

## מן הצדק ועל המבחן לקבלתה - הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי

### א. מבוא

עם זאת, נראה כי כיום אין עוד חולק על תחולתה של הטענה במשפט הישראלי – גם מבין אלה המבקרים את הדוקטרינה<sup>13</sup>. יתרה מזאת, הדעה המקובלת כיום היא כי הטענה יכולה לנגוע בקשת רחבה של מצבים שניתן לסווג, אם כי באופן גס, לשלוש קטגוריות עיקריות<sup>14</sup>, כדלקמן:

א. הגנה מן הצדק בגין השתק הרשות<sup>15</sup>; זאת, אם עקב ההסתמכות על מעשיה<sup>16</sup>, כגון על הבטחה שהופרה<sup>17</sup> או על מצג מטעה מטעמה<sup>18</sup>; ואם לנוכח התנהגות בלתי נסבלת אחרת של הרשות, כגון טיעון דבר והיפוכו מצדה<sup>19</sup>, מעורבותה במעשה העברה והכשלת הנאשם על ידי הדחה פסולה<sup>20</sup>, רדיפת הנאשם או העמדתו לדין מטעמים זרים ובחוסר תום לב<sup>21</sup>.

ב. סיכון כפול – בגין שפיטה קודמת של הנאשם על ידי טריבונלים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים<sup>22</sup>.

ג. פגיעה ממשית בזכות הנאשם להליך ראוי או למשפט הוגן<sup>23</sup>, כגון בגין "שפיטתו" על ידי התקשורת וקיום אווירה ציבורית עוינת לנאשם (בעיקר בשיטות משפט של מושבעים)<sup>24</sup>; או בגין ליקויים ממשיים בהליך הפלילי או הטרומ-שיפוטי: פגמים יסודיים בשלב החקירה או בעניין שמירת חומר החקירה וגילוי<sup>25</sup>; הפליית הנאשם לרעה (לא דווקא בחוסר תום

בחלוף כשלושים שנה מאז ניתן פסק הדין בע"פ 244/73 רבר נ' מ"י<sup>1</sup>, שבו אוזכרה, לראשונה בפסיקה בישראל, טענת ה"הגנה מן הצדק" (להלן: "הדוקטרינה" או "הטענה") – אם כי באמרת אגב ובנוגע למשפט האנגלי<sup>2</sup> – ולאחר שעברו כשש עשורים מאז ניתן פסק דין ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י<sup>3</sup>, דומה כי הגיעה העת לבחינה נוספת של מהות הדוקטרינה ושל ההלכה שנקבעה בעניין יפת, לרבות המבחן לקבלת הטענה.

אמנם בעניין יפת הוכרה הטענה ואומצה במשפט ארצנו לראשונה באופן ברור ומפורש<sup>4</sup>, אולם המבחן שנקבע לקבלתה הנו כה צר ומחמיר, עד כי אין היא מתקבלת, להלכה וגם למעשה, אלא במקרים "נדירים ביותר"<sup>5</sup>. מאז ניתן פסק הדין בעניין יפת חזר בית המשפט העליון על המבחן שנקבע באותו עניין פעמים אחדות; ובפועל, הוא קיבל את הטענה רק במקרה אחד מבין המקרים השונים שבהם היא הועלתה בפניו – בעל"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב-יפו<sup>6</sup>. כמו כן, במקרים מעטים למדי התקבלה הטענה על ידי הערכאות הנמוכות יותר<sup>7</sup>, אם כי בחלק מאותם מקרים שונתה ההחלטה בערכאת הערעור<sup>8</sup>, בהתבסס על המבחן שנקבע בעניין יפת.

במקביל לפסיקה, נדונה הדוקטרינה לא מעט גם בספרות המשפטית – סמוך לפני עניין יפת<sup>9</sup>, לאחריו<sup>10</sup>, ואף לאחרונה<sup>11</sup>. אלא שדומני כי הדיון בטענה טרם מוצה בספרות, וטרם נאמרה "המילה האחרונה" בסוגיה זו בפסיקה של בית המשפט העליון.

למעשה, 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>12</sup>.

\* שופט בית הדין הצבאי לערעורים. תודתי נתונה לפרופ' דן בין ולחברי מערכת המשפט על הערותיהם המועילות. זו גרסה מקוצרת של המאמר; הנוסח המלא יפורסם בהמשפט י תשי"ח.

לאחר מסירת המאמר לדפוס פורסם כי על שולחן הכנסת הונחה הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון – הגנה מן הצדק), תשס"ה-2004

(3029/פ).

איור: Clip Art



לב), בעצם העמדתו לדין<sup>26</sup>; שיהיו רב בהגשת כתב האישום<sup>27</sup> או פגיעה קשה אחרת בזכויותיו הדיוניות של הנאשם<sup>28</sup>.

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; ולבסוף, אפרט מהו המבחן שאני מציע, תוך השוואת מעלותיו ומגרעותיו לאלו של המבחן הנוהג, וכן אנסה לבסס את ההצעה לשקול, במקרים המתאימים, קבלת הטענה באופן חלקי על ידי המרת האשמה באישום פחות חמור.

## ב. מהות הטענה והמודלים שבבסיסה

לעניות דעתי, ההתייחסות אל ההגנה מן הצדק צריכה להיות רחבה הרבה יותר מאשר אל טענה פרוצדורלית<sup>29</sup> או אל טענת השתק גרידא<sup>30</sup>. כמו כן, אין לראות בטענה זו העדפת עניינו של הנאשם על פני עניינם של הקהילה

