

ע' 1092/09

ביהמ"ש הצבאי לערעורים

ע' 1092/09

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני הרכב: אליים חנוך קינן - אב"ד
 אליים משה תירוש - שופט
 סא"ל נתנאל בנישו - שופט

המעוררת: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סא"ל ארז חסון וסרן שלומי שניידר)

נגד

המשיב: מחמוד מחמד שחאדה מחימר, ת"ז XXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד חאלד אלאערגי)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני ההרכב בראשות כב' הנשיא סא"ל צבי לקח
 וכב' השופטים סא"ל אריאל בנדור ורס"ן אדריאן אגסי)
 בתיק מס' 4248/06 מתאריך 17.12.08
 (הערעור התקבל)

תאריך הישיבה: 8 ביוני 2009, ט"ז בסיוון התשס"ט.

ספרות:

[יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים \(1975\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 202](#)

[חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000](#)

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 76](#)

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982: סע' 149, 149\(10\), 150](#)

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 12, 39](#)

[ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק \(מהדורה שנייה, תשס"ט\)](#)

ספרות:

[יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים \(1975\)](#)

[ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק \(מהדורה שנייה, תשס"ט\)](#)

ספרות:

[יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים \(1975\)](#)
[ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק \(מהדורה שנייה, תשס"ט\)](#)

ספרות:

[יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים \(1975\)](#)
[ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק \(מהדורה שנייה, תשס"ט\)](#)

מיני-רציו:

* בית המשפט הצבאי לערעורים קיבל ערעור של התביעה הצבאית על פסק דינו של בית המשפט הצבאי ביהודה בקובעו, כי לא נמצא בסיס לקביעת בית המשפט קמא כי מתוך השוואה בין עניינם של המעורבים השונים בפרשה בלבד ראוי היה יותר להרשיע את המשיב בעבירת הריגה מאשר בסיוע לגרימת מוות בכוונה.

* בתי-משפט – שימוש לרעה בהליכי בית-משפט – מניעה שיפוטית

* בתי-משפט – מעשה-בית-דין – השתק

* דיון פלילי – הסדר טיעון – מעורבות בית-המשפט

* דיון פלילי – הסדר טיעון – סטייה ממנו

* דיון פלילי – טענות מקדמיות – הגנה מן הצדק

* דיון פלילי – הרשעה – בעבירה שונה

* דיון פלילי – הרשעה – ערעור

ערעורה של התביעה הצבאית על פסק דינו של בית המשפט הצבאי יהודה, אשר חלף עבירה של גרימת מוות בכוונה ראה להרשיע את המשיב בעבירה של הריגה.

בית המשפט הצבאי לערעורים, כב' השופטים קינן, תירוש ובנישו, קיבל את הערעור, בקובעו כדלקמן:

תורת האכיפה הסלקטיבית הינה ענף של טענת ההגנה מן הצדק. טענה זו תתקבל כאשר מעשי הרשות אינם מאפשרים לקיים משפט הוגן או כי יהיה בקיומו של ההליך פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

במקרה דנן, טענה התביעה לאבחנה בין עניינו של המשיב לבין זה של שותפיו, בשורה של עניינים ראייתיים. לא ניתן לומר כי אבחנות אלה אינן ענייניות או לגיטימיות בנסיבות העניין.

ביקורת שיפוטית מנהלית על החלטות התביעה צריכה להתקיים מתוך זהירות, הן לנוכח מעמדו המיוחד של גוף זה במסגרת המוסדות המשפטיים והן לאור רוחב שיקול הדעת שהוענק להם כחלק מסמכותם. הדברים נכונים במיוחד כאשר עוסקים בתקיפה עקיפה של החלטה או בבירור המתנהל

במסגרת ההליך הפלילי. כן נדרשת זהירות כאשר נבחן שיקול הדעת בנושא הסדרי טיעון, לגביו לעיתים קרובות יתקיימו נסיבות שאינן ניתנות לחשיפה בהליך הפלילי.

משנקבע כי ההבחנה הנטענת על ידי התביעה אינה פסולה, אין גם לומר שבמקרה הנוכחי מנועה הייתה התביעה מלטעון אותה, מכוח השתק שיפוטי. לאור כל המפורט לעיל, מתחייבת המסקנה כי לא היה מקום להתערבות בית משפט קמא בשיקול דעת התביעה ולזיכוי המערער מהעבירה שיוחסה לו תוך הרשעתו בעבירה קלה יותר על יסוד הגנה מן הצדק. לא מצאתי אף בסיס לקביעת בית המשפט כי מתוך השוואה בין עניינם של המעורבים השונים בלבד ראוי היה יותר להרשיע את המשיב בעבירת הריגה מאשר בסיוע לגרימת מוות בכוונה.

ברי כי לאחר שבית המשפט ידון בתיק לגופו של עניין יתכן שיגיע למסקנה דומה, אך הפעם על יסוד תשתית משפטית מוצקה ובהתייחס לראיות שהונחו בפניו. זוהי מלאכתה של הערכאה הדיונית הפלילית הנדרשת להרשיע את החייב ולזכות את הנקי.

פסק דין

המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

מונח בפניי ערעורה של התביעה הצבאית נגד פסק דינו של בית משפט קמא, אשר חלף עבירה של גרימת מוות בכוונה, ראה להרשיע את המשיב בעבירה של הריגה.

רקע עובדתי

התביעה הצבאית הגישה נגד המשיב כתב אישום המחזיק שני פרטי אישום. הראשון, גרימת מוות בכוונה, בגין חלקו בחטיפתו ובגרימת מותו של **כאמל עדרה** (להלן: המנוח), אשר נחשד על ידי המשיב ושותפיו בשיתוף פעולה עם ישראל. השני, החזקת אמל"ח, בגין החזקת אקדח.

מסיכומי הצדדים בבית משפט קמא עולה כי הצדדים לא חלקו באשר להרשעה בפרט האישום השני, ואף לא באשר לקיומו של היסוד העובדתי המפורט בפרט האישום הראשון.

גדר המחלוקת, אם כן, התמקדה בשאלת היסוד הנפשי של המשיב. עמדת התביעה הייתה כי המשיב צפה את גרימת מותו של המנוח וחפץ בה, ועל כן, היה מקום להרשיעו בעבירת גרימת מוות בכוונה. לחילופין, טענה התביעה כי ניתן היה להרשיע את המשיב גם על יסוד העובדה שגרימת המוות הייתה עבירה מצטברת לעבירת החטיפה וכזו מקימה אחריות פלילית בהתאם לסעיף 202 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], התשי"ע – 2009). את היסוד הנפשי של המשיב ביקשה התביעה להוכיח מתוך הודאתו הראשונה, בה מסר כי **"רציתי להורגו"**. צוין כי באמרה זו טען המשיב כי הוא זה שירה במנוח והרגו. בהודאה מאוחרת יותר מסר המשיב כי שיקר בהודאתו הראשונה בנוגע לזהות היורה, בהסבירו כי **"לא רציתי שתדעו את האמת. החכאתי את השמות של חברים שלי"**. אין מחלוקת כי בכל הנוגע לזהות היורה אין ההודאה הראשונה משקפת את המציאות. אלא שהתביעה הצבאית ביקשה לנהוג מנהג פלגין דיבורא, ולהוכיח מתוך האמרה הראשונה רק את כוונת המשיב לגרום למותו של המנוח.

ההגנה מצידה טענה כי לא הוכחה כוונתו של המשיב לגרום למותו של המנוח, ולפיכך יש לזכותו מעבירה זו ולהרשיעו אך בעבירת חטיפה בנסיבות מחמירות.

הסנגור הוסיף וטען כי יש ללמוד גזירה שווה משניים משותפיו של המשיב, **חליל אבו עראם** (להלן: **אבו עראם**) ו**מחראב דעיסאת** (להלן: **דעיסאת**), עימם הגיעה התביעה להסדרי טיעון, אשר במסגרתם הומרו סעיפי האישום להריגה ולסיוע לגרימת מוות בכוונה בהתאמה. לטענתו, הואיל וחומר הראיות בנוגע לשלושה דומה, ומאחר שהתביעה לא סברה לגבי השותפים שניתן להוכיח יסוד נפשי של גרימת מוות בכוונה, אין לקבל את עמדתה כי יש להגיע לתוצאה שונה בנוגע למשיב.

לאור טענת הסנגור ביקש בית משפט קמא את התייחסות התביעה להבדלים בין חומר הראיות הנוגע למשיב ולשותפיו ולהשלכות ההבדלים הנטענים ביניהם.

עם קבלת התייחסות התביעה, דחה בית משפט קמא את טענותיה באשר להבדלים בחומר הראיות, בקבעו:

"אין בידי לקבל טענות אלה של התביעה הצבאית.

כאמור, ההודאה הראשונה של הנאשם, שבה טען כי ירה בעצמו במנוח, נמצאה – לשיטת התביעה הצבאית – מופרכת בעיקרה. לא ניתן ליטול מהודאה מופרכת כזאת פרט אחד, ולהוכיח בעזרתו פרטים שבראיות האחרות לא היה די, אף זאת לשיטת התביעה, להוכיחם. זאת במיוחד לנוכח הקשר ההדוק בין דברי הנאשם בהודאה הראשונה כי רצה להרוג את המנוח, שעליהם התביעה מבקשת להתבסס, לבין טענתו באותה הודאה עצמה כי ירה במנוח והרגו, טענה שהתביעה הצבאית עצמה מכירה בכך שהיא מופרכת".

