



בבית המשפט העליון

דנ"פ 5387/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

המבקש :

רפי רותם

נ ג ד

המשיבה :

מדינת ישראל

ידידת בית המשפט :

הסנגוריה הציבורית

המבקשת להצטרף כ"ידידת
בית המשפט" :

לשכת עורכי הדין בישראל

דיון נוסף בפסק הדין של בית המשפט העליון (כב'
השופטים נ' סולברג, י' אלרון וא' שטיין) ברע"פ 7052/18
מיום 5.5.2020

תאריך הישיבה :

י"ט בתמוז התשפ"א (29.6.2021)

בשם המבקש :

עו"ד רווית צמח ; עו"ד עמית ניר ; עו"ד איתן ענבר

בשם המשיבה :

עו"ד נעמי גרנות ; עו"ד אפרת גולדשטיין

בשם ידידת בית המשפט :

עו"ד יגאל בלפור ; עו"ד נועה זעירא

בשם המבקשת להצטרף
כ"ידידת בית המשפט" :

עו"ד אפרת נחמני-בר ; עו"ד שרון זגגי-פנחס ; עו"ד
מרק פרי

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

דיון נוסף בעקבות פסק דינו של בית משפט זה ברע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם מיום 5.5.2020 (השופטים נ' סולברג, י' אלרון וא' שטיין; להלן: פסק הדין נושא הדיון הנוסף). במוקד הדיון השאלה אם רשאי בית המשפט לבקר את שיקול דעת רשויות התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום, בפרט בעילות הסבירות והמידתיות.

רקע והליכים קודמים

1. המבקש עבד כקצין חקירות ומודיעין ברשות המסים. בשלב מסוים במהלך עבודתו, טען המבקש שגילה פרשת שחיתות ברשות וטענותיו נחקרו במשטרה בשנים 2003-2004. בשנת 2004 נסגר תיק החקירה מחוסר ראיות ומחוסר אשמה וערר שהוגש על החלטה זו נדחה אף הוא. המבקש ניהל במשך שנים ארוכות מאבק על מנת שטענותיו ישמעו ויתבררו בבית משפט (לימים, נתן לו מבקר המדינה צו הגנה נוכח ליקויים שמצא בהחלטת רשות המסים לסיים את העסקתו; ראו החלטת מבקר המדינה מיום 15.1.2015 בתלונת המבקש). אגב אותו מאבק עלב המבקש והטיח דברים בגורמים שונים שהיו מעורבים בפרשת השחיתות הנטענת, בסגירת תיק החקירה, ובמה שתפס המבקש כ"טיוח". מעשים אלה חזרו ונשנו במשך כ-5 שנים ונמשכו לעיתים גם לאחר שבתי משפט הורו למבקש להימנע מיצירת קשר עם חלק מהמתלוננים. נוכח השתלשלות הדברים האמורה, הוגש בראשית שנת 2013 נגד המבקש כתב אישום שכלל 19 אישומים, ואשר ייחס לו עבירות מרובות של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); הטרדה באמצעות מתקן בזק לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת); העלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין; והפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287 לחוק זה. בחודש פברואר 2015 הוגש נגד המבקש כתב אישום נוסף, שכלל 4 אישומים שלפיהם הטריד 4 מעדי התביעה. בגין מעשים אלו יוחסו לו עבירות נוספות של הטרדה באמצעות מתקן בזק והטרדת עד. שני כתבי האישום התבררו במאוחד בבית משפט השלום בתל אביב-יפו.

2. בהכרעת הדין מיום 6.10.2016 זיכה בית משפט השלום (כב' השופט הבכיר ד' באדי) את המבקש מעבירות האיומים ומעבירות הטרדת עד, אך הרשיע אותו בביצוע עבירות מרובות של העלבת עובד ציבור, הטרדה באמצעות מתקן בזק והפרת הוראה חוקית. עוד במסגרת הכרעת הדין, דחה בית המשפט את טענת המבקש להגנה מן הצדק.

ביום 28.11.2016 גזר בית משפט השלום על המבקש עונשי מאסר על תנאי (כמפורט בגזר הדין).

3. המבקש ערער על הכרעת הדין ועל גזר הדין וביום 4.6.2018 נתן בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים ר' בן-יוסף, ג' גונטובניק וא' קלמן-ברום) פסק דין חלקי בערעור (להלן: פסק הדין החלקי). אשר למישור העובדתי, קבע בית המשפט (פה אחד) כי טענות המבקש לא מקימות עילה להתערבות בקביעותיו של בית משפט השלום בכל הנוגע למגעים בין המבקש לבין המתלוננים. אשר להרשעתו של המבקש בעבירות של העלבת עובד ציבור, קיבל בית המשפט פה אחד את הערעור, וזיכה אותו מעבירות אלו. זאת, בשם לב לקביעות בית משפט זה ברע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (2.11.2017) (פסק דין זה ניתן לאחר הרשעתו של המבקש בבית משפט השלום). עוד נקבע כי ככל שהמדינה לא תקבל את הצעת המותב (שתתואר להלן), יש להותיר על כנה את הרשעת המבקש בשלוש עבירות הפרת הוראה חוקית, אך להעמיד את עונשו על חודשיים מאסר על תנאי (חלף 4 חודשים שנקבעו בגזר דינו של בית משפט השלום).

4. בכל הנוגע להרשעת המבקש בעבירות הטרדה באמצעות מתקן בזק נחלקו דעות המותב. כב' השופט ג' גונטובניק ציין כי על פני הדברים, מתקיימים היסודות הנדרשים להטלת אחריות פלילית על המבקש בעבירות אלו. עם זאת, הוסיף כי "השאלה האם ראוי לנקוט באמצעי הפלילי בנסיבות העניין, שעה שפעילותו של [המבקש – ע' פ'] משקפת חופש ביטוי פוליטי? האם אין בנמצא אמצעים מידתיים יותר להגנה על זכויות עובדי הציבור ועל אינטרס הציבור? דילמה זו מעלה לשולחן הניתוחים את העיקרון החוקתי בדבר שיוריות ההליך הפלילי ואת השלכתו על שיקול דעת המאשימה בהעמדה לדין פלילי" (פסק הדין החלקי, סעיף 60). השופט גונטובניק עמד על השאלה אם העמדה לדין פלילי בנסיבות העניין בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק היא מידתית ועולה בקנה אחד עם עקרון השיוריות במשפט הפלילי, תוך שצוין שעל פני הדברים עמדה לתביעה אפשרות אפקטיבית להפסקת האיומים וההטרדות באפיק שאינו פלילי, באמצעות הכלים שקבועים בחוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001 (להלן: החוק למניעת הטרדה מאיימת). משכך, הציע כב' השופט גונטובניק כי הצדדים יגישו התייחסות משלימה לשאלה אם אין מקום לחזור מהאישומים בגין עבירות אלו. כב' השופטת א' קלמן-ברום מצאה לעומת זאת כי אין מקום לדון בסוגיית השיוריות, הן מאחר שזו לא הועלתה על ידי הצדדים ולא לובנה בבית משפט השלום; הן מאחר שבמקרה דנן אין מקום להתערב בשיקול דעתן של רשויות התביעה. זאת, בין היתר מאחר "שהחלטה על הגשת כתב אישום התקבלה רק לאחר שננקטו מספר צעדים נגד [המבקש – ע' פ']", הוצאו צווים שיפוטניים [שהמבקש – ע' פ'] לא כיבדו במלואם בדרכו המתחכמת, ואף הורשע בהפרת

הוראה חוקית" (ראו פסק דינה, סעיף 11). השופט ר' בן-יוסף קבע כי לו הייתה נשמעת דעתו, היה מקום לסיים את ההליך בעניינו של המבקש ללא הרשעה בדין, אף שעבר עבירות של הפרת הוראה חוקית והטרדה באמצעות מתקן בזק. התבקשה אפוא עמדת המדינה גם בסוגיה זו.

5. בהתאם להוראות פסק הדין החלקי, הגישו המדינה והמבקש את עמדתם בנוגע להצעת בית המשפט. המדינה הודיעה כי אין בכוונתה לחזור בה מהאישומים בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק וכי אינה מסכימה שההליכים יסתיימו ללא הרשעה. עוד ציינה כי לשיטתה בפסק הדין החלקי התערב בית המשפט בצורה חריגה בשיקול דעת התביעה תוך החלה תקדימית של עקרון השיוריות בפלילים. המבקש מצדו הסכים להצעת בית המשפט כי ההליכים יסתיימו ללא הרשעתו. ביום 7.9.2018 ניתן פסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי (יצוין שעקב תקלה פורסמה תחילה טיוטה לא סופית של פסק הדין, ביום 28.8.2018). במסגרת פסק הדין דחה כב' השופט ג' גונטובניק את טענות המדינה בעמדה שהגישה, וחזר על עמדתו שלפיה יש לבטל את ההרשעה בעבירות הטרדה באמצעות מתקן בזק. יתר חברי ההרכב עמדו אף הם על עמדתם כפי שהובאה בפסק הדין החלקי. משכך, נקבע (בדעת רוב) כי הרשעת המבקש בעבירות הטרדה באמצעות מתקן בזק בטלה מכוח עקרון שיוריות ההליך הפלילי.

פסק הדין נושא הדיון הנוסף

6. המדינה הגישה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בקשת רשות לערער. ביום 4.2.2019 הורה השופט י' אלרון כי הבקשה תובא לדיון לפני הרכב, וביום 26.6.2019 הורה השופט נ' סולברג על צירופה של הסניגוריה הציבורית להליך כ"ידידת בית משפט" (להלן: הסנגוריה). המותב קיבל את בקשת הרשות לערער וביום 5.5.2020 ניתן פסק הדין נושא הדיון הנוסף. בפסק הדין נחלקו דעות המותב בכל הנוגע לדפוס הביקורת השיפוטית על שיקול דעתה של התביעה.

7. השופט נ' סולברג ציין כי לשיטתו, הביקורת המינהלית על החלטת התביעה בדבר העמדה לדין, צריכה להיעשות באמצעות הכלים שהותוו לשם כך זה מכבר. צוין כי לערכאה המבררת בפלילים ניתנו שלושה כלי ביקורת מתחום המשפט המינהלי: טענות מקדמיות לפי סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי); דוקטרינת ההגנה מן הצדק (שעוגנה לימים בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי); ופסילת ראיות לפי כלל הפסילה הפסיקתי שנקבע בפסק הדין בע"פ 8121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן:

עניין יששכרוב)). כלים אלו, צוין, מכסים בקירוב את העילות המסורתיות במשפט המינהלי. מכאן, פנה השופט סולברג לשאלה אם ניתן לבחון את סבירות שיקול דעת התביעה בגדר ההליך הפלילי. צוין כי יש שרואים בפסק הדין בעניין ניר עם כהן (בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן נ' מדינת ישראל (6.2.2006) (להלן: עניין ניר עם כהן)) – שבו נקבע כי על דרך הכלל, טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום יתבררו בהליך הפלילי – ככזה שכוונן מסגרת חדשה לביקורת מינהלית בהליך הפלילי ("דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים"). עם זאת, לעמדתו של השופט סולברג, עילת הסבירות אינה משתלבת בהליך הפלילי וזאת משורה של טעמים: ראשית, בשלב המקדמי, בית המשפט הפלילי אינו רשאי לעיין בחומרי החקירה שנדרשים לצורך הכרעה בשאלת סבירות או מידתיות הגשת כתב האישום; שנית, ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות פוגמת בהפרדת הרשויות, וכאשר עסקינן בהרשעה בפלילים, יש קושי בריכוז הכוח בידי הרשות השופטת; שלישית, העברת מוקד השיח מאשמת הנאשם להתנהלות המדינה חוטאת למהות ההליך הפלילי; ורביעית, החדרת הדין המינהלי למשפט הפלילי כרוכה בסרבולו של ההליך הפלילי. לצד זאת, עמד השופט סולברג על כך שלבית המשפט הפלילי ניתנו גם כלים נוספים לבחון אם נסיבות העניין מצדיקות הרשעה בפלילים והם אי הרשעה או ביטולה (לפי סעיפים 71א(ב) לחוק העונשין ו-192א לחוק סדר הדין הפלילי) וסייג "זוטי דברים" (סעיף 34יז לחוק העונשין). עוד נתונה לנאשם האפשרות לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לעכב הליכים. בנוסף לאמור, קבע השופט סולברג כי אין לאפשר העלאת טענות של סבירות ומידתיות ההחלטה להעמיד לדין גם לפני בג"ץ, שכן הדבר עשוי לעכב ולסרבול את ההליך הפלילי וכן לכבול את שיקול דעתה של הערכאה הפלילית לקביעותיו של בג"ץ, עוד לפני גיבושה של תשתית ראייתית.

8. אשר לעקרון השיוריות בפלילים, קבע השופט נ' סולברג כי כפי שנקבע בעניין שוורץ (בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.7.2010) (להלן: עניין שוורץ)), במרבית המקרים כאשר הראיות מספקות, עצם ההעמדה לדין פלילי תהיה מידתית. עוד צוין כי המחוקק פעל להגשמת עקרון השיוריות בין היתר באמצעות קביעת האפשרות להגיע להסדר מותנה (לפי סעיפים 67א-67ב לחוק סדר הדין הפלילי) ובהרחבת האכיפה המינהלית. ואולם, הודגש כי אין מקום להפעלת ביקורת על שיקול דעת התביעה בהגשמת עקרון זה. לבסוף, עמד השופט נ' סולברג על כך שגם אילו היה מקבל את דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, והיה בוחן את מידתיות החלטת התביעה בהתאם לעקרון השיוריות, לא היה מגיע לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי בעניינו של המבקש. זאת מאחר שתכליתו של החוק למניעת הטרדה מאיימת הינה מניעה, ואילו העיקרון המנחה בעניישה הוא גמול, ולפיכך אין מדובר באמצעי חלופי שפגיעתו פחותה. השופט סולברג הוסיף כי אף בהתעלם מהאמור, עובר להגשת כתב האישום ובמשך כ-5

שנים ניסתה התביעה למצות הליכים חלופיים מול המבקש, ולפיכך ההעמדה לדין במקרה דנן מידתית. משכך, נפסק כי בנוסף לעבירות בהן הורשע המבקש בבית המשפט המחוזי, יש להרשיעו גם ב-20 עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק, ולגזור עליו עונש של חודשיים מאסר על תנאי (בתנאים שפורטו בפסקה 79 לפסק דינו).

9. השופט א' שטיין הצטרף לפסק דינו של השופט נ' סולברג. לעמדתו, אין לבתי משפט השלום ולבתי המשפט המחוזיים סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על הגשת כתבי אישום בהתאם לכללי המשפט המינהלי שלא הוטמעו בדוקטרינת ההגנה מן הצדק. הוסף כי במסגרת דוקטרינה זו, גם אין מקום לבחון את סבירות החלטת התביעה. אשר להעלאת טענות מסוג זה לפני בג"ץ, ציין השופט שטיין כי לשיטתו יש לאפשר זאת במקרים קיצוניים בלבד ובהיעדר סעד חלופי. עוד צוין כי לא היה מקום לאמץ את עקרון השיוריות, וכי עקרון זה יכול להיות שיקול אחד מני שיקולים רבים שעל התביעה לשקול בהחלטה על הגשת כתב אישום. השופט י' אלרון הצטרף לתוצאת פסק דינו של השופט נ' סולברג, אך מטעמים שונים. בפסק דינו, עמד על כך שישנה הצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית על ההחלטה להעמיד לדין במקרים בהם התנהלות התביעה לוקה בחוסר סבירות קיצונית בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי וכן באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שנקבע בהלכות בית משפט זה. זאת, הן מאחר שפסיקת בית משפט זה הכירה באפשרות זו, הן מאחר שתכליתה של ההגנה מן הצדק לאפשר ביקורת שיפוטית על רשויות האכיפה לצורך הגנה על הנאשם. עוד ציין השופט אלרון כי לתביעה שיקול דעת רחב וכי לא בנקל ייקבע כי החלטה להעמיד לדין לוקה בחוסר סבירות. לשיטתו, אף אם יש מקום לצמצם את מקומה של עילת הסבירות, אין לעשות זאת דווקא במסגרת המשפט הפלילי. בנוסף, צוין כי במסגרת הכלים הקיימים בהליך הפלילי ניתן לתת מענה לקשיים דיוניים שהעלה השופט נ' סולברג בפסק דינו. לצד זאת, נקבע כי במקרה דנן ההחלטה להעמיד לדין את המבקש לא לקתה בחוסר סבירות.

ביום 7.1.2021 הורתה הנשיאה א' חיות על קיומו של דיון נוסף בפסק הדין.

טענות הצדדים

10. לטענת המבקש, פסק הדין ביטל את ההלכה שנקבעה בעניין ניר עם כהן, ונוכח האמור בו נאשמים לא יוכלו עוד להעלות טענות נגד שיקול הדעת של התביעה במסגרת ההליך הפלילי. לדבריו, פסיקת בית משפט זה בעבר יישמה את הלכת ניר עם כהן וקבעה כי על נאשמים לטעון את מלוא טענותיהם המינהליות והחוקיות במסגרת ההליך הפלילי – ולא בבג"ץ. לשיטת המבקש, ניתן להעלות טענות בדבר סבירות החלטת רשויות

התביעה בין היתר במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. אשר לעקרון השיוריות בפלילים, טוען המבקש כי אין לבטל את העיקרון ואת הביקורת שנגזרת ממנו על שיקול דעת התביעה.

11. לטענת הסנגוריה, תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף היא כי אין עוד לבית המשפט הפלילי סמכות לקיים ביקורת שיפוטית על סבירות ומידתיות שיקול דעת התביעה. לדברי הסנגוריה, ערכאות דיוניות מיישמות כבר עתה בצורה זו את קביעות פסק הדין נושא הדיון הנוסף. לשיטתה, "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" היא רק מסגרת רעיונית, ולא מסלול דיוני ספציפי. עוד טוענת הסנגוריה כי ככל שהאכסניה המתאימה לביורור טענות בדבר שיקול דעת התביעה היא דוקטרינת ההגנה מן הצדק, יש לוודא כי היא תהיה רחבה מספיק כדי לאפשר לנאשם לטעון את מלוא טענותיו. אשר לעקרון השיוריות בפלילים, טוענת הסנגוריה כי בסמכות בית המשפט הפלילי להכריע בטענה כי שגתה התביעה בהחלטתה להעמיד אדם לדין על אף קיומו של אמצעי אלטרנטיבי. לצד האמור, ביקשה הסנגוריה להדגיש כי אינה מביעה עמדה לגופה של החלטת בית המשפט במקרה דנן.

12. המדינה טוענת כי בעיקרם של דברים, פסק הדין נושא הדיון הנוסף קבע כי אין מקום לקבל את "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים". הכרעה זו, כך נטען, היא רצויה שכן אין מקום ליצור דוקטרינה חדשה מעין זו, כשלא ברורה תכליתה וכשהיא לא מתאימה למשפט הפלילי. בצד האמור, המדינה אינה מסתייגת מהלכת ניר עם כהן ומהאפשרות להעמיד את החלטות התביעה להעמיד לדין בביקורת שיפוטית גם בגדר ההליך הפלילי כמפורט להלן. לשיטתה, למשפט הפלילי בישראל "ארגז כלים" משלו שמבטיח, הלכה למעשה, "בקרה שיפוטית מלאה, נכונה ומאוזנת, על רוב רובן של החלטות התביעה" – בקרה שמבטיחה הגנה מספקת על זכויות הנאשם. בכל הנוגע לאכסניה המתאימה לטענות של אי סבירות – טוענת המדינה שממילא כל אימת שהחלטה על הגשת כתב אישום היא החלטה לא סבירה, היא תיכנס לגדרה של טענת הגנה מן הצדק. משכך, המחלוקת בהקשר זה היא לכל היותר מחלוקת מושגית.

13. ביום 13.11.2020 הגישה לשכת עורכי הדין (להלן גם: הלשכה) בקשה להצטרף להליך כ"ידידת בית משפט". לדברי הלשכה, פסק הדין נושא הדיון הנוסף ביטל את הלכת ניר עם כהן וקבע כי אין מקום לביקורת מינהלית מלאה במסגרת ההליך הפלילי. לטענת הלשכה, אין לראות במשפט המינהלי איבר זר להליך הפלילי – בין השניים קיים קשר ענייני, רעיוני וערכי הדוק. גם עקרון שלטון החוק מחייב, לדברי לשכת עורכי הדין, את האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית, ובכלל זאת באמצעות עילת הסבירות, על החלטות התביעה. הביקורת השיפוטית על התביעה הכרחית לצורך הבטחת קיומו של הליך הוגן.

החומר שהגישה הלשכה וטיעונה המפורט הובא לעיוננו, ואף בדיון שנערך לפנינו שמענו את באי כוחה. על בסיס מכלול הנתונים והטענות שהוצגו לפנינו – הגיעה העת להכריע.

דיון והכרעה

14. השאלה העיקרית שלפנינו היא אפוא אם יש מקום לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום – מה היקף הביקורת והאם העילות של סבירות ומידתיות מצויות בגדרה. אקדים אחרית לראשית ואבהיר כי לשיטתי החלטת רשויות התביעה להגיש כתב אישום כפופה, ככל החלטה מינהלית אחרת, לעילות הביקורת המקובלות של המשפט המינהלי ומשכך, כפופה היא גם לכללי הסבירות והמידתיות. פסק הדין מחולק לשניים: בחלקו הראשון אבהיר שלשיטתי, כפיפותה של ההחלטה להעמיד לדין לעילות הסבירות והמידתיות נגזרת הן מהדין הרצוי, הן מהדין הנוהג עובר למתן פסק הדין נושא הדיון הנוסף; בחלקו השני אתייחס לשורה של "שאלות משנה" שנגזרות מהכרעה זו, ובכלל זאת מהן הערכאה והאכסניה הדוקטרינרית המתאימה לבירור טענות אלו. לאחר מכן אתייחס בקצרה גם לעקרון השיווריות בדין הפלילי.

הערות מקדמיות

15. לפני שנצמד לטרקלין הדיון המשפטי במקרה דנן, ראיתי להעיר שתי הערות מקדמיות שיסייעו לנו בהבהרה ובתיחום המחלוקת בין בעלי הדין. הערה ראשונה נוגעת לשאלה בדבר ההלכה שיצאה מפסק הדין נושא הדיון הנוסף וההערה השנייה נוגעת לשאלת סיווגה של תקיפת שיקול דעת התביעה כתקיפה ישירה או כתקיפה עקיפה.

(א) ההכרעה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף

16. הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה מהי ההלכה שנקבעה (ואם נקבעה) בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ובכלל זאת בשאלה אילו מקביעות דעת הרוב הן בבחינת הרציו דסידנדי של פסק הדין ואילו הן אמרות אגב. המדינה טוענת שההלכה היחידה בפסק הדין נוגעת ל"דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" וכי המחלוקת בפסק הדין בנוגע לעילת הסבירות היא בבחינת אוביטר דיקטום, סוגיה שלא נדונה על ידי הצדדים ואינה נדרשת להכרעה (ראו למשל, סעיפים 6 ו-13 לתגובת המשיבה לבקשה לדיון נוסף מיום 1.10.2020 (להלן: תגובת המדינה לבקשה לדיון נוסף)). המבקש לעומת זאת טוען כי פסק הדין ביטל את הלכת ניר עם כהן וחסם את האפשרות לטעון טענות המכוונות לשיקול דעת התביעה. עמדה זו נתמכת גם בעמדות הסנגוריה ולשכת עורכי הדין.

17. בניגוד למחלוקת בין הצדדים בשאלה מה נקבע בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, נראה כי בפועל ולגופם של דברים, הפער בין עמדותיהם בשאלה אילו טענות ניתן להעלות בהליך הפלילי אינו רב. כך, במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו, הבהירה המדינה בצורה ברורה ושאינה משתמעת לשני פנים כי היא לא חולקת על האמור בפסק הדין בעניין ניר עם כהן וכי לשיטתה "אפשר לטעון כל טענה בבית המשפט [ה]פלילי" (ראו פרוטוקול הדיון לפנינו, בעמ' 20, ש' 10; יוער שעמדה זו השתמעה גם מכתבי הטענות שהגישה המדינה בהליך דנן וראו למשל סעיף 80 לתגובתה לבקשה לדיון נוסף; לצד זאת ראו האמור בעמ' 3 להשלמת הטיעון מטעמה). נדמה אפוא שעיקר המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלות "מסדר שני" בהקשר זה – כלומר, לא בשאלה אם ניתן להעביר ביקורת על שיקול דעת התביעה בהחלטה אם להגיש כתב אישום, אלא כיצד צריכה להיעשות ביקורת זו. במסגרת זאת, ניתן למנות את השאלה מהי האכסניה הדיונית המתאימה להעלות טענות מסוג זה; מהו היקף ההתערבות בהקשר זה; ואילו סעדים רשאי בית המשפט להושיט במקרים המתאימים (ואציין כי לא נעלמה מעיני עמדת המדינה שמסתייגת מביקורת שיפוטית על החלטות אחרות של רשויות התביעה, אתיחס לכך בהמשך דבריי).

18. אוסיף כי אף מבלי לקבוע מסמרות בשאלת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, הרי שניתן להצביע על האופן שבו הוא מיושם. בהקשר זה, הפנתה הסנגוריה לפסקי דין שונים של ערכאות דיוניות – שבהם נקבע שפסק הדין נושא הדיון הנוסף צמצם את היקף הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות מינהליות של רשויות התביעה ואף קבע כי "בית

המשפט אינו רשאי לבחון את סבירותה של ההחלטה להעמיד אדם פלוני לדין" (ע"פ (מחוזי מר') 20-06-4654 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 45 ו-48 (9.12.2020); כן ראו, למשל: ת"פ (שלום נצ') 15-10-28808 מדינת ישראל נ' שבאייב, פסקה 18 (10.1.2021); ת"פ (שלום נת') 20-08-35118 בק נ' מדינת ישראל, 11-12 (4.4.2021)). זאת, חרף עמדת המדינה בהליך דנן שלפיה ניתן להעלות במסגרת ההליך הפלילי כל טענה המכוונת לשיקול דעת התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום.

19. משהגענו עד הלום, ומשהתקיים דיון בשאלות שעומדות לפתחנו לפני הרכב מורחב של בית משפט זה – יש להעמיד את ההלכה על מכונה. משכך, במסגרת הדיון לגופם של דברים אבחן אם וכיצד יש לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום. אציין שוב כי המחלוקת בתיק זה (כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף) נוגעת לשתיים מעילות הביקורת השיפוטית בלבד – סבירות ומידתיות ההחלטה להעמיד לדין.

(ב) תקיפת שיקול דעת התביעה – תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה?

20. הערה נוספת קשורה לטרמינולוגיה שבה השתמש המבקש בתיאור תקיפת שיקול דעת התביעה כתקיפה עקיפה. לטענת המבקש, דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף התעלמה ממוסד התקיפה העקיפה ואף ביטלה אותו. המדינה התייחסה אף היא לזיקה שבין טענות מסוג זה לתקיפה עקיפה. מצאתי לעמוד אפוא כבר בפתח הדברים על משמעות המונח "תקיפה עקיפה" במסגרת ההליך הפלילי. המונח תקיפה עקיפה (Collateral attack) בהקשר בו עסקינן מתייחס באופן כללי להעלאת טענות מהמשפט החוקתי ומהמשפט המינהלי בהליך שיפוטי אחר ובכלל זאת: הליך לקביעת אחריות אזרחית או לקביעת אשמה פלילית. התקיפה ננקטת באותם הליכים מאחר שתוצאתם תושפע משאלת קיומם של פגמים חוקתיים או פגמים בפעולה המינהלית (ראו באופן כללי אצל יעקב שקד תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים (2020) (להלן: שקד); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית, 2637 (2017) (להלן: זמיר, כרך ד)). ההכרעה בתוקף הפעולה המינהלית נעשית באותם מקרים, בגדר הסמכות שקבועה כיום בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.4.2015)). זאת, בשונה מתקיפה ישירה "קלאסית" בדרך של פתיחת הליך ביקורת שיפוטית שעניינו בפעולה המינהלית ותקפותה (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 167-168 (2017) (להלן: ברק-ארז, כרך ד); שקד, בעמ' 3; זמיר, כרך

ד, בעמ' 2637-2638). במקרה דנן, עשוי שימוש במונח תקיפה עקיפה ליצור אי בהירות.

21. כאשר עסקינן בהעלאת טענות חוקתיות או מינהליות במסגרת ההליך הפלילי, ניתן להתייחס, לשם ההפשטה, למספר סוגים של תקיפות: תקיפת נורמה כללית – דוגמת תקיפת חקיקת משנה פלילית או תקיפת הנחיות של פרקליט המדינה; תקיפת החלטה שיפוטית או החלטה מינהלית קודמת – כאשר לעיתים ההחלטה שנתקפת היא יסוד מיסודות העבירה שבגינה הוגש כתב אישום (לדוגמה, תקיפת ההחלטה המינהלית לפסול רישיון נהיגה במסגרת הליך פלילי שבו מיוחסת עבירה של נהיגה בזמן פסילה); ותקיפת התנהלות רשויות התביעה – עובר להגשת כתב האישום ובמהלך הדיונים בעניינו של נאשם (אשר לחלוקה זו של סוגי הנורמות הנתקפות ראו אצל שקד, בעמ' 29-31).

22. משעמדנו על חלוקה זו, יש להדגיש כי פסק הדין נושא הדיון הנוסף לא עסק בתקיפה העקיפה הפלילית מהסוג הראשון או מהסוג השני. בכל הנוגע לסוג הראשון, שעניינו בתקיפת נורמה כללית – כפי שנקבע לא אחת, טענות מסוג זה יכולות במקרים המתאימים להתברר במסגרת ההליך הפלילי. כבר בשנת 1972 דן בית משפט זה במסגרת הליך פלילי בטענה שכוונה לסבירות צו של שר הפנים, שבהתאם להוראותיו הועמד אדם לדין (ע"פ 104/72 דאב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412, 418 (1972)). עמדה זו הובעה גם בפסיקה מהשנים האחרונות. כך למשל, ברע"פ 4562/11 מוחתטב נ' מדינת ישראל (7.3.2013) (להלן: עניין מוחתטב) דן בית משפט זה בטענת המבקש שם שהופנתה לשיקול דעתו של פרקליט המדינה בקביעת הוראה מסוימת בהנחייתו. צוין שם, בכל הנוגע לתקיפה עקיפה כי: "לא רק שאין מניעה כי הדבר ייעשה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"ץ, אלא שכך רצוי" (שם, פסקה 3.ב. לפסק דינו של השופט י' עמית). בדומה, ברע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.2020) (להלן: עניין מושיא) (בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 2952/20 מושיא נ' מדינת ישראל (9.9.2020)), נדונה שאלת חוקיות התקנה שאוסרת על פשיטת-יד בתחומי המקומות הקדושים. השופטת ד' ברק-ארז ציינה באותו עניין כי "השארית הדלת פתוחה לתקיפה עקיפה בהליכים פליליים שבהם טענות ההגנה מכוונות כנגד נורמה כללית היא 'דרך המלך' הנוהגת בפסיקתו של בית משפט זה מראשיתה" (שם, פסקה 43; ראו גם: בג"ץ 6887/13 קניאס נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (12.1.2014) (להלן: עניין קניאס); רע"פ 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל, פסקאות יז-יח (11.2.2009); ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 359-362 (1986); ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957); ראו והשוו לעמדה שהובעה בבג"ץ 841/19 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב, פסקה 26 (8.4.2019); בג"ץ

7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון, פסקה 6 (21.1.2010). נדמה אפוא שאין כל מחלוקת שפסק הדין נושא הדיון הנוסף לא עסק ולא התיימר לעסוק בתקיפה עקיפה מעין זו.

בדומה, פסק הדין נושא הדיון הנוסף לא עסק גם בסוג השני שתואר לעיל – תקיפה עקיפה של החלטה שיפוטית או של נורמה אינדיבידואלית בגדרי ההליך הפלילי. פסיקת בית משפט זה עסקה לא אחת בעבר בתקיפת נורמה אינדיבידואלית, במסגרת ההליך הפלילי. כך לדוגמה, בעניין הראל (רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000) (להלן: עניין הראל)), נדון עניינה של מי שרישיונה נפסל, אך עובר לתום הפסילה נמצאה נוהגת במכונית. נגד המבקשת שם הוגש כתב אישום באשמת נהיגה בזמן פסילה ובמסגרת הדיון טענה כי צו הפסילה בטל מעיקרו, מאחר שהופרה זכות הטיעון שלה. בית המשפט קבע שם, בין היתר, כי "דרך התקיפה עשויה להכתיב את תוצאת התקיפה. תוצאה שהיא אפשר להגיע אליה בדרך של תקיפה ישירה, ייתכן שאי אפשר יהיה להגיע אליה בדרך של תקיפה עקיפה" וכי "[בדרך כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור [...]] או בעתירה" (שם, בעמ' 646-647; כן ראו עניין מושיא, פסקה 44). אין כל מחלוקת כי במקרים אלה מדובר בתקיפה עקיפה, ולענייננו חשוב לציין שפסק הדין נושא הדיון הנוסף לא עסק גם בהם (להרחבה, ראו את הדיון הנרחב אצל שקד, בעמ' 32-54 וההפניות שם).

23. להבדיל מהמקרים האמורים, פסק הדין נושא הדיון הנוסף עוסק בתקיפת שיקול הדעת המינהלי שהולך להגשת כתב אישום בענייניו של המבקש. השאלה אם כאשר נאשם מעלה טענות שמופנות להחלטה המינהלית להגיש נגדו כתב אישום (או החלטות מינהליות אחרות של רשויות התביעה) מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה מורכבת יותר. ניתן לטעון כי מדובר בתקיפה עקיפה משום ששאלת החוקיות מתעוררת רק בצורה אגבית בהליך שתכליתו העיקרית היא הכרעה בשאלת אשמתו הפלילית. לצד האמור, בהתאם להלכת ניר עם כהן (שבעניינה ארחיב בהמשך דבריי), "דרך המלך" להעלות טענות בדבר פגמים שנפלו בהגשת כתב האישום היא במסגרת ההליך הפלילי. בהיעדר אפיק חלופי להעלות טענות אלו, ספק בעיני אם הכרעת בית המשפט הפלילי בשאלת תקינות הליך הגשת כתב האישום באותו מקרה היא "אגבית". כך לדוגמה, נדמה לי שהכרעת בית המשפט הפלילי שלפיה הגשת כתב אישום נגועה באי חוקיות ולפיכך מחייבת את ביטולו, היא הכרעה שתקפה כלפי כולי עלמא. הגם שנדמה שמחלוקת זו – בשאלה אם עסקינן בתקיפה ישירה או עקיפה – אינה בעלת משמעות מעשית רבה (ראו בהקשר זה רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529,

563-564 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015) (להלן: גלעדי), נוטה אני לדעה כי במקרים מעין אלה, יש לראות את תקיפת שיקול הדעת המינהלי שהופעל בעניינו של נאשם כתקיפה ישירה (לתמיכה בעמדה זו, שלפיה מדובר בתקיפה ישירה, ראו אצל רענן גלעדי, בעמ' 558-564; שקד, בעמ' 64-66; ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 185-187 (מהדורה שלישית, צפוי להתפרסם 2021) (להלן: נקדימון); השוו לאמור אצל יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה 3315 (2020) (להלן: זמיר, כרך ה)).

24. ועתה – מהפרוזדור לטרקלין: נפנה לדון בגופם של דברים, בשאלה אם וכיצד יש לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה, בפרט בעילות הסבירות והמידתיות. תחילה, אתיחס לדין הרצוי ולדין המצוי בשאלת הביקורת השיפוטית על שיקול דעת התביעה בהחלטה על הגשת כתב אישום.

ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה – הדין הרצוי

25. הרשות המינהלית בישראל מחויבת להפעיל את סמכויותיה ואת שיקול דעתה בהתאם לכללי המשפט המינהלי. עליה לפעול אך בדל"ת אמות הדין, לקיים הליך תקין, ולקבל החלטה בהתאם לכללי שיקול הדעת המינהלי. הביקורת השיפוטית על החלטות המינהל נועדה להבטיח את שלטון החוק ואת כיבודו, שכן "שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו" (בג"ץ 73/85 טיענת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 157 (1985); בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, 441 (1980)). הביקורת השיפוטית מבטאת את אינטרס הציבור כי רשויות השלטון יקיימו את הדין: את הדין החרות ואת הדין הפסוק, ובכלל זאת את כללי המשפט המינהלי כפי שעוצבו בפסיקת בית משפט זה (עע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקה 26 (28.12.2014); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"ם 116/15 אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ נ' עיריית תל אביב (9.2.2015)). עוד מגינה הביקורת השיפוטית מפני הפעלה שלא כדין של סמכויות המדינה ומבטיחה כי רשויות החוק ינהגו בצורה ראויה – כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 372 (2005); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה (31.1.2006); כן ראו: עע"ם 8329/14 עיריית קרית אתא נ' קורן, פסקה 24 (31.5.2016)).

26. הביקורת על שיקול דעתה של הרשות המינהלית ועל ההחלטה שאליה הגיעה היא בבחינת קומה נוספת במגדל הביקורת השיפוטית, קומה אשר מתווספת לביקורת

בשאלת הסמכות ובשאלת תקינות ההליך שניהלה. מובן שקיימות זיקות הדדיות בין חוקיות ההליך שניהלה הרשות לבין תוכנה של ההחלטה, וזאת בין היתר מאחר שהליך סדור של קבלת החלטות צפוי להוליד החלטה טובה יותר (ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 262 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א); זמיר, כרך ה, בעמ' 3617). עם זאת, בקיומו של הליך תקין אין כדי להבטיח, בהכרח, כי ההחלטה המינהלית התקבלה בתום לב, בהתבסס על שיקולים ענייניים, בשוויון, בסבירות ובמידתיות (זמיר, כרך ה, בעמ' 3414). משכך, אף בהיעדר פגם ברור ומובהק שנפל בהליך שניהלה הרשות, עשויה להתקבל ההחלטה מינהלית שאינה חוקית, ומכאן החשיבות בביקורת על שיקול הדעת, כחלק מהבטחת שלטון חוק. ויודגש: הביקורת המשפטית בעילות שיקול הדעת נועדה לבדוק את חוקיות ההחלטה לא את נכונותה או תבונתה (זמיר כרך ה, בעמ' 3416).

27. הביקורת השיפוטית חולשת על כל רשויות השלטון – אין היא נעצרת על מפתן דלתן של רשויות התביעה. החלטה להגיש כתב אישום היא החלטה מינהלית, והיא, ככל החלטה אחרת, צריכה לעמוד בכללי המשפט המינהלי (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 307 (1999) (להלן: עניין זקין); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508 (1990) (להלן: עניין גנור); כן ראו באופן כללי: ברק-ארז, כרך א, בעמ' 11). מקורותיה של הלכה זו עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת (בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285, 300-301 (1957); כן ראו: בג"ץ 340/72 ניניו נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 325, 329-330 (1973); בג"ץ 4/64 וגנאר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח 29, 31 (1964)). היקף פריסתה של הביקורת השיפוטית מבטיח את עקרון השוויון – הכל כפופים לחוק, והכל כפופים לביקורת שיפוטית שמבטיחה את כיבודו (בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 698 (1995) (להלן: עניין פנחסי); בג"ץ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219, 226 (1987)). מדי יום מקבלות רשויות המינהל אינספור החלטות מינהליות, במסגרתן ניתן למנות גם החלטות של רשויות התביעה להגיש כתב אישום נגד חשוד בביצוע עבירה. שיקול דעתו של התובע בקבלת ההחלטה להגיש כתב אישום מוגבל בדל"ת אמות הדין ועל הפעלתו חלות – בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי ובהרמוניה עמן – הוראותיו של המשפט המינהלי הישראלי (עניין גנור, בעמ' 508).

28. להצדקה הכללית לקיומה של ביקורת שיפוטית, כחלק מהבטחת שלטון החוק, מתווסף נוסף נוסף כאשר עסקינן בביקורת שיפוטית על החלטת רשויות התביעה להגיש כתב אישום. זאת בראש ובראשונה נוכח הפגיעה הקשה שנגרמת לאדם בשל ההחלטה להעמידו לדין (ראו פסקה 7 לפסק דינו של השופט י' אלרון בפסק הדין נושא הדיון הנוסף; קנת מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה

לדין" פלילים ה' 189, 189-190 (1996) (להלן: קנת מן)). ההחלטה להעמיד אדם לדין משנה את חייו מן הקצה אל הקצה: היא מסיטה את שגרת יומו ממסלולה, היא משפיעה על שמו הטוב ולא אחת משמעותה גם שלילת חירותו (לדוגמה, כאשר לצד כתב האישום מוגשת גם בקשה למעצר עד לתום ההליכים; ראו למשל: ע"פ 4434/10 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פסקאות 6-7 (16.3.2011); בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783 (1996) (להלן: עניין ברקי פטה)). החלטה משמעותית זו – כמו גם החלטות רבות אחרות בניהולו של ההליך הפלילי – מונחת בידיהן של רשויות התביעה (זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42 (2003) (להלן: סגל וחמיר); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה' 173 (1996) (להלן: קרמניצר, תפקידו של התובע); וראו את דבריו של רוברט ג'קסון בימיו כתובע הכללי בארצות הברית: "The prosecutor has more control over life, liberty, and reputation than any other person in America" Robert H. Jackson, *The Federal*, (1940) 18 J. AM. JUD. SOC'Y 18, 18 (1940).

29. השיקולים שעל התובע לשקול בשאלה אם להעמיד אדם לדין קבועים בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי שלשונו: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". הכרעה בשאלה זו, ובפרט בשאלה אם "נסיבות העניין מתאימות להעמדה לדין", מחייבת איזון בין שורה של שיקולים ובין יתרונות הפעלת האכיפה העונשית לבין חסרונותיה (בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 627 (2008) (להלן: עניין פלונית)). בין שיקולים אלה ניתן למנות, בין היתר: את חומרת העבירה ונסיבות ביצועה; את שכיחות התופעה העבריינית; את חלוף הזמן מביצועה; את נסיבותיו האישיות של החשוד; את הנסיבות הקשורות בנפגע העבירה; ואת קיומו של אפיק משפטי חלופי להליך הפלילי (הנחיית פרקליט המדינה 1.1 "אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין" (2.9.2019) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה); כן ראו: בג"ץ 4845/17 חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ג' קרא (28.10.2019) (להלן: בג"ץ חמדאן); בפסק דין זה התקיים דיון נוסף, וראו החלטת הנשיאה א' חיות: דנג"ץ 7491/19 נאור נ' חמדאן (27.4.2020) (להלן: החלטת הנשיאה א' חיות בדנג"ץ חמדאן)). שיקול הדעת הרחב שנתון לרשויות התביעה בשילוב עם העוצמה הרבה שמחזיקות בידן, מחייבים כי הפעלת שיקול דעת זה תהיה קפדנית וזהירה (קנת מן, בעמ' 190). לא בכדי, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3001 "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי (שימוע)" (1.7.1991) נפתחת במילים הבאות:

"אחריות כבדה מוטלת על כל מי שבא להחליט על הגשת כתב אישום פלילי נגד אדם, בייחוד בעבירות בעלות אופי חמור ועבירות שיש עמן קלון. יש אשר אפילו זיכוי בדין, אינן בו כדי לתקן נזק, שנגרם מתוך אישום שלא היה צידוק להגישו" (שם, סעיף 1; כן ראו: בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 807-808 (1996) (להלן: עניין אולמרט)).

ובמקום אחר כבר נכתב כי:

"[ראוי איפוא שתובע ישקול בכובד ראש אם יגיש ואם לא יגיש כתב אישום בעניינו של פלוני [...]] לעולם יזכור תובע ותשמור פרקליטות מה כוח ושליטה על חיי אדם וכבודו ניתנים בידיהם" (בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 511 (1992)).

כבכל מקרה של הפעלת שיקול דעת, קיים חשש מובנה כי הוא יופעל בצורה שגויה (או במקרים קיצוניים, כי יעשה בכוח שניתן לבעל הסמכות שימוש לרעה). ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת נועדה לתת מענה לחשש אינהרנטי זה, והיא הכרחית למניעת פגיעה שלא כדין בזכויות אדם, לא כל שכן כאשר על הפרק שלילת חירותו של אדם. בהקשר דומה ציין הנשיא א' ברק כי "יודע אני כי פיקוח שיפוטי אינו מבטיח תמיד הגנה יעילה על זכויות האדם. אך משוכנע אני כי היעדר פיקוח שיפוטי סופו פגיעה בחירותו של האדם. באין דיין אין דין [...]]. אין לקיים שלטון חוק וזכויות אדם בלא ביקורת שיפוטית על החלטה שלטונית הפוגעת בזכויות אדם" (רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפטיכיאטר המחוזי – תל אביב, פ"ד נב(1) 697, 713 (1998)).

