאֵל הַדָּם עַל הַמְּשֻׁפְטִים הָאֵלֶּה. וְהִצִּילוּ הָעֵדָה אֶת הַרֹצֵחַ מִיַּד גֹּאֵל הַדָּם וְהִשִּׁיבוּ אֹתוֹ הָעֵדָה אֶל עִיר מְקֻלְטוֹ אֲשֶׁר נָס שָׁמָּה וַיֵּשֶׁב בָּהּ עַד מוֹת הַכֹּהֵן הַגָּדוֹל אֲשֶׁר מִשַּׁח אֹתוֹ בְּשָׁמֶן הַקֹּדֶשׁ" (במדבר לה, כב-כה). קציבת העונש כתלות במות הכהן הגדול יכולה להביא למצב אבסורדי, שכן אם מת הכהן הגדול בתום משפטו של הרוצח בשגגה, הוא יצא לחופשי בשלב זה, עוד בטרם שריצה ולו יום אחד מעונשו. רבי מנחם שלמה המאירי (1249-1315, פרובנס) נתן דעתו על מצב שכזה, ואמר: "נגמר דינו ומת כהן גדול אחר גמר דין הרי זה אינו גולה, שאחר שנגמר דינו הרי הוא כמי שגלה אף על פי שלא הגיעה עונש הגלות שמה שנחקק בדמיונו גלותו גרם לו להכנע עד שבכניעתו נתכפר לו במיתת כהן גדול ומתוך כך הפקיעה מיתתו גלותו של זה" (בית הבחירה, מכות יא, ע"א). לדברי המאירי, אותו רוצח בשגגה אינו יוצא כשהוא פטור כליל מעונש, שכן משפטו הוא הלכה למעשה עונשו. במהלך משפטו אחז בו הפחד, משום "שנחקק בדמיונו גלותו" ודבר זה "גרם לו להכנע עד שבכניעתו נתכפר לו". עינינו הרואות, להליך הבירור המשפטי בבית הדין נודעת משמעות רבה, עד אשר לעיתים, ניתן יהיה להסתפק בהליך זה לבדו, ללא שיושת על הנדון עונש נוסף. עמידתו למשפט, הפנמת מעשיו וכניעתו יחשבו כריצוי עונשו.

סרבול ההליך הפלילי

55. מעבר לאמור עד כה, יבוא הדין המנהלי אל חדריו של ההליך הפלילי, כרוך במכשלה נוספת - סרבולו של ההליך. כמתואר לעיל, בשנים האחרונות נפוצו ורבו ההוראות הפרוצדורליות והמהותיות החלות בדין הפלילי: חוקים ותקנות, כללים ודוקטרינות. לצד המעלות הטובות שבמגמה זו, התארך ההליך הפלילי, ובמידה רבה גם הסתרבל. התריע על כך השופט י' עמית: "ההליך הפלילי הפך למסורבל בשל ההליכים הנלווים לתיק העיקרי, ודומה כי הליכים אלה הולכים ותופסים את מרכז הבימה במקום ההליך העיקרי עצמו" (בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 29-30 (24.2.2010)). נתונים סטטיסטיים מלמדים, כי על אף שבשנים האחרונות גדל מספר השופטים יותר משגדלו האוכלוסייה ומספר החשודים - מספר הכרעות הדין בהליכים פליליים ירד ביחס לגודלה של האוכלוסייה. המסקנה העולה מכך, "שהעומס איננו תוצאה של ריבוי התיקים הפליליים המגיעים אליו, אלא ככל הנראה תוצאה של התארכות משך

הטיפול בהם" (יוסף זוהר ומוטי מיכאלי "משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון" עלי משפט יא 153, 159 (התשע"ד)). לא נכון יהיה להמשיך ולהאריך את ההליך הפלילי עד בלי די. הזכות לסיים במהירות הליכים פליליים, היא זכות מהותית במשפט הפלילי. זאת, הן מטעמים הנוגעים לזכויותיו של נאשם, הן משיקולי חקר האמת והגברת ההרתעה (בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, פסקאות 18-23 לפסק דינו של השופט א' גולדברג (1997)). "מסיבה זו קבע המחוקק כי ככלל, אין ערעור בפלילים על החלטות ביניים" (ע"פ 2525/05 זינלוב נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (9.6.2005)). הפיכת בית המשפט הדן בפלילים למעין 'בג"ץ קטן', תביא לכך שראשיתו של כל משפט פלילי תהיה בהעלאת שורה של טענות מן הגורן ומן היקב, על טיב שיקול הדעת של התביעה, מידתיותו וסבירותו; אחריתו מי ישורנו?

ביקורת על שיקול דעתה של התביעה לאחר שמיעת הראיות

56. האמור עד כה, התייחס בעיקר לבעייתיות הקיימת בבחינת סבירות שיקול הדעת של התביעה, בשלב מקדמי של ההליך. אלא שבענייננו, בחן בית המשפט המחוזי את התיק ביושבו כערכאת ערעור. מצבת הראיות, כמו גם נסיבותיו האישיות של רותם, נפרשו לפניו בשלמותם. האם יוכל בית המשפט בשלב זה לבקר את סבירות ההחלטה להעמיד לדין ולבטל את כתב האישום, חלק התוצאות האפשריות שנקבעו בדין - זיכוי, הרשעה, אי-הרשעה או ביטולה? שאלה זו יפה לא רק ביחס לערכאת הערעור, אלא גם ביחס לערכאה הדיונית, בשלב שלאחר שמיעת הראיות.

57. הוראות הדין ברורות. בשלב הכרעת הדין יכול בית המשפט להרשיע, לזכות או לקבוע אי-הרשעה (סעיף 71א(ב) לחוק העונשין); בשלב גזירת העונש - לבטל הרשעה (סעיף 192א לחסד"פ). הכרעה בדמות ביטול כתב האישום מעיקרא, מתאפשרת רק במסגרת העילות המצוינות בסעיף 149 לחסד"פ. העילות הללו הריהן תחומות וברורות. הן מתייחסות כאמור, לנסיבות שבהן נמצא כתב האישום בלתי תקין, או בלתי חוקי; למצבים שבהם נהגו הרשויות בחוסר הוגנות, או שהביאו לתוצאה מעוולת. בין אותן עילות אין התייחסות לדיות הראיות, או לאינטרס הציבורי בניהול התיק. מכלל הן אתה שומע לאו; הסדר שלילי לפנינו.

58. בדין קבע המחוקק את רשימת התוצאות הנ"ל, מבלי שכלל בה ביטול אישום. הכרעותיה של הערכאה המבררת בשאלה הראייתית, כמו גם בשאלת בחינת האינטרס הציבורי, אינן ביקורת מנהלית על החלטת התביעה. בית המשפט בוחן את הסוגיות שנבחנו על-ידי התובע 'דה-נובו', כשלמעשה המצע העובדתי שניצב לפני כל אחד מהם בעת הכרעתו יכול ויהיה שונה. התובע מקבל החלטתו בהסתמך על המצע הגולמי שאותו קיבל מהרשות החוקרת, ואילו בית המשפט מכריע על סמך העדויות שנשמעו לפניו, מהימנותם של העדים, ויתר הראיות הקבילות שהובאו לפתחו. יכול ובין המצע הראייתי שהוגש לתובע, לבין זה שנבחן על-ידי בית המשפט קיים פער. כך, הודעה משטרית מסוימת שעליה ביסס תובע את החלטתו להעמיד לדין אינה יכולה לשמש לביסוס האשמה, שעה שהעד מסרב להעיד בבית המשפט. לחלופין, העד הופיע למסור את עדותו, אלא שבמהלכה התברר כי דבריו אינם מהימנים. הפגם במהימנותו לא יכול היה להיוודע לתובע במהלך לימוד התיק, אלא רק במהלך שמיעת עדותו בבית משפט. יפים לעניין זה דברי השופט י' עמית: "איני רואה למתוח ביקורת על התביעה שנקטה בקו זהיר של העמדה לדין, מה עוד, שיש להישמר מפני חכמה בדיעבד. לעיתים, תמונת הראיות שנפרסת בפני הערכאה הדיונית רחבה ומלאה יותר ממסכת הראיות לכאורה שעמדה בפני הפרקליטות בשלב ההחלטה על העמדה לדין" (עניין גוטסדינר, פסקה 55; גביזון עמוד 149). משתמנת המצב העומדת לפני כל אחד מן הגורמים שונה, לא ניתן לראות את החלטתו של בית המשפט כביקורת על החלטה

המנהלית; לפיכך אין הוא רשאי לבטלה מעיקרא, אלא להכריע את גורל הנאשם בהתאם לאפשרויות השונות שנקבעו בדין: הרשעה, זיכוי, אי-הרשעה, או ביטולה.

סמכות 'מקבילה' שניתנה לבית המשפט

59. חוסר היכולת לקיים ביקורת מנהלית על שיקול הדעת של התביעה, אינו מותיר את הנאשם כשידיו על ראשו. לבית המשפט ניתנו כלים אחרים שבאמצעותם יוכל לבחון באופן עצמאי, אם נסיבות העניין מצדיקות הרשעה בפלילים. כאמור, עומדת לו האפשרות שלא להרשיע בעת הכרעת הדין (סעיף 71א(ב) לחוק העונשין), או לבטל את ההרשעה שניתנה, בשלב גזירת העונש (192א לחסד"פ). כמו כן, ניתנה לו אפשרות לזכות נאשם בעטיין של נסיבות המהוות 'זוטי דברים'. אפרט בקצרה על האמצעים השונים העומדים לרשות בית המשפט.

