

העמדתו לדין של קטין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות והסכמה למפרע מטעם היועץ המשפטי לממשלה *

ניר פלסר **

א. מבוא; ב. סמכות ההעמדה לדין לאור דיני ההתיישנות בחוק הנוער; 1. חלוקת התפקידים; 2. שיקול הדעת המעין-שיפוטי ושיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה; 3. סיכום; ג. נפקות הסכמתו הרטרואקטיבית של היועץ המשפטי לממשלה; ד. ריפוי רטרואקטיבי של ההליך הפלילי ושיקול הדעת השיפוטי; 1. סמיכות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור ההעמדה לדין; 2. ההנחה כי שיקולי ההעמדה לדין נשקלו לגופם ובאורח עצמאי; 3. העובדה כי טרם נעשה צעד דיוני; 4. המועד להעלאת הטענות נגד כתב האישום; ה. סיכום

א. מבוא

סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער), קובע כי "אין להעמיד לדין קטין בשל עבירה אם עברה שנה מיום ביצועה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה". מן האמור אנו למדים, כי סעיף 14 לחוק הנוער מהווה מחסום דיוני להעמדתו לדין של קטין¹, בשל התיישנות העבירה. משמע, כי בטרם נקבעה אחריותו הפלילית של הקטין — על מלוא מהותה והיקפה — מתייתר הטעם המשפטי להטילה עליו.

* חיבור זה מוקדש להוריי, עמירם ונאוה פלסר ז"ל, אשר תמיד עודדוני לחקור ולכתוב, אך נפטרו טרם עת ולא זכו לראות את פירות המחקר והכתיבה.

** עורך-דין; תלמיד לתואר שני במסלול למשפט ציבורי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; עוזר הוראה ומחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר בצוות החקיקה של הפורום הפלילי הארצי בלשכת עורכי הדין.

1 משמעותו של הביטוי "מחסום דיוני" הינה, כי חרף אחריותו הפלילית במישור המהותי, מנועה התביעה מלמצות עמו את הדין. יחד עם זאת, אין המחסום הדיוני משמיט את אחריותו הפלילית של הקטין.

פרק הזמן, שקבע המחוקק לצורך ההתיישנותה של העבירה, הינו הקצר ביותר מבין פרקי הזמן אשר נקבעו מכוח סדרי הדין הפליליים הרגילים². עם זאת, בניגוד לדיני ההתיישנות הרגילים, אין בהליכי החקירה המשטרתית כדי לקטוע או כדי להשהות את מירוץ ההתיישנות³ — יהא משכם במסגרת מתחם הסבירות ככל שיהא — ואין בהם כדי לעצור את מירוץ הזמן. שכן לגבי קטין, מתחיל מגיין השנה במועד ביצוע העבירה והוא מסתיים עם הגשתו של כתב האישום לבית המשפט. זאת, ללא כל התייחסות לאירועי ביניים כלשהם. גם אם העבירה או העבריין נתגלו באיחור, אפילו החקירה לא נסתיימה מכל סיבה שהיא בתוך פרק הזמן הנקוב בחוק, ואפילו התביעה לא הספיקה להגיש כתב אישום לבית המשפט, הרי שאין להעמיד לדין את הקטין אם חלפה תקופת ההתיישנות⁴.

בניגוד לדיני ההתיישנות הכלליים, הרי שאין כל הגבלה וייחוד באשר לסוג העבירה, למידת חומרתה, או לעונש הקבוע לצידה בחוק, עת עסקינן בקטין. בין שהעבירה היא "פשע חמור" ובין שהיא "עוון קל", מנועה התביעה מלהעמיד לדין את הקטין בגין ביצועה של אותה עבירה אם עברה שנה מיום הביצוע⁵. על תכליתו של הסעיף האמור עמד השופט שמגר (כתוארו אז), בעניין ויצמן⁶, באומרו:

"המחוקק ביקש למנוע העמדתו לדין של קטין בשל עבירות, כאשר אחרי ביצוען עבר זמן יחסית, כדי להצמיד את הענישה או הזיכוי, במידה רבה ככל האפשר, אל מועד ביצוע העבירה, וזאת ככל הנראה מתוך הנחה, שמועד הגשת כתב האישום גם משליך על מועד קיום המשפט. טמונה בכך המגמה למנוע הפרעה לתהליך ההתבגרות ולשיקום הדרוש, העלולה

2 ס' 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) קובע כך: "באין הוראה אחרת לעניין זה בחוק אחר, אין להעמיד אדם לדין בשל עבירה אם עברו מיום ביצועה — (1) בפשע שדינו מיתה או מאסר עולם — עשרים שנים; (2) בפשע אחר — עשר שנים; (3) בעוון — חמש שנים; (4) בחטא — שנה אחת".

3 השוו' לס' 9(ג) לחוק סדר הדין הפלילי; על הרציונל של השהיית מירוץ ההתיישנות לנוכח חקירה פלילית, ראו את דבריו של השופט גולדברג, לפיהם "גם לצורך שבבירור האמת חלק נכבד בהסדר הקבוע בסעיף 9(ג). סעיף זה משמיע לנו כי יש לאפשר לרשויות האכיפה לחקור, גם אם מתמשכת החקירה מעבר לתקופת ההתיישנות. יש ולשם פענוח עבירות, עשויות רשויות האכיפה להיזקק לזמן רב, ובנסיבות כאלה אין לאפשר לעבריינים לחסות בצלה של ההתיישנות. ההשקפה היא שלא רשויות האכיפה צריכות לשאת בקושי שבמימוש האחריות הפלילית, ולא העבריין צריך ליהנות ממנו. אכן, עקרון ההתיישנות הוא עקרון חשוב, אך אין הוא יכול לחתור תחת קיומו של הליך פלילי תקין, במקרים בהם קיומו של הליך כזה מצריך זמן רב יותר מאשר מאפשרת תקופת ההתיישנות"; בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 774 (1997).

4 אלי שרון נוער בפלילים: שפיטה, דרכי טיפול וענישה 123 (מהדורה שנייה, 1998).

5 שרון, שם.

6 ע"פ 499/80 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 486, 488 (1980); ת"פ (מחוז ת"א) 1057/03 מדינת ישראל נ' פלוני, תק"מ 2003(4) 913 (2003), ס' 8 לפסק דינה של השופטת שפירא.

להיגרם על-ידי השארתם של הליכים פליליים תלויים ועומדים במשך זמן רב, דבר אשר יש בו כמובן כדי להשפיע במישרין על יכולתו של הקטין לתפקד באופן רגיל"⁷.

רואים אנו, כי בסעיף 14 לחוק הנוער אימץ המחוקק והרחיב שתי תכליות של דיני ההתיישנות. תכלית אחת היא "השכחה והמחילה", לפיה הרציונל הטמון בהצמדת העונש במידה רכה, ככל האפשר, אל מועד ביצוע העבירה, נובע מעקרון השכחה והמחילה, בבחינת "עבר זמנו" – בטל קורבנו"⁸. ההנחה היא, כי לאחר חלוף זמן מסוים, ובעיקר לנוכח היחלשותה או אף חלופתה של ההתרגשות הציבורית, מן הראוי "לשכוח" את מעשה העבירה ולא לטפל בו עוד. מכאן, כי עם השחיקה ששוחק הזמן את חומרתה של העבירה, נשחק גם האינטרס הציבורי בנקיטת הליכים פליליים נגד העבריין"⁹.

תכלית שנייה היא "הזכות לסיום מהיר של ההליך הפלילי"¹⁰, שלפיה הצמדת הגשתו של כתב האישום למועד ביצוע העבירה (מתוך הנחה שמועד הגשת כתב האישום משליך גם על מועד קיום המשפט) נעוץ באינטרס הפרטי של העבריין. שכן, מי אשר מתנהל נגדו הליך פלילי, זכאי לכך שהליך זה יסתיים במהירות. על רציונל זה עמד השופט אלון (כתוארו אז) במאמרו:

"פגיעה חמורה ביותר נגרמת לו לאדם שדינו מתענה מעל לזמן ראוי וסביר המתבקש ומתחייב לשם בירור מתון, צודק ומלא של דין ודברים הבאים בפני בית-המשפט [...] ומכל שכן כך הוא בעניין פלילי, שצל ההרשעה וגזר-הדין מרחף מעליו שנים על גבי שנים, ועיניו הוא ועיני משפחתו וידידיו רואות וכלות"¹¹.

ניכר, כי לדברים אלה משקל רב עוד יותר, עת מדובר בקטין שחווה את הליך התבגרותו בצלם של הליכים פליליים. זאת, כמשתמע הן מן ההיגיון הבריא והשכל הישר והן מעקרון "טובת הילד"¹², כפי שמצא ביטוי במישרין ובעקיפין

7 לגישתה השיקומית של מערכת בתי המשפט לנוער, ראו את הצהרת הכוונות ל-Youth Criminal Justice Act הקנדי: [...] "The youth criminal justice system is intended to [...] rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society".

8 בבלי, ברכות כו, 1.

9 ע"פ 290/63 נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 570, 586 (1964); התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 770.

10 ע"פ 4745/97 בוני הבירה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 766, 778 (1998).

11 מנחם אלון "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג, 56 (1996).

12 ראו לעניין זה את לשונו של ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אוסרה ונכנסה לתוקף ב-1991): "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

בחוק הנוער¹³. לפיכך, מונחות רשויות התביעה לעשות כל מאמץ על מנת שכתבי האישום נגד קטינים יוגשו בתוך פרק הזמן שנקבע בסעיף 14 לחוק הנוער¹⁴. במסגרת רשימה זו, אבחן בראייה קונסטיטוציונית את הפרקטיקה הנוהגת בקרב רשויות התביעה, לפיה כתבי אישום אשר הוגשו בחוסר סמכות מחמת חלוף תקופת ההתיישנות, זוכים לאישורו הרטרואקטיבי של היועץ המשפטי לממשלה. ראשית, אעמוד על סמכות ההעמדה לדין, על חלוקת התפקידים ועל שיקול הדעת התביעתי כפי שהותווה בידי המחוקק לאור חוק הנוער. לאחר מכן, אבחן את הנפקות המשפטית הנובעת מהסכמתו הרטרואקטיבית של היועץ המשפטי לממשלה. לבסוף, אבחן את ההשלכות המשפטיות הנובעות מביטול כתבי אישום בשל פגמים פרוצדורליים בהגשתם.

ב. סמכות ההעמדה לדין לאור דיני ההתיישנות בחוק הנוער

1. חלוקת התפקידים

כמה חיקוקים כוללים הוראות הדורשות את הסכמתו המוקדמת של היועץ המשפטי לממשלה, טרם הגשתו של כתב האישום לבית המשפט. הכלל הוא, כי נקודת המוצא לפרשנות המשפטית הינה הלשון אותה נקט המחוקק¹⁵. ודוק, כי "החוק הוא יצירה נורמאטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית. והוא ביטוי למדיניות. על

13 ראו לעניין זה את מסקנותיה של ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, שלפיהן: "חקיקת חוק הנוער יצאה מתוך ההנחה, שטובתם של קטינים מחייבת כי יינקטו כלפיהם דרכי שיפוט, ענישה וטיפול ייחודיים. סעיפים רבים בחוק הנוכחי נחקקו מתוך הבנה כי הם תואמים את 'טובת הקטינים', מבלי לומר זאת במפורש: אי פומביות הדין, הפרדת דיון של קטינים מבגירים, קביעת תקופת התיישנות קצרה". הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה — דו"ח ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי 91 (משרד המשפטים, 2003). www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C4D53B4C-AB90-4EDD-B0-AE-49FEAC61F563/0/DOCHPLILY.pdf (last visited on 21.4.2007).

14 "העמדת קטין לדין לאחר שחלפה שנה מיום ביצוע העבירה, והעמדת קטין ובגיר לדין יחדיו" הנחיות פרקליטת המדינה 1.5, ס' 2 להנחיה (2003).

15 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני — פרשנות החקיקה, 97 (1993); ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד (2) 70, 74 (1985); ע"א 11/86 בן-חיים נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, פ"ד מא(4) 103, 99 (1987), ס' 2 לפסק דינה של השופטת נתניהו; בג"ץ 4562/92 זנברג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 793, 803 (1996); ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין בחיפה, פ"ד (4) 549, 554 (1997), ס' 4 לפסק דינו של השופט אור; ע"מ"ה (מחוזי ת"א) 1222/02 שקלרש נ' פקיד שומה רמלה, דינים מחוזי לר(2) 819 (2004), ס' 6 לפסק דינו של השופט מגן; ע"מ"מ (מחוזי ת"א) 3/97 אבוטבויל נ' ועדת ערר מחוז מרכז, דינים מחוזי לב(1) 552 (1998), ס' 2 לפסק דינו של סגן-הנשיא (כתאורר אז) גורן; ע"ש (מחוזי ת"א) 8/94 יורוטרדיד בנק בע"מ נ' מנהל מע"מ ומס קנייה, אחד העם תל-אביב, דינים מחוזי כרך כו(8) 840 (1998), ס' 10 לפסק דינו של השופט הומינר; ע"ש (מחוזי ת"א) 343/97 חלקה אחת-עשרה בגוש 6355 בע"מ נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים מחוז תל-אביב, דינים מחוזי כו(8) 900 (1997), ס' 6 לפסק דינו של השופט הומינר.