- 1 ע"פ 244/73 רב'ר נ' מ"י, פ"ד כח(1) 798 (להלן: עניין רב'ר).
- 2 הטענה אוזכרה על ידי השופט אשר, שם, בע"פ 803. על המשפט האנגלי בסוגיה הנדונה, ראו להלן הערה 34.
- 3 ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד (2) 221 (להלן: עניין יפת).
- 4 בע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מ"י, פ"ד (2) 152 (להלן: עניין בעל-טכסא), נדחתה הטענה תוך אזכור עניין רב'ר, לעיל הערה 1, מבלי שהובהר אם הטענה מוכרת כעיקרון כללי במשפט ארצנו אם לאו – שאלה שנותרה פתוחה עד לעניין יפת; ראו למשל ד"ר ביין "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101, 110–111.
- 5 עניין יפת, לעיל הערה 3, בע"פ 370 – מפי השופט די לוי, אשר כתב את פסק הדין העיקרי של דעת הרוב, שדחתה את הטענה בבסיבות אותו עניין. נראה כי גם השופט צ' טל, שהיה בדעת מיעוט, לא חלק על המבחן שנקבע בדעת הרוב, וגם לגישתו, מדובר ב"הגנה נדירה". שם, בע"פ 491.
- 6 עליע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו (טרם פורסם), פדאר 714 (3)2004 (להלן: עניין חרמון).
- 7 ראו י נקדימון הגנה מן הצדק (תשס"ד) 21–22, 145–146. נקדימון מצייני בספרו כי מתוך 98 פרשות שנבדקו על ידו, שבהן נדונה הטענה בישראל, היא התקבלה ב-31 מקרים, אם כי ב-8 מהם בוטלה ההחלטה על ידי ערכאת הערעור (על כך ראו להלן הערה 8). למקרים שבהם התקבלה הטענה ראו במיוחד ת"פ (תי"א) 6650/93 מ"י נ' תומרקין, פ"ש תשנ"ה(4) 415 (להלן: עניין תומרקין).
- 8 מבין המקרים שבהם התקבל הערעור (על קבלת הטענה), ראו במיוחד רע"פ 3396/99 נאבסו נ' מ"י (לא פורסם), דינים עליון נו 439. למקרים נוספים שבהם בוטלה, במסגרת הערעור, ההחלטה על קבלת הטענה, ראו נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 145 הערת שוליים 32. בי אוקון וע"י שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים המשפט ג (תשנ"ו) 265.
- 9 אי פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א (תשס"א) 381.
- 10 ראו נקדימון, לעיל הערה 7, ז' סגל וא' אמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לכיטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז (תשס"ד) 42; ד' מנשה וני פלסר "קרימינולוגיה שיפוטית של הרפואה המשלימה בישראל" הסיניגור 88 (2004) 5, 7–8.
- 12 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 9, בע"פ 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 [נסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "חסידיים"), המחייבת כי יהיה "עניין לציבור" בהגשת כתב אישום, שבים לב לשקולים המוסדיים ולשיקולים החוקתיים. סגל וזמיר, לעיל הערה 11, בע"פ 45–52. בעניין יפת הסתמך בית המשפט העליון בעיקר על מודל ההשתק של הרשות

- ועל הסמכות הטבעה של בית המשפט. ראו להלן הערות 40–42 והטקסט הנלווה להן.
- בעניין תומרקין, לעיל הערה 7, התבסס בית המשפט (השופט די רון) בעיקר על הסמכות הטבעה ועל שיקולים חוקתיים. בת"פ (תי"א) 10345/98 רחמיילביץ' נ' מ"י (לא פורסם), דינים מחוזי כ(2) 198, הביע השופט ג' קרא את הדעה, כי ניתן לראות בדוקטרינה "זכות יסוד פרטיקולרית" בלי שם, הנגזרת ונלמדת באופן ישיר מחוק יסוד. כמד האדם וחירותו.
- בעניין חרמון, לעיל הערה 6, ציינה השופטת פרוקצ'ייה בפסקה 17 לפסק דינה, כי הטענה מבוססת "בין על אדנים של השתק, ובין על שיקולים של צדק".
- 13 לטעמו של פורת, משמעות הדוקטרינה היא "העדפת ענינו של הפרט-הנאשם במקרה קונקרטי על-פני ענינה של הקהילה בכלל והקרוב בפרט". פורת, לעיל הערה 10, בע"פ 409. על כך ראו דברי להלן בפרק ב'.
- 14 ראו והשוו למשל פורת, לעיל הערה 10, בע"פ 393. הסיוג של פורת אמנם מקובל עליי בעיקר, אך לא בכל פרטים; ראו להלן הערה 24. כמו כן, השוו אוקון ושחם, לעיל הערה 9, בע"פ 269, 280.
- 15 ראו א' בנדור תורת השתק במשפט המינהלי (חיבר לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ד); בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' הי"מ, פ"ד (4) 793, 809–812 (להלן: עניין אולמרט); וכן ראו ההערות הבאות.
- 16 על כך ראו למשל נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 173–273; בנדור, לעיל הערה 15; עניין יפת, לעיל הערה 3, במיוחד בע"פ 365–366; כמו כן, ראו והשוו ד' ברק-ארו "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז (תשנ"ו) 17; בג"ץ 5273/97 מונזון נ' עיריית אשדוד, פ"ד נא(4) 757; וכן ראו להלן הערות 17–21.
- 17 ראו לעניין זה נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 229–264; עניין יפת, לעיל הערה 3, בע"פ 366–368; וכן ראו והשוו למשל בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן נ' שר המשחר והתעשייה, פ"ד (1) 673; בג"ץ 585/01 קלבמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694.
- 18 ראו למשל נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 199–228; G.S. Bower & A.K. Turner *The Law Relating to Estoppel by Representation* (London, 3<sup>rd</sup> ed., 1977).
- 19 ראו והשוו נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 265–274; עניין אולמרט, לעיל הערה 15, בע"פ 809–812; ת"פ (נצי) 5020/02 מ"י נ' גל (טרם פורסם), פדאר 574 (9)2004 (להלן: עניין גל).
- 20 על כך ראו נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 173–198.
- 21 ראו ביין, לעיל הערה 4, במיוחד בע"פ 108–111.
- 22 ראו למשל עניין יפת, לעיל הערה 3, בע"פ 371–378; נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 275–300; M.L. Friedland *Double Jeopardy* (London, 1979).
- 23 על כך ראו להלן הערות 36, 36, והטקסט הנלווה להן. ניתן להבחין בין הזכות להלך ראוי לבין הזכות למשפט הוגן, שכן לעתים אין חולק כי הנאשם יזכה למשפט הוגן, אולם עצם העמדתו לדין מהווה שימוש לרעה בהלך ופגיעה בזכותו להלך ראוי; ראו למשל עניין יפת, לעיל הערה 3, בע"פ 358–359; *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* [1993] 3 All E.R. 138 (H.L.).
- 24 יש המסווגים את הטענה בדבר שפיטת הנאשם על ידי התקשורת, כקטגוריית-משנה של טענת "סיכון כפול"; ראו למשל פורת, לעיל הערה 10, בע"פ 407; אולם לי נראה כי מדובר בפגיעה בזכות הנאשם למשפט הוגן – לנוכח החשש כי השופטים יגישו דעה קדומה בעניין אשמתו, עקב האווירה הציבורית העוינת בתקשורת, וזאת בניגוד לכללי היסוד שלפיהם עומדת לכל נאשם זכות החפזות, ואסור שלשופטים יהיו משוא פנים או דעה קדומה. ראו נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 397–412; אוקון ושחם, לעיל הערה 9, בע"פ 270; הטענה עלתה גם במשפטנו, אך נדחתה; ראו ת"פ (תי"א) 290/95 מ"י נ' צברי (טרם פורסם), דינים מחוזי (גז) 469; ע"פ (חי) 533/00 כנען נ' מ"י (טרם פורסם), דינים מחוזי (ב) 575.
- 25 ראו והשוו למשל נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 357–396; ע"פ 79/73 לביא נ' מ"י, פ"ד כח(2) 505, 511–510 (להלן: עניין לביא); ע"פ 179/79 מ"י נ' גברון, פ"ד (2) 688, 692–691 (להלן: עניין גברון); ע"פ (חיפה) 3730/03 מ"י נ' אגנאריה (טרם פורסם), דינים מחוזי (ד) 62.
- 26 ראו למשל נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 329–356; בג"ץ 96/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד (נ3) 289, 306–308; ת"פ (ק"א) 1398/02 מ"י נ' סוכני זלק ושמיני בע"מ (טרם פורסם), פדאר 13 (5)2004 (להלן: עניין סוכני הדלק).
- 27 ראו נקדימון, לעיל הערה 7, בע"פ 301–328; והשוו עניין חרמון, לעיל הערה 6.
- 28 ראו פורת, לעיל הערה 10, בע"פ 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 37 ו-39.
- 29 ראו להלן הערות 51–54 והטקסט הנלווה להן. כן ראו והשוו אוקון ושחם, לעיל הערה 9, בע"פ 269, 276.
- 30 ראו לעיל הערה 12, ולהלן הערה 33 והטקסט הנלווה לה.