בית משפט קמא דחה באופן דומה טענות של התביעה כי עניינו של המערער נבדל מזה של חבריו לאור תפקידו המרכזי בהנעת אירוע החטיפה ובהוצאתו אל הפועל עד לגרימת מותו של המנוח. בית המשפט קבע כי חלקו של המערער אינו כה דומיננטי עד כי ניתן להבחין בינו לבין שותפיו על בסיס זה בלבד.

על רקע זה קבע בית המשפט כי ההבחנה שערכה התביעה בין המשיב לשותפיו, אשר הביאה לסירוב להגיע להסדר טיעון עימו, עולה כדי אכיפה סלקטיבית אסורה. על כן, זיכה בית משפט קמא את המשיב מעבירת גרימת המוות בכוונה בהואשם, והרשיעו תחתיה בעבירת הריגה, תוך קביעה כי:

"האשמת הנאשם בעבירות חמורות מאלה שבהן הואשמו שותפיו, זאת על סמך אותה תשתית ראייתית ובלא שנמצא הבדל עובדתי בין הנאשמים מהווה פגיעה חריפה בחוש הצדק וההגינות. כך במיוחד האשמת הנאשם בעבירה של גרימת מוות בכוונה, לעומת האשמת חליל בהריגה בלבד. המדובר בשתי

עבירות שונות הנבדלות זו מזו באופן מהותי הן מבחינת העונש הצפוי לצידן והן מבחינת הסטיגמה המוסרית הנלווית להן".

בית המשפט הוסיף ונימק כי מסקנה דומה מתחייבת כתוצאה מתורת ה"השתק השיפוטי", לפיה:

"בעל דין שטען טענה בהליך אחד וטענתו התקבלה מושתק מלהתכחש לטענתו האמורה – לא רק באותו הליך אלא גם בהליך כנגד יריב אחר שבעניינו לא נוצר מעשה בית דין" (י' נקדימון הגנה מן הצדק, (נבו הוצאה לאור, 2003), עמ' 265).

כתוצאה מהרשעה זו גזר בית משפט קמא על המשיב 22 שנות מאסר לריצוי בפועל וכן מאסר מותנה.

טענות הצדדים בערעור

התביעה אינה משלימה עם פסק דינו של בית משפט קמא, ועל כן, הגישה את הערעור הנוכחי, בו היא מבקשת לבטל את פסק הדין ולהחזיר את התיק לערכאה קמא לצורך דיון בשאלת היסוד הנפשי של המשיב ובהרשעתו בעבירה המקורית בה הואשם.

לטענת התביעה שגה בית משפט קמא בקובעו כי המשיב זכאי להגנה מן הצדק בשל אכיפה סלקטיבית. לדידה, הקריטריונים המחמירים שנקבעו בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד 221 (2) (להלן: פס"ד יפת) אינם מתקיימים בענייננו. התביעה מודעת לכך שהקריטריונים רוככו במידת מה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (להלן: פס"ד בורוביץ), אולם לטענתה המבחנים שנקבעו בפסק דין זה לא השתרשו בהלכה הפסוקה בישראל ובאזור. לחילופין, טוענת התביעה כי גם על פי הפרשנות המרחיבה בהלכת בורוביץ לא היה מקום לזכות את המשיב מעבירת גרימת מוות בכוונה.

בנוסף, טוענת התביעה, בהסתמכה על רע"פ 6351/01 אטדגי נ' התובע הצבאי הראשי, [פורסם בנבו] תק-על 2001(3), 1466 (להלן: אטדגי), כי לבית המשפט אין סמכות להמיר סעיף אישום אחד במשנהו מטעמים של צדק וללא בסיס ראייתי, זאת להבדיל מסמכותו לבטל את כתב האישום כולו.

לגופו של עניין, סבורה התביעה כי שגה בית משפט קמא במסקנתו כי עניינו של המשיב לוקה באכיפה בררנית. לדעתה, מסקנה זו הנשענת על הקביעה שאין מתקיים שוני משמעותי בין עניינם של שלושת המעורבים, אינה יכולה לעמוד. ברם, על מנת שתתקבל טענת אכיפה בררנית יש להראות כי בבסיס אבחנת התביעה ניצב מניע פסול, כגון שרירותיות או התחשבות בשיקולים זרים, ואין די בקביעה כי טענת התביעה בהחלטתה המבחינה.

התביעה מוסיפה כי התערבותו של בית משפט קמא בשיקול דעתה בעריכת הסדרי טיעון הינה חריגה ביותר, ואף נוגדת את הנחיית בית המשפט העליון, בעיקר כאשר מדובר בהסדר טיעון

הנוגע להמרת סעיפי אישום, עניין המסור לסמכותה. זאת, בשונה מהסדר טיעון הנוגע לעונש, אשר נתון לביקורת של בית המשפט.

לחילופין, טוענת התביעה כי, לגופו של עניין, הסכימה להגיע להסדרי טיעון עם שותפיו של המשיב משום שחששה שסיכויי ההרשעה בתיקיהם אינם גבוהים, בעוד שבעניינו של המשיב סבורה הייתה כי ישנו סיכוי טוב להרשעה. משכך הייתה הצדקה להבחנה בין עניינו של המשיב לבין זה של חבריו, דבר המשמיט את הקרקע תחת קביעותיו של בית משפט קמא.

לבסוף, טוענת התביעה כי ההליך הנכון במקרה מעין זה היה פנייה של הסגור לבית המשפט הגבוה לצדק ולא דיון במסגרת ההליך הפלילי.

ההגנה מצידה מבקשת לאמץ את הכרעת דינו של בית משפט קמא. לטענתה, לא שיקולי התביעה הם שצריכים להכריע את הכף אלא חומר הראיות. מראיות אלה עולה שלא הייתה הצדקה להבחין בין השותפים השונים ולהרשיע את המשיב בגרימת מוות בכוונה בניגוד לחברו שהורשע בהריגה בלבד.

אומר כבר עתה כי לאחר בחינה ושקילה הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את ערעור התביעה ולהחזיר את התיק לבית משפט קמא שיידון בו לגופו.

הגנה מן הצדק – המודל המנהלי

לדוקטרינת ההגנה מן הצדק פנים רבות. ניתן לבסס את ההגנה על מודלים שונים. לעיתים נוטה בית המשפט לבסס את ההגנה על סמכותו הטבועה של בית המשפט. כך בע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 798 קבע בית המשפט כי יש בידי סמכות טבועה לבטל אישום המנוגד לצדק (ראה גם ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221). י' נקדימון מציע בספרו לבסס את ההגנה על מודל חוקתי לפיו זכותו של נאשם להגנה תקבע על פי "היקף זכות האדם החוקתית שלו העומדת על הפרק ובאמצעות קביעת מידת ההגנה עליה, הנדרשת בנסיבות העניין" (ראה נקדימון לעיל, עמ' 121).

נראה כי המודל אשר קנה לו שביטה בפסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות הינו המודל המנהלי. ההגנה מן הצדק, כפי שנקלטה ופורשה במשפט הישראלי, מהווה ענף של תורת הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות בסוגיות האכיפה וההעמדה לדין:

"במסגרת זו בוחן בית המשפט אם הרשות המאשימה פעלה כראוי, עת הציבה את השיקולים התומכים בהעמדתו לדין אל מול השיקולים הקוראים שלא לעשות כן, ואם איזנה כראוי בין האינטרסים המתנגשים והגיעה לתוצאה שהינה מידתית בנסיבות העניין" (נקדימון לעיל, עמ' 91).

כלומר ההכרה בהגנה מאפשרת לנאשם לתקוף את העמדתו לדין בפני בית משפט פלילי ולא רק בפני בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שהיה בעבר (ראה עניין רבר לעיל).

אפשרות זו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בבית המשפט העליון בשנים האחרונות, לפיה עניינים שונים בעלי אופי מינהלי מועברים לערכאות שונות, באמצעות הצהרה על קיומה של סמכות מקבילה (לדוגמה [בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה\(5\) 50](#) בעניין חוקיותו של מכרז ציבורי, [בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז\(2\) 229](#) בעניין העסקתם של עובדי ציבור, [רע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו\(5\) 159](#) בעניין המשך כהונתו של חבר מועצה מקומית או דתית). מגמה זו הגיעה לשיאה בחקיקתו של [חוק בתי משפט לעניינים מינהליים](#), התש"ס - 2000, המעניק לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים סמכות שיפוט בתחומים רבים אשר בעבר היו נחלתו הבלעדית של בג"ץ.

במקביל, התפתחה במשפט הישראלי דוקטרינת התקיפה העקיפה המאפשרת לבעל דין לטעון נגד פגמים מנהליים שלא במסגרת עתירה נגד ההחלטה המנהלית, אלא בהליך אחר, אזרחי או פלילי, מכוח הסמכות שבגררא לפי [סעיף 76 לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984:

”סמכות נגדרת

הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לביור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר.”

לפי התפיסה המסורתית הסמכות לצוות על ביטולה של החלטה מנהלית פגומה, שאינה בטלה מעיקרה הייתה מסורה באופן בלעדי לבית המשפט הגבוה לצדק ([ע"א 183/69 עירית פתח תקוה ואח' נ' טחון, פ"ד כג\(2\) 398](#), [ע"א 482/84 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט\(1\) 307](#)). על כן, ניתן היה לתקוף החלטה בתקיפה עקיפה רק כאשר תוצאות הפגם הייתה בטלות (void). במקרים אלו היה מתעלם בית המשפט מההחלטה הבטלה בפסיקתו. לעומת זאת, כאשר תוצאת הפגם הייתה לכל היותר שהחלטה ניתנת לביטול (voidable) היו קובעות הערכאות השונות כי כל עוד לא הותקפה החלטה בתקיפה ישירה ובטלה על ידי בג"ץ, ההחלטה שרירה וקיימת ויש לנהוג לפיה (י' [זמיר השפיטה בעניינים מינהליים](#) (תשמ"א) עמ' 39 ואילך).