הפרשן לחשופ, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק¹⁶.

מכאן, למדים אנו כי נקיטתו של המחוקק בלשון "אין להעמיד לדין", מייחדת ומסייגת את דרישת הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה אך לגבי גיבוש ההחלטה בדבר העמדתו לדין של הקטין. זאת, בניגוד לחיקוקים האוסרים על הגשתו של כתב אישום אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה¹⁷. כאמור, מצוי בקובץ הדין הפלילי מגוון של מצבים בהם דרושה החלטת היועץ המשפטי לממשלה בדבר הפעלת שיקול-דעת אינדיווידואלי זה או אחר. אלו הן החלטות בעלות אופי אישי¹⁸, הדורשות בדיקה אינדיווידואלית וממצה של הנסיבות הנתונות כפי שהן משתקפות מתיק החקירה¹⁹.

לשיטתו של השופט שמגר, כוונת המחוקק במקרים אלה היא לכך שהעניין יוכרע על ידי הדרג המשפטי הגבוה ביותר ברשות המבצעת – קרי, מי שעומד בראש התביעה הכללית²⁰ – אשר גם יוכל להבטיח בדרך זו כי ההחלטה הינה פרי גישה כללית ואחידה²¹. מכאן, כי דרישת ההסכמה בהקשר הנדון אינה דרישה טכנית-פורמלית. מדובר בדרישה מהותית ועניינית אשר מכוחה ועל-פיה אמור להשתכנע בית המשפט, כי היועץ המשפטי לממשלה נתן דעתו ושקל היטב את השאלה אם להגיש כתב אישום באותה עבירה, אם לאו²². בבוחרו בפרוצדורה

16 אהרן ברק "על השופט כפרשן" משפטים יב 248, 252 (1982); ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715 (1982); ע"א 260/83 מנהל מס שבח נ' יוסף, פ"ד לט(2) 96, 100 (1985); ע"א 631/83 "המגן" חברה לבטוח בע"מ נ' "מדינת הילדים" בע"מ, פ"ד לט(4) 561, 571 (1985); בג"ץ 291/86 בן יעקב נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד מא(1) 449, 456 (1987), ס' 3 לפסק דינו של השופט וינוגרד; בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 40–41 (1987), ס' 14 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, 678 (1990), ס' 4 לפסק דינו של השופט אור.

17 ראו למשל את לשונו של ס' 38(ד) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973: "כתב-אישום לפי סעיף זה לא יוגש אלא מטעם היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב" [ההדגשה שלי – נ' פ']; וכן ראו ס' 5 לחוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986; ס' 25(א) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; ס' 25(א) לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 23(א) לחוק הקאדים, התשכ"א-1961; ס' 12(א) לחוק-יסוד: השפיטה; וס' 123 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

18 ב"ש (שלום ק' גת) 1924/01 אשר נ' מדינת ישראל – רשות שמורות הטבע, דינים שלום יח 925 (2002).

19 ע"פ (מחוזי ב"ש) 7190/97 אלפסי נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(8) 694 (1998), פס' 6 ו-7 לפסק דינו של השופט הנדל.

20 ראו ס' 12(א) לחוק סדר הדין הפלילי; וכן ראו "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1 (התשס"ג).

21 ע"פ 6/80 חסבלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 725 (1980); ע"פ 506/81 מדינת ישראל נ' שלום, פ"ד לה(4) 393, 395 (1981), ס' 5 לפסק דינו של השופט לוי; ראו גם הנחיה מס' 4.1004 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה "אישור מוקדם להגשת כתב אישום"; רות גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם 136–137 (1991).

22 ע"פ (מחוזי ת"א) 887/81 מדינת ישראל נ' לוטן, פ"מ מג(1) 343, 345 (1982).

זו, ערך המחוקק חלוקת תפקידים ברורה בין סמכות ההעמדה לדין הנתונה ליועץ המשפטי לממשלה לבין הסמכות להגיש את כתב האישום ולנהל את המשפט.²³ הבחנה זו ביטויה בכך שבעוד שהגשתו של כתב אישום הינה אקט משפטי חד-פעמי ומוגדר, הרי שהעמדה לדין הינה תהליך מתמשך.²⁴ גישה פרשנית זו, מקורה בהבחנה בין הביטוי "To Institute Proceedings", לאמור נקיטת הליכים נגד חשוד, ומשמעותה היא גיבוש ההחלטה בידי הגורם המוסמך להעמידו לדין פלילי, לבין הביטוי "To Prosecute", הנוגע להופעה ולייצוג בבית המשפט מטעם התביעה.²⁵

2. שיקול הדעת המעין-שיפוטי ושיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה מהוראתו של סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי²⁶ ומהעקרונות הטמונים בסעיף 14 לחוק הנוער עולה, כי סמכות היועץ המשפטי לממשלה להעמיד אדם לדין מותנית בשני תנאים מצטברים:

התנאי הראשון הוא "קיומן של ראיות המספיקות לביסוס כתב האישום". תנאי זה מציב את שאלת דיות הראיות, כפי שנאספו בידי המשטרה במהלך חקירתה.²⁷ לנוכח השלכותיה הקשות של החלטה בדבר העמדתו לדין של אדם, קבעה הפסיקה מבחן של "אפשרות סבירה להרשעה" ("A Realistic Prospect of a Conviction"). מבחן זה מהווה התחקות פרוספקטיבית אחר אופן החלטתו של בית המשפט, כפי שתינתן במשפט עצמו. לאמור, כי לפי שיטת "האפשרות הסבירה להרשעה" אין התובע בוחן אם חומר הראיות אכן מצביע על ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם, אלא הסתברות סבירה כי בית המשפט יפסוק כי אין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה, או, לחלופין, כי לא ייעתר לבקשת ההגנה שלא להשיב לאשמה.²⁸ לגישתו של השופט גולדברג, את המסקנה, כי קיים סיכוי סביר להרשעה, על התובע לקבל על-פי בחינה כפולה: מחד גיסא, של תשתית הראיות לכאורה אשר

23 עניין לוטן, שם.

24 ע"פ (מחוז ת"א) 520/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 17.6.01), ס' 7 לפסק הדין במקור (להלן: עניין פלוני).

25 חלוקת תפקידים זו, בין הגורם המעמיד לדין לבין הגורם המנהל את ההליך המשפטי עצמו, אינה זרה למערכת המשפטית בישראל ולפרוצדורה הפלילית. חלוקת תפקידים ברורה כאמור, אף נקבעה באמצעות ס' 60 לחוק סדר הדין הפלילי, המגדיר את פרקליט המחוז כגורם האמון על העמדתם לדין של חשודים בעבירות מסוג "פשע", בעוד שניהול ההליך יכול שיימסר, לאחר גיבוש ההחלטה בדבר העמדה לדין, לתובע מוסמך.

26 ראו לשונו של ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי: "ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, וזולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור".

27 בג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 9 (1997).

28 עניין יחב, שם, בעמ' 12; Andrew Ashworth, *The Public Interest Element in Prosecutions*, 12 CRIMINAL L. REV. 595 (1987).

העמדתו לדין של קטין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות

עומדת לפניו, כחומר גולמי²⁹, ומאידך גיסא — באמצעות הערכת סיכויי ההרשעה על-פיו³⁰.

תנאי שני, הינו "קיומו של אינטרס ציבורי בניהול ההליך הפלילי". תנאי זה מקפל לתוכו את הרעיון שלפיו מסגרת ראויה של חיי חברה תקינים מושתתת על סדר ציבורי, על ערכים ועקרונות, אשר החברה רואה לנכון להדגישם.

המשפט הפלילי נועד לסייע בקיומה של מסגרת חברתית מאורגנת באמצעות הגנה על אינטרסים חברתיים בסיסיים. זאת, על ידי הכרזה על איסורים וחובות, אשר הפרתם גוררת סנקציה עונשית בידי המדינה³¹. מטרתה של קביעת התנהגות מסוימת כאסורה, באמצעות הגדרתה כעבירה פלילית, היא להכריז לציבור הרחב שהתנהגות זו פסולה מתוך מטרה למונעה כליל, או לחלופין כדי לצמצמה. לפיכך, ניתן לראות במשפט הפלילי משום כלי להכוונת התנהגות³², ובהפעלתן של הסנקציות העונשיות באמצעות ההליך הפלילי — כלי המגשים את המשפט הפלילי המהותי³³.

עם זאת, ההליך הפלילי כפוף לאילוצים מערכתיים המונעים אכיפה מלאה של הדין הפלילי המהותי ולשאיפה להגן על אינטרסים אחרים, כגון זכויותיו הדיוניות של הנאשם. כאמור, להחלטה בדבר העמדתו לדין של אדם קיימות השלכות מרחיקות לכת על חייו. לפיכך, סבר המחוקק, כי יש להכניס מימד של גמישות לשיקול-דעתה של התביעה בדמות בחינת "האינטרס הציבורי" הטמון בהעמדתו לדין של החשוד. מימד זה מאפשר לתביעה להתחשב בנסיבות, להעריך את מכלולן ולהסיק אם ניהולו של ההליך הפלילי במקרה הקונקרטי אכן מגשים את האינטרסים של המשפט הפלילי הסובסטנטיבי³⁴. לשיטתו של השופט ברק, אין מתקיים אינטרס ציבורי בהעמדה

29 ראו לעניין זה את דבריו של הנשיא ברק, שלפיהם: "ראיה לכאורה היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של הנאשם [...] 'ראיה לכאורה' היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראיתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי"; כש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 146 (1996).

30 עניין זאדה, שם, בעמ' 148; "בית המשפט הבוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוח בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה [...] מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט תמונה כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה, כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר חקירה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם"; עניין יחב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 12-13.

31 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 108 (1984); וכן ראו בג"ץ 935/89 גגור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 508, 485 (1990).

32 אורן גול ענישה בהסכמה — על חלופות להליכי משפט בפלילים 9 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002); ראו לעניין זה גם את גישתו של פרופ' Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On* Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts, 98 HARV. L. REV. 1357, 1359 (1985).

33 ראו לעניין זה את דבריו של השופט ברק, לפיהם "ההליך הפלילי מהווה מערכת תואמת ומאוזנת של נורמות הבאה להגשים את המשפט הפלילי הסובסטנטיבי"; ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(3) 561, 575 (1980).

34 ראו והשוו לעניין זה את דבריו של השופט MacMahon, אשר דן בשיקול דעתו של פרקליט המדינה הפדרלי *Pugach v. Klein*, 193 F. Supp. 630, 634-635 (S.D.N.Y., 1961).

לדין, מקום בו, לדעת התביעה, התועלת אשר תצמח לערכים ולעקרונות עליהם נועד המשפט הפלילי להגן, שקולה כנגד הנזק אשר ייגרם לערכים ולעקרונות אלה. בלשון אחרת: בחינת האינטרס הציבורי היא חשבון של "רווח והפסד", תוך הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית באמצעות העמדתו לדין של החשוד.³⁵

לנוכח עמימותו של הביטוי "עניין לציבור" נקבעו בפסיקה כמה שיקולים לשם בחינת האינטרס הציבורי בהעמדה לדין³⁶: (א) "חומרת המעשה": ככל שחומרת המעשה רבה יותר, כך רב האינטרס בהעמדה לדין. חומרת המעשה נמדדת לפי: חומרת העבירה עצמה, נסיבות ביצוע העבירה, היקף הנזק שנגרם, שכיחותה של ההתנהגות העבריינית נשוא החשדות, משך הזמן שעבר מאז בוצע המעשה, וכדומה. (ב) "נסיבותיו האישיות של החשוד", כגון: גילו, מצב בריאותו, עברו הפלילי, הניסיונות אשר נעשו לשקמו, מידת שיתוף הפעולה מצידו עם רשויות החקירה וההשלכות האפשריות שיהיו לקיום ההליך הפלילי לגביו. (ג) "נסיבותיו האישיות של הקורבן" הנותנות ביטוי לצדו השני של המטבע: ככל שהפגיעה בקורבן קשה יותר והנזק אשר נגרם לו אינו ניתן לתיקון או לא תוקן, כך כבד יותר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדת החשוד לדין.

הגישה המקובלת היא, כי בשיקול הדעת של התביעה לשם העמדה לדין, טמונים סממנים המעידים על אופיה המעין-שיפוטי של מלאכת התביעה.³⁷ היטיבה להסביר זאת ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (ועדת אגרנט), אשר קבעה כי התפקיד של היועץ המשפטי משמעותו שעליו "לפסוק" בין הציבור לבין הפרט; להכריע בין אינטרס ציבורי אחד למשנהו. במקרה כזה, החלטתו הסופית להגיש – או לא להגיש – את כתב האישום נושאת אמנם אופי "מינהלי", אך הוא מצווה להגיע אליה בדרך "שיפוטי"³⁸.

