

# עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו\*\*

מרדכי לוי\*

- א. מבוא
- ב. מהות הטענה והמודלים שבבסיסה
- ג. הערכים והאינטרסים הרלוונטיים והאיזון ביניהם
- ד. המבחן ואמות-המידה המוצעים אל מול המבחנים שנקבעו בעניין יפת ובעניין בורוביץ
- ה. סיכום

## א. מבוא

בגרסה הראשונה והמקוצרת של רשימה זו\*\* (להלן: "הגרסה הראשונה") התייחסתי באופן תמציתי למהות ה"הגנה מן הצדק" (להלן: "הדוקטרינה" או "הטענה"), המודלים שבבסיסה, ובעיקר למידת תחולתה ולמבחן לקבלתה, וזאת על רקע ההלכה והמבחן שנקבעו בע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י<sup>1</sup>. הצבעתי שם, בין היתר, על הקשיים שמעוררים ההלכה המחמירה והמבחן הצר שנקבעו בעניין יפת, וצינתי כי יש מקום להכיר בטענה לא רק במקרים של השתק הרשות ושל התנהגות שערווריתית מצדה. הצעתי מבחן חלופי כולל וגמיש ואמות מידה פונקציונליות לקבלת הטענה במצבים השונים שבהם היא עשויה להתעורר, שעל פרטיהם אעמוד להלן.

\* שופט בית הדין הצבאי לערעורים. תודתי נתונה לפרופ' דן בייך ולחברי מערכת כתב העת המשפט על הערותיהם המועילות.

\*\* עניין בורוביץ, להלן הערה 2. גרסה ראשונה ומקוצרת של רשימה זו התפרסמה תחת כותרת דומה, אם כי לא זהה ("עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי"), בגיליון המשפט 19 (תשס"ה) 80, אשר ראה אור בתחילת חודש מארס 2005.

1 ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד נ(2) 221 (להלן: עניין יפת).

כחודש לאחר פרסום הגרסה הראשונה ניתן פסק הדין בע"פ 4855/02 בורוביץ נ' מ"י<sup>2</sup>, אשר מהווה התפתחות חשובה בהלכה הפסוקה בנוגע לדוקטרינה, כפי שאפרט בהמשך.

במבוא לגרסה הראשונה כתבתי, כי בחלוף כשלושים שנה מאז ניתן פסק הדין בע"פ 244/73 רבר נ' מ"י<sup>3</sup> — שבו אוזכרה הטענה לראשונה בפסיקה בישראל, אם כי באמרת אגב ובנוגע למשפט האנגלי<sup>4</sup> — ולאחר שעברו כתשע שנים מאז ניתן פסק הדין בעניין יפת, הגיעה העת לבחינה נוספת של מהות הדוקטרינה ושל ההלכה שנקבעה באותו מקרה, לרבות בעניין המבחן לקבלת הטענה. כמו כן ציינתי שם, כי אמנם בעניין יפת הוכרה הטענה ואומצה כמשפט ארצנו לראשונה באופן ברור ומפורש<sup>5</sup>, אולם המבחן שנקבע באותו עניין לקבלת הטענה הנו כה צר ומחמיר, עד כי אין היא מתקבלת, להלכה וגם למעשה, אלא במקרים "נדירים ביותר":

"לבית המשפט במדינת ישראל שיקול-דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו. המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן 'ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שעוררייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם [...] המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר"<sup>6</sup>.

כן הוספתי, כי מאז ניתן פסק הדין בעניין יפת חזר בית המשפט העליון על המבחן שנקבע שם, פעמים אחדות. בפועל, הוא קיבל את הטענה רק במקרה אחד מבין

- 2 ע"פ 4855/02 בורוביץ נ' מ"י (טרם פורסם), פדאר 05(6) 699 (להלן: עניין בורוביץ). יצוין כאן כי הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף בעניין בורוביץ, אך טרם התקבלה החלטה בבקשה.
- 3 ע"פ 244/73 רבר נ' מ"י, פ"ד כח(1) 798 (להלן: עניין רבר).
- 4 הטענה אוזכרה על ידי השופט אשר, שם, בע' 803. על המשפט האנגלי בסוגיה הנדונה, ראו להלן הערה 39.
- 5 בע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מ"י, פ"ד לב(2) 152 (להלן: עניין בעל-טכסא), דן מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' לנדוי בקצרה בטענה, תוך אזכור עניין רבר, לעיל הערה 3. עם זאת, הוא דחה אותה בנסיבות אותו מקרה, בקבעו כי "מאזן טעמי צדק אינו מצדיק ביטול המשפט" (ההדגשה שלי — מ. ל.). מבלי שהובהר אם הטענה מוכרת כעיקרון כללי כמשפט ארצנו אם לאו — שאלה שנותרה פתוחה עד לעניין יפת; ראו למשל ד' בייץ "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101, 110–111.
- 6 עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 370 — מפי השופט ר' לוי, אשר כתב את פסק הדין העיקרי של דעת הרוב, שדחתה את הטענה בנסיבות אותו עניין. אמנם השופט צ' טל היה בדעת מיעוט, כי יש לקבל את הטענה ולהורות מכוחה על זיכוי הנאשמים מאחד האישומים, אולם נראה כי גם הוא לא חלק על המבחן שנקבע בדעת הרוב, וגם לגישתו, מדובר ב"הגנה נדירה". שם, בע' 491.

המקרים השונים שבהם היא הועלתה בפניו – בעל"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו<sup>7</sup>. כמו כן, במקרים מעטים למדי התקבלה הטענה על ידי הערכאות הנמוכות יותר<sup>8</sup>, אם כי בחלק מאותם מקרים שונתה ההחלטה בערכאת הערעור<sup>9</sup>, בהתבסס על המבחן שנקבע בעניין יפת. במקביל לפסיקה, נדונה הדוקטרינה לא מעט גם בספרות המשפטית – סמוך לפני עניין יפת<sup>10</sup>, לאחריו<sup>11</sup>, ואף בעת האחרונה<sup>12</sup>.

עוד הוספתי כי הדיון בטענה טרם מוצה בספרות, והערכתי שטרם נאמרה "המילה האחרונה" בסוגיה זו בפסיקה של בית המשפט העליון.

כמו כן ציינתי, כי הן בפסיקה של הערכאות הנמוכות והן, ובעיקר, בספרות, עלו גישות שונות על אודות מהות הטענה, ה"מודל" אשר ביסוד הסמכות של בית המשפט לקבלה, והמבחן הראוי לקבלתה<sup>13</sup>. נראה כי כיום אין עוד חולק

7 על"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55 (להלן: עניין חרמון); וכן ראו, למשל, בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' הי"מ, פ"ד (4) 793, 811 (להלן: עניין אולמרט); בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 82 (להלן: עניין קוגן); ע"פ 568/99 עסאף נ' מ"י, פ"ד נה(4) 374, 381; רע"פ 3396/99 נאבסו נ' מ"י (לא פורסם), דינים עליון נו 439 (להלן: עניין נאבסו); ע"פ 6471/00 הר-שפי נ' מ"י, פ"ד נו(3) 756, 763; דנ"פ 3039/02 הר-שפי נ' מ"י, פ"ד נו(4) 337, 341–343 (להלן: דנ"פ הר-שפי).

8 ראו יי נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד) 19–26, 145–146. נקדימון מציין בספרו כי מתוך 98 פרושות שנבדקו על ידו, שבהן נדונה הטענה בישראל, היא התקבלה ב-31 מקרים, אם כי בשמונה מהם בוטלה ההחלטה על ידי ערכאת הערעור (על כך ראו להלן הערה 9). למקרים שבהם התקבלה הטענה ראו במיוחד ת"פ (ת"א) 6650/93 מ"י נ' תומרקין, פ"ש תשנ"ה(4) 415 (להלן: עניין תומרקין); וכן ראו נקדימון, לעיל, בע' 146 הערות שוליים 33–40; ז' סגל וא' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז (תשס"ד) 42, 68–70; כמו כן, ראו להלן הערה 123 והטקסט הנלווה לה.

9 מבין המקרים שבהם התקבל הערעור (על קבלת הטענה), ראו במיוחד עניין נאבסו, לעיל הערה 7. למקרים נוספים שבהם בוטלה, במסגרת הערעור, ההחלטה על קבלת הטענה, ראו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 145 הערת שוליים 32.

10 ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (תשנ"ו) 265.

11 א' פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א (תשס"א) 381.

12 נקדימון, לעיל הערה 8; סגל וזמיר, לעיל הערה 8; ד' מנשה וג' פלסר "קרימינליזציה שיפוטית של הרפואה המשלימה בישראל" הסניגור 88 (2004) 5, 7–8.

13 כך, למשל, אוקון ושחם בדעה, כי הדוקטרינה משמשת מפגש בין סדרי הדין הפליליים לעקרונות החוקתיים, ובין ההליכים הפליליים לכללי המשפט המנהלי. אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 269, 271. סגל וזמיר תומכים, למעשה, במודל המנהלי של הפיקוח השיפוטי על ההחלטה להעמיד נאשם לדין, בהתבסס על הוראת ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982 (להלן: "חסד"פ), המחייבת כי יהיה "עניין לציבור" בהגשת כתב אישום, כשים לב לשיקולים המוסדיים ולשיקולים החוקתיים. סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 45–52. בעניין יפת הסתמך בית המשפט העליון בעיקר על מודל ההשתק של הרשות ועל הסמכות הטבועה של בית המשפט. ראו להלן הערות 49–51 והטקסט הנלווה להן. בעניין תומרקין, לעיל הערה 8, התבסס בית המשפט (השופ"ד רוזן) בעיקר על הסמכות הטבועה ועל שיקולים חוקתיים. כת"פ (ת"א) 10345/98 רחמילביץ' נ' מ"י (לא פורסם),

על תחולתה של הטענה במשפט הישראלי – גם מבין אלה המבקרים את הדוקטרינה<sup>14</sup>.

ואכן, למעשה, בעניין בורוביץ קיבל בית המשפט העליון חלק נכבד מהביקורת שנמתחה על המבחן שנקבע בעניין יפת, תוך החלתה של הדוקטרינה לא רק על מקרים של השתק הרשות, ותוך הגמשה מסוימת של המבחן לקבלתה. בית המשפט ציין, בין היתר, כי:

“עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. כעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט. מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים, ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיחוס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות [...] פרשת יפת מהווה דוגמה לשורת הזהירות הנדרשת בכגון-דא: משטענו הנאשמים, כי הרשות היא זו שעודדה אותם לבצע את העברה, קבע בית-המשפט כי עליהם להראות שהתנהגות הרשות בעניינם הייתה ‘שערורייתית’ או ‘בלתי נסבלת’. אמת-מידה זו אכן יאה למקרים מסוגה של פרשת יפת; אך לא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תבוא דרישת הזהירות לכלל ביטוי בקביעתה של אמת-מידה שונה”<sup>15</sup>.

עם זאת, בעניין בורוביץ לא נקבע מהי אמת המידה השונה שתיושם במקרים אחרים של הגנה מן הצדק שאינם בגין השתק הרשות או מסוגה של פרשת יפת; ועל כך אעמוד בהמשך הרשימה.

דינים מחוזי כו(2) 198, הביע השופט ג' קרא את הדעה, כי ניתן לראות בדוקטרינה “זכות יסוד פרטיקולרית ‘בלי שם’, הנגזרת ונלמדת באופן ישיר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו”. בעניין חרמון, לעיל הערה 7, בפסקה 17 לפסק דינה, ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי הטענה מבוססת “בין על אדנים של השתק, ובין על שיקולים של צדק”. לגישתי, המודל הראוי הוא משולב – הן מנהלי והן, ובעיקר, חוקתי; על כך ראו להלן בפרק ב'. בעניין המבחן לקבלת הטענה, ראו להלן בפרק ד'. כן ראו להלן פרק הסיכום ולהלן הערה 123.

14 לטעמו של פורת, משמעות הדוקטרינה היא “הערפת ענינו של הפרט-הנאשם במקרה קונקרטי על-פני ענינה של הקהילה בכלל והקרבת בפרט”. פורת, לעיל הערה 11, בע' 409. על כך ראו דבריי להלן בפרק ג'. על קרבן העברה ראו מ' שמגר “כבוד האדם ואלימות” משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 33; דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מ"י, פ"ד מח(4) 621, 629; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 621, 629, 652 (להלן: עניין גנימאת); ע"פ 446/02 מ"י נ' קובי, פ"ד נו(3) 769, 775; חוק זכויות נפגעי עברה, התשס"א-2001.

15 עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21. הביקורת אוזכרה שם, בפסקה 20. ראו לעיל הערות 10-12, כמו כן אוזכרה שם, בין היתר, גם הגרסה הראשונה של רשימה זו. כן ראו, למשל, ע"פ 8612/04 העברי נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור 05 (11) 359, בפסקה 37.