במשך השנים נשחקה הלכה זו ובתי המשפט הביעו נכונות גוברת והולכת להכיר באפשרות של תקיפה עקיפה, גם כאשר תוצאת הפגם הייתה שהחלטה ניתנת לביטול בלבד.

בדומה, מאז קליטתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוכרה סמכות הערכאה הפלילית להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקירה והאישום.

בתוך כך, צמחה דוקטרינת האכיפה הבררנית.

בפסקי דין רבים דחה בית המשפט העליון את הטענה כי העובדה שבעבר לא נאכפה נורמה מסוימת מהווה מכשול מפני העמדה לדין:

"בבית-משפט זה מועלית לא אחת הטענה, כי מעשה, שהוא בגדר עבירה או הפרת כלל, כבר אירע בעבר, מבלי שננקטו צעדים משפטיים, ועל-כן יש לפסול את הצעד המשפטי, שננקט במקרה שעליו נסב הדיון. טענה כגון זו איננה מקובלת עלינו בדרך כלל: כאשר הופרה הוראה, ואין ננקטים הצעדים המתחייבים לפי הדין או לפי הנהלים, לא יוכל בית המשפט הגבוה לצדק להיות הגורם, ההופך את הדרך החריגה לדרך המלך ואשר מקדש את אי העשייה במקום בו מתחייבת עשייה. אם היו מקרים, בהם לא ננקטו צעדים, אף-על-פי שאלה התחייבו - ניתן להצטער על כך, ולפעמים יש גם לבדוק, מדוע אירע מה שאירע. אולם לא יכול להיות בכך כדי לכבול את ידיה של הרשות, שהוסמכה להפעיל סמכויות על-פי החוק, וכדי לשלול ממנה מעתה ואילך את האפשרות לתקן דרכה ולמלא תפקידה כדין" (בג"ץ 147/84 ניצב משנה אסף חפץ נ' רב ניצב אריה איבצן, המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד לח(3) 412, וכן בג"ץ 146/66 הרשקוביץ נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, מחוז הצפון, פ"ד כ(2) 518, בג"ץ 301/69 שמילוביץ ורון נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד כד(1) 302).

וכן:

"ערוב תחומין זה בין אוזלת ידה של הרשות המבצעת לעשות למען אכיפה מלאה וראויה של דבר המחוקק, לבין הדרישה שגם הרשות השופטת תגלה אוזלת יד במילוי חובתה השיפוטית לפי דברו של המחוקק, הוא עירוב מין בשאינו מינו (תרתי משמע). אילווציה האמורים של המשטרה צריך ויבואו על תיקונם, ועל הגורמים המוסמכים לתקן מציאות פגומה זו ללא דיחוי; אך אין במציאות פגומה זו כדי להצדיק הוספת פגם על פגם על ידי הקלה בעונשו של עבריין כשמידת הדין והצדק, תקנת היחיד והציבור, מחייבים להשית עליו את העונש שהוא ראוי לו" (ע"פ 3520/91 תורגימן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441).

פסק הדין בעניין זקין הביא לשינוי בהלכה זו (בג"ץ 6396/96 זקין ואח' נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289). בפסק דין זה נדון עניינם של תושבים אשר תלו שלטים בגנות ראש העיר על קיר בניינם. פקחי עירייה תלשו את השלטים בטענה שהשלטים נתלו שלא כחוק משום שעל פי חוק עזר עירוני חובה היה לקבל מראש העיר רישיון לתליית הכרזות. עם זאת, כרזות אחרות שהיו תלויות על קירות בניינים אחרים לא נתלשו. בית המשפט העליון כינה לראשונה את התופעה "אכיפה בררנית" והגדיר אותה כך:

"אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא".

טענה זו הוטמעה סופית בדין הישראלי בעניין בורוביץ הנ"ל בה קשר בית המשפט העליון את האכיפה הסלקטיבית עם ההגנה מן הצדק ואף קבע כי -

"נמצא כי אם נוכח בית משפט הדן באישום הפלילי כי בהגשת כתב-האישום יש משום אכיפה בררנית, וכי קיום ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בידו הסמכות לנקוט אמצעים ראויים לתיקון הפגיעה. יש שימצא כי הפגיעה אינה מצדיקה לבטל את כתב-האישום, וכי תיקונה של הפגיעה יכול שיושג באמצעי מתון יותר, כגון בהקלת עונשו של הנאשם... אך אם נוכח כי המעוות לא יוכל לתקון אלא על דרך ביטולו של כתב-האישום, בידו להורות על ביטול כתב-האישום מטעמי הגנה מן הצדק".

בהתאם וכשם שקלטנו את ההגנה מן הצדק אל תחומי האזור (ע' [1612/07 קאסס נ' התוב"ץ](#), נבו - המאגר המשפטי והפסיקה המצוטטת בו), נראה כי אין מניעה עקרונית להידרש לטענה של אכיפה בררנית, המהווה ענף של טענת הגנה זו. עם זאת, אין ספק כי בחינת תחולת הטענה צריכה להיעשות בהתאם למציאות השלטונית והביטחונית המיוחדת באזור, המקשה עד מאד על אכיפה אפקטיבית בתחומים רבים.

ואכן, טענות הסנגוריה והכרעת בית משפט קמא סובבות, במקרה הנוכחי, סביב תפקודה של התביעה הצבאית כרשות מנהלית, ובאופן נקודתי יותר נגד החלטתה של התביעה לכרות הסדרי טיעון עם שותפיו של המשיב ולא עם המשיב עצמו, עובדה המהווה, על פי הטענה, אכיפה בררנית.

ודוק, עמדת בית משפט קמא הניחה כבסיס עובדתי לדיון כי אכן פנה הסנגור לתביעה וביקש להגיע להסדר דומה לזה של חבריו. לא מצאנו ראיה לפנייה שכזו, אם כי יתכן שהדברים לא מצאו ביטוי בפרוטוקול הדיונים או במסמכים שהוגשו.

אשר על כן, בפנינו מצב בו על רקע טענת הסנגור בסיכומיו כי היה ראוי שהתביעה תמיר את סעיף האישום גם במקרה הנוכחי כפי שנהגה בעניינם של השותפים, עורר בית המשפט את שאלת האכיפה הסלקטיבית בין אם זו נוגעת לעצם יחוס העבירה ובין אם לכריתת הסדרי טיעון עם חלק מהמעורבים ולא עם המערער.

כמפורט לעיל, התביעה טוענת מצידה כי לא נפל כל פסול בהליך העמדתו לדיון וניהול משפטו של המשיב, ולפיכך אין מקום להתערבות בית המשפט בעניין זה.

השאלה העיקרית העומדת להכרעתנו הינה, על כן, האם פועלה של התביעה אכן לוקה בפסול אשר חייב את המרת סעיף האישום כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא?

אך בטרם נבחן שאלה זו, מן הצורך להידרש לשאלה מקדימה בדבר סמכות בית המשפט להמיר סעיף אישום, להבדיל מביטולו המוחלט.

הסמכות להמיר סעיף אישום

בראשית דבריה טענה התביעה הצבאית כי בית המשפט נעדר סמכות להמיר סעיף אישום אחד במשנהו מטעמים של צדק, להבדיל מטעמים ראיתיים.

שאלה זו, שאלה סבוכה היא, אשר פנים לה לכאן ולכאן.

ממבט ראשון נראה כי הצדק עם התביעה. בית הדין הצבאי לערעורים דן ארוכות בשאלה זו בעניין **אטדגי** והגיע למסקנה:

"לגישתנו, אין ניתן לפרש את סעיפי החוק כהוראות המקנות לבית המשפט סמכות לתקן או לשנות כתב אישום וכן להרשיע נאשם בעבירה קלה יותר, מקום בו הוכחו, או ניתן להוכיח, את יסודות העבירה המקורית. התחשבות בנסיבות ביצוע העבירה או בנסיבותיו האישיות של הנאשם תבוא לידי ביטוי בשלב גזר הדין, כחלק מענישתו האינדיווידואלית של העבריין" (ע' [43/01](#) התובע הצבאי הראשי נ' אטדגי [פדאור (לא פורסם) 01 (6) 253]).

הלכה זו אושרה בבית המשפט העליון במסגרת דחיית הבקשה לרשות ערעור:

"במצב החוקי דהיום אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום, ומדובר בפרווגטיבה של התביעה. עקרון זה של הפרדת רשויות... לא השתנה עד עצם היום הזה" (רע"פ [6351/01](#) אטדגי נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 01 (1) 769]).

ואכן, נראה כי הלכה זו תואמת את העיקרון המושרש היטב גם בפסיקת בית משפט זה לפיה התביעה הצבאית היא הריבונית לבחור את סעיף האישום הנראה לה ראוי ביותר (ע' [איו"ש 239/02 רחימה נ' התוב"ץ](#), [פורסם בנבו] פסד"ן יג 201).

אלא שלדעתי נבדל המקרה הנוכחי מזה שנדון בעניין **אטדגי** הנ"ל.

בפרשת **אטדגי** נבחנה בעיקר השאלה האם מוסמך בית המשפט להמיר סעיף אישום במשנהו מטעמים של צדק על יסוד הוראות החוק המאפשרות הרשעה בעבירה אחרת. ההכרעה השיפוטית שהתקבלה הייתה, כאמור, כי הפרשנות הראויה להוראות אלה אינה מתירה המרה זו. בנידון דידן, מתעוררת שאלה משפטית שונה, בנוגע לאפשרות להמיר סעיף כאמור מכות הגנה מן הצדק.