30. הביקורת השיפוטית על ההחלטה להעמיד לדין מתחייבת ביתר שאת לאחר חקיקת חוקי היסוד, והשפעתה על המשפט הפלילי כולו (ראו באופן כללי: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995); בפסק הדין התקיים דיון נוסף, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, מט(4) 589 (1995); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 12 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995)). ביקורת זו נועדה לשמור על זכותם של החשוד ושל הנאשם להליך הוגן, ולהבטיח כי מקום שבו עושה המדינה שימוש בכוחה להעמיד לדין אדם, הדבר יעשה בהליך נאות (ראו והשוו: עניין יששכרוב, בעמ' 559-560; בג"ץ

11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא (3) 93, 154-153 (2006).

31. לכל האמור יש להוסיף כי ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התובע טומנת בחובה ערך רב, לא רק במניעת הפעלת שיקול דעת שגוי במקרה הפרטני ובהושטת סעד במקרה המחייב זאת, אלא גם בהבטחת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק. הפעלתו הראויה של הכוח השלטוני הפלילי מבוססת, בין היתר, גם על אמון הציבור ברשויות התביעה וברשויות השלטון (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 26 (10.9.2013) (להלן: עניין פרץ)). אמון זה מושגת על ההנחה שהחלטות התביעה מתקבלות על בסיס שיקולים ענייניים (ראו והשוו לדיון בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על שוויוניות ההחלטה להגיש כתב אישום בעניין גנור, בעמ' 512; עניין פרץ, פסקה 26). הגשת כתב אישום שלוקה בחוסר סבירות או בחוסר מידתיות (בדומה לפגמים אחרים בשיקול הדעת) – במידה שתצדיק התערבות של בית המשפט בעילה מעין זו – מוליכה לפגיעה באמון זה ברשויות התביעה. לכך יש להוסיף כי התערבות בית המשפט במקרים המתאימים חשובה לאמון הציבור בכך שמערכת המשפט לא תיתן ידה להליך שמקורו בהתנהלות פגומה של הרשות המינהלית.

32. נגד ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה מושמעת הטענה כי ביקורת מעין זו היא זרה לדין הפלילי והיא בבחינת עירוב תחומין שיש בו כדי להפוך את היוצרות בהליך הפלילי (ראו למשל העמדה המשתמעת מפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 52 לפסק דינו של השופט נ' טולברג; פסקה 6 לפסק דינו של השופט א' שטיין). איני סבור כי אלה הם פני הדברים. ראשית, מובן כי ביקורת שיפוטית על התנהלות רשויות התביעה אין בה כדי לפגוע בעיקרון היסודי של הבאת עבריינים לדין, כמו גם הגנה על נפגעי העבירה. שנית, לשיטתי, הבטחת התנהלותן התקינה וההוגנת של רשויות התביעה היא אינטרס פנימי למשפט הפלילי. הביקורת השיפוטית מבטיחה בנוסף כי ישמר אמון הציבור ברשויות התביעה ובכך שאכיפת הדין אינה מקרית או שרירותית. יפים לעניין זה דבריו של מ' שמגר, בימיו כיועץ המשפטי לממשלה: "השלטת משפט נעשית לא רק למען הענישת עבריינים אלא גם לשם מניעת עבירות נוספות, ואין מניעת עבירות, כאשר מאבד הציבור אימונו בדרכי פעולתן של הרשויות המשליטות את המשפט" (ראו את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, כפי שאוזכרה בעניין גנור, בעמ' 530). נוכח האמור לעיל, איני סבור כי המשפט המינהלי ועילות הביקורת שהוא נושא עמו, בשינויים המחויבים הנדרשים בהליך הפלילי, אינם ניתנים ליישום במשפט הפלילי.

33. האם חרף כל האמור יש מקום להצר את היקפה של הביקורת השיפוטית ולהוציא מגדרה את עילות הסבירות והמידתיות? איני סבור כן. עילות ביקורת אלו נקבעו זה מכבר כחלק מן המשפט המינהלי הישראלי, והן רכיבים מרכזיים בביקורת על שיקול הדעת. כך, עילת הסבירות בוחנת את החלטה המינהלית מנקודת המבט של איזונה הפנימי. החלטה מינהלית היא סבירה מקום שבו נשקלו השיקולים הרלוונטיים, ויחס לכל אחד מהם המשקל הראוי (ע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (13.9.2010); בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 437-438 (1980) (להלן: עניין דפי זהב); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 724 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך ב)). עילת הסבירות בוחנת באופן אובייקטיבי, כיצד הייתה פועלת רשות מינהלית סבירה, ועשויה להוליך למסקנה כי החלטה המינהלית פגומה אף אם הרשות שקלה שיקולים ענייניים בלבד. עילת המידתיות היא שלב נוסף בפיתוח הביקורת על שיקול הדעת המינהלי, ועניינה ביחס שבין תכליתה של החלטה המינהלית לבין האמצעים שננקטו להגשמתה (בג"ץ 4427/16 בדראן נ' מתאם הפעולות בשטחים, משרד הביטחון, פסקה 41 (21.11.2019); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט (5) 1, 14 (1996) (להלן: עניין בן-עטייה)). דרישת המידתיות תיבחן באמצעות שלושה מבחני משנה: הראשון, קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי הנבחר לבין המטרה שאותה הוא נועד להשיג; השני, בחירה באמצעי שפגיעתו בפרט היא פחותה מבין החלופות האפשריות; השלישי, קיומו של יחס ראוי בין התועלת הציבורית המושגת לבין עצמת הפגיעה בפרט. עילות אלו, שעניינן בביקורת אובייקטיבית על שיקול הדעת התביעתי, עשויות לאפשר לנאשם להראות כי נפל פגם בשיקול דעתה של התביעה, גם כאשר לא עלה בידיו להצביע על מניע פסול של ממש (השוו: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 48 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר); וראו: יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 296-297 (1993); מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 373 (2008) (להלן: טמיר)).

34. כפי שכבר ציינתי, הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל היא תנאי בלעדיו אין לשלטון החוק. בחינת שיקול דעת הרשות המינהלית – גם בעילות הסבירות והמידתיות – היא חלק בלתי נפרד מביקורת זו. בהקשר אחר, ציינה בעבר השופטת א' פרוקצ'יה:

"על פי תפיסת המשפט המינהלי בדורות האחרונים משמשת עילת הסבירות מכשיר מרכזי וחיוני של הביקורת השיפוטית על המינהל, והיא ניצבת במוקד ההגנה על הפרט והציבור מפני שרירות השלטון. [...] בלא הבטחה כי החלטת המינהל תהא סבירה ורציונלית, צפויים הפרט והציבור להיפגע פגיעה קשה. אין די בקבלת החלטה מינהלית בסמכות ובתום לב. על החלטה להיות

רציונלית ונבונה במסגרת מיתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 487-486 (2007); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 10673/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.3.2008)).

דברים אלה יפים בעיני גם ביחס לעילת המידתיות, שהיא, כפי שכבר ציינתי לעיל, שכלול של עילת הסבירות שמאפשר בחינה אנליטית ומופשטת פחות של שיקול הדעת המינהלי (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 777, 728 (1999); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 3063/99 רביניקוב נ' שר הפנים (22.8.2000)); עניין בן-עטייה, בעמ' 14; זמיר, כרך ה, בעמ' 3921; ברק-ארוז, כרך ב, בעמ' 774-775).

35. איני סבור כי ניתן להצדיק מצב שבו החלטה פלונית אינה סבירה או אינה מידתית ואך מחמת היותה החלטה של רשויות התביעה היא תזכה לחסינות מפני טענות אלה. חסינות שכזו תפגע בשלטון החוק (ראו והשוו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638-640 (1989) (להלן: עניין שניצר)). עמדה אחרת – שלפיה אין מקום לבחון את סבירותה ומידתיותה של החלטה להעמיד אדם לדין – מעלה על פניה מספר קשיים שלא נשענים בעיני על הצדקות מהותיות.

36. קושי ראשון הוא פנימי למשפט המינהלי, ביצירת שונות בין סוגים שונים של החלטות מינהליות – כך שסמכויות מסוימות לא תהיינה חשופות לביקורת בעילות כאלו ואחרות. עמדה זו, יוצרת מעין "איים" של סמכות אשר חסינים מביקורת שיפוטית על סבירות ומידתיות שיקול הדעת. כבר נכתב כי "מגמתו של בית משפט זה, בכל הנוגע לתורת שיקול הדעת המינהלי, הינה לקיים אחידות בעילות הפוסלות שיקול דעת מינהלי. איננו מכירים בנושאי משרה 'מיוחסים'" (עניין גנור, בעמ' 527-528; כן ראו עניין שניצר, בעמ' 639-640). ראוי שהיקף הביקורת השיפוטית "יהא אחיד לכל הרשויות השלטוניות. בהעדר הוראה מפורשת בחוק אין זה רצוי, כי רשויות שלטוניות מסוימות תיהנינה מחסינות מפני ביקורת שלטונית" (עניין שניצר, בעמ' 640). ואדגיש כי מובן שהיקף ההתערבות – להבדיל מעצם הסמכות לערוך ביקורת – עשוי להשתנות בהתאם לטיבה של הסמכות המופעלת (עניין פלונית, בעמ' 747).

37. קושי שני, אף הוא פנימי למשפט המינהלי, עניינו בכך שאת החלטת התביעה ואת שיקול הדעת שהפעילה ניתן יהיה לבחון בכלים מסוימים של המשפט המינהלי אך לא בכלים אחרים. כך לדוגמה, אין כל מחלוקת שניתן – בגדר ההליך הפלילי – לטעון כי החלטת התביעה אינה שוויונית (בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שארחיב בעניינה

בהמשך). כן אפשר לבחון את תום לבה של הרשות בקבלת ההחלטה להגיש כתב אישום. לא מצאתי הצדקה ממשית להבחנה בין עילות הביקורת השונות על שיקול דעתה של התביעה.

38. קושי נוסף מתעורר בגדרי הדין הפלילי: כידוע, החלטה שלא להגיש כתב אישום עומדת לביקורת שיפוטית גם בעילות של סבירות ומידתיות (ראו, למשל מהעת האחרונה בג"ץ 3194/21 פלונית נ' פרקליטות המדינה (פלילי), פסקה 9 (23.8.2021); כן ראו: בג"ץ חמדאן, פסקה 18 לפסק דינו של השופט נ' סולברג, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ג' קרא; עניין גנור, בעמ' 528). שיקול הדעת התביעתי בשאלת הגשת כתב האישום הוא אחד, ולא מצאתי שיש טעם של ממש להבחין בין החלטת התובע שלא להגיש כתב אישום לבין החלטת התובע להגיש כתב אישום. זו גם זו החלטות מינהליות, שמתקבלות לאחר שקילת אותם השיקולים – ומוקשית בעיני ההבחנה ביניהן. אכן, לאחר ההחלטה על הגשת כתב אישום נפתח הליך משפטי שנועד לביורור אשמתו של הנאשם (וראו את עמדתו של השופט נ' סולברג בפסקה 19 בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). עם זאת, ההצעה להגביל את הביקורת השיפוטית נוכח קיומו של הליך זה אינה נותנת משקל מתאים להשלכות הכבדות של עצם העמדתו של אדם לדין (אף אם בסופו של הליך יצא זכאי; ראו והשוו: עניין אולמרט, בעמ' 807).

39. נימוקים אלה כולם מלמדים בעיני על החשיבות העקרונית שבהעמדת ההחלטה להגיש כתב אישום לביקורת שיפוטית גם בעילות הסבירות והמידתיות. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הוצגו קשיים אחרים שנעוצים בשימוש בעילות הסבירות והמידתיות במסגרת הדין הפלילי. בכלל זאת, נמנו: שאלת ההתאמה של הדין הפלילי לדיון בטענות מינהליות; עקרון הפרדת הרשויות והחשש מהפיכת בית המשפט ל"תובע על"; והחשש מסרבולו של ההליך הפלילי. כפי שיפורט בהמשך פסק דיני, המענה למרבית קשיים אלה אינו מצוי לשיטתי בשאלת סמכותו של בית המשפט הפלילי לבקר את שיקול דעת התביעה אלא בשאלת אופן הפעלתה של סמכות זו. הדגש הוא אפוא לא "על שבירתו של כלי הביקורת עצמו, או על הצרת תחום התפרשותו [...] אלא – ע' פ' על דרכי היישום וההפעלה הראויים של העקרונות המושרשים מזה דורות במשפט המינהלי" (ההדגשה במקור – ע' פ'; עניין אמונה, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; כן ראו: פסקה 19.א לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). מאחר שאני סבור שעיקר המענה לחששות שהעלו חבריי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נעוץ בשאלות מהסדר השני – בדבר האופן שבו תופעל הביקורת השיפוטית – אתייחס בשלב זה אך בתמצית לעיקר החששות שמועלים.

40. הקושי הראשון שאליו אתייחס בחלק זה הוא הטענה כי ביקורת שיפוטית שכזו פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות ועשויה להפוך את בית המשפט ל"תובע על" (פסקה 37 לפסק דינו של השופט נ' סולברג). חשוב להדגיש כי הנחת המסגרת העיונית לביקורת שיפוטית על רשויות התביעה אינה מוליכה לכך שבית המשפט יראה להתערב באופן תדיר בהחלטת רשויות אלה. יש לחזור על מושכלות ראשונים בהקשרה של ביקורת זו: הביקורת מופעלת על חוקיות ההחלטה ולא על תבונתה, "היא בעלת אופי משפטי. בית המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על" (עניין פנחסי, בעמ' 699; ראו בהרחבה אצל ברק-ארז, כרך ב, מעמ' 619). בית המשפט לא קובע מה היה עושה במקום הרשות המוסמכת אילו שיקול הדעת היה מופקד בידו ולא ממיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו (ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1218 (1962)). על עמדה זו חזר בית משפט זה בשורה ארוכה של הקשרים ובכלל זאת: נקבע כי הביקורת השיפוטית על שיקול דעתן של רשויות התכנון לא הופכת את בית המשפט ל"מתכנן על" (ראו למשל עע"ם 2605/18 עיריית חיפה נ' אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה, פסקה 38 (28.7.2019); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, פ"ד נ(3) 441, 469 (1996)); וכי בהפעילו ביקורת שיפוטית על ועדת מכרזים לא יושב בית המשפט כ"ועדת מכרזים עליונה" (עע"ם 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 26 (28.2.2011); עע"ם 6242/09 חג'אזי חברה לסייעוד בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 9 (10.11.2009)). כך ככלל – וכך גם בכל הנוגע להתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלת הגשת כתב אישום. בעניין נוף, ציין השופט (כתוארו אז) א' ברק:

"בית המשפט לא יעשה עצמו ליועץ משפטי על. השאלה אותה יש להציב אינה איפוא אם בית המשפט היה נוהג כפי שנהג היועץ המשפטי לממשלה, אילו ההחלטה הייתה בידו של בית המשפט. בית המשפט אינו יושב במקומו של היועץ המשפטי לממשלה ואין הוא מחליף את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו. בית המשפט ישאל את עצמו, אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא החלטה, אשר יועץ משפטי לממשלה סביר יכול היה לקבלה בנסיבות העניין. גישה זו אין בה התערבות בלתי ראויה בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, 334 (1983) (להלן: עניין נוף); כן ראו: בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (30.12.2012) (להלן: בג"ץ 3405/12); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1, 10 (1996)).

41. נראה אפוא שהחשש כי בהפעילו ביקורת על שיקול דעת הרשות הופך בית המשפט ל"רשות על" אינו ייחודי לביקורת על שיקול דעת התביעה. החשש הזה לא

מוביל – בהקשרים אחרים – להענקת חסינות לשיקול דעתה של הרשות. ממילא, יש קושי בעמדה שלפיה החשש מהפיכת בית המשפט ל"תובע על", מצדיקה מניעת ביקורת על שיקול דעת התביעה. ויודגש, אין באמור לעיל כדי למעט מהטענה שמזהירה מהתערבות יתרה של בית המשפט בשיקול דעת התביעה – אך המענה לטענה זה נעוץ כאמור בהיקף ההתערבות בשיקול דעת התביעה (על כך אעמוד בהמשך פסק הדין).

42. בעקרון יסודי זה, בדבר אופן הפעלת הביקורת על שיקול הדעת המינהלי, ניתן גם מענה לחשש שביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה פוגעת בהפרדת הרשויות. זאת, מאחר שהביקורת השיפוטית לא הופכת את בית המשפט לתובע, ולא מסיגה את גבולות התביעה, אלא נועדה לאשר את חוקיות התנהלות התביעה (ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 620; טמיר, בעמ' 211-218). הביקורת השיפוטית, כשמה כן היא, נועדה לבקר את הפעלת שיקול הדעת באמצעות העברתו במסגרת הביקורת השיפוטית. משכך, איני סבור כי עקרון הפרדת הרשויות מתבטא בסגירת הדרך בפני ביקורת שיפוטית (בג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, לט(3) 122, 128 (1985)). המחשה נוספת לכך שביקורת שיפוטית על סבירות ומידתיות החלטת התביעה אינה פורצת את עקרון הפרדת הרשויות או הופכת את בית המשפט ל"תובע על" היא מספר הפעמים הבודדות שבהן התערב בית המשפט בהחלטות מעין אלו (להרחבה בעניין זה ראו בהמשך פסק דיני).

43. חשש אחר שהובא בפסק הדין נושא הדיון הוא החשש מ"היפוך התפקידים" (ראו פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 52 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; כן ראו ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 102 (17.3.2021) (להלן: עניין נחמני); עע"ם 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים, פסקה 19 (6.7.2020) (להלן: עניין קשקוש)). חשש זה נעוץ בהסטת מוקד הדיון מבירור אשמתו של הנאשם לבירור "אשמתה" של המדינה, והפיכת הנאשם ל"מאשים", הסטה אשר כנטען חוטאת למהותו של ההליך הפלילי. אין בידי להסכים לכך שהעלאת טענות בדבר סבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום "הופכת את היוצרות" בהליך הפלילי. ראשית יש להזכיר כי כפי שבהליכים שנדונים בבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, אין המדינה מתגוננת כ"נאשמת", אין מקום לראות את טענות הנאשם המכוונות לשיקול דעתה ככאלו שהופכות אותה לכזו. טענות המכוונות לשיקול דעת התביעה מפיו של נאשם מציבות סימן שאלה על חוקיות העמדתו לדין. ברי כי אין בחשש זה מ"הסטת זרקור" כדי לשלול את הצורך בהבטחת חוקיות ההעמדה לדין. אשר לחשש כי הקניית האפשרות לטעון טענות אלו תוליך להעלאת טענות "מן הגורן ומן היקב" (פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 55 לפסק דינו של השופט נ' סולברג), הרי שבמקרים שבהם יעשה שימוש בטענות

אלו בצורה "אגבית", ורק על מנת להסיט את הדיון מאשמת הנאשם, חזקה על בית המשפט שידע להחזיר את הדיון למסלולו.

44. לכך יש להוסיף, כי על פי רוב טענות מעין אלו יובאו לצד טענות אחרות, אשר ממילא יש בהן כדי "להסיט את מבטו" של בית המשפט אל עבר התנהלות התביעה – טענות אשר אין חולק כי רשאי הנאשם להעלותן במסגרת ההליך הפלילי (דוגמת טענות בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שכיום מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי), ובהן עילת הסבירות (כפי שנראה להלן).

ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה – הדין המצוי

45. מצאתי אפוא כי כעניין של דין רצוי, אין מקום להחריג את עילות הסבירות והמידתיות מגדרה של הביקורת השיפוטית על שיקול דעת רשויות התביעה. כעת אפנה להראות כי הלכה למעשה זאת תמונת המצב במשפט הישראלי הפוזיטיבי (ראו גם בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 2 לפסק דינו של השופט י' אלרון).

46. את הדיון בפסיקת בית משפט זה נפתח בפסק הדין שמצוי במוקד טענות הצדדים – הוא פסק הדין בעניין ניר עם כהן. באותו עניין ביקשו העותרים כי יימחק כתב האישום שהוגש נגדם בבית הדין האזורי לעבודה, ואשר ייחס להם, בין היתר, העסקת עובדים זרים שלא כדין. טענות העותרים כווננו גם לשיקול הדעת המינהלי שעמד בבסיס ההחלטה להגיש נגדם כתב אישום (ובבסיס הבחירה באפיק זה חלף, לדוגמה, הטלת קנס כספי). בית משפט זה דחה את העתירה על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי, בקביעה כי מקומן של טענות אלו להתברר בהליך הפלילי בעניינם של העותרים. וכך נפסק מפי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס:

"הסוגיה העיקרית אשר מתעוררת במקרה דנא הינה סוגיה מקדמית הנוגעת לשאלה איזו היא הערכאה המוסמכת לבחון את חוקיות ההליך שקדם להגשת כתב אישום. [...] לא מן הנמנע כי במסגרת הליך פלילי תידרש אף הערכאה הפלילית לבקר את חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה בעת העמדה לדין פלילי. זאת, בפרט כאשר הנאשם עותר לביטולו של כתב האישום, בין אם בשל היעדר סמכות להגיש את כתב האישום, בין אם מחמת פגם שנפל בהליך החקירה או הגשת כתב האישום, בין אם בשל פסול בשיקול הדעת ובין אם משום שעומדת לו 'הגנה מן הצדק' [...] איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנזכרים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם

מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית. [...] בית הדין, בדונו בהליך הפלילי, וככל בית משפט פלילי, רשאי ומוסמן לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום. כוללים אנו במסגרת זו הן את שלב החקירה והן את ההתנהלות של התביעה עד להגשתו של כתב האישום" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; שם, פסקה 4).

47. בהתאם לפסק הדין בעניין ניר עם כהן, נדחו על הסף ברבות השנים עתירות רבות שבהן הועלו טענות שכוונו להחלטה להגיש כתב אישום ולשיקול הדעת שבבסיסה. בכלל זאת, הופנו העותרים לערכאה הפלילית הן לטענות בדבר סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום, הן לטענות בדבר קיומו של אמצעי מידתי יותר, חלף הגשת כתב אישום (ראו, מני רבים: בג"ץ 5067/16 ברגותי נ' התובע הצבאי, פסקה 7 (15.9.2016); עניין קניאט, פסקה 7; בג"ץ 2766/13 גוריון נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (23.4.2013); בג"ץ 7731/12 י.ב. ורד הכרמל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (14.1.2013); בג"ץ 5495/12 מעדי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 (17.7.2012); בג"ץ 2839/10 דוד נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 9 (29.4.2010); בג"ץ 7177/06 אמיקופ בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (20.9.2006); בג"ץ 2419/06 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (25.6.2006)). ודוקו: ברבים מהמקרים הייתה זו המדינה שטענה בתגובתיה לעתירות כי מקומן של הטענות שמעלים העותרים להתברר בבית המשפט הפלילי.

48. לכך יש להוסיף כי גם בהליכים פליליים חזר בית משפט זה על ההלכה שנקבעה בעניין ניר עם כהן, ודן – בשכתו כבית משפט לערעורים פליליים – בטענות שמופנות לשיקול דעת התביעה. כך לדוגמה, בע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (4.8.2008), צוין במפורש כי "החלטתה של הפרקליטות, כרשות מינהלית, להעמיד אדם לדין אינה יכולה להיעשות בשרירות הלב, ועליה לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד" (שם, פסקה 36; עניין זקין, בעמ' 305; עניין גנור, בעמ' 508). אציין כי במרבית מקרים אלה הטענה שכוונה לשיקול דעת רשויות התביעה נגעה לאכיפה לא שוויונית.

49. משאלה הם פני הדברים, אני מוצא שקיים קושי רב בהפניית עותרים לטעון טענותיהם בערכאה הפלילית מצד אחד, ומצד שני להגביל את סמכויות אותה ערכאה (ראו והשוו: יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 42-43 (1975)). בהקשר דומה ציינה השופטת ד' ברק-ארז כי: "מדיניותו העדכנית של בית משפט זה היא שטענות של נאשמים כנגד החלטותיהן של רשויות התביעה יועלו וייבחנו בגדרו של ההליך הפלילי [...] בהתאם לכך, משהוחלט כי הפורום המתאים לדון בטענותיו של נאשם כנגד שיקול הדעת

של התביעה בהגשת כתב אישום הוא ההליך הפלילי – יש לוודא כי ערוץ זה יהיה פתוח לכל הטענות שניתן היה להעלות בעבר בעניין זה בהליכי ביקורת שיפוטית בבג"ץ" (עניין גוטסדינר, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; ברק-ארז, כרך ד, בעמ' 377). אף עמדת המדינה בהליך דנן היא במפורש כי "יש לוודא כי לכל טענה מנהלית-חוקתית יימצא פורום שידון בה, ואף יוכל לתת סעד בעניינה במקרה המתאים" (סעיף 93 לתגובה לבקשה לדיון נוסף).

50. על אף מרכזיותו של פסק הדין בעניין ניר עם כהן, הרי שפסיקת בית משפט זה שקדמה לו קבעה אף היא בפירוש כי ניתן לבקר את סבירות החלטת התביעה בשאלת ההעמדה לדין. כך, בעניין נוף שאוזכר לעיל, דן בית משפט זה בעתירה שכוונה לשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה בסירובו לנקוט הליכים פליליים נגד המשיב 3 שם. מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר קבע שם כי "חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין יכול להוות עילה להתערבותו של בית משפט זה, גם אם אין מתלווים לכך סימנים של העדר תום לב דווקא" (שם, בעמ' 332; ראו גם את עמדת השופט (כתוארו אז) א' ברק באותו עניין, בעמ' 334; כן ראו בג"ץ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 406,411 (1989); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 729 (1989)). בעניין גנור, שעסק בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין פלילי בכירים במערכת הבנקאות בפרשת ויסות המניות, קבע השופט (כתוארו אז) א' ברק כי התובע, בהפעילו את שיקול הדעת שמשורר לו בשאלת הגשת כתב אישום, כפוף לכללים הרגילים של תורת שיקול הדעת המינהלי, ועליו "לפעול בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות" (שם, בעמ' 511). על עמדה זו חזר בית משפט זה לא אחת (בג"ץ 6064/17 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (2.7.2018); בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 22 (12.12.2017); בג"ץ 10682/06 אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 5 (18.6.2007)). אדגיש כי הגם שפרשות אלו עסקו בסבירות ההחלטה להימנע מהגשת כתב אישום, הרי ששיקול הדעת שמופעל בבסיס שתי ההחלטות הוא זהה, ובהתאם כבר נקבע כי גם ההחלטה להגיש כתב אישום תימדד במבחן הסבירות (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 808 (2005) (להלן: עניין בורוביץ); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 5189/05 איילון – חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (20.4.2006) (להלן: דנ"פ איילון); בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1, 10-11 (1991); בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 93-94 (1997)).

51. האפשרות לבחון את סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום באה לידי ביטוי גם בפסיקה שעניינה דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בהמשך הדברים אקיים דיון רחב

בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, כמו גם בזיקה בינה לבין טענות בדבר סבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום. לענייננו, אביא אך מקצת מן הפסיקה והתייחסותה לעילת הסבירות. כך לדוגמה, נקבע כי תרופתו הרגילה של מי שטוען כי ההחלטה על העמדתו לדין אינה סבירה היא בטענת "הגנה מן הצדק" שתתברר בהליך הפלילי בענייניו (5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 209 (2004) (להלן: עניין האי היווני)); כן ראו את דברי השופטת א' פרוקצ'יה, שיובאו גם להלן, בעל"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55, 77 ו-82 (2004) (להלן: עניין חרמון)). בהמשך, גם בפסק הדין החשוב בעניין בורוביץ (שאף בענייניו ארחיב בהמשך), נקבע כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממיתחם הסבירות". מאז, נקבע לא אחת כי יש מקום לבחון גם את סבירות ההחלטה להעמיד לדין, בין באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בין אם אחרת (רע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 63 (31.10.2018)); עניין גוטסדינר, פסקה 58 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארד).

52. רואים אנו אפוא שנקבע לא אחת כי בתי המשפט מוסמכים לדון בסבירות ובמידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום. לא פחות חשוב מכך, כפי שאראה להלן, במסגרת הדין הקיים, עומדים בתי המשפט ממילא על סוגיות קרובות, שבגדרן נבחן שיקול דעתן של רשויות התביעה. כפי שאראה, הערכאה הדיונית הפלילית היא זו שעומדת לרוב על סוגיות אלו, ומכאן שקיים קושי בקביעה כי בחינה זו היא נטע זר בדין הפלילי.

53. דוגמה מובהקת לבחינה מעין זו ניתן למצוא בטענת אכיפה לא שוויונית. בעניין פרץ, ציינתי בהקשר זה כי "יסודה של טענת אכיפה בררנית בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת התביעתי – שהוא שיקול דעת מיונהלי – באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים" (ההדגשה במקור – ע' פ' ; שם, פסקה 29 לפסק דיני). אין לשיטתי מקום להרחיב במסגרת התיק דנן בשאלה אימתי ייקבע כי התביעה פעלה באופן לא שוויוני, ולענייניו החשיבות נעוצה בכך שלצורך כך על בית המשפט לעמוד על השיקולים שבחנה הרשות בקבלת ההחלטה להגיש כתב אישום בענייניו של פלוני ולהימנע מכך בענייניו של אלמוני (עניין פרץ, פסקה 29 לפסק דיני ; עניין בורוביץ, בעמ' 814 ; עניין זקין, בעמ' 307-304 ; נקדימון, מעמ' 401). סוגיה משיקה לסוגיית האכיפה הלא שוויונית נוגעת לסטייה של הרשות המינהלית מנהליה. כך, כאשר תיבחן הטענה כי הרשות חרגה ממדיניותה או מנהליה במסגרת ההחלטה על הגשת כתב אישום, יעמוד בית המשפט על הטעמים לסטייה זו, ועל השאלה אם קיימות נסיבות המצדיקות סטייה כאמור (ע"פ 3507/19

בורקאן נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (3.12.2020); ע"פ 106/17 מסיקה נ' מדינת ישראל, פסקאות 49-51 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (30.1.2018); 6800/13 קסטיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (26.11.2013); עניין פרץ, פסקה 34 לפסק דיני).

54. דוגמה נוספת עניינה בביקורת שיפוטית על חקיקת משנה. אין מחלוקת כי במקרים המתאימים יכולה הערכאה הפלילית לדון בשאלת חוקיות חקיקת משנה והנחיות פנימיות (בתקיפה עקיפה). כאמור, בעניין מוחתסב שאזכרתי לעיל, דן בית משפט זה (בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים) גם בשיקול דעת פרקליט המדינה בקביעת אחת ההוראות בהנחייתו (ראו שם, פסקה 3.3 ב. לפסק דינו של השופט י' עמית). בית המשפט עמד שם, בין היתר, על סבירותה של ההוראה, וקבע כי היא אינה חורגת ממתחם הסבירות. בדומה, בעניין מושיא, בו כאמור עמדה שאלת חוקיות התקנות שאוסרת על פשיטת-יד במקומות הקדושים, בחנה השופטת ד' ברק-ארז, בין היתר, את מידתיות התקנות ומצאה כי אלו עומדות בדרישות הדין (ראו שם, פסקה 93 לפסק דינה). כך, גם כאשר טענות מעין אלו הופנו לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ, שבנו על העמדה כי דרך המלך להעלאת טענות מסוג זה היא בערכאה הפלילית (עניין קניאס, פסקה 7). מאחר שממילא יכולה הערכאה הדיונית לתהות על שיקול הדעת שעמד בבסיס התקנת תקנות או קביעת הנחיות פרקליט המדינה, הרי שמקל וחומר שביכולתה לעמוד על שיקול דעת רשויות התביעה בהחלטה אם להגיש כתב אישום.

55. דוגמה נוספת מצויה בבחינת השאלה אימתי השתהות בהגשת כתב אישום היא פגומה. באחת הפרשות, קבעה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור כי "ראוי להחליט מהו הזמן הסביר להגשת כתב אישום לפי כל מקרה ונסיבותיו. כאשר על החלטה זו של התביעה תהא ביקורת שיפוטית שתבחן אותה מבעד לפריזמת הסבירות" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; רע"פ 7847/03 נחמן נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (7.10.2003)). טענות שנוגעות לשיהוי בהגשת כתב האישום מצאו מקומן לימים במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ראו: רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 102-109 (30.10.2018) (להלן: עניין ורדי); עניין חרמון, בעמ' 75-76 ראו באופן כללי אצל נקדימון, מעמ' 369) ונראה כי באופן כללי, טענות במסגרת דוקטרינה זו עשויות להצריך בחינה של שיקול הדעת שהפעילה התביעה. משכך לא יפלא כי אף לעמדת המדינה בהליך שלפנינו "טענת ההגנה מן הצדק – ע' פ' אף מקיפה יותר מאשר הטענה לאי-סבירות קיצונית, שכן היא עשוי לכלול בתוכה, בנסיבות מסוימות, גם טענות לאי-סבירות שאינה קיצונית" (סעיף 16(ב) להשלמת הטיעון מטעם המשיבה).

56. סיכום ביניים: עד כה מצאתי כי הביקורת השיפוטית על שיקול דעתן של רשויות התביעה בהחלטה על הגשת כתב אישום היא עניין של דין רצוי, כמו גם של דין מצוי. אין מקום לקבוע כי בניגוד להחלטות מינהליות אחרות, יהא שיקול דעתה של התביעה חסין מביקורת שיפוטית בעילות של סבירות ומידתיות. מסקנה זו מתחייבת גם מעקרון שלטון החוק ומעקרון השוויון לפני החוק. קביעה זו אף אינה חדשנית או תקדימית, היא חוזרת על שנקבע לא אחת בפסיקת בית משפט זה ומצטרפת לביקורת שעורכת הערכאה הדיונית בשאלות מעין אלו הלכה למעשה.

העלאת טענות נגד שיקול דעת התביעה – כיצד?

57. מסקנתי כי יש מקום לקיים ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה, לרבות בעילות סבירות ומידתיות, מעוררת שורה של שאלות נגזרות: ראשית, מהי הערכאה המתאימה לביורן של טענות מסוג זה; שנית, מהי "האכסניה הדוקטרינרית" לבחינתן של טענות מסוג זה; שלישית, מהו היקף ההתערבות בשיקול דעת התביעה מקום שבו מועלית טענה המכוונת לשיקול דעת זה; ורביעית, מהם הסעדים שיש ליתן מקום שבו הוחלט שהחלטת התביעה אינה סבירה או אינה מידתית. אעיר כי חרף הניסיון לחלק את הדיון לשאלות מובחנות, מובן כי יש ביניהן זיקות הדדיות ניכרות והתשובה לשאלה אחת קשורה פעמים רבות במענה ליתר השאלות. אפנה לדיון בשאלות אלו כעת.

(א) הערכאה המתאימה והשלב בהליך הפלילי

58. מהי הערכאה המתאימה לדיון בטענה המכוונת לסבירות ולמידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום? אפשרות אחת היא כי הסמכות לדון בטענה זו תהא נתונה לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ, מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, שקובע שבית המשפט מוסמך לבחון את תקינות מעשיהם של גופי השלטון. האפשרות השנייה היא כי הסמכות תינתן לערכאה הפלילית המוסמכת שאליה הוגש כתב האישום. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נחלקו הדעות בשאלה זו: השופט נ' סולברג סבר כאמור כי לא ניתן להעלות טענות מעין אלו במסגרת ההליך הפלילי, וכי אף אין להעלותן לפני בית משפט זה בשבתו כבג"ץ (פסקה 67 לפסק דינו); השופט א' שטיין סבר כי הגם שאין להעלות טענות אלו לפני הערכאה הפלילית שערי בג"ץ צריכים להישאר פתוחים למקרים קיצוניים בלבד ובהעדר סעד חלופי אפקטיבי (פסקה 1 לפסק דינו); השופט י' אלרון סבר כי מקומן של טענות אלו הוא בבית המשפט הפלילי (פסקה 8 לפסק דינו). כפי שאפרט, אף לשיטתי מקומן של טענות אלו הוא – ככלל – בערכאה הפלילית שדנה בכתב האישום.

59. השאלה איזו היא הערכאה המתאימה לדון בטענות מסוג זה נדונה במישרין בפסק הדין בעניין ניר עם כהן. באותו עניין נקבע, כפי שכבר ציינתי לעיל, כי דרך המלך להעלות את טענות לפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום היא במסגרת ההליך הפלילי גופו. וכך נימק בית המשפט את הכרעתו:

“ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול כזה לא רק שאינו רצוי משיקולי יעילות ומטעמי חיסכון במשאבים שיפוטיים, אלא שהוא אף עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי [...] שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום” (שם, פסקה 5).

60. שלושה נימוקים הובאו אפוא בפסק הדין: מניעת פיצול הדיון, הצורך בבירור עובדתי, וגיוון הסעדים. נימוקים אלה יפים בעיני – כאז כן היום. אבקש להרחיב במעט בשלושתם. לפני שאעשה כן אדגיש כי זהות הערכאה שתדון בפגמים המינהליים אין בה כדי לשנות את הדין עצמו שיחול על הטענות, ובהקשר האמור אחזור על ששנינו לא אחת: “בתי המשפט הם רבים, המשפט המינהלי הוא אחד” (בג”ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונינים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד לד’ (3) 729, 747 (1980); כן ראו מני רבים: בג”ץ 7086/20 שובל נ’ רשות מקרקעי ישראל, פסקה 6 (24.2.2021); בג”ץ 4837/12 פלוניס נ’ המשרד לביטחון פנים, פסקה 4 (19.11.2013); בר”ם 8689/16 עיריית רמת השרון נ’ הכפר הירוק ע”ש לוי אשכול, פסקה 13 (26.9.2017); בג”ץ 731/86 מיקרו דף נ’ חברת החשמל לישראל בע”מ, פ”ד מא (3) 459, 449 (1987); ברק-ארז, כרך ד, בעמ’ 128).

61. תחילה, בכל הנוגע לצורך למנוע את פיצול הדיון, כפי שהראיתי בדיון עד כה, בית המשפט הפלילי עשוי לעמוד, ממילא, על סוגיות קרובות מאוד לסוגיות של סבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום. מבלי לחזור שלא לצורך, פיצול הדיון בהקשר זה בין בירור טענות דוגמת אכיפה בררנית (שאינן מחלוקת שתישמע בהליך הפלילי) לבין בחינת סבירות ומידתיות ההחלטה היא מלאכותית במידה רבה ונעדרת הצדקה ממשית (עניין קניאט, פסקה 7). זאת ועוד, הפרדה שמשמעותה התדיינות מקבילה בעניינו של הנאשם – האחת בבג”ץ והשנייה בערכאה הפלילית – אינה רצויה. פיצול שכזה עשוי

לעכב עד מאוד את הליך בירור האשמה הפלילית; להכביד על הצדדים; ולהכביד על מערכת המשפט (ראו והשוו: עע"ם 3518/02 רג'בי נ' יושב-ראש הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(1) 196, 212 (2002)).

62. שנית, הטענה בדבר סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום או מידתיותה עשויה לחייב עריכת בירור עובדתי (סגל וזמיר, בעמ' 57). הגם שהיבט זה כשלעצמו לא מכריע את הכף, לא למותר לציין כי ביכולתה של הערכאה הפלילית לערוך בירור עובדתי מעין זה (ואפשר שבירור זה יכלול, למשל, הבאת ראיות בעל פה ובכתב וחקירות) וזאת בשונה מהאפשרות המוגבלת לערוך בירור כאמור במסגרת עתירה לבג"ץ (ראו והשוו: בג"ץ 2303/15 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 20 (23.2.2017); בג"ץ 376/17 חנקשייב נ' פרקליט המדינה, פסקה 8 (7.4.2015); עניין קוגן, בעמ' 89; ברק-ארז, כרך ד, בעמ' 430; עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובבית-המשפט לעניינים מנהליים" עיוני משפט לה 151 (2012)).

63. אשר לסוגיית הסעדים, הרי שבידי הערכאה הפלילית כלים נוספים, לצד ביטול כתב האישום (או ביטול אישומים שנכללו בו), שמאפשרים התמודדות ממוקדת עם פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום. בין הכלים האמורים ניתן למנות בראש ובראשונה את האפשרות ליתן משקל לפגמים שנפלו בשיקול הדעת במסגרת גזר הדין (ראו והשוו בכל הנוגע לאפשרות השימוש בהגנה מן הצדק בשלב גזר הדין: רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (20.12.2018) (להלן: עניין קסאי); עניין גוטסדינר, פסקאות 44, 49 ו-50 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, פסקה 58 לפסק דינו של השופט י' עמית ופסקה 70 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; כן ראו את סמכותה של הערכאה הפלילית להתחשב במסגרת גזירת העונש המתאים לנאשם גם ב"התנהגות רשויות אכיפת החוק", בסעיף 40יא(9) לחוק העונשין). בהמשך, אדון גם לגופה בשאלת הסעדים שבידי הערכאה הפלילית ליתן מקום שבו מתקבלת טענה מסוג זה.

64. טעמים אלה כולם מפנים לשיטתי את הטוען לפגם בשיקול הדעת שהולך להגשת כתב האישום אל הערכאה הפלילית. לטעמים אלה יש להוסיף את המגמה הכללית להעברתם ההדרגתית של עניינים בעלי אופי מינהלי מבית משפט זה בשבתו כבג"ץ לערכאות המוסמכות (ראו והשוו, למשל: בג"ץ 280/21 האחים מאיה תמ"א 38 בע"מ נ' מועצת העיר פתח תקווה, פסקאות 7-9 (25.2.2021); נקדימון, בעמ' 174-175; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 113-116 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)). לצד זאת אעיר כי לא ניתן לשלול מראש קיומם של מקרים חריגים שבהם ניתן

יהיה להעלות טענות שמופנות לשיקול דעת התביעה בהגשת כתב אישום גם לפני בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. איני סבור כי יהא זה נכון לתחם מראש את אפיונו של מקרה חריג כאמור. ויש להדגיש את הכלל כי כאשר הטענה מופנית לכתב אישום שהוגש נגד פלוני, ומכוונת לסעד עבורו – יש לו לאחרון סעד חלופי ברור ומובהק, ולא יהא מקום לפתוח בפניו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק.

65. במסגרת דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, כמו גם בטענות המדינה שמתייחסות ל"דוקטרינת הביקורת המינהלית", הובאו מספר טעמים נוספים, מנקודת מבט מעשית, אשר עשויים להחליש את ההצדקה לבחינת טענות בדבר סבירות ומידתיות בגדרי ההליך הפלילי. אתייחס לטענות אלו כעת.

66. תחילה, נטען כי מתן האפשרות להעלות טענות המכוונות לשיקול דעת התביעה יכביד על הערכאה הפלילית ועל ההליך הפלילי המסורבל ממילא. לטענת המדינה, הוספת ביקורת שיפוטית בשאלות סבירות ומידתיות שיקול הדעת תהפוך את ההליך הפלילי ל"מסורבל כפליים" (סעיף 59(ד) לתגובת המדינה לבקשה לדיון נוסף). גם אם ניתן להבין את טענת המדינה (וראו דברי השופט י' עמית בעניין נחמני, פסקה 102; ובעניין קשקוש, פסקה 20), אין בידי לקבלה. כפי שציינתי לעיל, האפשרות הנתונה לערכאה הדיונית לדון בסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום אינה חדשה, ומשכך קשה לקבל את הטענה כי שמירת המצב שהיה קיים עובר למתן פסק הדין נושא הדיון הנוסף תכביד על ההליך הפלילי. לכך יש להוסיף כי הדיונים שנערכים כבר היום בעילות אחרות שקיימות במשפט הפלילי (ובכלל זאת בטענת ההגנה מן הצדק) קרובים במהותם לדיון באי סבירות ולחוסר מידתיות ההחלטה על הגשת כתב אישום (ראו פסקאות 53-55 לעיל; ראו גם את עמדת המדינה בסעיפים 51-52 לתגובת המשיבה לבקשה לדיון נוסף).

67. מאחר שהאפשרות לטעון טענות אלו אינה חדשה, הרי שיש בכך גם כדי להשיב לחשש שמובע לא אחת מפני "הצפת" בתי המשפט הפליליים בטענות מינהליות שמכוונות להחלטה להגיש כתב אישום. אזכיר, מאז פסק הדין בעניין ניד עם כהן, שקבע שניתן להעלות טענות מינהליות בערכאה הפלילית, חלפו למעלה מ-15 שנים. זאת ועוד, אף אם תוצאתה של עמדתי בפסק דין זה היא ריבוי מסוים בהעלאת טענות מסוג זה, הרי שהפסיקה שתפתח בבתי המשפט הפליליים (וליימים בערכאות הערעור, לרבות בית משפט זה) תיצור מסגרת עיונית לניתוח טענות מסוג זה, באופן שיצמצם את החשש מפני טיעוני סרק (סגל וזמיר, בעמ' 75).

68. בדעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נקבע כי טעם נוסף שלא להביא טענות אלו לפני בית המשפט הפלילי נעוץ בכך שהוא אינו חשוף – ככלל – לתשתית העובדתית ולחומרים שעליהם ביססה התביעה את החלטתה להגיש כתב אישום (פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 46 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; כן ראו את האמור בסעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי שקובע שבקשה להורות לתובע להעמיד לידי הנאשם חומר חקירה, תובא, במידת האפשר, בפני שופט שאינו דן באישום). מורכבות נוספת נובעת מכך שפעמים רבות הטענה בדבר פגם בשיקול הדעת התביעתי תובא כטענה מקדמית – או אז ידון בה בית המשפט, ככלל, לאלתר (לרוב, בתחילת המשפט, סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי). בקושי זה אין, לשיטתי, כדי להוליך למסקנה כי אין לדון בטענות מסוג זה או למסקנה כי ההתדיינות בסוגיה זו צריכה להתקיים בבג"ץ (ראו גם פסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 11 לפסק דינו של השופט י' אלרון). ראשית, סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי לצד הכלל שלפיו בית המשפט יכריע בטענה מקדמית לאלתר, קבועה גם סמכותו "להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט". משכך, כאשר ימצא בית המשפט כי הדיון בטענה מעין זו מחייב בירור עובדתי מקיף שעשוי לחשוף אותו בשלב מקדמי לחומרים שאל לו לעיין בהם – רשאי הוא להעביר את ההכרעה בטענה זו לשלב אחר בדיון. המדינה טענה שקיים קושי בכך שטענה זו תתברר בסוף ההליך הפלילי, והגם שאני מסכים שיש לבכר דיון בטענות אלו בתחילת ההליך (בראש ובראשונה במטרה למזער את הפגיעה בנאשם, ככל שבסופו של יום התברר שכתב האישום אינו סביר או אינו מידתי; אך גם מטעמי יעילות וחסכון במשאבים) – אני סבור כי במקרים המתאימים, דיון בשלב מאוחר יותר של ההליך עשוי לצמצם את המורכבות שהובאה לעיל בדבר דיון מוקדם בטענות אלו. (ויוזכר כי סעיף 151 לחוק סדר הדין הפלילי מאפשר לנאשם ממילא להעלות טענות מקדמיות בשלבים אחרים של המשפט).

69. טענה נוספת נגד העברת הביקורת השיפוטית המינהלית לערכאה הפלילית עניינה באופן שבו יפעיל בית המשפט הפלילי ביקורת זו. כך, נטען כי "בית המשפט הפלילי ייטה יותר ויותר להחליף את שיקול דעתן של הרשויות בשיקול דעתו שלו" (סעיף 59(ד) לתגובת המדינה לבקשה לדיון נוסף). כפי שהובהר לעיל, וכפי שאוסיף גם בהמשך, על בית המשפט הפלילי להפעיל את המשפט המינהלי בהתאם לאופן שבו היה מופעל לו היה דן בטענות אלו בית משפט זה. זאת ועוד, העברת הביקורת השיפוטית לערכאה הפלילית דווקא מקטינה את החשש מאופן הפעלתה של ביקורת זו, בכך שתתאפשר עליה ביקורת ערעורית – בהליכי ההשגה המתאימים (השוו: דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 169 (1983)). משכך, איני סבור כי החשש מפני אופן הפעלת הביקורת על שיקול דעת התביעה מצדיק את המסקנה

כי הערכאה המתאימה לדון בטענות אלה היא בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

(ב) האכסניה הדוקטרינרית

70. משמצאתי כי הערכאה המתאימה לשמוע טענות בדבר סבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום היא הערכאה הפלילית, יש לבחון מהי "האכסניה הדוקטרינרית" המתאימה לבירור טענות אלו. עיקר המחלוקת בהקשר זה מתמקדת בשאלה אם טענות אלו יש לבחון במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק או שמא כחלק מ"דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" (ראו את ניתוחי המלומדים השונים בשאלה זו: נקדימון, בעמ' 178-192; גלעדי, בעמ' 545-553; ראו גם את הדיון אצל טמיר, בעמ' 159). בסוגיה זו הובעו דעות שונות גם בפסיקה, שאעמוד עליהן בהרחבה בהמשך. אקדים אחרית לראשית ואציין כי לשיטתי, נוכח קיומה של דוקטרינה מוגדרת ומפותחת שבגדרה יכולה הערכאה הפלילית לבחון את התנהלות רשויות התביעה – היא דוקטרינת ההגנה מן הצדק – ראוי שעילות הסבירות והמידתיות יבואו בגדרה. לשיטתי, אין הכרח ואין יתרון של ממש בפיתוחה של דוקטרינה חדשה לעריכת ביקורת מעין זו. זאת, בין היתר מאחר שכפי שאראה, ממילא קיימת קרבה רבה בין הדיון שהיה עורך בית המשפט בסבירות ובמידתיות כטענות עצמאיות על פי כללי המשפט המינהלי, לבין הדיון במבחנים המשפטיים שנקבעו בדוקטרינת ההגנה מן הצדק. סדר הדברים יהיה אפוא כדלקמן: אתאר בקצרה את דוקטרינת ההגנה מן הצדק ואת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים; אסקור את הגישות השונות שהובעו – בפסיקה ובספרות – ביחס למסגרת הדיונית המתאימה לבירור טענות שמכוונות לשיקול דעת התביעה; ולבסוף אציג את מסקנתי בהקשר זה.

71. לפני הדיון בשאלה לגופה, אבקש להעיר כי אפשרות נוספת לעיגון של טענות מינהליות המכוונות לשיקול הדעת בהחלטה להגיש כתב אישום מצויה בסעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי. סעיף זה קובע כי נאשם רשאי לטעון ל"פגם או פסול בכתב האישום" כטענה מקדמית. עמדה זו אף הובעה בעבר בספרות (סגל וזמיר, בעמ' 43-44, ה"ש 10; גלעדי, בעמ' 554-555; שקד, בעמ' 64-65). לא מצאתי לקבוע מסמרות בשאלה זו. ראשית, השימוש בסעיף 149(3) נעשה באופן מסורתי בהתייחס לפגמים בעלי אופי טכני-פרוצדורלי בכתב האישום (ראו למשל: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (2.3.2006); ר"ע 424/86 עמאר נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (15.7.1986); ראו את הסקירה בהקשר זה אצל יעקב קדמי סדר הדין בפלילים חלק שני א 1278-1293 (2009)). שנית, אין הכרח לקבוע כי טענות אלו נכנסות דווקא לגדרי סעיף 149(3), וזאת מאחר

שממילא סעיף 149 – אשר קובע רשימת טענות מקדמיות שיכול נאשם לטעון – אינו רשימה סגורה (ע"פ 7535/17 דורון נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (25.5.2021); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 4067/21 מדינת ישראל נ' דורון (12.9.2021); קדמי, בעמ' 1233; ראו גם את עמדת המדינה בהליך דנן, למשל בפרוטוקול הדיון לפנינו, בעמ' 20, ש' 10-12).

(i) הגנה מן הצדק – רקע

72. תחילה, אפנה לתיאור תמציתי של התפתחות דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי (להרחבה ודיון נרחב בדוקטרינה זו, ראו נקדימון, מעמ' 48). דיון מעמיק ראשון בפסיקתנו בהגנה מן הצדק נעשה בעניין יפת (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: עניין יפת)). הנאשמים באותו עניין הועמדו לדין בגין מעורבותם בפרשת ויסות המניות, והעלו טענות מקדמיות שהקימו לשיטתם הגנה מן הצדק, ובכלל זאת טענו כי רשויות השלטון היו מעורבות בתהליך הוויסות. בפסק הדין דחה בית המשפט את טענותיהם אלו. עם זאת, נקבע כי בית המשפט רשאי, מכוח סמכותו הטבועה, לבטל כתב אישום שעומד בסתירה לעקרונות הצדק וההגינות המשפטית. בהתאם, המבחן המשפטי שאומץ שם לבחינת טענת הגנה מן הצדק, היה מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות". נקבע כי על מנת שטענתו להגנה מן הצדק תתקבל, על הנאשם להצביע על "התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, [...] המדובר במקרים שבהם 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, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם" (שם, בעמ' 370).

73. הרחבה משמעותית לדוקטרינת ההגנה מן הצדק נעשתה בעניין בורוביץ, שבמסגרתו הוחלף המבחן הצר שנקבע בעניין יפת במבחן גמיש יותר, מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות". נקודת המבט המשפטית הופנתה מהתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות לעבר הצורך להבטיח הליך פלילי ראוי, צודק והוגן (עניין גוטסדינר, פסקה 44 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל; רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (9.1.2014)). נקבע שם כי "אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן

להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות" (עניין בורוביץ, בעמ' 807).

74. באותו עניין נקבע גם מבחן תלת שלבי לבחינת טענת הגנה מן הצדק (שם, בעמ' 807-808): בשלב הראשון, יזהה בית המשפט את הפגם או הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם. בשלב השני, על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בחינה זו תיערך בהתחשב במכלול נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך ותאזן, בין היתר, בין: חומרת העבירה, עוצמת הראיות, נסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם; האשם שרובץ על כתפי הרשות; והשאלה אם פעלה בזדון או בתום לב. בשלב השלישי, יבחן בית המשפט את הסעד הראוי בנסיבות אותו עניין ובכלל זאת אם ניתן לרפא את הפגמים בהליך באמצעי מתון יותר מביטול כתב האישום. דהיינו, נקבע כי בסופו של דבר, הכרעה אם תתקבל טענת הגנה מן הצדק ותוצאותיה משקפות איזון בין מכלול הערכים, העקרונות, והאינטרסים של ההליך הפלילי (שם, בעמ' 807). עוד חידש פסק הדין בתחום הסעדים שניתן לתת מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עד למתן פסק הדין, קבלת טענת הגנה מן הצדק הייתה צפויה להוביל לביטול כתב האישום; עם זאת, במסגרת פסק הדין נקבע כי הדוקטרינה יכולה להצמיח סעדים נוספים – ומתונים יותר – דוגמת הקלה בעונש ופסילת ראייה שהושגה באמצעים פסולים (יוער כי פסק הדין ניתן עובר לפסק הדין בעניין יששכרוב, שבו נקבעה דוקטרינת הפסלות הפסיקתית).

75. התפתחות חשובה נוספת ארעה ביום 15.5.2007, בו קיבלה הכנסת את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 143, 138 (להלן: תיקון 51). במסגרת תיקון 51 נקבע כי נאשם רשאי לטעון כטענה מקדמית כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 149(10)). בכך, עוגנה טענת ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי. שאלת ההשפעה של עיגון הדוקטרינה הפסיקתית בחוק סדר הדין הפלילי היא שאלה נכבדה (ראו את סקירת העמדות השונות אצל נקדימון, בעמ' 99-102). לענייננו, יש חשיבות בעיקר לכך שעיוגונה של הדוקטרינה בחקיקה לא הובילה לשינוי במבחן התלת שלבי (ע"פ 3/10 אוחנה נ' מדינת ישראל פסקה 40 (27.12.2012); ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (4.7.2011) (להלן: עניין ג'אבר); נקדימון, בעמ' 102); ולא צמצמה את קשת הסעדים שאפשר לתת מכוחה (ראו בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 33 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; עניין קסאי, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין גוטסדינר, פסקה 44 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל; דעת המיעוט של השופט

(כתוארו אז) ח' מלצר בע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דינו (1.9.2009); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 8235/09 ולס נ' מדינת ישראל (7.2.2010); נקדימון, בעמ' 133).

(ii) דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – רקע

76. המונח "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" נטבע על ידי המלומד רענן גלעדי לאחר מתן פסק הדין בעניין ניר עם כהן, במספר מאמרים, האחרון שבהם הוא "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", שאוזכר לעיל (מאמר זה מבוסס על שני מאמרים קודמים של גלעדי: רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" הסניגור 190, 4 (2013); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב" הסניגור 202, 4 (2014)). על אף שמונח זה נזכר לא אחת בהליכים פליליים – ובכלל זאת גם בפסקי דין של בית משפט זה (ראו, בין היתר, עניין קשקוש, פסקה 19; עניין ורדי, פסקאות 98-90) – הרי שטרם נערך דיון ממצה ומקיף בשאלת גבולותיה של אותה דוקטרינה. עיון במאמריו של גלעדי שאוזכרו לעיל מגלה כי דוקטרינה זו, מתמצה בעיקרו של דבר באפשרות הנאשם להביא טענות מינהליות וחוקתיות המופנות לשיקול דעת רשויות התביעה במסגרת ההליך הפלילי בעניינו. מסלול טיעון זה, כפי שהבהרתי לעיל, נקבע במפורש בפסק הדין בעניין ניר עם כהן (עניין פרץ, פסקה 31). לא בכדי מציין גלעדי כי "מטרת המאמר היא אפוא להגביר את מודעותם של שחקני המשפט הפלילי להלכת ניר עם כהן ונגזרותיה" (שם, בעמ' 534; כן ראו שם, בעמ' 542).

77. בהקשרה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, שהוזכרה בפסיקתו של בית משפט זה בעקבות כתיבה אקדמית כאמור אך לא נטעו לגביה מסמרות, הובע החשש שמא מדובר בדוקטרינה שמבקשת להחיל את הדין המינהלי כולו – לרבות סעדיו וסדרי הדין הנהוגים בו – במסגרת ההליך הפלילי על כל שלביו. שאלה כללית זו, רחבה יותר וחורגת ממסגרת הדיון שנסב על טענות מינהליות שמכוונות להחלטת התביעה להגיש כתב אישום ולנושא אחרון זה אייחד את דבריי. השאלה המזוקקת אותה עלינו לבחון אפוא היא אם טענות המכוונות לסבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום באות בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק או שיש לבחון אותן כטענות מינהליות עצמאיות במסגרת ההליך הפלילי – בלא זיקה הכרחית לדוקטרינה זו (שכן לכך, למעשה, מכוון המונח "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" בהקשר שבו עסקינן). לשאלה זו אפנה עתה.

(iii) מה בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לטענות בדבר סבירות ומידתיות?

78. בשאלת המסגרת הדיונית המתאימה לבחינת טענות שמכוונות לשיקול דעת התביעה הובעו עמדות שונות, בפסיקת בית משפט זה כמו גם בספרות המשפטית. אציג בקצרה ולאחר מכן אציג את מסקנתי, שלפיה יש לבחון טענות אלו במסלול של הגנה מן הצדק.

79. ראשית, לעמדות שהובאו בעניין בפסיקת בית משפט זה. כבר בצעדיה הראשונים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי (ועובר להרחבתה במסגרת עניין בורוביץ), התייחסה הפסיקה לקשר בין עילת הסבירות לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק. במסגרת עניין חרמון, נבחנה השאלה אם ראוי לקיים הליך משמעותי לפי חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 בעניינו של מי שהורשע ברצח כ-12 שנים קודם לכן. המערער שם טען לשיהוי בלתי סביר בנקיטת ההליך נגדו. לעניינו, חשובים הדברים הבאים מפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה:

“עקרון ההגנה מן הצדק נועד במהותו לתת כוח בידי בית המשפט לבטל אישום פלילי כנגד אדם מקום שהגשתו לוקה באי-סבירות קיצונית הגובלת בפגיעה באמות מידה בסיסיות של צדק והגינות כלפי נאשם” (עניין חרמון, בעמ' 77).

ובהמשך הוסיפה כי:

“האיזון הראוי בין עניינו של הציבור בקיום הליכי המשמעת לבין ההגנה על זכויות הפרט מטה את הכף אל עבר העדפת הערך האחרון. הליך המשמעת שנוקט משרת תכלית שבנסיבות אחרות הייתה בוודאי תכלית ראויה, אולם בנסיבות עניין זה נקיטתו איננה סבירה ואיננה מידתית מאחר שאין היא משקפת יחס ראוי בין פגיעתו בפרט לבין התועלת העשויה לנבוע מכך לאינטרס הציבורי” (שם, בעמ' 82).

לשון דומה ננקטה גם בפסקי דין אחרים (“[ת]רופתו הרגילה של נאשם הטוען כי הועמד לדין עקב החלטה בלתי סבירה של היועץ המשפטי היא בטענת 'הגנה מן הצדק' שהמסגרת המתאימה לבירורה הוא ההליך הפלילי גופו”; עניין האי היווני, בעמ' 209). עם זאת, יש לציין כי פסיקה זו קדמה לפיתוחה המשמעותי של עילת ההגנה מן הצדק, כמו גם לפסק הדין בעניין ניר עם כהן (ולפסיקה שהתייחסה ל"דוקטרינת הביקורת

המינהלית בפלילים". משכך, ניתן לטעון כי אין בפסיקה זו הכרעה בשאלה מהי המסגרת הדיונית המתאימה לבחינת סבירות ומידתיות.

80. בעניין ניר עם כהן, עמד בית המשפט גם על קיומה של מחלוקת בשאלת האכסניה הדוקטרינרית לבירור טענות בדבר פגמים מינהליים בהחלטה להגיש כתב אישום. עם זאת, בית המשפט קבע כי אין מקום להכריע בסוגיה באותו עניין, בציינו כי: "איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם פגמים הנזכרים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית" (שם, פסקה 4). בעניין פרץ, התייחסתי לשאלה קרובה והיא אם טענת אכיפה בררנית צריכה להיבחן בהתאם למבחן התלת שלבי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק או שמא ניתן לבחון את הטענה בעילות המקובלות לביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית. ציינתי כי הגם ששאלה זו לא עמדה להכרעה שם, "אין לשלול על-פני הדברים את הטענה כי כאשר נטענת טענת אכיפה בררנית בשלב הגשת כתב האישום, ניתן לבחון את פעולת התובע בכלי הביקורת של המשפט המינהלי, הגם שהאכסניה הדיונית היא ההליך הפלילי; זאת, בלא זיקה הכרחית למבחינים שנקבעו בגדרה של 'הגנה מן הצדק'" (פסקה 31 לפסק דיני). בסופו של דבר, מצאתי לבחון את הטענה "במשקפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק", אך ציינתי כי גם במסגרת דיונית זו, ממילא, תבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי. עמדה שונה הובעה בעניין ורדי, שם מצא המשנה לנשיאה ח' מלצר כי יש לבכר את דוקטרינת ההגנה מן הצדק על אימוץ כלי הביקורת השיפוטית המינהלית אל קרבו של ההליך הפלילי. וכלשונו: "[ל]עמדתי יש לראות דווקא בדוקטרינת ההגנה מן הצדק משום גישה (בגירסתה המורחבת) המייצגת תפיסה נכונה והולמת כלפי רשויות האכיפה, שכן זו מאזנת בין הפגם שנפל בהליכי האכיפה לבין השיקולים האחרים, ומעניקה את המשקל הראוי לאינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי. בניגוד לכך – דוקטרינת הביקורת המינהלית – המשווה לדיון הפלילי אופי מינהלי-בג"צי במהותו – ספק בעיניי אם היא מתאימה להכללת מלוא השיקולים הרלבנטיים להליך הפלילי, ואם די בה כדי לאזן כראוי בין האינטרסים והערכים שבמוקד" (שם, פסקה 97).

81. גם בספרות הובעו דעות לכאן ולכאן. גלעדי מציין כי יש לבכר הבחנה בין "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לשיטתו, האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית בעילות מינהליות בתוך דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא מוגבלת, בין היתר מאחר שבבסיסה ניצבים בעיקרם שיקולי צדק אינדיווידואלי (ראו גלעדי, בעמ' 538-540, 545-553; כן ראו והשוו לעמדתה של טמיר, שסברה כי אין מקום

להכפיף את טענת האכיפה הסלקטיבית למבחן ההתנהגות השערורייתית של הרשות, טמיר, בעמ' 152; מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217, 256 (2010)). לצד זאת אציין כי גלעדי הוסיף שאפשר ש"טענת ההגנה מן הצדק תורחב כך שתקלוט לתוכה למעשה את כל המשפט המינהלי והחוקתי, באופן שתיווצר הכלה מלאה של דרישות המשפט הציבורי בתוך דרישות 'הצדק וההגינות' [...] במצב זה יובטח שתוצאה אשר נאשם היה זכאי לה לפי המשפט המינהלי והחוקתי [...] תושג גם בהליך הפלילי, וזאת תחת הכותרת של 'הגנה מן הצדק' במובן הרחב" (גלעדי, בעמ' 549). לעומת זאת, נקדימון סבור כי אין צורך ביצירת מסגרת ביקורת נוספת, מאחר שעילות הביקורת של המשפט המינהלי חוסות תחת הגנה מן הצדק ומאחר שמבחני הדוקטרינה אינם מגבילים יותר מהמבחנים שקיימים ממילא במשפט המינהלי (נקדימון, בעמ' 182-192).

82. בהינתן האמור, עמדתי היא שדרישות המשפט הציבורי, ובהן עילות הסבירות והמידתיות יכולות לשכון תחת כנפיה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במובנה הרחב (ראו גם פסקאות 3-4 לפסק דינו של השופט י' אלרון בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). עילות אלו – כמו יתר כללי המשפט המינהלי – הן פן אחד של דרישות הצדק וההגינות שאותן נועדה הדוקטרינה להבטיח ומשכך אך טבעי בעיני שיבואו בגדרה. עמדה זו, כפי שהראיתי לעיל, איננה חדשה, וכבר בצעדיה הראשונים של הדוקטרינה במשפט הישראלי נמצאים לה תימוכין. לכך יש להוסיף כי הפעלת הביקורת השיפוטית בעילות הסבירות והמידתיות בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת את עריכת האיזון הנדרש מבחינתן בגדר ההליך הפלילי. לצדם של טעמים אלו, ניצבים גם טעמים מעשיים להעדפת השימוש במסגרת הדיונית של ההגנה מן הצדק: דוקטרינה זו משולבת היטב במבנה של הדין הפלילי הישראלי; הפעלתה נעשית על פי מבחנים משפטיים מוגדרים וברורים; ובעניינה קיים גוף פסיקה עשיר וענף שפותח בערכאות השונות מזה למעלה משני עשורים.

83. לצד טעם זה, אוסיף שלא ראיתי ערך מוסף ממשי – בפרט לא בהיבט ההגנה על זכויות נאשמים – בדיון "עצמאי" בטענות הסבירות והמידתיות, בגדר "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים". זאת, מאחר שישנה חפיפה ניכרת בין המסלול שמתווה האחרונה לבין המסלול שמתווה דוקטרינת ההגנה מן הצדק. חפיפה זו נובעת, כפי שאראה להלן, מכך שגם בחינת שיקול הדעת התביעה בכלים המינהליים ה"רגילים" מחייבת, לצד הדיון בשאלת קיומו של פגם בשיקול הדעת, את בחינת שאלת הסעד המתאים – באמצעות דוקטרינת התוצאה היחסית. במה דברים אמורים? בעבר, שלטה בפסיקתנו תפיסה קשיחה שגרסה שפגם בפעולה המינהלית עשוי להוביל לבטלותה, ולקביעה כי אין לה תוקף למפרע. כיום, שולטת בכיפה תפיסת התוצאה היחסית (או

הבטלות היחסית) – שמבחינה בין הפגם בהחלטה המינהלית לבין תוצאתו (בג"ץ 1633/20 "סל" שירותי סיעוד נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דיני (27.7.2020); רע"פ 3080/10 סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 12 (25.12.2012) (להלן: עניין סמורגונסקי); בג"ץ 5660/10 עמותת איתך – משפטניות למען צדק נ' ראש ממשלת ישראל, פסקאות 22-23 (22.8.2010) (להלן: עניין איתך); יצחק זמיר, כרך ד, מעמ' 2981; ברק-ארז, כרך ב, מעמ' 795; ברק-ארז, כרך ד, בעמ' 429). בהתאם לתפיסה זו, על בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה שבו נפל פגם בהתנהלות הרשות – אפילו עת מדובר בפגם של חריגה מסמכות – את נסיבותיו ומאפייניו הפרטניים של המקרה ולבחור סעד מתאים. על עקרון התוצאה היחסית ועל נקודות התורפה שלה נמתחה בשעתו ביקורת (בין היתר כי היא משדרת סלחנות כלפי התנהלות לא כדין של הרשות). אך בעבר כבר הבעתי את דעתי כי אין בביקורת זו כדי לגרוע מהיתרון הבולט של עקרון התוצאה היחסית – בכך שהוא מאפשר הפעלה גמישה של שיקול הדעת השיפוטי ומתן משקל הולם לנסיבות המקרה (עניין סמורגונסקי, פסקה 12; עניין איתך, פסקה 22).

84. לא ניתן להתעלם אפוא מכך שמשתי החלופות הנבחנות מתחייבת, כחלק מהדיון בסעד המתאים, בחינת מכלול הנסיבות והאינטרסים המנוגדים – בין אם במסגרת המבחן התלת שלבי ובין אם בדוקטרינת התוצאה היחסית (דוקטרינת התוצאה היחסית לא פסחה על ההליך הפלילי, ראו למשל: עניין פרץ, פסקה 33; עניין יששכרוב, בעמ' 575; עניין בורוביץ, בעמ' 834; רע"פ 2413/99 גיטמן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673, 684 (2001)). כך, כזכור, במסגרת השלב השני במבחן התלת שלבי, על בית המשפט לבחון אם בקיום ההליך הפלילי – חרף הפגמים – יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות (עניין בורוביץ, בעמ' 807). על בית המשפט להידרש בשלב זה לאינטרסים השונים ובהם חומרת העבירה, חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם, מידת האשם שרובץ על כתפי הרשות, נסיבות קורבן העבירה ועוד. ככל שימצא כי אכן המשך ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, יבחן בית המשפט בשלב השלישי מהו האמצעי המידתי לריפוי הפגם. בעיני, השלבים השני והשלישי במבחן התלת שלבי חופפים, במידה רבה, לצורך בבחינת סעד מתאים במסגרת דוקטרינת התוצאה היחסית (ראו והשוו לדיון בעניין יששכרוב, בעמ' 555-556). מסקנה זו – שלפיה למעשה השיקולים בבחינת טענת הגנה מן הצדק חופפים לשיקולים בבחינת התוצאה היחסית – עולה עוד מפסק הדין בעניין בורוביץ, שבו כזכור נקבע המבחן התלת שלבי. וכך צוין שם:

"פועלם הדומה של שיקולים זהים בשני התחומים נובע מן החפיפה הניכרת הקיימת בין מהות השיקולים העשויים לתמוך בהחלטת עקרון הבטלות היחסית על החלטה בתחום האכיפה הפלילית שנפל פגם בקבלתה,

לבין השיקולים העשויים לתמוך בדחיית טענת נאשם כי הפגם שנפל בהחלטה מקים לו הגנה מן הצדק. כפי שכבר הסברנו, תחולת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מותנית בקיום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, וקיומה של פגיעה כזאת נלמד בדרך-כלל מאורחות התנהגותן של רשויות האכיפה. נמצא כי גם המבקש להסתייג מתחולתו הישירה של עקרון הבטלות היחסית בשדה המשפט הפלילי עשוי להשיג את תוצאות החלתו של העיקרון בפלילים באמצעות השימוש במוסד ההגנה מן הצדק" (שם, בעמ' 835; דנ"פ איילון, פסקה 10; כן ראו והשוו: ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פסקה 6(א)(3) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (20.7.2009); בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנ"פ 6315/09 תורק נ' מדינת ישראל (14.4.2010); רע"פ 2730/15 מימון נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (29.4.2015); כן ראו אצל גלעדי, בעמ' 539, ה"ש 31).

85. לא מצאתי אפוא כי בחינת הטענות במסלול של ההגנה מן הצדק תוריד מיעילות הביקורת של בית המשפט הפלילי על התנהלות רשויות התביעה. אכן, מטרתו של בית המשפט בבחינת טענת הגנה מן הצדק היא להביא לעשיית צדק עם הנאשם הספציפי, ולא לבוא חשבון עם רשויות המינהל. עם זאת, אין בכך כדי להגביל את הביקורת על התנהגות פסולה של הרשות (ראו בהקשר זה בעניין בורוביץ, בעמ' 806-807).

(iv) סיכום ביניים: הגנה מן הצדק – הגנה גם מפני חוסר סבירות וחוסר מידתיות

86. דוקטרינת ההגנה מן הצדק נועדה, מלכתחילה, לתת מענה למקרים בהם יש "בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות" (עניין יפת, בעמ' 370; כן ראו עניין ורדי, פסקה 88(ד)). ברי כי במקרים שבהם נפל פגם של ממש בשיקול הדעת שהולך להחלטה להגיש כתב אישום, יהיה בכך כדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות (וראו בהקשר זה את אחד המודלים שמציע נקדימון בספרו, שרואה בהגנה מן הצדק "ענף של מנגנון הביקורת השיפוטית על החלטה להעמיד לדין בהתאם לכללי המשפט המינהלי", שם, בעמ' 155). נוכח מכלול הטעמים שעליהם עמדתי, אני סבור שככלל בחינת שיקול דעת התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום בכל עילות הביקורת השיפוטית, ובכלל זאת מידתיותה וסבירותה של החלטה, צריכה להיעשות בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

(ג) היקף ההתערבות

87. מצאתי אפוא כי מקומן של טענות המכוונות לשיקול דעת הרשות בהגשת כתב אישום מקומן, ככלל, בערכאה הפלילית וכי ניתן יהיה לבחון אותן במסגרת ההגנה מן הצדק. כזכור, חלק מטעמי המדינה בהסתייגותה מ"דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" נעוץ בהיקפה של ביקורת זו. הטענה היא שהעברת בחינה זו מבית המשפט הגבוה לצדק לערכאות הדיוניות הפליליות עשויה להביא עמה הרחבה בהיקף ההתערבות בשיקול דעת התביעה. כפי שכבר הודגש, בהפעילו ביקורת שיפוטית, לא בוחן בית המשפט איזו החלטה היה מקבל לו היה נכנס בנעלי רשויות התביעה. כלל זה יפה לבית משפט זה, והוא יפה גם לערכאות הדיוניות שידונו בטענות המכוונות לסבירות ולמידתיות החלטות רשויות התביעה. כידוע, המשפט המינהלי הוא אחד – הוא לא משתנה בהתאם לבית המשפט שדן בשאלת הפרתו, הגם שביישומו יכול להינתן ביטוי למאטריה שעומדת לדין. למען שלמות התמונה, מצאתי להוסיף הערה התייחסות קצרה לגופה של אמת המידה להתערבות בשיקול דעתן של רשויות התביעה.

88. בהחלטה בשאלה אם להגיש כתב אישום, מסור לרשויות התביעה שיקול דעת רחב (ראו את הדיון בפסקה 29 לעיל בכל הנוגע לסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי שמורה אימתי יחליט תובע על העמדה לדין). משמעו של שיקול דעת רחב זה הוא כי בידיהן הכוח לבחור בין מספר החלטות חוקיות שונות. החלטת רשויות התביעה מתקבלת בהתאם למקצועיותן הרבה, ונגזרת של עובדה זו היא כי בית המשפט יתערב בה רק אם ימצא כי היא לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי (ראו, מני רבים: בג"ץ 1504/20 אבו אלקיעאן נ' פרקליט המדינה, פסקה 52 (20.10.2021); בג"ץ חמדאן, פסקה

18 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; החלטת הנשיאה א' חיות בדנג"ץ חמדאן, פסקה 8; בג"ץ 5752/17 פלונית נ' פרקליטות המדינה – מחלקת עררים, פסקה 20 (9.9.2019); עניין מוחתסב, פסקה 26; בג"ץ 3405/12, פסקה 13; עניין האי היווני, בעמ' 208-209; ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 751).

89. אמת המידה המצמצמת להתערבות בשיקול הדעת של רשויות התביעה משתרעת לאורכו ולרוחבו של ההליך הפלילי – משלב החקירה, דרך ההחלטה להגיש כתב אישום ועד לשלב הערעור (בג"ץ 3194/20 הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 1 לפסק דינו של השופט י' עמית (29.12.2020); בג"ץ 683/20 פלונית נ' פרקליטות המדינה, פסקה 12 (12.3.2020)). כך גם יושמה אמת מידה זו בפועל – מעטים עד מאוד הם המקרים שבהם התערב בית משפט זה בשיקול דעתן של רשויות התביעה בהחלטה שעניינה הגשת כתב אישום (ראו להרחבה אצל ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 757-750; טמיר, בעמ' 277-282). אכן, מרבית המקרים שהובאו בפסיקת בית משפט זה כוונו להחלטה שלא להגיש כתב אישום ולא להחלטה הפוכה – אך גם בהקשר שבו עסקינן, אמת המידה שתופעל תהיה דומה (ראו את האמור בהקשר זה בעניין האי היווני, בעיקר לשאלת הערכאה שתדון בטענות השונות ולמסגרת הדוקטרינרית, שם, בעמ' 209-208; כן ראו את האמור אצל גלעדי, בעמ' 535, ה"ש 17). והדברים יפים גם לעילות הסבירות והמידתיות, שבהן נתון לרשויות התביעה מתחם אפשרויות חוקיות (אשר למתחם הסבירות, ראו לדוגמה: עניין פלונית, בעמ' 739-740; על מתחם המידתיות ראו: עניין בן-עטייה, בעמ' 13; ובאופן כללי ראו: ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 812 (2004); ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 791-790).

90. לסיכומה של נקודה זו אדגיש כי בבחינת טענה בדבר סבירות או מידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום, על הערכאה הדיונית לשים לנגד עיניה את היקף ההתערבות שתואר לעיל. על בית המשפט להימנע מלהחליף את שיקול דעת התביעה בשיקול דעתו, ולהקפיד על כלל זה גם בדיון בשאלות של סבירות ומידתיות (ברק-ארז, כרך ב, בעמ' 621).

(T) הסעדים

91. אחת מטענות המדינה, כעולה מכתבי טענותיה, מכוונת לסעדים שעשוי בית המשפט הפלילי להושיט לנאשם בדונו בטענות מינהליות. במסגרת טענה זו התייחסה המדינה, בעיקרם של דברים, לשתי החלטות שניתנו בערכאות דיוניות פליליות – שמהן

ניתן ללמוד, לשיטתה, על הקושי בעריכת ביקורת שיפוטית בערכאה הפלילית. אדגיש: החלטות אלו לא נוגעות לשיקול דעתן של רשויות התביעה בהחלטה להגיש כתב אישום, עניינן לא התברר במסגרת פסק הדין נושא הדיון הנוסף וממילא איני רואה להידרש לכך כי אם להתייחס לנושא הסעד במישור הכללי.

92. מקום שבו מצא בית המשפט כי ההחלטה להגיש כתב אישום לוקה במישור שיקול הדעת – כי אינה סבירה או כי אינה מידתית – עליו לשקול מהו הסעד המתאים והראוי בנסיבות העניין. כפי שצינתי לעיל, במסגרת הדוקטרינרית של הגנה מן הצדק, היא עליו לבצע בדיקה זו בשלבים השני והשלישי של המבחן התלת שלבי. תחילה, לאזן בין הערכים והעקרונות הרלוונטיים – ולבחון אם בקיום ההליך הפלילי חרף הפגם יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות (ראו נקדימון בעמ' 69-75, 102-135). בחינה זו צריכה להיעשות על רקע נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה – ובשים לב למשקלו של הפגם. בשלב השלישי, יש לבחור את הסעד הראוי והמתאים ולבחון אם יש צורך לבטל את כתב האישום או שניתן לרפא את הפגמים שהתגלו באמצעי מתון ומידתי יותר. אציין בהקשר זה כי לאחר עיגונה של הגנה מן הצדק בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, מורה סעיף 150 לחוק שתוצאת קבלת הטענה היא ביטול או תיקון כתב האישום – אך כפי שכבר נקבע, אין בכך כדי לקבוע שלא ניתן להעניק סעד מידתי יותר (ע"פ 482/20 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (4.6.2020); עניין גוטסדינר, פסקה 44 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל; ע"פ 1840/16 אדרי נ' מדינת ישראל, פסקאות ח-ט (1.2.2017); עניין ג'אבר, פסקה 31; נקדימון, בעמ' 132-135). אשר לטיבו של סעד במקרה של חוסר סבירות וחוסר מידתיות, מובן כי אין מקום לקבוע כלל נוקשה וברור, אך אציין כי על פני הדברים נראה שבמקרים מתאימים, לפגם במידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום עשוי להימצא סעד מידתי יותר מביטולו (וראו להרחבה את דבריי להלן בדיון בעקרון השיווריות).

עקרון השיווריות בדין הפלילי

93. בנקודה זו כמעט הסתיים מסענו המשפטי בשאלות שהועמדו לפנינו בדיון נוסף זה. הגם שעיקר טענות הצדדים לא יוחסו לסוגיה זו, והגם שכלל לא בטוח שנפסקה בה הלכה חדשה, אתייחס בקצרה לסוגיה נוספת שהועלתה על ידם והיא מקומו של עקרון השיווריות בדין הפלילי. עקרון השיווריות הפלילית קובע כי את כוחו של המשפט הפלילי בהעמדה לדין יש להפעיל רק כמוצא אחרון, ובהעדר אמצעי אחר שמגשים באותה מידה את תכליותיו. בהקשר זה ניתן להתייחס לשני מובנים של עקרון השיווריות: הראשון, נוגע לגבולות המשפט הפלילי ולעצם הכרעת המחוקק להפללתה של נורמה מסוימת; והשני,

שהוא במוקד ענייננו, נוגע לאופן שבו נאכף הדין הפלילי – על ידי רשויות התביעה, במקרה פלוני – ולכך שהפעלת הדין הפלילי צריך להיעשות כ"מוצא אחרון" ובהעדר אמצעי שפגיעתו פחותה. בנדור ודנציג-רוזנברג מכנים מוכנים אלה כ"שירות מהותית" ו"שירותי אכיפתית" בהתאמה (ראו להרחבה אצל אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שירותי המשפט הפלילי" 99 אליהו מצא 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015) (להלן: בנדור ודנציג-רוזנברג); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 39-43 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: רבין וואקי, כרך א); כן ראו עניין מושיא, פסקאות 87-89 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הביעו השופטים נ' סולברג וא' שטיין הסתייגות מאימוצו של עקרון זה ככלל משפטי מחייב – בפרט בכל הנוגע לעריכת ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה בהקשר זה (ראו פסקה 72 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; פסקאות 2-7 לפסק דינו של השופט א' שטיין). לשיטתי, עקרון השירות – שכאמור מתעורר בתיק שלפנינו בעיקר בהקשר האכיפתי – הוא עקרון יסודי אשר קיים ממילא בדין הפלילי, ובא לידי ביטוי בחקיקה ובמסגרת השיקולים שעל תובע לשקול בהחלטתו להגיש כתב אישום. זאת ועוד, נוכח קביעתי כי החלטת רשויות התביעה להגיש כתב אישום כפופה – ככל החלטה מינהלית אחרת – גם לדרישת המידתיות של המשפט המינהלי, הרי שעקרון השירות יבוא לידי ביטוי גם במסגרת זו. אפרט טעמי בקצרה.

94. המשפט הפלילי הוא כלי מרכזי בשמירה על הסדר החברתי: הוא משקף את צרכי החברה להגן על הערכים החיוניים לתפקודה, וההעמדה לדין נסבה על הפגיעה בערכים אלה ותגובת הנגד לה במישורי הגמול, ההרתעה, המניעה והשיקום (עניין פלוני, בעמ' 623-624; עניין בורוביץ, בעמ' 807). קידומן של מטרות אלו ושל חקר האמת במסגרת הליך פלילי עשוי להיות מלווה, מטבע הדברים, בפגיעה ניכרת בנאשם, ובכלל זאת בחירותו. עקרון המידתיות משמיע לנו כי פגיעה זו בזכויות מצדיקה לבכר על פני הטלת אחריות פלילית, אמצעים אחרים, שעשויים לסייע במניעת תופעות חברתיות מזיקות, ושפגיעתם בזכויות הפרט פחותות (עניין שוורץ, פסקה 20; רבין וואקי, בעמ' 42-43; סגל וזמיר, בעמ' 74). משכך, נקבע בפסק הדין בעניין שוורץ כי "ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת" (עניין שוורץ, פסקה 20; כן ראו עניין מושיא, פסקה 88 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

95. עקרונות של מידתיות ושירות באים לידי ביטוי גם בחקיקה הפלילית (ראו בהקשר זה גם את האמור בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקאות 69-71 לפסק דינו של

השופט נ' סולברג). במסגרת זאת ניתן להצביע על המגמה להעברת הטיפול בהפרות הוראות חוק מסוימות – שלא בהכרח נלווה אליהן מטען אנטי-חברתי מובהק – מן ההליך הפלילי הקלאסי אל ההליך המינהלי (ראו ע"מ 430/20 המשרד להגנת הסביבה נ' קווים תחבורה ציבורית בע"מ, פסקה 11 וההפניות שם (16.3.2021); רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פסקאות 24-25 (10.9.2013); רבין וואקי, בעמ' 38-40)). ביטוי נוסף לעקרונות אלו ניתן למצוא בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח 416, שעניינה בסגירת תיק בהסדר (הצעת החוק הוליכה לתיקון מס' 66 לחוק סדר הדין הפלילי, סעיפים 67א-67יב לחוק זה). כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, "הסדר זה יעשיר את 'ארגז הכלים' העומד לרשות התביעה, ויאפשר התאמה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה לבין חומרת התגובה החברתית המופעלת נגד העבריינין. [...] כיום, נאלץ לעתים תובע – במקרים מהסוג הנדון – להגיש כתב אישום או לסגור את התיק, אף ששתי חלופות אלה אינן הולמות, וזאת בהעדר אמצעי ביניים הולם. במקרים כאלה נקיטת הליך פלילי היא לעתים אמצעי חמור מדי בנסיבות העניין [...]. ההסדר של סגירת תיק מותנית יעניק לתביעה במקרים אלה כלי מידתי והולם יותר, הן מבחינת האינטרס הציבורי והן מבחינת הפרט" (ההדגשה הוספה; שם, בעמ' 210; ראו והשוו גם לדברי ההסבר להצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985, ה"ח 1708, בעמ' 61; דברי ההסבר להצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה) התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 440, 489 (2010)).

96. עקרונות המידתיות והשיוריות משולבים גם בהליך קבלת ההחלטה על הגשת כתב אישום. עיון בהנחיית פרקליט המדינה שאוזכרה לעיל מגלה שעקרון המידתיות שזור לאורכה. כך, בהתאם להנחיה, בקבלת ההחלטה מתי נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין, על התביעה לעמוד בין היתר על השלכותיו הצפויות של ההליך הפלילי על הנאשם הספציפי; על האפשרות שיחזור ויבצע עבירות; ועל השפעת ההליך הפלילי על סיכויי שיקומו ועתידו. בכך, עומדת התביעה על קיומו של יחס ראוי בין התועלת שבהעמדת הנאשם לדין לבין השפעות הבחירה בכלי זה עליו (בדומה למבחן המידתיות במובן הצר, עניין בן-עטייה, בעמ' 13). זאת ועוד, במסגרת ההנחיה נקבע כי על התביעה להידרש במפורש לשאלה אם קיים אמצעי חלופי להעמדה לדין, לשון ההנחיה:

"במסגרת שיקוליו אם להימנע מהעמדה לדין [...] יבחן התובע אם קיים הליך משפטי חלופי אפשרי להליך הפלילי, שיש בו כדי לתת מענה הולם או מתאים יותר בנסיבות העניין. בין היתר יבחן התובע את האפשרות לנקוט באחד מן ההליכים החלופיים הבאים:

- א. 'סגירת תיק בהסדר' בהתאם להוראות סעיפים 67א-
 67ב [לחוק סדר הדין הפלילי – ע' פ'...] [...]
 ב. הליכים משמעתיים [...] [...]
 ג. הליכים מינהליים או אחרים [...] [...]
 ד. פיטורים או התפטרות [...] [...] (סעיף 12 להנחיית
 פרקליט המדינה).

