

פרק חמישי

פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

א. כללי

ביום 15.5.2007 קיבלה הכנסת את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007 והעלתה את דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" עלי ספר החוקים של מדינת ישראל. לסעיף 149 לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן – חוק סדר הפלילי [נוסח משולב]) הוסף סעיף קטן (10), הקובע טענה מקדמית שהנאשם רשאי להעלות, שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"¹. תיקון דומה הוכנס גם בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן – חוק השיפוט הצבאי)². הליך החקיקה, פרי הצעת חוק של חברי הכנסת גרעון סער ומשה כחלון, אך כשנתיים ומחצה. הוא החל בכנסת ה-16 והסתיים בכנסת ה-17, כאשר בתוכם נדונה הצעת החוק לעומקה על ידי הוועדה לסדר הדין הפלילי בראשות שופטת בית-המשפט העליון מרים נאור (להלן – ועדת נאור). השאלה המידית המתבקשת, היא אם היה בחקיקה זו כדי לשנות את המצב המשפטי ששרר בסוגיית ה"הגנה מן הצדק" קודם לקבלת החוק. לדעתי יש להשיב על שאלה זו בחיוב. ה"הגנה מן הצדק" שלאחר קבלת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) אינה עוד ה"הגנה מן הצדק" שהייתה לפניו, לא רק משום שקודם לכן דובר בדוקטרינה הלכתית ואילו עתה עסקינן בהגנה חקוקה. כפי שנבקש להראות בפרק זה, ההיסטוריה החקיקתית של ההגנה ופרשנות לשונית ותכליתית של החוק החדש מלמדות כי ה"הגנה מן הצדק" הורחבה על ידי המחוקק מעבר לגדרים שנקבעו לה בעבר.

ב. האם לחוקק?

התשובה לשאלה אם ראוי לעגן בחקיקה את הדוקטרינה ההלכתית המוכרת של "הגנה מן הצדק", אשר נוצרה, פותחה והתפתחה בהלכה הפסוקה, לא הייתה מובנת מאליה. כפי שראינו לעיל, בית-המשפט העליון המשיך בפיתוחה של הדוקטרינה גם לאחר פסק הדין

1 ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007.
2 זאת באמצעות תיקון סעיף 351(ב) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 והוספת סעיף קטן (6) לו.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

בפרשת יפת³. בשלוש "פרשות המעבר" – עניין הר-שפי⁴, עניין חרמון⁵ ועניין התנועה למען איכות השלטון⁶ – בית-המשפט סלל את הדרך להלכה החדשה שנפסקה בפרשת בורוביץ⁷. בפרשות אלה ניכרה מגמה ברורה של מעבר מהתמקדות במבחן ה"התנהגות הבלתי הנסבלת" וה"שערורייתית" של הרשות למבחן מרחיב וגמיש יותר, המאפשר לבית-המשפט הפלילי להפעיל ביקורת שיפוטית משלו על ההעמדה לדין, בהתבסס על מבחנים של איזון בין האינטרסים השונים המתמודדים ביניהם בזירתה של הדוקטרינה. כפי שראינו בפרק הרביעי של חיבור זה, בפרשת בורוביץ' בית-המשפט העליון המיר את המבחן הצר שנקבע בפרשת יפת במבחן רחב, המחיל את ה"הגנה מן הצדק" על מקרים שבהם קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי או חריף בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט, לרבות פגיעה הנובעת מרשלנות של הרשות או אף מנסיבות שכלל אינן תלויות ברשות⁸. הנה כי כן, בתשע השנים שחלפו מפסק הדין בפרשת יפת ועד לפסק הדין בפרשת בורוביץ' עברה הדוקטרינה כברת דרך לא קצרה. בית-המשפט העליון פיתח אותה והרחיב את תחומיה. המבחנים לקבלתה אף הם הורחבו. עיון בפסיקה העלה כי הערכאות השונות דנו בה בקשת מגוונת של נסיבות עובדתיות. היא אף נתקבלה בכמה עשרות של מקרים. במצב דברים זה, כאשר – בשונה מבעבר – לא היו עוד חולקים על עצם קיומה של הדוקטרינה במשפטנו, וכאשר תחומיה הורחבו והוגדרו מחדש, עלתה במלוא עוצמתה השאלה אם אכן יש מקום לעגנה בחקיקה?⁹

בשנים שבהן שאלת תחולתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי הייתה מוטלת בספק¹⁰, ברי כי בעיגונה בחקיקה היה כדי להסיר ספק זה, אולם הספק הוסר. הדוקטרינה הוכרה ופותחה. פסקי דין חדשים הוסיפו כל העת עוד ועוד נדבכים להגדרתה ותחולתה. בנסיבות אשר כאלה ניתן היה לטעון כי לנוכח מהותה של ה"הגנה מן הצדק" וההיסטוריה שלה, מוטב להותירה כדוקטרינה הלכתית, אשר תוסיף ותפתח על ידי בית-המשפט ממקרה למקרה. על פי קו מחשבה זה, היה ניתן להוסיף ולטעון כי עקרונות הצדק וההגינות נשוא

3 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן – פרשת יפת).
4 דנ"פ 3039/02 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 337 (2002).
5 על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55 (2004).
6 בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004), 209.
7 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן – פרשת בורוביץ').
8 שם, בעמ' 806-807. לפירוט המבחן שנקבע בפרשת בורוביץ' ראו פרק רביעי.
9 לבטים בהקשר זה העלתי בחוות דעתי מיום 14.4.05 שנשלחה לפרופ' אליהו הרנון, חבר בוועדה המייעצת לעניין סדר דין פלילי (בראשות השופטת מרים נאור) (להלן – ועדת נאור), אשר דנה בהצעה לעגן את ההגנה בחקיקה. עם זאת בסיכומם של דברים סברתי כי השיקולים התומכים בעיגון ההגנה בחקיקה גוברים על אלה המתנגדים לה (ראו להלן הערה 12).
10 ראו בפרק שלישי: קליטת דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" בישראל.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

הדוקטרינה אינם ניתנים להגדרה חקיקתית מדויקת, אלא מתאימים יותר להיות מוחלים על ידי בית-המשפט בנסיבות הספציפיות שיבואו בפניו. באופן עקרוני, קיים היה גם החשש כי חקיקה בנושא ה"הגנה מן הצדק" תכרסם בכללים שפותחו בפסיקה ותסיג את הדוקטרינה לאחור. כך למשל החקיקה הייתה עשויה לקבוע כלל מצר יותר להחלת ה"הגנה מן הצדק" מזה שפותח בפסיקה¹¹. במקרה כאמור, חלק ממה שהושג בפיתוחה של הדוקטרינה עלול היה לאבוד. חשש אפשרי אחר היה כי החקיקה תקפיא את המצב המשפטי הקיים במועד קבלת החוק, באופן שבית-המשפט יראה עצמו מנוע מלהמשיך ולפתח את הדוקטרינה מעבר לגבולות שנקבעו בחוק. במצב דברים זה עלולה הדוקטרינה להתאבן בשל היעדר האפשרות להמשיך ולפתחה בלא שינוי חקיקתי מתאים.

אל מול החששות הנזכרים היה ניתן כמובן לטעון כי בהיעדר חקיקה בית-המשפט עשוי לילך בכיוון ההפוך ולצמצם את היקף פריסתה של הדוקטרינה מחדש. מצב דברים זה יימנע אם תעוגן הדוקטרינה בחקיקה ראשית, אשר תבצר את מעמדה בהיקף פריסתה נכון למועד החקיקה. אולם נראה כי השיקול העיקרי בתמיכה בעיגונה הסטטוטורי של הדוקטרינה הוא חשיבות הצבתה בדרגה הנורמטיבית של חקיקה ראשית, מתוך הכרה בערכם הרב של תפקידיה במסגרת המשפט הפלילי, המינהלי והחוקתי שלנו. הפיכתה של הדוקטרינה ההלכתית להגנה חקוקה יכולה לבטא את הכרתה של החברה, באמצעות בית המחוקקים, בחשיבות המגן שמציבה ה"הגנה מן הצדק" על זכויותיו של הפרט מפני פגיעה שלטונית ובחשיבות סמכות הביקורת השיפוטית שהיא מעניקה לבית-המשפט על מעשי הרשות במיתחם הרחב של ההליך הפלילי. למותר לציין כי בעיגונה של ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה, יש כדי לחזק את מעמדה ולהפוך אותה לטענה מן המניין, כיתר הטענות המקדמיות במשפט הפלילי¹².

11 ואכן, במהלך הליכי החקיקה היו מי שסברו כי מן הראוי לקבוע כלל שיגביל את תחולת הדוקטרינה למקרים קיצוניים ושערורייתיים בלבד (ראו להלן הערה 34 והטקסט שאליו היא מתייחסת). מבחן זה קרוב יותר להלכה שנפסקה בפרשת יפת, לעיל הערה 3, ורחוק מזה שנפסק בפרשת בורוביץ', לעיל הערה 7.

12 זו גם הייתה העמדה שהבעתי בפני ועדת נאור במסגרת חוות דעתי, לעיל הערה 9. סברתי כי למרות החששות מפגיעה ממה שהושג עד אז בפיתוחה השיפוטי של הדוקטרינה, יש לצדד בעיגונה של ה"הגנה מן הצדק" עלי חוק. זאת בייחוד נוכח החשיבות שבהצבת ה"הגנה מן הצדק" בדרגה הנורמטיבית של חקיקה ראשית, כביטוי של החברה להכרתה בחשיבות תפקידיה של הדוקטרינה בהגנה על זכויות הפרט במסגרת ההליך הפלילי. עם זאת הבעתי דעתי כי אל לו לעיגון חקיקתי זה לכרסם באופן כלשהו בהיקפה של הדוקטרינה, כפי שפותח עד אז על ידי בית-המשפט. סברתי אפוא כי על הכלל החקיקתי שייקבע להיות מנוסח באופן כללי ככל האפשר, אשר יותיר בידי בית-המשפט מרחב של שיקול דעת שיפוטי ביציקת תכניו ובהחלתו.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

ג. היסטוריה חקיקתית

1. הצעת החוק הראשונה

ההצעה לעגן את ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה הועלתה על ידי חברי הכנסת גדעון סער ומשה כחלון עוד לפני מתן פסק דין בורוביץ', ביוזמת פורום המשפט הפלילי של לשכת עורכי הדין בראשות עורכת דין רחל תורן. בנוסחה הראשוני של הצעת החוק דובר על הוספת טענה מקדמית עשירית לסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], שתחול מקום ש"הרשות נהגה כלפי הנאשם בחוסר צדק קיצוני או שהחלטה להגיש את כתב האישום הינה חסרת תום לב או אינה סבירה בנסיבות העניין"¹³. השימוש באמות המידה הצרות של חוסר צדק קיצוני וחוסר תום לב עלה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה ששררה בעת הגשת הצעת החוק הראשונה – היא פסק הדין בפרשת יפת – שלפיה ה"הגנה מן הצדק" תתקבל רק בנסיבות של "התנהגות בלתי נסבלת", היינו "התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... מקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת..."¹⁴.

2. דיוני ועדת נאור

הצעת החוק הועברה לדיון בוועדת נאור, אשר ישרה על מדוכת השאלות המרכזיות המתעוררות בהקשר זה¹⁵: האם לעגן את הדוקטרינה בחקיקה? ואם התשובה לכך חיובית – באיזה נוסח מן הראוי לעשות כן: האם ברוח ההלכה הפסוקה? האם לציין ברשימת הטענות המקדמיות את המילים: "הגנה מן הצדק" ללא פירוט נוסף, תוך מתן אפשרות לבתי-

13 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון – הגנה מן הצדק), תשס"ה-2004 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/3029.rtf. מגישי ההצעה כללו בה גם תיקון לסעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], שיאפשר לבית-המשפט אף לזכות את הנאשם "במקרים הראויים". במהלך הליכי החקיקה, חזרו בהם המציעים מן התיקון בעניין הזיכוי. לדעתי חזרה זו ראויה, שכן אין לצרף לסעד של ביטול כתב האישום (כולו או חלקו), המתחייב מהיות ה"הגנה מן הצדק" טענה מקדמית, גם סעד של זיכוי הנאשם. בדעה זו החזיקה גם ועדת נאור (ראו פרוטוקול ישיבת הוועדה לסדר הדין הפלילי בראשות השופט מרים נאור (4.5.05) (להלן – פרוטוקול ועדת נאור (4.5.05), 9. כזכור, ה"הגנה מן הצדק" מעצם מהותה אינה עוסקת בשאלת אשמתו או חפותו של הנאשם, אלא בשיקולים ובנסיבות המצדיקים את מניעת בירורה של שאלה זו. תוצאה שלפיה יזוכה נאשם מטעמי "הגנה מן הצדק", הגם שבית-המשפט לא בירר אם אשם או חף הוא, מעוררת קושי.

14 פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 370.

15 ראו דברי השופט נאור בפרוטוקול ישיבת הוועדה לסדר הדין הפלילי בראשות השופט מרים נאור (9.3.05) (להלן – פרוטוקול ועדת נאור (9.3.05), 1. תודתי לכבוד השופט נאור ולעורכת דין י' רווה, מרכזת הוועדה, על האפשרות שניתנה לי לעיין בפרוטוקולים של דיוני הוועדה ובנוסחים שהונחו על שולחנה.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

המשפט להמשיך ולפתח את ההלכה? האם לחוקק את ההגנה בנוסח מרחיב מזה שקבעה הפסיקה?

בדיוני הוועדה הביעו מלכתחילה נציגי הפרקליטות והמשטרה עמדה המתנגדת, באופן עקרוני, לחקיקה כשלעצמה. פרקליט המדינה הזהיר מפני "קיבוע נוסחה (בדומה לזו שבהצעת החוק), שתביא כפועל יוצא לסיכול הליכי החקירה והעמדה לדין והפיכת המאשימה לנאשמת"¹⁶. נציגת המשטרה טענה כי "בהרחבת ההגנה מביאים למעשה להכנסת גורם אחר לשיקול הדעת, תוך דחיקה לפינה של אינטרס הציבור במניעת פשיעה ובהעמדה לדין ואינטרס נפגע העבירה"¹⁷. לעומת זאת נציגי משרד המשפטים ראו חשיבות בעיגון הדוקטרינה בחוק – בין ככלי ליידוע נאשמים על דבר קיומה של ההגנה וזכותם לטעון לה¹⁸ ובין כחלק מהמגמה הקודיפיקטיבית הניכרת כיום במשפט הישראלי¹⁹, בייחוד בעידן של זכויות יסוד²⁰. בטרם ניתן פסק הדין בפרשת בורוביץ', הביעו חלק מחברי הוועדה מקרב הרשויות תמיכה בקביעת ההגנה בחוק בהתאם למבחן הצר שנקבע בפרשת יפת²¹. לעומת זאת נציגי הסנגוריה הציבורית והפרטית בוועדה תמכו בנוסחים מרחיבים יותר²². נציג האקדמיה סבר כי יש להעדיף עיגון חוקתי של הזכות להליך הוגן ולהתמודד בדרך זו גם עם נסיבות שבהן עוסקת דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק"²³. בהצבעה שנערכה עוד בטרם מתן פסק דין בורוביץ' תמכו רוב חברי הוועדה בעיגון ההגנה בחוק²⁴. הסוגיה שעלתה עתה במלוא עוצמתה הייתה אפוא שאלת הנוסח שבו תחוקק ההגנה. לוועדה הוגשו כמה הצעות שכולן נוסחו באופן מרחיב יותר ממבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת" שנקבע בפרשת יפת²⁵. בדיונים הפנימיים שהתקיימו במשרד המשפטים, החלו

- 16 ראו דברי עורך דין ע' שנדר, פרקליט המדינה, בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, שם, בעמ' 2. לכל היותר, הסכים פרקליט המדינה להגדרת ההגנה בחוק על פי המבחן שנקבע בפרשת יפת.
- 17 ראו דברי סגן ניצב ר' אדלסברג ממשטרת ישראל, שם, בעמ' 2.
- 18 ראו דברי עורכת דין ד' נחמני-רוט ועורכת דין ר' גרשוני ממשרד המשפטים, שם, בעמ' 2-3 ו-4.
- 19 ראו דברי עורכת דין י' קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שם, בעמ' 3.
- 20 ראו דברי עורכת דין ל' משיח, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שם, בעמ' 4.
- 21 ראו דברי שנדר (שם, בעמ' 2), נחמני-רוט (שם, בעמ' 3), משיח (שם) והשופטת ר' פלדמן-פרידמן (שם). לעיל הבענו את החשש המקדמי מפני ניסוח ההגנה בחקיקה באופן שיכרסם בכללים שפותחו בפסיקה ויסיג את הדוקטרינה לאחור. היו מבין חברי הוועדה שהביעו את החשש ההפוך: קביעתו של כלל חקוק מרחיב יותר מזה שאומץ בפסיקה (ראו למשל דברי שנדר, שם, בעמ' 2, ודברי משיח, שם, בעמ' 4).
- 22 ראו דברי ד"ר י' ספיר, סגן הסנגוריה הציבורית הארצית, שם, בעמ' 1, 2 ו-5; ודברי עורך דין י' גולן, שם, בעמ' 4.
- 23 ראו דברי פרופ' א' הרנון, שם, בעמ' 5.
- 24 שם.
- 25 קרפ הציעה להחיל את ההגנה במקום שכתב האישום או ניהול המשפט עומדים "בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כפי שהוסבר על ידיה בדיוני הוועדה, ניסוח זה –

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

להתגבש נוסחים העושים שימוש בביטוי "חוסר צדק מהותי או קיצוני" כאמת המידה שלפיה תוחל ההגנה החקוקה²⁶. ישיבתה הבאה של ועדת נאור התקיימה לאחר מתן פסק הדין בפרשת בורוביץ'. גם בשלב זה נציגי הפרקליטות והמשטרה הביעו התנגדות לעיגון ההגנה בחוק וביקשו לקיים דיון מחודש בשאלה זו²⁷, עם זאת נציגים אלה נותרו במיעוט. הוועדה שבה והחליטה לעגן את ההגנה בחקיקה²⁸.

מכאן עברה הוועדה לדון בשאלת ניסוחה של ההגנה. גם בסוגיה זו לא הייתה תמימות דעים. הצעה אחת הייתה להסתפק בחוק במילים: "הגנה מן הצדק" ללא פירוט, כך שיהא ברור כי המחוקק מבקש לעגן את ההלכה כפי שהיא²⁹. הצעה אחרת הייתה להחיל את ההגנה במקום שכתב האישום או ניהול המשפט עומדים "בסתירה לעקרונות של צדק

הלקוח מפסק דין יפת – מבטא את חומרת המעשה השלטוני הנדרשת לשם החלת ההגנה, תוך מתן מרחב לבית-המשפט לפיתוח ההגנה (שם, בעמ' 3). ספיר הציע נוסח שלפיו ההגנה תקום כאשר "הגשת כתב האישום עומדת בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות". עורך דין ד' ארד-איילון הציע כי ההגנה תיושם שעה ש"הרשות נהגה כלפי הנאשם באי-צדק מהותי או שהעמדתו לדין פוגעת פגיעה ממשית בזכותו להליך ראוי והוגן". הצעתי שלי הייתה לקבוע כי ה"הגנה מן הצדק" תוחל כאשר "קיומו של ההליך הפלילי כנגד הנאשם פוגע בנסיבות העניין באופן ממשי בעקרונות הצדק וההגינות, או שהחלטה להגיש את כתב האישום אינה סבירה או אינה מידתית" (חוות דעתי מיום 14.4.05, לעיל הערה 9). סברתי כי נוסח זה משמר את היקף פריסתה של הדוקטרינה כפי שהורחב על ידי בית-המשפט, וכי הוא מאפשר לשופט הדין בטענה להפעיל שיקול דעת שיפוטי במקרים השונים הבאים בפניו ולהמשיך בפיתוחה של ההלכה במסגרת העקרונות האמורים. כמו כן, ראיתי חשיבות בכלילת עקרונות הסבירות והמידתיות בהגדרת ההגנה, בהיותן עילות ביקורת מרכזיות של בית-המשפט על פעולותיה של הרשות. למידתיות חשיבות מיוחדת כאשר עסקינן בהחלטות בדבר העמדה לדין, משום שהיא מאפשרת – במקרים המתאימים – להגיע למסקנה כי הכנסתו של הפרט לגדרו של ההליך הפלילי הרה הגורל מהווה אמצעי חריף מדי הפוגע בו במידה העולה על הנדרש, ללא יחס ראוי לתועלת שתצמח מכך לחברה.

26 ראו נוסחים מאת רווה, נחמני-רוט ועורך דין ח' גביע מיום 13.4.05.