## המודל העיקרי העומד בבסיס הדוקטרינה, למן חקיקתו של חוק-היסוד, הוא המודל החוקתי של ההגנה על זכויות היסוד של הנאשם. על פיו מפקחת הערכאה הדיונית על ההליך הפלילי, לרבות על השלב הטרומ-שיפוטי

ראוי אינה כתובה עלי ספר; היא אינה מנויה בין הזכויות הנכללות בשמן בחוק-היסוד; אף על פי כן, היא הוכרה בפסיקה עוד לפני עשרות בשנים<sup>36</sup>, וכיום היא נחשבת כזכות יסוד, באשר היא נלמדת מהוראות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק-היסוד") וכרוכה בהן – אם במישרין, מכוח זכות היסוד לכבוד, על פי פרשנותה המרחיבה<sup>37</sup>, ואם בעקיפין, לאור זאת שניהולו של ההליך פלילי בלתי הוגן נגד נאשם מהווה פגיעה בזכות היסוד שלו לחירות, ולכן אסור שהפגיעה תהיה בלתי מידתית<sup>38</sup>.

ואמנם, הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות יסוד חוקתית על-חוקית בספרות המשפטית ובפסיקה של בית המשפט העליון<sup>39</sup> – ועוד קודם לכן, בשיטות המשפט של מדינות נאורות רבות.

על כן קבלת הטענה במקרים הראויים אינה אך במסגרת סמכותו הטבעה של כל בית משפט<sup>40</sup>, כי אם חשוב מכך, זו אף חובתו של כל שופט, מכוח הוראת סעיף 11 לחוק-היסוד<sup>41</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 שלדעת, המודל העיקרי העומד בבסיס הדוקטרינה למן חקיקתו של חוק-היסוד, איננו מודל הסמכות הטבעה, וגם לא המודל המנהלי הקלאסי, של הפיקוח השיפוטי על מעשי הרשות, כי אם המודל החוקתי של ההגנה על זכויות היסוד של הנאשם<sup>42</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, לבל 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>43</sup> – בשים לב כמובן לשיקולים ראויים וגם לשאלת ההצדקה להעמדת אדם לדין, מבחינת ה"עניין לציבור" – בין שמדובר בהאשמת-חסר<sup>44</sup> ובין שבהאשמת-יתר<sup>45</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 לשלביו השונים<sup>46</sup>, לרבות השלב הטרומ-שיפוטי<sup>47</sup>, דהיינו עצם ההצדקה להעמדת נאשם לדין (ואף על ההליך הבר-שיפוטי<sup>48</sup>). שינוי זה בא בעקבות הביקורת שנמתחה על התפיסה הבלתי ראויה שהייתה מקובלת, כאמור, עד לאחרונה<sup>49</sup>. ברוח שינוי זה ניתן לראות הן את ההוראה המפורשת שהוסיף המחוקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין בעניין סמכות בתי המשפט בנוגע לטענת "זוטי דברים"<sup>50</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

ושל קרבן העברה<sup>31</sup>. מדובר בדוקטרינה מהותית, רבת-ערוצים, אשר לה אמנם היבטים פרוצדורליים (וראייתיים<sup>32</sup>), אולם בסיסה העיוני אינו מתמצא במתן תרופה לנאשם בגין פגיעה בזכויותיו הדיוניות, או בהשתק גרידא של הרשות, כי אם בעיקר במתן סעד לנאשם, של עיכוב הליכים, בגין פגיעה בלתי מידתית בזכויותיו המהותיות – לאו דווקא עקב התנהגות זדונית ומתעמרת של הרשות; זאת, כאשר אין זה צודק להעמידו לדין או לנהל את המשפט נגדו, לא (רק) בעיני הנאשם, אלא גם, ובראש ובראשונה, בעיני הציבור. בחלק מהמקרים, הגם שהפגיעה בנאשם נובעת מליקוי או מפגם במעשי הרשות – המעשים אינם מכוונים: כך, למשל, לעתים מדובר בשלונות 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.