60. אי-הרשעה או ביטולה - הדין הפלילי מותיר בידי בית המשפט שיקול דעת להימנע מהרשעתו של נאשם, הגם שנתקיימו בענייננו כל יסודות העבירה: "מצא בית המשפט שנאשם ביצע עבירה, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו" (סעיף 71א(ב) לחוק העונשין). הוראה זו חלה בשלב הכרעת הדין. בהמשך, בשלב גזירת העונש, לאחר שבית המשפט יחשף לעברו הפלילי של הנאשם ולטענות נוספות שיעלו הצדדים בטעוניהם לעונש, תהא לו הזדמנות נוספת לבטל את ההרשעה שהושתה על הנאשם בהכרעת הדין: "הרשיע בית המשפט את הנאשם, ולפני מתן גזר הדין ראה שיש מקום לתת לגביו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה, או לצוות כי הנאשם ייתן התחייבות להימנע מעבירה, כאמור בסעיף 72(ב) לחוק העונשין, בלא הרשעה, רשאי הוא לבטל את ההרשעה ולצוות כאמור" (סעיף 192א לחסד"פ).

61. באחת הפרשות עמד בית המשפט על התכלית העומדת ביסודן של הוראות אלו: "תכליתו של סעיף 71א לחוק, כפי שהיא משתקפת גם מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, דומה אפוא לתכלית סעיף 1 לפקודת המבחן, המאפשר, כאמור לעיל, להטיל מבחן ללא הרשעה. מטרת שני אמצעים אלה הינה שיקומית" (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(ג) 337, 342 (1998) (להלן: הלכת כתב)). אולם הודגש, כי "שיקומו של נאשם - הגם שהוא מהווה שיקול מהותי שלציבור כולו עניין בו - הינו אך אחד משיקולי הענישה, שאליו מיתוספים שיקולים אחרים הנובעים מאופייה של העבירה" (שם). בשל האמור, ובמטרה לאזן בין שיקולי הענישה הניצבים אלה מול אלה, קבע בית המשפט, כי אי-הרשעת נאשם מותנית בשני תנאים מצטברים: "ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים" (שם). הלכה זו שנקבעה לפני כעשרים שנה, ומאזנת בין האינטרסים השונים המונחים על כפות המאזניים, תקפה ומנחה אותנו גם כיום (ראו, למשל: ע"פ 8528/12 ציפורה נ' מדינת ישראל (3.3.2013)); אולי אף ביתר שאת. מאז, כידוע, התפתחו דיני הענישה ונחקק תיקון 113 לחוק העונשין, במסגרתו תפס שיקול הגמול ההולם את הבכורה; לשיקולי השיקום ניתן מעמד משני. אי-הרשעת נאשם או ביטולה, שמורים למצבים המתאימים, הממלאים אחר שני התנאים המצטברים גם יחד.

62. סייג 'זוטי דברים' - לבד מהאפשרות הנתונה לבית המשפט להחליט על אי-הרשעה, או לבטל הרשעה, בכוח לזכות נאשם מחמת הסייג של 'זוטי דברים'. הגנה זו עוגנה במשפטנו במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, והיא מאפשרת לבחון אם בנסיבות המתוארות בכתב האישום יש או אין אינטרס ציבורי בניהול הליך פלילי: "לא יישא אדם באחריות

פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך" (סעיף 34 לחוק העונשין). על-פי ש"ז פלר, שנמנה על מנכחי הסייג, משמעותו כי "המעשה אינו מגלם את המידה המינימלית של סכנה לציבור, הנדרשת לשם התהוות עבירה פלילית, למרות שישנם בו כל סימני ההיכר הפורמליים הנדרשים להתהוותה" (ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 58-59 (1984)). קודם לחקיקתו של הסייג, החלטת התביעה על קיומו של אינטרס ציבורי להעמיד את החשוד לדין היוותה סוף פסוק, ומשהוכחו יסודות העבירה - נדרש בית המשפט להרשיעו. כך נכתב על-ידי גביזון באותם ימים: "בישראל אין לבית המשפט סמכות דיונית להחליט על אי שמיעת משפט פלילי בשל חוסר עניין לציבור, והחוק המהותי אינו מאפשר זיכוי מקום שבו לא היה מקום להעמיד לדין. נראה, כי בית המשפט חייב לשמוע ראיות ולפסוק את הדין, אף אם העבירה שנעברה הינה טכנית" (גביזון, עמוד 81).

63. מציאות זו עוררה ביקורת רבה בספרות המשפטית (ראו למשל: דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (תשמ"ג-תשמ"ד)). קול הזעקה נשמע, ובתיקון 39 חוקק סייג 'זוטי דברים', המאפשר לבית המשפט לשקול בעצמו אם המעשה המיוחס לנאשם בכתב האישום הריהו פלילי. ודוק: אין מדובר בכלי המשתתף לארגז כלי הביקורת המינהלית. אין זו ביקורת ישירה על החלטת התביעה, ותוצאתה איננה ביטול כתב האישום. מדובר במעין 'סמכות מקבילה', הנתונה לערכאה הדיונית על מנת לבחון את האינטרס הציבורי שבקיום הליך פלילי. קולמוסים רבים נשתברו בספרות המשפטית באשר לאופי הסייג ולהיקפו (ראו: ג'ודי ברודר "תיחומו של סייג זוטי-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כ"א 495, 511-517 (התשס"ה); מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כ"ד 9, 69-70 (התשנ"ד)), ועוד נכוננו לבית משפט זה הכרעות עקרוניות בסוגיה זו. מכל מקום, לערכאה הדיונית בפלילים עומדת אפשרות לבחון במרוצת ההליך אם בנסיבות העניין קיים אינטרס ציבורי בניהולו, ולתור אם המעשה שיוחס לנאשם בכתב האישום חוצה את הרף הפלילי הנדרש, ומקים עבירה פלילית.

64. יתר על כן. לא נוכל להתעלם מכך שהטענות המועלות על-ידי רותם והסנגוריה הציבורית, תקפות בעיקרן לעבירות ה'קלות' יותר, שבהן, ככלל, מתקיים הליך מקדמי לפני שופט שאינו דן בתיק העיקרי. בהליך זה רשאי בית המשפט לעיין בחומר החקירה ולהעיר את הערותיו לתביעה (סעיף 143א(ד) לחסד"פ). הדעת נותנת, והמציאות ב'שטח' מלמדת, כי התביעה הכללית נכונה לשקול את הערותיו של בית המשפט, לבחון האם ראוי לפעול כעצתו, ובהתאם להסיק את מסקנותיה.

65. אוסיף, כי לבד מן הכלים שהוענקו לבית המשפט הדין בפלילים, ניתנת לנאשם אפשרות לפנות ישירות אל היועץ המשפטי לממשלה ולבקש לעכב את ההליכים המשפטיים נגדו. על-פי סעיף 231(א) לחסד"פ: "בכל עת שלאחר הגשת כתב אישום ולפני הכרעת הדין, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה מנומקת בכתב לבית המשפט, לעכב את הליכי המשפט; הוגשה הודעה כאמור יפסיק בית המשפט את ההליכים באותו משפט". מקום שבו שיקולים ראייתיים, או האינטרס הציבורי, אינם מצדיקים את המשך ההתדיינות בתיק, רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות על עיכוב ההליכים: "הטעמים הטיפוסיים המובאים להכרעה בבקשות לעיכוב הליכים משלבים, כמו ההחלטות הראשוניות על העמדה לדין, שיקולים של ראיות ושיקולים של עניין לציבור" (גביזון, עמוד 388).

66. עינינו הרואות: לא אלמן ישראל. גם מבלעדי 'דוקטרינת הביקורת המינהלית', יש לה, לערכאה הדנה בפלילים, אמצעים שונים ומגוונים, שיש בהם כדי ליתן מענה לאותם מצבים שבהם אין זה נכון ולא הולם לקיים הליך פלילי, או להרשיע את הנאשם. הגנה מן הצדק, זוטי דברים, אי-הרשעה או ביטולה, ביטול כתב אישום מחמת כשלים בהגשתו, כלל הפסילה הפסיקתית ואפשרות לריכוך העונש. "בְּדִרְךָ אָתָּד יֵצְאוּ אֵלֶיךָ וּבְשִׁבְעָה דְרָכִים יָנוֹסוּ לְפָנֶיךָ" (דברים כח, ז). בניגוד לדוקטרינת הביקורת המינהלית, שאופייה עמום וגבולותיה אינם ברורים, האמצעים האמורים לעיל נקבעו במפורש בחוק, ובגדרם שוקל ומאזן בית המשפט בין האינטרסים השונים שעליו להביא בחשבון בדין הפלילי; איזון השומר על אופיו של הדין הפלילי, סדרו הטוב, תכליותיו ומטרותיו. בנסיבות אלו, אינני סבור כי יהיה זה נכון לברוא בריאה חדשה יש מאין, להפיח רוח חיים בנשמתה של דוקטרינה חדשה ועמומה, שאין זה ברור מהי, למה באה לעולם, מהו אופיה, מהן גבולות מחייתה, ואלו מנגוני איזון קיימים בתוכה. חקיקה שיפוטית שמורה למצבים נדירים שבהם החסר זועק והשינוי מתחייב. משירדנו אל הדין הפלילי, ראינו כי לא כצעקתה. הרבה שלוחים לו, לנאשם.

