

# אקטיביזם שיפוטי

משה לנדוי \*

על "אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"צ בחברה הישראלית" מאת רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן<sup>1</sup>

שלושה מלומדים בתורת המשפט הציבורי, הפרופסורים רות גביוון ומרדכי קרמניצר וד"ר יואב דותן חברו לכתיבת ספר זה. לפי תכנית מסגרת שקבעו לעצמם מראש הוטל על דותן לתרום לספר חלק תיאורי-היסטורי על פסיקתו של בג"צ מראשית ימיו כאשר ירשנו אותו ממקורו בימי המנדט הבריטי ועד לחתימת הספר לפני כשנתיים. גביוון וקרמניצר כתבו את שלהם בצורת דו-שיח שאליו רומזת הכותרת שנתנו לספר; גביוון מייצגת את המתנגדים למעמדו הדומיננטי של בית המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, שכבש לעצמו מעמד מעל ליתר רשויות השלטון במדינה, בעוד שקרמניצר מלמד סגוריה על כל הנובע ממעמד זה של שליטה מלאה.

הספר נכתב בעיקרו להשכלתם של מי שאינם בקיאים בצד המקצועי-אקדמי של הנושא. על מטרה זו עונה דותן היטב בתיאורו התמציתי של קורות פסיקתו של בג"צ. פרקים אלה של הספר יכולים לשמש כמדריך נוח לקורות הפסיקה של בג"צ, אך מסתבר שלא תמיד שומר דותן על המקום לכתיבה אובייקטיבית ובלתי ביקורתית שהוקצה לו. למשל, על פסק דין שניתן בעתירתו של עותר ערבי להשוואת שיטת ההקצבות הכספיות לאברכי ישיבה כך שתחול גם על סטודנטים לא-יהודים מעיר דותן דברי ביקורת חריפים אלה: "פסק הדין מותיר בקורא תחושה שבת המשפט היה מוכן לאמץ כל תירוץ שהעלו המשיבים על מנת להכשיר את השרץ של הענקת הקצבות כספיות לאותו חלק באוכלוסייה היהודית שאינו משרת בצבא אך לשלול אותן התמיכות מהמיעוט הערבי"<sup>2</sup>.

וכך גם גביוון וקרמניצר מתעלמים מן התכנית שקבעו לעצמם לפי הודעתם ב"פתח דבר" לספר, שם צמצמו את תוכן הפרקים שבדעתם לחבר לתפקידו של בג"צ בתחום המשפט המנהלי, כלפי רשויות המנהל המבצע, בעוד שבפועל הרחיבו את כתיבתם גם לתחום המשפט החוקתי שבו החלו הנשיא שמגר, וביתר שאת הנשיא ברק בשנות השמונים, להרחיב את שלטונו של בג"צ גם על הרשות המחוקקת, היא הכנסת, תחילה בדרך הביקורות על ההליכים הפנימיים של הכנסת ולאחר מכן, עם מתן פסק הדין בפרשת חוק גל<sup>3</sup> גם על ביקורת תוכנם

\* נשיא בית המשפט העליון (בדימוס).

1 ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (תש"ס) (הוצאת מאגנס, האוניברסיטה העברית).

2 שם, בע' 61, בהתייחסו לבג"צ 200/83 וואחד נ' שר האוצר, פ"ד (לח) 3113.

3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד (מס) 4) 221 (להלן: פרשת חוק גל).

המהותי של החוקים שיצאו מלפני הכנסת. טוב עשו המחברים שפרצו את המסגרת הצרה שקבעו לעצמם. שהרי קו אחיד, עקבי לגמרי, מוביל מן המהפך של שנות השמונים עד למהפכה החוקתית שחוללו שופטי בית המשפט העליון בהשראת שני נשיאיו בשנת 1995, עם מתן אותו פסק דין. זהו קו ישר, של הליכה צעד אחרי צעד, על פיו נבנה מעמדו החדש של בית המשפט, הן בדרך של הריסת המחסומים של ריסון עצמי ושל שפיטות נושא הדיון ש"הבג"צ הישן" (כלשונה של גביוון)<sup>4</sup> הקים, והן על ידי חדירה עמוקה של בית המשפט אל תוכנו של החלטות מנהליות, כשלכסוף הביא קו זה לעליית בית המשפט אל פסגת המערך השלטוני במדינה. לשם כך יצר רוב השופטים בהבל פיו "נורמות" חדשות וכן המציא מילון סמנטי חדש ללשון פסיקתם. בראש המילון הזה שם את מושג "הסבירות" כמבחן שבו התחלטה המנהלית נשוא הדיון חייבת לעמוד כדי שתזכה לאישורו של בית המשפט, ואילו "הבג"צ הישן" פסק על פי עילות ברורות, ובראשן התאמת ההחלטה של הרשות המנהלית לחוק הקיים על פי פרשנות הגיונית של אותו החוק ורוחו. את כלליותו של מושג הסבירות ריכך בית המשפט על ידי הוספת המושג של "מתחם הסבירות", אך עדיין נשארת הגמישות של מבחן הסבירות ושל מילות קוד נוספות שאפשרה לבית המשפט שיקול דעת סובייקטיבי בהשיקפו על עובדות המקרה הנדון. להלן חידש בית המשפט הלכה שיפוטית שאין די בכך שהרשות המנהלית הביאה בחשבון את כל השיקולים הנוגעים לדבר, אלא היה עליה להעדיף את אחד השיקולים הללו הנראה לבית המשפט כמכריע את הכף באיזון השיקולים. ועוד חידש בית המשפט עילות לבחינת תקפותה של ההחלטה המנהלית כגון ההגיונות וההוגנות של ההחלטה, "רציונל" ו"ראויותה" בעיני בית המשפט. ארהיב עונו ואמנה עם חידושים סמנטיים אלה שני מונחים נוספים שנעשו מקובלים בלשון הפסיקה החדשה: מונח "הנורמה" והמושג "דמוקרטי" מבלי לדייק ולומר לנו באיזה זן של דמוקרטיה מדובר. את חוסר הבחירות הנובע מכך מצאתי גם בדבריה של גביוון. כשאני קורא מדי פעם שרעיון מסוים נוגד לדעתה את הדמוקרטיה, אני מניח שהיא מתכוונת באמירה סתמית זו לדמוקרטיה פרלמנטרית המכבדת את שלטון החוק והשמירה על זכויות האזרח, אך היעדר הגדרה מדויקת יותר גורע מבהירות ההנמקה.