27 ראו דברי עורך דין י' למברגר, המשנה לפרקליט המדינה, בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 1 ו-2, ודברי סגן-ניצב א' מזוז ופקד י' כהן ממשטרת ישראל, שם, בעמ' 1. נציגי המשטרה העלו את החשש כי עיגון ההגנה בחקיקה יגרום להצפת בתי-המשפט בדיונים בטענה ולהתארכות ניכרת של ההליכים הפליליים כפועל יוצא מכך. מנגד, טען גולן כי ייתכן ובתחילה אכן יהיה ריבוי בהעלאת הטענה, אך קושי זה יצטמצם לאחר שבית-המשפט יגדיר את גבולותיה הברורים של ההגנה החקוקה (שם). בהקשר זה ציינה גרשוני כי לא ראוי להימנע מחקיקה רק על מנת שההגנה לא תיחשף בפני הציבור באמצעות פרסומה בספר החוקים, מחשש ל"הצפה וסרבול" (שם, בעמ' 2).

28 שם, בעמ' 3.

29 ראו הצעתה של השופטת נאור, שם. לגישתה, הצעה זו אף משתלבת עם צורת ניסוחן של הטענות המקדמיות האחרות בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (שם, בעמ' 6).

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

והגינות משפטית³⁰. לאחר מכן הוצע להוסיף להגדרה זו את המילים "מהותית" או "קיצונית"³¹. הצעה נוספת הייתה להגדיר את אמת המידה כ"פגיעה ממשית"³². לעומת זאת הובעה עמדה שלפיה אין צורך באמת מידה מחזקת למושג "סתירה", שכן זו עצמה מבטאת דבר העומד בניגוד לחובת ההגינות³³. לא נפקדה מדיוני הוועדה גם הצעה לסגת מהמבחן שנקבע בהלכת בורוביץ' ולעגן בחקיקה אמת מידה מחמירה יותר לתחולת ההגנה³⁴. הוועדה החליטה שלא לכלול בהגדרת ההגנה דרישה להראות כי הרשות דווקא היא שנהגה בחוסר צדק כלפי הנאשם³⁵. אשר לאמת המידה להחלת ההגנה, בסופו של דבר נחלקו חברי הוועדה בין שני נוסחים: האחד, "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך עומדים בסתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"; השני, "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". בהצבעה שהתקיימה תמכו שישה מחברי הוועדה בנוסח של "סתירה קיצונית", ואילו אמת המידה של "סתירה מהותית" זכתה לתמיכתם של חמישה חברים³⁶. הוועדה החליטה כי שני הנוסחים

30 ראו הצעתה של קרפ, לעיל הערה 25. בהצעה זו תמך גם גולן (שם, בעמ' 3). הרנון (שם) ומשיח (שם, בעמ' 5) הציעו להוסיף לנוסח גם את יסוד המידתיות. גרשוני תמכה אף היא בנוסח שהוצע על ידי קרפ, אך סברה כי יש להוסיף לו יסוד של איזון בין עקרונות הצדק לבין העניין הציבורי בהעמדה לדין, וכן דרישה שלפיה ההגנה תוחל רק אם לא ניתן לרפא את הפגם בדרכים קיצוניות פחות (שם, בעמ' 3). לאחר מכן, חזרה בה גרשוני מדרישה אחרונה זו (שם, בעמ' 8). גם נחמני-רוט תמכה בהכנסת יסודות של איזון והיעדר סעד חלופי (שם, בעמ' 6). השופטת פלדמן-פרידמן ציינה כי אין צורך לקבוע תנאי של היעדר סעד חלופי, שכן אם קיימת דרך אחרת לרפא את הפגם, המסקנה תהא שאין מדובר בסתירה לעקרונות הצדק וההגינות (שם, בעמ' 7).

31 הצעת למברגר, שם, בעמ' 4. לגישה זו הצטרפה השופטת פלדמן-פרידמן, שציינה כי הכנסת אמת מידה של "סתירה קיצונית" או "סתירה מהותית" להגדרה החקוקה מקפלת בחובה ממילא את יסוד המידתיות (שם, בעמ' 7). קרפ הגיבה כי היא אינה מתנגדת לחזק את הביטוי "סתירה" ביסוד של ממשיות או מהותיות, אם כי ציינה כי עצם הצורך להראות "סתירה" לעקרונות הצדק וההגינות, מבטא עוצמה של פגיעה נדרשת בעקרונות אלה לשם החלת ההגנה, כך שקשה להניח שבית-המשפט ימשיך בניהולו של ההליך לאחר שמצא כי קיימת סתירה כאמור (שם, בעמ' 6).

32 הצעת ספיר, שם, בעמ' 7 ו-8.

33 דברי פרופ' הרנון, שם, בעמ' 8, וראו גם דברי קרפ הנזכרים לעיל בהערה 31.

34 זו הייתה הצעתו של עורך דין א' אברבנאל, פרקליט מחוז ירושלים (שם, בעמ' 4). לשיטתו, מן הראוי לקבוע בחקיקה מבחן דומה לזה של פסק דין יפת, שלפיו התערבות בית-המשפט בהחלטת הרשות להגיש כתב אישום תיעשה רק במקרים קיצוניים ושערוורייטיים. בגישה זו תמך גם פקד כהן ממשטרת ישראל (שם, בעמ' 4-5).

35 ראו דברי השופטת נאור, שם, בעמ' 8. כזכור, בפרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 807, נקבע כי ה"הגנה מן הצדק" יכולה לחול גם בנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל עיקר.

36 פרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם, בעמ' 9.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

החלופיים יובאו לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כהצעת תיקון לסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]³⁷.

3. הליכי החקיקה בכנסת

לאחר סיום דיוניה של ועדת נאור קיבלה הכנסת ה-16 את הצעת החוק בקריאה טרומית, תוך ששרת המשפטים מכנה אותה בנאומה כ"אחת מאבני היסוד של הדמוקרטיה"³⁸. עם זאת הכנסת האמורה התפזרה קודם שהיה סיפק בידה להשלים את חקיקת ההצעה. הצעת החוק הוגשה אפוא מחדש לכנסת ה-17³⁹. לנוכח המלצותיה של ועדת נאור, כלל נוסח ההצעה את אמת המידה של "סתירה מהותית" – שבו תמך המציע – אך הוסכם כי גם הנוסח של "סתירה קיצונית" יובא לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת⁴⁰. בדיון שבו נתקבלה ההצעה בקריאה טרומית ציין ממלא מקום שר המשפטים כי הוא עצמו תומך בנוסח המצמצם של "סתירה קיצונית", לפחות לתקופה הראשונה שלאחר החקיקה, תוך שמירת האפשרות להרחיב בהמשך לאחר בחינת יישומה הלכה למעשה⁴¹.

עמדתו הראשונית של משרד המשפטים לקראת הדיונים בהצעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הייתה תמיכה בנוסח המצמצם של "סתירה קיצונית". הנימוק לעמדה זו היה כי הכללים שנקבעו בהלכת בורוביץ' מחייבים קיומם של פגמים שעוצמתם רבה יותר מזו של "סתירה מהותית" לעקרונות הצדק וההגנות, וכי נוסח זה יהא נתון לפרשנות מרחיבה יתר על המידה⁴². כשלעצמי סברתי – וזו גם הייתה עמדת הסנגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין – כי דווקא הנוסח של "סתירה קיצונית" הוא זה שמצמצם את הלכת בורוביץ', שבה נקבע כי ה"הגנה מן הצדק" עשויה בעיקרון לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות, כפי שזו נתפסת בעיניו של

37 שם. בהודעתה של משיח, חברת הוועדה, לחבר הכנסת סער, מגיש הצעת החוק, אודות תוצאות הדיונים בוועדה, נכתב כי לדעת מרבית חבריה "...העיון צריך לשקף ככל האפשר את המצב הקיים, דהיינו לא לצמצמו ולא להרחיבו, ולאפשר להלכה להמשיך ולהתפתח במובן של מתן תוכן מעשי להגנה". ראו מכתב ממשיח לחבר הכנסת סער (8.5.05).

38 ראו פרוטוקול הישיבה ה-247 של הכנסת ה-16 (18.5.05) www.knesset.gov.il/plenum/ data/100299505.doc ודברי צ' לבני, שרת המשפטים, שם, בעמ' 75.

39 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון – הגנה מן הצדק), תשס"ו-2006 www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/415.rtf.

40 ראו דברי חבר הכנסת סער בדיון שהתקיים בכנסת בהצעת החוק החדשה בקריאה הטרומית: פרוטוקול הישיבה ה-53 של הכנסת ה-17 (1.11.06) www.knesset.gov.il/plenum/ data/05383406.doc, בעמ' 115.

41 ראו דברי מ' שטרית, ממלא מקום שר המשפטים, שם, בעמ' 119.

42 ראו מכתב מנחמני-רוט לעורכת דין א' רוזן, היועצת המשפטית לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (15.3.07). עם זאת ציינה נחמני-רוט כי גם הנוסח של "פגיעה מהותית" הולם את הלכת בורוביץ' (שם).

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החוקה

בית-המשפט⁴³. לדעתי הייתה קיימת חשיבות רבה לכך שעגיגונה של ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה לא יסיג את המצב המשפטי אחר למעלה מעשור שנים, אל ימיה המוקדמים של הדוקטרינה בישראל ואל המבחן הצר שנקבע בפרשת יפת⁴⁴.

על שולחן ועדת החוקה שדנה בהכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, הונחו אפוא שלושה נוסחים מוצעים לחקיקה: "סתירה מהותית", "סתירה קיצונית" ו"פגיעה ממשית"⁴⁵. עמדת חבר הכנסת סער, מגיש הצעת החוק, הייתה כאמור תמיכה בנוסח המרחיב של "סתירה מהותית", תוך הבהרה כי הנוסח של "סתירה קיצונית" יסיג את הכלל המשפטי לאחור ויצמצם את שיקול הדעת השיפוטי שהתווה בהלכת בורוביץ⁴⁶. עם זאת המציע ציין כי עצם השימוש במונח "סתירה", מציב כשלעצמו רף מסוים לקבלת הטענה ואין מדובר בפתיחת פתח "כרוחבו של אולם"⁴⁷. חבר הכנסת יצחק לוי, ממלא מקום יושב ראש הוועדה, ציין כי החוק המוצע אינו מונע מבית-המשפט להמשיך ולפתח את ההלכה⁴⁸. בדיון התברר כי חל מהפך דרמטי בעמדת משרד המשפטים, אשר מלכתחילה תמך כזכור בנוסח המצמצם⁴⁹. נציגי המשרד הביעו עתה בשם פרופ' דניאל פרידמן, שר המשפטים, תמיכה בנוסח של "פגיעה מהותית", שכן הוא כולל את המבחנים שנקבעו בפסק דין בורוביץ⁵⁰. לא כן הייתה עמדת הפרקליטות, אשר צדדה במבחן המחמיר של סתירה "קיצונית", "חמורה" או "חריפה", בנימוק ש"הגנה מן הצדק" צריכה להיות "נשק יום הדין מבחינת בית המשפט", ולפיכך על המבחן שייקבע להחלתה לשקף מצב שלפיו היא מיועדת

43 מכתבי לחבר הכנסת פרופ' מ' בן-ששון, יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (18.3.07); עמדת הסנגוריה הציבורית (דואר אלקטרוני מספיר לרוון (12.3.07)); ועמדת פורום המשפט הפלילי של לשכת עורכי הדין (מסמך מיום 18.3.07). אכן, כפי שראינו לעיל, פסק דין בורוביץ נוקט במקומות אחדים במינוח של "פגיעה חריפה" (לעיל הערה 7, בעמ' 1807, 808 ו-1808), אך מקריאת פסק הדין ברי כי גם נוסח זה רחב יותר מאמות המידה של "התנהגות בלתי נסבלת" ו"שערורייתיות", שבהן נעשה שימוש בפרשת יפת.

44 מכתבי לחבר הכנסת בן-ששון, שם.

45 נוסח אחרון זה הוצע על ידי רוון, בנימוק כי הוא משקף את המבחן שנקבע בפסק דין בורוביץ ועולה בקנה אחד עם בקשת מגישי ההצעה לעגן את ההגנה בחקיקה ולא לצמצמה. לשיטה זו, כל שינוי במבחן עלול להביא למחלוקות עתידיות באשר לכוונת המחוקק (ראו מסמך שהוכן על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת דיוני הוועדה במסגרת הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה (18.3.07)).

46 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (19.3.07), 2-3 במסגרת דיון הוועדה, שם, בעמ' 13-15.

47 שם, בעמ' 3.

48 שם, בעמ' 8.

49 ראו לעיל הערה 42.

50 ראו דברי נחמני-רוט, פרוטוקול ישיבה מס' 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (19.3.07), 5, ודברי ד"ר ג' רוטקופף, עוזרו הבכיר של שר המשפטים, שם, בעמ' 15.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

רק למקרים נדירים וחריגים ביותר⁵¹. בהקשר זה הוזכר כי גם בהלכת בורוביץ נעשה שימוש בטרמינולוגיה של "פגיעה חריפה"⁵². הסנגוריה הציבורית הביעה תמיכה בנוסח של "פגיעה ממשית", המשקף את הלכת בורוביץ ואשר עשוי בשל כך למנוע לבטים באשר לכוונת המחוקק⁵³. לשכת עורכי הדין צדדה במבחן "הסתירה המהותית"⁵⁴. בתום הדיון הוועדה אישרה את העברת ההצעה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת⁵⁵.

בשלב זה פורסמה הצעת החוק ברשומות, בנוסח שלפיו ההגנה תתקבל כאשר "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"⁵⁶. בדברי ההסבר להצעה נסקר התהליך שהתרחש בסוגיה זו במשפט הישראלי, החל מהמבחן הצר שנקבע בפרשת יפת, עבור בביקורת שנמתחה עליו בספרות המשפטית וכלה בפסק דין בורוביץ, שבו הורחב היקף פריסתה של ה"הגנה מן הצדק" במידה ניכרת. צוין כי בעת הכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ולקריאה שלישית, בכוונת ועדת החוקה לדון גם בגרסאות חלופיות, ובהן זו שהוצעה על ידי נציגי רשויות החקירה והתביעה בדבר קביעת מבחן מחמיר יותר. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת החוקה לצורך הכנתה לקריאה שנייה וקריאה שלישית⁵⁷.

לקראת המשך דיוני הוועדה התבהר כי הן המציע, הן משרד המשפטים, הן הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה תומכים בנוסח של "סתירה מהותית"⁵⁸, אולם הדיון שהתקיים בהכנת ההצעה לקריאה שנייה וקריאה שלישית היה סוער ושיקף מחלוקת קוטבית. בשונה מעמדת משרד המשפטים, הפרקליטות התמידה בהתנגדותה לנוסח הרחב⁵⁹. קרובה לכך הייתה עמדת המשרד לביטחון פנים, שטען כי הנוסח המוצע ישנה את הכלל שנקבע בהלכה

- 51 ראו דברי למברגר, שם, בעמ' 8-9. בעמדה זו תמך גם המשרד לביטחון פנים: ראו דברי אדלסברג, שם, בעמ' 9-10.
- 52 שם, בעמ' 8.
- 53 ראו דברי עורכת דין ע' רובינשטיין, הסנגוריה הציבורית הארצית, שם, בעמ' 6.
- 54 ראו דברי תורן, שם, בעמ' 13.
- 55 שם, בעמ' 17.
- 56 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), תשס"ז-2007, ה"ח 138.
- 57 ראו פרוטוקול הישיבה ה-112 של הכנסת ה-17, 229 (21.3.07), www.knesset.gov.il/plenum/data/02390707.doc.
- 58 ראו נוסח לדיון ביום 8.5.07 בוועדת החוקה וכן מכתבה של נחמני-רוט לרוזן (6.5.07). בישיבה שהתקיימה לאחר מכן תמכו בנוסח זה גם הסנגוריה הציבורית (ראו דברי רובינשטיין בפרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.5.07), 11-10 לשכת עורכי הדין (מסמך מיום 7.5.07 וכן דברי תורן, שם, בעמ' 11). בפני הוועדה הונחה הצעה להחיל את התיקון גם על ההליכים הפליליים המתנהלים בבתי הדין הצבאיים.
- 59 ראו דברי עורכת דין א' כהנא, ממונה על עניינים פליליים בפרקליטות המדינה, שם, בעמ' 6.

הפסוקה⁶⁰. גם הפרקליטות הצבאית צדדה בנוסח מחמיר, הגם שלא התנגדה להחיל את העיקרון שיתקבל בסופו של דבר גם על הליכים המתנהלים בבתי הדין הצבאיים⁶¹. נציג משרד ראש הממשלה הצטרף לעמדות אלה, בהזיהירו כי "יהיו טרוריסטים שיימלטו מאימת הדין בגלל פגם כזה או אחר"⁶². בהינתן מחלוקת זו, חשוב היה להבהיר לחברי הוועדה – כפי שעשה פרופ' זאב סגל – כי מבחן מחמיר יותר מזה של "סתירה מהותית" יהפוך את ההגנה לתאורטית במידה רבה⁶³. אף אני ציינתי בדיון כי נוסחה צרה יותר תפגע במה שהושג בפסיקה שפיתחה את ה"הגנה מן הצדק" במשך עשור⁶⁴.

גם בין חברי הכנסת לא שררה תמימות דעים. חבר הכנסת סער, המציע, תמך כזכור בנוסח של "סתירה מהותית"⁶⁵, ואף לא שלל את האפשרות כי יש בכך משום הרחבה של ההלכה הקיימת⁶⁶. בנוסח זה תמכו גם חברי הכנסת מתן וילנאי⁶⁷ וטלב אלסאנע⁶⁸. חבר הכנסת עתניאל שנלר העלה הצעה חדשה. לגישתו, מן הראוי אכן לאמץ את הנוסח של "סתירה מהותית", אך להחילו רק על אישומים המוגשים בגין עבירות מסוג חטא ועוון ולא על עבירות מסוג פשע ועל עבירות ביטחוניות⁶⁹. חברי הכנסת אברהם מיכאלי⁷⁰, יצחק גלנטי⁷¹ וככל הנראה גם נסים זאב⁷² הצטרפו לגישה זו. חבר הכנסת לוי התנגד להצעה האמורה, בציניו כי "אי אפשר לעשות צדק לחצאים"⁷³. לבטיו נעו בין תמיכה בנוסח של "סתירה מהותית" לבין נוסח של "סתירה מהותית-ממשית" על מנת להעלות את הרף לקבלת

- 60 ראו דברי עורך דין י' הדר, היועץ המשפטי למשרד לבטחון פנים, שם, בעמ' 7, אשר צדד בנוסח של "סתירה מהותית חמורה".
- 61 ראו דברי אלוף משנה ל' ליבמן, התובע הצבאי הראשי, שם, בעמ' 8-9, אשר צדד בנוסח של "סתירה חמורה" או "סתירה חריפה". לגישתו, לא חלף די זמן מאז מתן פסק דין בורוביץ' על מנת שניתן יהיה להגיע למסקנה כי נדרש להרחיב את הכלל שנקבע בו.
- 62 ראו דברי ד' גבע, משרד ראש הממשלה, שם, בעמ' 10. לכך השיבה רובינשטיין כי "אין אפילו דוגמה אחת של עבירה סמי-בטחונית, לא רק עבירת טרור או פיגוע או גרימת מוות מכל סוג שהוא או פגיעה אחרת, שהטענה הועלתה והתקבלה. לכן, מדובר במסע הפחדה שאין לו שום אחיזה במציאות" (שם, בעמ' 11).
- 63 שם, בעמ' 3-4.
- 64 שם, בעמ' 17.
- 65 אם כי היה מוכן גם לנוסח של "סתירה ממשית" (שם, בעמ' 11).
- 66 שם, בעמ' 17.
- 67 שם, בעמ' 16.
- 68 שם, בעמ' 15.
- 69 שם, בעמ' 13.
- 70 שם, בעמ' 15.
- 71 שם.
- 72 שם, בעמ' 14.
- 73 שם. וראו בדומה את דבריו של חבר הכנסת סער, שם, בעמ' 13 ו-17. רוטקופף הסביר בהקשר זה כי דווקא בעבירות החמורות זקוק הנאשם למימוש זכויותיו (שם, בעמ' 17).

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

הטענה⁷⁴. חבר הכנסת בן-ששון, יושב ראש הוועדה, התנגד לתוספת זו בנימוק שהמילה "מהות" מתייחסת ממילא לשורשו של העניין⁷⁵. חבר הכנסת מיכאל איתן מצדו סבר כי אין צורך בתוספת כלשהי למילה: "סתירה" והציע להותיר לבית-המשפט את קביעת אמת המידה הראויה בכל מקרה ומקרה⁷⁶.

בשלב ההצבעה היה ברור כי הנוסח בדבר "סתירה קיצונית" אינו עומד עוד להכרעה. בהצבעה הראשונה שנערכה לא זכתה ההצעה לבצע חלוקה בין סוגי העבירות לרוב⁷⁷. בהיתן כי ההגנה תחול על כל הנורמות העונשיות, נחלקו חברי הכנסת בין הנוסח של "סתירה מהותית" לבין ההצעה כי בחוק יכתב "סתירה" בלבד ובית-המשפט יקבע את אמת המידה להחלת ההגנה. רוב חברי הוועדה תמך בחלופה הראשונה: "סתירה מהותית", וההצעה אושרה לקריאה שנייה וקריאה שלישיית⁷⁸.