נראה כי בעניין יפת התייחס בית המשפט העליון בעיקר לקטגוריה הראשונה מבין הקטגוריות הנזכרות (ובמידה מסוימת גם לקטגוריה השנייה), ומכאן שהוא התמקד במודל של השתק הרשות<sup>33</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>34</sup>. יש לזכור גם, כי בעניין יפת נדונה עבדה חמורה במיוחד, מבחינת האינטרס הציבורי<sup>35</sup>. על רקע זה אולי ניתן להסביר מדוע אימץ שם בית המשפט את המבחן הצר והנוקשה שהיה מקובל בשעתו במשפט האנגלי, תוך העדפת המודל של השתק הרשות, על פני המודל של הפגיעה בזכות הנאשם להליך ראוי ולמשפט הוגן.

לעניות דעתי, ההתמקדות היתרה במודל של השתק הרשות בקשר לדוקטרינה, אינה ראויה: ראשית, באשר אין בכך מיצוי של כל הערוצים והמצבים שבהם יכולה הטענה להתעורר; שנית, באשר יש בכך התבוננות צרה מדי על הדוקטרינה, מנקודת המבט של התנהגות הרשות בלבד, במקום להשקף על התמונה הכוללת, מזווית הראייה 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



אינה נכללת בין הטענות המקדמיות המנויות במפורש בחוק<sup>51</sup>, אולם עובדת היותה טענה מקדמית אינה מעידה על אופייה – אם דיוני או מהותי<sup>52</sup>. למעשה, המכנה המשותף לטענות המקדמיות, מבחינת אופיין המוקדם לדיון, 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>53</sup>.



משפט הנקאים. צילום: יצחק הררי

31 השוין, למשל, פורת, לעיל הערה 10, בעי 409. כן ראו לעיל הערה 13 ובהמשך הרשימה.  
 32 על היבטים אלו ראו נקדימון, לעיל הערה 7, בעי 419–430; וכן ראו להלן הערות 70 ו-76 והטקסט הנלווה להן.  
 33 למעשה, בית המשפט מתייחס במפורש אל ההגנה מן הצדק כאל הגנה הנובעת מהשתק הרשות, וזאת בנישימה אחת עם הפגיעה בזכות להליך ראוי, למשל בעניין יפת, לעיל הערה 3, בעי 357, 368, 370.  
 34 שינוי חשוב במשפט האנגלי התחולל עם חקיקתו של 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 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221), לרבות הוראות סעיף 6 לאמנה, בעניין הזכות למשפט הוגן (Fair Trial). בעקבות החוק האמור, מסתמת במשפט האנגלי גישה חדשה, אשר באה לידי ביטוי גם בסוגיית ההגנה מן הצדק. כך למשל בפסק הדין של בית הלורדים *v. R. Looseley* [2001] 4 All E.R. 897 (H.L.), וכן *Looseley* נקבע, כי לקבלת הגנה מן הצדק די בכך שהנאשם יביע על התנהגות בלתי ראויה באופן חמור (Seriously Improper) מצד הרשות, עד כי ההעמדה לדיון תהיה בבירור בלתי הוגנת; ראו: *A.L.T. Choo Abuse of Process* and *Judicial Stays of Criminal Proceedings* (New York, 1993) D. Young *Abuse of Process and Fairness in Criminal Proceedings* (London, 2000). במשפט האמריקני מוכרת הזכות להליך ראוי (Due Process) כזכות חוקתית, ומקורה בתיקון החמישי ובתיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית, אולם רק בשנות השבעים של המאה הקודמת החלה להתפתח הגנת ההתנהגות הבלתי נסבלת (Conduct) של הרשויות; ראו למשל: *Hampton v. Russell* 411 U.S. 423 (1973); *U.S. v. Cox v. Louisiana*; *Raley v. Ohio* 360 U.S. 423 (1958); *U.S. v. Twigg* 588 F. 2d 373 (3<sup>rd</sup> Cir. 1978); *U.S. v. Levin* 973 F. 2d 463, 468, 379 U.S. 559 (1965) (6<sup>th</sup> Cir. 1992); וכן *U.S. v. Quigley* T. Quigley (1965) 7, בעי 37–44; ועל התפתחות הדוקטרינה במשפט הקנדי, ראו: *Procedure in Canadian Criminal Law* (Scarborough, 1997) 350–353.