כמו כן יצוין, כי על המבחן שנקבע בעניין יפת חזר בית המשפט העליון גם באחרונה<sup>16</sup>, אף לאחר מתן פסק הדין בעניין בורוביץ. מכל מקום, הדעה המקובלת כיום היא כי הטענה יכולה לנגוע בקשת רחבה של מצבים שניתן לסווג, אם כי באופן גס, לשלוש קטגוריות עיקריות<sup>17</sup>, כדלקמן: א. הגנה מן הצדק בגין השתק הרשות<sup>18</sup>. זאת, אם עקב ההסתמכות על מעשיה<sup>19</sup>, כגון על הבטחה שהופרה<sup>20</sup> או על מצג מטעה מטעמה<sup>21</sup>, ואם לנוכח התנהגות בלתי נסבלת אחרת של הרשות, כגון טיעון דבר והיפוכו מצדה<sup>22</sup>, מעורבותה במעשה העברה והכשלת הנאשם על ידי הדחה פסולה<sup>23</sup>, רדיפת הנאשם או העמדתו לדין מטעמים זרים ובחוסר תום לב<sup>24</sup>.

16 ראו ע"פ 10960/03 חסון נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור (14)05, 280, בפסקה 10 (להלן: עניין חסון), שם אזכר אמנם עניין בורוביץ, אך המבחן שאליו הפנה בית המשפט הוא המבחן הצר שנקבע בעניין יפת; והשוו עש"ם 687/05 מ"י נ' עמר (טרם פורסם), פדאור (12)05, 527, בפסקה 5 (להלן: עניין עמר).

17 ראו והשוו למשל פורת, לעיל הערה 11, בע' 393. הסיווג של פורת אמנם מקובל עליו בעיקרו, אך לא בכל פרטיו; ראו להלן הערה 27. כמו כן, השוו אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 269, 280. כן ראו עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקאות 20–21.

18 זו למעשה הקטגוריה אשר בה התמקד עניין יפת; על כך ראו להלן בפרק ב'; כן ראו א' בנדור תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ד); עניין אולמרט, לעיל הערה 7, בע' 809–812; וכך ראו ההערות הבאות.

19 על כך ראו, למשל, נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 173–275; בנדור, לעיל הערה 18; עניין יפת, לעיל הערה 1, במיוחד בע' 365–366; כמו כן, ראו והשוו ד' ברק-ארזי 'הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי' משפטים כז (תשנ"ו) 17; בג"ץ 5273/97 מוננון נ' עיריית אשדוד, פ"ד נא(4) 757; וכך ראו להלן הערות 20–24.

20 ראו לעניין זה נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 229–264; עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 366–368; וכך ראו והשוו למשל בג"ץ 135/75 סאייטקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673; עניין קוגן, לעיל הערה 7; בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694.

21 ראו למשל נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 199–228. G. S. Bower & A.K. Turner *The Law Relating to Estoppel by Representation* (London, 3<sup>rd</sup> ed., 1977).

22 ראו והשוו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 265–274; עניין אולמרט, לעיל הערה 7, בע' 809–812; ת"פ (נצ') 5020/02 מ"י נ' גל (טרם פורסם), פדאור (9)04 574 (להלן: עניין גל).

23 על כך ראו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 173–198. דוקטרינת "הפח היקוש" (Entrapment), אשר מקובלת במשפט האמריקני למן פרשת (1932) 287 U.S. 435, *Sorrells v. U.S.*, לא התקבלה במשפטנו. ראו למשל ע"פ 15/78 ביבס נ' מ"י, פ"ד (לב) 64; ע"פ 470/83 מורי נ' מ"י, פ"ד (1) 1; עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 364–365. על המשפט האנגלי ראו להלן הערה 39; ועל הדין האמריקני ראו להלן הערה 48.

24 ראו ביין, לעיל הערה 5, במיוחד בע' 108–111. על עקרון תום הלב ראו למשל ס' 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 465–478; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, פ"ד מג(1) 441; ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 263, 305–306; בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(1) 289 (להלן: עניין קונטרם); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 362, 370 (להלן: עניין רקנט); ע"א 2643/97 גנו נ' בריטש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385, 400.

ב. סיכון כפול. בגין שפיטה קודמת של הנאשם על ידי טריבונלים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים.<sup>25</sup>

ג. פגיעה ממשית אחרת בזכות הנאשם להליך ראוי או למשפט הוגן,<sup>26</sup> כגון בגין "שפיטתו" על ידי התקשורת וקיום אווירה ציבורית עוינת לנאשם (בעיקר בשיטות משפט של מושבעים)<sup>27</sup>; או בגין ליקויים ממשיים בהליך הפלילי או הטרום-שיפוטי: פגמים יסודיים בשלב החקירה, או בעניין שמירת חומר החקירה וגילוי<sup>28</sup>; הפליית הנאשם לרעה (לאו דווקא בחוסר תום לב), בעצם העמדתו לדין<sup>29</sup>; שיהיו רב בהגשת כתב האישום<sup>30</sup> או פגיעה קשה אחרת בזכויותיו הדיוניות של הנאשם.<sup>31</sup>

מטרות רשימה זו הן: ראשית, להצביע על ההבחנה בין הקטגוריות השונות של הדוקטרינה; שנית, לעמוד על זיקת הגומלין בין מהות הטענה לבין המודלים

25 ראו למשל עניין יפה, לעיל הערה 1, בע' 371–378; נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 275–300; M.L. Friedland *Double Jeopardy* (London, 1979).

26 על כך ראו להלן הערות 44, 47, 48 והטקסט הנלווה להן. ניתן להבחין בין הזכות להליך ראוי לבין הזכות למשפט הוגן, שכן לעתים אין חולק כי הנאשם יזכה למשפט הוגן, אולם עצם העמדתו לדין מהווה שימוש לרעה בהליך ופגיעה בזכותו להליך ראוי. ראו למשל עניין יפה, לעיל הערה 1, בע' 358–359; *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* [1993]; 3 All E.R. 138 (H.L.) (להלן: *Bennett case*).

27 יש המסווגים את הטענה בדבר שפיטת הנאשם על ידי התקשורת, כקטגוריית משנה של טענת "סיכון כפול". ראו למשל פורת, לעיל הערה 11, בע' 407. אולם לי נראה כי מדובר בפגיעה בזכות הנאשם למשפט הוגן — לנוכח החשש כי השופטים (ובמיוחד המושבעים, מקום שמדובר בשיטת משפט של מושבעים) גיבשו דעה קדומה בעניין אשמתו, עקב האווירה הציבורית העוינת בתקשורת, וזאת בניגוד לכללי היסוד שלפיהם עומדת לכל נאשם חזקת החפות, ואסור שלשופטים (ולמושבעים) יהיו משוא פנים או דעה קדומה. ראו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 397–412; אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 270; טענה זו עלתה גם במשפטנו, אך נדחתה; ראו ת"פ (ת"א) 290/95 מ"י נ' צברי (טרם פורסם), דינים מחוזי לג' (7) 469; ע"פ (חיי) 533/00 כנען נ' מ"י (טרם פורסם), דינים מחוזי לב' (9) 575. הטענה מתעוררת בדרך כלל בשיטות משפט של מושבעים. ראו, למשל: D. Corker & D. Young *Abuse of Process and Fairness in Criminal Proceedings* (London, 2000) 109–116; C.J. Miller *Contempt of Court* (New York, 3<sup>rd</sup> ed., 2000) 289–290.

28 ראו והשוו למשל נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 357–396; ע"פ 79/73 לביא נ' מ"י, פ"ד כח(2) 505, 510–511 (להלן: עניין לביא); ע"פ 179/79 מ"י נ' גברון, פ"ד לד(2) 688, 691–692 (להלן: עניין גברון); ע"פ (חיפה) 3730/03 מ"י נ' אגבאריה (טרם פורסם), דינים מחוזי לד' (4) 62.

29 ראו למשל נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 329–356; בג"ץ 96/96 זקן נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 306–308; ת"פ (ק"ג) 1398/02 מ"י נ' סוכני דלק ושמונים בע"מ (טרם פורסם), פדאור (5) 04(13) (להלן: עניין סוכני הדלק); עניין בורוביץ, לעיל הערה 2.

30 ראו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 301–328; בג"ץ 4680/96 גהל נ' הי"מ (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: עניין גהל); עניין חרמון, לעיל הערה 7.

31 ראו פורת, לעיל הערה 11, בע' 405–406; ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 155; וכן ראו להלן הערות 45, 47.

עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה

האפשריים העומדים בבסיסה, תוך הצבעה על המודל העדיף בעיניי; שלישית, לצדד בהרחבתו של המבחן לקבלת הטענה ובהגמתו, כפי שעולה למעשה מפסק הדין בעניין בורוביץ, וכן באפשרות לקבל את הטענה באופן חלקי, לחלופין גם על ידי המרת האישום באשמה פחות חמורה, כפי שאבהיר להלן; ורביעית, להציע מבחן יישומי כולל וגמיש ואמות מידה פונקציונליות לקבלת הטענה, אשר יחולו בכל המצבים שבהם הטענה עשויה להתעורר – דהיינו לא רק במקרים של השתק הרשות – ואשר יתייחסו למהות הטענה, למשקלה במקרה הקונקרטי, למהות העברה המיוחסת לנאשם ולכל יתר השיקולים והנסיבות הרלוונטיים, הציבוריים-כלליים והפרטניים כאחד, תוך איזון ראוי ביניהם, בשים לב לתוצאה ההולמת של מכלול השיקולים והנסיבות, בכל מקרה לגופו.

תחילה אעמוד אפוא על מהות הטענה ועל המודלים השונים אשר יכולים לעמוד בבסיסה, ואבהיר מהו המודל הראוי, לגישתי, ומדוע. לאחר מכן, אסקור בקצרה את הערכים ואת האינטרסים הרלוונטיים אשר ביניהם יש לאזן. כמו כן, אצביע על החסרונות ועל הבעייתיות של המבחן אשר נקבע בעניין יפת, ועל חשיבותה של ההתפתחות שחלה בעניין בורוביץ. ולבסוף, אפרט מהם המבחן ואמות המידה שאני מציע, תוך השוואת מעלותיהם ומגרעותיהם לאלו של המבחנים שנקבעו בעניין יפת ובעניין בורוביץ. כמו כן, אנסה לבסס את ההצעה לשקול, במקרים המתאימים, קבלת הטענה באופן חלקי גם על ידי המרת האשמה באישום חמור פחות.

יצוין עוד, כי לאחר מסירת הגרסה הראשונה לרפוס פורסם כי על שולחן הכנסת הונחה הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון – הגנה מן הצדק). תשס"ה–2004<sup>32</sup> (להלן: "הצעת החוק הפרטית"), אשר מבקשת לעגן את הטענה באופן מפורש בחוק, וגם בכך אדון בקצרה להלן.

### ב. מהות הטענה והמודלים שבבסיסה

ההתייחסות אל ההגנה מן הצדק צריכה להיות רחבה הרבה יותר מאשר אל טענה פרוצדורלית<sup>33</sup> או אל טענת השתק גרידא<sup>34</sup>. כמו כן, אין לראות בטענה זו העדפת

32 הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון – הגנה מן הצדק), תשס"ה–2004, ה"ח 3029/פ (www.knesset.gov.il) (last visited on 18.9.2005). זו הונחה על שולחן הכנסת ביום 27.12.2004. על פי הצעת החוק הפרטית, הטענה תימנה בין הטענות המקדמיות הנכללות בס' 149 לחוק סדר הדין הפלילי (להלן: "חוסד"פ"), ובית המשפט יהא רשאי, אם "הרשות נהגה כלפי הנאשם בחוסר צדק קיצוני או שהחלטה להגיש את כתב האישום הנה חסרת תם לב או אינה סבירה בנסיבות העניין", "לבטל את כתב האישום או את חלקו וכן, במקרים הראויים לזכות את הנאשם".

33 ראו להלן הערות 64–67 והטקסט הנלווה להן. כן ראו והשוו אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 269, 276.

34 ראו לעיל הערה 13, ולהלן הערות 38, 41, והטקסט הנלווה להן. כן ראו עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21. מנגד, ראו למשל עפ"א (ת"א) 80155/02 חטריישי נ' גדליון (טרם

ענייניו של הנאשם על פני עניינם של הקהילה ושל קרבן העברה<sup>35</sup>. מדובר בדוקטרינה מהותית, רבת-ערוצים, אשר לה אמנם היבטים פרוצדורליים (וראייתיים<sup>36</sup>), אולם בסיסה העיוני אינו מתמצה במתן תרופה לנאשם בגין פגיעה בזכויותו הדינויות או בהשתק גרידא של הרשות, כי אם בעיקר במתן סעד לנאשם, של עיכוב הליכים, בגין פגיעה בלתי מידתית בזכויותו המהותיות — לאו דווקא עקב התנהגות זדונית ומתעמרת של הרשות; זאת, כאשר אין זה צורך להעמידו לדין או לנהל את המשפט נגדו, או לייחס לו את אחד האישומים החמורים מדי שיוחסו לו בכתב האישום — לא (רק) בעיני הנאשם, אלא גם, ובראש ובראשונה, בעיני הציבור. למעשה, רק, או בעיקר, בראשונה מבין שלוש הקטגוריות של ההגנה מן הצדק שעליהן הצבעתי לעיל, מדובר בהשתק הרשות בגין התנהגות מכוונת ופסולה מצדה. בשתי הקטגוריות האחרות, ובמיוחד בשלישית, הדגש של הדוקטרינה אינו מושם על השתק הרשות, כי אם על הפגיעה בזכותו המהותית של הנאשם להליך ראוי או למשפט הוגן. בחלק מהמקרים, הגם שהפגיעה בנאשם נובעת מליקוי או מפגם במעשי הרשות — המעשים אינם מכוונים: כך, למשל, לעתים מדובר ברשלנות חמורה מצד הרשות, ולפעמים אך בשיקול דעת בלתי סביר באופן מהותי, הגורמים שיהיו רב בהגשת כתב האישום נגד הנאשם, או המוליכים להפלייתו לרעה ללא כל הצדקה<sup>37</sup>.