67. משנפקד מקומה של עילת הסבירות המהותית מן ההליך הפלילי גופו, נתהה, אולי מוטב להותיר פתח להעלות טענות מעין אלו לפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ? תשובתי לכך היא בשלילה. כפי שהראנו לדעת, על ההליך הפלילי להתנהל ביעילות, בתכליתיות, בצדק. בחלוף הזמן, עדויות עשויות להישכח, ראיות להשתבש, וממצאים עלולים להאבד מן העולם. הנאשם חפץ לדעת מה יעלה בגורלו, המתלוננים ממתנים לתוצאות ההליך, יחידי הציבור מבקשים שלום ובטחון, החברה רוצה להתנקות. לא נכון יהיה לעצור את ההליך הפלילי באבו, להגיש עתירה לבג"ץ, להמתין עד מתן הכרעה, ולשוב אל בית המשפט הפלילי לצורך בירור האשמה. פניה לבג"ץ עוד קודם שהחלו הראיות להישמע, עלולה גם לכבול את ידיה של הערכאה הדיונית עם קביעותיו הראשוניות של בג"ץ, שלא בהכרח יעלו בקנה אחד עם התמונה הראייתית שתתייצב לפניה לאחר שמיעת התיק (ראו למשל: בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 42 לחוות דעתי (28.10.2019)).

ההגנה המוצעת כיום לנאשם בהליך הפלילי הורחבה ושוכללה. לא נוכל להרחיב את יריעות אהלה, להאריך את מיתריה - לבל ישתנה ההליך הפלילי עד שלא נדע כי באנו אל קרבו. אמנם, העילות הקיימות כיום בדין הפלילי אינן חופפות במלואן לאלו הקיימות בדין המינהלי, אך הן קרובות אליו; קרובות מאוד. מעטפת שלמה של הוראות, כללים והליכים עומדים לו, לנאשם בדין הפלילי. מטרתם לצמצם טעויות ופגמים, לטייב את הדיון ולזקקו, אך לא להמיר את שיקול דעתו של התובע בשיקול דעתו של בית המשפט. הותקן לבית המשפט המקום והזמן לומר את דברו, להכריע את הדין, לזכות את הזכאי, להרשיע את החייב, לעיתים גם להותירו ללא הרשעה.

עקרון השיוריות בפלילים

68. משבאנו לכלל מסקנה, כי אין מקום לכינונה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, וכי במסגרת ההגנה מן הצדק אין להרהר אחר סבירות שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב האישום, דומה, כי תם מסענו. יחד עם זאת, לא אוכל שלא לומר מילים אחדות על אודות עקרון השיוריות בפלילים, שעל אודותיו הידברו הצדדים לפנינו. מקובלות עלי קביעותיו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן, לפיהן: "עקרון המידתיות מציב בפנינו את השאלה, האם הוראה פלילית היא הדרך המתאימה לצורך השגת המטרה או התוצאה המבוקשת", וכי "ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת" (בג"ץ 88/10 שורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 20 (12.7.2010)).

שותף אני גם להסתייגותו, כי "ברוב המכריע של המקרים, בהם יש די ראיות לשם העמדה לדין פלילי, עצם העמדה לדין פלילי תהיה מידתית מבחינת הפגיעה בזכויותיו של הנאשם" (שם, פסקה 25). אמת נכון הדבר, אין למהר ולהטיל אות קין פלילי על מצחו של חשוד, להעבירו מסע מעיק ומייגע שבו ידרש להוכיח את צדקתו; יש לשמור את ההליך הפלילי למקרים הראויים לו.

69. במהלך השנים פעל המחוקק רבות, כדי להביא להגשמתו של עקרון השוויון בפלילים בחקיקה. כך, למשל, תוקן חסד"פ, והוספו בו סעיפים 67א-67ב, המאפשרים לתובע לסגור תיק ב'הסדר מותנה', חלף הגשתו של כתב אישום. בדברי הסבר להצעת החוק פורטו הטעמים שביסודה: "הסדר זה יעשיר את 'ארגז הכלים' העומד לרשות התביעה, ויאפשר התאמה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה לבין חומרת התגובה החברתית המופעלת נגד העבריין" (דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מספר 66), התשס"ט-2009, ה"ח הממשלה 416). א' גזל-אייל שהגה את התיקון הוסיף: "הסדרי-ענישה מאפשרים שימוש באמצעי עונשי מתון שיכול לשמש פתרון מקום שבו ההרשעה הפלילית אינה מידתית. כך, לדוגמה, בעברות קלות, כגון עברה ראשונה של גניבת פריט במהלך קניות בחנות, התביעה מונחית להימנע מהעמדת החשוד לדין מכיוון שהרשעה פלילית נתפסת כבלתי-פרופורציונלית" (אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה - הצעה להליך חדש" עיוני משפט ל 125, 147 (התשע"ז) (להלן: גזל-אייל)). הנה לנו, הסדר ממצע ומידתי, אשר נועד לחול במצבי הביניים שמחד גיסא אינם מתאימים להליך פלילי, ומאידך גיסא אין ראוי לפטרם בלא כלום. ביסודו עומדת התפיסה, כי לא כל מעשה שנופל תחת ההגדרות המטריאליות המופיעות בחוק העונשין, מצדיק העמדה לדין פלילי, על ההשלכות הנלוות אליו. אשר על כן, בעבירות מסוימות, מתאפשר לתובע לסגור את התיק, היה ותושג הסכמה בינו לבין החשוד.

70. מעבר להוראות כלליות אלו, נחקקו גם הסדרים פרטניים המבקשים להשיג אותה מטרה. תוקן חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, באופן שמאפשר להרחיב את האכיפה המינהלית, כך שתחול גם על עבירות פליליות מסוימות. בין הנימוקים לתיקון הנ"ל דובר על "חוסר ההתאמה, במקרים מסויימים, בין חומרת ההפרה לשימוש בהליך הפלילי, המתבטא בכך שהפרות מסוימות של חוק ניירות ערך אינן מצדיקות את חומרתו של עונש המאסר ואת הטלת הקלון הכרוך באישום פלילי" (דברי הסבר להצעת חוק יעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה) (תיקון מספר 45), התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 489). שנים קודם לתיקון זה, נחקק חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, אשר מבקש גם הוא לענות על אותם צרכים (לתיאור נרחב יותר של ההליכים החלופיים הקיימים בחקיקה, ראו, גזל-אייל, עמודים 141-142).

71. לבד מאלו, יש לציין גם את התיקונים שנעשו בדין הפלילי במהלך השנים, והוזכרו לעיל: הוספת סייג 'זוטי דברים', אי-הרשעה וביטול הרשעה. עינינו הרואות, מזה עשרות בשנים פועל המחוקק למען צמצום ההליכים הפליליים רק למקרים שהוכשרו לכך, מתוך הבנה שהדין הפלילי צריך לחול כמוצא אחרון, בנסיבות החשובות כמעשים פליליים.

72. עקרון השוויון בפלילים אינו מנחה את המחוקק לבדו, אלא גם את התובע, שעה שהוא בוחן אם נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין. בהנחיות פרקליט המדינה נאמרו דברים מפורשים בעניין הזה: "במסגרת שיקוליו אם להימנע מהעמדה לדין בעילת 'נסיבות העניין בכללותן' יבחן התובע אם קיים הליך משפטי חלופי אפשרי להליך הפלילי, שיש בו כדי לתת מענה הולם או מתאים יותר בנסיבות העניין" (הנחית פרקליט המדינה - נסיבות העניין

בכללותן). פרקליט המדינה עמד על כמה הליכים חלופיים שעליהם יתן התובע דעתו: (א) סגירת תיק בהסדר מותנה; (ב) הליכים משמעותיים; (ג) הליכים מינהליים; (ד) פיטורים ממקום העבודה. אלא שכפי שפורט לעיל בהרחבה, ההליך הפלילי אינו יכול להכיל בתוכו ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו של תובע בהחליטו על העמדת חשוד לדין. בתורו, יוכל בית המשפט לקבוע, כי אין מקום לקיומו של הליך פלילי מחמת היות העניין פעוט - 'זוטי דברים', או שבנסיבות העניין יש להימנע מהרשעה משיקולי שיקום. בתורו, אך לא במקומו.

נוכח כל האמור לעיל, דומני כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו, כי יש לבטל את האישומים שהוגשו נגד רותם, משום שלא היו מידתיים, מכיוון שלא עמדו באמות המידה של עקרון השיוויון בפלילים.

מידתיות ההחלטה להעמיד את רותם לדין

73. לבסוף אוסיף כי גם אם הייתי נכון לצעוד בדרך הילוכו של בית המשפט המחוזי, לקבל את דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, להרהר אחר שיקול הדעת התביעתי, ולבחון אם מיצה התובע את מלוא הכלים שעמדו לו בטרם ניגש אל הדין הפלילי - לא היה בידי להסכים עם התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי קבע, כי תחילה נדרשה התביעה לפנות לחוק מניעת הטרדה מאיימת, ורק אם היו מופרים הצווים שהוצאו מכוחו, או אז היה מקום להעמיד את רותם לדין פלילי. בכך, דומני, נפל בית המשפט המחוזי לכלל טעות. שמו של החוק למניעת הטרדה מאיימת, מעיד על תכליתו - מניעה. מבטו של אמצעי זה צופה פני עתיד (השוו: רע"פ 5034/15 פירממדוב נ' מדינת ישראל, פסקה 56 (31.10.2018)). זוהי אמנם גם אחת ממטרותיו של הדין הפלילי, אך לבטח לא מטרתו המרכזית.

74. במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין קבע המחוקק, כי - "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40 לחוק). היינו, השתת עונש צופה פני עבר. מטרת ה'מניעה' לעומת זאת, משנית, ומיושמת במצבים חריגים בלבד: "קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית" (סעיף 40 לחוק). הנה כי כן, תחולתה של המניעה בסדר שני. לאחר שנקבע מתחם ענישה, יכול בית המשפט לחרוג ממנו בנסיבות מסוימות, שעל סמך הוכח שהנאשם מהווה סכנה לחברה. ברי כי זהו אינו מצב הדברים בענייננו. מטרה זו, ככלל, לא תבוא לידי ביטוי בעבירות קלות, כגון הטרדה באמצעות מתקן בזק. לא בכדי, בהנחיית פרקליט המדינה אשר צוטטה לעיל, הוצגו הליכים חלופיים מסוימים שטומנים בחובם סנקציה עונשית - צופה פני עבר: עיצום כספי, קנס, פיטורים וכדומה. אין מדובר בהליכים שמטרתם למנוע את המשך ביצועה של העבירה. עניינם בגמול הולם למורשע, בהתאם למעשיו השליליים.

