

המשפט

כרך י"ב

ספר עדי אזור ז"ל

כתב עת לענייני משפט
בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנוחה
החש"ס ז'–2007

העמדתו לדין של קטיין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות והסכמה למפרע מטעם היועץ המשפטי לממשלה*

ניר פלסר**

א. מבוא; ב. סמכות העמדה לדין לאחר דיני ההתיישנות בחוק חנוער, 1. חלוקת התפקידים; 2. שיקול הדעת המעניין-שפיטטי ושיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה; 3. סיכום; ג. נפקות הסכמתו הטרואקטורית של היועץ המשפטי לממשלה; ד. ריפוי רטרואקטיבי של החליף הפלילי ושיקול הדעת השפיטטי; 1. סמכויות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור העמדה לדין; 2. החלטה כי שיקולי העמדה לדין נשקלו לנפם ובאורח עצמאי; 3. העובדה כי טרם נעשה צעד דיוני; 4. המועד להעלאת הטענות נגד כתב האישום; ה. סיכום

א. מבוא

סעיף 14 לחוק חנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק חנוער), קובע כי "אין להעמיד לדין קטיין בשל עבירה אם עברה שנה מיום ביצועה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה". מן האמור אנו למדים, כי סעיף 14 לחוק חנוער מהווה מחסום דיוני להעמדתו לדין של קטיין¹, בשל החריגות העברה. משמע, כי בטרם נקבעה אחידות הפלילית של הקטיין — על מלא מהותה והיקפה — מהיחיד הטעם המשפטי להטילה עליה.

* חיבור זה מוקדש להוריי: עמרים ונאוה פלסר ז"ל, אשר תמיד עודדוני לחקור ולכתוב, אך נפטר טרם עת ולא זכו לראות את פירות המחקר והתיבה.
** עורך-דין; תלמיד לחור שני במסלול למשפט ציבורי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; עוזר הנראה ומחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה; חבר בצוות החקיקה של הפרטים הפלילי הארצי בלשכת עורכי הדין.
1 משמעותו של הביטוי "מחסום דיוני" הונה, כי חרף אחידות הפלילית במישור המהותי, מנעה ההכרעה מלמחות עמו את הדין. יחד עם זאת, אין המחסום הדיני משמשי את אחידות הפלילית של הקטיין.

בפני סכנות בלתי מבוטלות, של חוצאי החיבורות והמחוזות, תוצרים אלו הוכחו ובוטלו היטב במחקרים מקיפים. אף מבאן עוללי, שאין כל היגיון או מקום לייחס משמעות של עקביות לראיה שמעצם טיבה גובלת באי משמעות או משקל.

במצב בו אין העד מזהה את הנאשם, טענתו, בניגוד לפסיקה הקיימת, היא, כי אי הוודאות הינו ראיה בעליל משקל נכבד. עם זאת, אין בכך כדי לשנות מן העובדה כי מדובר בראיה נפרדת ושונה מראית מסדר חזיה, אשר משקלה (של הראשונה) נשען על בסיס אחר, והוא — עמידות העד בהטיות העצמות הכרוכות במעמד החזיה באולם בית המשפט. בהקשר זה, הצבענו על כך שלא ניתן לומר בבירור אם הפסיקה החיחסה אל החריג המאפשר קבלת פרוטוקול בראיה, כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה, או שמא מייחזרת חקיקתו של סעיף 10א לפקודה בסביבות העניין כחריג כזה. מכיל מקום, הריאנו, כי אימוצו של סעיף 10א לפקודה בסביבות העניין אינו מתאים, בסופו של דבר, על פי הרציונל העומד בבסיסו ואינו צריך לשמש מקור לקבלתו. כך גם דיקטרינות ראיותיות, כמו כלל הקפאת הזכרה שבעבר נכשלו מלהשיג את המבוקש. גם כאן ניתן למצוא מזור ומרפא בהשקפה המוכחאת על ידינו. ההתייחסות לראית החזיה במסדר כאל ראיה, שהיא מזור גיסא ראית מקור, ומאידך גיסא, ראיה נסיבות עצמאית ונפרדת מעדות העד במשפט, ובכלל זה, המקרה של אי זיהוי העד במעמד זה, טוללת דרך מישוריל לקבלתו. ודוק: ברור, כי לא ניתן לעשות שימוש נוסף בראית מסדר זו, למשל, כדי להוכיח את תנאי הצפייה בודמות העברייין בזיהוי, את משך זמן הצפייה וכדומה. אפילו יש בפרוטוקול ממצאים לכאורה לענינים אלו, אין הם אלא בגדר אמרת חרץ של עד ראיה, אשר יפים להם דיני הקבילות והמשקל הרגילים.

לבסוף, הדין המוצע על ידינו מספק ביסוס תיאורטי לשאיפה האינטואיטיבית של בית המשפט, אשר ביקש להביא לכך שראית הפרוטוקול תוגש לבית המשפט בכל מקרה. בבסיסה של שאיפה זו עומדת, בסופו של דבר, ההשקפה, הנכונה, כי הראיה הממשית בדבר זיהוי הנאשם היא זו שהושגה בעת המסדר, להבדיל מזו שבאולם בית המשפט.

להיגרים על-ידי השארתם של הליכים פליליים חלויים ועומדים במשך זמן רב, דבר אשר יש בו כמובן כדי להשפיע במישורין על יכולתו של הקטין לתפקד באופן רגיל.⁷

רואים אנו, כי בסעיף 14 לחוק הנוער אימץ המחוקק ונהיגה שתי תכלית של דיני ההתיישנות. תכלית אחת היא "השכחה והמהלך", לפיה הוציאו השמוע בהצמדת העונש במידה רבה, ככל האפשר, אל מועד ביצוע העבירה, נובע מעקרון השכחה והמהלך, בכחית "עבר-זמנו" – בטל קורבנו".⁸ ההנחה היא, כי לאחר חלוף זמן מסוים, ובעיקר לנוכח ההשלכות או אף חלופתה של ההחלטה הצבירה, מן הראוי "לשכוח" את מעשה העבירה ולא לטפל בו עוד. מכאן, כי עם השחיקה ששוחק הזמן את חומרתה של העבירה, נשחק גם האינטרס הצבירי בנקיטת הליכים פליליים נגד העבירין.⁹

תכלית שנייה היא "הזכות לסיום מהיר של ההליך הפלילי".¹⁰ שלפיה הצמדת הגשתו של כתב האישום למועד ביצוע העבירה (מתוך הנחה שמועד הגשתו של האישום משלך גם על מועד קיום המשפט) נעוץ באינטרס הפורטי של העבירין. שכן, מי אשר מתנהל נגדו הליך פלילי, זכאי לכך שהליך זה יסתיים במהירות. על רציונל זה עמד השופט אלין (כתוארו אז) במאמרו:

"פגיעה חמורה ביותר נגרמת לו לאדם שדינו מתענה מעל לזמן ראוי וסביר המתבקש ומתחייב לשם ביזור מחוץ, צורך ומלא של דין דברים הבאים בפני בית המשפט [...] ומכל שכן כך הוא בעניין פלילי, שצל ההחלטה וגורמיה מרחף מעליו שנים על גבי שנים, ועציר הוא ועני משפחתו וידידיו רואות נכלות".¹¹

ניכר, כי לדברים אלה משקל רב עוד יותר, עת מדובר בקטין שחווה את הליך ההגברות בצלם של הליכים פליליים. זאת, כמשמעת הן מן ההיגיון הברא והשכל הישר והן מעקרון "טובת הילד".¹² כפי שמצא ביטוי במישורין בעקניפן

- 7 לגישתו השקדמית של מערכת בתי המשפט לנוער, ראו את הגדרת הכוונות ל"Youth society" מתו חוק Criminal Justice Act הקרי: [...] the criminal justice system is intended to [...] rehabilitate young persons who commit offences and re-educate them into society".
- 8 בבלי, ברכות כז, א.
- 9 ע"פ 290/63 ואג"ד 2, הויזק הממשטי למשלה, פ"ד יח(2) 586, 570(1964); התנועה למען איכות השלטון, לעיל ג, בעמ' 770.
- 10 ע"פ 4745/97 ואג"ד 3, הדינה בע"מ ג' מדינת ישראל, פ"ד כז(3) 778, 766(1998).
- 11 מנחם אלון, "חוקרי היסוד" – ענין ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי", מחקרי משפט יג, 27, 56(1996).
- 12 ראו לעניין זה את לשונו של ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, ר"א 31, 221 (נפתחה לחתימה בישראל) (1989) (אשרה נכנסה לתוקף ב-1991): "כל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם נקטות בדין מוסדות ורשות מדיאלית ציבוריים או פרטיים ובין בדין בתי משפט, רשויות מנהל או גופים חקיקתיים, תהא טובת הילד שקול ראשון במעלה".

פרק הזמן, שקבע המחוקק לצורך התיישנותה של העבירה, הינו הקצר ביותר מבין פרקי הזמן אשר נקבעו מכוח סדרי הדין הפליליים הנגזלים.² עם זאת, בניגוד לדיני ההתיישנות הרגילים, אין בהליכי החקירה המסודרת כדי לקטוע או כדי להשתות את מידות ההתיישנות.³ – ידא משכם במסגרת מחתם הסבירות ככל שיהא – ואין בהם כדי לעצור את מידות הזמן. שכן לגבי קטין, מתחיל מניין השנה במועד ביצוע העבירה והוא מסתיים עם הגשתו של כתב האישום לבית המשפט. זאת, ללא כל התיחסות לאירועי ביניים כלשהם. גם אם העבירה או העבירין נחללו באיחור, אפילו החקירה לא נסתיימה מכל סיבה שהיא בתוך פרק הזמן הנקוב בחוק, ואפילו החבירה לא הספיקה להגיש כתב אישום לבית המשפט, הרי שאין להעמיד לדיון את הקטין אם חלפה תקופת ההתיישנות.⁴

בניגוד לדיני ההתיישנות הכלליים, הרי שאין כל הגבלה ויחוד באשר לסוג העבירה, למידת חומרתה, או לעונש הקבוע לצידה בחוק, עת נסקין בקטין. בין שהעבירה היא "פשע חמור" ובין שהיא "עוון קל", מנוחה המביעה מלחמה לדין את הקטין בניין ביצועה של אותה עבירה אם עברה שנה מיום הביצוע.⁵ על תכליתו של הסעיף האמור עמד השופט שמגר (כתוארו אז), בעניין ויצמן,⁶ באומרו:

"המחוקק ביקש למנוע העמדתו לדיון של קטין בשל עבירות, כאשר אחר ביצוען עבר זמן יחסית, כדי להצמיד את הענישה או הזכר, במידה רבה ככל האפשר, אל מועד ביצוע העבירה, וזאת ככל הנראה מתוך הנחה, שמועד הגשת כתב האישום גם משלך על מועד קיום המשפט. סמולה בכך המגמה למנוע הפורטה לחלוף ההגברות והשיקום הדרוש, העלולה

- 2 ס' 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) קובע כך: "באין הוראה אחרת לעניין זה בחוק אחר, אין להעמיד אדם לדיון בשל עבירה אם עברו מיום ביצועה – (1) בפשע שדינו מיתה או מאסר עולם – פשעים שנים: (2) בפשע אחר – עשר שנים; (3) בעוון – המש שנים; (4) בחטא – שנה אחת".
- 3 השור ל"ס' 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי: על הרציונל של השהית מידת ההתיישנות לנכח חקירה פלילית, ראו את דבריו של השופט גולדברג, לפיהם "גם לצורך שבבירור האמת חלק נכבד בהסדר הקבוע בסעיף 9(א), סעיף זה משמש לנו כי יש לאפשר לרשויות האכיות, גם אם מתמסכת החקירה מעבר לתקופת ההתיישנות, יש ולשם פנתו עכירות, עשויות רשויות האכיה לחקורק לזמן רב, ובנסבות כאלה אין לאפשר לעבירינים לחסות בצלה של התיישנות. ההתקפה היא שלא רשויות האכיה צריכות לשאת בקושי שבבירור דאחוריה הפלילית, ולא העבירין צריך להנות ממנו. אכן, עקרון ההתיישנות הוא קיומם של חטוב, אך אין הוא יכול לחתור חתה קיומו של הליך פלילי חקין, במקרים בהם קיומו של הליך כזה מצריך זמן רב יותר מאשר מאפשרת תקופת ההתיישנות". בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל ג' הויזק הממשטי למשלה, פ"ד נא(2) 774, 757(1997).
- 4 אלי שרון, נוער בפלילים: שפיות, דרכי טיפול ונעשה 123 (מהדורה שנייה, 1998).
- 5 שרון, שם.
- 6 ע"פ 499/80 ואג"ד 2, מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 488, 486(1980); תפ"ח (מחור ח"א) 1057/03 מדינת ישראל נ' פלני, חק"מח 2003(4) 913, 2003(3) ס' 8 לפסק דינה של השופטת שפירא.

הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר חגגים את

מבוא, למדים אנו כי נקטתו של המחקר בלשון "אין להניח דין", מייחדת ומסייעת את דרישת הסכמתו של הדין המשפטי לממשלה אך לגבי גיבוש ההחלטה בברר המרות לדין של הקטין. זאת, בניגוד לחוקרים האוסרים על הגשתו של כתב אישום אלא בדי הדין המשפטי לממשלה¹⁷. כאמור, מצוי בקרבן הדין הפלילי מגוון של מצבים בהם דרשה החלטת הדין המשפטי לממשלה בדרך הפעלה שיקול דעת אינדיבידואלי זה או אחר. אלו הן החלטות בעלות אופי אישי¹⁸, הדרשות בריקה אינדיבידואלית ומצבה של הנסיבות וההנחה כפי שהן משתקפות מתק המורה¹⁹.

לשיטתו של הרשפט שטגר, כוונת המחזיק במקרים אלה היא לך שהנניין יזכר על ידי הדג המשפט הגבוה יותר ברשות המבצעת — קרי, כי ההחלטה הינה בראש התביעה הכללית.²⁰ אשר גם יכול להכטיח בדרך זו כי ההחלטה הינה פרי גישה כללית ואחידה.²¹ מכאן, כי דרישת ההסכמה בקשר הגדון אינה דרישה שטכנית-פורמלית. מדובר בדרישה מזוהזת ועניינית אשר מכוחה ועל-פיה אמר המשפט, כי הורעץ המשפטי לממשלה נתן דעתו ושקל היטב את השאלה אם להגיש כתב אישום באותה עבירה, אם לא.²² כבוחר בפירצורדור

16 אהרן ברק "על השופט פרוש" משפטים יב 248, 252 (1982); ד"ר 40/80 קוגני ג' ברה, פ"ד (לרנ) 3 (701, 715 (1982); ר"א 260/83 ממל מ"ש שבו ג' יוסף, פ"ד (לט) 96, 100 (1985); צ"א 631/83 ימבני "מבני" הבה לבחור ביצ"ה ג' המוסד הילדים" בע"מ, פ"ד (לט) 4 (571, 561 (1985); ב"ב: 291/86 יתקב ג' המוסד לבחור לאהלי, פ"ד (מא) 1 (456, 449 (1987); ס' 3 לפסק דין של השופט הנודד: ב"ב: 852/86 אלוני ג' שר המשפטים, פ"ד (מא) 1 (1987); ס' 41-40 (1987). ס' 14 לפסק דין של הנשיא שמגר: ב"ב: 465/89 ריקין ג' המעצה החדתה יורשלים, פ"ד (מד) 678, 673 (1990). ס' 4 לפסק דין של השופט אור

[illegible]

18 ב"ש (שלום ק' גח) 1924/01 אשר נ' מדינת ישראל – רשות שמורות הטבע, דינים שלום יח 925 (2002).