נראה כי בעניין יפת דן בית המשפט העליון בעיקר בקטגוריה הראשונה מבין הקטגוריות הנזכרות (ובמידה מסוימת גם בקטגוריה השנייה), ומכאן שהוא התמקד במודל של השתק הרשות<sup>38</sup>. בית המשפט הסתמך באותו עניין גם על המשפט המשווה בסוגיה הנדונה, ובמיוחד על המשפט האנגלי כפי שהיה באותה עת, שעל פיו לקבלת הטענה נדרש בעבר להצביע על דיכוי או על התעמרות בנאשם מצד הרשות — דרישה שהומרה בינתיים בהתנהגות בלתי ראויה באופן חמור, עד כי ההעמדה לדין הנה בלתי הוגנת בבירור<sup>39</sup>. יש לזכור גם, כי בעניין יפת נדונה עברה

פורסם, פדאור 10)04 (46, בפסקאות 11–13 לפסק דינו של השופט ז' המר (להלן: עניין חטריישי); ת"פ (ת"א) 6750/03 מ"י נ' הומינג מחקר ופיתוח ישראל בע"מ (טרם פורסם), פדאור 15)05 (367 (להלן: עניין הומינג) — שבהם הובעו דעות המצדדות בהגבלת הטענה למקרים של התנהגות שערורייתית מתעמרת מצד הרשות, כפי שעולה מפסק הדין בעניין יפת. השור, למשל, פורת, לעיל הערה 11, בע' 409. כן ראו לעיל הערה 14 ובהמשך הרשימה.

36 על היבטים אלו ראו, למשל, נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 419–430; וכן ראו להלן הערות 106, 118 והטקסט הנלווה להן.

37 וראו עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקאות 21, 26–27.

38 למעשה, בית המשפט דן במפורש בהגנה מן הצדק כהגנה הנובעת מהשתק הרשות, וזאת בנשימה אחת עם הפגיעה בזכותו להליך ראוי, עניין יפת, לעיל הערה 1, למשל בע' 357, 368, 370.

39 הדוקטרינה נולדה במשפט האנגלי בפסק דינו של בית הלורדים בעניין *Connelly v. D.P.P.* 401 All E.R. 2 [1964], והיא שבה ונדונה בבית הלורדים בשנת 1976, בפרשת *D.P.P. v. Humphrys* [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.). בשני המקרים אמנם נדחתה הטענה לגופה, אך בשניהם אושרה סמכותו הטבועה של בית המשפט לעכב הליך פלילי המהווה שימוש לרעה



עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה

חמורה במיוחד, מבחינת האינטרס הציבורי<sup>40</sup>. על רקע זה ניתן להסביר מדוע אימץ שם בית המשפט את המבחן הצר והנוקשה שהיה מקובל בשעתו במשפט האנגלי, תוך העדפת המודל של השתק הרשות<sup>41</sup> על פני המודל של הפגיעה בזכות הנאשם להליך ראוי ולמשפט הוגן<sup>42</sup>.

ההתמקדות היתרה במודל של השתק הרשות, בקשר לדוקטרינה, אינה ראויה ראשית, כאשר אין בכך מיצוי של כל הערוצים והמצבים שבהם יכולה הטענה להתעורר<sup>43</sup>; שנית, כאשר יש בכך התכונות צרה מדי על הדוקטרינה, מנקודת המבט של התנהגות הרשות בלבד, במקום להשקיף על התמונה הכוללת, מזווית הראייה של הנאשם ובמיוחד של הציבור בכללותו; ושלישית, וזהו העיקר, מכיוון שהמודל של השתק הרשות אינו מייחס חשיבות מספקת לזכות היסוד של הנאשם להליך ראוי – במיוחד באותם מקרים שבהם הפגיעה בזכויותיו אינה נובעת מהתנהגות מתעמרת של הרשות, אך בה בעת נגרם לו אי-צדק חמור בעצם העמדתו לדין או בניהול המשפט נגדו.

אכן, בשיטת המשפט בישראל, הזכות של נאשם למשפט הוגן ולהליך ראוי אינה כתובה עלי ספר; היא אינה מנויה בין הזכויות הנכללות בשמן בחוקי-היסוד;

בהליכי המשפט ו"התעמרות" בנאשם. צעד נוסף בפיתוחה של הדוקטרינה במשפט האנגלי נעשה ב-"*Bennett case, supra* note 26. בית הלורדים הבהיר, שם, כי לבית המשפט סמכות לעכב את ההליכים לא רק אם הנאשם לא יזכה למשפט הוגן, אלא גם אם עצם העמדתו לדין מהווה שימוש חמור לרעה של ההליכים (Serious Abuse of Power). על ההבחנה בין הזכות למשפט הוגן לבין הזכות להליך ראוי, ראו לעיל הערה 26. שינוי חשוב במשפט האנגלי התחולל עם חקיקתו של ה-*Human Rights Act* משנת 1998, שהוראותיו העיקריות נכנסו לתוקף ב-2.10.2000, ובהן אומצו, בין היתר, חלקים חשובים מהוראות האמנה האירופית בדבר השמירה על זכויות האדם וחירויות היסוד (Human Convention for the Protection of Fundamental Freedoms, Nov 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221), לרבות הוראות ס' 6 לאמנה, בעניין הזכות למשפט הוגן (Fair Trial). בעקבות החוק האמור, מסתמנת במשפט האנגלי גישה חדשה, אשר באה לידי ביטוי גם בסוגיית ההגנה מן הצדק. כך, למשל, בפסק הדין של בית הלורדים (*R. v. Looseley* [2001] 4 All E.R. 897 (H.L.)), נקבע, כי לקבלת הגנה מן הצדק אין עוד צורך להוכיח כי התנהגות הרשויות הגיעה כדי התעמרות (Oppressive) כלפי הנאשם, כי אם די בכך שהנאשם יצביע על התנהגות בלתי ראויה באופן חמור (Seriously Improper מצד הרשות, עד כי ההעמדה לדין תהיה כבירור בלתי הוגנת (Unfair); ראו: A.L.T. Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (New York, 1993). על המשפט האמריקני בענייננו, ראו להלן הערה 48; ועל התפתחות הדוקטרינה במשפט הקנדי, ראו: *T. Quigley Procedure in Canadian Criminal Law* (Scarborough, 1997) 350–353.

40 בעניין חומרת העברות שעמדו ביסוד עניין יפת ועצמת האינטרס הציבורי להעמדת הנאשמים כאותה פרשה לדין, ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' הי"מ, פ"ד מד(2) 485 (להלן: עניין גנור).

41 הסבר זה התקבל, למעשה, בעניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21.

42 על הזכות להליך ראוי ולמשפט הוגן ועל ההבחנה האפשרית ביניהם, ראו לעיל הערה 26, וכן ראו להלן הערות 44, 47–48 והטקסט הנלווה להן.

43 על כך ראו גם בעניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקאות 20–21.

אף על פי כן, היא הוכרה בפסיקה עוד לפני עשרות שנים<sup>44</sup>, וכיום היא נחשבת כזכות יסוד, באשר היא נלמדת מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק-היסוד") וכרוכה בהן – בין במישורין, מכוח זכות היסוד לכבוד, על פי פרשנותה המרחיבה<sup>45</sup>, ובין בעקיפין, לאור זאת שניהולו של הליך פלילי בלתי הוגן נגד נאשם מהווה פגיעה בזכות היסוד שלו לחירות, ולכן אסור שהפגיעה תהיה בלתי מידתית<sup>46</sup>.

ואמנם, הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות יסוד חוקתית על-חוקית, לא רק בישראל – בספרות המשפטית ובפסיקה של בית המשפט העליון<sup>47</sup> – כי אם גם, ועוד קודם לכן, בשיטות המשפט של מדינות נאורות רבות, לרבות המשפט האנגלי, האמריקני, הקנדי והקונטיננטלי<sup>48</sup>.

על כן קבלת הטענה במקרים הראויים אינה אך במסגרת שמכותו הטבועה של כל בית משפט<sup>49</sup>, כי אם חשוב מכך, זו אף חובתו של כל שופט, מכוח הוראת סעיף

44 ראו למשל עניין לביא ועניין גברון, לעיל הערה 28, שם; וכן ראו ההערות הכאות.  
45 על הזכות לכבוד ועל הגישות השונות בנוגע לפרשנותה, ראו א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271; י' שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 375, 398-403; ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד (תשס"א) 541; א' קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (תשס"ה) 19-42.

46 על דרישת המידתיות ראו ס' 8-9 לחוק-היסוד; כמו כן, ראו למשל בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384-386; ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מ"י, פ"ד נו(5) 529; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), פדאור 04(7), בפסקאות 38-42. על עקרון המידתיות בעניינינו, ראו סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 50, 72-75; עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21.

47 למשל א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כך ג: פרשנות חוקתית) 432; דנ"פ 4603/97 משולם נ' מ"י, פ"ד נא(3) 160, 197; ע"פ 1741/99 יוסף נ' מ"י, פ"ד נג(4) 750, 766; מ"ח 3032/99 ברנס נ' מ"י, פ"ד נו(3) 354, 375; בש"פ 4481/00 יחזקאל נ' מ"י, פ"ד נד(5) 245, 250; בש"פ 2379/01 פרידמן נ' משטרת ישראל (לא פורסם), פדאור 1(1) 574.

48 על המשפט האנגלי ראו לעיל הערה 39. הזכות למשפט הוגן מוכרת כזכות חוקתית במדינות רבות של הקונטיננט, וכן כאמור, למן אוקטובר 2000, גם במשפט האנגלי. במשפט הקנדי קובע ס' 11 לצ'רטר הזכויות והחירויות Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitutional Act, 1982, מכלול של זכויות שתכליתן להבטיח הליך הוגן לנאשם. במשפט האמריקני מוכרת הזכות להליך ראוי (Due Process) כזכות חוקתית, ומקורה בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית. כאמור (לעיל, בהערה 23) מוכרת בארצות-הברית דוקטרינת "הפח היקוש" עוד משנת 1932; אולם רק בשנות השבעים של המאה הקודמת החלה להתפתח הגנת ההתנהגות הבלתי נסבלת (Outrageous Conduct) של הרשויות. ראו למשל: U.S. v. Russell 411 U.S. 423 (1973); Hampton v. U.S. 425 U.S. 484 (1976); U.S. v. Twigg 588 F. 2d 373 (3<sup>rd</sup> Cir. 1978). בנוסף לכך, התפתחה במשפט האמריקני, מתוך הזכות להליך ראוי, דוקטרינת ההשתק (Entrapment by Estoppel). ראו, למשל: Raley v. Ohio 360 U.S. 423 (1958); Cox v. Louisiana 379 U.S. 559 (1965); U.S. v. Levin 973 F. 2d (6<sup>th</sup> Cir. 463, at p. 468 (1992); ונקדימון, לעיל הערה 8, בע' 37-44.

49 ראו לעיל הערה 13; עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 353, 370, 378; פ' גולדשטיין "הסמכות הטבועה" של בית המשפט" עיוני משפט י (תשמ"ד) 37; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 263-265. על הפורום הראוי לדין בטענה – בית המשפט הפלילי, ולא

11 לחוק-היסוד<sup>50</sup>, כל אימת ששוכנע כי נפגעה זכות היסוד של נאשם להליך הוגן במידה העולה על הנדרש, גם כשאין הדבר נובע ממעשים מתעמרים מצד הרשות, ובלבד שהוא בחן את מלוא השיקולים הרלוונטיים ואיזן ביניהם כראוי. מכאן שלדעתי, המודל העיקרי העומד בבסיס הדוקטרינה למן חקיקתו של חוק-היסוד, איננו מודל הסמכות הטבועה, וגם לא המודל המנהלי הקלאסי, של הפיקוח השיפוטי על מעשי הרשות, כי אם המודל החוקתי של ההגנה על זכויות היסוד של הנאשם<sup>51</sup>. עם זאת, ניתן לומר כי למעשה מדובר במודל חוקתי-מנהלי משולב, אשר על פיו מפקחת הערכאה הדיונית על ההליך הפלילי, לרבות על השלב הטרומ-שיפוטי, לכל יהא בלתי הוגן, וכן על מעשיהן של הרשויות, כך שלא תיפגענה זכויות היסוד של הנאשם בצורה בלתי מידתית או בלתי צודקת. כיום שיקול הדעת הנתון לערכאה הפלילית אינו מצטמצם אך לבירור האשמה לגופה, כפי שהיה מקובל בעבר, בעידן הטרומ-חוקתי. למעשה, עד לתקופה האחרונה שלטה התפיסה שלפיה ההחלטה על העמדת אדם לדין או על עיכוב ההליכים נגדו, היא בגדר "פררוגטיבה" של הרשות המבצעת (התביעה)<sup>52</sup> — כמובן בשים לב לשיקולים ראייתיים, דהיינו לקיומן של "ראיות המספיקות לאישום"<sup>53</sup>, ובכפוף לביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק על שיקול דעתם של התביעה ושל היועץ המשפטי לממשלה<sup>54</sup>. אלא שכידוע, ביקורת

- בית המשפט הגבוה לצדק — ראו למשל עניין גהל, לעיל הערה 30; בג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם), פדאור 97 (3) 88 (להלן: עניין בר טוב); נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 161–166.
- 50 על המשמעויות של ס' 11 לחוק-היסוד ראו למשל ברק, לעיל הערה 47, בע' 446–458; בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 375, 355.
- 51 ראו לעיל הערה 13. כן ראו א' ברוק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5; י' קרפ "המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352–353; בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מ"י, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712–713. על ההשפעה של העידן החוקתי על הדוקטרינה, ראו אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 265–269; סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 51–52; נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 121–138.
- 52 ראו למשל והשוו ר' גביון שיקול-ידעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א); מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173; כן ראו להלן הערה 61.
- 53 ראו ס' 62 לחסד"פ; וכן ראו בג"ץ 650/82 בארי נ' הי"מ, פ"ד לו(4) 216, 222–223; בג"ץ 2534/97 ייב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10–12, 31 (להלן: עניין ייב); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הי"מ (טרם פורסם), דינים עליון סח 910 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); מ' לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים — בחינה נוספת" משפטים לד (תשס"ה) 549, 603–605.
- 54 ראו למשל עניין גנור, לעיל הערה 40; וכן פסקי הדין הנזכרים לעיל, בהערה 53.