בית המשפט המחוזי קבע כאמור, כי החלטת התביעה להעמיד לדין היתה בלתי מידתית, אלא שהאמצעי החלופי שאליו ציין - חוק הטרדה מאיימת - אינו מגשים את המטרה העיקרית שאותה מבקש ההליך הפלילי להגשים. משאלו הם פני הדברים, הרי שלא נוכל לראותו כאמצעי חלופי שפגיעתו פחותה.



75. יתרה מזאת, סבורני כי גם אם חוק הטרדה מאיימת היה מביא להגשמת אותה מטרה, בנסיבות, לא היה מקום לקבוע שהחלטת התביעה להעמיד לדין איננה מידתית. כשעסקין במידתיות, אין פירושם של דברים כי ישנה תוצאה אחת מידתית, ואין בלתה. עמד על כך הנשיא א' ברק:

"בהפעלת עקרון המידתיות - ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה - יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים יש להכיר בקיום מתחם התחשבות של הרשות השלטונית. מתחם זה דומה למתחם הסבירות של הרשות המבצעת [...] הכרה זו במרחב של שיקול-דעת שלטוני מבוססת על יתרונה המוסדי של הרשות השלטונית בבחינת החלופות האפשריות, ועל אחריותה הלאומית - אחריות המוטלת עליה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות - לביצוע התכלית הראויה" (בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 13-14 (1996)).

76. האם נוכל לומר, כי בנסיבות העניין דנן, העמדת רותם לדין לאחר תקופה ארוכה שבה עלב בפקידי ציבור, ולאחר שהפר צווי הרחקה שהוצאו נגדו, איננה נמצאת ב'מתחם המידתיות'? כי איננה סבירה? דומני, כי התשובה לכך היא בשלילה. בטרם החליטה התביעה להגיש נגד רותם כתב אישום, היא פעלה על מנת 'למצות הליכים' חלופיים נגדו. תחילה, הוצאו נגדו צווי הרחקה, ברם, על אף שאלו צמצמו במידת מה את הטרדותיו של רותם, הם לא הניאו אותו כליל ממעשיו. רק בשלב זה, לאחר כחמש שנים של הטרדות מגוונות נגד מתלוננים רבים, ולאחר שצווי הרחקה שיפוטיים הופרו, החליטה התביעה להעמידו לדין. החלטה זו, גם אם היא איננה ההחלטה הנכונה ביותר, היא ללא ספק החלטה שמצויה ב'מתחם המידתיות'. אין לצפות מן התביעה להאריך את אפה עד בלי די. אם תנהג כך, קרבנות פוטנציאליים הם אלו אשר עלולים לשאת במחיר, לספוג ולהכיל, עד ישכיל (אם ישכיל) החשוד לשוב למוטב. בהקשר זה מקובלת עלי עמדתה של השופטת א' קלמן-ברום, כי "במצואות שבה הטרדות נמשכו, גם אם עוצמתן פחתה לאחר הוצאת הצווים השיפוטיים, אין לומר ששיקול דעתה של הרשות שהגישה כתב אישום היה בלתי סביר ובוודאי שאיני מוצאת לנכון להתערב בשיקול דעת זה" (פסקה 11 לפסק הדין החלקי). נחזור ונזכיר, המבחן להתערבות בהחלטת הרשות המנהלית בשל חוסר סבירות מהותית, הוא "סטייה מהותית, היורדת לשורש העניין, עד שהמסקנה הסופית היא מופרכת מעיקרה, ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין" (בג"ץ גנור, עמוד 525). כמפורט לעיל, התוצאה הסופית בענייננו איננה מופרכת מעיקרה.

העלאת טענות בשמו של מתדיין

77. לבסוף, לא אוכל שלא להסתייג מהעלאת טענות על-ידי בית המשפט, מיוזמתו, בשמם של מתדיינים, כפי שנעשה בענייננו. זה לא מכבר התרעתי על כך (ע"פ 2921/18 מדינת ישראל נ' אביב בצלאל, פסקאות 13-14 (27.10.2019)). העלאת טענות בשמם של מתדיינים ועבורם, שמורה למצבים חריגים. כמפורט בחוות דעתה של השופטת א' קלמן-ברום הנדון דידן, אינו בא בקהלם:

"המערער היה מיוצג בתחילת הדרך בבית המשפט קמא באמצעות הסנגוריה הציבורית. המערער החליף שלושה סנגורים מהסנגוריה הציבורית משלא הגיעו להסכמה בדבר קו ההגנה. המערער בקש לכפות על סנגוריו קו הגנה ודרך

ניהול משפט בניגוד לעמדתם המקצועית, ומשלא נעתרו בחר לייצג את עצמו. המערער הפגין שליטה מעמיקה בסוגיות וטען את טענותיו בהרחבה. כך אף בערעור שנשמע בפנינו וכשכבר היה מיוצג ביקש לטעון וטען ארוכות בכוחות עצמו. בבית המשפט קמא התייצבה לצידו של המערער 'התנועה למען איכות השלטון בישראל' וביקשה להצטרף כידידת בית המשפט. בית משפט קמא אומנם לא התיר להם להשתתף כצד פורמלי לדין, אולם כן התיר למערער לעשות שימוש בטיעונים שהוגשו על ידם לבית המשפט. טיעונים הנוגעים לשיקול דעת הרשות בהחלטתה להגיש כתב אישום בשל שיוריות ההליך הפלילי, המידתיות, האמצעים שהיה על הרשות לנקוט בטרם יפתחו בהליך פלילי, כלל לא הועלו על ידם. לא נשמעה טענה לפיה היה על המדינה לנקוט בצעדים מקלים אחרים לריסון ההטרדות של המערער בטרם יוגש כתב אישום. ואם לא די בכך הרי שבהליך הערעור המערער היה מיוצג, בא כוחו הגיש טיעונו הופיע וטען בפנינו ואף כשהיה מיוצג הטענה לא עלתה" (פסקה 6 לפסק הדין החלקי).

השתלשלות עניינים מפורטת זו מלמדת, כי לא היה מקום ל'שידרוג' טענותיו של רותם. הוא לא בא בגדרם של אלו, אשר בית המשפט נדרש לטעון עבורם, בבחינת 'את פתח לו'.

אחרית דבר

78. בצדק קבע בית המשפט המחוזי, כי הטרדותיו של רותם באמצעות מתקן בזק - חוצים את הרף הפלילי (פסקה 59 לפסק דינו החלקי של השופט גונטובניק). אין מדובר אפוא ב'זוטי דברים'. כמו כן, צדקו דבריו של השופט גונטובניק, כי נסיבות המקרה דנא, אינן עומדות בתנאים המצטברים שנקבעו בהלכת כתב: "די אם נאמר כי לא בוסס שההרשעה צפויה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום המערער. המערער לא הציג בפנינו נתונים בעניין זה; שיקול השיקום לא עמד כלל על הפרק. בנוסף, המערער עצמו ציין שלמרבה הצער המרשם הפלילי בעניינו בעת הזו הוא ענף מאוד... בהתאם להלכה הנוהגת אין זה המקרה שניתן לחייב את המשיבה להסתפק בסיום ההליכים ללא הרשעה, ככל שאינה מעוניינת בכך" (פסקה 6, לפסק הדין המשלים). לא נותרה אפוא ברירה אלא להרשיע את רותם באותן עבירות.

79. אשר על כן, אציע לחברי, כי נוסף על העבירות שבהן הורשע רותם בבית המשפט המחוזי, הוא יורשע גם ב-20 עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק. בהתאם, יוטל עליו עונש של חודשיים מאסר על-תנאי; התנאי הוא שלא יעבור עבירה של הטרדה באמצעות מתקן בזק לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, במשך 3 שנים מהיום. שאר רכיבי גזר הדין יעמדו בתוקפם.

הערה

80. קראתי את דברי חברי, השופט אלרון. דומני, כי המחלוקת בינינו מצומצמת למדי. המצבים השונים שמפניהם חושש חברי - רדיפה, דיכוי והתעמרות מצד הרשויות וכיוצא באלו מצבים - זוכים כולם להגנה רחבה ומקיפה, במסגרת כלי הביקורת השיפוטית שניתנו בידי הערכאה הדיונית. כמפורט לעיל, הסמכויות והכלים הללו מגוונים, ומספקים מענה לקשת רחבה של פגמים שיכולים להתעורר בשלבים שונים של ההליך הפלילי. על רקע שפע הכלים הללו, אין הצדקה ולא צורך 'להעמיס' על ההליך הפלילי עילה נוספת, עמומה, מקום שבו "החלטת רשויות התביעה והאכיפה להעמיד אדם לדין נסמכת על תשתית עובדתית רעועה, וככל שניתן לקבוע כי לא נבחנה באופן מספק השאלה 'אם נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין'" (פסקה 4 לחוות דעתו של חברי). בחינת התשתית העובדתית - מקומה במסגרת

ההליך הפלילי גופו; בחינה עצמאית של השיקולים שהנחו את התביעה בהחלטתה, המשקל היחסי שניתן לכל אחד מהם - חורגת אל מעבר לכלים הרבים והמגוונים שנתן המחוקק בידי הערכאה הדיונית, הכל - כמפורט בהרחבה לעיל.

