

הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי — סדר חדש של הגינות משפטית

זאב סגל, אבי זמיר*

- א. פתיחת דברים
- ב. ההיסטוריה הטרומה חקיקתית
1. הפסיקה שקדמה לחוק ההגנה מן הצדק
2. דינוי ועדת נאור
3. הספרות המשפטית
- ג. ההיסטוריה החקיקתית-פרלמנטרית
1. הצעת חוק ההגנה מן הצדק
2. הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת
3. הדיונים במליאת הכנסת
- ד. קווים מנחים לפרשנות חוק ההגנה מן הצדק
1. עקרונות כלליים לפרשנות החוק החדש
2. מן הכלל אל הפרט
- 2.1 פרשנות לשונית-מילולית
- 2.2 פרשנות תכליתית
- 2.3 תוצאות קבלת טענת ההגנה מן הצדק – איזון באמצעות הסעד
- ה. סוף דבר וראשיתו

א. פתיחת דברים

ביום כ"ז באייר התשס"ז (15 במאי 2007) קיבלה הכנסת את חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז–2007.¹ החוק החדש הוסיף טענה מקדמית לטענות שהנאשם רשאי להעלותן לאחר תחילת המשפט. נקבע בו שבחוק סדר הדין הפלילי

* זאב סגל, פרופסור-חבר למשפטים, החוג למדיניות ציבורית, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב.

אבי זמיר, שופט בית משפט השלום, רשם ושופט בפועל של בית המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו; מרצה מן החוג, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב.

¹ ס"ח 308 (להלן: "החוק החדש" או "חוק ההגנה מן הצדק").

[נוסח משולב], התשמ"ב–1982, 2 בסעיף 149, אחרי פסקה (9), יבוא:

"(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

בחוק החדש נקבע עוד, בנוסח זהה, שבחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, 3 בסעיף 351(ב), אחרי פסקה (5) יבוא:

"(6) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

בהוראות אלה הכליל החוק החדש את הטענה של הגנה מן הצדק, מבלי לקרוא לה בשמה המפורש, בכלל הטענות המקדמיות. חידושו החשוב של המחוקק הוא בהכירו בטענה מקדמית הנוקטת "מושגי שסתום" עמומים כ"צדק" ו"הגינות משפטית". המחוקק העמיד את הטענה, שיסודה בהלכה פסוקה, על רגליה שלה, כטענה עצמאית הכתובה עלי ספר החוקים. מאליו ברור, שלא הרי טענה מקדמית, שיסודה בפסיקה המשתנה חדשות לבקרים, כהרי טענה מקדמית שהמחוקק העניק לה את חותמו.

לשון החוק החדש מקנה לנאשם את הזכות להעלות טענה מקדמית, אך אין בכך כדי למנוע מבית המשפט עצמו להעלות את הטענה מיזמתו שלו, ולדרוש מהצדדים ליתן דעתם עליה, כנהוג באשר לטענות מקדמיות.⁴ בית המשפט שבפניו נשמע המשפט הפלילי הוא, מטבע הדברים, הפורום הטבעי והנוח להעלאת הטענה מסוגה של טענת ההגנה מן הצדק. בפני הערכאה הדיונית נגולה המסכת העובדתית הצריכה לעניין על נסיבותיה, ומכאן מתבקש, ככלל, שהטענה תובא בפניה.⁵

עם זאת, ייתכנו נסיבות חריגות ויוצאות דופן שבהן ניתן למצוא צידוק לכך שבג"ץ ידון ויחליט בטענת ההגנה מן הצדק, במקרה של הגשת עתירה אליו. לבג"ץ שמורה הסמכות לדון בכך מכוח סמכותו הכללית והרחבה הקבועה בחוק-יסוד: השפיטה. חוק רגיל, כחוק סדר הדין הפלילי, אינו יכול לשלול סמכות מבג"ץ. השאלה היא שאלה של שיקול דעת.

2 ס"ח 1043 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").

3 ס"ח 189.

4 ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 900 (2003).

5 להקשר זה ראו בג"ץ 6317/01 זאפט נ' כבוד השופט שלי טימן, בית המשפט המחוזי תל אביב יפו, תק-על 301(3) 1084 (2001); דנג"ץ 779/97 סולימאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 306 (1997); בג"ץ 398/83 אביטן נ' הרכב שלושה שופטים, פ"ד לז(3) 467 (1983); בג"ץ 6781/96 חבר הכנסת אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793 (1996) (להלן: עניין אולמרט); ראו במיוחד הדיון בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 106(1) 1546 (2006) (להלן: עניין ניר עם).

בעניין ניר עם העלתה העותרת טענות שונות שלפיהן נפלו כמה פגמים מהותיים בהחלטה להגיש נגדה כתב אישום, ובהם הימנעות מקיום שימוע והגשת כתב אישום תוך חריגה מן המדיניות שהייתה נהוגה בשאלת ביצוע עברות מנהליות. בית המשפט ראה בטענות אלה בעיקרן טענות הנמנות עם טענת ההגנה מן הצדק. העתירה נדחתה מחמת קיומו של "סעד חלופי" – היכולת להעלות את הטענה בפני הערכאה הדיונית שתדון בכתב האישום כנגד העותרת. בית המשפט עמד גם על יתרונה של הערכאה הדיונית, בין היתר בגין הצורך לברר מחלוקות עובדתיות.

עם זאת, בג"ץ לא שלל בפסק הדין את האפשרות שבקיום "טעמים מיוחדים" ניתן יהיה לפנות אליו בעתירה לביטול כתב אישום שהוגש, או שעתיד להיות מוגש לאחר תום החקירה הפלילית. ניתן לחשוב על נסיבות שבהן הפגיעה בעקרונות הצדק וההגינות המשפטית נראית חמורה וקשה במיוחד, כאשר הנסיבות העובדתיות אינן מצריכות בירור עובדתי, היות ואינן שנויות במחלוקת. זאת בעיקר במקרה שבו נראה שההחלטה המתבקשת היא בעלת חשיבות מהותית-עקרונית מעבר לנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון.

באשר לערכאה הדיונית הדנה בכתב אישום ספציפי הרי זו מוסמכת להחליט לאלתר בטענה מקדמית, אולם היא רשאית גם להשהות את מתן החלטתה לשלב אחר של המשפט.⁶ הנאשם מצדו אינו מנוע מלהעלות את הטענה בדבר הגנה מן הצדק בשלב כלשהו של המשפט, אם לא העלה אותה בשלב הראשון.⁷

קבלתה של טענת ההגנה מן הצדק אינה עניין של מה בכך. הטענה היא ביסודה טענת מסגרת רחבה, מעין "סעיף סל", הכוללת מכלול רחב של נסיבות. סמכותו של בית המשפט לבטל כתב אישום או לתקנו בגין "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" נותנת בידיו כוח רב ויכולת למלא מסגרת ריקה בתוכן ממשי. לא הרי טענה זו כטענות מקדמיות ממוקדות ופרטיקולריות כחוסר סמכות, זיכוי קודם או הרשעה קודמת, חסינות, תיישנות, חנינה ועוד. המחוקק מצדו שלח, בקביעת הטענה, חץ הכוונה לשיקולי צדק והגינות והפקיד בידי בית המשפט סמכות להוציא את כוונתו מהכוח אל הפועל.

טענת ההגנה מן הצדק דומה במהותה לעילה המאפשרת לנשיא בית המשפט העליון להחליט על קיום משפט חוזר אם התעורר "חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".⁸ השתיים מזרימות אל תוככי המשפט הפלילי עקרונות חוקתיים

⁶ ראו ס' 150 לחוק סדר הדין הפלילי וס' 352 לחוק השיפוט הצבאי.

⁷ ראו ס' 151 לחוק סדר הדין הפלילי וס' 351(ג) לחוק השיפוט הצבאי.

⁸ עילת סל זו הוספה לס' 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: "חוק בתי המשפט") בשנת 1996. עילה זו התווספה לעילות ה"קלאסיות" והפרטיקולריות, שלפיהן ניתן לקיים משפט חוזר בעניין פלילי שנפסק בו סופית במקרה שבו פסק בית המשפט שראיה מהראיות שהובאו בעניין יסודה היה בשקר או בזיוף, שהוצגו עובדות או ראיות שעשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון, או שאדם אחר הורשע בינתיים בביצוע

של צדק והגינות, הנגזרים מהזכות החוקתית להליך הוגן, שהיא מצדה חלק מזכות האדם לכבוד.⁹ זו כזו קוראות לבית המשפט להשקיף על המקרה שבפניו ב"מבט-על", במעין "מעוף ציפור", המרחפת מעל התיק הפלילי כולו. הן יוצרות, שתיהן כאחת, "מהפכת צדק" במעגלי המשפט הפלילי.

קבלת הטענה בדבר ההגנה מן הצדק אינה מחייבת את בית המשפט לבטל את האישום. בידי נתונה גם הסמכות המתונה יותר לתקן את כתב האישום.¹⁰ בידי בית המשפט מסור שיקול הדעת באשר למהות הסעד שיינתן בעקבות קבלת הטענה. עצמת הסעד – ביטול כתב האישום או תיקונו¹¹ – תלויה, מטבע הדברים, במכלול הנסיבות הרלוונטיות,¹² "הכל כפי העניין ומנהג המקום וחכמת עיני הדיין".¹³ במאמרנו הקודם בנושא ההגנה מן הצדק, שפורסם בשנת 2003,¹⁴ הצבנו בפני בתי המשפט גישה רחבה, מנוגדת להלכה הפסוקה דאז. לפי גישתנו, ניתן וראוי לקבל את טענת ההגנה מן הצדק במקרה מתאים ש"נסיבות העניין אינן מצדיקות העמדה לדין", או ש"המשך ההליכים יגרום עיוות דין לנאשם" או ש"ניהול המשפט יהיה בלתי צודק בנסיבות העניין".¹⁵ בהצעת מבחנים אלה לתחולת ההגנה נפרדה דרכנו מפסיקת בית המשפט העליון, שעיצבה מבחן צר שלפיו רק "התנהגות שעורריית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" תצדיק את יישומה של ההגנה.¹⁶

⁹ מעשה העברה. ראו, למשל, מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999).
 ראו מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 377, 354 (2002). הדברים נכתבו באורו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין פסק דין זה ראו מאמרו של דוד וינר "שני מכתבים לעמוס ברנס" קרית המשפט ג 87 (2003).

¹⁰ ראו ס' 150 לחוק סדר הדין הפלילי וס' 353 לחוק השיפוט הצבאי. ראו גם עניין ניר עם, לעיל ה"ש 5, פס' 5 לפסק הדין. בית המשפט הדגיש שם, מפי השופט גרוניס, את סמכותה של הערכאה הדיונית המקבלת את טענת ההגנה מן הצדק לעשות שימוש בסעדים "מתונים ומידתיים", שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום, כמו, למשל, הוראה על ביטולם של אישומים ספציפיים או הבאה בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהגשת כתב האישום, אם הנאשם יורשע בדינו. פסק הדין ניתן בטרם כניסתו של החוק החדש לתוקפו.

¹¹ ראו הדיון להלן.

¹² בהקשר של הסעדים האפשריים השונים שיינתנו בעקבות הפרתה של זכות הטיעון, המהווה "עקרון יסוד מורשר בשיטתנו", שנועדה למנוע פגיעה בזכויותיו ובמעמדו של אדם, "בלא שניתנה לו הזדמנות הוגנת ונאותה" להביא טענותיו, ראו והשוו: בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 406 (4) 824 (2007) (להלן: עניין מצגר). לדוקטרינת "הבטלות היחסית" ולשיקולים שעל בית המשפט לשקול בהקשר זה, ראו בג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה, פ"ד מח(5) 291 (1994).

¹³ ש"ך חו"מ, סי' צו ס"ק ט.

¹⁴ זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42 (2003) (להלן: "מאמרנו הקודם").

¹⁵ שם, בעמ' 72.

¹⁶ ראו ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996).

בצד הצעה זו הבענו את העמדה שמן הראוי להקנות לנאשם בהוראה מפורשת בחוק זכות לטעון להגנה מן הצדק, ולא להשאיר את גיבוש ההלכה בידי הפסיקה בלבד. הצענו שהטענה תשולב כטענה מקדמית בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי. הצבענו על כך שניתן לקבל את טענת ההגנה מן הצדק כטענה מקדמית על ידי מתן פרשנות להוראה הקיימת בסעיף 149(3), שלפיה רשאי הנאשם לטעון ל"פגם או פסול בכתב האישום". עם זאת, ציינו שעדיפה הוראה מפורשת של המחוקק.¹⁷ עמדה כזו יושמה בחוק החדש.¹⁸ עתה, אנו מבקשים להאיר את המהלכים שקדמו לקבלת החוק החדש ובהם ההיסטוריה הטרומה חקיקתית וההיסטוריה הפרלמנטרית. נבקש להציע קווים מנחים לפרשנותו של החוק החדש. לגישתנו, כפי שנבחר להלן, פרשנות מצמצמת מדי של החוק החדש עשויה להיות מנוגדת לתכליתו ולרוקן אותו מתוכנו. פרשנות ראויה יהיה בה כדי להציב את המשפט הפלילי ברוח "התפיסה החוקתית החדשה" שלפיה מוקנה משקל נכבד לערכים החוקתיים המגנים על הנאשם, על כבודו ועל חירותו.¹⁹

ב. ההיסטוריה הטרומה חקיקתית

ההיסטוריה הטרומה חקיקתית היא ה"סביבה" שבה התקבל חוק חדש. היסטוריה זו כוללת מידע על מצב הדברים בטרם החקיקה. הרקע המשפטי והחברתי עשוי להעיד על ה"מכשלה שאותה רצה המחוקק להסיר".²⁰ חומר היסטורי, כמו למשל פסיקה הקודמת לחוק או דו"חות שעמדו בפני המחוקק, יכולים להאיר את החוק החדש.²¹ נבחן להלן את ההיסטוריה הטרומה חקיקתית בכמה מישורים: הפסיקה שקדמה

¹⁷ ראו במאמרנו הקודם, לעיל ה"ש 14, בעמ' 42–44.

¹⁸ לעמדה האמורה התווספו עמדות נוספות, וביניהן ספרו החשוב של ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** (2003). פסק דין רב חשיבות בנושא ניתן בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, (2005) (להלן: עניין **בורוביץ**). בית המשפט העליון קיבל שם, בעמ' 803–809, את העמדה שהבענו במאמרנו הקודם. להרחבה בהקשר זה ראו להלן בפרק על ההיסטוריה הטרומה חקיקתית.

¹⁹ לתפיסה זו ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996). ראו גם בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" **המשפט** ג 265 (1996); עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קרבנותיו" **ספר שמגר** חלק שני 255 (2003); מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה לפני פסק הדין בעניין בורוביץ ובעקבותיו" **המשפט** י 353 (2005).