19 ע"פ (מחוזי ב"ש) 7190/97 אלפסי נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כו(8) 694 (1998), פס' 6 ודד לפסק דינו של השופט הנדל.

20 ראו ט' 12 (א) לחוק סדר הדין הפלילי; וכן ראו "תפקידי הדין" המשפטי למשלה" הנחיות הדין המשפטי למשלה! (החש"ס"א).

21 ע"פ 6/80 הפסקה ב' מירינת ישראל, פ"ד (דל) 725 (1980); ע"פ 506/81 מדינת ישראל ב' שילום, פ"ד (לוח) 395, 393 (1981), ס' 5 לפסק דינו של הושפטן קליין; ראו גם החלטה ב"ש 4,1004 להחלטות הדין הממשטן בממשלה "אישור חקיקה להגשת כתב אישום"; רות בריינר, אישור חקיקה להגשת כתב אישום, 136-137 (1991).

22. ע"פ (מחוזי ת"א) 887/81 מר"מ ישראל ג' לזטן, פ"ב מבג (1) 343, 345 (1982).

בחוץ הנוער.¹³ לפיכך, מונחות רשויות התביעה לעשות כל מאמץ על מנת שכתבי האישום נגד קטינים יוגשו בתוך פרק הזמן שנקבע בסעיף 14 לחוק הנוער.¹⁴

במסגרת רשימה זו, אבחן בראייה קונסטרוקטיבית את הפקטיקה הנדרשת בקרב ראשוני החברות, לפיה כתבי אישום אשר הוגשו בחוסר סמכות מחמת חלוקת תוקפות ההחלטות, וזכים לאישור הטרואקטיבי של היועץ המשפטי לממשלה. ראשית, אצמור על סמכות ההצמדה לידן, על חלוקת התפקידים ועל שיקול הדעת התביעתי כפי שהותוות בידי המחלקה לאור חוק הנוער. לאחר מכן, אבחן את הנפקות המשפטית הנובעת מהסכמת הטרואקטיבית של היועץ המשפטי לממשלה. לבסוף, אבחן את ההשלכות המשפטיות הנובעות מביטול כתבי אישום בשל פגמים פורמליים בהגשתם.

ב. סמכות ההעמדה לדין לאור דיני ההתיישנות בחוק הנזכר

1. מלכות המצוקה

כמה דיוקנים כוללים הוראות הדורשות את הסכמתו המוקדמת של הדייקן המשפטי לביטול, טרם הגשתו של כתב הגשתו לביטול המשפט. הכלל הוא, כי נקודת המוצא לפרשנות המשפטית הינה הלשון אותה נקט המדווח¹⁵, ודיקן, כי "החוק הוא יצירה נורמאטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית. והוא ביטוי למדיניות. על

13 ראו לעניין זה את מקסווארדז'ה של ועדת המעשה בנושא הקטין בהליך הפלילי, שפד'רו: "הקרקע חוק הוצעו מתוך הנהגה, שטובים רבים בחוק הנהיגו נזקין מתוך הכנה דין הם דרכי פסיפס, ענישה וטיפול "יחודיים. סעיפים רבים בחוק הנהיגו נזקין מתוך הכנה דין הם תואמים את "טובת הילדים", מבלי לזמן זאת פמפורש: "א פמפורש להצטרף עקרונות טיור החתום קטנים מבוגרים, העתיד הקרוב בהקמה — דו"ח ועדת המעשה בנושא הקטין בהליך הפלילי, 91 (משרד המשפטים, ירושלים בהקמה — דו"ח ועדת המעשה בנושא הקטין בהליך הפלילי, 91 (www.justice.gov.il/NR/onlyres/C4AD53B4C-AB90-4EDD-B012003 (last visited on 21.4.2007). AE-49FEAC61F563/0/DOCHPILLY.pdf

14 "העמדת קטין לדרך לאחר שחלפה שנה מיום ביצוע העברה, והעמדת קטין בדרך לדרך" הנוהיות פקיקטת המדינה 1.5, ס' 2' להחזיקה (2003).

15 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות והקדקה, 97 (1993): ע"א 165/82 קיבוץ

הוצר נ' פקיד שומה רווחות, פ"ד (לט) 70, 74 (1985); פל"ע 11/86 (1987), 103 (1987), ס' 2 לפסק דין המחזיר של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, פ"ד (מא) 99 (4) (1987).

של הרשפוט נחליו; בג"ץ 4562/92 נורבג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 803 (1996); ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מט שבח מקרקעין בדיקה, פ"ד (4) 554 (1997), ס' 4

לפסק דינו של השופט אור. עמ"ד (מחוזי ת"א) 1222/02 שקל'רש נ' פקיד שומה רמלה. דינים מחוזי לד(2) 819 (2004), ט"ו 6 לפסק דינו של השופט מגן; עת"מ (מחוזי ת"א) 3/97

אבטובול ר ועזת ערד מחוז מרכז, דינים מחוז (לכ"ו) 552 (1998), ס' ב, לפסק דניו של
 סגן הנשיא (כחואר אז) גורן; ע"ש (מחוז ת"א) 8/96 (ירוטביד בנק ביי"מ ב' מחוז מערב
 ומס קניין, אחד תיש על אביב, דינים מחוז כרד (ל"ח) 840 (1998), ס' 10 לפסק דניו של
 השופט הוסיק; ע"ש (מחוז ת"א) 343/97 חלקה אחת-ישראל בהגש 6355 ביי"מ ב' מחוז
 מערב (רקון) פיצויים מחוז על אביב, דינים מחוז כרד (נ"ה) 900 (1997), ס' 6 לפסק דניו של
 השופט הוסיק.

עומדת לפניו, כחומר גלמלי²²; ומאידך גיסא – באמצעות הערכת הסיכוי ההרשעה על-פי³⁰

תנאי שני, הינו "קיומו של אינטרס ציבורי בניהול ההליך הפלילי". תנאי זה מקפל לחוכו את העניין שלפני מסגרת ראיה של חיי חברה תקינים מושחתת על סדר ציבורי, על ערכים ועקרונות, אשר החברה רואה לנכון להדגיש.

המשפט הפלילי נועד לסייע בקיומה של מסגרת חברתית מאורגנת באמצעות הגנה על אינטרסים חברתיים בסיסיים. זאת, על ידי הכרזה על קביעת ההנהגה מסוימת הפרתם גוררת סנקציה עונשית בדי המדינה³¹. מטרתה של קביעת ההנהגה מסוימת כאסורה, באמצעות הגדרתה כעבירה פלילית, היא להכריז על ציבור הרחב שהנהגה זו פסולה מתוך מטרה למונעה כליל, או להלופין כדי לצמצמה. לפיכך, ניתן לראות במשפט הפלילי משום כלי להכוונת ההנהגה³², ובהפעלתו של הסנקציה העונשית באמצעות ההליך הפלילי – כלי המגשים את המשפט הפלילי המהותי³³.

עם זאת, ההליך הפלילי כפוף לאילוצים מערכתיים המונעים מכיפה מלאה של הדין הפלילי המהותי לשאיפה להגן על אינטרסים אחרים, כגון זכויותיו הדיניות של הנאשם. כאמור, להחלטה בדבר העמדתו לדין של אדם קיימות השלכות מרחיקות לכת על חיינו. לפיכך, סבר המחוקק, כי יש להכניס מימד של גמישות לשיקול-דעתה של ההכרעה במוטת בחינת "האינטרס הציבורי" הטמון בהעמדתו לדין של החשוד. מימד זה מאפשר להכרעה להחשב בנסיבות, להעריך את מכלולן ולהסיק אם ניהולו של ההליך הפלילי במקרה הקונקרטי אינן מגשים את האינטרסים של המשפט הפלילי הטובטנטטיבי³⁴. לשיטתו של השופט ברק, אין מתקיים אינטרס ציבורי בהעמדה

29 ראו לעניין זה את דבריו של הנשיא ברק, שלפיהם: "ראיה לכאורה היא מטבעה ראיה גולמית. היא טומן עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של הנאשם [...] 'ראיה לכאורה' היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי". כש"פ 8087/95 זארה נ' מדינת ישראל, פ"ד (29) 133, 146 (1996).

30 עניין זארה, שם, בעמ' 148: "בית המשפט הבחין את השאלה אם מתוך מכלול חומר המקרה ניתן יהיה לשלול בסוף ההליך השיפוטי חשיבות עובדתית מרשימה [...] מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט מונח כללי באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר המקרה. כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר המקרה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם". עניין זה, לעיל היש"פ 27, בעמ' 12–13.

31 ש"י פלר סדרות דיני ענישין כרך א' 108 (1984); וכן ראו כג"פ 935/89 גנור נ' הירשן רמפטי לממשלה, פ"ד (29) 508, 485 (1990).

32 אורן גל ענישה בוסקמה – על חלופות להליכי משפט בפלילים 9 (זיכרון לשם קבלת חזרה "דיקטור לפרסונות", אוניברסיטת חיפה, 2002); ראו לעניין זה גם את גישתו של פורט' Nesson בנוגע למטרות של פסק הדין: Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harv. L. Rev. 1357, 1359 (1985). ראו לעניין זה נהרות ובהרות להשפט את המשפט הפלילי המוטת מערכת תואמת ומאמות של גורמות האשמה את המשפט הפלילי הטובטנטטיבי"; כ"פ 639/79 אפלל נ' מדינת ישראל, פ"ד (31) 561, 575 (1980).

34 ראו השונו לעניין זה את דבריו של השופט MacMahon, אשר דן בשיקול דעתו של פקדילס המדינה הפדילי (1961) S.D.N.Y., 634–635 (S.D.N.Y., 193 F. Supp. 630, 634–635).

זו, ערך המחוקק חלוקת תפקידים ברורה בין סמכות ההעמדה לדין הנתונה ליועץ המשפטי לממשלה לבין הסמכות להגיש את כתב האישום ולנהל את המשפט²³. הכוחה זו ביטוי בכך שבעוד שהגשתו של כתב אישום הינה אקט משפטי חריגני ומגורר, הרי שהעמדה לדין הינה תהליך מתמשך²⁴, גישה פרשנית זו, מקורה בהבחנה בין הביטוי "To Insitute Proceedings", לאמור נקיטת הליכים נגד חשוד, ומשמעותה היא גיבוש ההחלטה בדי הגורם המוסמן להעמידו לדין פלילי, לבין הביטוי "To Prosecute", הנוגע להופעה ולייצוג בבית המשפט מטעם החביעה²⁵.

2. שיקול הדעת המעניין שיפוטי ושיקולי של היועץ המשפטי לממשלה מהוראותיו של סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי²⁶ ומהעקרונות הטמונים בסעיף 14 לחוק המוצע עולה, כי סמכות היועץ המשפטי לממשלה להעמיד אדם לדין מותנית בשני תנאים מצטברים:

התנאי הראשון הוא "קיומן של ראיות המספיקות לביטוס כתב האישום". תנאי זה מצביע את שאלת דיות הראיות, כפי שנאספו בדי המשטרה במהלך חקירתה לנוכח השלכולה הקשות של החלטה בדבר העמדתו לדין של אדם, קבעה הפסיקה מבחן של "אפשרות סבירה להרשעה" ("A Conviction of a Realistic Prospect"). מבחן זה מהווה התחנות פורמסטיביות אשר אופן החלטתו של בית המשפט, כפי שהיתכן במשפט עצמו, לאמור, כי לפי שיטת "האפשרות הסבירה להרשעה" אין התובע בוחן אם חומר הראיות אינן מצביע על ביצוע העבירה המיוחסת לנאשם, אלא הסמכות סבירה כי בית המשפט יפסוק כי אין כל ספק סביר שהנאשם אשם בביצוע העבירה, אן, להלופין, כי לא יעתר לבקשת חומה שלא להשיב לאשמה²⁸. לגישתו של השופט גולדברג, את המסקנה, כי קיים סיכוי סביר להרשעה, על החובע לקבל על-פי בחינה כפולה: מחד גיסא, של חשיחת הראיות לכאורה אשר

23 עניין לוטין, שם.

24 ע"פ (מחוז ת"א) 520/01 מדינת ישראל נ' פלוגי (לא פורסם, 17.6.01), ס' 7 לפסק הדין במקור (להלן: עניין פלוגי).

25 חלוקת תפקידים זו, בין הגורם המעמיד לדין לבין הגורם המנהל את ההליך המשפטי עצמו, אינה ויה למערכת המשפטית בישראל ולפרוצדורות הפליליות. חלוקת תפקידים ברורה כאמור, אך נקבעה באמצעות ס' 60 לחוק סדר הדין הפלילי, המגדיר את פוקליט המוח כגורם האמון על העמדתו לדין של חשודים בעבירות מסוג "פשיע", בעוד שניהול ההליך יכול שיימסר, לאחר גיבוש ההחלטה בדבר העמדה לדין, לתובע מוסמן.

26 ראו לשונו של ס' 62 לחוק סדר הדין הפלילי: "ראיה החובע שהועבר אליו חומר המקרה שהראיות מספקות לאישום אדם פלוגי, עמידו לדין, וזאת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור".

27 כג"פ 2534/97 דה נ' פורקליטת המדינה, פ"ד (31) 9, 1 (1997).

28 עניין זה, שם, בעמ' 12: *Prosecutions*, 12 Criminal L. Rev. 595 (1987).

ורדי, כי טעמים אלה חייבים להימסר למחלוקת⁴⁰. בהתבסס על נימוקים אלה, רשאי המחלוקת להיגיש ערר על ההחלטה, הנדון ב"ד"א אמותיה של מערכת ההכרעה⁴¹. כל אלה הם מאפייניו של הליך בעל אופי שיפוטי. בדומה לכך, גם החלטה בדבר הצמדה לדין – קרי, ההחלטה לקבוע הליכים פליליים – חייבת להיות מנומקת בכתב. החלטה כאמור מהווה, הלכה למעשה, קביעה מעריך-שיפוטית בעניינו של החשוד. זאת, תוך ביטוי העובדות המהותיות מחומר המקרה, ניהול הדיון והחלטה על אופן עובדות, ולבסוף – הסקת מסקנה משפטית בדבר אשמה או חפות.