81. אף אם לעתיד לבוא, יכול וייקרו בדרכנו מצבים חריגים אשר לא שערום ראשונים, פגמים אשר הכלים והעילות שברשותנו אינם מספיקים לצורך מתן מענה לגביהם, חרף זאת, סבורני, כי אינם כדאיים אותם מקרים חריגים שתיכון בעבורם עילה כוללת ועמומה. יפים לעניין זה דברי השופט (כתוארו אז) מ' אלון: "בתורת המשפט, המיועדת לחיי המעשה, אין זה מן הרצוי לקבוע עקרונות וכללים, שיש בהם כדי לכלול ולכסות אפשרות רחוקה ובלתי מציאותית, שהרי מתוך ראייה זו למרחק עשויים אנו לבוא לכלל סכנה של פגימה בחיי המשפט הקרובים והיום-יומיים. כך הוא לעניין ניסוח נורמה בדרך החקיקה, ובמיוחד כך הוא בקביעת עיקרון באמצעות הפסיקה" (בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 245 (1987)).

## שׁוֹפֵט

השופט א' שטיין:

1. הנני מצרף את דעתי לפסק דינו המקיף והמאלף של חברי, השופט נ' סולברג. כפי שהובהר על ידי חברי, סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ה"ח"פ), מונה טענות מקדמיות שהנאשם זכאי להעלות נגד העמדתו לדין פלילי. כחלק מאותן טענות, רשאי הנאשם להלין על כך שהגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי בעניינו "עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". טענות כאמור נסמכות על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר מעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחסד"פ. כפי שמציין חברי, משפטנו אכן איננו מכיר בסמכותם של בתי משפט השלום והמחוזיים לקיים ביקורת שיפוטית על הגשות כתבי-אישום על בסיס כללי המשפט המינהלי שלא הוטמעו בדוקטרינת ההגנה מן הצדק. במסגרתה של דוקטרינה זו, כדברי חברי, "אין [גם] להרהר אחר סבירות שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב האישום" - דבר שממילא לא ניתן לעשותו באופן מושכל מבלי לשמוע ומבלי לנתח את מכלול הראיות: אלו שעל בסיסן הוחלט להעמיד את הנאשם לדין, ואלו שמדברות בזכותו. באשר לשערי בג"ץ, כמותווה בהלכות אשר צוטטו על ידי חברי, אלה צריכים להישאר פתוחים בפני עתירות שבאות לתקוף את הגשתם של כתבי אישום - זאת, תוך הגבלת האפשרות לדון בעתירות כאלה למקרים קיצוניים בלבד ובאין סעד חלופי אפקטיבי.

2. לצד הסכמתי עם פסק דינו של חברי, השופט סולברג, ברצוני להעיר הערות אחדות על "עיקרון השיוריות" שבית משפט קמא ראה לאמצו, ברוב דעות. עיקרון זה, כפי שאומץ והופעל על ידי בית משפט קמא (להלן: השיוריות), קובע כי העמדתו של נאשם לדין פלילי תהא מוצדקת ותצלח ביקורת שיפוטית רק כאמצעי אכיפה שאין לו תחליף לבר-עונשי. יחד עם ניסיונות אחרים להוסיף למשפטנו כללים חדשים שלא בדרך חקיקה, החלטתו זו של בית משפט קמא הביאתני לחשוב כי טוב אעשה אם אציע, מצדי שלי, עיקרון מסדר שני, אשר ראוי שיעמוד לנגד עיני המחדשים וידיכם. בעולם הפילוסופיה, עיקרון זה מכונה בשם "צניעות אפיסטמית" (epistemic modesty) וגם אני אכנהו כך (בעניינו של עיקרון זה, ראו: Farid Masrouf, In Defense of Epistemic Modesty, 21 PHILOSOPHICAL ISSUES 312).

Nicholas Laskowski, Epistemic Modesty in Ethics, 175 PHILOSOPHICAL STUDIES 1577 (2018); וכן (2011) 321-329). לפי עיקרון זה כפשוטו, אדם לעולם חייב להטיל ספק בדעה אותה הוא גיבש בתנאים של חוסר ודאות: עליו להניח, לחובת עצמו, כי ייתכן שדעתו איננה נכונה. חובה אפיסטמית זו חלה ביתר שאת על מי שבידו הכוח לחולל, על בסיס דעתו שלו, שינויים משמעותיים אשר משפיעים על אנשים אחרים. כפועל יוצא מכך, בעל הדעה חייב להניח כי ייתכן שדעה אחרת השונה משלו - אשר גובשה על בסיס נתונים הזיהים לאלו שבידו, אם לא מדוייקים מהם, על ידי אדם אחר שגם הוא מבקש להגיע לחקר האמת - היא הדעה הנכונה (ראו Alex Stein, Law and the Epistemology of Disagreements, 96 WASH. U. L. REV. 51, 54-66 (2018)). במסגרת זו, על בעל הדעה להעמיד את ניסיונו שלו ואת נגישותו למידע הרלבנטי אל מול אלו של אנשים אחרים; וחובה עליו להתחשב גם בניסיון החיים הכללי אשר הצטבר בחברה שבה הוא חי. עיקרון הצניעות האפיסטמית מסביר מספר רב של כללי משפט, שהיו עמנו מקדמת דנא ואותם לא נמהר לבטל או לשנות. עם כללים אלו נמנים העיקרון של הפרדת רשויות, שבין היתר מבכר את דעת המחוקק על פני אלו של בתי המשפט בקביעת הסדרים חברתיים ראשוניים (ראו בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים (31.8.2017) בפסקה כ"ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין והאסמכתאות הנזכרות שם; וכן פסקאות 2-4 לפסק דיני בבג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך (7.8.2019)); העיקרון של חופש החוזה, שמכוחו מצווים בתי המשפט להימנע מליצור התחייבויות ותנאים חוזיים עבור בעלי החוזה שלא הסכימו להם (ראו ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל (20.11.19); וכן דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (19.4.2020), פסקה 17 להחלטת הנשיאה א' חיות); הדרישה לזכות העמידה בבג"ץ, שאינה מאפשרת לעותר ציבורי לתפוס את מקומו של בעל הזכות האישית אשר מטעמים השמורים עמו - שאותם נכבד - מצא לנכון שלא לעתור (ראו בג"ץ 4244/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים (12.4.2018), פסקאות 4-5 לפסק דינו של השופט סולברג); ועוד כהנה וכהנה כללים.

3. עם כללים אלה נמנה גם העיקרון היסודי אשר נותן לשיקול דעתה של פרקליטות המדינה בענייני העמדת נאשמים לדין פלילי עדיפות כמעט מוחלטת על פני שיקול דעתם של בתי המשפט (כמוסבר בפסק דינו של חברי, השופט סולברג). לנוכח עיקרון זה, לצד העובדה שהשירות מעולם לא קיבלה עיגון פורמלי במשפטנו - ואף לא זכתה למעמד של כלל משפטי מחייב בשיטות משפט מקבילות, דוגמת אלו של אנגליה ושל ארצות-הברית - חייבים היו שופטי הרוב בערכאה קמא להימנע מאימוצה בדרך של קביעת כלל משפטי יש-מאין במעשה של חקיקה שיפוטית. מטעם זה, ומתוך הסכמה מלאה עם חברי, השופט סולברג, סבורני, כי עלינו להתערב בפסק דינם ולשנותו בהתאם לשורת הדין הקיים, כפי שהוצע על ידיו.

4. למעלה מן הנדרש, אעמיד את הדברים על דיוקם בעניינה של השיירות גופה. עיקרון השיירות, כהגדרתו בספרות המשפטית, קובע כי בהימצא תחליף לבר-עונשי הולם למיצוי הדין באמצעות המשפט הפלילי, עדיף הראשון על האחרון (ראו, למשל: Orin S. Kerr, Criminal Law in Virtual Worlds, 2008 U. CHI. LEGAL F. 415, 417: "Criminal law is a blunt instrument that should be used only as a last resort. The state's power to deny individuals their freedom is an extraordinary power, and it should be reserved for harms that other mechanisms cannot remedy"). עיקרון זה מעלה לדיון שתי שאלות ביחס למעשה פלילי שלגביו מועלית טענת השיירות: (1) כיצד נדע שיש בידינו מנגנון משפטי לבר-עונשי הולם שבכוחו להחזיר את הסדר החברתי על מכונו ולרפא את הפגיעה בזכויות הקורבן ובזכויות החברה אשר נגרמה על ידי מעשיו הפליליים של הנאשם?; וכן (2) מהו המוסד השלטוני שבידו ראוי להפקיד את הסמכות לקבל החלטות בכגון דא?

5. נוכח ריבוי המטרות שהמשפט הפלילי בא להגשים, ובשל מורכבותן של מטרות אלו, המענה לשאלות שהצגתי איננו פשוט כלל העיקר. מעשים פליליים שבגינם מוטלים עונשים ואותות קלון כוללים, ברגיל, הפעלת כפייה ורמייה כלפי קורבנותיהם. ניתוחו הכלכלי של המשפט מסווג מעשים כאמור כ"עוקפי שוק" - זאת, מאחר שמבצעייהם מבכרים כפייה ורמייה על פני חליפין רצוניים ואינם מורתעים על ידי דינים לבר-עונשיים (ראו Richard A. Posner, An Economic Theory of The Criminal Law, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1195-1197 (1985); Alex Stein, Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest-Services Fraud, 75 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 61, 61-70 (2012)). אם כך הוא הדבר, כיצד בדיוק נפעיל את עיקרון השויות כלפי נאשם שהראה לנו במעשיו כי איננו מהסס לספק את מאווייו ברמייה או בכפייה וכי מנגנוני האכיפה הלב-עונשיים לא הצליחו להרתיעו? ואם נרצה להתעלם מכך ונמיר סנקציה פלילית באמצעי אכיפה אחר, מי לידינו יתקע שלא נחליש את ההרתעה הכללית ונסבול ממעשי עבירה שיכולנו למנוע? שאלות אלה אינן קלות עבור המחוקק ומעצבי מדיניותו; והן קשות עד מאד גם עבור פרקליטי המדינה אשר מופקדים על אכיפת הדין הפלילי. עבור בית משפט שמנהל הליך בעניינו של נאשם ספציפי ואיננו רואה את מכלול יחסי הגומלין בין כל אלו שמושפעים מעוצמת האכיפה של הדין הפלילי, שאלות כאמור קשות פי כמה (ראו והשוו: Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, 92 HARV. L. REV. 353 (1978)). מטעמים אלו, אינני רואה סיבה לאמץ את עיקרון השויות ככלל משפטי מחייב, להבדיל משיקול אחד מני רבים שעל התביעה להעמיד לנגד עיניה בבואה להחליט על הגשת כתבי אישום.