אכן, החלטות התביעה בדבר העמדה לדין נושאות בצדן אחריות כבדה ביותר³⁹ ומתקבלות על בסיס איזון בין השיקולים השונים העומדים על כף המאזניים. במלאכת השקילה נדרשות רשויות התביעה לאמוד באופן אובייקטיבי את מכלול העובדות, את האינטרסים והזכויות העומדים לבחינה. יתירה מזאת, החלטה בדבר אי-העמדה לדין משמעותה סיום ההליכים העונשיים נגד החשוד, וחייבת היא להיות מנומקת ובכתב.

35 עניין גנור, לעיל ה"ש 31, בעמ' 508–510.

36 עניין גנור, שם, בעמ' 510.

37 ע"א 6356/99 חטריישי נ' ארבל, פ"ד נו(5) 254, 262 (2002).

38 דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) ספר קלינגהופר על משפט ציבורי 421, 427 (יצחק זמיר עורך, 1993); ראו גם עניין חטריישי, שם.

39 ראו לעניין זה את לשון הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה: "אחריות כבדה מוטלת על כל מי שבא להחליט על הגשת כתב אישום פלילי נגד אדם, בייחוד בעבירות בעלות אופי חמור ועבירות שיש עמן קלון וכתם כל יימחה"; ס' 1 להנחיה מס' 4.3001 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה "טיעון לפני הגשת כתב אישום".

ודוק, כי טעמים אלה חייבים להימסר למתלונן⁴⁰. בהתבסס על נימוקים אלה, רשאי המתלונן להגיש ערר על ההחלטה, הנדון בדל"ת אמותיה של מערכת התביעה⁴¹. כל אלה הם מאפייניו של הליך בעל אופי שיפוטי. בדומה לכך, גם החלטה בדבר העמדה לדין – קרי, ההחלטה לנקוט הליכים פליליים – חייבת להיות נמוקת בכתב. החלטה כאמור מהווה, הלכה למעשה, קביעה מעין-שיפוטית בעניינו של החשוד. זאת, תוך ביסוס העובדות המתחזרות מחומר החקירה, ניתוח הדין והחלתו על אותן עובדות, ולבסוף – הסקת מסקנה משפטית בדבר אשמה או חפות.

משהגענו לכלל מסקנה, כי בשיקול הדעת לשם העמדה לדין, טמון אופי שיפוטי, עלינו להכיר בכך כי חובה על היועץ המשפטי לממשלה להפעיל את שיקול-דעתו תוך מתן פרשנות תכליתית לסעיף 14 לחוק הנורע. לגישתו של פרופ' ברק, משמש השופט – ולעניין דנן, נושא המשרה המעיין-שיפוטית – "פה" למחוקק⁴². לנוכח קביעתו של בית המשפט העליון בפרשת ויצמן⁴³, הרי שצ'ל היועץ המשפטי לממשלה לבחון – בין יתר שיקוליו ה"סנדרטיים"⁴⁴ – את ההפרעה הפוטנציאלית לתהליך ההתבגרות ולשיקום הדרוש, העלולה להיגרם על ידי השארתם של הליכים פליליים תלויים ועומדים במשך זמן רב; ושנית, את ההשפעה במישורין על יכולתו של הקטיין לתפקד באופן רגיל, בצל ניהולם של הליכים פליליים נגדו⁴⁵.

כאמור, היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש התביעה הכללית⁴⁶. כמי שעומד בראש מערכת גדולת מימדים ועמוסה למדי, הרי, שהלכה למעשה, אי-אפשר לדרוש מן היועץ המשפטי להיות מעורב באופן אישי בגיבוש ההחלטה להעמיד לדין בכל תיק חקירה הדורש את אישורו המוקדם. לפיכך, הפרקטיקה הנהוגת היא, כי תיק החקירה נבחן באופן מקדמי בידי רשויות התביעה (בידי פרקליטות המחוז או בידי לשכת התביעה המשטרית). משסברו רשויות אלה כי דרוש אישור מוקדם⁴⁷, מופנית בקשה ליועץ המשפטי המפרטת את הסיבות למתן האישור⁴⁸.

40 ראו לשונו של ס' 63 לחוק סדר הדין הפלילי: "על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה".

41 ראו ס' 64 לחוק סדר הדין הפלילי.

42 אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267 (1990); העיקרון לקוח מתוך דבריו של מונטסקיה, לפיהם: "The national judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law".

43 עניין ויצמן, לעיל ה"ש 6.

44 עניין גנור, לעיל ה"ש 31; ראו גם "שיקולים לסגירת תיק בשל היעדר עניין לציבור" הנחיות פרקליטת המדינה 1.1 (התשס"ג).

45 ראו לעניין זה את דבריו של השופט Stevens, 510 U.S. 266, 295–296, Allbright v. Oliver, 127 L.Ed. 2d 114, 137–138 (1994).

46 ס' 12(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

47 ראו מיכאל ברנע "ההחלטה להעמיד לדין: סמכותו של פרקליט המחוז" פלילים ד 141, 147 (1994).

48 הנחיות פרקליטת המדינה דורשות כי בטרם תבקשנה רשויות התביעה את הסכמת היועץ

לנוכח אופיה האישי של ההחלטה, הרי שעל היועץ המשפטי מוטלת חובה סטטוטורית לבחון את תיק החקירה לאור בקשתה של רשות התביעה הרלוונטית ולאור הראיות המצויות בתיק. דעתי היא, כי הליך בדיקה זה אכן הולם את אופיו המעין-שיפוטי של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, כמי אשר בוחן את טענותיו של בעל הדין הבא לפניו (במקרה זה – רשויות התביעה), תוך השוואתן לעובדות ולראיות בתיק. החלטתו בשאלה אם להעמיד לדין אם לאו, הינה, אם כן, מעין "הכרעת-דין" בעניינו של הקטין החשוד.

3. סיכום

מדברים אלו עולה, כי, בעשותו שימוש במילים "אין להעמיד לדין", הפקיד המחוקק בידי היועץ המשפטי לממשלה את הסמכות הבלעדית להכריע בדבר העמדתו לדין של קטין עם חלוף תקופת ההתיישנות הסטטוטורית. משגיבש דעתו כי יש להעמיד לדין את הקטין⁴⁹, הרי שמוסמך היועץ המשפטי לאצול את מלאכת ניהול המשפט עצמו לידי נציגיו המוסמכים.

ג. נפקות הסכמתו הרטרואקטיבית של היועץ המשפטי לממשלה

ככלל, מקומה של החלטה בדבר העמדה לדין קודמת בזמנה להגשתו של כתב האישום, ומקום שבו קיים פיצול בין הגורמים המוסמכים המופקדים על שני מהלכים אלה, חשוב במיוחד להקפיד על נהלי סדר הזמנים הנכון. שכן החלטה בדבר העמדה לדין הינה, מעצם טיבה, ראשונה מבין המהלכים האמורים וכוורת עמה שיקולים שונים, ובהם גם שיקולים שבמדיניות⁵⁰.

מכיוון שהגשתו של כתב האישום הינה פועל יוצא מהחלטת העמדה לדין, הרי, שלנוכח סעיף 14 לחוק הנוער, ראוי כי הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה תינתן – אם היא ניתנת⁵¹ – לפני הגשת כתב האישום⁵². עם זאת, נשאלת

המשפטי לממשלה, עליהן לשקול גם את: חומרת העבירה, את גיל המבצע בעת ביצוע העבירה, את פרק הזמן אשר חלף ממועד ביצוע העבירה, את מצב הראיות בתיק, את קיומו של עבר פלילי קודם ופעילות עבריינית נוספת של הקטין החשוד, וכדומה. ראו ס' 3 להנחיה מס' 1.5 להנחיות פרקליטת המדינה "העמדת קטין לדין לאחר שחלפה שנה מיום ביצוע העבירה, והעמדת קטין ובגיר לדין יחדיו".

49 בדקו וראו כי, לשם גיבוש עמדתו, רשאי היועץ המשפטי לממשלה להיבנות מן הידע המקצועי שלו, או של יועציו, או אף לסמוך על חוות דעתו של מומחה אשר סופקה לו בשלב העיון, אך טרם נערכה במתכונת הפורמלית המהווה תנאי לקבילותה כראיה במשפט; ראו לעניין זה בג"ץ 4562/94 אבו דקה נ' בית המשפט הצבאי בלוד, פ"ד מח(4) 742, 747 (1994).

50 בש"פ 7438/01 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 345, 358 (2001).

51 עם זאת, ראוי לציין בעניין זה, כי בפרקטיקה המשפטית, ההליך לבקשת אישור היועץ המשפטי הינו לרוב הליך פרוצדורלי פשוט, אשר במרבית המקרים מתבצע ללא כל התנגדות וקיומו הוא אך לשם מניעת עשיית דין עצמי. ראו לעניין זה את התייחסותו של השופט סגל בת"פ (מחוזי ים) 434/97 מדינת ישראל נ' אלהרימי, דינים מחוזי לב(6) 388 (2000), פס' 33 לפסק הדין.

52 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7 לפסק הדין במקור.

השאלה: מה דינה של הסכמה רטרואקטיבית אשר ניתנה בדיעבד, לאחר שכתב האישום הוגש לבית המשפט?

אין מחלוקת, כי התביעה רשאית לחזור בה מן האישום⁵³ ולהגישו מחדש לאחר קבלת הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה. גישה זו עולה במפורש מן האמור בפרשת פלוני⁵⁴. שם, ביטל בית המשפט העליון את הרשעת המערער בבית המשפט המחוזי לנוער, מכיוון שכתב האישום בעבירה בה הורשע הוגש, לאחר חלוף תקופת ההתיישנות של שנה, ללא הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, ראה בית המשפט העליון לנכון לסייג את דבריו והוסיף: "אין בדברינו אלה, כמובן, כדי למנוע את היועץ המשפטי לממשלה מלשקול את הצורך שיקול לעניין הגשתו של כתב אישום כנגד המערער בגין אותו מעשה".

לנוכח הכרעה זו, קבע בית המשפט המחוזי לנוער בתל אביב-יפו, כי אין לראות הבדל מהותי בין מקרה בו מוגש בשנית כתב האישום, כאשר אליו מצורפת הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה, לבין כתב אישום שהדין בו נמשך לאחר קבלת הסכמה רטרואקטיבית⁵⁵. אין הבדל בין שני המקרים מבחינת תכליתו ומטרתו של סעיף 14 לחוק הנוער, כך קבע בית המשפט, שכן זו נשמרת בשני המקרים גם יחד: פיקוחו של היועץ המשפטי לממשלה על התביעה מחד גיסא; ובחינה פרטנית מטעמו של נסיבותיה הקונקרטיות של העבירה לשם איוון בין עקרון השיקום לבין עקרון שלטון החוק, מאידך גיסא.

מכאן, כך סברה הפסיקה, עולה שהדרישה, שכתב האישום יבוטל — באמצעות חזרתה של התביעה מן האישום — ויוגש מחדש, הינה דרישה פורמלית גרידא, אשר אינה משרתת שום מטרה ותכלית מהותית⁵⁶. גישה זו אף אינה עולה בקנה אחד עם הנטייה המודרנית ועם המגמות המשפטיות העכשוויות לעבור: "מפורמליזם ומנוקשות לגמישות ולשיקול-דעת"⁵⁷. לפיכך, אף כי יישום קפדני של עקרון חוקיות המינהל, היה דורש לבטל את האישור בדיעבד של היועץ המשפטי לממשלה, הרי שאין להתעלם מן הסיבות להפרת הכללים⁵⁸.

53 ראו לשונו של ס' 93 לחוק סדר הדין הפלילי: "תובע רשאי בכל עת שלאחר תחילת המשפט, לחזור בו מאישום שבכתב האישום, נגד נאשם אחד או יותר"; על תוצאות החזרה מאישום ראו את לשונו של ס' 94(א) לחוק סדר הדין הפלילי "חזר בו תובע מאישום לפני תשובת הנאשם לאישום, יבטל בית המשפט את האישום; חזר בו לאחר מכן, יזכה בית המשפט את הנאשם מאותו אישום".

54 ע"פ 5715/91 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 92(3) 2231 (1992).

55 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 8 לפסק הדין במקור.

56 עניין פלוני, שם.

57 ע"פ 6147/92 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 62, 80 (1993); ראו גם ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 681 (1995); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(3) 555, 529 (2002).

58 ת"פ (מחוזי נצ') 1091/02 מדינת ישראל נ' כחיל, דינים מחוזי לג(3) 632 (2002), ס' 8 ב לפסק דינו של השופט כהן.

ד. ריפוי רטרואקטיבי של ההליך הפלילי ושיקול הדעת השיפוטי

מגמה זו, של הקניית גמישות ושיקול-דעת שיפוטי בידי בית המשפט, מורה כי על זה לבחון אם לא קופחו זכויותיו הדיניות של הנאשם, בטרם ייעתר או ידחה את דרישותיה הפורמליסטיות הנוקשות של ההגנה. זאת, מכיוון שהפרוצידורה הפלילית מהווה את ה"מגנה כרטה של הנאשם" בהעניקה הגנה הוגנת המשמשת כתריס בפני עיוות דין⁵⁹. לפיכך, סבורני, כי כאשר באים בתי המשפט לשלול זכות יסוד שהוענקה על ידי המחוקק, מן הדין שיקפידו על שמירת המסגרת החוקית ולא ייטלו לעצמם סמכות משתמעת⁶⁰. זאת, מכיוון שהחוק בבסיסו שואף לקיומו הפורמלי⁶¹. חרף האמור לעיל, הדגיש בית המשפט, כי אין להפריז בפורמליות. פרוצידורה פלילית טובה, כך נקבע, צריכה ודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך ללבוש את דמותו של משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק⁶².