97. הנה כי כן, עקרונות המידתיות והשיוריות באים לידי ביטוי ממילא בדין הפלילי הישראלי. נוכח עמדתי שהובאה לעיל בפירוט, שלפיה אין שיקול דעת התביעה – כמעשה מינהלי – מוחרג מעילות הביקורת השיפוטית הרגילה, הרי שניתן לבחון גם את מידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום, בראי עקרון השיוריות. עמדה זו, שכאמור הובאה כבר בעניין שוורץ, אינה תקדימית. אף קודם לפסק הדין בעניין שוורץ, הורה בית משפט זה בעתירה בעניין מור לעיריית הרצליה לחדול מנוהגה לעשות שימוש בחוק עזר עירוני שמטרתו שמירה על הניקיון לצורך הוצאת דו"חות והגשת כתבי אישום בגין חניה על המדרכה (בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900 (2002)). בית המשפט עמד על כך שקיים חוק עזר מיוחד שעניינו בהעמדת רכב וחנייתו (אשר מטיל קנסות נמוכים יותר) – וכי יש לעשות שימוש בו, בהיותו ההוראה ה"טבעית" לעניין חניה על המדרכה אך גם בהיותו הוראה מקלה (שם, בעמ' 910). פסק דין זה מיישם אף הוא את אותו עקרון – בדבר בחינת מידתיות החלטת רשויות התביעה (סגל וזמיר, בעמ' 76-75). לכך יש להוסיף כי בעבר כבר קבענו שטענות נאשמים שמכוונת להחלטת התביעה לבחור באפיק פלילי ולא באפיק חלופי מקומן לפני הערכאה הפלילית שדנה בעניינם (בג"ץ 2575/15 רפת בערבה בע"מ נ' נציב מס הכנסה, פסקה 4 (7.6.2015); בג"ץ 3307/07 משאלי נ' מס ערך מוסף – נתניה, פסקה 3 (25.4.2007)).

98. אשר ליישומה בפועל של עילת ביקורת זו, הרי שככל בחינה של מידתיות החלטה מינהלית, על בית המשפט לבחון אם ההחלטה להגיש כתב אישום מקיימת את שלושת מבחני המשנה (עניין בן-עטייה, בעמ' 10-13). מבחן המשנה השני, שעניינו בקיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה, מגשים את עקרון השיוריות (השוו: בנדור ודנציג-רוזנברג, בעמ' 386). לצד זאת, יש לחזור ולהדגיש, כי במרבית המקרים החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין אדם שנגדו ראיות מספיקות לביצוע עבירה – תהיה החלטה מידתית. כבר בעניין שוורץ נקבע בהקשר זה כי "ברוב המקרים הוראות המשפט הפלילי לכשעצמן יהיו מידתיות, והעמדה לדין פלילי לכשעצמה, של אדם החשוד בביצוע עבירה וקיימות כנגדו די ראיות, תהיה מידתית ומוצדקת" (שם, פסקה 21; ראו גם פסקה 68 לפסק דינו של השופט נ' סולברג בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). זאת ועוד, במסגרת מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, אין די בקיומו של אפיק פוגעני פחות להעמדה לדין,

ועל בית המשפט לעמוד על כך שאמצעי זה ישיג את מטרת ההעמדה לדין – ובהן הכוונת התנהגות, גמול והרתעה – באותה מידה או במידה דומה (ראו, מני רבים: בג"ץ 1107/21, פסקה 17; בג"ץ 2705/20, פסקה 15; בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 25 לפסק דיני (22.9.2014); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 625-626 (2009)). אכן, מלאכת ההשוואה בין הליך פלילי לבין הליך חלופי אינה פשוטה, בפרט בשאלה אחרונה זו (וראו בהקשר זה פסקאות 5-6 לפסק דינו של השופט א' שטיין בפסק הדין נושא הדיון הנוסף), אך בכך אין כדי לפטור את בית המשפט מבחינה זו וכן מבחינת השאלה אם ההחלטה עומדת גם במבחן המשנה השלישי – מידתיות במובן הצר (עניין שוורץ, פסקה 25).

מן הכלל אל הפרט

99. ועתה – לענייננו של המבקש, שנוגע כאמור להרשעתו בעשרים עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק, לפי סעיף 30 לחוק התקשורת. נזכיר בקצרה כי בית משפט השלום הרשיע את המבקש בעבירות אלו, אך בית המשפט המחוזי (בדעת רוב) הורה על ביטולן. מסקנתו זו נשענה על קביעתו כי לרשות התביעה עמד במקרה דנן אמצעי מידתי יותר מהגשת כתב אישום (בעבירות אלו) והוא הוצאת צו לפי החוק למניעת הטרדה מאיימת. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נקבע – פה אחד – כי יש להשיב הרשעות אלו על כנן (והוטל על המבקש בגינן עונש מאסר על תנאי). השופט נ' סולברג קבע בהקשר זה כי "גם אם הייתי נכון לצעוד בדרך הילוכו של בית המשפט המחוזי, לקבל את דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, להרהר אחר שיקול הדעת התביעתי, ולבחון אם מיצה התובע את מלוא הכלים שעמדו לו בטרם ניגש אל הדין הפלילי – לא היה בידי להסכים עם התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי" (פסקה 73 לפסק דינו). אבהיר כבר עתה כי תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף בהקשר זה מקובלת עלי במלואה. אף לשיטתי, לא היה מקום לקבוע בנסיבות המקרה דנן כי החלטת המשיבה לא עומדת במבחני המידתיות ולא מקיימת את עקרון השוירות של הדין הפלילי.

100. כאמור, הטענה כי לפני התביעה במקרה דנן היה מונח אמצעי חלופי להעמדה לדין נעוצה בעיקרה בהוראות החוק למניעת הטרדה מאיימת, שמאפשר לבית המשפט ליתן צווים למניעת "הטרדה מאיימת" (כהגדרתה בחוק זה). בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, קבע השופט נ' סולברג כי האמצעי החלופי בחוק זה צופה פני עתיד, ומשכך אין באפשרותו להגשים את המטרה העיקרית שנועד להגשים ההליך הפלילי בענייננו של המבקש. מבלי לטעת מסמרות בשאלה אם ככלל יכולות הוראות החוק למניעת הטרדה

מאיימת לשמש כאמצעי פוגעני פחות ביחס להליך פלילי, ואף אם אניח שאלה הם פני הדברים (ואיני קובע כן) הרי שבמקרה דנן אין מקום לקבוע שהחלטת רשויות התביעה לפנות לאפיק הפלילי ולהגיש כתב אישום אינה מידתית.

101. המשיבה לא פנתה למסלול זה כאמצעי ראשון. רחוק מכך. כתבי האישום לא מתארים אירוע נקודתי, אלא מסכת ממושכת של הטרדות והתנכלויות כלפי עובדי ציבור. זאת ועוד, כתבי האישום הוגשו לאחר שהמבקש הפר במספר פעמים הוראות שיפוטיות שביקשו להגביל אותו מיצירת קשר עם המתלוננים (בגין חלק מאירועים אלה הורשע המבקש בשלוש עבירות של הפרת הוראה חוקית). בשים לב לאירועים אלה – מוקשית בעיני העמדה שעולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי שלפיה החלטת המדינה לא לפנות לאפיק צופה פני עתיד, שמתבסס על צו שיפוטי, אינה מידתית. לכך יש להוסיף כי מדובר בשני כתבי אישום – האחד משנת 2013, השני משנת 2015 – דהיינו, אף לאחר הגשת כתב האישום הראשון, המשיך המבקש להטריד עובדים ברשות המסים. נוכח כל האמור לעיל, ספק בעיני אם במקרה דנן היה בכוחו של אותו אפיק מניעתי להשיג את מטרת ההליך הפלילי, למצער במידה דומה. משכך, מצטרף אני לאמור בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, כי לא הוכח במקרה דנן שהחלטת המשיבה מצויה מחוץ ל"מתחם המידתיות" שנתון לה (פסקה 75 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; עניין בן-עטייה, בעמ' 13-14).

102. לבסוף, אציין כי בטיעוניו לפנינו הפנה המבקש גם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 "נוהל והנחיות להפעלת סימן א'1 בפרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 'הסדר מותנה'" (3.1.2019) (להלן: הנוהל). אכן, כטענת המבקש, הטרדה באמצעות מתקן בזק היא אחת העבירות שמנויות בנספח ב לנוהל – שכותרתו "העבירות שלגביהן רשאית התביעה המשטרית להחיל הסדר מותנה" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). ואכן, כפי שכבר ראינו, בבואו של תובע להכריע בשאלת הגשת כתב אישום, עליו לבחון את האפשרות לפנות לאפיק חלופי של הסדר מותנה. עם זאת, כאמור, מדובר בשיקול שעל התובע לשקול – ולא מצאתי כי המבקש הצביע בטיעוניו על פגם שנפל בשיקול דעת התביעה בהחלטתה להגיש כתב אישום במקרה דנן.

103. לאחר כתיבת הדברים הגיעו אליי חוות הדעת המנומקות של חבריי, ואבקש להעיר הערות קצרות בהתייחס אליהן.

חברי המשנה לנשיאה נ' הנדל מזהיר בחוות דעתו מהשלכותיה של גישה שאותה הוא מכנה "אימוץ המשפט המינהלי בהרחבה" שבמסגרתה "תיוולד" עילה עצמאית חדשה של חוסר סבירות בהליך הפלילי. דא עקא, וכפי שמובהר לעיל, חוות דעתי, עניינה אך באפשרות לדון בסבירות ובמידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום. אפשרות זו (ולא האפשרות לטעון לחוסר סבירות החלטות אחרות בהליך הפלילי) צועדת כאמור בתלם פסיקתנו, למצער משנת 2006, ואין בה הרחבה של ההלכה בהקשר זה. בעוד שבפסיקה קודמת לא נפלה ההכרעה בשאלת ה"אכסניה הדוקטרינרית" כפי שכבר הובהר, בחוות דעתי עומד אני על כך שיש לבחון אף טענות אלו במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לשון אחר – מדובר בהתכנסות אל תוך גדרו של ההליך הפלילי ואל כליו ולא התרחבות אל עבר המשפט המינהלי.

כפי שעולה מחוות דעתם של חבריי – המשנה לנשיאה נ' הנדל והשופט י' עמית – עיקר המחלוקת בינינו היא מושגית-דוקטרינרית. מסכים אני עם הערת חברי השופט י' עמית כי המונח "הגינות" הוא כרקמה הפתוחה, והוא רחב דיו כדי לקלוט אליו מקרים של אי סבירות וחוסר מידתיות. לפיכך מקובל גם עליי כי במישור המעשי ההבדל בתוצאה היישומית בין שתי הגישות אינו משמעותי. ואכן, מוסכם גם על חברי כי הנאשם רשאי להעלות טענה כי "לנוכח אי הסבירות בהגשת כתב אישום [...], יהא זה לא צודק ולא הוגן אם כתב האישום יישאר על כנו כפי שהוא" (פסקה 9 לחוות דעתו של השופט י' עמית), וכי שאלה זו תבחן בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק. מכל מקום, גם אם במבחן המעשה הפער בין הגישות הוא קטן (אם בכלל), ההבדל המושגי בעינו עומד. עמדתי על טעמי שעלו בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה עד כה, ולמותר הוא לחזור על הדברים.

104. כפי שציינתי בחוות דעתי, העמדה שלפיה נאשמים רשאים לטעון כל טענה נגד ההחלטה להגיש כתב אישום בעניינם, לרבות טענות שמכוונות לסבירות ולמידתיות ההחלטה, עולה בקנה אחד גם עם עמדת המדינה המפורשת בהליך שלפנינו (ראו פסקה 17 לחוות דעתי; כן ראו פסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). יש ליתן בעיני משקל של ממש לכך שאפשרות זו למעשה לא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים להליך, ולכך שזו עמדת המדינה-המאשימה, ששיקול דעתה ניצב במוקד הדיון. משכך, אני מוצא קושי

בגישה שמשמעת מדבריו של חברי השופט א' שטיין בהקשר זה, שמבקשת להפחית ממשקל עמדה זו של המדינה (פסקה 43 לחוות דעתו).

105. לבסוף, אבקש להצטרף לדבריה של חברתי הנשיאה א' חיות בכל הנוגע למקומה של עילת הסבירות במשפט הישראלי (פסקאות 12-14 לחוות דעתה; כן ראו פסקה 1 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). עילת הסבירות היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי. גבולות ההתערבות בשיקול הדעת המינהלי בעילת הסבירות נקבעו בפסק הדין בעניין דפי זהב ולא השתנו ב-40 השנים שחלפו מאז שניתן. לכן, אין בידי לקבל את עמדת השופט א' שטיין בהקשר זה, שמבחינה בין עילת הסבירות ב"מתכונתה המסורתית והמצומצמת" לבין עילת הסבירות במתכונתה ה"רחבה". כאז כן היום, מוגבלת ההתערבות בשיקול הדעת המינהלי בעילה זו רק לאותם מקרים חריגים שבהם המעשה המינהלי חרג ממתחם האפשרויות הסבירות (עניין דפי זהב, בעמ' 443-444). הלכה זו עומדת בעינה במלוא היקפה ואינה טעונה להשקפתי הבהרות נוספות.

סוף דבר

106. העמדתו לדין של אדם מוציאה את חייו משיווי משקל – "ימיו ולילותיו אינם כתמול שלשום" (עניין ברקי פטה, בעמ' 783). בבואן של רשויות התביעה לקבל החלטה הרת גורל זו, עליהן להפעיל את שיקול דעתן בצורה שקולה, זהירה ומדודה, לאחר שנדרשו למכלול השיקולים הרלוונטיים. החלטה זו – ככל החלטה מינהלית אחרת – נתונה לביקורת שיפוטית, שמבטיחה את עקרון שלטון החוק, את השוויון בפני החוק ואת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק. בהפעילו ביקורת שיפוטית, רשאי בית המשפט לבקר את שיקול דעתה של התביעה ולוודא כי החלטתה עומדת באמות המידה שנקבעו זה מכבר במשפט המינהלי הישראלי. מסקנתי – שעל טעמיה עמדתי לעיל – היא כי מקומה של ביקורת זו תהא, ככלל, בערכאה הפלילית, שתדון בה בכלים הנתונים לה, ותוכל להושיט במקרים המתאימים את הסעד שמתאים למכלול נסיבות המקרה.

אשר לעניינינו של המבקש, אציע לחבריי שנותיר את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף על כנה.

1. חברי השופט ע' פוגלמן בחוות דעתו המקיפה והמנומקת קיבל עקרונית את עמדתו (בדעת המיעוט) בפסק הדין מושא הדיון הנוסף שלפנינו.

2. גישתי בשאלות הדורשות הכרעה בהליך שלפנינו נותרה כפי שהייתה – כי ניתן לטעון במסגרת ההליך הפלילי לפגמים של חוסר סבירות או העדר מידתיות בהחלטה להעמיד אדם לדין, וזאת כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

דהיינו, בשלושת הסוגיות המרכזיות אשר הועמדו לדין: האם נתונה לבית המשפט הדין בפלילים הסמכות לבחון את סבירות ומידתיות החלטת רשויות התביעה להעמיד נאשם לדין; איזו ערכאה מתאימה לדין ולהכריע בטענות בדבר סבירות ומידתיות החלטה שכזו; והאם מקומן של טענות אלו הוא במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק – כעולה מחוות דעתו של חברי, דעתו – כדעתי.

3. המחלוקת העיקרית שנפלה ביני לבין חבריי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, הייתה בשאלה האם ניתן לבחון את סבירות ומידתיות החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין.

אז כהיום, סברתי כי לאור מאפייניו הייחודיים של ההליך הפלילי, במסגרתו הנאשם מצוי בעמדת נחיתות ביחס לתביעה, וזכויותיו לחירות, לקניין ולשם טוב תלויות על בלימה; ובשים לב לפגיעה הכרוכה בזכויות אלו בעצם ההחלטה להעמידו לדין – יש להקפיד כי תיוותר בידי אפשרות להתגונן כראוי מפני החלטה בלתי סבירה להעמידו לדין, וכי מקומה הטבעי של טענה זו, כיתר הטענות המנהליות – במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

4. דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה במגוון רחב של מקרים בהם ניתן להצביע על פגם כה חריף וחמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה, עד שראוי לבטל את כתב האישום שהוגש נגד הנאשם, או לכל הפחות, להקל בעונשו. דוקטרינה זו עוגנה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), הקובע כי נאשם רשאי להעלות טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

כפי שהבהרתי בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף:

”קריאה פשוטה של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי מלמדת בבירור כי הוא מורה על כך שבית המשפט מוסמך לבקר את תהליך הגשת כתב האישום; וכי הוא אינו מוגבל להגנה על הזכות להליך הוגן – אלא מגן על הנאשם מפני סוגים שונים של פעולות הסותרות באופן מהותי וממשי את עקרונות הצדק וההגינות גם יחד” (שם, פסקה 3).

גישה זו באה לידי ביטוי הן בדברי ההסבר להצעת החוק בו נחקק הסעיף (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז–2007, ה"ח 138); והן בפסיקות בית משפט זה לפיהן ההגנה מן הצדק מאפשרת לנאשם להתגונן מפני התנהלות פסולה מצד הרשויות במסגרת החלטתן להעמידו לדין (ראו למשל ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 115–116 (21.10.2007); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 353, 370 (1996) (להלן: עניין יפת); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקה 98 לפסק דינו של השופט (בדימוס) ח' מלצר (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי)).

5. פירושו של דבר, דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת נקודת מבט רחבה על התנהלות הרשויות מפרק הזמן שקדם לביצוע העבירה, עובר להגשת כתב האישום, וכלה באופן ניהול ההליך הפלילי. החלטה דורשת בחינה מקיפה של התנהלות הרשויות, ומעניקה לנאשם סעד במקרים בהם פגעו הרשויות באופן מהותי בעקרונות ההגינות והצדק המשפטיים (ראו גם ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 44 לפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל (1.3.2017)). בכלל זה, במקרים בהם פועלות הרשויות בחוסר סבירות קיצוני וחרף, הדבר עשוי לעמוד "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" – ולהקים לזכות הנאשם הגנה מן הצדק.

6. כמפורט בחוות דעתי בפסק הדין מושא ההליך, וכעולה מחוות דעתו של חברי, השופט פוגלמן – אין מדובר בקביעה חדשה, שהרי לא פעם הפסיקה הכירה בעבר באפשרות לבחון את סבירות החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין, כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק. כך, בעניין בורוביץ הודגש:

”דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממיתחם הסבירות. ... במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי

לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, נט(6) 776, 808 (2005); וראו גם בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (6.2.2006)).

במספר מקרים נקבע כי כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק "...תבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, והשאלה אם נפל פגם במעשיה, בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי", לרבות סבירות ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקאות 29–31 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013); ראו גם ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (4.8.2008); בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (31.12.2013); רע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 63–78 (21.10.2018) (להלן: עניין פלוני); עניין ורדי, פסקה 98).

7. לגישתי, אכן אין מקום כעת לסטות מפסיקה זו, אשר יש בה כדי לממש את תכליתה של ההגנה מן הצדק, ולאפשר ביקורת שיפוטית על פעולות רשויות האכיפה והתביעה דווקא בהליך הפלילי. זאת, תוך הכרה בכך שטבעו של הליך זה הוא כי הנאשם מצוי בעמדת נחיתות ביחס לרשויות התביעה, ועצם ההחלטה על העמדתו לדין עשויה לפגוע בזכויותיו.

8. אני סבור אפוא, כי במקרים בהם ההחלטה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף עד שיש בו כדי לעמוד בסתירה מהותית עם עקרונות הצדק וההגינות, יש לקבוע כי עומדת לזכות הנאשם הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

ככל שהחלטת רשויות התביעה והאכיפה להעמיד אדם לדין נסמכת על תשתית עובדתית רעועה; וככל שניתן לקבוע כי לא נבחנה באופן מספק השאלה אם "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין" (סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי) או אם "נסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין" בכפוף לעריכת הסדר (סעיף 67א לחוק סדר הדין הפלילי) – כך יחמיר חוסר הסבירות בהחלטה להעמיד את אותו אדם לדין. במקרים חריגים, יגיע הדבר לכדי חוסר סבירות קיצוני אשר עשוי להצדיק את ביטול כתב האישום.

בכלל זה, רשימה לא ממצה של מצבים שבהם ההחלטה להעמיד אדם לדין עלולה ללקות בחוסר סבירות קיצוני המקים לזכותו הגנה מן הצדק, כוללת בין היתר, מקרים בהם הגורם שהחליט על העמדתו לדין של הנאשם היה מצוי בניגוד עניינים חריף; מקרים

בהם אדם מבצע פעולה בלתי חוקית בהוראת הממשלה ובאישור היועץ המשפטי לממשלה לצורך הגנה על בטחון המדינה, ובסופו של יום עומד לדין (עניין יפת, בעמוד 370); מקרים בהם רשויות האכיפה מבקשות "להחיות" תקנות ישנות הקובעות עבירות ועונשים שלא נאכפו קודם לכן, תוך עקיפת הביקורת הפרלמנטרית הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (ראו רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לחוות דעתי (18.2.2020)); וכן מקרים בהם אדם עומד לדין בשל הפרת תנאי שחרורו, תוך החמרת תנאי השחרור, או מעצרו מאחורי סורג וברית במקביל (עניין פלוני, פסקה 63).

במקרים כגון אלו, אשר חלקם נדונו בפסיקה, ספק בעיני אם ניתן יהיה לצמצם כנדרש את הפגיעה הנגרמת לנאשם כתוצאה מהעמדתו לדין, ללא בחינת סבירות החלטת רשויות התביעה בעניינו.

9. אדגיש – אין באמור כדי להביא לידי כך שבית המשפט בהיותו דן בהליך פלילי יחליף את שיקול דעתן של הרשויות בשיקול דעתו. השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק לשם התערבות בשיקול דעת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין ייעשה במקרים חריגים וקיצוניים בלבד, בהם ההחלטה עומדת בסתירה מהותית לעקרונות ההגיונות והצדק. זאת בשים לב לשיקול הדעת הרחב בעניין המוקנה לרשויות התביעה, הנובע בין היתר מהעובדה כי רשויות התביעה הן שצריכות להקצות את משאביהן לאכיפת הדין הפלילי; להן ניסיון בביצוע הליכי חקירה ובבחינת השיקולים הרלוונטיים להעמדת אדם לדין; ובידיהן הנתונים הרלוונטיים להחלטה אם נסיבות מקרה שלפניהן מצדיקות את העמדתו לדין של החשוד.

על כן, במקרים בהם רשויות התביעה בחנו את נסיבות המקרה תוך ששקלו את האפשרות לנקוט בהליכים חלופיים להליך הפלילי – ולבסוף החליטו באופן מנומק להעמיד אדם לדין, לא בנקל ייקבע כי ההחלטה להעמידו לדין לוקה בחוסר סבירות המקיים לזכותו הגנה מן הצדק.

10. באשר לזוהות הערכאה המתאימה לבחינת טענות אלו – אני סבור כי תפקידם הייחודי של בתי המשפט הדנים בהליך הפלילי תומך אף הוא במסקנה כי יש לאפשר במסגרת ההליך הפלילי עצמו, ביקורת שיפוטית על החלטות רשויות התביעה להעמיד אדם לדין.

שופטי הערכאות הדיוניות אינם נטע זר בהליך הפלילי, אלא חלק אינטגרלי ממנו והחלטות רשויות האכיפה והתביעה כפופות לביקורת שיפוטית החל משלב החקירה ועד לקביעת התוצאה המשפטית הראויה. לשופטים העוסקים באופן תדיר בתיקים פליליים ישנה התמחות בהליך הפלילי, כמו גם נקודת מבט ייחודית על ההליך, ועל התנהלות רשויות האכיפה והתביעה במגוון רחב של מקרים. זאת, באופן המאפשר השוואה בין התנהלות רשויות האכיפה והתביעה כלפי נאשמים שונים בהליכים שונים.

יש לזכור – על בתי המשפט הדנים בהליך הפלילי מוטלת האחריות למנוע פגיעה שלא לצורך בנאשמים – כך בכל הנוגע לניהול ההליך הפלילי בקצב מספק אשר ימנע את התארכותו שלא לצורך (ראו למשל ע"פ 7238/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (18.3.2020); בש"פ 3877/18 מדינת ישראל נ' אבו כאטר, פסקה 22 (18.5.2018); בש"פ 4120/19 מדינת ישראל נ' כטייר בן מאג'ד עודה, פסקה 24 (4.7.2019)); וכך כאשר עצם קיום ההליך מיותר, מאחר שניתן לסיימו בשלב מוקדם בהתקיים העילות המקדמיות הקבועות בחוק סדר הדין הפלילי.

11. על רקע חששות ביחס לאופן בו ניתן לשלב את בירורן של טענות אלו במסגרת ההליך הפלילי – ככל טענה מקדמית, ראוי כי טענה בדבר חוסר סבירות ההחלטה להעמיד נאשם לדין תתברר מוקדם ככל הניתן. אולם, ככלל, נאשם רשאי להעלות טענות מקדמיות בכל שלב, ובית המשפט מוסמך לדון בה בשלבים מאוחרים בהליך (סעיפים 150–151 לחוק סדר הדין הפלילי; ראו למשל ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (1.2.2010)). על כן, לבית המשפט הסמכות לדון בטענה שכזו בשלב מאוחר בהליך, לאחר שנפרסה בפניו התשתית העובדתית הנדרשת (ראו למשל ע"פ 6294/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 155 (20.2.2014); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 478 (מהדורה שנייה, 2009)). גם בהיבט זה, דומה כי חברי, השופט פוגלמן, אימץ את נימוקי (ראו בסעיף 68 לחוות דעתו).

מן הכלל אל הפרט

12. עודני סבור כי המקרה דנן אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם החלטת רשויות התביעה להעמיד נאשם לדין עולה כדי חוסר סבירות קיצוני.

זאת, בין היתר, בשים לב להיקף וטיב העבירות שיוחסו למבקש, אשר פנה עשרות פעמים לעובדי רשויות המדינה, קיללם וגידפם, והטיח בהם האשמות בדבר מעורבותם בשחיתות; בהתחשב בכך שבטרם הוחלט להעמידו לדין, נעשו כמה ניסיונות

להניאו ממעשיו הטורדניים; ולאור העובדה שהחלטה להעמידו לדין התגבשה רק לאחר ששב והפר צווים שיפוטיים שניתנו בעניינו.

בהינתן זאת, ההחלטה שלפיה נסיבות העניין בכללותן מצדיקות את העמדתו לדין של המבקש בגין הטרדה באמצעות מתקן בזק, אינה בלתי סבירה באופן קיצוני או אינה מידתית. על כן אין לפנינו מקרה המצדיק התערבות בהחלטת רשויות התביעה להעמיד את המבקש לדין בגין עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק, לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982.

הערה משלימה

13. בשלב זה הגיעה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט י' עמית. אתייחס בקצרה לדעה שהובעה על אודות החשש כי אימוצן של עילות הסבירות והמידתיות לתוככי דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק", תוביל לסרבול והתארכות ההליך הפלילי.

14. פערי הכוחות בין הנאשם למדינה במסגרת ההליך הפלילי גדולים עד מאוד, ואילו משמעות ההליך הפלילי עבור הנאשם – ובפרט ההחלטה להעמידו לדין, הרת גורל:

"החלטה הקשורה בהעמדה לדין עניינה דיני נפשות. היא משפיעה על הפרט, ועל זכויותיו החוקתיות לחירות, לפרטיות, ולשמו הטוב. היא משפיעה על הליכי אכיפת החוק ועל דרכי יישומו של ההליך הפלילי. היא משליכה על מידת האמון שהציבור רוחש לחוק ולמערכות אכיפת החוק" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 70 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (26.2.2008)).

אסור אפוא כי בשם החתירה לקיצור וייעול ההליך הפלילי ומיקודו בבירור ראייתי על אודות אשמתו של הנאשם, נסיג את הדין הפלילי שנים רבות לאחור בכך שנראה, גם אם במשתמע, בטענות נאשמים כגון טענה ל"הגנה מן הצדק" כטענות משניות שיש להסירן מן הדרך מהר ככל שניתן.

15. אשר לנחיצות עילת ה"סבירות" – מטבע הדברים יש לצפות כי מקרים בהם ההחלטה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף עד שיש בו כדי לעמוד בסתירה מהותית עם עקרונות הצדק וההגינות, הם נדירים ביותר. עם זאת, בית משפט זה בוחן מדי יום את פעולותיהן של הרשויות השונות במשקפי מבחני הסבירות והמידתיות. רובם

הגדול של הליכים אלו – נדחים, חלק משמעותי מהם נדחה על הסף. נדירות הן העתירות המוגשות לבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק אשר נעדר מהן טיעון כי החלטה מסוימת שהתקבלה אינה "סבירה". המקרים בהם עילה זו ניצבת לבדה ויש בה כדי להצדיק את מתן הסעד המבוקש, אינם רבים. עם זאת, אין אנו מסיקים מכך שמדובר בטענה "מסרבית" שאין מקום כלל לאפשרה.

בית משפט זה למד ולומד מדי יום לאזן נכונה בין גישה המאפשרת לנאשמים להעלות את טענותיהם, לבין הימנעות ממתן פתח להתנהלות שייתכן שתגרום להתמשכות שלא לצורך של המשפט הפלילי. אותם מקרים בהם הוכר הצורך לאפשר לנאשם לטעון טענות מסוג זה – אשר חורגות מגדרי בחינת אשמתו של הנאשם בהתאם לחומר הראיות, הם שהדגימו את החיוניות בטענות מהסוג האמור. העובדה שעלולה להיגרם כתוצאה מכך מעת לעת התמשכות של ההליך, אין בה כדי להצדיק שקילתן של ביטול זכויות המהוות זכויות יסוד לנאשמים ואשר נבנו דורות על דורות.

16. לכך אוסיף, כי כפי שכבר ציינתי וכאמור גם בעמדת חברי השופט ע' פוגלמן (פסקה 51 לחוות דעתו) – הפסיקה הכירה בעבר לא פעם באפשרות לבחון את סבירות החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק – כך שעמדה המבקשת לבלום טענות אלו כעת, היא שמשנה את הדין המצוי.

17. המשמעות של העמדה האמורה היא חסימת נאשם מלהעלות טענת הגנה מסוימת, שהיא למעשה טענת ראי לטענה אשר ניתן היה להעלות "נגדו" אילו הייתה מתקבלת החלטה שלא להעמידו לדין. לגישתי, אף אם מדובר במקרים נדירים, יש שיגידו נדירים ביותר, בהם דווקא טענה זו בדבר חוסר סבירות קיצוני יש בה כדי לסייע לנאשם – אין הצדקה למנוע זאת.

18. סוף דבר, אני סבור כאמור כי ניתן לטעון נגד סבירות ומידתיות החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין, במסגרת טענה להגנה מן הצדק; כי טענה זו תדון על ידי בית המשפט הדן בהליך הפלילי; וכי לגופו של עניין, הרשעת המבקש ועונשו – כפי שנקבעו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – יעמדו על כנם.

1. אני מסכימה לחוות דעתו המנומקת של חברי השופט ע' פוגלמן וכן להערותיו של חברי השופט י' אלרון בדבר היותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק "האכסניה הדוקטרינרית" המתאימה להעלות טענות הנוגעות לסבירות ומידתיות ההחלטה על הגשת כתב אישום.

2. אכן, ככל רשות שלטונית אחרת, רשויות התביעה מחויבות לפעול בהתאם לכללי המשפט המנהלי והן כפופות לביקורת שיפוטית. לעניין זה, יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 508 (1990):

"שיקול-דעתו של תובע הינו שיקול-דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדל"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [...] על הפעלתו של שיקול-דעת זה חלות – בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ותוך הרמוניה עימן – ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי. על-כן חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלוואנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות".

העיקרון לפיו "העילות הפוסלות אקט מינהלי חלות על כל סמכות שלטונית ברשות המבצעת" (שס, בעמ' 527) הוא עקרון בסיסי במשפט המנהלי. לפיכך, יש קושי לקבל את הגישה הגורסת כי החלטה על הגשת כתב אישום שמועלות כנגדה טענות בדבר חוסר סבירות והיעדר מידתיות – שהן עילות מוכרות ומושרשות במשפט המנהלי – תזכה לחסינות מביקורת שיפוטית. זאת בייחוד בהינתן העובדה שאותה החלטה עשויה לשנות לבלי היכר את חייו של נאשם, תוך פגיעה בזכויות היסוד שלו (ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505, 517-518 (1999)).

3. זאת ועוד – בעבר ניתן היה להעלות טענות בדבר פגמים בשיקול דעת התביעה בעילות אלה בפני בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, עד שבא פסק הדין בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (6.2.2006) (להלן: עניין ניר עם כהן) וקבע כי "על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים [...] דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו" (שס, בפסקה 5; ראו גם: בג"ץ 7731/12 י.ב. ורד הכרמל נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (14.1.2013)). קביעה זו נועדה לתעל את הנאשם אל הערכאה המתאימה לבירור טענות בדבר פגמים שנפלו בהחלטה על הגשת כתב אישום. היא לא נועדה לצמצם את היקף

הטענות שנאשמים יכולים לטעון. פרשנות אחרת של פסק הדין בעניין ניר עם כהן משמעה שהדרך שאליה הופנו נאשמים שם, הינה למעשה דרך "ללא מוצא", שכן האפשרות לטעון את טענותיהם בפני בג"ץ נחסמה בהתקיים "סעד חלופי" ואילו בבואם אל הערכאה הפלילית הדיונית שאליה הופנו, לא יתאפשר להם להעלותן (ראו והשוו: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקה 58 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (1.3.2017)).

במהלך הדיון בהליך דנן ביום 29.6.2021, הבהירה באת-כוח המדינה כי גם לגישת המדינה יש לאפשר לנאשם לטעון כל טענה במסגרת ההליך הפלילי – לרבות טענות הנוגעות לסבירות ומידתיות ההחלטה על הגשת כתב אישום (עמ' 20 לפרוטוקול הדיון). לפיכך, הסוגיה העקרונית בדבר מתן אפשרות לנאשם להעלות טענות של חוסר סבירות והיעדר מידתיות בפני הערכאה הדיונית הדנה בכתב האישום, למעשה, אינה שנויה במחלוקת בין הצדדים להליך.

4. בעניין ניר עם כהן נמנע בית המשפט מקביעת מסמרות באשר למה שכינה חברי השופט פוגלמן "האכסניה הדוקטרינרית" שבגדרה ניתן להעלות טענות בנוגע לפגמים בשיקול דעת התביעה, ובלשון בית המשפט שם: "איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנזכרים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית" (שם, בפסקה 4). בהליך שלפנינו התעוררה השאלה – האם ניתן לראות בטענות בדבר חוסר סבירות והיעדר מידתיות המועלות נגד ההחלטה על העמדה לדין, טענות הבאות בגדרי דוקטרינת ההגנה מן הצדק או שמא יש לראותן כטענות עצמאיות מתחום המשפט המנהלי, הפורצות נתיב דוקטרינרי חדש שיש שכינוהו "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" (רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015)).

בהקשר זה מקובלת עליו עמדת המדינה (בפסקאות 11-12 להשלמת הטיעון מטעמה) לפיה קיים קושי באימוץ המשפט המנהלי כמות שהוא – ללא כל התאמה – אל תוך המשפט הפלילי, בפרט נוכח ההבדל הניכר במהותם של שני הדינים, בפרוצדורות הנהוגות בהם ובסעדים האופייניים להם (בהקשר זה ראו: רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקה 97 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי)). לפיכך, כחבריי השופטים פוגלמן ואלרון, אף אני סבורה כי יש להעדיף את "האכסניה הדוקטרינרית" של הגנה מן הצדק, שאף מעוגנת היום בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). במסגרתה ניתן לבחון את

עילות הסבירות והמידתיות שמקורן במשפט המנהלי, בשינויים המחויבים הנגזרים מאופיו ומהותו של ההליך הפלילי, ובתלמים שכבר נחרשו בפסיקה לגבי המבחנים שיש להחיל לצורך יישומה של הדוקטרינה.

5. סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, שבו מעוגנת כיום דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מאפשר לבית המשפט להתערב במצבים שבהם "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". הדוקטרינה מקנה לבית המשפט כלי חשוב [...] המאפשר לבקר את אופן פעולת רשויות האכיפה ולאזן בין ערכי הצדק, ההגינות וזכויותיו הדיוניות של הנידון בהליך הפלילי, לבין הערכים, השיקולים והאינטרסים העומדים בעצם ניהול ההליך" (עניין ורדי, בפסקה 58 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר). דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שעל התפתחותה לאורך השנים מהגנה פסיקתית להגנה סטוטורית, עמד חברי השופט פוגלמן בהרחבה בחוות דעתו, מתייחסת כיום למגוון רחב של מקרים שבהם נפל פגם חמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה, ובכללם: מעורבות הרשויות בביצוע העבירה (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)); אכיפה בררנית (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)); ושיהוי כבד בניהול החקירה או בהגשת כתב האישום (עניין ורדי). לצד עילות אלה, הכיר בית משפט זה לאחת באפשרות להידרש בגדרי הדוקטרינה של הגנה מן הצדק גם לסבירות החלטת הרשות להעמיד את הנאשם לדין. ביטוי לכך ניתן למצוא בשורה של פסקי דין, ובראשם עניין בורוביץ, שם נקבע כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בביורור ממיתחם הסבירות" (שם, בעמ' 808; ראו גם: ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 29-31 לפסק דינו של השופט פוגלמן (10.9.2013); רע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 63 (31.10.2018)).

6. הנה כי כן, עם השנים תורגם המבחן המופשט של פגיעה ממשית "בתחושת הצדק וההגינות" (עניין בורוביץ, בעמ' 806), לפגמים קונקרטיים אשר דומים במהותם לעילות קיימות מתחום המשפט המנהלי. פגמים אלה נבחנים בגדרי הדוקטרינה, בהקשר הייחודי של ההליך הפלילי המסוים ובהתחשב בכלל האינטרסים הציבוריים הנוגעים להליך זה. המבחן התלת-שלבי שפותח בהקשר זה בפסיקה ונותר בתוקפו גם לאחר חקיקת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (ע"פ 5672/05 טגר נ' מדינת ישראל, פסקה 111 (21.10.2007)), מורנו כי גם אם נמצא בשלב הראשון שנפל פגם בהחלטה על הגשת כתב אישום, יש להוסיף ולבחון בשלב השני האם קיום הליך פלילי חרף הפגם האמור, יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות; ואף אם התשובה לשאלה זו היא בחיוב,

יש לבחון בשלב השלישי מהו הסעד המתאים בנסיבות העניין, ובמסגרת זו ניתן, בין היתר, להורות על ביטול כתב האישום או תיקונו או להתחשב בפגם שנפל בהתנהלות התביעה, בעת גזירת העונש (ראו: עניין בורוביץ, בעמ' 807-808).

7. עד כאן באשר ל"אכסניה הדוקטרינרית" ולמבחנים החלים במסגרתה. בשונה מחברי השופט אלרון, אינני סבורה כי במסגרת ההליך דנן יש לקבוע מסמרות באשר לקשת המצבים שבהתקיימם עשויה לקום לזכות נאשם טענת הגנה מן הצדק בשל חוסר סבירות. יש לזכור כי לגורמי התביעה מסור על פי סעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי שיקול דעת רחב בכל הנוגע להעמדה או אי-העמדה לדין. לפיכך, ההתערבות השיפוטית בהחלטות רשויות התביעה בעניינים אלה שמורה למקרים חריגים בלבד (בג"ץ 1689/02 נימרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 55 (2003)). לכך יש להוסיף כי הפסיקה הבחינה בהקשר זה בין החלטה להימנע מהעמדה לדין בשל היעדר "עניין לציבור" ובין החלטה להימנע מהעמדה לדין בשל היעדר ראיות מספיקות. כך למשל צוין בבג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל, פ"ד נט(1) 199, 209 (2004) כי בעוד "[...] בהחלטות מן הסוג הראשון יימנע בית-המשפט מלהמיר את שיקול-דעתו של היועץ המשפטי בשיקול-דעתו שלו, ויראה להתערב רק במקרים שבהם שוכנע כי החלטת היועץ המשפטי היא בלתי סבירה בעליל, הרי שבביקורת קביעתו של היועץ המשפטי כי הראיות המצויות אינן מספיקות להגשת כתב-אישום, ינהג בית-המשפט מידת ריסון כפולה ומכופלת".

הבחנה זו יפה גם ככל שהביקורת מכוונת כלפי החלטה בדבר העמדה לדין, שאף לגביה נפסק כי על דרך הכלל יימנע בית המשפט מהתערבות בשאלת דיות הראיות, הנתונה באופן מובהק להכרעת רשויות התביעה (בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 659, 666 (2000)).

8. נוכח האמור לעיל, אני סבורה כי יש למקד את בחינת סבירות ומידתיות ההחלטה להגיש כתב אישום לסוגיות הנוגעות לאינטרס הציבורי שבבסיס ההחלטה, ואף זאת תוך הגבלת ההתערבות בשיקול דעת רשויות התביעה בהקשרים אלה, למקרים חריגים בלבד (עמדה דומה הובעה אף על ידי באי כוח המבקש והסניגוריה הציבורית במהלך הדיון ביום 29.6.2021, וראו עמ' 3-4, 13 לפרוטוקול הדיון). בכך יש אף כדי להפחית את החשש מסרבול ההליך הפלילי (השוו: עע"מ 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים, פסקה 20 (6.7.2020)), שכן טענות הנוגעות לסבירות ומידתיות שאין בהן ממש ושאינן מתקרבות לרף הגבוה הנדרש לצורך התערבות בשיקול דעת התביעה, תוכלנה להידחות על אתר.

9. בשולי הדברים אציין כי אין ממש בטענת המבקש לפיה פסק הדין נושא הדיון הנוסף מבטל את מוסד התקיפה העקיפה. כפי שהבהיר חברי השופט פוגלמן (בפסקאות 20-23 לחוות דעתו), טענות בדבר פגמים בהגשת כתב האישום, שבהן מתמקד הדיון הנוסף שלפנינו, אינן נמנות עם סוג ההחלטות שאת חוקיותן נהוג לתקוף בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, מכוח הסמכות שבסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. זאת, משום שהן אינן נוגעות לנורמה כללית (חקיקה ראשית, חקיקת משנה או הנחיה של פרקליט המדינה) ואף לא להחלטה שהיא "חיצונית" להליך הפלילי (ראו, בין היתר: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000); רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל (7.3.2013); רע"פ 8182/18 מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.2020)). לפיכך, אף אני סבורה כי אין בענייננו כדי להשפיע על האפשרות הקיימת בדין להעלות טענות במסגרת תקיפה עקיפה במקרים המתאימים לכך.

10. אשר לעקרון השיוריות בפלילים – אין עוררין על עקרון חשוב זה, לפיו השימוש בדין הפלילי ראוי כי ייעשה כמוצא אחרון ולאחר שמוצו כל החלופות האחרות שאינן פליליות (בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 22-24 (12.7.2010)). עקרון השיוריות בפלילים, אף שאינו מקים עילה עצמאית לביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה, מקבל ביטוי במסגרת עילת המידתיות – שאותה ניתן לבחון כאמור במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עמד על כך חברי השופט פוגלמן (בפסקה 98 לחוות דעתו), בציינו כי עילת המידתיות כוללת בתוכה גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, המאפשר לוודא כי הפניה למסלול הפלילי תיעשה רק מקום שבו אין בנמצא כלים אחרים שיגשימו במידה זהה או דומה את מטרת ההעמדה לדין. ואולם, כפי שהובהר בעניין שוורץ – "ברוב המקרים של המקרים, בהם יש די ראיות לשם העמדה לדין פלילי, עצם העמדה לדין פלילי תהיה מידתית מבחינת הפגיעה בזכויותיו של הנאשם" (שם, בפסקה 25).

11. באשר לנסיבות ענייניו של המבקש, כחבריי השופטים פוגלמן ואלרון אף אני סבורה כי הגם שברמה העקרונית יש מקום להעלות טענות בדבר חוסר סבירות והיעדר מידתיות כלפי החלטה להגיש כתב אישום בגדר דוקטרינת ההגנה מן הצדק, במקרה דנן בהינתן ריבוי המקרים שבהם עלב המבקש בפקידי ציבור על פני תקופה ארוכה, ובשים לב לכך שהפר צווי הרחקה שהוצאו נגדו – לא נפל פגם בהחלטה על העמדתו לדין בגין עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982. לפיכך, אני מצטרפת אל המסקנה כי יש להותיר על כנה את התוצאה האופרטיבית של פסק הדין נושא הדיון הנוסף.

12. אחר דברים אלה עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין, אשר התייחס בה, בין היתר, למקומה של עילת הסבירות בשיטתנו המשפטית באופן כללי (תוך הפניה לפסיקתו ולמאמרו של חברי השופט נ' סולברג). לעמדת השופט שטיין "בשני העשורים האחרונים" פותחה מתכונת חדשה של עילת הסבירות אשר "מאפשרת לשופט להיכנס לנעלי הרשות המבצעת ולעשות בהחלטה כטוב בעיניו" (פסקה 7 לחוות דעתו). כפי שציין חברי השופט י' עמית, דברים אלה חורגים מיריעת המחלוקת אשר נדונה בהליך דנן, אך משנכתבו ראיתי להעיר כי בניגוד לעמדת חברי השופט שטיין, לאמיתו של דבר העקרונות המנחים ביחס לעילת הסבירות אשר נקבעו בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980) (להלן: עניין דפי זהב), נותרו בעינם והם מיושמים בפסיקה מאז ועד היום.