המשחק החופשי שבית המשפט נוהג במונחים גמישים כאלה גורם לחוסר בהירות בפסיקתו וכתוצאה ישירה מכך לחוסר יציבות ההלכה הפסוקה. הוסף לזה את יומרתם של השופטים, על פי גרסתו של הנשיא ברק, לעסוק בבעיות כלליות בתחום הפילוסופיה והסוציולוגיה, על מנת למלא תפקיד של מורי הדור לחברה כולה. תפקיד זה נראה לשופטים חשוב יותר מן הפסיקה בסכסוך שהובא לפניהם. תופעה זו עוד גברה כאשר נטל לעצמו בית המשפט את תפקיד הביקורת על חקיקת הכנסת. יש מי שמבקש להרגיע את החששות לעיוות סדרי השלטון הכרוך במגמה זו, בציינו שעד כה ביטל בית המשפט חוק של הכנסת במקרים נדירים בלבד. אך כנגד זה יש להזכיר פסקי דין לא מעטים שבהם כאילו "מזהיר" בית המשפט את הכנסת מראש שבית המשפט עלול להפעיל את סמכותו לביטול חוק חדש אם בית המשפט ימצא שאין החוק ממלא אחר המבחנים הגמישים ב"פסקת ההגבלה"<sup>5</sup>, כגון מבחן

4 לעיל הערה 1, בע' 76.

5 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המידתיות שמשמעותו תתפרש גם היא על פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט. שתי רעות חולות הן המחיר ששיטת הפסיקה הזאת לוקה בהן: ראשית, חוסר היציבות של ההלכה, שכן עותר הפונה לבית המשפט בסמכו על המבחנים הגמישים שעליהם מכריז בג"צ מדי פעם, לא יכול לדעת כיצד יפרש בית המשפט אותם מבחנים בעתירתו. שנית, כאשר מבקש בית המשפט העליון להיחפך לפוסק אחרון בבעיות המפלגות קבוצות שונות בחברה, הוא יורד ממעמדו הניטרלי מעל למחלוקות הפוליטיות וחושף עצמו לביקורת על ידי אותו מגור של החברה שתביעתו להכרה בדעותיו נדחתה על ידי בית המשפט. כך הוא במחלוקת בענייני דת ומדינה וכך הוא בדרישות המיעוט הערבי במדינה ובשטחים שבשליטתה. הסכנה הרובצת לפתחו של בג"צ בשל הרחבת התערבותו במעשיהן של הרשויות האחרות במערך השלטון במדינה היא, כאמור, אבדן הניטרליות שבמקומה באה פוליטיזציה גוברת. אמנם מסביר הנשיא ברק מדי פעם שביט המשפט פוסק על פי שיקולים משפטיים גרידא, וכי אם תוך כדי כך נכנס הוא לתחום הפוליטיקה המייצגת דעות מנוגדות באשר לעיצוב החברה, הרי שהדבר נעשה מתוך הכרח שלא יגונה. לא כן סובר קרמניצר, המסביר שקיים אצלנו מונופולין בענייני דת בידי מגור מוגדר בציבור, ו"אם מצדדים [כמוהו] במעורבות שיפוטית בתחום זה, צריכים להיות מוכנים למחירה הבלתי נמנע – ירידת קרנו של בית המשפט בקרב חוגים דתיים".<sup>6</sup> מי שמחזיק בהשקפה מפליגה כזאת, מוטב לו שילמד מהתערבותו של בית המשפט הפדרלי העליון בווינגטון בתסבוכת שנוצרה שם סביב בחירת נשיא ארצות-הברית. פרופ' דבורקין כתב כי "חמשת השופטים השמרניים הפכו את בית המשפט העליון לבית המשפט האקטיביסטי ביותר".<sup>7</sup> לאחר מכן הוא מסביר שהשופטים שחלקו על דעת הרוב חוששים מן "ההשפעה על בית המשפט עצמו... [ב]של החלטה כה פלגנית", השופט סטיבנס (אחד משופטי המיעוט) אמר כי ההחלטה של הרוב אך תעודד את ההערכה הצינית ביותר של עבודת שופטי המדינה, והשופט בראיאן הוסיף שביט המשפט גרם לעצמו "פצע שיויק לא רק לבית המשפט עצמו, אלא לאומה כולה". דברים אלה הם אזהרה חמורה לכל המטיף אצלנו ליתר ייצוגיות של דעות פוליטיות בתהליך המינוי של שופטי המדינה, או להעמדת גוף פוליטי, כגון בית דין לחוקה, מעל לבית המשפט העליון. גביון מציעה בפרקים שתרמה לספר לחזור לשיטת הריסון העצמי של "הבג"צ הישן". לא ייפלא שבהיותי משתייך אל השופטים ה"נושנים" תמים דעים אני בדרך כלל עם נימוקיה, מה גם שאין היא תומכת בסברה המקובלת למדי בין אקדמאים חדשים הטוענים ש"הבג"צ הישן" היה פוסק על פי מבחנים פורמליים, בעוד שהאסכולה החדשה פוסקת את פסיקתה על פי שיקולים ערכיים. אדרבא, ראשית הפסיקה של בג"צ הניחה את היסוד לעקרונות ערכיים רבים של המשפט המנהלי שלנו, אך מעולם לא נטשה את הקרקע היציבה של החוק הפוזיטיבי, ובהיעדר חוק כזה, מילאה פסיקתו היצירתית "סדקים" שהחוק הקיים השאיר פתוחים. על שני נושאים חשובים נמנעו שלושת המבקרים של הספר מלתת דעתם. ראשית, שלושתם

