

# הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי<sup>1</sup>

עו"ד בעז אוקון ועו"ד עודד שחם

1. חוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על ההליך הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. בתוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי<sup>2</sup>. משמעות הדברים היא שינוי של הפירמידה הערכית. סדרי הדין הפליליים "עלו כיתה". מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית. אם זכויות הנאשם במשפט הפלילי נגזרו עד היום מהוראות סדרי הדין, "מעטה ייגזרו הוראות סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר הליך פלילי"<sup>3</sup>.
2. למהפך זה יכולות להיות משמעותיות מנקודת המבט של סדרי הדין הפלילי פנימה. השינוי בבסיס הנורמטיבי ממנו ניזונים סדרי הדין יכול לחייב תוצאות פרשניות שונות לגביהם. טול, לדוגמא, פרשנויות הניזונות מייעילות הדין לשמה, הממוסגרות בכותרת של "זמן שיפוטי". אלה יצטרפו בחינה מחודשת מן ההיבט של ההליך הראוי<sup>4</sup>. מערך סדרי הדין יהיה מחויב קודם כל לזכות להליך ראוי ולא

1 לאחרונה יצא באנגליה ספר שהוקדש לנושא זה: Andrew Choo *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings* (Oxford, 1993). לאחר כתיבת המאמר התפרסם פסה"ד בע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מ"י (טרם פורסם). ביהמ"ש הכיר בקיום הגנה מן הצדק בשיטת המשפט הישראלית. כבוד השופט טל בדעת יחיד אף היה מוכן לבסס את זיכוי המערערים מן האישום הראשון על בסיס הגנה זו.

2 ראו א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281.

3 א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (ירושלים, 1994) 63.

4 כאשר בידי בעל-הדין זכות חוקתית לא ניתן לנגוס בה בחסות האינטרס הכללי של בתי-המשפט בנייהול לוח הזמנים שלהם. בעניין (1988) 520 So. 2d 568 *Kritzman v. State of Florida* ביטל בית-המשפט העליון של פלורידה החלטה של ערכאה נמוכה לא לפצל את הדיון בין נאשמים שונים שהתבססה על שיקולי נוחות. בעניין *Juckniess v. Howard* 231 N.W. 843 (1930) הנאשם לא היה מסוגל להעיד עקב מצב בריאותו. משהוגדרה זכותו של הנאשם להעיד להגנתו כזכות חוקתית נקבע, כי שיקולי יעילות הדין או אפשרות סיומו בזמן ראוי נסוגים מול זכות זו. הפסיקה בארה"ב קבעה, כי היעילות בנייהולם של הליכים פליליים אינה שיקול המצוי בתחומי האחריות של בתי-המשפט. בפרשת *U.S. v. Hollingsworth* 9 F. 3d 593 (1993) דן בית-המשפט בטענת הגנה של entrapment. השופט Posner נדרש להצדקה העומדת מאחורי טענת הגנה זו. הוא הסביר כי הגנה זו נעוצה, בין השאר, ברצון למנוע מן השלטון המרכזי להשקיע את משאביו כדי להגדיל את האוכלוסייה העבריינית, על-ידי גרימת עבירות שלא היו יוצאות מן הכוח אל הפועל, אלמלא מעורבות השלטון. השופט Posner מוסיף ומבהיר, כי

ליעילות לוחו של בית-המשפט. בהקשר זה יהיה מקום להבחין בין האינטרסים השונים העומדים ביסוד השאיפה לייצל את הדיון. פן אחד הוא זכות הנאשם לסיים מהיר של ההליכים<sup>5</sup>. מובן שבהיבט זה אין לזרו את ההליך המשפטי, אם הדבר פוגע ביכולתו של הנאשם להתגונן או נעשה בניגוד לבקשותיו. פן אחר — עניינו ההגנה על הציבור. הגנה זו מכתובה יצירת מנגנון אכיפה יעיל. אמון הציבור במערכת מחייב פעולה ללא שיהוי. האיזון בין הפנים השונים של היעילות חייב להיעשות עתה בגדרה של זכות הנאשם להליך ראוי. הצורך בעיון נוסף בתפיסות קיימות יכול לבוא לביטוי גם בנושאי פנים אחרים של סדרי הדין כמו "זכות השתיקה" או "הזכות להעיד"<sup>6</sup>. הפתרונות השונים בנושאים אלה יצטרכו לעמוד בעקרונות היסוד של הליך ראוי. אינטרסים המגולמים בזמן השיפוטי או בביטחון הציבור לא יהיה בהם די, אם הכללים המגינים עליהם לא יעמדו בדרישות מסוימות של איזון, או יעלו בפגיעתם על הנדרש. אפשר לסבור, למשל, שהדרישה להעלאת טענת האליבי בהודמנות הראשונה תצטרך לאמות-מידה גמישות יותר נוכח זכות הנאשם להעיד<sup>7</sup>.

3. אך לא רק סדרי הדין עצמם — כפונקצייה פרוצדורלית — יצטרכו לעבור עתה דרך המנסרה של הליך ראוי. על סדרי הדין למלא עתה תפקיד מהותי בהבטחת

יעילות ההליך הפלילי אינה חלק משיקוליו של בית-המשפט. האחריות להקצאת משאבים יעילה בניהול תביעות פליליות אינה מוטלת על בתי-המשפט (בע' 598). היא מוטלת על זרועות אחרות של השלטון. בתי-המשפט דנים בטענות entrapment, כי הם המופקדים על השימוש הראוי בהליך הפלילי בחברה ליברלית. הם המופקדים על תחימת הקו בין ההליך שנועד להגן באופן אמיתי על החברה, ובין ניסיון בלתי ראוי להטיל אחריות פלילית בגין מחשבותיהם וכוונותיהם של אנשים.

5 ראו בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאזמי, פ"ד מו (5) 72. כן ראו בג"צ 4537/92 סאפורי נ' מ"י, פ"ד מז (1) 89, שם נתפרשו הוראות חוק סדר הדין הפלילי לענין מעצר באופן טכני, הפוגע למעשה בזכותו של נאשם עצור לדיון מהיר. לפי סעיף 52 של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (להלן ה"חוק 12) נאשם שהיה נתון במעצר לתקופה של 60 יום ומשפטו לא החל, ישוחרר מן המעצר. לפי סעיף 143 של החוק הנ"ל תחילת המשפט היא בהקראת כתב-האישום. סעיף 125 של החוק מעגן את רציפות הדיון, וקובע שאם הוחל בשמיעת הראיות יימשך המשפט יום יום עד גמירא. במסגרת בקשה לצו של הביאס קורפוס נדון מצבו של נאשם עצור שכתב-האישום הוקרא לו, ומיד לאחר-מכן נדחה משפטו והועבר לשופט אחר. בית-המשפט קבע, כי המשפט החל הואיל והוקרא כתב-האישום. על-כן אין מקום לדעת בית-המשפט להפעלת הוראת סעיף 52 של החוק. פרוש תכליתי של החוק, על רקע הזכות להליך ראוי, יכול להוביל לתוצאה אחרת. מטרת הוראת סעיף 52 היא למנוע מעצר ממושך של נאשם מבלי שמשפטו יתנהל. יציאה ירי חובה על-ידי הקראת כתב האישום אינה עונה על התכלית. היה מקום לראות את פתיחת המשפט כמועד של שמיעת הראיות. על-פי פרשנות בית-המשפט עלול נאשם להימצא במעצר לאחר ההקראה ("תחילת המשפט") אף אם יש לו טענה מוקדמת, התוקפת את עצם קיומו של ההליך. גישה זו יוצרת סיכון שמועד שמיעתה של טענה מוקדמת זו ידחה בעוד הנאשם נתון במעצר.

6 הזכות להעיד ממיינת כפריבילגיה השמורה לנאשם [ראו 319 F. 2d 916 *U.S. v. Bentuena* (1963)] הסקת מסקנות משתיקת הנאשם פוגעת באפיין זה של הזכות והופכת אותה לסוג מסוים של חובה. בהקשר זה אפשר שיש כאן פגיעה בהליך הראוי. לדעת ברק, פגיעה זו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה (ראו ברק, לעיל הערה 2, בע' 285).