ביום 15.5.07 התקבל החוק בכנסת בקריאה שנייה וקריאה שלישית ללא מתנגדים⁷⁹. חבר הכנסת סער סיכם: "השסתום הזה של 'צדק והגינות', שניתן לבית-המשפט – הוא לא

74 ובלשונו של חבר הכנסת לוי: "ברור הדבר שכל משפט, כל מילה, כל הגדרה שנאמר בסופו של דבר נתונה לפרשנויות השופטים. אנחנו רוצים להנחות את השופטים ולא לומר שכל דבר שיש בו שמץ של מהות, תזדרזו לבוא ולבטל כתבי אישום, אלא תראו שיש ממשות בעניין. לכן, זאת ההתלבטות שלי, האם על ידי הוספת המילה 'ממשית', אני מעבה את ההנחיה לשופט ואומר לו: תראה, העניין מהותי אבל תשים לב שלא מדובר בעניין פעוט שבמהות אלא תראה שמדובר בעניין ממש שבמהות, אם כי הדבר הזה נתון לשיקול דעת השופט" (שם).

75 שם, בעמ' 11.

76 שם, בעמ' 16. אפשר שהצעה זו מקלה אף יותר, שכן היא מסירה את דרישת ה"מהותיות" כתנאי למתן ההגנה. נראה שזו גם הייתה כוונתו של חבר הכנסת איתן, שהוסיף דברים בעניין זה בדיון שנערך במליאת הכנסת עת הובאה הצעת החוק לאישור בקריאה שנייה וקריאה שלישית, כדלקמן: "ההסתייגות שלי הייתה שכאשר מדובר על הגנה מן הצדק, הנוסח שעליו אנחנו מדברים כרגע מדבר על מצב שבו הנאשם מוכיח או משכנע את בית-המשפט שיש פגיעה מהותית בעקרונות הצדק והגינות ההליך המשפטי. ואני שאלתי את עצמי: חברים יקרים, ואם יש רק פגיעה בעקרונות הצדק וההליך המשפטי? לא מהותית, פגיעה. כלומר, באדם לבית-משפט, מראה לשופט שיפגעו בעקרונות הצדק אם יקיימו נגדו משפט; שפגעו בהגינות ההליך המשפטי אם יקיימו משפט. והשופט אומר לו: אדוני הנכבד, השתכנעתי שבסופו של דבר זה לא יהיה צודק, אבל אנחנו סובלים אי-צדק אם הוא לא ברמה מהותית. אני חושב שזה לא בסדר..." (ראו פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-17, 17 (15.5.07), 17 www.knesset.gov.il/plenum/data/03134807.doc). כנגד זאת ניתן לטעון כי בהיעדר אמת מידה חקוקה להחלת ההגנה יכול בית-המשפט גם להציב מבחן מצר מזה שנקבע בפסק דין בורוביץ' (ראו הדיון להלן בסעיף 2(ב) לפרק זה).

77 פרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, שם, בעמ' 19. רק ארבעה חברי כנסת תמכו בה ואילו שמונה התנגדו.

78 שם. ארבעה חברי כנסת תמכו בנוסח של "סתירה" ואילו שמונה חברי כנסת תמכו בנוסח של "סתירה מהותית". בהצבעה על הנוסח הסופי תמכו 11 חברי כנסת בהצעה ואילו חבר כנסת אחד התנגד.

79 פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-17, לעיל הערה 76, בעמ' 18-19.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

ניתן לנאשם ולא לסניגור, הוא ניתן בסופו של דבר למי שגם בסוף ההליך יכול לקבוע חפות או הרשעה – הוא דבר שאנחנו יכולים להתגאות בו כשיטת משפט מתקדמת⁸⁰. ואילו חבר הכנסת בן-ששון חתם בחגיגות: "החוק שנעשה הוא חוק מפואר. מילותיו קצרות, אבל הוא נוגע בלב ליבה של מערכת הצדק. ממנו והלאה – אף שהיו הלכות בית-משפט, מערכות החוק צריכות להיזהר במעשיהן. האמירה פה היא אמירה שחותכת – במובן החיובי – את מערכות האכיפה ומחייבת אותן לעשות צדק בדרכן לעשות משפט. הדברים אינם זהים. הצירוף הזה הוא צירוף נדיר"⁸¹.

ד. האם שינתה החקיקה את המצב המשפטי

השאלה המתבקשת היא אם מעבר להצבת ה"הגנה מן הצדק" במדרגה הנורמטיבית של חקיקה ראשית, היה בעיגונה בחוק משום שינוי המצב המשפטי שנקבע בהלכה הפסוקה קודם לכן. פסיקת בית-המשפט העליון לא נתנה עד כה תשובה חד-משמעית לשאלה זו. אדון תחילה אפוא בהתייחסותה של הפסיקה לסוגיה ולאחר מכן אבקש להביע את דעתי שלי.

1. התייחסות ההלכה הפסוקה לעיגון ההגנה בחקיקה

בפסק דין שניתן כארבעה חודשים לאחר החקיקה החדשה ציינו השופטים עדנה ארבל, סלים ג'ובראן ויוסף אלון כי דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" – "כפי שפותחה בפסיקתו של בית-משפט זה" – עוגנה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]⁸². השופטים הוסיפו כי "המבחנים שנקבעו בפסק דין בורוביץ' ימשיכו, אם כן, להנחות את בית-המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה"⁸³. לכאורה, מכאן עולה היעדר קביעה בדבר שינוי המצב המשפטי, אלא להיפך – מסקנה בדבר עיגונה בחקיקה של הדוקטרינה כפי שפותחה בפסיקה, והמשך יישום המבחנים שנקבעו לגביה קודם לכן. בצד זאת חשוב לציין כי בית-המשפט לא חזר בפסק דין זה אל אמת המידה של "פגיעה חריפה" בתחושת הצדק וההגינות, שנזכרה בפרשת בורוביץ' במסגרת השלב השני של המבחן המשולש להחלת ההגנה⁸⁴. הטרימינולוגיה שבה השתמש עתה בית-המשפט

80 שם, בעמ' 19.

81 שם, בעמ' 20.

82 ראו ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' מרגלית, פורסם בנבו (4.9.07), בפסקה 58 לפסק הדין (להלן – פרשת מרגלית).

83 שם.

84 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 1807 ו-1808.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

בהקשר זה הייתה אמ "ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגינות"⁸⁵. המסקנה העולה מכאן היא כי גם לאחר עיגון ההגנה בחקיקה יש להמשיך ולהפעיל את שלושת שלביו של המבחן שנקבע בפרשת בורוביץ', אך לשאלת פרשנות אמת המידה שתוחל במסגרתו לא ניתנה בפסק הדין תשובה חד-משמעית. השאלה אם החקיקה שינתה את המצב המשפטי בסוגיית ה"הגנה מן הצדק" הושארה על ידי בית-המשפט העליון בצריך עיון בפרשת טגר⁸⁶. בית-המשפט, מפי השופטת דבורה ברלינר, ציין בהקשר זה כי:

"לעניין פרשנותו של המבחן שנקבע בתיקון לחוק, נכוננו לנו, ללא ספק, עוד עלילות רבות והדעת נותנת כי הפסיקה תאמר את דברה. עיגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן ה'סתירה המהותית' על פני מבחנים מצמצמים יותר, אפשר ויסמנו נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה. עם זאת, נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופייה של ההגנה. מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הוועדה... מבחן 'הסתירה המהותית' שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר למבחן 'הפגיעה הממשית' שנקבע בפרשת בורוביץ'. לא פגיעה חמורה, ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את 'הרף המרוכך' שבפרשת בורוביץ'. לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ'. הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד. עם זאת, אין בדעתי לקבוע מסמרות בשאלה האם הביא עימו התיקון לחוק שינוי נקודת האזון... אבקש להותיר שאלה זו לעת מצוא, אשר אני מניחה שאינה רחוקה. באשר לשלבי הבחינה בהם יש להעביר את טענת ההגנה מן הצדק, נראה שאין סיבה לשנות מהמבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ'⁸⁷."

נהגה כי כן, בית-המשפט הציג את האפשרות כי בחירתו של המחוקק במבחן ה"סתירה המהותית" תסמן נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ה"הגנה מן הצדק"⁸⁸, ובצדה הטיל ספק בקיומה של כוונה חקיקתית להביא לשינוי דרמטי או מהפכני באופיה של ההגנה. עם זאת בית-המשפט ציין כי המבחן שנקבע בחוק הוא הקרוב ביותר למבחן ה"פגיעה הממשית" הנזכר בפרשת בורוביץ', אך בחר שלא להכריע בשאלה אם השתנתה נקודת

85 פרשת מרגלית, לעיל הערה 82, בפסקה 57 לפסק הדין.

86 ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (21.10.07).

87 שם, בפסקה 111 לפסק הדין.

88 וראו בהקשר זה גם שם, בפסקה 118 לפסק הדין, שעה שבית-המשפט דחה את טענת ה"הגנה מן הצדק" גם בהנחה "שהתיקון לחוק מכתוב נקודת איזון חדשה המקלה יותר עם הנאשם".

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

האיוון בנוגע להחלת ההגנה. העולה מן המקובץ מלמד אפוא כי המבחן התלת-שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ' יוסיף להיות מופעל גם בנוגע להגנה החקוקה, אך שאלת היקפה המדויק של אמת המידה להחלת ההגנה במסגרתו טרם הוכרעה.

2. פרשנות מוצעת ל"הגנה מן הצדק" החקוקה

כפי שצויין בראשית הדברים, דעתנו היא כי עיגונה של ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה שינה את המצב המשפטי בסוגייתה. ה"הגנה מן הצדק" שלאחר קבלת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007 אינה עוד ה"הגנה מן הצדק" שהייתה לפניו. למסקנה זו מגיעים אנו הן לנוכח ההיסטוריה החקיקתית של ההגנה, הן לנוכח פרשנות לשונית של הנוסח שבו בחר המחוקק לעגנה, הן לנוכח פרשנות תכליתית של התיקון לחוק. בסיומו של תהליך פרשנות זה נראה כי ה"הגנה מן הצדק" הסטוטורית היא רחבה מן הגדרים שנקבעו לה בעבר. היא כוללת אמת מידה נרחבת יותר ואחידה להחלטה לעומת אמות מידה אחרות שנקבעו בפסיקה קודמת או הוצעו בהליכי החקיקה. עם זאת היא מחייבת את בית המשפט לוודא כי ההגנה תופעל רק בנסיבות של סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות, להבדיל ממקרים קלי ערך, עניינים טכניים ונסיבות של מה בכך. המבחן שיופעל על ידי בית-המשפט בדונו בטענה, יוסיף אפוא להיות זה שנקבע בפרשת בורוביץ', אך אמת המידה שתוחל במסגרתו – "סתירה מהותית" לעקרונות של צדק והגינות משפטית – תהא רחבה מבעבר.

(א) פרשנות לשונית⁸⁹

ראינו כי בפסק דין בורוביץ' – שם הורחב הפתח לקבלתה של ה"הגנה מן הצדק" – עשה בית-המשפט שימוש בשתי אמות מידה, בתארו את המבחן להחלת ההגנה בנסיבותיו של מקרה נתון. אמת המידה האחת היא "פגיעה חריפה" בתחושת הצדק וההגינות. לפי אמת מידה זו, הבאה בגדר השלב השני של המבחן התלת-שלבי שנקבע בפסק הדין, על בית-המשפט לבדוק אם בקיומו של ההליך הפלילי (או בהגשת כתב האישום) חרף הפגמים שנפלו במכלול יש משום "פגיעה חריפה" בתחושת הצדק וההגינות⁹⁰. יתירה מכך, בפסק דין בורוביץ' נקבע כי למקרים מסוגה של פרשת יפת, שבה נטען למעורבות של הרשות במעשה העבירה המיוחס לנאשמים, יאה אמת המידה של "התנהגות בלתי נסבלת" או "שערורייתית", בעוד שלא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תיקבע אמת מידה שונה⁹¹. לעומת זאת במקומות אחרים בפסק הדין עשה בית-המשפט שימוש באמת מידה אחרת: "פגיעה ממשית" בתחושת הצדק וההגינות. בית-המשפט קבע כי בעיקרון ההגנה עשויה

89 לפרשנות לשונית של חקיקה ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג), 108-97.

90 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 1807. ראו גם שם, בעמ' 808, 1808.

91 שם, בעמ' 808 ו-ז. אך ראו ע"פ 5672/05, לעיל הערה 86, בפסקה 115 לפסק הדין.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע "באופן ממשי" בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט⁹². נראה כי מבחינה לשונית אין זהות בין שתי אמות מידה אלה, וכי אמת המידה של "פגיעה ממשית" רחבה מזו של "פגיעה חריפה". כך, בעוד הנוסח של "פגיעה חריפה" עניינו בנסיבות חמורות וקיצוניות, הרי שהנוסח של "פגיעה ממשית" יכול להכיל בתוכו פגיעה מוחשית, מציאותית, קיימת וקונקרטית⁹³. במובן זה הותיר פסק דין בורוביץ' ספק בדבר היקפו המדויק של הכלל המשפטי שנקבע בו, בנוגע להחלת ה"הגנה מן הצדק".

כזכור, במהלך הליכי החקיקה, היושבים על המדוכה התלבטו בייחוד בין שני נוסחים: "סתירה קיצונית" לעקרונות של צדק והגינות משפטית ו"סתירה מהותית" לעקרונות כאמור. נראה כי המושג "סתירה קיצונית" קרוב יותר ללשון של "פגיעה חריפה" שנזכרה בפרשת בורוביץ', בעוד שהמושג "סתירה מהותית" קרוב יותר ללשון של "פגיעה ממשית" שנזכרה אף היא באותה פרשה. כך, דומה כי "סתירה קיצונית" תחול רק בנסיבות החריגות ומרחיקות הלכת ביותר, בעוד ש"סתירה מהותית" תתקיים כל אימת שנסיבות העניין סותרות את תוכנם הפנימי ועצמותם של עקרונות הצדק וההגינות⁹⁴. מכל מקום, ברי כי אם לאחר מתן פסק הדין בפרשת בורוביץ' היה ניתן לשאול מהי אמת המידה להחלת הדוקטרינה: "פגיעה חריפה", "פגיעה ממשית" או שמא – במקרים מסויימים – אפילו "התנהגות בלתי נסבלת" ו"שערורייתית" של הרשות, הרי שלאחר עיגון ההגנה בחוק המבחן הוא אחד: מבחן ה"סתירה המהותית".

אכן, מבין כל הנוסחים הנזכרים לעיל, נראה כי אמת המידה של "סתירה קיצונית" היא המצמצמת ביותר ולאחריה אמת המידה של "פגיעה חריפה". אמות המידה של "פגיעה ממשית" ושל "סתירה מהותית" הן המרחיבות ביותר. הספק שנותר לאחר מתן פסק דין בורוביץ' בשאלת רוחבו המדויק של המבחן להחלת ההגנה, הוסר אפוא עם עיגון ההגנה בחקיקה וקביעתה של אמת מידה מרחיבה – "סתירה מהותית" – הקרובה לזו של ה"פגיעה הממשית". הנה כי כן, הפרשנות הלשונית של ההוראה החקוקה מוליכה אותנו אל המסקנה כי עיגונה הסטטוטורי של ההגנה שינה את המצב המשפטי והסיר את הספק שנותר לאחר פסק דין בורוביץ' בשאלת אמת המידה – מרחיבה יותר או פחות – להחלתה.

92 ראו פרשת בורוביץ', שם, בעמ' 1806 ו-1807.

93 וראו גם ההגדרות המילוניות של שני הביטויים בהקשרים הרלוונטיים לענייננו: "חריף – ... חמור ביותר... קיצוני, חד..." (מילון אבן-שושן כרך שני (2003)); "ממשי – מוחשי, מציאותי, קיים, קונקרטי..." (שם, כרך שלישי). למילון כמסייע בקביעת משמעות לשונית (להבדיל ממשמעות משפטית) של דבר חקיקה ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 101-103.

94 וראו גם כאן ההגדרות המילוניות של שני הביטויים: "קיצוני – ... הנמצא בקצה... מרחיק לכת..." (מילון אבן-שושן, כרך חמישי (2003)); "מהות – ... טיב, עצמותו של דבר, תכנו הפנימי של דבר..." (שם, כרך שלישי).

(ב) פרשנות תכליתית⁹⁵

לדעת, המסקנה בדבר שינוי המצב המשפטי עם עיגון ההגנה בחקיקה נכונה גם לנוכח פרשנות תכליתית של התיקון לחוק. כפי שראינו, במהלך דיוני ועדת נאור היו חבריה מודעים למשמעות הפיכתה של ה"הגנה מן הצדק" מדוקטרינה הלכתית להגנה חקוקה, כמו גם לחשיבות אמת המידה שתיקבע להחלתה⁹⁶. חברי הוועדה הכירו בכך כי באפשרותם להמליץ שלא לחוקק את ההגנה כלל, ולחילופין לעגנה ברוח הפסיקה שנתגבשה עד אותה עת, באופן מרחיב יותר או בנוסח כללי שיאפשר לבית-המשפט להוסיף ולפתח⁹⁷. הוויכוח בין חבריה התנהל אפוא בשני המישורים האמורים: הן בשאלה אם לחוקק, הן בשאלה על פי איזו אמת מידה יש לעשות כן. בנוגע לשאלה הראשונה, היו מן המתנגדים לחקיקה שהביעו במפורש את החשש כי עצם העיגון ישנה מהיקפה של ההגנה, כפי שגובשה עד אז בפסיקה⁹⁸. זאת בעוד שהיו מן המצדדים בחקיקה אשר נמנו על הדוגלים בהגדרה רחבה של ההגנה⁹⁹. בנוגע לשאלה השנייה, הצעה אחת הייתה לכתוב בחוק את המילים: "הגנה מן הצדק" בלבד, על מנת להבהיר כי המחוקק מבקש לעגן את ההגנה כפי שהיא ולמנוע אי-בהירות בשאלה מה ביקש המחוקק לחדש לעומת ההלכה הפסוקה¹⁰⁰. היו שתמכו בקיבועו בחקיקה של המבחן הצר שנקבע בפסק דין יפת¹⁰¹. אחרים תמכו בעיגונו של מבחן רחב דוגמת זה שנקבע בפרשת בורוביץ¹⁰². היו גם מי שראו חשיבות בקביעת נוסח שיאפשר לבית-המשפט להמשיך בפיתוח ההלכה¹⁰³.