6. זאת ועוד: ענישה פלילית היא אקט שלטוני אשר נועד, בין היתר, לכוון מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידי העבריין ולשקם את ערכו של הנפגע מן העבירה כאדם, לאחר שהעבריין שלל ערך זה ממנו, או הפחיתו, על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא יעשה אם העבריין לא יבוא על עונשו ואם עונש זה לא יהא שקול כנגד מה שעולל לקורבנו (ראו Jean Hampton, The Retributive Idea, in Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, FORGIVENESS AND MERCY 111, 131 (1988); וכן ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל (11.11.2018), פסקאות 19-20). בין זכותו של קורבן העבירה לתיקון לבין עיקרון השויות קיים אפוא מתח שקשה להפיגו. מורכבות זו, אף היא מטילה ספק בנכונות הרעיון לאמץ את עיקרון השויות ככלל משפטי מחייב; ובוודאי שאין מקום לקביעתו של כלל כזה בדרך של חקיקה שיפוטית.

7. המורכבות עליה הצבעתי נותנת את אותותיה גם במקרה הספציפי שלפנינו. אני כשלעצמי לא הייתי מוחק במחיד מכתב האישום שהוגש נגד המשיב עשרים (!) עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק, גם אילו הוסמכתי לכך על ידי עיקרון השויות. בעניין זה, הנני תמים דעים עם שופטת המיעוט בערכאה קמא, א' קלמן-ברום.

שׁוֹפֵט

השופט י' אלרון:

1. אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי השופטים נ' סולברג וא' שטיין, אם כי מטעמים שונים.

המחלוקת העיקרית ביני לבין חברי היא באשר לשאלה אם ניתן לבחון את סבירות החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

לדידי, לא זו בלבד שכחלק מבחינת קיומה של הגנה מן הצדק ניתן לבחון אם ההחלטה להעמיד לדין את הנאשם לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אלא שבמקרים רבים ההצדקה לשימוש בעילת הסבירות כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק בדין הפלילי רבה יותר מאשר במשפט המינהלי.

זאת, מאחר שדווקא בהליך הפלילי זקוק הנאשם להגנה רחבה מפני התנהלות פגומה מצד הרשויות, ושמו ועתידו תלויים על בלימה.

עמדתי נסמכת על שני אדנים: ראשית, פסיקותיו של בית משפט זה אשר הכירו זה מכבר באפשרות להידרש לעילת הסבירות כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק בדין הפלילי; ושנית, תכליתה של ההגנה מן הצדק, כפי שבאה לידי ביטוי אף בנוסחו הרחב של 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), בגדרו עיגן המחוקק את דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לאפשר ביקורת השיפוטית על פעולות רשויות האכיפה לצורך הגנה על הנאשם - המצוי בעמדת נחיתות ברורה ביחס לרשויות ועצם ההחלטה על העמדתו לדין טומנת בחובה פגיעה בזכויותיו.

הפסיקה הקיימת: הכרה בעילת הסבירות כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק

2. חברי השופט סולברג דן בהרחבה על התפתחותה של הגנה מן הצדק בשיטת המשפט הישראלית, ולא אשוב על דבריו.

אולם, ראוי להדגיש כי בית משפט זה קבע לא אחת שבמקרים אשר בהם החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות קיצוני, ניתן יהיה לבטל את כתב האישום כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

כך, בעניין בורוביץ נקבע לפני למעלה מעשור כי:

"דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממיתחם הסבירות. ... במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, נט(6) 776, 808 (2005)). ראו גם למשל בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (6.2.2006)).

בחלוף שנים ספורות שב בית משפט זה וקבע במסגרת דיון בטענה לקיומה של הגנה מן הצדק לנאשם כי:

"החלטתה של הפרקליטות, כרשות מינהלית, להעמיד אדם לדין אינה יכולה להיעשות בשרירות הלב, ועליה לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד" (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (4.8.2008); ההדגשה הוספה - י' א').

עמדה זו הובעה באופן מפורש וברור יותר בהמשך, כאשר בית משפט זה קבע בעניין פרץ כי כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק "תיבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, והשאלה אם נפל פגם במעשיה, בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי", לרבות סבירות ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקאות 29-31 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013)).

בסמוך לאחר מכן, הוזכר בעניין אחר כי "לנאשם עומדת האפשרות להעלות טענת ההגנה מן הצדק ולתקוף במסגרתה את תקינות או סבירות ההחלטה על ההעמדה לדין" (בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל (31.12.2013); ההדגשה הוספה - י' א').

כמו כן, ברע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל (21.10.2018) הודגש כי במקרים שבהם העמדתו לדין של אדם לוקה בחוסר סבירות קיצוני, עשויה לחול הגנה מן הצדק:

"[אין לשלול את האפשרות - י' א'] כי במקרים מסוימים העמדתו לדין של אדם בגין הפרת תנאי שחרורו, ביחד עם החמרת תנאי השחרור, או מעצרו מאחורי סורג ובריח, תעשה מתוך שיקול דעת מוטעה, הלוקה בחוסר סבירות קיצוני, באופן שיש בו כדי להביא להחלתו של עקרון ההגנה מן הצדק, או כדי להביא לפגיעה בעקרונות יסוד, המצדיקים ביקורת שיפוטית וביטול ההחלטה" (שם, בפסקה 63).

לבסוף, בעניין ורדי הובעה עמדה דומה, אף שצוין כי "אמת המידה של סבירות הנהוגה במשפט המינהלי, איננה אבן הבוחן העיקרית" בבחינת קיומה של הגנה מן הצדק (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקה 98 לפסק דינו המקיף של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי)).

נמצאנו למדים כי בית משפט זה הכיר לא אחת באפשרות להידרש לסבירות החלטת הרשות להעמיד את הנאשם לדין כחלק מבחינת קיומה של הגנה מן הצדק.

כפי שארחיב כעת, אני סבור כי גישה זו ראויה ואין לסטות ממנה.

תכליתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק ונחיצותה של עילת הסבירות

3. ההגנה מן הצדק נועדה להבטיח את תקינות ההליך הפלילי, תוך הגנה ממשית על הנאשם במקרים שבהם

"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", כלשון סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

היא משתרעת על מגוון רחב של סוגי מקרים שבהם ניתן להצביע על פגם כה חריף וחמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה, עד שראוי לבטל את הגשת כתב האישום שהוגש נגד הנאשם, או לכל הפחות, להקל בעונשו. מטבע הדברים מקרים אלו חריגים במיוחד, ועל כן ההגנה מן הצדק לא תחול באופן תדיר.

קריאה פשוטה של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי מלמדת בבירור כי הוא מורה על כך שבית המשפט מוסמך לבקר את תהליך הגשת כתב האישום; וכי הוא אינו מוגבל להגנה על הזכות להליך הוגן - אלא מגן על הנאשם מפני סוגים שונים של פעולות הסותרות באופן מהותי וממשי את עקרונות הצדק וההגינות גם יחד.

ההשקפה שלפיה סעיף זה אינו מבקש להגן על זכותו של נאשם להליך הוגן בלבד, אלא להבטיח כי ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין ואופן ניהול ההליך הפלילי אינם סותרים את עקרונות הצדק וההגינות במובנם הרחב יותר, הובהרה גם בדברי ההסבר להצעת החוק בו נחקק הסעיף:

"טענת ההגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט לבטל אישום משום שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או משום שיש בניהול ההליך הפלילי פגיעה בחוש הצדק וההגינות" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח 138 (ההדגשה הוספה - י' א')).

גישה זו אף באה לידי ביטוי בהכרה העקרונית בכך שמעורבותן של הרשויות במעשה העבירה שבעטיו הועמד הנאשם לדין עשויה, במקרים חריגים במיוחד, להביא להגנה מן הצדק (ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 115-116 (21.10.2007)); בהחלט הדוקטרינה במקרים שבהם יש בהעמדתו לדין של הנאשם משום "רדיפה, דיכוי והתעמרות" בו (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353, 371 (1996); וכן בקביעה שלפיה אכיפה בררנית עשויה להקים הגנה מן הצדק אף אם לא התלוותה לה כוונת זדון מצד הרשות (עניין ורדי, בפסקה 98 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר).

במקרים אלו, ההגנה מן הצדק מאפשרת נקודת מבט רחבה על התנהלות הרשויות למין הרגע שקדם לביצוע העבירה, עובר להגשת כתב האישום, וכלה באופן ניהול ההליך הפלילי (ראו גם ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 74 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר)). החלטה דורשת בחינה מקיפה של התנהלות הרשויות, ומעניקה לנאשם סעד במקרים שבהם פגעו הרשויות באופן מהותי בעקרונות ההגינות והצדק המשפטיים.