7 *Alice v. Gagnon & Attorney General of Wisconsin* 675 F. 2d 913 (1981)

הזכות להליך ראוי. בגזרה זו הם מהווים כלי מהותי עצמאי המייצג לא רק הגשמה של זכויות אחרות, אלא עולה כדי יסוד עצמאי בצרור הזכויות של נאשם או חשוד. בהקשר זה נבדקים סדרי הדין לא רק מן ההיבט הפנימי. יש מקום להליכה מהם והחוצה, על מנת לבחון אם הסביבה הכוללת בה שרוי ההליך הפלילי מתאימה לניהולו. ניתן לומר בהקשר זה, כי בעוד שבחינת סדרי הדין ככאלה מבקשת לאתר את ה"איך" של ההליך הפלילי, הבדיקה התוכנית מבקשת למצוא את ה"למה" שלו. פענוח ה"למה" מהווה חוליה מהותית בהגנת הזכויות של הפרט. ניהולו של הליך "כמו שצריך" מבחינה דיונית אינו סוף פסוק. יש לברר אם מבחינה מהותית יש הצדקה להליך ולניהולו.

4. הנה כי כן, חוקי־סוד: כבוד־האדם וחירותו יצר מתחם חדש של הליך ראוי בתוך מערכת הצדק הפלילי. במתחם זה לא ניתן להפעיל מהלכי משפט במחיר גבוה מידי של פגיעה בפרט המעורב בהליך. ואולם הביטוי "הליך ראוי", כשלעצמו, מהווה קנה־מידה מופשט. בתורת שכזה יתכן לחשוש שההליך הראוי יהפוך למן תיבה סתמית, ציון כללי, שלא בא לביטוי מעשי. נוסחאות כוללות כמו "הליך ראוי", "הגיונות" ו"סבירות" הן כמו שקית, אם לשאול ביטוי של פיראנדלו. הן לא יעמדו עד שלא נכניס לתוכן משהו. על־כן נדרשים כללים קונקרטיים יותר שעל בסיסם ניתן יהיה לבחון את כשירותו של ההליך מבחינה מהותית. בעיה זו מתחדדת אם משקיפים על סדרי הדין כחטיבה קשוחה וסגורה. שאלת ההליך הראוי אינה מצומצמת לפרשנותם של סעיפים מסוימים, לרבות פרשנותם מחדש. נדרש מרווח נשימה, שיאפשר קליטת כללים נוספים אל תוך ההליך הפלילי<sup>8</sup>. מרווח זה נחוץ לשם פיתוח המשפט במתכונת של ההליך הראוי. העלאת סדרי הדין הפלילי לכיתת ההליך הראוי דורשת חוליה מקשרת שתאפשר תנועה בין דינים אלה לבין כללים אחרים, שהם תולדת הדרישה להליך ראוי. נדרשת גם יכולת לייבא כללים חדשים אל ההליך, שיהוו ערובות מספקות לקיום הליך ראוי.

5. תפקיד כזה יכולה למלא הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק". על־פי דוקטרינה זו נתונה לבית־המשפט סמכות שלא להפעיל סמכותו. מבחינה עניינית נקלטה תפיסה זו בישראל עוד קודם לחקיקת חוק־סוד: כבוד־האדם וחירותו. לבית־המשפט היה נתון הכוח שלא לדון בכתב אישום מטעמי צדק<sup>9</sup>. עם זאת, כוח זה טרם הופעל. דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" אוזכרה בישראל לראשונה בפסק־דין רבר נ' מ"י<sup>10</sup> היא שבה ונדונה גם בפסק־דין בעל טכסא נ' מ"י<sup>11</sup>. בפרשה האחרונה הוגשו נגד המערער שני אישומים נפרדים, שנגעו לחריגות בעבודות בניה שביצע המערער.

8 השו"ב כ"ש 298/86 ציטט נ"י בית הדין המחוזי של לשכת עורכי־הדין בתל־אביב־יפו, פ"ד מא (2) 337, שם הכיר בית־המשפט בחסיון עיתונאי ועיצב את החומיו חרף הערר עיגון סטטוטורי לזכות כזו.

9 ראו לעניין זה בספרו של י' קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ב' (תל־אביב, 1986) 144–145. קדמי דן באפשרות ביטולו של כתב־אישום מחמת "נגישה", ומסכם את הדיון באמרו שהדרך פתוחה להעלאת טענה זו במשפט המקומי.

10 ע"פ 244/73 רבר נ' מ"י, פ"ד כח (1) 798.

11 ע"פ 450/77 בעל טכסא נ' מ"י, פ"ד לב (2) 152, 157.

המערער הודה באחד מן ההליכים באישום, הורשע ונגזר עליו עונש. לאחר מכן ביקש המערער לטעון, בגדרו של ההליך השני, טענה של "כבר הורשעתי". הטענה נתקבלה בבית-משפט-השלוש ונדרחה בבית-המשפט המחוזי. בבית-המשפט העליון רחה השופט לנדוי את הטענה, אך הקדיש דיון לטענה חלופית של המערער, שעניינה "הגנה מן הצדק". בגדרה של הגנה זו, אומר השופט לנדוי, מוקנית "לבית-המשפט סמכות טבועה לבטל אישום שני שנראה, בנסיבות המקרה, מנוגד לצדק *oppressive*" (ע' 157). לגוף העניין קבע השופט לנדוי, כי למערער לא נגרם אי-צדק ולכן ערעורו נדחה.

6. קיומו של כוח עיכוב בידי בית-המשפט יכול לקבל עתה צביון נוסף שיאפשר לבית-המשפט לממש את סמכויותיו כדי לפקח על ראיות ההליך. מבחינת מיונה הפרוצדורלי ניתן לראות בהגנה זו "טענה מוקדמת" בהליך הפלילי. חוק סדר הדין הפלילי<sup>12</sup> קובע רשימה של טענות מוקדמות. לפי לשונו של החוק, לא מדובר ברשימה סגורה. סעיף 149 קובע, כי הנאשם יכול לעלות טענות מוקדמות "ובהן" הטענות המנויות בו<sup>13</sup>. מבחינה תוכנית מהווה כוחו של בית-המשפט להורות על עיכוב הליכים ראש גשר המחבר את המשפט הפלילי למגורים אחרים של הדין. ניתן לומר שההנחה, ממנה ניזונה הדוקטרינה היא, שגישה צרה — של פרוש הדין הפלילי בד' אמותיו — לוקה בתסמונת "הארץ השטוחה". היא חסרה ממדים נוספים המאפיינים את ההליך הפלילי והקושרים אותו לאינטרסים העומדים ביסודו. על-פי הגישה הרחבה יותר יש לראות במשפט הפלילי מכשיר לקידום מטרה חברתית. תכליתו המרכזית של ההליך היא מניעת פשע ולא נקמה על ביצועו<sup>14</sup>. ההנחה היא שהעבירה אינה מתבצעת רק נגד הקורבן אלא בראש וראשונה נגד הקהילה כולה, שכלליה הופרו. העברייך עומד לדין משום שמעשיו הפריעו לקהילה ולא רק משום שהוסב נזק לאדם מסוים. לכן, ברגיל, המפתח להליך הוא בידי הכלל ולא בידי הקורבן<sup>15</sup>. אבל מכאן גם נובע הצורך לאזן בין אינטרס זה של הציבור בהקפדה על קיום חוקיו לבין אינטרסים אחרים ובהם, למשל, מניעת שימוש באמצעי שלילי להשגת מטרה כשרה. ואכן, הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מציגה כלל גמיש, שתכליתו להביא לשמירת הגינותם של ההליכים הפליליים במובנו הרחב של מונח זה. לפי דוקטרינה זו יכול בית-המשפט בנסיבות המתאימות לסרב לדון בכתב-אישום.