13. מאז שנפסקה הלכת דפי זהב חלפו למעלה מארבעים שנים, ואולי לא למותר לשוב ולהזכיר את עיקריה: עילת הסבירות "[...] עומדת על רגליה היא ומכוחה ייפסל שיקול דעת מינהלי בלתי סביר, גם אם תוצאתו אינה החלטה שרירותית, וגם אם ההחלטה התקבלה בתום לב תוך שקילת כל הגורמים הנוגעים לעניין וגורמים אלה בלבד" (שם, בעמ' 439); במסגרת בחינת סבירותה של ההחלטה יש לוודא כי הרשות המנהלית העניקה משקל ראוי לשיקולים השונים שהיה עליה להתחשב בהם בהחלטתה (שם, בעמ' 445); בית המשפט יתערב אך באותם מצבים שהרשות חרגה ממתחם הסבירות "ולא יחליף את שיקול הדעת המינהלי בשיקול דעתו הוא" (שם, בעמ' 443); ולצורך התערבות שיפוטית יש להצביע על חוסר סבירות מהותי או קיצוני (שם, בעמ' 443-444).

לאורך עשרות השנים שחלפו מאז, לא חל כל שינוי בעקרונות הללו שנקבעו בעניין דפי זהב, והם משמשים בסיס לפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לעילת הסבירות גם כיום. על פי עקרונות אלה נקודת המוצא לביקורת השיפוטית המינהלית הייתה ונשארה כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעת הרשות המוסמכת בשיקול דעתו שלו ולא יבוא בנעליה ויקבע במקומה את ההחלטה הטובה בעיניו. עקרון בסיס זה חוזר ונשנה בפסיקת בתי המשפט והדוגמאות הממחישות זאת רבות מיני-ספור. כך למשל הובהר כי "בית המשפט אינו בוחן אם ניתן היה לקבל החלטה נכונה יותר, ראויה יותר, יעילה יותר, טובה יותר. כל עוד ההחלטה שנבחרה מצויה במתחם הסבירות, אין מקום להתערבות בית המשפט" (בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב (3) 445, 511 (2007); ראו גם: בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 35 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.7.2017); בג"ץ 4838/17 אוניפארם בע"מ נ' מנהל רשות הגז הטבעי, פסקה 32

(4.1.2018)). כמו כן, נפסק לא אחת כי לצורך התערבות בשיקול דעתו של הגורם המוסמך יש להצביע על אי-סבירות קיצונית (ראו מיני רבים: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה מ"ו לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (27.3.2016); רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 24 לחוות דעתו של השופט עמית (19.1.2017); בג"ץ 6637/16 לונשטיין לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן (18.4.2017)).

14. במסגרת "גבולות הגזרה" הללו, שנבעו כאמור בעניין דפי זחב, התגבש לאורך השנים "קורפוס מקיף של כללים ואמות מידה ליישומה [של עילת הסבירות] המצמצמים במידה רבה את אי-הוודאות של הכלל במתכונתו הראשונית-המופשטת" (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 4 לחוות דעתי (12.2.2015)). באופן זה התעצב, בין היתר, גם הכלל שעליו עמדתי לעיל לפיו ההתערבות בהחלטות גורמי התביעה בענייני העמדה לדין שמורה למקרים חריגים בלבד.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

1. דיון נוסף זה מעלה סוגיות רחבות ועקרוניות. במרכזן מצוי הקשר בין המשפט הפלילי והמשפט המינהלי. הליך פלילי נגד נאשם מנוהל בידי רשויות התביעה, שמקבלות החלטות שונות במסגרת ההליך. כיצד יש להשקיף על החלטות אלה, ובכללן ההחלטה להגיש כתב אישום? מהו המסלול שבו על נאשם לפסוע, כאשר הוא מסתייג מהחלטה של הרשות התובעת במסגרת ההליך הפלילי? עניין זה רב חשיבות, במיוחד ביישום הדברים הלכה למעשה. וביתר דיוק: מניעת יישום לא ראוי של הדברים.

אפסע בדרך שכבש חברי, השופט י' אלרון, ואתייחס לשלוש השאלות שהציב בחוות דעתו בהליך זה, אף כי בסדר שונה. ראשית, הערכאה. באיזה בית משפט ובאיזה הליך יש לדון בטענות נאשם נגד ההחלטה להעמידו לדין. שנית, המסגרת המשפטית. מהי האכסניה המשפטית הנכונה שדרכה יש לבחון את טענות הנאשם. שלישית, עילות הסבירות והמידתיות. כיצד יש להתייחס לטענת נאשם כי ההחלטה להעמידו לדין אינה סבירה או מידתית. כחלק מהדיון בשאלה האחרונה, ולשם המחשת הטענות, אתייחס גם לשתי נקודות נוספות: אחת, כיצד יש לבחון טענה של נאשם כי אין מקום להעמידו לדין

פלילי נוכח קיומם של צעדים שאינם פליליים שניתן לנקוט נגדו, שחומרם פחותה מזו של הליך פלילי. שנייה, התייחסות להליך שנערך בבית המשפט המחוזי בתיק זה.

2. הערכאה. התשובה לשאלה היכן על נאשם להעלות את טענותיו נגד ההחלטה להגיש נגדו כתב אישום ברורה בעיניי: הערכאה הדיונית שבה מתנהל ההליך הפלילי – בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי לפי העניין. כך עולה מבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (6.2.2006) (להלן: עניין ניר עם כהן): "הסוגיה העיקרית אשר מתעוררת במקרה דנא הינה סוגיה מקדמית הנוגעת לשאלה איזו היא הערכאה המוסמכת לבחון את חוקיות ההליך שקדם להגשת כתב אישום... סבורים אנו כי דרך המלך להעלות טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו" (שם, פסקאות 4-5). כפי שצוטט – השאלה המרכזית שעמדה להכרעה באותו עניין נגעה לערכאה שבה על נאשם להעלות את מכלול טענותיו. אמנם אין לומר, מבחינה דוקטרינרית, כי לבית משפט זה אין סמכות לדון בטענות מעין אלה; אך כפי שנקבע בעניין ניר עם כהן, האפשרות לפנות לערכאה שדנה בהליך הפלילי היא בבחינת סעד חלופי, שקיומו סולל את הדרך לדחיית העתירה לבג"ץ על הסף תוך הפניית העותר להליך הפלילי.

מדוע זה המצב? מי הסמיך את בית משפט השלום, למשל, לדון בטענות נגד ההחלטה להגיש כתב אישום? האם בכך הוא הופך למעין "בג"ץ קטן"? התשובה לשאלות אלה היא שהערכאה שדנה בהליך הפלילי מוסמכת לדון בהתאם להוראות הדין הפלילי, ובכללן גם הוראות בדבר האופן שבו על הרשויות לפעול קודם להגשת כתב האישום. הוראות אלה הן המעטפת של ההליך הפלילי, ולפיכך הגורם המתאים ביותר להידרש לטענות ביחס אליהן הוא בית המשפט הדן בהליך הפלילי, בהתאם לסמכויות שמוקנות לו בחוק לדון בעניינים פליליים. לכך משמעות שתורחב בהמשך. בשלב זה נסתפק בהערה הבאה: הקביעה כי הערכאה המתאימה היא בית המשפט שדן בפלילים אינה מבטאת רק שיקולי נוחות. היא נובעת מן התפישה שהטענות הן, במהותן, טענות שצבועות בצבעי ההליך הפלילי. זוהי מהותן, ולפיכך בית המשפט שלו המשקפיים הטובים ביותר להעריכן ולהכריע בהן הוא בית המשפט הפלילי. כך, מתוקף תפקידו לנהל את המשפט הפלילי ועל פי "מבחן ההקשר". ההחלטה איזו ערכאה תדון באילו טענות בוודאי מתחשבת בשיקולים מעשיים, אך נדבך הכרחי הוא גם התאמה מהותית בין מעמד הערכאה וטיב הטענות. שיקול מרכזי הוא כי מקום המשפט הוא הדין הפלילי. זהו השביל וזו הדרך.

3. המסגרת המשפטית. השאלה השנייה היא מהי האכסניה המשפטית – בגדרי ההליך הפלילי – שדרכה נכון לבחון טענת נאשם כי יש לבטל את כתב האישום שהוגש נגדו. אף כאן התשובה ברורה בעיניי, ונטועה בחקיקה הפלילית עצמה. סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 שמכונה בשיטתנו "הגנה מן הצדק", קובע כי "לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן – הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". החוק מונה טענות מקדמיות נוספות שיכולות לשמש עילה לביטול כתב האישום, כגון סעיף 149(3), שקובע את הטענה המקדמית של "פגם או פסול בכתב האישום". ברם, דרך מרכזית יותר, מכוח הניסוח הרחב שבו בחר המחוקק – "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" – היא הגנה מן הצדק.

מדובר במבחן בעל רקמה פתוחה, שמאפשר פיתוח של הדין בפלילי על סמך עקרונותיו. לא בכדי התפתחו במסגרת מבחן זה הדוקטרינות של אכיפה בררנית, שוויון בין נאשמים, אחידות הענישה או שיהוי קיצוני. אלה עילות שמתאימות למשפט הפלילי, ולכן כל אחת מהן בעלת מעמד במסגרת טענה של הגנה מן הצדק. אך לא רק במסגרת זו. יושם אל לב כי עילות אלה רלוונטיות ובעלות משקל גם לעניין העונש. לאמור, אין זה נדיר כי סנגור יטען כשיקולים לעניין העונש את הטענות האמורות. טענות אלה, לא פעם ולא פעמיים, מקבלות ביטוי בגזר הדין ובתוצאה שאליה מגיע בית המשפט בהליך הפלילי. לעיתים עילות אלה מכונות "הגנה מן הצדק" גם כאשר ביטויין הוא במסגרת הענישה, ולא דווקא במישור של ביטול כתב האישום. כך או כך, הנקודה היא כי העילות האמורות אלה התפתחו במשפט הפלילי מכוח התאמתן להליך מעין זה. התאמה זו טבעית וראויה.

4. ההגנה מן הצדק אומצה תחילה בפסיקת בית משפט זה, שעשה שימוש במבחני הדוקטרינה האנגלית: ההגנה הוענקה במקרים קיצוניים, שבהם כתב האישום הוגש ממניעים זרים ובלתי ראויים ובניגוד לדרישת טוהר ההליך והגינותו (ע"פ 2910/94 י"פ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 372 (1996) (להלן: עניין י"פ)). בהמשך הרחיבה הפסיקה במידה משמעותית את תחולת הדוקטרינה, תוך פתיחת הפתח להעלאת הטענה גם במקרים שבהם נפגעה הגינות ההליך מסיבה שאינה קשורה בהכרח להתנהלות הרשות (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 807 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)).

ההתפתחות הבאה הייתה חקיקת סעיף 149(10) שצוטט לעיל. הלשון שבה בחר המחוקק – "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" – אינה מדגישה דווקא

את התנהלות הרשות, אלא בוחנת את ההליך עצמו. כמובן, לאחר שהדוקטרינה של הגנה מן הצדק אומצה בידי המחוקק, לשון החוק היא הקובעת. אכן, יש קשר בין החוק לפסיקה שקדמה לו. עם זאת, המחוקק לא בחר את המבחנים שנקבעו בהלכת יפת, כגון התנהגות שערורייתית מצד הרשות או התעמרות באזרח, אלא מבחן של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות. הגם שיש קשר בין המבחן החוק למבחן שנקבע בעניין בורוביץ – "מבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק" או "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות" – מבחנים אלה אינם חופפים (ראו רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לחוות דעתי וההפניות שם (9.1.2014)). עיון בהצעת החוק מלמד כי ועדה בראשות השופטת מ' נאור הציעה שתי אפשרויות לגבי נוסח הסעיף – סתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות, או סתירה מהותית לעקרונות כאמור (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 143, 138). בסופו של דבר נבחר הנוסח השני שהוצע.

בחירה זו מתבקשת מדרך התפתחותו של ההליך הפלילי בשנים האחרונות. הזכות למשפט הוגן עומדת בלב הדין הפלילי (ע"פ 7535/17 בקשי דורון נ' מדינת ישראל, פסקאות 30-31 לחוות דעתי (25.5.2021) (להלן: עניין בקשי דורון)). ככלל, האיזונים שנערכים בהליך הפלילי רגישים מאוד. מחד גיסא, ישנו האינטרס הציבורי, שניתן לכנותו על פי המשפט הפלילי העברי "וביערת הרע מקרבך" (דברים יז, ז). מאידך גיסא ניצבות זכויות הנאשם, לרבות חזקת החפות כל עוד לא הוכחה העבירה מעבר לספק סביר – "ונקי וצדיק אל תהרוג" (שמות כג, ז). זהו המתח המכונן של המשפט הפלילי: בין זכויות הנאשם, תוך הכרה במעמד המדינה, הכתם וההרשעה, ובין האינטרס הציבורי שאדם לא יהיה קרבן לעבירה תוך פגיעה בחירותו או בזכויות בסיסיות אחרות. יש להקפיד על המבחן שקבוע בחוק, שמעייניו מופנים כלפי עקרונות הצדק וההגינות של ההליך הפלילי. מבחן זה הוא פרי נסיון ורגישות לאיזונים הראויים. זהו המבחן, ולא מבחנים אחרים. לנושא זה אדרש כעת, במסגרת השאלה השלישית שהוצגה למעלה.

5. עילות הסבירות והמידתיות. נראה שביחס לשתי השאלות הראשונות שהוצגו קיימת הסכמה רחבה יחסית בין חבריי. הערכאה שבפניה ראוי לטעון כי יש לבטל את כתב האישום היא בית המשפט שדן בהליך הפלילי. בהליך כזה, האכסניה המתאימה לדיון בטענות היא הגנה מן הצדק, אלא אם קיים מקור חקיקה מתאים יותר, כגון התיישנות, חסינות או חנינה (סעיפים 149(7)-149(9) לחוק סדר הדין הפלילי). ביחס לשאלה השלישית, לעומת זאת, נפלה מחלוקת: מהו מקום העילות של סבירות ומידתיות, והאם ניתן להעלותן נגד החלטת רשויות התביעה במסגרת ההליך הפלילי, בטענה שחוסר

סבירות או העדר מידתיות מקימים הגנה מן הצדק? ושוב מזדקרת השאלה מהו הקשר בין המשפט הפלילי והמשפט המינהלי בשדה של ההליך הפלילי.

להשקפתי, במסגרת ההליך הפלילי יש לדבוק בכללי המשפט הפלילי. הדגש בסעיף 149(10) הוא בצדק ולא בסבירות, בהגינות ולא במידתיות. תחומי המשפט רבים הם, ואך טבעי הוא כי שופט או מלומד משפט – שעוסקים במסגרת עשייתם המשפטית במספר תחומי משפט – מוצאים קווי דמיון ובסיס להשוואה בין שני תחומים שונים. אכן, השאיפה ל"עקרון על" משפטי מפתה היא. כך בדומה למדעי הטבע, שבהם נעשים בעשרות השנים האחרונות נסיונות למצוא תיאוריה אחת – "תיאוריית שדה מאוחד" – שבכוחה לקשור בין כל הכוחות הפיזיקליים הפועלים ביקום, כגון כוח הכבידה, הכוח האלקטרומגנטי או הכוח הגרעיני. חרף המאמצים טרם עלה בידם של מדענים להוכיח את קיומה של תיאוריה כזו. אלברט איינשטיין הקדיש שנים רבות לנסיון – שלא צלח – לפתחה. באופן דומה, גם במדעי המשפט קיימת הפרדה בין תחום לתחום. כמובן, ההשוואה הובאה לשם ההמחשה, ולא כדי להעלות טענה אונטולוגית או נטורליסטית לפיה ניתן ללמוד מעולם הטבע לעולם הנורמות. העניין הוצג כדי לחדד את הטענה שלכל תחום משפט הכללים המתאימים למידותיו, ולא תמיד ניתן או ראוי להשתמש בכלים שפותחו במסגרת ענף אחד של המשפט כדי לפתח ענף אחר שלו. הדבר עלול להטעות, ואף לנתק את הענף מהשורשים מהם הוא יונק. ההליך הפלילי עומד על רגליו שלו. הוא חלק מרכזי מהמשפט הפלילי, ואין להפכו לפרק ב"סוגיות מיוחדות במשפט המינהלי".

6. המשפט האזרחי אינו דומה למשפט המינהלי, וזה אינו דומה למשפט הפלילי, שאף הוא אינו דומה לדיני המשפחה. חוסר ההבחנה בין תחומי המשפט השונים, תוך טשטוש גבולותיהם, עלול לפגוע ביעדי הדין ותכליותיו. בדיני הנזיקין כלי מרכזי להערכת האחריות ברשלנות הוא "האדם הסביר". בדיני החוזים נבחנת התנהגותם של הצדדים במשקפיים של "תום לב". במשפט המינהלי חלה עם השנים עלייה בקרנה של עילת ה"סבירות". למשפט הפלילי, לעומת כל אלה, עקרונות משלו. החובה לנהל את המשפט הפלילי לפי העקרונות המיוחדים לו חזקה במיוחד בשיטת משפט חוקתית, שחייבת לשים דגש מיוחד בזכויות אדם. אלה רלוונטיות לכל ענפי המשפט, ואולם במשפט הפלילי – ורק בו – עלול הנאשם להיות מוכתם בכתם של הרשעה ואף ענישה, לרבות האפשרות של נשיאה במאסר. המשפט המינהלי, לעומת זאת, מתרכז באופן התנהלותה של הרשות. גם במסגרת המשפט הפלילי והדאגה לזכויות נאשם יש מקום לבחינת החלטות הרשות. אך זאת יש לעשות באופן הנכון למשפט הפלילי ולמטרותיו. סבורני כי פיתוח הדין הפלילי על פי כללי המשפט המינהלי עלול להכביד עליו ולכוונו למקומות אחרים מזה שנתכוון להם. אם כבר, הפיתוח צריך להיות

באמצעות כליו של המשפט החוקתי. תחום אחרון זה רלוונטי לכל ענפי המשפט מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מאירת עיניים העובדה שעד לשנות התשעים, השתמש בית המשפט במונח "כבוד האדם" באופן כמעט בלעדי בהקשר של הגנה על חשודים, נאשמים או אסירים: האיסור המוטל על רשויות החוק להכות, להשפיל ולאיים על נחקר במהלך חקירה (ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 225, 232 (1966); ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, 381 (1979); ביצוע חיפוש פנימי בעצירים או אסירים בעל כרחם או שלילת טיפול רפואי מתאים מהם (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 297 (1980); ע"א 4/82 מדינת ישראל נ' בן אריאל, פ"ד לז(3) 201, 207 (1983); או זכותו של אסיר להתייחד עם בת זוגו (בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 490 (1987)). יוער כי ההקשר הבולט הנוסף שבו נעשה שימוש במונח זה הוא הזכות של אישה שבן זוגה לא יכפה עליה יחסי מין באימים (ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(4) 200, 219 (1964)). הנה הקשר ההדוק בין המשפט הפלילי וזכויות חוקתיות (וראו גם בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995)). התייחסתי לנושא זה בהרחבה בעניין בקשי דורון, שם קבעתי כי במשפט הפלילי מתבטא המישור החוקתי לאו דווקא בתקיפה ישירה של החקיקה בבג"ץ, אלא ב"ביקורת חוקתית דינמית": בחינה קונקרטיה וספציפית של נסיבות המקרה בראי זכויות היסוד החוקתיות. כך בשונה, למשל, משיטות משפט אחרות, שבהן – בניגוד לשיטה הישראלית – מפורטת מגילת הזכויות החוקתיות של החשוד והנאשם עלי חוק או חוקה (למשל זכות השתיקה בחוקה האמריקאית, הקנדית והדרום אפריקאית. ראו הפירוט שם, פסקה 30 לחוות דעת). כפי שכתבתי שם, הדרך של ביקורת חוקתית דינמית במשפט הפלילי הישראלי מחייבת את בית המשפט "לקחת אחריות" ולהשלים את שלא פירשה הרשות המכוננת.

דעתי היא אפוא כי במסגרת ההליך הפלילי, נאשם שמעוניין לבטל את כתב האישום נגדו מכוחה של הגנה מן הצדק צריך להראות כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", כדרישת חוק סדר הדין הפלילי. זהו מבחן עצמאי שיאה למשפט הפלילי בשיטה חוקתית. כאמור, בתחילת דרכה הייתה ההגנה מן הצדק קשורה לאופן התנהלות הרשות יותר מאשר לסוגיית הוגנות ההליך. ברם, בשלב זה השאלה לא הייתה האם החלטה להעמיד את הנאשם לדין היא סבירה ומידתית, אלא האם התנהגות הרשות היא, למשל, "שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" (עניין יפת, עמוד 370). כיום הגענו לשאלה אחרת והולמת יותר, שמתמקדת בפגיעה בזכויות הנאשם ובקיומו של הליך הוגן.

הדין קבע את גבולות הטענה המקדמית, ויש הבדל בין המבחן של "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות" ובין "סבירות" או "מידתיות".

7. עד כאן הצגתי את עמדתי. בשלב זה ברצוני להתייחס לחלק מעמדות חבריי, בהליך זה או בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, וזאת ביחס לנקודות שנדרשות לשם הבהרת עמדתי וחידודה.

מסכים אני עם חברי, השופט נ' סולברג, כי יש לדון במשפט הפלילי על פי כלליו. כך עולה מחוות דעתו (ראו למשל פסקאות 36, 42 לחוות דעתו בפסק הדין מושא הליך זה). עם זאת, חברי מצא לציין כי על פי דרכו, עילת הסבירות ה"מהותית" מעוררת קשיים גם בגדרי המשפט המינהלי עצמו, ואם "על הראשונים אנו מצטערים" (שם, פסקה 37), הרי שאין מקום לאמצה גם אל הדין הפלילי. נקודת מבטי שונה. לא באתי לדון כאן בעילת הסבירות במשפט המינהלי, אלא להבהיר כי מקומה הוא ההליך המינהלי. המשפט הפלילי ועקרונות חוקתיים הם אשר מגדירים את ההליך הפלילי.

8. חברי, השופט י' אלרון, אינו דוגל, להבנתי, בראיית החלטות התביעה בהליך הפלילי כאוסף של החלטות מינהליות שניתן לבקר ככל החלטה מינהלית אחרת. עמדתו אינה מציעה לאמץ את המשפט המינהלי על כרעיו וקרבו לתוך המשפט הפלילי. ועדיין, קיים הבדל בין גישתו לגישתי – אולי מוגבל אך לדעתי בעל משמעות. חברי סבור כי במסגרת הטענה של הגנה מן הצדק ניתן להידרש גם לשאלה האם ההחלטה להגיש כתב אישום לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אלא שחברי הקפיד וציין כי על נאשם להראות כי אותו חוסר סבירות קיצוני צריך לעמוד באמות המידה החקוקות של הגנה מן הצדק: "לא מן הנמנע כי במקרים שבהם פועלות הרשויות בחוסר סבירות קיצוני וחריף, יהיה בכך כדי לעמוד 'בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית' (סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי)" (פסקה 4 לחוות דעתו בפסק הדין); "אני סבור אפוא, כי במקרים בהם ההחלטה להעמיד אדם לדין לוקה בחוסר סבירות חריף עד שיש בו כדי לעמוד בסתירה מהותית עם עקרונות הצדק וההגינות, יש לקבוע כי עומדת לזכות הנאשם הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי" (פסקה 8 לחוות דעתו בהליך זה).

אכן, המבחן של "חוסר סבירות קיצונית" עשוי להיות מבחן עזר לקיומה של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות. ברם, בעיניי מוטב – וכאן ההבדל בין גישתו של חברי לגישתי – להיצמד למבחן שקבוע בחוק ולפתחו כפי שהוא, ולא להחליפו במונחים אחרים. התופעה של הידרשות לכלי עזר לשם בחינת אמות המידה הפליליות אינה חדשה. למשל, ענישתו של נאשם שהורשע צריכה להיות בהתאם לעקרון ההלימה

(סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). למרות זאת, ואף על פי שהמונח "סבירות" אינו נזכר בסעיפי החוק המבנים את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, לא פעם נקבע בפסיקה כי בעת ערעור על גזר הדין יש לבחון האם העונש הוא "סביר וראוי" ואינו חורג "באופן קיצוני" ממדינות הענישה הנהוגה (ראו למשל ע"פ 6479/18 קסטיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (23.6.2019)). יתכן שנתונים אלה מסייעים לבחון את השאלה האם העונש שנגזר הולם את נסיבות המקרה, אך הייתי מדגיש כי הסדר הטוב מחייב לשוות לנגד עיני בית המשפט, בתחילת הדיון ובסופו, את המבחן שאותו קבע המחוקק. בענייננו המבחן הוא סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ואציע לדבוק במבחן זה, ולא להתמקד בניסוחים שעשויים לסייע אך גם עלולים להסיט את המבט למחוזות שאינם מצויים בליבת הדין הפלילי כפי שקובע החוק.

9. חברי השופט ע' פוגלמן, הציג גישה שתכונה להלן, לשם הנוחות, "אימוץ המשפט המינהלי בהרחבה". אין בידי להסכים לעמדה זו. לא אסתיר כי אני מתנגד לה באופן נחרץ. לפי הגישה שהוצגה, בחינת סבירות ומידתיות של החלטת רשויות התביעה להעמיד אדם לדין רצויות, וזו גם עמדתו של בית משפט זה כבר שנים רבות: "הביקורת השיפוטית על שיקול דעתן של רשויות התביעה בהחלטה על הגשת כתב אישום היא עניין של דין רצוי, כמו גם של דין מצוי. אין מקום לקבוע כי בניגוד להחלטות מינהליות אחרות, יהא שיקול דעתה של התביעה חסין מביקורת שיפוטית בעילות של סבירות ומידתיות. מסקנה זו מתחייבת גם מעקרון שלטון החוק ומעקרון השוויון לפני החוק. קביעה זו אף אינה חדשנית או תקדימית, היא חוזרת על שנקבע לא אחת בפסיקת בית משפט זה" (פסקה 56 לחוות דעתו של חברי). לשיטתי – וכאן העיקר בחוות דעתי – דווקא מעמדה זו משתמע חידוש משמעותי ולתפישתי בלתי רצוי, גם אם לא זו הייתה הכוונה. עולה ממנה כי ישנה הכרה בעילה עצמאית של חוסר סבירות או מידתיות של ההחלטה. ההגנה מן הצדק אינה כוללת רק טענות הממוקדות בעילה קונקרטי, כגון שיהוי בהגשת כתב האישום או אכיפה בררנית שעולות לכדי סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות, אלא גם טענה כללית כי ניהול ההליך הפלילי הוא בלתי סביר בהינתן האיזון בין מכלול נסיבות העניין, המעשה, העושה, החלופות להעמדה לדין ועוד. להשקפתי, ההכרה בעילות של סבירות ומידתיות ביחס להחלטות רשויות התביעה אינה נכונה מבחינה משפטית ומבחינת יעילות הדיון. בנוסף לכך, אימוץ גישה זו עלול להיות בעל השלכות שיש למנוע.

קודם שאפרט את הדברים, אבהיר כי אינני מתעלם מכך שחברי מבקש להעלות את טענת הסבירות והמידתיות במסגרת הגנה מן הצדק, ולא במסגרת הליכית עצמאית ונפרדת של טענת חוסר סבירות או מידתיות (ראו פסקאות 70-86 לחוות דעתו). ואולם

לצד קביעה זו, מודגש כי לא צריך להיות הבדל בין החלטות מינהליות אחרות להחלטה להגיש כתב אישום, וכפי שהחלטות אחרות של רשות כפופות לביקורת שיפוטית בעילות של סבירות ומידתיות, כך גם ההחלטה של הרשות התובעת. מאופן הצגת הדברים נראה כי המבחן המהותי שיש לבדוק על פי גישה זו הוא סבירות ומידתיות, ומבחנים אלה, למעשה, "משתלטים" בחלק מהמקרים על המבחנים החקוקים של ההגנה מן הצדק. לאמור, אם בית המשפט מגיע למסקנה כי ישנה חריגה ממתחם הסבירות הרלוונטי, אזי יש להכתיר את ההחלטה כסותרת מהותית עקרונית של צדק והגינות. לא בכדי המבחן שבחוק – מבחן הסתירה המהותית – לא מופיע בדיון הנרחב שערך חברי, מלבד פעם אחת במסגרת ציטוט מהחוק וכחלק מתיאור הליכי החקיקה. לעומת זאת מבחן הסבירות והמידתיות מוזכר שוב ושוב. אין זה עניין רטורי, אלא ככל מבחן – הוא בעל מהות והשלכות בבוא בית המשפט ליישם את המבחן. התוצאה היא מעין חפיפה בין הגנה מן הצדק ובין מידתיות וסבירות, כשהבחינה היא לכאורה של הסבירות והמידתיות ותוצאת העדרן מכונה "סתירה מהותית של עקרונית הצדק וההגינות המשפטית".

מכל מקום, לא הוסבר מהי ההבחנה בין מבחן הסבירות או המידתיות למבחן הסתירה המהותית, כיצד יש ליישם את מבחן הסבירות ומהי ההנחיה לשופטי הערכאות הדיונית – הכיצד מתנהל הליך לבחינת הסבירות הכללית (להבדיל מטענה ממוקדת) של ההחלטה להגיש כתב אישום? חוששני שהדברים כפי שנכתבו עלולים להוביל בפועל לקיומה של עילה עצמאית וכללית של חוסר סבירות, גם אם כותרת כתב הטענות תהיה "הגנה מן הצדק" ולאחר הקביעה בדבר חוסר סבירות יאמר שבכך ישנה סתירה מהותית לעקרונית של צדק והגינות. נראה שחברי נע בחוות דעתו הלוך ושוב בין הקביעה שלהגנה מן הצדק מאפיינים ייחודיים המתאימים למשפט הפלילי, ובין חזרה, בסופו של דבר, למבחן הסבירות והמידתיות. נוצר מיזוג מסוים בין הדברים, באופן שמתרחק להשקפתי, מהמבחן שנקבע בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. ראו למשל את סיכום הביניים בעניין זה: "דוקטרינת ההגנה מן הצדק נועדה, מלכתחילה, לתת מענה למקרים בהם יש 'בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות'... ברי כי במקרים שבהם נפל פגם של ממש בשיקול הדעת שהולך להחלטה להגיש כתב אישום, יהיה בכך כדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות (וראו בהקשר זה את אחד המודלים שמציע נקדימון בספרו, שרואה בהגנה מן הצדק 'ענף של מנגנון הביקורת השיפוטית על ההחלטה להעמיד לדין בהתאם לכללי המשפט המינהלי', שם, בעמ' 155)" (פסקה 86 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן).

10. נפתח בשאלה "מיהו החדשן" בהליך זה. לדעתי אימוץ המשפט המינהלי בהרחבה אל תוך ההליך הפלילי חורג במידה רבה מהנתיב שהתווה בית משפט זה בפסקי

דין רבים. הוא יוצר – לראשונה בפסיקת בית המשפט העליון – עילה עצמאית וחדשה בדין הפלילי, שטרם הוכרה קודם לכן.

כפי שהראה חברי, בפסקי דין רבים אכן מופיע המילה "סבירות" בקשר לטענות נאשם נגד כתב האישום שהוגש נגדו. ברם, עיון בכל אותם פסקי דין מגלה כי לא נקבעה בהם עילה עצמאית של חוסר סבירות. בעניין בורוביץ, למשל, נקבע כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממיתחם הסבירות". ואולם, מעבר לכך שהמבחן הקובע היום הוא זה שקבוע בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי – הרי שבעניין בורוביץ – כמו בפסקי דין רבים נוספים שהוזכרו – לא הוכרה עילה עצמאית של סבירות ההחלטה להעמיד לדין. הסבירות שנבחנה היא של ההחלטה להעמיד לדין את ראובן אך לא את שמעון. העילה הייתה אכיפה בדרנית, ומנימוקי בית המשפט עולה כי הסבירות לא שימשה אלא כלי עזר לבחון את מידת הפגיעה בעקרונות של צדק והגינות: "לא פעם נפסק כי תרופתו הרגילה של נאשם המבקש להשיג על סבירות האשמתו היא בטענת 'הגנה מן הצדק' שהמסגרת המתאימה לבירורה היא ההליך הפלילי גופו. נמצא כי אם נוכח בית המשפט הדין באישום הפלילי כי בהגשת כתב האישום יש משום אכיפה בדרנית, וכי קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בידו הסמכות לנקוט אמצעים ראויים לתיקון הפגיעה" (שם, עמוד 816. ההדגשות נוספו).

הנה כי כן, הגם שישנם ציטוטים העוסקים בבחינה של סבירות ההחלטה, מן המכלול עולה כי מדובר בכלי עזר לבחינת שיקולי הצדק וההגינות הנדרשים בהליך הפלילי. אם תרצו, עילה שמופיעה בשיח, בין היתר, אך לא המבחן הקובע. אין עסקינן בעילה עצמאית של חוסר סבירות העולה ממכלול הנסיבות והשיקולים, אלא במבחן עזר בהקשר של הטענה הקונקרטית לאכיפה בדרנית. ודוקו, הגם שניתן היה לעתור בעבר לבג"ץ נגד הגשת כתב אישום בטענה כללית של חוסר סבירות (להבדיל מטענה קונקרטית, כגון אכיפה בדרנית), לא הוצגו לפנינו דוגמאות לכך שבית משפט זה הכיר בעילה האמורה, וקבע כי הגשת כתב אישום אינה סבירה נוכח מכלול נסיבות העניין. כך בבית משפט זה, והקביעה כי גם בית משפט השלום מוסמך לדון בטענות אין פירושה כי עליו לקבל טענות שבית משפט זה לא קיבל. זאת בפרט לנוכח קיומה של טענה מקדמית עם אמות מידה כלליות – סתירה מהותית לעקרונות שונים – שמאפשרת לבחון את טענות הנאשם באופן רחב. זו עמדת המחוקק ויש להכיר בה.

11. גם בעניין ניר עם כהן לא נקבע כי קיימת עילה עצמאית ונפרדת של חוסר סבירות. באותו עניין דחה בית משפט זה עתירה לבג"ץ, מן הטעם שראוי כי העותרים יעלו את

טענותיהם נגד חוקיות כתב האישום ונגד שיקול הדעת של רשויות התביעה בבית המשפט שדן בהליך הפלילי. אמנם מוזכר שם כי הערכאה הפלילית מוסמכת לבחון את טענות הנאשם נגד סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום, אך לא עולה כי בית המשפט התכוון לקבוע בתיק זה הלכה חדשנית המכירה בעילת הסבירות כשלעצמה. מדובר בפסק דין קצר יחסית, שניתן מבלי שנערך כלל דיון – "בג"ץ וירטואלי" כפי שהוא מכונה לעיתים, ושבמסגרתו לא אמורות להיקבע הלכות חדשות בדין המהותי, ודאי לא חדשניות. אגב, המונח "סבירות" כשלעצמו מופיע רק פעם אחת בפסק הדין. קשה אפוא לקבל כי נקבעה עמדה מהותית לגביו. פסק דין זה לא נועד לקבוע עילה כללית של חוסר סבירות, שטרם נולדה קודם לכן. כך עולה מקריאת פסק הדין בכללותו ומן ההפניות בו לפסיקה קודמת.

יושם אל לב כי בעניין ניר עם כהן התייחס בית המשפט גם לטענה של פגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. זוהי עילה עצמאית לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי. והעיקר – מקום הדיון לחוד, סיווג הטענות של הגנה מן הצדק לחוד, וההכרעה בעילת הסבירות לחוד. הווי אומר, בית המשפט העליון קבע כי הדיון בטענות המקדמיות למיניהן יתקיים בערכאה הפלילית הדיונית, ולא בבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. אין קביעה ביחס לשאלה האם מדובר בטענה של הגנה מן הצדק או בעילה של סבירות (ראו פסקה 38 לחוות דעתו של חברי, השופט סולברג). לשון אחר, לא ניתנה להחלטת הרשות "חסינות", ולא נקבע כי על נאשם להעלות טענות בערכאה שאין לה סמכות לדון בהן. כל שנקבע הוא שעל הנאשם להפנות את טענותיו לבית המשפט שדן בהליך הפלילי. כפי שיובהר – על בית המשפט הפלילי לדון בכל טענות הנאשם, אלא שהפריזמה דרכה יש לבחון אותן היא זו שקבועה בדין הפלילי, ולא זו שפותחה במשפט המינהלי. מכל מקום, בוודאי לא נקבע בעניין ניר עם כהן שיש לקבל טענת חוסר סבירות. רוצה לומר, בית המשפט מכוון "תנועה דיונית". ההכוונה היא כי הדיון יתנהל בערכאה הפלילית, מבלי לומר האם יש לקבל טיעון זה או אחר. בית המשפט בוודאי לא קבע כי יש לקבל טענת חוסר סבירות. והא ראה – בשנים שחלפו מאז מתן פסק הדין לא מצאנו בפסיקת הערכאות הדיוניות ביטול של כתבי אישום בגין עילה של חוסר סבירות או מידתיות (להבדיל, למשל, מאכיפה בררנית). לא כך הובנה ההלכה, ולא זו הייתה כוונת בית המשפט. במציאות המשפטית הנוכחית, דווקא קביעת עילה של חוסר סבירות היא בגדר חידוש משמעותי, ואילו קביעה כי אין להכיר בעילה עצמאית כזו ממשיכה את המצב המשפטי רב השנים.

12. למעשה, השימוש בעילת הסבירות העצמאית הועלה כהצעה בספרות (ראו רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת

המינהלית בפלילים – חלק א" הסניגור 190, 4 (2013)). אך גם אז הוער כי "למרות פסיקה עקבית זו של בית המשפט העליון במהלך שבע השנים האחרונות [שלאחר הלכת ניר עם כהן], מתברר כי מעטים מאוד הסניגורים העושים שימוש בכלי רב עוצמה זה בבתי המשפט הפליליים, ומעטים מאוד גם השופטים והתובעים בערכאות הדיוניות המודעים לשינוי דרמטי זה שחל בשיטת המשפט" (שם, עמוד 4). אתיחס לשתי נקודות.

ראשית, המחבר מציין כי החדרת עילות המשפט המינהלי לתוככי המשפט הפלילי היא "שינוי דרמטי שחל בשיטת המשפט" ביחס למצב המשפטי שקדם להלכת ניר עם כהן. בעניין זה מסכים אני עם המחבר – שייצג את המדינה בעניין ניר עם כהן – וחולק על הטענות לפיהן אימוץ עילת הסבירות הכללית אינה בגדר שינוי, ודאי לא דרמטי, אלא בפסיקה מושרשת שקדמה לעניין ניר עם כהן. כאמור, בכל אותם פסקי דין לא הוכרה עילת הסבירות הכללית במסגרת ההגנה מן הצדק, גם אם נעשה שימוש במונח זה ככלי עזר לבחון אכיפה בררנית וכיוצא בה.

שנית, כפי שצוין – ובכך אין בידי להסכים עם המחבר – בעניין ניר עם כהן לא התכוון בית המשפט לחולל את אותו "שינוי דרמטי" במשפט הפלילי. זוהי גם הסיבה ש"שחקני" הדין הפלילי – שופטים, סנגורים ותובעים – לא הבינו כך את פסק הדין, כפי שצוטט. פסק הדין נתפס, בהתאם להנמקתו ונסיבותיו, כממשיך את המצב המשפטי הקיים, פרט להתייחסות למקום שמיעת הטענות. דווקא אימוצה של הכתיבה האקדמית בנושא, על אופן קריאתה החדשני של ההלכות הישנות, הוא שיוצר שינוי "דרמטי" ופורץ דרך חדשה בניגוד לפסיקה הקודמת. ניתן, כמובן, להכיר בכך שמאמרו של עו"ד גלעדי מעניין ומעורר מחשבה. אפשר גם לדון בשאלה האם שינוי כזה ראוי אם לאו, אך יש להכיר בו ככזה: הכנסת העילה המינהלית לדין הפלילי בצורה כה נרחבת וביחס לביקורת על כתב האישום שהוגש – היא בגדר שינוי מהותי, ואינה משקפת את המצב המשפטי הנוהג מזה שנים רבות.

13. הכלים הפליליים. מעבר לכך שההצעה להכיר בעילה של חוסר סבירות סוטה מהמצב המשפטי הנוהג מזה שנים רבות, היא אינה מתאימה בעיניי למשפט הפלילי ולהסדרים החוקיים הקיימים. המשפט הפלילי מתפתח. לא רק בסוגיות של ענישה או רפורמה בעבירות מהותיות, כגון עבירות ההמתה (תיקון 137 לחוק העונשין), אלא במסלולים דיוניים חדשים, שמרחיבים את היריעה. בעשרים השנים האחרונות המחוקק נתן דעתו במפורש לעניין זה: חקיקת הטענה המקדמית של "הגנה מן הצדק" בשנת 2007, במסגרת תיקון מס' 51 לחוק סדר הדין הפלילי (סעיף 149(10) לחוק); זכותו של חשוד לשימוע קודם להגשת כתב האישום, שנחקקה בשנת 2000 במסגרת תיקון מס' 28 לחוק

סדר הדין הפלילי (סעיף 60א לחוק); האפשרות של עריכת הסדר מותנה, שנחקקה בשנת 2013 במסגרת תיקון מס' 66 לחוק סדר הדין הפלילי (סעיפים 67א-167 לחוק); וחקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, שמרחיב ומחזק את מעמדם של נפגעי העבירה. התפתחויות אלה ראויות הן, באשר שורשם הוא הדין הפלילי ותכליותיו. תיקונים אלה לא באו לעולם יש מאין, אלא לאחר שיח ודיונים בכנסת, תוך שיתוף הפרקליטות, הסנגוריה הציבורית, אנשי אקדמיה ואנשי משפט בולטים. מלאכת איזונים; בגד שתפור לפי מידות המשפט הפלילי.

שונה המצב ביחס להכרה בביטול כתב אישום בגין עילה כללית של "חוסר סבירות". כפי שפורט, במסגרת הגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה, הבסיס להכנסת עילת הסבירות להליך הפלילי הוא ראיית החלטות הרשות התובעת כחלק מהמשפט המינהלי. מזווית זו, רשות תביעה היא רשות מינהלית, וככל רשות מינהלית – החלטותיה במסגרת ההליך הפלילי הן החלטות מינהליות. החלטות מינהליות אחרות ניתן לתקוף בבית המשפט בעילה כללית של סבירות, הנשענת על מכלול הנסיבות, ולפי הגישה האמורה אין טעם טוב שלא לאפשר זאת גם כאשר מדובר בהחלטה מינהלית של רשות תובעת. לפי עמדה זו, ככל שקיים קושי ניתן לפתור אותו במישור של שיקול הדעת, שבגדרו ההתערבות בהחלטת הרשות תהיה רק במקרים של חוסר סבירות קיצוני – רף דומה לרף ההתערבות של בית משפט זה בהחלטה שלא להגיש כתב אישום (פסקאות 40-35 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). בשונה מכך, לדעתי קיים הבדל מרכזי בין החלטה של רשות בהקשרים הרגילים שעליהם חל המשפט המינהלי, להחלטה של רשות תובעת במסגרת הליך פלילי.

ההבדל בין סוגי החלטות נובע מהדין הפלילי עצמו. המשפט המינהלי הוא, בעיקרו, פרי הפסיקה. הדין התפתח בדרך המשפט המקובל. בכך קיים שוני גדול בינו ובין המשפט הפלילי, שבו בחר המחוקק להסדיר באופן מפורש את היחס להיבטים שונים של ההליך. בדיני המעצרים, למשל, עילת התנגדותו של חשוד או נאשם למעצר אינה "חוסר סבירות" או מידתיות של בקשת הרשות לעצרו. חרף זאת, הוא רשאי לטעון כי לא התקיימו התנאים החקוקים – ראיות לכאורה, עילת מעצר או קיומה של חלופה שנותנת מענה לעילת המעצר. הדין קבע כי אין לעצור אדם אלא אם כן "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה" (סעיף 21(ב)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים)). זוהי דוגמה טובה כי לא מדובר בטענה מינהלית כללית של סבירות או מידתיות המעצר, אלא כלל שנועד להליכי מעצר. ביחס לאפשרות שנסיונות

העבירה אינן מצדיקות הרשעה פלילית ישנם, למשל, ההגנה של זוטי דברים או האפשרות לעכב את ההליך בהתאם לתנאים שנקבעו בחוק. המחוקק לא התעלם מן הסוגיה אלא הסדיר אותה בהתאם לכלים המתאימים להליך הפלילי. אם אדם סבור כי נפל פסול בכך שהליכי אכיפה ננקטים נגדו אך לא נגד חברו, רשאי הוא לטעון כי ניהול ההליך סותר באופן מהותי עקרונות של צדק והגינות. אך אם, לשם הדוגמא, טענתו היא כי אין זה סביר להעמיד לדין אדם בן 70, ללא הרשעות קודמות, בעבירות קלות יחסית, כשאינו צפוי לעונש מאסר בפועל, ולאחר שחלפה שנה ממועד תחילת החקירה, באופן שהמכלול הופך את ההחלטה להגיש כתב אישום לבלתי סבירה – טענה זו יש לדחות.