6 לעיל הערה 1, בע' 239.

7 R. Dworkin "A Badly Flawed Election" 48 *The New-York Review of Books* (11.1.2001) 53 (also available at <http://www.nybooks.com/nyrev/WWWarchdisplay.cgi?20010111053F>), last visited on 21/5/2001

מקבלים את המהפכה החוקתית משנת 1995 כעובדה תקפה על פי הדין הקיים, מבלי להתייחס לרעתם של אנשי מחנה השוללים את הלגיטימיות של מהפך זה כי מדובר עדיין בשאלה פתוחה. שנית, שלושתם מאמצים לעצמם בוויכוחים ביניהם את מונח "הנורמה" השייך גם הוא למילון המונחים העמומים מתוצרת האסכולה של הנשיא ברק, מבלי לשאול את עצמם את השאלה המתבקשת: למה אתה מתכוון בדברך על נורמה? האם להוראה של החוק הפוזיטיבי, או האם מבקש אתה להפוך סברתך לכלל של החוק הפוזיטיבי, או שמא כוונתך למה שלדעתך ראוי או מצוי מטעמים של הגינות או הוגנות? ברור שחוסר הבהירות הזה מוליד חוסר יציבות בפסיקה.

הספר נחתם ביוני 1999 ועל כן אין הוא עוקב אחרי התפתחויות חשובות שחלו מאז ועד היום. דוגמא לכך הוא בג"צ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**. יש מי שטוען שפסק דין זה קובע הלכה כללית שעקרון השוויון בין קבוצות אוכלוסייה שונות מחייב שלא להפלות בין יהודים לערבים בהקצאת אדמות המדינה – ולא היא, שכן פסק דין זה משמש דוגמא מובהקת לחוסר הבהירות ולחוסר היציבות של דרכי הפסיקה של בית המשפט העליון. יש בו אמירות של דבר והיפוכו כמעט בנשימה אחת, חוסר בהירות של החלק האופרטיבי בסוף פסק הדין ואמירה בעלת משמעות, כביכול, שבמתן פסק דין זה עולה בית המשפט על דרך חדשה שבה עליו להתקדם עקב בצד אגודל, הכול מבלי לגלות לנו מה טבעה של הדרך החדשה הזאת.

ועוד: בזמן האחרון, אחרי שנת 1999 ועד היום, ניכרים סימנים לנסיגת בית המשפט העליון מן האקטיביזם החובק־כול שאפיינ את פסיקתו מאז שנות השמונים, שכן מדי פעם משלח כיום בית המשפט מעל פניו עותר המבסס את עתירתו על החידושים הכוללניים בלשון פסיקה קודמת, לאמור: "מה אתה מטריד אותנו בתלונה שאינה מענייננו? לך אל הכנסת או אל אחת הרשויות המנהליות".

לבסוף, יש לומר מילת ביקורת על חוסר האונים של הכנסת המתחמקת זה שנים מחובתה לפזר את הערפל שנוצר מסביב לשאלה האם יש להקנות למדינה חוקה קשיחה דוגמת החוקה הפדרלית של ארצות־הברית, וכיצד תוכרע שאלה חיונית זו מבחינה דינית. שאלה זו לובשת כיום חשיבות יתר, לאחר שהאקטיביזם של בית המשפט העליון הוביל את דיני המערכת השלטונית אל מבוי סתום.