ודוק: סירוב זה משמעו העדר שפיטה. הוא איננו מזכה ואינו מרשיע. הוא מתעלם כליל מהיבטים אלה לטובת הראיה הכוללת של המעשים. בכך אין לומר,

12 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב—1982, ס"ח 1043.

13 אך ראו ד' פרידמן "שיקול-דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 161.

14 ראו 223, 222 *Crime L.R.* (1956) "Discretion in Prosecuting" G. Williams בכך נזנחה הגישה שרווחה במאה ה-19 ושיוצגה על-ידי השופט פיצגיימס סטיפן לפיה החוק הפלילי מיוסד על ההכרה שמבחינה מוסרית נכון לשנוא פושעים.

15 ראו ר"ע 40/86 שניר נ' מ"י, פ"ד מ (1) 237.

כי נשללת אחריות של הנאשם. אלא שמקומה של זו אינו באולמו של בית-המשפט. סמכות העיכוב מהווה נקודת שווי-משקל ארכימדית בה יבחן האינטרס של הכלל באכיפת הדין מול האינטרס של הפרט ב"הליך ראוי". אינטרס זה של הפרט מייצג גם הוא אינטרס של כלל החברה. האינטרס מגולם בהקפדה על הגינות האמצעים שמפעילה החברה כלפי יחידיה. ניתן לומר שהדוקטרינה משמשת מפגש לסדרי הדין הפליליים עם העקרונות החוקתיים. מה שנראה דרך המנסה החוקתית כהליך בלתי ראוי ייתפס דרך העדשות של סדרי הדין הפליליים כטענה מוקדמת המצדיקה עיכובו של ההליך.

7. קשה לעמוד מראש על כלל המקרים הנופלים לקטגוריה זו. קשה גם להניח מודל חד-משמעי להפעלתה. נראה שניתן להסתפק, בשלב זה, באוסף של מרשמים שיהיה בו משום "מורה דרך". ההתקדמות בקו כזה יכולה לאפשר זיהוי של מודל כלשהו במהלך ההתקדמות. באופן כולל ניתן להצביע, בשלב זה, על קטגוריות מסוימות, מבלי להתחייב על מודל גדול שיענה על כל המקרים. קטגוריות אלה יכללו מקרים בהם הפעלת ההליך הפלילי אינה עונה על אינטרס המונח ביסוד ההליך וחותרת תחת עצם חובת ההגינות המוטלת על הרשויות כלפי בנות ובני החברה. קטגוריה שנייה עניינה בנסיבות שהובילו להגשת כתב-האישום. הקטגוריה השלישית נוגעת לנסיבות האופפות את ההליך עצמו.

### ההליך הפלילי וחובת ההגינות של הרשות

8. ההגנה מן הצדק יכולה למנוע הטרדת שווא או אי-הגינות דרסטית. אלה יכולים לנבוע מפרוצדורה קלוקלת, מעינוי-דין או מן התחושה שהמכשיר הפלילי אינו מתאים לטיפול בהליך. דוגמא לעניין אחרון זה הוא המקרה של שפיטה על-ידי העיתונות<sup>16</sup>. סוגיה זו עלתה בעניין *Reg v. Reade*<sup>17</sup>. בפרשה זו הועמדו לדין אנשי משטרה שהואשמו בהוצאת הודאות בכפיה מחשודים אשר, לפי החשד, השתייכו לארגון הטרור האירי וביצעו מעשי טרור, שגרמו למותם של אזרחים. בפני בית-המשפט הוכחו ראיות על החשיפה התקשורתית העקבית, לה זכה המקרה מאז התרחשותו ועד למועד האישום. הראיות הצביעו על כך שכלי התקשורת חרצו,

16 נושא זה קרוב לחפיפה אפשרית בין שיפוט משמעתי ופלילי או שיפוט ציבורי ופלילי. כך הוכרה האפשרות להרחבת הטענה של "הרשעה קודמת" באופן שיאפשר החלטה גם על הליכים משמעתיים (ראו בג"צ 268/52 ספוניקוב נ' בית-הדין למשמעת של משטרת ישראל, פ"ד 2 656, 661). נראה שניתן ללמוד מכך שטענת הסיכון הכפול אינה מצומצמת להליך פלילי בלבד [ראו *U.S. v. Halper* 490 U.S. 435 (1989)]. בארצות-הברית התעוררה סוגיה דומה בנושא השימוש בהליך פלילי בראיות שנאספו על-ידי ועדת חקירה. גישת בתי-המשפט שם היא, כי לא ניתן להשתמש בראיות כאלה בהליך הפלילי. הכלל מתפרש בהרחבה. הוא חל על השימוש בראיה כאמצעי להוכיח את תוכנה (ראו: *U.S. v. Poindexter* 951 F. 2d 369). גם כאן הדגש הוא, איפוא, על אינטרס הנאשם — ודרכו על האינטרס החברתי — בקיום הליכים פליליים הוגנים.

17 *Reg v. Reade* (Unreported, 15.10.1993)

למעשה, את אשמת הנאשמים. הדבר התבטא בכותרות, אשר הכתירו את הפרשה כ"שחיתות". הכתבות עצמן קשרו באופן עקבי את הפרשה עם גביית הודאות תוך שימוש בכפיה, אלימות והפחדה. בית-המשפט ניתח את הראיות ואת התשתית המשפטית הרלבנטית, והגיע לכלל מסקנה, כי נוצר אפקט של "כדור שלג", אשר הפך את חברות הנאשמים לשם נרדף למושג "הודאה כפויה". מסקנתו היתה, כי בנסיבות אלה לא ניתן יהיה להבטיח לנאשמים משפט הוגן<sup>18</sup>. לפיכך, הורה בית-המשפט — מכוח הדוקטרינה של הגנה מן הצדק — על עיכוב ההליכים הפליליים. אכן, שפיטה על-ידי העיתונות או על-ידי גורם אחר חותרת תחת חוקת החפות. היא מעמידה את הנאשם בנקודת פתיחה רעועה. שפיטה מוקדמת חותרת גם תחת הסדר הציבורי. היא עלולה להוביל לאבדן האמון במערכת המשפט, אם המערכת לא תשמש הד למסקנות המוקדמות. יש בה משום רדיפה של הנאשם. בנסיבות קיצוניות אין מקום לקיומו של הליך פלילי במצב דברים זה. אם "בחר" הציבור ליטול את הדין לידי הוא מנוע, לאחר מכן, מפתחת הליך פלילי נגד הנאשם במסגרת הרגילה.

9. דוגמא אחרת למצב של אי-הגינות מתקיימת במקרים בהם הנאשם פעל לפי נורמה אסורה אך רווחת. זהו מקרה קשה. הוא נוגע לשורשי היחס שבין הנורמה הנוהגת לבין הנורמה הראויה. הוא מעורר את הסוגיות הנוגעות לבחירה בין "טוב" ו"רע" להטלת אשם. כאן משיק ההליך הפלילי לשאלה הכוללת של חופש הבחירה של הפרט (במובן הרחב של כושר החלטה). ביסודן של הטלת אחריות והעונש עומדת תמיד, כאילו באופן טבעי, הדרישה לכושר החלטה. תורה אשר אלה יעדרו ממנה "משום מה" — לא תתקבל על הדעת. אכן, גם ביסוד המשפט הפלילי עומדת ההנחה שבידי האדם הכלים הנחוצים לפעול כבן-חורין ולהבחין (גם נורמטיבית) בטיב מעשיו. ההנחה היא שהאדם אינו שבו באילוצים פיזיים או מושגיים, לאמור כאלה הנובעים מאיזו ודאות פנימית (מוטעית) הנשענת על מצב של עולם הפוך ומסכלת את כושר ההחלטה. הבית הטבעי של תפיסה זו, כתחום הפנימי של המשפט הפלילי, הוא היסוד הנפשי של הנאשם או הגנות הטעות והצידוק. אך מכשירים אלה לא תמיד עונים על מלוא היקפה של הבעיה. אדם העושה מעשה אסור אך רווח לא תמיד יוכל להישען על הגנת הטעות; טעות במקרה כזה אינה טעות שבעובדה. גם מכשיר היסוד הנפשי הוא מוגבל. הנאשם היה ער לפעילותו וטיבה. אשר לצידוק הוא שמור למי שפעל תחת צו או הוראה. הוא אינו פתוח בפני מי שפעל דווקא מתוך רצונו בהתאם לנורמה הנוהגת. ואולם — לא פעם — לנורמה הרווחת שמור כוח כובש או מדבק גדול יותר מאשר לצו. במצב דברים זה יכולה להתעורר תחושה של אי-צדק נוכח הפעלת נורמות משפטיות אחרות. תחושת חוסר הנוחות מתגברת כאשר השלטון, המופקד על התביעה, שיתף פעולה עם המעשים האסורים<sup>19</sup>. גם כאן הכלי באמצעותו ניתן לרחות הכרעה שיפוטית

18 הגיון פסק-הדין אינו מיוחד רק למשפט בידי מושבעים. פסק-הדין מסתמך על הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" ולא דווקא על הקושי שבאיתור מושבעים נטולי דעה קדומה.