4. בהתאם לכך, לא מן הנמנע כי במקרים שבהם פועלות הרשויות בחוסר סבירות קיצוני וחריף, יהיה בכך כדי לעמוד "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי).



בפרט, ככל שהחלטת רשויות התביעה והאכיפה להעמיד אדם לדין נסמכת על תשתית עובדתית רעועה, וככל שניתן לקבוע כי לא נבחנה באופן מספק השאלה אם "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין" (סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי), כך יחמיר חוסר הסבירות בהחלטה להעמיד את אותו אדם לדין. במקרים קיצוניים במיוחד אף יתעורר חשש כי ההחלטה להעמיד את אותו אדם לדין יש בה משום "רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353, 371 (1996)). החלטה מעין זו לוקה כמובן בחוסר סבירות קיצוני, אשר עשוי במקרים חריגים להצדיק את ביטול כתב האישום.

במקרים חריגים אלו, עצם ניהול ההליך הפלילי והימשכותו עלולים להסב לנאשם פגיעה קשה בשמו הטוב, ולעיתים אף להותירו במעצר מאחורי סורג ובריח - כאשר מלכתחילה לא היה מקום להעמידו לדין. קשה להלום כי דווקא במקרים אלו לא יעמדו בפני בית המשפט כלים מתאימים להגן על זכויות הנאשם.

5. יודגש, כי אין משמעות הדבר כי בית המשפט הפלילי מחליף את שיקול דעתן של הרשויות בשיקול דעתו שלו.

קביעה כי החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות כה קיצוני מצדיק את ביטול האישום ותקבל במקרים חריגים וקיצוניים, שבהם ההחלטה עומדת בסתירה מהותית לעקרונות ההגיונות והצדק.

מטבע הדברים, מקרים אלו חריגים במיוחד, ולרשויות התביעה שיקול דעת רחב בהחלטתן אם להעמיד אדם לדין.

שיקול דעת רחב זה נובע ממספר שיקולים, ובכלל זה: העובדה כי רשויות התביעה הן שצריכות להקצות את משאביהן לאכיפת הדין הפלילי; להן ניסיון בביצוע הליכי חקירה ובבחינת השיקולים הרלוונטיים להעמדת אדם לדין; ובידיהן הנתונים הרלוונטיים להחלטה אם נסיבות מקרה שלפניהן מצדיקות את העמדתו לדין של החשוד.

על כן, במקרים שבהם רשויות התביעה בחנו את נסיבות המקרה תוך ששקלו את האפשרות לנקוט בהליכים חלופיים להליך הפלילי - ולבסוף החליטו באופן מנומק להעמיד אדם לדין, לא בנקל ייקבע כי ההחלטה להעמידו לדין לוקה בחוסר סבירות המקיים לזכותו הגנה מן הצדק.

6. בהקשר זה יובהר כי אף אם יש מקום לצמצם את מקומה של עילת הסבירות במשפט הישראלי, כפי שרמז חברי השופט סולברג, איני סבור כי יש להזדרז ולעשות זאת דווקא תוך ביטול עילת הסבירות בבחינת ההחלטה אם להעמיד אדם לדין פלילי.

בחוות דעתו של חברי שזורה העמדה שלפיה בתי המשפט הפריזו בשימוש בעילת הסבירות המהותית במשפט המינהלי, באופן שהביא להתערבות לא ראויה מצד בתי המשפט בשיקול דעתן של הרשויות המינהליות. על כן לדידו, יש להימנע משימוש בעילת הסבירות במשפט הפלילי, מחשש כי בית המשפט ייפך להיות "גם התובע, גם השופט, וגם גוזר הדין" (פסקה 50 לחוות דעתו. ראו למשל גם בפסקה 37).

אף לטעמי, שימוש נרחב בעילת הסבירות עלול לעורר קושי משמעותי ולייצר רושם שלפיו בית המשפט שם עצמו בנעלי הרשויות המינהליות - ומכך כמובן יש להימנע. הדברים אמורים ביתר שאת בעניינים אשר בלב תחום מומחיותה של הרשות המינהלית; וכאשר החלטת הרשות נוגעת למדיניות רוחבית אותה היא מבקשת ליישם. באותם עניינים בית המשפט מצוי בעמדת נחיתות ביחס לרשות המינהלית, ואל לו להתיימר לשקול את שיקוליה במקומה. על כן, מתחייבת זהירות רבה בבחינת סבירות החלטת הרשות המינהלית שמא בית המשפט יחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו הוא. זהירות זו אף מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות שבין הרשות המבצעת לרשות השופטת, אשר מכוחו מתחייבת עצמאותה של הרשות המבצעת בהפעלת שיקוליה.

את השימוש בעילת הסבירות להתערבות בשיקול דעת הרשות המינהלית יש להותיר כמוצא אחרון, ואף זאת במקרים שבהם הרשות פועלת בחוסר סבירות קיצוני - ובמיוחד כאשר מונחות על הכף זכויות אדם העלולות להיפגע כתוצאה מפעולת הרשות (ראו בעניין זה גם את דברי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בבג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 524 (2007)).

אולם, אף אם יש לצמצם את היקף השימוש בעילת הסבירות, דומה כי היא עשויה להיות נחוצה במיוחד דווקא בהליך הפלילי - ובכלל זה, כחלק מבחינת ההחלטה להעמיד אדם לדין. זאת, הן בשל העובדה כי במסגרת ההליך הפלילי זכויותיו של הנאשם נפגעות מעצם ניהול ההליך, והן לאור תפקידו הייחודי ממילא של בית המשפט בהליך הפלילי.

7. החלטה להעמיד אדם לדין כרוכה בפגיעה בזכויותיו. היא מביאה לפגיעה בשמו הטוב, גוררת עלויות משפטיות משמעותיות, ועלולה להקשות על תפקודו הרגיל. במקרים רבים, העמדתו לדין תלווה במעצרו עד תום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו, באופן שיתירו מאחורי סורג ובריח עד להכרעה בעניינו, אף אם יזוכה לבסוף.

מטבע הדברים, מצוי הנאשם בנחיתות משמעותית מול רשויות התביעה, אשר עלולה להקשות עליו להגן על זכויותיו. פערי כוחות אלה, לצד החשש מפגיעה בזכויותיו של הנאשם שלא לצורך, הם שעמדו בין היתר בבסיס ההצעה לעיגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי - והם שמחייבים כי דווקא במסגרת ההליך הפלילי, יעמדו במקרים המתאימים בפני בית המשפט כלים מגוונים להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות (ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 3 (8.5.2007); זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי-סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיוד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231 (2009)).

כחלק מכך, אני סבור כי יש לאפשר לבית המשפט לבחון אם החלטת רשות התביעה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף, באופן הפוגע בעקרונות הצדק וההגינות - ולעיתים אף בזכויותיו הבסיסיות ביותר - שלא לצורך.

ביטול עילת הסבירות דווקא בנוגע להחלטה אם להעמיד נאשם לדין עלולה להותירו ללא סעד של ממש למול התנהלות חמורה ובלתי סבירה באופן קיצוני של הרשות - שהרי יכולתו לפנות לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק מוגבלת, מאחר שמתנהל במקביל ההליך הפלילי בעניינו.

חבריי ערים לפגיעה הקשה הכרוכה בהליך הפלילי ולפערי הכוחות בין הנאשם לבין רשויות האכיפה והתביעה, אך סבורים שהדרך להתמודד עמה היא בתום ההליך בלבד. זאת, אף שבית המשפט סבור כי ההחלטה להעמידו לדין לוקה בחוסר סבירות קיצוני וחרירי; ואף שאילו נטענה הטענה בראשית ההליך, יכול היה בית המשפט לקבוע כבר בשלב מקדמי זה כי הפגם שבהעמדת הנאשם לדין מצדיק הימנעות מהרשעתו בפלילים.

לדידי, אין להשלים עם האפשרות לקיומה של פגיעה כה חריפה בזכויות ללא יכולת של ממש להשיג על כך לאורך תקופה משמעותית.

8. זאת ועוד, מאפייניו הייחודיים של בית המשפט הדין בפלילים ביחס לבתי המשפט הדנים בסבירות מעשה המנהל כחלק מההליך המינהלי, מקהים במידה רבה מעוקצה של הביקורת על השימוש בעילת הסבירות כאשר נבחנת כחלק מיישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק בהליך הפלילי, וממחישים את נחיצות עילת הסבירות דווקא כחלק מדוקטרינה זו.

שופטי הערכאות הדיוניות אינם נטע זר בהליך הפלילי, אלא חלק אינטגרלי ממנו. הם מעורבים בהליך הפלילי לכל אורכו, מפקחים עליו, ובסופו של דבר קובעים את התוצאה המשפטית הראויה. במקרים שבהם ההליך הפלילי מסב לנאשם פגיעה שלא לצורך, מוטלת עליהם החובה לצמצם זאת. כך בכל הנוגע לניהול ההליך הפלילי בקצב מספק אשר ימנע את התארכותו שלא לצורך (ראו למשל ע"פ 7238/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (18.3.2020); בש"פ 3877/18 מדינת ישראל נ' אבו כאטר, פסקה 22 (18.5.2018)); וכך כאשר עצם קיום ההליך מיותר, וניתן לסיימו בשלב מוקדם בהתקיים העילות המקדמיות הקבועות בחוק סדר הדין הפלילי.

מטבע הדברים לשופטים העוסקים תדיר בתיקים פליליים התמחות משמעותית בהליך הפלילי, ולהם נקודת מבט ייחודית על ההליך, המשקיפה כממקוף הציפור על התנהלות רשויות האכיפה והתביעה במגוון רחב של מקרים. השקפה רחבה זו על האופן בו רשויות התביעה והאכיפה פועלות אף מאפשרת לבית המשפט להשוות בין הפעולות אשר ננקטות כלפי נאשמים שונים בהליכים שונים.