- 95 לפרשנות תכליתית של חקיקה ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 88-85, 148, 201-202, 204.
- 96 לתפקידן, במסגרת גיבוש תכלית החקיקה, של המלצות ועדה ציבורית שעמדו לנגד עיני המחוקק, ראו שם, בעמ' 369.
- 97 ראו פרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, לעיל הערה 15, בעמ' 1 (דברי השופטת נאור) ו-6 (דברי השופטת נאור ודבריו של ספיר).
- 98 ראו למשל דברי שנדר, שם, בעמ' 2 ודברי למברגר בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 2. ראו גם דברי נחמני-רוט ומשיח, שלא נמנו על המתנגדים לחקיקה, בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, לעיל הערה 15, בעמ' 3 ו-4. הובע גם חשש הפוך, שלפיו חקיקה בניסוח מוגבל תמנע מבית-המשפט להמשיך ולפתח את ההגנה (ראו דברי קרפ, שם, בעמ' 6, ודברי נחמני-רוט, שם, בעמ' 3).
- 99 ראו למשל דברי ספיר בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, שם, בעמ' 1-2 ו-5; דברי גולן, שם, בעמ' 4; דברי ד"ר ע' הורוויץ, שם, בעמ' 5.
- 100 ראו דברי השופטת נאור בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 3.
- 101 ראו למשל דברי שנדר בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, לעיל הערה 15, בעמ' 2; דברי נחמני-רוט, שם, בעמ' 3; דברי משיח, שם, בעמ' 4; דברי השופטת פלדמן-פרידמן, שם; דברי אברבנאל בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 4; דברי כהן, שם, בעמ' 4-5.
- 102 ראו דברי גולן בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, שם, בעמ' 4, ובפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם, בעמ' 3; דברי הרנון בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם; דברי ספיר, שם, בעמ' 7 ו-8.
- 103 ראו: דברי קרפ בפרוטוקול ועדת נאור 9.3.05, שם, בעמ' 3, ובפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם, בעמ' 2; דברי ספיר בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם, בעמ' 3.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

משהגישה הוועדה לעיון המחוקק את שני הנוסחים: "סתירה מהותית" ו"סתירה קיצונית", אשר שיקפו את המחלוקת שנתגלעה בין חבריה, ברי היה כי כל אחד מביטויים אלה משקף אמת מידה שונה להפעלתה של ה"הגנה מן הצדק"¹⁰⁴. כך גם עלה מההודעה שנשלחה מטעם הוועדה למגיש הצעת החוק אודות מסקנות דיוניה. בהודעה זו נכתב במפורש כי "לעניין הנוסח... הייתה מחלוקת בין חברי הוועדה האם הסתירה שעליה מדובר צריכה להיות 'קיצונית' (גישה מצמצמת) או די בכך שתהיה 'מהותית' (גישה מרחיבה) ולפיכך נותרו שני נוסחים חלופיים לעניין ההגנה..."¹⁰⁵. בצד זאת נכתב אמנם בהודעה כי "מרבית חברי הוועדה סברו... שהעיון צריך לשקף ככל האפשר את המצב הקיים, דהיינו לא לצמצמו ולא להרחיבו, ולאפשר להלכה להמשיך ולהתפתח במובן של מתן תוכן מעשי להגנה"¹⁰⁶. משהנוסח שהתקבל בסופו של דבר בחקיקה הוא זה של "סתירה מהותית", ברי כי המחוקק בחר בחלופה המרחיבה שהוצעה והעדיפה על פני זו המצמצמת. מעיון בהליכי חקיקת ההגנה בכנסת עולה כי המחוקק היה מודע היטב למשמעות ההבדל בין שני הנוסחים שהובאו בפניו בהתאם להמלצות ועדת נאור¹⁰⁷. כבר בעת קבלת הצעת החוק בקריאה טרומית בכנסת ה-16 ציין המציע כי "יש שתי חלופות לנוסח, חלופה מרחיבה וחלופה מצמצמת, ואני כמובן איאבק בוועדת החוקה ובהליכי החקיקה על כך שתתקבל החלופה המרחיבה לעניין סמכותו של בית המשפט לבטל את כתבי האישום במקרים האלה"¹⁰⁸. בדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הבהיר המציע כי ההכרעה בין שתי החלופות תקבע את היקף שיקול הדעת השיפוטי בהפעלתה של ההגנה¹⁰⁹. הניגוד שבין שתי החלופות – זו המרחיבה וזו המצמצמת – השתקף היטב גם

- 104 ראו דברי השופט נאור בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, שם, בעמ' 8, וכן ההצבעה שנערכה בוועדה לגבי שני הנוסחים וההחלטה להביא את שניהם בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שם, בעמ' 9.
- 105 ראו מכתב משיח לחבר הכנסת סער, לעיל הערה 37. ראו עוד דברי מ' שטרית, ממלא מקום שר המשפטים, בפרוטוקול הישיבה ה-53 של הכנסת ה-17 (1.11.06), לעיל הערה 40, בעמ' 117.
- 106 מכתב משיח לחבר הכנסת סער, שם.
- 107 לחיפוש תכלית החקיקה במסגרת ההיסטוריה החקיקתית ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 219, 220, 352, 353.
- 108 ראו דברי חבר הכנסת סער בפרוטוקול הישיבה ה-247 של הכנסת ה-16 (18.5.05), לעיל הערה 38, בעמ' 74. ראו עוד דבריו בפרוטוקול הישיבה ה-53 של הכנסת ה-17 (1.11.06), לעיל הערה 40, בעמ' 115. ראו גם את דברי צ' לבני, שרת המשפטים, בפרוטוקול הישיבה ה-247 של הכנסת ה-16 (18.5.05), שם, בעמ' 74-75. לפנייה לדברי חבר הכנסת המציע הצעת חוק פרטית, במסגרת הדיון בקריאה הטרומית, כחלק מתהליך גיבוש תכלית החוק על ידי הפרשן ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 388.
- 109 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (19.3.07), לעיל הערה 46, בעמ' 2.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החוקה

בדברי ההסבר להצעת החוק¹¹⁰, גם בדיונים שהתקיימו לגביה במליאת הכנסת בקריאה הטרוםית ובקריאה הראשונה¹¹¹.

כפי שראינו, בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהכנת החוק לקריאה שנייה וקריאה שלישית ניצבו שתי החלופות זו מול זו במלוא העוצמה, הן בעמדות הגורמים המקצועיים, הן בעמדות חברי הכנסת¹¹². משרד המשפטים¹¹³ תמך בנוסח המרחיב ואילו הפרקליטות¹¹⁴, המשרד לבטחון פנים¹¹⁵, משרד ראש הממשלה¹¹⁶ והפרקליטות הצבאית¹¹⁷ תמכו בנוסח המצמצם. המציע תמך בנוסח של "סתירה מהותית"¹¹⁸, תוך שלא שלל את האפשרות כי יש בכך הרחבה של ההלכה הקיימת¹¹⁹. בנוסח זה תמכו חברי כנסת נוספים¹²⁰. מולם התייצבה קבוצת חברי כנסת, שהציעו כי הנוסח המרחיב יוחל רק על אישומים בגין עבירות מסוג חטא ועוון ולא על עבירות מסוג פשע ועבירות ביטחוניות¹²¹. כאמור, בסופו של דבר הוחלט לקבוע את אמת המידה הרחבה – "סתירה מהותית" – ולהחילה על כתבי אישום המוגשים בגין כל סוגי העבירות¹²².

עם זאת גם אמת מידה רחבה זו אינה בלתי מסויגת. בחינה תכליתית של החוק החדש מלמדת כי השימוש בביטוי "סתירה" כשלעצמו מקפל בתוכו רצון של המחוקק להציב לשם

- 110 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), לעיל הערה 56. להסתייעות בהצעת החוק לשם בחינת תכלית החקיקה ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 386-387.
- 111 ראו דברי חבר הכנסת סער בפרוטוקול הישיבה ה-112 של הכנסת ה-17 (21.3.07), לעיל הערה 57, בעמ' 230 ("...העמדה שאני חושב שהיא הנכונה, והיא התפיסה המרחיבה, דהיינו זו שנותנת שיקול דעת רחב לבית המשפט"), אל מול דברי מ' שטרית, ממלא מקום שר המשפטים, בפרוטוקול הישיבה ה-53 של הכנסת ה-17 (1.11.06), לעיל הערה 40, בעמ' 119 ("...לדעתי האישית צריך להתחיל דווקא בגרסה הקיצונית, לא המהותית, היותר מצמצמת, לבחון את זה תקופה מסוימת ולראות, אם זה בסדר – להרחיב").
- 112 למשקלם הניכר של דיונים שהתקיימו בוועדה של הכנסת במסגרת הכנתו של חוק, לשם גיבוש הפרשנות התכליתית שלו ראו ברק, לעיל הערה 89, בעמ' 388-389.
- 113 ראו דברי נחמני-רוט בפרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.5.07), לעיל הערה 58, בעמ' 5-6.
- 114 ראו דברי כהנא, שם, בעמ' 6.
- 115 ראו דברי הדר, שם, בעמ' 7.
- 116 ראו דברי גבע, שם, בעמ' 10.
- 117 ראו דברי ליבמן, שם, בעמ' 8-9.
- 118 אם כי היה מוכן גם לתמוך בנוסח של "סתירה ממשית" (שם, בעמ' 11).
- 119 ראו דברי חבר הכנסת סער, שם, בעמ' 17 ("אני חושב שאנחנו פחות או יותר בקו עם ההלכה הפסוקה. אם התקדמנו טיפה מעבר להלכה הפסוקה, כפי שטוענים אנשי התביעה, זו גם סמכותנו כחברי כנסת... זו הסמכות שלנו לחוקק").
- 120 ראו דברי חבר הכנסת בן-ששון, יושב ראש הוועדה (שם, בעמ' 11), חבר הכנסת לוי (שם, בעמ' 14), חבר הכנסת וילנאי (שם, בעמ' 16) וחבר הכנסת אלסאנע (שם, בעמ' 15).
- 121 ראו דברי חבר הכנסת שנלר (שם, בעמ' 13), חבר הכנסת מיכאלי (שם, בעמ' 15), חבר הכנסת גלנטי (שם) וחבר הכנסת זאב (שם, בעמ' 13 ו-14).
- 122 שם, בעמ' 19, וראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), תשס"ז-2007.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

החלת ההגנה רף מסוים של אי-צדק וחוסר הגינות, כמו גם דרישה לעוצמה מסוימת של פגיעה¹²³, אך המחוקק לא הסתפק בכך. הן מציע הצעת החוק, הן חבר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הן חברים בוועדת נאור סברו כי יש בהוספת המילה "מהותית" משום חיזוק נוסף לביטוי "סתירה". כך, חבר הכנסת סער ציין כי "עצם התוספת של המילה 'מהותית' או 'ממשי' זו איזו שהיא משוכה שבית-המשפט אומר שלא רק שהוא מרגיש שזה לא צודק, אלא הפגיעה צריכה להיות פגיעה עם משקל כלשהו"¹²⁴, וכי "לא מספיק שיש סתירה לעקרונות של צדק... נדרשת סתירה מהותית"¹²⁵. חבר הכנסת לוי הסביר כי "אנחנו רוצים להנחות את השופטים ולא לומר שכל דבר שיש בו שמץ של מהות, תזדרזו לבוא ולבטל כתבי אישום, אלא תראו שיש ממשות בעניין"¹²⁶. גם בדיוני ועדת נאור הובהר כי מדובר במילה מחזקת¹²⁷.

אמת המידה של מהותיות מהווה אפוא תוספת מחזקת לביטוי "סתירה". אכן, אין זו הפעם הראשונה שבה המחוקק עושה שימוש בתוספת כזו על מנת לקבוע אמת מידה נדרשת בנושא מסוים. עיון בדברי חקיקה שונים, שבהם נזכר מושג המהותיות, מלמד כי בדרך כלל הוספתו של יסוד זה לביטוי שאליו הוא נסמך, נועדה לחזק את אותו ביטוי באופן שלא יהיה ניתן להסתפק בהוכחת קיומו בלבד, כשהוא לעצמו, אלא יהא צורך להוכיח את מהותיות העניין¹²⁸. למותר לציין כי גם יסוד ה"מהותיות" נתון לפרשנות שיפוטית, המצמצמת או

- 123 ראו דברי חבר הכנסת סער בפרוטוקול ישיבה מס' 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (19.3.07), לעיל הערה 46, בעמ' 3; דברי גרשוני בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 3-4; דברי קרפ, שם, בעמ' 6; דברי הרנון, שם, בעמ' 8.
- 124 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 169 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (19.3.07), שם, בעמ' 16. ראו גם שם, בעמ' 3 ("דבר שיוורד לשורש העניין").
- 125 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, (8.5.07), לעיל הערה 58, בעמ' 2.
- 126 שם, בעמ' 14.
- 127 ראו למשל דברי קרפ בפרוטוקול ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 6 ו-8.
- 128 ראו למשל הפרה מהותית של הוראה (סעיף 99(ב) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994) או של תנאי (סעיפים 6א(א)(3) ו-3א) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982; הפרה בעניין מהותי (סעיף 17(א)(5) לחוק הגז (בטיחות ורישוי), תשמ"ט-1989); הפרה של תנאי מהותי (סעיפים 8(3) ו-30(א)(2) לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981; סעיף 1(ב)(ח)(3) לחוק הדואר, תשמ"ו-1986; סעיף 1(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981; סעיף 1(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 17(א)(4) לחוק הגז (בטיחות ורישוי), תשמ"ט-1989; סעיף 37(א)(4) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990; סעיף 7(2) לחוק דם טבורי, תשס"ז-2007; סעיפים 6(2) ו-6(ב) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982; חריגה מהותית (סעיף 15(ג) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 33א(ג)(4) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985; סעיף 28(ג)(1) לחוק אזורים חופשיים לייצור בישראל, תשנ"ד-1994; סטייה מהותית (סעיפים 39(ב), 74(א), 95(א) ו-113(א) לחוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975; סעיף 130(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]); שינוי מהותי בעסקי תאגיד (סעיף 1

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981 (הגדרת "שליטה"); סעיף 1 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982 (הגדרת "שליטה"), במדיניות ההשקעות של תאגיד (סעיף 61(ב1)) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, ביחסי הכוחות בחברה (סעיף 1 לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975 (הגדרת "הפרטה"), בטיוטת תשקיף (סעיף 25(א)) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, בנסיבות או בעובדות (סעיפים 12, 16(ב) ו-50(ה)) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988; סעיף 5(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996; סעיף 17 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, שינוי מהותי לרעה (סעיף 80 לחוק הספנות (ימאים), תשל"ג-1973); חלק מהותי מנכסי תאגיד (סעיף 34א(3) לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981; סעיף 33א(4) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981, או מיצירה (סעיף 11 לחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007); עניין מהותי שבחברה הנוגע לתפקידי הדירקטוריון (סעיף 41(א)) לחוק החברות הממשלתיות, תשל"ה-1975, עניין מהותי הנוגע לעסקה מסוימת או למתן שירות מסויים (סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 8(א) לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996; סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981; סעיף 14(א) לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995; סעיף 55(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981; סעיף 21(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק ביעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), תשס"ה-2005; סעיף 6(א) לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, עניין חריג שהוא מהותי לחברה (סעיף 122(א) לחוק החברות, תשנ"ט-1999); ליקויים מהותיים בבקרה החשבונאית של חברה (סעיף 169(א) לחוק החברות, תשנ"ט-1999) או בניהול של קרן (סעיף 78(ר1)(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994); חשש מהותי להתנהלות עניין מענייניה של חברה בדרך שיש בה משום קיפוח של בעלי מניותיה (סעיף 191(א) לחוק החברות, תשנ"ט-1999); פעולה העשויה להשפיע באופן מהותי (סעיף 1 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (הגדרת "עיסוק חריגה"); סעיף 17(א) לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995; סעיף 18(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק ביעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), תשס"ה-2005; סעיף 145א(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; בעל מניה מהותי (סעיף 1 לחוק החברות, תשנ"ט-1999; סעיף 88 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]); שליטה מהותית (סעיף 2(א) לחוק עסקאות גופים ציבוריים, תשל"ו-1976); החזקה מהותית (סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 31 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981); חיובים מהותיים לפי חוזה (סעיפים 4(2) ו-4(4) לחוק החוים האחידים, תשמ"ג-1982); עסקה מהותית (סעיף 18(6) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994); דבר מהותי (סעיף 237(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977); חלק מהותי (סעיפים 3(א) ו-71(א) לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999; סעיף 23(ב2) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 46(א1) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; פרט מהותי (סעיפים 279, 281 ו-424א(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; סעיף 10א(3) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיף 9(א) לחוק הלואות חוץ-בנקאיות, תשנ"ג-1993; סעיף 28(ג) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981); עובדות מהותיות (סעיף 54(א1) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968); פגיעה מהותית (סעיף 350(ה) לחוק החברות, תשנ"ט-1999; סעיפים 159(א2), 171(א) ו-71(ד) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 6 לחוק המקרקעין (חיזוק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), תשס"ח-2008; סעיף 14(ה1)(א) לחוק ההתגוננות האזרחית, תשי"א-1951; סעיפים 1158(ה1)(ז), 1158(ז)(ב), 2158(ד3) ו-255(ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965; סעיף 11(א5) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

מרחיבה את משמעותו כ"יסוד מחזק" לפי הסוגיה הניצבת להכרעה¹²⁹. משמעות תוספת מחזקת זו בענייננו היא כי על בית-המשפט לוודא – בבואו להפעיל את ההגנה – כי אכן מדובר בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, להבדיל ממקרים קלי ערך, עניינים טכניים ונסיבות של מה בכך¹³⁰.

נראה אפוא כי תכלית קביעת הביטוי "סתירה מהותית" בהגדרתה החקוקה של ה"הגנה מן הצדק" היא יצירתה של אמת מידה להפעלת שיקול דעתו של בית-המשפט בדונו בטענה, שהיא רחבה ושונה מאמת המידה של "סתירה קיצונית" (החלופה המוצעת האחרת, שנדחתה על ידי המחוקק) ושל "פגיעה חריפה" (אחת מאמות המידה שנוכרו בפסק דין בורוביץ). כאן גם המקום להזכיר את דחיית הצעתו של חבר הכנסת איתן שלא להוסיף יסוד כלשהו לביטוי "סתירה", אלא להותיר לבית-המשפט את קביעת אמת המידה הראויה בכל מקרה ומקרה¹³¹. לכאורה ניתן לטעון כי ניסוח מוצע זה מקל אף יותר, שכן הוא מסיר את דרישת המהותיות כתנאי למתן ההגנה. נראה שזו הייתה גם כוונתו של חבר הכנסת איתן, שהבהיר לאחר מכן במליאת הכנסת כי: "אני שאלתי את עצמי... ואם יש רק פגיעה בעקרונות הצדק וההליך המשפטי? לא מהותית, פגיעה. כלומר, באדם לבית-משפט, מראה לשופט שיפגעו בעקרונות הצדק אם יקיימו נגדו משפט; שפגעו בהגינות ההליך המשפטי אם יקיימו משפט. והשופט אומר לו: אדוני הנכבד, השתכנעתי שבסופו של דבר זה לא יהיה צודק, אבל אנחנו סובלים אי-צדק אם הוא לא ברמה מהותית. אני חושב שזה לא בסדר..."¹³². אולם נראה כי בהיעדר אמת מידה, בית-המשפט יכול גם להציב מבחן מצר מזה שנקבע בפסק דין בורוביץ. כך למשל בפסק דין יפת נקבע כי לבית-המשפט סמכות

(עיסוק בייעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), תשס"ה-2005; סעיף 4(ד) לחוק התקשורת (בזק ושירותים), תשמ"ב-1982; סעיף 71(ב) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990; פגם מהותי בהליך (סעיף 280(א) לחוק החברות, תשנ"ט-1999); קשרים מהותיים עם מאן שהוא (סעיף 9(ד) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994; סעיף 9(ב) לחוק אזורים חופשיים לייצור בישראל, תשנ"ד-1994); אינטרס מהותי (סעיף 1 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הגדרת "תושב ישראל" או "תושב"); שאלה מהותית (סעיף 240(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

129 ראו למשל לגבי יסוד ה"מהותיות" בעבירה של מתן עדות שקר לפי סעיף 237(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977: ע"פ 6/59 זינגר נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1457 (1959), 1463; ע"פ 441/78 גושציני נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 704 (1978), 709; לגבי העבירה של תרמית בקשר לניירות ערך לפי סעיף 54(א)(1) לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968: ע"פ 1027/94 זילברמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 502 (1999), 522.

130 והשוו למבחן הפגיעה המהותית בזכות להליך הוגן שלא על פי גררי פיסקת ההגבלה, שנקבע במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של ראייה שהושגה שלא כדין, אשר פותחה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פורסם בנבו (4.5.06) (להלן – פרשת יששכרוב), בפסקה 63 ואילך לפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

131 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.5.07), לעיל הערה 58, בעמ' 16.

132 ראו פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-17 (15.5.07), לעיל הערה 76, בעמ' 17.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

להורות על עיכוב הליכים שיפוטי משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות. אכן, בהגדרה זו של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" כשלעצמה אין קבועה כל אמת מידה להפעלת שיקול הדעת, ולכאורה היה ניתן לחשוב כי מדובר בכלל רחב, אולם מיד לאחר מכן ציין בית-המשפט כי המבחן שלפיו תוחל ההגנה הוא המבחן הצר של "התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם"¹³³. ניסוחה של ההגנה בחקיקה בלא אמת המידה של "מהותיות" היה מותר אפוא פתח לאפשרות של פרשנות עתידית, אשר תצר את תחולתה של ה"הגנה מן הצדק" ולא דווקא תרחיבה. משנקבעה בסופו של דבר אמת המידה של "סתירה מהותית", המחוקק הביע את כוונתו המפורשת כי זו תגדיר את רוחבו של הפתח להחלטה של ה"הגנה מן הצדק", פתח שכמפורט לעיל הוא רחב יותר מנוסחים אחרים שנזכרו בפסיקה או הוצעו בהליכי החקיקה.

סיכומם של דברים, הן פרשנות לשונית הן פרשנות תכליתית של התקון לחוק, מובילות לדעת למסקנה כי עיגונה של ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה שינה את המצב המשפטי ששרר קודם לכן. זאת לא רק נוכח העלאת ההגנה עלי ספר החוקים, אלא גם נוכח קביעתה של אמת מידה רחבה ואחידה להחלטה בנסיבות משתנות.

אמת המידה האמורה תחול בין שעסקינן בנסיבות הגשת כתב האישום ובין שעסקינן בנסיבות ניהול ההליך הפלילי, כלשון סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]. כפי שנוכל לראות בשער השני של חיבור זה, ישנן נסיבות עובדתיות שבהן מתקיימת רק אחת מן הקטגוריות האמורות. כך למשל טענות בדבר הפליה בהעמדה לדין¹³⁴ או הגשת כתב אישום מטעמים זרים¹³⁵ מתמקדות בעיקר בקטגוריה של ההחלטה להגיש את כתב האישום. לעומת זאת פגמים בהתנהלות הרשות במהלך המשפט עצמו יעוררו את שאלת ה"הגנה מן הצדק" בייחוד בהיבט של ניהול ההליך הפלילי.

בצד כל אלה, קיים תחום נרחב שבמסגרתו תימצא חפיפה בין שתי הקטגוריות האמורות. טלו למשל מקרה שבו אדם מסתמך על מצג או על התחייבות שמקורם ברשות, שלפיהם הוא לא יועמד לדין בגין ביצועה של עבירה מסוימת¹³⁶. כתוצאה מן ההסתמכות האמורה, הוא מוותר על זכותו שלא להפליל עצמו ומוסר מידע הכורך אותו בביצועה של העבירה. בנסיבות שכאלה, הגשת כתב האישום נגדו חרף המצג או ההתחייבות הנזכרים, עשויה להיות מנוגדת באופן מהותי לעקרונות הצדק וההגינות. בצד זאת עלולה להתקפח זכותו של הנאשם למשפט הוגן, משנשללה ממנו זכות היסוד לחיסיון מפני הפללה עצמית,

133 פסק דין יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 372.

134 ראו בפרק השמונה-עשר.

135 שם.

136 לנסיבות מסוג זה ראו הדיון בפרק ארבעה-עשר: הגשת כתב אישום חרף התחייבות, מצג או החלטה בדבר אי-העמדה לדין.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

מה שעשוי להוביל למסקנה כי מתקיימת כאן החלופה שלפיה ניהול ההליך הפלילי עומד בסתירה לעקרונות האמורים. טלו מקרה אחר, שבו חולף זמן רב מדי מאז ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם ועד להגשת כתב האישום נגדו¹³⁷. שיהוי מהותי ובלתי מוצדק בהגשת כתב האישום עשוי, כשלעצמו, להפוך את ההעמדה לדין – זמן כה רב לאחר ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם – למנוגדת לעקרונות הצדק וההגינות. עם זאת השיהוי עשוי להעמיד את ניהול ההליך בסתירה מהותית לצדק ולהגינות, שכן במקרה כזה עשויות ראיות, שהן חיוניות להגנת הנאשם, לאבד. עדי הגנה פוטנציאליים שלו עלולים ללכת לעולמם או שזיכרונם עשוי להיטשטש. קיים אפוא חשש כי הנאשם לא יוכל לנהל את הגנתו כראוי, וכי הוא עלול לצאת חייב בדין אף אם הוא חף מפשע. פני הדברים דומים גם בנסיבות של כפל הדין העונשי¹³⁸. הבאתו החוזרת ונשנית של אדם לדין בגין אותה מסכת עובדתית, עשויה להיחשב, כשלעצמה, כמנוגדת לעקרונות הצדק וההגינות. נוסף על כך היא עלולה לפגוע בזכותו של הנאשם למשפט הוגן. במקרים שבהם עומד הנאשם לדין בפעם השנייה בגין אותה מסכת עובדתית, אפשר שקו הגנתו כנגד האישום המיוחס לו כבר נחשף בפני התביעה בהליך הראשון. עקב כך הוא עלול להימצא בנחיתות דיונית ומהותית בנוגע לתוצאת המשפט, על כל המשתמע מכך.

הדרישה כי יהיה מדובר ב"סתירה מהותית" לעקרונות הצדק וההגינות, נותנת ביטוי לאופיין היחסי של הזכויות נשוא ה"הגנה מן הצדק". בית-המשפט יעמיד אלה מול אלה את הערכים, העקרונות והאינטרסים התומכים בניהול ההליך ללא כל שינוי ואת אלה המתנגדים לכך. על כף אחת של המאזניים יעמדו האינטרס בהעמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמם, הערך של גילוי האמת, קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה, שמירה על ביטחון הציבור והגנה על זכויות קרבן העבירה. על הכף השנייה יעמדו ההגנה על זכויות היסוד של הנאשם; חובות האמון וההגינות של הרשות; פסילת מהלכים נפסדים של הרשות והרתעתה מפני חזרה עליהם; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל אמון הציבור בכית-המשפט. במסגרת איזון זה יסתייע בית-המשפט, בין היתר, בשקילת חומרת העבירה הנטענת כלפי הנאשם, מהות ומידת הפגיעה בזכויותיו ובהגנתו, והסיבות והנסיבות שהובילו לפגיעה זו. המחוקק ייחד את ה"הגנה מן הצדק" לפגמים מהותיים, אשר באיזון בין הערכים העקרונות והאינטרסים המתנגשים צריכים להוביל למסקנה כי בנסיבות העניין יש ליתן לנאשם סעד מכוחה של הדוקטרינה. בדיקה זו תוסיף כמובן להיערך במסגרת המבחן התלת-שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ', תוך שאמת המידה שתופעל להחלת ההגנה תהיה זו של "סתירה מהותית" לעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית.

137 לשיהוי בהגשת כתב האישום ראו הדיון בפרק שבעה-עשר: שיהוי בהגשת כתב האישום.

138 ראו הדיון בפרק השישה-עשר.

(ג) שאלות פרשניות נוספות

סוגיה נוספת הטעונה דיון לאור החקיקה, היא אם יש בעיגון ההגנה כטענה מקדמית בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ובחוק השיפוט הצבאי, כדי לשנות את המצב המשפטי שנקבע קודם לכן בפסיקה לגבי תחולתה של הדוקטרינה בהליכים אחרים וביחס לסעדים הניתנים מכוחה. השאלות המתעוררות בהקשר זה הן אפוא שתיים: האחת, אם בעצם קביעתה של ה"הגנה מן הצדק" כטענה מקדמית בהליך פלילי יש כדי לשלול את תחולתה בהליכים אחרים, שלגביהם נקבע בפסיקה כי ניתן להעלותה, דוגמת הליכי הסגרה והליכים משמעותיים (נגד עובדי מדינה, עורכי דין ואחרים)¹³⁹; השנייה, אם לאור העובדה כי תוצאת קבלתה של טענה מקדמית הינה ביטול (או תיקון) כתב האישום¹⁴⁰, אין עוד מקום לשיקולים של "הגנה מן הצדק" במסגרת גזירת הדין או בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה באמצעים פסולים, כפי שנקבע בפרשת בורוביץ¹⁴¹.

באשר לשאלה הראשונה, נראה שאין בעיגון ההגנה בחוקים הנוגעים להליכים פליליים בבתי-המשפט ובבתי הדין הצבאיים כדי לשלול את תחולתה בהליכי הסגרה ובהליכים משמעותיים, כפי שנקבע בעבר בפסיקה. הדבר הובהר מפורשות על ידי מגיש הצעת החוק, חבר הכנסת סער, בדיון שבו נתקבל החוק במליאת הכנסת בקריאה שנייה ובקריאה שלישייה¹⁴². אכן, מבחינה עניינית אין כל טעם לשלילה כאמור, שכן הליכי הסגרה והליכים משמעותיים קרובים במהותם להליכים פליליים רגילים, בהיותם הליכים שיפוטיים הטומנים בחובם את האפשרות להטיל סנקציה על הפרט. אף באשר לשאלה השנייה, נראה שאין בקבלת החוק כדי לשנות את המצב המשפטי ששרר קודם לכן. לדעתי, גם לאחר עיגונה של ה"הגנה מן הצדק" כטענה מקדמית אין מניעה להתחשב בשיקולים העומדים בבסיסה כנימוק להקלה בעונשו של הנאשם. נראה כי גם אם בית-המשפט דוחה את הטענה כעילה לביטול כתב האישום, עדיין יכולים הפגמים שנפלו בהתנהלות הרשות בנסיבות העניין להוות שיקול לקולא בגזירת הדין. כך הוא למשל בזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה, כך הוא לגבי מעורבות הרשות במעשה המיוחס לנאשם, כך הוא במצגים שיצאו מאת הרשות כלפי הנאשם אודות המעשים שביצע, כך הוא בהפליה בהעמדה לדין וכיוצא באלה נסיבות מקלות. אשר לשימוש בהגנה במסגרת סוגיית בירור קבילותה של ראייה שהושגה באמצעים פסולים, הרי שכיום יש לבחון עניין זה לאור ההלכה שנפסקה בפרשת יששכרוב¹⁴³. בפסק

139 ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353 (2005), בפסקה 10 לפסק הדין; עש"ם 687/05 מדינת ישראל נ' עמר, פורסם בנבו (11.5.05); על"ע 2531/01, לעיל הערה 5.

140 ראו סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

141 ראו פרשת בורוביץ, לעיל הערה 7, בעמ' 808.

142 ראו פרוטוקול הישיבה ה-118 של הכנסת ה-17 (15.5.07), לעיל הערה 76, בעמ' 20: "בחקיקה לא התייחסנו לכל המקרים הללו. עם זאת, אני מוצא לנכון לומר שוודאי שלא התכוונו לשלול את היכולת להעלות את הטענות שהועלו עד היום גם בהליכים מהסוג הזה".

143 פרשת יששכרוב, לעיל הערה 130.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

דין זה פותחה דוקטרינה הלכתית, המקנה לבית-המשפט סמכות לפסול ראייה שהושגה שלא כדין ושקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה. שאלת היחס בין דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" לבין דוקטרינת הפסילה של ראייה שהושגה באמצעים פסולים תידון בפרק התשעה-עשר של חיבור זה.

ה. שילוב המבחן ההלכתי עם אמת המידה החקיקתית

כפי שצינו לעיל, גם לאחר חקיקת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] וסעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, ימשיך המבחן התלת-שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ' להיות מיושם על ידי בית-המשפט בדונו בטענת "הגנה מן הצדק". עם זאת אמת המידה שתוחל במסגרת מבחן זה על כלל הנסיבות שמכוחן תעלה הטענה, היא זו של "סתירה מהותית" לעקרונות של צדק והגינות משפטית, וזאת בשונה מהמצב המשפטי ששרר קודם חקיקת התיקון לחוק. לעיל ביקשתי להראות כי מדובר באמת מידה רחבה יותר מנוסחים אחרים שנקבעו בעבר בפסיקה או הוצעו במהלך הליכי החקיקה. עתה אבקש לפרט מבחן זה למרכיביו ולהציגו במתכונתו החדשה לאור עיגון ה"הגנה מן הצדק" בספר החוקים.

כאמור שלושה שלבים למבחן שנקבע בפרשת בורוביץ': שלב זיהוי הפגם ובחינת עוצמתו, שלב האיזון בין האינטרסים ושלב הסעד הראוי. מדובר בשלבים המורכבים זה על גבי זה, שהתקיימותו של המוקדם בהם היא תנאי ליישום השלב הבא אחריו.

1. השלב הראשון: זיהוי הפגם ובחינת עוצמתו¹⁴⁴

בשלב זה, משמעלה הנאשם טענה של "הגנה מן הצדק", על בית-המשפט לזהות את הפגם או הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו ולעמוד על עוצמתם. חשוב לציין כי זיהוי זה צריך להתבצע במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. במסגרת השער השני של חיבור זה נדונות הנסיבות העובדתיות השונות שבגדרן עשויה ה"הגנה מן הצדק" להטען: מעורבות הרשות במעשה העבירה נושא האישום – הדחת אדם ישר דרך לדבר עבירה על ידי הרשות, ייזום העבירה על ידי הרשות או עידוד וסיוע מצדה כלפי הנאשם לביצועה¹⁴⁵; הגשת כתב אישום בגין מעשה שאושר במצג רשמי – נסיבות שבהן התגבש מצג שלטוני (אף אם מוטעה) כלפי הנאשם בדבר חוקיותו של מעשה מסוים, תוך שהנאשם שינה את מצבו בהסתמך על המצג וביצע את אותו מעשה, ולאחר מכן הובא בפלילים חרף

144 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 807.

145 ראו בפרק השנים-עשר.

כל זאת¹⁴⁶; הגשת כתב אישום חרף התחייבות, מצג או החלטה בדבר אי-העמדה לדין – מקרים שבהם הרשות התחייבה כלפי הנאשם כי לא תעמידו לדין או שהציגה כלפיו מצג (אף אם לא מוסמך) כי כך תנהג, ולחילופין הוציאה תחת ידה החלטה בדבר סיום ההליכים נגדו ועל אף האמור הביאה אותו בסופו של דבר בפלילים¹⁴⁷; טיעון "דבר והיפוכו" מצד התביעה – נסיבות של טיעון תביעתי סותר, שחלקיו אינם מתיישבים זה עם זה¹⁴⁸; נסיבות של כפל הדין העונשי, שבהן מובא אדם להליכים בעלי משמעויות עונשיות פעם אחר פעם בגין מסכת עובדתית אחת¹⁴⁹; שיהוי בהגשת כתב האישום – מקרים שבהם חולף זמן רב מדי – בתוך תקופת ההתיישנות – מביצוע העבירה המיוחסת לנאשם ועד להגשת כתב האישום נגדו, תוך גרימת עינוי דין ופגיעה אפשרית ביכולתו להתגונן¹⁵⁰; הגשת כתב אישום מטעמים זרים¹⁵¹; הפליה בהעמדה לדין פלילי, תוך הבחנה בין חשודים הנתונים בנסיבות דומות לשם השגת מטרה פסולה, על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרדא¹⁵²; פגמים שנפלו בהתנהלות הרשות בשלב החקירה¹⁵³; ליקויים בשמירת גילוי חומר החקירה¹⁵⁴; ועוד.

אם נמצא פגם כאמור, יעבור בית-המשפט לשלב השני של המבחן – שלב איזון האינטרסים. למותר לציין כי אם לא זוהה מעשה או מחדל העולה כדי פגם בהליכים, תסתיים בחינת תחולת ההגנה כבר בשלב זה.

2. השלב השני: האיזון בין האינטרסים¹⁵⁵

בפרשת בורוביץ' נפסק כי בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים שזוהו בשלב הראשון יש משום "פגיעה חריפה" בתחושת הצדק וההגינות. כפי שנדון בהרחבה לעיל, עם חקיקת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] וסעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי הומרה אמת מידה זו ב"סתירה מהותית" לעקרונות של צדק והגינות משפטית, שהיא כאמור מרחיבה יותר הן על פי לשונה הן על פי תכליתה. במסגרת שלב זה, יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים המתמודדים ביניהם בזירתה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק". ניתן לחלק ערכים, עקרונות

146 ראו הפרק שלושה-עשר.

147 ראו הפרק הארבעה-עשר.

148 ראו הפרק החמישה-עשר.

149 ראו הפרק השישה-עשר.

150 ראו הפרק השבעה-עשר.

151 ראו הפרק השמונה-עשר.

152 ראו שם.

153 ראו הפרק התשעה-עשר.

154 ראו שם.

155 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 807-808.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

ואינטרסים אלה לשתי קבוצות: אלה התומכים בניהול ההליך ללא כל שינוי ואלה המתנגדים לכך. בקבוצה הראשונה ניתן למנות את הפרטים הבאים: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויות קרבן העבירה. בקבוצה השנייה ניתן למנות את הפרטים הבאים: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט. אפרט את הדברים.

(א) ערכים, עקרונות ואינטרסים התומכים בהמשך ההליך ללא כל שינוי

עקרון יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי ההליך הפלילי נועד, בראש ובראשונה, להביא לגילוי האמת כדי שהחף מפשע יזוכה והאשם יורשע בדיון¹⁵⁶. עיקרון זה נשען על המוסכמה חברתית שלפיה "המשפט הפלילי נועד לקיים מסגרת ראויה של חיי חברה תקינים, על הסדר הציבורי ועל הערכים והעקרונות עליהם הם מושתתים, ולשמור עליהם"¹⁵⁷. ערכים ועקרונות אלה מופרים עם ביצוע העבירה הפלילית. כפי שציין פרופ' שניאור זלמן פלר, העבירה הפלילית היא "תופעה חברתית מסוכנת לציבור או בקיצור תופעה אנטי-חברתית, שכן היא מופיעה ומתקיימת עקב התלכדות בני האדם לחברה מאורגנת על כל הנובע מכך בנוגע לדפוסי ההתנהגות המתחייבים מהתארגנות זו, ומעמידה בסכנה את הערכים אשר לציבור כולו עניין חיוני להגן עליהם. הגדרת העבירה כתופעה אנטי חברתית נותנת ביטוי לתפיסה הערכית השלילית כלפי העבירה, כתופעה המגלמת יחס אידיאולוגי פסול כלפי ערכי החברה הבסיסיים, כאשר ישנה אפשרות להימנעות ממנו"¹⁵⁸. בדומה לכך, ציינו הפרופסורים יובל לוי ואליעזר לדרמן כי נורמות ההתנהגות אשר המדינה מוצאת אותן ראויות לשמירה, מחד, וההרתעה מפני נקיטה בדרכי עשייה וחדילה פסולות, מאידך, הם צידיה השונים של הגשמת תכליתו המהותית של המשפט הפלילי. תכלית זו – שתי פנים למימושה: "האחת, עצם גיבוש האיסורים המבטיח את אי הפרתם בידי אותו החלק מן הכפופים לחוק, השומרים על צווי הריבון תוך הכרה באשיות הסדר הציבורי ומתוך מודעות לכך שעסקינן בפגיעה בחברה כולה. האחרת, האיום המבוטא במערכת הנורמטיבית ומהווה כלי שרת בידיה, שפגיעה בהוראותיה גוררת הטלת אחריות, שבצידה סנקציה המפגינה מוחשית את מורת רוחו של הריבון מההתנהגות האמורה"¹⁵⁹.

156 ראו ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984), 733-734; בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986), 403.
157 השופט א' ברק בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990), 506 (להלן – פרשת גנור).
158 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (כרך א, תשמ"ד), 118.
159 י' לוי, א' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א), 10-11 (ההדגשה שלי – י' נ').

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

נוכח מהותו זו של המשפט הפלילי "נקודת המוצא העקרונית הינה כי משקבע המחוקק כי התנהגות פלונית פלילית היא, הרי שיש אינטרס ציבורי כי החשוד בעבירה יועמד לדין, וזאת כדי להגן על הערכים והעקרונות שהמדינה רוצה בהגנתם ושהחשוד פגע בהם, וכן למנוע פגיעה בהם בעתיד"¹⁶⁰. לפיכך ככל שמעשה העבירה המיוחס לחשוד חמור יותר, כך רב יותר העניין לציבור בהעמדתו לדין¹⁶¹. חומרת העבירה נקבעת על פי יסודותיה, העונש הקבוע לה בחוק, הנסיבות הסובבות את ביצועה והיקף הנזק שגרמה. לעתים מעצם התקיימות יסודות העבירה עולה כי ביצועה כרוך בפגיעה קשה בערכים חברתיים חשובים, אשר הגנתם מחייבת תגובה חברתית בדרך של הפעלת ההליך הפלילי¹⁶². חומרת העבירה עשויה לבוא לידי ביטוי גם בנסיבותיה הקונקרטיות, ובהן: מידת הנזק שנגרם בעטייה, הסכנה שגרמה לציבור, היותה חלק מסדרה של מעשים המהווים עבירת שרשרת, ריבוי קרבנותיה, ביצועה בעקבות תכנון מוקדם, עשייתה לשם הכשלת עובד ציבור במילוי תפקידו, ביצועה תוך שימוש בנשק ועוד¹⁶³. קריטריון נוסף שיש להביא בחשבון בסוגיה זו הוא השפעת המעשה על מרקם חיי החברה ועל סדרי שלטון תקינים. בהקשר זה יש להתחשב, בין היתר, בפרק הזמן שבו נמשכה הפעילות העבריינית. ככל שהמעשה העברייני נמשך תקופה ארוכה יותר, כן גדל משקלו בבחינת השאלה אם להעמיד לדין¹⁶⁴. במסגרת הערכים, העקרונות והאינטרסים הקוראים להבאת עבריינים למשפט, יש ליתן משקל נכבד גם למצבו של קרבן העבירה, שזכויות האדם שלו – בדומה לזכויות האדם של הנאשם – מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶⁵. על חשיבותן של זכויות הקרבן במסגרת מלאכת האיזון השיפוטי עמד הנשיא מאיר שמגר באחת הפרשות, בציינו כי:

"מרביתם לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עימו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת הגולית החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם, תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העבריין האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז

160 דברי השופט ברק בפרשת גנור, לעיל הערה 157, בעמ' 509 (ההדגשות שלי – נ'). ראו גם ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א), 161.

161 פרשת גנור, שם, בעמ' 510.

162 ראו בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (1997), 84 (להלן – פרשת קוגן).

163 ראו דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (תשנ"ח), 22-24; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו-2006, ה"ח 446.

164 פרשת גנור, לעיל הערה 157, בעמ' 510.

165 ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), 654.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

המסכן חיי אדם, הם האיום המייד, התדיר והאפקטיבי על הקרבן חסר הישע שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות, גם מאוחר מדי. במלים אחרות, האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קרבן העבירה בפועל או בכוח¹⁶⁶.