35 בעניין חומרת העברות שעמדו ביסוד עניין יפת ועצמת האינטרס הציבורי להעמדת הנאשמים באותה פרשה לדיון, ראו בגיץ 935/89 גנור נ' הי"מ, פ"ד מד(2) 485 (להלן: עניין גנור).  
 36 ראו למשל עניין לביא ועניין גברון, לעיל הערה 25, שם, וכן ראו ההערות הבאות.  
 37 על הזכות לכבוד ועל הגישות השונות בנוגע לפרשנותה, ראו למשל אי ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271; י' שחר "סדר דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ג (אי רוזנצ'יק עורך, תשנ"ד) 375, 398–403; די סטטמן "שינוי מושגים של כבוד" עיוני משפט כד (תשס"א) 541.  
 38 על דרישת המידתיות ראו סי' 8–9 לחוק-היסוד; על עקרון המידתיות בעניינינו, ראו סגל וזמיר, לעיל הערה 11, בעי 72–75.  
 39 למשל אי ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כך ג. פרשנות חוקתית) 432; דני"פ 4603/97 משולם נ' מ"י, פ"ד נא(3) 160, 197; מ"יח 3032/99 ברנס נ' מ"י, פ"ד נו(3) 354, 375.  
 40 עניין יפת, לעיל הערה 3, בעי 353, 370, 378; פי גולדשטיין "הסמכות הטבעית של בית המשפט" עיוני משפט י (תשמ"ד) 37; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 263–265. על המרום הראוי לדיון בטענה – בית המשפט הפלילי, ולא בית המשפט הגבוה לצדק – ראו למשל בגיץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם), פדאר 31997(88) (להלן: עניין בר טוב); נקדימון, לעיל הערה 7, בעי 161–166.  
 41 על המשמעויות של סי' 11 לחוק-היסוד ראו למשל ברק, לעיל הערה 39, בעי 446–458; ב"ש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, 375.  
 42 ראו אי ברק "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 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64. על ההשפעה של העידן החוקתי על הדוקטרינה, ראו אוקון ושחם, לעיל הערה 9, בעי 265–269; סגל וזמיר, לעיל הערה 11, בעי 51–52; נקדימון, לעיל הערה 7, בעי 121–138.  
 43 ראו למשל והשוו ר' גביון שיקול-דעת 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 49.  
 44 ראו למשל עניין גנור, לעיל הערה 35, והשוו לבגיץ 3425/94 גנור נ' הי"מ, פ"ד נ(4) 1; וכן ראו בגיץ 1689/02 נמרודי נ' הי"מ, פ"ד נו(6) 49.  
 45 "האשמת היתר", או "תביעת-היתר", היא העומדת, למעשה, בסודיה של הדוקטרינה. לפנים היה מקובל כי רק היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לעכב הליכים (ראו סי' 231 לחסד"פ), וכי רק בגיץ מוסמך להתערב בשיקול דעתו של היועץ, אלא שביקורת זו של בגיץ הנה, כידוע, מצומצמת מאוד; ראו למשל לעיל הערות 43–44.  
 46 ראו למשל רב-השיח "פיקוח שיפוט על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדיון וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15 (להלן: "רב-השיח").  
 47 זהו, למעשה, השלב שבו מתמקדת, לרוב, טענת ההגנה מן הצדק – עצם ההצדקה של ההחלטה על העמדת הנאשם לדיון.  
 48 הכוונה היא לשלב החנינות – אם כי במקרה אחד הוא הוחל עוד בשלב הטרם-שיפוט: בגיץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.  
 49 ראו למשל די פרידמן "שיקול דעת שיפוט בעמדה לדיון פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג) 155, 161, 168–169; רב-השיח, לעיל הערה 46; ר' גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (תשנ"ז) 27; די 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 לדיון" פלילים ה (תשנ"ז) 189; וכן ראו לעיל הערה 43.  
 50 ראו סי' 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"); דברי החסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, הי"ח 139; ש"י פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כך 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 נ(5) 747.  
 51 ראו סי' 149 לחסד"פ וסי' 351(ב) לחוק השיפוט הצבאי, תשס"ו-1955 (להלן: "חשי"פ"). הלכה מסוקה היא כי הטענות המקדמיות המנויות בחוק אינן בדר "רשימה סגורה", ומכאן שניתן להעלות טענות נוספות בעלות אופי "מקדמי" או "טרומי"; ראו למשל י' קדמי על סדר הדיון בפלילים (מהדורה מעודכנת, תשס"ג, חלק שני) 895.  
 52 ואכן, רשימת הטענות המקדמיות המנויות בחוק כוללת הן טענות מהותיות, כגון זיכוי קודם או הרשעה קודמת, והן טענות פרוצסואליות, כגון היעדר סמכות מקומית, או פגם או פסול בכתב האישום; על כך ראו להלן הערה 54 והטקסט הנלווה לה.  
 53 ראו סי' 151 לחסד"פ וסי' 351(ג) לחשי"פ; כן ראו קדמי, לעיל הערה 51, בעי 894.

של החשודים והנאשמים – לחירות, לכבוד ולהליך הוגן, על כל הזכויות הפרטניות הנלוות להן והנובעות מהן<sup>63</sup> – ולאכיפת חובת ההגנות על רשויות השלטון, וכן לחינוכן שלא לפגוע בזכויות הפרט ללא הצדקה, מן הצד האחר<sup>64</sup>.

לפנינו 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>65</sup>. אלא שלכלל האמור חריגים אחדים; אחד מהם נוגע, כזכור, ל"זוטי דברים"<sup>66</sup>; וההגנה מן הצדק הנה אפוא חריג נוסף לכלל הנזכר.

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>67</sup>. אולם אין בכך כדי להבהיר מהו המבחן לקבלת הטענה. מכיוון שמדובר בטענה חריגה שהנה יציר הפסיקה אשר קבלתה עשויה, למעשה, לבטל את המשפט, חרף ההנחה כי מצויות ראיות (לכאורה) לכך שהנאשם ביצע את העברה – נודעת חשיבות מיוחדת לקביעת מבחן ברור, או קריטריונים נהירים, לקבלת הטענה. למעשה, כך נהג בית המשפט העליון, מפני השופט ד' לוי, בעניין יפת. הוא לא הסתפק בדחיית הטענה לגופה, כי אם בהביר שהטענה מוכרת (גם) במשפט ארצנו, והתייחס בפירוט למהות הטענה, לסמכות בית המשפט לקבלה ולמבחן לקבלתה.

## ד. המבחן המוצע אל מול המבחן הנוהג

בדי שאין לקבל את טענת ההגנה מן הצדק כל אימת שנפגעת אחת מזכויותיו של נאשם; שהרי, ניתן לומר כי כל העמדה לדין של נאשם פוגעת במידה זו או אחרת בזכויותיו.

כמו כן, ככלל, הדוקטרינה אינה מיועדת למקרים שבהם נטען במהלך משפטו של נאשם כי נפגעה אחת מזכויותיו – כאשר הפגיעה הנובעת נוגעת לשאלת אחריותו הפלילית גופה, או למידת העונש שלו יהא צפוי אם יורשע בדינו. עניינה של הדוקטרינה בטענות של הגנה מן הצדק הנוגעות לעצם ההצדקה להעמיד נאשם לדין, או להמשיך בניהול ההליך השיפוטי נגדו – אם בגין שפיטתו הקודמת ("סיכון כפול"), אם בגין התנהגות הרשות ("השתק"), ואם בגין פגיעה חמורה 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. 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 קוננויות בין נאשמים בכוח לבין נציגים של אחת הרשויות הנוגעות

קבלת הטענה משמעותה, בפועל, עיכוב הליכים שיפוטי וסיום הדין 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>64</sup>.

אמנם ניתן לסמוך את הדוקטרינה על היעדר "עניין לציבור", לפי סעיף 62 לחסד"פ<sup>65</sup>; הצעה זו, שהועלתה באופן מסויג על ידי קרמניצר<sup>66</sup>, אומצה לאחרונה גם על ידי סגל וזמיר<sup>67</sup>. אולם, לטעמי, אין זו האכסניה המשפטית הראויה לדוקטרינה: ראשית, ברי כי לא לכך התכוון המחוקק כשחוקק את ההוראה האמורה בחסד"פ<sup>68</sup>. שנית, אין חפיפה מהותית מלאה בין הדוקטרינה לבין טענת היעדר 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 בגינם אין זה ראוי והוגן כי יימשכו ההליכים נגד הנאשם.