דעתי היא, כי בבוא בית המשפט לבחון את ריפויו של הפגם בכתב האישום, באמצעות הסכמה רטרואקטיבית, עליו ליתן בפרשנותו ובבדיקתו ביטוי לכך שעסקינן בזכות יסוד חוקתית⁶³. שכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את הזכויות הקבועות בו למעמד חוקתי על-חוקי. הן הפסיקה והן מרבית המלומדים, מחזיקים כיום בדעה כי חוקי היסוד צריכים להשפיע על זכויות החשודים והנאשמים, באמצעות שינוי נקודת האזון בין זכויות החשודים והנאשמים לחירות ולכבוד, לבין שלום הציבור ואינטרסים נוספים⁶⁴.

לנוכח השפעתם האמורה של חוקי היסוד, סבור פרופ' עמנואל גרוס, כי יש מקום לשינוי פרשני של המשפט הפלילי הדיוני⁶⁵. אי לכך, פרשנות תכליתית

59 ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 18 (1949); השוו בעניין זה לדבריו של Mr. Justice ב-1 (1943) 332, 347 U.S. McNabb v. U.S.; לאימוץ גישה זו במשפט הישראלי ראו רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי, פ"ד נב(1) 697, 715 (1998).

60 ת"א (מחוזי ת"א) 2289/89 סדנאות אי אם ישראל (1989) בע"מ נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(4) 281 (1989).

61 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7-8 (1994); Stanley Fish, *The Law Wishes to Have a Formal Existence, in THE FATE OF LAW*; 159 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns, eds., 1991).

62 עניין סילוסטר, לעיל ה"ש 59; השוו לדבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 461/80 עשור נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 451, 453 (1980).

63 בג"ץ 5263/94 הירשזון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 837, 847 (1996); לשלילת זכותו של נאשם להליך ראוי, ראו (1941) 219, 237 U.S. Lisenba v. California; וכן: JEROLD H. ISRAEL & WAYNE R. LAFAYE, *CRIMINAL PROCEDURE: CONSTITUTIONAL LIMITATIONS IN A NUTSHELL* 11 (5th ed., 1993).

64 ראו דבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995).

65 עמנואל גרוס "הזכויות הדיניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם

של הזכות לחירות אישית ולכבוד האדם, העניקה מעמד חוקתי על-חוקי לזכותו של הנאשם להליך הוגן⁶⁶ (Due Process of the Law)⁶⁷. לנוכח גזירה פרשנית זו, יהיו אשר יסברו כי חריגה מכללי הדין מהווה פגיעה בזכות יסוד חוקתית מוקנת של הנאשם. שינוי מרכזי הכובד בין זכויות הפרט לכין טובת הכלל הביא עמו שינוי של מבנה הפירמידה הערכית. כפועל יוצא מכך, במישור הפלילי, הפכו סדרי הדין הפלילי לכלי מרכזי בשירות זכויות היסוד החוקתיות⁶⁸. הזכות המוגנת בהליך הפלילי הינה: הזכות לחירות אישית ולשמו הטוב של אדם ("כתם של עבר פלילי")⁶⁹. מאחר שמדובר בשלילת זכות יסוד, דורש עקרון ה־Due Process כי המשפט הפלילי יתנהל בהתאם לסדרי הדין הקבועים או בהתאם לכללים המתאימים למקרה⁷⁰.

משכך הדברים, חוזרת ועולה השאלה אם נדרש ביטולו של כתב אישום שהוגש נגד קטין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות, לנוכח ריפוי הרטרואקטיבי והחריגה מכללי הדין הפלילי. ניתן לטעון, כי לאור המגמה המתפתחת בדבר קונסטיטוציונליזציה של סדרי הדין הפלילי, הרי שזכותו של הנאשם למנוע את ריפוי הפגם — וכפועל יוצא מכך לדרוש את ביטולו של כתב האישום — נובעת מ"תרופת הבטלות". זאת, לפי העיקרון כי "מקום שבו הזכות, שם התרופה" (*ubi ius ibi remedium*)⁷¹. נקודת המוצא לפי עיקרון זה היא, כי הזכות והסעד שלובים הם זה בזה. ללא הסעד אין קיום לזכות, כשם שללא הזכות אין קיום לסעד⁷². נראה לי, כי הרציונל העומד מאחורי נקודת מוצא זו הינו פשוט: מה טובות הן הענקת הזכות וחקיקת איסור בעל מעמד חוקתי האוסר את הפגיעה בה או שלילתה, אם הפעולה

- והחירות" מחקרי משפט יג 155 (1996); השוו בעניין זה לדבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).
- 66 גרוס, שם, בעמ' 169; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (1994); וכן ראו את דבריה של השופטת דורנר במ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נון(3) 375, 354 (2002); בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוט" המשפט ג 271, 265 (1996).
- 67 על מקורו של הביטוי, ראו את דבריו של השופט Black, In Re Winship, 397 U.S. 358, ב-378-379 (1970).
- 68 ת"פ (מחוזי ת"א) 10345/98 רחמילביץ' נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 12, 28 (1999).
- 69 ע"פ (מחוזי ת"א) 664/95 גולדברג נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(6) 956 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם והחירות" הפרקליט מב 64, 75-76 (1995).
- 70 אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 22 (1996); לאימוץ גישות אלה ראו בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, 755 (1997); בש"פ 6353/02 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נון(1) ג 1, 3 (2002).
- 71 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי — פרשנות חוקתית 703-704 (1994).
- 72 עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 436 (1998) והאסמכתאות אשר הובאו שם.

המנוגדת לאיסור זה עומדת בעינה תקפה ותופסת?⁷³ כוחו ההרתעתי הינו בהנחה, כי בפגיעה בזכות טמון גם הסעד. לאמור, כי התרופה היא אשר נותנת את ביטוייה הממשי לזכות. לשיטתו של השופט ברק, שתיקתו של המחוקק בנושא הסעד, אינה הסדר שלילי. נקודת-מוצאו של השופט ברק היא, כי חוק-היסוד הינו בעל אופי תרופתי הנועד לרפא את הפגיעה בזכויות החוקתיות המעוגנות בו.⁷⁴

עולה מכאן, כי ממילא אין לקבל גישה השוללת את ריפוי של הפגם באופן מוחלט. עם זאת, מאחר שהלכה פסוקה היא שזכויות האדם אינן מוחלטות⁷⁵, הרי שהתשובה לשאלתנו — במובנה המוחלט — צריכה להיות שלילית. חרף זאת, יש להדגיש, כי בנוגע לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכר לא רק הסטטוס השלילי (*Status Negativus*) השומר עליהן מפני פגיעה, אלא מוענק להן גם הסטטוס החיובי (*Status Positivus*) המטיל חובת "עשה" להגנתן⁷⁶. ודוק, כי פסקת הכיבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁷ חובקת את החלטותיו של בית המשפט וקושרת אותן לעקרונות היסוד שבחוק⁷⁸. אשר על כן, במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי לאיזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים בינם לבין עצמם, על השופט להעמיד את הערכים והאינטרסים המתנגשים זה לעומת זה, ליתן לכל אחד מהם משקל ולאזן ביניהם על-פי משקלם בנקודת החיכוך. במסגרת איזון זה, תהא ידו של הערך או האינטרס הכבד ביותר על העליונה⁷⁹. בכך, מעניק בית המשפט, בבדיקתו את ריפוי של הפגם בכתב האישום, ביטוי ממשי לכך שעסקינן בזכות יסוד חוקתית, תוך איזון אינטרסים פרופורציונלי בהתאם לנסיבותיו של המקרה הנדון. דעתי היא, כי בחינה שיפוטית זו אף תואמת את המגמות המשפטיות העכשוויות אשר נתפתחו במסגרת שיטתנו המשפטית באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית. דוקטרינה הדוגלת בגישה כי בכל מקרה בו נפל פגם משפטי — בין בגדר הסמכות ובין מחוץ לסמכות — יש לבדוק, בראש ובראשונה, את נסיבות המקרה, את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן לפי הנסיבות⁸⁰. לא כל טעות —

73 ראו לעניין זה התייחסותו של פרופ' עמנואל גרוס, שם; השוו לדבריו של השופט Clark, בנוגע לפסילתן של ראיות מכוח "תרופת הבטלות" ב-Mapp v. Ohio, 367 U.S. 543, 656 (1961).

74 גרוס, שם, בעמ' 439.

75 ברק, לעיל ה"ש 71, בעמ' 475; וכן ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 335 (1995); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 242 (1988).

76 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 273 (1994); ברק, שם, בעמ' 364; וכן ראו לעניין זה ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2006(2) 1093 (2006), ס' 52 לפסק דינה של השופטת ביניש.

77 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

78 בש"פ 2910/00 כהן נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1069 (2000); וכן ראו עניין הירשזון, לעיל ה"ש 63, בעמ' 847.

79 ברק, לעיל ה"ש 71, בעמ' 216.

80 בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 203 (1999).

ואפילו תהא הפרה מהותית של הדין – גוררת בטלות אוטומטית. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. לפיכך, שיקולים שונים, כגון צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה ואף למנוע את ביטול ההחלטה הפגומה⁸¹. לכן, ראוי לנהוג בטיפול משפטי דו־שלבי: בשלב הראשון, יש לברר ולאבחן את המהות ואת החומרה של הפגם; בעוד שבשלב השני יש להתאים את הסעד לפגם ולנסיבות נוספות של המקרה. לשם בחינת ריפוי הפגם, קבעה הפסיקה – אגב אורחא – כמה קריטריונים אשר על בית המשפט להביא בגדר שיקוליו, בטרם יעניק את הכשרו השיפוטי להליך הריפוי⁸². חשוב לציין, כי אין מדובר בקריטריונים מצטברים, ומשקלו של האחד יכול לגבור אף על משקלם המצטבר של האחרים.

1. סמיכות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור ההעמדה לדין
סמיכות הזמן הינה קריטריון עובדתי המסייע בבחינת הגינות ותום ליבן של רשויות התביעה⁸³, שכן זכותו של אדם להגנה על כבודו היא זכותו כי המדינה תנהג בו במידת יושר ותפעל בעניינו באורח סביר וכשר. לפיכך, מבחינת הזכות להליך ראוי, הרי שיש להעמיק ולחקור באשר לתקינות ההליך המינהלי, לשיקולי היועץ המשפטי לממשלה ומי מטעמו, לסבירות החלטתם, לתום לבם, וכדומה⁸⁴. חרף האמור לעיל, קיים קושי מעשי בהעמקת החקיקה השיפוטי לתוך שיקוליהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל רשויות התביעה הרלוונטיות. הטעם לכך הוא, שבחינת כשרות הסכמתו הרטרואקטיבית של היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין, הינה בבחינת העלאת טענה מקדמית נגד כתב האישום⁸⁵. ככלל, טענות מקדמיות נגד עצם האישום, הינן טענות בג"ציות באופיין המכוונות נגד החלטה של רשות מינהלית. אבחנה זו הודגשה בפסיקה, אשר קבעה, כי הליך ההעמדה לדין מורכב משני פנים: ראשית, קיים הפן הפלילי אשר נבדק בידי "בית משפט פלילי", ולעניין הטענות המקדמיות הוא נבחן לפי המסגרת הראויה לכך, באמצעות סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; ושנית, קיים "הפן המינהלי" אשר נמדד על-פי שיקולים שבהם נמדדת כל

81 רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 684–685 (2001); בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 306, 291 (1994); בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נג(2) 177, 194–195 (1996); ת"פ (מחוזי ים) 417/97 מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי לב(6) 652 (1999), פס' 37–38 לפסק הדין; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 679–680 (1996).

82 עניין כהן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 358.

83 ראו דבריו של השופט ברק (כתאוריו אז) בבג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, 777 (1979), ס' 7 לפסק הדין.

84 ת"פ (מחוזי ת"א) 6650/93 מדינת ישראל נ' תומרקין, פ"מ תשנ"ה(4) 415, 421 (1996).

85 ראו לעניין זה את ס' 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע, כי "לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות ובהם פגם או פסל בכתב האישום".

החלטה מינהלית, והוא נתון לפיקוח שיפוטי של בית המשפט הגבוה לצדק⁸⁶. הלכה פסוקה היא, כי התקיפה העקיפה מוגבלת בהיקפה ביחס ישר לבטלותה של ההחלטה המינהלית⁸⁷. בלשון אחרת, הביקורת השיפוטית העקיפה נעוצה בשאלה אם המעשה המינהלי בטל מעיקרו (void) או שמא הוא רק ניתן לביטול (voidable)⁸⁸. ניכר, כי דעה זו נעוצה בחשש, שמא הרחבת יתר של תחומי בדיקת שיקול הדעת עשויה להכביד על "בית המשפט המוסמך" בריבוי של התדיינות. שכן, בכל התדיינות פעוטה יבקש הנתבע או הנאשם לבחון באמצעות ראיות את שיקול דעתה של הרשות⁸⁹.