19 עניין זה ידון להלן, בסעיף 11 ואילך.

הוא הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. היא מאפשרת להעלות את הטענה של *Tu quoque* שאמנם אינה מקובלת בצורה פורמלית, אך התעלמות ממנה היא בלתי נסבלת במצבים קיצוניים<sup>20</sup>.

10. למעגל מקרים זה מתייחס גם המצב בו מבקשים להפעיל נגד אדם הוראת חוק שלא הופעלה. טול, למשל, את פרשת *R. v. D.*<sup>21</sup> באותו עניין נטל המערער את בתו בת השנתיים מחוץ לתחום השיפוט, בניגוד לצו שיפוטי בדבר דרכי ההחזקה של הילדה. הוא הואשם והורשע בעבירה פלילית של בזיון בית-המשפט. בית-המשפט לערעורים קבע, כי בנסיבות המקרה אמנם התגבשו היסודות של עבירה זו. יחד עם זאת, מסקירת הפסיקה עלתה המסקנה כי, הפעם האחרונה בה הואשם אדם באישום פלילי בגין בזיון בית-המשפט היתה בתחילת המאה. בנסיבות אלה, בית-המשפט סבר, כי מדובר בפרוצדורה אשר אין זה ראוי לעשות בה שימוש, גם אם ניתן להעלות טענות מעשיות התומכות ביישומה<sup>22</sup>. האישום הפלילי בעבירה זו הפך עם השנים להיות בלתי מתקבל על הדעת. לפיכך ביטל בית-המשפט לערעורים את ההרשעה בפרט אישום זה.

הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ראויה להפעלה גם בשורת המקרים בהם לוקה ייזום ההליך במידה כזו, שאין לאפשר את ניהולו גם "במחיר" אי-שפיטתו של נאשם מסוים. שורת מקרים זו תידון להלן.

### ליקוי בפעולת הרשות התובעת

11. הכלל של הגנה מן הצדק מאפשר הפגשה בין ההליכים הפליליים לכללי המשפט המינהלי. דוקטרינה זו מאפשרת ירידה לטיב שיקול-הדעת של הרשות המאשימה ולתום-לבה. בהקשר זה תידרש תמיד ראייה כוללת של המעשים. כך, יכול שהאינטרס של הקהילה בהעמדת אדם לדין ייסוג מול אינטרס אחר, והוא הבטחת התנהגות נאותה מצד הרשות. הדוקטרינה חותרת לשחרור בית-המשפט מאמות-מידה פורמליות. היא מאפשרת לשבח את המשפט הפלילי במסגרת הכוללת של

20 הרברים הולכים אחרי התאוריה אודות הבנאליות של הרע. H. Arendt *A Report on The Banality of Evil* (N.Y. 1963) 253-260. בהקשר זה חשובים במיוחד דבריו של כבוד השופט מצא בע"פ 2910/94, לעיל, הערה 1, בע' 352.

21 *R. v. D.* [1984] 1 All E.R. 574 פסק-דין זה אינו מאזכר בצורה ישירה את הדוקטרינה של הגנה מן הצדק אך הוא ממוין כך בפסיקה מאוחרת. ראו גם דעת המיעוט של השופט חשין בע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מ"י, פ"ד מז (1) 441, שם נדון אישום בשל סרסרות לזנות וניהול בית-בושת. השופט חשין סבר כי יש לנקוט אמת-מידה עונשית מקלה כלפי הנאשמת. הוא נימק את עמדתו בדפוסי האכיפה שנקטו רשויות התביעה והמשטרה. הרשויות פעלו לחקירה ולהעמדה לדין בעבירות הנידונות רק אם הוגשה תלונה מצד שכנים למקום בו נוהל בית-בושת. השופט חשין סבר, כי בכך חוללו הרשויות תמורה באופי המעשה האסור, והקנו לו מהות מעין מטורדית. בהתאם לכך, סבר השופט חשין, כי יש להקל באופן ממשי בעונש. לניתוח מפורט של פסק-הדין ראו ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477.

22 פסק-דין *R. v. D.*, לעיל הערה 21, בע' 583 מול האות j.

הדין. אכן, בחינת תקינות ההליך רק לפי חוק סדר הדין הפלילי מונעת ראייה של הפרספקטיבה המשפטית ככללותה. בחינה צרה מונעת התחשבות באינטרסים שהם חשובים לא פחות מקיום ההליך הפלילי. הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מאפשרת לבית-המשפט היושב בדין לשקול את כלל האינטרסים הבאים לידי ביטוי בהליך מסוים.

12. דוגמא לכך הוא עניין *Bennet*<sup>23</sup>. בפרשה זו נדון עניינו של המערער, תושב ניו-זילנד, שנאשם ברכישת הליקופטר באנגליה באמצעות שרשרת של מצגי מרמה. לאחר הרכישה, הוציא המערער את ההליקופטר לדרום-אפריקה. המשטרה האנגלית עקבה אחריו. בהעדר אמנת הסגרה בין דרום-אפריקה לבין אנגליה לא נפתחו מעולם הליכי הסגרה. המערער נתפס על-ידי משטרת דרום-אפריקה והועלה על מטוס שיערו ניו-זילנד עם תחנת ביניים באנגליה. באנגליה נעצר המערער והובא למשפט פלילי. המערער טען, כי הוא הובא לאנגליה בכוח ועל-כן אין זה ראוי לפתוח הליך פלילי נגדו. הוא טען, כי המשטרה הדרום-אפריקאית פעלה בעצה אחת ובקנוניה עם משטרת אנגליה. הוא הועלה במכוון על מטוס הנוסע לניו-זילנד דרך אנגליה. על-ידי כך התאפשר מעצרו. הערכאה הראשונה שדנה בעניין (*QB*) היתה בדעה, כי אפילו יש ממש בטענות המערער הרי לבית-המשפט אין סמכות לבדוק את ההליכים שקדמו להבאה לדין. לפיכך נדחו טענותיו. הנאשם ערער על-פי רשות שקיבל לבית-הלורדים. שם נהפכה התוצאה והתיק הוחזר לבית-המשפט כדי שידון בטענות.

13. בית-הלורדים קבע כי, מכוח הדוקטרינה של הגנה מן הצדק רשאי בית-המשפט, ואף חייב, לבדוק את ההליכים שקדמו להבאת הנאשם לדין. ההליך הפלילי אינו הליך ללא היסטוריה. הוא אינו מנותק מהאירועים שקדמו לו. הדוקטרינה אינה מוגבלת למצבים בהם קיים חשש לקיפוח הנאשם בהליך עצמו. הדוקטרינה פתוחה למגוון של שיקולים ונועדה להבטיח, כי גם בשדה הרחב של ההליך הפלילי, יפעלו הרשויות בסבירות, בהגינות ובאחריות. אומר שם לורד *Griffiths* (בעמוד 151):

“The courts, of course, have no power to apply direct discipline to the police or the prosecuting authorities, but they can refuse to allow them to take advantage of abuse of power by regarding their behavior as an abuse of process and thus preventing a prosecution”.