הספר שלפנינו מכיל עושר מחשבתי שעל פרטיו אי־אפשר לעמוד כאן. לגבי דידי עיקר חשיבותו הוא תיאור המבוך שנוצר עקב חוסר הבהירות וחוסר היציבות שבית המשפט יצר בעצם ידיו.

אנו חיים במציאות של שינויים דרסטיים במערכת השלטונית, בשל מתן כוח יתר לממשלה שבלעה אל תוכה חלק ניכר מחברי הכנסת. האם הכנסת שכוחה נחלש עד כדי כך מסוגלת למלא את תפקידה כמחוקקת כדי להעמיד את הדין החוקתי של המדינה על בסיס יציב ונכון? לא אדע תשובה לשאלה חמורה זו.

# מימוש זכויות הפרט וחירויותיו במסגרת סדר הדין הפלילי

מ י כ א ל ק י ר ש \*

על "סדר הדין הפלילי" מאת משה שלגי וצבי כהן<sup>1</sup>

## הקדמה

המחברים המלומדים משה שלגי וצבי כהן זיכו אותנו בשנת 2000, במהדורה שנייה ונרחבת של ספרם "סדר הדין הפלילי", שהתפרסם עוד בשנת 1981 ותרם את תרומתו בשנים שבאו לאחר מכן להעמקת הידע המשפטי של העוסקים בתחום הפלילי. מאז שנת 1981 חלו שינויים רבים בסדר הדין הפלילי, הן בחקיקה והן בהתפתחות הפסיקה בתחום. שינויים אלה קיבלו ביטוי נרחב במסגרת הספר. חיבורם הנוכחי, פרי עבודה דקדקנית ומאומצת, מתפרסם על פני 500 עמודים, לעומת המהדורה הראשונה שכללה 271 עמודים בלבד.

חיבורם כולל עשרים ושלושה פרקים: הפרק הראשון הנו מטוא; הפרק השני עוסק בסמכויות בית המשפט. לאחר מכן מתאר הספר את ההליך הפלילי כפי סדרו הכרונולוגי, החל מההליכים הפרלימנאריים של חקירה, חיפוש ותפיסת ראיות, גביית עדויות, מעצרים, ואחרים; בהמשך עוסק הספר בהליכי העמדה לדין, האישום, שמירת ראיות ועיון בהן; לבסוף, מתמקד החיבור בסוגיות הרלוונטיות לניהול המשפט ולבידוד האשמה, הערעור ואף עוסק בדיון נוסף ובמשפט חוזר.

מדובר בספר המאגד בתוכו את כל הסוגיות המרכזיות המתעוררות במסגרת הדינים השונים הנכללים בתחומי הדיון הפלילי. הספר מציג תפיסה כוללת וערכית בנושא סדר הדין, לצד דיוק ותמצות בתיאור הפסיקה והדין. בכך הוא מספק פתרונות לסוגיות רבות המתעוררות אגב הטיפול בשלבים השונים של הדיון הפלילי.

דרך הכתיבה היא תיאורית וקלה לקריאה ולהבנה. על כן יכול הספר לשמש ללימוד, לעיון ולהדרכה של סטודנטים שטרם עסקו במשפט הפלילי הלכה למעשה, אך בו בעת גם ככלי עזר רב חשיבות לעבודתו של הפרקליט המופיע בבית המשפט, מטעם התביעה, מטעמה של ההגנה או לעבודתו של השופט במשפט הפלילי, שכן, למעשה, הספר הוא מדריך ומשמש כ-"Manual לסדר הדין הפלילי".

\* עורך דין במשרד פרטי, לשעבר פרקליט מחוז ירושלים. גרסה קודמת של הסקירה התפרסמה במשפט 12 (2001).

1 מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (מהדורה שנייה, תשס"א) (הוצאת דין).

ייחודו של הספר הוא במידת התמציתיות בה הוא מביא את סדר הדין ובה בעת, בלי לגרוע כל עיקר ממידת הבהירות בה מתואר הדין. עם זאת, סבור אני כי חסרים בספר דברי ביקורת של המתכתיים המלומדים על הדין הקיים, בין הערותיהם על הכרעות הפסיקה ובין הערותיהם על הוראות החוק, הטעוים להשקפתם שינוי. מאידך, אם היה כולל חיבורם הערות באשר לדין הרצוי, ייתכן שהיה בכך כדי לפגום במידת תמציותו ותכליותו של חיבורם. את עיקר דברי בסקירה זו רצוני לייחד למספר הערות המתייחסות לספר, לדברים שיש בו ולמספר עניינים שאין בו.