משמענו לכלל מסקנה, כי בשיקול הדעת לשם הצמדה לדין, סמון אופי שיפוטי, עלינו להכיר בכך כי חובה על היועץ המשפטי לממשלה להפעיל את שיקול-דעתו תוך מתן פרשנות הכללית לסעיף 14 לחוק הנוער. לגישתו של פורד⁴² ברק, משמש השופט – ולענין דין, נושא המשרה המעריך-שיפוטית – "פה" למחוקק⁴³. לנוכח קביעתו של בית המשפט העליון בפרשת ויצמן⁴⁴, הרי שעל היועץ המשפטי לממשלה לבחון – בין יתר שיקוליו ה"סטנדרטיים"⁴⁵ – את ההפעה הפוטנציאלית לחוליק ההתבוננות וליקום הדרוש, העלולה להיגרם על ידי השארתם של הליכים פליליים חלויים ועומדים במשך זמן רב; ושנית, את ההשפעה במשרשין על כוולתו של הקטין לתפקד באופן רגיל, בצל נהולתם של הליכים פליליים נגדו⁴⁶.

כאמור, היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש החביעה הכללית⁴⁷. כמי שעומד בראש מערכת גדולה וממורים ועמוסה למדי, הרי, שהולכה למעשה, אי-אפשר לדרוש מן היועץ המשפטי להיות מעורב באופן אישי ביבויש החלטה להעמיד לדין בכל חקן חקירה הדרוש את אישורו המוקדם. לפיכך, הפרקטיקה הנהוגה היא, כי חקן החקירה נבחן באופן מקומי בדי רשויות התביעה (בדי פרקליטות המחוז או בדי לשכת התביעה המשטרתית). משסבור רשויות אלה כי דרוש אישור מוקדם⁴⁸, מפניו בקשה ליועץ המשפטי המפורט את הסיבות למתן האישור⁴⁹.

40 דאן לשונת של ס' 63 לחוק סדר הדין הפלילי: "על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תמסר למחלוקת הדעה בכתב בעיין טעם ההחלטה".

41 דאן ס' 64 לחוק סדר הדין הפלילי.

42 אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לס' 267 (1990); העיקרון לקוח מתוך דבריו של מונטסקייה, לפיהם: "The national judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law".

43 עניין ויצמן, לעיל ה"ש 6.

44 עניין גביר, לעיל ה"ש 31; דאן גם "שיקולים לסגירת חקן בשל היעדר עניין לציבור" הנהיית פרקליטת המדינה 1, i. (התשס"ג).

45 דאן לעניין זה את דבריו של השופט Stevens: 296, 205-206, 510 U.S. 266, Oliver v. Albright (1994) 138-137, 114, 2d Ed. 127.

46 ס' 112 (א) לחוק סדר הדין הפלילי.

47 דאן מרכאל בונע "ההחלטה להעמיד לדין: סמכותו של פרקליט המחוז" פללים ד' 141, 147 (1994).

48 הנהיית פרקליטת המדינה ורשות כי כטרם תבקשנה רשויות ההכרעה את הסכמת היועץ

לדין, מקום בו, לדעת התביעה, הנועלה אשר תצמח לערכים ולעקרונות עליהם נועד המשפט הפלילי להגן, שיקולה כנגד הנזק אשר ייגרם לערכים ולעקרונות אלה. בלשון אחרת: בהיות האנטרס הציבורי היא חשבון של "זווית והפסד", תוך הכרעה ערכית באשר לחלוקת שתצמח לקיום המסגרת החברתית באמצעות העמדתו לדין של החשוד³⁵.

לנוכח עמדתו של הביטוי "עניין לציבור" נקבע בפסיקה כמה שיקולים לשם בחינת האנטרס הציבורי בהעמדה לדין³⁶: (א) "חומרת המעשה"; ככל שחומרת המעשה רבה יותר, כך רב האנטרס בהעמדה לדין. חומרת המעשה נמדדת לפי: חומרת העבירה עצמה, נסיבות ביצוע העבירה, היקף הנזק שנגרם, שכיחותה של ההתנהגות העבריינית נשוא החשדות, משך הזמן שעבר מאז ברצת המעשה, וכדומה. (ב) "נסיבותיו האישיות של החשוד", כגון: מצב בריאותו, עברו הפלילי, הניסיונות אשר נגשו לשקמו, מידת שיתוף הפעולה מצידו עם רשויות החקירה וההשלכות האפשריות שיהיו לקיום החליך הפלילי לגביו. (ג) "נסיבותיו האישיות של הקורבן" הנותנות ביטוי לצד השני של המטבע: ככל שההפעה בקורבן קשה יותר והנזק אשר נגרם לו אינו ניתן לתיקון או לא חקון, כך כבד יותר משקלו של האנטרס הציבורי שבהעמדת החשוד לדין.

הגישה המקובלת היא, כי בשיקול הדעת של התביעה לשם הצמדה לדין, טמונים סממנים המעידים על אופיה המעריך-שיפוטי של מלאכת ההכרעה³⁷. והסיבה להסביר זאת נועד המשפט בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (ועדת אנרגטי), אשר קבעה כי התפקיד של היועץ המשפטי משמעותו שעליו "לפסקין" בין הציבור לבין הפרט: להכריע בין אינטרס ציבורי אחד למשנהו. במקרה כזה, החלטתו הסופית להגיש – או לא להגיש – את כתב האישום נשאת אמנם אופי "מניהל", אך הויה מצווה להגיד אליה בדרך "שיפוטית"³⁸.

אכן, החלטות התביעה בדבר העמדה לדין נשאות בצדן אחריות כבדה ביותר³⁹ ומתקבלות על בסיס איזון בין השיקולים השונים העומדים על כף המאזניים. במלאכת השקילה נדרשות רשויות התביעה לאמור אוכייקטיבי את מכלול העובדות, את האנטרסים והזכויות העומדים לבחינה. יתרה מזאת, החלטה בדבר אי-העמדה לדין משמעותה סיום ההליכים העונשיים נגד החשוד, והייבת היא להיות מנומקת וכתוב.

35 עניין גביר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 508-510.

36 עניין גביר, שם, בעמ' 510.

37 ע"א 6356/99 מורשי-ג' ארבל, פ"ד (5) 254, 262 (2002).

38 ד"ר נועד המעטפים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) ספר קלנהרפר על משפט ציבורי 421, 427 (יצחק זמיר עורך, 1993); דאן גם עניין מורשי-ג' שם.

39 דאן לעניין זה את לשון הנהייתו של היועץ המשפטי לממשלה: "אחריות כבדה מוטלת על כל מי שבה לחלוקת על הגשת כתב אישום פלילי נגד אדם, בייחוד בעברית בעלות אפי חמור ועברית שיש עמן קלון וכתם בל יימחה": ס' 1 להחזיה מס' 4,3001 להנהיית היועץ המשפטי לממשלה "טיעון לפני הגשת כתב אישום".

תשאלה: מה דינה של הסכמה רטרואקטיבית אשר ניתנה בדיועבר, לאחר שכתב האישום הוגש לבית המשפט?

אין מחלוקת, כי התביעה רשאית לחזור בה מן האישום⁵³ ולהגישו מחדש לאחר קבלת הסכמתו של הדיעץ המשפטי לממשלה. גישה זו עולה במפורש מן האמור בפרשת פלוגי⁵⁴. שם, ביטל בית המשפט העליון את הרשעת המערער בבית המשפט המחוזי לנוער, מכיוון שככתב האישום בעבירה כה חרשע הוגש, לאחר חלוף תקופת ההתמנות של שנה, ללא הסכמתו של הדיעץ המשפטי לממשלה.

עם זאת, ראה בית המשפט העליון לנכון לסייג את דבריו והוסיף: "אין בדברינו אלה, כמובן, כדי למנוע את הדיעץ המשפטי לממשלה מלשקול את הצורך שיקול לעניין הגשתו של כתב אישום כנגד המערער בגין אותו מעשה".

לנוכח הכרעה זו, קבע בית המשפט המחוזי לנוער בחל איב-ייפו, כי אין לראות הברל מהותי בין מקרה בו מוגש כשנית כתב האישום, כאשר אליו מצורפת הסכמתו של הדיעץ המשפטי לממשלה, לבין כתב אישום שהדיון בו נמשך לאחר קבלת הסכמה רטרואקטיבית⁵⁵. אין הכרח בין שני המקרים מבחינת תכליתו ומטרתו של סעיף 14 לחוק הנוער, כך קבע בית המשפט, שכן זו נשמרת בשני המקרים גם יחד: פיקוחו של הדיעץ המשפטי לממשלה על התביעה מחד גיסא; ובחינה פרטנית מטיעונו של נסביוחיה הקונקרטיטית של העבירה לשם איזון בין עקרון השריקום לבין עקרון שלטון החוק, מאידך גיסא.

מכאן, כך סברה הפסיקה, עולה שההדיעה, שכתב האישום יכולט — באמצעות חוזרתו של התביעה מן האישום — ויגוש מחדש, הינה דרישה פורמלית גרדא, אשר אינה משרחת שום מטרה והכלית מהותית⁵⁶. גישה זו אף אינה עולה בקנה אחד עם הנטייה המורדנית ועם המגמות המשפטיות העכשוויות לעבור: "מפורמלזם ומסקנות לגישות ולשיקול-דעת"⁵⁷. לפיכך, אף כי "ישום קפדני של עקרון חוקיות המיניהל, היה דורש לבטל את האישור בדיועבר של הדיעץ המשפטי לממשלה, היה שאין להתעלם מן הסיבות להפחת הכללים"⁵⁸.

53 ראו לשונו של ס' 93 לחוק סדר הדין הפלילי: "יזכב רשאי בכל עת שלאחר תחילת המשפט, לחזור בו מאישום שככתב האישום, נגד נאשם אחד או יותר"; על חוצאות החזרה מאישום ראו את לשונו של ס' 94 לחוק סדר הדין הפלילי: "חזור בו תובע מאישום לפני תשבת הגישתו לאישום, יבטל בית המשפט את האישום; חזור בו לאחר מכן, יזכה בית המשפט את הנאשם מאותו אישום".

54 ע"פ 5715/91 פלוגי נ' מדינת ישראל, תקעל (3) 2231 (1992).

55 עניין פלוגי, לעיל, ה"ש 24, בעמ' 8 לפסק הדין במקרה.

56 עניין פלוגי, שם.

57 ע"פ 6147/92 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד מוח(1) 80, 62 (1993); ראו גם ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 681 (1995); י"ש 6613/99 סמירין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 555 (2002).

58 ח"פ (מחוזי נצי) 1091/02 מדינת ישראל נ' כהן, דינים מחוזי לוג(3) 632 (2002), ס' 88 לפסק הדין של השופט כהן.

לנוכח אופיה האישי של ההחלטה, הרי שעל הדיעץ המשפטי מוטלת חובה סטטוטורית לבחון את תיק החקירה לאור בקשתה של רשות התביעה הרלוונטית ולאור הראיות המצויות בתיק. דעת היא, כי הליך בדיקה זה אכן הולט את אופיו המעשי-פיסטי של תפקיד הדיעץ המשפטי לממשלה, כמי אשר בוחן את טענותיו של בעל הדין הובא לפניו (במקרה זה — רשויות התביעה), תוך השוואתן לעובדות וראיות בתיק. החלטתו כשאלה אם להעמיד לדין אם לא, הינה, אם כן, מעין "הברעת-דין" בעניינו של הקטין החשוד.

3. סיכום

מדברים אלו עולה, כי, בעשותו שימוש במילים "אין להעמיד לדין", תפקיד המחוקק בידי הדיעץ המשפטי לממשלה את הסמכות הכלעדרת להכריע בדבר העמדתו לדין של קטין עם חלוף תקופת ההתמנות הסטטוטורית. משיגיש דעתו כי יש להעמיד לדין את הקטין⁴⁹, הרי שמוסמך הדיעץ המשפטי לאצול את מלאכת ניהול המשפט עצמו לידי נציגיו המוסמכים.

ג. נפקות הסכמתו הרטרואקטיבית של הדיעץ המשפטי לממשלה

ככלל, מקומה של החלטה בדבר העמדה לדין קודמת בזמנה להגשתו של כתב האישום, ומקום שבו קיים פיצול בין הגורמים המוסמכים המוקפדים על שני מהלכים אלה, חשוב במיוחד להקפיד על נהלי סדר הנהלים הנכון. שכן החלטה בדבר העמדה לדין הינה, מעצם טיבה, ראשונה מבין המהלכים האמורים ונורכת עמה שיקולים שונים, ובהם גם שיקולים שבמדיניות⁵⁰.

מכיוון שהגשתו של כתב האישום הינה פועל יוצא מהחלטת העמדה לדין, הרי, שלנוכח סעיף 14 לחוק הנוער, ראוי כי הסכמתו של הדיעץ המשפטי לממשלה רינתן — אם היא ניתנת⁵¹ — לפני הגשת כתב האישום⁵². עם זאת, נשאלת

המשפטי לממשלה, עליון לשקול גם את: חומרת העבירה, את גיל המבצע בעת ביצוע העבירה, את פיק הזמן אשר חלוף פמרת ביצוע העבירה, את מצב הדאיות בתיק, את קיומה של עבר פלילי קודם ופקילות עבריות נוספת של הקטין החשוד, וכדומה. ראו ס' 3 להנחיה מס' 1.5 להנחיות פרקליטת המדינה "העמדת קטין לדין לאחר שחלפה שנה מיום ביצוע העבירה, והעמדת קטין ובגור לדין יחידיו".

49 בדין זה, כי, לשם גיבוש עמדתו, רשאי הדיעץ המשפטי לממשלה להיכנות מן הדיעץ המקצועי שלי, או של יועצת, או אף לסמוך על דעתו של מומחה אשר סופקה לו בשלב העיין, אך סוג נערכה במסגרת וספורמלית המהווה תנאי לקבילותה כראיה במשפט; ראו לעניין זה בג"ץ 4562/94 אבר דקה נ' בית המשפט הצבאי בלוד, פ"ד מח(4) 742, 747 (1994).

50 בג"ץ 7438/01 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 358, 345 (2001).

51 עם זאת, ראוי לציין בעניין זה, כי כפרטיקה המשפטית, הוהלך לבקשת אשור הדיעץ המשפטי היות לרוב הדיעץ פרודוקטיו פשוט, אשר במרכיב המקרים מהבצע ללא כל התנודות וקיומו האו אין לשם מניעת עשיית דין עצמי. ראו לעניין זה את החיחותות של השופט סגל בתיק (מחוזי יום) 454/97 מדינת ישראל נ' אלדרימי, דינים מחוזי לוב(6) 388 (2000), פס' 33 לפסק הדין.

52 עניין פלוגי, לעיל, ה"ש 24, בעמ' 7 לפסק הדין במקרה.