למעשה, העובדה כי ההגנה מן הצדק אינה נוכרת 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 – אם שוכנע כי נפגעה זכות היסוד של הנאשם להליך ראוי והוגן, באופן בלתי מידתי.

אמנם, כידוע, גם את הדין שקדם לחוק-היסוד יש לפרש ברוח חוקי-היסוד<sup>69</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.

**אין הצדקה לקיומו של כלל כה צר ונוקשה, המצמצם את המבחן לקבלת הטענה אך למקרים קיצוניים של התנהגות שעוריינית של הרשות. אין זה מוצדק לקבוע מראש כי הטענה תתקבל רק במקרים "נדירים ביותר"**

## ג. הערכים, האינטרסים הרלוונטיים והאיזון ביניהם

בקצירת האומר אציין, כי בדי שבסוגיה שבה עסקין קיימת התנגשות בין ערכים, שיקולים ואינטרסים מנוגדים. זאת, בין האינטרסים הציבוריים לחשיפת האמת<sup>60</sup>, למיצוי הדין<sup>61</sup> ולהגנה על שלום הציבור וביטחונו<sup>62</sup>, וכן על כבודם ועל רגשותיהם של קרבנות העברות, מן הצד האחד, לבין האינטרסים של הנאשם, והאינטרסים הציבוריים להגנה על זכויות היסוד

בדבר, כדי להוציא את הנאשמים פטורים, בבוא העת, מלידת את הדין על העברות שביצעו; זאת, מלבד הפגיעה, כאמור, באינטרסים הציבוריים ובערכים הנוכחים לעיל.

למעשה, אין אני חולק על כך שהטענה אינה יכולה להתקבל אלא במקרים חריגים ומיוחדים<sup>68</sup>.

עם זאת, אין הצדקה לקיומו של כלל כה צר ונוקשה, המצמצם את המבחן לקבלת הטענה אך למקרים קיצוניים של התנהגות שעוריינית של הרשות, שיש בה כדי התעמרות בנאשם, או דיכוי, עד כי המצפון מזדעזע; ומכאן גם, שאין זה מוצדק לקבוע מראש כי הטענה תתקבל רק במקרים "נדירים ביותר"<sup>69</sup> – ללא קשר לטיב הטענה ולמהות העברה המיוחסת לנאשם ולנסיבותיה.

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>70</sup> – שנגרמה פגיעה חמורה בזכותו להליך ראוי או למשפט הוגן, באופן המטה את "מאזן טעמי הצדק" נגד עצם העמדתו לדין או נגד ניהול המשפט; זאת, לאחר שנערך איזון ראוי בין מכלול האינטרסים, הציבוריים והפרטיים כאחד – גם אם לא הייתה התעמרות בנאשם מצד הרשויות.

יתרה מזו, אין מקום להגביל את תוצאות הדיון בטענה לאחת משתי החלטות קיצון – דחיית הטענה מזה או ביטול כתב האישום מזה – כי אם יש לשקול קבלת הטענה באופן חלקי ומידתי, על ידי ביטול חלק מהאישומים, או על ידי המרת אחד מסעיפי האישום בעברה קלה יותר, במקרים המתאימים.

אכן, אפשרות אחרונה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסות ה"קלאסיות", שלפיהן, ראשית, בחירת סעיפי האישום מהווה "פרוגרטיבה" של התביעה; ושנית – אם הוכחה העברה שיוחסה לנאשם על ידי התביעה, על בית המשפט להרשיעו בה<sup>71</sup>. אולם, כאמור, הדוקטרינה – כמו גם הגנת "זוטי דברים" – היא כשלעצמה בבחינת חריג לתפיסות הקלאסיות בעניין סמכויות הערכאה הדיונית; ולדעתי, הטיעון שלפיו הגם שבית המשפט רשאי לבטל את כל כתב האישום 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 קיצון – לבטל את כתב האישום (או חלקו) או לדחות כליל את הטענה – 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 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