יצוין כי חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001 קובע רשימה של זכויות המוקנות לנפגע העבירה¹⁶⁷. הוא מושתת על תפיסה "הרואה בתפקידו של הדין הפלילי כדין שנועד להגן לא רק על החברה בתור שכזו, אלא גם על יחידה"¹⁶⁸. בפסיקה הוטעם כי "ההליך הפלילי המגן על זכויות הפרט-הנאשם, מגן גם על זכויותיו של הפרט-הנפגע"¹⁶⁹. הכלל הוא כי ככל שהפגיעה בקרבן העבירה קשה יותר והנזק שנגרם לו אינו ניתן לתיקון או לא תוקן, כך כבד יותר משקלו של העניין לציבור בהעמדתו לדין של העבריין שגרם לפגיעה כאמור. לעומת זאת נזק קל לקרבן או עמדה סלחנית מצדו כלפי העבריין, עשויים לשקול לטובת המסקנה כי אין עניין לציבור בהעמדת החשוד לדין¹⁷⁰. בהקשר זה יש ליתן משקל גם למיחותו של הקרבן. דומה כי משקלו של אינטרס הקרבן יפחת ככל שקרבן העבירה הוא

- 166 שם, בעמ' 620. אמנם, הדברים נאמרו בנוגע לאיזון הראוי בסוגיית ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים, אך דומה כי הם יפים גם לעניין עצם ההעמדה לדין. לגישתו של הנשיא שמגר, לקרבן העבירה זכות יסוד להגשמתו ואכיפתו של הדין המהותי. ראו דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994), 630; מ' שמגר "כבוד האדם ואלמוות" משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 33, 41; מ' שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 5, 14.
- 167 על זכויות אלה נמנות: קבלת הגנה מפני מבצע העבירה; קבלת מידע על ההליכים הפליליים המתנהלים כנגד מבצע העבירה; נוכחות בדיון בבית-המשפט בעניין העבירה שממנה נפגע, המתנהל בדלתיים סגורות; זכות להביע עמדה כאשר יש כוונה לעכב את ההליך הפלילי נגד מבצע העבירה או להגיע עמו להסדר טיעון (כאשר מדובר בנפגע עבירת מין או אלימות); זכות למסור הצהרה בכתב לגוף החוקר על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש. לנפגע העבירה זכות כי התביעה תביא הצהרה זו בפני בית-המשפט בדיון בעניין גזר דינו של מבצע העבירה. ראו גם ע' גרוס "הזכויות החוקתיות של הקורבן" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 419, 431-432, המציע להקנות לקרבן העבירה זכות טיעון בשאלת העניין הציבורי בהחלטה אם להעמיד לדין.
- 168 דעת המיעוט של השופט נאור ברע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002), 440.
- 169 שם. ראו גם ע"פ 2393/06 חמוד ז"ל נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (20.11.07), בפסקה 4 לפסק הדין; בג"ץ 5961/07 פלונית נ' פרקליט המדינה, פורסם בנבו (23.9.07), בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; ע' ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קרבנותיו" ספר שמגר (א' ברק ואח' עורכים, כרך ב, תשס"ג) 255, 260.
- 170 ראו פרשת גנור, לעיל הערה 157, בעמ' 510.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

פחות ישיר ומסוים. קרבן שכזה ימצא בעיקר בעבירות שהאינטרס המוגן על ידיהן הוא אינטרס חברתי-קיבוצי. לעומת זאת משקלו של אינטרס הקרבן יגבר ככל שמדובר בעבירה הגורמת להפרה ישירה של זכויות אדם, כגון פגיעה בחיים, בגוף, בחירות, ברכוש או בפרטיות של הזולת¹⁷¹. הנה כי כן, "ההכרה במחויבותו של הפרט כלפי זולתו בשמירה על זכויות היסוד שלו, שקיבלה חיזוק מכוח מעמדו החוקתי של חוק היסוד, עשויה להשליך על משקלה של זכות הפרט הנפגע למימוש זכויות האדם שלו ולהשפיע על האיזון בין הערכים המתנגשים"¹⁷².

אכן, האינטרס הציבורי בהעמדתם של עבריינים לדין הוא אינטרס ציבורי מרכזי, אשר סדרי החיים המודרניים תלויים בהגשמתו¹⁷³. זוהי אפוא הקטגוריה האחת של ערכים, עקרונות ואינטרסים המתמודדת בגדרה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק"¹⁷⁴. במילותיו של בית-המשפט העליון, עסקינן ב"שיקולים של צדק ציבורי"¹⁷⁵, שלפיהם ייבחן "מה צודק למען האינטרס הציבורי שהתביעה מייצגת"¹⁷⁶.

עם זאת תפקידה של התביעה הכללית בדמוקרטיה ליברלית אינו מתמצה רק בהגשת כתבי אישום כנגד נאשמים. מתוקף מעמדה הציבורי, מוטל עליה לייצג קשת אינטרסים רחבה יותר, אשר כוללת גם את הגינות ההליך ואת שמירת זכויות הפרט של החשוד או הנאשם. ערכים, עקרונות ואינטרסים אלה מהווים אף הם חלק מאינטרס הציבורי, שהרי הציבור בכללותו מורכב לא רק מקורבנות בכוח או בפועל, אלא גם מחשודים ונאשמים פוטנציאליים או קיימים. אכן, אינטרס הציבור במישור המשפט הפלילי אינו מתמצה רק בעניין שבהבאת עבריינים למשפט. עשויות להיות נסיבות שבהן ייגרם נזק לאינטרסים ולערכים אחרים – שגם בהם הציבור מעוניין – אם יועמד החשוד לדין¹⁷⁷.

ההליך המשפטי – וההליך הפלילי בייחוד – חותר, בראש ובראשונה, לגילוי האמת העובדתית, שהיא אשר צריכה לשמש בסיס ליישום הדין. עם זאת החתירה לגילוי האמת אינה עומדת לבדה. כפי שציין פרופ' אהרן ברק, "האמת אינה הערך היחיד אשר ההליך השיפוטי צריך להגשימו. קיימים ערכים נוספים ואינטרסים שיש להתחשב בהם. המשפט אינו מבוסס על הגישה כי תגלה האמת, גם אם יחרב העולם. המשפט מתחשב בערכים

- 171 ראו י' קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, 117.
- 172 שם, בעמ' 73. ואכן במהלך דיוני ועדת נאור בנושא עיגון ה"הגנה מן הצדק" בחוק, עלתה הצעה ליתן גם לנפגע העבירה זכות טיעון במסגרת הדיון בטענה בבית-המשפט (ראו דברי השופט נאור ודברי מזוז בפרוטוקול ישיבת ועדת נאור 4.5.05, לעיל הערה 13, בעמ' 5).
- 173 ראו בג"ץ 218/85, לעיל הערה 156, בעמ' 403.
- 174 ראו פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 369.
- 175 דברי השופט דב לוין שם, בעמ' 359.
- 176 דברי מ"מ הנשיא מ' לנדוי בע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 152 (1978), 158.
- 177 ראו בג"ץ 218/85, לעיל הערה 156, בעמ' 403.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

נוספים, שיש בהם כדי להצדיק אי גילוי האמת¹⁷⁸. כפי שנראה להלן, קיימים בזירה הנדונה ערכים, עקרונות ואינטרסים נוספים שיש להביאם בחשבון בסוגיית ההעמדה לדין, כמו גם במסגרת בחינת ראיותה על ידי בית-המשפט. ערכים, עקרונות ואינטרסים אלה אפשר שיצדיקו, במקרים המתאימים, את אי-העמדת החשוד לדין, את הפסקת משפטו של הנאשם או סעד מתאים אחר.

(ב) ערכים, עקרונות ואינטרסים המתנגדים להמשך ההליך ללא כל שינוי

אל מול הערכים, העקרונות והאינטרסים שפורטו לעיל עומדים חובות האמון וההגינות שחובות רשויות אכיפת החוק כלפי הציבור, הגנה על זכויות היסוד של הנאשם, הרתעת הרשות מחזרה על מעשים פסולים בעתיד, שמירת טוהר ההליך השיפוטי ואמון הציבור בבית-המשפט.

(1) אכיפת חובות האמון וההגינות של רשויות השלטון

עסקינן בחובות המוטלות על גופי התביעה והחקירה כרשויות שלטוניות, בכלל, וכמי שמופקדים על הנעת גלגלי ההליך הפלילי, בפרט¹⁷⁹. לאורך השנים התפתחה במשפט הציבורי שלנו התפיסה כי זרועות השלטון הן בבחינת נאמנים של הציבור ולפיכך יש להקפיד עמן הקפדה יתרה – יותר מאשר עם הפרטים המרכיבים את הציבור – בכל הנוגע להפעלת הכוח העצום המצוי בידיהן. ידועים בהקשר זה דבריו של השופט חיים כהן, שלפיהם:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, כשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות

178 א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשנ"ו) 11, 14.

179 בשיטת המשפט הנוהגת בישראל, המאשימה במשפט פלילי היא המדינה והיא מיוצגת בידי תובע המנהל את התביעה (ראו סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]). לפי סעיף 12 לאותו חוק, התובעים הם אלה: (1) היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, אשר הם: (א) פרקליט המדינה, משנהו, פרקליטי המחוז ופרקליטים אחרים מפרקליטות המדינה ששר המשפטים קבע את תאריהם בצו שפורסם ברשומות; (ב) מי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיכו להיות תובע, דרך כלל, לסוג של משפטים, לבתי-משפט מסוימים או למשפט מסוים; (2) שוטר שנתקיימו בו תנאי הכשירות שקבע שר המשפטים בהתייעצות עם השר לביטחון פנים ונתמנה להיות תובע בידי המפקח הכללי של המשטרה. הגוף העיקרי המופקד על ביצועם של הליכי חקירה היא משטרת ישראל (ראו פקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971).

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות¹⁸⁰.

מכאן נגזרה חובת ההגינות המוטלת על הרשות השלטונית בכל פעולותיה, לרבות בעת הפעלת שיקול הדעת המסור לה על פי דין. כפי שציין השופט ברק –

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות... חובות אלה אינן מוגבלות למקרים בהם מפעילה המדינה, באמצעות הרשות המוסמכת הפועלת במסגרתה, סמכות סטטוטורית. חובות אלה מוטלות על המדינה בכל פעולה ופעולה שהיא עושה. הן חלות על כל החלטה והן חלק מכל שיקול דעת המופעל על ידה... אלה כאלה מופקדות בידי המדינה בנאמנות ואלה כאלה חייבות להיות מופעלות בהגינות"¹⁸¹.

בצוותא עם חובת ההגינות, מוטלת על הרשות השלטונית גם חובת אמון כלפי בני החברה. באחד מפסקי הדין המרכזיים שניתנו בישראל בתחום המשפט המינהלי, התייחס לכך בית-המשפט העליון בציינו כי –

"הדין מכיר בכך, כי במקרים מסוימים נתון אדם במצב של אמון (loyalty) כלפי רעהו. זהו הדין ביחסים שבין שלוח לבין שולח, בין מנהל לבין התאגיד, בין נאמן לבין הנאמנות. רשימת מצבים אלה אינה סגורה והיא 'קיימת במגוון רב של יחסים משפטיים'... המשותף למצבים אלו הוא כי בידי של אדם הופקד אינטרס של אחר, אשר על הפעלתו הוא אמון... קיים החשש כי כוח ללא פיקוח וריסון יביא לידי שימוש לרעה באותו כוח. מטרתם של כללי האמון היא, בין השאר, ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על

180 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325 (1971), 331. ראו גם בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2110 (1962), 2115.

181 בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729 (1980), 746-745.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

בעל הכוח בהפעלתו של הכוח. עובד הציבור, הממלא תפקיד ציבורי, נופל למסגרתו של מבחן זה¹⁸².

אכן, כפי שציינן השופט יצחק זמיר בפרשה אחרת, חובת ההגינות "באה לבטא את הרעיון שהמינהל הציבורי שואב את סמכותו מן הציבור, ועליו להפעיל את סמכותו למען הציבור, באופן שנקבע על ידי הציבור"¹⁸³. לכך הוסיף הנשיא ברק כי "לשלטון בתור שכזה, אין אינטרס 'פרטי' משלו. השלטון קיים עבור הפרטים. השלטון אינו קיים עבור 'עצמו'. לאנשי השלטון אין אינטרס 'עצמי' שיש להגן עליו. עליהם לפעול להגשמת אינטרס הכלל. אכן, קיים חשש רציני – חשש שההיסטוריה הוכיחה אותו לא פעם – כי אנשי השלטון יפתחו אינטרסים משל עצמם וישתמשו בעוצמה הרבה שהוענקה להם, שלא לטובת הכלל. דבר זה באה חובת הנאמנות למנוע. חובת הנאמנות באה להבטיח כי השלטון ידאג לציבור ולא לעצמו; חובת ההגינות הכללית באה להבטיח כי הסמכות השלטונית תופעל באופן המשרת את הכלל ולא את השלטון"¹⁸⁴.

חובות האמון וההגינות של רשויות השלטון שזורות אפוא זו בזו והן מחייבות להטיל פיקוח על השימוש בכוח השלטוני. כוח זה הופקד בידי הרשויות על מנת שיעשו בו שימוש לטובת בני החברה. מכאן כי לבני החברה הזכות לוודא כי שימוש זה אכן נעשה באופן הראוי לו. פיקוח שכזה מוצדק גם לנוכח העובדה כי הרשות והפרט אינם ניצבים על אותו מישור. כפי שציינן השופט מישאל חשין, "היחיד והשלטון אין הם שווי זכויות, אין הם שווי כוחות ואין הם שווי מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה. השלטון מחזיק בידו רוב כוח, רוב עוצמה ורוב עושר, עד שהיחיד – יהיו כוחו, עוצמתו ועושרו רבים ככל שיהיו – לא ישווה לו ולא ידמה לו... חובת ההגינות שהשלטון חב בה כלפי יחיד החברה נגזרת מהכוח היתר שהשלטון מחזיק בו, מעוצמתו של השלטון כי רבה. חובת ההגינות נועדה לשמש – בצידם של אמצעים אחרים – בלם לכוח ורסן לעוצמה"¹⁸⁵.

הנה כי כן, חובת הנאמנות הציבורית המוטלת על רשויות השלטון היא מקור הן לכוח הן לאחריות. האחריות מחייבת איפוק והגינות בהפעלת הכוח. בהקשר זה נקבע כי "יש נסיבות בהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות בפני בית המשפט טענות מסוימות,

182 דברי השופט ברק בבג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980), 570. ראו גם בג"ץ 492/79 חברה פלונית נ' משרד הבטחון, מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 706 (1980), 715; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991), 840-841.
183 בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998), 337.
184 שם, בעמ' 347.
185 שם, בעמ' 367-368.

אפילו יש להן יסוד בדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק¹⁸⁶.

דברים אלה יפים אף מקום שמדובר בפעולותיהן של רשויות אכיפת החוק. עקרונות תום הלב חלים על כל מתדיין בהליך אזרחי¹⁸⁷, קל וחומר שהם חלים על רשויות התביעה, המייצגות את האינטרס הציבורי. חובות האמון וההגינות של הרשות חלות עליה גם כלפי מי שמיוחסת להם הפרה של החוק¹⁸⁸. בכוא תובע להחליט אם להעמיד לדין אדם פלוני, עליו לקבל אפוא את החלטתו בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות¹⁸⁹. לרשויות התביעה אחריות להפעלתו ההוגנת של מנגנון הצדק במדינה¹⁹⁰. "בעוד שתפקידה העיקרי של ההגנה היא להגן על הנאשם ולהביא לזיכוי, הרי תפקידה של התביעה אינו השגת הרשעה בכל מחיר אלא הבטחת קיומו של משפט הוגן"¹⁹¹.

כפי שציינה פרופ' רות גביון, היועץ המשפטי לממשלה – שהוא ראש וראשון לאוכפי החוק – הוא "אדם שצריך להיות מסוגל לטפל בשאלות לא רק מתוך הראייה הצרה של ראש מערכת התביעה, אלא גם מתוך ראייה רחבה יותר של הסדר והעניין הציבורי. הוא אמור להיות מסוגל לשקלל את האינטרסים של אכיפת החוק עם פגיעות אפשריות בזכויות הנאשמים, ולראות זאת כתפקידו לשמור על שלטון החוק ועל שוויון בפני החוק"¹⁹². ואכן, השופט אליקים רובינשטיין הדגיש בהרצאה שנשא בעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה כי התביעה הכללית מתייחדת מהסגוריה "בהיותה שירות הציבור במבט הכולל ולא רק הפרטני... אין היא 'מחפשת' את החשוד או את הנאשם; אין היא מבקשת הרשעה בכל מחיר. לתביעה הרשעה אינה בהכרח ניצחון; זיכוי אינו בהכרח הפסד"¹⁹³. ובאחד מפסקי דינו הוסיף השופט רובינשטיין: "אין התביעה הכללית זכאית לתכסיסנות או לטקטיקה. היא

- 186 השופט זמיר בע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463 (1995), 472.
- 187 ראו בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449 (1981), 461-462; רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49 (2004), 52. עיינו ד' שוורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 295; ד' פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו (תשמ"ד) 53, 62.
- 188 ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900 (2002), 911.
- 189 פרשת גנור, לעיל הערה 157, בעמ' 507-508.
- 190 ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(2) 539 (1966), 548.
- 191 ד' בייך "שאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101, 114. מעיקרון זה נגזר למשל הכלל שלפיו על הפרקליטות לפרוס בפני בית-המשפט את מלוא הראיות שנאספו בפרשה פלונית, לרבות ראיות רלוונטיות העשויות ליצור ספק ביחס לאשמתו של הנאשם. ראו ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 832 (1999), 839-840. ראו גם ל' זר-גוטמן "חובותיה המוגברות של התביעה הפלילית" הסניגור 28 (1999) 3.
- 192 גביון, לעיל הערה 160, בעמ' 294.
- 193 א' רובינשטיין "התביעה הכללית בשנת היובל למדינת ישראל ולהכרזה האוניברסלית על זכויות האדם" עלי משפט א (תש"ס) 17, 22-23.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

משרתת הציבור, ומה שמטיר לעצמו הפרט העומד לדין אינו יכול להיות נחלתן של רשויות המדינה... לא הניצחון בהליך הפלילי הוא עמוד האש ההולך לפני רשויות האכיפה, אלא חיפוש האמת, ההגינות, היושר והיושרה...¹⁹⁴. סיכומם של דברים, התביעה צריכה לייצג את "האינטרס הציבורי במובנו האמיתי והכולל: בירור האמת, תוך שמירת זכויות החשוד, הנאשם והציבור"¹⁹⁵.

חובות האמון וההגינות חלות גם על רשויות החקירה והמשטרה. בית המשפט ציין לא אחת כי קיימים גבולות לדרכי אכיפת החוק. השופט דליה דורנר קבעה כי המשטרה – כרשות שלטונית – חבה בחובה מוגברת של הוגנות כלפי נחקרים, למצער ככל שהדבר נוגע למימוש זכויותיהם¹⁹⁶. הנשיא שמעון אגרנט עמד על כך כי בשמירת זכויות הפרט של החשוד או הנאשם עושים חוקרי המשטרה לביצוע החוק לא פחות מאשר בעת שהם ממלאים את תפקידם לגלות את העברייני ולאסוף ראיות שיבטיחו את הרשעתו וענישתו. לעומת זאת בעת חילולן של זכויות אלה, הרי יש בכך משום הפרת החוק והזמנת האזרח להפירו¹⁹⁷. השופט ברק כתב כי בית המשפט ער לקשיים הרבים שלפניהם עומדת המשטרה במלחמתה בעבריינות, "אך יש לשמור מכל משמר כי במלחמתה זו לא תעבור המשטרה את הגבול, ונמצא כי אלה, הפועלים בשם החוק, מפירים אותו"¹⁹⁸. השופט חיים כהן הגדיר את הגבולות המוטלים על דרכי אכיפת החוק כ"שמירה על זכויות האדם... (ו) הבטחת חירויותיו, כפי שהן מנת חלקו בחברה דמוקרטית אשר החוק שולט בה"¹⁹⁹. השופט כהן הוסיף כי "תנאי בל יעבור לכל מלחמה בפשע הוא שהלוחמים יהיו שומרי החוק ויקפידו על קלה כחמורה בפעולתם שלהם; ובמידה שהם מזלזלים או מתרשלים בקיום מצוותיהם כלפי האזרחים הנלכדים ברשתם, בה במידה גורמים הם כמו ידיהם להכשרת הפשע ולהגברתו"²⁰⁰.