של הזכות לחירות אישית ולכבוד האדם, העניקה מעמד חוקתי על-חוקי לזכות של האשם להליך הוגן⁶⁶ (Due Process of the Law). לנוכח גוריה פרשנות זו, יהיו אשר יסברו כי חוגיה מכללי הדין מהווה פגיעה בזכות יסוד חוקיות מוקנית של האשם. שינוי מרכז הכובד בין זכויות הפרט לבין טובת הכלל הבא צמו שינוי של מבנה הפרסומה הערכית. כפועל יוצא מכך, במישור הפלילי, הפכו סדרי הדין הפלילי לכלי מרכזי בשירות זכויות היסוד החוקיות⁶⁸. הזכות המוגנת בהליך הפלילי הינה: הזכות לחירות אישית ולשמו הטוב של אדם ("כחם" של עבר פלילי)⁶⁹. מאחר שמוזכר בשלילת זכות יסוד, דורש עקרון Due Process כי המשפט הפלילי יתנהל בהתאם לסדרי הדין הקבועים או בהתאם לכללים המתאימים למקרה⁷⁰.

משכך הדברים, חחרת רעולה השאלה אם נדרש ביטול של כתב אישום שהוגש נגד קטין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות, לנוכח רפיון הסטראקטיבי וההירגה מכללי הדין הפלילי. ניתן לטעון, כי לאור המגמה המתפתחת בדבר קונסטטוציונליזציה של סדרי הדין הפלילי, הרי שזכותו של האשם למנוע את רפיון הפגם — וכפועל יוצא מכך לדרוש את ביטולו של כתב האשום — נובעת מ"חופת הכסלית"⁷¹ זאת, לפי העיקרון כי "מקום שבו חזקתה, שם החופה" (*ubi ius ibi ius*)⁷². נקודת המוצא לפי עיקרון זה היא, כי הזכות והסעד שלזכות הם זה בזה. ללא הסעד אין קיום לזכות, כשם שלא הזכות אין קיום לסעד⁷³. רואה לך, כי הרציונל העומד מאחורי נקודת מוצא זו הינו פשוט: מה טובות הן הענקת הזכות והקנקת איסור בעל מעמד חוקי האוסר את הפגיעה בה או שלילתה, אם הפעולה

ר. רפיון רטורואקטיבי של ההליך הפלילי ושיקול הדעת השיפוטי

מגמה זו, של הקניית גמישות ושיקול-דעת שיפוטי בידי בית המשפט, מורה כי על זה לבחון אם לא קופחו זכויות הידניות של האשם, כטובם יענה או ידחה את דרישותיה הפרסומה-החוקיות הנקשות של ההגנה. זאת, מכיוון שהפרסומה-הפלילית מחזקה את ה"מגמה כרטה של האשם" בהעניקה הגנה הוגנת המשמשת כתריס בפני עיוות דין⁶⁹. לפיכך, סבורני, כי כאשר באים בחי המשפט לשלול זכות יסוד שהעניקה על ידי המחוקק, מן הדין שיקפידו על שמירת המסגרת החוקית ולא ייטלו לעצמם סמכות משתמעת⁶⁸. זאת, מכיוון שהחוק בבסיסו שואף לקיומו הפרסומה⁶⁶. חרף האמור לעיל, הדגיש בית המשפט, כי אין להפריז בפרסומה-החוקית. למנוע עיוות דין, אבל הדין הפלילי אינו צריך ללבוש את דמותו של משחק אשקוני שבו מוחל אחד בלתי נכון קובע את גורל המשתק⁶².

דעתי היא, כי בבוא בית המשפט לבחון את רפיון של הפגם בכתב האשום, באמצעות הסכמה רטורואקטיבית, עליו ליתן בפרשנותו ובבדיקתו ביטוי לכך שעסקין בזכות יסוד חוקית⁶³. שכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה את הזכויות הקבועות בו למעמד חוקי על-חוקי. הן הפסיקה והן מרבית המלומדים, מחזיקים כיום בדעה כי חוקי היסוד צריכים להשפיע על זכויות החשודים והאשמים, באמצעות שני נקודות האיוון בין זכויות החשודים והאשמים לחירות ולכבוד, לבין שלום הציבור ואינטרסים נוספים⁶⁴.

לנוכח השפעתם האמורה של חוקי היסוד, סבור פרופ' עמנואל גרוס, כי יש מקום לשינוי פרשני של המשפט הפלילי הדתי⁶⁵. אי לכך, פרשנות תליתית

59 ג"פ 174/8 סילוסטור נ' הירצן המשפטי לממשלה, פ"ד א 5, 18 (1949); השונו בעניין זה לדבריו של מ"ר Justice: 318 U.S. 332, 347 (1943) כ"ר McInnis v. U.S., 318 U.S. 332, 347 (1943); לאימון גישה זו במשפט הישראלי ראו ד"ר 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי, פ"ד נב(1) 697, 715 (1998).

60 ת"א (מחוז ת"א) 2289/89 סדנאות אי אם ישראל (1989) בע"פ נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לב(4) 281 (1989).

61 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תאוריה וביקורת 5, 7-8 (1994): 150. Stanley Fish, *The Law Wishes to Have a Formal Existence*, in: Thomas R. Kearns, eds., 150 (1991).

62 עניין סילוסטור, לעיל ה"פ 59; השונו לדבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 461/80 עשור נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 451, 453 (1980).

63 בג"ץ 5263/94 הירשון נ' שר האוצר, פ"ד מט(5) 847, 837 (1996); לשלילת זכותו של נאשם להליך ראוי, ראו H. J. Lischinsky v. California, 314 U.S. 219, 237 (1941); רונן: H. J. Lischinsky v. California, 314 U.S. 219, 237 (1941); Wayne R. LaFare, Criminal Procedure: Constitutional Limitations on a Nutschell, 11 (5th ed., 1993).

64 ראו דבריו של השופט ברק (כתוארו אז) בבש"פ 537/95 גיממא נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995).

65 עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או האשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם

והזכות" מחקרי משפט ג 155 (1996); השונו בעניין זה לדבריו של השופט ברק (כתוארו אז) ברבים 2316/95 גיממא נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

66 גרוס, שם, בעמ' 169; אהרן ברק "כבוד האדם בזכות חוקית" תפרקליט מא 271, 281 (1994); רון דאן את דבריה של השופטת דורנר כמ"ח 3032/99 ברנב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 354, 375 (2002); בעו אוקון ועודד שום "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265, 271 (1996).

67 על מקורו של הביטוי, ראו את דבריו של השופט Blaue, כ"ר 358, 397 U.S. 358, 397 (1970) 378-379.

68 ג"פ (מחוז ת"א) 10345/98 וחילוביץ נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ט(2) 12, 28 (1999).

69 ג"פ (מחוז ת"א) 664/95 גולדברג נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כנ(6) 956 (1996); הדרת קופ" המשפט הפלילי — יאנוס של זכויות האדם: קונסטטוציונליזציה לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו" תפרקליט כב 64, 75-76 (1995).

70 אהרן ברק "הקונסטטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המחוזי והדיוני)" מחקרי משפט ג 5, 22 (1996); לאימון: גישה אלה ראו בג"ץ 6319/95 חמיי נ' שופטת בית משפט השלום בהל אבידיפ, פ"ד נא(3) 750, 755 (1997); פ"ד 6353/02 מדינת ישראל נ' המניקס הישראלי הבורה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(1) 1, 3 (2002).

71 אהרן ברק פרשנות במשפט ברך שלישי — פרשנות חוקית 703-704 (1994).

72 עמנואל גרוס "חופת חוקיות" משפט וממשל ד 433, 436 (1998) והאמנומאות אשר הובא שם.

ואפילו הוזה הפורה מהותיות של הדיון — גורדת בטלות אוטומטית. יש להבריר בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. לפיכך, שיקולים שונים, כגון צדק אישי ואינטרס ציבורי, עשויים להשפיע על התוצאה ואף למנוע את ביטול ההחלטה הפגומה.⁸¹ לכן, ראוי לנהוג בטיפול משפטי דרי-שלבי: בשלב הראשון, יש לבדור ולבחון את המהות ואת החומרה של הפגם; בעוד שבשלב השני יש להתאים את הסעד לפגם ולנסבות נוספות של המקרה. לשם בחינת ריפוי הפגם, קבעה הפסיקה — אגב אורזא — כמה קריטריונים אשר על בית המשפט להביא בגדר שיקוליו, בטרם יעניק את הכשר השיפוט לחליף הריפוי.⁸² חשוב לציין, כי אין מדובר בקריטריונים מצטברים, ומשקלו של האחד יכול לגבור אף על משקלם המצטבר של האחרים.

1. סמיכות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור ההעמדה לדיון סמיכות הזמן הינה קריטריון עובדתי המסייע בבחינת הגינות ותום ליבן של רשויות התביעה.⁸³ שכן זכותו של אדם להגנה על כבודו היא זכותו כי המדינה תנהג בו במידת ישר ותפעל בעניינו באורח סביר וכשר. לפיכך, מבחינת הוכחות להליך ראוי, הרי שיש להעמיק ולחקור באשר לתקינות ההליך המנהלי, לשיקולי היועץ המשפטי לממשלה ומי מטעמו, לסבירות החלטתם, לתום לבם, וכדומה.⁸⁴ חרף האמור לעיל, קיים קושי מעשי בהעמקת החקור השיפוט לחוד שיקוליהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל רשויות ההגנה הרלוונטיות. הטעם לכך הוא, שבחינת כשרות הסכמות הרטרואקטיביות של היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדיון, הינה בבחינת העלאת טענה מקדמית נגד כתב האישום.⁸⁵ ככלל, טענות מקדמיות נגד עצם האישום, הינן טענות כג"ציות באופן המכוננות נגד החלטה של רשות מנהלית, אבחנה זו הורגשה בפסיקה, אשר קבעה, כי הליך ההעמדה לדיון מורכב משני פנים: ראשית, קיים הפן הפלילי אשר נבדק בדין "בית משפט פלילי", ולענין הטענות המקדמיות הוא נבחן לפי המסגרת הדאוויה לכך, באמצעות סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; ושנית, קיים "זופן המנהלי" אשר נמדד על-פי שיקולים שבהם נמדדת כל רשות, הינה בבחינת העלאת טענה מקדמית נגד כתב האישום.⁸⁵

- 81 רע"פ 2413/99 ג'ססן ג' התובע הצבאי הראשי, פ"ד (ה)4, 673, 684-685 (2001); בג"ץ 2911/94 באקן ג' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד (ה)5, 291, 306 (1994); בג"ץ 3081/95 רומנו ג' המועצה המדעית של מנהל ההסמכה בשרא, פ"ד (ה)2, 177, 194-195 (1996); ת"פ (מחוז ים) 417/97 מירית ישראל ג' הפיקס הישראלי הברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי (ב)6, 652 (1999), פס" 37-38 לפסק הדין; יצחק זמיר חסמכות המנהלית כרך ב 680-679 (1996).
- 82 ענין סדן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 358.
- 83 ראו לענין של השופט ברק (כהואר אז) 685/78 מחמוד ג' שר החינוך והתרבות, פ"ד (ה)1, 767, 777 (1979), ס" 7 לפסק הדין.
- 84 ת"פ (מחוז רא) 6650/93 מירית ישראל ג' תמריקן, פ"פ (ה)4, 415, 421 (1996).
- 85 ראו לענין זה את ס' 149 (3) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע, כי "לאחר תחילת המשפט ראש השופט לענין טענות מקדמיות ובהם פגם או פסל ככתב האישום".

המנוגדת לאיסור זה עומדת בעינה תקפה ותופסת?⁷³ כוחו ההרתעתי הינו בהתנה, כי בפגיעה בזכות טמון גם הסעד, לאמור, כי התרופה היא אשר נותנת את ביטולה הממשל לזכות. לשטתו של השופט ברק, שתוקנו של המחזקת בנושא הסעד, אינה הסדר שלילי, נקודת-מצאו של השופט ברק היא, כי חוק-היסוד הינו בעל אופי תרופתי הנועד לרפא את הפגיעה בזכויות החוקיות המנוגות בו.⁷⁴ עולה מכאן, כי מנילא אין לקבל גישה השוללת את ריפוי של הפגם באופן מוחלט. עם זאת, מאחר שההלכה פסוקה היא שזכויות האדם אינן מוחלטות,⁷⁵ הרי שהתשובה לשאלתנו — במובנה המוחלט — צריכה להיות שלילית. חרף זאת, יש להדגיש, כי בנוגע לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכר לא רק הסטטוס השלילי (*Stidius Negativus*) השומר עליהן מפני פגיעה, אלא מענק להן גם הסטטוס החיובי (*Stidius Positivus*) המטיל חובת "עשה" להגנתן.⁷⁶ רדק, כי פסקת הכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁷ חובקת את החלטותיו של בית המשפט וקושרת אותן לעקרונות היסודי שבחוק⁷⁸ אשר על כן, במסגרת הפעלת שיקול הדיע השופטי לאיזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים בינם לבין עצמם, על השופט להעמיד את הערכים והאינטרסים המתנגשים זה לעומת זה, ליתן לכל אחד מהם משקל ולאזן ביניהם על-פי משקלם במקרה החיכוך. במסגרת איזון זה, תהא ידו של הערך או האינטרס הכבד ביותר על העליונה.⁷⁹ ברך, מענין בית המשפט, בבריקאו את ריפוי של הפגם ככתב האישום, ביטוי ממש לכך שעסקין בזכות יסוד חוקית, תוך איזון אינטרסים פרופורציונלי כהתאם לסיבותיו של המקרה הנדון.

אשר נוספתו במסגרת שיטתו המשפטית באמצעות דוקטרינת הבטלות החסות, דוקטרינה הדוגלת בגישה כי בכל מקרה בו נפל פגם משפטי — בין בגדר חסמכות ובין מחוץ לסמכות — יש לבדוק, בראש ובראשונה, את נסיבות המקרה, את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן לפי הנסיבות.⁸⁰ לא כל טעות —

- 73 ראו לענין זה התייחסותו של פרופ' עמנואל גרוס, שם; השונו לדבריו של השופט Chao, בנוגע לפסילתן של ראיות מבחן "תרופת הבטלות" ב- (1961) 367 U.S. 543, 656 (1961). Map v. Ohio.
- 74 גרוס, שם, בעמ' 439.
- 75 ברק, לעיל ה"ש 71, בעמ' 475; וכן ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ג' מנדל כפר שותף, פ"ד (ה)4, 221, 335 (1995); בג"ץ 153/87 שקדיאל ג' השר לעניני דתות, פ"ד (ה)2, 242, 221 (1988).
- 76 אחרי ברק "כבוד האדם כזכות חוקית" הפרקליט מא 271, 273 (1994); ברק, שם, בעמ' 364; וכן ראו לענין זה ע"פ 5121/98 יששכרוב ג' התובע הצבאי הראשי, ת"פ (ה)2, 2006 (2006) 1093, 52 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 77 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשית השלטון חייבת לכבד את חובותיו שלפי חוק-יסוד זה".
- 78 בש"פ 2910/00 בן ג' מירית ישראל, ת"פ (ה)2, 2000 (2000); וכן ראו ענין היושדות, לעיל ה"ש 63, בעמ' 847.
- 79 ברק, לעיל ה"ש 71, בעמ' 216.
- 80 בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ ג' שר הפנים, פ"ד (ה)1, 193, 203 (1999).

הוא מתחדש ומתערכך באופן הרמוני עם סביבתו.⁹⁴ מכאן, כי בחינת היקפה של חבירות השיפוטית העקיפה מחייבת מתן ביטוי הרמוני למלוא השינויים החוקתיים וההיסטוריוטליים אשר חלו בשיטה המשפטית.⁹⁵ אמנם, "במשך תקופה ארוכה, החל מתקופת המבט ועד לפני זמן לא רב, היה המשפט המנהלי נחלתו של בית המשפט הגבוה לצדק", אך "הסיבה לכך נעוצה בטעם היסטורי – מסירת הסמכות לידן בעניינים מנהליים עור בתקופת המנדט לבית המשפט הגבוה לצדק".⁹⁶ בחינה היסטורית של הדיכטומיה המוסרית בין ב"צ לבין בית המשפט הנמוכים יותר, תגלה, כי שורשיה נעוצים בשיקולים פוליטיים-מנדטוריים. השלטון הבריטי המנדטורי, אשר נשא אופי צבאי לכל דבר, "חשש להפקיד בידי בית המשפט השליט ובידי בתי המשפט המחוזיים את הסמכות החשובה והרגישה של ביקורת השלטון באמצעות הצווים הפרודוגריביים". ככל הנראה, היה הטעם לכך מבוטס על ההנחה כי בבית המשפט אלה עתידים היו לכהן שופטים מקומיים, ממוצא ערבי ויהודי, אף כי אלה נחשבו מקצועיים די הצורך לידן פשוט, היסט השלטון המנדטורי מלסמך עליהם בעניינים הנוגעים לו עצמו. משום כך, הפקיד את הסמכות לביקורת המנהלית בידי בית המשפט העליון, מתוך ההנחה כי "בית המשפט זה יהיה מורכב בעיקרו, שאמנם היה מורכב במשך כל שנות המנדט, משופטים אנגליים שהשליטון יכול היה לסמך עליהם כי יחייטו בהנהגה אל בעיותיו וצרכיו".⁹⁷ אשר על כן, ניתן לסכם ולומר, כי "בית המשפט הגבוה לצדק כוצר כפי שנוצר מתוך דאגה לטובתו של שלטון זה אשר התייחס בחדש אל חושבי הארץ".⁹⁸

רקע היסטורי זה, על אף שאינו גורע מנעמך המשפטי של בג"צ, מציב כמיה שאלה את המשך קיומו במתכונת זו.⁹⁹ ואכן, אף כי לאחר קום המדינה נשמרה מתכונת זו ללא שינוי מהותי, הרי שב-25 השנים האחרונות עדים אנו למספר גדל

94 ברק, שם, בעמ' 603–604.
95 צאנר ואור כי פורשנות דינאית זו חוצאת את תורתו של פרויד, הארט, כפי שאומצה בידי הנשיא ברק בפרישת בנק המזרחי, לעיל הש"ח 75; פרויד, הארט מבחין בין נורמות ראשוניות (Prima Obligation) המחייבות, מבוזזה נורמטיבית, לבין נורמות משניות, הנורמות המשניות קובעות ניצור נצרים הללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנותם וכיצד מוכרעים סכסוכים נלווים, בגורן של הנורמות המשניות, מעניין פרויד, הארט מעמד כבודה ל"עלל ההכרה" (Rule of Recession), כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמד הנורמטיבי, מיד הנורמה העליונה ומיד הנורמה התחתונה, מכיוון שכלל ההכרה משקף את החשיבה של הקהילה בדבר דרכי יצירתו של נורמות במסגרתה, ניתן לשאוב את יחדיו של הנורמות הראשוניות באמצעות מנגנון של מקורות: טקסט סמכותי; דבר חקיקה, והחלטות שפוטיות שרמנו בעבר: מנהג נהוג; וכו'. ראו לעניין זה: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 100 (1994).
96 דא.מ. (2004), נק' ראו עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 357.
97 רענן הדרה המשפט המנהלי הישראלי 545 (1997).
98 זמיר, לעיל הש"ח 88, בעמ' 83.
99 שם, בעמ' 84.

החלטה מנהלית, והוא נתון לפיקוח שיפוטי של בית המשפט הגבוה לצדק.⁸⁶ הלכה פסוקה היא, כי התקופה העקיפה מובלת בהיקפה ביחס ישר לבטלותה של ההחלטה המנהלית.⁸⁷ בלשון אחרת, הביקורת השיפוטית העקיפה נעוצה בשאלה אם המעשה המנהלי בטל מעיקרו (void) או שמא הוא רק ניתן לביטול (voidable).⁸⁸ ניכר, כי דעה זו נעוצה בחשש, שמא הדובר יתר של חוזמי בדיקת שיקול הדעת עשויה להוכיח על "בית המשפט המוסמך" בריכוז של החינויות, שכן, בכל המדינות פחותה יפקד הנחבע או הנאשם לכהן באמצעות ראיות את שיקול דעתה של הרשות.⁸⁹

אף על פי כן, מתקשה אני לאמץ גישה זו, לא בכדי העיר השופט ברק, כי נמנה הוא "עם אלה, המטילים ספק בתבונה של ההכנה בין החלטה בטלה (void) לבין החלטה נכסדת (voidable) לעניין התקופה העקיפה".⁹⁰ דעתי היא, כי ההבחנה בין החלטה בטלה להחלטה נכסדת נעוצה בקונספציה שיפוטית אטומיסטית משהו.⁹¹ המשמרת באדיקות את הדיכטומיה המוסרית בין בתי המשפט השונים, קונספציה המסתייגת מראיה שיפוטית הוליסטית.⁹² המביטה ממשוך הציפור על הטריטוריה המצויה המוסרית, הטריטוריה ואף הקונסטיטוציונית אשר חלה במשפט הישראלי, אך מן המפורסמות הוא, כי המשפט הוא יצור חי דינמי אשר אנו קופא על שמרינו.⁹³

86 ת"פ (מחוז ת"א) 360/96 מדינת ישראל נ' כישן, תק"מ 1997 (1997).
87 ע"א 183/69 עיריית פתח תקווה נ' שחן, פ"ד כג(2) 398, 402 (1969).
88 נחמן זמר השפיעה בעניינים מנהליים 22 (מחוזתה שלישית, 1997) והאמטכאות אשר הובאו שם, וכן ראו ע"פ (מחוז ת"א) 70856/99 יעקב נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי (כב) 811 (2000), ס' 27 לפסק דינו של השופט זמר.
89 רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(2) 820, 812 (1990); עניין יעקב, שם בס' 27 לפסק דינו של השופט זמר; ע"פ (מחוז ת"א) 545/98 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, תק"מ כג(2) 4287 (1999), ס' 6 לפסק הדין; ע"פ 80074/99 גרין נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי (כב) 6 (2000), ס' 18 לפסק דינו של השופט זמר; ע"פ (מחוז ת"א) 80165/99 מורס נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי (כב) 9 (2001), ס' 20 לפסק דינו של השופט זמר; ע"פ (מחוז ת"א) 80173/00 מדינת ישראל נ' קורסיל, דינים מחוזי (כב) 8 (2001), ס' 3 לפסק דינו של השופט זמר.
90 עניין מפעלים פטרוכימיים, שם, בעמ' 819.
91 על הקונספציה השיפוטית האטומיסטית ראו השונו בשוניים המחייבים, Mijgen Damaska, *Comparative View in Comparative Evidence: A Holistic Evolution of Atomic and Private International Law*, Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday 91 (David S. Clark ed., 1990).
92 צאנר וואר כי תמקדת שיפוטיות נותנת לאפק גישה הוליסטית, המשמרת קונסטיטוטיות עם קביעת העקרונות קודמים בתוך הישיה המשפטית; ראו לעניין זה: Bary Hoffmaster, *Holistic Approach to Judicial Justification*, 15 Eakentus 159, 161 (1980).
93 בג"צ 2390/96 קיסרי נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 711, 625 (2001), ס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק; ד"ר 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נה(3) 145, 161 (2000), ס' 16 לפסק דינו של השופט אור; ע"א 2000/97 לעדור נ' קרניז – קק' לפועל נפגע תאונת דרכים, פ"ד נה(1) 12, 33 (1998), ס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק; ברק, לעיל הש"ח 15, בעמ' 264–265.

התביעה¹⁰⁸, על כן, ספק, אם יש לראות במקרים אלה מקרים "חדשים, עקרוניים וחריגים", הראויים להידון בבג"ץ.

לטעמי, ניתן למצוא תימוכין בטעם נוסף, וחשוב לא פחות, שעניינו במלאכת ביורר המחלקת העוברת¹⁰⁹. ככלל, נערך בג"ץ לשמש כערכאה ראשונה ואחרונה, על יסוד תצהירים ותצהירים שבגד¹¹⁰. כיום, אין בג"צ נודג, בדרך כלל, להחזיר חקירת עדים והוא סומך במידה רבה על דיוקם ושלמותם של הנחונים הפלילים בתצהיריהם המוכחים לפניו¹¹¹.

יצאים אנו למדים, כי ניתן להקנות את המעשה המנהלי – קרי, את החלטות של הוועד המשפטי לממשלה – במסגרת הטענות המקדמיות, באמצעות סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, תוך התייחסות לריפור הרטורואקטיבי כאל פסול הדבק בכוב האישום. לחלופין, ניתן לשאוב את הסמכות לכך מכוח כללי התקופה העקיפה, באמצעות הסמכות הנגזרת לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984. גישה זו תואמת, לדעתי, גם את השינוי החוקתי שחל במערך הזכויות הפלילי, עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שינוי המאפשר "הפגשה בין ההלכים הפליליים לכללי המשפט המנהלי"¹¹².

לפיכך, יש לאבחן את מיעוט הסמכות לפי הסעד המבוקש: מהן צו עשה נגד רשויות המדינה והן בתחום הסמכות של בג"ץ, בעוד שהכרעה על בטלותו של מעשה מנהלי – אגב דיון שבחזותם הסמכות של ערכאה שיפוטית אחרת – יכולה להיות נחונה גם לסמכותה של כל ערכאה שיפוטית הזונה בעניין שבחזותם סמכותה¹¹³.

על החלטות הוועד המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה' 5 (1996); דור קצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות הוועד המשפטי לממשלה" פלילים ה' 121 (1996); דפנה ברק-אור "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 219 (1996).

108 עניין יאבי, לעיל ה"ש 27; בג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, תק"ע 2000 (2) 2048 (2000).

109 עניין חלפון, לעיל ה"ש 103, בעמ' 41; עניין פטרונק, לעיל ה"ש 102, בעמ' 61, ס' 11 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מ(4) 237, 247 (1994), ס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק; בג"ץ 731/86 מיקרוד דה נ' הרת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 465, 449 (1987), ס' 2 לפסק דינו של השופט לוי; בג"ץ 995/89 העדה הערבית בהיעדר נ' שר האוצר, פ"ד מד(2) 147, 151 (1990), ס' 5 לפסק דינו של השופט גולדברג.

110 ע"א 55/66 ראש הוועדה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד כ(4) 847, 847 (1966).

111 ראו לעניין זה את לשונה של חק' 18(א) לחוקת סדר הדין בבית המשפט הבוחר לצדק, התשמ"ד–1984: "כעל דין הרצוה לחקור את מי שהצהיר מטעם בעל הדין שכנגד, ושרא בית המשפט להחזיר לו לעשות נזק, אם ראה צורך בכך לשם עשיית צדק"; וכן ראו רעון והרזוב סדר הדין בבית המשפט הבוחר לצדק 84 (1991); בג"ץ 761/79 טרסקין נ' וינובג, פ"ד לד(2) 463, 461 (1979).

112 אוקר ושות', לעיל ה"ש 66.

113 ת"פ (מחוז בי"ש) 527/96 מדינת ישראל נ' ציציאשווילי, דינים מחוזי כ(8) 438 (1997), ס' 15 לפסק דינו של השופט אוליא; ואגב, לא בבר ספר השופט לוי נ' "קיים יתרון רב

והולך של עניינים מנהליים המועברים לבתי המשפט הרגילים, הפרעלים כערכאה ראשונה של בתי-משפט מנהליים¹⁰⁰.

בחלקה, בוצעה ההעברה באמצעות חקיקה נקודתית אשר העבירה את הסמכות לדון בענייני עתירות אסורים, עתירות נכס, רשימות למוניטין, יישור עסקים וכד"ב לבתי המשפט המחוזיים¹⁰¹. בחלקה האחר, בוצעה ההעברה על דרך הפסיקה בענייני מכרזים¹⁰², תכנון ובנייה¹⁰³, חבורת ברשויות המקומיות¹⁰⁴ וכד', שיאו של המעבר הסתמן עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס–2000, אשר ביקש להעביר לבתי המשפט המחוזיים את הטיפול בסכסוכים המנהליים השגורתיים, תוך שמירת סמכותו של בג"ץ לדון "במקרים חדשים, עקרוניים וחריגים" בהם טרם נהגשו אמות המידה הראויות¹⁰⁵. ואכן, עם חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, נהווספו לסמכותם העניינית של בתי המשפט המחוזיים גם עתירות בענייני: ארנונה, חופש המידע, חניון (לרבות רישוי מוסדות חניון), תשלומי הורים, רישום ההעברה של תלמידים), מועצות דתיות, רישום עמותות, תחירות, כלי ירייה, מינהל אוכלוסין, דיור ציבורי, מפלגות וכד"ב¹⁰⁶.

במרוצת השנים הצטברו פסיקה וספרות נעפות אודות היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו של הוועד המשפטי לממשלה¹⁰⁷ ועל החלטותיו של רשות

100 הרזוב, לעיל ה"ש 96; בסדרו של מעבר זה עומדים כמה טעמים עקרוניים: ראשית, חל שניי גישה שלילית, עניינים מנהליים "הם על פי רוב מן העניינים השגורים ברומו של עולם"; הגישה הסתמכת כיום, סבורה כי אין להבדיל בין עניינים מנהליים לבין עניינים שיפוטיים אחרים; שכן "אין בהם יחוד המחייב דיון ראשון בערכאה השיפוטית המקומית של המדינה"; שנית, כמות ההחלטות הלכה וגדלה ודיון ראשון בערכאה השיפוטית המקומית של המדינה עלול להפוך לבעיה נכבדה לציבור. הצורך להפחית מן העומס, הביא לחלקה מוסדות חדשה בין בתי המשפט, תוך העברת עניינים מנהליים שונים לסמכותם של בתי המשפט המוכחים בהיררכיה השיפוטית.

101 מני מזוז "דפורמה בשיפוט המנהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, תשי"ס–2000" משפט וממשל ו' 235, 233 (2001).

102 ת"פ 991/91 דור פטרונק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מ(5) 50 (1991); ראו גם יצחק זמיר "מכרזים ציבוריים בבית משפט אודות" משפט וממשל א' 197 (2002–2003); בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית להכנת ונוניה, חל-אביב, פ"ד מ(4) 37 (1993); ראו גם יצחק זמיר "ענייני תכנון ובנייה – לבית המשפט האזרחי" משפט וממשל ב' 257 (2004).

103 ע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מ(5) 167, 159 (1992).

104 עניין בוסקילה, שם, בעמ' 166, ס' 5 לפסק דינו של השופט לוי.

105 התוספת הראשונה לחוק בתי-משפט לעניינים מנהליים, התש"ס–2000.

106 העניין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 406 (1989); בג"ץ 806/90 הנבי נ' הוועד המשפטי לממשלה, פ"ד מ(4) 797 (1990); בג"ץ 4162/93 פורמן נ' הוועד המשפטי לממשלה, פ"ד מ(5) 309, 318–319 (1993); בג"ץ 3425/94 גנור נ' הוועד המשפטי לממשלה, פ"ד מ(4) 309, 318–319 (1993); בג"ץ 7074/93 סריסא נ' הוועד המשפטי לממשלה, פ"ד מ(2) 749 (1994); בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' הוועד המשפטי לממשלה, פ"ד מ(4) 793 (1996); בג"ץ 1550 (3) 2004 (1994) 5675/04 הוועדה למקד אכנת חשלוטון נ' הוועד המשפטי לממשלה, תק"ע 2004 (3) 1550 (2004); גבירון, לעיל ה"ש 21, בעמ' 227–211; מרכאל בריאיר "הביקורת השיפוטית

"אי-סבירות קיצונית אנוס מעוררת לעתים חשד רציני להערד תוס'ל, אך כשם שאין הנהגה חלוטה, שראיות מינהלית נוהגת תמיד בסבירות, כך אין גם לחסיק בהכרח מאי הסבירות הקיצונית כוונה כלתי שהורה. לעומת זאת, מקובל גם עלי שאי-סבירות כזאת כמותה כחריגה מסמכות, שכן מוסמכת רשות ציבורית לכדור את דרכי פעולתה רק מבין האפשרויות, שאין מגיעות לדרגת אי-סבירות קיצונית"¹¹⁹.

מן האמור, למדים אנו, כי משלל רופא הפגם בזמן סביר מאז הגשת כתב האישום, הרי שבהיעדר ראיות סותרות לכך, יש לראות באי הסבירות ראיה לחוסר תום לב מצדן של רשויות התביעה. אך מכיוון שחוקה על רשויות התביעה כי בקיאות הן ברין הרלוונטי, הרי שבהיעדר הדין הטמון בהחלטתן, מדובר אם כן בטעות. לפיכך, על בית המשפט לבחון אם מדובר בטעות בתום לב¹²⁰, בחינה זו תואמת את ההנהגה, כי ישנן טעויות אשר נעשות שלא בתום לב. לאמור, כי אף שאין נגועות בחוסר ישר או בשחיתות, נגועות הן באי-תשומת-לב בולטת או בחוסר זהירות ניתן לזהות טעויות כגון אלה בטעויות אשר נגועות ב"עצמות עיניים" מכרונת (Willful Blindness) מצדן של רשויות התביעה.¹²¹ דוגמאות לטעויות אלה עשויות להימצא בפרשנות מוטעית של הוראות הדין, מבלי לערוך בדיקה מחקירית-משפטית טרם קבלת ההחלטה הקונקרטית (כגון פרשנות מוטעית בדבר הפסקת מירדן ההתיישנות של סעיף 14 לחוק הנוער)¹²².

כך גם עשויה להימצא טעות, מקום בו תאריך ביצוע העבירות אינו ברור ויו (לשם הכרעה בדבר תחולת דיני ההתיישנות של חוק הנוער), ולא נעשה מאמץ ראוי בידי רשויות התביעה לברר את התאריך המדויק. מכיוון שעל רשויות התביעה מטלת החובה לייצג את האינטרס הציבורי — ובכלל זה את זכויותי הדיניות של הנאשם¹²³ — ולא רק להוות "צר אודורסרי בדין", הרי שבמקרים כגון דא, ניתן לומר כי מדובר בחוסר תום לב. שכן אי-העמקת הבדיקה מקפחת את

תחולת במסגרת הדין פלילי, ראו לעניין זה בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד (2) 465, 449 (1982); וכן ראו דין ביין "לשאלת עקרון תום הלב בדין הפלילי" פלילים ד 101, 104–108 (1994).

¹¹⁹ עניין לוגסי, שם.

¹²⁰ חשד לניסוח הניסוח של 13(א)(2) לחוק האונס סתר, התשל"ט–1979: "האונס סתר שנוסחה שלא בריר מי שישא לקבל היתר להאונס סתר, לא חזרה קבילה כראות לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, הן שימוש מיוזמה בהוראות חוקי" (ההדגשה שלי) — פ"ד 121.

¹²¹ ראו את גישתו של השופט הנדל בע"פ (מחזיר ב"ש) 7336/97 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, תק"מ 3198 (1998), ס"ס 8 לפסק דינו; וכן את דבריו של הנשיא לרון בעניין זה.

¹²² על חובתו של פרוקליט מטעם המדינה לערוך בדיקה משפטית טרם קבלת החלטה, ראו: *United States v. Vasola*, 989 F.2d 1318, 1327 (3rd Cir., 1993).

¹²³ ע"פ 4766/98 אבירטערה נ' מדינת ישראל, פ"ד נגד (1) 832, 831–840 (1999); וכן ראו פרוקליטות 2000 — דין ותשובה 2 (תחש"ס).

מכאן, כי נטייתם של בתי המשפט כיום תהא שלא לאפשר תקיפה עקיפה, מקום בו קיימות סמכות ודרך לחקירה ישירה של האקט המינהלי¹¹⁴. אשר על כן, ניתן לתקוף את חוקפו של המעשה המינהלי גם בתקיפה עקיפה. אך אין פירושו של דבר כי בכל מקרה ניתן יהיה להחיר תקיפה עקיפה מעין זו, ויש לעשות כן במשורה ובמקרים המתאים בלבד¹¹⁵. ומה הם אותם "מקרים מתאימים"? נראה לי, כי נטייתם של בתי המשפט לצעור במסלול התקיפה העקיפה, התמקד באותם מקרים בהם התקיפה הישירה לא חתנית לנאשם את מבוקשו, או, לחלופין, תקיפה עליו מפאת היעדר אפשרות לחקור שיפטי מעמיק של נטיבות המוקרה. כפי שהיטיב לציין השופט אור כפרשת קוטן:

"מקומה של טענה זו בערכאה הדינית, בה מתנהל הליך פלילי, ובדרך כלל לא בבית המשפט הגבוה לצדק, לעניין זה נפסק, כי קבלת טענה כזו בבית המשפט הגבוה לצדק, 'מחייבת קיומה של תשתית עובדתית ברורה וחד משמעית, שאינה מצריכה הבאת ראיות והערכתן...'".¹¹⁶

לפיכך, יש לראות בערכאה הדינית כפורום הנוח (Forum Conveniens) לשמיעתן של טענות נגד כתב האישום והגשתו, שעה שלבירורה של המחלוקת חירדש גם בחינתן של ראיות או טענות שבעובדה¹¹⁷.

לאור האמור לעיל, הנני בדעה, כי ככל שחולף פרק זמן ארוך יותר בין מועד הגשת כתב האישום לבין מועד הגשת האישור להעמדה לדין, מתחזקת ההנחה בדבר שקילתם של שקוללים וזים בעת מתן האישור. שכן, לזכות עקרון השקלים הגולם בסעיף 14 לחוק הנוער — וההנחה כי מועד הגשת כתב האישום משליך על מועד קיום המשפט — קיים חשש שמא הגשתו מחדש של כתב האישום עלולה להביא לדי פגיעה פוטנציאלית בזכויות של הנאשם להליך שיפטי מדויק (The Right to a Speedy Trial). לפיכך, פועלת ההנחה, כי צפייה מראש של ההשלכות המשפטיות הנובעות מפגיעה אפשרית זו היא אשר הדריכה את ההכרעה לריפוי הפגם. משכך, ככול שחולף הזמן מנע הגשת כתב האישום ועד מתן אשור ההעמדה לדין, מתחזקת ההנחה בדבר היעדר תום הלב מצד רשויות התביעה¹¹⁸. עם זאת, מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. כלשונה של השופטת כן-פורת:

לעשות שימוש ב"ס 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משוקלן], התשמ"ד–1984, כדי שלא לפצל את הדין בין ערואות שונות, תוך הגבלת חוצאות הממצאים לאותו הליך בלבד"; עניין מפעלים פטרוכימיים, לעיל ה"ש 89, בעמ' 819.

¹¹⁴ רע"פ 4398/99 האל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 648, 637 (2000).

¹¹⁵ ע"פ (מחזיר ב"ש) 8018/00 אסיא נ' מדינת ישראל, דינים מחזיר (10) 749 (2001).

¹¹⁶ בג"ץ 5319/97 קוטן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא (5) 67, 94 (1997), ס"ס 18 לפסק הדין.

¹¹⁷ זאת ואלי ומיר "הנחת מן הצדק ביסוד לכיסול אישום — קץ החפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט סד 42, 57 (2004).

¹¹⁸ תחולתו של עקרון תום הלב על רשויות התביעה, חלה הן מכות המשפט הציבורי והן מכות

העמדה לדיון נועדה להכשיר למפרע את מהלך הגשת כתב אישום שנועשה קודם זמנו, ובלא שנושקל השיקולים הדורשים לעניין באורח מלא ועצמאי.¹²⁹ מאחר שמדובר בהחלטה בעלת אופי מינהלי, הרי שככלל, נהנה היועץ המשפטי לממשלה מחזקת התקינות (regularity of presumption), שלפיה חזקה על פעולה מינהלית שנועשה כדיון. עם זאת, זוהי, כמובן, חזקה הניתנת לסתירה (rebuttal presumption). לפיכך, על זה אשר מבקש לסתור את החזקה מוטל הנטל לערער ולהוכיח עוברותה, כי במקרה המדון זו נסתרה.¹³¹

אלא שאין בידי לקבל גישה זו. משקיימת טענה בדבר פגיעה קשה באחת מזכויות היסוד החוקתיות, יש בחשיבות העניין כדי לכרסם בחזקת התקינות וכדי לדרוש מרשויות ההכרעה כי יציגו לפני בית המשפט את מלוא העובדות הטעמים להתמכרם בהחלטתה.¹³² לא רק זאת, אלא שבהיעדר גילוי הנימוקים, אין לערער במה להאמין. שכן, כידוע, "עם ספינקס לא מדברים".¹³³

מכיוון שהכשרה למפרע של אישור ההעמדה לדיון הינה החריג לכלל, ניתן, לדעת, לגזור גזירה שווה מהדוראומי של סעיף 15 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985, שלפיהן "קביעת עבירה כעבירה מנהלית אין בה כדי לגרוע ממכובדתו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו".

בפרשת אפרתי נקבע, כי לשטנו של הסערף מטילה על התובע נטל של הסבר על שום מה ולמה אומר הוא כי יש לנקוט הליך פלילי תחת הליך מינהלי. ודק, כי התובע מוסמך לעשות כן, רק אם הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת "מטעמים שיירשמו".¹³⁴ לשיטתו של בית המשפט, יש בחובת הרישום כדי להעיד על הצורך

129 על עצמאותו של התובע בעת הליך ההעמדה לדיון, ראו עניין גנור, לעיל ה"ש 31, שם, בעמ' 512; וכן ראו "עצמאות החליטה הפלילית" התחית היועץ המשפטי לממשלה 41001 בעמ' 132.

(התשס"ד).

130 ימים הם לשים ההחלטה ובריו של השופט מנצח, לפיהם "חזקה על היועץ המשפטי לממשלה, כי בטווח ייתן הסכמתו להגשת כתב-אישום בגין עבירה שנעברה מחוץ לחוקים, יבדוק ויחזיק שכל התנאים החיוניים להעמדת סמכות השיפוט של בית המשפט בישראל אכן מתקיימים"; עניין אבו רקת, לעיל ה"ש 49.

131 ראו דבריו של השופט מלך ברע"פ 1088/86 מחמור נ. הועדה המקומית לתכנון ובנייה הגלילי המערבי, פ"ד מרד(2) 419, 1088/86 (1990).

132 יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט הממשל 295, 305 (1993); וכן ראו לעניין זה את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 4146/95 עיריית המנוחה לילי דנקנר ז"ל נ. מנהל רשות החקירות, פ"ד אבו רקת, לעיל ה"ש 49.

133 בג"ץ 279/91 אל אסעד נ. שר הפנים, פ"ד (1992) 541, 534 ז 5, 505 (1) ל"ד(1) 513, 505 (1979); בג"ץ 111/52 קאופמן נ. שר הפנים, פ"ד 534 ז 5, 505 (1992); ס' 1 לפסק דינו של השופט לנורי; בג"ץ 758/88 קנול נ. שר הפנים, פ"ד (4) מרד(2) 526, 505 (1992); ס' 5 לפסק דינו של השופט חשין; בג"ץ 4706/02 סלאח נ. שר הפנים, פ"ד נ(5) 706, 695 (2002), ס' 12 לפסק דינו של השופט טירקל.