אמנם, בית הדין הצבאי לערעורים נזקק אף לטענה כי המערער זכאי להגנה מן הצדק ומטעם זה יש להרשיעו בעבירה אחרת, אולם לא נקבעה הלכה על ידו בעניין זה. ואכן, בית הדין הותיר את השאלה האם במסגרת טענת הגנה מן הצדק ניתן לתקן או להחליף סעיף אישום, להבדיל מביטולו, בצריך עיון, מאחר שהגיע למסקנה המעשית כי במקרה שעמד בפניו המבחנים לתחולת ההגנה מובילים לדחיית הטענה.

בבקשה לרשות ערעור לא חזר המבקש על טענותיו בנושא ההגנה מן הצדק, ועל כן, אלו לא נדונו על ידי בית המשפט העליון.

זאת ועוד, כיום לאחר ההסדרה החקיקתית של ההגנה מן הצדק במסגרת [סעיף 149\(10\) לחוק](#) [סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, מתחזקת המסקנה כי בית המשפט מוסמך להמיר סעיף אישום כתוצאה מקבלת טענה מן הצדק. ואכן, [סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי](#) קובע:

"...נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום..."

מן האמור עולה באופן מפורש סמכות בית המשפט לתקן את כתב האישום במידה ושוכנע כי יש לקבל טענה של הגנה מן הצדק כלשונה [בסעיף 149](#). ואם מוסמך בית המשפט לתקן את כתב האישום, יש לומר באופן דומה כי מוסמך הוא להמיר את סעיף ההרשעה.

על כך הייתי מוסיף אבחנה שנייה. בעניין **אטדגי** בקשת ההמרה לא נבעה מטענה נגד התנהגות התביעה בבחורה את סעיף האישום, אלא מההשלכות של הרשעה בסעיף הגורר רישום פלילי לאור נסיבותיו האישיות של הנאשם. בשונה, בעניינינו טוענת הסנגוריה כי המשיב זכאי להגנה מן הצדק מחמת האפליה בה נהגת כלפיו התביעה הצבאית, טענה המצויה באופן מובהק במתחם ההגנה.

זאת ועוד, בשונה ממצב בו ההחלטה העקרונית של התביעה להאשים את הנאשם בעבירה זו או אחרת היא העומדת על הפרק, במקרה הנוכחי הותקף שיקול דעת התביעה שלא להמיר את סעיף האישום על אף שכך נהגה בעניינים של שני מעורבים נוספים.

הנה כי כן, יש לומר שהשאלה האם מוסמך בית המשפט להמיר סעיף אישום אחד במשנהו לאור טענת הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית לא הוכרעה בעניין **אטדגי** הנ"ל.

ועם זאת, אין ספק כי אמירות בית הדין הצבאי לערעורים ובית המשפט העליון בנוגע לצורך בשמירה הדוקה על עקרון הפרדת הרשויות ובמעורבות זהירה ביותר של בית המשפט בתחומים המסורים באופן מסורתי לסמכותה ולשיקול דעתה של התביעה נכונים בעניינינו גם בבוא בית המשפט להפעיל את סמכותו במסגרת ההגנה מן הצדק. הזהירות הנדרשת משתלבת היטב אף עם המבחנים שנקבעו להגנה.

הגנה מן הצדק - המבחנים

גלגולה העכשווי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק מקורה בפסק הדין בע"פ [2910/04](#) יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, שבו נקבע כי המבחן לקבלת טענת הגנה מן הצדק הינה "**התנהגות בלתי נסבלת של הרשות**", קרי – "**התנהגות שעוריינית שיש בה משום רדיפה, זיכוי והתעמרות בנאשם**".

פסק הדין בעניין **בורוביץ** הנ"ל הרחיב את העילה וקבע כי גם שרירות או רשלנות עשויים להוות אכיפה סלקטיבית פסולה אשר תוביל לקבלת טענת הגנה מן הצדק. בית המשפט אף היה מוכן להכיר בכך שלעיתים הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות עשויה לנבוע מ"**נסיבות שאינן תלויות**

ברשויות כל-עיקר אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה, כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות".

ההלכה הפסיקתית זכתה לעיגון חוקי בשנת 2007 עת תוקן [חוק סדר הדין הפלילי](#), באופן שהוספה טענה מקדמית חדשה:

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

...

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

עם זאת, לא היה בחקיקה האמורה כדי לשנות את גדרי תחולת ההגנה. כך נקבע בעניין לימור:

"לאחרונה, עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שפותחה בפסיקתו של בית משפט זה, בסעיף 149(10) לחסד"פ (ראו [חוק סדר הדין הפלילי](#) (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (התקבל ביום 15.5.07)). לפי האמור בסעיף, נאשם רשאי לטעון טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ ימשיכו, אם כן, להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה" (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (27) 589], וראה גם ע"פ 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 08 (15) 288], ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 09 (23) 463]).

ואכן בפסק הדין בעניין בורוביץ נקבע מבחן המורכב משלושה שלבים. בשלב ראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים ולעמוד על עוצמתם. בשלב השני עליו לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. ובשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים או מידתיים מאשר ביטולו של כתב האישום.

לנוכח מהותה של אכיפה סלקטיבית יש לקבוע כי המבחנים המקובלים להגנה מן הצדק הם המבחנים אותם יש להחיל אף על טענה של אכיפה סלקטיבית.

ואכן, כך נהגו בתי המשפט בערכאות השונות (ת"פ (ת"א) 1024/95 מדינת ישראל נ' הירש, פורסם בנבו – המאגר המשפטי, [ת"פ \(שלום - נת'\) 3346/99 מדינת ישראל נ' א.א.ד. שירותי כוח אדם בע"מ](#), פורסם בנבו – המאגר המשפטי, ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו, פורסם בנבו – המאגר המשפטי, ת"פ (שלום - רמ"י) 627/97 מדינת ישראל נ' נחמני, פורסם בנבו – המאגר המשפטי (בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה).

המלומדת מ' תמיר מציינת אמנם כי בעניין זקין נקבע רף נמוך יותר לקבלת טענת אכיפה סלקטיבית, אך הלכה למעשה החילו בתי המשפט את מבחני ההגנה מן הצדק גם בעניין זה (מיכל תמיר אכיפה סלקטיבית (נבו הוצאה לאור, 2008) עמ' 152).

המבחנים – יישום

כאמור, המבחן הראשון עליו נדרשים אנו לתת את הדעת עניינו הפגמים שנפלו בהתנהלות התביעה ועצמתם.

הפגם עליו מצביע בית משפט קמא הינו סירובה של התביעה להגיע להסדר טיעון עם המשיב, בעוד שהסדרים כאמור נכרתו עם שותפיו כך שאלה הורשעו בעבירות חמורות פחות. כל זאת למרות, שלדעת בית משפט קמא אין כל הבדל בין עניינו של המשיב לענייניהם של שותפיו המצדיק אבחנה זו.

בידוע הוא כי :

“אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה.”

תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם” (בג"ץ 953/87 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309).

אלא שעקרון השוויון עניינו מניעת אפליה פסולה בין דומים, בעוד אבחנה על בסיס שוני רלוונטי אינה אסורה. כך כבר לימדנו הפילוסוף אריסטו בקובעו כי שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על פי מידת שונותם (ראה בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94). המבחן הוא אפוא מבחן של רלוונטיות, המשמיע לנו כי רק בהעדר שוני הנוגע לעניין תיחשב האבחנה בין בני אדם לאפליה פסולה.

אם כן, האם עמדו בפני בית משפט קמא עניינים שווים כהכרעתו?

חוששני כי לא אוכל להסכים עם קביעה זו של בית משפט קמא. לטעמי, מסקנת בית משפט קמא לפיה התנהלותה של התביעה הביאה לפגיעה חריפה בחוש הצדק וההגינות, לאור העדר הבדל משמעותי בין חומר הראיות בעניינו של המשיב וחומר הראיות בעניין שני שותפיו שהודו במסגרת הסדר טיעון, אינה יכולה לעמוד.

הראיות העיקרית עליהן מבקשת התביעה להסתמך הינן אמרותיו המשטריות של המשיב בהן מודה הוא במעורבות בגרימת מותו של המנוח ומפליל את שותפיו. כאמור, באמרתו הראשונה הודה המשיב כי רצה להרוג את המנוח וטען כי ירה בו בעצמו. באמרתו השנייה חזר בו המשיב מן הטענה כי ירה במנוח בעצמו, גולל את כל פרשת חטיפתו, חקירתו והריגתו של המנוח, עירב את **אבו עראם ודעיסאת** והפליל בירי את **חאלד מחאמרה**.

במהלך הדיון בבית משפט קמא, הוגשו אמרותיו של המשיב בהסכמה בכפוף לצורך בתוספת ראייתית. התביעה ביקשה ללמוד מאמרתו השנייה של המשיב כי התקיים היסוד העובדתי של עבירת גרימת המוות בכוונה ומאמרתו הראשונה כי בעת ביצוע העבירה התקיים בו אף היסוד הנפשי.

באמרתו השנייה של המשיב יש אף ביסוס ליסוד העובדתי של מעשי שותפיו **אבו עראם ודעיסאת**. אולם, אין באמרות כל התייחסות ליסוד הנפשי שלהם. על רקע זה, העריכה התביעה כי אף אם כל חומר הראיות היה מוגש במשפטם בהסכמה, יהיה קושי משמעותי לבסס את אשמתם. בעקבות חשש זה העדיפה התביעה הצבאית להגיע להסדר טיעון עם השותפים תחת לקיחת הסיכון כי יזוכו.

