

הילולת ההגנה מן הצדק

השימוש המופלג בדוקטרינת ההגנה מן הצדק כטענת הגנה מסכלת בהליכים פליליים יצר את הרושם כי השתנו פני ההליך. אלא ששימוש זה אינו עולה בקנה אחד עם הדין הקיים ואינו הולם את הריסון שנוהג בית המשפט העליון כלפי מלאכת התביעה. יש לקוות כי ריסון זה יונחל בערכאות הדיוניות, משום שההגנה מן הצדק הייתה ונותרה הלכה מחמירה

איריס שמואלי-צסלר



עו"ד איריס שמואלי-צסלר, פרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה)

אך לפני מספר שנים פסעה דוקטרינה זו פסיעות זהירות ומדודות אל המשפט הישראלי, וכיום היא אחד המרשמים המתגרים ביותר את ההליך הפלילי. הטענה להגנה מן הצדק היא בעלת עוצמה: בכוחה לסכל את ההליך, לעצרו באיבו ולהביא לביטול כתב האישום. עניינה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוא השמירה על טוהר ההליך ועל תקינותו, ואותו היא מעדיפה על פני בירור האשמה במקרה המיוחד.

"לצדק פנים רבות?" לא כפי שמתקף מן הדיון המתרחש כיום בערכאות הדיוניות. מעולם לא ניתנה ל"צדק" משמעות קונקרטית מזו המוקנית לו במסגרת הטענות הדיוניות של ההגנה מן הצדק: חלפו שנתיים מיום החקירה ועד להגשת כתב אישום? הגנה מן הצדק; התביעה לא פעלה במרץ

המוסד הפלילי הוא מוסד חברתי מסדר ראשון, מגן החברה המתוקנת, המשמש בידי החברה להגנה על שלמותה ולשמירה על ביטחונם של תושביה ושל אזרחיה. המוסד הפלילי הוא כלי בידי החברה להתמודדות עם הפרת סדרה ועם פגיעה בערכיה. ההליך הפלילי נתון בידי השלטון, והשפעתו על הפרט הנדון על פיו עצומה. במהלכו הרגיל עוסק ההליך הפלילי ביבירור האשמה הנטענת לביצוע עבירה ובדיון בדבר הסנקציה הראויה למקרה שהוכח ביצועה. אלא שבשל עוצמתו ומידת השפעתו נתון ההליך למגבלות ולבלמים המיועדים להבטיח את תקינותו ואת טהרתו. כללים ודוקטרינות משפטיות משמשים לפיקוח ולריסון ההליך, והרווחת שבהם כיום היא הדוקטרינה של "ההגנה מן הצדק".

ההילולה של ההגנה מן הצדק היא נחלת הערכאות הדיוניות בלבד, והיא דועכת ומרוסנת ככל שעולים במעלה הערכאות. כדי שתתחולל מהפכה משפטית יש צורך שתתרחש ולפחות תשתלב בערכאה המשפטית העליונה

ולא הזכירה לבית המשפט לקבוע מועדים? הגנה מן הצדק; כתב האישום לא פורט דיו בנספחים? הגנה מן הצדק. כה רווח השימוש בטענת ההגנה מן הצדק, עד כי יש שהתרשמו שהתחוללה מהפכה בדין הפלילי, ויש שהכתירוה כ"מהפכת ההגנה מן הצדק" (ראו למשל ישגב נקדימון (2010), **עורך הדין** 9, עמ' 14-10).

האומנם מהפכה? זאת לדעת כי ההילולה של ההגנה מן הצדק היא נחלת הערכאות הדיוניות בלבד, והיא דועכת ומרוסנת ככל שעולים במעלה הערכאות. כדי שתתחולל מהפכה משפטית יש צורך שתתרחש, ולפחות תשתלב, בערכאה המשפטית העליונה. והנה בניגוד לרושם הרווח, בית המשפט העליון בישראל לא נתן ידו לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק. למעט מקרה יחיד וחריג שלא היה

בהליך פלילי (על"ע 2531/01

חרמון נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין), לא הקנה בית המשפט העליון בישראל את הסעד של ההגנה מן הצדק. בכל המקרים שהועלתה הטענה לדיון בערכאה העליונה, נדחתה בהקשה לביטול כתב האישום. בכל המקרים שנדונו לפניו סירב בית המשפט העליון להעניק את הסעד, ובבחינה של הפגיעה הנטענת כך

דיון בחשיבות ההליך הפלילי. בית המשפט העליון העמיד את חומרת הפגיעה בנאשם אל מול חיוניות ההליך וחשיבותו, ובאיזון שערך בין עוצמת הפגיעה הנטענת לבין הפגיעה בהליך נמצאה חשיבות עליונה לקיום ההליך.

השימוש הכה פופולרי בטענת ההגנה מן הצדק נשען על מוסכמה רווחת כי חל שינוי מכריע במבחן יישומה של ההגנה ממבחן מחמיר שנעשה בו שימוש במקרים חריגים למבחן מקל ומרוכך. מוסכמה זו מבוססת על התבוננות שגויה בפסק דין של בית המשפט העליון בפרשת קרטל חברות הביטוח, הוא פסק דין בורוביץ' (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'**; להלן: **בורוביץ'**).

האומנם מבחן מרוכך? דוקטרינת ההגנה מן הצדק

הובאה אל המשפט הישראלי בשנות ה-90 בפסק הדין של בית המשפט העליון שאישר את הרשעתם בפלילים של הבנקאים האחראים לתוצאות ויסות מניות הבנקים (ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**; להלן: **פרשת יפת**). הדוקטרינה שהובאה אז מן המושפט האנגלי התבססה על התורה האנגלית "השתק הרשות", שלפיה שמורה לבית משפט סמכות לבטל כתב אישום או לעצור הליך שמכוחו הובא נאשם לדיון אם התנהגות הרשות פוגענית, למשל במקרה שהנאשם הודח למעשיו על ידי הרשות. סמכות זו מושתתת על התפיסה בדבר הסמכות הטבעית לבית משפט לעצור הליך הסותר עקרונות של צדק ושל הגינות משפטית. ההגנה מן הצדק על פי השתק הרשות דנה בהתנהגות התביעה "שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם", התנהגות שבה "המ

צפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת". בית המשפט בפרשת יפת קבע כי ההגנה מן הצדק תישמר במקרים חריגים: "ביטולו של משפט פלילי, על המשמעויות הנלוות לכך, יכול שייעשה רק במקרים קיצוניים וחריגים". היקף ההגנה מן הצדק שהוכר בפרשת יפת צומצם להיקפו במקור: למקרים המקיימים את תורת המניעות השלטונית, "השתק

הרשות" ו"סיכון כפול". בסופו של ההליך לא העניק בית המשפט לנאשמים את ההגנה, משמצא כי התערבות הרשויות בוויסות לא הייתה בחומרה המצדיקה את ביטול ההליך.

בחלוף עשור מפרשת יפת נדון בבית המשפט העליון הערעור על הרשעותיהם של מנהלי חברות ביטוח באשמה שיצרו קרטל ביטוח. הנאשמים בפרשת בורוביץ' העלו שורה של טענות על ההליך שנגקט נגדם – טענות כלפי החקירה וטענות נגד ההחלטה על העמדתם לדיון – וטענו כי יש בכל אחד מן הפגמים ובמיוחד בהצטרבם כדי לגבש עבורם את הסעד של ההגנה מן הצדק.

בית המשפט העליון היטה אוזנו לקריאות שהועלו אותה עת להרחבה של ההגנה, וקבע כי "בעיקרון

האומנם התווה פסק דין בורוביץ' מבחן מרוכך לטענת ההגנה מן הצדק? עובדה ראשונית שכמו נשתכחה היא כי בית המשפט העליון לא נעתר לבקשה ולא ביטל את כתב האישום, אף שהטענה נטענה במלוא העוצמה



ההגנה מן הצדק? עובדה ראשונית שכמו נשתכחה היא כי בית המשפט העליון בבורוביץ' לא נעתר לבקשה ולא ביטל את כתב האישום, וזאת למרות שטענת ההגנה מן הצדק נטענה לפניו במלוא העוצמה; הנאשמים טענו לפגמים בחקירה, לפגמים בחומרי החקירה, לפגמים בהכנה של עדים ולפגם של אכיפה בדרנית. והנה, למרות שורת הפגמים הארוכה שבית המשפט הכיר בהם ולמרות החומרה הגלומה בהם, לא העניק בית המשפט לנאשמים את הסעד של ביטול כתב האישום. בית המשפט איזן פגמים אלה עם חשיבות קיום ההליך הפלילי. בימיו הראשונים דווקא נתפס פסק דין בורוביץ' מחמיר עם הנאשמים. לראיה הגנת הנאשמים

עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות". באמירה זו אמנם הרחיב בית המשפט את היקף ההגנה מעבר לתחולתה במקור, והחילה על קשת רחבה יותר של מקרים משהוכרו בפרשת יפת. למן קביעתו זו הפך פסק הדין בורוביץ' למורה הדרך בסוגיה של ההגנה מן הצדק, והחל להתפתח סביבו המיתוס בדבר "ריכוך המבחן". פסק הדין החל לשמש מקור לביסוס העילה של ההתערבות השיפוטית על בסיס ההגנה מן הצדק, וברבות הפסיקה שנפסקה בעקבותיו הפך בורוביץ' לדגל ריכוכה של הלכת ההגנה מן הצדק. האומנם התווה בורוביץ' מבחן מרוכך לטענת

עוצמתם. הדרישה לזיהוי הפגמים היא למעשה דרישה להנחה של תשתית עובדתית כתנאי לדיון בטענה. השלב השני הוא שלב הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות. פגיעה זו צריך בית המשפט לבחון בנוסף ולמרות קיומם של הפגמים; השלב השלישי הוא שלב הסעד. גם שלב זה צריך להתקיים למרות קיומם של הפגיעה ושל הפגמים: על בית המשפט לבחון סעד לריפוי הפגיעה שאיננו הסעד של ביטול כתב האישום.

הנה כי כן, מול השימוש המופלג בטענת ההגנה מן הצדק, הרווח בערכאות הדיוניות והמבוסס על האמונה בדבר ריכוך המבחן, עומדת פסיקת בית המשפט העליון ומחדשת קריטריונים נוקשים ליישום ההגנה: מבחן מצטבר בן שלושה שלבים, הוכחת פגם ונזק של ממש, דרישות מחמירות של קשר סיבתי ומתן משקל מכריע לחשיבות ההליך הפלילי.

בכל שורת המקרים שנדונה בבית המשפט העליון, אלה שלפני בורוביץ' ואלה שלא-חרי, לא העניק בית המשפט העליון את הסעד שהתבקש לשם ההגנה מן הצדק. גם במקרים שבית המשפט הכיר בקיומם של פגמים הוא דחה

את מתן הסעד בשל האיזון שערך בין הפגמים ובין קיום ההליך וחשיבותו. בכל המקרים גבר בעיני בית המשפט העליון האינטרס הציבורי שבקיום ההליך. בכל המקרים הזכיר בית המשפט את חריגותה של ההגנה ואת הצורך להפעילה בזהירות. בכל אותם מקרים שב בית המשפט העליון וסיכם כי "ההגנה מן הצדק הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד" (ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל**).

בחלוף שנתיים מבורוביץ' אימץ המחוקק את ההגנה מן הצדק בחוק סדר הדין הפלילי, סעיף 149(10), והוסיפה למניין הטענות שעל פיהן ניתן לעתור לסעד של ביטול כתב האישום, כאשר "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". גם חידוש חקיקה

היא זו שהזדרזה להגיש נגדו בקשה לדיון נוסף בגין דחיית הטענה של אכיפה בררנית (דנ"פ 5189/05 **איילון חברה לביטוח נ' מדינת ישראל**). גם בדיון הנוסף דחה בית המשפט העליון את הטענות, וקבע כי התביעה הייתה רשאית לנקוט הבחנה בין חשודים על בסיס של דומיננטיות. כך טבע בית המשפט העליון, דווקא בבורוביץ', מבחן נוסף המצטרף להלכה בדבר עצמאות שיקול הדעת של התביעה, הוא "מבחן הדומיננטיות".

לשונו של בורוביץ' נהירה, ואין בו דברים לריכוך המבחן. בדומה ליפת נוקט גם בורוביץ' מבחן מחמיר לקבלת טענת ההגנה מן הצדק, וכפי שנפסק ביפת ממשיך בורוביץ' ותובע את מבחן המקרה החריג והקיצוני בקבעו כי "ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר".

למעשה ניתן לומר כי בדרכו בורוביץ' אף מחמיר את המבחן שנוסח ביפת. בעוד שההגנה מן הצדק על פי יפת התבססה על הדוקטרינה השתק הרשות ועל הרציונל של חינוך הרשות, פסק דין בורוביץ' מוותר על הרעיון

של לבוא חשבון עם רשות האכיפה: "מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים". משזנחה ההגנה מן הצדק שלפני בורוביץ' את רעיון חינוך הרשות, היא ויתרה למעשה על הרציונל ששימש בסיס להגנה. בורוביץ' הפנה את הזרקור מן הרשות לנאשם, ולהסטה זו פן נוסף. הלכת בורוביץ' בוחנת אם נזק לנאשם ואם יש קשר סיבתי בין הפגיעה לנזק; אם לא נגרם נזק של ממש להליך, אין מקום לדיון בהגנה מן הצדק.

בשיטתו שלו אף התווה בורוביץ' מבחן מחמיר מזה שנהג, הוא "מבחן שלושת השלבים" – מבחן מדורג ומצטבר שעל ההגנה לטפס במעלה שלוש מדרגותיו. על פי מבחן שלושת השלבים, בית המ־שפט צריך לזהות את הפגמים שנגרמו להליך ואת

**למעט מקרה יחיד וחריג
שלא היה בהליך פלילי לא
הקנה בית המשפט העליון
בישראל את הסעד של
ההגנה מן הצדק, ובאיזונים
שערך בין עוצמת הפגיעה
הנטענת ובין הפגיעה
בהליך נמצאה חשיבות
עליונה לקיום ההליך**

זה עורך תקווה למהפכה, אך היה זה בית המשפט העליון שבהזדמנות הראשונה הבהיר כי אין בחידוש כדי לשנות את הדין הקיים: "המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה" (טגר).

הכוח המניע של טענת ההגנה מן הצדק הוא ההתערבות השיפוטית, הביקורת השיפוטית על מעשה התביעה הנקטת מכוח האיזון בין הרשויות והמהווה איזון לכוחה של הרשות ואיזון לרעיון המוחלט של הפרדת הרשויות. העמדה לדין פלילי היא מעשה שלטוני המופעל בשיקול דעת שהוקנה לתביעה הפלילית על פי החוק. בפסיקת בית המשפט העליון משך עשרות שנים הוכר שיקול הדעת שמפעילה התביעה בהעמידה לדין כמעשה מורכב:

"החלטה מורכבת, קשה ורבת התלבטויות" (ע"פ 37/07 פרג 'נ' מדינת ישראל). במסגרת הביקורת השיפוטית על מעשה הרשות הוכר שיקול הדעת הנתון לתביעה הכלילית כשיקול דעת עצמאי, רחב ביותר וכמעט מוחלט, ובלשון בית המשפט: "שיקול דעת רחב מני רחב" (בג"ץ 4736/98 מעריב נ' היועץ המשפטי לממשלה).