14. בנקודה זו יש להבהיר כי הנאשם רשאי להעלות כל טענה נגד הגשת כתב האישום בבית המשפט הפלילי. הוא רשאי לטעון כי הגשת כתב האישום אינה סבירה מטעמים כאלה ואחרים. ברם, על בית המשפט לבחון את הטענות באמצעות הכלים שיצר המחוקק. השאלה היא האם טענות הנאשם מלמדות על קיומה של סתירה מהותית בין ניהול ההליך ובין עקרונות של צדק והגינות משפטית, מבחן שהוא, כאמור, בעל רקמה פתוחה וגמישה. כך – ולא סבירות. בדוגמא שהובאה בפסקה הקודמת, על בית המשפט לבחון האם טענות הנאשם מלמדות כי ניהול ההליך סותר באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגינות. אין לומר אפוא שהחלטות רשויות התביעה זוכות ל"חסינות" מפני ביקורת שיפוטית. ההחלטות נבחנות, אולם זאת באמצעות משקפי ההליך הפלילי – ולא במשקפי המשפט המינהלי (ראו פסקה 36 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג בפסק הדין).

ונחדד. הקושי בעילת הסבירות ביחס להגשת כתב אישום הוא כפול. מצד אחד, עילה זו אינה מופיעה בחוק. מצד שני, עילה אחרת כן מפורטת בחוק – הגנה מן הצדק בגין "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". זהו רף גבוה מ"חוסר סבירות", ואף שונה – ויתכן שנמוך יותר במקרים מסוימים – מהרף של "חוסר סבירות קיצוני". קביעה כי ניתן להעלות עילה של חוסר סבירות לפי המשפט המינהלי מונעת מהמשפט הפלילי לפתח כלים משלו. כמובן, אדם רשאי לומר כי חוסר הסבירות עולה, בפועל, לכדי סתירה מהותית כאמור. אך אז על בית המשפט לדון על פי אמת המידה שנקבעה בחוק, ולא בלבוש המינהלי שנתן הסנגור לטענה באותו עניין.

15. ההשלכות הפוטנציאליות. לדעתי, כללי המשפט הפלילי הם אשר אמורים לחייב את בית המשפט בעניין פלילי שמונח לפניו. לכן, למשל, ניתן לטעון בעד ביטול כתב האישום או אי קיומו של ההליך הפלילי מכוח סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, על פי מבחן הסתירה המהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לעומת זאת, הגישה המאמצת בהרחבה את המשפט המינהלי בהליך הפלילי היא בעלת השלכה גם על נושאים

אחרים. זאת מעבר להגשת כתב אישום או עצם ניהול ההליך. לאמור, סיווג החלטת רשות התביעה להגיש כתב אישום כהחלטה "מינהלית", כבסיס לבחינתה מזווית של סבירות, מוביל למצב שבו ניתן יהיה לתקוף כל החלטה אחרת של רשות תביעה בעילת הסבירות: "אין מקום לקבוע כי בניגוד להחלטות מינהליות אחרות, היא שיקול דעתה של התביעה חסין מביקורת שיפוטית בעילות של סבירות ומידתיות" (פסקה 56 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). ואכן, הגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה נימקה את האפשרות לבחון את סבירות ניהול ההליך הפלילי בהשלכות שיש להחלטה מינהלית זו על הפרט. מסכים אני כי ההחלטה להגיש כתב אישום היא משמעותית ואף מטלטלת עבור הנאשם. ברם, זו אינה ההחלטה המינהלית היחידה שלה משמעות רבה מבחינת הנאשם בהליך הפלילי. קמה אפוא השאלה, לפי קו זה, מדוע להגביל את הביקורת רק להחלטה להגיש כתב אישום. במובן זה, הגישה האמורה מרחיבה, שכן הלכת ניר עם כהן עסקה רק בשאלה של הגשת כתב אישום. דומני כי ההשלכות הפוטנציאליות של האפשרות לטעון ביחס לכל החלטה של רשות תובעת כי היא בלתי סבירה מדברות בעד עצמן. מודע אני לכך שחברי, השופט פוגלמן, התייחס רק למקרה של בקשה לביטול כתב האישום, ולא הרחיב מעבר לכך. ואולם, הקו האנליטי שהוצג לעיל אינו מגביל את השימוש בעילת הסבירות לשלב זה של המשפט בלבד, והנכונות לאמץ את כללי המשפט המינהלי מביאה להרחבה: אם ההגיון נכון, מדוע ייגרע חלקם של שלבים אחרים של המשפט הפלילי, שאף להם משמעות מעשית רבה מבחינת הנאשם? אציג כעת מספר דוגמאות.

נאשם יוכל לטעון בהליך הפלילי כי החלטה שלא לכרות איתו (או לכרות עם אחר) הסכם עד מדינה במהלך המשפט אינה סבירה; כי החלטה שלא לערוך עמו הסדר טיעון – ובפרט לאחר ששופט מגשר הציע הצעה קונקרטית והביע עמדה כי התיק מתאים לגישור – אינה סבירה או מידתית; כי החלטת המשטרה שלא לערוך השלמת חקירה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות; תקיפת סבירות הטיעונים של התביעה. למשל, נאשם בעבירת תעבורה שהוא נהג במקצועו יוכל לטעון כי העונש שאותו מבקשת התובעת – פסילה או מאסר – אינו מידתי, לא במסגרת הטיעונים לעונש עצמם אלא במעין "בקשה לסילוק על הסף" של החלטת המדינה לטעון לעונש זה; דוגמא נוספת היא טענה כי נכון להעמיד נאשם לדין בגין "המתה בקלות דעת" ולא בגין "רצח" מתוך אדישות; עוד דוגמא היא כי מיד עם קבלת חומר החקירה, יוכל הסנגור לטעון שאין סיכוי סביר להרשעה (בשונה מטענת "אין להשיב לאשמה", שאותה ניתן להעלות רק לאחר פרשת הראיות (ראו סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי)). לפי הקו המוצע, יש לאפשר לנאשם להעלות את הטענה בדבר חוסר הסבירות גם בשלב זה. האם בטענה כזו ידון שופט שאינו דן בתיק, לבד או כחלק מהרכב? כיצד יוכל אותו שופט לאזן בין השיקולים

השונים, כגון שקלול חומר הראיות מול הנסיבות האישיות של הנאשם, לרבות הרשעות קודמות?

16. תושמנה אל לב הדוגמאות של הסכם עד מדינה – בקשה של נאשם כי הסכם כזה ייחתם עמו או לא ייחתם עם אחר – והחלטה שלא להגיע להסדר טיעון עם הנאשם. מדובר בהפעלת שיקול דעת של הרשות – החלטות שהתביעה מחליטה בינה לבין עצמה מחוץ לבית המשפט. ההשלכה של הפיכת נאשם לעד מדינה או כריתת הסדר טיעון בוודאי משמעותית מאוד בשבילו. זה יכול להיות ההבדל בין שליחתו למאסר אם לאו, או להשפיע במידה ניכרת על אורך תקופת המאסר. אם החלטה להגיש כתב אישום מטלטלת היא, זה בוודאי המצב של שליחה למאסר כאשר יש חלופה אחרת. מדוע אפוא לא לאפשר לנאשם לעתור נגד החלטות מובהקות אלה של הרשות בעילה של סבירות – ולו תחת הכותרת של "הגנה מן הצדק" – אם הגישה היא שהחלטות רשויות התביעה הן כהחלטות של רשות מינהלית אחרת בהיבט זה? כמובן, היכולת לתקוף את סבירות כל אחת מההחלטות שמקבלת רשות התביעה במהלך ההליך אינה רצויה. היא מעצימה את סרבולו האפשרי, כפי שיובהר להלן. כל החלטה של רשות התביעה בהליך הפלילי, ולמצער כל החלטה חשובה שלה – יש לדון בה, על פי הגישה המרחיבה, בתורת החלטה מינהלית שנתונה לביקורת מינהלית. המשפט הפלילי יתנהל בו זמנית בשני מסלולים – הפלילי והמינהלי. לא רק בירור האשמה על פי סעיפי חוק סדר הדין הפלילי, אלא גם על פי כללי המשפט המינהלי. בד בבד תיבחנה אשמת המערער והתנהלות התביעה. זהו מצב שיהיה קשה לאמצו, מעשית ודוקטרינרית.

אף עולה השאלה כיצד לנהל את הליך הביניים של טענה בדבר חוסר סבירות. האם, בדומה להליכים המתקיימים בבית המשפט לעניינים מנהליים, יש להגיש תצהירים, למשל ביחס לעובדות שלהן טוען הנאשם? האם יהיה על התובע להגיש תצהיר? האם יש לקיים דיון הוכחות ככל שטענות הנאשם מתבססות על עובדות כלשהן? העניין מדגים את הקושי של הגישה, ואת השלכותיה על יעילות ההליך – עניין שאליו אתייחס בהמשך. לא למותר לציין כי טענה זו אינה תיאורטית. חברי קובע כי "הטענה בדבר סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום או מידתיותה עשויה לחייב עריכת בירור עובדתי... לא למותר לציין כי ביכולתה של הערכאה הפלילית לערוך בירור עובדתי מעין זה (ואפשר שבירור זה יכלול, למשל, הבאת ראיות בעל פה ובכתב וחקירות)" (פסקה 62 לחוות דעתו). ואם ניתן לעשות זאת ביחס להחלטה להגיש כתב אישום, מדוע יגרע חלקן של ההחלטות האחרות שצויינו? כמובן, איני דוגל באפשרות זו. הדוגמאות הובאו כדי להראות את ההשלכות של קבלת הגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה.

יובהר כי נאשם רשאי להעלות טענות לפיהן לא התקיימו דרישות הדין או הנוהג קודם להגשת כתב האישום. ברם, על טענות הנאשם במישור זה להיבחן מהזווית המתאימה של הדין הפלילי. כך, למשל, טענה כי הוגש כתב אישום מבלי שניתן אישור של היועץ המשפטי לממשלה, כאשר נדרש אישור כזה. אפשר גם לשאול מה התוצאה של מתן האישור כדיעבד, לאחר הגשת כתב האישום. נאשם רשאי לבחור את סעיף החוק הרלוונטי ולטעון לתוצאות שנגזרות מהפגם שנפל, ובמסגרת זו יוכל גם לטעון כי אי מתן האישור, בכלל או בזמן אמת, עולה לכדי סתירה מהותית של עקרונות הצדק וההגינות המשפטית באופן שמצדיק את ביטול כתב האישום. אף נראה שהנאשם יכול להעלות, במקרים מעין אלה שהוזכרו, את הטענה המקדמית של "פגם או פסול בכתב האישום" (סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי). באופן דומה, ניתן לשאול מה הדין במצב שבו הוגש כתב אישום מבלי שנערך לנאשם שימוע. גם כאן מדובר בהפרת הוראה של הדין, ועל בית המשפט להידרש לכך. אבל – וזה העיקר – הבחינה צריכה להיעשות מול הוראות הדין הפלילי. עוד דוגמאות הן נאשם שנמצא במעצר גם לאחר שחלפו 60 יום ממועד הגשת כתב האישום, בניגוד להוראת סעיף 60 לחוק המעצרים. הפסיקה נדרשה לשאלות אלה ומצאה להם מענה במסגרת הדין הפלילי עצמו, גם מבלי להידרש לעילות המשפט המינהלי (ראו למשל ע"פ 6/80 חסבלה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 725 (1980); בש"פ 7583/08 חבר נ' מדינת ישראל (24.12.2008)).

העניין מבהיר כי על המשפט הפלילי להתפתח בדרכו שלו, מבלי להפכו למעין ענף של המשפט המינהלי. לדין הפלילי ייחוד משלו. בכוחו למצוא פתרון ולהתמודד בדרכו עם טענות הצדדים. הדגש אינו צריך להיות בהיבט המינהלי של המשפט הפלילי אלא במאפייניו החוקתיים. כבוד האדם וחירותו, ולא סבירות החלטות הרשות. כך בשיטות אחרות, ולא למותר לציין כי לא הוצגה בפנינו דוגמא לשיטת משפט זרה, שבה יכול נאשם להעלות עילה כללית של סבירות או מידתיות נגד החלטות הרשות התובעת תוך כדי ההליך הפלילי. כך גם במדינת ישראל. גישה זו נכונה מבחינה עקרונית, אך יש לה גם חשיבות מעשית רבה. תפישה של ההליך הפלילי כאוסף של החלטות מינהליות של הרשות התובעת טומנת בחובה פגיעה בהליך ובנאשמים. להלן אדרש לפגיעות אפשריות אלה.

17. פגיעה בהליך הפלילי. מאפיין ייחודי של המשפט הפלילי, לעומת ענפי משפט אחרים בשיטתנו המשפטית, בנוי על הרצון להאיץ את קצב ההליך, דהיינו "עינוי דין". המאפיין הבולט ביותר ביחס לכך הוא העדרם של הליכי ערעור על החלטות ביניים בהליך הפלילי (מלבד מקרים חריגים מאוד שנקבעו במפורש בחוק), בשונה מהאפשרות לערער על החלטות ביניים בהליכים אזרחיים או מינהליים. במבט ראשון הדבר מפתיע. ניתן היה

לצפות כי דווקא בהליך פלילי אפשרותו של נאשם לערער תהיה רבה יותר, או לפחות זהה לאפשרות בהליך אזרחי או מינהלי, נוכח הפגיעה האפשרית בנאשם ויחסי הכוחות בין הצדדים. למרות זאת, בחר המחוקק לצמצם את האפשרות לערער על החלטות ביניים. בחירה זו, שנועדה למנוע את התארכות ההליך הפלילי בגין קיום הליכים ערעוריים רבים במהלכו (בש"פ 5105/20 שמעון נ. מדינת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (25.5.2021)), מעידה על החשיבות הרבה שהעניק המחוקק לתכלית של קידום מהיר של ההליך הפלילי. דוגמא נוספת היא סעיף 125 לחוק סדר הדין הפלילי, שכותרתו "רציפות המשפט". המחוקק קבע כי החל משלב שמיעת הראיות, הכלל הוא שהמשפט "ימשיך ברציפות יום יום עד גמירא". גם אם זוהי גזירה שציבור העוסקים במשפט הפלילי אינו יכול לעמוד בה כלשונה, עדיין יש בכך קריאת כיוון, שמבחינה בין ההליך הפלילי להליך האזרחי והמינהלי (השוו למשל להסדר הקבוע בתקנה 64(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018). לצערנו בפועל משפטים פליליים עלולים להימשך זמן רב. מצב זה אינו רצוי ויוצר קשיים רבים. כך מנקודת מבטו של הנאשם, ובמיוחד אם הוא מצוי במעצר. הדבר אף נוגד את האינטרס הציבורי בעשיית צדק מהירה, וקרובה ככל הניתן למועד ביצוע העבירה. בל נשכח כי הלכת שוורץ קובעת שאחד השיקולים שלא לעכב את ביצוע העונש של מאסר הוא אמון הציבור ברשויות אכיפת החוק ובאפקטיביות של ההליך הפלילי (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 268 (2000)). הוא אשר אמרנו: האינטרס הציבורי לצד האינטרס של היחיד, שמעוניין כי הדיון יגמר מהר. קידום ההליך הפלילי במהירות וביעילות יכול להגדיל את אמון הציבור במערכת המשפט.

ונודה על האמת. כפי שצוין לעיל, המשפט הפלילי מתפתח. הראייה של בית המשפט בהליך הפלילי רחבה יותר מאשר בעבר. ואולם, לצערנו חלק מהשלכות העניין הן התארכותם של הליכים פליליים. אכן, המנגנון של סעיף 62א לחוק המעצרים מאפשר לבית המשפט העליון להאריך מעצר של נאשם אם המשפט מתארך מעבר לתשעה חודשים, וזאת מתוך הכרה במצב הקיים. אף נראה כי פעמים רבות התארכות ההליכים אינה נובעת מהעדר השקעה מספקת של המעורבים הנושאים בתפקיד במשפט הפלילי, שמקדישים מאמץ ניכר כדי לקדם את שלבי ההליך השונים. ברם, ההליכים מתארכים מאוד. זאת מסיבות שונות, לרבות שלבי הדיון שעניינם ראיות חסויות, קיומם של "מגה תיקים" ועוד. עניינים אלה משליכים על כל השיטה. התחושה היא שהמשפט עצמו מסורבל מה, רב קשיים ושלבים. יש להלחם נגד מגמה זו כאשר הדבר אפשרי.

ואולם, אם נפרש את הפסיקה כקובעת זכות לטעון לחוסר סבירות של החלטות רשויות התביעה – התוצאה תהיה, כמעט בהכרח, התארכות ניכרת של מרבית ההליכים הפליליים. יתכן שסנגור יסבור כי החלטה מסוימת אינה סבירה, ויהיה מעוניין למנוע את

השלכותיה באופן מידי. לחלופין, יתכן שסנגור יחליט כי עיכוב ההליך יוביל בסופו של דבר להקלה בעונש, מחמת חלוף הזמן בין מועד ביצוע העבירה או הגשת כתב האישום ומועד מתן גזר הדין. במקום ליעל את המשפט הפלילי, האפשרות של העלאת טענה כללית של חוסר סבירות החלטות רשויות התביעה מסבכת ומאריכה אותו. כך בניגוד לאינטרס של התביעה, ששואפת להגיע להרשעה במהירות, וכך גם – כפי שיובהר להלן – בניגוד לאינטרס של נאשם שטוען כי קיים ספק סביר ביחס לחפותו. בראייה זו, ניהול של מעין הליך מינהלי במסגרת ההליך הפלילי, תהא כותרתו אשר תהא, תאריך את המשפט אף מעבר לדלת אמות של נסיבות המקרה והדיון שלפנינו, שעוסק בהחלטה להגיש כתב אישום, והדוגמאות לכך הובאו לעיל. הימשכות ההליכים היא שיקול שיש לתת עליו את הדעת. מכאן שאין ליצור מסלול מקביל או רובד על רובד של משפט מינהלי על משפט פלילי. לפי הגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה ניתן אמנם לומר כי הביקורת תקפה, למשל, גם ביחס לטענת אכיפה בררנית; אך בעיניי האפשרות לתקוף כל החלטה של הרשות במסגרת ההליך הפלילי תרחיב את החשש מפני עיכוב וסרבול ההליך בצורה משמעותית, תוך מתן כוח רב מדי לסנגור להאריכו במקום שיבחר לעשות זאת.

ולאחר שאמרנו כל זאת, נוסיף כי יעילות אינה חזות הכל. לא פעם שווה היא הארכת ההליך לשם הגנה טובה יותר על זכויות הנאשם והוגנות ההליך. האם אימוץ העילה של חוסר סבירות מצדיק את הפגיעה בקצב ההליך? כפי שיבואר כעת, סבורני כי התשובה לכך שלילית. לו הייתי סבור כי המשפט המינהלי אכן מגן טוב יותר על זכויות הנאשם ביחס למצב הקיים, ניחא. אך זה אינו המצב. לא נראה כי הגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה תועיל לנאשם עקב הוספת עילת הסבירות לדיון. לא זו בלבד שנאשמים כמעט לא יפיקו תועלת מעילה זו – אם בכלל – אלא שהיא עלולה אף להוביל לפגיעה בהם.

18. חשש מפני פגיעה בנאשם. מעבר לפגיעה בהליך הפלילי, העילה של חוסר סבירות כפי שהוצגה מעוררת, לדעתי, גם חשש מפני פגיעה בנאשמים עצמם. פגיעה אפשרית אחת נובעת מהאמור לעיל ביחס להתארכות ההליך, במיוחד כאשר הנאשם מצוי במעצר. בחירת סנגור להעלות טענה של חוסר סבירות טומנת בחובה, מבחינתו, סיכוי אך גם סיכון. להלן אדרש ל"סיכוי", דהיינו לשאלה מהי התועלת הצפויה מקיומה של עילה זו לנאשמים, תוך טענה שזו נמוכה מאוד במקרה הטוב. מנגד, ה"סיכון" ברור בהרבה. ככל שתידחה טענת חוסר סבירות, נמצא ההליך הפלילי מתארך, תוך פגיעה בנאשם עצמו. סיכון זה ברור ומידי. הליכים פליליים יתארכו. אך בכך לא מתמצה החשש מפני פגיעה בנאשם.

פגיעה אפשרית נוספת בנאשם טמונה באפשרות שהכנסת עילת הסבירות למסגרת של "הגנה מן הצדק" תוביל לכך שהמבחן לקיומה של "סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות" יהיה חוסר סבירות ניכר, או חוסר מידתיות חריף או קיצוני. ברם, השוני בניסוח המבחן עלול להיות בעל משמעות. יתכן שנוסח זה יוביל לכך שבתי המשפט יקבלו את הטענה של הגנה מן הצדק – לפי מבחן הסבירות – פחות מאשר כיום, וזאת גם כאשר השאלה שעל הפרק היא האם מוצדק להקל בעונשו של הנאשם הואיל ורשויות התביעה יכלו להתנהל באופן טוב יותר. כך, נוכח הסטנדרט המחמיר של "חוסר סבירות קיצוני". אכן, ביטולו של כתב אישום ייעשה רק במקרים חריגים, הן לפי עילת הסבירות והן לפי הדוקטרינה הקיימת של הגנה מן הצדק. ברם, הקלה, לפחות מסוימת, בעונשו של נאשם מן הנימוק של הגנה מן הצדק, אינה נדירה. חוששני שאם המבחן לשם כך יהיה של חוסר סבירות חריף או קיצוני, תהפוך גם אפשרות זו לנדירה יותר, תוך פגיעה בנאשמים ביחס למצב הקיים.

הדברים ממחישים את אי ההתאמה של מבחן חוסר הסבירות להליך הפלילי. לא מדובר בכלי גמיש בהקשר הפלילי. הוא מחייב לקבוע אחת משתיים – כי הרשות פעלה בחוסר סבירות או כי לא פעלה כך. בהליך הפלילי, לעומת זאת, נדרשת גמישות. יש צורך באפשרות לומר כי היה על הרשות לנהוג באופן טוב יותר, במידה רבה או במידה מועטה. התערבות משיקולי צדק יכולה להיות רבה או מועטה, ואינה מכריחה את בית המשפט להגדיר באופן בינארי את התנהלות הרשות: סבירה או לא סבירה, מידתית או לא מידתית. מבחני הסבירות עלולים אפוא, גם אם לא זו הכוונה, להוביל למתן משקל נמוך יותר – לרעת הנאשם – לאופן התנהלות הרשות, גם במסגרת הענישה.

19. זהו ה"סיכון" של העילה. מהו ה"סיכוי" שלצידה? האם היא צפויה לקדם את ההגנה על זכויות נאשמים או על ההליך הפלילי עצמו? האם שכרה מרובה מהפסדה, במישור של הגנה על נאשמים? במענה על שאלה זו, יש לשים לב ש"התועלת השולית" של עילת הסבירות מתבטאת במקום שבו החלטת רשות התביעה היא בלתי סבירה באופן קיצוני, אך הדבר לא היה עולה לכדי סתירה מהותית של עקרונות הצדק וההגינות אלמלא ההכרה בעילה של חוסר סבירות. ככל שישנה סתירה מהותית כזו גם ללא העילה של חוסר סבירות, עילה אחרונה זו אינה מוסיפה להגנת הנאשם. מהו אפוא גודלה קבוצת המקרים שבה יזכה הנאשם להגנה בזכות העילה של חוסר סבירות אך לא יהיה מענה לטענותיו המוצדקות בלעדיה? קשה לדלות מהדוגמאות שהוצגו מקרים כאלה. המיקוד היה במקרים כגון אכיפה בדרנית, שיהוי בהגשת כתב האישום, הגשת כתב האישום בניגוד לדין או לנוהל, או ביצוע העבירה בעקבות הוראה של רשות. ברם, כל הדוגמאות

הללו כבר מקבלות מענה במסגרת הטענות המקדמיות שנקבעו בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי. כדי לתת להן ביטוי, במקרה שראוי לכך, אין צורך בעילת הסבירות.

גם בהיבט של התחשבות בהתנהלות הרשות במסגרת הענישה אין תועלת מיוחדת בעילת הסבירות. בית המשפט שוקל, דבר יום ביומו, הקלה בעונש בגלל פרק הזמן שחלף בין ביצוע העבירה לתחילת המשפט ולמתן גזר הדין. התחשבות זו נובעת מהדין הפלילי עצמו ומתורת הענישה. לשם כך אין צורך במעין "בטלות יחסית" ובמבחנים של סבירות. המבחן המתאים הוא הלימה, שהיא, כמדומה, רגישה יותר לנסיבות הקונקרטיות מאשר קיומו של "מתחם סבירות". אף ניתן לקבל את הטענה המקדמית של הגנה מן הצדק, תוך מתן משקל לדברים במסגרת הענישה. כך נהגנו בע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017) (ראו למשל פסקאות 49-50, 52 לחוות דעת). כאמור לעיל, דבר יום ביומו הוא כי סנגור טוען שיש להקל בעונש נוכח אחידות ההגנה והפגיעה בשוויון. כך גם ביחס לדיני המעצרים בתיקים שבהם ישנם מספר נאשמים או חשודים. הליך זה הינו קל ליישום. לא הוצגה אפוא, לטעמי, דוגמא שממחישה את הצורך בעילת הסבירות הכללית.

ומה באשר לדוגמא העולה מ"עקרון השוויון" בדין הפלילי, כפי שהוגדר בידי חבריי, שעמד ביסוד פסק דינו של בית המשפט המחוזי אצלנו? כלומר טענה של נאשם כי ניתן היה לנקוט נגדו אמצעים חמורים פחות מהגשת כתב אישום. האם יש להכיר בעקרון זה? האם ההכרה בו מחייבת להכיר בעילה עצמאית של חוסר סבירות? לפחות ביחס לשאלה האחרונה, התשובה לדעתי שלילית. במקרים רבים אין על הפרק אמצעי אכיפה אחרים, בהתאם לעבירה ולנסיבות המקרה, מלבד הגשת כתב אישום. ברם, ככל שישנה חלופה כזו, כגון הליכים משמעותיים, הרי שפתוחה הדלת בפני הנאשם לטעון כי הגשת כתב האישום יוצרת, בנסיבות העניין, סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות. כמוכן, ככל שעל פי הנוהל על התובע לשקול שיקול זה לפני הגשת כתב האישום והדבר לא נעשה – ניתן אף לטעון כי כתב האישום הוגש בניגוד לנוהל. בכל מקרה, וככל שהטענה מכוונת נגד שיקול הדעת עצמו – לא ברור לי כיצד המבחן של חוסר סבירות קיצוני, ניכר או חריף מקדם את הגנת הנאשם ביחס לטענה של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות.

מסקנתי היא שגם במישור של עלות-תועלת אין הצדקה לעילת הסבירות.

20. נסיבות המקרה. כדי להמחיש את הטענות דלעיל, ניתן להתבונן על השתלשלות ההליך שלפנינו. בית משפט השלום הרשיע את המבקש, בין היתר, בעבירות של הטרדה

באמצעות מתקן בזק והפרת הוראה חוקית, תוך דחיית טענותיו להגנה מן הצדק. בערכאת הערעור ניתן תחילה פסק דין חלקי, שבמסגרתו סברו השופטים ג' גונטובניק וא' קלמן-ברום כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה בעבירות של הפרת הוראה חוקית, ואילו השופט ר' בן-יוסף סבר בדעת המיעוט כי התוצאה הראויה היא הטלת התחייבות ושל"צ ללא הרשעה. אשר לעבירה של הטרדה באמצעות מתקן בזק, השופטים גונטובניק ובן-יוסף סברו כי יש לתת לצדדים להשלים את הטיעון ביחס לאפשרות של ביטול כתב האישום, נוכח קיומם של צעדים שאינם פליליים שניתן לנקוט נגד המבקש חלף הגשת כתב האישום נגדו. בדעת המיעוט סברה השופטת קלמן-ברום כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה בעבירה זו, בין היתר נוכח העובדה שהצדדים לא העלו את הסוגיה.

פסק הדין החלקי שניתן מדגים שניים מן הקשיים בעילות הסבירות או המידתיות. ראשית, מודגמת הטענה שהתועלת של הנאשם כתוצאה מעילות אלה היא מוגבלת, אם בכלל יש תועלת. השופט בן-יוסף סבר בפסק דינו החלקי כי אין מקום להרשיע את המבקש, לא בעבירה של הטרדה באמצעות מתקן בזק ולא בעבירה של הפרת הוראה חוקית. הואיל והוא סבר כי קיימים "צעדים חלופיים" להגשת כתב אישום ביחס לעבירה הראשונה, הוא הורה על ביטול כתב האישום ביחס אליה. ברם, אין צעדים חלופיים רלוונטיים ביחס לעבירה השנייה, ולכן בהקשר זה הוצע לגזור אי הרשעה לצד הטלת התחייבות ושל"צ. האם הועילה עילת הסבירות למבקש, בהובילה לביטול חלק מכתב האישום תוך קביעה כי יש לנקוט צעדים חלופיים נגד המבקש, ביחס לתוצאה החלופית של אי הרשעה ושל"צ? קשה להשוות במדויק בין התוצאות, אך נקל לראות שבמסגרת שתיהן הנאשם אינו מורשע, בכד בכד עם נשיאה בהשלכות אחרות כתוצאה ממעשיו. העניין ממחיש כי עילת הסבירות אינה מקדמת, בוודאי לא במידה רבה, את ההגנה על הנאשם, גם מנקודת מבטו שלו. המשפט הפלילי בעל כלים מגוונים מספיק לשם כך, גם ללא עילות הסבירות והמידתיות. הנה כי כן, לצד חסרונותיה של העילה, קשה להצביע על יתרונות שלה.

שנית, תופנה תשומת הלב לכך שבחינת סבירות הגשת כתב האישום נבחנה רק בסוף ההליך, ולמעשה רק בסוף הליך הערעור. בשלב זה הוכרע כי יש לזכות את המבקש מחלק מהאישומים, ובמסגרת פסק דינו החלקי של השופט בן-יוסף ניתן משקל – לעניין העבירות שביצע המבקש ומהן לא זוכה – גם לזיכוי מחלק מהעבירות. ואולם אם הסבירות של הגשת כתב האישום נגזרת ממכלול העבירות שצוינו בו, כל נאשם שזוכה מחלק מהעבירות שיוחסו לו יוכל לטעון כי נוכח המצב שנוצר, נדרש לבטל את כתב האישום בגין יתר העבירות. זאת, שכן יתכן שלא היה מוגש כתב אישום מלכתחילה רק בגין חלק מהעבירות. בנסיבות אלה, אכן יהיה צורך בהשלמת טיעון מטעם הצדדים, כפי

שארע במקרה שלפנינו. הנה דוגמא קולעת לטענה בדבר האפשרות של סרבול והימשכות ההליכים. רוצה לומר, מתן פסק דין חלקי בערעור או הכרעת דין חלקית (נגד נאשם מסוים) בערכאה המבררת היא בגדר חידוש דיוני שלא מצוי בחוק סדר הדין הפלילי. בית המשפט אמור לסיים את המלאכה בפסק הדין או הכרעת הדין. אך לפי הגישה שיש להכיר בעילות של סבירות או מידתיות, יש לבחון בכל שלב האם התובע היה צריך להגיש את כתב האישום לא רק מלכתחילה אלא גם במהלך הדרך. בעיניי זוהי דוגמא לפיתוח מיותר שיקשה ויאריך את ההליך גם בדרכים שלא ניתן לצפותן מראש.

הייתי מסכם נקודה זו כך: המשפט הפלילי מתפתח. הוא גם עובד כהלכה. הקושי הכללי הקיים בשיטתנו בעת הזאת הוא, להערכתו, הימשכות ההליכים, ולא העדר הזדמנות להעלות טענות שונות מעבר לשאלה "עשה או לא עשה". דוגמאות לכך הובאו לעיל בפסקה 13. גם הגנה מן הצדק נקלטה ומשפיעה. חוששני כי הוספת מהלכים דיוניים וקביעת מבחנים שאינם על פי לשון החוק יכולים לפגוע ביעילות ובמהות של ההליך.

21. וכאן אסכם. ניתן להקשות על האמור, ולשאל מדוע לשים דגש על השוני בין מבחני הסבירות והמידתיות, למבחן של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. התשובה לכך חורגת מעבר ללשון החוק ולצורך בניהול יעיל של ההליך הפלילי – עניינים שעליהם עמדתי כבר בהרחבה. השוני נחוץ נוכח הצורך בהכוונה נכונה של הערכאות המבררות וערכאות הערעור. דומני כי קביעת מבחנים של סבירות ומידתיות מעוררת חשש להעדר אחדות ביישום. הגם שחברי, השופט פוגלמן, השופט אלרון והנשיאה הסכימו זה עם זה, דעתי היא כי עיון קפדני בחוות דעתם מגלה שוני במבחנים היישומיים שהוצעו; ועוד לא עמדנו על פיתוח כללים אלה לכיוונים שונים, כפי שארע בבית המשפט המחוזי. לכן הצעתי היא לפעול לפי לשון החוק. אכן, אין הגדרה מדויקת גם ל"סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", אך זהו כלי ממוקד יותר, שלדעתי יוביל ליישום אחיד יותר של הדין. דווקא מפני שהכלים של סבירות ומידתיות כה מוכרים במשפט המינהלי, יש חשש שבית המשפט לא יישם אותם תוך התאמה ראויה במשפט הפלילי. היבטים מעשיים של המשפט בכלל, והמשפט הפלילי בפרט, חשובים מאוד. זוהי גם דרך לבחון את העמדה הראויה בסוגיה שמתעוררת כאן. חשוב בעיניי לכוון את בתי המשפט אל הדרך שבה עליהם לדון בטענות של הגנה מן הצדק. להשקפתי, הדרך הנכונה מבחינת הדין ומבחינה מעשית היא להתייחס לטענות לפי מבחן הסתירה המהותית. בעיניי מבחן זה אף יוביל לתוצאות צודקות יותר, ויאפשר למשפט הפלילי להמשיך בהתפתחותו בעשרים השנים האחרונות, זאת תוך התייחסות לדברי החקיקה השונים שמקדמים את מטרת המשפט הפלילי ותכליותיו. אך גם אם תסבור אחרת בכל

הנוגע ליחס בין "עילת הסבירות" ל"עילת הסתירה" – הרי החוק מחייב בכל תיק וביחס לכל נאשם ותובע.

אשר לנסיבות המקרה שלפנינו, חבריי קבעו כולם כי אין מקום להתערב בתוצאתו האופרטיבית של פסק הדין מושא הליך זה, שניתנה פה אחד, ואני מצטרף לנימוקיהם.

22. סוף דבר, מוסכם על חבריי כי אין מקום לשנות את תוצאת פסק הדין מושא הדיון הנוסף. לצד זאת, סבורני כי ראוי לו להליך הפלילי להתבסס על כליו המיוחדים, ובפרט: צדק, הגינות וכבוד האדם. ההליך הפלילי אינו הליך מינהלי, והמבחן הרלוונטי להחלטות רשויות התביעה אינו מבחן הסבירות או המידתיות. לכן לא אוכל להצטרף לגישה המאמצת את המשפט המינהלי בהרחבה, כפי שהוצגה בידי חברי השופט פוגלמן. אלה אפוא תשובותיי לשאלות שהוצגו בפתח חוות דעתי: א. ההליך הפלילי הוא המקום שבו על הנאשם להעלות את טענותיו נגד הגשת כתב האישום נגדו. ב. המסגרת ההליכית המתאימה לדיון בטענות הנאשם היא הגנה מן הצדק, אלא אם יש בחוק הפלילי מסגרת מתאימה יותר. ג. הדרך לבחון טענות של נאשם להגנה מן הצדק היא באמצעות המבחן שקבוע בחוק – "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כך, ולא לשאול האם ההחלטה להגיש כתב אישום חורגת ממתחם הסבירות או המידתיות הרלוונטי. לתשובות אלה יש להוסיף: ד. נאשם רשאי להעלות במסגרת ההליך הפלילי כל טענה נגד ההחלטה להגיש נגדו כתב האישום. ה. גם אם נאשם ניסח בטעות את טענותיו בצורה של "חוסר סבירות", על בית המשפט לבחון את הטענות לגופן, ולהכריע האם הטענות עומדות במבחנים החקוקים של הגנה מן הצדק.

המשנה לנשיאה

השופט א' שטיין:

"סבירות" בארץ תשלוט?

1. אחת התובנות החשובות שהותיר אחריו השופט האמריקני הדגול, פליקס פרנקפורטר, מזהירתנו מפני עיוותים אשר פוקדים את מערכת המשפט שעושה שימוש תדיר וכוללני בנוסחה משפטית כזאת או אחרת:

“A phrase begins life as a literary expression; its felicity leads to its lazy repetition; and repetition soon establishes it as a legal formula, indiscriminately used to express different and sometimes contradictory ideas.”

Tiller v. Atl. Coast Line R. Co., 318 U.S. 54, 63 (1943).

2. חוששני שכך הוא גורלה של הדוקטרינה אשר אומצה במשפטנו תחת השם “אי-סבירות” (להלן: דוקטרינת הסבירות).

3. בראשית דרכה, דוקטרינת הסבירות הועדה לפעול במתכונת שיורית וצנועה, כמעין חזקה משפטית בדבר קיומם של שיקולים זרים, שרירות-לב או פגם חמור אחר בהחלטה מינהלית – זאת, כאשר ניכר היה שההחלטה נפגמה בפגם חמור כלשהו שאותו אין אפשרות להוכיח בשל מחסור בראיות או מסיבה אחרת. באין אפשרות להוכיח את מהותו של הפגם, אפשרה הדוקטרינה לפסול את ההחלטה המינהלית בשל היותה – על פניה – בלתי סבירה בעליל, או בלתי סבירה באופן קיצוני. כפי שהזדמן לי להעיר בפרשה אחרת, מתכונת זו של הפעלת הדוקטרינה היתה זהה מבחינה פונקציונלית לפועלו של הכלל “הדבר מעיד על עצמו” בגדרם של דיני הנזיקין, אשר מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע מבלי להוכיח את פרטי ההתרשלות בנסיבות מהן עולה – במאזן ההסתברויות – כי הנתבע התרשל בדרך כלשהי ועל ידי כך גרם נזק לתובע (ראו: פסקה 2 לפסק דיני בעע”מ 1798/20 עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ’ עיריית תל אביב-יפו (7.1.2021) (להלן: עע”מ 1798/20)). מתכונת זו אפיינה את הפעלת הדוקטרינה בארץ מולדתה – בריטניה – במסגרתה של ביקורת שיפוטית על חוקי עזר עירוניים. כל חוק כזה היה בגדר אקט מינהלי א-פרסונלי, אשר נובע מהחלטה קולקטיבית של נאמני העיר שקשה לאבחן בה שיקול זר, זדון, שרירות, חוסר תום-לב, הפלייה מכוונת, וכיוצא באלה פגמים קונקרטיים (ראו: מרגית כהן “עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות” 197 אור 773, 779-778, 782-781 (2013); H.W.R. WADE & C.F. FORSYTHE, ADMINISTRATIVE LAW 295, 303-04, 751 (10th HARRY WOOLF ET AL., DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW OF ed., 2009); (ADMINISTRATIVE ACTION 594-95 (10th ed., 2013)).

4. על כל אלה עמד השופט צ’ ברנזון בע”א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ’ מ. דינגוף ושות’ (שיט) בע”מ, פ”ד יג(2) 1026, 1032-1037 (1959) – פסק הדין בו נקבע כי

דוקטרינת הסבירות מכפיפה תחתיה את חקיקת המשנה בכללותה, ולא רק חוקי עזר עירוניים.

כפי שהבהיר השופט ברנזון,

"עניני הסבירות והחריגה מהסמכות כרוכים [...] זה אחר זה [...] ובכך, קשה להבדיל באופן מהותי בין מבחן הסבירות לבין המבחנים האחרים המקובלים לפסילת אקט מינהלי כמו חוסר-תום-לב, נקיטת שיקולים בלתי כשרים, השגת מטרה זרה לענין, וכו', שכולם אינם אלא צורות שונות לבדיקת ענין החריגה מסמכות. ייתכן שהשם המשותף היאה לכל הסוגים האלה של חריגה מסמכות הוא "עיוות הסמכות", מה שנקרא בפי הצרפתים *détournement de pouvoir* ובפי האנגלים *abuse of power* [...]". (ראו: שם, בעמ' 1027-1028).

5. ההלכה שנפסקה אצלנו בפרשת דפי ז'הב (ראו: בג"ץ 389/80 דפי ז'הב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980) (להלן: הלכת דפי ז'הב)) העמידה את הדוקטרינה על פסיו הכלליים של המשפט המינהלי. בפסק דין חשוב זה נקבע כי הדוקטרינה משמשת בסיס לביקורת שיפוטית על כלל החלטות המינהל ופעולותיו (ראו: דברי השופט א' ברק (כתוארו אז) שם, בעמ' 439-447). זאת, תוך הבהרה מפורשת וברורה כי התערבותו של בית משפט בהחלטה מינהלית תוצדק רק אם זו תימצא בלתי סבירה באופן קיצוני – קרי: כאשר מדובר בהחלטה שלא היתה מתקבלת אצל שום רשות מינהלית שעושה את מלאכתה נאמנה במסגרת הסמכויות אשר הופקדו בידיה (ראו: שם). הלכה זו הגדירה את "מתחם הסבירות" שבתוכו שוכנות החלטות שונות ומגוונות שרשות מינהלית רשאית לקבל, "אשר כולן סבירות" (ראו: שם, בעמ' 443, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ברק). בהתאם לכך, נקבע כי החלטות מינהליות אינן מורשות לחרוג מ"מתחם הסבירות", כאשר הבסיס הקונצפטואלי לקביעה כאמור נמצא בתורת הסמכות המינהלית. תורה זו העמידה חזקה פרשנית לפיה הסמכות לקבל החלטות, אשר הוקנתה לרשות בחיקוק שמסמיכה לפעול, מצויה בדל"ת אמותיו של "מתחם הסבירות" ולא מחוצה לו (ראו: שם).

6. הלכה זו נקבעה במקשה אחת עם האזהרה החשובה אשר באה מפיו של הנשיא מ' לנדוי, בזו הלשון:

"הסכנה העיקרית שאני רואה היא, שהמונח "סבירות" משמש תדיר כדי להגדיר קנה מידה אובייקטיבי דווקא של התנהגות. כך הוא, למשל, בדיני רשלנות בנוזיקין. מכאן

קצרה הדרך להגדרה דומה גם בשטח המשפט המינהלי, אם החלטתו של עובד הציבור תעמוד לבחינה על-ידי בית המשפט על-פי מבחן אובייקטיבי של מה שנראה לו, לבית המשפט, כעומד במבחן הסבירות בכל הנסיבות, שבהן נתקבלה ההחלטה המינהלית. בדרך זו נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (*de novo*), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה. אני מניח, שחברי הנכבד, השופט ברק, לא התכוון למשמעות רחבה כזאת של מונח הסבירות. " (ראו: שם, בעמ' 431-432; ההדגשה הוספה – א.ש.).

7. דומני כי לא אטעה אם אומר כי חששו של הנשיא לנדוי התממש הלכה למעשה. בשני העשורים האחרונים, עדים היינו – לא אחת – להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת רחבה אשר כללה התערבות שיפוטית בתוכן ההחלטה המינהלית *de novo*. מתכונת זו של "משפט זה אני" (כפי שתוארה בפסקה 2 לפסק דיני בעע"מ 1798/20) מאפשרת לשופט להיכנס לנעלי הרשות המבצעת ולעשות בהחלטתה כטוב בעיניו. למתכונת זו של דוקטרינת הסבירות אין אחיזה בדין הפוזיטיבי. מתכונת זו נדונה בהרחבה – ובוקרה ביקורת עקבית, נוקבת, ובמלוא הכבוד, נכונה – על ידי חברנו, השופט נ' סולברג, בפסיקתו ובמאמרו (ראו: בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו (1.3.2016); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 36 לפסק דינו (26.10.2017); בג"ץ 4252/17 ג'בארין נ' הכנסת, פסקה 24 לפסק דינו (14.7.2020); פסקה 20 לפסק דינו בעע"מ 1798/20; וכן נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2020)). דבריו של השופט סולברג באשר להרחבתה הלא רצויה של דוקטרינת הסבירות מקובלים עלי במלואם, ואין בידי להוסיף אליהם דבר זולת הסכמתי.

ההליכים הקודמים

8. נכון לעת הזאת, שיא ההתפתחות של דוקטרינת הסבירות בא לידי ביטוי, בלי צל של ספק, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו בע"פ 17-01-23813 רותם נ' מדינת ישראל (4.6.2018), אשר נהפך בפסק דינו-שלנו שבו אנו דנים כעת (רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (5.5.2020) – להלן: ההליך הקודם). פסק דינו של בית המשפט המחוזי קבע, ברוב דעות, כי ערכאה דיונית המנהלת משפט פלילי מוסמכת – ולפי דרישת הנאשם, אף חייבת – להעמיד את כתב האישום לביקורתה השיפוטית על פי מבחני הסבירות והמידתיות, אשר כוללים בתוכם את "עיקרון ההחלה השיורית" של הדין הפלילי (להלן: עיקרון השיוריות). במסגרת זו, כתב אישום, או פרט אישום כזה או אחר,

אשר יימצא, בנסיבות העניין, בלתי סביר ובלתי מידתי באופן קיצוני יבוטל מניה וביה – זאת, מכוחה של דרישת הסבירות של המשפט המינהלי אשר מתמזגת עם כללי הפרוצדורה הפלילית. בהמשך לקביעתו העקרונית הזו, ביטל בית המשפט המחוזי את הרשעת המערער דשם והמשיב דכאן – מר רפי רותם – מעשרים עבירות לפי סעיף 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, שעניינן הטרדה באמצעות מתקן בזק. כפועל יוצא מכך, המשיב דכאן לא נתן את הדין על עשרים מעשי הטרדה אשר פגעו בעובדי ציבור שונים ובהם שוטרים, פרקליטים, פקידים ברשות המיסים ויועצו של שר המשפטים דאז.

9. הלכה למעשה, קביעתו העקרונית של בית המשפט המחוזי התיימרה לעשות מהלך חקיקתי: שינוי האמור בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ה"חט"פ) על ידי הוספת סעיף-משנה (11) שאינו קיים. כפי שהסברתי בפסק דיני בהליך הקודם, מדובר בשינוי בלתי מוסמך – ולדידי, גם בלתי ראוי – כמצוין להלן בחלק המודגש:

טענות מקדמיות

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

- (1) חוסר סמכות מקומית;
- (2) חוסר סמכות עניינית;
- (3) פגם או פסול בכתב האישום;
- (4) העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;
- (5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום;
- (6) משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום;
- (7) חסינות;
- (8) התיישנות;
- (9) חנינה;
- (10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית;
- (11) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי הינם בלתי סבירים באופן קיצוני.

10. בהקשר זה אבהיר כי המילה "ובהן", אשר מופיעה ברישא של סעיף 149 לחסד"פ, מלמדת על כך שרשימת הטענות המקדמיות שלנאשם מותר להעלותן במסגרת הסעיף איננה סגורה, ואפשר להוסיף אליה. אולם, כפי שניתן להיווכח מקריאת הסעיף גופו, וכפי שעוד אפרט ואסביר, המילה "ובהן" מכוונת אך ורק לטענות מקדמיות אשר מוכרות בדין ואינה פותחת צוהר ליצירת טענות מקדמיות חדשות בדרך של חקיקה

שיפוטית. יתרה מכך: העמדת כתבי אישום במבחני הסבירות המינהלית מרחיבה הרחבה רבתי את "ההגנה מן הצדק" – טענה מקדמית חשובה, אשר נסובה על זכויות היסוד של הנאשם ומעוגנת בסעיף 149(10) לחסד"פ – ומשנה את דמותה. לטעמי, שינוי כאמור הוא עניין למחוקק, ולא לנו; וכפי שאסביר להלן, שינוי זה ממילא איננו נכון ואיננו רצוי. בהמשך דבריי אראה אף זאת: הכפפת כתבי אישום והחלטות הפרקליטות בדבר העמדה לדין פלילי לדרישת הסבירות המינהלית ולעיקרון השירות אינה עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 62(א) לחסד"פ.

11. באשר לדין הרצוי: הסמכת הערכאות הדיוניות שבפניהן מתבררים משפטים פליליים להעמיד כתבי-אישום לביקורתן במסגרתה של דוקטרינת הסבירות עלולה ליצור תקלות ועיוותים של ממש. הסמכה כאמור מטילה על שופטי הערכאות הדיוניות נטל כבד מנשוא; מכניסתם – על כורחם – לנעליהם של פרקליטי המחוזות; מאריכה את הימשכות ההליכים הפליליים שלא לצורך; מסרבלת הליכים אלה; והופכת את הנאשם למאשים ואת פרקליטות המדינה ומשטרת ישראל לנאשמות.

לעניין זה יפים דבריו של השופט י' עמית בעע"מ 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים (6.7.2020):

"[...] הכנסת ההליך המינהלי במסגרת טענה לאי סבירות העמדה לדין [...] מביאה להיפוך תפקידים, כאשר הנאשם הופך כבר בתחילת ההליך למאשים והתביעה הופכת לנאשמת". (שם, פסקה 19; עוד ראו: דברי השופט סולברג בפסקה 52 לפסק דינו בהליך הקודם).

בעקבות דברים אלה, ציין השופט עמית – בצדק – כי "ליבוא של המשפט המינהלי אל תוככי המשפט הפלילי יש מחיר נוסף בדמות סרבולו של ההליך הפלילי" (ראו: שם, פסקה 20), כאשר הוא מצטט בהסכמה את הדברים שאמר השופט סולברג בהליך הקודם:

"יבוא הדין המנהלי אל חדריו של ההליך הפלילי, כרוך במכשלה נוספת – סרבולו של ההליך [...] הפיכת בית המשפט הדין בפלילים למעין 'בג"ץ קטן', תביא לכך שראשיתו של כל משפט פלילי תהיה בהעלאת שורה של טענות מן הגורן ומן היקב, על טיב שיקול הדעת של התביעה, מידתיותו וסבירותו; אחריתו מי ישורנו?" (ראו: פסקה 55 לפסק דינו של השופט סולברג בהליך הקודם).

12. למותר להוסיף ולציין כי ביקורת שיפוטית במתכונת זאת גם אינה מוכרת בשיטות משפט כמו אלו של אנגליה וארצות-הברית, המקבילות לשיטתנו-שלנו; שיטות משפט אלה ממילא אינן מכירות בעיקרון השירות כעיקרון משפטי מחייב (ראו והשוו: CRIMINAL PROCEDURE: A WORLDWIDE STUDY (Craig M. Bradley, ed., 2d ed. (2007).

עמדת הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון בהליכים דכאן

13. חבריי, הנשיאה א' חיות והשופטים ע' פוגלמן וי' אלרון, נכונים להסמיך ערכאות דיוניות לקיים ביקורת שיפוטית על העמדה לדין פלילי ועל הגשת כתבי אישום מטעמי אי-סבירות ובשל פגיעה בעיקרון השירות, אשר לדידם מקימים לנאשם "הגנה מן הצדק" במסגרתו של סעיף 149(10) לחסד"פ.

14. על עמדתם זו אבקש, בכל הכבוד והיקר, לחלוק. טעמי לכך פורטו בחלקם בפסק דיני בהליך הקודם. במסגרת הנוכחית, אסביר טעמים אלו ביתר פירוט ואוסיף אליהם טעמים נוספים. בפתח הדברים, אומר בקצרה כי המהלך הפרשני של חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון, ביחס לסעיף 149(10) לחסד"פ איננו שונה מפסיקתו העקרונית של בית המשפט המחוזי, אשר, כאמור, אינה מקובלת עלי מראשיתה ועד סופה.

15. קוראי פסק הדין החפצים להיווכח בזהות שבין שני המהלכים – זה של בית המשפט המחוזי וזה של חבריי, הנשיאה חיות השופטים פוגלמן ואלרון, יעינו בטבלה כדלקמן:

חידושו של בית המשפט המחוזי בסעיף 149 לחסד"פ	חידוש ההלכה המוצע על ידי הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון ביחס לסעיף 149 לחסד"פ
לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –	לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –
...	...
(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי הפלילי עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית; סתירה מהותית כאמור קיימת כאשר	(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית; סתירה מהותית כאמור קיימת כאשר
(11) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי הינם בלתי סבירים באופן קיצוני.	(11) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי הינם בלתי סבירים באופן קיצוני.

16. הטעמים שבעטיים לא היה בידי להסכים עם שופטי הרוב של בית המשפט המחוזי פורטו בפסק דיני בהליך הקודם. על הטעמים הללו לא אחזור כאן אלא כמידת הדרוש לדיון בעמדת חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון, שעמה, כאמור, אין בידי להסכים. חלק מהטעמים שבעטיים אינני מסכים עם חבריי נטועים בדין המצוי, וחלקם האחר משקף את המצב המשפטי הרצוי מבחינה חברתית.

17. בטרם אציג את אלו ואת אלו, אסכם את עיקרי עמדתי:

א. לפי גישת חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון, נאשמים בפלילים יתמנו למבקרי החלטותיה של פרקליטות המדינה שעניינן העמדה לדין והגשת כתבי אישום. אשר על כן, גם אילו סברתי שהחלט כללי הסבירות והשירות במסגרת ביקורת שיפוטית על כתבי אישום והחלטות הפרקליטות בדבר העמדה לדין היא דבר נכון ורצוי – וכאמור, אינני סבור כך – לא הייתי מפקיד את תפקיד המבקר, אשר אמור לקדם את אינטרס הציבור באכיפת הדין הפלילי, בידי נאשמים.

ב. ביקורת שיפוטית על הגשת כתבי אישום והעמדה לדין צריכה להתקיים – כפי שהתקיימה עד כה – במסגרת המשפטית הידועה והמוכרת, שבראשה חובתה העקרונית של פרקליטות המדינה להעמיד לדין פלילי כל אדם בר-עונשין שביחס אליו נאספו ראיות המספיקות לאישום (כאמור בסעיף 62(א) רישא לחסד"פ). חובה זו נסוגה רק מפני נסיבות חריגות שבכללותן הופכות את המקרה לבלתי מתאים להעמדה לדין (כאמור בסעיף 62(א) סיפא לחסד"פ). טעמים כדוגמת סבירות, מידתיות ושירותיות אינם מבטלים ואינם מאיינים, בכוחות עצמם, את חובת העמדה לדין. הציווי ההחלטי של המחוקק ברישא של סעיף 62(א) לחוק – "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין" – מלמדנו על כך שהעמדתו של אדם לדין פלילי, לאחר שנאספו לחובתו ראיות המספיקות לאישום, היא החלטה סבירה ומידתית. באשר לשירותיות – התובע בהחלט רשאי לשקול את האפשרות להשתמש בהליך הפלילי כאמצעי אחרון, אם הוא רואה זאת לנכון לאחר ששקל את מכלול הנסיבות, אולם חובה כאמור אינה מצויה בשום חוק ובשום דוקטרינה משפטית מוכרת.

ג. בגדרו של סעיף 149(10) לחסד"פ, טענת ההגנה מן הצדק כבסיס לביטול האישום תעמוד לזכות הנאשם רק במקרה של פגיעה מהותית וממשית באחת מזכויותיו

היטודיות, כדוגמת הזכות לחירות, הזכות לשלמות גופנית, הזכות נגד עינויים, הזכות להליך הוגן, הזכות לשוויון בפני החוק – וכפועל יוצא מכך, הזכות נגד אכיפה בררנית של הדין הפלילי. רשימה זו של זכויות היסוד, שהפרתן מפעילה את ההגנה מן הצדק, איננה סגורה אמנם, אך היא איננה כוללת "זכות לסבירות" ו"זכות לשוירות". לנאשמים אין זכויות כאלה בדין הישראלי; ולדידי, לנו אין כל סיבה להקנות זכויות כאמור לנאשמים, והסמכות לייצרן יש מאין ממילא לא מצויה בידינו.

ד. ערכאות דיוניות אינן הפורום המתאים לקיום הביקורת השיפוטית המינהלית – שאינה נגזרת מזכויות המוקנות לנאשם כנאשם – על החלטה להעמיד אדם לדין פלילי ועל הגשת כתבי אישום. ביקורת מינהלית כאמור אמורה להתקיים, כפי שהתקיימה עד כה, במסגרת הליכי בג"ץ במתכונת מצומצמת שעילותיה מכסות מקרי קצה בלבד, כדוגמת מקרים שבהם המדינה מפרה הבטחה שנתנה לנאשם (ראו: בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986)); מעמידה אדם לדין פלילי מתוך רדיפה אישית ושיקולים זרים (ראו: בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) (להלן: עניין גנור)); פועלת בחוסר סבירות קיצוני היורד לשורש העניין, וכיוצא באלה. במסגרת זו, אין זה מן הנמנע שאי-סבירות קיצונית הניכרת על-פניו של כתב-אישום כזה או אחר תשמש בסיס להסקת מסקנה בדבר קיומם של שיקולים פסולים כאמור, אשר תוביל לביטולו של כתב האישום. כך פעלה דוקטרינת הסבירות במתכונתה המסורתית והמצומצמת; כך היא עוגנה בפסק דינו של המותב אשר העמיד את הלכת דפי זהב; וטוב נעשה, אם נמשיך להפעילה במתכונת זו במסגרת הליכי בג"ץ.

הדין המצוי:

ערכאות דיוניות אינן מוסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על העמדה לדין פלילי מטעמי "אי סבירות" ו"שירות"

18. הנני סבור שהוראות החוק בדבר העמדה לדין פלילי וסגירת תיקים, כפי שנוסחו בסעיף 62 לחסד"פ ובתוספת השביעית לחוק, אינן מאפשרות אי-העמדה לדין וביטול אישומים מטעמי "אי סבירות" ו"שירות".

19. כמו כן סבור אני כי סעיף 149 לחסד"פ מהווה אכסניה בלעדית להעלאת טענות מקדמיות בדבר בטלותו של כתב האישום בפני הערכאה הדיונית. הגנה מן הצדק, כפי שנוסחה בסעיף 149(10) לחסד"פ ופורשה על ידי בית משפט זה (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)), היא אחת מטענות אלו. הגנה זו קמה לנאשם בעקבות הפרתה של אחת מזכויות היסוד שלו – כדוגמת הזכות לחירות, הזכות לשלמות גופנית, הזכות נגד עינויים והזכות להליך הוגן – על ידי אנשי שררה אשר אוכפים את הדין הפלילי מטעם המדינה (ראו: ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (2.8.2018)). הגנה כאמור קמה לנאשם גם מחמת אכיפה בררנית, אשר פוגעת באופן מהותי וממשי בזכותו לשוויון בפני החוק (ראו: בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע (8.6.1999); ע"פ 7621/14 גוטסינדר נ' מדינת ישראל (1.3.2017)), וכן כאשר מוכח שכתב האישום הוגש נגדו מטעמים פסולים של רדיפה אישית, וכדומה – דבר שאף הוא מגיע כדי הפרת זכות חשובה: זכות הנאשם להליך הוגן (ראו: ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996)). ואולם, הגנה מן הצדק אינה מקנה לנאשם את הזכות לבטל כתב אישום באין פגיעה בזכות יסוד המוקנית לו כנאשם, מחמת "חוסר סבירות" או "שירות", ולחייב את המדינה להפעיל את הדין הפלילי בעניינו רק כאמצעי אחרון ובאין אפשרות מעשית לקיים את הסדר הציבורי בדרכים מתונות יותר.

20. כללים בדבר העמדה לדין פלילי וסגירת תיקים פליליים נקבעו, כידוע, בסעיף 62 לחסד"פ ובתוספת השביעית לחוק, הנלווית לסעיף זה. הוראות חוק אלה קובעות כדלקמן:

העמדה לדין וסגירת תיק

62 (א) ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין; ואולם החלטה שלא להעמיד לדין, בשל עילה זו תהיה באישור בעל תפקיד כלהלן:

(1) פרקליט מחוז או פרקליט בכיר שהוא הסמיכו לכך – בעבירות פשע או עוון, שחומר החקירה בהן הועבר לטיפולו של פרקליט לפי סעיף 60;

(2) קצין משטרה המכהן כראש יחידת תביעות או תובע משטרה בכיר שהוא הסמיך לכך – בעבירות פשע שחומר החקירה בהן הועבר לטיפולו של תובע משטרה לפי סעיף 60, וכן בעבירות עוון שחומר החקירה בהן הועבר לטיפולו של תובע משטרה על ידי פרקליט מחוז לפי סעיף 60;

(3) קצין משטרה המשמש כתובע, שהמפקח הכללי של המשטרה הסמיכו לכך – בעבירות שאינן פשע, למעט עבירות עוון שהחלטה בעניינן מתקבלת בידי בעל תפקיד כאמור בפסקאות (1) או (2);

(4) קצין משטרה המכהן כראש יחידת תביעות – בעבירות לפי סעיף 19 מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, או פרק ה'א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

(ב) (1) על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר לחשוד הודעה בכתב בלא ציון עילת סגירת התיק, ואולם יצוין בה כי החשוד רשאי לברר את עילת סגירת התיק באמצעות הגעה לכל תחנת משטרה וכן באחת הדרכים שנקבעו על ידי המשטרה ושפורטו בהודעה;

(2) על אף האמור בפסקה (1), לחשוד בעבירת מין או אלימות, כהגדרתה בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, תימסר הודעה בכתב על החלטה שלא להעמיד לדין בציון עילת סגירת התיק;

(3) בעת מסירת העילה לסגירת התיק לפי הוראות פסקה (1) או (2), שעניינה שנויבות העניין בכללותו אינן מתאימות להעמדה לדין, תימסר העילה בנוסח שבחלק א' לתוספת השביעית;

(4) החשוד יהיה רשאי לפנות לתובע שסגר את התיק בבקשה מנומקת לשנות את עילת הסגירה; תיק שנסגר בשל חוסר אשמה, יימחק רישומו מרישומי המשטרה.

תוספת שביעית

הודעה בדבר סגירת תיק משום שנויבות העניין בכללותו אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או להעמדה לדין

חלק א': הודעה לחשוד

לאחר החקירה הוחלט שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדתך לדין, שכן מדובר באירוע שההליך הפלילי אינו מסגרת מתאימה לבירורו.

חלק ב': הודעה למתלונן

הודעה לעניין אי-פתיחה בחקירה: לאחר בדיקת תלונתך הוחלט שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה, שכן מדובר באירוע שההליך הפלילי אינו מסגרת מתאימה לבירורו.

הודעה לעניין אי-העמדה לדין: לאחר החקירה בעקבות תלונתך הוחלט שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין, שכן מדובר באירוע שההליך הפלילי אינו מסגרת מתאימה לבירורו.

(ההדגשה הוספה – א.ש.).

21. מהוראות חוק אלה עולות שתי מושכלות יסוד:

- א. ככלל, הפרקליטות חייבת להעמיד אדם לדין פלילי לאחר שנוכחה לדעת כי נאספו לחובתו ראיות המספיקות לאישום, דהיינו: ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה (ראו: בג"ץ 2534/97 י"ב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 1, 10-9 (15.9.1997)).
- ב. סטייה מכלל זה מתאפשרת רק כאשר מכלול נסיבות המקרה מצביע, באופן ברור ומובהק, על כך שהמקרה אינו מתאים להעמדה לדין פלילי (ראו: עניין גנור, עמ' 508-511); ועל כך עוד ארחיב את הדיבור בהמשך.
- ג. הוראה זו של סעיף 62(א) לחסד"פ הינה ברורה, מובנת ואינה מצריכה פרשנות. משמעותה של הוראה זו הופכת להיות מובנת אף יותר כאשר מעמידים מולה את הוראתו של סעיף 15 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, אשר קובעת לאמור:

"קביעת עבירה כעבירה מינהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו [...]"

הוראה זו, בהתייחסה לעבירות מינהליות, קובעת כלל בדבר אי-העמדה לדין פלילי אשר כפוף לחריגים – זאת, בשעה שסעיף 62(א) לחסד"פ קובע כלל הפוך שבבסיסו החובה להעמיד לדין. כפי שנראה מיד, לכך יש משמעות מכרעת בעניינינו-שלנו.

22. מושכלות היסוד אשר נקבעו בסעיף 62(א) לחסד"פ אינן כוללות את דרישת השיוריות. פרקליטות המדינה מן הסתם רשאית לשקול את עניין השיוריות, אך שיקול זה לבדו לעולם לא יכול לקבוע את נסיבות העניין בכללותן – עילה לסגירת התיק הפלילי עליה חזר המחוקק, בסעיף 62(א) לחסד"פ ובתוספת השביעית לחוק, לא פחות משש פעמים. אשר על כן, הדרישה לשיוריות לבדה אינה אמורה למנוע הגשת כתב-אישום נגד אדם שלחובתו נאספו ראיות המספיקות לאישום. מול דרישה זו, חייבת הפרקליטות להעמיד את האינטרס הציבורי במיצוי הדין הפלילי עם הנאשם, ואת זכויותיהם של נפגעי העבירה. שיוריות מהווה מרכיב אחד-בודד בשיקול דעתה של הפרקליטות, הא ותו לא. היא איננה מרכיב דומיננטי בהחלטת הפרקליטות להעמיד אדם לדין פלילי, ואינה מעניינה של בית משפט אשר מברר את אשמתו של הנאשם.

23. דבריי אלה אינם באים לשלול את עיקרון השיוריות מכל וכל. עיקרון השיוריות הוא עיקרון חקיקתי חשוב אשר אמור להנחות את המחוקק בקביעת איסורים פליליים. מכיוון שדיני העונשין שלנו אמורים לטפל במעשים אנטי-חברתיים מהסוג השלילי ביותר על ידי הטלת עונשים על מבצעייהם, המחוקק אמור לשקול האם הגנתו על אינטרס חברתי כזה או אחר מצדיקה הטלה של איסור מהתחום הפלילי, או שמא ניתן להסתפק בסנקציה מתונה יותר אשר תספיק להכוונה הנדרשת של התנהגות (ראו: מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 161 (1982)). ברם, לאחר שהמחוקק שקל את אשר שקל, וקבע את אשר קבע, לא יהא זה נכון וראוי מצדנו להטיל על התביעה את הנטל לשקול שיוריות בשנית כשיקול בלעדי לאי-העמדה לדין – זאת, בניגוד להוראה המנדטורית של סעיף 62(א) לחסד"פ, שככלל מחייבת את התביעה להעמיד אדם לדין פלילי בהיאסף ראיות המצביעות לכאורה כי הלה ביצע עבירה. חברתי הנשיאה חיות הצביעה על דבריו של השופט ס' ג'ובראן (כתוארו אז) בעניין שוורץ (ראו: בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.7.2010)) אשר הכירו בעיקרון השיוריות לעניין ההעמדה לדין פלילי ולא רק לעניין חקיקה. ברם, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט ע' פוגלמן, הצטרפו אך ורק למסקנתו של השופט ג'ובראן, ולא לנימוקיו. מטעם זה, לא ניתן לדעת, לראות בפסק הדין שניתן בעניין שוורץ אסמכתא לאימוצו של עיקרון השיוריות בהליך הפלילי גופו. לטעמי, מהלך כאמור אינו משקף את הדין המצוי (וכפי שאראה להלן, הוא גם אינו בגדר רצוי).

24. מושכלות היסוד אשר נקבעו בסעיף 62(א) לחסד"פ גם אינן כוללות את דרישת הסבירות. לנוכח הדרישה המנדטורית של העמדה לדין, שהמחוקק קבע כברירת מחדל עבור כל אותם מצבים בהם נאספו ראיות המספיקות לביסוס האישום נגד הנאשם – האפשרות לשלול את תקפות ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין, בהינתן ראיות כאמור, תהא קיימת רק במקרים בהם הוכחה פגיעה ממשית בזכויות היסוד של הנאשם על ידי זרועות המדינה. במקרים אלו, ורק בהם, יוכלו הנאשמים לטעון להגנה מן הצדק כטענה מקדמית נגד ההעמדה לדין אשר משתייכת לפרוצדורה פלילית.

25. בכל יתר המקרים, רובם ככולם, הנאשם לא יוכל לבסס את הטענה המינהלית כי שום תובע סביר לא היה מעמידו לדין פלילי בהתאם לברירת המחדל שקבע המחוקק. זאת, מאחר שברירת המחדל של העמדה לדין הינה סבירה כשלעצמה מתוקף קביעתה על ידי המחוקק. אשר על כן, באין פגיעה באחת מזכויות היסוד של הנאשם, ובהיאסף ראיות המכוננות סיכוי סביר להרשעתו, האפשרות לייחס להחלטה להעמיד את הנאשם לדין "חוסר סבירות קיצוני", כמשמעו בהלכת דפי ז'הב, לא תהא קיימת אלא במקרי קצה נדירים שבנדירים. מקרים נדירים כאלה ראוי שייבדקו במסגרת עתירה לבג"ץ, כפי שנעשה עד כה, ואין כל סיבה שנשכנם בגדרו של סעיף 149(10) לחסד"פ ונקרא להם "הגנה מן הצדק". לטעמי, למהלך פרשני זה אין אחיזה בדין הקיים. יתרה מזו, מהלך זה יהפוך את הקיצוני והנדיר לשגרתו ושכיח: טענות המייחסות לכתבי אישום "חוסר סבירות" תועלנה, כדבר שבשגרה, בפני ערכאות דיוניות בפתיחתם של משפטים רבים ותוכרענה – במקרים אחדים, אם לא במקרים רבים – במתכונת בלתי-מוסמכת ובלתי-ראויה אותה כינתי בשם "המשפט זה אני". חוששני שמתכונת זו שימשה בידיו של בית המשפט המחוזי בפרשה שבה עסקינן. לדאבוני, אינני מוצא הסבר אחר להחלטתו למחוק במחיי-יד עשרים עבירות מוכחות של הטרדת אדם באמצעות מתקן בזק; ועל כך עוד אחזור בהמשך דבריי.

26. בטרם אנעל את הדיון בדין המצוי, אתייחס לפסק הדין שניתן בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (6.2.2006) (להלן: בג"ץ ניר עם כהן), שלפי עמדת חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון, מהווה אסמכתא התומכת בעמדתם. בפסק דין זה נאמרו הדברים הבאים:

"[...] לא מן הנמנע כי במסגרת הליך פלילי תידרש אף הערכאה הפלילית לבקר את חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה בעת העמדה לדין פלילי. זאת, בפרט כאשר הנאשם עותר לביטולו של כתב האישום, בין אם בשל היעדר סמכות להגיש את כתב האישום, בין אם

מחמת פגם שנפל בהליך החקירה או הגשת כתב האישום, בין אם בשל פסול בשיקול הדעת ובין אם משום שעומדת לו "הגנה מן הצדק". [...] כך, ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות שונות למקרים בהם אגב הדיון בחוקיות כתב האישום בחנה הערכאה הפלילית את התנהלותה של התביעה. חלק מן המקרים נסבו סביב פגמים פורמאליים שנפלו בפעולות התביעה ואשר נגעו להגשת כתבי אישום מבלי שניתן לכך אישור מאת היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המחוז [...] ואילו במקרים אחרים דובר בפגמים דיוניים, הנוגעים, בין היתר, להפרת זכות הטיעון של הנאשם [...] ולאי תקינותו של הליך החקירה שקדם להגשת כתב האישום [...]. איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנזכרים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית. מכאן, שאף בענייננו אין כל מניעה לכך שהעותרים יעלו בפני בית הדין, ולא דווקא בגדרי העתירה דנא, את השגותיהם באשר לתקינות הליך הגשתו של כתב האישום נגדם. בית הדין, בדונו בהליך הפלילי, וככל בית משפט פלילי, רשאי ומוסמך לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום. כוללים אנו במסגרת זו הן את שלב החקירה והן את ההתנהלות של התביעה עד להגשתו של כתב האישום. [...] ואכן, על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלות טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו. קביעה זו נסמכת על מספר טעמים: ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול כזה לא רק שאינו רצוי משיקולי יעילות ומטעמי חיסכון במשאבים שיפוטיים, אלא שהוא אף עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי [...]. שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום. כך למשל, יכול הוא להורות על ביטולם של אישומים ספציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום [...]. (ראו: בג"ץ ניר עם כהן, פסקאות 4-5; ההפניות הושמטו וההדגשה הוספה – א.ש.).

27. דברים אלו, כפי שאני מבין אותם, מתייחסים לפגמים חוקיים בכתב האישום ובהליכים הפורמאליים שהביאו להגשתו, וכך להגנה מן הצדק במובנה הרגיל והמקובל – באשר היא מופעלת בעקבות פגיעה באחת מזכויות היסוד של הנאשם. יחד עם כך, דברים אלה כוללים אמירה המכירה בסמכותן של הערכאות הדיוניות לבחון את סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום, ולא רק את חוקיותה. בעניינה של אמירה זו – שאין חולק על היותה אמרת אגב – אומר בפשטות כי מדובר בחידוש שאינו נתמך בשום אסמכתא ואינו משקף את הדין המצוי. כך הוא גם לגבי האזכור של דרישת הסבירות בפסק הדין שניתן בעניין בורוביץ'. אוסיף כי אני מסכים עם דבריו של חברי, המשנה לנשיאה נ' הנדל, כי אזכור זה ממילא לא שיבץ את דרישת הסבירות בגדרי ההגנה מן הצדק ומן הסתם לא הקים עילה לביטול כתבי אישום.

28. עוד אוסיף כי בעולמו של המשפט המינהלי – להבדיל מזה של הפרוצדורה הפלילית – אין כל הבדל בין תקיפת החלטות הפרקליטות בדבר אי-העמדה לדין, שאין חולק שמקומן להתברר בבג"ץ, לבין תקיפת החלטות הפרקליטות בדבר העמדה לדין. ביקורת שיפוטית על שני סוגי ההחלטות הללו שמורה לבג"ץ ולמקרים קיצוניים, כפי שנעשה עד כה. היעדר אפשרות לתקוף החלטה בדבר אי-העמדה לדין בבית משפט השלום או בבית משפט מחוזי איננו רק עניין מעשי אשר נובע מהיעדרו של הליך פתוח בערכאה הדיונית. לטעמי, מדובר בעניין שבמהות, שכן בלא מעט מקרים החלטה בדבר העמדתו או אי-העמדתו של אדם לדין פלילי מתקבלת על ידי דרגים בכירים ובהם פרקליטי המחוזות, ולעיתים אף על ידי היועץ המשפטי לממשלה בכבודו ובעצמו. עובדה זו מסבירה את הפרקטיקה של העתירה לבג"ץ, שהיתה נהוגה עד כה, ואני מציע שלא לשנותה. ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטות שעניינן העמדה לדין פלילי ראוי שתיעשה על ידי בג"ץ בלבד, ולא על ידי בתי משפט השלום והמחוזיים.

29. עד כאן לגבי הדין המצוי. באשר לדין רצוי – לטעמי, עניין זה, מעיקרו, מסור למחוקק ולא לנו. חרף זאת, מאחר שחבריי, השופטים פוגלמן ואלרון, הביעו את דעתם בעניינו של דין רצוי, אעשה זאת גם אני. לאור הדברים שאמרתי עד כה ובהליך הקודם, קוראי פסק דיני לא יופתעו לגלות שגם בעניינו של דין רצוי דעתי שונה מדעתם.

הדין הרצוי:

הסמכת הערכאות הדיוניות לקיים ביקורת שיפוטית על העמדה לדין פלילי מטעמי "אי סבירות" ו"שיוריות" הינה מנוגדת לעקרונותיו של ההליך הפלילי

30. חברי, השופט פוגלמן, כותב בפסק דינו כי ביקורת שיפוטית על החלטותיהן של כלל רשויות המינהל, לרבות התביעה, הינה הכרחית לקיום הדמוקרטיה. עם דברים נכונים אלה אין לי אלא להסכים. ברם, ביקורת שיפוטית איננה חייבת להתקיים במתכונת אחידה בכל המקרים: היא צריכה להיות מותאמת למהותו ולמבנהו של ההליך שבו מתקבלות החלטות אשר עומדות לביקורת.

31. זאת ועוד: הנני סבור כי שמירה על העיקרון של הפרדת רשויות חשובה לדמוקרטיה לא פחות מביקורת שיפוטית אפקטיבית; ועל כן, טוב נעשה אם לא נתיר לשופטי הערכאות הדיוניות לנהל את ענייני התביעה ונמשיך לקיים את הביקורת השיפוטית על העמדה לדין, כפי שקיימנו אותה עד כה, במסגרות הישנות והמקובלות, כפי שפעלו עד עכשיו והביאונו עד הלום ללא פגע.

32. כפי שהוסבר בפסק דינו של השופט סולברג בהליך הקודם, ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות התביעה בדבר העמדה לדין והגשת כתבי אישום מתקיימת, בראש ובראשונה, במסגרתו של המשפט הפלילי גופו ובהתאם לכלליו השונים אשר באים להגן על זכויות הנאשם. עם כללים אלו נמנות הגנה מן הצדק וטענות מקדמיות מוכרות וידועות אחרות, אליהן מפנה סעיף 149 לחסד"פ. כאמור, כללים אלו מסמיכים את הערכאה הדיונית לבטל כתב אישום אשר הוגש שלא כדין או כתרופה בגין הפרה של אחת מזכויות היסוד של הנאשם. כללים שעניינם פסילת ראיות שהמדינה השיגה בניגוד לדין ותוך פגיעה בזכויותיו של הנאשם (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (4.5.2006); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (1.8.2011); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (6.3.2012)), אף הם מהווים חלק מאותם כללים אשר מבטיחים ביקורת שיפוטית יעילה על פועלן של זרועות אכיפת החוק של המדינה – המשטרה והפרקליטות. כך הוא גם לגבי כללי הקבילות הראייתית כדוגמת הכלל אשר פוסל עדויות מפי השמועה על מנת לאפשר לנאשם לחקור את עדי התביעה חקירה שכנגד תחת עיניו הפקוחות של בית המשפט (ראו: בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג 5, 17 (2.1.1959)), והכלל אשר פוסל ראיות על עברו הפלילי של הנאשם במטרה למקד את שאלת ההרשעה והזיכוי במעשה ולא בעושה ולהגן על בעל הרשעות קודמות שהפיק לקחים ופתח דף חדש בחייו אחרי שנשא בעונשו (ראו: סעיף 163 לחסד"פ; וכן, ע"פ

3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינו של השופט א' גרוניס (כתוארו אז) (6.4.2009).

מקבץ מכובד זה של הוראות הדין מכיל בתוכו גם את סעיף 158 לחסד"פ, אשר מצווה כך:

”נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם.”

הוראה זו מקימה מסגרת דיונית לביקורת שיפוטית על החלטות התביעה בדבר קיומן של ראיות המצדיקות הגשת כתב-אישום. בסוף ההליך הפלילי, בית המשפט בודק את אמינותן ואת משקלן המצטבר של הראיות הקבילות תחת קורתו של הכלל הבסיסי – בעל המעמד החוקתי – אשר מחייב את בית המשפט לזכות את הנאשם בהתעורר ספק סביר לגבי אשמתו (ראו: סעיף 34 לכח לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל פסקאות 41-52 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (25.1.2007); וכן, בש"פ 5743/21 מדינת ישראל נ' זדורוב, פסקאות 28-30 (26.8.2021)).

33. כללים אלה מונעים את הגשתם של כתבי אישום שרירותיים ובלתי מבוססים. סבורני כי כללים אלה אינם זקוקים לתגבורת בדמותה של דוקטרינת הסבירות המינהלית. כפי שכבר צוין על ידי, בצדם של כללים אלה עומדת האפשרות השיורית לעתור לבג"ץ נגד החלטות התביעה אשר מפרות את זכויות הנאשם בנסיבות בהן לא ניתן לתקן את המעוות בהליך הפלילי גופו (ראו: בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 128-129 (1985)). לכל אלו יש להוסיף את הביקורת הכללית של בג"ץ על החלטות הפרקליטות והמשטרה בדבר העמדה לדין פלילי.

34. הביקורת השיפוטית הקיימת על פועלן של התביעה והמשטרה בגדרם של הליכים פליליים אינה מחסירה דבר. חברי, השופט סולברג, פירט בעניינה בפסק הדין שנתן בהליך הקודם, ולא אוסיף על דבריו. אומר רק זאת: כפי שכבר צוין על ידי, שיטות משפט המקבילות לשיטתנו – ובראשן אלו של ארצות הברית ושל בריטניה – אינן מתירות לשופטים המופקדים על משפטים פליליים לקיים ביקורת שיפוטית מן הסוג עליו ממליצים חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון; ולמיטב ידיעתי, איש אינו מלין על כך שהדבר הזיק לדמוקרטיה במדינות אלה.

35. כפי שכבר אמרתי, וכפי שצויין על ידי השופט סולברג בהליך הקודם, החדרת כללי הסבירות המינהלית אל תוך ההליך הפלילי תציף את הערכאות הדיוניות בטענות שונות ומשונות נגד כתבי אישום, כיד הדמיון של הסניגורים המוכשרים והטובים. בחינתן של טענות אלה תאריך במידה ניכרת את פרוזדור ההליכים המקדמיים אשר מוביל אל טרקלין המשפט, בו אמורה להתברר אשמתו של הנאשם לגופה (ראו: פסקה 55 לפסק דינו של השופט סולברג בהליך הקודם). אוסיף ואדגיש, כי דוקטרינת הסבירות כבר הוכיחה את נטייתה המובנית להתרחב ולהגיע לממדים ולמחוזות שלא נצפו על ידי יוצריה. לאחר שידענו זאת, שומה עלינו לשאול את השאלה הבאה: האם הביקורת השיפוטית על סבירותן של החלטות התביעה – אם תופקד בידי הערכאות הדיוניות, כשיטת חבריי, הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון – תחול רק בענייני ההעמדה לדין והגשת כתבי-אישום, או שמא תכבוש שדות נוספים? אני מסכים עם עמדתו של השופט פוגלמן כי הגשת כתב אישום היא בגדר אירוע מכונן אשר משנה לרעה את חייו של אדם העומד לדין, אך כך הוא גם לגבי בקשת התביעה לעצור את אותו אדם עד תום משפטו. אם כך הוא הדבר, האם החלטת התביעה לעתור למעצרו של נאשם עד תום ההליכים, אף היא תהא חייבת לעמוד בדרישה לסבירות ולשיווריות, או שמא נוכל להסתפק בהליך אשר בודק את הצורך במעצר לגופו, כפי שנהוג כעת? במילים אחרות: האם יוכל הנאשם לתקוף את עצם הגשת הבקשה לעצרו עד תום ההליכים מטעמי אי-סבירות? אם כן, מדוע לא נקיים ביקורת שיפוטית גם על סבירותן של החלטות הרוח-גורל אחרות אשר מתקבלות מטעם המדינה בגדרי ההליך הפלילי, כדוגמת החלטתו של חוקר ילדים לאסור על העדת קטינה שטרם הגיעה לגיל 14 ושלפי כתב האישום נאנסה על ידי הנאשם, ולהסתפק בקבלת הודעתה אשר נגבתה על ידי החוקר מחוץ לכותלי בית המשפט? (ראו: סעיפים 2(א) ו-9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955); האם ניתן יהיה לבקר גם את סבירות החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב אישום נגד נאשם בעבירת מין לפי סעיף 354 לחוק העונשין? תשובתי הנחרצת לשאלות אלו היא – לא. ברם, מי לידינו יתקע שדוקטרינת הסבירות לא תורחב באופן שיכונן ביקורת שיפוטית על כל מהלך משמעותי של הפרקליטות?

36. עוד אציין כי פיקוח שיפוטי הדוק על מהלכי חקירה והעמדה לדין פלילי הינו זר

לשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית עליה מבוססת שיטתנו-שלנו. פיקוח מעין זה קיים בחלק משיטות המשפט של יבשת אירופה, ואיני רואה סיבה לאמצו בשיטתנו אשר נבנתה באופן שונה.

"המודל האנגלו-אמריקני של בירור אשמה, שלפיו אנו פועלים, הוא מודל תגובתי (reactive) המבוסס על יחסי הגומלין בין חופש פעולה וסנקציות. במסגרתו של מודל זה, המשטרה והתביעה הפלילית נהנות מחופש פעולה נרחב בכל הקשור לאיסוף ראיות והכנה למשפט, כאשר הראיות ועמן התנהלות המשטרה והתביעה במהלך אסיפתן נבחנות בקפידה במשפט אדברסרי. במהלכו, בית המשפט אמור לחשוף התנהלות לא תקינה והפרת זכויות מצד המשטרה והתביעה ולהגיב עליהן על ידי הטלת סנקציות, אשר כוללות פסילת ראיות, ביטול הליכים ובמקרים המתאימים לכך, זיכוי מלא וסופי של הנאשם. סנקציות אלה, שכאמור מוטלות אחרי המעשה, נועדו להתמודד גם עם הבעיה של זיהום עדויות [...] מודל זה נבדל מהמודל הניהולי (managerial) אשר מאפיין את שיטות המשפט של יבשת אירופה שבמסגרתן בתי המשפט נוהגים לפקח פיקוח צמוד על הליכי חקירה והכנת ראיות."

37. חברי, השופט אלרון, סבור כי שופטי הערכאות הדיוניות יידעו להפעיל את דוקטרינת הסבירות במשורה וידחו על הסף טענות בלתי מבוססות של נאשמים בכגון דא. להערכתו, השגגה שנפלה בידי בית המשפט המחוזי בפרשה שבה עסקינן היא תקלה שלא תחזור על עצמה. כפועל יוצא מכך, פרוזדור ההליכים המקדמיים, אשר מוליך אל הטרקלין של בירור האשמה לגופה, לא יוארך יתר על המידה.

38. אינני בטוח שהערכה זו תתגשם. סבורני כי בעיית ההצפה היא בעיה אמיתית וקשה. הסֵכר המשפטי שכעת מונע את חדירתה של דוקטרינת הסבירות אל תוך ההליך הפלילי חייב על כן להישאר במקומו, ואף להתחזק. לפי הבנתי, מספרן הקטן יחסית של העתירות לבג"ץ אשר מבקשות לבטל כתבי אישום והעמדה לדין פלילי נובע משני אלה: (1) נטל הגשת העתירה בהתאם לכללים והעלויות הכספיות הכרוכות בכך; וכן (2) המנגנון של סילוק-על-הסף, אשר מופעל על ידינו כדבר שבשגרה ביחס לעתירות המוגשות בניגוד לכללים וביחס לעתירות שאינן מגלות עילה מבוררת להתערבותנו בהחלטת התביעה. האקלים המשפטי בערכאות הדיוניות הינו שונה. הנני צופה שערכאות אלה תפעלנה כהרגלן ותקיימנה בירורים עובדתיים לפני הכרעתן בבקשות הנאשמים לבטל את העמדתם לדין או למחוק פרט אישום כזה או אחר – זאת, בהתאם לפרוצדורות הנהוגות אצלן וכפי שצוין בבג"ץ ניר עם כהן (ראו: שם, פסקה 5).

39. מטעמים אלה, סבורני כי ביקורת שיפוטית על הגשת כתבי אישום צריכה להישאר בידי בג"ץ לבדו, לצד הביקורת השיפוטית על החלטות שלא להעמיד אדם לדין פלילי.

40. כאשר ל"עיקרון השירות", שכאמור אינו מהווה חלק מהדין המצוי – סבורני כי עיקרון זה גם אינו משקף את הדין הרצוי. אחרי שהמחוקק הגדיר את המעשים שביצועם גורר אחריו אחריות פלילית, הטלת חובה על הפרקליטות לשקול שירות כשיקול בלעדי או דומיננטי נגד העמדה לדין עלולה להביא לעיוותים. עיוותים אלה כוללים פגיעה ישירה וכואבת באינטרס הציבור באכיפת הדין הפלילי וכן הפיכת זכויותיהם של נפגעי העבירה לשירות ולמשניות.

41. זאת ועוד. כפי שהוסבר על ידי בפסק הדין שנתתי בהליך הקודם, יישומו של עיקרון השירות בהליך הפלילי גופו מעלה לדיון שתי שאלות:

"(1) כיצד נדע שיש בידינו מנגנון משפטי לבר-עונשי הולם שבכוחו להחזיר את הסדר החברתי על מכונו ולרפא את הפגיעה בזכויות הקורבן ובזכויות החברה אשר נגרמה על ידי מעשיו הפליליים של הנאשם? ; וכן (2) מהו המוסד השלטוני שבידו ראוי להפקיד את הסמכות לקבל החלטות בכגון דא?" (ראו: פסקה 4 לפסק דיני בהליך הקודם).

ביחס לשאלות אלה אמרתי את הדברים הבאים, שמאחוריהם אני עומד גם כעת:

"נוכח ריבוי המטרות שהמשפט הפלילי בא להגשים, ובשל מורכבותן של מטרות אלו, המענה לשאלות שהצגתי איננו פשוט כלל העיקר. מעשים פליליים שבגינם מוטלים עונשים ואותות קלון כוללים, ברגיל, הפעלת כפייה ורמייה כלפי קורבנותיהם. ניתוחו הכלכלי של המשפט מסווג מעשים כאמור כ"עוקפי שוק" – זאת, מאחר שמבצעהם מבכרים כפייה ורמייה על פני חליפין רצוניים ואינם מורתעים על ידי דינים לבר-עונשיים (ראו: Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1195-1197 (1985); Alex Stein, *Corrupt Intentions: Bribery, Unlawful Gratuity, and Honest-Services Fraud*, 75 LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 61, 61-70 (2012)). אם כך הוא הדבר, כיצד בדיוק נפעיל את עיקרון השירות כלפי נאשם שהראה לנו במעשיו כי איננו מהסס לספק את מאווייו ברמייה או בכפייה וכי מנגנוני האכיפה הלב-עונשיים לא הצליחו להרתיעו? ואם נרצה להתעלם

מכך ונמיר סנקציה פלילית באמצעי אכיפה אחר, מי לידינו יתקע שלא נחליש את ההרתעה הכללית ונסבול ממעשי עבירה שיכולנו למנוע? שאלות אלה אינן קלות עבור המחוקק ומעצבי מדיניותו; והן קשות עד מאד גם עבור פרקליטי המדינה אשר מופקדים על אכיפת הדין הפלילי. עבור בית משפט שמנהל הליך בעניינו של נאשם ספציפי ואיננו רואה את מכלול יחסי הגומלין בין כל אלו שמושפעים מעוצמת האכיפה של הדין הפלילי, שאלות כאמור קשות פי כמה (ראו והשוו: Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978)). מטעמים אלו, אינני רואה סיבה לאמץ את עיקרון השיוריות ככלל משפטי מחייב, להבדיל משיקול אחד מני רבים שעל התביעה להעמיד לנגד עיניה כבואה להחליט על הגשת כתבי אישום.

זאת ועוד: ענישה פלילית היא אקט שלטוני אשר נועד, בין היתר, לכונן מחדש את שיווי המשקל המוסרי שהופר על ידי העבריין ולשקם את ערכו של הנפגע מן העבירה כאדם, לאחר שהעבריין שלל ערך זה ממנו, או הפחיתו, על ידי מעשה כפייה פוגעני. תיקון זה לא ייעשה אם העבריין לא יבוא על עונשו ואם עונש זה לא יהא שקול כנגד מה שעולל לקורבנו (ראו Jean Hampton, *The Retributive Idea*, in Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, FORGIVENESS AND MERCY 111, 131 (1988); וכן ע"פ 3792/18 פלוני נ' מדינת ישראל (11.11.2018), פסקאות 19-20). בין זכותו של קורבן העבירה לתיקון לבין עיקרון השיוריות קיים אפוא מתח שקשה להפיגו. מורכבות זו, אף היא מטילה ספק בנכונות הרעיון לאמץ את עיקרון השיוריות ככלל משפטי מחייב; ובוודאי שאין מקום לקביעתו של כלל כזה בדרך של חקיקה שיפוטית. (ראו: פסקה 5 לפסק דיני בהליך הקודם).

42. בטרם אסיים את דבריי, ברצוני להתייחס לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה הנדל:

א. הנני מצטרף לאזהרה שהשמיע חברי באשר לעיוותים אשר עלולים להיגרם על ידי החדרת המשפט המינהלי אל תוככי הפרוצדורה הפלילית.

ב. בניגוד לחברי, הנני סבור כי טענות בדבר אי-סבירותו של כתב אישום כעילה לביטולו או לשינויו אינן יכולות להישמע בפני הערכאה הדיונית במסגרתו של סעיף 149(10) לחסד"פ או בדרך אחרת. מאחר שחברי סבור שטענות כאמור ממילא נדונו לכישלון, ייתכן שהמחלוקת שנתגלעה בינינו בעניין זה היא מחלוקת לשם שמיים.

ג. בניגוד לחברי, הנני סבור כי הגנה מן הצדק המועלית על ידי נאשם בגדרו של סעיף 149(10) לחסד"פ קמה אך ורק במקרים של פגיעה באחת מזכויות היסוד של הנאשם כנאשם. באין פגיעה בזכות כאמור, לא תהא תחולה להגנה מן הצדק.

ד. בכפוף לאמור לעיל, הנני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה, בפסק דינו.

43. הערה נוספת שברצוני להעיר בטרם אסיים את דבריי נוגעת להסתמכות הנשיאה חיות על ההסכמה אשר ניתנה על ידי באת-כוח המדינה למהלך הפרשני שמשכן את דרישת הסבירות בהגשת כתבי-אישום בחצרה של הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. סבורני כי להסכמה זו אין חשיבות מכרעת בענייננו לנוכח השוני בין עמדתה הנוכחית של המדינה לבין זו אשר הוצגה לפנינו בהליך הקודם, וכן מאחר שההליך של דיון נוסף נועד "לבחון את הסוגייה המשפטית והעקרונית אשר מונחת על שולחננו ממבט רוחב ביקורתי, אשר צופה את פני העתיד, ולקבוע שינויים בהלכה הקיימת, ככל שאלו יהיו נחוצים – זאת, אף מחוץ לגזרת הטיעונים הצרה של בעלי הדין..." (ראו: פסקה 1 לפסק דיני בדנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (24.6.2021), והאסמכתאות שם).

44. לבסוף, אתיחס למסקנה אליה הגיע חברי, השופט י' עמית, והיא ש"במקום להשתמש בכלים ובמינוחים של סבירות ומידתיות יש להשתמש בכלים ובמינוחים של פגם בכתב האישום ושל צדק והגינות במסגרת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק" (כאמור בפסקה 11 לפסק דינו). הטענה המקדמית בדבר קיומו של "פגם או פסול בכתב האישום" מעוגנת מקדמת דנא בסעיף 149(3) לחסד"פ; ועל סמכותה וחובתה של ערכאת הדיון להכריע בטענות כאלה אין – וממילא לא יכולה להיות – שום מחלוקת. גם באשר לעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על התביעה במסגרת ההליך הפלילי גופו אין – ולא יכולה להיות – מחלוקת, כל אימת שמדובר בביקורת שיפוטית אשר מתקיימת בגדרי ההגנה מן הצדק כפי שפורשה בפסיקתנו עד כה, דהיינו: כהגנה אשר קמה לנאשם בעקבות פגיעה באחת מזכויותיו היסודיות כנאשם, כדוגמת הזכות לשוויון – וכפועל יוצא מכך, הזכות נגד אכיפה בררנית עליה מצביע חברי. אשוב ואדגיש את אשר כבר אמרתי: זכויות הנאשם אינן כוללות הזכות לסבירות ולמידתיות של כתבי אישום והזכות לאכיפה שיורית של דיני העונשין; ואין בידי לתת את הסכמתי ליצירתן יש מאין.

45. מכל הטעמים שמניתי, אציע לחבריי כי נאשר את פסק הדין שיצא מלפנינו בהליך הקודם בהתאם לקביעותיהם המשפטיות של שופטי הרוב, השופט סולברג ואנוכי, ונקבע כדלקמן:

א. ההגנה מן הצדק כבסיס לביטול האישום תעמוד לנאשם רק בעקבות פגיעה באחת מזכויות היסוד שלו, בהתאם להלכה הפסוקה אשר נהוגה בעניינו של סעיף 149(10) לחסד"פ.

ב. ערכאה דיונית שמנהלת משפט פלילי איננה מוסמכת לבטל כתב אישום באופן מלא או חלקי על יסוד טענות בדבר אי-סבירותו או כדי לקיים את הדרישה לאכיפה שיורית של דיני העונשין.

ג. ביקורת שיפוטית על עצם ההחלטה להגיש כתב אישום ולכלול בו פרטי אישום כאלה או אחרים תישאר בידי בג"ץ בלבד – זאת, בכפוף לאמור בסעיף 149(10) לחסד"פ כמשמעו בהלכה פסוקה אשר קדמה להליך הנוכחי. ביקורת שיפוטית של בג"ץ על החלטת הפרקליטות להעמיד אדם לדין פלילי יכול שתיעשה על בסיסה של דוקטרינת הסבירות, כהגדרתה על ידי המותב שהעמיד את הלכת דפי זהב, ללא הרחבות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

עת להאריך ועת לקצר. את דעתי הבעתי בארופה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (רע"פ [7052/18](#) מזדינת ישראל נ' רפי רותם (5.5.2020)); ראוי לי עתה לקצר.

הדיון הנוסף חיזק אותי בעמדתי, כפי שבאו הדברים לידי ביטוי בחוות הדעת של חברי, המשנה לנשיאה נ' הנדל והשופט א' שטיין.

לדעתי נכון יהיה לשוב ולאשר את פסק הדין מושא הדיון הנוסף.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. סבירות מארץ תצמח – האם מארץ הדין הפלילי או מארץ הדין המינהלי? זו השאלה המרכזית בדיון שלפנינו.

שלוש שאלות הונחו לפתחנו, ואקדים ואבהיר עמדתי לגבי שתי השאלות הראשונות.

א. הערכאה הנכונה – היא הערכאה הדיונית בה מתנהל ההליך הפלילי. כך נפסק בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (6.2.2006) (להלן: עניין ניר עם), ו"נקודת המוצא היא, כי בתי המשפט האזרחיים והפליליים רשאים מבחינה עקרונית לדון בכל עניין מינהלי בתקיפה עקיפה, ובלבד שנתונה להם סמכות עניינית לדון בתובענה" (דברי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בדנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' סוילם, פסקה 8 והאסמכתאות הרבות שם (12.4.2015) (הדגשה הוספה – י"ע)).

דוגמה נוספת לדחיית עתירה כנגד הגשת כתב אישום בשל סעד חלופי אנו מוצאים בבג"ץ 4291/14 גפסו נ' פרקליטות מחוז צפון (28.10.2014) (להלן: עניין גפסו):

"לערכאה הדיונית יש את הכלים המתאימים לבירור מחלוקות עובדתיות שעשויות להתעורר בשאלת סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום. כמו כן, לרשות בית המשפט שדן בהליך הפלילי שיקול דעת להקנות משקל הולם לפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום ולקבוע מהי התרופה המתאימה לפגם כזה, ככל שאכן נפל (דברי חברי, השופט ע' פוגלמן בפסקה 6, הדגשה הוספה – י"ע).

מכאן, שאין מקום לחזור אחורה בזמן ולהביא לפתחו של בג"ץ טענות שמקומן במסגרת ההליך הפלילי, ודרך המלך היא להעלות במסגרת ההליך הפלילי עצמו טענות הנוגעות לשיקול הדעת של רשויות התביעה.

ב. המסגרת המשפטית – דרך המלך היא במסגרת טענה לפגם/פסול בכתב האישום או טענה ל"הגנה מן הצדק" (ראו, לדוגמה, בג"ץ 4922/19 נוה נ' מדינת ישראל-פרקליטות מחוז מרכז (פלילי), בפסקה 12 לפסק דיני (9.12.2019) (להלן: עניין נוה)).

בנקודה זו אני מגיע לשאלה השלישית שבה נחלקו חברי – היכן מקומן של עילות הסבירות והמידתיות בהליך הפלילי, אם בכלל.

[במאמר מוסגר: בהתייחס להערת חברי, השופט א' שטיין, בנושא עילת הסבירות, אציין כי נושא זה אינו עומד לדיון. מכל מקום, שורשיה של עילת הסבירות נטועים עמוק בדין המינהלי, ולא נס ליחה גם כיום לצד המידתיות, שהיא אחתה המשוכללת הימנה (להבדלים בין עילת המידתיות לבין עילת הסבירות ראו, בין היתר, אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 465-455 (2010); גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 364-366 (2008)).]

2. צר לי על שנגררנו שלא בטובתנו למחלוקת הנוגעת לסבירות ולמידתיות בהליך הפלילי, מחלוקת שאינה באמת צריכה לענייננו, לא במקרה הקונקרטי שהגיע לפתחנו ולא במישור העקרוני.

לאחר שהאבק שקע, לאחר שאחד עשר שופטים עסקו בעניינו של המבקש (שופט השלום, שלושה שופטים בבית המשפט המחוזי ושבעה שופטים בבית המשפט העליון), התברר כי מה שהיה הוא שיהיה, והלכה למעשה אין חדש תחת השמש. הנה כי כן, כל שבעת השופטים היושבים בדיון הנוסף הגיעו לאותה תוצאה אופרטיבית, ולפיה יש לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהרשיע את המבקש בעבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק. התוצאה האופרטיבית מדגימה כי המחלוקת בין רוב חברי ההרכב אינה מהותית אלא מושגית-דוקטרינרית או עיונית גרידא, ללא השלכות יישומיות של ממש. האוקימתא שבה נחלקו רוב חברי ההרכב היא האם יש לשבץ את אי הסבירות והמידתיות במסגרת הגנה מן הצדק (שמא גם 'מריעין בישין' נוספים של המשפט המינהלי כמו פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, הפלייה, משוא פנים, שיקולים זרים, שרירות וכיו"ב), או שהדוקטרינה של הגנה מן הצדק ממילא רחבה דיה כדי לכנוס תחת אברותיה גם טענות מסוג זה, גם מבלי להידרש להן במפורש.

אציין כי יש הגורסים היפוכו של דבר, כי עילות המשפט המינהלי הן שכונסות תחתן את דוקטרינת "ההגנה מן הצדק":

“על פי מודל זה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בלבד, בלבושה הישראלי, מהווה ענף של מנגנון הביקורת השיפוטית על ההחלטה להעמיד לדין בהתאם לכללי המשפט המינהלי. מודל זה גורס כי כאשר בית-המשפט הפלילי בוחן – במסגרת דיון בטענת הגנה מן הצדק – את השאלה אם כתב האישום שהוגש כנגד פלוני עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, הוא מעביר למעשה תחת שבט ביקורתו את עצם ההעמדה לדין ואת ההליך הפלילי הלב-שיפוטי וההליך המינהלי הכרוכים בכך” (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 155 (מהדורה שלישית, צפוי להתפרסם 2021) (להלן: נקדימון)).

גם לשיטתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, את עילת הסבירות יש להעלות במסגרת הגנה מן הצדק, והדיונים שנערכים כבר היום בעילות אחרות שקיימות במשפט הפלילי “קרובים במהותם לדיון באי סבירות ולחוסר מידתיות ההחלטה על הגשת כתב אישום” (פסקה 66 לפסק דינו). מכאן, שהשאלה העומדת לפתחנו היא בעיקרה עיונית-מושגית. אך בנקודה זו אני בהחלט רואה מקום לדאגה ולחששות הנוגעות לסרבול ולהתארכות ההליך הפלילי, ולהסתת מוקד הדיון מבירור אשמתו של הנאשם לבירור “אשמתה” של התביעה באופן שהנאשם הופך למאשים. על חששות אלה עמדתי, בין היתר, בעע”מ 7485/19 קשקוש נ’ מדינת ישראל-משרד המשפטים (6.7.2020), ועל כך עמדו גם חברי השופט נ’ סולברג (בפסק דינו בערעור מושא הדיון הנוסף), המשנה לנשיאה השופט נ’ הנדל (בדוגמאות שהביא בסעיפים 15-16 לפסק דינו), והשופט א’ שטיין. “על הראשונים אנו מצטערים ועכשיו נצטער גם באלו”? תשעים ותשע דרכים לסרבול ההליך הפלילי, ועודנו דנים בימים אלה ברפורמה הנדרשת לשם ייעול ההליך הפלילי וקיצורו, ועכשיו נצטער גם בעילת הסבירות והמידתיות שאמורות ללוות כצל את ההליך מתחילתו ועד לסופו?

3. אך לא רק החשש מפני סרבול ההליך עומד נגד עיני. לדידי, יש חשש של ממש כי הזרמת הדין המינהלי בערוץ נפרד לתוך ההליך הפלילי תביא לשינוי הדין, בניגוד לכלל “בתי המשפט הם רבים, המשפטי המינהלי הוא אחד”. איננו צריכים להרחיק עדותנו, ואחזור ואפנה אל המקרה הקונקרטי שהונח לפנינו, על מנת להצביע על הסכנה הברורה והמיידית הנובעת מהשתלה מלאכותית של דוקטרינות של הדין המינהלי בתוך ההליך הפלילי.

4. שני כתבי אישום הוגשו נגד המבקש בעבירות של העלבת עובד ציבור, הטרדה באמצעות מתקן בזק והפרת הוראה חוקית. המבקש הורשע בבית משפט השלום באישומים הבאים מתוך שני כתבי האישום:

(-) על פי האישום הראשון בכתב האישום הראשון, המבקש שלח לקצין משטרה אוסמו במספר הזדמנויות פקסים המטיחים בו האשמות והשמצות לגבי התנהלותו בחקירה. הוא התקשר לקצין המשטרה מספר פעמים לטלפון הנייד שלו והטיח בו דברים בנוסח "אתה מושחת", "משטרה מושחתת", "מקומכם בכלא", "אתה מקבל שוחד... מקבל שוחד מיני". בהזדמנות אחרת התקשר אליו המבקש בעוד זה יושב ברכבו עם בני משפחתו, והטיח בו דברים בנוסח "אתה שוטר מושחת, מנוול, אפס, סמרטוט, קומבינטור" ואיים עליו כשאמר לו "אני ארדוף אותך עשרים שנה, אתה תהיה בגללי בבית סוהר".

(-) על פי האישום השני – המערער הטיח במר רוטקופף, יועצו הבכיר של שר המשפטים דאז, שעה שהלה ישב בבית קפה, "יא חתיכת מושחת, מניאק". לאחר מכן, בהיותו בסופר מרקט הטיח בו המערער "אפס, מושחת", וכאשר נתקל בו עוד מספר פעמים הביט בו בעיניו בצורה מאיימת, ובאחד המקרים, בעוד הלה שהה עם בתו הקטינה, סינן לעברו "אפס", דיבר אליו בטון מאיים, והטיח בו "יא חתיכת אפס, כלומניק...לכלא אתה צריך ללכת הבנת?", "אתה יודע על שחיתויות ולובש עניבה, הבנת או לא הבנת?...אתה מושחת...טמבל, חתיכת כלומניק...". בתו הקטינה של מר רוטקופף, החלה לבכות, מר רוטקופף היה נסער והיו דחיפות הדדיות בין הצדדים (שם).

(-) על פי האישום השלישי – במסגרת החלטת שחרור בתנאים ממעצר לצורכי חקירה, הורה בית המשפט למבקש להימנע מיצירת קשר ישיר או עקיף עם מר רוטקופף. למרות זאת, המבקש שלח 12 פעמים פקסים למשרדו של מר רוטקופף הממוענים אליו ומכילים תוכן מעליב ומטריד.

(-) על פי האישום החמישי – במספר הזדמנויות הטריד המבקש את עו"ד מזרחי, פרקליט בפרקליטות מחוז ת"א שליווה את החקירה, בכך שטלפן למשרדו כ-4-3 פעמים, העליב והטיח בו האשמות בגין שחיתות. באחת השיחות הותיר המבקש הודעה במשיבון בה אמר "מושחת מקומך בכלא". במהלך שלושה חודשים המבקש התקשר למשרדו של מזרחי 22 פעמים.

(-) על פי האישום השישי – במהלך שלוש שנים הטריד המבקש את מר עמיאל, ממונה מחלקת חקירות מכס ומע"מ ת"א, בכך שטלפן לטלפון הנייד שלו עשרות פעמים בשבוע, תוך שהוא מטיח בו פנינים בנוסח "יא מושחת אני אכניס אותך לבית סוהר, מקומך עם אברג'ילים...בן זונה...בן זנונים"; "יא חתיכת חרא מושחת, אני עוד אראה

לך, אנחנו עוד ניפגש". המבקש השאיר במשיכון הודעות מעליבות ומאיימות לפיהן יכניס אותו לבית הסוהר וקיללו "יא בן זונה", התקשר לטלפון הנייד של מר עמיאל, ואיים עליו בכך שאמר לו "יא חתיכת חרא מושחת, אני עוד אראה לך, אנחנו עוד ניפגש". באישום הראשון בכתב האישום השני, נוספו עוד 28 מסרונים ששלח המבקש לטלפון הנייד של מר עמיאל שבהם חזר על היותו מושחת, וכל זאת שעה שמר עמיאל הוא עד תביעה בכתב האישום המתנהל נגדו.

(-) על פי האישום השביעי, ובמסגרת החלטת שחרור בתנאים ממעצר לצורכי חקירה, הורתה השופטת אברהמי למבקש שלא ליצור קשר בין במישרין ובין בעקיפין או באמצעות פקס עם ד"ר רוטקופף, מר עמיאל, ומספר עובדים ברשות המיסים. למרות זאת, טלפן המבקש מספר פעמים לטלפון הפרטי של מר עמיאל, העליבו, הקניטו ואיים עליו.

(-) על פי האישום השמיני – במהלך שלושה חודשים המבקש התקשר לטלפון הנייד הפרטי של מר יחזקאל, עובד מחלקת החקירות ומנהל תחום המודיעין ברשות המיסים, מספר רב של פעמים בתדירות של כשלוש פעמים בשבוע, בשעות השונות של היום ועד שעה 23:00. באותן שיחות אמר המבקש למר יחזקאל "אני אכניס אותך לבית סוהר" במטרה להקניטו או להפחידו. באישום השני בכתב האישום השני, נוספו עוד 7 מסרונים ששלח המבקש לנייד של מר יחזקאל שבהם הטיח בו פנינים בנוסח "מושחת!!! תופר תיקים מושחת!!! בגללך נרצח מקור מודיעיני!!! טייחת פשעים של מש[פחת] פשע ועבריינים בשל שוחד!!! ארכי מושחת!!!", וכל זאת שעה שמר יחזקאל אמור היה להיות עד בהליך הפלילי נגדו.

(-) על פי האישום התשיעי – במהלך ארבעה חודשים הטריד המבקש את מר נחמני, ראש מדור חקירות ת"א-יפו ברשות המיסים, בכך שטלפן אליו לטלפון הנייד הפרטי שלו מספר רב של פעמים, והטיח בו "יא זבל פושע, אתה תלך לכלא", "יא מושחת יא סוג ב'", וכך הלאה. באישום השלישי בכתב האישום השני, נוספו עוד 23 מסרונים ששלח המבקש לנייד של מר נחמני ובהם פנינים בנוסח "תופר תיקים מושחת! לכלא! מושחת! מן היסוד! אנלפבית! עבד!" "תפרת תיק לחב' אלוג! עצרת חפים מפשע מסיבות מושחתות! בתמורה קיבלת שוחד! אתה מושחת מהיסוד! עבד נירצה של רשות הפשע! אתה תהיה בכלא! אתה ומי ששיחד אותך! עניין של זמן!", וכל זאת שעה שמר נחמני אמור לשמש כעד תביעה בהליך הפלילי נגד המערער.

(-) על פי האישום העשירי – המבקש הטריד את מר ארז, עובד במחלקת החקירות של אגף המכס והמע"מ ברשות המיסים, בכך שטלפן אליו לטלפון הנייד הפרטי שלו מספר רב של פעמים והטיח בו, בין היתר, "יא מאפיונר, חתיכת זבל מושחת, יא בן זונה". "טייחת תיקים של משפחות פשע, יא מושחת". באישום הרביעי בכתב האישום השני, נוספו עוד 15 מסרונים ששלח המבקש לנייד של מר ארז, בהם נכתב, בין היתר: "מושחת! מושחת ותופר תיקים! לכלא שם מקומך"; מאפיונר של מושחתים! אימפוטנט!...הדרך שלך לכלא מתקצרת עכד...אתה אשם במותו של מקור מודיעיני! אתה ארכי מושחת...לכלא...בובה!", וכל זאת שעה שמר ארז אמור לשמש כעד תביעה בהליך הפלילי נגד המערער.

(-) על פי האישום האחד-עשר – המשיך המבקש להטריד את קצין המשטרה סנ"ץ אוסמו בכך שטלפן לטלפון הנייד שלו מספר רב של פעמים, בתדירות של לפחות פעמיים בשבוע, גם לאחר שעות העבודה, בשבתות בחגים ובמועדים, ואמר לו, בין היתר: "נוחי דנקנר קנה אתכם", "אתה שוטר מושחת", "אתה סמרטוט", "אתה שייך למשפחת פשע, אתה מושחת מהיסוד, עלוב נפש, סמרטוט, כלב, אני אטפל בכך ולא ארפה, אני אדאג שתהיה בבית הסוהר, חתיכת אפס, מנוול קומבינאטור". על חלק מהשיחות נאלץ הקצין להשיב שעה שהוא נמצא ברכבו, כשבני משפחתו וילדיו ברכב. כל זאת עשה המבקש בניגוד לצו שיפוטי שהוצא על ידי השופטת אברהמי ואשר אסר עליו ליצור קשר עם סנ"ץ אוסמו.

(-) על פי האישום השלושה-עשר – המבקש הטריד את מר בן ארדטה, סמנכ"ל לענייני חקירות ומודיעין ברשות המיסים, בכך שטלפן אליו לטלפון הנייד הפרטי שלו מספר רב של פעמים, בשעות היום והלילה בתדירות של כפעמיים בשבוע, והטיח בו דברים בנוסח: "מושחת", "אפס", "זבל" ועוד. ביום 10.7.2012 בשעה 09:22 טלפן אליו ואמר לו שהוא "מושחת", "מטייח תיקים", "אפס" ו"זבל".

(-) על פי האישום הארבעה-עשר – המבקש הטריד את עו"ד זוסמן, פרקליטה במחלקת העררים בפרקליטות המדינה, בכך שטלפן לטלפון הישיר במשרדה מספר רב מאוד של פעמים, בתדירות של כפעמיים בשבוע, הטיח בה כי היא מושחתת מהיסוד, שידאג שתשב בכלא, שהיא פושעת, טייחה רצח, קיבלה שוחד מיני, ובגללה המבקש מצוי ברחוב.

(-) על פי האמור באישום החמישה-עשר – הטריד המבקש את מר לויט, מנהל אגף החקירות בשירות המדינה, בכך שטלפן לטלפון הנייד שלו ואמר לו "אתה מושחת"; "אתה מושחת מהיסוד"; "יא חתיכת תופר תיקים, מושחת יא חתיכת אפס, זבל", ועוד.

(-) על פי האמור באישום השישה-עשר – המבקש הטריד את רס"ר גרוס, רכזת הונאה תל-אביב, בכך שטלפן לטלפון הישיר במשרדה מספר רב של פעמים, ואף מספר פעמים ביום, צרח בשיחות אלה וקילל "אתם מושחתים", "אתם זונות", "אני שם זין עליך ועל המקום, יא חתיכת זונה מלוכלכת", "יא מושחתים, מאפיה"; "יא שרמוטות, מזדיינים"; "זונה את וכל המפלג הזה".

(-) על פי האמור באישום השבעה-עשר – המבקש הטריד את קצין המשטרה רפ"ק הינדי בכך שטלפן אליו, העליב אותו והטיח בו האשמות לפיהן הוא לא שוטר ולא מקצועי, שיתבע אותו, יש קשר של שחיתות, הוא שוטר מושחת שמקומו בבית הסוהר, שמכר אותו, שהוא אפס, שקיבל תשלומים, ובנוסף שלח למכשיר הפקס במשרדו פקסים מטרידים המטיחים בו האשמות והשמצות, לגבי התנהלותו בחקירה.

(-) על פי האישום השמונה-עשר – המבקש הטריד את מר אידלמן, ששירת במשטרה כראש צח"מ, בכך שטלפן לטלפון הנייד הפרטי שלו מספר רב של פעמים, ולעיתים גם כמה פעמים ביום, וצעק עליו "אתה מושחת", "אתה אפס", "אתה קברת אותי", "אני מחוץ לבית, אתה מבסוט?".

(-) על פי האישום התשעה-עשר – המבקש הטריד את רפ"ק ליאור אשד, ששירת כקצין חקירות במפלג הונאה תל-אביב, בכך שטלפן לטלפון הישיר במשרדו, ואמר לו "אתה שוטר מושחת, אתה חתיכת אפס, אתה כלומניק, יא חתיכת מושחת, בגללך אני ברחוב, יא חתיכת מושחת", "אתה שוטר מושחת, אתה חתיכת אפס, אתה שוטר כלומניק" ועוד.

5. וכעת, לאחר הדברים האלה, אין אלא לתמוה הכיצד הגיעה דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, למסקנה שהיה זה בלתי סביר או בלתי מידתי להגיש כתב אישום נגד המבקש לנוכח עקרון השוויון בדין הפלילי. לדידי, היה זה בלתי סביר אם לא היה מוגש כתב אישום נגד המבקש. הדבר היחיד הבלתי סביר הוא מדוע כתבי האישום לא הוגשו עוד הרבה קודם לכן, עוד לפני שהמבקש צבר לחובתו אישומים כה רבים והספיק להטריד ולהטיל חיתתו על עובדי ציבור נוספים. פסק דינה של דעת הרוב בבית המשפט המחוזי לא נתן משקל לקולם של נפגעי העבירות, והלכה למעשה, מפקיר עובדי ציבור

ומשפחותיהם להתנכלויות, ללחצים, לאיומים, לעלבונות, להטרדות ולהטרלות. המבקש לא חדל ממעשיו הנלוזים גם כשניתנו החלטות שיפוטיות בעניינו, והתקשיתי להבין מה למעשיו ולפעולותיו כנגד 14 מתלוננים כמתואר לעיל ול"חופש הביטוי הפוליטי" או ל"ביקורת על גורמי אכיפת החוק" כאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אכן, בית משפט זה הצר עד מאוד, שמא יתר על המידה, את היקף העבירה של העלבת עובד ציבור, אך דומה שאין חולק על כך ש"קללות וגידופים אינם ביטוי פוליטי, אינם בגרעין הזכות לכבוד ולא בליבת הזכות לחופש ביטוי" (רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דיני (2.11.2017)).

6. כפי שציין כב' השופט גונטובניק בבית המשפט המחוזי, "מעשיו של המערער חצו את הקווים האדומים. מדובר בהתנהלות בלתי ראויה לחלוטין. אין המדובר במעשים שניתן להצדיקם". יכול היית לסבור כי לאחר דברים נחרצים ונכוחים אלה, הרשעתו של הנאשם והעונש המתון עד מאוד שהושת עליו יישארו על כנם. ברם, בית המשפט המחוזי הרחיק לכת ומצא להתערב בשיקול הדעת התביעתי, ולקבוע כי היה ראוי לנקוט בהליך של מניעת הטרדה מאיימת כהליך מידתי יותר מהגשת כתבי האישום. בכך סטה בית המשפט המחוזי מההלכה הידועה שעליה חזרה הפסיקה עשרות ומאות פעמים, בנוסח זה או אחר:

"בית משפט זה אינו מחליף את רשויות החקירה ואכיפת החוק, אינו מסיג את גבולן ואינו פועל כ'יועץ משפטי-על' או כ'שופט חוקר'" (בג"ץ 6087/17 בנימין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 4 (24.9.2017); בג"צ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, 329-330 (1983)).

"אין דרכו של בית משפט זה להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לאורך ולרוחב הדין הפלילי 'על כל שלביו – החל משלב החקירה, דרך אופן הגשת כתב האישום וכלה בשלב הערעור [...] אופן ניסוח כתב האישום, על טיב האישומים שיוגשו, כמו גם על צירופם של אישומים והפרדתם, ועוד'" (בג"ץ 3194/20 הליכוד תנועה לאומית ליבראלית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 1 לפסק דיני (29.12.2020)).

מספר הפעמים שבהן התערב בית המשפט בהחלטות היועץ המשפטי לאורך ולרוחב הדין הפלילי הוא מועט ביותר, וספק אם ניתן למנות עשרה מקרים מתוך מאות עתירות. גם מקרים ספורים אלה, עניינם בעתירות שתקפו את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את פלוני או שלא לפתוח בחקירה. לא מצאתי ולו עתירה

אחת שהתקבלה כנגד החלטת היועץ המשפטי להגיש כתב אישום נגד פלוני. כך, לדוגמה, בבג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529 (1997), עתר העותר כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה להגיש נגדו כתב אישום, בטענה כי ננקטו נגדו אמצעים נפסדים במהלך החקירה, בניגוד לזכויות היסוד לחקירה הוגנת ולהליך פלילי ראוי. העתירה נדחתה, וכך נאמר שם על ידי השופט י' קדמי:

"כן אין לומר כי המקרה דנא בא בגדר אותם מקרים נדירים ויוצאי-דופן שבהם 'אי-סבירות' של החלטה לדחות השגות כנגד הגשת כתב-אישום על-פי התשתית הראייתית שברשות התביעה הינה קיצונית במידה המצדיקה דיון בה בבג"ץ. 'אי-הסבירות' בעניין זה, צריך שתהא בולטת, דוקרת את העין ומקוממת את השכל הישר באופן שבמרכזו של הדיון בבג"ץ לא תעמוד שאלת הקבילות או הכשרות או המשקל של הראיות, אלא – שיקול-הדעת של היועץ המשפטי, כאשר מצא שיש באותן ראיות בסיס נאות ומספיק לאישום" (שם, עמ' 542).

דוגמה נוספת לדחיית עתירה כנגד הגשת כתב אישום אנו מוצאים בעניין ג109 שנזכר לעיל.

7. על רקע ההלכה בדבר אי התערבות בשיקול דעת היועץ המשפטי, ברי כי אם המבקש היה עותר לבג"ץ להורות ליועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כנגדו כתב אישום, עתירתו הייתה נדחית בהיעדר עילת התערבות. אך בית המשפט המחוזי מצא לסטות מההלכה הוותיקה והחד-משמעית הנ"ל, והרי לנו דוגמה לכך שהזרמת המשפט המינהלי ישירות אל תוככי הדין הפלילי, הביאה לשינוי של הדין המינהלי כפי שעוצב משך שנים רבות בבג"ץ, בניגוד לכלל לפיו "המשפטי המינהלי הוא אחד" ותוכנו אינו אמור להשתנות עם שינוי הערכאה.

גם הדוגמאות שהביא חברי, השופט י' אלרון בסעיף 8 לפסק דינו ממחישות לטעמי את הסכנה בהזרמת הדין המינהלי לדין הפלילי. כך, לדוגמה, מצביע חברי על מקרים שבהם הגורם שהחליט על העמדתו לדין של הנאשם היה מצוי בניגוד עניינים חריף או על החלטת רשויות התביעה והאכיפה להעמיד אדם לדין בהסתמך על תשתית עובדתית רעועה – אך לא מצאתי ולו מקרה אחד שבו בג"ץ התערב בעילות אלה. כך, הלכה עמנו כי כאשר בדיות ראיות עסקינן, הרי ש"היקף הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות התביעה מצומצם אף יותר מההיקף הצר ממילא של התערבות בית משפט זה בהחלטות רשויות התביעה לעניין ניהול הליכים פליליים" (בג"ץ 9443/16 התנועה למען

איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 20 (15.8.2017); בג"ץ 3469/18 עזבון המנוח אריאל יצחק ניומן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 12 (31.10.2019); בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 70 לפסק דיני והאסמכתאות שם (22.7.2021)). ובכלל, באיזה שלב יבדוק בית המשפט את התשתית העובדתית? בתחילת המשפט – החומר אינו בפני בית המשפט; בסוף פרשת התביעה – לשם כך יש את המוסד של "אין מה להשיב לאשמה"; בתום המשפט – ממילא אין בכך תועלת. כדוגמה נוספת, חברי מצביע על מקרים שבהם רשויות האכיפה מבקשות "להחיות" תקנות ישנות ועונשים שלא נאכפו קודם לכן, אך הדין המינהלי מכיר בכך שהרשות רשאית לומר "עד כאן ולא יותר. מלאה הסאה ואין להוסיף עליה" (בג"ץ 301/69 שמילביץ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד כד(1) 302, 305 (1970)), ולכן, במקרים המתאימים, רשאית הרשות לשנות את מדיניותה מבלי שתהא מחויבת ללכת בדרך שהלכה בה גם להבא (בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 204 (1991)). חברי מביא כדוגמה למקרים שבהם אדם עומד לדין בשל הפרת תנאי שחרורו תוך החמרת תנאי השחרור או מעצרו מאחורי סורג ובריח במקביל – וכשלעצמי, איני רואה כל בעיה בהפעלת סמכות זו בהתאם להנחיות פרקליט המדינה (השוו רע"פ 5034/15 פלוני נ' מדינת ישראל (31.10.2018)).

8. ודוק: הדין המינהלי אינו זר להליך הפלילי. כך, לדוגמה, הטענה לאכיפה בררנית היא טענה ששורשיה בדין המינהלי. עוד לפני הלכת ניר עם, ניתן היה להעלות במסגרת ההליך הפלילי טענות שונות הנוגעות לעצם ההעמדה לדין, וגם המילה סבירות לא נפקדה מהלכות אלה שנסקרו בהרחבה על ידי חברי, השופט ע' פוגלמן. כך, לדוגמה, ניתן היה להעלות במסגרת ההליך הפלילי "טענות המכוונות להחלטת הרשויות לנקוט בהליך פלילי בגין עבירות מס, חלף הטלת כופר כספיי" (בג"ץ 7731/12 י.ב. ורד הכרמל בע"מ נ' מדינת ישראל (14.1.2013); בג"ץ 3307/07 משאלי נ' מס ערך מוסף – נתניה (25.4.2007)). שנים רבות לפני שדוקטרינת ההגנה מן הצדק כבשה את מקומה בכותל המזרח של זכויות הנאשמים, סמכותו של בית המשפט לבטל כתב אישום או לבחון אם היה מקום להגשת כתב אישום, נתפסה כדבר מובן מאליו בגדר סמכותו הטבועה של בית המשפט (ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798 (1974); נקדימון, עמ' 160-162). שאם לא תאמר כן, נוצר מצב א-נומלי, שלפיו קיימת ביקורת שיפוטית על אי העמדה לדין אך לא קיימת ביקורת שיפוטית על העמדה לדין.

"החלטות התביעה אינן חסינות מביקורת שיפוטית, לרבות החלטות מנהליות המתקבלות במסגרת ניהול ההליך הפלילי" (בג"ץ 8066/18 משיח נ' פרקליטות המדינה, בפסקה 8 לפסק דיני (22.1.2019)). גם המדינה לא חולקת על תוקפה של הלכת ניר עם

ועל כך שניתן להעלות במסגרתה כל טענה שהיא. מכאן, שגם במסגרת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק יש מקום לביקורת שיפוטית של בית המשפט הדן בהליך הפלילי על ההחלטה להעמיד לדין.

9. בסופו של יום, השאלה היא מושגית-דוקטרינרית ולא מהותית – האם להכריז על לידתה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים או שיש "לקפד ראשה" ולדחוס את עילות המשפט המינהלי אל תוך מסגרת ההגנה מן הצדק?

התזה לפיה פתאום קם ניר עם בבוקר והרגיש שהוא דוקטרינה, כשהוא בכלל לא ידע שהוא כזה, היא תזה שיש לדחותה, באשר אין צורך להידרש לכלים נוספים מעבר לכלים הרגילים העומדים לרשות בית המשפט בהליך הפלילי. ואכן, גם חברי השופט פוגלמן מציין בפסקה 83 לפסק דינו, שאינו רואה ערך מוסף ממשי בדיון "עצמאי" בטענות הסבירות והמידתיות בגדר דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, מאחר שיש חפיפה ניכרת בין מסלול זה לבין המסלול של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. גם לשיטתו, הדיונים שנערכים כבר היום בעילות אחרות שקיימות במשפט הפלילי "קרובים במהותם לדיון באי סבירות ולחוסר מידתיות ההחלטה על הגשת כתב אישום" (פסקה 66 לפסק דינו).

המחלוקת שנתגלעה בין חברי ההרכב היא אפוא במישור העיוני-מושגי. אך ככל שעלי להידרש למחלוקת זו, הרי שבהיבט הדוקטרינרי הטהור, אני סבור כי יש לתת למשפט המינהלי את אשר למשפט המינהלי ולמשפט הפלילי את אשר למשפט הפלילי. זאת, על מנת לשמור על קווי התיחום ביניהם וכדי למנוע טשטוש תחומים (יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים 17 (2011)). כפי שבית משפט זה דחה בעניין נוה את "דוקטרינת חופש המידע בפלילים" (רענן גלעדי "דוקטרינת חופש המידע בפלילים – בעקבות ע"מ 2668/15 מ"י נ' הלל וייס" הסניגור 230 עמ' 4 (5/2016)), כך דינה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים להידחות.

לדידי, ההבחנה בין "עקרונות של צדק והגינות" לבין "סבירות" או "מידתיות" היא עניין של טרמינולוגיה ולא עניין שבמהות. המונח "הגינות" הוא כרקמה הפתוחה, והוא רחב דיו כדי לקלוט אליו מקרים של אי סבירות וחוסר מידתיות. הסבירות ממילא משמשת ככלי עזר כדי לבחון את מידת הפגיעה בעקרונות של צדק והגינות, ומה לי אם הסבירות עומדת על רגליה שלה או אך משמשת כהדום לרגלי "הצדק" או כבסיס שעליו ניצבת ה"הגינות"? המקרים שבהם עילת הסבירות תצלה אך לא תיכנס בגדרה של עילת ה"הגינות" הם חריגים שבנדירים ונדירים שבחריגים, אם בכלל. אם יטען הסניגור כי

לנוכח אי הסבירות בהגשת כתב אישום בנסיבות הנטענות על ידו, יהא זה לא צודק ולא הוגן אם כתב האישום יישאר על כנו כפי שהוא, ירכיב בית המשפט את משקפי ההליך הפלילי, אך יש לזכור כי עדשות המשקפיים לוטשו ממילא באופן שקרני הסבירות יוכלו לחדור דרך מסננות ההגנה מן הצדק.

10. עם זאת, ועל אף שאני סבור כי הביקורת על שיקול דעת התביעה אינה זרה לדין הפלילי, שותף אני לדעתו של חברי, המשנה לנשיאה השופט נ' הנדל, כי השימוש בעילת הסבירות כעומדת על רגליה שלה, אין בה תועלת של ממש ונזקה עולה על תועלתה. כאמור, מספר המקרים שבהם אי סבירות קיצונית בהגשת כתב האישום לא תעמוד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות הוא זניח מאוד, אם בכלל ניתן למצוא מקרה כזה. כך, לדוגמה, בעבירות מחמת עוני, כמו גניבת מזון לצרכי אוכל נפש, בית המשפט רשאי על פי נסיבות העניין לבטל את כתב האישום, אם מחמת זוטי דברים ואם מחמת "הגנה מן הצדק", ואין צורך להידרש לעילות הסבירות והמידתיות לשם כך.

הלכה למעשה, יש להניח כי הסניגור, שאין חקר לתבונתו, ימנע מלעשות שימוש בעילת הסבירות. שאם יטען לאי סבירות, ייאמר לו כי רק אי סבירות קיצונית יכולה לשמש עילה, ואי סבירות כזו לגבי עצם הגשת כתב אישום לא נפסקה ולו פעם אחת אפילו בבג"ץ - ממלכת הדין המינהלי. לכן, שותף אני להערכתו של חברי, המשנה לנשיאה, כי העלאת טענת אי סבירות על ידי נאשם, עשויה דווקא לעמוד לו לרועץ.

11. לסיכום.

דרך המלך היא תקיפת שיקול הדעת של התביעה במסגרת ההליך הפלילי עצמו. הביקורת השיפוטית על התביעה אינה נטע זר בהליך הפלילי והחלטות התביעה אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית. כך נעשה מאז ומתמיד, והדוגמה הבולטת לכך היא הטענה לאכיפה בררנית שהורתה מתחום הדין המינהלי. עם זאת, במקום להשתמש בכלים ובמינוחים של סבירות ומידתיות יש להשתמש בכלים ובמינוחים של פגם בכתב האישום ושל צדק והגינות במסגרת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק.

א. הוחלט פה אחד כי ההליך הפלילי הוא המקום הנכון שבו על הנאשם להעלות את טענותיו נגד הגשת כתב האישום נגדו.

ב. הוחלט פה אחד כי בכפוף להוראות חיקוק מיוחדות בדין הפלילי, המסגרת הדוקטרינרית המתאימה לדיון בטענות הנאשם נגד החלטת התביעה להגיש נגדו כתב אישום היא הגנה מן הצדק המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: סעיף 149(10)).

ג. הוחלט ברוב דעות השופטים המשנה לנשיאה נ' הנדל, השופט י' עמית, השופט נ' סולברג והשופט א' שטיין (כנגד דעתם החולקת של הנשיאה א' חיות, השופט ע' פוגלמן והשופט י' אלרון), כי אין מקום להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא ניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום נגד הנאשם יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" במובנו של סעיף 149(10). אם למרות זאת, עולה טענה לחוסר סבירות ולחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום, על בית המשפט לבחון אם טענות אלו עומדות במבחנים של הגנה מן הצדק.

ד. הוחלט פה אחד, בעניינו של המבקש, להשאיר בעינה את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף.

ניתן היום, י"א בטבת התשפ"ב (15.12.2021).

שופט

המשנה לנשיאה

הנשיא

שופט

שופט

שופט

שופט