אף על פי כן, מתקשה אני לאמץ גישה זו. לא בכדי העיר השופט ברק, כי נמנה הוא "עם אלה, המטילים ספק בתבונתה של ההבחנה בין החלטה בטלה (void) לבין החלטה נפסדת (voidable) לעניין התקיפה העקיפה"⁹⁰. דעתי היא, כי ההבחנה בין החלטה בטלה להחלטה נפסדת נעוצה בקונספציה שיפוטית אטומיסטית משהו⁹¹, המשמרת באדיקות את הדיכוטומיה המוסדית בין בתי המשפט השונים. קונספציה המסתייגת מראייה שיפוטית הוליסטית⁹², המביטה ממעוף הציפור על הטרנספורמציה המוסדית, הסטטוטורית ואף הקונסטיטוציונית אשר חלה במשפט הישראלי. אך מן המפורסמות הוא, כי המשפט הוא יצור חי ודינמי אשר אינו קופא על שמריו⁹³.

86 ת"פ (מחוזי ת"א) 360/96 מדינת ישראל נ' בשן, תק"מח (1)97 3739 (1997).

87 ע"א 183/69 עיריית פתח-תקווה נ' טחן, פ"ד כג(2) 402, 398 (1969).

88 יצחק זמיר השפיטה בעניינים מנהליים 22 (מהדורה שלישית, 1997) והאסמכתאות אשר הובאו שם; וכן ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 70856/99 יצקן נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(6) 811 (2000), ס' 17 לפסק דינו של השופט המר.

89 ר"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 812, 820 (1990); עניין יצקן, שם בס' 17 לפסק דינו של השופט המר; ע"פ (מחוזי ת"א) 545/98 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, תק"מח (2)99 4287 (1999) ס' 6 לפסק הדין; ע"פ 80074/99 גרבי נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(6) 6 (2000), ס' 18 לפסק דינו של השופט המר; ע"פ (מחוזי ת"א) 80165/99 מוזס נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כרך לב(9) 538 (2001), ס' 20 לפסק דינו של השופט המר; ע"פ (מחוזי ת"א) 80173/00 מדינת ישראל נ' קורפלי, דינים מחוזי לב(8) 692 (2001), ס' 3 לפסק דינו של השופט המר.

90 עניין מפעלים פטרוכימיים, שם, בעמ' 819.

91 על הקונספציה השיפוטית האטומיסטית ראו והשוו בשוניים המתחייבים, Mirjan Damaska, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View, in COMPARATIVE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN HONOR OF JOHN HENRY MERRYMAN ON HIS SEVENTIETH BIRTHDAY* 91 (David S. Clark ed., 1990).

92 צאו וראו כי הנמקות שיפוטיות נוטות לאמץ גישה הוליסטית, המשמרת קונסטיטוטיות עם קביעות ועקרונות קודמים בתוך השיטה המשפטית; ראו לעניין זה: Barry Hoffmaster, *A Holistic Approach to Judicial Justification*, 15 ERKENNTNIS 159, 161 (1980).

93 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 711 (2001), ס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק; דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 161 (2000), ס' 16 לפסק דינו של השופט אור; ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית — קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(12) 12, 33 (1998), ס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק; ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 264–265.

הוא מתחדש ומתעדכן באופן הרמוני עם סביבתו⁹⁴. מכאן, כי בחינת היקפה של הביקורת השיפוטית העקיפה מחייבת מתן ביטוי הרמוני למלוא השינויים התחיקתיים והיורספרודנטליים אשר חלו בשיטה המשפטית⁹⁵. אמנם, "במשך תקופה ארוכה, החל מתקופת המנדט ועד לפני זמן לא רב, היה המשפט המנהלי נחלתו של בית המשפט הגבוה לצדק", אך "הסיבה לכך נעוצה בטעם היסטורי – מסירת הסמכות לידן בעניינים מנהליים עוד בתקופת המנדט לבית המשפט הגבוה לצדק"⁹⁶. בחינה היסטורית של הדיכטומיה המוסדית בין בג"צ לבין בתי המשפט הנמוכים יותר, תגלה, כי שורשיה נעוצים בשיקולים פוליטיים-מנדטוריים. השלטון הבריטי המנדטורי, אשר נשא אופי צבאי לכל דבר, "חשש להפקיד בידי בתי-משפט השלום וכידי בתי-המשפט המחוזיים את הסמכות החשובה והרגישה של ביקורת השלטון באמצעות הצווים הפרוגרטיביים". ככל הנראה, היה הטעם לכך מבוסס על ההנחה כי בבתי-משפט אלה עתידים היו לכהן שופטים מקומיים, ממוצא ערבי ויהודי. אף כי אלה נחשבו מקצועיים די הצורך לידן נפשות, היסס השלטון המנדטורי מלסמוך עליהם בעניינים הנוגעים לו עצמו. משום כך, הפקיד את הסמכות לביקורת המנהלית בידי בית המשפט העליון, מתוך ההנחה כי "בית-משפט זה יהיה מורכב בעיקרו, כפי שאמנם היה מורכב במשך כל שנות המנדט, משופטים אנגליים שהשלטון יכול היה לסמוך עליהם כי יתייחסו בהבנה אל בעיותיו וצרכיו"⁹⁷. אשר על כן, ניתן לסכם ולומר, כי "בית המשפט הגבוה לצדק נוצר כפי שנוצר מתוך דאגה לטובתו של שלטון זה אשר התייחס בחשד אל תושבי הארץ"⁹⁸.

רקע היסטורי זה, על אף שאינו גורע ממעמדו המשפטי של בג"צ, מציב בסימן שאלה את המשך קיומו במתכונת זו⁹⁹. ואכן, אף כי לאחר קום המדינה נשמרה מתכונת זו ללא שינוי ממשי, הרי שב-25 השנים האחרונות עדים אנו למספר גדל

94 ברק, שם, בעמ' 603–604.

95 צאו וראו כי פרשנות דינמית זו תואמת את תורתו של פרופ' הארט, כפי שאומצה בידי הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 75; פרופ' הארט מבחין בין נורמות ראשוניות (Primary Rules of Obligation) המחייבות, מבחינה נורמטיבית, לבין נורמות משניות. הנורמות המשניות קובעות כיצד נוצרים הכללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנותם וכיצד מוכרעים סכסוכים לגביהם. בגדרן של הנורמות המשניות, מעניק פרופ' הארט מעמד בכורה ל"כלל ההכרה" (Rule of Recognition). כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמדן הנורמטיבי, מיהי הנורמה העליונה ומיהי הנורמה התחתונה. מכיוון שכלל ההכרה משקף את התפישה של הקהיליה בדבר דרכי יצירתן של נורמות במסגרתה, ניתן לשאוב את זיהוין של הנורמות הראשוניות באמצעות מגוון של מקורות: טקסט סמכותי; דבר חקיקה; החלטות שיפוטיות שניתנו בעבר; מנהג נהוג; וכדומה. ראו לעניין זה: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 100 (2nd ed., 1994); וכן ראו עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 357.

96 רענן הר-זהב המשפט המנהלי הישראלי 545 (1997).

97 זמיר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 83.

98 שם, בעמ' 83–84.

99 שם, בעמ' 84.

והולך של עניינים מינהליים המועברים לבתי המשפט הרגילים, הפועלים כערכאות ראשונות של בתי-משפט מינהליים¹⁰⁰.

בחלקה, בוצעה ההעברה באמצעות חקיקה נקודתית אשר העבירה את הסמכות לדון בענייני עתירות אסירים, עתירות נכים, רשימות למוניות, רישוי עסקים וכיו"ב לבתי המשפט המחוזיים¹⁰¹. בחלקה האחר, בוצעה ההעברה על דרך הפסיקה בענייני מכרזים¹⁰², תכנון ובנייה¹⁰³, חברות ברשויות המקומיות¹⁰⁴ וכד'. שיאו של המעבר הסתמן עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, אשר ביקש להעביר לבתי המשפט המחוזיים את הטיפול בסכסוכים המינהליים השגרתיים, תוך שמירת סמכותו של בג"ץ לדון "במקרים חדשים, עקרוניים וחרגניים" בהם טרם נתגבשו אמות המידה הראויות¹⁰⁵. ואכן, עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, נתווספו לסמכותם העניינית של בתי המשפט המחוזיים גם עתירות בענייני: ארנונה, חופש המידע, חינוך (לרבות רישוי מוסדות חינוך, תשלומי הורים, רישום והעברה של תלמידים), מועצות דתיות, רישום עמותות, תירות, כלי ירייה, מינהל אוכלוסין, דיור ציבורי, מפלגות וכיו"ב¹⁰⁶. במרוצת השנים הצטברו פסיקה וספרות ענפות אודות היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה¹⁰⁷ ועל החלטותיהן של רשויות

100 הרחוב, לעיל ה"ש 96; ביסודו של מעבר זה עומדים כמה טעמים עיקריים: ראשית, חל שינוי בגישה שלפיה, עניינים מינהליים "הם על פי רוב מן העניינים העומדים ברומו של עולם"; הגישה המסתמנת כיום, סבורה כי אין להבדיל בין עניינים מינהליים לבין עניינים שיפוטיים אחרים; שכן "אין בהם ייחוד המחייב דיון ראשון בערכאה השיפוטית העליונה של המדינה"; שנית, כמות ההתדיינות הלכה וגדלה עם השנים, והטילה עומס רב על בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק. הצורך להפחית מן העומס, הביא לחלוקה מוסדית חדשה בין בתי המשפט, תוך העברת עניינים מינהליים שונים לסמכותם של בתי המשפט הנמוכים בהיררכיית השיפוטית.

101 מני מזוז "פרורמה בשיפוט המנהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, חש"ס-2000" משפט וממשל 1 235, 233 (2001).

102 בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50 (1991); ראו גם יצחק זמיר "מכרזים ציבוריים בבית משפט אזרחי" משפט וממשל א 197 (2002-2003).

103 בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, תל-אביב, פ"ד מז(4) 37 (1993); ראו גם יצחק זמיר "ענייני תכנון ובנייה – לבית המשפט האזרחי" משפט וממשל ב 257 (2004).

104 רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 167 (1992).

105 עניין בוסקילה, שם, בעמ' 166, ס' 5 לפסק דינו של השופט לזין.

106 התוספת הראשונה לחוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

107 בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326 (1983); בג"ץ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 406 (1989); בג"ץ 806/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(4) 797 (1990); בג"ץ 4162/93 פדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 309, 318-319 (1993); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(4) 1 (1995); בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749 (1994); בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(4) 793 (1996); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2004(3) 1550 (2004); גבירון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 211-227; מיכאל בן-יאיר "הביקורת השיפוטית

התביעה¹⁰⁸. על כן, ספק, אם יש לראות במקרים אלה מקרים "חדשים, עקרוניים וחריגים", הראויים להידון בבג"ץ.

לטענתי, ניתן למצוא תימוכין בטעם נוסף, וחשוב לא פחות, שעניינו במלאכת בירור המחלוקת העובדתית¹⁰⁹. ככלל, נועד בג"ץ לשמש כערכאה ראשונה ואחרונה, על יסוד תצהירים ותצהירים שכנגד¹¹⁰. כיום, אין בג"צ נוהג, בדרך כלל, להתיר חקירת עדים והוא סומך במידה רבה על דיוקם ושלמותם של הנתונים הכלולים בתצהירים המובאים לפניו¹¹¹.

יוצאים אנו למדים, כי ניתן לתקוף את המעשה המינהלי — קרי, את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה — במסגרת הטענות המקדמיות, באמצעות סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, תוך התייחסות לריפוי הרטרואקטיבי כאל פסול הדבק בכתב האישום. לחלופין, ניתן לשאוב את הסמכות לכך מכוח כללי התקיפה העקיפה, באמצעות הסמכות הנגזרת לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. גישה זו תואמת, לדעתי, גם את השינוי החוקתי שחל במערך הזכויות בהליך הפלילי, עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שינוי המאפשר "הפגשה בין ההליכים הפליליים לכללי המשפט המנהלי"¹¹².

לפיכך, יש לאבחן את מישור הסמכות לפי הסעד המבוקש: מתן צו עשה נגד רשויות המדינה הינו בתחום הסמכות של בג"ץ, בעוד שהכרזה על בטלותו של מעשה מינהלי — אגב דיון שבתחום הסמכות של ערכאה שיפוטית אחרת — יכולה להיות נתונה גם לסמכותה של כל ערכאה שיפוטית הדנה בעניין שבתחום סמכותה¹¹³.

על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה' 5 (1996); דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 121 (1996); דפנה ברק-ארו "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 219 (1996).

עניין יחב, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, תק"ע 2000(2) 2048 (2000).

עניין חלפון, לעיל ה"ש 103, בעמ' 41; עניין פסטרנק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 61, ס' 11 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237, 247 (1994), ס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק; בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 465, 449 (1987), ס' 2 לפסק דינו של השופט לוי; בג"ץ 995/89 העדה המרונית בחיפה נ' שר האוצר, פ"ד מד(2) 147, 151 (1990), ס' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג.