הנה כי כן, על רשויות אכיפת החוק מוטלות חובות אמון והגינות כלפי הציבור בכללו וכלפי הפרטים שבו. חובות אלה מתבטאות בצורך להגן על כלל הציבור ועל כל אחד מפרטיו מפני ביצוען של עבירות פליליות, אך לא פחות מכך בצורך להגן על זכויות היסוד של הציבור בכללותו ושל כל אחד מיחידיו, הנאשמים בפלילים או שעלולים להיות מובאים לדין פלילי. "כאן מדובר על אינטרס חוקיות השלטון, המחייב שפעולות השלטון בהשלטת החוק ובאכיפתו יהיו לא רק אפקטיביות, אלא יעלו בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים של

194 ראו ע"פ 10960/03 חסון נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (6.6.05), בפסקה א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

195 מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה (תשנ"ז) 173.

196 ראו רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865 (2002), 869.

197 ראו ע"פ 96/66, לעיל הערה 190, בעמ' 548.

198 ע"פ 260/78 סלימאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(2) 204 (1979), 207.

199 ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180 (1978), 182.

200 שם.

השיטה, ובהם העיקרון בדבר שלטון החוק... על כן, קיים אינטרס ציבורי כי לא ייווצר הרושם כי אין גבולות לכוח פעולתו של השלטון, וכי כל האמצעים כשרים להשגת האינטרס הציבורי שעליו הוא מופקד"²⁰¹.

לקטגוריה זו משקל חשוב אפוא בגדר דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק". אכן, כוחה של ה"הגנה מן הצדק" יפה דווקא לאותן סיטואציות שבהן מתעורר חשש כי מעשי רשויות אכיפת החוק עובר להעמדה לדין, בהגשת כתב האישום או במהלך ניהול המשפט, סתרו באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגינות. בנסיבות שכאלה קיים חשש כי מי שמופקד על אכיפת החוק הסיג את האינטרס הציבורי באכיפת חובות האמון וההגינות של רשויות השלטון מפני הרצון להביא את הנאשם בפלילים. במקרה כזה קיים צורך לרסן את כוחה העצום של הרשות²⁰². ה"הגנה מן הצדק" באה אפוא לאכוף את הכלל, שלפיו "אסור לה לרשות לפגוע בזכויות המגיעות לנאשם במטרה להביא להרשעתו בכל מחיר, שכן טוהר ההליך השיפוטי הוא תנאי מוקדם לקיומה של מערכת משפט תקינה, אשר בלעדיה אין"²⁰³.

(2) הגנה על זכויות היסוד של הנאשם

פתיחתם של הליכים פליליים כנגד אדם פוגעת במעמדו, בשמו הטוב ובקניינו. היא מטילה עליו סטיגמה חברתית, הגוררת יחס שלילי כלפיו מצד הציבור ופוגעת בפרטיותו. היא עלולה להרוס את משפחתו ולהרחיק ממנו את חבריו. היא עלולה לפגוע בחופש העיסוק שלו ובקניינו²⁰⁴. היא מחייבת אותו להשקיע משאבים בלתי נדלים של זמן והוצאות²⁰⁵. במשפטו הפלילי מונחים חירותו, גורלו ועתידו של אדם על כף המאזניים. "אכן, העמדה לדין היא עניין רציני. יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו"²⁰⁶. על חשיבותן של זכויות היסוד של החשוד או הנאשם ניתן ללמוד מחובת הזהירות המוטלת על רשויות התביעה קודם שהן באות להחליטה להעמיד אדם לדין. הכלל בהקשר זה הוא כי "ראוי שתובע ישקול בכובד ראש אם יגיש ואם לא יגיש

201 השופט ת' אור בפרשת קוגן, לעיל הערה 162, בעמ' 80. בדומה לכך ציין פרופ' קרמניצר כי "לציבור עניין מובהק שמי שמייצג אותו יפעל בהגינות מוחלטת. להתנהגות פגומה של נציג הציבור יש משמעות של דוגמה שלילית ומשחיתה. היא פוגעת בפונקציה של ההליך הפלילי לאושש את אמון הציבור בסדר המשפטי, ואת אמון הציבור בנציגיו בכלל זה" (קרמניצר, לעיל הערה 195, בעמ' 178-179).

202 ראו פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 368.

203 דברי השופט ד' לוי, שם.

204 ראו רע"פ 960/99 מקמילן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 294 (1999), 304.

205 ראו ע"פ 1767/94 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 505 (1999), 517. ראו גם ק' מן "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים" פלילים ג (תשנ"ג) 284; ב' אוקון, ע' שחם "הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו – הערה אגב הצעת חוק החברות החדש" המשפט ד (תשנ"ט) 329, 329-330.

206 דברי הנשיא ברק בע"פ 1767/94, שם, בעמ' 517-518.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

כתב אישום בעניינו של פלוני, ששמו הטוב וכבודו נתונים בידיו²⁰⁷. על הזהירות הנדרשת בהחלטה זו לנוכח פגיעתה בזכויות יסוד נכתב בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי" כדלקמן:

"אחריות כבדה מוטלת על כל מי שבא להחליט על הגשת כתב אישום פלילי נגד אדם, בייחוד בעבירות בעלות אופי חמור ועבירות שיש עמהן קלון. יש אשר אפילו זיכוי בדין אין בו כדי להיטיב נזק, שנגרם מתוך אישום שלא היה יסוד לו. הגם שכל נאשם מוחזק חף מכל עבירה, ואף יהיה לו יומו בבית המשפט' להתגונן כלפי האשמה המיוחסת לו, אין להתעלם מכך כי הליכי משפט דרכם להתמשך ולהסתעף, ולא אחת אף להתפרסם, ויש עמם גם לא אחת עיוני דין ונפש"²⁰⁸.

דברים אלה חייבים לעמוד לנגד עיניו של כל תובע כשהוא בא לשקול אם להעמיד אדם לדין, בייחוד לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰⁹. בהקשר זה, הדגיש פרופ' קנת מן את –

"ההשלכות השליליות החמורות העלולות לנבוע מכשל בהפעלת שיקול דעת שיוליך לקבלת החלטה שגויה להגיש כתב אישום, ומכאן את מידת האחריות הרבה המוטלת על רשויות התביעה למנוע כשל כזה. הפגיעה נובעת מעצם הפירסום בציבור על הגשת כתב האישום, מהסטיגמה הנוצרת בעקבות החלטה זו, מהבושה שבחשיפה השלילית וכן מן ההגבלות המוטלות לעיתים על נאשמים במקומות עבודתם. תוצאות קשות אלה מחייבות שהמערכת המופקדת על קבלת ההחלטה בדבר הוצאת כתב אישום תאורגן ותתפקד בצורה טובה ככל האפשר כדי למנוע טעויות. אכן, החקירה הפלילית מחייבת הפעלת אמצעים לגילוי הראיות הנחוצות כדי להביא עבריינים לדין, אך יחד עם זאת נדרשת מידה גדולה של ריסון ואיפוק מצד התביעה על מנת שלא יוגשו כתבי אישום ללא קיומו של בסיס ראיתי מתאים וללא אינטרס ציבורי משכנע"²¹⁰.

207 דברי השופט ד' לויין בפרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 368.

208 "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3001, 1 (תשס"ד).

209 ראו דברי השופט א' גולדברג בבג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793 (1996), 808. ראו גם בג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997), 10.

210 ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול-הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ז) 189, 190.

אכן, כדברי השופט רובינשטיין – בעת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה – "לחלק ניכר מן הבריות, מי שאינם שרויים תדיר בעולם הפשע, עצם ההחלטה על העמדה לדין, ולפני כן על חקירה, היא מכה קשה ולפעמים אנושה. היא מחייבת רגישות אנושית ויחס לזכויות אדם, היא מחייבת שיקול דעת; היא מחייבת בדיקת החלופות"²¹¹. ויודגש, קטגוריית הערכים, העקרונות והאינטרסים שבה אנו דנים כאן אינה מתמצה רק בזכויות היסוד של נאשם או חשוד פלוני. היא מתרחבת לחזקת החירות ועקרון כבוד האדם של כלל הציבור, אשר פרטיו עלולים למצוא עצמם, בנסיבות אחרות, כנאשמים²¹². אכן, "אינטרס הכלל הוא אינטרס הפרט, שהרי אין אינטרס הכלל אלא צירוף האינטרסים של הפרטים בו"²¹³. בזכויותיו היסודיות של הנאשם לכבוד ולחירות כרוכה גם זכותו היסודית למשפט הוגן. זכות זו היא בעלת חשיבות עליונה בשיטתנו המשפטית והיא מתעצמת לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²¹⁴. חוק היסוד היקנה לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן מעמד של זכות יסוד חוקתית²¹⁵. בזכות למשפט הוגן כרוכה זכות היסוד של הנאשם לפרוס את הגנתו בבית-המשפט²¹⁶. בהקשר זה יש לזכור כי מטרת ההליך הפלילי היא עשיית צדק – לא במובן המופשט, אלא ביחס לנאשם העומד לדין, ולצורך זה יש להבטיח קיומו של משפט הוגן, שבמהלכו יהיה ניתן לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין²¹⁷. הליך המתברר תוך פגיעה בזכותו של הנאשם להתגונן פוגע לא רק בזכות היסוד של נאשם להליך הוגן, אלא סופו שהוא מכשיל גם את התכלית של בירור האמת²¹⁸. אכן, קיומו של משפט הוגן איננו עניינו של הנאשם בלבד, אלא הוא גם אינטרס ציבורי²¹⁹. פגמים בהגינות ההליך עלולים

- 211 רובינשטיין, לעיל הערה 193, בעמ' 18.
- 212 ראו דנ"פ 2316/95, לעיל הערה 165, בעמ' 645; קרפ, לעיל הערה 171, בעמ' 77.
- 213 בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' עמר, פ"ד מח(3) 133 (1994), 141.
- 214 ראו בג"ץ 6319/95, רע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750 (1997), 767.
- 215 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002), 375; בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, פורסם בנבו (8.10.06), בפסקה 25 לפסק דינו של השופט א' א' לוי.
- 216 ראו ע"פ 4765/98, לעיל הערה 191, בעמ' 838.
- 217 ראו ב"ש 838/84, לעיל הערה 156, בעמ' 738.
- 218 ראו דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160 (1998), 197. במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999), ציין הנשיא ברק – בהקשר של בקשה למשפט חוזר – כי פעמים רבות הקו המבחין בין פגם דיוני חמור לבין פגם שיש בו כדי להשפיע על תוצאת המשפט, אינו כה ברור. במצבים רבים, קיומו של פגם דיוני חמור מקים חזקה להשפעה על תוצאות ההליך. זאת ועוד, תוצאתו של ההליך אינה הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עמה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויות המתדיינים. לפיכך נקבע כי פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי חמור (שם, בעמ' 563-565). עיינו גם במ"ח 3032/99, לעיל הערה 215, בעמ' 379.
- 219 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996), 776.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

לגרום חלילה להרשעת החף. "הרשעת חף מפשע היא פגיעה כה עמוקה ומכאיבה בסדריו של ההליך הפלילי, עד כי אין להרשותה בשום תנאי"²²⁰.

משקלה של הקטגוריה העוסקת בזכויות היסוד של החשוד או הנאשם זכה כאמור לחיזוק נוסף בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²²¹. חוק על-חוקי זה עיגן את הזכות לכבוד ואת הזכות לחירות כזכויות חוקתיות²²². מחוק היסוד נגזרות גם הזכות להליך ראוי והזכות למשפט הוגן²²³. כפי שציין פרופ' ברק, המילים "כבודו" של האדם ו"חירותו" של אדם שבחוק היסוד מהוות בסיס ראוי שעליו ניתן להשתית זכויות אדם שונות המקובלות בהליך הפלילי, ושאינן מוצאות ביטוי בהוראות המיוחדות שבחוקי סדר הדין הפלילי²²⁴. בהקשר זה ציינה יהודית קרפ כי התאמת המשפט הפלילי לחוק היסוד מתאפיינת מטבעה בזרמי השראה הדדיים: "מצד אחד, שואב המשפט הפלילי מתוכנן של זכויות היסוד, המנויות בחוק היסוד, ומן הצד השני הוא יוצק בהם תוכן. חוק היסוד משמש מצד אחד עוגן לביסוסם, לחיזוקם ולפיתוחם של עיקרי היסוד של המשפט הפלילי, ומן הצד השני משמש אמת מידה לבחינתם של עיקריו ופרטיו"²²⁵.

חקיקת חוק היסוד השפיעה אפוא באופן ישיר על ההליך הפלילי, "אשר קשור קשר כה אמיץ לחירותו האישית של הפרט, עד כי טבעי הוא שאיזון חדש בין פרט וכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על סדר הדין הפלילי"²²⁶. אכן, חוקי היסוד יצרו איזון חדש בין זכויות הפרט בינן לבין עצמן ובינן לבין טובת הכלל והאינטרס הציבורי²²⁷. הם הביאו לשינוי מרכז הכובד הפרשני²²⁸. הם העצימו את זכויות הנאשם למשפט הוגן וראוי²²⁹. חיזוק משקלו של אינטרס הפרט – החשוד או הנאשם – במסגרת ההליך הפלילי צריך להשפיע אפוא על היקף הביקורת השיפוטית על פעולותיהן של רשויות התביעה והחקירה. דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" היא אחד הביטויים המרכזיים של ביקורת

- 220 השופט ברק בב"ש 1/84, לעיל הערה 156, בעמ' 738.
- 221 ראו פרשת קוגן, לעיל הערה 162, בעמ' 81.
- 222 ראו סעיפים 2, 4 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 223 ראו פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 368-369, שם ציין השופט ד' לוי כי "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת... זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד משפיעות גם על הוראות סדרי הדין הפלילי". להיבט החוקתי של ה"הגנה מן הצדק" ראו בפרק השביעי.
- 224 ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשס"ד), 432.
- 225 קרפ, לעיל הערה 171, בעמ' 82.
- 226 המשנה לנשיא ברק בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995), 421.
- 227 שם, בעמ' 412-413, 419. ראו גם דנ"פ 2316/95, לעיל הערה 165, בעמ' 654.
- 228 עיינו פרשת יששכרוב, לעיל הערה 130, בפסקה 32 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 229 ראו ארבל, לעיל הערה 169, בעמ' 259.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

שיפוטית זו²³⁰. מבחינתו של הפרט נודעת לדוקטרינה תכונה "הגנתית" ונודעת לה גם תכונה "פיצוית". התכונה ה"הגנתית" של הדוקטרינה מתבטאת בכך שבית-המשפט – המורה על ביטול כתב האישום או הפסקת ההליך הפלילי, שנולדו תוך סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות – מגן על הפרט מפני הפגיעה בזכויותיו. התכונה ה"פיצוית" של ה"הגנה מן הצדק" מתבטאת בניסיון להעמיד את הנאשם באותו מצב שבו היה נמצא אלמלא הפגיעה בזכויותיו, היינו במצב שבו לא ייאלץ להוסיף ולעמוד לדין לאחר הפגיעה האמורה.

(3) פסילת מהלכים נפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטתם בעתיד

תפקיד חשוב לא פחות ממלאת הדוקטרינה בהרתעת הרשות השלטונית ובפיקוח על התנהגותה. ניתן להניח כי קבלתה של טענת "הגנה מן הצדק" במקרים המתאימים תרתיע את הרשות מפני הפרה עתידית של זכויות הפרט. שכן נוסף על גינוי שיפוטי של התנהלותה במסגרת החלטת בית-המשפט, יינטל טעמים של מעשי הרשות באמצעות שלילת פריים – קיום המשפט הפלילי כנגד הפרט. קביעת אי-חוקיותה של ההתנהגות השלטונית הנדונה והפיכת תוצאתה לבלתי אפקטיבית, יתרמו למניעת הישנות תופעות בלתי ראויות בעתיד. הרשות תחויב לנהוג בהתאם לכללים שייקבעו על ידי בית-המשפט ואף תדע כי אם תפר אותם לא יהא כל פרי לעמלה. עמד על כך בית הלורדים באנגליה, בציינו כי:

"If proceedings are stayed when wrongful conduct is proved, the result will not only be a sign of judicial disapproval but will discourage similar conduct in future and thus will tend to maintain the purity of the stream of justice. No 'floodgates' argument applies because the executive can stop the flood at source by refraining from impropriety"²³¹.

לדוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" יש אפוא תפקיד מפקח, מחנך ומרתיע כלפי הרשות: היא מאפשרת לבית-המשפט להפעיל פיקוח שיפוטי אפקטיבי על מעשי הרשות האופפים את ההעמדה לדין; יישומה על ידי בית-המשפט מורה לרשות את הדרך שבה עליה לילך ומגנה את התנהלותה – אם נהגה בדרך פסולה; השימוש ב"הגנה מן הצדק" לביטול כתב אישום או לשם הפסקת ההליך הפלילי מרתיע את הרשות מפני חזרה על התנהגותה הפסולה בעתיד. כפי שציין השופט ד' לוין בפרשת יפת:

230 השו"ק' מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 557.

231 *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* [1993] 3 All E.R. 138, 163 (H.L.) (per Lord Lowry).

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

"המניעות הפלילית ממלאת תפקיד מרכזי וחשוב בריסון עוצמתה של הרשות, כשזו האחרונה עשתה שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה. התכלית המרכזית שעליה מגן העיקרון החוסם מפני הליך פלילי היא הפיקוח על הרשות המבצעת כמכשיר הממריץ את הרשות שלא לשתף פעולה עם התנהגות שהיא חפצה לגנות"²³².

ולכך הוסיף השופט יעקב קדמי בפרשת כץ כי:

"הגנה מן הצדק' הצומחת מהתנהגות 'בלתי נסבלת' של הרשות מבטאת את נקיעת הנפש הציבורית מפני הנקיטה באותו קו של התנהגות; כאשר נקיעת הנפש משקפת לא רק סלידה מאותה התנהגות, אלא גם חשש מפני הפיכתה לנורמה. ההגנה מכוונת לא רק להוקיע את ההתנהגות הפסולה של הרשות ולחנך ולרסן את העושים במלאכת אכיפת החוק, שלא לפגוע בזכויות היסוד של הפרט לחקירה ולמשפט הוגנים, אלא גם להתריע מפני הסכנות הכרוכות באותו קו התנהגות לזכויות היסוד של הפרט במקרים אחרים, ולהשמיע באוזני הרשות התראה חמורה מפני חזרה על אותה התנהגות בעתיד"²³³.

והשופט אדמונד לוי כתב כי:

"ההצדקה המרכזית לשימוש בסמכות זו הינה הרצון להבטיח, כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי, כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני. היא נועדה לשמש בלם לפעילות אכיפה שלוחת-רסן, עיוורת לאינטרסים זולתה, המתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון-חוק"²³⁴.

(4) טוהר ההליך השיפוטי ואמון הציבור בבית-המשפט

תפקיד מרכזי נוסף של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" הוא לשמור על טוהר ההליך המשפטי ובכך גם לחזק את אמון הציבור בבית-המשפט. אמון זה עלול להיפגע במקרים של

232 פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 368.

233 בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529 (1997), 544. אך ראו דברי המשנה לנשיא מצא בפרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 807, כי "מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים". והשוו לפסק הדין בפרשת יששכרוב, לעיל הערה 130, בפסקאות 55 ו-61 לפסק דינה של השופטת ביניש, שם נקבע כי תכלית הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין היא הגינות ההליך הפלילי וטוהרו ולא תכלית הרתעתית, שיעילותה מוטלת בספק.

234 ע"פ 4596/05, לעיל הערה 139, בפסקה 9 לפסק הדין. ראו גם ע"פ 8585/05 שאלון נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו (13.9.06), בפסקה 18 לפסק הדין.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

הרשעות שווא²³⁵. הוא עלול להתערער גם נוכח העמדתו של אדם לדין בנסיבות בלתי ראויות. שפיטתו של הנאשם כאשר העמדתו לדין עומדת בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות, עלולה לשמוט את הקונצנוס החברתי שמכוחו פועל בית-המשפט. אכן, כל אחד מבני החברה אשר רואה את זולתו עומד לדין בנסיבות בלתי ראויות, עשוי לחשוש כי בעתיד עלולות הרשויות לנהוג בו בדרך דומה. בקנדה צוין בהקשר זה כי דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" היא –

"One of the safeguards designed to ensure 'that repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society' ... It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfill its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings"²³⁶.

אמון הציבור ברשות השופטת הוא פועל יוצא של הקפדת בית-המשפט על טוהר ההליך המשפטי המתנהל בפניו²³⁷. במסגרת הקפדה זו, בית-המשפט לא ייתן ידו להליך שיסודו או ניהולו עומדים בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות. יתירה מזאת, במקום שבית-המשפט מונע שימוש לרעה בהליך פלילי, אין הוא מגן רק על טוהרו של ההליך הספציפי הנדון בפניו, אלא שומר גם על טוהרה של מערכת הצדק הפלילי כולה. "The court", ציין שופט ניו-זילנדי, "must react not so much against an abuse of the procedure that has been built up to enable the determination of a criminal charge, as against the much wider and more serious abuse of the criminal jurisdiction in general"²³⁸.

235 פרשת יששכרוב, לעיל הערה 130, בפסקה 43 לפסק דינה של השופטת ביניש.