### המבוא לספר

בפרק המבוא מציגים המחברים את האינטרסים השונים אותם הדין הפלילי בא לשרת, ואת הצורך להגיע לנוסחה אשר תגשים את מרב האינטרסים האמורים. המתכתיים מעמידים בקטע זה תאוריה שלמה וסדורה לפיה סדר הדין הנו מכשיר לבירור האמת ולעשיית הצדק, ואינו מכשיר לחסימת בירור העובדות. סדר הדין אינו מהווה מטרה בפני עצמה, אלא הוא מהווה מכשיר לחקר האמת. כאשר אינטרס בירור האמת מתנגש עם סדרי הדין, הרי שיש במקרה המתאים להגמיש את סדר הדין, במידה והפעלתו הנוקשה אכן גורמת לאי־צדק. תפיסה זו היא המנחה את סדר הדין הפלילי ואת דיני הראיות. תכליתו העיקרית של סדר הדין הפלילי היא לקבוע את הדרכים והאופנים להבאת חשודים ועבריינים לדין. היינו, סדר הדין הפלילי הוא אמצעי למימוש של הדין הפלילי המהותי. בצד תכליתו זו, מהווה סדר הדין הפלילי כלי חשוב ביותר בהגנה על זכויות וערכים אחרים: הוא מהווה כלי מרכזי בהגנה על זכויותיו של החשוד או הנאשם ובשמירה על חירותו וכבודו; הוא מהווה כלי רב חשיבות לא רק להגנת חשוד או נאשם במקרה קונקרטי, אלא משמש להגנת החברה כולה מפני הרשעת חפים מפשע ומפני השגת הרשעות בדרכים שאינן ראויות למשטר דמוקרטי. יש להדגיש כי המטרה השנייה המתוארת לעיל, אינה נופלת בחשיבותה כל עיקר מהראשונה. ואמנם מוצאים אנו לאורך הספר הוראות רבות השייכות לפי תוכנו למטרה השנייה. למעשה, בדיקה ובחינה של הוראות סדר הדין הפלילי תלמד שליד כל הוראה כללית המעניקה סמכות לצורך השגת הרשעה, תימצאנה הוראות משנה רבות הבאות למנוע שימוש בסמכות זאת באופן בלתי ראוי או במידה העולה על הנדרש. הספר מפרט בכל אחד מפרקיו את ההגנות הניתנות לחשוד או לנאשם, ואת הפרשנות שבתי המשפט נתנו להגנה על זכויותיו של החשוד. נציין כי סדר הדין הפלילי עבר שינויים רבים, רובם ככולם תוך הרחבת מנגנוני ההגנה על חשודים ועל נאשמים. נושאים בולטים בתחום זה הם סמכויות המעצור וזכות העיון במסמכי התביעה. שני נושאים אלה זכו לסקירה מעמיקה בחיבור שלפנינו.

### המעצר

משך שנים רבות נהגה בישראל שיטה שהקלה מאוד על הליכי המעצר, בין במעצר לצורכי חקירה, ובין במעצר עד לסיום ההליכים המשפטיים. עניין זה עורר ביקורת ציבורית רבה.

עיון בהחלטות על מעצרים מאותה תקופה לימד, כי במסגרת מעצרים לצורכי חקירה נעצרו חשודים רבים למספר ימים ניכר, וזאת מבלי שהובאו כלל, בסופו של דבר, לדין. עוד התברר כי במעצר עד לסיום ההליכים נקבעה הלכה כי חומרת העברה כשלעצמה די בה כדי להצדיק מעצר. הלכה זו הייתה אף היא מושא לביקורת ציבורית נוקבת.

בפרק הדין במעצרים מנתחים המתברים את השוני המהותי שהתרחש בנושא זה. הם מסבירים כי התשתית הנורמטיבית לחירות האזרח ממעצר, הוגחה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משנת 1992, והיא חוזרת ועולה בהתאמה לחוק-היסוד הנזכר לעיל בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה ומעצרים), תשנ"ו-1996<sup>2</sup>. המחברים מתארים באופן מלא, מפורט, קריא ובהיר את הליכי המעצר השונים, ואת עילות המעצר על פי חוק המעצרים.

החידוש העיקרי שחידש חוק המעצרים הוא בהגדרת עילות המעצר לצורך מעצר עד תום ההליכים המשפטיים<sup>3</sup>. החשיבות שבהגדרת העילות הנה כהכוונת בית המשפט ותחמת שיקול דעתו בכל הנוגע למעצר נאשמים. המעצר איננו מקדמה לעונש. המעצר בא למנוע שיבוש הליכי משפט או התחמקות מעונש; ולחלופין תפקידו לענות על חשש שמא יסכן הנאשם את ביטחונו של אדם, ביטחון הציבור, או ביטחון המדינה. אלה הן עילות המעצר לפי חוק המעצרים.

עילת המסוכנות ניתנת להוכחה בכל מקרה לפי נסיבותיו. עם זאת הקים החוק חוקה, לפיה אם הואשם אדם באחת העברות המנויות בסעיף 21(א)(1)ג) לחוק המעצרים, הרי שחלה חוקה כי מתקיימת עילת המסוכנות, אלא אם הוכיח הנאשם אחרת. עברות אלה הן: עברה שדינה מיתה או מאסר עולם, עברה של ביטחון כאמור בסעיף 35(ב), עברה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 למעט עברה הנוגעת לשימוש עצמי, עברה שנעשתה באלימות חמורה באכזריות או תוך שימוש בנשק, ועבירת אלימות בכן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991.