מן האמור לעיל, מובן כי יש בסיס לעמדת התביעה שעניינו של המשיב נבדל משל שותפיו בכל הקשור ליכולת ההוכחה של היסוד הנפשי הנדרש להרשעה.

בית משפט קמא סבר אמנם כי אין כל אפשרות להסתמך על הודאתו הראשונה של המשיב, כסברת התביעה. לדעתו, ההודאה הראשונה של המשיב "**מופרכת בעיקרה**" ולא ניתן ליטול ממנה פרט אחד ולהוכיח באמצעותה פרטים החסרים בראיות אחרות (עמ' 4 להכרעת הדין).

דומני כי בקביעה זו נקלע בית משפט קמא לכלל טעות. ראשית, המדובר בשאלה משפטית אשר ספק רב אם המקום להכריע בה הינו בדיון בטענה דוגמת אכיפה סלקטיבית.

שנית, אין לומר כי סברתה של התביעה שניתן לבסס את היסוד הנפשי כאמור לוקה בפגם כה חמור עד כי יש בכך להצדיק הזדקקות לטענה משפטית אשר, כאמור, צריכה להיות מופעלת במקרים חריגים בהם הפגם בולט על פני התנהלות רשויות האכיפה ([ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 07 (31) 767]).

שלישית, אף לגופו של עניין, כלל לא ברור שהכרעת בית המשפט מבוססת כדבעי. כאמור, אמרות המשיב הוגשו בהסכמה. הסכמה זו משמעותה ויתור הסנגוריה על טענות נגד קבילות הראיה ואף נגד משקלה ([ע"י איו"ש 114/01 התוב"ץ נ' אבו הלאל](#) (להלן: **אבו הלאל**), [ע"י 2425/05 התובע הצבאי נ' עמלה](#) [פדאור (לא פורסם) 06 (14) 576], [ע"י 1245/08 התוב"ץ נ' דאר-חאג'](#), נבו – המאגר המשפטי).

אמנם, בנידון דידן, העיד המשיב להגנתו ולפיקך נתונה הייתה הרשות בידי בית משפט קמא לקבל את גרסתו כי נטל אחריות על הירי הואיל ולא רצה להפליל את חבריו. אולם, אין כל הלכה המונעת מבית המשפט להגיע למסקנה שונה ולקבל את אשר נרשם מפי המשיב בהודאתו הראשונה תוך קבלת חלק מההודאה (הכלל בדבר פליגין דיבורא). המדובר בהכרעה שיפוטית אפשרית אשר מוסמכת הייתה התביעה לטעון לקבלתה.

לפיקך, אין מנוס מן המסקנה כי עמדת התביעה בסוגיה זו אינה משוללת יסוד משפטי ובוודאי שאין לומר כי היא מופרכת מעיקרא.

על כך יש להוסיף כי התביעה הצביעה על הבדלים נוספים בתשתית הראייתית הן בנוגע למהות ההפללות הקיימות בעניינם של כל אחד מן השותפים, הן בכל הקשור למידת מעורבותם בהתרחשות הכוללת והן באשר לתפקידם באירוע הקטילה. מבלי להידרש לעומק לסוגיות אלה אין ספק כי יש בהן טענות לגיטימיות ליצירת הבחנה בין עניינו של המשיב לבין זה של שותפיו.

אגב כך, יש לציין כי בית המשפט הגיע למסקנה כי יש להרשיע את המשיב בעבירת ההריגה מבלי שערך בחינה מנומקת של יסודות העבירה כמתחייב בהליך פלילי. נראה, על כן, כי עיקר הנמקתו של בית המשפט נבעה מהחלטות התביעה בנוגע לשותפים. הנמקה זו מעוררת קושי רב. ראשית, במישור העקרוני, הרשעה בפלילים מחייבת בחינה דקדקנית של התקיימות יסודות העבירה, במיוחד במקרה דנן שבו הסנגור לא הסכים להרשעה בסעיף זה (זאת בניגוד לדבריו של בית המשפט בהכרעת דינו). שנית, עצם הנמקת בית המשפט להצמיד את עניינו של המערער לזה של השותף שהורשע בהריגה בלבד לוקה בחסר, שכן אין בה בדיקה אמיתית האם העובדות שתוארו מקימות את יסודות עבירת הסיוע לגרימת מוות בכוונה.

למען הזהירות אדגיש את המובן מאליו כי בקביעותי דלעיל איני בא להביע כל דעה באשר למשקלן של הראיות בתיק זה. בחינת הראיות וקביעת משקלן נתונה לערכאה הדיונית. היא אשר שמעה את עדותו של המשיב, הן בחקירה ראשית והן בחקירה נגדית, והיא אשר תכריע בנוגע למהימנותו ולמשקל אמרותיו. עם זאת, כפי שהובהר, אם באים אנו לבחון את הדברים באספקלריה של טוהר פועלה של התביעה, הרי שאין ניתן למצוא פגם באבחנה לה טענה התביעה בין עניינם של המעורבים.

העולה מן המקובץ, כי רגליים לטענת התביעה כי מעמדו ואופיו של החומר הראייתי בכל הנוגע למשיב שונה באופן מהותי מזה של התשתית הראייתית בכל הנוגע לחבריו **אבו עראם ודעיסאת**. לפיכך, אין מנוס מן המסקנה כי החלטת התביעה שלא להגיע להסדר טיעון עם המשיב בדומה ל**אבו עראם ולדעיסאת** מצויה במתחם הסבירות של שיקול הדעת המוענק לתביעה ובוודאי שאינה מהווה פגם אשר יש בו "**פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות**" המצדיקה מתן סעד מן הצדק.

על כן, דומה עניינו למצב בו סבורה התביעה כי קיימות ראיות מספיקות נגד חשוד פלוני ובהתאם לכך מחליטה היא להגיש נגדו כתב אישום, בעוד מסקנתה המקצועית בנוגע לחברו, חשוד אלמוני, כי לגביו אינה מתקיימת תשתית ראייתית מספקת. לא יהיה חולק על כך כי במצב דברים זה לא תשמש אי העמדתו לדין של אלמוני עילה לביטול כתב האישום נגד פלוני.

כך אכן קבע בית המשפט העליון בעניין **לימור הנ"ל**. יודגש כי באותו עניין בית המשפט דחה את טענת האכיפה הסלקטיבית בהסתמך על טענתה של התביעה כי קיימת אבחנה ראייתית בין המקרים מבלי שנזקק כלל לבדיקה הראיות לגופן.

באופן דומה, די בכך כי טענת התביעה, לפיה שיקוליה שלא לכרות הסדר טיעון עם המשיב נבעו משיקול ענייני ולא זר, לא הייתה מופרכת מיסודה, כדי להגיע למסקנה כי לא נפל פגם בהתנהלותה העשוי להצדיק הזדקקות לטענת אכיפה סלקטיבית.

כך אף בענייננו, נראה כי היה על בית המשפט לנהוג בזהירות יתר בטרם דחה את טענת התביעה בדבר אבחנה כשרה בין המקרים. כפי שהובהר לעיל וכפי שנדגיש בהמשך הדברים, אל לו לבית המשפט למהר ולשים עצמו אפוטרופוס על שיקול הדעת של התביעה בתחומים שנמסרו לסמכותה. זוהי מהות המבחנים שנקבעו לתחולת ההגנה מן הצדק ומן הראוי להיצמד אליהם לבל יופר האיזון החוקתי שנקבע בין סמכויות הרשויות השונות.

למותר לציין כי נוכח מסקנותינו דלעיל, אין לנו צורך להידרש למבחני המשנה הנוספים של ההגנה מן הצדק.

ניתן היה להסתפק במסקנה זו על מנת לקבוע כי אין מתקיים התנאי הבסיסי לאכיפה סלקטיבית במקרה דנן. משהתקבלה החלטת התביעה על רקע הפעלת שיקול דעת מקצועי, אשר לא ניתן לשלול אותו לחלוטין, נשמט הבסיס תחת הקביעה כי מתקיימת כאן אפליה פסולה בין שווים.

עם זאת, מעלה פסק דינו של בית משפט קמא שאלות נוספות באשר לגדרי הביקורת השיפוטית על שיקול דעת התביעה, ובפרט בכל הקשור לכריתת הסדרי טיעון. כפי שנרצה להוכיח בהמשך דברינו, כאשר נבחן שיקול דעתה של התביעה בכריתת הסדרי טיעון, בין במסגרת עתירה לבג"ץ ובין בגדרי ההגנה מן הצדק ראוי שבית המשפט ינהל בזהירות מופלגת.

ביקורת שיפוטית על שיקול דעת התביעה

מהות והיקף הביקורת השיפוטית המנהלית על החלטות התביעה

עקרון יסוד במשפט המנהלי כי גוף מנהלי מוגבל בפעולותיו לגדרי הסמכות המוענקת לו. שיקול דעתו של אותו גוף בהפעילו את סמכויותיו מוגבל לקידום התכליות והערכים אשר לשם הגשמתן נמסרה הסמכות. שיקול דעת זה אף כפוף לביקורתו של בית המשפט ([בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, בג"ץ 742/84 כהנא נ' שלמה הלל, יו"ר הכנסת, פ"ד לט\(4\) 85](#)).

בהתאם, שיקול דעתה של התביעה כפוף לחובה לקיים ולקדם את התכליות והערכים שהנורמות הפליליות מבקשות להגשים.

על כן, בבואה לקבל החלטות שונות לפני ובמהלך ניהול ההליך, על התביעה להפעיל את שיקול דעתה בהתאם למטרות לשמן ניתנה סמכותה ובאופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט המנהלי. שיקול דעת זה אף עשוי להיות מושא לביקורת שיפוטית.