זו הנה מצומצמת מאוד, בעיקר בנוגע לדיות הראיות<sup>55</sup>, אך גם כשאלת ההצדקה להעמדת אדם לדין, מבחינת ה"עניין לציבור" – בין שמדובר בהאשמת-חסר<sup>56</sup> ובין שבהאשמת-יתר<sup>57</sup>.

עם זאת, בעת האחרונה אנו עדים לתחילתו של שינוי מגמה מבורך, של הגברת הפיקוח השיפוטי, בעיקר מצד הערכאות הדיוניות וערכאות הערעור, על ההליך הפלילי לשלבי השונים<sup>58</sup>, לרבות השלב הטרור-שיפוטי<sup>59</sup>. דהיינו עצם ההצדקה להעמדת נאשם לדין (ואף על ההליך הבר-שיפוטי<sup>60</sup>). שינוי זה בא בעקבות הביקורת שנמתחה על התפיסה הבלתי ראויה שהייתה מקובלת, כאמור, עד לאחרונה<sup>61</sup>. ברוח שינוי זה ניתן לראות הן את ההוראה המפורשת שהוסיף המחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין<sup>62</sup>, בעניין סמכות בתי המשפט בנוגע לטענת "זוטי דברים"<sup>63</sup>, והן את אימוצה של טענת ההגנה מן הצדק על ידי הפסיקה.

כאמור, אין להתייחס אל ההגנה מן הצדק כאל טענה פרוצדורלית, כי אם כאל דוקטרינה מהותית. אמנם מדובר בטענה מקדמית (הגם שהיא אינה נכללת בין הטענות המקדמיות המנויות במפורש בחוק<sup>64</sup>), אולם עובדת היותה טענה מקדמית

55 ראו, למשל, בג"ץ 233/88 שפטל נ' הי"מ, פ"ד מג(4) 356; עניין יהב, לעיל הערה 53; עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל הערה 53.

56 ראו, למשל, עניין גנור, לעיל הערה 40; והשוו לבג"ץ 3425/94 גנור נ' הי"מ, פ"ד נד(4) 1; וכן ראו בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' הי"מ, פ"ד נו(6) 49.

57 "האשמת-היתר", או "תביעת-היתר", היא העומדת, למעשה, ביסודה של הדוקטרינה. לפנים היה מקובל כי רק היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לעכב הליכים (ראו ס' 231 לחסד"פ), וכי רק בג"ץ מוסמך להתערב בשיקול דעתו של היועץ; אלא שביקורת זו של בג"ץ הנה, כאמור, מצומצמת מאוד; ראו לעיל הערות 52–56; על המגמה החדשה של הגברת הפיקוח השיפוטי על השלב הטרומי, ראו בהמשך הדברים וכן להלן הערות 58–63.

58 ראו למשל רב-השיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ז) 15 (להלן: "רב-השיח").

59 זהו, למעשה, השלב שבו מתמקדת, לרוב, טענת ההגנה מן הצדק – עצם ההצדקה של החלטתה על העמדת הנאשם לדין.

60 הכוונה היא לשלב החנינות – אם כי במקרה אחד הוא החל עוד בשלב הטרור-שיפוטי: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.

61 ראו, למשל, ר' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 161, 168–169; רב-השיח, לעיל הערה 58; ר' גביזון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (תשנ"ז) 27; ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 121; ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ז) 189; וכן ראו לעיל הערה 52.

62 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק כללי וחלק מקדמי), תשנ"ד–1994, ס"ח 348.

63 ראו ס' 34 יז לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן: "חוק העונשין"); דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב–1992, ה"ח 139; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 615–618; מ' גור אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992" משפטים כד (תשנ"ד) 9, 69–70; ע"פ 807/99 מ"י נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747.

64 ראו ס' 149 לחסד"פ וס' 351(ב) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ז–1955 (להלן: "חש"ץ"). כמו כן, ראו הצעת החוק הפרטית, לעיל הערה 32. עם זאת, כידוע, הלכה פסוקה היא כי הטענות

אינה מעידה על אופייה — אם דיוני או מהותי<sup>65</sup>. למעשה, המכנה המשותף לטענות המקדמיות, מבחינת אופיין המוקדם לדין, הוא שקבלתן עשויה לסיים את הדיון לאלתר או להשפיע על הדיון מתחילתו, ולכן על הנאשם להעלותן, ככלל, בפתח המשפט, עוד בטרם ישיב לגוף האשמה המיוחסת לו<sup>66</sup>.

קבלת הטענה באופן מלא, משמעותה עשויה להיות, בפועל, עיכוב הליכים שיפוטי וסיום הדיון במשפט, בעקבות הפגיעה בזכותו המהותית של הנאשם להליך ראוי, בלא לברר את שאלת אחריותו למיוחס לו בכתב האישום. מכאן שההגנה מן הצדק היא מסוג הטענות המקדמיות המהותיות, בדומה לזיכוי קודם (או להרשעה קודמת) — בשונה למשל מטענת "פגם או פסול בכתב האישום", שהנה בעיקרה טענה טכנית-פרוצדורלית<sup>67</sup>.

אמנם ניתן לסמוך את הדוקטרינה על היעדר "עניין לציבור", לפי סעיף 62 לחסד"פ<sup>68</sup>. הצעה זו, שהועלתה, באופן מסויג, על ידי קרמניצר<sup>69</sup>, אומצה באחרונה גם על ידי סגל זמיר<sup>70</sup>. אולם, לטעמי, אין זו האכסניה המשפטית הראויה לדוקטרינה: ראשית, ברי כי לא לכך התכוון המחוקק כשחוקק את ההוראה האמורה בחסד"פ<sup>71</sup>. שנית, אין חפיפה מהותית מלאה בין הדוקטרינה לבין טענת היעדר

המקדמיות המנויות בחוק אינן בגדר "רשימה סגורה", ומכאן שניתן להעלות טענות נוספות בעלות אופי "מקדמי" או "טרומי". ראו, למשל, י' קדמי על סדר הדין בפלילים (מהדורה מעודכנת, תשס"ג, חלק שני) 895.

65 ואכן, רשימת הטענות המקדמיות המנויות בחוק (ראו לעיל הערה 64) כוללת הן טענות מהותיות, כגון זיכוי קודם או הרשעה קודמת, והן טענות פרוצדורליות, כגון היעדר סמכות מקומית, או פגם או פסול בכתב האישום; על כך ראו להלן הערה 67 והטקסט הנלווה לה.

66 ראו ס' 151 לחסד"פ וס' 351(ג) לחש"ן; וכן ראו קדמי, לעיל הערה 64, בע' 894.

67 בכל הכבוד, איני שותף לדעה שהביעו באחרונה סגל זמיר, כי ההגנה מן הצדק יכולה להיכלל בגדר ההוראה שבס' 149(3) לחסד"פ, שעניינה "פגם או פסול בכתב האישום" (אם כי, לדעתם, עדיפה הוראה מפורשת של המחוקק, שתענן את ההגנה מן הצדק כטענה מקדמית מפורשת בחוק). סגל זמיר, לעיל הערה 8, בע' 44 הערת שוליים 10. לעניין דעתי, טענת "פגם או פסול בכתב האישום" מכוונת לפגמים טכניים-פרוצדורליים בגוף כתב האישום, ואינה מיועדת למקרים שבהם עצם ההעמדה לדין נגה פסולה; ראו והשוו קדמי, לעיל הערה 64, בע' 935-936. עם זאת, כאמור, הטענות המקדמיות המנויות בחוק אינן רשימה ממצה. כמו כן, ראו הצעת החוק הפרטית, לעיל הערה 32.

68 ס' 62 לחסד"פ קובע כי: "ראה תובע שהועבר אליו תומר התקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוגי, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור".

69 רב-השיח, לעיל הערה 58, בע' 33.

70 סגל זמיר, לעיל הערה 8, בע' 43.

71 כיום מקובלת גישת הפרשנות התכליתית גם בפלילים. ראו, למשל, א' ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט ז' (תשס"ב) 347; א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 398. מכאן שלא בהכרח קובעת התכלית הסובייקטיבית או הכוונה ההיסטורית של המחוקק. ראו ברק, לעיל, בע' 428-434. אף על פי כן, אין להתעלם לחלוטין מהתכלית הסובייקטיבית של החוק. ברק, פרשנות תכליתית במשפט, לעיל, שם. נראה כי בס' 62 לחסד"פ התכוון המחוקק למשמעות הצרה של המונח "עניין לציבור", ולא למשמעות הרחבה; ראו על כך בהמשך הרשימה.

עניין לציבור; כך, הגנה מן הצדק עשויה להיוולד גם לאחר הגשת כתב האישום — משמע, לאחר שהיה לציבור עניין בהגשתו — אם במהלך המשפט התבררו עובדות או נסיבות שלא היו ידועות לתביעה במועד הגשת האישום, או שנוצרו לאחר הגשתו, ואשר בגינן אין זה ראוי והוגן כי יימשכו ההליכים נגד הנאשם.

למעשה, העובדה כי ההגנה מן הצדק אינה נזכרת בחסד"פ, או בחוק אחר כלשהו, אינה מקרית, והיא נובעת, כאמור, מכך שמדובר בדוקטרינה חדשה למדי, שהתפתחה בפסיקה אך בתקופה האחרונה.

חשוב מכך, הדוקטרינה מהווה, כאמור, מעין "סעד חוקתי", אשר מכוחו רשאי בית המשפט לעכב את ההליכים או לבטל חלק מהאישומים — אם שוכנע כי נפגעה זכות היסוד של הנאשם להליך ראוי והוגן, באופן בלתי מידתי.

אמנם, כידוע, גם את הדין שקדם לתוקי-היסוד יש לפרש ברוח תוקי-היסוד<sup>72</sup>; ומכאן שגם את סעיף 62 לחסד"פ יש לפרש כיום, בעידן החוקתי, בשים לב לזכות הנאשם להליך הוגן. אף על פי כן, ספק רב בעיניי אם ראוי לסמוך את הדוקטרינה על פרשנות מאולצת של סעיף זה או אחר בחוק החרות, ובמיוחד בחוק פרוצדורלי כחסד"פ, אלא אם כן תעוגן הטענה באופן מפורש בתיקון מיוחד לחוק, כפי שמוצע בהצעת החוק הפרטית<sup>73</sup> — כיאה לחשיבות הדוקטרינה.

יתרה מזו, אפשר גם כי לציבור יהיה עניין בהעמדתו של נאשם לדין, אולם בשל נסיבות מיוחדות תעמוד לו, לאותו נאשם, הגנה מן הצדק, אשר תצדיק ביטול חלק מהאישומים, או המרת האישום או אחד האישומים באישום קל יותר — לא משיקולים ראייתיים, כי אם משיקולים של צדק — או אך הקלה בעונשו של הנאשם; מדובר כאן אפוא בהגנה "חלקית ומידתית" מן הצדק, אשר אינה עוסקת בעצם ההעמדה לדין, כי אם במהות האישום ובהשלכות ההרשעה בו<sup>74</sup>.

כדי לסבר את האוזן, ניתן אף להעלות את השאלה המתריסה, אם אפשר כי לציבור יהיה עניין בהעמדתו של נאשם לדין — גם אם הדבר אינו צודק. בכך יש כדי להמחיש את החשיבות של הבהרת המשמעויות של "מושגי השסתום" הרלוונטיים — "צדק" ו"עניין לציבור"<sup>75</sup> — ואת הצורך לעמוד על הערכים והשיקולים שלאורם יש לפרש מושגים אלו, ועל האיזון הראוי ביניהם. על כך בפרק שלהלן.