54 בכל הכבוד, איני שותף לדעה שהביעו באחרונה סגל וזמיר (לעיל הערה 11, בעי 44 הערת שוליים 10), כי ההגנה מן הצדק יכולה להיכלל במר ההוראה שבס' 3(149) לחסד"פ, שעניינה "פגם או פסול בכתב האישום" (אם כי, לדעתם, עדיפה הוראה מפורשת של המחוקק, שתען את ההגנה מן הצדק כטענה מקדמית מפורשת בחוק). לעניות דעתי, טענת "פגם או פסול בכתב האישום" מכוונת לפגמים טכניים-פרוצדורליים בגוף כתב האישום, ואינה מיועדת למקרים שבהם עצם ההעמדה לדין הנה פסולה; ראו והשוו קדמי, לעיל הערה 51, בעי 935–936. עם זאת, כאמור, הטענות המקדמיות המנויות בחוק אינן רשימה ממצה. 55 סי' 62 לחסד"פ קובע כי: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, וזולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור". רב-השיח, לעיל הערה 46, בעי 33. 56 סגל וזמיר, לעיל הערה 11, בעי 43. 57 כיום מקובלת גישת הפרשנות התכליתית גם בפלילים (ראו למשל אי ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 347; אי ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 398. עם זאת, אין להתעלם לחלוטין מכוונת המחוקק ההיסטורית. נראה כי בסי' 62 לחסד"פ התכוון המחוקק למשמעות הצרה של המונח "ענין לציבור", ולא למשמעות הרחבה. 59 ראו למשל ברק, לעיל הערה 39, בעי 562–563; דניף 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 633, 589. 60 על החשיבות של ערך האמת במשפט ראו למשל אי ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשי"ז) 11; חי חי כהן המשפט (תשנ"ז) 114–126; דניף 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853–855; רע"א 1412/94 הסתדרות מדיעניית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522; דניף 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 743. 61 ראו למשל עניין יפת, לעיל הערה 3, בעי 377; ע"פ 2669/00 מ"י נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685, 690–691. וכן ראו סי' 62 לחסד"פ. 62 כידוע, ההגנה על שלום הציבור והפיקוח על הפשיעה הנם מטרת יסוד בהליך הפלילי; כך, למשל, סיכון ביטחון הציבור מהווה עילת מעצר – ראו סי' 13(א)(2) 211(א)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשי"ו-1996, כן ראו בש"פ 8087/95 זאדה נ' מ"י, פ"ד נ(2) 133, 143–144. 63 כגון הזכות לשם טוב, אשר הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד; על כך ראו ברק, לעיל הערה 39, בעי 427; רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 48. 64 על חובת ההגיונות של רשויות המדינה, ראו למשל בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 840–841; בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(1) 289, 345–346. 65 ראו למשל יו בוק הענישה הפלילית (תשמ"א) 56–90; דו"ח הוועדה לבחינת זרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (תשי"ח); ע"פ 433/89 אטיאס נ' מ"י, פ"ד מג(4) 170, 174–175; ע"פ 5106/99 אבו-ינגמה נ' מ"י, פ"ד נד(1) 350, 354–355. 66 על טענת "זוטי דברים" ראו לעיל הערה 50. 67 על מלאכת האיזון בין אינטרסים מתנגשים, ראו למשל ברק, לעיל הערה 39, בעי 433–435; בג"ץ 5016/96 חוב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36–55. על איזון האינטרסים בעניין הדוקטרינה ראו למשל סגל וזמיר, לעיל הערה 11, בעי 47; עניין חרמון, לעיל הערה 6, בפסקאות 17–19. 68 ראו להלן הערות 69, 80 והטקסט הנלווה להן. כן השוו למחלוקת שהתגלעה בין שופטי בית המשפט העליון בעניין מדיניות המעצרים עד תום ההליכים: עניין גנימאת, לעיל הערה 59, בעי 629–630, 642–643, 644, 649. 69 ראו עניין יפת, לעיל הערה 3, בעי 370; והשוו עניין חרמון, לעיל הערה 6, בפסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. 70 מידת ההוכחה הנדרשת בענייננו טרם נקבעה בפסיקה. האפשרות האחת, שאינה נראית בעיניי, היא כי די אם הנאשם יצביע על ספק סביר בעניין התקיימות הטענה, בדומה לעניין קיום סיג לאחריית 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 7, בעי 428–430. 71 ראו למשל ע"פ 66/88 מ"י נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847, 856–857.



ראוי או למשפט הוגן, היורדת לשורש העניין, באופן שעצם העמדתו לדין או ניהול המשפט נגדו בגין אותם אישומים המיוחסים לו, מהווה אי-צדק חמור. רף תחתון זה יידרש, למצער, בכל עברה; ואם הנאשם לא יעמוד בנטל האמור, תידחה הטענה על הסף. אולם רף מינימלי זה לא יספיק בהכרח לקבלת הטענה; הוא יספיק רק כשמדובר בעברות קלות למדי מסוג חטא, והוא עשוי להספיק בחלק מהעברות מסוג עוון, ואולי אף במקצת העברות מסוג פשע שנסייבותיהן אינן כה חמורות, אך לא כשהעברה המיוחסת לנאשם היא חמורה במיוחד, כגון עברה מסוג פשע חמור, או עברה של פשע בנסיבות מחמירות.

כשמדובר בעברות חמורות ביותר – יידרש לקבלת הטענה רף גבוה יותר, שהנני מציע כי יהא דומה לרף הקבוע כיום בפסיקה. 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 ולמאזן טעמי הצדק, בכל מקרה קונקרטי. מכאן שעל פי המבחן המוצע יידרש הנאשם, כתנאי לקבלת הטענה, **ראשית**, להצביע על כך שנגרם לו אי-צדק **חמור** בעצם העמדתו לדין או בהמשך ניהול המשפט נגדו; ו**שנית**, 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.

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 גדולה יותר של פסול בהתנהגות הרשויות או של אי-צדק לנאשם, כדי להטות את מאזן טעמי הצדק בעד קבלת הטענה; ולהפך, ככל שהעברה ונסיבותיה הן פחות חמורות – ומקל וחומר, אם אין בהן חומרה ממשית – תידרש מידה פחותה של חומרה באשר להתנהגות הרשויות ולפגיעה בזכות הנאשם להליך ראוי ולמשפט הוגן, כדי להצדיק עיכוב ההליכים, ביטול אחד האישומים או המרתו באישום קל יותר. וכפי שצינו אוקון ושחם, הדוקטרינה "יכולה להתגשם גם במקרים של אי-צדק 'במידות' קטנות יותר[...]. לעתים דווקא בפרטים הקטנים, מצוי עוול גדול"<sup>74</sup>. אמת, להחלטה על קבלת הטענה יכולות להיות השלכות שליליות ממשיות, לעניין הרתעת הנאשמים בפועל ובכוח – דבר אשר עלול לא רק לסכן את ביטחון הציבור ולפגוע ברגשות הקרבות, כי אם גם 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 קבלת הטענה תהא אך "במשורה", או במקרים "נדירים ביותר".

האישום (החמור מדי) 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, בעוד 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 ראיתיים – 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 משטרתי 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.

### יש להשתחרר מכבלי "התפיסה הישנה", ולהכיר בסמכותו של השופט לקבל באופן חלקי טענת הגנה מן הצדק גם על ידי המרת אישום חמור בעברה פחות חמורה

כמו כן, יש מקום לשקול הרשעה בעברה פחות חמורה כאשר מתקיימות נסיבות חריגות, כגון אלה שביגין 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 המרת רצח בהריגה. 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>72</sup> או בצעיר שעברו נקי.

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 פחות חמורה, במקרים מיוחדים וראויים, וזאת לא רק מכוח הסמכות הטבעית 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>73</sup>.

מתחייב אפוא מבחן גמיש ופונקציונלי יותר. על פי המוצע, יש לקבוע רף מינימלי חדש, אשר יהווה, למעשה, תנאי הכרחי לקבלת הטענה, ולפיו על הנאשם לשכנע את בית המשפט כי נגרמה פגיעה חמורה בזכותו להליך

**מוצע כי תהא זיקת גומלין הדוקה בין חומרת העברה ונסיבותיה, מן הצד האחד, לבין חומרת ההתנהגות של הרשויות כלפי הנאשם, או חומרת הפגם שנפל בהליך, או אי-הצדק שנגרם לו, מן הצד האחר**

האשמות בעברה קלה יותר – לא משיקולים ראייתיים, כי אם משיקולים של צדק.