במרכז שיקול הדעת שמפעילה התביעה עומדת הבחינה של דיות הראיות להרשעה. הבחינה של דיות הראיות היא מתפקידו החיוני של התובע, גרעין עשייתו המקצועית, בבחינת אומנותו. בית המשפט העליון מכיר זה עשרות שנים במלאכת הערכת הראיות כפן הנתון למומחיותה המיוחדת של התביעה. לאחרונה, בהחלטה בעתירה בעניין הנשיא לשעבר קצב, נשא בית המשפט דברי הלל למלאכת שקילת הראיות על ידי התביעה: "...מלאכת הערכת הראיות היא מורכבת ורבת פנים... היא בנויה על בדיקה טכנית של הראיות בצד הערכת משקלן הסגולי ומהימנותן, בהשתלבותן זו עם זו למערך כולל..." (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה).

פועל יוצא מן ההכרה בשיקול הדעת הרחב הנתון למאשימה הוא גבול ההתערבות השיפוטית. משמ-

עות שיקול הדעת העצמאי של התביעה היא צמצום הביקורת השיפוטית. הביקורת השיפוטית שנוקטת בית המשפט העליון בישראל על מעשה התביעה היא מתונה וזהירה. במשך שנים גוזר בית המשפט העליון על עצמו ריסון בהתערבות בהחלטות התביעה. בית המשפט המשיך וגזר על עצמו איפוק גם במקרים שהיה סבור כי החלטת המאשימה אינה נכונה ולא התערב גם במקרים שהקושי בהחלטות היה ניכר, למשל במקרה שהיועץ המשפטי לממשלה שינה את דעתו (כמו בבג"ץ האמור בעניין קצב), ולא במקרה שחילוקי דעות בקרב המאשימה היו גלויים וידועים כמו בפרשת האי היווני (בג"ץ 5675/04 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה).

פטי לממשלה).

הנה כי כן, בעוד שבעבר כאות הדיוניות שוררת הילור לת ההגנה מן הצדק, הכרוכה בהתערבות ישירה במעשה התביעה, ממשיכה הערכאה המשפטית העליונה לכבד את רוחב שיקול הדעת הנתון למאשימה, ונוקטת מתינות וצמצום בהתערבות בהחלטות התביעה.

בפסק דין שנפסק לאחרונה בבית המשפט המחוזי זי בתל אביב (ע"פ (ת"א)

11-04-15757 מדינת ישראל נ' גרינוולד), בערעור על החלטה לביטול כתב אישום מחמת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, חזר בית המשפט על מוסכמות היסוד בדבר עצמאות שיקול הדעת של התביעה הכללית: "שיקול דעתה של התביעה הוא אפוא רחב מאוד... בית המשפט אינו הופך לתובע על, ובהפעילו את חרב הביקורת השיפוטית אינו מחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו שלו".

השימוש המופרז בטענת ההגנה מן הצדק אינו עולה בקנה אחד עם הדין הקיים, ואינו הולם את הריסון שנוהגת הערכאה המשפטית העליונה כלפי מלאכת התביעה. יש להאמין כי ריסון זה יונחל בקרב הערכאות הדיוניות עד שישכך את ההילולה מן הצדק במקרים שהיא עלולה לפגוע לשווא בהליך הפלילי, החיוני לשמירה על חברה מתוקנת.

**בניגוד לשימוש המופרז
בדוקטרינת ההגנה מן הצדק,
הכרוכה בהתערבות ישירה
במעשה התביעה, ממשיכה
הערכאה המשפטית העליונה
לכבד את רוחב שיקול הדעת
הנתון למאשימה, ונוקטת
מתינות וצמצום בהתערבות
בהחלטות התביעה**