ואכן, בית המשפט העליון עסק מקדמת דנא בשאלת מהות והיקף הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות התביעה.

אולם, על אף הקביעה העקרונית כי שיקול דעתה של התביעה, ככל רשות שלטונית אחרת, כפוף לביקורת בית המשפט, נטה בית המשפט העליון לנקוט משנה זהירות בהעברת החלטות התביעה

תחת שבט ביקורתו. בד בבד, ניכר כי במשך השנים חלה שחיקה מסוימת בנטייה זו והורחבו העילות אשר הצדיקו התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק.

בראשית דרכו צמצם בית המשפט העליון את היקף התערבותו אך למקרים בהם נטען לחוסר תום לב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה. פסק הדין הראשון בו נידון היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה היה בעניין שור. בפסק דין זה נקבע כי בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי רק כאשר יסודה בחוסר תום לב או שהיא מנוגדת לאינטרס הציבורי באופן הגובל בחוסר תום לב:

"לפיכך מכוחו של בית-משפט זה לפקח ולבקר, בעת שבא לפניו ערעור על פעולה מסוג זה, אך אם יסודה ביושר ובתום-לב; במניעים טהורים ולא נפסדים; במטרה הכרוכה באינטרס הציבורי ומכל מקום, שאינה עומדת - כאשר היועץ המשפטי מבקש, מטעמים שבצדק, את טובתו של הנאשם - בסתירה ברורה לאינטרס הזה. אכן, בבדקו את המטרה שלשמה ניתן צו-העיכוב, יימנע בית-משפט זה מלסמוך את ידו עליה רק במקרה, בו יבלוט ניגוד גמור בינה לבין טובת הכלל, דבר הגובל למעשה עם חוסר תום לב" (בג"ץ 156/76 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא (1) 285).

אלא שההנמקה להלכה יסודית זו הלכה והתפתחה במשך השנים עד שנקבע כי הצמצום בהתערבות שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה נטוע במעמדו המיוחד של גוף זה:

"גישה זו מקובלת עלי הן בשל מעמדו הרם של היועץ המשפטי במערכת השיפוט הפלילי, הן בשל העיקרון שאין המדינה חייבת להגיש אישום פלילי בכל מקרה שבו סבורה היא שנעברה עבירה (שכן מוסמכת היא להימנע מכך מתוך שיקולים משיקולים שונים שאינם שיקוליו של בית-משפט), והן בשל העובדה שחשיפת החלטות היועץ המשפטי לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק, פירושה, בהכרח, שכל תלונה שיגיש אדם נגד פלוני ממילא ניתן לעשותה נושא לדיון משפטי, אף אם סבור היועץ המשפטי שדיון כזה אינו רצוי מטעמים שעמו... הזכות - או אולי מוטב לומר - האינטרס הציבורי לתבוע אדם בפלילים מוענק ליועץ המשפטי ולו בלבד. מכאן שיקול דעתו שכמעט שאין לו סייג" (בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (2) 634).

עם זאת, במהלך השנים, ובמקביל להרחבת היקף ועילות הביקורת השיפוטית על רשויות המנהל בכללותן, הורחבו גם עילות הביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה. כך נפסק כי בית המשפט הגבוה לצדק יתערב בהחלטות היועץ המשפטי כאשר הן נגועות בשרירות, הפליה, משוא פנים, שיקולים "נפסדים" או שיקולים "פסולים" (ראה בג"ץ 317/76 מוסטפא נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 477, בג"ץ 334/77 גולן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (1) 262, בג"ץ 746/80 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 453, וראה אף אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות כרך ב (2005) עמ' 1014)

בעניין נוף הורחבו עילות ההתערבות מעט יותר ונכלל בהן "חוסר סבירות קיצוני". יצוין כי באותו עניין השופט ברק, בדעת מיעוט, נקט בדעה כי אין מקום לאבחנה בין היקף הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה ובין היקף הביקורת על רשויות מנהל אחרות. השופט ברק מנמק את גישתו באופן הבא:

"גישה זו, המעמידה את היקף הביקורת השיפוטית על פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה על אותו בסיס נורמטיבי כמו הביקורת על כל רשות מינהלית אחרת, נראית לי כרצויה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, היא מונעת קיומן של הבחנות שונות בדבר היקף הביקורת השיפוטית, הבחנות שההבדל ביניהן הוא לעתים קלוש ורעוע; שנית, היא משליטה את השוויון בפני החוק על הכול, בלא להפלות בין נושאי משרה שונים. מעמדו הרם של היועץ המשפטי לממשלה אין בו כדי לחסנו מפני ביקורת שיפוטית, כמו כל נושא משרה אחר; שלישית, עוצמה רבה מתרכזת בידיו של היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז (4) 326).

אולם, למרות הרחבה זו, דבק בית המשפט העליון בכלל כי מידת ההתערבות הינה מצומצמת. ואכן, במשך שנים רבות, ולמעשה עד שנת 1988, לא היה אפילו מקרה אחד בו התערב בית המשפט העליון בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש אישום פלילי.

המקרה הראשון בו פסל בית המשפט הגבוה לצדק את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד אדם לדין הייתה בפרשת **שפטל**, בו עתר עורך דינו של איוון דמיאניוק לבג"ץ נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה לפיה אין האינטרס הציבורי מחייב חקירה בחשד של עבירת הסוביודיצה (בג"ץ 223/88 עו"ד שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג (4) 356).

נקודת ציון חשובה נוספת היא פרשת **גנור**. בעניין זה נדונה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את הבנקאים שהיו מעורבים בפרשת ויסות המניות. באותו עניין נראה כי התקבלה דעתו של השופט ברק כאשר נקבע שהחלטת היועץ המשפטי לא הייתה סבירה (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485).

אין כל ספק כי הלכת **גנור** הרחיבה, על כן, עד מאוד את מתחם הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, עד כדי השוואתה לזו החלה על רשויות אחרות.

אלא שבחינה מהותית של החלטות בית המשפט הגבוה לצדק שבאו בעקבות הלכת **גנור** תלמד כי הלכה למעשה טווח התערבותו של בג"ץ נותר צר, ובית המשפט נוקט זהירות רבה בבחינת שיקול דעתו של היועץ המשפטי.

ראשית, סייג בית המשפט פעם אחר פעם את התערבותו למקרים בהם נגועה ההחלטה בחוסר סבירות קיצונית, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בדבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר:

"בית משפט זה יתערב בשיקול הדעת של התביעה הצבאית, אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור שנפל משגה היורד לשורשו של ענין, או נתגלה

[עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו](#) (בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 154).

שנית, קבע בית המשפט הגבוה לצדק כי ליועץ המשפטי לממשלה מוענק מתחם שיקול דעת רחב ביותר בכל הקשור להעמדה לדין פלילי. קביעה זו צמצמה אף היא את היקף ועומק ההתערבות:

"שיקול הדעת של ראש התביעה בפעולותיו במסגרת ההליך הפלילי חייב לעמוד גם במבחן הסבירות..."

עילת אי-הסבירות המינהלית קשורה קשר הדוק במתחם שיקול הדעת הנתון לרשות המוסמכת לפעול בתחום נתון. מתחם שיקול הדעת מתאר את מינעד אפשרויות הפעולה הנתונות לרשות בענין נתון. מתקיים יחס הפוך בין היקפו של מתחם שיקול הדעת, לבין היקפה של עילת אי-הסבירות המינהלית. ככל שמתחם שיקול הדעת רחב, כך מינעד אפשרויות הפעולה הסבירות במסגרתו מתרחב, ועילת ההתערבות השיפוטית בשל אי-סבירות הולכת ומצטמקת. ככל ששיקול הדעת של הרשות רחב יותר, כך גדל החופש הניתן לה לשקלל שיקול יחסי את האינטרסים הרלבנטיים השונים, כנדרש לצורך קידום המטרות שלשמן נעשית הפעולה.

מתחם שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי ולגורמי הפרקליטות בענין העמדה לדין פלילי של נאשם הוא רחב ביותר... פועל יוצא מכך הוא, כי נתון לתביעה מינעד רחב של אפשרויות פעולה בתחום ההעמדה לדין, שנקיטה בכל אחת מהן, אפילו הן שונות זו מזו, עשויה לעמוד במבחן הסבירות" (בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 08 (6) 70], וראה בג"ץ 88/10 שוורץ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו] תק-על 2010(3), 268, בג"ץ 2511/09 סוידאן ו-10 אח' נ' עו"ד לילי בורישנסקי, פרקליטת מחוז חיפה, [פורסם בנבו] תק-על 2009(2), 3485 וכן דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב (2010) עמ' 754-752 והדוגמאות הרבות המובאות שם).

כך אף נקבע בעניין יחב:

"בהפעילו את שיקול דעתו בעניין זה, נשען היועץ המשפטי לממשלה על ידע, מקצועיות וניסיון, כלים המסייעים בידו להעריך את תוצאות ההליך המשפטי, אם יחליט על קיומו..."

לדעתי, ממכלול שיקולים אלה מתחייבת המסקנה, כי יש מקום להכיר בקיומו של מתחם סבירות רחב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה... יש ליתן בהקשר זה את המשקל הראוי למעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה. יש ליתן ליועץ המשפטי לממשלה את האשראי הנובע ממעמדו וכשירותו המיוחדים..."