למעשה, ניתן להבחין, בעיקר בשנה האחרונה, במגמה הולכת וגוברת להרחיב את השימוש בדוקטרינה בערכאות הדיוניות, ואולי אף בבית המשפט העליון<sup>80</sup>, עד כי אפשר שמדובר בתחילתו של מהפך חשוב בהתייחסות בתי המשפט לטענה, בכיוון מרחיב, בדומה למוצע ברשימה זו.

בכך אף יתחזק אמון הציבור במערכת המשפט<sup>75</sup>, שכן הצדק לא רק ייעשה אלא גם ייראה – הן לגבי הנאשמים שכתבי האישום נגדם יתבררו לגופם, והן בנוגע לאלו שתתקבל הטענה בעניינם<sup>76</sup>.

כנגד הגישה המרחיבה 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 אינו מוגדר דיו, וכי קבלתו עלולה להביא לפגיעה בעקרונות השוויון, ביציבות ובוודאות הדין. בחששות אלה אין, לדעתי, כדי להכריע את הכף בעד המבחן הנוהג, על מגרעותיו שתוארו לעיל.

אכן, ניתן להניח כי אם יורחב המבחן תהיה, בעיקר בשלב הראשון, עלייה גדולה בהיקף העלאת הטענה. עם זאת, יש לזכור כי גם כיום מועלית הטענה במקרים לא מעטים; ומכל מקום, לאחר "חבלי לידה" ראשוניים, ולאחר שהמבחן החדש ייקלט ויובהר 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, כי אם גם יחסוך ניהול של התדיינויות ארוכות יותר ושמיעתן של העדויות במשפטים גופם<sup>77</sup>.

אמנם אין במבחן המוצע קנה מידה אריתמטי, 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>78</sup>, ומתחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים, על פי שיקול דעתו של השופט, בכל מקרה קונקרטי לגופו; וטוב שכן.

**ה. סיכום**

משהסתיימו "חבלי הלידה" של ההגנה מן הצדק, ומשחלפו שנות הקליטה הראשונות שלה בשיטת המשפט שלנו, נראה כי אנו מצויים בעיצומה, או שמא עדיין בתחילת ההתפתחות שלה. 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, וכן מגוון הערוצים שבהם היא יכולה להתעורר. גם בעניין המבחן לקבלת הטענה שוררים חילוקי דעות, אשר דומני כי טרם הוכרעו באופן סופי בפסיקת בית המשפט העליון. על המבחן שנקבע בנושא זה בעניין יפת נמתחה ביקורת לא מעטה, בעיקר בספרות<sup>79</sup>. עם זאת, על המבחן שנקבע בעניין זה חזר בית המשפט העליון פעמים אחדות, גם באחרונה, והוא מהווה הלכה מחייבת. הלכה זו היא קשה ובעייתית. היא התבססה על ההלכה שהייתה מקובלת, בשעתה, במשפט האנגלי, אשר בינתיים שונתה שם. היא אולי התאימה לשלבים הראשוניים של ההכרה בדוקטרינה ושל קליטתה בארץ, אך כיום נראה שהגיעה השעה לבחון אותה מחדש, ולצעוד צעד נוסף – אם כי צעד מדוד וזהיר – בכיוון של התאמתה למשפט הרצוי, על ידי הרחבת המבחן לקבלת הטענה, הרחבה מוגבלת ושקולה, ובעיקר על ידי

72 ראו למשל והשוו ע"פ (בייש) 7149/00 מ"י נ' גדיסי (לא פורסם), פדאר 3(3)2001:304; ת"פ (חיפה) 336/01 מ"י נ' מוראד (טרם פורסם), פדאר 3(3)2003:634.  
73 על תורה זו ראו למשל והשוו י' זמיר **הסמכות המנהלית** (כרך ב, תשנ"ו):683; רע"פ 2431/99 **טוראי גיסמן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673; רע"פ 4398/99 **הראל נ' מ"י**, פ"ד נד(3) 637; ע"פ 6143/03 **פורטל נ' מ"י**, פ"ד נח(2) 614.  
74 אוקון ושחם, **לעיל** הערה 9, בע' 276–277.  
75 על אמון הציבור, ראו א' ברק **שיקול דעת שיפוטני** (תשמ"ז) 289–294; ח' הכן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט 14** (תשס"ב) 9; מ' שיין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" **המשפט ט** (תשס"ד) 491; וכן ראו לענייננו סגל וזמיר, **לעיל** הערה 11, בע' 48, 75.  
76 לדעתי, בשונה מהדיון הנוהג (ראו למשל בניץ 6317/01 **זאפט נ' טימן** (לא פורסם), פדאר 1(1)2001:425) – רצוי לאפשר לנאשם לבקש באופן תכוף (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; זאת, במיוחד אם יורחב המבחן לקבלת הטענה; ראו והשוו נקדימון, **לעיל** הערה 7, בע' 433–437.  
77 השוו סגל וזמיר, **לעיל** הערה 11, בע' 75.  
78 על האינדיבידואליות של הענישה ראו הפסיקה הנוכרת **לעיל** בהערה 65, ועל ההחלטות בענייני מעצר ראו למשל בשי"פ 6504/03 מ"י נ' חביב, פ"ד נו(5) 865; בשי"פ 7686/03 **רפייב נ' מ"י**, פ"ד נו(6) 753.  
79 ראו סגל וזמיר, **לעיל** הערה 11, בע' 44, 61; נקדימון, **לעיל** הערה 7, בע' 150; והשוו אוקון ושחם, **לעיל** הערה 9, בע' 268.  
80 ראו בעיקר עניין **חרמון, לעיל** הערה 6; והשוו למבחן שהוזכר בעניין **בר טוב, לעיל** הערה 40. כן ראו ת"פ (ק"מ) 1615/95 מ"י נ' שלוי ובניו בע"מ (טרם פורסם), דינים שלום כו 517; ת"פ (ירם) 3217/01 מ"י נ' האגודה השיתופית שדות מיכה (טרם פורסם), פדאר 8(8)2003:495; עניין **סוכני הדלק, לעיל** הערה 26; עניין **גל, לעיל** הערה 19.