236 *R. v. Conway* [1989] 1 S.C.R. 1659, 1667.

237 וראו דברי פרופ' ברק, שלפיהם אמון הציבור ברשות השופטת "חיוני לכל משטר דמוקרטי. מייחסים לדה-טוקוויל (De Tocqueville) את האמירה כי בלא אמון הציבור השופטים הם אימפוטנטים; ובצדק ציין דה-בלזק (De Balzac) כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה. בלא אמון הציבור, לא תתקיים רשות שופטת עצמאית ואובייקטיבית" (א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב), 295).

238 *Moevao v. Dept. of Labour* [1980] 1 NZLR 464, 476. מעניין להשוות את התפקיד שממלא בית-המשפט בישראל בדונו בטענת "הגנה מן הצדק", לאחד התפקידים שממלאים המושבעים בשיטת המשפט האמריקנית. על תפקידם של המושבעים בארצות-הברית נאמר כי הוא "אינו רק בירור עובדות: האם נאשם במשפט פלילי אכן ביצע את הפשע. המושבעים האמריקאים אמורים להיות מגן דמוקרטי של האזרחים מפני אפשרות של שימוש בכוח-יתר או בכוח מושחת על ידי המדינה" (ראו ק' מן "נצחון הצדק" הארץ (13.10.95)). לשם מילוי תפקידם

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

אך מעל ומעבר לכל אלה, הדוקטרינה מהווה אחד האמצעים החשובים ליישומו של שלטון החוק. היא משמשת בלם, המגן על הפרט מפני התנהגות בלתי ראויה של אוכפי החוק. כפי שכתב בית הלורדים באנגליה באחד מפסקי הדין שניתנו שם בנושא ה"הגנה מן הצדק" –

"every court has an inherent power and duty to prevent abuse of its process. This is a fundamental principle of the rule of law. By recourse of this principle courts ensure that executive agents of the state do not misuse the coercive, law enforcement functions of the courts and thereby oppress citizens of the state"²³⁹.

(ג) האיזון

בפרשת גנור ציין השופט ברק כי קביעת ה"עניין לציבור" בהעמדתו של אדם לדין היא "הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית על ידי העמדה לדין לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו על ידי העמדה לדין ולתועלת שתצמח לה באי העמדה לדין"²⁴⁰. אכן, המשפט הפלילי נועד להגן על ערכיה השונים של החברה. ערכים אלה כוללים, בין היתר, את שלטון החוק, שלום הציבור, הסדר הציבורי והביטחון. בצד השמירה על הערכים האמורים, מבקש המשפט הפלילי להגן גם על קיומו השלו של הפרט ועל יכולתו לממש בדרכי שלום את זכויות האדם שלו. במילותיה של קרפ, "שלום הציבור, הסדר הציבורי ובטחון הציבור, שההגנה עליהם נמנית בין מטרות המשפט הפלילי, אינם אלא ביטוי קולקטיבי של מכלול האינטרסים שביסוד שלומו של הפרט ותביעתו הטבעית לממש את זכויות היסוד שלו ללא הפרעה"²⁴¹. מכאן עולה המסקנה כי המשפט הפלילי בא

האמור, המושבעים בארצות-הברית עושים לעתים שימוש בסמכות ה- "Nullification Privilege", מכוחה רשאים הם לזכות נאשם – לא מחמת היעדר ראיות, אלא משום שהם סבורים כי התביעה העמידה אותו לדין משיקולים בלתי ראויים (לסמכות זו ראו W.R. La Fave, J.H. Israel, N.J. King, O.S. Kerr *Criminal Procedure* (3rd ed., vol. 6, 2007), 24-31). תפקידו של חבר מושבעים בשיטת המשפט האמריקנית אינו רק גילוי האמת כי אם גם קידום של ערכים חברתיים מסוימים, באמצעות השמעת ביקורת חברתית ופוליטית על מוסדות המדינה (ראו מן, שם). במקרים המתאימים רשאים אפוא המושבעים להביא לכלל ביטוי את השקפתם בנוגע לדין הפלילי, השואבת את יסודותיה מהתרבות החברתית הכללית שבה הם חיים. דומה עלינו, שתפקיד שכזה ממלא גם בית-המשפט בישראל בקבלו טענה של "הגנה מן הצדק".

239 ראו *R. v. Looseley* [2001] 1 W.L.R. 2060, 2063 (H.L.) (per Lord Nicholls).

240 פרשת גנור, לעיל הערה 157, בעמ' 509.

241 קרפ, לעיל הערה 171, בעמ' 68.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

להגן על הפרט מפני זולתו ולעניין זה אין נפקא מינה אם זולת זה הוא עבריין או שנמנה הוא, להבדיל, על מי מרשויות המדינה²⁴².

אכן, במקום שהזולת הפוגע הוא עבריין, הפרט הנפגע הוא קרבנה של עבירה. לפרט זה יש אינטרס לגיטימי כי ימוצה הדין עם מי שהפר את זכויותיו. עם זאת הרציונל האמור יפה גם כשהזולת הפוגע הוא נציג של הרשות, והפרט הנפגע הוא חשוד או נאשם שזכויות האדם שלו נפגעו. בשני המקרים גם יחד קיים אינטרס לגיטימי בהגנת הפרט מפני הפרת הזכות. הנה כי כן, מנקודת מבטו של האינטרס הציבורי יש להגן הן על נפגעים פוטנציאליים הן על נאשמים פוטנציאליים, כמו גם על הערך של כבוד האדם וחירותו²⁴³. כאן עומדים אפוא אלה מול אלה האינטרסים של הציבור כקיבוץ של קרבנות פוטנציאליים – הזכאים להגנה מפני עבריינים מפרי זכויות – והאינטרסים של הציבור כמכלול נאשמים פוטנציאליים, העשויים להיות נפגעים בידי הרשויות²⁴⁴.

שאלת העניין הציבורי בהבאתו של פלוני בפלילים אינה מתמצה אפוא אך באינטרס של העמדת עבריינים לדין. יש להביא בחשבון במסגרתה גם את הצורך להגשים, הלכה למעשה, את חובות האמון וההגינות החלות על רשויות אכיפת החוק כלפי הציבור. אכן, מטרת ההליך הפלילי היא להשיב על כנו את הסדר החברתי שהופר על ידי המעשה האסור. מטרה זו נפגעת, ולעתים נשללת, אם ההליך עצמו מתבסס על מעשים בלתי חוקיים או בלתי ראויים של רשויות אכיפת החוק. קיומו של ההליך המשפטי חרף מעשים שכאלה עלול להעביר מסר מסוכן, שלפיו מטרה ראויה מכשירה את כל האמצעים²⁴⁵. כפי שציין השופט תיאודור אור באחת הפרשות, קיים "אינטרס ציבורי כי לא ייווצר הרושם כי אין גבולות לכוח פעולתו של השלטון, וכי כל האמצעים כשרים להשגת האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד"²⁴⁶.

בצד שני אלה יש להביא בחשבון גם את זכויות היסוד של החשוד והנאשם, אשר משקלן הפך כבד יותר בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, "המשמעות האמיתית של עצם העמדת אדם לדין, שאינה דבר של מה בכך"²⁴⁷, היא שמצדיקה הפעלת ביקורת שיפוטית על ההעמדה לדין ומעשי הרשות האופפים אותה, גם על ידי בית-המשפט הפלילי. עם זאת אסור לשכוח – כדברי השופט לויין בפרשת יפת – כי "לעיתים מוטרת החברה ועסוקה היא יתר על המידה בזכויות הנאשם. יש והדבר עשוי להגיע לכדי פגיעה בזכותו של

242 ש.ם.

243 ש.ם, בעמ' 76-77.

244 ש.ם, בעמ' 77.

245 ראו דברי פרופ' מ' קרמניצר ב"רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, 33.

246 פרשת קוגן, לעיל הערה 162, בעמ' 80. ראו גם R. v. Latif [1996] 1 All E.R. 353, 361 (H.L.).

247 דברי השופט גולדברג בבג"ץ 6781/96, לעיל הערה 209, בעמ' 807.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

הקורבן... אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכח מאיתנו אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים, כגון האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור, והאינטרס הפרטי של הקורבן הנפגע"²⁴⁸.

אכן, המושג "אין עניין לציבור בהעמדה לדין" משמעותו כי סך כל השיקולים כנגד העמדה לדין עולים בעוצמתם על השיקולים בעד העמדה לדין²⁴⁹. מושג זה יכול להקיף קשת נרחבת של נסיבות עובדתיות²⁵⁰. ה"הגנה מן הצדק" רלוונטית לאותם מקרים מתוך קשת נרחבת זו, שבהם התנהלות הרשות כלפי הפרט במכלול הסובב את ההעמדה לדין ואת ניהול המשפט סותרת באופן מהותי עקרונות של צדק והגינות משפטית. כפי שציין השופט לוי באחת הפרשות, ההגנה משלבת בתוכה "מארג מורכב של ערכים מתחרים: קידום האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין של עבריינים, בצד ההכרח להקפיד בזכויות הנאשם; הרצון להגיע לחקר האמת, אך לא בכל מחיר; הגנה על ביטחון הציבור, בצד החובה לשרש שימוש לרעה בכוח שלטוני"²⁵¹. אכן, בנסיבות שבהן עולה מן התשתית העובדתית הנפרסת בפני בית המשפט כי הפרת חובות האמון וההגינות של הרשות והפגיעה בזכויות היסוד של הפרט מאפילות על האינטרס בהבאת העברייני בפלילים, ניתן לומר כי אין לציבור עניין בהעמדתו של אותו פרט לדין. בסיטואציות אשר כאלה, גוברים השיקולים התומכים במניעת סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית על אלה הקוראים למצות את הדין עם החשוד או הנאשם. עמד על כך השופט קדמי בציינו כי:

"משמעותה המיידית והמעשית של הנאה מ'הגנה מן הצדק' היא: מתן פטור לפרט – ה'קורבן' – מנשיאה באחריות פלילית המוכתמת בהתנהגות בלתי נסבלת מצד הרשות; או – 'הצלתו' של הפרט מתוצאותיה של 'דריסת' זכויות היסוד שלו להליכי חקירה ומשפט הוגנים, מצידה של הרשות. ברם במקביל משרתת הענקתה של ההגנה האמורה גם את עניינו של הציבור במניעת התנהגות 'בלתי נסבלת' של הרשות בתחום הפלילי, אם במישור המהותי ואם במישור הדיוני. בהקשר זה, משמעותה של ה'הגנה מן הצדק' היא שעניינו של הציבור במניעת 'התנהגות בלתי נסבלת' של הרשות, עולה על העניין שיש לציבור בהעמדת נאשמים לדין"²⁵².

- 248 פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 369.
- 249 ראו בעניין זה את דבריו של פרופ' ד' פרידמן ב"רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 20.
- 250 עיינו פרשת גנור, לעיל הערה 157; גביון, לעיל הערה 160; ע' גרוס "גבולות מוסריים לאכיפת המשפט הפלילי" מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (א' ברק, מ' שאוה עורכים, תשנ"ט) 401, 403-404.
- 251 ע"פ 4596/05, לעיל הערה 139, בפסקה 9 לפסק הדין.
- 252 בג"ץ 1563/96, לעיל הערה 233, בעמ' 545.

כפי שנפסק בפרשת בורוביץ²⁵³, האיזון בין קטגוריות הערכים, העקרונות והאינטרסים הנזכרים צריך להתבצע על רקע הנסיבות הקונקרטיות של המקרה הניצב להכרעה, ובהן: חומרת העבירה המיוחסת לנאשם; עוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו²⁵⁴; נסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קרבן העבירה; מידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם והנסיבות שהביאו לגרימתה; מידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בנאשם או בהליך והאם זו פעלה בזדון או בתום לב. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי בשמירת זכויות הנאשם ובריסון כוחה של הרשות.

אכן, בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגותו הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. עם זאת אין לשלול את האפשרות כי הסתירה המהותית לעקרונות הצדק וההגינות תנבע מרשלנותה של הרשות או אף מנסיבות שאינן תלויות בה²⁵⁵. עם זאת חובה היא כי במקום שמועלית טענה של "הגנה מן הצדק" הדבר ייעשה בתום לב. הכלל הוא כי על בית המשפט לבחון את "מידת הכנות שבטענת הצדק שהנאשם מבקש להעלות, שמא מעייניו ליתרון תכסיסי בלבד"²⁵⁶. הנה כי כן, אם הנאשם עצמו תרם במידה משמעותית להיווצרות הנסיבות שבגינן הוא מבקש לאחר מכן להעלות טענה של "הגנה מן הצדק" או שכובש הוא טענה זו, דומה כי יהא בכך כדי להחליש את משקלה של טענתו. התנהלות שכזו עשויה להשפיע במישרין על החלטת בית המשפט בטענתו, שכן "על המבקש סעד מכוח הגנה מן הצדק חלה חובת ניקיון הכפיים"²⁵⁷.

מגוון הנסיבות שבהן תידון ה"הגנה מן הצדק" הוא נרחב ביותר. ב"מקרים הקלים" יוליכו כל הערכים, העקרונות והאינטרסים לתוצאה אחת. במקום שבו קיים אינטרס ציבורי בהעמדת העבריין לדין ולא ניתן להצביע על נסיבות שבהן הופרו חובות האמון וההגינות של רשויות אכיפת החוק, ולהראות כי ההעמדה לדין פגעה באופן מהותי בזכויות היסוד של הנאשם, ברי כי ה"הגנה מן הצדק" לא תעמוד לו. "מקרה קל" יתרחש גם כאשר הפרת חובות האמון וההגינות של הרשויות והפגיעה בזכויות היסוד של הנאשם יזעקו – ביחד ולחוד – בקול כה גדול, והאינטרס שבהעמדת העבריין לדין ישיב להם בענות כה חלושה, עד שביטול כתב האישום יתחייב בנסיבות העניין מכוח דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק".

253 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 807-808.
 254 לדעתי, שאלה היא כיצד מתיישבת שקילת עוצמת הראיות המבססות את אשמת הנאשם עם הדרישה, במסגרת שלב הבחינה הראשון, בדבר זיהוי הפגמים שנפלו בהליך במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם (ראו פרשת בורוביץ', שם, בעמ' 807 וכן פרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 360). הרי ה"הגנה מן הצדק" עוסקת בשיקולים ובנסיבות המצדיקים הימנעות מבירורה של אלת האשמה או החפות.
 255 השוו לפרשת בורוביץ', שם, בעמ' 807.
 256 דברי מ"מ הנשיא לנדוי בע"פ 450/77, לעיל הערה 176, בעמ' 158.
 257 ראו פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 823.

שער ראשון: מהותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" ובסיסה העיוני

המצב יהיה שונה במקום שקטגוריות הערכים, העקרונות והאינטרסים האמורים יצביעו בחזקה בכיוונים מנוגדים, או אז יהא לנו עניין ב"מקרה קשה". בנסיבות כאלה יהיה על בית-המשפט לאמוד את המשקל הראוי שיש להעניק לכל אחת מן הקטגוריות האמורות ולאזן על פי משקלן. ה"מקרים הקשים" יתעוררו אפוא במקום שהנסיבות יחייבו להעניק לכל אחת מן הקטגוריות הנזכרות משקל כבד והתוצאה תוכרע בהסתמך על הבדלים דקים במשקלה של כל אחת מהן. כך למשל במקרה שבו עסקינן בעבירה חמורה המיוחסת לנאשם מזה ובהתנהגות שלטונית חמורה כלפיו מזה. כזכור, במסגרת השלב הראשון של המבחן להחלת ההגנה, על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם²⁵⁸. במסגרת שלב הבחינה השני יש לשקלל אמנם בגדר איזון האינטרסים גם את חומרת העבירה המיוחסת לנאשם ואת עוצמת הראיות המבססות את אשמתו²⁵⁹, אולם כדברי השופטת דורית ביניש, "דווקא בחקירות של פשעים חמורים... זכותו של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית"²⁶⁰. כיצד יוכרע אפוא האיזון בין השניים?

השופט חשין תיאר בלשון ציורית את מלאכת האיזון העדין המוטלת על בית-המשפט בדונו בטענת "הגנה מן הצדק", כך:

"נוסחה זו של ה'הגנה מן הצדק', כך דומה עלי, עיקרה הוא – בראש ובראשונה – בהתנהגות הרשות, ובהמשך לכך – אך רק בהמשך לכך – ביחס בין אותה התנהגות לבין כל החומר שהונח לפני בית-המשפט: העבירה בה מדובר, מיצבור הראיות שהונחו לפני בית-המשפט ונסיבות העניין בכללן. בית-המשפט חייב לתמרן בזהירות בין סקילה לבין כריבדיס – אם תרצו: בין הארי הדב והנחש של עמוס – תוך שהוא בוחן ובודק את עומקה ואת עוצמתה של התנהגות הרשות כפי שנמצאה לו, ובהמשך לכך, להוסיף ולבחון ולבודק את המיכלול שהונח לפניו ואת המידתיות היחסית בין ה'התנהגות השערורייתית' לבין יתרת המיכלול ובו סוג העבירה שבה מדובר. מלאכה זו אינה קלה כל-עיקר; יש בה באותה מלאכה גם מן האמנות וגם מן האומנות, והאמן-האומן – הלא הוא השופט – ישכיל ויעשה כחוכמתו"²⁶¹.

258 פרשת בורוביץ', שם, בעמ' 807, ופרשת יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 360.

259 פרשת בורוביץ', שם. אך ראו לעיל הערה 254.

260 פרשת יששכרוב, לעיל הערה 130, בפסקה 73 לפסק הדין. באותו מקרה הושארה בצריך עיון השאלה באיזון מידה יש להתחשב בחשיבות ראייה שהושגה שלא כדין ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של ראייה שכזו.

261 דנ"פ 3039/02, לעיל הערה 4, בעמ' 342.

פרק חמישי: פרשנות ה"הגנה מן הצדק" החקוקה

אכן, אין חולק כי ברוב רובם של המקרים אין מקום לביטולם של משפטים פליליים. קיומה של החברה וביטחונם של יחידיה מפני עבריינים מחייבים אכיפה יעילה ומקיפה של ההוראות העונשיות. עקרון היסוד הוא כי מי שהפר את החוק צריך לשאת באחריות לכך. דרישה בסיסית היא כי החברה המאורגנת תגן על חייהם, שלומם ורכושם של יחידיה. זאת ועוד, חזקה על רשויות אכיפת החוק – החוקרות והתובעות – כי הן עושות מלאכתן נאמנה, בהתאם להוראות החוק ולפסיקת בתי המשפט. בהינתן כל אלה, ה"הגנה מן הצדק" אכן אינה צריכה להיות בבחינת הגנה שגרתית, אולם עובדה היא כי הטענה כבר התקבלה על ידי בתי המשפט בישראל כמה עשרות פעמים. הדבר מלמד כי יש ואכן מתרחשים מקרים שבהם מעשי הרשות כלפי הפרט, במכלול הסובב את ההעמדה לדין או ניהול ההליך הפלילי, עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. הנה כי כן, ה"הגנה מן הצדק" אינה טענה תאורטית. מדובר בהגנה מעשית, הנדרשת לפרט במקרים המתאימים. עניינה בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן²⁶². נכון הדבר שהטענה אינה יפה לכל הליך פלילי – וטוב שכך הוא. כזכור, המבחן שנקבע בחוק מחייב את בית המשפט להחיל את ההגנה רק בנסיבות של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, להבדיל ממקרים קלי ערך, עניינים טכניים ונסיבות של מה בכך. עם זאת יש והצורך החיוני בה יתעורר, ואז נתונה בידי בית המשפט הסמכות ליתן סעד בידי הפרט. הנה כי כן, אם תוצאת איזון האינטרסים מוליכה את בית המשפט למסקנה כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך אכן עולים כדי סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות, עליו לעבור לשלב הבחינה השלישי.

3. השלב השלישי: הסעד הראוי²⁶³

במסגרת שלב זה, על בית המשפט להכריע מה תרופה תינתן לו לנאשם לנוכח הפגם שנפל בהליך ולנוכח העובדה שיד האינטרסים המתנגדים להמשכו של ההליך ללא כל שינוי גוברת על יד האינטרסים התומכים בכך. הכרעה זו תתקבל על בסיס התשובה לשאלה אם ראוי לבטל את כתב האישום, או שמא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום כולו, דוגמת ביטולם של אישומים ספציפיים או הקלה בעונשו של הנאשם, אם יורשע. אפשרות אחרת היא תיקון הפגיעה במסגרת בירורו של המשפט, למשל במסגרת דיון בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים²⁶⁴.

262 פרשת בורוביץ', לעיל הערה 7, בעמ' 806.

263 שם, בעמ' 808.

264 לדיון בתוצאות קבלתה של טענת "הגנה מן הצדק" ראו בפרק העשרים וחמישה: סעדים מכוח ה"הגנה מן הצדק".