²⁰ ע"פ 536/79 **מדינת ישראל נ' קדוש**, פ"ד לד(2) 552, 556 (1980).

²¹ לשימוש שנעשה בפסיקה בדין וחשבון של ועדה ציבורית בהקשר כללי, ראו למשל, עניין **מצגר**, לעיל ה"ש 12, פס' 8 לפסק הדין. לדיון בשימוש הפרשני בהיסטוריה הטרומה חקיקתית ראו להלן, בפרק ה'.

לחוק; דו"ח הוועדה לסדר הדין הפלילי בראשות שופטת בית המשפט העליון מרים נאור;²² והספרות המשפטית בישראל בשאלת ההגנה מן הצדק, שעמדה בשלב הטרום-חקיקתי בפני בתי המשפט ובפני הוועדה.

1. הפסיקה שקדמה לחוק ההגנה מן הצדק

טענת ההגנה מן הצדק אוזכרה ככל הנראה לראשונה בפסק דין משנת 1974.²³ בית המשפט דן באותו מקרה בטענה של "סיכון כפול" והזכיר את טענת ההגנה מן הצדק כטענה ש"טרם נטענה בארץ", ושאוזכרה בפסיקה האנגלית. הדברים נאמרו במעין אמרת אגב, והטענה לא נדונה לגופה.²⁴

בית המשפט העליון דן לראשונה לעומקה בטענת ההגנה מן הצדק בפסק דין מקיף בשנת 1996.²⁵ באותו מקרה, בעניין יפת, דן בית המשפט בשאלת הרשעתם של הבנקאים והבנקים בפרשת "ויסות מניות הבנקים". בית המשפט העליון דחה את טענת ההגנה, שלפיה לא היה מקום לניהול ההליך הפלילי מטעמים שונים ובהם המעורבות העמוקה של הרשויות עצמן בתהליך הוויסות. המערערים טענו שיש לבטל את האישום שהוגש נגדם בגין התנהגות הרשויות והסתמכו על טענת ההגנה מן הצדק.

דעת הרוכב בעניין יפת קבעה שאין להחיל במקרה הנדון, על נסיבותיו, את תורת ההגנה מן הצדק.²⁶ מבחינה עקרונית קבע בית המשפט, מפי השופט דב לוין, שבטענה ייעשה שימוש רק במקרה שבו עשתה הרשות "שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה".²⁷ בית המשפט אימץ את מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות, היינו התנהגות שעוריינית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו".²⁸

²² להלן: "ועדת נאור", המחברים מודים לעו"ד יפעת רווח ממחלקת יעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, מרכזת הוועדה, שהואילה להעמיד לרשותנו את הפרוטוקולים של ישיבות הוועדה לצורך כתיבת מאמר זה (הפרוטוקולים אינם רשמיים).

²³ ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 798 (1974).

²⁴ שם, בעמ' 803. בית המשפט התייחס למעשה להכרה בטענה במשפט האנגלי, שלפיו קיימת סמכות טבועה בידי בית המשפט לבטל אישום שיש בו בנסיבות המקרה משום "התעמרות" בנאשם. ראו: Connolly v. D.P.P. [1964] 2 All E.R. 401. ראו גם ע"פ 450/77 בעל טכסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 152 (1978).

²⁵ עניין יפת, לעיל ה"ש 16.

²⁶ השופט טל בדעת מיעוט, סבר שהיה מקום להורות על זיכוי באחד מן האישומים, מטעמי צדק, וזאת בגין העובדה שהמדינה ידעה על ויסות המניות ואף עודדה אותו. ראו שם, בעמ' 491–492.

²⁷ שם, בעמ' 369–368.

²⁸ שם, בעמ' 370.

מבחן יפת היה במשך שנים מספר למבחן המוביל במשפט הישראלי שהציב, הלכה למעשה, את טענת ההגנה מן הצדק כ"אות מתה" בפסיקת בית המשפט העליון. על רקע מבחן זה ואימוצו נדחתה הטענה בעניין **אולמרט**²⁹ ובעניין **כץ**³⁰. פסיקה נוספת של בית המשפט העליון העידה על כך שבית המשפט היה נכון להכיר בהגנה מן הצדק להלכה, אך זו נשארה בבחינת "הלכה ואין מורין כן".³¹ הדבר בלט במיוחד בעניין **קוגן**, שנפסק בשנת 1997.³² באותו מקרה הועמדו חיילים לדין בעקבות מרד בכלא צבאי, תוך הפרת הבטחה שלטונית מפורשת שלא להעמיד את החיילים לדין. בית המשפט סירב להתערב בעניין זה בהחלטת רשויות התביעה תוך שימת דגש על חומרת העברה ועל האינטרס הציבורי.

חרף נימוקי בית המשפט, קשה להתעלם מהפגיעה בעקרונות של צדק והגינות משפטית כלפי הנאשמים, עקרונות שהפגיעה בהם יכולה להביא לכך שבמקרים דומים לא יינתן עוד אמון בהבטחותיה של הרשות השלטונית. בהקשר זה מן הראוי לשים לב לפסיקת מועצת המלכה בעניין *Phillip*³³. בפסק הדין שניתן בשנת 1995 קיבלה מועצת המלכה את טענתם של מורדים שהשתלטו על בניין הפרלמנט המקומי, שאין לנהל משפט נגדם נוכח חוסר הצדק שבהפרת ההסכם עמם.

"סנונית ראשונה" שבישרה על ראשית ההינתקות מכבליה של הלכת יפת, הייתה פסיקת בית המשפט העליון בעניין **חרמון**³⁴. אותו מקרה עסק בעורך דין שהורשע בעברת רצח ושסיים את ריצוי עונשו. שלוש-עשרה שנים לאחר ביצוע העברה יזם הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין הליך משמעותי נגדו, שנועד להביא להוצאתו מן הלשכה, חרף העובדה שזה שנים רבות, מטבע הדברים, הוא לא נמנה עם שורות הלשכה.

בית המשפט העליון קיבל בפעם הראשונה, והיחידה עד כה, את טענת ההגנה מן הצדק, הלכה למעשה. בהחלטה של דן יחיד החילה השופטת אילה פרוקצ'יה את עקרון ההגנה מן הצדק על המקרה הנדון בגין שיהוי ניכר בקיום הליך ההשעיה המנהלי. כדבריה, אחד המצבים העשויים להצמיח טענת הגנה מן הצדק בפי נאשם, אף שטרם חלפה תקופת ההתיישנות הסטטוטורית, יסודו בשיהוי. כך, מקום שניהול המשפט לאחר זמן עלול, בנסיבות העניין, לפגוע פגיעה חמורה ביכולתו של אדם להתגונן או שהוא עלול לעמוד "בסתירה עמוקה לחובת הצדק וההגינות המתחייבת

29 עניין **אולמרט**, לעיל ה"ש 5.

30 בג"ץ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נה(1) 529 (1997).

31 ראו במאמרנו הקודם, לעיל ה"ש 14, בעמ' 63-66.

32 בג"ץ 5319/97 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נא(5) 67 (1997). ראו: בעז אוקון "פרשת כלא 6" המשפט ד 53 (1998). לגישה שונה ראו להלן, ה"ש 56 והטקסט הנלווה לה.

33 ראו: Attorney General of Trinidad and Tobago v. Phillip, [1995] 1 A.C. 39.

34 על"ע 2531/01 **חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי דין**, פ"ד נח(4) 55 (2004).

מניהול הליך פלילי תקין",³⁵ תעמוד לו הטענה.

השופטת פרוקצ'יה נשענת לכאורה, כעולה מפסק הדין, על המבחן שנקבע בפסק הדין בעניין יפת, אולם דבריה מעידים על אימוצו של מבחן רחב יותר. זאת, למשל, בדבריה, שלפיהם "גם אדם העומד לדין משמעת זכאי להגנה מן הצדק אם ובמידה שההליך הננקט נגדו עומד בסתירה בולטת לדרישות הצדק וההגינות".³⁶ לגופו של עניין נפסק כי האיזון הראוי בין עניינו של הציבור בקיום הליכי משמעת לבין ההגנה על זכויות הפרט מטה את הכף לעבר העדפת זכויות הפרט. זאת, נוכח העובדה שהליכי המשמעת הושהו "בלא הצדק סביר", כך שפתיחתם לאחר עבור זמן כה רב מגיעה כדי "חוסר הגינות בולט ואי צדק רב" כלפי בעל הדבר.³⁷

פסק הדין בעניין חרמון היה מסוללי הדרך לחוק החדש במה שנוגע לעיצוב הנוסחה המאפשרת לבית המשפט לבטל או לתקן את כתב האישום, אם הוא או ניהול ההליך הפלילי, עומדים "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". הדמיון שבין הדברים שנאמרו בפסק דין חרמון לבין הנוסחה שאומצה על ידי החוק החדש בולט לכאורה. זאת, הגם שפסק הדין לא קיבל ביטוי מובהק בהיסטוריה הטרומה חקיקתית או בהיסטוריה הפרלמנטרית-חקיקתית של החוק החדש.

פסק דין אחר של בית המשפט העליון, בעניין בורוביץ, שניתן במארכ 2005, השפיע במישרין על הדיונים בוועדת נאור.³⁸ באותו מקרה הרשיע בית המשפט המחוזי מנהל כללי של חברת ביטוח, את חברת הביטוח עצמה ושניים מנושאי המשרה הבכירים בה, בניצוע עברות של עשיית הסדרים כובלים בענפי ביטוח שונים, בניגוד לסעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. על חברת הביטוח הוטל קנס, ועל נושאי המשרה הוטלו עונשי מאסר בפועל (בעבודות שירות), מאסר על תנאי וקנסות.

המערערים טענו לבטלות כתב האישום שהוגש נגדם, וביקשו את ביטול הרשעתם מחמת הגנה מן הצדק בשל הפלייתם לרעה לעומת אחרים שלא הועמדו לדין בגין אותם הסדרים כובלים. הם טענו להיותם קרובן לחרם שהוטל עליהם על ידי השותפים להסדרים, שבעקבותיו הצטרפו להסדרים למראית עין בלבד. כמו כן טענו לפגמים שנפלו בהליך הסמכתם של החוקרים הפרטיים שניהלו את החקירה נגדם ולפגמים בניהול הליך החקירה הפלילית. לגופו של עניין, טענת ההגנה מן הצדק נדחתה מן הטעם שלא הייתה בניהולו של ההליך הפלילי בעניינם של המערערים משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות המצדיקה את ביטולו של ההליך או את זיכויים

35 שם, בעמ' 77-79.

36 שם.

37 שם. יש לציין, עם זאת, שפסק הדין נסמך בין היתר על העובדה שעורך הדין שדובר בו לא עסק במקצוע והצהיר על היעדר כוונה מצדו לבקש את חידוש חברותו בלשכה.

38 ראו הדיון להלן.

מחמת הגנה מן הצדק.³⁹

מבחינה עקרונית הסתייג בית המשפט בעניין **בורוביץ** מהמבחן הצר ליישום טענת ההגנה מן הצדק שנקבע בעניין **יפת**. בית המשפט פסק, מפני השופט אליהו מצא, ש"אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערווייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקימו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות".⁴⁰ כך נראה שמוקד הדיון בטענה איננו רק בהתנהגות הרשות, אלא מדובר בהסתכלות רחבה במעין "מבט-על" על נסיבות המקרה בכללותן.

עם זאת, יש לציין, שההסתייגות ממבחן **יפת** בפסק הדין אינה מוחלטת. בית המשפט ראה כאמת מידה ראויה את זו שנקבעה בפרשת **יפת** במה שנוגע להשתק רשות. הוא ציין שלא מן הנמנע שבמקרים שעניינם אינו בכך, תיקבע דרישת זהירות שונה, ככל הנראה נמוכה יותר. בית המשפט הדגיש גם, שלא כל מעשה נפסד של הרשויות, החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק. בית המשפט ייתן עדיפות לאינטרס הציבורי שבקיום המשפט, וישקול שימוש בכלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות טרם ישתמש באמצעי הקיצוני של ביטול ההליך הפלילי. ההליך הפלילי יבוטל "במקרים חריגים ביותר", וידרוש מהנאשם להראות קשר סיבתי בין ההתנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו.⁴¹

ההחלטה בדבר החלתה של ההגנה מן הצדק, כעולה מפסק הדין, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרוניות והאינטרסים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. כך יישקלו האינטרסים של העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמם; הוצאת האמת לאור; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקרבן הנפגע; ומצד שני – הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכים נפסדים של הרשויות והרתעתן ממהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל אמון הציבור בבתי המשפט.⁴²

בית המשפט הבהיר ששאלת הפעלתה של ההגנה תיבחן בשלושה שלבים: בשלב הראשון יזהה בית המשפט את הפגמים שנפלו בהליך ויעמוד על עצמתם, במנותק משאלה של אשמה וחפות; בשלב השני יבחן בית המשפט אם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש משום "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות". בשלב זה

³⁹ עניין **בורוביץ**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 851.

⁴⁰ שם, בעמ' 807–808.

⁴¹ שם.

⁴² שם.

יידרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלוונטיים השונים, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבות הקונקרטיות של ההליך שלפניו. בתוך כך ייחס בית המשפט משקל לחומרת העברה המיוחסת לנאשם, לעצמת הראיות, לנסיבות האישיות של הנאשם ושל קרבן העברה; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולמידת האשם הרובץ על כתפי הרשות, תוך התייחסות לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום לב.

בשלב השלישי יידרש בית המשפט לשאלת הסעד, ויבחן שמא ניתן לרפא את הפגמים שהתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. כך תיבחן האפשרות של ביטול אישומים ספציפיים, של פסילת ראיה מסוימת או של הקלה בעונש.⁴³

ההלכה בעניין **בורוביץ** פורשה בבית המשפט העליון כ"מפתחת ומרחיבה" את ההלכה הקודמת שהייתה קיימת מאז פסק הדין בעניין **יפת**.⁴⁴ בעניין **רוזנשטיין**⁴⁵ נפסק שניתן לעורר טענה של הגנה מן הצדק לא רק בהליך פלילי במוכן הצר, אלא גם בהתייחס להליכי הסגרה, אם כטענה "פנימית" שבהליכי ההסגרה ואם כטענה "חיצונית"-כללית. בית המשפט, מפי השופט אדמונד לוי, הציב את המבחן לתחולת ההגנה, היכולה להוביל לדחיית בקשת הסגרה, כחל במקרה שבו התגלה "חשש ממשי לפגיעה בעקרונות הצדק וההגינות המשפטית או בזכות למשפט הוגן".⁴⁶

בעניין **הרשברג**⁴⁷ ציין השופט סלים ג'ובראן כי עניין **בורוביץ** "מפתחת ומרחיבה" את ההלכה שהייתה קיימת עד אז. עם זאת, נראה שבית המשפט התקשה באותו מקרה להשתחרר מכבליה של הלכת **יפת**, והיה נכון להחיל את ההגנה רק במקרים נדירים ויוצאי דופן. במקרה זה דחה בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על פסיקת בית המשפט המחוזי, שהפכה על פניה את פסיקת בית משפט השלום, שזיכתה נאשם מעברה בגין התנהגות בעייתית ובלתי ראויה של עובדי הרשות הציבורית כלפיו. נראה על פני הדברים שיסוד החלטת בית המשפט העליון נעוץ בעיקרו בסטנדרטים המחמירים ביותר שקבע בית המשפט באשר למקרים שבהם תתקבל הטענה.