### ג. הערכים והאינטרסים הרלוונטיים והאיזון ביניהם

בקצירת האומר אציין, כי ברי שבסוגיה שבה עסקינן קיימת התנגשות בין

72 ראו למשל ברק, לעיל הערה 47, כע' 562-563; עניין גנימאת, לעיל הערה 14, כע' 633.

73 ראו לעיל הערה 32.

74 על כך ראו להלן בפרק ד'.

75 על כך ראו להלן בפרק ג'; ובמיוחד ראו, על הצדק — להלן הערה 92 ובטקסט הנלווה לכך; ועל המונח "עניין לציבור" — להלן הערה 91 ובטקסט הנלווה לה.

עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה

ערכים, שיקולים ואינטרסים מנוגדים. זאת, בין האינטרסים הציבוריים לחשיפת האמת<sup>76</sup>, למיציא הדין<sup>77</sup> ולהגנה על שלום הציבור ועל ביטחונו<sup>78</sup>, וכן על כבודם ועל רגשותיהם של קרבנות העברות<sup>79</sup>, מן הצד האחד, לבין האינטרסים של הנאשם, והאינטרסים הציבוריים להגנה על זכויות היסוד של החשודים והנאשמים — לחירות<sup>80</sup>, לכבוד<sup>81</sup> ולהליך הוגן<sup>82</sup>, על כל הזכויות הפרטניות הנלוות להן והנובעות מהן<sup>83</sup> — ולאכיפת חובת ההגנות על רשויות השלטון, וכן לחינוכן שלא לפגוע בזכויות הפרט ללא הצדקה<sup>84</sup>, מן הצד האחר.

לפינו אפוא קשת רחבה של עקרונות, ערכים ושיקולים חשובים, שברובם הנם אינטרסים ציבוריים מן המדרגה הראשונה, אשר מתנגשים ביניהם בכל מקרה שבו קיימת תשתית נאותה לטענה.

אכן, נקודת המוצא היא כי, ככלל, מקום שקיימות ראיות לכאורה לכך שאדם עבר עברה, יש לציבור עניין בהעמדתו לדין, תוך חשיפת האמת במשפט, וכן בהרשעת האשם ובהענשתו על פי מכלול השיקולים הרלוונטיים<sup>85</sup>.

אלא שלכלל האמור חריגים אחדים; אחד מהם נוגע, כזכור, ל"זוטי דברים"<sup>86</sup>; וההגנה מן הצדק הנה אפוא חריג נוסף לכלל הנוכר.

- 76 על החשיבות של ערך האמת במשפט ראו למשל א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כו (תשנ"ו) 11; ח' ה' כהן המשפט (תשנ"ז) 114-126; ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853-855; רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522; דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743.
- 77 ראו למשל עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 377; עניין קוגן, לעיל הערה 7; ע"פ 2669/00 מ"י נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685, 690-691. וכן ראו ס' 62 לחסד"פ; על כך ראו להלן בהמשך הדברים.
- 78 כידוע, ההגנה על שלום הציבור והפיקוח על הפשיעה הנם מטרות יסוד בהליך הפלילי; כך, למשל, ההגנה על ביטחון הציבור הנה עילת מעצר — ראו ס' 13(א)2) ר"ר 21(א)1(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה — מעצרים), תשנ"ו-1996; כך ראו בש"פ 8087/95 אזדה נ' מ"י, פ"ד נ(2) 133, 143-144; לוי, לעיל הערה 53, בע' 596-594.
- 79 ראו לעיל הערות 14, 35 והטקסט הנלווה להן.
- 80 הזכות לחירות מעוגנת במגילת העצמאות; היא נזכרת בחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, והיא הוכרה כזכות יסוד בס' 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מדובר ב"זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה": בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261.
- 81 ראו לעיל הערה 45.
- 82 ראו לעיל הערות 44, 47-48 והטקסט הנלווה להן.
- 83 כגון הזכות לשם טוב, אשר הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד; על כך ראו ברק, לעיל הערה 47, בע' 427; רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 48; וכן ראו לוי, לעיל הערה 53, בע' 599-597.
- 84 על חובת ההגנות של רשויות המדינה, ראו למשל בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 840-841; עניין קונטרס, לעיל הערה 24, בע' 345-346.
- 85 ראו למשל י' בזק הענישה הפלילית (תשמ"א) 56-90; דו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (תשנ"ח); ע"פ 433/89 אטיאס נ' מ"י, פ"ד מג(4) 170, 174-175; ע"פ 5106/99 אבונינגמה נ' מ"י, פ"ד נד(1) 350, 354-355.
- 86 על טענת "זוטי דברים" ראו לעיל הערה 63.

אמנם ככלל מקרה של התנגשות בין שיקולים נוגדים – מתפקידו של השופט למצוא את האיזון הראוי ביניהם, על פי משקלם של האינטרסים הרלוונטיים, בנסיבות המקרה הקונקרטי<sup>87</sup>. אולם אין בכך כדי להבהיר מהו המבחן ומהן אמות המידה לקבלת הטענה.

מכיוון שמדובר בטענה חריגה שהנה יציר הפסיקה אשר קבלתה באופן מלא עשויה, למעשה, להביא לביטול המשפט, חרף ההנחה כי מצויות ראיות (לכאורה) לכך שהנאשם ביצע את העברה – נודעת חשיבות מיוחדת לקביעת מבחן ברור ואמות מידה מפורטות, או קריטריונים נהירים, לקבלת הטענה, במצבים השונים שבהם היא עשויה להתעורר.

למעשה, כך נהג בית המשפט העליון, מפי השופט ד' לוי, בעניין יפת. הוא לא הסתפק בדחיית הטענה לגופה, כי אם הבהיר שהטענה מוכרת (גם) במשפט ארצנו, והתייחס בפירוט למהות הטענה, לסמכות בית המשפט לקבלה, ולמבחן לקבלתה. אלא שהמבחן שנקבע בעניין יפת הנו, כאמור, צר מדי, והוא הפך את ההכרה בטענה להכרה "על הנייר"<sup>88</sup> ברוב רובם של המקרים, לרבות במקרים שבהם הייתה יכולה להיות הצדקה לקבלת הטענה אילו אומץ מבחן אחר, גמיש ופונקציונלי יותר, כמוצע על ידי בהמשך.

ואכן, בעניין בורוביץ צעד בית המשפט העליון צעד חשוב, בהרחיבו את המקרים שבהם עשויה הטענה להתקבל, ובהגמתו של המבחן לקבלתה. אולם הוא לא פירט מהן אמות-המידה לקבלתה כשאין מדובר במקרים "מסוגה של פרשת יפת", דהיינו בעבירות חמורות במיוחד ובטענת השתק הרשות.

בטרם ארון בפירוט במבחן ובאמות-המידה המוצעים לקבלת הטענה, יש מקום לעמוד, בקצרה, על חלק ממאפייני המושג "צדק" ומהיבטיו הנוגעים לענייננו, וכן על משמעות המונח "עניין לציבור" ועל הזיקה בינו לבין הערך של הצדק במשפט.

ברי כי המונחים "צדק" ו"עניין לציבור" הנם בגדר "רקמה פתוחה", אשר יש לצקת להם תוכן, כהתאם לערכים של החברה בתקופה נתונה. כידוע, המשפט הנו מכשיר שנועד להגשמת יעדים וערכים חברתיים<sup>89</sup>, ובלשונו של הנשיא ברק, המשפט "אינו גן עדן של מושגים אלא חיי יומיום של צרכים, אינטרסים וערכים, שאותם מבקשת חברה נתונה להגשים בזמן נתון"<sup>90</sup>.

87 על מלאכת האיזון בין אינטרסים מתנגשים, ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 47, בע' 433–435; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36–55. על איזון האינטרסים בעניין הדוקטרינה ראו, למשל, סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 47; עניין חרמון, לעיל הערה 7, בפסקאות 17–19; עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21.

88 ראו סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 44, 61; נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 150; והשוו אוקן ושחם, לעיל הערה 10, בע' 268.

89 ראו, למשל, והשוו עניין רגנט, לעיל הערה 24; מ' מאוטר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

90 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מב(4) 817, 827.



עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה

כפי שנרמז לעיל, יש להבחין בין המשמעות הרחבה והראויה של המונחים "האינטרס הציבורי" (בה"א הידיעה) ו"עניין לציבור", לבין משמעותם הצרה. האינטרס הציבורי, במובנו הרחב, הנו פרי השקלול והאיזון של מכלול האינטרסים, העקרונות והערכים של ציבור עניין בהם. בדומה לכך, כפי שנקבע בפסיקה, השאלה אם בהעמדתו של אדם לדין יש "עניין לציבור" – מבטאת "הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית על ידי העמדה לדין, לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו על ידי העמדה לדין ולתועלת שתצמח לה באי העמדה לדין"<sup>91</sup>. אחד הערכים החשובים מבחינת האינטרס הציבורי – לצד גילוי האמת, מיצוי הדין וההגנה על שלום הציבור – הנו הצדק במשפט<sup>92</sup>. מכאן שהאינטרס הציבורי הוא כי אדם יעמוד לדין רק אם הדבר הנו צודק בנסיבות הכוללות של העניין; גם כאן הכוונה היא לצדק במובן הרחב והמשוקלל: צדק לאו דווקא בעיני הנאשם או בעיני קרבן העברה, כי אם צדק בעיני הציבור בכללותו.

על כן, משקפי הצדק הנם אלו של האדם מן היישוב<sup>93</sup>, המתבונן בתמונה הכוללת ובוחר את הערכים ואת האינטרסים של החברה בכללותה, לרבות אלו של הקרבן ושל הנאשם. למעשה, עניינה של הדוקטרינה ב"מאזן טעמי הצדק"<sup>94</sup> בעיני כלל הציבור, וזאת בראש ובראשונה בנוגע לעצם ההעמדה לדין של הנאשם, או בגין עצם האשמתו באחד האישומים המיוחסים לו – בהבדל מהצדק המתייחס לשאלת האחריות הפלילית, או לעונש של מי שהורשע בדינו<sup>95</sup>.

עוד ניתן לומר כי זכות היסוד של נאשם להליך ראוי והוגן אינה אלא זכות להליך צודק, במובן הרחב של צדק, כנזכר לעיל. במילים אחרות, קיימת זיקה

91 ראו עניין גנור, לעיל הערה 40, בע' 508; בג"ץ 6271/96 בארי נ' הי"מ, פ"ד נ(4) 425, 428; רב-השיח, לעיל הערה 58, בע' 20, 29, 33; כן ראו לעיל הערות 68–72 והטקסט הנלווה להן.

92 ראו למשל דברים טז, כ ("צדק צדק תרדוף"); א' ברק "על משפט, שיפוט וצדק" משפטים כז (תשנ"ו) 5; כהן, לעיל הערה 76, בע' 83–94; י' אנגלרד מכורא לתורת המשפט (תשנ"א) 42, 51–50; נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 151–159; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 696, 728, 730, 738, 773; ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם–1980; ס' 3, 15(ב) ר"ל 121(3) לחסד"פ.

93 לפנים נהוג היה להשתמש במונח "האדם הסביר". נראה כי "האדם הסביר" הנו מושג נורמטיבי, המגלם את הסטנדרט של האדם הרצוי בעיני בית המשפט. לעומת זאת, ניתן לסבור כי "האדם מן היישוב" – מונח שמרכיבים לנקוט לאתרונו – הנו האדם הממוצע, האדם המצוי. עם זאת, ככל הנראה, אין הבדל מהותי בין שני המושגים. ראו, למשל, ס' 21(ג) לחוק העונשין, תשל"ז–1977; והשוו: ע"פ 196/64 הי"מ נ' בש, פ"ד יח(4) 568, 571–572; ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מ"י, פ"ד נו(2) 534, 543–545; וכן ראו, למשל, והשוו י' שחר "האדם הסביר במשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ן) 78; ד' ברק-ארו "האשה הסבירה" פלילים ו (תשנ"ח) 115; פסק דינו של השופט א' רובינשטיין בע"פ 10828/03 נגיא נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור 05(18) 600.

94 ראו עניין בעל-טכסא, לעיל הערה 5; והשוו אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 268–269, 276–278.

95 עם זאת, כפי שנקבע בעניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21, אפשר כי הטענה לא תתקבל באופן מלא, אך בית המשפט ישקול את הפגיעה שנגרמה לנאשם בקביעת עונשו.

בין האינטרסים הציבוריים שבהגנה על זכויות היסוד של האזרחים, באכיפת ערך ההגינות על הרשויות ובחינוכן לבל תפגענה בזכויות הפרט — לבין זכותו של כל אזרח שלא לעמוד לדין אם אין הדבר צודק בנסיבות העניין; זאת, במיוחד בעידן החוקתי, בשים לב למעמדן החוקתי של זכויות היסוד, ובכלל זה הזכות להליך ראוי והוגן, כמצוין לעיל<sup>96</sup>.

ד. המבחן ואמות-המידה המוצעים אל מול המבחנים שנקבעו בעניין יפת ובעניין בורוכיץ

ברי שאין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק כל אימת שנפגעת אחת מזכויותיו של נאשם; שהרי, ניתן לומר כי בכל מקרה של העמדה לדין של נאשם, נפגעות במידה זו או אחרת זכויותיו.

כמו כן, ככלל, הדוקטרינה אינה מיועדת למקרים שבהם הפגיעה הנטענת בזכויות הנאשם נוגעת לשאלת אחריותו הפלילית לגופה, או אך למידת העונש שלו יהא צפוי אם יורשע בדינו<sup>97</sup>. כאמור, עניינה של הדוקטרינה הוא, בראש ובראשונה, בטענות של הגנה מן הצדק הנוגעות לעצם ההצדקה להעמיד נאשם לדין או להמשיך בניהול ההליך השיפוטי נגדו, בכלל, או כאשר לחלק מהאישומים שבכתב האישום, בפרט — בין בגין שפיטתו הקודמת ("סיכון כפול"), בין בגין התנהגות הרשות ("השתק"), ובין בגין פגיעה חמורה או ממשית אחרת בזכותו להליך ראוי והוגן, היורדות לשורש ההליך הפלילי.

מובן אפוא כי לא כל תחושת אי-צדק סובייקטיבית מצד נאשם, גם אם היא כנה — יש בה כדי להצדיק קבלת הטענה, ואף אין די בכך שאכן נגרם לנאשם אי-צדק שאינו חמור<sup>98</sup>. יתרה מכך, לא כל מקרה של התנהגות פסולה מצד הרשויות כלפי הנאשם יצדיק קבלת הטענה. אילו התקבלה הטענה בכל מקרה שכזה, היה הדבר אף עלול לעודד שחיתות ציבורית ורקימת קנוניות בין נאשמים בכוח לבין נציגים של אחת הרשויות הנוגעות בדבר, כדי להוציא את הנאשמים פטורים, בבוא העת, מליתן את הדין על העברות שביצעו. זאת, מלבד הפגיעה, כאמור, באינטרסים הציבוריים ובערכים הנזכרים לעיל.

למעשה, אין אני חולק על כך שהטענה אינה יכולה להתקבל אלא במקרים חריגים ומיוחדים<sup>99</sup>.

96 ראו בעיקר לעיל הערה 47 והטקסט הנלווה לה.

97 ראו לעיל הערה 95.

98 השוו להצעת החוק הפרטית, לעיל הערה 32, שלפיה הטענה תתקבל, בין היתר, "אם הרשות נהגה כלפי הנאשם בחוסר צדק קיצוני".

99 ראו להלן הערות 116, 123 והטקסט הנלווה להן. כמו כן, ראו השוו עניין בורוכיץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21. כן השוו למחלוקת שהתגלעה בין שופטי בית המשפט העליון בעניין מדיניות המעצרים עד תום ההליכים: עניין גנימאת, לעיל הערה 14, בע' 629–630, 642–644, 649.

עם זאת, אין הצדקה לקיומו של כלל צר ונוקשה המצמצם את המבחן לקבלת הטענה אך למקרים קיצוניים; או למקרים של התנהגות שעורריתית של הרשות שיש בה כדי התעמרות בנאשם, או דיכוי, עד כי המצפון מזדעזע. מכאן גם, שאין זה מוצדק לקבוע מראש כי הטענה תתקבל רק במקרים "נדירים ביותר"<sup>100</sup> – ללא קשר לטיב הטענה ולמהות העברה המיוחסת לנאשם ולנסיבותיה<sup>101</sup>.

לגישתי, המבחן שנקבע בעניין יפת אינו עולה בקנה אחד עם המגמות הברורות, המקובלות כיום, של התחשבות גדלה במהותם של הערכים הרלוונטיים<sup>102</sup>; והכוונה היא, בענייננו, בעיקר לערכי הצדק, תום הלב, ההגינות, החירות, השוויון, הסבירות והמידתיות. כמו כן, אין במבחן זה, לעניות דעתי, התחשבות מספקת במשקלה הסגולי העל-חוקי של זכות היסוד החוקתית להליך ראוי והוגן<sup>103</sup>.

כזכור, המבחן שנקבע בעניין יפת אינו מבדיל בין הקטגוריות והמצבים השונים של הדוקטרינה, והוא מתמקד בעיקר בהשתק הרשות. כמו כן, הוא אינו דן במהות העברה המיוחסת לנאשם ובחומרתה; למעשה, המבחן מתאים בעיקר למקרים שבהם נעברו (לכאורה) עברות חמורות במיוחד; ומכאן, שהוא אינו הולם עברות בעלות חומרה פחותה, ובמיוחד עברות קלות למדי, ואין בו פתרון נאות למקרים שבהם נגרמה פגיעה חמורה או ממשית בזכות הנאשם להליך ראוי או למשפט הוגן שלא עקב התעמרות בו מצד הרשויות, ואף לא למקרים שבהם נגרם אי-צדק קשה לנאשם בגין חומרת האשמה שיוחסה לו בכתב האישום.

כאמור, בעניין בורוביץ התקבל חלק משמעותי מהביקורת שנמתחה על ההלכה ועל המבחן שנקבעו בעניין יפת, והוטעם כי אין הכרח להצביע על התנהגות מתעמרת ושעורריתית מצד הרשות או על התנהגות זדונית ומכוונת מצדה, כי אם די לשם קבלת הטענה, בכך שבית המשפט ישוכנע שאין אפשרות להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניהול המשפט נגדו פגיעה חריפה או ממשית בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיני בית המשפט.

למעשה, בעניין בורוביץ הסתפק בית המשפט במבחן העקרוני, הרחב והגמיש, שנזכר עוד בעניין יפת, שלפיו הדוקטרינה חלה כאשר אין אפשרות "להעניק לנאשם

100 ראו עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 370; והשוו עניין חרמון, לעיל הערה 7, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. כן השוו לביקורת של סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 44, 61; ולביקורת של נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 150. מנגד, ראו למשל עניין חטרישי, לעיל הערה 34 ועניין הומינג, לעיל הערה 34, שבהם הובעו דעות המצדדות בגישה המצמצמת את הדוקטרינה לטענות מסוג השתק הרשות ולהתנהגות שעורריתית ומתעמרת מצדה, על פי המבחן הצר שנקבע בעניין יפת.

101 ואכן, הן בדנ"פ הר"שפי, לעיל הערה 7, בע' 342 והן בעניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 19, הובהר כי יש לבחון את הטענה בשים לב גם לסוג העברה ולנסיבותיה.

102 ראו, למשל, מ' שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (1996) 5; מאוטנר, לעיל הערה 89.

103 ראו לעיל הערות 44, 47, 48 והטקסט הנלווה להן. כן ראו אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 267, 276, 280; סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 51–52, 57.

משפט הוגן" או "שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות"<sup>104</sup>, תוך שהודגש, כאמור, כי הכוונה היא לפגיעה חריפה או ממשית בחוש הצדק וההגינות, וכן תוך שהובהר כי קבלת הטענה אינה מותנית בהכרח בהתנהגות שערורייתית, מתעמרת או מכוונת מצד הרשות דווקא. בכך נזנח, למעשה, המבחן הצר והמחמיר שנקבע בעניין יפת, כמבחן כללי לקבלת הטענה, וחלף זאת, הוא הפך לאמת מידה שיוחדה אך למקרים חמורים ביותר של טענת השתק הרשות ("מסוגה של פרשת יפת") – בדומה לדברים שהצעתי עוד בגרסה הראשונה של הרשימה. בעיניי, זו חשיבותה העיקרית של פסק הדין בעניין בורוביץ, בנוגע לדוקטרינה.

עם זאת, בית המשפט הדגיש כי ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה "מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר". בית המשפט הטעים, כי ההכרעה אם במקרה נתון קיימת הצדקה לקבלת הטענה, מחייבת בחינה בת שלושה שלבים: ראשית, זיהוי הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ועמידה על עצמתם; שנית, עריכת איזון בין האינטרסים הרלוונטיים השונים, בשים לב לנסיבות הקונקרטיות של המקרה; שלישית, אם מתברר כי במקרה הקונקרטי הייתה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות – בחינת האמצעי המידתי המתאים לריפוי הפגמים או לתיקון הפגיעה. זאת, לאו דווקא על ידי ביטול כתב האישום כולו, כי אם על ידי ביטול חלק מהאישומים, או על ידי התחשבות בפגמים בקביעת עונשו של הנאשם. כמו כן, בית המשפט העלה את האפשרות כי תיקון הפגיעה שנגרמה לנאשם "יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה באמצעים פסולים"<sup>105</sup>, וגם בכך יש משום חידוש.

לטעמי, מן הראוי להקנות לבית המשפט שיקול דעת רחב לקבל את הטענה במקרים שבהם הוכיח הנאשם – על פי ראיות ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות<sup>106</sup> – שנגרמה פגיעה חריפה או ממשית בזכותו להליך ראוי או

104 השוו עניין בר טוב, לעיל הערה 49. כן ראו עניין עמר, לעיל הערה 16.

105 עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21. כידוע, במשפט הישראלי לא התקבלה ההלכה האמריקנית בעניין "פירות העץ המורעל", וככלל, השימוש באמצעים פסולים להשגת ראיות אינו פוגע בקבילותן, אך הוא יכול להפחית ממשקלן. ראו, למשל, לאחרונה, ע"פ 7237/04 מ"י נ' בניאשווילי (טרם פורסם), פדאור 04(17) 664; לביקורת על ההלכה בישראל בסוגיה זו, ראו למשל ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל (תשנ"ט) 145; ב' שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח (תשס"ה) 163, 183–185, שם מציג המחבר "לאמץ כלל פסילה שבשיקול דעת, הקרוב ברוחו למודל האנגלי והקנדי" – הצעה הנראית גם בעיניי, באופן עקרוני, אך אין זה המקום להרחיב על כך.

106 מידת ההוכחה הנדרשת בעניינו טרם נקבעה בפסיקה. האפשרות האחת, שאינה נראית בעיניי, היא כי די אם הנאשם יצביע על ספק סביר בעניין התקיימות הטענה, בדומה לעניין קיום סייג לאחזיות פלילית. אפשרות שנייה, העדיפה בעיניי, היא כי על הנאשם הנטל לשכנע את בית המשפט בקיומה של הטענה ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות; כן ראו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 428–430.

עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה

למשפט הוגן, באופן המטה את "מאזן טעמי הצדק" נגד עצם העמדתו לדין או נגד ניהול המשפט על פי האישומים המיוחסים לו; זאת, לאחר שנערך איזון ראוי בין מכלול האינטרסים, הציבוריים והפרטניים כאחד – גם אם לא הייתה התעמרות בנאשם מצד הרשויות, או כל פעולה מכוונת פסולה מצדן.

יתרה מזו, אין מקום להגביל את תוצאות הדיון בטענה לאחת משתי החלטות קיצוץ – דחיית הטענה מזה או ביטול כתב האישום מזה – כי אם יש לשקול קבלת הטענה באופן חלקי ומידתי, בין שעל ידי ביטול חלק מהאשמות, ובין שעל ידי המרת אחד מסעיפי האישום בעברה קלה יותר, במקרים ראויים.

כאמור, בעניין בורוביץ נקבע כי גם כאשר יש ממש בטענה, מן הראוי לשקול להסתפק במתן סעד מידתי מתאים, כגון ביטול חלק מהאישומים, חלף עיכוב ההליך השיפוטי כולו. אולם בית המשפט לא נדרש לאפשרות (שהעליתי כבר בגרסה הראשונה), בדבר המרת סעיף האישום בעברה קלה יותר, משיקולים של צדק (ולא משיקולים ראייתיים), כסעד חלקי ומידתי, במקרים המתאימים שבהם ישוכנע בית המשפט כי זה הסעד הראוי לנוכח הפגיעה בנאשם או בתחושת הצדק וההגינות, בגין האישום החמור מדי המיוחס לנאשם. אכן, אפשרות אחרונה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסות ה"קלאסיות", שלפיהן, ראשית, בחירת סעיפי האישום מהווה "פרוגטיבה" של התביעה; ושנית – אם הוכחה העברה שיוחסה לנאשם על ידי התביעה, על בית המשפט להרשיעו בה<sup>107</sup>. אולם, כאמור, הדוקטרינה – כמו גם הגנת "זוטי דברים" – היא כשלעצמה בבחינת חריג לתפיסות הקלאסיות בעניין סמכויות הערכאה הדיונית. לדעת, הטיוען שלפיו הגם שבית המשפט רשאי לבטל את כל כתב האישום (או חלק מהאישומים) בגין הטענה, הוא אינו מוסמך להמיר סעיף אישום חמור בסעיף קל הימנו – אינו סביר ואינו ראוי. כידוע, ככלל, המרובה מכיל את המועט. בנדון דנן, מסקנה זו אף מתבקשת, לטעמי, ביתר שאת, משיקולים של מדיניות ראויה ושל סבירות ומידתיות, כדי למנוע מצב שבו בית המשפט יראה עצמו "מחויב" לבחור באחד משני מצבי קיצוץ – לבטל את כתב האישום (או חלקו) או לדחות כליל את הטענה ככל שהיא נוגעת לאשמות – במקרים שבהם שוכנע כי אכן עומדת לנאשם הגנה מן הצדק אלא שלדעת בית המשפט הסעד ההולם בגין ההגנה הנו אך המרת האישום לאישום פחות חמור. מכאן שיש מקום, לדעתי, לבחון גם את האפשרות של המרת אישום, כאמור, במקרים מיוחדים וראויים, שבהם מצד אחד אין מקום לביטול האישומים (או חלקם), אך מן הצד האחר אין זה הוגן כי משפטו של הנאשם יתנהל בגין אותן עברות חמורות שיוחסו לו, על כל ההשלכות אשר עלולות לנבוע מכך. הדברים יכולים להתייחס, למשל, להשפעה האפשרית של מהות האישום (החמור מדי)

107 ראו, למשל, ע"פ 66/88 מ"י נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847, 856–857; ע/43/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטדגי (לא פורסם), פדאור 01(6) 253, בפסקאות 18–20; רע"פ 6351/01 אטדגי נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם), פדאור 01(1) 769, בפסקה 4. כמו כן, ראו לעיל הערות 52, 61 והטקסט הנלווה להן, וכן ראו להלן.

על שמו הטוב ועל מעמדו של הנאשם במהלך המשפט עצמו, כגון כאשר מדובר באיש ציבור, שעצם העמדתו לדין בגין העברה החמורה שבה הואשם, תחייב השעייתו מתפקידו וסיום הקריירה הציבורית שלו, אולם בית המשפט סבור כי גם אם תוכחנה כל העובדות הנטענות בכתב האישום, לא יהא זה צודק להרשיע את הנאשם באותה עברה. בדומה לכך, לעתים קיימות נסיבות מקלות מיוחדות אשר מצדיקות — מטעמים של צדק ולא מטעמים ראייתיים — שלא להסתפק בהקלה בעונש, כי אם להמיר את האשמה בעברה פחות חמורה. כך, למשל, אם מתברר כי נאשם נורמטיבי הודח הדחה פסולה על ידי סוכן משטרה סמוי, בלא שהיה כל מידע מודיעיני מוקדם על הנאשם (בניגוד להלכה הפסוקה ולהנחיות הפרקליטות והמשטרה) — אפשר כי יהא מקום, מטעמים של צדק, שלא להרשיעו בעברה של סחר בסם, גם אם התקיימו יסודות העברה, כי אם בעברה קלה יותר, כגון הספקת סם. כמו כן, יש מקום לשקול הרשעה בעברה חמורה פחות כאשר מתקיימות נסיבות חריגות, כגון אלה שבגינן ניתן להטיל עונש מופחת על עברת רצח, כאמור בסעיף 300א לחוק העונשין — אם הן כה קיצוניות עד כי הן מצדיקות המרת העברה בעברה חמורה פחות, כגון המרת חבלה חמורה בפציעה, המרת הריגה בגרימת מוות ברשלנות, או אולי אף המרת רצח בהריגה.<sup>108</sup> יתרה מכך, לעתים יכולה הטענה לנבוע מההשלכות של עצם ההרשעה בפלילים, או של מהות העברה, על מקום עבודתו ועל עתידו של הנאשם אשר מעד באופן חד-פעמי — למשל כשמדובר באדם מבוגר ונורמטיבי, או במי שמשרת במשטרה<sup>109</sup> או בצעיר שעברו נקי<sup>110</sup>. זאת, במיוחד בבית דין צבאי, אשר בהבדל מבית משפט אזרחי, אין נתונות

108 כידוע, בישראל לא התקבלה ההצעה להנהגת אחריות מופחתת בכל הנוגע לעברה של רצח; וחלף זאת נקבע, בס' 300א לחוק העונשין, כי בית המשפט רשאי להשית על רצח עונש מופחת, אם התקיימה אחת הנסיבות המיוחדות המנויות בסעיף האמור, כגון שהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה עקב התעללות חמורה בו מצד קרוב העברה, או כשהנאשם סבל מהפרעה נפשית חמורה או מליקוי בכושרו השכלי שאינם מגיעים כדי אישפיות הדעת; על כך ראו למשל ע"פ 870/80 לדאני נ' מ"י, פ"ד לון (1) 29, 38–39; ע"פ 3243/95 צאלח נ' מ"י, פ"ד נב(1) 769, 790–788; ע"פ 5031/01 פלונית נ' מ"י, פ"ד נז(6) 643–641; ע"פ 7926/00 דיפני נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור (8) 698; א' מצא "אחריות מופחתת בפלילים" ספר לנדוי (א' ברק, א' מזוז עורכים, כךך ב, תשנ"ה) 933. למעשה, יש בהצעותי משום אימרוץ עקיף של האפשרות כי בית המשפט יהא רשאי להסתפק, במקרים חריגים וראויים, באחריות מופחתת, לאו דווקא כאשר לרצח, וזאת משיקולים של צדק, במסגרת הדוקטרינה.

109 ראו, למשל, והשוו ע"פ (ב"ש) 7149/00 מ"י נ' גדסי (לא פורסם), פדאור (3) 304; ת"פ (חיפה) 336/01 מ"י נ' מוראד (טרם פורסם), פדאור (3) 634.

110 כך, למשל, כאשר מיוחסת לנאשם שאין לו כל עבר פלילי, עברה של אספקת סם מסוכן, ומתברר כי מדובר במתן סם "קל" (קנאבוט) לחבריו, לצורך שימוש משותף בסם "בנסיבות חברתיות", ללא מניע כספי מצד הנאשם — יש מקום לשקול שלא להרשיעו בעברה של הספקת הסם, כי אם, לכל היותר, בעברה של שימוש בסם מסוכן. כמו כן, לבית המשפט, כידוע, סמכות להסתפק בצו מבחן או בשירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה.

לו סמכויות להטיל על חיילים צו מבחן או שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה<sup>111</sup>. על כן, נודעת חשיבות יתרה לשאלה אם לבית דין צבאי סמכות להמיר את סעיף ההרשעה מסעיף הנושא רישום פלילי לסעיף שאינו גורר רישום פלילי — כאמור שלא משיקולים ראייתיים, כי אם משיקולים של צדק, במסגרת הדוקטרינה<sup>112</sup>. העולה מן המקובץ הוא, כי יש להשתחרר מכבלי "התפיסה הישנה", ולהכיר בסמכותו של השופט לקבל באופן חלקי טענת הגנה מן הצדק גם על ידי המרת אישום חמור בעברה חמורה פחות, במקרים מיוחדים וראויים, וזאת לא רק מכוח הסמכות הטבועה של בית המשפט, כי אם בעיקר על בסיס המודל החוקתי-מנהלי העומד ביסוד הדוקטרינה, וכן מטעמי מדיניות ומשיקולי מידתיות; והכול, כמפורט לעיל. מדובר, למעשה, בסעד יחסי ("הגנה יחסית" מן הצדק), ההולם את מידת אי-הצדק שנגרם לנאשם — בדומה לתורת "התוצאה היחסית" או "הבטלות היחסית"<sup>113</sup>.

מתחייב אפוא מבחן גמיש ופונקציונלי, אשר יאפשר לערכאה הדיונית להתחשב בכל השיקולים, הערכים והאינטרסים הרלוונטיים, כנגזרת ממכלול הנסיבות הקונקרטיות, ובהן מהות הטענה, מידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן וראוי — כשים לב גם לשאלת תום לבו — ומהות הפסול בהתנהגות הרשויות ומידתו, וכן מהות העברה המיוחסת לנאשם ונסיבותיה, תוך חתירה לאיזון ראוי בין השיקולים הנוגדים, או במילים אחרות, תוך התחשבות במאזן טעמי הצדק, בכל מקרה לגופו.

על פי המוצע, יש לקבוע רף מינימלי, אשר יהווה למעשה תנאי הכרחי לקבלת הטענה, ולפיו על הנאשם לשכנע את בית המשפט כי נגרמה פגיעה ממשית בזכותו להליך ראוי או למשפט הוגן, היורדת לשורש העניין, באופן שעצם העמדתו לדין או ניהול המשפט נגדו בגין אותם אישומים המיוחסים לו, מהווה אי-צדק חריף או חמור. רף תחתון זה יידרש, למצער, בנוגע לכל עברה; ואם הנאשם לא יעמוד בנטל האמור, תידחה הטענה על הסף. אולם רף מינימלי זה לא יספיק בהכרח לקבלת הטענה באופן מלא, דהיינו לעיכוב ההליך השיפוטי כולו; הוא יספיק רק כשמדובר בעברות קלות למדי מסוג חטא, והוא עשוי להספיק בחלק מהעברות מסוג עוון, ואולי אף במקצת העברות מסוג פשע שנסיבותיהן אינן כה חמורות.

111 פקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 וס' 71 לחוק העונשין אינם חלים על ההליכים המשפטיים המתנהלים נגד חיילים בבית דין צבאי; ראו ס' 33 ו-541 לחש"ץ; כן ראו להלן הערה 112 והמשך הדברים.

112 ראו א' לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" משפט וצבא 16 (תשס"ג) 505; והשוו א' הרמלין "כבודו של החייל — על הרישום הפלילי בבתי-הדין הצבאיים" הפרקליט מה (תשס"א) 365.

113 על תורה זו ראו, למשל, והשוו י' זמיר "סמכות המנהלית (כרך ב, תשנ"ו) 683; רע"פ 2431/99 טוראי גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673; רע"פ 4398/99 הראל נ' מ"י, פ"ד נד(3) 637; רע"פ 6143/03 פורטל נ' מ"י, פ"ד נח(2) 614.

אך לא כשהעברה המיוחסת לנאשם היא חמורה במיוחד, כגון עברה מסוג פשע חמור או עברה של פשע בנסיבות מחמירות.

כשמדובר בעברות חמורות ביותר ובטענת השתק הרשות — יידרש לקבלת הטענה רף גבוה יותר, שיהא זהה או דומה לרף שנקבע בעניין יפת, כפי שהדבר אושר מחדש בעניין בורוביץ. רף זה יהווה, למעשה, מעין רף עליון לקבלת הטענה, ויהיה אפוא בבחינת תנאי מספיק — אך לא הכרחי — לקבלתה.

בין הרף התחתון לרף העליון, כמצוין לעיל — יימצא מתחם שיקול הדעת השיפוטי, שבמסגרתו יוכרע אם לקבל את הטענה, בהתאם למכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים ובהתאם למאזן טעמי הצדק בכל מקרה קונקרטי.

מכאן שעל פי המבחן המוצע יידרש הנאשם, כתנאי לקבלת הטענה, ראשית, להצביע על כך שנגרם לו אי-צדק חריף או חמור בעצם העמדתו לדין, או בהמשך ניהול המשפט נגדו בגין האישומים המיוחסים לו; ושנית, לשכנע את בית המשפט כי בנסיבות העניין, נוטה מאזן טעמי הצדק בעד עיכוב ההליכים, או בעד ביטול אחד האישומים, או למצער בעד המרתו באישום קל הימנו; שאם לא כן, יהא בית המשפט ראוי להתחשב בפגיעה שנגרמה לנאשם אך לעניין העונש שיושת עליו, אם יורשע בדינו.

כן מוצע, לעניין המבחן לקבלת הטענה, כי תהא זיקת גומלין הדוקה, של מעין יחס ישר, בין חומרת העברה ונסיבותיה הנטענות בכתב האישום, מן הצד האחד, לבין חומרת ההתנהגות של הרשויות כלפי הנאשם, או חומרת הפגם שנפל בהליך, או אי-הצדק שנגרם לו, מן הצד האחר. במילים אחרות, ככל שחומרת העברה (ונסיבותיה) תהיה רבה יותר — תידרש מידה רבה יותר של פסול בהתנהגות הרשויות או של אי-צדק לנאשם, כדי להטות את מאזן טעמי הצדק בעד קבלת הטענה; ולהפך, ככל שהעברה ונסיבותיה הן חמורות פחות — ומקל וחומר, אם אין בהן חומרה ממשית — תידרש מידה פחותה של חומרה כאשר להתנהגות הרשויות ולפגיעה בזכות הנאשם להליך ראוי ולמשפט הוגן, כדי להצדיק עיכוב ההליכים, ביטול אחד האישומים או המרתו באישום קל יותר.

מובן כי ביישמו את המבחן המוצע לעיל, ייעזר בית המשפט בערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל — הערכים האוניברסליים והיהודיים כאחד, ובכלל זה ערכי החירות, ההגינות, השוויון, המוסר, השלום והצדק — וכן בשיקולי הסבירות והמידתיות, ובכללי ההיגיון והשכל הישר; והכול, על פי ניסיונו השיפוטי וחוש מומחיותו.

ראמנם, גם בעניין זה יקפיד בית המשפט שלא לשים את שיקול דעתו הוא תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת — היינו התביעה הכללית, או היועץ המשפטי לממשלה — במיוחד במקרים גבוליים, בין שכשאינן ראיות מסתברות לכך שנגרם אי-צדק חריף או חמור לנאשם, ובין שכשקשה לומר שבאיזון הכולל של השיקולים מוצדק לעכב את ההליכים כנגדו. ואכן, העיקרון הבסיסי בהקשר



זה הנו עקרון "הפרדת הרשויות". אולם, כידוע, המודל הראוי והמקובל כיום אינו של הפרדה מוחלטת בין הרשויות, כי אם של בלמים ואיזונים (Checks and Balances), ומתפקידה של הרשות השופטת, ואף מחובתה, לפקח על מעשיה של הרשות המבצעת ועל החלטותיה, ולהתערב בהם במקרים הראויים – לא רק מקום שהרשות חרגה מסמכותה, פעלה בחוסר תום לב, שקלה שיקולים זרים או לא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים, אלא גם מקום שהרשות (ובענייננו, בעיקר רשויות החקירה והתביעה) פעלה אמנם במסגרת סמכותה, אך פגעה במידה העולה על הנדרש בזכויות היסוד של נאשם, גם אם בתום לב – בין שעל ידי עצם הגשת כתב האישום, בין לנוכח סעיפי האישום החמורים מדי שנבחרו על ידה, ובין שעל ידי ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין בפני בית משפט פלילי דווקא, במקום להסתפק בדין משמעתי (מקום שבו יש תחולה למערכת מתאימה של דין משמעתי)<sup>114</sup>.

וכפי שציינו אוקון ושחם, הדוקטרינה "יכולה להתגשם גם במקרים של אי-צדק 'במידות' קטנות יותר [...] לעתים דווקא בפרטים הקטנים, מצוי עוול גדול"<sup>115</sup>. אמת, להחלטה על קבלת הטענה יכולות להיות השלכות שליליות ממשיות לעניין הרתעת הנאשמים בפועל וככוח – דבר אשר עלול, במישרין או בעקיפין, לסכן את ביטחון הציבור ולפגוע ברגשות הקרבנות, וכן לערער את אמון הציבור במערכת המשפט.

על כן לעולם צריכה הטענה להיבחן בקפידה, בכובד ראש ובמגמה מצמצמת – בשים לב להשלכות האמורות של קבלת הטענה. דא עקא, אין פירוש הדבר כי ראוי שקבלת הטענה תהא אך "במשורה", במקרים קיצוניים "נדירים ביותר" או "חריגים ביותר"<sup>116</sup>.

בכך אף יתחזק אמון הציבור במערכת המשפט<sup>117</sup>, שכן הצדק לא רק ייעשה

114 על ההבדלים בין איטורים פליליים לבין עברות משמעטיות ראו, למשל, והשוו בג"ץ 13/57 צימוקין נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה, פ"ד יא 856, 861; בג"ץ 7074/93 סויסא נ' הי"מ, פ"ד מח(2) 749, 782–783; ע"פ 4148/96 מ"י נ' גנות, פ"ד נ(5) 367, 389–393; עניין חרמון, לעיל הערה 7, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

115 אוקון ושחם, לעיל הערה 10, בע' 276–277.

116 ראו והשוו עניין יפת, לעיל הערה 1, בע' 370; עניין בורוביץ, לעיל הערה 2, בפסקה 21. כידוע, ההחלטות השיפוטיות הן תוצאתיות, והן תלויות כנסיונות של המקרים המובאים בפני בתי המשפט. כך, מקום שהטענה נסמכת על הפסול במעשי הרשות – תלויה קבלת הטענה בבחינת התנהגות הרשות. על כן אין זה נכון, לגישתי, לקבוע כי הטענה תתקבל רק במקרים נדירים ביותר, או אף במקרים נדירים. זו אינה יכולה, ואינה צריכה, להיות מדיניות שיפוטית, כי אם, לכל היותר, הנחה, שאיפה או תקווה גרידא; שכן הדבר תלוי, בעיקר, בהתנהגות הרשויות המנהליות עצמן. אמנם קיימת חזקה בדבר חוקיות מעשי הרשות ותקינותם, אך זו חזקה הניתנת לסתירה. וראו לעיל הערות 99, 100 והטקסט הנלווה להן.

117 על אמון הציבור, ראו בוק, לעיל הערה 24, בע' 289–294; ח' ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (תשס"ב) 9; מ' חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט (תשס"ד) 4; וכן ראו לענייננו סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 48, 75.

אלא גם ייראה — הן לגבי הנאשמים שכתבי האיטום נגדם יתבררו לגופם, והן בנוגע לאלו שתתקבל הטענה בעניינם<sup>118</sup>.

כנגד הגישה המרחיבה את תחולת הדוקטרינה ואת המבחן לקבלתה, ניתן אמנם להעלות חשש כפול: ראשית, כי ההרחבה עלולה להוביל להעלאת הטענה בשיעור גבוה של המשפטים בפלילים; ושנית, שהטענה עלולה להתקבל בחלק גדול מדי של המקרים שבהם תועלה. כמו כן, ניתן לטעון כי המבחן המוצע על ידי אינו מוגדר דיו, וכי קבלתו עלולה להביא לפגיעה בעקרון השוויון, ביציבות ובוודאות הדין.

בחששות אלה אין, לדעתי, כדי להכריע את הכף, מה גם שהמבחן העקרוני שאושר בעניין בורוביץ — של חוסר אפשרות להעניק לנאשם משפט הוגן או של פגיעה חריפה בחוש הצדק וההגיונות — הנו פחות מוגדר ומפורט מאמות המידה המוצעות על ידי.

אכן, ניתן להניח כי בעקבות הרחבת המבחן תהיה, בעיקר בשלב הראשון, עלייה גדולה בהיקף העלאת הטענה. עם זאת, יש לזכור כי מאז עניין יפת מועלית הטענה במקרים לא מעטים; ומכל מקום, לאחר "חבלי לידה" ראשוניים, ולאחר שהמבחן המורחב ייקלט ואמות המידה השונות לגבי יובהרו בפסיקה, ודאי יקטן ויתייצב מספר המקרים שבהם תועלה הטענה. מובן גם כי לא בכל מקרה שבו תועלה הטענה, היא תתקבל. כאשר אין לטענה בסיס — ממילא היא תידחה, לאחר דיון קצר בה; ואילו באותם מקרים שבהם יוכח כי אכן יש לקבלה, הדבר יהא לא רק צודק, אלא אף עשוי לחסוך ניהול של התדיינות ארוכות יותר ושמיעתן של העדריות (או של חלקן) במשפטים גופם<sup>119</sup>.

אמות המידה המוצעות כאן מהוות, לטעמי, מבחן יישומי כולל ופונקציונלי, המתאים לקטגוריות ולמצבים השונים שבהם הטענה עשויה להתעורר. למעשה, ניתן לומר כי הן משלימות את המבחן העקרוני הכללי שנקבע בעניין בורוביץ. אמנם גם במבחן וגם באמות-המידה המוצעים על ידי אין קנה מידה ארייתמטי או מכניסטי, להכרעה בעניין קבלת הטענה (או דחייתה), אך הדבר דומה להכרעות שיפוטיות אחרות, גם בפלילים, כגון בענייני מעצר או ענישה, שהן אינדיבידואליות מטבען<sup>120</sup>, ומתחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים, על פי שיקול דעתו של השופט, בכל מקרה קונקרטי לגופו; וטוב שכך.

118 לדעתי, בשונה מהדין הנוהג (ראו למשל בג"ץ 6317/01 אפס נ' כבוד השופט ש' טימן (לא פורסם), פדאור (1)01 (425) — רצוי לשקול אם יש מקום לקבוע בחוק כי נאשם יהא רשאי לבקש באופן תכופ (תוך שלושים ימים, למשל) רשות ערעור על דחיית הטענה, כחריג לכלל שלפיו אין ערעור על החלטות ביניים במשפט פלילי, שכן מדובר בהחלטה שקבלתה עשויה לסיים את ההליך; ראו והשוו נקדימון, לעיל הערה 8, בע' 433-437.

119 השוו סגל וזמיר, לעיל הערה 8, בע' 75.

120 על האינדיבידואליות של הענישה ראו הפסיקה הנזכרת לעיל בהערה 85; ועל ההחלטות בענייני מעצר ראו למשל בש"פ 6504/03 מ"י נ' חביב, פ"ד נז(5) 865, 867; בש"פ 7686/03 רפייב נ' מ"י, פ"ד נז(6) 753, 762.

## ה. סיכום

משהסתיימו "חבלי הלידה" של ההגנה מן הצדק, ומשחלפו שנות הקליטה הראשונות שלה בשיטת המשפט שלנו, נראה כי אנו מצויים בעיצומה של התפתחות ההגנה או שמא עדיין בתחילתה. הגם שאין עוד עוררין על עצם תחולתה של הטענה, טרם התבררו עד תום שאלות היסוד בדבר מהותה, ה"מודל" שעליו מושתתת סמכותו של בית המשפט לקבלה, גדרי תחולתה ומגוון הערוצים שבהם היא יכולה להתעורר, וכן המבחן ואמות המידה לקבלתה.

אמנם, בעניין בורוביץ חלה באחרונה התפתחות חיובית משמעותית בנוגע להרחבת גדרי הדוקטרינה מעבר למקרים של השתק הרשות, ובנוגע להגמשת המבחן לקבלת הטענה; אך אמות המידה לקבלתה טרם גובשו באופן סופי בפסיקת בית המשפט העליון.

זכור, על ההלכה ועל המבחן שנקבעו בעניין יפת נמתחה ביקורת לא מעטה, בעיקר בספרות<sup>121</sup>. עם זאת, על מבחן זה חזר בית המשפט העליון פעמים אחדות, גם באחרונה, אף לאחר פסק הדין בעניין בורוביץ, בעניין חסון<sup>122</sup>. מבחן זה הוא קשה ובעייתי. הוא התבסס על ההלכה שהייתה מקובלת, בשעתה, במשפט האנגלי, אשר בינתיים שונתה שם. הוא אולי התאים לשלבים הראשונים של ההכרה בדוקטרינה ושל קליטתה בארץ, אך כיום נראה שאכן הגיעה השעה לצעוד צעד נוסף — צעד מדוד וזהיר — בכיוון של התאמתה למשפט הרצוי, ברוח פסק הדין בעניין בורוביץ, על ידי הרחבת תחולת הטענה מעבר להשתק הרשות — הרחבה מוגבלת ושקולה — וכן על ידי הגמשת המבחן לקבלתה והפיכתו למבחן פונקציונלי יותר, המתאים למצבים השונים שבהם יכולה הטענה להתעורר; זאת, לא רק במקרים "נדירים ביותר" או "חריגים ביותר", כי אם במקרים חריגים ומיוחדים, לאו דווקא נדירים או קיצוניים. כמו כן, הנני מציע כי הטענה תוכל להתקבל באופן חלקי ומידתי, במקרים שבהם יש הצדקה לכך, על פי מאזן טעמי הצדק — לא רק על ידי ביטול חלק מהאישומים, כי אם (לחלופין) גם על ידי המרת אחת האשמות בעברה קלה יותר — לא משיקולים ראייתיים, כי אם משיקולים של צדק.

הצעד הנוסף כאמור עולה בקנה אחד עם המגמות החיוביות המקובלות במשפט בעת האחרונה, בעד ירידה כפורמליזם והתחשבות רבה יותר בערכים, וכן מתיישב הוא טוב יותר עם הקונסטטיטוציונליזציה של זכויות היסוד בעידן החוקתי, בעיקר של זכות הנאשם להליך ראוי והוגן, ועם ערכי המידתיות, הסבירות, החירות, ההגיונות, השוויון, תום הלב והצדק במשפט. עם זאת, מקובל גם עליי כי אין לפרוץ את הגדר, וכי יש להוסיף ולהתייחס אל הדוקטרינה כאל טענה חריגה,

121 ראו לעיל הערה 88. כן ראו הגרסה הראשונה של רשימה זו, ופרק א' לעיל. מנגד, חלק מהשופטים צידדו בהלכת יפת והתנגדו להרחבתה; ראו למשל עניין חטרישי ועניין הומינג, לעיל הערה 34.

122 ראו לעיל הערה 16.

ולהמשיך ולבחון אותה בקפידה ובכובד ראש, מתוך גישה מצמצמת ותוך מודעות למשמעויות של קבלתה בכל מקרה ספציפי, ובעיקר להשלכות האפשריות של ריבוי קבלת טענות דומות, על האינטרסים הציבוריים למיצוי הדין, לחקר האמת, להגנה על שלום הציבור ועל רגשותיהם של קרבנות העברות, ולשמירה על אמון הציבור במערכת המשפט ובשלטון החוק.

בסוף פרק הסיכום של הגרסה הראשונה של רשימה זו ציינתי, כי: "למעשה, ניתן להבחין, בעיקר בשנה האחרונה, במגמה הולכת וגוברת להרחיב את השימוש בדוקטרינה בערכאות הדיוניות, ואולי אף בבית המשפט העליון<sup>123</sup>, עד כי אפשר שמדובר בתחילתו של מהפך חשוב בהתייחסות בתי המשפט לטענה, בכיוון מרחיב, בדומה למוצע ברשימה זו".

ואכן, סמוך לאחר פרסום הגרסה הראשונה, ניתן פסק הדין בעניין בורוביץ, ונראה כי התממשה במידה רבה התחזית האמורה. אמנם יש להניח כי אין זה סוף פסוק בסוגיה, אולם ההלכה שנקבעה בעניין בורוביץ מהווה צעד חשוב בכיוון הרצוי גם לטעמי.

123 ראו בעיקר עניין חרמון, לעיל הערה 7; והשוו למבחן שהוזכר בעניין בר טוב, לעיל הערה 49. כן ראו ת"פ א (ק"ג) 1615/95 מ"י נ' שלוי ובניו בע"מ (טרם פורסם), דינים שלום כו 517; ת"פ (י"ם) 3217/01 מ"י נ' האגודה השיתופית שדות מיכה (טרם פורסם), פדאור 495 (8) 2003; עניין סוכני הדלק, לעיל הערה 29; עניין גל, לעיל הערה 22.