ע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד כ(4) 841, 847 (1966).

ראו לעניין זה את לשונה של תק' 18(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984: "בעל דין הרוצה לחקור את מי שהצהיר מטעם בעל הדין שכנגד, רשאי בית המשפט להתיר לו לעשות כן, אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק"; וכן ראו רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק 84 (1991); בג"ץ 761/79 טרוסקין נ' ויינברג, פ"ד לד(2) 461, 463 (1979).

אוקן ושחם, לעיל ה"ש 66.

ת"פ (מחוזי ב"ש) 527/96 מדינת ישראל נ' ציציאשוילי, דינים מחוזי (כ) 438 (1997), ס' 15 לפסק דינו של השופט אזולאי; ואכן, לא בכדי סבר השופט לוי כי "קיים יתרון רב

מכאן, כי נטייתם של בתי המשפט כיום תהא שלא לאפשר תקיפה עקיפה, מקום בו קיימות סמכות ודרך לתקיפה ישירה של האקט המינהלי¹¹⁴. אשר על כן, ניתן לתקוף את תוקפו של המעשה המינהלי גם בתקיפה עקיפה. אך אין פירושו של דבר כי בכל מקרה ניתן יהיה להתיר תקיפה עקיפה מעין זו, ויש לעשות כן במשורה ובמקרים המתאים בלבד¹¹⁵. ומה הם אותם "מקרים מתאימים"? נראה לי, כי נטייתם של בתי המשפט לצעוד במסלול התקיפה העקיפה, תתמקד באותם מקרים בהם התקיפה הישירה לא תעניק לנאשם את מבוקשו, או, לחלופין, תקשה עליו מפאת היעדר אפשרות לחיקור שיפוטי מעמיק של נסיבות המקרה. כפי שהיטיב לציין השופט אור בפרשת קוגן:

"מקומה של טענה זו בערכאה הדיונית, בה מתנהל הליך פלילי, וכדרך כלל לא בבית המשפט הגבוה לצדק. לעניין זה נפסק, כי קבלת טענה כזו בבית המשפט הגבוה לצדק, מחייבת קיומה של תשתית עובדתית ברורה וחד משמעית, שאינה מצריכה הבאת ראיות והערכתן..."¹¹⁶.

לפיכך, יש לראות בערכאה הדיונית כפורום הנוח (Forum Conveniens) לשמיעתן של טענות נגד כתב האישום והגשתו, שעה שלבירורה של המחלוקת תידרש גם בחינתן של ראיות או טענות שבעובדה¹¹⁷.

לאור האמור לעיל, הנני בדעה, כי ככל שחולף פרק זמן ארוך יותר בין מועד הגשת כתב האישום לבין מועד הגשת האישור להעמדה לדין, מתחזקת ההנחה בדבר שקילתם של שיקולים זרים בעת מתן האישור. שכן, לנוכח עקרון השיקום הגלום בסעיף 14 לחוק הנוער – וההנחה כי מועד הגשת כתב האישום משליך על מועד קיום המשפט – קיים חשש שמא הגשתו מחדש של כתב האישום עלולה להביא לידי פגיעה פוטנציאלית בזכותו של הנאשם להליך שיפוטי מהיר (The Right to a Speedy Trial). לפיכך, פועלת ההנחה, כי צפייה מראש של ההשלכות המשפטיות הנובעות מפגיעה אפשרית זו היא אשר הדריכה את התביעה לריפוי הפגם. משכך, ככול שחולף הזמן מעת הגשת כתב האישום ועד מתן אישור ההעמדה לדין, מתחזקת ההנחה בדבר היעדר תום הלב מצד רשויות התביעה¹¹⁸. עם זאת, מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. כלשונה של השופטת בן-פורת:

לעשות שימוש בס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, כדי שלא לפצל את הדיון בין ערכאות שונות, תוך הגבלת תוצאות הממצאים לאותו הליך בלבד"; עניין מפעלים פטרוכימיים, לעיל ה"ש 89, בעמ' 819.

114 רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 648 (2000).

115 עפ"א (מחוזי ת"א) 80182/00 אסיא נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(10) 749 (2001).

116 בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 94 (1997), ס' 18 לפסק הדין.

117 זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42, 57 (2004).

118 תחולתו של עקרון תום הלב על רשויות התביעה, חלה הן מכות המשפט הציבורי והן מכות

"אי-סבירות קיצונית אמנם מעוררת לעתים חשד רציני להעדר תום-לב, אך כשם שאין הנחה חלוטה, שרשות מינהלית נוהגת תמיד בסבירות, כך אין גם להסיק בהכרח מאי הסבירות הקיצונית כוונה בלתי טהורה. לעומת זאת, מקובל גם עלי שאי-סבירות כזאת כמוה כחריגה מסמכות, שכן מוסמכת רשות ציבורית לברור את דרכי פעולתה רק מבין האפשרויות, שאינן מגיעות לדרגת אי-סבירות קיצונית"¹¹⁹.

מן האמור, למדים אנו, כי משלא רופא הפגם בזמן סביר מאז הגשת כתב האישום, הרי שבהיעדר ראיות סותרות לכך, יש לראות באי הסבירות ראייה לחוסר תום לב מצדן של רשויות התביעה. אך מכיוון שחוקה על רשויות התביעה כי בקיאות הן בדין הרלוונטי, הרי שבהיעדר זדון הטמון בהחלטתן, מדובר אם כן בטעות. לפיכך, על בית המשפט לבחון אם מדובר בטעות בתום לב¹²⁰. בחינה זו תואמת את ההנחה, כי ישנן טעויות אשר נעשות שלא בתום לב. לאמור, כי אף שאינן נגועות בחוסר יושר או בשחיתות, נגועות הן באי-תשומת-לב בולטת או בחוסר זהירות. ניתן לזהות טעויות כגון אלה כטעויות אשר נגועות ב"עצימת עיניים" מכוונת (Willful Blindness) מצדן של רשויות התביעה¹²¹. דוגמאות לטעויות אלה עשויות להימצא בפרשנות מוטעית של הוראות הדין, מבלי לערוך בדיקה מחקרית-משפטית טרם קבלת ההחלטה הקונקרטית (כגון, פרשנות מוטעית בדבר הפסקת מירוץ ההתיישנות של סעיף 14 לחוק הנוער)¹²².

כך גם עשויה להימצא טעות, מקום בו תאריך ביצוע העבירות אינו ברור דיו (לשם הכרעה בדבר תחולת דיני ההתיישנות של חוק הנוער), ולא נעשה מאמץ ראוי בידי רשויות התביעה לברר את התאריך המדויק. מכיוון שעל רשויות התביעה מוטלת החובה לייצג את האינטרס הציבורי – ובכלל זה את זכויותיו הדיוניות של הנאשם¹²³ – ולא רק להוות "צד אדוורסרי בדין", הרי שבמקרים כגון דא, ניתן לומר כי מדובר בחוסר תום לב. שכן אי-העמקת הבדיקה מקפחת את

תחולתו במסגרת הדין פלילי; ראו לעניין זה בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד (2) 449, 465 (1982); וכן ראו דן ביין "לשאלת עיקרון תום הלב בדין הפלילי" פלילים ד 101, 104–108 (1994).

119 עניין לוגסי, שם.

120 השוו לניסוח הסיפא לס' 13(א)(2) לחוק האזנות סתר, התשל"ט-1979: "האזנת סתר שנעשתה שלא כדין בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנות סתר, לא תהיה קבילה כראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית" (ההדגשה שלי – ג' פ').

121 ראו את גישתו של השופט הנדל בע"פ (מחוזי כ"ש) 7336/97 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, תק"מ 398 (3) 1548 (1998), ס' 8 לפסק דינו; וכן את דבריו של הנשיא לרון בעניין זה.

122 על חובתו של פרקליט מטעם המדינה לערוך בדיקה משפטית טרם קבלת החלטה, ראו: United States v. Vastola, 989 F.2d 1318, 1327 (3rd Cir., 1993).

123 ע"פ 4765/98 אבר-סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832, 840–839 (1999); וכן ראו פרקליטות 2000 – דין וחשבון 2 (התש"ס).

זכויותיו המוקנות של הקטין, ובהיעדר הבדיקה מבקשות רשויות התביעה להשיג יתרון טקטי מבחינה דיונית¹²⁴.

במקרים אלה, על בית המשפט לבחון את היקף תום לב של "הטעות", לפי סטנדרט של "זהירות סבירה" ("reasonable prudence"). בחינה זו משלבת, לטעמי, מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי כאחד: מחד גיסא, בחינה קונקרטית של התנהגות רשויות התביעה, המהווה חיקור שיפוטי לקביעת העובדות והנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון, תוך בחינת הסבך המוצע של רשויות התביעה (Whether the proffered explanation was the actual reason); ומאידך גיסא, בחינת אובייקטיבית של התנהגות רשויות התביעה על-פי סטנדרט אובייקטיבי הנדרש מתובע בנסיבות אלה (A Prudent Prosecutor)¹²⁵. כך, למשל, לפי בחינה משולבת זו, לא התערב בית משפט מחוזי פדרלי בארצות הברית בנוגע להתנהגותה של תובעת פדרלית, אף כי זו טענה בפרשנות הדין מבלי לערוך בדיקה מחקרית כלשהי. זאת, מכיוון שהתובעת התייעצה עם הפרקליטים הממונים עליה והמנוסים ממנה, וגישתה הפרשנית תאמה את הלך הרוח במחוז בו עבדה¹²⁶.

על כל פנים, יש לזכור כי עקרון תום הלב נועד להביא את הצדדים לכלל התנהגות אשר תגשים את ציפיותיהם הסבירות מההלך המשפטי בו הם נתונים. אי לכך, הצד הכפוף לעקרון תום הלב חייב לנקוט התנהגות "אלטרואיסטית". קרי, עליו לפעול להגנת האינטרס של הצד האחר, פרט לקבוע בנורמה המשפטית המסדירה את יחסיו עם אותו צד¹²⁷.

משהוכח חוסר תום לבן של רשויות התביעה הכללית, עומד לרשות הנאשם סעד משפטי בדמות האפשרות למניעת השתכללות הפעולה של הצד המפר¹²⁸. בנסיבותיו של חיבור זה, הרי שהסעד המשפטי, העומד לרשות הנאשם, הינו מניעת התביעה מלהביא לריפוי הפגם אשר דבק בכתב האישום.

2. ההנחה כי שיקולי ההעמדה לדין נשקלו לגופם ובאורה עצמאית
כאמור, הגשת כתב אישום נובעת מן ההחלטה להעמיד את החשוד לדין. החלפת הסדר במקרה שאירעה תקלה, עלולה לעורר חשש שמא החלטה מאוחרת בדבר

124 עניין *Vastola*, לעיל ה"ש 122.

125 ראו את פרשנותה של Leslie C. Griffin למשמעות הביטוי "By 'prudent', the Supreme Court presumably meant cautious or careful, perhaps pragmatic. Prudence also means the habit of good judgement. Prosecutors need good judgement (not just caution or pragmatism) because a large part of their job is discretionary" (ראו: Leslie C. Griffin, *The Prudent Prosecutor*, 14 GEO. J. LEGAL ETHICS 259, 261 (2001)).

126 *United States v. Vastola*, 830 F. Supp. 250, 256 (D.C.N.J., 1993).

127 ביין, לעיל ה"ש 118, בעמ' 102–103; וכן ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 552–553 (1993).

128 בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"ש בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 835 (1980); ביין, שם, בעמ' 104.

העמדה לדין נועדה להכשיר למפרע את מהלך הגשת כתב אישום שנעשה קודם זמנו, ובלא שנשקלו השיקולים הדרושים לעניין באורח מלא ועצמאי¹²⁹. מאחר שמדובר בהחלטה בעלת אופי מינהלי, הרי שככלל, נהנה היועץ המשפטי לממשלה מחזקת התקינות (the presumption of regularity)¹³⁰, שלפיה חזקה על פעולה מינהלית שנעשתה כדין. עם זאת, זוהי, כמובן, חזקה הניתנת לסתירה (rebuttable presumption). לפיכך, על זה אשר מבקש לסתור את החזקה מוטל הנטל לטעון ולהוכיח עובדתית, כי במקרה הנדון זו נסתרה¹³¹.

אלא שאין בידי לקבל גישה זו. משקיימת טענה בדבר פגיעה קשה באחת מזכויות היסוד החוקתיות, יש בחשיבות העניין כדי לכרסם בחזקת התקינות וכדי לדרוש מרשויות התביעה כי יציגו לפני בית המשפט את מלוא העובדות והטעמים התומכים בהחלטתה¹³². לא רק זאת, אלא שבהיעדר גילוי הנימוקים, אין לעותר במה להיאחז. שכן, כידוע, "עם ספינקס לא מדברים"¹³³.

מכיוון שהכשרה למפרע של אישור ההעמדה לדין הינה החרג לכלל, ניתן, לדעתי, לגזור גזירה שווה מהוראותיו של סעיף 15 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985, שלפיהן "קביעת עבירה כעבירה מנהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו".