ההיסטוריה הטרומה חקיקתית, על השינוי שחל בה בעשור שבין מתן הלכת **יפת** בשנת 1996 ועד לקבלת הלכת **בורוביץ**, בשנת 2005, תפסה מקום מרכזי בהיסטוריה

43 ש.ם.

44 ראו דנ"פ 5189/05 **איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006 (2) 474 (2006). עתירה זו, לדיון נוסף בהלכת **בורוביץ**, נדחתה, חרף החידוש שבהלכה, זאת הואיל והעותרים בדיון הנוסף לא תקפו את המבחן הכולל שנקבע על ידי בית המשפט והתמקדו בעניינים אחרים.

45 ע"פ 4596/05 **רוזנשטיין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005 (4) 2082 (2005).

46 ש.ם, פס' 10 לפסק הדין. טענת ההגנה מן הצדק נדחתה לגופה, הואיל והמעורר לא הניח תשתית לכך שהחלטה בעניין הסגרתו הייתה מפלה, כך שהתגלה בה פסול של אכיפה מפלה.

47 רע"פ 1498/07 **הרשברג נ' מדינת ישראל**, תק-על 2007 (1) 3737 (2007).

הפרלמנטרית-חקיקתית.⁴⁸ כך, מציינים דברי ההסבר להצעת החוק החדשה, שתכליתה היא לעגן בחקיקה את טענת ההגנה מן הצדק "אשר אומצה בשיטת המשפט בישראל בדרך של הלכה פסוקה". באשר לפסק דין **בורוביץ**, הודגש, כי בו "הרחיב בית המשפט במידה ניכרת את היקף פריסתה של טענת ההגנה מן הצדק", כשהוא משנה את ההלכה שהייתה קיימת בעניין זה למן פרשת **יפת**. את המבחן שנקבע בעניין **בורוביץ**, הוא "מבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק", מתארת הצעת החוק כ"מבחן מקל, גמיש יותר".⁴⁹

פסק הדין בעניין **בורוביץ** הוא פסק דין שיש בו פנים לכאן ולכאן. ניתן למצוא בו, מחד גיסא, מבחן גמיש ורחב לקבלת טענת ההגנה מן הצדק במקרה של "פגיעה ממשית בתחושת הצדק". כך תקום הטענה לא רק במקרה שבו הסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית היא חריפה או קיצונית. הדגשה זו של ההלכה מתיישבת גם עם סטייתו של פסק הדין מהמבחן הצר שנקבע בפרשת **יפת**. גישה מרחיבה זו של פסק הדין עולה גם מההפניות שעשה בית המשפט לספרות המשפטית שצידדה במבחן מרחיב. מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מכך שבתוככי פסק הדין ניתן למצוא גם אמרות, כפי שהובהר לעיל, המצביעות על רגיעה מיישום ההלכה במקרים שאינם חריגים ויוצאי דופן.

המחוקק מצדו נקט מבחן דומה למבחן הרחב שעומד במוקדו של עניין **בורוביץ** כפי שפורש בעניין **רוזנשטיין**. מבחנו של החוק החדש לתחולת טענת ההגנה מן הצדק הוא בקיומה של סתירה "מהותית" לעקרונות של צדק והגינות משפטית. דרישה זו דומה ביסודה למבחני הפסיקה בדבר פגיעה "ממשית" בתחושת הצדק, כתנאי לתחולת הטענה. מדובר במושגים דומים, המשתייכים לאותה "משפחה" לשונית מבחינת עצמתם. זאת, להבדיל מדרישה לפגיעה "קיצונית" או "חריפה".⁵⁰ לא ניתן לתאר את המצב המשפטי ששרר ערב קבלת החוק החדש בלא להתייחס לפסיקתן של הערכאות הדיוניות השונות – בתי משפט השלום, בתי המשפט המחוזיים ובתי הדין לעבודה. עוד בטרם ניתן פסק הדין בעניין **בורוביץ** התחוללה בערכאות אלה מעין "מהפכה שקטה", שהכירה בטענת ההגנה מן הצדק תוך יצירת "מסלול עוקף" להלכה הנוקשה שנקבעה בעניין **יפת**.⁵¹ בית המשפט העליון עצמו נגע בכך בעניין **בורוביץ**, באמרו ש"לא הכול – בקרב המלומדים וכנראה אף בקרב השופטים – דעתם נוחה מאמת המידה שנקבעה בפרשת **יפת**".⁵²

48 ראו הדין להלן בהיסטוריה זו.

49 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז–2007, ה"ח 138 (להלן: "הצעת החוק").

50 ראו הדין להלן, בפרק פרשנות החוק.

51 לסקירה מאלפת של פסקי הדין של הערכאות הדיוניות הנמוכות שהכירו בטענה, ראו בספרו של נקדימון **הגנה מן הצדק**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 22.

52 ראו בעניין **בורוביץ**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 805–806.

לאחר מתן פסק הדין בעניין **בורוביץ** ובטרם התקבל החוק החדש היו הערכאות הדיוניות לנושאי דברה של "מהפכת הצדק" שזרעיה נזרעו בפסק הדין. כך בעניין **מכבי קרית מוצקין**⁵³ אישר בית המשפט המחוזי בחיפה את פסיקת בית משפט השלום, שלפיה נמחק כתב אישום כנגד עמותה ומנהליה בגין אי-העברת ניכויים למס הכנסה, הואיל ובמקרה דומה, חמור אף יותר, לא הוגש כתב אישום. בית הדין לאזורי לעבודה בתל אביב ביטל כתב אישום כנגד הפעלת חנויות במרכזי קניות ציבוריים ביום המנוחה השבועי, בשל העובדה שכנגד אחרים, בעלי עסקים זהים במהותם, לא הוגשו כתבי אישום. בית הדין האזורי ראה באותו מקרה, בעניין **קשת היפרטוי**⁵⁴ עילה לביטול כתב אישום בגין אכיפה בררנית.

בעניין **משכנות הדר**⁵⁵ קיבל בית המשפט המחוזי בתל אביב את טענתה של חברה קבלנית, שלפיה ראוי לבטל את כתב האישום נגדה, בעברות תכנון ובנייה, בשל העובדה שפעלה על סמך מצג מתמשך של העירייה. לפי מצג זה, ניתנה הסכמת העירייה לבנייה מראשיתה, גם אם לא הוצאו פורמלית כל ההיתרים הנדרשים. בנסיבות אלה נקבע כי לא היה זה ראוי להגיש כתב אישום פלילי, ולפיכך ביטל בית המשפט את כתב האישום.

בעניין **בכר**⁵⁶ התבררה בפני בית משפט השלום בטבריה טענת הנאשם להגנה מן הצדק שנועדה להביא לביטול הכרעת דין, שלפיה הורשע בעברה של החזקת נשק שלא כדין. הנאשם הורשע על פי הודאתו, בהחזקת נשק שלא כדין, בכך שהחזיק בביתו אקדח, ללא היתר. במהלך הטיעונים לעונש זימן הנאשם לעדות שוטר, שמעדותו עלה שהאקדח נמסר למשטרה, לאחר שאנשי המשטרה הבטיחו לנאשם כי לא יוגש כנגדו כתב אישום. בית המשפט קיבל את טענת ההגנה מן הצדק ופסק, שנוכח ההבטחה שניתנה לנאשם, שבגינה מסר את האקדח לידי המשטרה, נדחה האינטרס הציבורי של העמדתו לדין וגובר האינטרס שבשמירת זכויותיו ובריסון כוחה של הרשות. כך גם אם נראה שמעשה הרשות לא נעשה בכוונת זדון. בית המשפט הדגיש כי "מעשה הרשות, המתכחשת להבטחה מפורשת שניתנה כרוכה בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות".

⁵³ ע"פ (מחוזי חי') 488/05 מדינת ישראל נ' מכבי קרית מוצקין, תק-מח 06(3) 684 (2006).

⁵⁴ ת"פ (ת"א) 1121/01 קשת היפרטוי שותפות מוגבלת נ' מדינת ישראל תק-עב 06(1) 11653 (2006). עם זאת, בית הדין הארצי לעבודה לא ראה עין בעין עם בית הדין האזורי, וקיבל את ערעור המדינה – ע"פ 14/07 מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה נ' הום סנטרס בע"מ, תק-אר 07(4) 487 (2007). החלטתו התקבלה לאחר קבלת התיקון לחוק, ונקבע בה כי אין לראות בהתנהגות המדינה כאכיפה בררנית.

⁵⁵ עפ"א (מחוזי ת"א) 80034/04 משכנות הדר בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-מח 07(1) 8505 (2007).

⁵⁶ ת"פ (שלום טב') 2309/04 מדינת ישראל נ' בכר, תק-של 05(2) 12480, 12490 (2005) (להלן: עניין בכר).

בעניין **חלבי**⁵⁷ ביטל בית משפט השלום בחיפה כתב אישום שעסק בעברה של ביצוע עבודות בנייה ללא היתר, לנוכח הסתמכותם של הנאשמים על בקשת ראש המועצה עצמו, אשר ביקש מהם לבצע את העבודות המדוברות. נפסק, כי האשם שרובץ לפתחה של המועצה הוא "ברור ומובהק", וכי האמצעי היחיד האפשרי בנסיבות העניין הוא ביטולו של כתב האישום.

די בפסיקה זו כדי להיווכח שהלכת **בורוביץ** נקלטה בערכאות הדיוניות ערב קבלת החוק החדש ב"נפש קולטת". ניתן לציין גם שהפסיקה הלכה במידה מסוימת אף מעבר לעמדת בית המשפט העליון, שלפיה מן הראוי לשקול בכל מקרה, בטרם החלטה על ביטול אישום, סעד מידתי מתאים, שאינו מגיע לכדי הצעד הקיצוני של ביטול אישום. הערכאות הדיוניות ראו את המקרים שנזכרו כמצדיקים נקיטת סעד חריף, דרסטי, של ביטול כתב אישום בשל פגיעתו בזכות להליך הוגן.⁵⁸

2. דיוני ועדת נאור

דו"חות של ועדות הם חלק בלתי נפרד מההיסטוריה הטרומ-חקיקתית. חומר היסטורי זה הוא בעל חשיבות, בה במידה שעמד בפני המחוקק והשרה מהשפעתו על החקיקה החדשה.⁵⁹ לפיכך אזכורם של דו"חות כאלה הוא נפוץ למדי בפסיקת בתי המשפט המפרשת חקיקה.⁶⁰

כאשר מדובר בוועדת מומחים, שבראשה עומד שופט של בית המשפט העליון, בעל מומחיות מיוחדת בתחום הנדון, מאליו ניתן להניח שתיוחס לדו"ח זה משמעות מיוחדת. כך זכה דו"ח ועדת המומחים הקבועה לסדר הדין הפלילי, בראשות שופטת בית המשפט העליון מרים נאור, להתייחסות מיוחדת בדיונים שקדמו לקבלת החוק.⁶¹ הישיבה הראשונה שבה דנה הוועדה בנושא ההגנה מן הצדק התקיימה ב-2005.9.3.⁶² רוב המשתתפים בישיבת הוועדה תמכו בעיגון ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי.⁶³ השופטת נאור סיכמה את הדיון בכך שיש לגבש כמה חלופות לנוסח

57 ת"פ (שלום חי') 1999/00 **מדינת ישראל נ' חלבי**, תק-של 2007 (2) 17359 (2007) (להלן: עניין **חלבי**).

58 לעניין הסעדים ראו להלן, בפרק על פרשנות החוק.

59 ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 367 (1993).

60 ראו מ"ח 8390/01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**, תק-על 405 (4) 474, פס' 11 (2005). ראו גם למשל, זאב סגל **חופש העיתונות בין מיתוס למציאות** 109 (1996) באשר לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; זאב סגל **הזכות לדעת באור חוק חופש המידע** 65–66 (2000) באשר לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

61 ראו בנוסף להלן, בדיון על ההיסטוריה החקיקתית. ועדת נאור מורכבת משופטים, אנשי אקדמיה, אנשי רשויות התביעה והסנגוריה ונציגי ענף יעוץ וחקיקה של משרד המשפטים.

62 ראו לעיל ה"ש 22.

63 עמדה שונה ביטא בוועדה זו עו"ד ערן שנדר, פרקליט המדינה, שלגישתו לא מן הראוי היה

שיוצע על ידי הוועדה בנושא ההגנה מן הצדק. ישיבה זו התקיימה שלושה שבועות לפני שניתן – פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין **בורוביץ**. חלק מהמשתתפים בדיון עמדו על הצורך להכיר בהגנה מן הצדק על פי מבחן רחב יותר מזה שנקבע בעניין **יפת**, ששיקף אז את הדין. עמדה זו בוטאה בידי עו"ד יואב ספיר, סגן הסנגור הציבורי הראשי. לעומת זאת, עו"ד לבנת משיח, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הביעה את העמדה, שיש להגביל את ההגנה למצב של "חוסר צדק קיצוני" בלבד.

הדיון המסכם של הוועדה בנושא התקיים ב-4.5.2005. בפני הוועדה עמדה הצעת החוק של חברי הכנסת גדעון סער ומשה כחלון לעיגונה בחוק של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.⁶⁴ הדיון בוועדה התקיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין **בורוביץ**. בדיון ביקש עו"ד יהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה, לשקול מחדש את החלטת הוועדה לעגן את ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי. עמדה דומה הביעה גם סגן ניצב אלינוער מזוז, סגנית היועץ המשפטי במשרד לביטחון פנים. לדבריה, עיגון ההגנה בחוק יגרום "להתארכות ניכרת של כל ההליכים, הואיל וכל תיק יכלול בירור שלם של התנהגות הרשות". כנגד עמדה זו התבטאו נציגי הסנגוריה הציבורית ועו"ד יהודית קרפ, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

לאחר קיום הצבעה בנושא החליטה הוועדה להותיר על כנה את ההחלטה להמליץ על עיגון ההגנה בחוק סדר הדין הפלילי. עיקר הדיון נסב על הנוסחה הראויה. השופטת נאור הציעה לעגן את ההגנה בצורת כותרת של "הגנה מן הצדק" בלבד ולהותיר לבית המשפט למלא תוכן את המסגרת הכללית שקבע המחוקק. השופטת הדגישה שמן הראוי יהיה לשקול בכל מקרה את האיזון בין הצדק לבין צורכי המערכת והצורך למיצוי ההליך השיפוטי. עו"ד למברגר, בשם הפרקליטות, הציע לקבוע נוסחה שלפיה תחול ההגנה במקרה שכתב האישום או ניהול ההליך "עומד בסתירה מהותית/קיצונית" לעקרונות של צדק. הוא הדגיש את הצורך בדרישת פגיעה קיצונית או מהותית כדי שלא תיושם ההגנה כדבר שבשגרה. הדובר השאיר פתוחה את האפשרות להכריע בין דרישה לפגיעה "קיצונית" לבין דרישה לפגיעה "מהותית". השופטת נאור הציעה נוסחה שלפיה תחול ההגנה מן הצדק במקרה שבו "הגשת

שלב את ההגנה בספר החוקים, ויש להותירה לשיקול דעתו של בית המשפט. הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון – הגנה מן הצדק), התשס"ה–2004, ה"ח 3029. ההצעה הונחה לראשונה על ידי חברי כנסת אלה על שולחן הכנסת בדצמבר 2004 כהצעת חוק פרטית לתיקון חוק סדר הדין הפלילי. את ההצעה יזמה וניסחה יו"ר הפורום הפלילי של לשכת עורכי הדין, עו"ד רחל תורן. ההצעה גובשה בעקבות ספרות משפטית שפורסמה בנושא. ראו דיון להלן. הצעת החוק הציעה להכיר בהגנה מן הצדק כטענה מקדמית, מקום שהרשות נהגה כלפי נאשם בחוסר צדק קיצוני או שהחלטה להגיש כתב אישום היא חסרת תום לב או בלתי סבירה. הצעת החוק הונחה מחדש על שולחנה של הכנסת ה-17, ראו לעיל ה"ש 1. הצעה זו הוגשה על ידי חברי הכנסת גדעון סער ומשה כחלון. ראו להלן בדיון על ההיסטוריה החקיקתית-פלמנטרית.

כתב אישום או ניהול ההליך עומדים בסתירה קיצונית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". עמדה זו נראתה נוקשה מדי בעיני חברת הוועדה, עו"ד קרפ, שהציעה נוסחה שלפיה תומר דרישת ה"קיצוניות" לדרישה של קיום סתירה "מהותית או ממשית" לעקרונות האמורים.

בהצבעה התקבלה ברוב של 6:5 הדרישה לקיום סתירה "קיצונית". עם זאת, הוסכם ששתי ההצעות יועברו לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, האמורה לדון בהצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת.⁶⁵

3. הספרות המשפטית

בעניין **בורוביץ**⁶⁶ התייחס בית המשפט לכך שלא הכול בקרב המלומדים דעתם נוחה מהמבחן שנקבע בעניין **יפת**. הספרות המשפטית בישראל עסקה בסוגיית ההגנה מן הצדק בכמה חיבורים אקדמיים. במקביל למתן פסק הדין בעניין **יפת**, התפרסם מאמרם של בעז אוקון ועודד שחם.⁶⁷ לשיטתם, בית המשפט אמור לבדוק, במסגרת ההגנה מן הצדק, אם יש הצדקה לקיום ההליך הפלילי ולניהולו. המחברים שמו דגש לא רק על בחינת התנהגותה של הרשות, כי אם בעיקר על מצבו של הנאשם. כך, שגם אם פעלה התביעה בתום לב גמור, לא יהא בכך כדי לחסום את דרכו של הנאשם מלהעלות טענה של הגנה מן הצדק.⁶⁸

במאמרנו הקודם, שפורסם לאחר עניין **יפת**, הצענו שבית המשפט יבחן קשת רחבה של טעמים העשויים להצדיק את הפסקתו של ההליך הפלילי ובהם שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום, הפרת הבטחה שניתנה על ידי רשות, אכיפה בורנית של החוק והיעדר מידתיות בקביעת האמצעי הפלילי שהרשות בחרה בו. זאת, הרבה מעבר למבחן הצר שעוצב בפרשת **יפת**.⁶⁹ בד בבד עם מאמר זה פורסם ספרו מאיר העיניים של ישגב נקדימון.⁷⁰ הספר הדגיש שקליטת ההגנה מן הצדק במשפטנו מרחיבה את תפקידו של בית המשפט לעבר מסלול מיוחד, המאפשר לו להכריע בשאלה אם מן הראוי היה להעמיד נאשם לדין או לנהל את משפטו בנסיבות

⁶⁵ ראו להלן הדיון בהיסטוריה החקיקתית. ועדת השרים לענייני חקיקה, מצדה, החליטה, בהמלצת משרד המשפטים, להעביר את הדיון בנושא שהועלה בפניה לוועדה לסדר הדין הפלילי, כפי שאכן נעשה. בוועדת השרים לא נרשמים פרוטוקולים, אלא רק מתקבלת החלטה סופית. זאת, כהבהרת עו"ד רווח, מרכזת הוועדה לסדר הדין הפלילי.

⁶⁶ עניין **בורוביץ**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 805–806.

⁶⁷ אוקון ושחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", לעיל ה"ש 19.

⁶⁸ שם, בעמ' 278. ראו גם אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" **קרית המשפט** א 381 (2001).

⁶⁹ ראו מאמרנו הקודם, לעיל ה"ש 14, בעמ' 44, 72.

⁷⁰ נקדימון **הגנה מן הצדק**, לעיל ה"ש 18.

המיוחדות של המקרה.⁷¹

לאחר פרסום פסק הדין בעניין **בורוביץ** פורסם מאמרו של מרדכי לוי, שופט בית הדין הצבאי לערעורים.⁷² המחבר הצביע על כך שהסתיימו "חבלי הלידה" של ההגנה מן הצדק, אם כי טרם התבררו עד תום שאלות יסוד בדבר מהות הטענה, ה"מודל" שעליו מושתתת סמכותו של בית המשפט לקבלה, גדרי תחולתה ומגוון הערוצים שבהם היא יכולה להתעורר. המחבר הציע לנקוט גישה מצמצמת בקבלת הטענה, תוך מודעות להשלכות האפשריות של קבלת הטענה על מיצוי הדין וחקר האמת, ההגנה על שלום הציבור ועוד.

המאמרים השונים בנושא עמדו לנגד עיניה של ועדת נאור, שחלק מהוויכוחים שהתעוררו בה נסכו על הגישות השונות האפשריות, כפי שהואר לעיל.

ג. ההיסטוריה החקיקתית-פרלמנטרית

גורמים שונים חברו יחדיו להבאתה של טענת ההגנה מן הצדק לפתחו של בית המחוקקים. בראש גורמים אלה עמדה פסיקת בית המשפט העליון ופסיקת הערכאות הדיוניות, שנתנה ביטוי לטענה זו. גם הספרות המשפטית שהתפרסמה בנושא ושקראה לאימוץ חקיקתי של ההגנה עשתה את שלה. ספרות רלוונטית נזכרה בדיוניה של ועדת נאור.⁷³ נראה שלא ניתן להתעלם גם מכך שבציבוריות הישראלית הועלו טענות רבות על שיהוי בלתי סביר בקבלת החלטות של רשויות התביעה בנושא העמדה לדין וכן על אכיפה בררנית של החוק. טענות אלה קידמו את הצורך שלא להתעלם מהאינטרס שבקיום הליכים הוגנים גם נוכח הצורך להילחם בפשיעה ולמצות את הדין עם העבריינים.

בפני המחוקק עמדה קשת רחבה של אפשרויות: להותיר טענת הגנה זו כהלכה פסוקה מבלי לעגנה בחוק; לעגן את הטענה בחוק סדר הדין הפלילי בכותרת בלבד, מבלי לתת בידי בית המשפט הכוונה בדבר אמות המידה להפעלתה; לעגן את ההגנה בחוק, ברוח פסיקת בית המשפט העליון בעניין **יפת**; לעגן את ההגנה בחוק בצורה מרחיבה יותר, ברוח ההלכה שנפסקה בעניין **בורוביץ**; לעגן את ההגנה בחוק בנוסחה רחבה יותר אף מזו שננקטה בעניין **בורוביץ**, ברוח חלק מהדברים שהוצעו בספרות המשפטית שנכתבה בנושא.

נבחן להלן את ההיסטוריה החקיקתית-פרלמנטרית, שיש בה כדי להעיד על

⁷¹ שם, בעמ' 439.

⁷² מרדכי לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק", לעיל ה"ש 19. לגרסה ראשונה ומקוצרת של מאמר זה ראו גם מרדכי לוי, "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי" **המשפט** 19, 80 (2005).

⁷³ ראו לעיל, בפרק הקודם.

תכלית החקיקה, המטרות, הערכים והיעדים שהחקיקה באה להגשים.⁷⁴ החומר ההיסטורי הוא מקור מרכזי לכל שיטת פרשנות, וייעשה בו שימוש כעניין שבשגרה, גם במקרה שבו פרשנות לשון החוק אינה מגלה חוסר בהירות או רב משמעות.⁷⁵ קל וחומר באשר לחוק ההגנה מן הצדק העושה שימוש במושגים עמומים, גורפים ורחבים, כ"עקרונות של צדק והגינות שיפוטית".

העיון בהיסטוריה החקיקתית ייעשה להלן על פי שלביה השונים – החל מהגשתה של הצעת החוק ועד לקבלת החוק בכנסת. במסגרת זו נכללים הצעת החוק ודברי ההסבר; הדברים במליאת הכנסת והדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט. חומר היסטורי כזה "שופך אור על ההקשר הקרוב לחקיקת החוק. ומעיד על כוונותיהם של הגורמים השונים העוסקים בחקיקה. מהשוואות בין ההצעות שהוגשו לבין התיקונים שהוכנסו בהם, ניתן ללמוד על 'כוונת המחוקק'".⁷⁶

1. הצעת חוק ההגנה מן הצדק

שעה שבאים לפרש את החוק כדאי לעיין בהצעת החוק, הואיל ויש בה כדי לעזור לפרשן להתחקות אחר תכלית החקיקה.⁷⁷ מאליו ברור שיש לבחון שמא חלו שינויים במהלך תהליך החקיקה, שהרי את החוק עצמו אנו מפרשים. כאשר החוק המתפרש נוקט לשון זהה לחלוטין לזו של הצעת החוק, אמורה ההצעה לקבל משקל מיוחד בהליך הפרשני.

כזה הוא המקרה בעניין טענת ההגנה מן הצדק. הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז–2007 הועתקה במדויק אל החוק החדש כפי שהתקבל. יצוין רק שבשמו של החוק החדש הושמטה הכותרת "הגנה מן הצדק", אולם כאמור נוסח הגנה זו זהה בשניהם.

בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר שהיא באה לעגן בחקיקה את טענת ההגנה מן הצדק "אשר אומצה בשיטת המשפט בישראל בדרך של הלכה פסוקה". בהצעה מובהרת תכליתה שנועדה לאפשר לבית משפט לבטל כתב אישום "משום שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או משום שיש בניהול ההליך הפלילי פגיעה בחוש הצדק וההגינות".

ההצעה סוקרת את המבחן שנקבע בעניין יפת. היא דנה גם בביקורת שנמתחה על

⁷⁴ ראו, בין היתר: בג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 175 (1985); בג"ץ 547/84 עוף העמק אגודה חקלאית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 143 (1986). ראו גם ע"פ 4138/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על(4) 06, 751, פס' 3 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2006).

⁷⁵ ראו ברק, פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 59, בעמ' 359.

⁷⁶ שם, בעמ' 371.

⁷⁷ ראו למשל, דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נט(4) 637 (2004).

המבחן הצר שנקבע שם ובפסק הדין שניתן בעניין **בורוביץ**, שבו הרחיב בית המשפט "במידה ניכרת" את היקף פרישתה של הטענה. כדברי ההצעה, אימץ בית המשפט שם "מבחן מקל, גמיש יותר".

דברי ההסבר מצביעים גם על כך שתוצאות קבלת הטענה היא כי "אין עוד מקום להעמיד נאשם לדין פלילי או לנהל הליך פלילי נגדו, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו". ההצעה מאמצת את הגישה שלפיה יש לשלב את טענת ההגנה מן הצדק בין הטענות המקדמיות המפורשות בחוק סדר הדין הפלילי. כפי שנאמר בהצעה, "מדובר בטענות שהן על פי טיבן ואופיין מוקדמות ומקדימות ומקומן הטבעי לפני תחילת הברור בעניינו של האישום"⁷⁸.

2. הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת

הצעת החוק לעיגון טענת ההגנה מן הצדק הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט על ידי המליאה, בדיוני מליאת הכנסת מיום 1.11.2006.⁷⁹ בהצעה להעביר את הצעת החוק לוועדה תמכו 27 ח"כים. התנגד לכך חבר כנסת אחד. התמיכה חצתה קווים מפלגתיים.⁸⁰

הדיון המסכם של ועדת החוקה, חוק ומשפט התקיים ב-8.5.2007⁸¹ חבר הכנסת גדעון סער, שהיה ממגישי הצעת החוק הפרטית, הדגיש בפני הוועדה כי הנוסח שנתקבל עומד על דרישת ה"סתירה המהותית לעקרונות הצדק וההגיונות המשפטית". כהדגשתו, מבחן מחמיר יותר לקבלת הטענה היה מסיג לאחור את ההלכה הפסוקה. לדבריו, מבחן מרחיב ראוי להתקבל נוכח היקף האישומים הפליליים,⁸² והיקף

⁷⁸ להסקת תכליתו המרכזית של חוק (חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000) ממהלכי החקיקה ובראשם הצעת החוק, ראו ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, תק-על (4)06 (2006), פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).

⁷⁹ ההצעה הועברה כהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון – הגנה מן הצדק), התשס"ו-2006, ה"ח 415. לאחר מכן נידונה הצעה זו כהצעת חוק סדר הדין הפלילי (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח 138.

⁸⁰ ראו פרוטוקול ישיבה מס' 53 של מליאת הכנסת, הכנסת ה-17 (1.11.2006).
⁸¹ ראו פרוטוקול ישיבה מס' 183 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.5.2007) בכתובת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2007-05-08.rtf (נבדק לאחרונה ב-12.1.2009).