כפועל יוצא מכך - נטייתו של בית המשפט להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה תהיה מצומצמת ביותר. במובן זה, יש לדעתי ייחוד בהיקף ההתערבות בפועל של בית המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ביחס להיקף ההתערבות בהחלטות של רשויות לא מעטות אחרות. אני סבור כי הלכה למעשה, מיתחם ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי בעניינים אלה הוא צר" (בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא (3) 39).

הנה כי כן, על אף שהורחבו עילות ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתן של רשויות התביעה, הותיר בית המשפט לגופים אלה מתחם שיקול דעת רחב ביותר ונמנע פעם אחר פעם מלהתערב בו, בהעדר חריגה קיצונית מן הסביר. כך לדוגמא קבע בית המשפט בעניין אבו רחמה:

"...היקף ההתערבות השיפוטית בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בעניין העמדה לדין... מידת ההתערבות השיפוטית היא צרה, ושמורה לנסיבות קיצוניות בהן נפל בהחלטה שהתקבלה משגה מהותי היורד לשורשו של עניין, או מקום שנתגלה בה עיוות מהותי המחייב תיקון" (בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' אביחי מנדלבליט הפרקליט הצבאי הראשי [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם)] (17) 401).

לא זו אף זו, כי בית המשפט הבחין בין התערבות בעצם שאלת העניין הציבורי שבהעמדה לדין המגלמת בחובה שיקולים ערכיים הנתונים לבחינה רחבה יותר של בית המשפט, לבין התערבות בשאלות הקשורות לתשתית הראייתית ולמסקנות העולות מניתוחה. בית המשפט ציין כי בעניין אחרון זה, המסור להכרעתן המקצועית של רשויות התביעה, תגדל הנטייה שלא להתערב:

"בתחום ההעמדה לדין, על השלכותיה השונות, יתכן שוני במרחב ההתערבות השיפוטית בהיבטים שונים הקשורים בהליך זה. כך למשל, מרחב ההתערבות בפן הראייתי הקשור בהעמדה לדין הוא צר במיוחד. פן זה נתון לידיעתה המיוחדת של התביעה, שאיננה הופכת נחלתו של בית המשפט, וממילא היקף התערבותו בהיבט זה הוא מינימלי ביותר" (עניין אבו רחמה הנ"ל).

העולה מן המקובץ, כי בית המשפט העליון חזר פעם אחר פעם על הצורך בזהירות בבוא ערכאה שיפוטית להתערב בשיקול דעתם של גורמי ההעמדה לדין.

מעבר לשיקולים המגוונים עליהם עמדנו לעיל הנני סבור כי ניתן להצביע על נימוק נוסף לצמצום ההתערבות השיפוטית בהחלטות התביעה. השיטה המשפטית הנהוגה בישראל ובאזור מחייבת מתיחת קו הפרדה ברור בין הרשויות. הטעמים לכך מגוונים ובראשם הצורך בשמירת האיזון הקיים בין הרשויות לשם הבטחת פועלם התקין ולשמירה על האמון הציבורי. כל הרחבה של סמכות רשות אחת על פני רעותה עלולה לגרום להטיה של האיזון ולפגיעה בתפקוד הגופים. כך, לו יצויר כי בית המשפט היה מרבה להתערב בשיקול דעתה של התביעה בהעמדה לדין, מן ההכרח שהייתה נגרמת פגיעה חמורה בעבודת התביעה, אך לא פחות מכך, בתדמית בית המשפט כגוף עצמאי ובלתי מעורב. אמת, הסיכון האמור מלווה כל התערבות שיפוטית בפועלה של

הרשות המנהלית. אולם, כאשר עסקינן בגוף שכל תכליתו להביא את עמדת המדינה בפני הערכאות השיפוטיות, גובר החשש שהתערבות מסיבית תגרום לשיתוק התביעה ותתפרש כהכלתה בתוך המערכת השיפוטית. עוד עלול הדבר להביא לפגיעה חמורה באובייקטיביות של המערכת השיפוטית המהווה אבן יסוד בשיטת המשפט האדוורסרית עליה אנו אמונים.

על כך יש להוסיף את הסיכון לפגיעה בעצמאות השיפוטית כמערכת נטולת פניות כתוצאה מיצירת יחסים קרובים מדי בין הגופים, הן במישור המעשי והן בנראות.

בדומה, עלולה התערבות שיפוטית רחבה מדי לפגוע במעמדן ובדימוין של גורמי ההעמדה לדין בעיני הציבור.

הדברים נכונים לכל מערכת משפט בעלת מאפיינים דומים לזו הנהוגה בישראל, אך באופן מיוחד למערכת המשפטית הצבאית הקיימת ביהודה ושומרון. מערכת השיפוט באיו"ש הינה מערכת צבאית. כך אף התביעה כנציגת המפקד הצבאי. למולה, ניצבת אוכלוסייה אזרחית של חשודים ונאשמים המיוצגים על ידי סנגורים שאינם אנשי צבא. על רקע הבחנה בולטת זו בין אלה המשתייכים למערכת הצבאית לבין אלה שאינם נמנים עליה, עלול להיווצר רושם מוטעה של קרבה מיוחדת בין מערכת השיפוט ובין מערכת התביעה. על מנת למנוע רושם זה הופרדו היחידות והודגשה פעם אחר פעם העצמאות השיפוטית המלאה והעדר התלות של השופטים. לטעמי, התערבות שיפוטית רחבה יתר על המידה בנעשה על ידי התביעה עלולה ליצור תחושה שבית המשפט מנכס לעצמו סמכויות, ובעיקר שיקולים של המערכת השלטונית הייחודית לאזור, ובכך עלול להיפגע האמון הניתן במערכת ובשופטיה.

כך אכן קבענו בעבר בעניין פה"ד, בתמונת ראי למקרה הנוכחי, כאשר סירב בית המשפט לתקן כתב אישום בהתאם לבקשת התביעה, במסגרת הסדר טיעון:

"בשיטה האדברסרית אמונה התביעה הצבאית על האינטרס הציבורי. היא השולטת על איסוף הראיות, הערכתן ועל גיבוש כתב האישום על בסיסן. משכך ניתנות בידיה סמכויות רחבות. לצד סמכויות אלה מחובתה של התביעה לערוך בחינה מתמדת של הראיות גם לאחר הגשת כתב האישום, ולסייע לביהמ"ש להגיע לחקר האמת, גם אם הדבר כרוך בחזרה או בתיקון אישום... יתרה מזו, בהיותה נציגת המדינה ובאזור המפקד הצבאי, מוסמכת התביעה לשקול שיקולים שבמדיניות החורגים מן המקרה הספציפי המובא בפני ביהמ"ש. התביעה נתפסת, על כן, כ"שולטת" על כתב האישום, עד כי נמנעים בתי המשפט מלהתערב בשיקול דעתה באשר למקום הגשת כתב האישום ולסעיפי האישום אותם היא מבקשת לייחס" (עד"י 2560/05 פא"ד נ' התוב"ץ [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 05 (33) 724]).

ודוק, אין ספק כי במקרים המתאימים, כאשר התביעה פועלת באופן ברור בחוסר תום לב ותוך פגיעה חמורה בתחושת הצדק שומא על בית המשפט לומר את דברו באופן ברור. לבית המשפט ניתנים הכלים לכך במסגרת ההגנה מן הצדק על כל גווניה, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

עם זאת, קיימת חשיבות רבה להתנהלות זהירה ומדודה של בית המשפט. התערבות בשיקולי התביעה הצבאית בכל הקשור לכריתת הסדרי טיעון על רקע הערכה מקצועית של הראיות הקיימות בתיק זה או אחר, עד כדי החלפת סעיף אישום במשנהו, מצויה הרחק מאוד ממידת הזהירות הדרושה.

כשם שפסיקת בית המשפט העליון לימדה אותנו שלא במהרה יטה בית המשפט להתערב בסוגיות כגון דא, כך אף נדרשת הערכאה הדיונית, בפניה מתנהל ההליך הפלילי, לנהוג במתינות בבואה לשים את שיקול דעתה תחת זה של התביעה.

כפי כשהובהר לעיל, לא כך נהג בית משפט קמא כשראה לנכון להתערב בנכבי שיקול דעתה של התביעה הצבאית בכל הקשור לבחירת סעיף האישום הראוי על פי התשתית הראייתית בעניינו של המשיב. בכך חרג, לטעמי, בית משפט קמא מגדרי תחולת ההגנה מן הצדק והאכיפה הסלקטיבית.

לנוכח הנימוקים שניתנו על ידי התביעה והדברים המפורטים לעיל, אין מנוס, על כן, מן המסקנה כי בפנינו לא נתעורר מצב בו פעלה התביעה **"בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**.

נראה כי די באמור על מנת לבסס את המסקנה כי טעתה ערכאה קמא בזכותה את המשיב מן העבירה שיוחסה לו אך על יסוד טענת אכיפה סלקטיבית.

יחד עם זאת, הנני מוצא לנכון להתייחס לשתי סוגיות נוספות העולות מפסיקת בית משפט קמא. סבורני כי סוגיות אלה מדגישות באופן מיוחד את הזהירות הנדרשת.

מגבלות הערכאה הדיונית בבחינת שיקול דעת התביעה

בחינת שיקול דעתה של התביעה בכורתה הסדר טיעון על ידי הערכאה הדיונית בפניה מתנהל ההליך מעוררת קשיים רבים. כידוע, טווח השיקולים העשויים להביא את התביעה לכרות הסדר טיעון רחב ביותר, ולעיתים קרובות, נחשף בפני בית המשפט אך קצה הקרחון של שיקולים אלה. בחינת ההצדקה שבהסדר על פי הפריזמה המצומצמת של השיקולים הנחשפים כאמור, חוטאת לאמת ולכלל הפחות אינה מבטיחה תוצאה צודקת.