על כך מבקש אני להעיר כי קשירת המסוכנות בהגדרת העברה, משיגה למעשה תוצאה דומה לזו שהייתה מושגת באמצעות העיקרון של מעצר עקב חומרת העברה. יש היגיון רב במעצר כזה אם קיימת הסתברות גבוהה של הרשעה, אולם ככל שהסתברות ההרשעה נמוכה יותר, כן תיגבר הביקורת בגין עילת מעצר זאת. ועוד אוסיף, כי ההצדקה התאורטית לעילת מעצר זו חלשה, שכן סיבת המעצר האמיתית איננה המסוכנות אלא עצם הגשת כתב אישום בעברה חמורה. בדין הישראלי, אין מצויה סמכות לשלילת חירות עקב מסוכנות בלבד, ובצדק.

### זכות העיון ותומר החקירה

המחברים דנים בזכות העיון של הנאשם בחומר החקירה שבידי התביעה הכללית, זכות שנקבעה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982<sup>4</sup>, אשר תוקן

2 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה ומעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים).

3 סעיף 21 לחוק המעצרים. עילות אלה מוסברות הסבר היטב גם בעמוד 152 בספר נשוא רשימה זו.

4 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: החוק).

לאחרונה בשנת 1995. העיון בחומר החקירה הוא כלי מרכזי וחיוני בהגנת נאשמים. באמצעות כלי זה ניתנת בידי ההגנה אינפורמציה המאפשרת לה להביא בשלב מאוחר יותר לידיעת בית המשפט את דרך התפתחות החקירה, את הגרסאות השונות של העדים, ובמידת מה להאיר את האופן בו הצטברה והתגבשה האינפורמציה בידי המשטרה, עד הגיעה לכדי הודעות ומוצגים בתיק המשטרה.

באופן גיבוש חומר החקירה בידי המשטרה מצויה נקודת תורפה קשה מאוד של ההליך הפלילי. אף שלכאורה לא היה צריך להיות למשטרה כל אינטרס להסתיר מההגנה אינפורמציה כלשהי בדבר דרך השגת הראיות בידי המשטרה. בפועל, כדי להגיע למיצוי מרבי ומוצלח של הליך החקירה, נעשית החקירה בחדרי חדרים, והתוצאה הסופית שלה, היינו, יצירת הודאות משטריות - יוצאת "מכובסת" ו"מגוהצת" כדבעי.

אשר להחלטה מהו גדרו של "חומר חקירה" - זו היא החלטה קשה, שכן לפי הגישה המרחיבה, אין גבול למעשה להיקף החומר שיכול הביטוי "חומר חקירה" להכיל.

המחברים נכנסו לעובי הקורה בתיאור הקשיים הנוגעים הן להגדרת "חומר חקירה" והן להפעלה ויישום של זכות העיון של הנאשם בחומר החקירה. המחברים מסבירים את הפרוצדורה המתוקנת שנקבעה בשנת 1995 בסעיף 74 לחוק. הם מתארים את עצם זכות העיון בחומר החקירה, ואת מנגנון הביקורת ליישום הזכות שנקבע בסעיף 74 לחוק, המאפשר הגשת בקשה לבית משפט להורות לתובע להראות חומר שלא ניתנה אפשרות לעיין בו ושלטענת הנאשם הנו "חומר חקירה". הספר מסביר כי חומר חקירה כולל הודעות עדים, מסמכים, ומוצגים. "חומר חקירה" כולל חומר שהוא "לטובת" התביעה כמו חומר שהוא "לרעתה". המחברים מדגישים את החשיבות של מסירת כל החומר לידי הנאשם וכן את חובת התביעה לגלות לסנגוריה דבר קיומו של חומר נוסף בתיק החקירה, שהוא חומר חסוי, אף אם סבורה התביעה שאין היא יכולה לאפשר את העיון בו.

ברצוני להדגיש כי ההליך שהתחדש בסעיף 74(ב) לחוק, המאפשר הגשת בקשה כזאת לבית המשפט, שיפר במידה ניכרת את מצבה של ההגנה, אף שעדיין קיים בידי התביעה כוח רב ביותר, מכיוון שבדרך כלל אין לסנגוריה מידע מהו החומר שלא נמסר לעיון הנאשם. במקרים כאלה אין בכוחה להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט.

שני נושאים שלא פותחו די הצורך בספר בנושא זה נוגעים לחומר העשוי להיחשב חומר חקירה ולעתים אינו מגיע לידיעת הסנגוריה: מקרה אחד מתייחס למידת פיוורו של חומר חקירה בתיקים או בארכיבים שונים במשטרה, ואף במוסדות אחרים, שכלל אינם מגיעים לידיעתו של התובע, וודאי שאינם מגיעים לידיעת הסנגור; המקרה השני מתייחס לאינפורמציה המצטברת אצל התובע בעקבות מפגשים וחקירות שהוא מקיים עם עדי התביעה לפני העלאתם לדוכן העדים. גודן בשני מקרים אלה להלן.

באשר לסוגיה הראשונה - הניסיון מלמד כי המשטרה מעברה לתביעה הכללית אך ורק את החומר הפורמלי המגובש בהודעות ומוצגים שנתפסו. במקום שבוצעו פעולות מודיעיניות כאלה ואחרות, ובמיוחד כאשר אלו לא הניבו תוצאה משביעת רצון מבחינת המשטרה - נשארת האינפורמציה בארכיון המשטרתי, והתובע כלל אינו יודע על קיומה. התופעה מתרחשת לא פעם עת נערכות האזנות סתר.