9. הנה כי כן, קיימים כמה הבדלים מהותיים בין ההליך המינהלי להליך הפלילי המקרינים על היקף הביקורת השיפוטית הנחוצה על החלטות רשויות המינהל:

בעוד שבהליך המינהלי בית המשפט נדרש להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות שאינן כרוכות בהכרח בפגיעה בזכויות יסוד, החלטות הרשויות בהליך הפלילי כרוכות מיניה וביה בפגיעה בזכויותיו הבסיסיות ביותר של הנאשם;

בעוד שבהליך המינהלי תפקידו של בית המשפט לבחון את פעולות רשויות המנהל לאחר שהסתיים תהליך קבלת ההחלטות, בהליך הפלילי בתי המשפט שותפים להליך באופנים שונים כבר מראשיתו;

בעוד שבהליך המינהלי בית המשפט לעיתים נעדר מומחיות בתחום העניין שבו התקבלה ההחלטה המינהלית, ההליך הפלילי עוסק בלב תחום מומחיותו של בית המשפט;

ולבסוף, בעוד שבהליך המינהלי בית המשפט עלול להתקשות לעיתים לבחון את השלכות הרוחב של החלטה מסוימת בתיק המובא בפניו על התחום המינהלי עליו אמונה הרשות, בהליך הפלילי לעיתים יש לבית המשפט יכולת ייחודית להבחין בתמונה הרחבה המתגבשת מפעולות שננקטות בפועל על ידי רשויות התביעה והאכיפה בכל מקרה ומקרה שמובא בפניו.

הבדלים אלו תומכים בהותרת פתח לשימוש בעילת הסבירות דווקא בהליך הפלילי - אף אם ביתר תחומי המשפט המינהלי יש להצר את השימוש בה.

10. על כל זאת יש להוסיף כי לדידי, אין חשש של ממש כי שימוש בעילת הסבירות כחלק מבחינת קיומה של הגנה מן הצדק לזכות הנאשם עלול להפוך את בית המשפט גם לתובע.

עניינה של ההגנה מן הצדק בהגנה על הנאשם מפני התנהלות לא תקינה של התובע. היא אינה מאפשרת לבית המשפט לבחון את סבירות החלטת התובע שלא להעמיד אדם לדין - אלא מאפשרת לו אך ורק לבטל במקרים קיצוניים את החלטת התובע להעמיד אדם לדין במקרה הנקודתי שבפניו ולאור נסיבותיו הייחודיות, על מנת לממש את עקרונות הצדק וההגינות. ממילא, אם ימצא בית המשפט הדין בפלילים כי ההחלטה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף, לא יהיה בכך כדי להשליך באופן משמעותי על מקרים אחרים שנסיבותיהם שונות.

הכפפת בחינת סבירות ההחלטה להעמיד אדם לדין כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק לנסיבותיו הייחודיות של המקרה שבפני בית המשפט, הגבלתה אך ורק לשאלה אם החלטה שכן להעמידו לדין סותרת את עקרונות הצדק (להבדיל מהשאלה אם יש להעמיד לדין אחרים שלא הועמדו לדין, אשר נבחנת בבג"ץ), מצמצמת במידה משמעותית את החשש להתערבות גסה מצד בית המשפט בשיקול דעת התביעה.

11. לצד החשש העקרוני מיישום נרחב של עילת הסבירות בדין הפלילי, חברי השופט סולברג מצא קושי משמעותי באופן שבו בחינת סבירות החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין את הנאשם תשתלב בהליך הפלילי. לשיטתו, על טענות מקדמיות כגון הגנה מן הצדק להתברר בראשית ההליך בלבד. מאחר שטענות נגד סבירות ההחלטה דורשות לעיתים בירור עובדתי מקיף, סבור חברי כי אין מקום לדיון בעילת הסבירות בשלב הטענות המקדמיות.

אלא שנדמה כי הדין אינו נוקשה כפי שגורס חברי. סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי קובע:

"נטענה טענה מקדמית, ... בית המשפט יחליט בטענה לאלתר, זולת אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט".

סעיף 151 לחוק זה מוסיף וקובע שככלל:

"לא טען הנאשם טענה מקדמית בשלב זה, אין בכך כדי למנעו מלטעון אותה בשלב אחר של המשפט".

נמצאנו למדים כי אומנם ראוי שטענות מקדמיות יתבררו מוקדם ככל הניתן; אולם ככלל רשאי הנאשם להעלות טענות מקדמיות בכל שלב (ראו למשל ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (1.2.2010)), ובית המשפט מוסמך לדון בהן בשלבים מאוחרים בהליך. משכך, אין בעצם העובדה שהגנה מן הצדק היא טענה מקדמית כדי למנוע מבית המשפט לדון בה בשלב מאוחר בהליך, לאחר שתיפרס בפניו תשתית עובדתית מתאימה (ראו למשל ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 155 (20.2.2014)); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 478 (מהדורה שנייה, 2009). ראו גם עניין גוטסדינר, בפסקה 74 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

אומנם, כפי שציין חברי ייתכן כי כחלק מטענת הגנה מן הצדק מחמת חוסר סבירות ההחלטה להעמידו לדין, יאלץ הנאשם לחשוף בפני בית המשפט תשתית עובדתית אשר באופן רגיל לא הייתה מועלית באותו שלב בהליך (יוער כי חשש דומה קיים גם בהקשר לעילות מקדמיות אחרות, כגון טענות לפי סעיפים 149(5) ו-149(6) לחוק סדר הדין הפלילי).

אולם, ההחלטה להעלות טענת הגנה מן הצדק נתונה לשיקול דעתו של הנאשם, ואין למנוע ממנו לעשות כן מטעם זה בלבד - שהרי כידוע, "אין חקר לתבונת סניגור מוכשר" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד 433, 429 (1950)), ואל לנו לקבוע מראש כי טוב יהיה לו לנאשם אם טענותיו לא יישמעו מלכתחילה.

12. לסיום אעיר כי אף חברי השופט סולברג מתקשה להימנע לחלוטין מבחינת סבירות החלטת רשויות התביעה והאכיפה לנקוט בהליכים נגד נאשם.

כעולה מחוות דעתו, חברי סבור שכחלק מיישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק יש לבחון בין היתר אם רשויות האכיפה והתביעה "התרשלו" (פסקה 35 לחוות דעתו). ואולם, על מנת לקבוע כי רשויות התביעה התרשלו יש לבחון אם הן פעלו כפי שהיה על "רשות סבירה" לפעול (לדיון באשר ליחס בין עילת הסבירות המהותית בדין המינהלי לבין אמת המידה של רשלנות בדין האזרחי ראו למשל רע"א 2063/16 גליק נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (19.1.2017), וההפניות המופיעות שם).

13. סיכומו של דבר, דעתי היא כי אין לשלול את האפשרות שבמקרים שבהם ההחלטה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף עד שיש בו כדי לעמוד בסתירה מהותית עם עקרונות הצדק וההגינות, ייקבע כי מתקיימת לזכות הנאשם הגנה מן הצדק, אשר מכוחה אף ייתכן כי יבוטל כתב האישום או חלק ממנו.

קביעה מעין זו תתקבל כמובן אך ורק במקרים חריגים וקיצוניים, ואף זאת "רק כאשר מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר" (עניין אמונה, בעמ' 524. ראו כדוגמה את חוות דעתי ברע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.2020)), ודווקא כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק המאזנת בין הפגם שבהתנהגות רשויות התביעה והאכיפה לבין האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין. זאת, להבדיל מבחינת סבירות ההחלטה לפי דוקטרינת הסבירות המינהלית, אשר "ספק ... אם היא מתאימה להכללת מלוא השיקולים הרלבנטיים להליך הפלילי, ואם די בה כדי לאזן כראוי בין האינטרסים והערכים שבמוקד (עניין ורדי, בפסקה 97 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר. ראו גם שם, בפסקה 3 לפסק דינו של השופט א' שהם).

מן הכלל אל הפרט

14. במקרה דנן, וכפי שהטיבו חבריי להסביר, ההחלטה להעמיד לדין את המשיב אינה לוקה בחוסר סבירות המקיים לזכותו הגנה מן הצדק שבגינה יש לבטל האישומים נגדו.

זאת, הן מפאת היקף מעשיו של המשיב, אשר פנה עשרות פעמים לעובדי רשויות המדינה תוך קללות וגידופים ובטענות למעורבותם בשחיתות; והן מחמת אופן התמודדות רשויות האכיפה עם מעשיו.

בהקשר זה יש להדגיש כי להחלטה להעמיד לדין את המשיב קדמו ניסיונות מספר להניאו ממעשיו הטורדניים, והיא התגבשה רק לאחר ששב והפר צווים שיפוטיים שניתנו בעניינו.

אף בדעת הרוב של בית המשפט המחוזי הודגש כי "פעולותיו של המערער [המשיב - י' א'] לא היו נקודתיות, אלא נמשכו על פני פרק זמן"; כי "ברור היה שבכוונתו להמשיך ולפנות למתלוננים השונים" וכי ידם של רשויות האכיפה לא הייתה "קלה על ההדק".

משאלו הם פני הדברים, ברי כי ההחלטה להעמיד לדין את המשיב אינה בלתי סבירה באופן המצדיק את ביטול האישומים נגדו.

15. אשר על כן, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו חבריי השופטים נ' סולברג וא' שטיין.

שׁוֹפֵט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, י"א באייר התש"ף (5.5.2020).

שׁוֹפֵט                      שׁוֹפֵט                      שׁוֹפֵט

---

שצ O16.docx\_18070520