בפרשת אפרתי נקבע, כי לשונו של הסעיף מטילה על התובע נטל של הסבר על שום מה ולמה אומר הוא כי יש לנקוט הליך פלילי תחת הליך מינהלי. ודוק, כי התובע מוסמך לעשות כן, רק אם הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת "מטעמים שיירשמו"¹³⁴. לשיטתו של בית המשפט, יש בחובת הרישום כדי להעיד על הצורך

129 על עצמאותו של התובע בעת הליך ההעמדה לדין, ראו עניין גנור, לעיל ה"ש 31, שם, בעמ' 512; וכן ראו "עצמאות התביעה הפלילית" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1001 (התשס"ד).

130 יפים הם לשם ההמחשה דבריו של השופט מצא, לפיהם "חזקה על היועץ המשפטי לממשלה, כי בטרם ייתן הסכמתו להגשת כתב-אישום בגין עבירה שנעברה מחוץ לתחום, יבדוק וייווכח שכל התנאים החיוניים להעמדת סמכות השיפוט של בית המשפט בישראל אכן מתקיימים"; עניין אבו דקה, לעיל ה"ש 49.

131 ראו דבריו של השופט מלך ברע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הגליל המערבי, פ"ד מד(2) 417, 419 (1990).

132 יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 305 (1993); וכן ראו לעניין זה את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 4146/95 עיזבון המנוחה לילי דינקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד נב(4) 774, 793 (1998).

133 בג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505, 513 (1979); בג"ץ 111/52 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541 (1952), ס' 1 לפסק דינו של השופט לנדר; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 526 (1992), ס' 5 לפסק דינו של השופט חשין; בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695, 706-707 (2002), ס' 12 לפסק דינו של השופט טריקל.

134 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוטספלד, פ"ד מו(3) 501, 509 (1992); סבורני, כי יש לראות בפירוט הטעמים כחלק מחובת ההנמקה המנהלית; על חשיבותה של חובת ההנמקה והתועלת

בקיומם של טעמים בני משקל ועל הרצינות הכרוכה בהחלטה לנקוט הליך פלילי (קרי, להגיש כתב אישום)¹³⁵.

אף כי סבורני, שהדרך הנאותה לעשות כן היא באמצעות פירוט אותם טעמים בכתב ההסכמה של היועץ המשפטי לממשלה, אכן ייתכנו נסיבות בהן לא יהיה זה ראוי לפרט לפני בית המשפט את הטעמים הללו. טלו, לדוגמה, טעמים כגון עברו הפלילי של הקטין המואשם¹³⁶. לפיכך, ניתן לרשום את הטעמים הללו בתיקו של הקטין בפרקליטות¹³⁷.

סבורני, כי לאור ההבדלים הקיימים בין הכשרה למפרע לבין המרתו של הליך מינהלי בפלילי, הרי שרק במקרים כגון אלה ניתן יהיה להימנע מפירוט הנימוקים במסגרת ההסכמה בכתב. על כל פנים, במידה שטעמים אלה אכן נרשמו בתיק הפרקליטות, הרי שקמה לקטין ולבא כוחו הזכות לעיין בהם. ודוק, כי לכך נמצא תימוכין בגישת הפסיקה במקרה של המרת הליך מינהלי בהליך פלילי¹³⁸. לשיטתו של השופט חשין, מדמה עצמה התרשומת המפרטת את הטעמים, לפרוטוקול של בית משפט, ומכאן קמה זכותו של הנאשם לעיין בה. ודוק, כי "נדע אפוא, שנאשם אינו אך זכאי לדעת על דבר הטעמים שהניעו את הפרקליטות להגיש כתב-אישום נגדו לבית-משפט, אלא זכאי הוא אף לעיין בהם במקור (או בצילום)"¹³⁹.

לא רק זאת, אכן ייתכן שיתעוררו הנסיבות בהן עמימות הנימוק והפירוט של הטעמים ידרשו התחזקות מעמיקה של ההגנה אחר הטעמים המצדיקים את החריגה הפרוצדורלית. במקרים אלה, לא מן הנמנע כי ההגנה תדרוש עיון בתרשומות הפנימיות של רשויות התביעה – תרשומות המצביעות על שיקוליה בעת גיבוש החלטתה בדבר העמדה לדין.

דרישה זו עלולה להיתקל בקושי משפטי ומעשי, שכן כבר נקבע בעניין זה, כי דו"חות אלה מהווים, ברוב הפעמים, חוות דעת אישית של עורכם והם בגדר ניירות עמדה, שמן הראוי שיהיו חסריים. כל זאת, על מנת לאפשר לרשות את מרחב

הטמונה בה ראו: זמיר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 897–898; יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 7–9 (2002); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987); משה לנדוי "הלכה לשיקול דעת במשפט" משפטים א 292, 303 (1968–1969); רות גבזון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89, 92 (1972); אליאב שוחטמן "חובת ההנמקה במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-1 319, 322 (התשל"ט–התש"ם); ע"א 377/81 נבואני נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 726, 728 (1983); רע"פ 1516/90 יקב הגליל בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 90(2) 1061 (1990); ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 30 (2002).

135 עניין אפרתי, שם בעמ' 510.

136 שם.

137 ראו והשוו בשנייה המתחייבים לדבריו של הנשיא שמגר ברע"פ 91/92 קאסם נ' מדינת ישראל, תק-על 92(1) 1493 (1992), ס' 2 לפסק הדין.

138 עניין אפרתי, לעיל ה"ש 134, בעמ' 512.

139 שם, בעמ' 512.

המחיה הדרוש לה לקבלת החלטות בלא השפעות חיצוניות, הנובעות מחשיפת המידע בדרך לקבלת ההחלטה¹⁴⁰.

יש אשר יראו בחיוב התביעה לחשוף — ולו באופן חלקי — את תרשומותיה הפנימיות בבחינת "עין תחת עין"¹⁴¹. שכן, סטייה מכללי הדין הרגילים מחד גיסא, מחייבים סטייה מאזנת מכללי הדין הרגילים, מאידך גיסא. על כל פנים, יצוין, כי לנוכח לשונו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ועל פי הפסיקה אשר נארגה לפיו¹⁴², הרי שמבחינה דיונית, אי-אפשר לשאוב את סמכות החיוב מכוח סעיף זה. לדעתי, סמכותו זו של בית המשפט, לחיוב רשויות התביעה להצגת תרשומותיה הפנימיות, יכול שתישאב משלושה מקורות:

צו להצגת חפץ: מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)¹⁴³, קונה בית המשפט סמכות להורות לכל אדם להמציא לידו חפץ הדרוש לצורכי

140 כ"פ 1780/96 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334 (1996); ע"א 7759/01 עיתון הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים, דינים עליון סז 902 (2004), ס' 8–11 לפסק דינו של השופט מצא; על הרציונל העומד מאחורי שיקולים אלה ראו: United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 705 (1974), להרחבה אודות אי-הכללתם של מסמכים פנימיים בגדר "חומר חקירה"; ראו כ"פ 4285/97 אופנהיים נ' מדינת ישראל, תק-על 97(3) 1053 (1997); כ"פ 62/02 מדינת ישראל נ' נרקיס, פ"ד נו(4) 625 (2002).

141 שמות כא, 24; ויקרא כד, 20.

142 ראו את דברי השופט כך, אשר סבור, כי "אין לפרש את המונח 'חומר החקירה' שבסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי פירוש דווקני ומצמצם, המגביל את תחולת הסעיף לחומר הראיות, המתייחס אך ורק במישור למעשה העבירה המיוחס לנאשם. 'חומר חקירה' במובן ההוראה האמורה, גם ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע"; בג"ץ 233/85 אל החוילי נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(1) 124, 129 (1985); כ"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הורוביץ, פ"ד נא(5) 224, 229 (1997); כ"פ 2632/00 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(0) 1287 (2000), ס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין; כ"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 625 (2000), ס' 8 לפסק דינו של השופט זמיר; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625, 633 (2003), ס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש; לנוכח הוראות ס' 485(4) ר(5) לחוק סדר הדין הפלילי, מורכב האישום משני חלקים: "פרשת העובדות" — בו מפורטות העובדות המהוות את "הפרשה" נושא האישום, תוך שימת דגש על אותן עובדות העומדות בבסיס אחריותו של הנאשם לעבירות המיוחסות לו; "הוראות החקיקה" — בו מפורטות הוראות החוק הקובעות את העבירות, לאמור, את האיסורים שביצועם מיוחס לנאשם; ראו לעניין זה יעקב קרמי על סדר הדין בפלילים: הליכים שלאחר כתב אישום חלק שני 662 (מהדורה מעודכנת, 2003); מכיוון שבדיקת בית המשפט מתייחסת לשיקולי ההעמדה לדין ולא לעובדות האירוע, או להוראות החקיקה, אין לומר כי תרשומותיה הפנימיות של התביעה הינן בגדר "ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע".

143 פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח משולב], התשכ"ט–1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי); להרחבה אודות ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, ראו יעקב קרמי על סדר הדין בפלילים: הליכים שלאחר כתב אישום חלק ראשון 534–539 (מהדורה מעודכנת, 2003); ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9 (2004); ע"פ (מחוזי חי') 496/96 מדינת ישראל נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, דינים מחוזי כו(6) 652 (1997).

המשפט. וראו כי המונח "חפץ" הינו: "לרבות תעודה, מסמך, חומר מחשב או בעל חיים"¹⁴⁴.

צו להמצאת מסמכים: כידוע, על תכלית החקיקה ניתן ללמוד ממקומה של ההוראה בחוק, ממבנהו הכללי של החוק וממקומו במערך החקיקה הכללי¹⁴⁵. אי לכך, הרי שניתן לסבור כי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי אינו הוראת החקיקה המתאימה לשם חיוב רשויות התביעה להמצאת התכתובות הפנימיות. כלשונו של השופט פלפל:

"יש חשיבות לעובדה שסעיף זה מצוי בדבר החקיקה הנוגע לשלב הקודם להגשת כתב האישום. כפי ששם החוק מעיד על עצמו הוא נוגע למעצרים ולחיפושים ומכאן אנו למדים שהפקודה בכלל ובסעיף 43 בפרט לא מתאימה להזמנה להשיג חפץ במהלך המשפט — אלא בשלב שלפני הגשת כתב האישום"¹⁴⁶.

לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, רשאי בית המשפט — בין לבקשת בעל דין ובין מיוזמתו — לצוות על כל אדם להמציא לבית המשפט "מוצגים" אשר ברשותו. זאת, בין במסגרת מסירת עדות כ"עד" ובין במסירת המוצג למזכירות בית המשפט שלא במסגרת עדות. מקום שבו נדרשים זיהוי המוצג ואימותו, יוגש המוצג במסגרת מסירת עדות; ואילו מקום בו זיהוי ואימותו נעשים על ידי עד אחר, ולמשמורת שבה מוחזק המוצג אין כל חשיבות, ניתן להסתפק במסירת המוצג למזכירות בית המשפט¹⁴⁷.

"סמכותו הטבועה של בית המשפט": אם, בכל זאת, יימצא שסעיפים אלה אינם מתאימים, הרי שבהיעדר הוראה חוקית ספציפית, נראה, כי זהו המקרה המובהק שנכלל בגדר סמכותו הטבועה של בית המשפט (inherent jurisdiction of the court), על מנת למלא את התפקיד שלמענו קיים בית המשפט והוא קיום משפט

144 ס' 1 לפקודת סדר הדין הפלילי.

145 עניין חצור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 74; ע"א 176/84 ברקסון (הרץ) נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד (2) 589, 593 (1986), ס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 673 (1994), ס' 10 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; ע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' דיקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד נו(1) 1, 18 (2001), ס' 1 לפסק דינו של השופט לוי; ע"א 6126/98 חברה חלקה 510 בגוש 6043 בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה — חולון, פ"ד נה(4) 769, 777 (2001), ס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 3489/99 מנהל מס שבח מקרקעין — חיפה נ' עברי, פ"ד נו(5) 589, 598 (2003), ס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין; רע"א 3784/00 שקם בע"מ נ' עיריית חיפה, פ"ד נו(2) 481, 491 (2003), ס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א (מחוז ת"א) 744/93 נכסי כהנים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"מ תשנ"ה(2) 89, 94 (1995).

146 ע"פ (מחוזי ב"ש) 7267/98 לגזיאל נ' מדינת ישראל, תק"מ 99(2) 1396 (1999), ס' 7 לפסק דינו של השופט פלפל.

147 קדמי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 745.

וצדק¹⁴⁸. סמכות זו באה להפקיד בידי השופט — לצד ההוראות המפורשות בדין — את האמצעים על מנת להבטיח את תקינותו ויעילותו של הדין¹⁴⁹. לגישתו של השופט חשין:

”הסמכות הטבועה אינה אלא אותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו, הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלשמו הוא קיים: משפט וצדק. סמכות זו, היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניהן בו [...] הסמכות הטבועה פורשת עצמה על פני כל תחומי פעילותו של בית-המשפט ויש שבית-המשפט יעשה בו שימוש בתחום המשפט הפלילי למניעת אי צדק לנאשם או למניעה של פגיעה בהגינות ההליך הפלילי”¹⁵⁰.