⁸² עניין זה ראו, למשל, דו"ח משטרת ישראל על הפשיעה בישראל לשנת 2006: www.police.gov.il/statistica_umipui/statistica/2006_crime/crime.pdf (נבדק לאחרונה ב-12.1.2009). יש לזכור שכתבי אישום מוגשים על ידי רשויות תביעה רבות – הפרקליטות, המשטרה, רשויות מס שונות, עיריות, משרדי ממשלה ועוד. לריבוי התיקים מתווספת גם המציאות שמעת ביצועה של עברה עד להגשת כתב אישום חולפות לעתים שנים אחדות. התמשכות זו מעוררת מטבעה טענות על פגיעה בזכות הליך הוגן. בעייתיות קיימת באשר להשגת נתונים בדבר משך הטיפול בתיקים בפרקליטות וביחידות התביעה המשטרתית. ראו אליקים רובינשטיין "על קצב ההליך

ההרשעות, ויש בכוחו לאזן את כוחו של הפרט מול "מערכות חזקות". עמדת רשויות אכיפת החוק ביקשה לקבוע מבחן מחמיר להפעלתה של טענת ההגנה. נציגת פרקליטות המדינה, עו"ד אתי כהנא, הביעה עמדה שלפיה הדרישה לסתירה "קיצונית" או "חרیפה" תבטא כראוי את עיגון הלכת ב**בורוביץ** בחוק. ד"ר גיא רוטקופף, יועץ בכיר לשר המשפטים ונציג המשרד, הבהיר שעמדת מחלקת הייעוץ והחקיקה של המשרד היא שניתן להסתפק בקיומה של סתירה "מהותית" לעקרונות של צדק לשם קבלת הטענה. התובע הצבאי הראשי, אל"מ לירון ליבמן, הביע עמדה שלפיה מן הראוי שההגנה תוכר רק במקרה של סתירה "חמורה" או "חריפה" לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ושלא יהיה די בקיום סתירה "מהותית". גישה שונה מזו של רשויות האכיפה הושמעה על ידי עו"ד ענבל רובינשטיין, הסנגורית הציבורית הראשית. לדבריה, אם תיושם הטענה רק במקרים של סתירה "חריפה" או "קיצונית", יהא בכך משום צמצום ההלכה הקיימת, בניגוד למגמה המרחיבה שהסתמנה בעניין **בורוביץ**. לגישה זו הצטרפה עו"ד רחל תורן, נציגת לשכת עורכי הדין, שלגישתה די בקיום סתירה "מהותית" לעקרונות של צדק לשם קבלת הטענה.

יו"ר הוועדה, חבר הכנסת מנחם בן ששון, הביע עמדה התומכת באימוץ מבחן הסתירה ה"מהותית", בהבהירו שהביטוי "מהותי" הוא "המזוקק ביותר כדי להסביר את הפגיעה הבעייתית ביותר משום שהוא אומר שהדבר פוגע בגופו של העניין". הדיון בכללו, אכן, נסב סביב הוויכוח בין דרישת הסתירה ה"מהותית" לקבלת הטענה לבין דרישה מחמירה יותר להיות הסתירה לעקרונות הצדק "קיצונית" או "חריפה". עצם הוויכוח סביב המבחן הראוי לתחולת הטענה מעיד על החשיבות הרבה שיוחסה לעניין זה. הכרעת הוויכוח הבאה לידי ביטוי במבחן שאומץ על ידי המחוקק היא כלי עזר חשוב לבית המשפט כבואו לפרש את החוק. משהתקבלה בחוק הדרישה המרחיבה, שלפיה די לקבלת הטענה שהפגיעה תהא "מהותית", תוך דחיית הדרישה למבחן מחמיר יותר, אין הפרשן יכול להתעלם מכך.

דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט הסתיימו בכך שברוב של 11:1 התקבלה הגרסה שדי בהיות הסתירה "מהותית". יצוין שהוועדה דחתה הצעה שהועלתה בדיוניה לייחד את הטענה לעברות קלות בלבד.⁸³

הפלילי בישראל" ספר נתיבי משפט ומשפט 326, 333 (2003).

⁸³ בדיון המסכם בוועדת החוקה, לעיל ה"ש 81, העלה ח"כ עתניאל שנלר הצעה להבחין בין חטא, עוון ופשע לגבי תחולת ההגנה. לגרסתו, מן הראוי להפעיל את ההגנה רק בעברות מסוג חטא ועוון, שחומרתן אינה רבה ביותר. זאת, בגין צורך המלחמה בפשע ועל מנת למנוע את תחולת ההגנה על עבירות הנוגעות לביטחון המדינה. לגישה זו התנגד ח"כ יצחק לוי, שלפי עמדתו "אי אפשר לעשות צדק לחצאים". ההצעה לייחד את הטענה לעברות של חטא ועוון בלבד נדחתה ברוב של 8:4.

3. הדיונים במליאת הכנסת

הדיונים במליאת הכנסת נחשבים כמקור בעל משקל נמוך ביותר באשר לתכלית החוק, הואיל ודברי המתווכחים טעונים מטען פולמוסי ומשקפים לעתים תגובות אישיות, בחלקן רגעיות.⁸⁴

עם זאת, נהוג לייחס משקל ניכר לדברי יו"ר הוועדה הרלוונטית, המביא הצעת חוק לקריאה שנייה ושלישית, הואיל ואלה משקפים את תכלית החקיקה כפי שנתגבשה בוועדה. זאת, גם כאשר דברי היו"ר משקפים למעשה את הבנתו שלו, הואיל והוועדה אינה מכינה דו"ח על דיוניה ואינה מאשרת את הדברים שמסר היו"ר למליאה.⁸⁵

בעת שהביא את הצעת החוק החדש לדיון במליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית,⁸⁶ הבהיר יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת מנחם בן ששון, שבדיוני הוועדה זכתה הלכת **בורוביץ** לפרשנויות שונות. הוא ציין שרשויות החקירה והתביעה סברו שהסתירה לעקרונות הצדק וההגינות צריכה להיות "חריפה". זאת, לעומת דוברים אחרים, ובהם נציגי משרד המשפטים, הסנגוריה הציבורית ולשכת עורכי הדין, שסברו שפרשנותה הנכונה אינה דורשת סתירה כזו ומסתפקת בסתירה "מהותית" בלבד. לדבריו, את הסתירה המהותית יש לראות ככזו ה"נוגעת בשורשו של דבר", על פי ההגדרות המילוניות המקובלות בישראל.⁸⁷

חבר הכנסת בן ששון הבהיר כי החלטת הוועדה הייתה לעגן את הטענה כך שניתן להעלותה במקרה של "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כדבריו, מדובר בחוק ה"נוגע בלב לבה של מערכת הצדק", המחייב אותה לעשות צדק בדרך לעשיית משפט. חברי ועדת החוקה נמנעו מהגשת הסתייגויות. החוק התקבל בתמיכתם של 23 חברי כנסת, בלא מתנגדים או נמנעים.

כללית ניתן לומר, שהתכלית החקיקתית העולה מההיסטוריה הפרלמנטרית בכללה, היא זו של הזרמת דם חדש לעורקי המשפט הפלילי כך שניתן יהיה להביא לביטולו של ההליך הפלילי על רקע של סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. הכוונה חקיקתית זו נותנת לבית המשפט כר נרחב לפרשנות, האמורה למלא תוכן את המסגרת הגורפת והכללית שעיצב המחוקק. תכלית החקיקה הייתה ליצור מבחן רחב בקביעת מעין "סעיף סל" כללי ובלתי מוגדר, שבתי המשפט ימלאו אותו בתוכן קונקרטי. זאת, לעומת טענות מקדמיות אחרות בחוק סדר הדין הפלילי, המוגדרות רובן ככולן באופן ממוקד, שאינו משאיר כר כה נרחב לפרשנות שיפוטית.

84 ראו ברק, **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 390.

85 שם, בעמ' 389.

86 ראו פרוטוקול ישיבת המליאה מס' 134/כ, הכנסת ה-17 (15.5.2007).

87 ראו הדיון להלן בפרק על פרשנות החוק.

ד. קווים מנחים לפרשנות חוק ההגנה מן הצדק

1. עקרונות כלליים לפרשנות החוק החדש

את החוק החדש יש לפרש, כמו כל חוק אחר, על פי כללי פרשנות החקיקה הנוהגים בשיטת המשפט הישראלית. המסע הפרשני מתחיל בלשון החוק, שהיא נקודת המוצא. מאליו ברור שאין לתת לחוק פרשנות כזו שהלשון איננה יכולה לשאת. הכלל הבסיסי הוא שעל הפרשן "ליתן ללשון החוק אותה משמעות, שהיא יכולה 'לשאת' מבחינה לשונית"⁸⁸.

לשון החוק היא המסד שעליו יש להרכיב את התכלית החקיקתית. כפי שנאמר, "לכל חוק יש תכלית. חוק ללא תכלית הוא דבר הבל. על השופט-הפרשן לתת ללשון החוק אותו מובן שהיא סובלת, והמגשים יותר מכל מובן אחר את תכליתו של החוק. תכלית זו הם המטרות, היעדים, האינטרסים, הערכים, המדיניות והפונקציה שהחוק נועד להגשים"⁸⁹. גבולות הפרישה של מונח בחוק נקבעים על פי התכלית המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. קביעת התכלית תצריך אימוץ "נוסחת איזון" שתגשר בין שיקולים נוגדים.⁹⁰ התכלית מורכבת מתכלית סובייקטיבית ואובייקטיבית גם יחד. הסובייקטיבית משקפת את רצונו הראלי של המחוקק. רצון זה יילמד מההיסטוריה הטרומ חקיקתית ומההיסטוריה החקיקתית-פרלמנטרית.

התכלית האובייקטיבית של החוק היא האינטרסים, המטרות, הערכים והיעדים שהחוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית. תכלית זו, כעולה משמה, נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות. היא משקפת לא את רצונו של המחוקק ההיסטורי-המקורי, אלא את רצונו של המחוקק הסביר. חזקה היא גם שתכליתו האובייקטיבית של כל חוק היא להבטיח את כבוד האדם.⁹¹

בית המשפט אמור בפרשנותו לדבר חקיקה להפעיל שיקול דעת שיפוטי. בתוך כך יאזן בית המשפט בין התכליות השונות הרלוונטיות ויגבש את התכלית החקיקתית הראשית או המרכזית שלאורה יפרש את החוק. קביעת התכלית העיקרית של החוק תוכל לסייע ביישום נוסחת האיזון בין זכויות ואינטרסים רלוונטיים, כמו מיצוי הדין עם עבריינים מזה, ושמירת זכויות היסוד של נאשם והגינות ההליך הפלילי מזה.⁹²

⁸⁸ ע"א 77/88 צימרמן נ' שרת הבריאות, פ"ד מג(4) 63, 72 (1989); ראו גם רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, תק-על 206(2) 836, פס' 14 לפסק הדין (2006).

⁸⁹ ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 190 (2004).

⁹⁰ ראו עניין אקסלרוד, לעיל ה"ש 60, פס' 9 ראו גם ע"א 6024/97 שביט נ' חברת קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 645, 649-650, 657-658 (1999).

⁹¹ ראו ברק, שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 89, בעמ' 190-198.

⁹² למבחן "התכלית העיקרית" (ה-core purpose) או מבחן "מטרת הגרעין" (ה-core purpose) של חוק ראו סגל, חופש העיתונות בין מיתוס למציאות, לעיל ה"ש 60, בעמ' 104-106 לנקודת האיזון בין האינטרסים הרלוונטיים שנקבעה בחוק חופש המידע, ראו רע"א

בתהליך האיזון יפנה בית המשפט, בדונו בעניין הנוגע לזכויות הפרט, מבט מיוחד אל עבר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ויקנה לאמור בו משקל מיוחד.⁹³ הזכות החוקתית לכבוד ולחירות היא בעלת תוכן ערכי מגוון, וזיקתה לזכויות נחקרים ונאשמים בפלילים היא אמיצה.⁹⁴

בפרשנותו של דין פלילי על בית המשפט לתת שימת לב מיוחדת להוראת סעיף 34 לחוק העונשין.⁹⁵ לפיה "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". הפסיקה קבעה כי התוצאה הפרשנית של סעיף זה תיושם רק במקרה שבו אכן ניתן הדין לכמה פירושים סבירים לפי תכליתו. כאשר קיים רק פירוש סביר אחד המגשים את תכליתו של הדין, יינתן לו הפירוש הסביר ולא דווקא פירוש מקל.⁹⁶ הוראת חוק זו רלוונטית היא, בין במישורין ובין בעקיפין, לפרשנות האמורה להינתן להוראת חוק סדר הדין הפלילי לעניין ההגנה מן הצדק. בעניין **אל נסאסרה**⁹⁷ דן בית המשפט העליון בהרכב מורחב של תשעה שופטים בשאלת פרשנותו של סעיף 20(ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. לפי הוראה זו "ראיה שיש בה גילוי הרשעה שנמחקה לא תהיה קבילה בהליך משפטי או לפני גוף או אדם הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין, אלא אם מסר אותה ביודעין מי שהרשעתו נמחקה".

בית המשפט קבע שפירוש המונח "ביודעין" הוא שעל מוסר הראיה להיות מודע לא רק לזכותו שלא לגלות את הרשעתו שנמחקה, אלא גם לכך שמסירת מידע כאמור תכשיר ראיה שאלמלא כן הייתה פסולה. בית המשפט ביסס את עמדתו על פי ההשקפה שההוראה הקבועה בסעיף צריכה להתפרש כך שתמזער ככל הניתן את הפגיעה בזכות היסוד החוקתית של עבריו, שסיים את ריצוי עונשו, לשוב ולנהל חיים נורמטיביים. זאת, תוך כיבוד זכותו לכבוד האדם, לפרטיות ולחופש העיסוק.

2498/07 **מקורות חברת מים בע"מ נ' בר**, תק-על 5420 (2)07 (2007) (השופט רובינשטיין).
⁹³ ראו כללית, בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 412, 355 (1995); דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 648-649 (1995). ראו גם הדיון להלן.
⁹⁴ ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוכ נ' התובע הצבאי הראשי**, תק-על 1093 (2)06, פס' 20 (2006), עם זאת הבהירה השופטת ביניש כי ייתכנו גישות שונות בנוגע לשאלה אילו מהזכויות הדינויות בהליך הפלילי אמורות להיכלל בגדר הזכות החוקתית לכבוד ולחירות ומהו היקף ההגנה החוקתית שתינתן לזכויות שאינן מנויות במפורש בחוק-היסוד.
⁹⁵ חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").
⁹⁶ ראו דנ"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547, 556 (2004) (השופט ברק); ע"פ 10736/04 **כהן נ' מדינת ישראל**, תק-על 4693 (3)06, פס' 32 לפסק דינו של השופט לוי (2006); רע"פ 4105/06 **באסל ג'אבר נ' מדינת ישראל**, תק-על 17 (1)07 (א-החלת הוראת החוק כאשר "התכלית ברורה בעליל וחד משמעית", השופט רובינשטיין, פס' י') (2007); רע"פ 10853/06 **מדינת ישראל נ' גנאים**, תק-על 1661 (1)07, פס' 14 (2007).
⁹⁷ עניין **אל נסאסרה**, לעיל ה"ש 77.