14. הנה כי כן, פעולות הרשות התובעת יכולות להכתיים את ההליך. פעולות מכתימות אינן רק פעולות הקשורות לעצם ניהול ההליך בבית-המשפט. הן מתפרשות גם לכיוונים אחרים. גם בפתחת הליך פלילי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. “עלותו” של אמצעי פסול יכולה להיות גבוהה מדי. אם ההליכים הפליליים נועדו לקדם מטרה חברתית, שימוש באמצעים פסולים לצורך הגשמת מטרה זו היא מלכודת. בהקשר זה הנגדה בין המטרה הכלל חברתית של אכיפת החוק לבין

האמצעי הפסול, המופעל כלפי עברייני מסוים, היא הנגדה מדומה. גם ההבחנה בין רמות שונות של הפרות סדר, זו של העברייני וזו המבוצעת במהלך תפיסתו על-ידי הרשות מסיחה את הדעת מהעיקר, והוא: שהנאשם זכאי להליך הוגן, וכלל זה חובק בתוכו צרור וזכויות הכוללות חובה של הרשות לנהוג כדין כלפי<sup>24</sup>.

15. אמת, בקבוצה זו קיימת חפיפה מסוימת לביקורת המנהלית המקובלת בהליכי בג"צ. אך הדוקטרינה של הגנה מן הצדק שונה עניינית ודיונית. מבחינה עניינית, היקף השיקולים הרלבנטי להפעלת הדוקטרינה הוא רחב יותר. הוא כולל גם את נקודת מבטו של הנאשם<sup>25</sup>. מבחינה דיונית, בפני בית-המשפט הדן באישום פתוחה הדרך לבחינת המצע העובדתי המשרת את הטענה, גם אם זה שנוי במחלוקת.

16. על השוני המגולם בתפיסה של הגנה מן הצדק מול הביקורת המנהלית ניתן ללמוד מבג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד<sup>26</sup>. נגד העותר הוגשו בבית-משפט-השלום כתבי אישום בגין עבירות על פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] וחקיקי מס נוספים. ענייני של העבירות נסב על אי-העברת ניכויים כמועד לשלטונות המס. העותר ניהל משא ומתן עם שלטונות מס הכנסה, אשר תכליתו היתה להביא לביטול כתבי-האישום הפליליים. הושג הסדר, שהותנה בהסכמת הפרקליטות להטיל קנס מינהלי חלף האישום הפלילי. הפרקליטות סירבה להסכים לכך. לפיכך, הוחל בניהול ההליך הפלילי נגד העותר.

בתחילת המשפט, העלה העותר טענה מוקדמת. טענתו התבססה על כך שהעבירות בהן הואשם הן "עבירות מנהליות", כהגדרת מונח זה בחוק העבירות המנהליות, תשמ"ו-1985, ס"ח 1160. על-פי הוראות חוק זה, אין להגיש כתבי-אישום פליליים בגין עבירה מנהלית אלא מטעמים שירשמו. העותר טען, כי טעמים כאלה צריכים להירשם בכתב-האישום. משלא נרשמו — כתב-האישום בטל. הטענה נדחתה. בית-המשפט קבע, כי די בכך שנימוקי הפרקליטות להחליטה יימסרו לנאשם בתגובה לבקשה קונקרטית מצידו. אם לא פנה הנאשם לקבל את הנימוקים, די בכך כדי להביא לדחיית טענתו.

בשלב זה פנה העותר לפרקליטות וביקש לקבל ממנה את נימוקי ההחלטה. הוסבר לו שכיוון שהמס לא שולם, לא היה מקום להעברת ההליך למסלול המנהלי. העותר ביקש לעיין ברישומים שבתיק ולצלמם. הפרקליטות הודיעה, כי אין היא חייבת לאפשר עיון או צילום כמבוקש. נוכח תשובה זו, הוגשה מטעם העותר

24 על רקע זה אפשר שגם שאלת השימוש בראיות שהושגו בדרכים פסולות צריכה להבחן מחדש.

25 כך למשל הוכרה הבטחה לנאשם שניתנה על-ידי גורם בלתי מוסמך (ראו *R. v. Croydon* 129 ALL E.R. [1993] 3 *Justices ex parte*). העדר הסמכה מונע, כרגיל, אכיפת הבטחה שלטונית וראו בג"צ 715/89 שריג נ' שר החינוך (טרם פורסם, 30.11.1993). ואולם, במקרה זה, מחייבת נקודת מבטו של הנאשם ומעמדו בהליך הפלילי את הפעלת הדוקטרינה לא-דווקא על הבסיס המנהלי. הפער בשיקולים התופסים מבחינת כללי המשפט המינהלי לבין אלה המופעלים בגדר הדוקטרינה יכול להבהיר את השוני בתוצאה בין פסק-הדין בעניין *Croydon* לבין תוצאתו של בג"צ 688/86 דהאן נ' משטרת ישראל, פ"ד מ (4) 469, שם קבע בית-המשפט, כי עיסוק טיעון שנכרתה בחוסר סמכות מצד המשטרה משוללת תוקף.

26 בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו (3) 501. (להלן: עניין אפרתי).

עתירה בה נתבקש בית-המשפט להורות לפרקליטות לבטל את כתבי-האישום הפליליים שהוגשו נגדו.

17. בית-המשפט דחה את העתירה. השופט חשין, אשר כתב את פסק-הדין, נימק את הדחייה בטענת סף שהועלתה על-ידי המשיבים. מדובר, כך קבע השופט חשין, בניסיון לערער על החלטת ביניים של בית-משפט בהליך פלילי. ניסיון זה אינו אפשרי<sup>27</sup>.

עם זאת השופט חשין דן גם בטענות העותר לגופן. מסקנתו אינה משתנה, גם לנוכח ממצאיו אודות דרך הפעולה של הפרקליטות. בפני השופט חשין לא הועלתה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. היא לא נידונה בפסק-הדין. עם זאת, נראה שבחינת המקרה על-פי אמות-המידה של הליך ראוי והוגן יכולה היתה להוביל למסקנה אחרת. בדיקת המשמעות המשפטית הנודעת לליקויים המהותיים שנפלו בטיפול רשויות התביעה על רקע הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, מבהירה את ההבחנה בינה לבין הבדיקה המנהלית שהופעלה.

18. הליקוי המרכזי שנפל בגישת הפרקליטות נגע להחלטתה להימנע מפרסום הנחיות פנימיות בהן נקבעו דפוסי שיקול-הדעת להחלטה על העמדה לדין בשל עבירת מס מינהלית. התברר, כי ביסוד ההחלטה על אי-פירסום ההנחיות עמדה שאיפת הפרקליטות להסתיר מפני העבריינים בכוח את טיב שיקוליה. היא ביקשה למנוע מהם אפשרות לכוון את פעולותיהם בהתאם להנחיות. השופט חשין קבע, כי פרקטיקה זו עומדת בניגוד למושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי<sup>28</sup>. החובה לפרסם את ההנחיות נגזרת מעקרונות שלטון החוק, אף שאין חובה מפורשת בחוק המורה על פרסום. השופט חשין מוסיף וקובע, כי אי-פרסום ההנחיות פוגע בזכות השימוע של הנאשם. נראה, כי קביעה זו היתה יכולה להוות בסיס עצמאי לקבלת העתירה. מדובר בפגיעה במרכיב בסיסי בזכות החוקתית להליך הוגן<sup>29</sup>. בדרך הפעולה שהפרקליטות אימצה טמון פוטנציאל ממשי להגדלת הסיכון של הנאשם

27. השופט חשין התבסס על בג"צ 583/87 הלפרין ג' סגן נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא (4) 683. נקבע שם כי "בית-המשפט הגבוה לצדק לא יתערב בהליכים אזרחיים או פליליים לפני בתי-המשפט הרגילים, אלא אם עולה טענה של העדר סמכות, או אם מתגלית תופעה קיצונית של שרירות בתחום שהוא מינהלי טהור" (בע' 702). השופט חשין קבע, כי לחריגים שנקבעו באותה הלכה אין תחולה בניסיונות העניין. הוא מעיר, כי העותר היה יכול לפנות במישור לבג"צ במקום להעלות טענה מוקדמת בבית-משפט-השלום. ואולם, משבחר העותר בהעלאת טענה מוקדמת בפני הערכאה הדיונית, הדרך לבג"צ חסומה בפניו, אף שבהליך בפני בג"צ היו פתוחות בפניו טענות אשר לא היה יכול להעלות בבית-משפט-השלום (לעיל הערה 26, בע' 508). השאלה, אם דחיית טענה של הגנה מן הצדק על-ידי הערכאה הדיונית מאפשרת פנייה לבג"צ או מצריכה המתנה עד לשלב הערעור חורגת מגושא הדיון ברשימה זו. אפשר להעיר רק שפגיעות מסוימות יכולות להצדיק שמיעתן אלתר. זהו למשל הדיון ביחס לטענת סיכון כפול "מורחבת" המיוסדת על דין משמעותי או סיכון "אזרחי" (לעיל, הערה 12). ראו בהקשר זה גם להלן הערה 32.

28. עניין אפרתי, לעיל הערה 26, בע' 513. ראו גם: בג"צ 4950/90 פרנס ג' שר הבטחון, פ"ד מז (3) 36.

29. ברק, לעיל הערה 2, בע' 281.

להיחשף להליך פלילי, במקום לענישה מינהלית. בדרך זו ניטלה מן הנאשם האפשרות לעשות שימוש במכשירים חוקיים אשר נוצרו על מנת למנוע ממנו את השלכותיו הקשות של ההליך הפלילי. נמנע מן הנאשם לכלכל את מעשיו מראש ולהביא לכך שלא יעמוד להליך פלילי. היבט זה כלל לא נדון בפסק-הדין. השופט חשין מסתפק בהערה, כי לא שוכנע שהעותר נפגע בדרך החלת ההנחיות עליו. התייחסות זו מחטיאה את הנקודה המרכזית, אם נתובח ההחלטה לעקרונות של הגנה מן הצדק. השאלה איננה האם, בדיעבד, פעלה הרשות המאשימה על-פי ההנחיות בדונה בעניינו של העותר. השאלה היא, האם יש מקום להתיר ניהול הליך פלילי מקום בו סוכלה מראש זכותו של הנאשם לא לעמוד לדין פלילי. נראה, שקשה ליישב את טקטיקת התביעה הנוגעת להכמנת ההנחיות מידיעת הציבור עם הצווי החוקתי לשמירה על כבודו של האדם וחירותו.

19. לליקוי זה של רשות התביעה הצטרפו פגמים נוספים, הנוגעים להנמקת ההחלטה בעניינו של העותר. התברר, כי במועד הגשת כתב-האישום לא נעשה כל רישום של הנימוקים, הנדרשים על-פי חוק העבירות המינהליות, כבסיס להחלטה על הגשת אישום פלילי. השופט חשין עומד בפסק-דינו על חשיבות רישומם של הטעמים. הוא מדגיש גם את העובדה, שמדובר בעבירה מינהלית, לגביה הכלל הוא ענישה מינהלית, והחריג – אישום פלילי<sup>30</sup>. עובדה זו מלמדת על מרכזיות דרישת ההנמקה, הבאה לבסס מהלך חריג של הרשות. על רקע זה, ניתן היה לצפות כי הממצא בדבר אי-עמידת רשויות התביעה בצווי הדין יוליך לפסילת כתב-האישום וביטולו. ואולם, השופט חשין נמנע מלפעול בדרך זו. לדבריו, העותר "החמיץ את השעה להעלות טענה של איחור ברישום"<sup>31</sup>. קשה להלוים גישה זו עם דברי השופט חשין על חומרת הסמכויות שבידי התובע הפלילי, ועל חומרתו של ההליך הפלילי עצמו. דומה, כי במסגרת ההגנה מן הצדק נפתחת הדלת למתן משקל ראוי להיבטים אלה שבהליך הפלילי, באופן שהיה מצדיק תוצאה אחרת, בנסיבות המקרה.

ראוי לזכור, כי הפגם הנוגע לרישום ההנמקה אינו טכני. דרישת הרישום מהווה ערובה לכך שההנמקה שתעמוד למבחן מאוחר תהיה אותה הנמקה אשר שמשה בסיס להחלטה<sup>32</sup>. אך הרישום אינו מתמצה באפשרות פיקוח. לרישום יש משמעות מבחינתו של הגוף המחליט. לא פעם במהלך הרישום נחשפות החולשות שבהנמקה. הרישום מחייב התמודדות עם חולשות אלה. הוא יוצר תהליך המאפשר ניפוי של נימוקים אשר אינם עומדים במבחן. הוא מחייב שקילה מושכלת של ההחלטה ומבטיח הפעלת שיקול-דעת ענייני<sup>33</sup>.

30 ראו לעיל הערה 25, בע' 509.

31 שם, בע' 511.

32 ראו ע"א 80/92 אשקר נ' משיח, פ"ד מו (4) 831.

33 על היבטים אלה עמד השופט ברק בספרו שיקול-דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 46 באמרו: "חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך

20. ביקורת זו מתעצמת על רקע נתוניו המיוחדים של המקרה. כאמור, הפרקליטות סירבה לאפשר לנאשם לעיין ברישום המקורי של הנימוקים או בצילומם. סירוב זה עמד בניגוד להנחת בית-משפט השלום, שפנית הנאשם לפרקליטות היתה פותרת את מצוקתו. השופט חשין קבע, כי סירוב זה עמד בניגוד לזכותו של הנאשם, אך גילה "הבנה" לסירוב זה, על רקע "ההתנגשות האישית" בין בא-כוחו של העותר לפרקליטות. אין צריך לאמר, כי הסתרת הנימוקים האוטנטיים מן הנאשם מונעת ממנו אפשרות אפקטיבית לתקוף את ההחלטה<sup>34</sup>. בשים לב לחשיבות אשר השופט חשין מייחס לנימוקים אלה, יש להניח שניתן יהיה למשוך מסקנות אופרטיביות מהצפנתם, במסגרת בחינת ראיות ההליך. הרשויות המאשימות אינן נוטלות צד אישי בפעולתן. הנימוק של דרכי פניה לא הולמות אינו יכול לעמוד מול הדרישה להליך ראוי. למעשה אף ללא ההיזקקות לזכות חוקתית, קשה להתרשם מעלבון הרשות מסגנתו המסוים של פרט כלשהו כטעם לשלילת זכותו, או לגילוי הבנה כלפי שלילה זו. קו מחשבה כזה אינו מתיישב עם התכלית של דרישת הרישום.
21. הנה כי כן, הדוקטרינה של ההגנה מן הצדק יכולה להוות צעד ראשון בדרך להגשמתם של עקרונות כלליים שעניינם בהליך ראוי. גישה כזו פותחת פתח לבחינה של מהלכי ההליך הפלילי מעבר להתבוננות פורמלית על דרכי הפעולה של הרשות. הפורמליות בכל עצמתה, גם רופפת, היא גישה קשה ומסוכנת לעצם בחינת ראיות ההליך. תכליתם של דיני ההליך הראוי, היא למנוע ניהול של הליך פלילי מקום בו רשויות התביעה פועלות באופן הסותר את עקרונות ההליך ההוגן. לכן, במקרה המסוים, מניעת הגישה להנחיות, על-פיהן גובשה עמדת רשויות התביעה, הטילה דופי חמור במסלול המוביל לניהול ההליך הפלילי. היא פגעה ביכולתו של הנאשם להימנע מעצם קיומו של הליך פלילי. העובדה שפורמלית לא שונה מצבו של הנאשם אינה מענה מספיק. כאשר המסגרת שהקיפה את ההליך נפגמה אין בניהול ההליך כדין משום תרופה, וכמוהו כתמונה טובה במסגרת מעוותת. בנסיבות אלה האפשרות של עיכוב הליכים שיפוטי היתה מענה טוב יותר מאשר המשך ההליך תוך "נזיפה" ברשויות<sup>35</sup>.
- הדוקטרינה של הגנה מן הצדק אינה מצומצמת לפגמים מהותיים בדיני הפעולה של הרשות. היא יכולה להתגשם גם במקרים של אי-צדק "במידות" קטנות יותר.

לנמקם הביא אחרלונם, שכן היה בהם רק הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו. חובת ההנמקה היא מהחשובים שבאתגרים שכפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול-דעת, לעמוד".

34. ראו רע"פ 91/92 קאסם נ' מ"י, תקדין עליון 192 (1) 1493, שם הסיק הנשיא שמגר מן העיגון של חובת ההנמקה בחקיקה ראשית את חשיבותה כמכשיר המאפשר ביקורת חיצונית על החלטת הרשות.

35. נזיפה לרשות אינה מספקת. זה היה גורלה של "הנזיפה" אודות הכללת סעיפי אישום אלטרנטיביים (ראו ע"פ 51/76 ראובן נ' מ"י, פ"ד ל (3) 14, 17). טקטיקת הניסוח של המאשימה לא השתנתה למעשה. לא פעם נחוצים אמצעים אופרטיביים כדי למנוע שימוש לרעה בסמכויות. אפשר גם שהפיתוי לעשות שימוש כזה ו"להשיג" הרשעה גדול מן הסיכון של "הצרת אזהרה" בפסק-דין מרשיע.

אלה יכולים להתבטא אפילו במכשולים פרוצדורליים כמו סחבת או הטרדה. לאלה נעבור עתה.

### פגיעה פרוצדורלית בנאשם

22. ההגנה על הפרט אינה יכולה להתעלם גם מנושאים שהם בבחינת *De Minimis*. לעתים דווקא בפרטים הקטנים, מצוי עוול גדול. לעתים החירות נמדדת דווקא במנות קטנות ולא רק בשאלות עקרוניות<sup>36</sup>. בפרשת *D.P.P. v. Humphries*<sup>37</sup> נאשם המשיב בעבירת תנועה (נהיגה ללא רשיון). הוא טען כי לא נהג במהלך כל השנה הקלנדרית, שהאירוע נשוא האישום התרחש במהלכה. המשיב זוכה. לאחר מכן התברר, כי המשיב נהג במהלך השנה הנידונה. הוא הואשם בעדות שקר במשפט הראשון. טענתו היתה, כי אין לדון באישום מחמת היותו סותר את הצדק. דעת הרוב היתה, כי ראוי לשמוע את הטענה האמורה, אם כי בנסיבות אותו עניין לא שוכנעו השופטים, כי נגרם למשיב אי-צדק. ואולם עיקר הוא, שגם מקרה זה הוגדר כבעל חשיבות חוקתית. החשיבות הציבורית שיש לפרשה מסוימת אינה מכריעה. העיקרון יכול להתעורר בגין שאלה שולית, ולחול עליה. ואכן לורד *Salmon* עמד על חשיבותו החוקתית הגדולה של העיקרון ברבר אי-שפיטותם של אישומים בלתי צודקים, דווקא במקרה זה. הוא ציין, כי ההקפדה על אינטרס זה אינה תלויה בתוצאה המשוערת של ההליך. ההקפדה נועדה לקדם את האינטרס של שמירה על הליך הוגן. לכן, לא התוצאה הסופית היא החשובה לפי גישה זו, אלא הנסיבות שבגדרן מוגש האישום, ואשר הופכות את ניהול המשפט לבלתי הוגן כלפי הנאשם. אומר לורד *Salmon* (בע' 528):

“It is only if the prosecution amounts to an abuse of the process of the court and is oppressive and vexatious that the judge has the power to intervene. Fortunately, such prosecutions are hardly ever brought, but the power of the court to prevent them is, in my view, of great constitutional importance and should be jealously preserved. For a man to be harassed and put to the expense of perhaps a long trial and then given an absolute discharge is hardly from any point of view an effective substitute for the exercise by the court of the power to which I have referred”.

36 ראו בהשוואה בג'צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) ג' רשות השידור, פ"ד מח (2) 1, שם קבע השופט חשין בדעת מיעוט, כי הסוגייה שעמדה על הפרק — חובת המשיבה לשדר את פרסומות העותרת — היתה קלת ערך ולא הצדיקה התערבות שיפוטית. השופטת דורנר, בדעת הרוב, דחתה גישה זו, וקבעה כי "אם חופש הביטוי המסחרי לא יינתן אפילו בעניינים קלים, פעוטי ערך וטריטוריאליים, אילו משמעות וערך יוותרו לו?".

37 *D.P.P. v. Humphries* [1976] 2 All E.R. 497.

ויושם אל לב: מעייניה של הדוקטרינה, בהקשר זה, הם בהגינות הצעדים מבחינת הנאשם. לעניין יישומו של הכלל האמור אין בהכרח חשיבות לכות מניעה של המאשימה או לכשרותם. עניינו של הכלל אינו בענישת המאשימה או בהטחת ביקורת ברשות, אלא במצבם של נאשמים. לכן, אף אם פעלה התביעה כתום-לב גמור, לא יהא בכך כדי לחסום את דרכו של נאשם המעלה טענה מבוססת של הגנה מטעם הצדק. בית-המשפט מצטט שם בהסכמה (בע' 535):

“I am quite satisfied here that the prosecution do not desire to be oppressive, but I have to look at the matter in the light of the results which would accrue if I were to grant the application of the prosecution... in my judgement, it would in fact be bad and oppressive to the accused to allow such a retrial”.

23. הנה כי כן, הדוקטרינה מאפשרת לבית-המשפט להשקיף על נסיבות כתב-האישום מנקודת מבטו של הנאשם<sup>38</sup>, ולא רק מנקודת מבטה של התביעה. היבט זה של הכלל קיבל ביטוי בפרשת *Bell v. D.P.P. of Jamaica*<sup>39</sup>. באותו עניין נדונו אישומים שהוגשו, לאחר עיכובים רבים, לפי הוראת בית-המשפט של ערעור (לאחר ביטול הרשעה בהליך קודם). האישומים נסבו על שוד מזוין, חבלה חמורה ואחזקה בלתי חוקית בנשק. המשפט החדש היה אמור להיפתח חמש שנים לאחר ביצוע העבירה, ושלוש שנים לאחר שבית-המשפט לערעורים הורה על קיומו. הנאשם טען, כי בנסיבות אלה הופרה ההוראה בחוקת ג'מאיקה — בה נוהל ההליך — לפיה יש לקיים “דין הוגן תוך זמן סביר”. עניין זה הגיע למועצת המלכה. מועצת המלכה קיבלה את הערעור. היא קבעה, כי זכותו של הנאשם אכן הופרה. קביעה זו לא הושתתה רק על ההוראה החוקתית האמורה. מועצת המלכה, מפי לורד Templeman קבעה, כי נסיבות בהן מתרחש עיכוב בלתי סביר בפתחת הליכים פליליים כנגד נאשם, נופלות לגדרו של הכלל לפיו לבית-המשפט סמכות טבועה שלא לדון באישומים מטרידים או בלתי הוגנים מטעמי צדק. לורד Templeman מציג את עמדתו במילים אלה (בע' 589–590):

“Their Lordships do not in any event accept the submission that prior to the Constitution the law of Jamaica, applying the common law of England, was powerless to provide a remedy

38 מוכן שהנסיבות האישיות של הנאשם מהוות גם חלק מ"העניין הציבורי" (בג"צ 935/89 גנור נ' י"מ, פ"ד מד (2) 485, 510–511). יש עניין ציבורי במניעת הטרדה מיותרת של הפרט. אלא שאז מוזן עניין זה מהאינטרס המידי של הנאשם. למשל, עכוב הדיון גורם בראש וראשונה עינוי דין לנאשם. אך מניעת עינוי דין כמו גם יעילות החקירה ועריכתה בצמוד למעשה העבירה הן אינטרס חברתי.

39 *Bell v. D.P.P. of Jamaica* [1985] 2 All E.R. 585.

against unreasonable delay, nor do they accept the alternative submission that a remedy could only be granted if the accused proved some specific prejudice, such as the supervening death of a witness. Their Lordships consider that, in a proper case without positive proof of prejudice, the courts of Jamaica would and could have insisted on setting a date for trial and then, if necessary, dismissing the charge for want of prosecution. Again, in a proper case, the court could treat the renewal of charges after the lapse of a reasonable time as an abuse of the process of the court<sup>40</sup>.

24. הנה כי כן, ההליך הפלילי אינו ריצה חד-כיוונית להרשעה או לזיכוי. באים בגדרו שיקולים נוספים. הרשעתו של נאשם, אפילו היה חייב בדין, אינה תמיד האינטרס העליון, גם כשמדובר בעבירות חמורות. יש לתת את הדעת לכלול הנסיבות שהובילו לפתיחת ההליך. יש לבדוק את הגינות ההליך מבחינת הנאשם במובן הרחב של ביטוי זה. יש לשקול את תקינות ההליכים שהובילו לפתיחת ההליך. ניתן לבחון את מידת העקביות של התנהגות השלטונות. ניתן להידרש גם למהלכים הניצבים מאחורי כתב-האישום ולבחון שאלות כמו: הטורדה, הפליה או העמדה חריגה לדין. הראיה היא כוללת. מגמתה היא לאזן בין האינטרס הציבורי שבקיום ההליך הפלילי לבין האינטרס של הפרט – ושל הציבור – שלא יעשה שימוש בלתי הוגן או בלתי טביר או בלתי נחרץ בהליך הפלילי.

40 ראו עוד: *Tan v. Cameron* [1993] 2 ALL E.R. 493. שאלת קיומו של הליך תוך פרק זמן סביר מוגימה את הקשר בין הדוקטרינה של הגנה מן הצדק לבין ההליך הראוי. מכוח העיקרון האחרון סרכו גם בתי-המשפט בארה"ב לרון באישומים אשר חל בהגשתם עיכוב בלתי סביר. בעניין (1990) 803 P.2d 1160 *Application of Anderson* ביקשה המדינה להעמיד את הנאשם לדין בעוון ארבעה מעשי רצח. המעשים שיוחסו לנאשם בוצעו בשנים 1974–1975, כחמש-עשרה שנים לפני מועד הגשת האישום. על-פי הדין המדינתי, דיני ההתיישנות לא חלו על עבירת הרצח. חרף עובדה זו, סירב בית-המשפט לרון באישומים והורה על ביטולם. בית-המשפט מסביר, כי החלטתו אינה נעוצה בזכות החוקתית למשפט מהיר. הבסיס להחלטה טמון בכך, שעיכוב המשפט ללא הצדקה פוגע בעקרונות ההליך הראוי. במהלך התקופה מאז ביצוע המעשים נשאו האישומים לא נתגלו ראיות חדשות. משך כל אותה תקופה, ידעו רשויות החביעה על מקום הימצאו של הנאשם. המדינה לא סיפקה נימוק ממשי להימנעותה מהגשת האישומים. לפיכך, בוטלו האישומים (ראו בפירוט בע' 1163).

## סיכום

הדוקטרינה של ההגנה מן הצדק יכולה לשמש בסיס להעלאת טענה מוקדמת<sup>41</sup> שעניינה בשמירת הזכות החוקתית להליך ראוי. היא משלבת יסודות מהישן (סמכות טבועה של בית-המשפט בעיכוב הליכים) ומהחדש (הזכות החוקתית להליך ראוי). למעשה הזכות החוקתית מעניקה צביון חדש, ואולי מסגרת תוכנית ברורה יותר לכוח הטבוע של בית-המשפט. ניתן לומר שהיחס בין ההליך הראוי לתורת ההגנה מן הצדק דומה לזה שבין המטרה והמכשיר. המונח "הליך ראוי" אינו נתון להגדרה מדעית וממצה. קשה גם לגזור ממנו צדק אבסולוטי. עם זאת יש בו כדי לאפשר הפעלת קריטריונים שירככו תוצאות קשות ויביאו בחשבון שיקולים נוספים מעבר לתחום הפלילי. הדוקטרינה של ההגנה מן הצדק, כפי שהופעלה עד כה, מאפשרת זיהוי מספר דפוסים הנופלים לתוך הכלל. ואולם ברור כי הכלל מורכב מחלקים רבים יותר. גיתוחם של חלקים אלה לא חושף את התמונה בשלמותה אך יש בו צעד בכיוון פיתוח מודל אפשרי ממנו ייגזר צדק יחסי ברמה גבוהה יותר.

41 לכאורה משתמע מדברי השופט חשין בעניין אפרתי, לעיל הערה 25 כי אין מדובר בטענה מוקדמת שיכולה להשמע בבית-המשפט. ואולם השופט חשין לא דן בפסקי-הדין הנוגעים להגנה מן הצדק. בכל מקרה טמון קושי בקביעתו, כי טענות מוקדמות מסוימות, כמו הפעלת שיקולים זרים בהחלטה על הגשת כתב-אישום, ניתן להעלות רק בגידרה של עתירה לבג"צ. דומה, כי קביעה זו אינה עולה בקנה אחד עם הלכות בית-המשפט העליון, בהן נקבע, כי כללי שיקול-הרעת של המשפט המינהלי חלים בכל בתי-המשפט. היקף תחולתם של כללים אלה אינו מצטמצם או מתרחב בהתאם לערכאה המסוימת. לא רק בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך להחילם. עמד על כך השופט ברק בבג"צ 3991/92 המועצה המקומית אבוסנאן נ' שר החינוך, פ"ד מז (3) 234, באמרו: "שינוי הכלי אינו גורר אתרינו שינוי בתוכן. על כן, תורת שיקול-הרעת המינהלי, הקובעת אמות מידה ראויות להפעלת סמכות מינהלית, חלה בכל בית-משפט ובית-דין. עילות הפסלות, כגון מטרה זרה או חוסר סבירות, משותפות הן לכל ערכאות השיפוט" (ע' 238).

זאת ועוד, קשה למצוא טעם ענייני המצדיק צמצום סמכותה של הערכאה הדיונית לדין בטענות מוקדמות. בירורן של שאלות הנוגעות לנסיבות הגשתו של כתב-אישום עשוי להצריך, לעתים קרובות, שמיעת ראיות. דברים אלה אמורים בטענה בדבר שיקולים זרים, ונכונים גם לטענות אחרות, ובהן טענת ההגנה מן הצדק. בתחום זה, יש לערכאה הדיונית עדיפות טבועה על פני בית-המשפט הגבוה לצדק<sup>37</sup> בבג"צ 4306/93 חלפון נ' הועדה המחוזית להכנת ובניה פ"ד מז (4) 37. נראה, כי יתרונה של הערכאה הדיונית מצדיק אימוץ גישה מרחיבה ביחס להיקף הטענות המוקדמות המצויות בגדרי סמכותה. סוגיית ההגנה מן הצדק מדיגימה עניין זה היטב. פעמים רבות מחייב הדיון בטענה זו הליך מוקדם של גביית ראיות. בדרך זו ניתן לברר באופן שלם את העובדות האופפות את דרך הבאתו של נאשם לדין בפני הפורום המסוים (ראו פרשת *Court Bennet v. Horseferry Road Magistrates* [1993] 3 ALL E.R. 136 בסעיף 12). באופן דומה, הליכי שמיעת ראיות נחוצים על-מנת לקבוע מימצאים בדבר מצגי הרשות כלפי הנאשם בנקודות זמן הקודמות להגשת כתב-האישום (ראו *R. v. Croydton Justice* [1993] 3 ALL E.R. 129). לעיל הערה 19). תיעול הדיון בטענות ממין זה לבג"צ מונע אפשרות לטיפול עוברתי ממצה דווקא במקרים המחייבים בירור כזה.