סמכותה הטבועה של הערכאה השיפוטית לקבוע את סדרי הדין הינה, אם כן, בעלת חשיבות רבה. בלעדיה לא תיתכן עבודה שיפוטית תקינה. משכך, סמכות זו הינה רחבה למדי ומשתרעת על פני כל עניין המתרחש באולם בית המשפט או מחוצה לו, והקשור למשפט¹⁵¹. יחד עם זאת, מדובר בסמכות שלטונית והפעלתה דורשת סבירות, קרי — עריכת מאזן ראוי של הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש להביא בחשבון¹⁵², כגון טענת החיסיון השלטוני למסמכים פנימיים אשר נערכו בידי רשויות התביעה.

מן המקורות אשר פורטו לעיל, נראה לי, כי הדרך הראויה ביותר לחייב את רשויות התביעה להמצאת התרשומות הפנימיות הינה באמצעות עשיית שימוש בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. שכן, המצאת המסמכים נועדה להתחקות אחר שיקולי ההעמדה לדין אשר הנחו את היועץ המשפטי לממשלה. לפיכך, הרי שלא מן הנמנע כי, בנסיבות מסוימות, יכול שייווצר מצב בו עשויה עדותו של זה לפני בית המשפט — או של מי מנציגיו — להיות חיונית¹⁵³.

כאמור, משנבחשו רשויות התביעה להציג לפני בית המשפט את התרשומות הפנימיות, תועלה שאלת החיסיון השלטוני לידי דיון. חיסיון זה — executive privilege — בא להבטיח את חופש ההתבטאות של עובדי הרשות¹⁵⁴. עקרון

148 עניין לגויאל, לעיל ה"ש 146, פסק דינו של הנשיא לרון.

149 קדמי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 827.

150 בש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 293, 303 (2001).

151 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 491, 500 (1994).

152 שם, בעמ' 501.

153 מן הצד השני יש לציין את הסתייגותה של השופטת רוטלוי, שלפיה חוות-דעתו של פרקליט ומערכת השיקולים העומדת מאחוריה אינן עניין לעדות בבית המשפט. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 מדינת ישראל נ' בדר, דינים מחוזי לג(1) 610 (2000).

154 ראו לעניין זה את דבריו של השופט גולדברג בבג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 39, 44 (1997).

חשיפת האמת וחשיבותו להליך השיפוט¹⁵⁵, מחייבים כרסום בחיסיון השלטוני ואת חיובן של רשויות התביעה להציג לפני בית המשפט את העובדות והטעמים התומכים בהחלטתן. שכן, חשיפת ההתדיינויות הפנימיות היא אמצעי דיוני, אשר נועד לשרת את ההכרעה השיפוטית בטענתה המקדמית של הסניגוריה¹⁵⁶. לגישתה של פרופ' נינה זלצמן, ההכרעה השיפוטית בדבר חסימת מידע מבית המשפט צריך שתהא דו-שלבית¹⁵⁷: בשלב הראשון, תעלה השאלה אם אכן יש להתחשב בערך החברתי האחר באמצעות כלל המונע מידע מבית המשפט. בשלב זה, על בית המשפט לשקול כמה שיקולים: אם יש הצדקה לגרוע מערך האמת כדי להגן על הערך החברתי האחר; אם תפקידו של ההליך השיפוט הינו להגשים ערך חברתי אחר שאינו קשור כלל לחקר האמת; אם מניעת המידע מבית המשפט היא אמנם אמצעי ההגנה ההולם לערך האחר; ואם קיימים אמצעים משפטיים אחרים להשגת תכלית זו.

בשלב השני תעלה השאלה באיזו מידה יש להתחשב בערך האחר באמצעות כלל כאמור. מידת ההתחשבות בערך האחר נשקלת לאור הפגיעה הצפויה בערך של גילוי האמת¹⁵⁸. ההכרעה בין האינטרסים המתנגשים תהא לפי העדיפות היחסית¹⁵⁹, ותיבחן לפי נוסחת האיזון העקרוני. לשם כך תהא חשיבות, בין היתר, למידת חיוניותו של המידע לחקר האמת העובדתית.

בסוגיה בה עסקינן, התדיינויות פנימיות אלו (אשר כוללות סיכומים פנימיים, חוות דעת משפטיות והתכתבויות פנימיות) מופקות בידי עובדי משרד המשפטים ורשויות התביעה האחרות, כחומר עזר לגיבוש עמדתם בעניינים התלויים ועומדים בבתי המשפט. חשיפתם, ולו אף בדרך מוגבלת, עלולה, ללא ספק, להכביד על תחושת חופש ההתבטאות של עובדי רשויות התביעה (a chilling effect), ואף להוביל להקפדה זהירה על אופן ההתבטאות וההתנסחות בעתיד. חרף זאת, עומד החיסיון השלטוני באופן יחסי ולא אבסולוטי. נסיגתו אפשרית — ואף מתחייבת — בפני ערכים ועקרונות אחרים הגוברים על חופש הדעות השלטוני-הפנימי. דעתי היא, כי לנוכח הפגיעה הקשה בזכותו הקנויה של הנאשם לידון לפי הדין הפרוצדורלי החרות, יש חשיבות רבה לחיקור השיפוט אודות שיקוליהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל רשויות התביעה.

על כל פנים, חשוב לציין, כי חיוב התביעה לחשוף את תרשומותיה הפנימיות אינו מביא בהכרח לחשיפת חומר זה ברכים ולפני בית המשפט. ציווי לחשיפת

155 ראו לעניין זה אהרן ברק "משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12 (1996); וכן ראו: Estes v. Texas, 381 U.S. 532, 540 (1965); R. v. Nikolovski [1996] 111 C.C.C. (3d) 403, 409.

156 השוו בעניין זה בעניין יחב, לעיל ה"ש 154, בעמ' 42.

157 נינה זלצמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית — מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263, 265–266 (2001).

158 ראו לעניין זה את דבריו של השופט גולדברג בע"פ 5395/96 ג'עברי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 640, 633 (1998).

159 ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729, 737 (1984).

החומר אך מעביר את השיקול לידי התביעה הכללית, אם להמשיך בניהול ההליך הפלילי הנוכחי, או, לחלופין, לחזור בה מאישומיה ולהגיש את האישומים מחדש¹⁶⁰. סבורני, כי את המקור לחיוב התביעה לחשוף את נימוקיה וטעמיה ניתן לגזור גם מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. שכן, אלה מורים כי נטל ההוכחה בדבר אשמתו של הנאשם מוטל על שכמה של התביעה. נטל ההוכחה (The Burden of Proof) כולל הן את "נטל השכנוע" והן את "חובת הראיה".

"נטל השכנוע" פירושו החובה להוכיח בראיות את קיומה של עובדה ברמת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי. לדעתי, אין צורך בהוכחה מעבר לספק סביר, כי אם במידת הוכחה¹⁶¹ של "ראיות ברורות, משכנעות וחד-משמעיות" (Clear, "Cogent and Convincing Evidence"). השימוש במידת הוכחה זו באה לאותת לשופט בדבר חשיבות האנטרסים אשר עומדים לדין¹⁶². מדובר, אם כן, במידת הוכחה שלישית, שהיא מעין "רמת-ביניים", בין מידת ההוכחה הפלילית לבין מידת ההוכחה האזרחית. מידת הוכחה זו הינה יותר מ"עודף הסתברות", אך פחותה מאשר "מעבר לכל ספק סביר". מידת שכנוע זו צריכה להגיע לדרגה של הסתברות גבוהה (Highly Probable)¹⁶³.

"חובת הראיה", פירושה החובה המוטלת על בעל דין להביא את ראיותיו¹⁶⁴. לפיכך, התביעה היא אשר נושאת ראשונה ב"חובת הראיה", לאמור, כי היא אשר חייבת להציג ראשונה את ראיותיה¹⁶⁵. מכאן למדים אנו, כי משנתעוררה ההנחה, שלפיה נשקלו שיקולים זרים בידי היועץ המשפטי לממשלה, נושאת התביעה בנטל ההוכחה לסתור הנחה זו.

160 השוו בעניין זה לדבריו של השופט ברק, לעניין חשיפת ראיה חסויה בבש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 770 (1993); ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 721, 725 (1999), ס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר; ב"ש 64/87 ואנוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 533, 538 (1987), ס' 4 לפסק דינו של השופט כץ; ע"פ 112/89 כיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 462, 459 (1991), ס' 7 לפסק דינו של השופט כץ.

161 קיים הבדל בין "נטל השכנוע" לבין "מידת ההוכחה". מידת ההוכחה מתייחסת לדרגת ההסתברות הנדרשת לשם קביעה כי ממצא מסוים אכן נכון. ראו בעניין זה: IAN H. DENNIS, THE LAW OF EVIDENCE, 370 (2nd ed., 2002).

162 הסבר ראוי לגישה זו ניתן למצוא בדבריו של השופט Harlan: "To meet due process demands in commitment proceedings, the standard of proof has to inform the fact finder that the proof must be greater than the preponderance-of-the-evidence standard applicable to other categories of civil cases"; וכן: Addington v. Texas, 441 U.S. 418, 431-433 (1979).

163 אליהו הרנון דיני הראיות כרך א 216 (1977).

164 ע"פ (מחוזי ים) 1099/97 מיכאלי נ' מדינת ישראל, תק-מח 2168 (2)98 (1998), ס' 8 לפסק הדין.

165 יעקב קדמי על הראיות — הדין בראי הפסיקה חלק שלישי 1227 (1999); ראו גם את דבריו של: Mr. Justice Brennan בדבר עיגונו של כלל זה כעיקרון חוקתי הנובע מהזכות להליך ראוי: *In Re Winship*, לעיל ה"ש 67, שם בעמ' 364.

3. העובדה כי טרם נעשה צעד דיוני

קריטריון זה הינו מבחן עובדתי הנגזר מזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן (due process), הבוחן את היקף הפגיעה הקונקרטית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. שכן, כל עוד לא נעשה צעד דיוני כלשהו, הרי שאין לומר (בהיעדר ראיות סותרות לכך), כי קופחו זכויותיו הדיוניות של הנאשם. מכאן, כי השיקולים האמורים להדריך את בית המשפט הינם הקפדה יתירה, שמא הגנתו של הנאשם לא תקופח, וכי אין כל ספק בדבר הגינותו של הדיון¹⁶⁶. אשר על כן, יש ליתן לנאשם את מלוא ההזדמנות "להתאים" את הגנתו בשל אישור ההעמדה לדין הרטרואקטיבי. זאת, למשל, כאשר סעיפי האישום שונו בהוראתו של היועץ המשפטי לממשלה, ועל ההגנה להיערך מחדש בהתאם.

על החשש לקיפוח ניתן ללמוד אף מן המבחן הראשון (סמיכות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור ההעמדה לדין), הבוחן את משך הזמן, אשר עמד לרשות ההגנה להיערך כראוי לדין, מעת קבלת אישור ההעמדה לדין הרטרואקטיבי. לסיכומו של דבר, ניתן לומר, כי המבחן השלישי הינו מבחן מסכם, אשר משקלו פחות משני המבחנים הראשונים. העובדה, כי טרם נעשה צעד דיוני, אינה תחליף לחוסר תום לב מצד רשויות התביעה, או לשקילת שיקולים זרים בידי היועץ המשפטי לממשלה. בלשון אחרת: עם ריפוי השיפוטי של אישור ההעמדה לדין, והפגם אשר דבק בכתב האישום, באמצעות שני המבחנים הראשונים, בא המבחן השלישי להבטיח מניעתו של עיוות דין על ידי בחינת הפגיעה הפוטנציאלית בהגנתו של הנאשם. שכן, בסופו של דבר, טענה מקדמית זו נועדה להבטיח הגנה נאותה לנאשם, ולא לשמש כ"טענת הגנה" מפני הרשעה¹⁶⁷.

4. המועד להעלאת הטענות נגד כתב האישום

הזכות לטעון נגד פגם או פסול בכתב האישום מוענקת לנאשם מכוח סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, כטענה מקדמית. ככול טענה מקדמית לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, יש להעלותה מיד לאחר הקראת כתב האישום. ביקש הנאשם להעלותה בשלב אחר של הדיון, מחויב הוא לקבל את רשותו של בית המשפט¹⁶⁸.

ה. סיכום

במסגרת חיבור זה נעשה ניסיון להתחקות אחר תכליתו של סעיף 14 לחוק הנוער, כמו גם אודות חשיבותו במערך אמצעי ההגנה הפרוצדורליים (Procedural)

166 קדמי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 941-942.

167 שם, בעמ' 942.

168 שם, בעמ' 937.

העמדתו לדין של קטין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות

Safeguards) של נאשמים-קטינים בהליך הפלילי. משהוצגה החשיבות הטמונה בתכליתו של הסעיף, נעשה ניסיון לשרטט קווים מנחים לשם בחינת נקודת האיזון בין האינטרסים המתנגשים כתוצאה מריפוי פרוצדורלי רטרואקטיבי בידי היועץ המשפטי לממשלה. כולי תקווה, כי חיבור זה יאיר את עיניה של מערכת השיפוט לשם בחינה מחודשת של סוגיה זו, לנוכח התמורות הקונסטיטוציוניות אשר חלו בשיטתנו המשפטית ולאור הכללים המנחים אשר נארגו לפיהן.