בית המשפט הבהיר שהפרשנות שנבחרה, מבין המשמעויות האפשריות, היא זו המגשימה את תכלית החקיקה. השופטת דורית ביניש הוסיפה כי גם אם ניתן לסבור שאפשר לייחס שתי פרשנויות סבירות לסעיף, הרי בהתאם לסעיף 34 לחוק העונשין, חובה היא על בית המשפט להעדיף את הפירוש המקל עם עבריין ששב למוטב. לדבריה, ניתן להחיל את הסעיף בהקשר שנדון "בין במישורין ובין בעקיפין".⁹⁸ קביעה זו ישימה גם לעניין טענת ההגנה מן הצדק. ניתן לכאורה לומר שהוראת סעיף 34 איננה חלה בהקשר של טענת ההגנה מן הצדק, הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי, הואיל והנאשם יישא באחריות פלילית לפי חוק העונשין או לפי חוק פלילי אחר ולא לפי "אותו דין", כלומר לפי חוק סדר הדין הפלילי. לנו נראה שפרשנות זו היא צרה מדי, ואינה מתיישבת עם עניין **אל נסאסרה הנ"ל**, שאינו עוסק בשאלה של נשיאה באחריות פלילית אלא בשאלת פרשנותו של דין אחר, שלא מכוחו מוטלת אחריות פלילית. בכל מקרה, ניתן לומר ברוח דבריה של השופטת ביניש שלהוראת סעיף 34 תחולה עקיפה בענייננו, אם לא ישירה.⁹⁹

2. מן הכלל אל הפרט

2.1 פרשנות לשונית-מילולית

נקודת המוצא לפרשנות חוק ההגנה מן הצדק היא לשונו של החוק החדש. החוק מעניק במפורש לנאשם זכות לטעון טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". קבלת הטענה אינה מחייבת את בית המשפט לבטל את האישום. בידי נתון גם האמצעי המתון יותר של תיקון כתב האישום.¹⁰⁰ על פני הדברים נראה ברור, שהשאלה הראשונית באשר לתחולת הטענה תתמקד סביב משמעותו הפרשנית של המונח "מהותית". משמעותו המילונית-מילולית של מונח זה היא שצריך שהסתירה לעקרונות הצדק או ההגינות המשפטית תיגע בעניין שהוא עיקרי ולא טפל, עניין שיש בו ממש, שהוא משמעותי ולא סתמי.¹⁰¹ בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת נאמר מפי יו"ר הוועדה, חבר הכנסת מנחם בן ששון, שהביטוי "מהותי" הוא "המזוקק ביותר כדי להסביר את הפגיעה הבעייתית

⁹⁸ שם, בעמ' 670–671.

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ ראו ס' 150 לחוק סדר הדין הפלילי וס' 353 לחוק השיפוט הצבאי.

¹⁰¹ ראו אברהם אבן שושן **מילון העברי המרוכז** (2000): "מהות: טיב, עצמות, תכנו הפנימי של דבר. מהותי: המתייחס אל המהות, להבדיל מן 'איכותי' או 'כמותי'". ראו גם שושנה בהט ומרדכי מישור **מילון ההווה** (1995); שמשון ענבל **מילון אנגלי-עברי** לשנות האלפיים (1988). לפרשנות המונחים 'Substantial' ו-'Significant'.

ביותר משום שהוא אומר שהדבר פוגע בגופו של העניין.¹⁰² כך ניתן לומר שיש תקומה לטענת ההגנה מן הצדק במקרה שבו הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה משמעותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ושסתירה זו פוגעת באופן מהותי בניהול ההגנה, ושאינן בה פגיעה שהיא טכנית באופייה, והכבדה בלתי מהותית על ניהול ההגנה.¹⁰³ מן הראוי לשים לב לכך שהמחוקק עשה שימוש במונח "מהותי" או "מהותית" בשורה של הוראות חוק.¹⁰⁴ עם זאת, נמנע המחוקק מניסיון להגדיר "מהותי" מהו. ניתן לומר שבנקטו לשון זו שולח המחוקק הערת הכוונה לבית המשפט, המחייבת אותו להבחין בין פגיעה שאין בה ממש, שהיא בבחינת עניין של מה בכך, "זוטי דברים", לבין פגיעה ממשית. רק במקרה שהפגיעה תסווג כמהותית באופייה ולא רק כ"טכנית" בלבד, ייפתח שער לבחינת האפשרות ליישם את הטענה בפועל. על בית המשפט מוטלת החובה לבחון את נסיבות העניין בכללן ולהחליט לאורן באיזה סוג של פגיעה מדובר. הבחנה זו מתחייבת בכל מקרה שבו נקט המחוקק לשון "מהותי". כך גם בעניין רב חשיבות כהחלטה על פסילת חוק, שאז על הטוען לפסילה מוטל נטל של ממש להראות, שהחוק פוגע בזכות יסוד פגיעה ממשית.¹⁰⁵ דרישה זו להוכחת פגיעה משמעותית, מתחייבת בהקשר זה.¹⁰⁶ היא קיימת גם באשר לתחולת טענת ההגנה מן הצדק, אם כי נראה שבהקשרנו לא מתחייבת אותה מידה של "מהותיות" הפגיעה. לא הרי פסילת חוק, על תוצאותיה הכלליות, כהרי ביטול או

¹⁰² ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט הנלווה לה.

¹⁰³ דוגמה להבחנה ברוח זו ניתן למצוא בבש"פ 19/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 106 (1) 1084 (2006). באותו עניין התבררה בקשתם של נאשמים להעביר לידיהם העתקי קלטות מחקירתה של קטינה בידי חוקרת הילדים, העברה שמותרת רק "מטעמים מיוחדים". נפסק שהעברה כזו תותר רק אם תיווצר בעקבות אי-ההעברה "פגיעה מהותית" בניהול ההגנה, להבדיל מפגיעה שאינה אלא עניין של נוחות.

¹⁰⁴ לדוגמאות לחקיקה ישראלית כזו ראו, למשל ס' 114(ה)(1)(א) לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951; ס' 11158(ה)(1)(ב), 255(ב), 255(ג) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; ס' 159(א)(2), 171(א), 171(ג) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; ס' 240 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 171(ב) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; ס' 19(ב)(1), 19(ב)(1) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; ס' 9(ג), 12(ב) לחוק תאגידי מים וביוב, התשס"א-2001; ס' 11(א)(5) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק ביעוץ פנסיוני ובשיווק פנסיוני), התשס"ה-2005.

¹⁰⁵ ראו בג"ץ 3434/96 הפוננוג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68-69, 74-75 (1996); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות, תק-על 05 (3) 2722, 2729 לפסק דינה של השופטת חיות (2005).

¹⁰⁶ ראו, לדרישת הוכחת פגיעה "יסודית ועמוקה" במקרה של פסילת חוק: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, תק-על 05 (4) 2605, פס" 5 לפסק דינו של השופט חשין (2005) וההתייחסות שם לבג"ץ 5503/94 לילי סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 547 ואילך (1997).

תיקון כתב אישום במקרה ספציפי הנוגע בעניין מסוים. כללו של דבר – מבחינה לשונית-מילולית ברור שפגיעה "מהותית" אמורה להיות קלה בחומריתה מפגיעה שהיא "קיצונית" או "חריפה". הבחנה זו עולה מהדיון המפורט בחוק ההגנה מן הצדק שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט. הוועדה העדיפה את מבחן הפגיעה ה"מהותית" על פני מבחן הפגיעה ה"קיצונית" או ה"חריפה"¹⁰⁷.

2.2 פרשנות תכליתית

חוק ההגנה מן הצדק הוא מעין "חוק מסגרת", "חוק שלד", שבית המשפט אמור לצקת לתוכו תוכן ערכי. המחוקק הוא שיצר את הקנקן החדש בהוראתו המפורשת, העושה את השמירה על עקרונות של צדק והגינות לחלק בלתי נפרד מהשלטת המשפט הפלילי. חידושו הגדול של המחוקק הוא בשילוב עקרונות של צדק והגינות בתוככי המשפט הפלילי, הגם שתכלית מרכזית שלו היא מיצוי הדין עם עבריינים.¹⁰⁸ הוראת המחוקק מציבה שלט "עצור" בפני אכיפת החוק הפלילי במקרים שבהם יהיה במיצוי הדין משום פגיעה "מהותית" בעקרונות של צדק והגינות. הקביעה החקיקתית היא שלא ניתן להתעלם מערכים אלה, שהמחוקק רואה בהם חלק בלתי נפרד מתכליות המשפט הפלילי. זוהי בשורתו הגדולה של חוק ההגנה מן הצדק. את הבשורה הזו יהיה צורך לאזן מול תכליות נוגדות של המשפט הפלילי, שיסודן באכיפת הדין.

בית המשפט נתקל בדילמה דומה, שהתעוררה בפרשנות ההוראה המסמיכה את נשיא בית המשפט העליון להחליט על קיום משפט חוזר אם "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".¹⁰⁹ בעניין **אקסלרוד**¹¹⁰ עמד נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק על כך שהתכלית החקיקתית שלאורה תפורש ההוראה תיקבע על ידי עשיית איזון בין שני שיקולים נוגדים: מחד גיסא, השיקול המבקש לעשות צדק עם הנאשם בתיקון טעות שגרמה עוול; מאידך גיסא, השיקול המבקש להבטיח את היציבות והביטחון ואת סופיות הדין. הצורך באיזון הוא שהביא לקביעה שהחלטה על משפט חוזר מחייבת קיום "חשש של ממש" שבהרשעה נגרם לנאשם עיוות דין. ניתן לומר שממשות החשש הנזכרת לעיל, דומה ל"מהותיות" הסתירה לעקרונות הצדק או ההגינות המשפטית. זאת, להבדיל מסתירה "סתם". אזכור ראשון של חוק ההגנה מן הצדק בפסיקת בית המשפט העליון ניתן למצוא בעניין **לימור**,¹¹¹ שנפסק

¹⁰⁷ ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט הצמוד לה.

¹⁰⁸ להקשר דומה ראו עניין **אל נסאסרה**, לעיל ה"ש 77, פס' 22 לפסק הדין.

¹⁰⁹ ראו לעיל ה"ש 8, ס' 31 (א)(4) לחוק בתי המשפט.

¹¹⁰ עניין **אקסלרוד**, לעיל ה"ש 60, פס' 9 לפסק הדין.

¹¹¹ ע"פ 7014/06 **מדינת ישראל נ' לימור**, תק-על 307 (3) 4024 (2007) (להלן: עניין לימור).

בשנת 2007. כמה נאשמים העלו טענות של אכיפה בררנית ושיהוי, וביקשו לחסות תחת ההגנה. בית המשפט העליון אישר את פסיקת בית המשפט המחוזי באותה פרשה ודחה את הטענות לגופן, אך ראה לנכון לציין, בקצרה וללא פירוט, כי מבחני עניין בורוביץ ימשיכו להנחות את בית המשפט גם לאחר קבלת החוק. בעניין טגר,¹¹² שנפסק בסמוך לאחר מכן, ניתח בית המשפט העליון בהרחבה, מפי השופטת דבורה ברלינר, את סוגיית ההגנה מן הצדק, לפני החוק ולאחוריו. בית המשפט העיר, מבלי שהדבר נדרש להכרעתו, כי מבחן "הסתירה המהותית" שאומץ בחוק קרוב באופיו למבחן הפגיעה הממשית, שנקבע בפסק דין בורוביץ. בית המשפט ציין שלפיכך נראה כי אין בתיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב שהיה קיים מאז הלכת בורוביץ, אך הדגיש שאין לקבוע מסמרות בנושא.

לנו נראה שבעצם קביעת טענת ההגנה מן הצדק בהוראת חוק מפורשת, יש משום "מהפכה של צדק", בהטמעת ערכים של צדק והגינות לתוככי המשפט הפלילי. כך גם אם נקט המחוקק מבחן הקרוב באופיו למבחן שנקבע קודם לכן בהלכה פסוקה. לא הרי הלכה שיפוטית, היכולה להשתנות חדשות לבקרים, שאין לה עיגון בחוק, כהרי הגנה הקבועה במפורש בחוק סדר הדין הפלילי, שלפיה נכללת ההגנה מן הצדק במכלול הטענות המקדמיות בהליך הפלילי. העובדה שהוראת החוק מחייבת פרשנות, איננה מפחיתה מעצמתה כהסדר חקיקתי.

דומה שהתיקון לחוק הביא עמו שינוי בנקודת האיזון בכך שבית המשפט יוכל, חרף הקרבה האמורה למבחן "הפגיעה הממשית", להגיע למסקנה שלפיה במקרה ספציפי נוצרה סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות, אפילו הפגיעה בנאשם איננה "ממשית" בעבורו. החזית שהמחוקק יצר למען שמירת הצדק וההגינות היא רחבה יותר וכוללת יותר מאשר קביעת הרף כך שרק "פגיעה ממשית" בנאשם זה או אחר תוכל להוביל להחלטה על ביטול כתב האישום או על נקיטה באמצעי מתון יותר נוכח נסיבות המקרה. זאת וגם אחרת. לשון החוק, העושה שימוש במונח "סתירה" ולא "פגיעה" מרחיקה אותנו מהצורך בהוכחת פגיעה של ממש בנאשם ספציפי לשם קבלת טענת ההגנה מן הצדק.

מכל מקום, מלאכת ההכרעה בין האינטרסים הרלוונטיים תיעשה על פי המשקל שיינתן לכל אחד מן השיקולים בנקודת ההכרעה. ביסוד האיזון תעמוד ההכרה שהערכים והעקרונות אינם בעלי משקל מוחלט, ומשקלם הוא לעולם יחסי. מעמדם ייקבע ביחס לערכים ולעקרונות שעמם הם עשויים להתנגש.¹¹³ תורת האיזון (ה-Balancing) מושתתת על שני נדבכים: איזון ערכי-עקרוני (Principle balancing) ואיזון ספציפי-קונקרטי (Ad-hoc balancing), המתייחס לנסיבות המקרה הספציפי. בעניין ההגנה מן הצדק, מטבע הדברים, יוכל האיזון להיעשות רק תוך התייחסות

¹¹² ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 07(4) 395 (2007).

¹¹³ ראו עניין שביט, לעיל ה"ש 90, בעמ' 649-650.