134 בג"ץ 5537/91 אפרתי נ. אספסל, פ"ד מ(3) 501, 509 (1992); סדורי, כי יש לראות בפעולת הטעמים כחלק מחובת ההתמקח המנהלית; על חשיבותה של חובת ההתמקח והתעלול

וזכויות המוקנות של הקטין, ובהיעדר הבדיקה מבקשות רשויות החביעה להשיג יתרון טקטי מבחינה דיונית.¹²⁴

במקרים אלה, על בית המשפט לבחון את היקף חוס לבח של "הטעות", לפי סטנדרט של "זווית סבירה" ("reasonable prudence"). בחינה זו משלבת, לטעמי, מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי כאחד: מחד גיסא, בחינה קונקרטית של התנהגות רשויות החביעה, המהווה חלק משיפוט לקביעת העובדות והנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון, תוך בחינת הסברן המוצע של רשויות החביעה (the actual reason) והתנהגות רשויות החביעה על-פי סטנדרט אובייקטיבי (Whether the proffered explanation was the actual reason); ומאידך גיסא, בחינה מרחיקת לכת מבחינת נכונות אלה (A Prudent Prosecutor), כך, למשל, לפי בחינה משולבת זו, לא התערב בית משפט מחוץ פורמלי באמצעות הכרית בנוגע להתנהגותה של תובעת פדורלית, אף כי זו טענה בפרשנות הדין מבלי לערוך בדיקה מחקרית כלשהי. זאת, מכיוון שהחובת החייעה עם הפרקליטים הממונים עליה והמנוסים ממנה, וגישה הפרשנית תאמה את הלך הדרך הנדון במחוז בו עברה.¹²⁶

על כל פנים, יש לזכור כי עקרון חוס חלק נערך להביא את הצדדים לכלל התנהגות אשר תגשים את ציפיותיהם הסבירות מההלך המשפטי בו הם נחנים. אי לכך, הצד הכפוף לעקרון חוס חלק חייב לנקוט התנהגות "אלטרואיסטית", קרי, עליו לפעול להגנת האינטרס של הצד האחר, פרט לקבוע בנומה המשפטית המסדירה את יחסיו עם אותו צד.¹²⁷

משהוכח חוס חוס לכן של רשויות החביעה הכללית, עומד לרשות הנאשם סער משפטי ברמות האפשרות למניעת השתכללות הפעולה של הצד המפר.¹²⁸ בסיבותיו של היבור זה, הרי שהסער המשפטי, העומד לרשות הנאשם, הינו מניעת התביעה מלהביא לריפוי הפגם אשר דבק בכתב האישום.

2. התנהגות ני שיקולי ההעמדה לדיון נשקל לגופם ובאורח עצמאי

כאמור, הגשת כתב אישום נובעת מן ההחלטה להעמיד את החשוד לדיון. החלפת הסדר במקרה שאירעה תקלה, עלולה לעורר חשש שמא החלטה מאוחרת בדבר

124 עניין *Wastola*, לעיל ה"ש 122.

125 ואו את פרשנותו של Leslie C. Griffin למשמעות וביטוי "prudent". "By 'prudent', the Supreme Court presumably meant cautious or careful, perhaps pragmatic. Prudence also means the habit of good judgement. Prosecutors need good judgement (not just caution or 'discretionary' because a large part of their job is discretion)." *The Prudent Prosecutor*, 14 Geo. J. Legal Ethics 259, 261 (2001).

126 *United States v. Vastola*, 330 F. Supp. 250, 256 (D.C.N.J., 1993).

127 חברים במשפט הישראלי "ענין משפט י 503, 552-553 (1993).

128 בג"ץ 59/80 שירות החברה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ. בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ל(1) 828, 835 (1980); דיין, שם, בעמ' 104.

העמדתו לדין של קטיין לאחר חלוף תקופת ההתירשות

המחיה הדרוש לה לקבלת החלטות בלא השפעות חיצוניות, והנבעות מחשיפת המידע בדרך לקבלת ההחלטה¹⁴⁰.

יש אשר יראו בחיוב התביעה להשוות – ולו באופן חלקי – את תרומותיה הפנימיות בבתיה "עין חתח עין"¹⁴¹. שכן, טייה מכללי הדין הרגילים מחד גיסא, מחייבים טייה מאזנת מכללי הדין הרגילים, מאידך גיסא. על כל פנים, יצוין, כי לנוכח לשונו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ועל פי הפסיקה אשר נארגה לפי¹⁴², הדין שמבחינה דינאית, אי-אפשר לשאוב את סמכות החיוב מכוח סעיף זה. לדעתי, סמכות זו של בית המפשט, לחיוב רשויות התביעה להצגת תרומותיה הפנימיות, יכול שתושאב משולש מקורות:

צו להצגת חפץ: מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש)¹⁴³, קונה בית המפשט סמכות להורות לכל אדם להמציא לידו חפץ הדרוש לצורכי

¹⁴⁰ בש"פ 1780/96 עוריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334 (1996); ע"א 7759/01 עתור הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים, דינים עליין סז 902 (2004), ס' 8–11 לפסק דינו של השופט מצא; על הרצונו העומד מאחורי שיקולים אלה ראו: U.S. v. Nixon, 418 U.S. 1974 (1974), 683, 705 (להרחבה אודות אידהולות של מסמכים פנימיים בגדר "חומר הקדור" ראו בש"פ 4285/97 אפנדיים נ' מדינת ישראל, תק"ע נ"ל (3) 1053 (1997); ב"ש 62/02 מדינת ישראל נ' נקיס, פ"ד (4) 625 (2002).

¹⁴¹ שמת כא, 124 ונקרא כה, 20.

¹⁴² ראו את דברי השופט בר, אשר סבור, כי "אין לפרש את המונח 'חומר הקדור' שבסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי פירוש ווזקני ומצמצם, המגביל את תחולת הסעיף לחומר הראיתי, המתחייב

אך ורק במישור למעשה העבודה המיוחדת לאשם, 'חומר הקדור' כמובן ההוראה האמורה, גם ראית השיבות באופן הניגוד לפירור של האישום במשמע"; בג"ץ 233/85 אל החיל, נ"ד משטרת ישראל, פ"ד (1) 124, 129 (1985); בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' חורבני, פ"ד נא(5) 224, 229 (1997); בש"פ 2632/00 פלוגי נ' מדינת ישראל, מקדעל (0) 1287 (2000), ס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין; בש"פ 4157/00 מדינת ישראל, פ"ד נ"ל (3) 625, 632–633 (2000), ס' 8 לפסק דינו של השופט זמיר; בג"ץ 620/02 התבע הצבא הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד (נ) 633, 625 (4) 625 (2003), ס' 5 לפסק דינו של השופט ברנש; לנוכח הראות ס' 485 (ר" (5) לחוק סדר הדין הפלילי, מורכב האישום משני חלקים: "פירוש העובדות" – בו מפורטות העובדות והמאות את "הפירוש" נשאו האישום, וכן שימת דגש על אותן עובדות והמאות בהסבר אחריהם של הנאשם לעבודות המיוחדות לו; "הראות הקדור" – בו מפורטות המאות והמאות את העובדות, לאמור, את האשורים שבצעתם מרומם לנאשם; ראו לעניין זה יעקב קרמל על סדר הדין הפלילי: חלשים שלאחר כחב אישום חלק שני 662 (מהחוד משרות, 2003); מכיוון שברקת בית המשפט מהיחסות לשיקול ההפעלה לידן וללא לעבודות האיות, או להוראות הדין, אין לומר כי תרומותיה הפנימיות של התביעה ויין במד "ראית השיבות באופן הניגוד לפירור של האישום במשמע".

¹⁴³ פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נסח משופט] התש"ט–1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי); להוראות אודות ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, ראו יעקב קרמל על סדר הדין הפלילי: חלשים שלאחר כחב אישום חלק ראשון 334–339 (מהחוד משרות, 2003); ע"פ 1761/04 שרין נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 9 (2004); ע"פ (מחודי חר) 496/96 מדינת ישראל נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, דינים מחודי כנ(6) 652 (1997).

בקיזומם של טעמים בני משקל ועל הרצונות הכורכה בהחלטה לנקוט הליך פלילי (קרי: להגיש כתב אישום)¹³⁵.

אף כי סבורני, שהורד הנאותה לעשות כן היא באמצעות פירוש אותם טעמים בכתב ההסכמה של הדין המשפטי למעלה, אכן ייתכנו נסיבות בהן לא יהיה זה ראוי לפרט לפני בית המשפט את הטעמים הללו, טלן, לדוגמה, טעמים כגון עברו הפלילי של הקטין המואשם¹³⁶. לפיכך, ניתן לרשום את הטעמים הללו בתיקו של הקטין בפרקליטות¹³⁷.

סבורני, כי לאור ההבדלים הקיימים בין הכשרה למפרע לבין המרחו של הליך מינהלי בפלילי, הרי שרק במקרים כגון אלה ניתן יהיה להימנע מפירוט הנימוקים במסגרת ההסכמה בכתב. על כל פנים, במידה שטעמים אלה אכן נרשמו בתיק הפרקליטות, הרי שקמה לקטין ולבא כוחו הכוח לעיין בהם, ודוק, כי לכל נמצא רימוכי בגישת הפסיקה במקרה של המרחו הליך מינהלי בהליך פלילי¹³⁸. לשיטתו של השופט חשין, מדימה עצמה התרשומת המפרט את הטעמים, לפרוטוקול של בית משפט, ומכאן קמה זכותו של הנאשם לעיין בה. ודוק, כי "נודע אפוא, שנאשם אינו אן רכאי ליעת על דבר הטעמים שהניעו את הפרקליטות להגיש כתב אישום נגדו לביה משפט, אלא וכאי הוא אף לעיין בהם במקור (או בצילום)"¹³⁹.

לא רק זאת, אכן ייתכן שתעוררו הנימוקים בהן עמומות הנימוקים הפירוט של הטעמים ידרשו התחלקות מעמיקה של ההגנה אחר הטעמים המציינים את ההרגה הפירודולית. במקרים אלה, לא מן הנמנע כי ההגנה תדרוש עיין בתרשומות הפנימיות של רשויות התביעה – תרשומות המצביעות על שיקוליה בעת גיבוש ההחלטה בדבר העמדה לדין.

דרישה זו עלולה להיחלק בקושי משפטי ומעשי, שכן כבד נקבע בעניין זה, כי "דיווח אלה מהווים, ברוב הפעמים, חוות דעת אישית של עורכים והם בגדר ניירות עמדה, שמן הראוי שידיו חסויים. כל זאת, על מנת לאפשר לרשות את מרחב

המנוח בה ראו: זמיר, לעיל ה"ש 81, בעמ' 897–898; יואב דותן "חורב התמקה של רשויות מינהל ונופים בתחום" מחקר משפט יס 5, 7–9 (2002); אורן ברק שיקול דעת ששטו 46 (1987); משה לנדוי "חלכה לשיקול דעת במשפט" משפטים א 292, 303 (1988); דות גביון "בית המשפט וחובת ההתמקה" משפטים ב 89, 92 (1972); אליאט (שוחטן) "חובת התמקה במשפט העברי" שנתון המשפט העברי 1–2, 319, 322 (1983); רחשטיין-החשטין ע"א 377/81 מדינת ישראל, פ"ד (4) 728, 726 (1983); ע"פ 1516/90 יקב הגליל בע"מ נ' מדינת ישראל, מקדעל (2) 1061 (1990); ע"פ 446/01 דורמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ל (5) 30, 25 (2002).

¹³⁵ עניין אפרתי, שם בעמ' 510.

¹³⁶ שם.

¹³⁷ ראו החוזה בשינויים המתחייבים לדוריו של הנשיא שמגר ברע"פ 91/92 קאסם נ' מדינת ישראל, תקדעל (1) 1493 (1992), ס' 2 לפסק הדין.

¹³⁸ עניין אפרתי, לעיל ה"ש 134, בעמ' 512.

¹³⁹ שם, בעמ' 512.

העמדתו דרך של קשיין לאחר חלוף תקופת ההירשנות

וצדק¹⁴⁸. סמכות זו באה להפקיד בידי השופט — לצד ההוראות המפורשות בדין — את האמצעים על מנת להבטיח את תקינותו ויעילותו של הדין¹⁴⁹. לגישתו של השופט חשין:

”הסמכות הטכנית אינה אלא אותה סמכות מינימלית כענייני ניהול, יעילות המשפט וצדקתו, הדרושה לביטחון המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד של שמו הוא קיים: משפט וצדק. סמכות זו, היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט נדרש בו [...] הסמכות הטכנית פורשת עצמה על פני כל תחומי פעילותו של בית המשפט ויש שביטחון המשפט יעשה בו שימוש בתחום המשפט הפלילי למניעת אי צדק לנאשם או למניעה של פגיעה בהגנתו ההליך הפלילי”¹⁵⁰.

סמכותה הטכנית של הערכאה השיפוטית לקבוע את סדרי הדין הינה, אם כן, בעלת חשיבות רבה. בלעדיה לא יתכן עבודה שיפוטית תקינה. משכך, סמכות זו הינה חובה למדי ומשותפת על פני כל ענפי המנהלש באלים בית המשפט או מחוצה לו, והקשור למשפט¹⁵¹. יחד עם זאת, מדובר בסמכות שלטונית והפעלתה דורשת סבירות קרי — עריכת מאזן ראוי של הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש להביא בחשבון¹⁵². כגון טענת החיסיון השלטוני למסמכים פנימיים אשר נערכו בידי רשויות המבטח.

מן המקורות אשר פורטו לעיל, נראה לי, כי הדרך הראויה ביותר לחייב את רשויות המבטח להמצאת החלטות הפנימיות הינה באמצעות עשיית שימוש בסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. שכן, המצאת המסמכים נעדרת להחלטה אחר שיקולי ההעדרה דרך אשר החזו את הדין המשפטי לממשלה. לפיכך, הרי שלא מן הנמנע כי, במסגרת מסוימות, יכול שיווצר מצב בו עשויה נדרשת של זה לפני בית המשפט — או של מי מנגיגיו — להיות חיונית¹⁵³. כאמור, משנתבקשו רשויות המבטח להציג לפני בית המשפט את החלטותיהם, תועלה שאלת החיסיון השלטוני לדין דין. חיסיון זה — *absolute privilege* — בא להבטיח את חופש ההחלטות של עובדי הרשות¹⁵⁴. עקרון

- 148 עניין גלויאל, לעיל היש 146, פסק דין של הנשיא לורן.
- 149 קדמי, לעיל היש 142, בעמ' 827.
- 150 בשיט 1781/00 שורדן ג' מודנת ישראל, פ"ד (הנ) 303, 293 (2001).
- 151 בשיט 3914/92 לב ג' בית הדין הביטחוני, פ"ד (מח) 500, 491 (1994).
- 152 שם, בעמ' 501.
- 153 מן הדבר השני יש לציין את הסתייגותה של השופטת רותלי, שלפיה חוות דעתו של פלקליט (מערב) השני יש להצטרף אל החלטות מאחוריה אין ענין לעדות בבית המשפט. ראו ת"פ (מחור) תיא) 40250/99 מדינת ישראל ג' בדי, דינים מחור לנ (1) 610 (2000).
- 154 ראו לענין זה את הדבר של השופט גולברג בבדי 2534/97 יהב ג' פלקליט המדינת, פ"ד נא(3) 44, 39 (1997).

המשפט. וראו כי המונח "חפץ" הינו: "לרבות תעודה, מסמך, חומר מחשב או בעל חיים"¹⁴⁴.