תופעה זו עלולה לקרות גם בחקירות שהחלו על ידי שירות הביטחון הכללי, כאשר חקירות נאשמים ועדים תועדו במזכרים קצרים וטלגרפיים בתיקי שירות הביטחון הכללי; השוטר גובה ההודעות נכנס לתמונה רק בשלב מאוחר יותר, ולעתים תיעוד חקירת שירות הביטחון הכללי, שקדמה לחקירת המשטרה, נותר עלום וחסוי בתיקי שירות הביטחון הכללי. חומר מתועד זה אף לא מצוי תמיד בידיעת התובע, קל וחומר שאינו מגיע לידיעת הסגור. לדעתי, צריך היה לבנות כלי מדויק לתיעוד כל חומר החקירה הנוגע למקרה מסוים, שיחייב ויודא מסירת כל חומר החקירה מהמשטרה לתביעה, ובמקרה המתאים גם משירות הביטחון הכללי למשטרה ולתביעה.

הסוגיה השנייה הנה שאלת ריאיון עדי התביעה על ידי הפרקליט. במקרים רבים, ובמיוחד בתיקים מורכבים, נוספת אינפורמציה חשובה לאין ערוך תוך כדי ריאיון העדים על ידי התובע. הפרקליט המייצג את המדינה הוא בדרך כלל בעל מיומנות העולה בהרבה על זאת של השוטר שטיפל בתיק החקירה ובמהלך הריאיון הופך התובע ל"חוקר על" המוסיף ומעבה את תיק החקירה. הדבר נמשך גם תוך כדי התקדמותו של המשפט עת מראיין התובע את עדיו גם ביחס להתפתחויות שארעו במהלך המשפט. בידי התובע מתרכז בדרך זו חומר חקירה רב וחדש. במקרים רבים משתמש התובע בחומר זה במהלך עדותם הראשית של עדי התביעה המרואיינים והסגורים מוצאת עצמה מופתעת מאינפורמציה נוספת הנשמעת בבית המשפט אשר יש בה כדי לשנות באופן מהותי את מהלך המשפט – מבלי שהיה בכוחה ובאפשרותה להתכונן, לשקול ולעבד חומר זה זמן סביר לפני שמיעת העדות בבית המשפט. מן הראוי שתובע יחויב לתעד אינפורמציה כזאת ולהעברה לידיעת הסגוריה. המצב הנוכחי בו מידע רלוונטי למשפט אותו שאב התובע מן העדים העומדים להעיד, נמצא בידי התביעה הכללית בלבד – איננו מצב תקין.

### סמכות בתי המשפט

בפרק העוסק בסמכויותיהם השונות של בתי המשפט, הקדישו המחברים דברים לסמכותו הרחבה של בית משפט השלום. במסגרת זאת, התעכבו המחברים באופן לקוני למדי על סמכותו של פרקליט הקבועה בסעיף 51(א)(1)(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, לפיו מסור בידי של פרקליט המחוז שיקול הדעת להעמיד אדם לדין פלילי, בעברות מסוימות, בבית משפט שלום אף שהסמכות בחוק מסורה לבית משפט מחוזי, ולהפך. המחברים לא התייחסו לשאלה אם ראוי כי תימסר סמכות כאמור בידי של פרקליט המחוז; ואף אם ראוי הדבר, כיצד מופעלת הסמכות הלכה למעשה; האם קיימים קריטריונים להם מחויב פרקליט המחוז?

שאלות אלה, הן בעיני כבודות משקל. לשאלה הראשונה אשיב, כי להשקפתי אין מקום למסור בידי של תובע, נכבד ובכיר ככל שיהיה, את הסמכות לקבוע מהו הפורום בו יועמד נאשם לדין. הפורום שנקבע יכול ללמד על מידת החשיבות הציבורית שיש לייחס למקרה מסוים. עצם העמדתו לדין של אדם בבית משפט מחוזי במקום בבית משפט שלום, יש בה כדי לאותת על מידת החומרה שיש לראות במעשה המיוחס לו. לא ראוי בעיני כי הכרעה רבת משקל כאמור, תוכרע על ידי תובע, כאשר חברו במחוז שיפוטי אחר עלול להכריע אחרת.

דרך זאת של הכרעה מקפלת בחובה פגיעה אפשרית בעקרון השוויון בפני החוק. העמדה לדין צריך שתהיה בה אחידות. צריך שהפורום בו יועמד אדם לדין יהיה ידוע וקבוע מראש לגבי כל עברה ועברה, ולא יוחלט על כך בדיעבד, לאחר ביצוע של עברה במקרה קונקרטי. אחידות זו תהא מושגת אם החוק, והוא בלבד, יכריע מהו הפורום בו יועמד לדין אדם החשוד בביצוע עברה פלוגנית.