לאיזון הערכי-עקרוני מחד גיסא ולנסיבות הקונקרטיות מאידך גיסא. האיזון העקרוני לעניין ההגנה מן הצדק אמור לשקף את מעמדה החוקתי הנכבד של הזכות להליך הוגן. מעמד זה ייגזר מהכרתה של זכות זו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר מכוח הסעיפים בחוק הקובעים את הזכות לכבוד האדם ולחירות אישית.¹¹⁴ הכרת המחוקק בהגנה מן הצדק יכולה להיחשב כהגשמתו, הלכה למעשה, של חוק-היסוד. עצמתה של הזכות להגנה מן הצדק אינה עושה את הזכות למוחלטת, אולם היא נותנת בידיה משקל כבד להיאבק על הבכורה במקרה מתאים.

דוגמה למקרה שבו גברו עקרונות של צדק והליך הוגן על פני העיקרון של מיצוי הדין עם נאשם ניתן למצוא פרשת **יששכרוב**.¹¹⁵ השופטת דורית ביניש ציינה שם ש"רוחם ועקרונותיהם של חוקי היסוד מקרינים על כל ענפי המשפט ומשפיעים על מושגי-יסוד ותפיסות-יסוד הנוהגים במסגרתם". בית המשפט עמד שם על כך שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם משפיעים על פרשנותה של חקיקה שהתקבלה בטרם חקיקתם.¹¹⁶ ניתן לומר, מכוח קל וחומר, כי השפעתו של חוק-יסוד אמורה להיות רבה אף יותר כאשר מדובר בחקיקה שהתקבלה אחריו, כמו חוק ההגנה מן הצדק.

בעניין **יששכרוב** קבע בית המשפט העליון כלל שלפיו יש לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראייה בהליך פלילי אם זו הושגה שלא כדין, וזאת גם כאשר חוק מפורש אינו פותח פתח לאפשרות כזו. בית המשפט פרש בפסק הדין את מערכת האינטרסים המתנגשים בסוגיית קבילות ראיות שהושגו שלא כדין. צוין שם כי ייעודו המרכזי של ההליך הפלילי הוא בקביעת חפות או אשמה, אלא שבצד זאת ברור גם שזיכוי מוטעה או הרשעת שווא פוגעים בעשיית צדק מבחינה מהותית, דבר שבמקרים מסוימים אין להשלים עמו.¹¹⁷

בית המשפט הדגיש שחשיפת האמת העובדתית היא אמצעי מרכזי לעשיית צדק מהותי בפלילים ומשרתת יעד מרכזי של מלחמה בעבריינות. עם זאת, המטרה של חשיפת האמת אינה יכולה להביא לפגיעה בהגנה על זכויות האדם, המהווה אף היא תכלית חשובה בשיטה המשפטית. כדעת בית המשפט, בהשראת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, מן הראוי, לצד החתירה לגילוי האמת והלחימה בפשיעה, לשמור על טוהר ההליך הפלילי ועל זכות הנאשם להליך הוגן.¹¹⁸

¹¹⁴ ס' 2, 4 ו-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ס' 11 לחוק-יסוד מטיל על רשויות השלטון כולן את החובה לכבד את הזכויות הקבועות בו.

¹¹⁵ ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 94, בית המשפט העליון פסל את הודאתו של חייל שנאשם בשימוש ובאחזקה של סם מסוכן, מן הטעם שההודאה נגבתה בלא שהוזהר כדין בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין.

¹¹⁶ שם, פס' 31 לפסק הדין.

¹¹⁷ שם, פס' 43.

¹¹⁸ שם, פס' 44-47. ראו גם עניין **יפת**, לעיל ה"ש 16, בדברי השופט לוין פס' 169, שלפיהם "אסור

יישום עקרון ההגנה מן הצדק במקרה קונקרטי צריך להיעשות תוך התייחסות למכלול האינטרסים הרלוונטיים. אינטרסים אלה הם רבים ומושכים לכיוונים מנוגדים. מחד גיסא עומד הערך של גילוי האמת. חשיפת האמת העובדתית מוכרת כתכלית מרכזית ודומיננטית של ההליך הפלילי. לערך זה מתווסף הצורך של לחימה בפשע, הגנה על שלום הציבור ושמירה על זכויותיהם של נפגעי עברה.¹¹⁹ מאידך גיסא, עומדים ערכים של צדק והגינות כלפי נאשמים, שהתעלמות מהם עלולה לפגוע בזכויות יסוד ולגרום פגיעה קשה באמון הציבור בהגינות ההליך הפלילי. שמירה על עקרונות אלה והגנה על זכויות האדם מהווה אף היא תכלית מרכזית לעצמה בשיטה המשפטית ומשפיעה על עיצובם של מכלול ענפי המשפט.¹²⁰

העימות בין התכליות השונות והמאבק ביניהן על הבכורה קיבל תפנית עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנותן משקל מיוחד לזכותו של אדם לשמירת כבודו ולקיום הליך הוגן בעניינו, בהיותו נחקר כחשוד בפלילים או בהיותו נאשם. שינוי זה אינו נותן לאינטרס של צדק והגינות מעמד-על או מעמד של בכורה, אך יש בו כדי להציבו במרכז הבמה, שעליה נערך איזון האינטרסים בינו לבין האינטרס של מיצוי האמת העובדתית.

חוק-היסוד, כפי שהובהר לעיל, הוא בבחינת "חוק מסגרת", שאינו יכול להגיע לכדי מיצוי בלא חקיקה שתוציא את עקרונות-העל של שמירת כבוד האדם וחירותו מכלל המילים. חוק המעצרים, שנחקק בשנת 1996, ואשר הביא לרפורמה בדיני המעצרים, הוא דוגמה מובהקת לכך.¹²¹ תוספת העילה לקיום משפט חוזר במקרה שבו קיים "חשש של ממש כי בהרשעת הנידון יש משום עיוות דין" היא דוגמה מובהקת לכך.¹²² חוק ההגנה מן הצדק הוא חלק משרשרת זו של הגינות וצדק, שבה כובל המחוקק את דרכי השלטת החוק הפלילי.

לה לרשות לפגוע בזכויות המגיעות לנאשם במטרה להביא להרשעתו בכל מחיר, שכן טוהר ההליך השיפוטי הוא תנאי מוקדם לקיומה של מערכת משפט אשר בלעדיה אין. "כן ראו אהרן ברק" על משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז 11 (1996); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" **עיוני משפט** כד 263 (2000).

¹¹⁹ לעניין היחס בין זכויות נפגעי עבירה כפי שנקבע בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001 לבין זכויות נאשמים ראו בג"ץ 2477/07 **פלוגי נ' פרקליט המדינה**, תק-על 2534 (2)07 (2007); בג"ץ 5961/07 **פלוגי נ' פרקליט המדינה**, תק-על 4611 (3)07 (2007). לבעייתת שביישום החוק ראו מבקר המדינה, **דו"ח ביקורת שנתי 57 ב** 311–334 (2007).

¹²⁰ ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 94, פס' 45 לפסק הדין.
¹²¹ ראו חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996. לניתוח החוק והשלכותיו ראו, בין היתר, דליה דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" **משפט וממשל** ד 13 (1997).

¹²² ראו לעיל ה"ש 109–112 והטקסט הנלווה להן.

2.3 תוצאות קבלת טענת ההגנה מן הצדק – איזון באמצעות הסעד

היה והחליט בית המשפט, במקרה נתון, שהתקיימה סתירה מהותית לעקרונות של צדק או הגינות, שיש בה כדי להביא לקבלת הטענה של הגנה מן הצדק, עומדות בפניו כמה אפשרויות. הוא יכול להביא לביטול האישום. הוא אף רשאי לבחור לעצמו דרך ביניים, למשל, בתיקון כתב האישום או בהמרת סעיפים שבו לסעיפי אשמה קלים יותר או בפסילת ראיה ספציפית. בית המשפט רשאי שלא לדון בטענה בפתח המשפט, אלא להשאיר את ההכרעה בה לשלב מאוחר יותר. הוא יוכל אז לקבל את הטענה ולבטל את האישום כך שהנאשם לא יורשע בעברה. הוא יוכל גם להרשיע את הנאשם, אך להתחשב בפגיעה בהגינות ובצדק כשיקול להפחתת עונשו.

כך יוצא שמגוון הסעדים יתרחב בה במידה שבית המשפט ידחה את בירור הטענה למועד מאוחר. עם זאת, ראוי לשים לב לכך שהמחוקק הגדיר את טענת ההגנה מן הצדק כטענה מקדמית. זאת, להבדיל מאפשרות הגדרתה כסייג לאחריות פלילית.¹²³ לפיכך, אל לו לבית המשפט להירתע מדיון בה בפתח המשפט, במעין "משפט זוטא", הנהוג שעה שנאשם מעלה טענה כנגד קבילות הודיה שנגבתה ממנו בחקירה. דיון בטענה בפתח המשפט מתבקש לא רק מהוראת החוק אלא גם משיקולים פרקטיים.

במקרים מסוימים יכול הדיון בטענה להביא בסופו של דבר להיסכון ניכר בזמן שיפוטי: אם תתקבל הטענה, לא יהיה עוד מקום לנהל את המשפט כולו. דיון בתחילת המשפט ראוי גם במקרה שיחייב שמיעת עדים ובירור עובדתי סביר, להבדיל מבירור מקיף ומלא של המכלול העובדתי והמשפטי כולו. עם זאת, ברור שהטוען להגנה מן הצדק יצטרך להצביע על נתונים עובדתיים לכאוריים (למשל נתונים בדבר שיהוי בלתי סביר או אכיפה בדרגית של חוק) כדי לשכנע את בית המשפט שישנה תשתית מספקת לבירור מידי של הטענה.¹²⁴

ההחלטה על עצמת הסעד שיינתן במקרה של קבלת הטענה היא, מטבע הדברים, תוצאה של נוסחת האיזון שיקבע בית המשפט מבחינה עקרונית וקונקרטית. בין

¹²³ כפי שנעשה, למשל, בעת שילובה של טענת "זוטי הדברים" בפרק הסייגים לאחריות פלילית בחוק העונשין. סייגים אלה נבדלים מטענות מקדמיות-דיוניות, בכך שהן מקימות מחסום מפני עצם הטלתה של אחריות פלילית. סייג לאחריות פלילית ("הגנה") פירושו שאילו נעשה המעשה בתנאים רגילים הייתה מתגבשת עברה פלילית. ראו בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 20 (2000).

¹²⁴ ראו גם ספרו של יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 894: "דיון בטענות מסוג זה מוטב שייעשה מוקדם ככל האפשר; כאשר לגבי חלק לא מבוטל מן הטענות, קבלתן חורצת למעשה את גורל האישום, דהיינו – קובעת, אם בכלל ניתן היה להגישו." כך גם במשפט אזרחי, שעה שמועלית טענה לסילוק תביעה על הסף, אל לו לבית המשפט להירתע מדיון ומהכרעה בטענה, כבר באותו שלב, אם נראה לו שכך ראוי על מנת לחסוך את ניהול ההליך כולו. ראו ע"א 541/66 **גולדמן נ' גולדמן**, פ"ד כא(2) 113, 119 (1967).

שיקולים אלה ניתן למנות את מידת חומרתה של הסתירה המהותית לעקרונות של צדק או הגינות משפטית; את תום הלב או חוסר תום הלב שבפעולת רשויות האכיפה; את מהות העברה המיוחסת לנאשם; ואת הנזק שייגרם לנאשם מול המחיר החברתי שישולם בעקבות ההקלה שבה יזכה. בהקשר זה יש להימנע מהשקפה גורפת, היכולה לקנות לה שביתה, שלפיה לא מן הראוי להחיל את ההגנה מן הצדק בעברות חמורות. ייתכנו מצבים שבהם העברה שמדובר בה היא אכן חמורה, אלא שדווקא אז מתחזק לעתים הצורך בהגינות משפטית בטרם מוטל על נאשם עולה של ההרשעה.

התייחסות מידתית כזו באשר לעצמת הסעד שיינתן זכתה במשפט המנהלי לכינוי "תורת הבטלות היחסית". יסוד התורה הוא בכך, שתוצאות הפרת כלל מכללי הצדק הטבעי ייקבעו לפי משתנים שונים ובהם, למשל, חומרת הפגם שנפל בהתנהגותה של הרשות. לפי תורה זו, מותאם הסעד לנסיבות המקרה, והכול נתון לשיקולו של בית המשפט.¹²⁵ בעניין **יששכרוב** יושמה תורה זו לשם עריכת האיזון בין זכויות הנאשם לבין ערכים נוגדים במה שנוגע לקבילותה של ראיה.¹²⁶

שימוש בתורת הבטלות (התוצאה) היחסית ראוי גם באשר לתוצאות קבלתה של טענת ההגנה מן הצדק. זאת, בהכרת המתח התמידי הקיים בין התכליות השונות של המשפט הפלילי. כללית ניתן לומר שכגודל הסתירה לעקרונות הצדק וההגינות המשפטית, כך אמורה להיות עצמת הסעד שיינתן. במקרה של סתירה מהותית ממשית לעקרונות אלה, ניתן להלוט מקרים שבהם רק ביטולו של כתב האישום יוכל לתת הגנה ממשית על זכויות הנאשם ולשמש גם מכשיר "חינוכי" שיחייב את הרשויות להפיק לקח לעתיד.

מקרה ראוי לביטול כתב אישום יכול להיות כזה שבו לוקה הנאשם במחלה קשה או שמתקיימות נסיבות אישיות לגביו, שבהן יהיה בניהול המשפט נגדו משום סתירה משמעותית לעקרונות של צדק. סמכותו של בית המשפט מצטרפת לסמכות רחבה ובלתי מוגדרת של רשויות התביעה שלא להגיש כתב אישום ושל היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים לאחר הגשת כתב אישום.¹²⁷

¹²⁵ ראו בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 306 (1994); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התצ"ר, פ"ד נה(4) 673 (2001); בג"ץ 7067/07 נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, תק-על(3) 07, 3468, פס' ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007); בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, תק-על(3) 07, 3822 (2007), שבו הובהר מפי השופט גרוניס, כי ראוי לקרוא לדוקטרינה בשם מתאים יותר – "התוצאה היחסית" (פס' 24 לפסק דינו). ראו גם יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1992); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519 (1995); יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב 830–832 (1996).

¹²⁶ עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 94, פס' 62–74.