צו להמצאת מסמכים: כידוע, על תכלית החקיקה ניתן ללמוד ממקומה של ההוראה בחוק, ממבנה הכללי של החוק ומקומו במערך החקיקה הכללי¹⁴⁵. אי לכך, הרי שניתן לסבור כי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי אינו הוראת החקיקה המאזנת לשם חיוב רשויות המבטח להמצאת החלטות הפנימיות. כלשונן של השופט פלפל:

”יש חשיבות לעובדה שסעיף זה מצוי בדבר החקיקה הנוגע לשלב הקודם להגשת כתב האישום. כפי ששם החוק מעיד על עצמו הוא נוגע למעצרים ולהירשמים ומבאן את למדים שהפקודה בכלל וכסעיף 43 בפרט לא מתחייבים להזמנה להשיג חפץ במהלך המשפט — אלא בשלב שלפני הגשת כתב האישום”¹⁴⁶.

לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, ראוי בית המשפט — בין לבקשת בעל דין ובין מיומנתו — לצוות על כל אדם להמציא לבית המשפט "מיוצג" אשר ברשותו. זאת, בין במסגרת מסירת עדות כ"עד" ובין במסגרת המוצג למזכירות בית המשפט שלא במסגרת עדות. מקום שבו נדרשים זיהוי המוצג ואימותו, יוגש המוצג במסגרת מסירת עדות; ואילו מקום בו זיהוי ואימותו נעשים על ידי עד אחר, ולמעשה שבה מוחזק המוצג אין כל חשיבות, ניתן לסתפק במסירת המוצג למזכירות בית המשפט¹⁴⁷.

"סמכותו הטכנית של בית המשפט": אם, בכל זאת, ימצא שסעיפים אלה אינם מתאימים, הרי שבהיעדר הוראה חוקית ספציפית, נראה, כי זוהי המקרה המובהק שנוכלל בגדר סמכותו הטכנית של בית המשפט (*inherent jurisdiction of the court*), על מנת למלא את התפקיד שלמענו קיים בית המשפט והוא קיום משפט

- 144 ס' 1 לפקודת סדר הדין הפלילי.
- 145 עניין חצור, לעיל היש 15, בעמ' 74; ע"א 176/84 ברקסין (הדין) ג' מנהל פט שבח מקרקעין, פ"ד (מנ) 593, 589 (1986), ס' 6 לפסק דין של הנשיא שמגר; בדי 1255/94 "בוק" ההגנה הישראלית להקשורת בע"מ ג' שרת התקשורת, פ"ד (מנ) 673, 661 (1994), ס' 10 לפסק דין של השופט שטרסברג כהן; ע"א 3348/97 פקיד שומה למפעלים גוללים ג' דיקלה חברה לניהול קרנות נאמנות בע"מ, פ"ד (נ) 18, 1 (2001), ס' 1 לפסק דין של השופט לוי; ע"א 6126/98 חברה חלקה 510 בגוש 6043 בע"מ ג' הועדה המקומית לתכנון ורבייה — חולון, פ"ד (הנ) 777, 769 (2001), ס' 7 לפסק דין של השופט רובלי; ע"א 3489/99 חסידה מנהל פט שבח מקרקעין — חיפה ג' עבר, פ"ד (נ) 598, 589 (2003), ס' 7 לפסק דין של השופט רובלי; רע"א 3784/00 שקם בע"מ ג' עיריית חיפה, פ"ד (נ) 481, 491 (2003), ס' 11 לפסק דין של השופט רובלי; ע"א (מחור) תיא) 744/93 בבסיס להגנה בע"מ ג' עיריית תל אביב יפו, פ"מ תשנ"ה(2) 94, 89 (1995).
- 146 ע"פ (מחור) ב"ש(ש) 7267/98 גלויאל ג' מדינת ישראל, תק מח (2) 99, 1396 (1999), ס' 7 לפסק דין של השופט פלפל.
- 147 קדמי, לעיל היש 142, בעמ' 745.

החומר אך מעביר את השיקול לידי החביעה הכללית, אם להמשיך בזהירות ההליך הפלילי הנוכחי, או, לחלופין, לחזור בה מאישומיה ולהגיש את האישומים מחודש¹⁶⁰. סבורני, כי את המקור לחיוב החביעה לחשוף את נימוקיה וטעמה ניתן לגזור גם מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. שכן, אלה מורים כי נטל ההוכחה בדבר אשמתו של הנאשם מוטל על שכמה של החביעה. נטל ההוכחה (The Burden of Proof) כולל הן את "נטל השכנוע" והן את "חובת הראיה".

"נטל השכנוע" פירושו: החובה להוכיח בראיות את קיומה של עובדה ברמה הדרושה הנדרשת במשפט הפלילי. לדעתי, אין צורך בהוכחה מעבר לספק סביר, כי אם במידת הוכחה¹⁶¹ של "ראיות בודדות, משכנועות וחיד-משמעותיות" ("Clear Evidence"). השמוש במונח "מידת הוכחה זו כה, כן, במידת לשופט בדבר חשיבות האגנטים אשר עומדים לדין¹⁶². מדובר, אם כן, במידת הוכחה שלישית, שהיא מעין "רמת-ביניים", בין מידת ההוכחה הפלילית לבין מידת ההוכחה האזרחית. מידת הוכחה זו הינה יותר מ"עודף הסתירות", אך פחותה מאשר "מעבר לכל ספק סביר". מידת שכנוע זו צריכה להגיע לדרגה של הסתברות גבוהה (Highly Probable)¹⁶³.

"חובת הראיה", פירושה החובה המוטלת על בעל דין להביא את ראיותיו¹⁶⁴. לפיכך, החביעה היא אשר נושאת ראשונה ב"חובת הראיה", לאמור, כי היא אשר חייבת להציג ראשונה את ראיותיה¹⁶⁵. מכאן למדים אנו, כי משתעשערה ההנחה, שלפיה נשקלו שיקולים דומים בידי הדין המשפטי לממשלה, נושאת החביעה בנטל ההוכחה לחזור הנהנה זו.

160 השוו בעניין זה לדבריו של השופט ברק, לעניין חשיפת ראיה חסויה בבש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 770, 766 (1993); ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 721, 725 (1999). ס' 2 לפסק דינו של השופט זמיר: ב"ש 64/87 ואנוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 538, 533 (1987), ס' 4 לפסק דינו של השופט ברק. ע"פ 112/89 יבאל נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 462, 459 (1991), ס' 7 לפסק דינו של השופט ברק.

161 קים הבדל בין "נטל השכנוע" לבין "מידת ההוכחה". מידת ההוכחה מתייחסת לדרגת ההסתברות הנדרשת לשם קביעה כי ממצא מסוים אכן נכון. ראו בעניין זה: Ian H. Dennis, The Law of Evidence, 370 (2nd ed., 2002).

162 הסבר ראוי לגישה זו ניתן למצוא בדבריו של השופט הרצוג: "To meet due process: Hadrian demands in commitment proceedings, the standard of proof has to inform the fact finder that the proof must be greater than the preponderance of the evidence standard applicable Addingdon v. Texas, 441 U.S. 418, 431-433; וכן: other categories of civil cases" (1979).

163 אליה הוזכר דיני הראיות כרך א 216 (1977).

164 ע"פ (מחוזי ים) 1099/97 מובאלי נ' מדינת ישראל, תק"מ 2168 (2) 2168 (1998), ס' 8 לפסק הדין.

165 יעקב קרמי על הראיות — הדין בראי הפסיקה חלק שלישי 1227 (1999); ראו גם את דבריו של: Mr. Justice Brennan, בדבר ציגנו של כלל זה בעיקרון חוקי הנובע מחובת חלוקת ראי: Re Winship, 364 U.S. 67, שם בעמ' 67.

חשיפת האמת והחיובותו להליך השיפוט¹⁵⁵, מחייבים כרוסום בחיזיון השלטוני ואת חיזוקו של רשויות החביעה להציג לפני בית המשפט את העובדות והטעמים החומכים בהחלטתו. שכן, חשיפת ההתדיינות הפנימית היא אמצעי דינמי, אשר נועד לשרת את ההכרעה השיפוטית כטענתה המקדמית של הסניגוריה¹⁵⁶. לגישה של פרופ' נמר וזלמן, ההכרעה השיפוטית בדבר חסימת מידע מבית המשפט צריך שתהא דו-שלכית¹⁵⁷: בשלב הראשון, תעלה השאלה אם אכן יש להתחשב בערך המשפט לשקול כמה שיקולים: אם יש הצדקה לגרוע מערך האמת כווי להגן על הפרד החברתי האחר; אם תפקידו של ההליך השיפוטי הינו להגשים ערך חברתי אחר שאינו קשור כלל לחוקר האמת; אם מניעת המידע מבית המשפט היא אמונה אמצעי ההגנה ההולם לערך האחר; ואם קיימים אמצעים משפטיים אחרים להשגת תכלית זו.

בשלב השני תעלה השאלה באיזו מידה יש להתחשב בערך האחר באמצעות כלל כאמור. מידת ההתחשבות בערך האחר נשקלת לאור הפגיעה הצפויה בערך של גילוי האמת¹⁵⁸. ההכרעה בין האינטרסים המתנגשים תהא לפי העדפות הדיסטיות¹⁵⁹, ותבחנן לפי נוסחת האיזון העקרוני. לשם כך תהא חשיבות, בין היתר, למידת חיוניותו של המידע לחקר האמת הצודקת.

בסוגיה בה עסקינו, התדיינות פנימית אלו (אשר כוללות סיכומים פנימיים, חוות-דעת משפטיות והתכתבות פנימיות) מופקת בידי עובדי משרד המשפטים ורשויות החביעה האחרות, כחומר צור לגיבוש עמדתם בעניינים התלויים לעומדים בבתי המשפט. חשיפתם, ולו אף בדרך מוגבלת, עלולה, ללא ספק, להחביד על חחשת חופש ההתבטאות של עובדי רשויות החביעה (speech effect), ואף להוביל להקפדה זהירה על אופן ההתבטאות וההתנסחות בעתיד. חרף זאת, עומד החיסיון השלטוני באופן רחסי ולא אבסולוטי. נטיגמו אפשרות — ואף מחתחית — בפני ערכים עקרוניים אחרים הגוברים על חופש הדעות השלטוני-הפנימי. דעתנו היא, כי לנוכח הפגיעה הקשה בזכוות הקנויה של הנאשם לידון לפי הדין הפרוצדורלי החרות, יש חשיבות רבה לחיזוק השיפוט אודות שיקוליהם של הדין המשפטי לממשלה ושל רשויות החביעה.

על כל פנים, חשוב לצייך, כי חיוב החביעה לחשוף את חרשמוותיה הפנימיות אינו מבא בהכרח לחשיפת חומר זה כרכים ולפני בית המשפט. ציווי לחשיפת

155 ראו לעניין זה אורח ברק "משפט, שיפוט ואמת" משפטים כו 11, 12 (1996); וכן ראו: Esles v. Texas, 381 U.S. 532, 540 (1965); R. v. Nikolskovs [1996] 111 C.C.C. (3d) 403, 409.

156 השוו בעניין זה בעניין יבאל, לעיל ה"ש 154, בעמ' 42.

157 ניתן וזלמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית — מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים: עיני משפט כו 263, 266-265 (2001).

158 ראו לעניין זה את דבריו של השופט גולדברג בע"פ 5395/96 געביר נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב 1) 640, 633 (1998).

159 ב"ש 838/84 לביב נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 729, 737 (1984).

העמדתו לדין של קטן לאחר חלוף תקופת ההתיישנות

Safeguards) של נאשמים-קטינים בהליך הפלילי, משהוצגה החשיבות הטמונה בתכליתו של הסעיף, נעשה ניסיון לשרטט קווים מנחים לשם בחינת נקודת האזיון בין האינטרסים המתגשמים כתוצאה מריפוי פרוצדורלי וטרואקטיבי בידי היועץ המשפטי לממשלה. כולל תקווה, כי היכור זה יאיר את עיניה של מערכת השיפוט לשם בחינה מחודשת של סוגיה זו, לנוכח התמורות הקונסטיטוציוניות אשר חלו בשיטתו המשפטית ולאור הכללים המנחים אשר נארגו לפיהן.

ניר פלסר

3. הועברה כי טרם נעשה צעד דיוני קיטיריין זה הינו מבחן עובדתי הנגזר מזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן (due process), הכולל את היקף הפגיעה הקונקרטית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שכן, כל עוד לא נעשה צעד דיוני כלשהו, הרי שאין לומר (בהיעדר ראיות סותרות לכך), כי קופחו זכויותיו הדיוניות של הנאשם. מכאן, כי השיקולים האמורים להדריך את בית המשפט הינם הקפדה יתירה, שמא הגנתו של הנאשם לא תקופת, וכי אין כל ספק בדבר הגנתו של הדיין¹⁶⁶. אשר על כן, יש ליתן לנאשם את מלוא ההזדמנות "להחליט" את הגנתו בשל אישור ההעמדה לדין הטרואקטיבי, זאת, למשל, כאשר סעיפי האישום שוטו בהוראות של היועץ המשפטי לממשלה, ועל ההגנה להיערך מחדש בהתאם.

על החשש לקיפוח ניתן ללמוד אף מן המבחן הראשון (סמיכות הזמן בין הגשת כתב האישום לבין אישור ההעמדה לדין), הכולל את משך הזמן, אשר עמד לרשות ההגנה להיערך כראוי לדין, מעת קבלת אישור ההעמדה לדין הטרואקטיבי. לסיכומי של דבר, ניתן לומר, כי המבחן השלישי הינו מבחן מסכם, אשר משקלו פחות משהי המבחנים הראשונים. הועברה, כי טרם נעשה צעד דיוני, אינה תחליף לחוסר חוס לב מצד רשויות התביעה, או לשקילת שיקולים וזים בידי היועץ המשפטי לממשלה. כלשון אחרת: עם ריפוי השיפוט של אישור ההעמדה לדין, והפסם אשר רבן בכתב האישום, באמצעות שני המבחנים הראשונים, בא המבחן השלישי להבטיח מניעתו של עיוות דין על ידי בחינת הפגיעה הפוטנציאלית בהגנתו של הנאשם, שכן, בסופו של דבר, טענה מקדמית זו נועדה להבטיח הגנה נאותה לנאשם, ולא לשמש כ"טענת הגנה" מפני הורשעה¹⁶⁷.

4. המועד להעלאת הטענות נגד כתב האישום הזכות לטעון נגד פגם או פסול בכתב האישום מוענקת לנאשם מכוח סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, כטענה מקדמית לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, יש להעלותה מיד לאחר הקראת כתב האישום. ביקש הנאשם להעלותה בשלב אחר של הדיון, מחוב הוא לקבל את רשותו של בית המשפט¹⁶⁸.

ה. סיכום

במסגרת חיבור זה נעשה ניסיון להתחקות אחר תכליתו של סעיף 14 לחוק הנער, כמו גם אודות חשיבותו כמערך אמצעי ההגנה הפרוצדורליים (Procedural

166 קדמי, לעיל ה"ש 142, בעמ' 941-942.

167 שם, בעמ' 942.

168 שם, בעמ' 937.