אשר לשאלה השנייה, והיא אופן הפעלת הסמכות הלכה למעשה. בעניין זה לא פרטו המחברים מהי הפרקטיקה הנוהגת, אם אכן ניתן לתאר פרקטיקה שיש בה אחידות בין מחוז למחוז. כמו כן לא הזכירו המחברים את הנחיות פרקליטת המדינה בנושא זה, הנחיה מספר 1.5 העוסקת ב"הפעלת שיקול דעת פרקליט המחוז בקשר להגשת כתבי אישום בבית המשפט המחוזי או בבית משפט השלום". אף שפרקליטת המדינה מנתה שיקולים שיהיו לעזר לפרקליט המחוז בהחלטה בנושא, ויש לדבר תרומה חיובית בעיני, עדיין אין בכך די ויש למסור תפקיד זה, כאמור, למחוקק.

### הקובלנה הפרטית

נושא הקובלנה הפרטית נכלל בספר בפרק הדין וייצוגם. המחברים מסבירים את ההצדקה לקובלנה הפרטית בכך שהיא באה להבטיח כי אזרח יבוא על סיפוק זכויותיו לגבי עבירות מסוימות בלי להיות תלוי בעמדת המדינה וכי המסגרת חשובה במיוחד כערובה בידי אנשים שאין ידם משגת לנקוט בתרופות אזרחיות.

הסכנה שההליכים ינוצלו לרעה אינה קיימת להשקפתם וזאת משום שבידי היועץ המשפטי לממשלה הסמכות לעכב הליכים.

בעניין זה מצטטים המחברים את בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריד<sup>5</sup> ומקבלים עמדה זו ללא כל הסתייגויות.

כשלעצמי אני מטיל ספק רב בצידוק לקיומו של הליך הקובלנה הפרטית, זאת משום שסוגיה זו סובלת מעירוב תחומים. לדידי, על סמכות ההעמדה לדין להיות בלעדית לרשות ממלכתית מוסמכת, שתחליט על הגשת כתב אישום באופן ענייני, לפי קריטריונים ברורים, ובלא שתהא נגועה באינטרס אישי בתוצאות המשפט. מתן האפשרות לאדם פרטי, להעמיד לדין פלילי את חברו, עמו יש לו בדרך כלל סכסוך אזרחי, מקנה כוח רב ומיותר לאותו צד. לדעתי די במתן הסעד האזרחי ואין צורך בקיומו של סעד פלילי במקביל לו. בפועל, הקובלנה הפרטית הפכה לסוג של בירור סכסוך אזרחי, כאשר הקובל חוסך את תשלום האגרה ואת הליכי הביניים בהליכים אזרחיים. בין הליך זה ובין האינטרסים וההליכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי אין ולא כלום.

שאלת מקומו ומיקומו של הקרבן במסגרת ההליך הפלילי היא שאלה נכבדה וראוי שיימצא לה פתרון כולל. הקובלנה הפרטית אינה נותנת תשובה לסוגיה זו. היא נותנת כוח מיוחד לקובלים ברשימת עברות מסוימת. היא מאפשרת נקיטת הליך פלילי שהמטרה האמיתית של הקובל הנה בדרך כלל פיצוי כספי או סעד הצהרתי, וזאת בדרך מקוצרת החוסכת אגרה.

5 בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריד, פ"ד מו(4) 136.

### **היעדר התייחסות להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולהנחיות פרקליטת המדינה**

מאחר שספר זה, כך אני מניח ומקווה, ילווה את עורכי הדין והשופטים העוסקים במשפט פלילי בעבודתם השוטפת והיומיומית, נראה לי כי היה רצוי לנצל את ההזדמנות ולהוסיף לספר־מדריך זה התייחסות לסדרי הדין המתחייבים מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ומהנחיות פרקליטת המדינה. אלה כידוע, אינן זוכות לפרסום ראוי. בהוראות אלה יש משום השלכה על סדרי הדין הפליליים שכן התובעים המייצגים את המדינה בהליך הפלילי, מתחייבים לנהוג על פי אותן הוראות, ואילו על השופטים והסנגורים לבחון בכל מקרה ומקרה הבא בפניהם, אם הדבר אכן נעשה. לאי־מילוי אחר הוראות אלה, עלולה להיות נפקות מרחיקת לכת בכל הקשור להתנהלותו של ההליך הפלילי.

לשם המחשה אציין מספר הוראות שמן הראוי היה לעמוד עליהן: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה (מס. 50.008) לפיה במספר מקרים המפורטים בהנחיה על תובע להצטייד בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה לצורך הגשת כתב אישום; הכללים הנוגעים לאישור יועץ משפטי לממשלה הנדרש לצורך העמדה לדין פלילי של עורך דין, ראש ראשות מקומית, קטין והוראות בעניינים נוספים בהקשר זה; הנחיות הנוגעות לעריכת שימוע ומי זכאי לו; הנחיות בכל הנוגע לעדי מדינה והנחיות אחרות.

### **לסיכום**

הספר שבפנינו הנו נכס רב ערך לכל הנוקקים למדריך לסדר הדין הפלילי. הוצאת המהדורה הנוכחית בשעה זו היא מבורכת. למעשה חסרה מהדורה נוספת מזה זמן רב, אך דחיית הוצאתה אפשרה לכלול בה את כל חידושי החקיקה והפסיקה המאוחרים, שכידוע הביאו לשינויים משמעותיים בסדר הדין הפלילי.