¹²⁷ לעתים תידרש מעורבות שיפוטית, במקרים שבהם יסרב היועץ המשפטי להפעיל את סמכותו לעיכוב הליכים, המופעלת, בדרך כלל, במשורה. ראו "עיכוב הליכים פליליים" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3030, 2 (התשס"ג) – ס' 2.1: "ההחלטה לעכב הליכים תינתן רק על יסוד

בפסיקה שבטרם חוק ההגנה מן הצדק, שבה התקבלה הטענה, גילו בתי המשפט יצירתיות בעיצוב מגוון של סעדים, שאין עמם משום נקיטת הסעד החריף של ביטול כתב האישום. בעניין **קרשין**¹²⁸ סבר בית המשפט כי בנסיבות שנתגלו לא היה מקום לפצל את האישומים כנגד המערער לכמה תיקים נפרדים, הואיל ודובר במסכת של מעשים שניתן היה לכרוך אותם יחדיו. בית המשפט הדגיש, שמן הראוי לנקוט צעד קיצוני של ביטול כתב אישום רק במקרים חריגים ויוצאי דופן, והסתפק בהקלה בעונשו של המערער. זאת, הואיל, וכדברי בית המשפט, "הפיצול המיותר מעורר תחושת אי נוחות כבדה ומתיישב עם טענת המערער לפיה עשתה המשיבה ככל אשר לאל ידה על מנת להכביד עליו את ההתמודדות".

בעניין **שרקאוי**¹²⁹ התייחס בית הדין הצבאי לנסיבותיו האישיות של הנאשם, שטען להגנה מן הצדק. הנאשם התבסס בין היתר על כך שבהיותו חייל הוא עומד לדין על עברה של החזקת "סם מסוכן" מסוג קאנביס במשקל זעום, שעליה לא היה עומד לדין בבית משפט אזרחי בנסיבות אלה, או שלא הייתה נרשמת לחובתו הרשעה, שיש עמה רישום פלילי. בית הדין הצבאי החליט להמיר את סעיף האישום לסעיף קל יותר, שאינו נושא עמו רישום פלילי לפי חוק השיפוט הצבאי. בית הדין הדגיש כי "בנסיבות העניין, הרשעת הנאשם בעבירה הנושאת רישום פלילי פוגעת פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות [...] ואינה סבירה"¹³⁰.

בית הדין הצבאי המחוזי פעל, בהמירו את סעיף האישום, שלא על פי התפיסה ה"קלאסית", שלפיה מהווה בחירת סעיפי האישום "פררוגטיבה" של התביעה. בית הדין הגיע למסקנה שבידו הסמכות לעשות כן, בהיותו מפעיל סעד מידתי, קיצוני פחות, מזה של ביטול כתב האישום.¹³¹

נראה שעמדה זו יכול שתהיה מופעלת גם לאחר קבלת חוק ההגנה מן הצדק, חרף

טעמים יוצאי דופן, הנובעים מנסיבות מיוחדות של העבירה או מנימוקים אישיים מיוחדים של הנאשם. ס' 2.2: "הסמכות לעיכוב הליכים מופעלת באופן חריג".

¹²⁸ עפ"א (מחוזי ת"א) 80044/05 **קרשין נ' מדינת ישראל**, תק-מח 107 (1) 13238 (2007) (פסק דינה של השופטת שבח).

¹²⁹ תיק דר' (בית הדין הצבאי המחוזי דרום) 141/05 **התצ"ר נ' שרקאוי חוסין** (2006); הרכב בראשות השופטת סא"ל אורלי מרקמן).

¹³⁰ ראו גם, בהקשר זה: אל"ם אבי לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" **משפט וצבא** 16 (ג) 505 (2003).

¹³¹ על פסק הדין הוגש ערעור בידי התביעה הצבאית. במסגרת הערעור הושגה הסכמה, שלפיה נותרה ההרשעה בסעיף החלופי על כנה, תוך הותרתה של הסוגיה המשפטית העקרונית ב"צריך עיון", ראו ע/52/06 **התצ"ר נ' שרקאוי חוסין** (טרם פורסם, 9.5.2007). לאפשרות של הסתמכות על ההגנה מן הצדק כמקור חקיקתי לתוצאה של הימנעות מהרשעת נאשם, הגם שנקבע שביצע עברה, ראו, לאחר קבלת החוק החדש, את פסק דינו המקיף של השופט משה דרורי בת"פ (מחוזי י"ם) 2003/06 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פס' 529–548 (8.9.2008). השופט דרורי סובר, כי אכן אין מניעה לאמץ קשת רחבה של סעדים על בסיס ההגנה מן הצדק.

העובדה שחוק סדר הדין הפלילי, שבמסגרתו מופיעה הטענה, מכיר רק בסעדים מפורשים של ביטול כתב האישום או תיקונו. מסקנה כזו עולה בקנה אחד עם תורת התוצאה היחסית ועם מדיניות שיפוטית המפעילה עקרונות של סבירות ומידתיות, ומקרבת את המשפט הפלילי אל המשפט המנהלי. לעתים יציין המחוקק במפורש את קשת הסעדים שבית המשפט יכול להורות עליהם, כפי שעשה, למשל, בחוק חופש המידע.¹³² אולם הוראת המחוקק, כמו בחוק סדר הדין הפלילי, אין בה כדי למנוע מתן סעד דרסטי פחות מזה שהמחוקק הכיר בו.

ה. סוף דבר וראשיתו

חוק ההגנה מן הצדק נושא עמו בשורה חשובה. תמציתה בהזרמת עקרונות של צדק והגינות משפטית לתוככי המשפט הפלילי. חקיקתה של טענת ההגנה מן הצדק מכירה במפורש בסמכותו של בית המשפט להביא לביטולו של כתב אישום בגין סתירה מהותית לעקרונות של צדק או הגינות משפטית. המחוקק חולל בכך "מהפכה של צדק" האמורה ליצור שיח חדש. בשיח זה ישתלבו יחדיו העקרונות המושרים של מיצוי הדין וחשיפת האמת העובדתית עם עקרונות של צדק והגינות.

עקרונות הצדק בהליך הפלילי חוזקו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק ההגנה מן הצדק מהווה השלמה חשובה ונדבך משמעותי לחיזוק ההגנה על זכויות היסוד של הפרט להליך הוגן. המחוקק יצר את המסד. הוא צעד בשביליה של הלכה פסוקה שפיתח והרחיב. הוא פילס לעצמו שביל משל עצמו, נוח יותר להלך בו לשם שמירה על צדק ועל הגינות במשפט הפלילי.

ההלכה הפסוקה עצמה, שבטרם החוק, עברה התפתחות. ראשיתה בנכונות להכיר בטענת ההגנה מן הצדק רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר יש בהתנהגות הרשות הציבורית משום "התנהגות שעוריינית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם".¹³³ המשכה בגישה ליברלית יותר, שיסודה גם בהחלטות של הערכאות הדיוניות, שהביעה נכונות להכיר בטענה תוך הסתפקות בכך ש"במקרה הנדון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות".¹³⁴ התפתחות פסיקתית זו תאמה את גישת הפסיקה האנגלית, שראשיתה בדרישה ל"התעמרות" רשויות התביעה בנאשם,¹³⁵ ואחריתה בהצבת מבחן רחב יותר, שלפיו די בכך שיצביע הנאשם על

¹³² ס' 17 לחוק חופש המידע.

¹³³ עניין יפת, ראו לעיל ה"ש 16.

¹³⁴ עניין בורוביץ, ראו לעיל ה"ש 18.

¹³⁵ עניין Connolly, לעיל ה"ש 24. על פרשה זו נסמך בית המשפט העליון בעניין יפת, לעיל ה"ש 16.

התנהגות "בלתי ראויה באופן חמור".¹³⁶

הפסיקה בישראל סללה אמנם את הדרך לחקיקת חוק ההגנה מן הצדק, אך המחוקק, כאמור, פיתח וחיזק את ההלכה הפסוקה למען הצדק. שביל הצדק שהמחוקק הילך בו הוא שביל רחב, שבו "סתירה" מהותית לעקרונות של צדק והגינות יכולה להוביל לביטול כתב אישום, אף בלא "פגיעה" ממשית בנאשם זה או אחר.

עתה, משהושלמה מלאכת החקיקה, מוטלת מלאכת הפרשנות על בתי המשפט. הוראת המחוקק מציבה שלט "עצור" בפני אוכפי החוק. המסר הגלום בחקיקה הוא זה של אי-מיצוי החוק ואי-קיום הליך שיפוטי בכל מחיר. לפי מסר זה, מטרה ראויה כשלעצמה של השלטת החוק הפלילי אינה מקדשת את כל האמצעים. במקרה שבו קיימת סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות, מעדיף המחוקק ערכים אלה על פני ערכים אחרים. תכלית החקיקה לא תבוא לידי מימוש אם בתי המשפט יירתעו מהפנמתה ומהכרה בכך שהצדק וההגינות המשפטית מהווים עתה, יותר מבעבר, נדבך מרכזי וחשוב בתהליך מיצוי הדין הפלילי.

בית המשפט נדרש לפי חוק ההגנה מן הצדק, לפחות במידה מסוימת, להיכנס לנעלי התביעה בקבלה החלטה על הימנעות מאישום או על חזרה ממנו בשל שיקולים רחבים כצדק והגינות. בית המשפט קיבל הרשאה מפורשת לכך בחוק, ועליו מוטלת החובה לממש את תכלית החקיקה, תוך עשיית איזון ראוי עם אינטרסים אחרים של המשפט הפלילי. מדובר באיזון עדין, שצריך להיקבע בהבנה, שמיצוי דין בלא צדק פוגע לא רק באינטרס הפרטי של הנאשם, אלא עומד בסתירה לאינטרס הציבורי הכללי. הפעלת חוק ההגנה מן הצדק מחייבת, במידה רבה, השתחררות ממושגים מקובלים. זאת ברוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הנותן הגנה על זכויות היסוד של האדם גם בעידן של פשיעה קשה.¹³⁷

¹³⁶ ראו: R. v. Looseley, [2001] 4 All E.R. 897; הפסיקה האנגלית שבאה בעקבות פסק דין זה צעדה בעקבותי, ואזכרה בהסכמה את המבחן הגמיש יותר להחלת עקרונות של הגינות וצדק. ראו, למשל: R.v.Grant [2005] EWCA Crim 1089; R.v.Beardall [2006] EWCA Crim 928; Regina. v. Harnes [2006] EWCA Crim 876. בית הלורדים פסק זה לא מכבר, כי חזרת התביעה מהחלטה או מהבטחה שלא להעמיד לדין עשויה להיחשב כהליך בלתי הוגן, שיצדיק את עיכוב ההליכים או את ביטול האישום בידי בית המשפט. ראו: Jones v. Whalley [2006] UKHL 41. לתמיכה בגישה מרחיבה בעניין זה ראו והשוו גם: ANDREW L.T. CHOO, ABUSE OF PROCESS AND JUDICIAL STAYS OF CRIMINAL PROCEEDINGS (1993); DAVID CORKER & DAVID YOUNG, ABUSE OF PROCESS AND FAIRNESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2nd ed. 2003).

¹³⁷ בערב עיון שקיימה החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה של המכללה האקדמית למשפטים ביום 21.6.2007, בנושא: "היש בכוחה של ההגנה מן הצדק לעשות צדק? (בעקבות הסדרת ההגנה בחוק סדר הדין הפלילי)", הביע ד"ר בועז סנג'רו, ראש החטיבה, את הדעה, שלפיה לוקה המשפט ב"פליליות יתר"; עברות רבות מדי, מאסרים ומעצרים רבים מדי. לפיכך, כל מנגנון

בעניין **טגר**,¹³⁸ שהתקבל לאחר חקיקת חוק ההגנה מן הצדק, סירב בית המשפט העליון לקבל את טענת ההגנה מן הצדק בנסיבות המיוחדות של העניין שנדון. עם זאת, בית המשפט לא שלל אפשרות עקרונית לבטל כתב אישום מטעמי צדק בגין העובדה שהמדינה עודדה, ולו בעקיפין, התנהגות מסוימת (השתתפות בהסדר כובל), ומצד שני העמידה לדין פלילי בשל כך. בית המשפט ציין שההתנהגות הנידונה יצרה תחושה של "אי-נוחות", אולם מצא בנסיבות העניין "נתונים מרכזיים את תחושת חוסר הצדק".¹³⁹

באותו עניין עמד בית המשפט על כך שלעניין פרשנותו של המבחן שנקבע בחוק החדש נכונו, ללא ספק, עוד "עלילות רבות", כשהפסיקה תאמר את דבריה.¹⁴⁰ אכן כן. ההגנה החדשה שזכתה להכרת המחוקק היא בבחינת "רקמה פתוחה" שתחייב פרשנות. יש לקוות שפרשנות זו תיתן להגנה משמעות של ממש, לא רק לפי לשון החוק אלא גם לפי תכליתו. חברה ושיטת המשפט הנוהגת בה נבחנות לא רק ביכולתן להתמודד עם פשיעה חמורה, אלא גם ביכולתן לעשות זאת תוך מתן משקל לכבודו של אדם ולזכותו לחירות ולהליך הוגן. זהו הפיקדון היקר שהפקיד חוק ההגנה מן הצדק בידי השופטים.

שיאפשר זיכוי – מבורך. קביעת מנגנון כזה בחקיקה מגשימה את עקרון החוקיות. הדובר קרא לפרש את החוק בהרחבה, תוך נקיטת גישה ליברלית, ולא להסתפק בהלכה "קמצינית ושמרנית". לסרט הוידאו המתעד את ההרצאה, ראו באתר "נבו": <http://web2.nevo.co.il/serve/thetimer/ShowNevoVideo.asp?Id=75598> (נבדק לאחרונה ב-12.1.2009).

עניין **טגר**, לעיל ה"ש 112.

שם, פס' 117 לפסק הדין.

שם, פס' 111 לפסק הדין. ראו גם, לאחרונה: ע"פ 371/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 08(2) 1002 (2008). השופט אדמונד לוי הפנה לעניין **לימור**, לעיל ה"ש 111 ולעניין **טגר**, לעיל ה"ש 112 וראה במבחני **בורוביץ** מבחנים מנחים, גם לאחר קבלת החוק החדש (פס' 8 לחוות דעתו). השופט חנן מלצר, עם זאת, ראה לנכון להוסיף הערה, תוך אזכור טיטת מאמרנו זה, וציין כי מבחני עניין **בורוביץ** יהיו אמנם "נקודת מוצא", אולם ההגנה "בהחלט צפויה להתפתחויות נוספות בעתיד. אלה יביאו לכך שערכים של צדק והגיונות משפטית ילוו – עתה במצוות המחוקק – את ניהול ההליך הפלילי (לרבות באשר להחלטה בדבר הגשת כתב אישום), כך שלא תיווצר 'סתירה מהותית' (ולא רק כזו שהיא 'חריפה' ו'דוקרת את העין') בין העקרונות הנ"ל לבין הצורך בהעמדה לדין ובניהול המשפט" (פסקה 1 לחוות דעתו). בהערתו של השופט מלצר ניתן לראות לפחות "סנונית" המבשרת על אפשרות שבית המשפט העליון יאמץ בעתיד את הגישה המרחיבה שגיבשנו במאמר זה.