שנית, אם יחתור בית המשפט לגילוי שלם של אותם שיקולים, עלול הוא להיחשף לעניינים אשר הדין מונע את חשיפתם לבל יושפע שיקול דעתו. דוגמה מובהקת לכך מצויה בשיקולים הקשורים לעברו הפלילי של הנאשם ואף לחומרים המצויים תחת תעודת חיסיון.

מכאן מובן יתרונו של בית המשפט הגבוה לצדק כערכאה המוסמכת והראויה לבחינת טענות מעין אלו שהועלו על ידי הסנגור בתיק זה. בניגוד לערכאה הדיונית, אשר בפניה מתקיים משפטו של הנאשם, בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יכול לבחון את כלל שיקולי התביעה, כפי שנבחנים שיקוליו של כל גוף מינהלי במדינת ישראל. על כן, סבורני כי ברוב המקרים הסעד

המתאים לנאשם אשר סבור כי הוא נפגע מהחלטה של התביעה הנוגעת להסדר טיעון הינו עתירה לבג"ץ.

עמד על כך אף בית המשפט העליון בבג"ץ [5699/07](#) פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו] תק-על 2008(1), 2954 :

"חשוב מכך, יש ופנייה לבית-המשפט הגבוה לצדק קונה לה יתרון ברור על-פני הנחתו של הסדר טיעון לביקורתה של הערכאה הדיונית. כוונתי היא לאותם מקרים, ממש כמו זה שבפנינו, בהם ענינו של ההסדר הוא במחיקת אישומים מכתב-האישום, קודם שהוגש לבית-המשפט המוסמך. הגוף היחיד שיוכל לבדוק את נאותות הדבר יהא בית-משפט זה, באשר אין הערכאה הדיונית נדרשת לפרטי האישומים שמיחסת התביעה לנאשם ומקל וחומר לאלה שנמחקו מכתב-האישום שהוגש".

באופן דומה קבענו :

"ערעור זה אין לו על מה לסמוך. כאמור, עיקר טענותיו של הסנגור התרכזו בתחום ההפליה שנוצרה כביכול בינו לבין שותפיו שכרתו הסדרי טיעון עם התביעה הצבאית. במישור המשפטי, יש להעיר כי טענות מסוג האמור, המכוונות נגד שיקול דעתה של התביעה והשייכות מטבען לתחום המשפט המנהלי, ראוי שיתבררו בפני הערכאה המוסמכת לכך, היא ביהמ"ש הגבוה לצדק... " (ע' [2709/08](#) דרויש נ' התוב"ץ [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 09 (7) 272]).

הכרעת בית משפט קמא להצמיד את עניינו של המשיב לזה של שותף 1 אשר הורשע כאמור בהריגה ולא לזה של חברו שהורשע בסיוע לגרימת מוות בכוונה, על פי הפעלת שיקול אחד בלבד הנוגע ליסודות העבירה שהוכחו בתיק שהתנהל בפניו מהווה דוגמה ברורה לסיכון הטמון בהתערבות בית המשפט בזירה זו של הסדרי הטיעון בין הצדדים. כפי שהובהר, טווח השיקולים הלגיטימיים העשויים להוביל את התביעה להגיע להסדר טיעון רחב הרבה יותר מזה אליו נחשף בית המשפט בהליך השיפוטי. משכך ובהעדר חובה של התביעה הצבאית לחשוף בפני בית המשפט את כלל השיקולים שעמדו ביסוד החלטתה, לא רק שבית המשפט נעדר כלים של ממש לבחון את סבירות ההחלטה, אלא שניסיון להסיק מתוך הסדר טיעון אודות התוצאה המשפטית הראויה באשר לאדם אחר, נדון לרוב לכישלון מוחץ.

לנוכח דברינו דלעיל, נראה כי אכן גם במקרה הנוכחי דרך המלך לבחינת טענותיו של הסנגור בדבר אפליה בכריתת הסדרי טיעון הייתה בפנייה לבית המשפט הגבוה לצדק.

השתק שיפוטי

כאמור, סבר בית משפט קמא כי התביעה מנועה מלהתכחש לעמדתה בעניינם של השותפים כי לא ניתן להוכיח כי ביצעו עבירת גרימת מוות בכוונה.

עם כל הכבוד לא אוכל להצטרף אף לנימוק זה של בית משפט קמא.

תורת ההשתק השיפוטי צמחה במשפט האזרחי ומקורה בחובת תום הלב הקבועה [בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), תשל"ג – 1973. שאלת תחולתה של תורה זו נדונה בפסק הדין בעניין [חבר הכנסת אהוד אולמרט](#) בה נקבע כי:

"אולם גם אם יש מקום להחיל את תורת ההשתק בדין הפלילי, ככלי להגנת נאשם מפני "התנהגות בלתי נסבלת של הרשות", חייבת הסתירה הפנימית בין שתי עמדותיה של התביעה להיות לא רק גלויה ומזדקרת לעין, אלא שגם לא ניתן יהא ליישב בין שתי העמדות" (בג"ץ 6781/96 חבר הכנסת אהוד אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793).

וכן:

לא יכול להיות ספק, כי עקרונות מינהל תקין אינם סובלים מצב שבו מדברת הרשות בשתי לשונות. רשות מינהלית אינה זיקית המשנה עורה לפי נוחיותה. חובת ההגינות המוגברת המוטלת על הרשות אינה מיישבת עם סתירה בלתי מוסברת. אולם השאלה היא, אם הסעד הראוי לכך בכל מקרה הוא השתקתה מלהעלות את הטענה המאוחרת" (שם).

וראה גם [ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] [פדאור (לא פורסם) 09 (19) 866].

עוד יש להוסיף כי בעניין **יפת** אומצה תורת ההשתק השיפוטי כחלק מדוקטרינת הגנה מן הצדק. על כן, אף בנוגע לטענה זו יש להחיל את המבחנים המפורטים לעיל.

אשר על כן, גם בהקשרה של טענה זו, יש לחזור ולהבהיר כי ביסוד קביעתו של בית המשפט עומדת סברתו כי עניינם של המשיב ושותפיו זהים. ולא היא. כפי שהובהר לעיל, עמדת התביעה לפיה אין עניינו של המשיב דומה לשל חבריו הינה עמדה לגיטימית. בהתאם, אין לומר שהתביעה מדברת בענייננו בשני קולות, ובוודאי שאיננו מצויים בסיטואציה בה מזדקרת לעין סתירה פנימית בין העמדות שהועלו, באופן שלא ניתן ליישב בינן.

סוף דבר

נשוב, על כן, ונסכם בקצרה. תורת האכיפה הסלקטיבית הינה ענף של טענת ההגנה מן הצדק. טענה זו תתקבל כאשר מעשי הרשות אינם מאפשרים לקיים משפט הוגן או כי יהיה בקיומו של ההליך פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

במקרה דנן, טענה התביעה לאבחנה בין עניינו של המשיב לבין זה של שותפיו, בשורה של עניינים ראיתיים. לא ניתן לומר כי אבחנות אלה אינן ענייניות או לגיטימיות בנסיבות העניין.

עוד נקבע כי ביקורת שיפוטית מנהלית על החלטות התביעה צריכה להתקיים מתוך זהירות, הן לנוכח מעמדו המיוחד של גוף זה במסגרת המוסדות המשפטיים והן לאור רוחב שיקול הדעת שהוענק להם כחלק מסמכותם.

הדברים נכונים במיוחד כאשר עוסקים אנו בתקיפה עקיפה של ההחלטה או בבירור המתנהל במסגרת ההליך הפלילי.

כן נדרשת זהירות כאשר נבחן שיקול הדעת בנושא הסדרי טיעון, לגביו לעיתים קרובות יתקיימו נסיבות שאינן ניתנות לחשיפה בהליך הפלילי.

משנקבע כי ההבחנה הנטענת על ידי התביעה אינה פסולה, אין גם לומר שבמקרה הנוכחי מנועה הייתה התביעה מלטעון אותה, מכוח השתק שיפוטי.

לאור כל המפורט לעיל, מתחייבת המסקנה כי לא היה מקום להתערבות בית משפט קמא בשיקול דעת התביעה ולזיכוי המערער מהעבירה שיוחסה לו תוך הרשעתו בעבירה קלה יותר על יסוד הגנה מן הצדק. לא מצאתי אף בסיס לקביעת בית המשפט כי מתוך השוואה בין עניינם של המעורבים השונים בלבד ראוי היה יותר להרשיע את המשיב בעבירת הריגה מאשר בסיוע לגרימת מוות בכוונה.

ברי כי לאחר שבית המשפט ידון בתיק לגופו של עניין יתכן שיגיע למסקנה דומה, אך הפעם על יסוד תשתית משפטית מוצקה ובהתייחס לראיות שהונחו בפניו. זוהי מלאכתה של הערכאה הדיונית הפלילית הנדרשת להרשיע את החייב ולזכות את הנקי.

אשר על כן, לו דעתי הייתה נשמעת היינו מבטלים את פסק דינו של בית משפט קמא ומחזירים את התיק למתן הכרעת דין על יסוד כתב האישום המקורי שהוגש נגד המשיב.

האב"ד אל"ם ח' קינן:

אני מסכים.

השופט אל"ם מ' תירוש:

אני מסכים.

הוחלט כאמור, בפסק דינו של המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו.

ניתן והודע היום 1 במרץ 2011, כ"ה באדר א' התשע"א בנוכחות המשיב, ב"כ המשיב והתוב"ץ.

(-)

(-)

(-)

חנוך קינן 54678313-1092/09

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן