

סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק

אבי לוי*

1. הצגת הבעיה

2. מקורה הפורמלי של הסמכות

א. סעיף 378 לחש"ץ

1. העקרונות הפרשניים המנחים

א. ניתוח של עקרונות הפרשנות - לשון הטקסט

ב. ניתוח של עקרונות הפרשנות - תכלית

המטרה החקיקתית ודרכי איתורה

ג. יישום העקרונות הפרשניים

1. לשון הטקסט

2. מטרת הנורמה

3. דברי ההסבר וההיסטוריה החקיקתית

ד. הרמוניה חקיקתית

1. סעיפי החש"ץ הנוגעים לעניין

2. החסד"פ וההוראות המקבילות המצויות בו

ה. המארג הנורמטיבי הכללי של אופי הפעלת המשפט הפלילי

ו. השפעות עיקרון תום הלב על המשפט הפלילי

ז. השלכות חוקתיות

2. סיכום הממצאים לגבי פרשנות סעיף 378 לחש"ץ

ב. סמכות טבועה בידי בית הדין

ג. סעד בגין הפרת זכות חוקתית

* סגן אלוף, סגן נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל/חיל ים/עורף.

תודתי נתונה לסרן סיגל טורג'מן על הערותיה מאירות העיניים, לקמ"ש סיגל אדמוני על סיועה בהעלאת הדברים על הכתב ולעורך כתב העת "משפט וצבא" על הערותיו החשובות ועל סיועו המקצועי.

3. משפט משווה

- א. קנדה
- ב. אנגליה
- ג. ארצות הברית
- ד. צרפת
- ה. גרמניה

4. בחינה ביקורתית של פסיקת בתי המשפט ובתי הדין בסוגיה העומדת על המדוכה

- א. פסיקת בית המשפט העליון
 - ב. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים
- פרשת אטדגי**

- א. העובדות
- ב. בחינה ביקורתית של פסק הדין
 - 1. הערות כלליות
 - 2. פרשנות סעיף 378
 - 3. עקרונות היסוד של השיטה
 - 4. השלכות חוק היסוד
 - 5. הגנה מן הצדק
- ג. פסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים
- בחינה ביקורתית של החלטות בתי הדין הצבאיים המחוזיים
- ד. שיקולי מדיניות שיפוטית נוספים
- ה. ממצאים ומסקנות באשר לסמכותו של בית הדין להמיר אישומים
- 5. גדר המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות
- 6. סיכום

1. הצגת הבעיה

מפעם לפעם בשנים האחרונות נתקלים בתי הדין הצבאיים, כמו גם בתי המשפט הדנים בפלילים, בעתירה המבקשת להורות על המרת סעיף האישום שבו הואשם הנאשם, בסעיף אישום אחר, קל הימנו, לא מפאת שלא הוכחו העובדות המקימות את יסודות העבירה המקורית, אלא מטעמים אחרים, כגון טעמים של צדק, מניעת אפליה או תגובה לפעולה בלתי ראויה של התביעה; האם מוסמך בית דין

צבאי להיעתר לבקשה שכזו בניגוד לעמדת התביעה למרות שסבר כי הבקשה מוצדקת עניינית? זוהי שאלת היסוד אשר חיבור זה מבקש להידרש לה.

עמדתה המסורתית של התביעה בתגובה לעתירה מסוג זה היא כי בית הדין איננו מורשה לפעול כמבוקש ממנו, בהתבסס על הכלל כי התביעה היא בעלת הסמכות להאשים במשפט הפלילי, ובית הדין - תפקידו לקבוע אם הוכחו יסודות האישום ברמה הנדרשת, ואם הוכח קיומו של סייג מוכר לאחריות בפלילים, הא ותו לא; אם קבע בית הדין כי הללו הוכחו בפניו מעבר לספק סביר, וכי אין מתקיים סייג מוכר לאחריות הפלילית, חלה עליו חובה להרשיע את הנאשם, ואין נתון לו שיקול דעת לזכותו מהעבירה או להרשיעו בעבירה אחרת, קלה יותר, לנוכח שיקולים כלשהם - פנימיים (הנוגעים לעבירה המיוחסת לנאשם ולנסיבות ביצועה) או חיצוניים (הנוגעים לעבריינים אחרים הקשורים במעשה העבירה המיוחס לנאשם). עמדה זו זכתה לאישור בפסיקת בית המשפט העליון בעבר במספר מקרים¹.

בשלהי שנת 2001 קיבל בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו בפרשת אטדגני את עמדת התביעה. בית הדין הצבאי בערכאה הראשונה הורה על המרת סעיף האישום המקורי שבו הואשם הנאשם בפניו, מעבירה של העדר מן השירות לעבירה של פגיעה במשמעת הצבא; בית הדין הצבאי לערעורים קבע שבית הדין קמא לא היה מוסמך לנהוג כך.

פסק דין זה נותר על כנו בהחלטת המשנה לנשיא בית המשפט העליון ש' לוי, אשר דחה את בקשת הנאשם למתן רשות ערעור על פסק הדין² והוסיף וקבע, כי במצב החוקי דהיום אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום. עם זאת, ציין שם המשנה לנשיא לוי כי בכך אינו מחווה דעתו לגבי "המצב הרצוי מבחינה זו במערכת הצבאית או האזרחית".

1 ראו ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847 (להלן: עניין אפרתי); בג"ץ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוטי גיסות השריון ואח', פ"ד לה(1) 585.
2 ע/43/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטדגני (טרם פורסם) (להלן: פרשת אטדגני).
3 ראו רע"פ 6351/01 התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

2. מקורה הפורמלי של הסמכות

רשות מוסמכת רשאית להפעיל סמכות רק אם יש בנמצא מקור נורמטיבי לביצוע הפעולה. ערכאות שיפוטיות ובית דין צבאי אינם יוצאים מכלל זה. ניתן לנסות לבסס את הסמכות להמיר סעיף אישום שלא בהסכמת התביעה בשלושה אלה:

א. סעיף 378 לחש"ץ⁴ מתיר לבית הדין בכל שלב של הדיון עד להכרעת הדין לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב האישום או החלפתו כפי שימצא למתאים, ובלבד שלא יכלול בדרך זו אשמה בעברה שעונשה חמור יותר. הפרשנות המקובלת של הסעיף היא כי במקרה שסבור בית הדין שלא הובאו די ראיות להוכחת כתב האישום המקורי, נתונה בידיו הסמכות להרשיע את הנאשם בעברה שכלל לא הופיעה בכתב האישום, כאשר ניתן היה לזכות את הנאשם מאחר שלא הוכחו יסודות העברה המקורית. האם ראוי לפרש כי סמכות זו תוגבל למצבים שתוצאתם החמרה עם הנאשם, ולא תתקיים במקרים שבהם תוצאת הפעלתה עשויה להיות הקלה עמו?⁵ לדעתי, תיתכן פרשנות סבירה של הסעיף המחייבת מתן סמכות לבית הדין להמיר את סעיף האישום מטעמים של צדק אף בסעיף קל הימנו למרות שהובאו ראיות להוכחת האישום המקורי.⁵

ב. סמכות טבועה. דוקטרינת הסמכות הטבועה נתקבלה בשיטתנו המשפטית בענפי משפט שונים, ובהם המשפט הפלילי. דוקטרינה זו מקרינה גם על סוגיית סמכות בית המשפט ליתן סעד בידי נאשם כאשר הרשות פעלה, לדעת בית המשפט, שלא כדין.

הנשיא א' ברק מציין בספרו, "פרשנות במשפט", כי בתי המשפט בישראל הכירו מכוח תורת המשפט מזה ומכוח מסורת המשפט המקובל מזה בכוחה של

4 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ).

5 ראו פירוש הסעיף המקביל בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), בפרק העקרונות הפרשניים המנחים, להלן, בע' 522-520.

הפסיקה ליצור דין הלכתי. כוח זה אינו מוגבל להשלמת חסר בשיטתנו, והוא קיים "גם במקום שאין חסר, אך יש לפתח את המשפט לשם התאמתו לחיים".⁶ עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בדברים אשר צוינו על ידיו בפסק דינו בעניין ז'רז'בסקי:⁷

שיטתנו המשפטית היא שיטה מעורבת (mixed jurisdiction). קיימים בה היבטים קונטיננטליים (כגון קודיפיקציה וסמכות שיפוטית להשלים חסר בחקיקה) בצד היבטים אנגלו-אמריקניים (כגון הכרה "במשפט מקובל" כמקור למשפט ועקרון התקדים המחייב). קיימת בה יצירה משפטית ושיפוטית עצמאית, הבונה עצמה ומהווה סינתזה של המקורות השונים. כשיטה מעורבת, אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצור ולפתח "משפט מקובל נוסח ישראלי". חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. המשפט הציבורי הישראלי הוא אחד מתחומים אלה. במסגרתו של זה מכיר בית המשפט בעקרונות היסוד של השיטה, תוך שהוא משקף בכך את "האני-מאמין" של האומה ומגבש את תפישותיה הבסיסיות. על יסוד עקרונות יסוד אלה הוא מפתח הלכות שיפוטיות החלות בתחומי המשפט השונים. בפעילותו זו אין הוא משלים חסר בחקיקה. בפעילותו זו הוא פועל במסגרת התפתחותו הטבעית של המשפט המקובל שלנו.⁷

ג. סער בגין הפרת זכות חוקתית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸ העלה, כידוע, שורה של זכויות למעמד חוקתי על חוקי, ומתיר פגיעה בהן רק לאחר עמידה בתנאי פסקת ההגבלה המצויה בסעיף 8 לחוק היסוד. כך זכו להגנה חוקתית הזכויות לכבוד ולחירות⁹, ומקובל לראות את הזכות לכבוד כמכילה בתוכה גם את הזכות לשוויון¹⁰ ואת הזכות להליך הוגן ולניהול הגנה באופן סביר. כאשר

6 א' ברק פרשנות במשפט, (תשנ"ב, כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית) 614 (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית).

7 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(ו) 749, 859 (ההדגשה הוספה).

8 להלן: חוק היסוד.

9 סעיפים 2, 4-5 לחוק היסוד.

10 בג"ץ 715/98, 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון; רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, עמ' 527, 522-521.

נפגעה זכות יסוד באורח אשר חורג מהמותר לפי פסקת ההגבלה, עשוי הדבר להצמיח סעדים שונים אשר מקורם בחוק היסוד עצמו, ואשר זכרם לא בא במילות החוק המסדיר את הפרוצדורה הפלילית. אין להוציא מכלל אפשרות הזיקקות ל"סעד חוקתי" לריפוי הפרות של זכויות יסוד הנתונות לנאשמים העומדים לדין בפני בית משפט פלילי.

בהמשך הרשימה נעסוק במתן תשובה לשאלה אם מקורות הסמכות המוצעים אכן ראויים להתפרש באופן המתיר המרת סעיף אישום כאמור לעיל, או שמא אין מקום לפרשם כך.

א. סעיף 378 לחש"ץ

נביא תחילה את נוסח הסעיף אשר פרשנותו עומדת על הפרק -

378. שינוי כתב-האישום

רשאי בית הדין, בכל שלב של הדיון, עד להכרעת הדין, לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב-האישום או החלפתו, כפי שימצא למתאים ובלבד שלא יכלול בדרך זו בכתב-האישום אשמה בעבירה שעונשה חמור יותר.

בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים עד לפסק הדין בעניין אטדג'ני¹¹ לא נדונה השאלה אם על פי פרשנותו הנכונה של הסעיף, משתרעת הסמכות הנתונה לבית הדין על פיו, גם על המצב אשר תואר לעיל.

לצורך התחקות אחר הפרשנות הראויה לסעיף החוק נפנה לעקרונות הפרשנות המקובלים בשיטתנו.

11 בפרשת אטדג'ני הכיר בית הדין הצבאי לערעורים בכך שבמתחם האפשרויות הלשוניות יש מרווח מספיק לשתי הפרשנויות המנוגדות המוצעות על ידי התביעה מזה ועל ידי ההגנה מזה. הוא ציין כי לשונו של הסעיף מאפשרת, לכאורה, קבלת הטיעון כי בית הדין רשאי לשנות את כתב האישום בדרך של תיקונו או החלפתו גם אם הוכחה כדבעי האשמה המקורית, מאחר שאין כל הגבלה בלשון הסעיף על היקף שיקול דעתו של בית הדין.

הוא מוסיף, כי מתוך ראיית החוק כמכלול שלם אין לפרש את סעיף החוק כמסמך את בית המשפט או את בית הדין, להיכנס בנעליה של התביעה ולהתערב בכתב האישום, אלא אם קיימת לכך **הסמכה מפורשת** בחוק, ומדגיש כי תכלית החקיקה היא שהחלפה של כתב האישום המקורי או שינויו, ייעשו רק אם לא ניתן להוכיח את יסודות העבירה שיוחסה מלכתחילה לנאשם.

בית הדין למד מהסיפא לסעיפים 378 ו-382 לחש"ץ, המגבילה את סמכותו של בית הדין להרשעה בעבירה אחרת שעונשה אינו חמור יותר מהעבירה המקורית, כי מדובר במצב דברים שבו לא הובאו די ראיות להוכחת העבירה המקורית.

1. העקרונות הפרשניים המנחים

א. ניתוח של עקרונות הפרשנות - לשון הטקסט

תורת הפרשנות מכירה בכך שהוראה חקוקה עשויה לכלול פרשנויות אחדות העולות מהלשון הכתובה כשחלקן פרשנויות "טבעיות" הן ונובעות מ"גרעין" הכתוב, והאחרות מרוחקות יותר מהפרשנות הגרעינית ונכללות באזור "האפלולית היחסית"¹².

במקרה שלפנינו הלשון מעבירה מסר שאינו ברור ואיננו חד משמעי, והיא איננה מציעה הכרעה חדה בין הפרשנויות האפשריות הללו.

נדרשים, אפוא, אמצעים נוספים כדי להבהיר את משמעות הטקסט. עם זאת, אין כל אפשרות לבנות פרשנות על בסיס המרכיב הלשוני בלבד.

פרשנות, כלשונו של פרופ' א' ברק, איננה בלשנות¹³. לגבי מערכת עובדות מסוימת לשון הטקסט המשפטי אינה מעלה משמעות ברורה. השופט ניצב בפני מספר אפשרויות, והוא חייב לבחור ביניהן. הבחירה אינה יכולה להיעשות על בסיס שיקולים לשוניים בלבד. נדרש מרכיב לבר-לשוני כדי לאתר את ההקשר הרלבנטי.

יוצא כי הטקסט משמש מסגרת וגבול למעשה הפרשני; כל פעילות פרשנית חייבת לעגן עצמה בלשון הנורמה המשפטית, והאחרונה קובעת את המתחם שבגבולותיו פנימה מתבצעת הפעילות הפרשנית. "המלים מגבילות את הפירוש", כדבריו של השופט (כתוארו דאז) א' ברק¹⁴.

ב. ניתוח של עקרונות הפרשנות - תכלית

מטרת הפרשנות היא, כידוע, הגשמת מטרת הנורמה המשפטית.

12 עוד על ההבחנה בין גרעין לבין אזור האפלולית היחסית ראו H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1957-1958), וכן ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 242.

13 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 257.

14 ד"נ 40/80 קניג נ' בהן, פ"ד לו(3) 701, 715.

המטרה היא "לבחור, מבין האופציות הלשוניות, את אותה אופציה המגשימה בצורה הטובה ביותר את המטרה של המשפט". הפרשנות היא, כפי שמציין פרופ' ברק, "כלי אשר באמצעותו מגשים המשפט את מטרתו"¹⁵. כשאנו נוקבים בביטוי, "מטרת הנורמה", אין ניתן להסתפק במטרת הנורמה המשפטית הספציפית שבה עוסקים. יש להדגיש שהנורמה איננה עומדת בבדידותה.

היא סובבת מעגלים-מעגלים של נורמות נוספות, אשר מהוות, בסופו של דבר, שיטה משפטית אחת. כאשר שופט מפרש סעיף בחוק, עליו להיות ער לכך שאותו חוק אינו עומד בבדידותו. בצדו עומדים חוקים נוספים - מהם שנחקקו לפניו ומהם שנחקקו אחריו - אשר נחקקו כדי להגשים מדיניות דומה.... המרכיב של המטרה צריך להתחשב בנורמה הפרטיקולרית ובתפקודה במערכת כולה. היא חייבת להדגיש את הפונקציה שהנורמה הספציפית מיועדת למלא כחלק ממערכת כוללת יותר וכאחד ממרכיבי השיטה כולה.¹⁶

כל נורמה משפטית "מהווה חלק ממבנה שיטתי וחוקתי. מרכיב חשוב בפרשנותו של טקסט נורמטיבי הוא להביא לידי כך שנורמה, אשר תישלף מתוך הטקסט, תשתלב באופן הטוב ביותר במבנה השיטתי והחוקתי. הפרשנות צריכה לשאוף לכך שתושג "הרמוניה נורמטיבית" בשיטה, ותוגשם השאיפה לאחדות נורמטיבית באופן שחלקיה השונים יפעלו תוך התאמה ושלמות, שימנעו ניגודים פנימיים בין הנורמות השונות, ושהמערכת כולה תשיג את המטרות אשר הציבה לעצמה. ... חוק משתלב במרקם החקיקה והשיטה. הוא משפיע עליה ומושפע ממנה. תפיסה חוקתית זו מחייבת, כי הבנתו של חוק תיעשה על רקע תפיסתה של שיטת המשפט כולה את החקיקה ואת המשפט"¹⁷.

הנחתו של הפרשן היא כי שיטת משפט צומחת באופן אורגני בדרך של רצף, ופירוש של חוק צריך "להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים

15 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 263.

16 שם, בע' 268.

17 שם, בע' 297.

במדינה¹⁸. יש, אם כן, לנסות ולאתר את פרשנותו הראויה של סעיף 378 הן על רקע שאר ההוראות בחש"ץ אך גם לאורן של הוראותיו המקבילות של החסד"פ. שיקול מרכזי הנכלל במרכיב המטרה הפרשנית הוא **השיקול החוקתי**.

פרשנותו של טקסט משפטי חייבת להשתלב במבנה החוקתי של השיטה ובשיטת המשפט. ... עקרונות [היסוד] - אשר במרכזם זכויות האדם - הם בעלי אופי חוקתי; הם משקפים את ערכיה ושאיופיה הבסיסיים של שיטת המשפט ושל משפטה החוקתי; הם "האני מאמין" שלה; הם "סביבתה" של כל נורמה משפטית; והם "מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם. הפרשן של טקסט משפטי בודד חייב ליתן לו משמעות משפטית אשר תתאים ותגשים את עקרונות היסוד של השיטה. עקרונות אלה הם התכלית האובייקטיבית של כל נורמה ונורמה, והם משקפים את ההבנה המוקדמת שעמה ניגש הפרשן למלאכת הפרשנות ואת הנחות הרקע העומדות בבסיסה.¹⁹

שיקול הדעת הפרשני, הנותר תמיד בידי הפרשן, צריך שיונחה על ידי חובתו של הפרשן להיות נאמן לטקסט אך גם לצדק, אשר אותו בא המשפט, בסופו של דבר, לשרת. אחרי ככלות הכל, המשפט הפלילי נועד להביא לתוצאה צודקת, העושה צדק הן עם הנאשם והן עם הכלל, והמונעת ככל שניתן, עיוותים למיניהם העלולים להיגרם כתוצאה מאכיפה בלתי שוויונית או בלתי אחידה של החוק הפלילי.

המטרה החקיקתית ודרכי איתורה

כיצד, אפוא, יש לאתר את המטרה החקיקתית שאותה מבקשת הנורמה להגשים?

הפרשנות התכליתית מבחינה באופן חד בין התכלית של הנורמה לבין האמצעים או המקורות שבעזרתם לומד הפרשן על תכלית זו.

כוונתו של יוצר הטקסט היא אמצעי שעל פיו לומד הפרשן על תכלית הנורמה הנשקפת מתוך הטקסט; אין היא התכלית עצמה. התכלית היא עניין נורמטיבי-

18 ראו מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 292, 306 וברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 299.

19 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 300 (הערות שוליים הושמטו).

אובייקטיבי המנותקת מבני האדם שביקשו להגשימה. הפרשן מניח כי תכליתה של כל נורמה משפטית היא להתאים את עצמה למערכת הכוללת של השיטה ולהוות חלק ממנה. הוא מניח כי תכליתה של הנורמה היא להשתלב לתוך המבנה החוקתי והשיטתי ולהגשים את עקרונות היסוד של השיטה כפי שהם מובנים לו בעת הפירוש. הפרשן צריך להיות ער לכך שלנורמה אשר בה הוא דן, תכלית משלה שלשמה היא נוצרה, וכי ייתכן שתכלית זו איננה תואמת את עקרונות היסוד ואת ההסדר החוקתי והשיטתי.

לפיכך על הפרשן לחפש תחילה את התכלית המיוחדת שעמדה לנגד עיניו של יוצר הנורמה בעת יצירתה הן ברמה הספציפית והן ברמה הגבוהה ביותר. תכלית זו ניבטת אל הפרשן משלושה מקורות: תחילה, מקורות פנימיים - הטקסט עצמו - אחר כך מקורות חיצוניים לטקסט, וביניהם חוקים אחרים. בנוסף יפנה הפרשן להיסטוריה של הטקסט המתפרש ומשילוב מקורות אלה ינסה לעמוד על טיבה של הנורמה ועל תכליתה. אם עולות תכליות שונות מהמקורות הפרשניים השונים, יעדיף הפרשן להתמקד באיזון המאפשר לנורמה לשרת את צרכי ההווה בצורה הטובה ביותר.

ג. יישום העקרונות הפרשניים

1. לשון הטקסט

הבסיס לפרשנות, בין במשפט ובין מחוצה לו, הוא, כפי שצינו לעיל, הטקסט החקוק. חלקו של הטקסט החקוק הטעון פרשנות בענייננו הוא התיבה

רשאי ... לשנות את כתב האישום ... כפי שימצא
למתאים.
(ההדגשה איננה במקור)

המונח "לשנות", אשר פרשנותו מתחייבת כאן, עשוי לסבול פרשנויות שונות -
א. החלפת האישום באישום אחר (קל הימנו או שווה לו בחומרתו) מחמת שהאישום המקורי לא הוכח בפניו;
ב. הוספת סעיף אישום נוסף ובלבד שאינו חמור מהאישום המקורי מפאת שהוכחו בפניו עובדות נוספות המקימות את יסודות העבירה הנוספת;

ג. החלפת האישום המקורי בסעיף אישום קל ממנו למרות שיסודותיו העובדתיים של סעיף האישום המקורי הוכחו בפניו.

נשאלת, אפוא, השאלה, האם הרשות הנתונה לבית הדין לשנות את כתב האישום, מוגבלת רק למצבים שבהם סבור בית המשפט כי הובאו ראיות המצביעות על עברה נוספת לזו שיוחסה לנאשם על ידי התביעה, או למקרה שבו לא הוכחה העברה המיוחסת, אלא עברה אחרת, קלה הימנה (אפשרויות א' ו-ב' דלעיל - הפרשנות הראשונה), או שמא הרשות נתונה גם במצב שבו הובאו ראיות להוכחת האשמה המקורית, אך בית הדין מוצא לנכון מטעמים שונים להימנע מהרשעה בעברה זו ובוחר להרשיע בעברה אחרת קלה יותר (אפשרות ג' דלעיל - הפרשנות השנייה)²⁰.

אין ספק כי הטקסט החוקי סובל את שתי הפרשנויות. לשונו של סעיף 378 עשויה להשתמע לכמה פנים; היא סובלת את שתי הפרשנויות המוצעות; אין דבר בה הסותר את הפרשנות המוצעת שלפיה, בית הדין מוסמך להחליף את כתב האישום למרות שהוכחו בפניו ברמת הראיה הדרושה יסודותיה של העברה המקורית. מלשון החוק נובע כי המילה "לשנות" היא רחבת משמעות. המילים, "כפי שימצא למתאים", אף הן מצביעות על שיקול דעת רחב. בכך יש כדי להצביע לכיוונה של הפרשנות המרחיבה את גרי סמכות בית הדין.

הסיפא, שמגבילה את סמכות בית הדין על ידי שלילת סמכותו להרשיע בעברה אשר העונש הקבוע לצדה חמור יותר מהקבוע לצד זו אשר נכללה בכתב האישום המקורי, עשויה במישור הלשוני לרמוז לכך שהסמכות מתכוונת לעסוק בהרשעה כאשר לא הוכחה העברה המקורית. בניתוח זה אפשר להיעזר בניסיון להציע את הפרשנות המסייגת את סמכותו של בית הדין.

2. מטרת הנורמה

סעיף 378 לחש"ץ מהווה ברמה הקונקרטית חלק ממכלול ההוראות הפרוצדורליות הכלולות בחש"ץ, וברמה העקרונית חלק ממארג הכללים

²⁰ אין להתעלם מהאפשרות שבית הדין יורה להמיר סעיף אישום במהלך הדיון ולבסוף יזכה את הנאשם גם מהאשמה החלופית, הקלה יותר. עם זאת, ההתייחסות לאפשרות זו זהה להתייחסות לאפשרות ההמרה המסתיימת בהרשעה, שכן אין הבדל אנליטי ביניהן.

הפרוצדורליים הזרועים לאורכה ולרוחבה של החקיקה העוסקת בסדר הדין הפלילי הנהוג בערכאות משפטיות שונות במדינה.

מובן, אפוא, כי ההוראה שבה אנו עוסקים, היא נורמה הנכללת במארג הנורמטיבי הבא לטפל בכללי הפרוצדורה הפלילית בפני בית דין צבאי. מטרת מארג נורמטיבי שכזה היא ליצור כללים של סדר דין אשר יתוו את סמכויות הערכאה השיפוטית, את נהלי המשפט, את חובותיהם של הצדדים השונים המשתתפים במשפט ואת זכויותיהם ועוד כיוצא באלה.

עם זאת, הפרוצדורה הפלילית באה להגשים את עקרונות המשפט הפלילי ולקבוע כללים אשר יהיה בהם כדי להביא את התהליך המשפטי הפלילי לקבוע בסופו תוצאה צודקת - הוצאת האמת לאור תוך שמירה על זכויותיו של נאשם הזכאי לאורך ההליך כולו ליהנות מחזקת חפותו מאשמה.

הדברים הובאו לביטוי בדבריו של השופט (כתוארו דאז) ברק:

ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמובן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר - על-פי ניסיון החיים - יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה. עם זאת, יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בעניין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם ייתנו לבית המשפט סמכות ושיקול-דעת לעשות צדק. ...

...

ניסיון החיים, אשר גיבש את כללי הדין, קבע איזון עדין בין צורכי הנאשם מזה לבין צורכי החברה מזה. צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמיתיים למשפט הוגן... צורכי החברה, אלה צרכיה האמיתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע. איזון עדין זה מתערער, כאשר

כללי הדיון מופעלים, באופן שפגמים וכישלונות טכניים של התביעה או של ההגנה חורצים את גורל המשפט.²¹

בנסיבות אלה עלינו לפנות ולבחון את התכלית החקיקתית הקונקרטית - מה היא תכלית הסעיף לנוכח כוונתו המשוערת של המחוקק כפי שזו עשויה להילמד משורה של מקורות - מההיסטוריה החקיקתית (דברי ההסבר ודברי הכנסת); ממיקומו הגיאוגרפי של הסעיף וממכלול ההוראות הסובבות אותו בחוק שבו הוא מצוי; מהתשתית החקיקתית של חוקים העוסקים בנושאים דומים, ואשר יש להניח כי צריכים להתפרש באופן הרמוני לחוק שבו אנו דנים - ולנוכח היבטים חוקתיים, שחייבים להיות נר לרגלינו בכל פרשנות של חוק המשליך על זכויות חוקתיות של אדם, ושל נאשם במשפט פלילי בפרט. אכן, גם היוזקות למקורות הפרשניים הללו כולם עשויה שלא להביא לתוצאה חד משמעית; מקורות שונים עשויים להוביל לכיוונים שונים, ולעתים אף מנוגדים. במקרים מעין אלה, אשר ראויים להגדרה כ"בעיה קשה" (hard case) במישור הפרשני, יש יותר מפתרון נכון אחד, ואז "יש להעדיף אותו פתרון המגשים יותר מרעהו את עקרונות היסוד של השיטה", כלשונו של הנשיא ברק.²²

3. דברי ההסבר וההיסטוריה החקיקתית

כידוע, החש"ץ החליף את תקנות-שעת-חרום (חוקת השפוט תש"ח), התש"ח 1948-. בדברי ההסבר לחוק צוין כי "סדרי הדין ודיני הראיה בבתי הדין הצבאיים יהיו כסדרי הדין ודיני הראיה הנהוגים בעניינים פליליים בבתי המשפט הכלליים, בתיאומים הנובעים ממבנה בתי הדין הצבאיים והשיפוט הצבאי, וכן בשינויים אחרים בסדרי הדין שמטרתם לעזור לבית הדין בבירור האמת"²³.

סעיף 346 להצעה נוסח כדלקמן:

21 ע"פ קנ"ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516.

22 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא (3) 714, 743. ראו גם המקורות המוזכרים שם.

23 ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי, התשי"ד 1954-, ה"ח 154, 204-205.

רשאי בית הדין, בכל שלב של הדיון עד לחיוב או לזיכוי, לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב האישום או החלפתו, כפי שיראה לנכון.

סיפת הסעיף דהיום מצויה בסעיף 348 להצעה, המורה לבית הדין לדחות את המשך הדיון על פי בקשת הנאשם כדי לאפשר לו להכין את הגנתו כאשר עקב תיקון או החלפה כאמור הוא צפוי לעונש חמור יותר מאשר העונש שהיה צפוי לו לפי כתב האישום המקורי.

במסגרת הדיון בוועדת החוץ והביטחון שונה נוסח הסעיף לנוסחו הנוכחי ולא תוקן מאז. לא היו הסתייגויות בדיוני מליאת הכנסת בקריאות השנייה והשלישית לסעיף זה.

אין, לטעמי, ללמוד משינוי הנוסח בין הנוסח המקורי המופיע בהצעת החוק לבין הנוסח שהתקבל לבסוף לאחר דיון בוועדה, דבר על הסוגיה שבה אנו עוסקים. דומה ששני הנוסחים, הן הראשון והן האחרון, מבקשים להשמיע מתן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לשינוי בכתב האישום לבית הדין אשר דן בדבר, והדבר בא לידי ביטוי במילים, "כפי שיראה לנכון", בנוסח הצעת החוק ובמילים, "כפי שימצא למתאים", המופיעות בנוסח החוק.

ד. הרמוניה חקיקתית

1. סעיפי החש"ץ הנוגעים לעניין

החש"ץ קובע כי פרקליט צבאי רשאי להורות לתובע צבאי להגיש כתב אישום ולציין בהוראתו על אילו עבירה או עבירות שיש להן, לדעתו, בסיס בתלונה או בחומר הבדיקה או החקירה, יובא הנאשם לדיון²⁴.

הנאשם רשאי לטעון טענות טרומיות שונות נגד כתב האישום, ובכללן הטענה כי נפל "פגם או פסול" בכתב האישום. עם קבלת טענה טרומית רשאי בית הדין לצוות על "תיקון כתב-האישום או לבטלו או להצהיר, כי כתב ההרכב בטל"²⁵.

סעיף 358 א קובע את סדרי הדיון כאשר נאשם הודה בסעיף אישום חילופי. גם אם, לפי סעיף קטן 358 א(ב)(2), "הביא התובע הצבאי ראיות בקשר לעבירה העיקרית,

²⁴ סעיף 300 לחש"ץ.

²⁵ סעיפים 351 א(ב)(4) ו-353 א(א) לחש"ץ.

אולם בית הדין החליט לזכות את הנאשם מן העבירה האמורה, ולא החליט שלא לקבל את הודאתו בעבירה החלופה, ירשיעו עליה על פי הודאתו.

גם כאן, כמו בסעיף שבו אנו דנים, אין החוק מתווה את גדרי סמכותו של בית הדין ואת אופי השיקולים שהוא רשאי לשקול כשבחר לזכות את הנאשם מן העבירה המקורית. החוק מסתפק באמירה כללית, "בית הדין החליט לזכות..."; הא ותו לא. אין כאן אמירה כי הוא רשאי לזכות רק מפאת שלא הוכחו יסודות העבירה העיקרית. עם זאת, סמכות הבחירה של בית הדין במקרה זה מצומצמת יותר מזו הנתונה לו על פי סעיף 378 לחש"ץ, שכן על פי סעיף 358א, רשאי בית הדין לבחור בין הסעיפים החלופיים בלבד.

סעיף 379, שבא אחרי הסעיף שבו עסקינן, מגביל את סמכויותיו של בית הדין מתוקף סעיף 378 לחוק לתקן כתב אישום או להחליפו. הסעיף אוסר על בית הדין לכלול בכתב האישום המתוקן אשמה בעבירה שאין הוא מוסמך לדון בה.

הגבלה זו מתייחסת למצב שבו בית הדין מתכוון לשנות את כתב האישום על ידי החמרתו, שכן, ככלל, בית הדין לא יהיה מוסמך לדון בעבירות חמורות מזו העומדת בפניו, ויהיה מוסמך לדון בעבירות קלות יותר.

המשך מגמה זו מצוי בסעיף 380 לחש"ץ. סעיף זה מתווה את הדרך אשר בה על בית הדין ללכת כאשר הוא מוצא שיש מקום להאשים נאשם בעבירה, שאין הוא מוסמך לדון בה, או בעבירה שעונשה חמור יותר מהעבירה הכלולה בכתב האישום. על פי סעיף 436(3), מוסמך בית הדין הצבאי לערעורים לגבי ערעורו של תובע

... להרשיע את הנאשם בעבירה שהיא שונה מן העבירה שבה הורשע, ובלבד שההרשעה נובעת מתוך העדויות שנגבו במשפט, ואין ענשה של אותה עבירה חמור משל העבירה שבה הואשם בכתב-האישום.

המדובר, לכאורה, בהמשך הקו שננקט בסעיפים 378-382 כי ניתן לבית הדין שיקול דעת רחב בהחליטו באיזה סעיף אישום להרשיע את הנאשם, אפילו לא הייתה זו העבירה שבה הואשם מלכתחילה. אין גם כאן התייחסות לשאלה אם בית הדין לערעורים רשאי להימנע מלהרשיע בעבירה המקורית למרות שהובאו ראיות מספיקות להוכחת יסודותיה בפני בית הדין של הערכאה הראשונה.

2. החסד"פ והוראות המקבילות המצויות בו

החסד"פ מכיל, כידוע, את ההוראות העוסקות בפרוצדורה החלה על תיקים פליליים, והוא מקביל במובן זה לחלקים בחש"ץ העוסקים בקביעת הפרוצדורות ונושאים אחרים, הקשורים לסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. יותר מכך, סעיף 2 לחסד"פ קובע כי "סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה, זולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לעניין הנדון". כלשונו של הנשיא ברק,

זוהי הוראת "גג", ועל-פיה, "סדר הדין הפלילי" בכל הליך פלילי, יהיה על-פי הוראות חוק סדר הדין הפלילי. שלילת תחולתו של חוק סדר הדין הפלילי תיעשה רק אם נקבע "סדר דין שונה לעניין הנדון".²⁶

בענייננו אמנם קיים "סדר שונה לעניין הנדון", אך ניתן וראוי, לטעמי, לחפש בחוק זה מענה (ולו על דרך הגזירה השווה או ההיקש) לשאלות הנשאלות כאן וללמוד מההסדר המצוי במערכת החקיקה האזרחית על הפרשנות הראויה של סעיף 378, שבו קא עסקינן.

סעיף 91 לחסד"פ קובע כי תובע רשאי בכל עת עד לתחילת המשפט במסירת הודעה לבית המשפט לתקן כתב אישום, להוסיף עליו ולגרוע ממנו. סעיף 92(א), לעומת זאת, עוסק בתיקונים בכתב האישום המבוצעים על ידי בית המשפט דווקא. על פי סעיף זה, רשאי בית המשפט בכל עת לאחר תחילת המשפט לתקן את כתב האישום, ובכלל זה להוסיף או לגרוע ממנו, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. רשות זו נתונה לבית המשפט אם ביקש זאת בעל דין. בעל דין נאמר; תובע - לא נאמר.²⁷

מלשונו של סעיף זה ניתן, אפוא, ללמוד כי בידי בית המשפט הושמה הסמכות לשנות את כתב האישום, ובכלל זה לגרוע ממנו, על פי בקשת הנאשם (שאף הוא בגדר בעל דין).

26 עניין עטייה, לעיל הערה 22, בע' 739. ראו גם המקור המוכר שם.

27 ראו לעניין סעיף זה ע"פ 947/85 עצמון נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד מא(4) 617, 635-636.

ממצא זה מתחזק על ידי האמור בסעיף 92(ב) כי אם החליף בית המשפט את סעיף האישום המקורי בסעיף אישום אשר מצוי בסמכותו של בית משפט בעל סמכות מצומצמת יותר, הוא רשאי להמשיך לדון גם בו.

ניתן לטעון אמנם כי מדובר בסמכות לגרוע מכתב האישום או להמיר עברה בעברה קלה יותר רק על בסיס ראייתי (כגון כשהתקבלה טענת "אין להשיב לאשמה" לפי סעיף 158 לחוק²⁸), אך לטענה זו אין כל זכר בנוסחו של החוק ואף לא בהדבק הדברים והקשרם.

ראוי להתייחס בהקשר זה גם לסעיף 184 לחסד"פ. סעיף זה מתיר לבית המשפט להרשיע נאשם בעברה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם העובדות האלו לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. סעיף זה הוא מקבילו האזרחי של סעיף 382 לחש"ץ, שעל מהותו עמדנו לעיל.

דומה שקיומו של סעיף זה לצדו של סעיף 92 הנ"ל אפשרי למרות התפרשות סעיף 92 גם על שלב מתן פסק הדין²⁹, שכן סעיף 184 עניינו בהרשעה בעברה שונה בלא שנערך תיקון בכתב האישום על פי בקשת אחד הצדדים, אלא על פי החלטת בית המשפט, ובלא שהעובדות המבססות את ההרשעה נזכרות כלל ועיקר בכתב אישום כלשהו - מקורי או מתוקן. דומה שהסעיף עוסק בשני מצבים אופייניים:

1. האישום המקורי לא הוכח על ידי התביעה, אך בית המשפט מצא ראיות מספיקות להרשעה על פי עברה אחרת.
2. האישום המקורי הוכח, אך לצדו הוכח גם אישום נוסף אשר לא נכלל מתחילה בכתב האישום.

יוצא כי אם ניתן ללמוד הנחיה כלשהי מהחסד"פ, הרי שהנחיה זו היא כי בית המשפט רשאי לתקן את כתב האישום גם על ידי גריעת סעיפי אישום או החלפתם בסעיפים קלים יותר אם נתבקש לעשות כן על ידי הנאשם.

28 אכן, סעיף 158 מדבר במפורש על זיכוי הנאשם, והדבר יכול להיעשות מן־צד בית המשפט, ולא רק על פי בקשת הנאשם.

29 ראו ע"פ 100/51 דרשוביץ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 1 ו 278, 283. כן ראו מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (מהדורה שנייה, תשס"א) 250.

אין זה ברור אם ההנחיה חלה גם כאשר בית המשפט מצא ראיות להוכחת העברה המקורית אך מבקש שלא להרשיע בה מטעמים כלליים כלשהם, ולהסתפק בהרשעה בעברה קלה יותר.

ה. המארג הנורמטיבי הכללי של אופי הפעלת המשפט הפלילי

התהליך הפלילי מורכב משלבים אחדים, הכוללים חקירה, הכנת כתב אישום, שפיטה ולאחר מכן אפשרות חנינה. ניכר כי בכל השלבים קיים שיקול דעת רחב ביותר בידי המשטרה בשאלה מה לחקור. בידי התביעה מסור שיקול דעת בשאלה אם להעמיד את החשוד לדין אם לאו, ועל פי איזה סעיף אישום, ולאחר הרשעה קיים שיקול דעת רחב בכל הנוגע לחנינה.
אומר פרופ' פרידמן:

בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בענין זה, הוא בית המשפט. הוכחו יסודות העבירה מוטל על בית המשפט להרשיע את העבריין. זאת, אף אם הוא משוכנע כי העניין הוא טכני או פעוט, כי אנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות דומות, וכי לא היתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש.³⁰

פרופ' פרידמן הציע כבר בשנת 1983 "לתקן את החוק על מנת להקנות לבית המשפט שיקול דעת דומה לזה שיש לתביעה וליועץ המשפטי בענין העמדת ההליכים, באופן שבית המשפט יוכל, אם ימצא זאת לנכון, לסיים את ההליך או להפסיקו מבלי להרשיע את העבריין"³¹.

פרופ' פרידמן מונה מספר טעמים המצדיקים, לדעתו, הענקת שיקול דעת זה: התפשטות המשפט הפלילי לא לוותה בהתפתחות הגנות מקבילות שירככו את התוצאות הנובעות מהאפשרויות להפעלתו; שיקול הדעת של המנהל הפך לגורם מרכזי בהפעלת ההליך הפלילי למעשה, ולפחות בחלקו הפוזיטיבי (החלטה על

30 ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג-מ"ד) 155, 161 (הערת שוליים הושמטה).

31 שם, שם.

חקירה או על העמדה לדין), שיקול דעת זה אינו נתון בפועל, להבדיל מהתיאוריה, לביקורת שיפוטית, לרבות ביקורת בג"ץ.³²

פרופ' פרידמן ממשיך ומציין כי באופן עקרוני, שיקול דעתה של התביעה אינו שונה משיקול דעת מנהלי אחר, והשימוש בו הוא בכפוף לעקרונות הכלליים בדבר שיקול דעת מנהלי, כגון חובת תום לב ואיסור הפלייה.³³

פרופ' פרידמן שואל האם עיקרון הפרדת הרשויות מחייב כי השליטה על ההליך הפלילי תישאר בידי המנהל, או שמא יש מקום לשליטה כזו גם לבית המשפט. הוא משיב כי אין זה מחויב המציאות לראות דווקא את היועץ המשפטי ונציגיו כמייצגים את הריבון, וכי בעיקרה השאלה היא עניין של חלוקת סמכויות בין גופים ממלכתיים. הוא אינו סבור כי אין להעביר סמכות מגוף לגוף או לחלק את הסמכויות בשונה מבעבר.³⁴

דומה שגישתו זו של פרופ' פרידמן קרמה עור וגידים במהלך השנים שחלפו מאז כתיבת המאמר ועד היום. מידת הפיקוח והבקרה על רשויות החקירה והתביעה שאותה מפעילים בג"ץ ובתי המשפט בישראל כערכאות דיוניות, הועמקה מאד. הדבר נכון לגבי כל השלבים של ההליך הפלילי - משלב החקירה הפלילית, כאשר בית המשפט הגביר מעורבותו בתהליכי החקירה, דרך בחינת שיקול דעת היועץ המשפטי והפרקליט הצבאי הראשי בהחלטה אם להגיש כתב אישום אם לאו,³⁵ עבור בהענקת סמכויות חוקיות לבתי המשפט במסגרת החוק גופו (כגון הסמכות להטיל עונש בלא להרשיע את העבריין בעברה,³⁶ והסמכות לזכות נאשם

32 שם, שם.

33 שם, בע' 163.

34 שם, בע' 167.

35 בג"ץ 5319/97, 5706, 5707 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, זמוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד נא(5) 67; בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859; בג"ץ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה; יעקבי נ' היועץ המשפטי לממשלה; וירשובסקי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 485.

36 סעיפים 71 ו-72 לחוק העונשין, התשל"ז1977- (להלן: חוק העונשין) (אפשרות להטיל עונשים של שירות לתועלת הציבור והתחייבות להימנע מעברה בלא להרשיע את הנאשם).

אם נמצא כי העברה נופלת בגדרי סייג זוטי הדברים³⁷) וכלה בהתערבות בהחלטה להעניק חנינה לאחר הרשעה³⁸.

במובן זה נבואתו של פרופ' פרידמן התגשמה, ומידת מעורבות בתי המשפט בכל צומתי ההכרעה העיקריים של התהליך הפלילי גדלה עד לבלי הכר.

בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק עשוי להתערב בהחלטת הרשות שלא לחקור עברה³⁹, ועילות ההתערבות במקרים אלה הורחבו והשוו לעילות ההתערבות בכל החלטה מנהלית⁴⁰.

ההלכה העדכנית בעניין זה, כפי שבאה לידי ביטוי בדבריו של בית המשפט העליון במסגרת עניין אור נר, נוסחה כדלקמן:

... העיקרון הוא שהיקף ההתערבות של בית המשפט הוא כהיקף חוסר החוקיות, הפוגם בהחלטת היועץ המשפטי, והעילות הפוגעות בחוקיות החלטותיו של היועץ המשפטי כמוהן כעילות, הפוגעות בחוקיות מעשיה של כל רשות שלטונית אחרת.⁴¹

בית המשפט עשוי לבטל כתב אישום או חלקים ממנו מפאת הגנה מן הצדק אם בא למסקנה כי אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו⁴².

בית המשפט רשאי לזכות נאשם למרות שהוכחו יסודות העברה, אם הגיע לכלל דעה כי "לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך"⁴³.

37 סעיף 34 לחוק העונשין.

38 בג"ץ 428/86 ואח' ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505.

39 ראו בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ל(3) 309.

40 ראו בג"ץ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג(4) 718 ועניין גנור, לעיל הערה 35.

41 בג"ץ 1011/89 אור נר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מה(1) 236, 241.

42 ראו בג"ץ 2534/97, 2535, 2541 יחב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'; שריד ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'; פינס ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 39; בג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם); ע"פ 2910/94, 2912, 2922, 2929, 3737 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (להלן: עניין הבנקאים).

43 סעיף 34 לחוק העונשין. ראו גם ע"פ ת"א 3801/98 דאנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

בית המשפט עשוי להתערב בהחלטה לחון עבריין אם מצא כי השיקולים אשר הופעלו, היו בלתי סבירים⁴⁴.

ניתן ללמוד מהמכלול, אפוא, כי סמכויות הרשות המבצעת, ובכלל זה הפרקליטות, נתונות לביקורת שיפוטית הולכת וגוברת בכל שלבי התהליך הפלילי, החל בשלבי החקירה הראשוניים וכלה בשלב החנינה שלאחר מתן פסק הדין. לעתים סמכות זו נתונה לבג"ץ בלבד, ולעתים דווקא הערכאה הדיונית היא זו המופקדת על הפעלת הסמכות.

נראה שבמשפט הישראלי נטיית המחוקק ובית המשפט העליון להעביר סמכויות שיפוט בנושאים העוסקים בתחום המשפט המנהלי מבג"ץ לערכאות הדיוניות היא ממשית ומבטאת מגמה ממש.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר בה נעשה שימוש לא פעם אף בערכאות דיוניות נמוכות, ולא רק בהיכלי בית המשפט העליון, היא דוגמה מובהקת לשימוש הערכאות הדיוניות בסמכותן הטבועה (דומה שבית המשפט העליון זהיר הרבה יותר בכל הנוגע לנכונותו לבטל כתבי אישום או חלקים מתוכם מטעמים של הגנה מן הצדק)⁴⁵.

כך, בעניין דהן⁴⁶ ביטל בית המשפט את כתב האישום אשר הוגש כנגד הנאשם בקובעו כי "מראית פני הצדק דורשת כי דין שווה יהא לנאשמים אשר עניינם זהה... וכי... חוש הצדק מורה כי יש להורות על ביטול כתב-האישום...".

בעניין אסולין⁴⁷ נקבע כי לא היה כל צידוק לעיכוב בן ארבע שנים בהגשת כתב האישום, כי השיהוי בניהול המשפט פוגע בסיכויי הנאשמים לנהל הגנה נאותה, וכי די בשיהוי הממושך כדי להוות צידוק למחיקת כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

דיני המכרזים הציבוריים נדונים זה מכבר בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, ואילו סכסוכים הנוגעים למכרזים פרטיים נדונים בפני בית המשפט המחוזי. חוק בתי

44 עניין ברזילי, לעיל הערה 38.

45 ראו בעניין זה, למשל, החלטתו בעניין אטדגני, לעיל הערה 3.

46 ת"פ (רמלה) 1704/98 מדינת ישראל נ' דהן (לא פורסם).

47 ת"פ (ת"א) 2995/92 מדינת ישראל נ' אסולין (לא פורסם).

דין מינהליים, התשנ"ב 1992- העניק סמכויות שפיטה לבית הדין המנהלי להכריע במרב הסכסוכים שרשות מנהלית היא צד להם⁴⁸.
 הדבר מצא ביטוי גם במסגרת המשפט הפלילי בתחום העתירות למסירת חומר חקירה (ראו תיקונו של סעיף 74 לחסד"פ משנת 1995⁴⁹, אשר מסר את הסמכות להורות לתובע להתיר לנאשם לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעינו, לידי בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום).
 הקניית סמכות לבית המשפט הדין בעניין, על ידי מתן פרשנות מרחיבה לדבר חקיקה המאפשר להמיר סעיף אישום כאשר סבור בית המשפט שהרשעת הנאשם בעברה חמורה יותר פוגעת בחובות ההגיונות של הרשות כלפיו או גורמת לאי צדק משווע, הולכת, לטעמי, בתלם חרוש זה של הרחבת סמכויות הביקורת של הרשות השופטת בכלל ושל הערכאה הדיונית בפרט, על גורמי התביעה והפרקליטות.

1. השפעות עיקרון תום הלב על המשפט הפלילי

בהקשר שלנו ראוי לבחון גם את השפעותיו של עיקרון תום הלב, אשר הוכר כעיקרון יסוד במשפט הישראלי. זה מכבר נקבע כי עקרון תום הלב חולש גם על המשפט הפלילי, בוודאי ככל שהדבר נוגע לפעולות התביעה והרשות השופטת. ד"ר ד' בין גורס כי יש להחיל את עיקרון תום הלב גם בדין הפלילי, וכי הלכה למעשה, עקרון זה מוחל בהסתתר ובתחפושות שונות בתחום הפלילי. הדיון הפלילי במובנו הרחב הוא ענף משנה של המשפט המנהלי בכך שהוא עוסק בכוחות של הרשויות הממונות על אכיפת החוק, ובכללן התביעה, בסמכויותיהן ובדרך שבה הן מפעילות את שיקול דעתן. אשר לחשש כי שימוש במושגים מסוג זה יפגע במידת הוודאות והביטחון המשפטי, מביא ד"ר בין מספר מושגים שבהם הרבה מחוקק החסד"פ להשתמש, ביניהם "צדק", "נסיבות מצדיקות", "סביר" ועוד. כמו כן, מציין ד"ר בין את ההוראה הכללית כי "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק" (סעיף 3 לחסד"פ). לדידו,

48 די אם נאזכר בהקשר זה את העררים והקובלנות לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה 1965-. ראו לעניין זה ע"א 6320/98 נאבולטי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נג (5) 733.

49 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19), התשנ"ה 1995-, ס"ח 164, 164-165.

עצם השימוש במושגים אלה מבטא את שאיפת המחוקק להגיע לעשיית צדק גם במחיר הקטנת הוודאות המשפטית⁵⁰.

בתחומי משפט אחרים נקבעו סעדים מגוונים כתגובה על הפרה של עיקרון תום הלב אף כי אלו לא הופיעו במפורש בחוק. לפיכך נראה כי ניתן להיעזר בעיקרון תום הלב כבסיס לשינוי סעיף אישום במקרים המתאימים.

לא ניתן להתעלם מן האינטרסים המנוגדים המניעים את הצדדים למשפט הפלילי, אשר עלולים להביא לשימוש לרעה בזכויות דיוניות. המחוקק אף הוא לא התעלם מכך והעניק לבית המשפט סמכויות מפורשות אשר ימנעו שימוש לרעה בזכויות דיוניות. אך אין בידי החקיקה למנוע את כל העיוותים הנוצרים באופן זה. מטעם זה התפתחה במשפט האנגלי הדוקטרינה הכללית של שימוש לרעה בהליך (abuse of process), אשר מדגישה את השאלה, האם מדובר בהתנהגות העלולה לגרום עושק לנאשם או לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט או ביחס הכבוד שלו אליה.

ד"ר ביין קובע כי כאשר ייבחן שיקול הדעת של התביעה בבואה לעשות שימוש בסמכויותיה להעמיד לדין חשוד בעברה או להימנע מהעמדה לדין, יש לאמץ את הקריטריונים של המשפט המנהלי, לרבות המשמעות הסובייקטיבית הניתנת בתחום זה לעיקרון תום הלב⁵¹.

ייתכן גם ייתכן שבמקרים המתאימים ימצא בית הדין לעשות שימוש בסמכות הנובעת מהפרת חובת תום הלב, ולהורות לתביעה להמיר את סעיף האישום או לעשות כן בעצמו במסגרת הכרעת הדין.

ז. השלכות חוקתיות

ציינו כבר כי כלל גדול בפרשנות תכליתית הוא כי אם קיימים מספר פירושים אפשריים להוראת חוק, יש לבחור את הפירוש העולה בקנה אחד עם חקיקת היסוד, אשר מבקשת לתת תוקף לזכויות היסוד של האזרח-הנאשם ולדחות פירוש אחר הנוגד את העולה מחקיקת היסוד.

50 ד' ביין "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101.

51 שם, בע' 111.

האם חוקי היסוד על פרשנותם הרחבה מקרינים על ענייננו או משפיעים עליו? כזכור, אנו דנים בשאלה, האם יש לפרש את סעיף 378 לחש"ץ כנותן בידי בית דין צבאי את הסמכות להרשיע נאשם בעבירה קלה יותר מזו שבה הואשם על ידי התביעה, חלף העבירה המקורית שלא מפאת אי הוכחת העבירה הפלילית המקורית, אלא מטעמים אחרים, כגון חשש לאפליה או להכבדת יד בלתי מוצדקת על הנאשם. דומני כי עשויה להיות הקרנה מסוימת לעקרונות הגלומים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הנושא.

בסופו של יום, השאלה שבה אנו דנים, עוסקת בהיקף סמכותו של בית משפט פלילי ובמידה שבה רשאי הוא להתערב בשיקול דעתה של התביעה הכללית. מובן שככל שיורחבו גדרי סמכותו של בית המשפט, עשוי הדבר להגדיל את סיכוייו של הנאשם, הזכאי לסעד ממין זה (הרשעה בעבירה קלה יותר), לקבלו בלא צורך לפנות בעניין אל בית המשפט הגבוה לצדק (אם בכלל פנייה שכזו אפשרית בנסיבות העניין). כך יהיה כאשר תעלה טענה כי נעשה לנאשם עוול על ידי הרשות, כגון הפליה לרעה, העמדה לדין בגין עבירה חמורה יותר מזו שצריך היה לייחס לו מראש (או בדיעבד, כשנתבררו כל העובדות האופפות את סיפור המעשה), או התנהגות שלא כהלכה במובן אחר.

"רטוריקת הזכויות", אשר סחפה את מערכת המשפט הישראלית מאז כניסתם לתוקף של חוקי היסוד תוך דחיקת את רגלי "רטוריקת הסמכות", שבה היינו מורגלים בעבר, מחייבת, לטעמי, בחינה יסודית של השאלה שבה אנו עוסקים. בלשונו של הנשיא א' ברק, נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון. השינוי שהתרחש, הוא בכך שבעבר ההגבלה היחידה על כוחו של הרוב (באמצעות המחוקק) לפגוע בזכויות אדם הייתה הריסון העצמי של הרוב, ואילו כעת עומד לצד הריסון העצמי גם ריסון חוקתי, המתבטא בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות.

אכן, אם בעבר התמקדה הריטוריקה המשפטית שלנו בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת המינהלי, הרי מעתה

נעבור לריטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכויות האדם, אלא זכויות האדם באיזון הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני.⁵²

הנשיא ברק עומד שם על השלכות המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי והדיוני ומציין כי חלק ניכר ועיקרי מהפעילות השיפוטית בתחום זכויות האדם החוקתיות טובב סביב המשפט הפלילי. הוא עמד על כך גם בפסקתו, במסגרת עניין גנימאת, שבו ציין כי "אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי" משום שהמשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה, ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה.⁵³ סדר הדין הפלילי יושפע, בוודאי, במישרין מהמהפכה האמורה.

ברק ממשיך ומבהיר כי אם עד כה נגזרו הזכויות הדיוניות של הנאשם בהליך הפלילי מהחסד"פ, מחקיקה משלימה ומהלכות המשפט המקובל (האנגלי והישראלי), הרי מעתה ייגזרו הוראות סדר הדין הפלילי (החקוק וההלכתי) מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. בכל הנוגע לפרשנותו של הדין הקיים, דוגמת סעיף 378, שבו עסקינן, מציין הנשיא ברק שמוכן כי פרשנותו "תיעשה ברוח חוקי-היסוד החדשים"⁵⁴. כפי שצוין במקום אחר, "הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו"⁵⁵.

לסיכום מציין הנשיא ברק כי מוסכמות רבות יצטרכו עיון ובחינה מחודשים. הוא מדגיש כי במישור העיוני יהא על השופטים לחשוב מחדש על מספר ניכר של סוגיות פליליות, חשיבה מחודשת באשר לתפיסות יסוד. על השופטים "לשנות את הכיוון שבגיבושו הייתה [להם] תרומה מסוימת"⁵⁶.

הפעלת רטוריקת הזכויות על הסוגייה הפרשנית שבה אנו עוסקים, מביאה אותנו, למעשה, לשאלה הבאה: בהנחה שניתן לפרש את הסעיף מבחינה לשונית לפי

52 א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-נ"ז) 5, 11 (להלן: ברק, "הקונסטיטוציונליזציה").

53 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421.

54 ראו ברק, "הקונסטיטוציונליזציה", לעיל הערה 52, בע' 15.

55 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653.

56 ברק, "הקונסטיטוציונליזציה", לעיל הערה 52, בע' 25.

שתי הפרשנויות, איזה ערך מוגן מצדיק לפרש את סעיף 378 לחש"ץ כשולל את סמכותו של בית המשפט להרשיע אדם בעבירה קלה יותר מזו שבה הואשם בניגוד לעמדת התביעה, למרות שזו האחרונה הצליחה במשימתה הפורמלית במשפט הפלילי - להוכיח מעבר לכל ספק סביר את יסודות העבירה המקורית שבה הואשם הנאשם.

הערך המוגן הראשון אשר מצביע על פרשנות המצרה את סמכות בית המשפט, הוא עיקרון הפרדת רשויות. התביעה היא המופקדת על בחירת סעיף האישום שבו יואשם הנאשם. תפקידו של בית המשפט הוא לדון בשאלה אם הנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו, ולא לשקול שיקולי מדיניות מבית מדרשה של התביעה. יתר על כן, עשויה להיטען הטענה כי ישנו טעם לפגם בכך שהגוף הקובע את סעיף האישום שלפיו יידון הנאשם, הוא הגוף המרשיע את הנאשם עצמו.

הערך השני אשר עליו יש לעמוד, דומה באופיו לראשון, ועניינו **כיבוד הרשות המחוקקת**. המחוקק קבע את העבירה המיוחסת לנאשם כעבירה פלילית עלי ספר החוקים. הוכח כי הנאשם הפר את האיסור הפלילי. מדוע יורשה בית המשפט לעשות את דברו של המחוקק פלסטר ולהרשיע את הנאשם בעבירה אחרת, קלה יותר?

ערך שלישי הרלוונטי לענייננו עוסק בשמירה על **אחידות בהפעלת המשפט הפלילי**. אם יונח בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב בשאלה, באיזו עבירה להרשיע, עלולות להיווצר אנרכיה וחוסר אחידות עד כי האפליה, שאותה מבקשים למנוע, תיגרם הלכה למעשה באקט שיפוטי דווקא.

רביעית, **חשש לסרבול ופגיעה ביעילות המערכת השיפוטית**. אם תוכל להיווסף לטענותיו המסכמות של הסנגור (או לטענות המקדמיות שאותן הוא רשאי להשמיע) הטענה כי ראוי להמיר את סעיף האישום בסעיף קל יותר, יעשה הסנגור, מן הסתם, שימוש נרחב באפשרות זו. כתוצאה מכך יתחייבו שמיעת עדים מרובים (גם בתיקי הודאה) ושמיעת שעות ארוכות של טענות (ברוב המקרים - לשווא). "שיטפון" צפוי זה ראוי להילקח בחשבון במסגרת שיקולי הפרשנות של סעיף החוק המסמך. הדבר יחייב את התביעה להציג בפני בית המשפט בערכאה הדיונית בשורה ארוכה של תיקים את שיקוליה - מדוע בחרה להאשים את הנאשם בעבירה מסוימת, ולא בעבירה

קלה יותר, מזה מדיניותה הכללית, מדוע ננקטה דרך משפטית שונה נגד נאשמים אחרים, בין שהם שותפיו למעשה, ובין שעברו עבירות דומות באירועים נפרדים. השאלה הנשאלת היא האם אינטרסים אלה מצדיקים פגיעה בזכותו של הנאשם ל"הליך הוגן"? האם הפגיעה נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש? פרשנות סעיף 378 בצורה השוללת סמכות בית המשפט כאמור, תהפוך, למעשה, את הסעיף לסעיף חוק הפוגע בזכות היסוד. האם פגיעתו של החוק בנאשם איננה בלתי מידתית ביחס לתכליות שאותן מבקש הוא להשיג?

דומה שהתשובה לשאלה זו צריך שתהא שלילית. כל אחד מהחששות והאינטרסים שעליהם עמדנו לעיל, הוא אינטרס או חשש כבד משקל, אך דומה שאף אחד מהם איננו מקים חיוב החלטי לפרש את סעיף 378 כסעיף שולל סמכות. אבהיר דבריי.

אכן, אינטרס הפרדת הרשויות הוא אינטרס חשוב בשיטתנו המשפטית. ראוי שהתביעה תהיה משוחררת בביצוע מלאכתה מהתערבות מיותרת ובלתי רצויה של גורמים זרים. עם זאת, חלקו העיוני של עקרון הפרדת הרשויות כולל לצד ניתוק הרשויות מתלות זו בזו גם קיום איזונים ובלמים הדדיים, אשר מאפשרים לרשויות השונות להשפיע זו על עבודתה של זו ולבקר זו את עבודתה של זו. כך, למשל התביעה רשאית לערער על החלטתו של בית המשפט כשהיא איננה מרוצה מפסק דינו; המחוקק רשאי לשנות תוצאות בלתי רצויות מבחינתו על ידי חקיקת חוקים; הרשות המחוקקת רשאית לבקר את עבודת הרשות המבצעת באמצעות מנגנונים שונים העומדים לרשותה (אישור התקציב הממשלתי, ועדות הכנסת, החלטות במליאת הכנסת וכיוצא באלה).

ביקורת של הרשות השופטת על הרשות המבצעת אפשרית גם היא הן בבג"ץ והן בבתי המשפט האחרים. ניתן לתקוף את החלטות הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה תקיפה ישירה (בפני בג"ץ) או בתקיפת עקיפין (בפני הערכאה הדיונית). הערכאות הדיוניות עשויות "להתערב" הלכה למעשה בהחלטות הפרקליטות תוך זיכוי של נאשם על ידי קבלת טענת זוטי דברים או תוך היוקקות לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. השימוש בדרכי הפעולה האמורות איננו, כידוע, תדיר, והן ננקטות

רק במקרים חריגים. הדבר מצביע על הגינותה הכללית של התביעה וגם על הריסון העצמי שנוטלים על עצמם בתי המשפט, בפרט כאשר הם מתבקשים לזכות נאשם תוך קבלת טענה של הגנה מן הצדק, שמלמדת, ככלל, על פעולה בלתי ראויה או בלתי הגונה של הרשות.

עם זאת, יש לזכור שפועלן של שתי דרכי הפעולה הללו - זיכוי מפאת זוטי דברים והפסקת ההליך לאחר קבלת טענה של הגנה מן הצדק - הוא קיצוני, סיום ההליך בזיכוי הנאשם להלכה או למעשה. מתן הסמכות להמיר סעיף אישום פועלה קיצוני פחות - גם אם פעלה הרשות שלא כראוי, אין האינטרס הציבורי יוצא נפסד בכך שנאשם אשר עבר עברה, מזוכה, אלא הוא נמצא נשכר בכך שהנאשם הורשע בעברה אחרת, קלה יותר משיוחסה לו בתחילה.

יוצא שביקורת של הרשות השופטת על עבודת הרשות המבצעת איננה מוגדרת כ"פריצה" של עקרון הפרדת הרשויות. ההפך הוא הנכון, דומה שהאיזונים והבלמים המובנים בשיטה הדמוקרטית של מדינת ישראל מחייבים קיום פיקוח יעיל על עבודת התביעה כדי להגביר את השמירה על זכויות היסוד של הנאשם הפרט.

אחרי ככלות הכל, בית המשפט הוא הנושא באחריות לסעיף החוק הנכלל בהכרעת דינו, הן כלפי הציבור והן כלפי הנאשם. אין הוא רשאי להסתתר מאחורי התביעה ולומר כי אנוס היה הוא להרשיע את הנאשם בעברה אשר בה הואשם, רק משום שזו הייתה בחירת התביעה, בניגוד למצפוננו ולמיטב הכרתו!

נמצא כי טעם הפרדת הרשויות כשלעצמו אינו מצדיק את פגיעה בזכות האדם שעלולה להילווה לפרשנות מצמצמת של הסעיף.

ציינתי כבר כי כיבודה של הרשות המחוקקת כחלק מעיקרון הפרדת הרשויות וכנגזרת מעיקרון עליונות הכנסת, היא הרשות המכוננת והמחוקקת כאחת, הוא עיקרון חשוב, אשר ראוי לשמירה ולהגנה.

הטעון כי משנקבע שאדם ביצע את כל המעשים המביאים אותו בגדרה של עברה פלילית, מתחייבת הרשעתו בביצוע אותה עברה מפאת כיבוד הכנסת, הוא טיעון שובה לב. אכן, הכנסת הגדירה מעשים אלה כעברה תוך שהיא קבעה את תוצאי ההרשעה בה, הן במישור מהות הענישה והן במישורים אחרים (תקופת התיישנות ומחיקת ההרשעה, העונש המרבי הקבוע לצדה בחוק, הגדרתה כחטא,

עוון או פשע, היותה גוררת קלון וכיוצא באלה). מי הרשה את בית המשפט להחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו עצמו ולהמיר את סולם הערכים אשר נקבע על ידי הכנסת בסולם הערכים שלו עצמו?

אף כי טיעון זה הוא כאמור שובה לב, לדעתנו, הוא אינו ראוי להתקבל.

הכנסת, אשר הגדירה את סעיפי החוק, היא גם זו אשר מינתה את בית המשפט לדון את הנאשמים על פי אותם סעיפים. היא שמה בידי שופטיה סמכויות רחבות. אין להניח כי כוונתה הייתה לצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט יותר מאשר את שיקול דעתו של הפרקליט מגיש כתב האישום.

והרי, ועל כך אין חולק, הפרקליט מגיש כתב האישום נהנה משיקול דעת רחב בבחירת סעיף האישום, ואין לטעון נגדו כי חרג מגדרי סמכותו, רק מאחר שבחר להאשים בסעיף אישום קל יותר אף שלכאורה, ממלא המעשה גם את יסודותיה של עברה חמורה יותר. היעלה על הדעת לומר כי בית המשפט, אשר הוסמך על ידי המחוקק להכריע דינו של אדם, להדביק על מצחו אות קלון פלילי ולהכתים את גיליונו האישי למשך שנים ארוכות, איננו נהנה משיקול דעת רחב שכזה?

על כל פנים, אינני סבור שטעם זה מצדיק פגיעה כה חמורה וגורפת בזכויות הנאשם. וזאת לזכור, עוסקים אנו בשאלה אם הפגיעה בזכות היסוד, שעלולה לנבוע מפרשנות הסעיף באופן מצמצם, היא פגיעה מידתית ביחס לתכלית שאותה מבקשת פרשנות זו להשיג. ואם מטרתה של הפרשנות המצמצמת היא להגביל את בית המשפט ברוב רובם של המקרים ולהגביר את האיפוק והריסון השיפוטיים, אין זה מוצדק לנקוט דרך כה קיצונית של שלילה מוחלטת של הסמכות כך שגם במקרי הקיצון, כשכל בר דעת יאמר כי הרשות נהגה בנאשם לא כשורה כשהפלתה אותו לרעה, וראוי להמיר את סעיף האישום בעניינו, יהיה בית המשפט מנוע מלעשות כן.

הטיעון הבא הראוי להתייחסות הוא החשש שמא מתן הסמכות בידי בית הדין להמיר סעיפי אישום לפי שיקול דעתו יביא להעדר אחדות בהפעלת המשפט הפלילי. השאלה באיזה סעיף אישום יורשע לבסוף הנאשם, תהיה תלויה בסופו של עניין בזהות מותב בית הדין. עלולה להיווצר הפליה בין שניים אשר חלו לגביהם נסיבות זהות, על ידי המערכת השיפוטית דווקא, ולא על ידי מערכת התביעה.

ניתן להמשיך ולטעון: טיעון זה חל ביתר שאת במערכת השיפוט הצבאית, אשר בה משתתפים במלאכת השיפוט דרך קבע "שופטים צבאיים", אשר אינם בעלי השכלה משפטית כלל ועיקר⁵⁷. בנסיבות כאלה החשש להעדר אחידות שיפוטית גדול הרבה יותר שכן שופטים אלה אינם עוסקים במלאכת השיפוט כדבר של יום ביומו, ולפיכך הם אינם יוצרים לעצמם תפיסה שיפוטית הנעוצה בתקדימי בתי הדין בכלל ובתקדימי בית הדין הצבאי לערעורים בפרט.

התשובה לטענה זו היא בשלושה.

ראשית, העדר אחידות במערכת השיפוטית הוא תופעה מוכרת משטחים שונים, וכל עוד מותבי בתי המשפט יורכבו מבני אנוש, אשר מחשבתם חופשית ומשוחררת, העדר האחידות יישאר חלק בלתי נפרד מהנוף השיפוטי.

המזור להעדר האחידות הוא בהלכת התקדים המחייב ובאפשרות לערער על החלטות של הערכאות השונות בפני ערכאה גבוהה יותר. יש להניח כי אם תיווצר חוסר אחידות בדרך הפעלתו של סעיף 378 לחש"ץ, יוכלו בתי המשפט שלערוער להתוות את הכללים המנחים החלים בכגון דא ולקבוע אימתי יש מקום לעשות שימוש בסמכות, ולאילו מקרים יש להגבילה.

שנית, ספק גדול בעיניי אם החשש להעדר אחידות איננו יכול לזכות בפתרון מניח את הדעת שלא על ידי נקיטת הדרך המוחלטת המאמצת את הפרשנות המצמצמת. בתי הדין עשויים להיות מונחים על ידי הערכאה השנייה לנקוט מדיניות מצמצמת במתן סעד כאמור וכך למנוע שימוש מופרז ובלתי מוצדק בסמכות.

שלישית, אין בהשתתפותם של שופטים שאינם משפטאים במותבי בתי הדין כדי להשליך על הסמכות שבה אנו דנים. כפי שניתן אמוץ מלא באותם שופטים בסוגיות עובדתיות ומשפטיות שונות ורבות, והם נושאים בנטל זה בדרך טובה וראויה, אינני רואה טעם להשתמש בטיעון זה כמצדיק שלילה של האפשרות העומדת לנאשם לזכות בהקלה מוצדקת ומתחייבת בדינו.

הטיעון האחרון אשר נזכר כתכלית ראויה המצדיקה את הפגיעה בזכות היסוד, טמון בחשש לסרבול המערכת ולפגיעה ביעילותה כפועל יוצא של החשש מפני הצפת בתי המשפט בבקשות סנגוריים להמיר סעיף אישום אשר הוגש נגד מרשם,

57 ראו סעיפים 198, 200, 200א, 2021 - לחש"ץ.

ובחשש שמא תידרש התביעה בשורה ארוכה של תיקים להביא בפני בית הדין הסברים לכך שהאשימה את הנאשם בסעיף האישום אשר יוחס לו, ולא בסעיף אישום קל יותר.

אכן, אין לזלזל בטיעונים הנעוצים בנסיבות מעשיות ובטיעונים הנוגעים לחשש לשיבוש עבודתה היעילה של מערכת בתי המשפט ושל מערכות התביעה. עם זאת, ניתן להתמודד עם חשש זה באמצעים חריפים פחות ממתן פרשנות "אוסרת" לסעיף 378 לחש"ץ. קביעת מדיניות מצמצמת באשר למקרים שבהם ראוי להפעיל את הסמכות, למשל, תביא בהכרח לצמצום מקביל של המקרים שבהם תועלה הטענה. על כל פנים, האם מועור החשש להצפת בתי הדין בפניות מצדיק פגיעה בזכות היסוד של הנאשם? ברור שנקיטת דרך הפרשנות ה"מצרה" היא תגובה בלתי מידתית לחשש האמור ופגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של אלה אשר עניינם אכן מצדיק, לכאורה, הפעלת הסמכות.

ניתן למנוע את התממשות הסכנה שהתביעה תיאלץ בכל תיק ותיק להסביר את נימוקיה לבחירת האישום בפני הערכאה הדיונית על ידי מדיניות מרסנת שינקטו בתי הדין כשתיענה טענות להמרת אישום. חיוב התביעה להבהיר שיקוליה הוא הכרחי לעתים, כאשר הדבר דרוש להגנת הנאשם, וכדי להקים תשתית נאותה לטענות הפלייה וכיוצא בכך. עם זאת, במקרים רבים יהא הדבר מיותר, ובית הדין יוכל על פי שיקול דעתו להחליט אם לחייב את התביעה להציג את שיקוליה אם לאו.

2. סיכום הממצאים לגבי פרשנות סעיף 378 לחש"ץ

מצינו כי על פי לשונו עשוי סעיף 378 לחש"ץ להתפרש כמקנה לבית הדין את הסמכות שבה אנו דנים. בניסיון להתחקות אחר פרשנותו הנכונה תרנו אחר מטרת הנורמה על פי תכליתה, על פי ההיסטוריה החקיקתית והנוף החקיקתי העוטף אותה כיום. נראה כי הכרה הכרחית בזכויות היסוד של הנאשם, ובכלל זה הזכות למשפט הוגן וצודק, מחייבת דחיית האינטרסים המנוגדים הנוגעים בעיקר ליעילות ולנוחות המערכת השיפוטית. מצאנו כי עקרון הפרדת הרשויות, הצורך לשמור על אחדות במערכת המשפט הפלילי ועוד עקרונות כלליים הראויים להגנה אינם נפגעים כתוצאה מהקניית הסמכות, וכי לפיכך הפרשנות הראויה של הסעיף תאפשר

התערבות של בית הדין בבחירת סעיפי האישום במקרים קיצוניים אשר בהם נהגה הרשות בנאשם שלא כשורה.

ב. סמכות טבועה בידי בית הדין

נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שדוקטרינת ה"סמכות הטבועה" נתקבלה לתוך משפטנו. התורה החשובה של ה"השתק הפלילי" או ההגנה מן הצדק זכתה להכרה במשפט הישראלי דרך צינור זה. אכן, ראוי לצמצם ככל הניתן את השימוש בדוקטרינת ה"סמכות הטבועה", אך לעתים אין מנוס מלהשתמש בה, כאשר סדרי הדין הקבועים אינם נותנים מענה לתקלה הראויה לפתרון או להסדרה צודקת.

הנה כי כן, בעניין הבנקאים קבע בית המשפט העליון כי "קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית". עם זאת, נקבע שם כי טענה זו תתקבל "במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה", וכי במידה רבה היא יישומה הקיצוני ביותר של דוקטרינת הסמכות הטבועה⁵⁸.

הליכה בדרך זו נעשתה שנים ארוכות קודם לכן על ידי בית המשפט העליון בעניין בעל-טכסא כאשר מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) לנדוי קיבל את דבריו של השופט אשר בפרשת רבר, "שלבית המשפט סמכות טבועה לבטל אישום שני, שנראה, בנסיבות המקרה, להיות מנוגד לצדק (oppressive)"⁵⁹.

על יסוד עקרון זה נטען כי הצדק מחייב בנסיבות העניין דנן, שהתביעה לא תפצל את האישומים נגד המערער לשני משפטים נפרדים אלא תנהג לפי סעיף 76 לחוק סדר הדין הפלילי, ותצרף את כל האישומים במשפט אחד, ומשנמנעה התביעה מלעשות כן, היה בית-המשפט חייב

58 עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370.

59 ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798, 803. מ"מ הנשיא לנדוי הוסיף: "רעיון זה נשאב מפסיקה אנגלית, ובראשה פסק-הדין המנחה של הלורד דבלין (Devlin) בבית-הלורדים בפרשת, R. v. Connolly (1963) [3 All E.R. 510] (וראה גם את חוות-הדעת של הרוב בעניין, D.P.P. v. Humphrys (1976) 2 All E.R. 497) ("ע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 152, 157).

להפעיל את סמכותו לפי סעיף... ולבטל את המשפט הראשון, משהתברר לו שהמשפט השני תלוי ועומד לפני בית-המשפט העירוני, כי הרי האישומים במשפט השני יותר מקיפים והתקופה שאליה מתייחסים אישומים אלה מכילה בתוכה את התקופה הקצרה נשוא המשפט הראשון.

שקלתי טענות אלה ומצאתי אותן חסרות משיקולים של צדק דווקא. הרי לא רק מה שנוח לנאשם גם צודק לעניין זה, ואף לא רק מה שנוח לבית-המשפט למען קיצור הדיונים, אלא יש לשקול גם מה צודק למען האינטרס הציבורי שהתביעה מייצגת; וכן יבדוק בית-המשפט את מידת הכנות שבטענת הצדק שהנאשם מבקש להעלות, שמא מעייניו ליתרון תכסיסי בלבד.⁶⁰

בעניין הבנקאים ציין השופט ד' לוין כדלקמן:

קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול-דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו.⁶¹

נושא נוסף וקרוב אשר בו משתמש בית המשפט בסמכותו הטבועה כדי לזכות נאשם בשל הפרת זכויותיו, הוא אי קיום חובת התביעה כלפי הנאשם לאפשר עיון בחומר חקירה והעתקתו - חובה הקבועה בסעיף 74 לחסד"פ. בעניין לביא אמר בית המשפט העליון כדלקמן:

לדעתנו, אם לא קויימה [חובה זו], על בית-המשפט לבחון, אם נפגעה על-ידי כך זכות הנאשם למשפט הוגן ואם התשובה תהיה חיובית והענין נתגלה בשלב שבו

60 שם, בע' 157-158.

61 עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370.

אין אפשרות לתקן את המעוות, עלולה הפרת החובה הנ"ל להביא לזיכויו של הנאשם.⁶²

בפועל נעשה שימוש, אף כי נדיר למדי, בסמכות זו. כך, למשל, הנאשם בעניין עדני⁶³ זוכה.

לעומת זאת, נשמעו קולות בפסיקה הקוראים להגביל את תחומי התפרסותה של ה"סמכות הטבועה" בהקשר שבו אנו דנים, ולהיזהר בהם. בית המשפט המחוזי בתל אביב מפי השופט ז' המר הביע דעתו כי "מלבד במקרה של הגנה מן הצדק - לא ידועה לי שום נסיבה אחרת - ובימ"ש קמא אף לא פירש כזו - המעניקה לבתי המשפט "סמכות טבעית" לבטל כתב אישום. אין לבית המשפט, כמו לכל רשות יציר המחוקק, אלא הסמכויות שהחוק העניק לו"⁶⁴. כאמור, יש בעמדה זו כדי לשקף את הדעה כי אין זה נכון להרחיב עד בלי די את דוקטרינת ה"סמכות הטבועה" ולא ראוי לעשות זאת.

השאלה הקשה הנשאלת כאן היא האם אין המרובה מכיל את המועט. תורת ההגנה מן הצדק, אשר פותחה תוך שימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט, מאפשרת לו לזכות נאשם כליל או לבטל נגדו את ההליכים אם בא לכלל דעה כי האישים עומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ובפרט אם הוא חש שיש בנייהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו: כאשר התנהגותה של הרשות הייתה שערורייתית, יש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. האם אין בית הדין רשאי מכוח אותה סמכות להפעיל סעד קיצוני פחות, כגון המרת סעיף האישים לסעיף חמור פחות, אם הגיע לכלל ממצא, כי הרשות נהגה בנאשם שלא כשורה, שלא בהגינות, ותוך הפרת זכויותיו החוקתיות?

ג. סעד בגין הפרת זכות חוקתית

פרופ' ברק מציין כי הוראות סדר הדין הפלילי נגזרות מאז חקיקת חוקי היסוד מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. לדבריו, ההליך הפלילי צפוי לעבור תהליך של

62 ע"פ 79/73 לביא ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 505, 511.

63 ע"פ (ת"א) 1343/94 עדני נ' מדינת ישראל, פס"מ תשנ"ה(3) 394.

64 ע"פ (ת"א) 545/98 מדינת ישראל נ' א' פינקלשטיין ואח' (לא פורסם).

קונסטטוטיונליזציה, אשר רצוי היה כי יבוא מכוחן של הוראות חוקתיות מיוחדות לסדר הדין הפלילי שתיקבענה בחוקה. הוא מציין כי בצ'רטר הקנדי הוקדש פרק מיוחד ל"זכויות משפטיות", אשר במסגרתו נקבע שאין ניתן לשלול חירותו של אדם, אלא על פי העקרונות של הצדק הבסיסי, ואף נקבעו הוראות באשר לדרך ניהול ההליך הפלילי. בארץ אין הוראות דומות בחקיקה, אך אין בכך כדי למנוע את תהליך הקונסטטוטיונליזציה של ההליך הפלילי עוד בטרם נחקקו הוראות אלה והפכו לחלק מחוקת המדינה. תהליך זה מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מגן על חייו של אדם, על גופו, על כבודו ועל חירותו. "כל עוד לא נתקבלה חקיקת יסוד [בנושאים אלה], לא יהא מנוס מגזירת ההסדרים החוקתיים בהליך הפלילי מתוך ההוראות הכלליות הקיימות"⁶⁵.

מהו הסעד החוקתי להפרת זכות מהותית או דיונית של נאשם אשר לא עוגנה עדיין בחוק? פרופ' ברק מצביע על מגוון רחב של סעדים חוקתיים אשר בית המשפט יוכל להושיט לנאשם שזכויותיו החוקתיות הופרו שלא כדין⁶⁶. אחד הסעדים האפשריים עשוי להיות הימנעות מהרשעה בעבירה אשר בה הואשם הנאשם מלכתחילה על ידי התביעה, אף שזו הוכחה כדבעי. מובן כי עיצוב הסעד החוקתי על ידי בית המשפט דווקא הוא בגדר השלמת חסר שיצר המחוקק. "עם זאת", מציין פרופ' ברק,

מחדל חקיקתי אינו צריך להתלוות במחדל שיפוטי. אם המחוקק אינו ממלא את החסר, השופט חייב לעשות כן. יהא עליו לעצב תרופה התואמת לזכות המופרת. בעשותו כן אין לבוא אליו בטענה כי הוא משיג את גבול המחוקק. השופט מגשים את הציווי החוקתי ואת התבנית של החוק כאשר הוא פועל מקום שהמחוקק נמנע מלפעול.⁶⁷

אם הופרה זכות יסוד של אדם, בפרט אדם הנאשם בפלילים בפני בית משפט, והחקיקה הקיימת איננה מושיטה לו סעד לתיקון ההפרה, ראוי לראות את חוק

65 ברק, "הקונסטטוטיונליזציה", לעיל הערה 52 בע' 23. ראו עוד שם, בע' 22-23.

66 שם, בע' 17-21, 23-25.

67 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי - פרשנות חוקתית) 707 (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

היסוד כמקום סעד המאפשר להעמיד את אותו אדם במצב שבו היה אלמלא בוצעה הפעולה המפרה, על מנת שזכות היסוד לא תהפוך ריקה מתוכן, ודברי חוק היסוד - לאות מתה. אופי התרופה נגזר, אפוא, מאופי ההפרה.

ממשיך פרופ' ברק ומציין כי התרופה נגזרת מהפגיעה, ומטרתה לשלול את הפגיעה בזכות. לדבריו, "כל התרופות החוקתיות הן תרופות שבשיקול דעת. על בית-המשפט לאזן בין השיקולים השונים הבאים בחשבון", לרבות אינטרס הפרט הנפגע ואינטרס הכלל⁶⁸.

הלך המחשבה הרואה את ההליך הפלילי כולו דרך המנסרה החוקתית ומעניק סעד חוקתי אשר אינו מצוי עלי ספר כתרופה לפגיעות בזכויות יסוד, הוא הבריח התיכון של מאמרם של המלומדים אוקון ושחם אודות "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי". הם מציינים כי "שאלת ההליך הראוי אינה מצומצמת לפרשנותם של סעיפים מסוימים, לרבות פרשנותם מחדש. נדרש מרווח נשימה, שיאפשר קליטת כללים נוספים אל תוך ההליך הפלילי. מרווח זה נחוץ לשם פיתוח המשפט במתכונת של ההליך הראוי. ... נדרשת ... יכולת לייבא כללים חדשים אל ההליך, שיהוו ערובות מספקות לקיום הליך ראוי"⁶⁹. הם מצביעים על כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה למלא את התפקיד האמור, ועל כי קודם לפיתוחה חדרה ההכרה כי בידי בית המשפט נתון הכוח שלא לדון בכתב אישום מטעמי צדק⁷⁰.

אוקון ושחם ממשיכים ומדגישים כי "מבחינה תוכנית מהווה כוחו של בית-המשפט להורות על עיכוב הליכים ראש גשר המחבר את המשפט הפלילי למגזרים אחרים של הדין"⁷¹. הם מציינים כי פירוש צר של הדין הפלילי, בד' אמותיו, לוקה בתסמונת "הארץ השטוחה" שכן הוא חסר ממדים נוספים אשר מאפיינים את ההליך הפלילי וקושרים אותו לאינטרסים שביסודו⁷².

לקראת סיכום מאמרם הם כותבים כך:

68 שם, בע' 708.

69 ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (התשנ"ו) 265, 267.

70 שם, בעניין זה ראו גם ספרו של המלומד יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ח 1998-, חלק שני (ספר ראשון)), בע' 819-820, שדן באפשרות ביטולו של כתב אישום מחמת נגישה ומסכם את הדין באומרו שהדרך פתוחה להעלאת טענה זו במשפט המקומי.

71 אוקון ושחם, לעיל הערה 69, בע' 268.

72 שם, שם.

הנה כי כן, ההליך הפלילי אינו ריצה חד-כיוונית להרשעה או לזיכוי. באים בגדרו שיקולים נוספים. הרשעתו של נאשם, אפילו היה חייב בדין, אינה תמיד האינטרס העליון, גם כשמדובר בעבירות חמורות. יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות שהובילו לפתיחת ההליך. יש לבדוק את הגינות ההליך מבחינת הנאשם במובן הרחב של ביטוי זה. יש לשקול את תקינות ההליכים שהובילו לפתיחת ההליך. ניתן לבחון את מידת העקביות של התנהגות השלטונות. ניתן להידרש גם למהלכים הניצבים מאחורי כתב-האישום ולבחון שאלות כמו: הטרדה, הפליה או העמדה חריגה לדין. הראיה היא כוללת. מגמתה היא לאזן בין האינטרס הציבורי שבקיום ההליך הפלילי לבין האינטרס של הפרט - ושל הציבור - שלא יעשה שימוש בלתי הוגן או בלתי סביר או בלתי נחוץ בהליך הפלילי.⁷³

דברים דומים ניתן למצוא במאמרה המאלף של י' קרפ, "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם". המחברת מציינת כי בתחום הצדק הפרוצדורלי הרחיב בית המשפט בקנדה בנושאים שעניינם זכויות במשפט, כמו הגינות ההליך, אף מעבר לכתוב במפורש בצ'רטר הקנדי, ומצביעה על כך שבית המשפט פסל את שיקול דעתה של התביעה בהעמידה לדין עורך דין שבע שנים לאחר שעשה את המעשה נושא האישום.⁷⁴

לטעמי, מתן הסמכות בידי בית המשפט להמיר את סעיף האישום המקורי בסעיף אישום שהוא מחמיר פחות, הוא סעד מתאים להפרה של זכויות יסוד על ידי התביעה באורח הפוגע בזכות להליך הוגן. כך, אם יימצא שהתביעה הפלתה נאשם בלא סיבה מוצדקת על ידי האשמתו בסעיף אישום חמור יותר מזה שבו בחרה להאשים את שותפו לדבר עברה, יכול בית המשפט לקבוע כי בכך נפגעה זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד. יותר מכך, הדבר עשוי להצדיק התערבות של בית המשפט לתיקון העוול על ידי התאמת "סעד חוקתי" לעוולה החוקתית. בנסיבות שכאלה הסעד המתאים עשוי להיות המרת סעיף האישום.

73 שם, בע' 279.

74 י' קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-נ"ו) 64, 86-87.

באורח דומה, אם יסבור בית המשפט שהתביעה נהגה בנאשם שלא כדין כאשר האשימה אותו בסעיף אישום חמור בניגוד למדיניותה המוצהרת, או שפעלה בעניין אחר במשפט באופן הפוגע קשות בזכויות היסוד של הנאשם, צריכה לעמוד לפני בית המשפט הדרך לתת תרופה מתאימה המעמידה את הנאשם בעמדה שבה היה עומד אלמלא הפרת זכויותיו. תרופה אפשרית עשויה להיות, לטעמי, הרשעתו בעברה קלה יותר מזו שיוחסה לו מלכתחילה.

3. משפט משווה

סדרי דין בכלל, וסדרי דין פליליים בפרט, הם נושא אשר מוסדר באורח שונה במערכות שיפוט שונות המופעלות במדינות שונות. המבנה של מערכת שיפוט אדוורסרית-אקוויזיטורית שונה באורח דרמטי מזה של מערכת שיפוט אינקוויזיטורית. סמכויות החקירה, התביעה והשיפוט מחולקות באופן שונה בין גופי הביצוע (המשטרה והתביעה) לבין הרשות השופטת (בית המשפט ומערכת השפיטה). מטבעם של דברים, גם סמכות ההחלטה אם להגיש כתב אישום נגד חשוד אם לאו, ואילו סעיפי אישום לייחס לו, נתונה לגורם אחר בכל אחת מהמערכות. לפי השיטה האדוורסרית, סמכות זו מצויה בידי התביעה באופן כמעט מלא לכל אורך ההליך, ואילו במקומות שבהם נקוטה השיטה האינקוויזיטורית, סמכות זו מסורה בדרך כלל לשופט החוקר, וגם אם היא נתונה בידי התביעה, בית המשפט הוא בעל שיקול דעת רחב אם לקיים את המשפט אם לאו, ואילו סעיפי אישום ראוי לייחס לנאשם.

גם שיטות משפט הנוקטות את השיטה האדוורסרית נבדלות זו מזו בחלק גדול מסדרי הדין ומכללי חלוקת הסמכויות בין הגופים השונים. כך, שיטת משפט אחת עשויה להכיר בסמכותו של בית המשפט לבטל דברי חקיקה הסותרים חוקה (או חקיקת יסוד) ולהעניק למי שזכותו החוקתית נפגעה שלא כדין, סעד כנגד הרשות הפוגעת (לעתים תהא זו הרשות התובעת); ואילו שיטה אחרת עשויה לדבוק בכללי ריבונות הגוף המחוקק ולפרש את כללי הפרדת הסמכויות באופן אשר איננו מתיר לבתי משפט להעניק סעד כלשהו מכוח הפרת חוקה או חוק יסוד, למעט סעדים הנקובים במפורש בחוק.

חרף כל זאת וחרף העובדה ששיטתנו שלנו היא יונקת ממקורות משפטיים שונים ומשיטות משפט שונות אך גם בעלת חלקים ייחודיים משלה, מצאנו לנכון לבחון את הסוגייה שבה אנו עוסקים, גם מנקודת ראות משווה לא רק כדי ללמוד את הגישות הקונקרטיות הנקטות במשפטן של אומות שונות, אלא גם כדי להבין מה הרציונל העומד מאחורי גישות אלה, ומה ניתן ללמוד ממנו. נפנה תחילה, אפוא, ללמוד את שיטות המשפט האדוורסריות.

א. קנדה

המשפט הקנדי דומה למשפטנו שלנו הן בהיותו בנוי על השיטה האדוורסרית והן בכך שבשנת 1984 נחקק הצ'רטר הקנדי, המהווה חוקה בעלת עדיפות על פני החקיקה הכללית ובעלת השלכות רחבות על כללי המשפט המהותי והדיוני כאחד. סעיפים 7-14 לצ'רטר כוללים הוראות שנועדו להגן על זכויות היסוד המשפטיות של הפרט, ובכלל זה הזכות להליך הוגן (סעיפים קטנים (a), (b), (c) 11(h)). סעיף 24 לצ'רטר עוסק באכיפת הזכויות המנויות בו, והוא מעניק (בסעיף הקטן הראשון שבו) לבית המשפט "בעל סמכות השיפוט המתאימה" (competent jurisdiction) את הסמכות להעניק כל סעד שבית המשפט רואה כ"נכון וצודק" (appropriate and just) בנסיבות העניין.

יוער כי סעיף קטן 24(2) לצ'רטר קובע סעד של אי-קבילות ראייה אשר הושגה בדרך הפוגעת בזכות מוגנת, אם קבלת הראייה עלולה להביא לפגיעה באמון הציבור במערכת עשיית הצדק ולפגיעה בתדמיתה של מערכת המשפט בעיני הציבור. בספרו של Tim Quigley, העוסק בדיני הפרוצדורה הפלילית בקנדה, נכתב כי במישור סדר הדין הפלילי הסעד המקובל ביותר להפרת זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים הוא הפסקת הליכים, אשר משמעותה דומה למשמעותו של זיכוי מאשמה. המקור הנורמטיבי לנקיטת צעד זה הוא סעיף 24(1) לצ'רטר⁷⁵. המחבר מציין כי בכלל

75 Tim Quigley, PROCEDURE IN CANADIAN CRIMINAL LAW 51 (1997).

הפרת זכויות, הנדונה יותר מאחרות בהקשר זה, היא השהייה בלתי סבירה של ההליך המשפטי⁷⁶ או שימוש לרעה בהליך (abuse of process)⁷⁷. מוסף המחבר ומציין כי לעתים מעניקים בתי המשפט סעדים אחרים, כגון הקלה בענישה (אם הוחזק הנאשם במעצר בתהליכי החקירה בלא להיות מובא במועד בפני שופט לבחינת הצדקת המעצר - הפרת סעיף 9 לצ'רטור). במקרים אחרים מחויבת התביעה לעמוד בהוצאות המשפט של הנאשם כסעד בגין פגיעה בזכויותיו החוקתיות⁷⁸.

המחבר מעריך כי המקוריות השיפוטית והיצירתיות של הסנגורים הפליליים יביאו בעתיד להצגת סעדים נוספים וחדשניים מעת לעת⁷⁹. הסמכות לבטל אישום נתונה לבתי המשפט בקנדה לא רק כאשר הוכחה פגיעה בזכות חוקתית, אלא גם כאשר כלל כתב-האישום סעיפי אישום שונים, ויסודותיו של אחד מהם נכללים באורח מלא ביסודותיו של האחר. גם כאן המקור להפעלת סמכות זו הוא סעיף 24(1) לצ'רטור⁸⁰.

כמו כן, אם הואשמו נאשמים שונים בביצוע עבירות הקשורות זו לזו, ותוצאות משפטיהם הנפרדים היו הפוכות, כך שאחד זוכה והאחר הורשע, עשוי המורשע להצליח בערעורו על הכרעת הדין בהסתמך על זיכוי של הנאשם האחר אם הצליח להראות שהראיות נגד השניים זהות לחלוטין, ומתייחסים להתנהגות זהה⁸¹. מהמקובץ עולה, אפוא, כי בתי המשפט בקנדה אינם מוגבלים בסמכויותיהם לתת סעד כאשר נפגעות זכויות יסוד של נאשמים, כי רשימת הסעדים המנויה בצ'רטור איננה סגורה, וכי אין להוציא מכלל אפשרות מתן סעד של המרת סעיף אישום בניגוד לעמדת התביעה אם סבור בית המשפט שפעולתה של התביעה פגעה בזכות כאמור, והמרה שכזו עשויה לתקן את הטעון תיקון. כמו כן, עולה כי זיכוי של

76 ראו Rahey v. R., [1987] 1 S.C.R. 588.

77 ראו R. v. L. (W.K.), [1991] 1 S.C.R. 1091.

78 ראו R. v. Dostaler (1994), 91 C.C.C. (3d) 444 (N.W.T. S.C.).

79 ., at 6275 QUIGLEY, supra note

80 .Id., at 481

81 ראו R. v. Wile (1990), 58 C.C.C. (3d) וכן R. v. Stogdale (1995), 104 C.C.C. (3d) 44 (Ont.) (C.A.). 85 (Ont. C.A.)

נאשם מסעיף אישום אשר יוחס לו, למרות שהובאו ראיות להוכחתו, איננו זר למערכת המשפט בקנדה כאשר הורשע הנאשם בעברה רחבה יותר, הכוללת בחובה את העברה הנדונה, או כאשר מערכת ראייתית זהה הביאה לזיכוי של שותפו לעברה במשפטו שלו.

ב. אנגליה

בית המשפט באנגליה מוסמך מכוח המשפט המקובל ומכוח דוקטרינת הסמכות הטבועה לבטל אישום בשל היותו פגום במהותו או בצורתו, בשל טענה מקדמית אשר נתקבלה, בשל חזרת התביעה מהאישום או בשל הקביעה שהוא איננו מוסמך לדון בעברה. ככלל, אם מוגש אישום כדין, אין השופט מוסמך למנוע מהתביעה את הצגת ראיותיה כדי להוכיח את האשמה רק מהטעם שהוא סבור שאין הסתברות של ממש שתושג הרשעה בתיק⁸².

בפרשת *Connelly* הכיר בית הלורדים בכוחו הכללי והטבוע של בית המשפט להגן על ההליך המשפטי מפני ניצולו לרעה. סמכות זו כוללת את הכוח להגן על נאשם מפני דיכוי או דעה קדומה העלולים להיווצר נגדו כתוצאה מפעולה בלתי ראויה של התביעה⁸³. בשנת 1977 אושרו בפרשת *Humphrys* קביעות בית הלורדים בעניין *Connelly*, ונקבע עוד כי אסור שהלכה זו תותיר את הרושם כאילו בית המשפט מופקד על פעולות התביעה ונושא באחריות להן, ולפיכך כי אל לו לבית המשפט למנוע מהתביעה את ניהול המשפט נגד נאשם רק בשל העובדה שבית המשפט סבור כי כעניין שבמדיניות לא היה זה ראוי להגיש אישום נגדו. השימוש בסמכות זו מוגבל למקרים שבהם עשתה התביעה שימוש לרעה בהליך השיפוטי, והאישום הוא בגדר "דיכוי וקנטור" של הנאשם. בית הלורדים אף מציין כי אילו של הנאשם בנסיבות שכאלה לנהל את משפטו עד תום על כל ההוצאות וההשלכות הכרוכות בכך וזיכוי בסיום ההליך אינם פתרון ראוי לבעיה. עם זאת, חוזר בית

ARCHBOLD CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE (P. J. richardson ed., 2002) §§ 4-48-4-50, 4-54-4-56 82

Connelly v. D.P.P., [1964] A.C. 1254 (H.L.) 83

הלורדים גם כאן על החשיבות ה"חוקתית" הראשונה במעלה של הסמכות האמורה ומציין כי ראוי לשמור עליה ב"קנאות"⁸⁴.

בשנים שלאחר מתן פסקי הדין בעניין *Connelly* ו-*Humphrys* ניתנו פסקי דין נוספים הן על ידי בית הלורדים והן על ידי בית המשפט לערעורים שהתוו את גבולות סמכות הפסקת ההליכים מפאת שימוש לרעה בסמכות מצד התביעה והרחיבו אותם. בעניין *Horseferry Road Magistrate's Court ex p. Bennett* נקבע הכלל כי בית משפט שדן באישום, רשאי להפעיל סמכות זו רק כאשר הפגיעה הייתה במסגרת ההליכים בפניו, ולא מחוץ להם. עיכוב בלתי סביר או מניפולציה בלתי ראויה מצד גורמי התביעה עשויים להצדיק התערבות שכזו. פגיעות בזכויות הנאשם המבוצעות מחוץ למסגרת המשפט גופו, יטפלו, בהתאם להלכה זו, על ידי בית המשפט הגבוה (High Court)⁸⁵.

בעניין *Hui Chi Ming* נקבע כי ראוי שהשימוש בסמכות זו ייעשה בכל מקרה שבו התובע פעל באופן בלתי הוגן ופסול במידה שבית המשפט איננו יכול לאפשר את המשך המשפט, גם אם מכל בחינה אחרת הוא מתנהל כרגיל וכשורה⁸⁶. בפרשת *In Re Barings Plc (No. 4)* נקבע כי הכלל הוא שיש להפסיק את ההליך כאשר האדם הסביר יסבור כי המשך ניהול ההליך איננו הוגן או צודק. התביעה תיחשב כאילו היא נוהגת בדרך המנצלת לרעה את ההליך השיפוטי, בייחוד כאשר היא מונעת מהנאשם לעשות שימוש בטענת הגנה המוקנית לו, או אם אפשרותו של הנאשם להכין את הגנתו או לנהלה במשפט נפגעת כפועל יוצא של פעולות התביעה⁸⁷. השגת ראיות בדרך פסולה לא תצדיק הפסקת הליך כשלעצמה, ואין מקום גם לעשות שימוש באמצעי זה כתגובה לפגיעה בפרטיותו של הנאשם.

בפסק הדין *Derby Crown Court ex parte Brooks*, אשר ניתן בשנת 1999 על ידי בית הלורדים, נקבע שגם הבאתו של נאשם לאנגליה ממדינה אחרת בלא שיערכו הליכי

⁸⁴ D. P. P. v. Humphrys, [1977] A.C. 1 (H.L.)

⁸⁵ R. v. Horseferry Road Magistrate's Court ex p. Bennett, [1994] 1 A.C. 42 (Q.B.). ראו גם R. v. Belmarsh Magistrate's Court ex p. Watts, [1999] 2 Cr. App. R. 188 (Q.B.)

⁸⁶ Hui Chi Ming v. R., [1992] 1 A.C. 34 (P.C.)

⁸⁷ In Re Barings Plc (No. 4), Secretary of State for Trade and Industry v. Baker (No. 4), [1999] 1 All E. R. 311 (Q.B.). ראו גם R. v. Derby Crown Court ex parte Brooks, [1985] 80 Cr. App. R. 164 (Q.B.)

הסגרה מסודרים, מצדיקה הפסקת ההליך הפלילי נגדו מאחר שהמערכת השיפוטית אחראית על כל היבטי שמירת שלטון החוק, ובכלל זאת גם מוטל עליה לבקר פעולות של הרשות המבצעת ולסרב לקבל פעולות הפוגעות בזכויות אדם בסיסיות או בשלטון החוק. על שימוש לרעה בסמכות שלטונית יגיב בית המשפט בסירוב לדון בעניין, שמשמעותו - זיכוי של הנאשם מאשמה⁸⁸. בפרשת *Mullen* הורחבו גבולות המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו. נקבע שיש להפעילה לא רק כאשר אין ניתן לנהל משפט הוגן, אלא גם אם הדבר מנוגד לאינטרס הציבורי או עלול לפגוע באמון הציבור בעשיית הצדק על ידי מערכת המשפט הפלילי. פסק דין זה אף מציין כמקור נוסף לזכויות היסוד וכטעם נוסף המחייב לכבדן בדרך הנדונה כאן, את האמנה האירופית לזכויות האדם⁸⁹. אמנה זו נותנת בידי כל אדם זכויות משפטיות, כגון הזכות למשפט הוגן ופומבי הנערך תוך זמן סביר, הזכות להתוודע להאשמות המוגשות נגדו, לאופיין ולסיבתן, הזכות שיעמדו לרשותו זמן ואמצעים להכנת הגנתו, לרבות הזכות להיות מיוצג על ידי סגור. סעיף 13 לאמנה מחייב את המדינות החתומות עליה להקים ערכאה לאומית המוסמכת להעמיד לרשות מי שרואה עצמו נפגע מהפרת זכות מזכויותיו על פיה, סעד אפקטיבי. האמנה גם כוללת פרוצדורה לפנייה של אדם שרואה עצמו נפגע מפעולה של מדינה חתומה, אל נציבות זכויות האדם האירופית, אשר רשאית לאחר בדיקת העניין להעבירו לבדיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם.

מהמקובץ עולה כי בתי המשפט באנגליה, ובראשם בית הלורדים, הכירו בסמכותם להפסיק משפט במקרים שבהם מצאו כי היו ניצול לרעה של ההליך השיפוטי או פגיעה חמורה אחרת בזכויות הנאשם. אנגליה אמנם איננה נהנית מחוקה בבסיס המערכת הנורמטיבית, אך היא קיבלה על עצמה כמקור נורמטיבי מחייב את האמנה האירופית לזכויות אדם (הכוללת, כמפורט לעיל, גם זכויות משפטיות). דומה שעובדה זו, כמו גם ההתפתחות הטבעית של ההלכה הפסוקה, הביאו את בתי המשפט להרחיב את ההלכה בעניין זה ולהכיר בסמכותו של בית

⁸⁸ *Derby Crown Court ex parte Brooks, supra note*

⁸⁹ *R. v. Mullen (Nicholas Robert) (No. 2), [2000] 2 Q.B. 520 (1999)*

המשפט להפסיק את ההליך הפלילי גם במקרים שבהם נהגה התביעה באורח הפוגע בזכויות הנאשם או המערורר חשש לפגיעה באמינות מערכת המשפט.

ג. ארצות הברית

הכלל במשפט הפדרלי האמריקני קובע כי שופט אינו רשאי לבטל אישומים בניגוד לעמדת התביעה, ואף לא להמירם באישומים קלים יותר⁹⁰. עם זאת, יש לזכור שההגנה על זכויות חוקתיות של נאשמים בפני בית המשפט נעשית באופן קנאי באמצעות כללי פסילה החלטיים של ראיות אשר הושגו תוך פגיעה בזכויות החשוד, ובאמצעות כללים נוקשים שנועדו לקיים הליך הוגן על כל דקדוקיו וכלליו, וגורמים לביטולו של הליך כאשר מתבצעת חריגה מהנהלים הללו.

לעומת המצב החוקי ברמה הפדרלית, בשתיים עשרה מדינות שונות מהמדינות המרכיבות את ארצות הברית הושמה בידי שופטים הסמכות לבטל אישומים כאשר הדבר דרוש לצורך קידום עשיית הצדק. חלק מהמדינות מתירות לבתי המשפט לעשות שימוש בסמכות זו רק כאשר ברור שפעולה מפעולות התביעה היא שרירותית, או שהתנהגותה בהקשר למשפטו של הנאשם איננה ראויה⁹¹. במדינות מסוימות אין זכר בחקיקה להגבלה שכזו על סמכות בית המשפט לבטל אישום או להמירו⁹². במדינות אחרות נקבע כי הסמכות נתונה רק כאשר התביעה עשתה שימוש לרעה בשיקול הדעת הנתון לה בכל הנוגע לסמכותה להגיש אישומים⁹³. הועלתה טענה כי מתן הסמכות האמורה בידי בית המשפט פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות, שהוא עיקרון חשוב בדמוקרטיה האמריקנית, אך גם טענה זו נדחתה⁹⁴. נקבע גם כי הסמכות לא ניתנה כדי לשרת את נוחות המערכת השיפוטית או כדי לשרת את יעילות תפקודה (חיסכון בזמן שיפוטי או מניעת הטרחה שבאיתור עדים

90 ראו סיכום ההלכה במסגרת YALE KOMISAR, WAYNE R. LA FAVE & JEROLD H. ISRAEL, MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS, AND QUESTIONS (9th ed. 2001, American Casebook Series) § 13.2(c).

91 State v. Blackwell, 845 P.2d 1017 (Wash. 1993).

92 State v. Busch, 669 N.E.2d 1125 (Ohio 1996); State v. Brumage, 435 N.W. 2d 337 (Iowa 1989).

93 State v. Foss 556 N.W. 2d 540 (Minn. 1996).

94 People v. Superior Court (Romero), 917 P.2d 628 (Cal. 1996).

חמקמקים), וכאשר אלה היו השיקולים אשר הנחו את בית המשפט בקבלת ההחלטה בעניין כזה, ההחלטה בוטלה במסגרת ערעור⁹⁵.

בפסיקה הוכרו מספר שיקולים שיש לשקול כאשר דנים בשאלת ביטול אישום או המרתו, ובהם חומרת העברה ונסיבותיה, הנזק אשר נגרם כתוצאה מהעברה, חומר הראיות וקבילותו, הסיכוי שיייוסף חומר ראייתי נוסף לקראת המשפט, עברו של הנאשם, אורך תקופת מעצרו של הנאשם בגין המשפט, מטרות הטלת העונש על העבריין באותו מקרה, השלכותיו של הביטול על אמון הציבור במערכת השיפוטית ועל ביטחון הציבור אם הנאשם ישוחרר לדרכו בלא לעמוד לדין, התנהגות בלתי ראויה של אנשי חוק, גרימת דעה קדומה נגד הנאשם כתוצאה מחלוף הזמן, עמדת המתלונן או הקורבן כלפי הביטול וכל עובדה רלבנטית אחרת המלמדת שהרשעת הנאשם לא תשיג מטרה מועילה כלשהי⁹⁶.

אכן, אין ניתן למצוא אחידות בחקיקה ובהלכה הפסוקה בארצות הברית ברמה הפדראלית והמדינתית בנושא שבו אנו דנים. נראה כי הצורך ליתן בידי הערכאות השיפוטיות האמריקניות את הסמכות לבטל אישומים או להמיר אותם שלא מטעמים ראייתיים ובניגוד לעמדת התביעה איננו ממשי כלל ועיקר.

ההגנה המוענקת לחשוד או לנאשם בפלילים במערכת שיפוטית זו היא מקיפה, אינטנסיבית וקפדנית ביותר. מגילת הזכויות מבטיחה לחשוד ולנאשם בפלילים את החירות מפני חיפושים בלתי חוקיים החודרים לפרטיות (התיקון הרביעי), את הזכות להליך משפטי הוגן, המונעת חשש של "סיכון כפול", את הזכות להימנע מהפללה עצמית (התיקון החמישי), את הזכות למשפט מהיר ופומבי בפני חבר מושבעים בלתי משוחד, את הזכות לדעת במה הוא מואשם, להתעמת עם העדים נגדו ולהיות מיוצג על ידי עורך דין לפי בחירתו (התיקון השישי). מגילת הזכויות גם אוסרת הטלת עונשים אכזריים או בלתי רגילים (התיקון השביעי).

הסנקציות נגד הרשות במקרה של פגיעה בחירויות האמורות היא, ככלל, מוחלטת - פסילה טוטלית של ראייה אשר הושגה תוך הפרה של התיקון הרביעי, ואף של כל ראייה אשר הושגה כפועל יוצא של ראייה שכזו, פסילת הודיה שניתנה כאשר

⁹⁵ People v. Kessel, 132 Cal. Rptr. 126 (1976)

⁹⁶ State v. Sauve, 666 A.2d 1164 (Vt. 1995)

נפגעה בדרך כלשהי הזכות מפני הפללה עצמית (כגון כאשר אדם לא הועמד על זכויותיו טרם גביית הודאתו, או לא הותר לו להיוועץ בעורך דין אף שביקש זאת), ואף כל ראייה אשר נולדה כתוצאה מהודיה זו. גם פגמים פרוצדורליים בהליך גופו יביאו לעתים קרובות לקביעה כי המשפט פגום, ויגררו את ביטולו. בנסיבות אלה הוספה של סמכות חקוקה מפורשת לבית המשפט להורות על ביטול המשפט או על המרת האישום נראית מיותרת. עם זאת, כפי שניתן היה לראות לעיל, במספר לא מבוטל של מדינות הוקנתה סמכות כאמור במפורש, ואף נקבעו כללים מנחים לגבי דרך הפעלתה. מן המקובץ ניתן, על כל פנים, ללמוד כי הדין האמריקני אינו פוסל את האפשרות שבידי בית המשפט תונח הסמכות להתערב בתוכנו של כתב האישום.

נעבור לבחון את הדין במדינות שבהן נקוטה השיטה האינקוויזיטורית.

ד. צרפת

קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי (Code de Procedure Penale) חולש על הוראות הפרוצדורה החלות בבתי המשפט הפליליים בצרפת. על פי הדין הצרפתי, לאחר החקירה המשטרתית מתמנה שופט חוקר כדי להמשיך ולחקור עניינים אשר נחקרו קודם לכן על ידי המשטרה, ובלבד שהתיק הועבר לטיפולו על ידי התובע הכללי, או הקורבן (או בני משפחתו) ביקשו שתיערך חקירה. השופט החוקר נהנה מכוחות שיפוטיים (סמכות מעצר, סמכות להוציא צווי חיפוש, סמכות לזמן עדים וכיוצא באלה) ומכוחות חקירתיים (חקירת עדים, עריכת מסדרי זיהוי וכדומה) כאחד. בידי התובע נתון שיקול דעת רחב בכל הנוגע לשאלה אם לפתוח הליך פלילי אם לאו, אך בידי בית המשפט קיים שיקול דעת רחב בשאלה באיזה סעיף אישום ראוי להרשיע את הנאשם⁹⁷.

Jean Pradel, *France*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN COMMUNITY 105 97
(Christine Van den Wyngaert ed., 1993).

ה. גרמניה

על פי כללי הפרוצדורה החלים במשפט הגרמני⁹⁸, בית המשפט הוא המחליט אם לפתוח בהליך פלילי נגד הנאשם אם לאו. בידי בית המשפט נתונה הסמכות לפתוח משפט על פי כתב האישום אשר הוצע על ידי התובע או על פי כתב אישום חלופי, אשר עבר שינויים שהכניס בית המשפט. התובע רשאי לערער על החלטת בית המשפט להימנע מהגשת כתב אישום או לשנותו בדרך אשר איננה מקובלת עליו.

יוצא, אפוא, שבמדינות שבהן נהוגה שיטת המשפט האינקוויזיטורית, השיטה עצמה נותנת בידי בתי המשפט סמכויות רחבות הן בכל הנוגע לשאלה אם להגיש אישום נגד אדם, והן בנוגע לשאלה איזו צורה ילבש האישום.

4. בחינה ביקורתית של פסיקת בתי המשפט ובתי הדין בסוגיה העומדת על המדוכה

א. פסיקת בית המשפט העליון

בפני בית המשפט העליון עלו במהלך השנים טענות מצדם של נאשמים אשר קראו להתערבות המערכת השיפוטית בשיקול דעתה של התביעה בכל הנוגע לסעיף האישום שראוי היה לייחס להם מלכתחילה, או להרשעתם בעבירה חלופית, קלה יותר, אף שעבירה חמורה יותר אשר נכללה בכתב האישום המקורי, הוכחה. ככלל, בעבר לא נטה בית המשפט העליון להיעתר לבקשות אלו תוך שהוא דבק בעיקרון ריבונות התביעה על כתב האישום המוגש על ידיה.

כך, במסגרת עניין מיכאלי קבע רוב השופטים כי אם הוכחו יסודות של שתי עבירות אשר אותן ניתן לייחס למעשה שביצע הנאשם (סחיטה בכוח או תקיפה בנסיבות מחמירות), הבחירה ביניהן תהא נתונה בידי התביעה, ובית המשפט לא יתערב בבחירה זו⁹⁹.

Hans-Heiner Kühne, *Germany*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN 98
COMMUNITY, *supra* note 13797, at 13797.

99 ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 800.

מטבע הדברים, לא נדונה באופן חזיתי הסוגייה שבה אנו דנים כאן, קיום סמכות בידי בית המשפט, אך מרוח פסק הדין ניתן ללמוד כי המגמה היא להימנע מהפעלת סמכות שכזו גם אם היא קיימת.

במסגרת עניין מירון הלין העותר על כי בית הדין הצבאי לא הפעיל את סמכויותיו לפי סעיפים 353(א) ו-378 לחש"ץ, ולא החליף את סעיפי האישום מחוק העונשין אשר יוחסו לעותר בכתב האישום, בסעיף המקביל הקיים בחוק השיפוט הצבאי, בפרט כאשר, בניגוד לנוהגה, בחרה התביעה הצבאית בסעיפים מחוק העונשין דווקא על מנת שהעברות לא יתיישנו, וכך ביקשה להבטיח כי הנאשם אכן יידון בפני ערכאה צבאית, ולא בפני ערכאה אזרחית מקבילה.

בית המשפט העליון קבע כי בידי התביעה הצבאית נתון שיקול דעת בלתי מוגבל איך לנסח את כתב האישום, תוך הישענות על סעיף המגדיר עברה צבאית או על הוראת עונשין כללית. יתר על כן, בית המשפט דן בבחירת התביעה בעברה אשר בצדה תקופת התיישנות ארוכה יותר, וקבע כי אין בעובדה שניסוח האישום בדרך אחרת היה מביא לתוצאה מקלה יותר מבחינת הנאשם, כדי להשפיע על תקפותו של כתב האישום, וכי הבחירה בעניינים אלה מסורה, כאמור לעיל, לתביעה הצבאית¹⁰⁰.
אכן, דומה שבפרשת מירון הייתה התייחסות מסוימת לנושא הנדון ואף הכרעה כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו שלו. המדובר היה בדיון בבית המשפט העליון במסגרת עתירה לבג"ץ, כך שאין ספק שאילו היה נקבע שם שהתביעה פעלה תוך הפרת חובותיה כרשות מנהלית (כגון חוסר סבירות מהותית), היה בית המשפט רשאי להתערב בשיקול דעתה ולהוציא צו המחייב אותה לשנות את סעיף האישום. עם זאת, בפרשת מירון לא ניתנה הכרעה עקרונית בשאלה אם מוסמך בית המשפט כערכאה דיונית להמיר סעיף אישום כאשר בא לדעה כי התביעה פעלה בחוסר הגינות או תוך פגיעה בזכות יסודית של הנאשם. יש לזכור גם כי פרשת מירון נדונה בשנת 1980, לפני חקיקת חוק היסוד, על השלכותיו מרחיקות הלכת, וטרם שדוקטרינת ההגנה מן הצדק נקלטה לתוך שיטת משפטנו.

100 עניין מירון, לעיל הערה 1.

סוגיית סמכות בית משפט להפעיל שיקול דעת לגבי סעיף האישום שבו ראוי להרשיע נאשם, באה בעבר בפני בית המשפט העליון במסגרת עניין אפרתי¹⁰¹. העמדה אשר הובעה על ידי השופטת ש' ולנשטיין, הייתה כי בית המשפט משולל סמכות לעשות כן¹⁰². נביא להלן את עיקרי הנמקתה:

כידוע, הרי לפי סעיף 11 ל[חסד"פ], המאשים במשפט פלילי הוא המדינה, המיוצגת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו, הנזכרים בסעיף 12(א) לאותו חוק. נובע מכך, כי הסמכות ושיקול הדעת לעניין הגדרת האישום נתונים בידי נציגי המדינה הנ"ל.

סעיף 184 ל[חסד"פ] דן בסמכותו של בית המשפט להרשיע בעבירה אחרת מזו שבכתב האישום, כאשר עבירה כזאת מתגלה מן העובדות שהוכחו לפניו, וזאת בשני תנאים: שניתנה לנאשם אפשרות סבירה להתגונן, וכי העונש בגין העבירה החלופית אינו חמור מזה שניתן להטיל בגין האישום המקורי. סעיף 185 שם מורה על הדרך שעל בית-משפט השלום, לנקוט כאשר מתגלה מהעובדות שהוכחו בפניו עבירה חמורה מזו שבאישום המקורי.

אין ב[חסד"פ] הוראה המסמיכה את בית-משפט השלום להרשיע בעבירה קלה יותר מזו שבאישום המקורי, כאשר העובדות שהוכחו לפניו מספיקות כדי הרשעה על-פי כתב האישום שלפניו.

כאשר, כמו במקרה שלפנינו, העובדות שהוכחו כוללות את כל האלמנטים של העבירה החמורה שהובאה בכתב האישום המקורי (אלמנטים הכוללים את אלה של עבירה קלה ממנה), הרי שאין זה מן הדין, שהשופט, שקבע עובדות שעל פיהן הוכחה העבירה החמורה יותר, יימנע מלהרשיע על-פי כתב האישום המקורי ובמקום זאת ירשיע בעבירה הקלה יותר, אשר העונש שלצדה הולם לדעתו את נסיבות המקרה.

101 ראו עניין אפרתי, לעיל הערה 1.

102 ראו גם בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום בנתניה ואח', פ"ד לח(3) 701; עניין מירון, לעיל הערה 1; עניין מיכאלי, לעיל הערה 99. בכל אלה נקבע כי על בית המשפט לכבד את שיקול דעתה של התביעה כשבחרה לייחס לנאשם אחד משני סעיפי עברה המתאימים לעובדות המקרה.

את השיקולים להקלה בעונש על בית המשפט לבטא
בגזר הדין, ואין הם מהווים עילה להרשעה בעבירה קלה
מזו שהוכחה לפניו על-פי כתב האישום המקורי...¹⁰³

יש להעיר מספר הערות בכל הנוגע להנמקה זו.

ראשית, פסק הדין האמור ניתן טרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר, כפי שהבהרנו לעיל, הוא בעל השלכה מרחיקת לכת על ענייננו הן מבחינה פרשנית והן מבחינה מהותית. דומה שהמהפכה החוקתית, לצד פועליה האחרים, עשויה גם עשויה להביא את בתי המשפט למסקנה אחרת הן לגבי מקור סמכותם והן לגבי הצורך בהתערבות כאשר נפגעה זכות יסוד המוגנת על פי חוק היסוד.

שנית, פסק הדין עוסק בסעיף 184 לחסד"פ דווקא, ולא באפשרות לעשות שימוש בסעיף 92 לחסד"פ, אשר עשוי להקים סמכות כאמור; על כל פנים, ספק אם לנוכח השוני הניסוחי בין הוראת החסד"פ לבין הוראת החש"ץ חלה ההלכה האמורה על בתי הדין הצבאיים. גם טעמים מהותיים, כגון העדר סמכות לבתי הדין הצבאיים להימנע כליל מהרשעה למרות הוכחת האישומים, עשויים להוביל לתוצאות פרשניות שונות בערכאות השונות.

שלישית, פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אפרתי ניתן טרם שנקלטה במשפטנו תורת ההגנה מן הצדק, אשר מהווה פריצת דרך חשובה בהגדרת היחסים בין הרשות התובעת לבין הרשות השופטת. גם תורה זו, הקרובה רעיונית לנושא הקניית סמכות המרת סעיפי אישום, עשויה להשליך על תקפות הלכת אפרתי.

ורביעית, הטעם אשר הביא את בית המשפט בערכאה הדיונית להמיר את סעיף האישום היה קונקרטי ולא עקרוני, בגדר דחיית מדיניות כללית של התביעה הכללית.

פסק דין נוסף אשר הולך בדרך אשר הותוותה בעניין אפרתי הוא פסק הדין בעניין פוקס. בעניין זה התבקש בית המשפט העליון על ידי "עותר ציבורי" להורות לתביעה (התובע הצבאי בשומרון) לבקש מבית המשפט הצבאי שכתב אישום אשר הוגש נגד נאשם בגין עבירה של ידוויי אבנים, יבוא לדין בפני הרכב של בית המשפט, ולא בפני מותב דן יחיד (המוגבל ברף הענישה העליון שהוא מוסמך להטיל על

103 עניין אפרתי, לעיל הערה 1, בע' 856-857 (תוך הפניה לעניין שופט בית-משפט השלום בנתניה, לעיל הערה 102).

נאשם). בית המשפט העליון, מפי הנשיא מ' שמגר, דחה את העתירה וחזר על העמדה כי

כמקובל עלינו, מסורה בחירת האישום ובחירתה של הערכאה השיפוטית בידי רשויות התביעה הכללית לסוגיהן, המופקדות על העניין, ובית-משפט זה יתערב בשיקול הדעת של הרשויות הללו אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו. כזאת לא הוכח כאן לדעתנו.

אין בכך, כמובן, כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט על-פי ההוראות הדיוניות הרלוואנטיות, אם יש ביניהן כאלה, הנוגעות לשאלת קביעתו של האישום על-פי חומר הראיות.¹⁰⁴

דומה שחלק מההערות אשר הובאו לעיל בכל הנוגע לפסק הדין בעניין אפרתי, רלוונטיות גם לפסק הדין בעניין פוקס. גם פסק דין זה ניתן טרם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; שנית, הוא דן בעתירה המוגשת על ידי עותר שהוא זר להליך, ולא על ידי נאשם המלין על פגיעה בזכות חוקית שלו; ושלישית, אין הוא דן כלל ועיקר בסמכותו של בית משפט שלדיון להתערב במקרים המתאימים בשיקול דעתה של התביעה כאשר סבר שנעשה עוול לנאשם.

הנשיא שמגר דן במסגרת עניין לחמני, בעקיפין אמנם, בסוגייה שבה אנו עוסקים. הנאשם שם ביקש רשות לערער על פסק דין, בין השאר, בהסתמך על כך שבית המשפט שינה מיוזמתו את סעיף האישום מפשע לעוון. הסניגור טען כי בית המשפט לא היה מוסמך לעשות כן, ותגובת הנשיא שמגר הייתה כדלקמן:

טענה זו אינה מבוססת. סעיף 184 ל[חסד"פ], מעניק לבית המשפט את הסמכות להרשיע בעבירה אחרת, קלה יותר, העולה מן העובדות שהוכחו. הודיה בעובדות דינה, כמובן, כהוכחת עובדה.

מאחר שהמבקש הודה בעובדות, אינה מתעוררת כלל שאלת ההזדמנות הסבירה להתגונן, שהרי המבקש הודה

104 בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב(3) 154, 155.

בעובדות גם כשנשאו כותרת חמורה יותר מבחינת האישום; על אחת כמה וכמה רשאי היה בית המשפט, לפי האמור בסעיף 184 הנ"ל, להקל עמו ולהחליט שהעובדות מכסות רק אישום קל יותר. בית המשפט אכן פעל כאן בגדר "את פתח לו", היינו החליט מיוזמתו להמיר את האישום לקל יותר, ובכך אין לגלות פגם.¹⁰⁵

מובן, שההסתמכות על פסק הדין בעניין לחמני היא "בעירבון מוגבל" בלבד באשר מדובר בהחלטה שניתנה בבקשת הנאשם להתיר לו לערער על פסק דין שבו המיר בית המשפט את סעיף האישום בסעיף קל יותר, ואילו התביעה לא ערערה על פעולה זו; יותר מכך, מניסוחו של פסק הדין כי בית המשפט סבר ש"העובדות מכסות רק אישום קל יותר", ניתן גם ניתן להסיק שהכוונה לסיטואציה ה"רגילה", שבה בית המשפט מזכה מאחר שהוא סבור שבמישור העובדתי או המשפטי לא הוכחו יסודות העברה שבה הואשם הנאשם מלכתחילה, ולא בסיטואציה ה"ייחודית", שבה מוצא בית המשפט להמיר את האישום, אף שהוכחו יסודות העברה המקורית. כעשר שנים לאחר שנדונה פרשת אפרתי, באה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירה לביטול כתב אישום או חלקים ממנו לנוכח פעולה בלתי הגונה של מערכת המשטרה והפרקליטות הצבאית בעניין בר טוב. העתירה נדחתה, אך הנשיא ברק העיר דברים המרמזים כי דעתו נוטה לכך שקיימת סמכות בידי בית המשפט להתערב בצורתו של כתב האישום על בסיס החשש שלא יוכל להעניק לנאשם משפט הוגן:

אכן, נראה כי לבית המשפט שיקול דעת לבטל כתב אישום או חלקים ממנו, משראה שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו. ... זוהי גם בקשתו של העותר, אולם מקומה במסגרת הדין בטענות המקדמיות המועלות בפתיחת המשפט.¹⁰⁶

105 רע"פ 1501/92 לחמני (נחמי) נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 644, 649 (להלן: עניין לחמני).

106 עניין בר טוב, לעיל הערה 42 (ההדגשה הוספה).

ב. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים

פרשת אטרדגי

1. העובדות

סמל אטרדגי הועמד לדין בגין עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, בניגוד לסעיף 94 לחש"ץ, בגין היעדרות משירות מילואים ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ, הנגזרת ממנה.

העובדות אשר עמדו בבסיס כתב האישום לא היו במחלוקת - הוסכם כי צו קריאה לשירות מילואים פעיל נשלח אל כתובת הוריו של הנאשם, היא כתובתו הידועה לשלטונות הצבא, אשר מעולם לא שונתה על ידי הנאשם ברישומי הצבא. הנאשם ביקש מבית הדין לזכותו מהאשמה לפי סעיף 94 לחש"ץ, בין היתר, מהטעם "שאינן מקום לרישום פלילי, מסיבה אחת שקשורה לאופיו הטוב ותרומתו לחברה", ולהמיר אותו בסעיף אחר אשר הרשעה בו איננה גוררת אחריה רישום פלילי. נקבע בבית הדין כי הנאשם נישא בחו"ל לאישה נוצרייה ילידת דנמרק, והוריו, אשר לא השלימו עם נישואיו אלה, ניתקו מגע עמו. נתק זה שרר בינו לבין בני משפחתו גם בעת שנשלחו הצווים האמורים. לנאשם נודע לראשונה שהוא עריק כשפגש אנשי משטרה צבאית לאחר שזומן למשטרת רמלה. הנאשם טען כי אילו ידע על צו המילואים, היה מתייצב. עוד נקבע כי הנאשם עסק בפעילות קהילתית והתנדבותית מגוונת: הוא החל לעבוד בהוסטל לנוער עבריין ושימש כמנהל המוסיקלי של התיאטרון באשקלון. גם כיום פועל המשיב ביחידה השיקומית של בית החולים לחולי נפש בבאר יעקב, מלמד מוסיקה בבית הספר בקיבוץ עינת ועובד ביחידה לקידום נוער בחולון ובאור יהודה, בשילוב של מוסיקה ותיאטרון.

בית הדין של הערכאה הראשונה סבר בדעת רוב שאכן היה מקום להימנע מהעמדתו של הנאשם לדין בעבירה הגוררת אחריה רישום פלילי, וכי סעיף 378 לחש"ץ מקנה לו סמכות לעשות כן. שופט המיעוט סבר שאין בית הדין רשאי לשים עצמו בנעלי התביעה הצבאית ולהימנע מלהרשיע נאשם בעבירה שכל יסודותיה הוכחו בפניו, ושאינן זה מסמכותו של בית הדין לתקן את כתב האישום ולהמיר עבירה אחת ברעותה מבלי שנתבקש לעשות כן על ידי נציגי התביעה.

בית הדין הצבאי לערעורים קבע בפסק דין מפורט, מעמיק ומנומק כי ההסדר הנהוג בבתי הדין הצבאיים צריך להיות זהה לזה הנהוג בערכאות האזרחיות המקבילות. הוא קיבל את העמדה כי סעיף 378 לחש"ץ איננו שולל את האפשרות להכיר בסמכותו של בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק. תכלית החוק מביאה את בית הדין לדעה כי עמדת המחוקק המשתקפת מדברי החקיקה השונים היא כי כתב האישום נשלט על ידי התביעה, ואילו מעורבותו של בית המשפט בכגון דא מוגבלת ומצומצמת היא עד מאד. הוא קובע עוד כי נדרשת הוראה מפורשת של המחוקק על מנת להקנות לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לתקן או לשנות את כתב האישום, ומציין כי אינו סבור כי יש ליתן בידי הערכאה השיפוטית סמכות מעין זו בדרך של פרשנות מרחיבה.

בית הדין מאזכר שורה של פסקי דין שבהם התייחס בית המשפט העליון למעמדה של התביעה הכללית ולסמכויותיה בהקשר לניהול ההליך הפלילי, ומגיע למסקנה כי פסיקת בית המשפט העליון קבעה כי התביעה (הכללית והצבאית כאחת) היא שרשאית לבחור את סעיף האישום אשר בו יואשם נאשם המובא לדין בפלילים, וכי שיקול דעת זה הוא כמעט בלתי מוגבל. מוסיף בית הדין ולמד מהפסיקה כי בחינת סבירות שיקוליו של התובע תיעשה בדרך כלל על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, ולא על ידי הערכאה הדיונית.

בית הדין מוצא בעניין זה כי מתוך בחינת החקיקה בכללותה ניתן להסיק כי המחוקק לא התכוון להקנות לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לשנות את כתב האישום או לתקן אותו בדרך של החלפת סעיף אישום חמור בסעיף קל הימנו שלא לבקשת התביעה או בהסכמתה שעה שבידי התביעה ראיות להוכחת סעיף האישום המקורי מעבר לספק סביר. בשלב הכרעת הדין תהא הערכאה השיפוטית מחויבת להרשיע נאשם בעברה המיוחסת לו אם הוכחו כדבעי כל יסודותיה.

בית הדין מתייחס גם להיסטוריה החקיקתית של החש"ץ ככלי עזר פרשני ומגיע למסקנה כי אף היא תומכת בגישתו.

הוא שואב תמיכה גם מעמדות מלומדים, ובכלל זה אזכר את האמור בספרם של שלגי וכהן כי "ראוי שבית המשפט יכבד את [בחירת סעיף האישום על ידי

התביעה], שכן פעלה בגדר שיקול דעתה¹⁰⁷. עוד אוזכרו דבריה של פרופ' ר' גביון בהתייחסה לדין המצוי (להבדיל מהדין הרצוי)¹⁰⁸. מובאים גם דבריו של המלומד קדמי, אשר מתייחס בספרו לסמכותו של בית המשפט להרשיע בעברה אחרת, אך בסיכום ההלכה אינו מאזכר אפשרות כי בית המשפט ירשיע נאשם בעברה קלה מזו שיוחסה לו בכתב האישום, כאשר העברה שבה הואשם מלכתחילה, הוכחה מעבר לספק סביר. בית הדין מביא את דבריו של קדמי כי "ככלל, בית-המשפט מכבד את בחירת התביעה בכל הנוגע ל[האשמה], ואינו מוסיף [לה] - ובוודאי שלא תוספת מחמירה - מיוזמתו"¹⁰⁹. בית הדין מסכם כי בספרות המשפטית אין לסעיפים 92-1841 לחסד"פ פירוש שונה מזה שניתן על ידי בית המשפט העליון.

בית הדין הצבאי לערעורים בוחן אף עקרונות יסוד של השיטה: עיקרון הפרדת הרשויות, שיטת המשפט האדוורסרית הנהוגה אצלנו והעקרונות הגלומים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את זכותו של נאשם למשפט הוגן. בעניין זה מציין בית הדין כי לא מצא כל זכות המקנה לבית המשפט סמכות להחליף כתב האישום או לתקן אותו בהתבסס על הטענה כי ראוי וצודק לייחס לנאשם אשמה אחרת. לגישתו של בית הדין, האיזון החוקתי אינו מחייב לפרש את סעיפי החוק הרלבנטיים בשונה מהפירוש שניתן על ידיו.

חיזוק לדעתו מוצא בית הדין לאחר עיון במשפט המשווה.

מכאן עבר בית הדין לדון במקורות משפטיים אחרים שעשויים להקים את הסמכות הנדונה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק והגנת זוטי דברים.

לאחר אזכור פסיקת בית המשפט העליון בפרשת הבנקאים¹¹⁰ ופסיקת בית הדין לערעורים שניתנה בעקבותיו, התייחס בית הדין למאמרו של אסף פורת, "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי"¹¹¹. במאמר זה מצוינים שלושת ערוצים שונים להפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק שהוכרו בפסיקת בתי המשפט בישראל, באנגליה ובארצות הברית:

107 שלגי וכהן לעיל הערה 29, בע' 403.

108 ר' גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א) - 275-274.

109 קדמי, לעיל הערה 70, בע' 930.

110 לעיל הערה 42.

111 קרית המשפט א (התשס"א) 381.

א. הגנה מן הצדק מטעם של השתק פלילי (estoppel) - לערוץ זה שלושה היבטים: דוקטרינת "הפח היקוש" (entrapment), דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות (outrageous conduct), ודוקטרינת ההסתמכות (reliance).

ב. הגנה מן הצדק בשל שיקולים של צדק (abuse of process) - לפי ערוץ זה, הגנה מן הצדק תקום כאשר נמצא ליקוי בפעולת התביעה, ובכלל זה נבחנת שאלת תום לבה של התביעה בהגשת האישום (למשל אכיפה סלקטיבית או אפליה בהעמדה לדין), או כאשר הייתה פגיעה פרוצדורלית בנאשם, כמו עיכובים בלתי סבירים בפתיחת ההליך הפלילי או התמשכות קיצונית של ההליכים המשפטיים.

ג. הגנה מן הצדק בשל העמדת הנאשם ב"סיכון כפול" (double jeopardy) - ערוץ זה כולל, בין היתר, טענות בדבר שפיטה על ידי התקשורת או על ידי טריבונלים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים¹¹².

בית הדין מציין כי אם מתקבלת טענה שעניינה הגנה מן הצדק, מתבטל כתב האישום. הוא שואל את עצמו האם ניתן לבטל מכוח הגנה זו חלק מסעיפי האישום הכלולים בכתב אישום שבו מספר פרטים. אפשר לומר כי צעד קיצוני כל כך כמו ביטול אשמה פלילית ייעשה רק כאשר כל כתב האישום נגוע בחוסר צדק או בחוסר הגינות קיצוני של הרשות, ולכן ספק אם בית המשפט יזקק לטענה כה חריגה וקיצונית במהותה כאשר מדובר בהשגה על פרט אישום אחד בלבד. הספקות מתגברים כאשר בית המשפט מתבקש לתקן סעיף אישום או להחליפו באחר. בית הדין ציין כי על פני הדברים נראה שהשימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק למטרה זו מוטל בספק, אך הותיר את השאלות בצריך עיון.

בית הדין גם בחן את תחולת הגנת "זוטי הדברים" על עניינו של המערער ומצא כי עברת העדר מן השירות אינה עברה קלת ערך גם אם היא מתבססת על חוקה שבדין.

2. בחינה ביקורתית של פסק הדין

זו השעה להעמיד את ממצאיו של בית הדין לערעורים במבחן הביקורת המשפטית.

112 שם, בע' 393-408.

הנתיב אשר בו בחר בית הדין לפסוע, ושעליו עמדנו בהרחבה לעיל, הוביל אותו לקבוע כי יש לפרש את סעיף 378 לחש"ץ (ואת מקבילו בחסד"פ) באורח מצומצם, דהיינו בית הדין אינו מוסמך לשנות סעיף אישום אם הוכחו יסודותיו העובדתיים. רוב קביעותיו של בית הדין, ובכלל זה המשעול המשפטי שבו הלך, נראים לנו נכונים וראויים. אלא שהאיזון שערך בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו במספר עניינים, נראה לי שגוי, וכפועל יוצא הגעתי לממצאים משפטיים שונים.

א. הערות כלליות

טענות בדבר הפליית הנאשם לרעה על ידי התביעה ביחס לנאשמים אחרים באותה פרשה או בעניינים דומים וטענות אחרות המכתימות את פעולת התביעה בפגם מנהלי חמור, כגון שרירות לב, חוסר תום לב, שיקולים זרים או מטרות, עשויות, לטעמי, להצדיק במקרים המתאימים את המרת סעיף האישום. נראית לי נכונה עמדת בית הדין לערעורים בדבר שאיפה להרמוניה בין המצב המשפטי בערכאות אזרחיות ובין המצב בערכאות צבאיות. אמנם בית הדין הצבאי איננו מוסמך להטיל עונשים בלא הרשעה כפי שרשאי לעשות בית משפט פלילי "רגיל", אך דבר זה כשלעצמו איננו מצדיק יצירת פער חוקי כה רחב בין הערכאות השיפוטיות השונות.

ב. פרשנות סעיף 378

בית הדין מכיר בכך שסעיף 378 מנוסח באורח העשוי לסבול את שתי הפרשנויות. עם זאת, הוא מבקש ללמוד מהוראות דברי החקיקה בכללם (החסד"פ והחש"ץ) על פרשנותו של הסעיף. לדעתנו, בחינה כוללת זו איננה תומכת בגישה המצרה דווקא.

העובדה כי התביעה, והיא בלבד, מוסמכת לפתוח בהליך המשפטי, אין בה כדי ללמד דבר וחצי דבר על היקף סמכותו של בית הדין לבקר את פעולותיה. אכן, לכל רשות מנהלית מוקנות סמכויות; כל עוד פעלה בגדרן של ד' אמות סמכותה בתום לב, בלא לשקול שיקולים זרים ולא על מנת לחתור להשגת מטרות זרות ביישום סמכות זו, אין איש רשאי להתערב בהחלטותיה. עם זאת, והדבר מקובל גם על בית הדין הצבאי לערעורים, כאשר סתה התביעה מהכללים אשר גובשו במשפט

המנהלי, היא תהא חשופה לביקורת שיפוטית בפעולותיה, ובית משפט מוסמך יהיה רשאי לצוות עליה לפעול אחרת.

לפיכך השאלה היחידה העומדת על הפרק היא האם בית המשפט הדין בדבר יורשה לשנות מהוראות התביעה, או שמא עליו להפנות את הנאשם אל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אף שסבר שנפל פגם חמור בפעולת התביעה.

דומה שבית הדין לערעורים מבקש בעניין זה לסמוך על התביעה כי תדע להיות קשובה לרחשי לבו של בית הדין ולהתייחס במלוא כובד המשקל להמלצותיו¹¹³. הנחה זו מופרכת לעתים מזומנות במקומותינו. חיזיון נפרץ הוא כי בית הדין מציע לתביעה לשנות מגישתה באשר לסעיף האישום הנכלל בכתב האישום הנדון בפניו, הן מפאת טעמים של צדק והגינות והן מטעמים ראיתיים, ואילו התביעה דוחה אחר כבוד הצעה זו ומותירה את כתב האישום על כנו. לא למותר לציין כי בפרשת אטדגני עצמה המליץ בית הדין לתביעה להמיר את סעיף האישום בסעיף אשר איננו נושא אחריו כתם פלילי, וחרף זאת עמדה התביעה במריה. הדבר אף בא לביטוי מפורש פה אחד בפסק דינו של בית הדין המחוזי. בית הדין מתח ביקורת על התביעה בעניין זה וציין כי לא הייתה זו הפעם הראשונה שבה המלצותיו של בית הדין לשינוי סעיף האישום הושבו ריקם. האם בנסיבות אלו ראוי הוא שההלכה הפסוקה תשים יתרה על רצונה הטוב של התביעה ועל היענותה להמלצות בית הדין? אתמהא.

על כל פנים, לא מצאתי בשורת האסמכתאות אשר אוזכרו על ידי בית הדין לערעורים, ולו אחת אשר מלמדת כי דווקא בג"ץ, והוא בלבד, יהיה מורשה להתערב בשיקול דעתה של התביעה.

לא מצאתי גם אסמכתא לכך שעל מנת להקנות סמכות שכזו לערכאה הדיונית "נדרשת הוראה מפורשת" של המחוקק. בית הדין לערעורים מציין כי "אין חולק" על כך¹¹⁴. עם כל הכבוד, דעתי היא כי הקניית סמכות הבאה להגן על זכויות יסוד לערכאה שיפוטית איננה חייבת להיעשות בצורה מפורשת. סמכות כזו¹¹⁵ נובעת מחוק היסוד וגלומה בו, והיא מקרינה על כל החקיקה, אשר מתפרשת לאורו.

113 וראו בעניין זה דבריו המפורשים בעו"מ 54/01 / התובע הצבאי הראשי נ' טור' דנוך (טרם פורסם).

114 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 13.

115 בדומה לסמכות להצהיר על בטלות דבר חקיקה של הכנסת. ראו ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'; גבעת יואב - מושב עובדים להתיישבות

ניסיונו של בית הדין לערעורים לשאוב תמיכה לגישתו מהשוני הלשוני בין הוראת סעיף 125 לחוקת השיפוט הצבאי לבין הוראת סעיף 378 לחש"פ אינו נראה לי. ספק גדול בעיניי אם בהחלפת המילים, "באופן שיראה לצורך", במילים, "כפי שימצא למתאים", התכוון המחוקק לצמצם במשהו את סמכותו של בית הדין. המונח, "כפי שימצא למתאים", הוא רחב דיו כדי לכלול את דרך הפירוש המרחיבה. גם אם שיקולי ה"צדק" הערטילאיים אינם עוד יכולים להוות עילה בלעדית להמרת סעיף אישום, עילה שבדין, כגון פגם חמור שנפל בפעולת התביעה, עשויה גם עשויה להצדיק זאת.

דומה שגם הניסיון ללמוד מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 92 לחסד"פ איננו מעלה דבר. מובן וברור כי דברי ההסבר והפסיקה התמקדו במצב שבו מבקש בית הדין להמיר סעיף אישום כאשר לא הוכחו היסודות העובדתיים של סעיף האישום הראשי. העדר "כל אזכור, ולו ברמז, לאפשרות כי בית המשפט ירשיע ביוזמתו בעבירה קלה יותר, משהוכחה העבירה המקורית"¹¹, כלשון בית הדין לערעורים, איננו מלמד, לטעמי, על שלילת הסמכות דווקא. יותר מכך, יש להעדיף פרשנות הוראת חוק באופן העולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם, ולא עם קיפוחן, גם אם מלכתחילה לא התכוון המחוקק להקנות סמכות זו לבית הדין.

בית הדין הצבאי לערעורים הכיר בכך שלא הועלתה בפני בית המשפט העליון טענה מפורשת ומנומקת בדבר סמכותו של בית משפט לתקן כתב אישום מטעמים של צדק או להרשיע בעברה אחרת מטעמים שכאלה. בכך יש חיזוק לגישתנו זו. יותר מכך, גם אם נראה את פסק הדין בעניין אפרתי¹¹ כקובע את ההלכה בסוגיה שבה עסקינן, ייתכן גם ייתכן שחוק היסוד מתווה דרך פרשנית שונה, שכן הוא נחקק ונכנס לתוקפו לאחר מתן פסק הדין האמור. אין גם, לטעמי, להתעלם כלל ועיקר מהשלכותיו של פסק הדין בעניין לחמני. הנשיא שמגר מציין שם במפורש כי הנאשם "הודה בעובדות גם כשנשאו כותרת חמורה יותר מבחינת האישום", וכי

חקלאית שיתופית ואח' נ' שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ ואח'; ד' נחמיאס ואח' נ' כפר ביאליק
כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221.

116 עניין אטדגי, לעיל הערה 2, בפסקה 14.

117 לעיל הערה 1.

לפיכך רשאי היה בית המשפט "מיוזמתו להמיר את האישום לקל יותר"¹¹⁸. בדברים אלה ניתן לראות משקל נגד להלכת אפרתי. ספק אם יש בדברי המלומדים המובאים בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, כדי לתמוך תמיכה של ממש בגישתו. כך, למשל, הדברים האמורים בספרם של שלגי וכהן¹¹⁹, מבוססים על פסק הדין בעניין אפרתי; אין בהם כל התייחסות להשלכות חוק היסוד על הסוגיה. פרופ' ר' גביון אכן מציינת כי במסגרת סמכותו של בית המשפט ניתן להרשיע בעבירה חמורה פחות מזו שהובאו ראיות אודותיה¹²⁰, אך אין מדובר "[ב]מקרה בו לא הובאו די ראיות להרשעה בעבירה אחרת", כדברי בית הדין לערעורים¹²¹. דבריה אלה באים להשיב על השאלה "...אם בית המשפט רשאי שלא להרשיע אף אם יש די ראיות על-מנת להרשיע, ובאיזה שלב מותר לו לעשות זאת"¹²². גם דבריו של קדמי¹²³ אינם יכולים לתמוך בעמדת בית הדין הצבאי לערעורים. קדמי מצייין, והדבר צוטט בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, כי, "ככלל", מכבד בית המשפט את בחירת התביעה ואינו מוסיף להאשמה, "ובוודאי שלא תוספת מחמירה". "ברם", מוסיף הוא, "הגישה המקובלת היא ש[בית המשפט] מוסמך להרשיע עפ"י העובדות שבכתב האישום גם בעבירות שלא צוינו בו"¹²⁴. מדברים אלה עולה כי קדמי מכיר בקיומה של אפשרות (יוצאת מן הכלל אמנם) כי בית המשפט יימנע מלכבד את בחירת התביעה לגבי סעיף האישום הנדון, והדבר נלמד מהסייג שאותו צירף השופט קדמי לדבריו "ובוודאי שלא תוספת מחמירה". שמע מיניה - **תוספת (או שינוי) מקל הוא בגדר סמכותו של בית המשפט**. כן דן הוא במקרה שבו "הוכחו במהלך הדיון עובדות שלא נטענו בכתב האישום, ויש בכוחן - כשלעצמן או יחד עם העובדות שנטענו בכתב האישום - לבסס הרשעה בעבירה "אחרת" מזו שצוינה בהוראות החיקוק (אם בנוסף לאותה עבירה ואם

118 עניין לחמני, לעיל הערה 105, בע' 649.

119 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 107.

120 גביון, לעיל הערה 108, בע' 275.

121 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 14.

122 ראו גביון, לעיל הערה 108, בע' 274.

123 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 109.

124 ראו קדמי, לעיל הערה 70, בע' 930.

במקומה) - רשאי בית המשפט להרשיע בעבירה האחרת¹²⁵. ודוקו, המדובר בעבירה "אחרת", לאו דווקא עבירה חמורה יותר מזו שיוחסה לנאשם בכתב האישום.

ג. עקרונות היסוד של השיטה

עיקר ביקורתנו כלפי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים נוגעת לדרך שבה יישם את עקרונות היסוד של השיטה על הסוגייה. אנו סבורים כי עקרונות היסוד הישימים לצורך דיונו אינם רק עיקרון הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית הנהוגה במשפט הישראלי, כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים. האם עיקרון השוויון, כבוד האדם, וזכותו להליך הוגן אינם עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית הנוגעים במישרין לסמכותו של בית המשפט כערכאה דיונית להמיר סעיף אישום שבו דבקה התביעה? האם דינם של עקרונות יסוד אלו להידחות בכל מקרה ובכל מצב מפני עיקרון הפרדת הרשויות ותפיסתה האדוורסרית של שיטת המשפט הישראלית? טלו, לדוגמה, מקרה שבו ברור כי התביעה נהגה בנאשם שלא כראוי בהגשת כתב האישום בכך שמצאה להאשימו בפלילים בסעיף אישום חמור בגין פעולה אשר חלקה אושר על ידי רשות מוסמכת, וחלקה האחר מקים עבירה קלת ערך יותר. האם הזכות להליך הוגן, המופרת כאן, הזועקת לשמיים בדרישה לעריכת תיקון העוול על ידי המרת סעיף האישום, חייבת לסגת מפני עיקרון הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית? טלו מקרה אחר, שבו תוך שקילת שיקולים זרים ופסולים (כגון ניסיון "לתפוס" את הנאשם בתחולת חוק השיפוט הצבאי למרות שהעבירה על פי לבושה המשפטי המקובל איננה מאפשרת זאת) התביעה מאשימה נאשם בעבירה חמורה (פשע) במקום בעבירה קלה יותר (עוון). תוך שהיא חורגת בעניין זה ממדיניותה המוצהרת. היעלה על הדעת שבמקרה שכזה עיקרון הפרדת הרשויות יגבר על זכותו של נאשם לכבוד, לחירות ולשוויון?

באיזון החוקתי המוכר בין אינטרסים חוקתיים מתנגשים לעיקרון הפרדת הרשויות ולמהותה של השיטה האדוורסרית יישמר משקל ראוי. אך איזון כשמו כן הוא. הוא איננו מסתפק בבחינת אינטרס אחד או שיקול אחד, חשוב ככל שיהיה. אל מולו יעמדו שיקולים ואינטרסים חשובים אחרים, ויהיו, מן הסתם, מקרים שבהם

125 שם, בע' 931 (ההדגשה הוספה).

תהיה ידו של אינטרס אחר על העליונה, והכול על פי אופי הפגיעה בכל אחד מהאינטרסים המתמודדים על הבכורה. עומד על כך השופט (כתוארו דאז) פרופ' ברק:

לעיקרון חברתי ... אין משקל "מוחלט". משקלו של עיקרון חברתי הוא לעולם יחסי. מעמדו של עקרון יסודי נקבע תמיד ביחס לערכים אחרים, שעמם עשוי הוא להתנגש. לא הרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לחופש התנועה כהרי משקלו ביחס לטוהר השיפוט, ולא הרי שני אלה כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לשם הטוב או לפרטיות, ולא הרי כל אלה כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לאינטרס הציבורי בביטחון ובשלום...¹²⁶

"נוסחת האיזון" משקפת ערך יחסי זה. מכאן, שמספרן של נוסחות האיזון כמספרם של הערכים המתנגשים. אין לחפש נוסחת איזון אחת ויחידה, אשר תאזן בין כל הערכים האחרים.¹²⁷

על כל פנים, אינני סבור שעקרונות אלו, הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית, מחייבים בכל מקרה דחייה של כל עיקרון חשוב אחר בלא התייחסות לעומק הפגיעה בכל אחד מאלה.

בית הדין הצבאי לערעורים מציין כי בשיטתנו המשפטית סעיפי הפרוצדורה הפלילית אשר מאפשרים מעורבות של בית המשפט, נועדו, בעיקרו של דבר, **למנוע שחרורו של נאשם ממתן הדין כשלא עלה בידי התביעה להוכיח את אשמתו כנטען בכתב האישום**, אך ניתן עדיין להרשיעו על פי חומר הראיות שהובאו במשפט, בעברה אחרת, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני האשמה החדשה. עם עמדה זו, בכל הכבוד הראוי, איננו יכולים להסכים.

מעורבותו של בית משפט פלילי בהליך המתנהל בפניו נועדת בראש ובראשונה לקדם את סיכוייו להצליח במשימתו שלו עצמו, והיא **להוציא את האמת לאור ולפסוק משפט צדק**. זה הטעם לכך שבית המשפט הפלילי מורשה לזכות נאשם מיזמתו אם לא הוכחה האשמה אף לכאורה בסיום פרשת התביעה (סעיף 158

126 בג"ץ 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד (5) 189, 205.

127 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 67, בע' 217.

לחסד"פ), להורות על הזמנת עד אפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט, להורות על הבאת ראיות אחרות אף מיוזמתו (סעיף 167 לחסד"פ) ולחקור עד לאחר שבעלי הדין סיימו את חקירתם (סעיף 175 לחסד"פ).

יוצא מכאן כי מטרת מעורבותו של בית המשפט בהליך, על פי שיטתנו המשפטית, איננה מוגבלת כלל ועיקר לדאגה לכך שהנאשם ייתן את הדין על מעשיו, אלא לעשיית צדק, וכאשר אלה פני הדברים, נקודת המוצא צריכה להיות כי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית מחייבים פרשנות מרחיבה של סמכויותיו הדיוניות של בית המשפט כך שהכבלים המקשים עליו להגיע לתוצאה צודקת יוסרו מעל כתפיו. זו גם הרוח אשר יש לקרוא לתוך סעיף 378 לחש"ץ.

ד. השלכות חוק היסוד

סוגיה קרובה אשר נדונה בפסק דינו של בית הדין לערעורים וראויה, לטעמי, להתייחסות ביקורתית, היא השלכות חוק היסוד על סמכותו של בית המשפט להמיר אישום.

בית הדין מציין כי לא מצא כל זכות "שמשמעותה מתן סמכות לבית המשפט להחליף או לתקן כתב האישום אותו הגישה התביעה, בהתבסס על הטענה כי ראוי וצודק היה לייחס לנאשם אשמה אחרת"¹²⁸. הנאשם זכאי לדעת, כך בית הדין, מה האשמה המיוחסת לו, ושמפניה עליו להתגונן, אך זכויותיו הדיוניות אינן כוללות כל זכות לשינוי כתב האישום או להרשעה בעברה קלה יותר כאשר ניתן להרשיעו בעברה שיוחסה לו מלכתחילה.

אכן, הגישה הגורסת מתן סמכות לבית הדין להמיר סעיפי עברה למרות שהסעיף המקורי הוכח עובדתית, איננה מבקשת לקבוע קיומה של זכות חוקתית לנאשם שיתוקן כתב האישום על ידי בית הדין רק מאחר שעל פי ראות עיניו, היה זה ראוי או צודק יותר לייחס לנאשם אשמה אחרת. כל שגישה זו מבקשת לטעון, הוא כי כאשר נפגעת זכות חוקתית של הנאשם על ידי רשויות החקירה או התביעה על ידי דרך התנהלותם של גורמים שלטוניים אלה, וברור כי נגרם לנאשם עיוות דין כפועל יוצא של פגיעה זו, מן הדין הוא שבין הסעדים החוקתיים המוקנים לבתי המשפט

128 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 19.

לתיקון העוול ייכלל גם הסעד שעניינו המרת סעיף האישום באופן שבו יוסר הפגם החמור אשר נוצר כתוצאה מפעולת הרשות.

אין חולק על כך שהריבונות על כתב האישום מסורה בידי הפרקליטות. אין כל ספק כי עיקרון הפרדת הרשויות מחייב שמירה על ריבונות זו ונקיטת גישה זהירה על ידי בית המשפט בפלישותיו אליה. עם זאת, יהיו מקרים אשר בהם עקרונות חוקתיים יחייבו את בית המשפט הדין בעניין להושיט סעד לנאשם בגין "עוולה חוקתית" או פגיעה בזכות חוקתית (כגון הזכות לשוויון או להליך הוגן); סעד זה עשוי ללבוש צורה של התערבות בתוכן כתב האישום אשר הוגש נגד הנאשם, גם אם יסודותיו המקוריים של כתב האישום הוכחו כדבעי.

ה. הגנה מן הצדק

בית הדין מצטט בפסק דינו ממאמרו של המלומד, א' פורת¹²⁹. כאמור, מאמר זה מציע להרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק כך שתכלול שורה של עילות להפעלתה:

א. השתק פלילי המקים את ההגנה: דוקטרינת "הפח היקוש"; דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות; דוקטרינת ההסתמכות.

ב. שיקולים של צדק או פגיעה בזכות למשפט הוגן: אכיפה סלקטיבית או אפליה בהעמדה לדין; עיכובים בלתי סבירים בפתירת ההליך הפלילי; התמשכות קיצונית של ההליכים המשפטיים.

ג. סיכון כפול שבו הועמד הנאשם: שפיטה על ידי התקשורת; שפיטה על ידי טריבונלים שיפוטיים ומעין שיפוטיים.

דומה שבית הדין איננו מתכחש לחיוניות שבהרחבת דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעבר לגבולות הצרים שנקבעו לה בפסיקת בית המשפט העליון. הוא אמנם מותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם דוקטרינה זו עשויה להצדיק ביטול של סעיף אישום אחד מתוך כתב האישום, אך מציין כי ספק בעיניו אם מכוחה ניתן לתקן או להחליף סעיף אישום.

עם עמדה זו, עם כל הכבוד, אינני יכול להסכים.

129 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 111.

לטעמי, המרובה חייב להכיל את המועט. אם מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשוי בית משפט לעצור כליל את ההליכים נגד נאשם ולזכותו מכל כתב האישום, הייתכן שהוא לא יהיה מורשה לזכותו מפרט בודד אשר לגביו, ולגביו בלבד, נפל הפגם החמור אשר מצדיק הימנעות מהמשך ההליכים נגד הנאשם? הייתכן שבית המשפט יהיה מוסמך לבטל כליל אישום מחמת פגיעה בזכויות הנאשם, אך הוא לא יהיה מוסמך להמיר פרט אישום בפרט אחר, חמור יותר, כתגובה על אותה פגיעה? מדוע ראוי להעמיד את בית המשפט אשר מגיע למסקנה כי נפגעו זכויותיו של נאשם במידה המחייבת נקיטת אמצעים לתיקון המעוות, בפני הברירה הדיכוטומית: לבטל כליל את כתב האישום כולו - ובכך לפגוע יותר מהנדרש באינטרס הציבורי ובאינטרסים פרטיים (של קרבן העברה, לדוגמה), או להותירו על כנו ככתבו וכלשונו תוך הבלגה על פגיעה קשה בזכויות הנאשם הנוגעת לאחד מפרטי האישום בלבד או המצדיקה הרשעת הנאשם בעברה חמורה פחות? לא מצינו בפסק דינו המפורט של בית הדין לערעורים הסבר לשאלה נוקבת זו, אשר יורדת, כך דומה, ליסודה של הסוגיה הנדונה כאן ובפסק הדין.

התוצאה כי אחד האינטרסים המוגנים חייב לסגת, איננה מתיישבת, לטעמי, עם הרוח הנושבת מחוק היסוד, כי יש לדאוג לכך שפגיעה באינטרס מוגן לעולם תהיה מידתית. כאמור בספרו של פרופ' א' ברק,

פסקת ההגבלה גורסת כי האמצעים שהחוק צריך לנקוט להשגת התכלית הראויה צריכים להיות על-פי המידה הראויה. לשם כך עליהם להתאים הגיונית להשגת המטרה, לפגוע בזכות האדם במידה הקטנה האפשרית, ולשמור על יחס ראוי בין פגיעה בזכות לבין הזכות הנפגעת. בכך קובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איזון עדין בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין טובת הכלל. איזון זה נעשה על-מנת להכיר בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין.¹³⁰

130 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 67, בע' 547 (הערות שוליים הושמטו).

ג. פסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים

אין למצוא אחדות בפסקי בתי הדין המחוזיים אשר דנו בשאלה העומדת על המדוכה. עם זאת, המגמה המסתמנת מרובם היא של דחיית הטענה כי לבית הדין נתונה הסמכות להמיר סעיפי אישום.

בעניין מוסקילוב¹³¹, שנדון בפני בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון, נתבקש בית הדין לצוות על המרת סעיף אישום שעניינו שימוש בסם, בעברה שעניינה אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לאחר שהנאשם הודה בעובדות כתב האישום. הבקשה התבססה על נסיבותיו הייחודיות של ביצוע המעשה - יום אחד לאחר גיוסו של הנאשם לשירות.

הסנגור ביסס את בקשתו במישור הסמכות על השפעות חוק היסוד על פרשנותו הראויה של סעיף 378 לחש"ץ וטען כי פיתוח תורת ההגנה מן הצדק וסייג זוטי הדברים מלמדים על כוונה להעניק לבתי המשפט כלים שלא להרשיע אדם למרות שהוכח שעבר את העבירה המיוחסת לו, אם ראה בית הדין שאין אינטרס ציבורי להרשיעו. עוד הפנה הסנגור לסמכותו של בית משפט אזרחי להורות על העמדתו של נאשם במבחן בלא להרשיעו למרות שהוכח בפניו שהעברה אכן נעברה.

בית הדין דחה את טענות הסנגור. הוא עמד על האינטרסים הצבאיים המיוחדים המחייבים הטלת כתם פלילי במקרים מסוימים ובגין עבירות מסוימות גם כאשר הללו נעברו בנסיבות קלות, והפנה לסעיף 9 לחוק היסוד, המאפשר פגיעה בזכות יסוד של המשרת בצה"ל במידה הנדרשת מאופיו ומהותו של השירות הצבאי. בית הדין גם ציטט מפסיקת בית המשפט העליון התומכת בגישתו כי קיים הבדל רלבנטי בין חיילים לבין אזרחים בכל הנוגע לאופי הטיפול המשפטי הראוי להינקט נגדם בגין ביצוע עבירות מסוימות¹³². מכל אלה הגיע בית הדין למסקנה כי לא הוקנתה לו הסמכות לבחון לאחר הגשת כתב אישום את השאלה אם בעת שהורתה הפרקליטה על הגשת כתב האישום, היא שגתה בהפעלת שיקול דעתה, ולפיכך החלטתה היא בלתי סבירה.

131 צפ"פ 501/98/תובע הצבאי נ' טור, מוסקילוב (לא פורסם).

132 בעניין זה ראו בג"ץ 5000/95 ואח' ברטלה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64.

בית הדין מצביע על הוראות החש"ץ הנותנות בידי הפרקליט את הסמכות ואת שיקול הדעת להורות על מהותן של העבירות הנכללות בכתב האישום. בית הדין מוסמך לדון בטענות טרומיות אשר זכרן בא בחש"ץ, ואשר

אין להן כל קשר לשיקול דעתו של הגורם, אשר הורה על הגשת כתב האישום, אלא בנושאים, העולים במישרין מגוף כתב האישום ... הוראות החוק אינן מאפשרות לנאשם להעלות טענות כנגד שיקול דעתה של הפרקליטה אשר הורתה על הגשת כתב האישום, למעט סיטואציות בהן יכול נאשם להעלות טענות כנגד ההוראה להגיש כתב-אישום...

בית הדין מציין כי לא בחוק היסוד ואף לא בטענת ההגנה מן הצדק קיים מקור לסמכות אשר לא הוענקה בחש"ץ. הדרך לקבל את הסעד המבוקש היא פנייה אל הפצ"ר או אל בג"ץ.

לפי עמדת בית הדין, סעיף 378 לחש"ץ צריך להתפרש פרשנות דומה לזו של סעיף 92 לחסד"פ, המתיר לבית משפט לתקן את כתב האישום על פי בקשת בעל דין כשהראיות שנפרסו בפניו, לא יכולות היו להביא להרשעת הנאשם בעברה המיוחסת לו, או כאשר עוד בטרם החלה התביעה לפרוש את ראיותיה, מתברר שאין בידיה די ראיות להוכחת העברה המקורית, והיא מבקשת להמירה בעברה אחרת.

גם הניסיון להשתמש בסעיף 382 לחש"ץ כדי לאפשר את המרת הסעיף המבוקשת נדחה שכן הוא נועד, לפי הפסיקה, לתת פתרון למצבים שבהם מסכת העובדות המקורית שבאה בכתב האישום, אינה תואמת את העובדות שהוכחו לאחר מכן בדיון גופו. חוסר התאמה זה הוא תנאי יסודי להפעלת הסעיף. עמדה זו מבסס בית הדין גם על דברים שנאמרו בעניין נמרודי, כי ראוי לשמר את ההפרדה בין תפקידי התביעה לבין תפקידי בית המשפט:

ברגיל, דומה כתב האישום המוגש לבית המשפט ל"גופה" המונחת על שולחנו של מנתח ... אשר צריך לנתחה.¹³³

133 ת"פ (ת"א) 5880/95 מדינת ישראל נ' נמרודי (לא פורסם).

גישה דומה ניתן למצוא בפסק דין אחר של בית דין צפון, עניין בן שושן, שבו נתבקש בית הדין להמיר את העבירה של העדר מן השירות, שבה הואשם הנאשם, בעבירה צבאית שאין עמה רישום פלילי, לנוכח אורך תקופת ההיעדרות (12 ימים). בית הדין חזר כאן על העמדה שלפיה סעיף 184 לחסד"פ, מקבילו הצבאי של סעיף 382 לחש"ץ, נותן בידי בית הדין סמכות להרשיע בעבירה אחרת רק אם הוכחו בפניו עובדות שלא נטענו בכתב האישום, או שנטענו בכתב האישום, אך נוספו אליהן ראיות חדשות המוכיחות עובדות נוספות. בית הדין מציין כי סעיף 382 לחש"ץ נועד לתת בידי בית הדין הזדמנות לשנות סעיפי עבירה במצב שבו מדובר בעבירה שלא בא זכרה בכתב האישום, אך יסודותיה הוכחו במשפט, או שזכרה אכן בא בכתב האישום, אך בית הדין מוצא להחליפה בעבירה קלה יותר מחמת העובדות שנפרסו בפניו בעת המשפט גופו¹³⁴.

נאמן לגישתו דחה בית הדין הצבאי במחוז צפון גם במסגרת עניין אברהמי¹³⁵ בקשה להמיר סעיף אישום שעניינו שימוש בלתי חוקי בנשק, בעבירה קלה יותר תוך שהוא חוזר על נימוקיו מעניין מוסקילוב¹³⁶. גישה דומה ננקטה בעניין שאול¹³⁷. בית דין צבאי מרכז הלך בעקבות ההחלטות האמורות שניתנו בבית דין צפון, ובמסגרת עניין קליין דחה בקשה להמיר סעיף של תקיפה בסעיף של אלימות כלפי חייל תוך שהוא מציין כי איננו מוסמך לעשות כן. הוא ציטט ציטוט נרחב מהחלטתו של בית דין צפון בעניין בן שושן¹³⁸ והוסיף:

נמצא כי אין דרך מוכרת וקיימת להיעתר לבקשת הסניגור ומקום בו אין מחלוקת על העובדות ועל כך שעולות הן כדי עבירת תקיפה, אין מנוס מלהרשיע על פיהן.¹³⁹

134 צפ"פ 557/98 / התובע הצבאי נ' טור' בן שושן (לא פורסם).

135 צפ"פ 448/98 / התובע הצבאי נ' סמ"ר אברהמי (לא פורסם).

136 לעיל הערה 131.

137 צפ"פ 127/99 / התובע הצבאי נ' סג"ם שאול (לא פורסם).

138 לעיל הערה 134.

139 מר"פ 230/99 / התובע הצבאי נ' סמל קליין (לא פורסם) (ההדגשות הוספו).

בשני מקרים נתקבלה הטענה שבה אנו עוסקים, על ידי בתי הדין הצבאיים המחוזיים.

שני פסקי הדין הללו עמדו לערעור בפני בית הדין הצבאי לערעורים¹⁴⁰, ובשני המקרים הורשעו הנאשמים בעבירות המקוריות שבהן הואשמו, תוך שנקבע כי בית הדין איננו מוסמך להתערב בשיקול דעתה של התביעה בבחירתה את סעיף האישום שבו יואשם הנאשם.

בעניינו של אטדגי בבית הדין במחוז שיפוט צפון החליט בית הדין בדעת רוב להמיר סעיף אישום של העדר מן השירות בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחש"ץ.

רוב השופטים קיבלו את טענות הסנגור כי הנוסח בסעיף 378 בחש"ץ, "כפי שימצא למתאים", הוא בעל רקמה פתוחה, מעין מונח שסתום, שתוכנו עשוי להשתנות עם שינוי החיים והנסיבות. הם קיבלו את הטענה כי טעמים של צדק מאפשרים שינוי סעיף האישום, מכיוון שאם הוכרה סמכות בית המשפט לבטל כליל כתב אישום מטעמים של צדק, הוא בוודאי מורשה לעשות פחות מכך - להמיר פרט אישום חמור בפרט אישום מקל יותר אם הדבר נראה בעיניו צודק. כמו כן נתקבלה העמדה כי הסמכות לזכות מפאת סייג זוטי דברים משליכה אף היא על הצדקת העמדה כי בית המשפט רשאי להמיר סעיף אישום על פי שיקול דעתו.

כל שופטי בית הדין הסכימו, שבמקרה זה, היה ראוי, כי התביעה תתקן את כתב האישום ותכלול בו פרט אישום קל יותר מפאת שורה של טעמים אשר נמנו שם, אולם נחלקו בדעותיהם בשאלה אם קיימת בידי בית הדין הסמכות לפעול כך. שופט המיעוט חזר על העמדות שהובעו בפסקי הדין האחרים אשר צוטטו לעיל, תוך חזרה על העמדה כי התביעה היא השליט הבלעדי על כתב האישום, וכי לפיכך אל לבית המשפט להתערב בשיקול דעת זה. הוא חזר וציטט את הלכת אפרתי¹⁴¹ ודחה את הניסיון לפרש את סעיף 378 באורח מרחיב, כמוצע על ידי הסנגור. הוא העלה את החשש שמא פרשנות שכזו תגרור את בית הדין להיות זרועה הארוכה של התביעה. המטרה הכללית של הסעיף איננה ליתן בידי בית הדין סמכות לבחון את שיקול

140 המקרה האחד הוא עניינו של אטדגי, לעיל הערה 2, והאחר הוא עניין דנוך, לעיל הערה 113.

141 לעיל הערה 1.

דעתו של הפרקליט בשלב הגשת האישום. לדידו, אף חוק היסוד לא נועד להקנות לבית הדין סמכות שכזו. כל עוד לא שונה החש"ץ, אין בית הדין מורשה, לדעת שופט המיעוט, לפעול כמבוקש ממנו אף כי הוא סבור שראוי שהחוק יתוקן בעניין זה כך שיקנה בידי בית הדין הצבאי סמכות לקבוע אם עברה תירשם במרשם הפלילי, אם לא¹⁴².

המקרה הנוסף שבו הסכים בית דין צבאי מטעמים דומים להמיר סעיף אישום כאמור, הוא עניינו של דנבך בבית הדין במחוז שיפוט עורף¹⁴³.

בחינה ביקורתית של החלטות בתי הדין הצבאיים המחוזיים

מספר נימוקים מרכזיים הוליכו את בתי הדין המחוזיים לדחות באותם מקרים שהזכרנו, את הטענה כי הם בעלי סמכות להמיר סעיף אישום למרות שהוכחו יסודותיו. נבחן אותם להלן לגופם כסדרם.

1. קיים אינטרס צבאי מובהק לטפל בעברייני סמים בצורה מחמירה יותר מזו הנקוטה בידי האחראים על אכיפת החוק כלפי אזרחים. לפיכך אין זה נכון שבית הדין יפעיל סמכותו.

איני חולק על הטענה האמורה, אך סבורני שאין היא נוגעת כלל ועיקר לעצם קיום סמכות בידי בית הדין, אלא אך ורק למקרים שבהם רשאי בית הדין להפעילה. כאן ודאי יעלה ויישקל הצורך לבער את נגע הסמים משורות הצבא.

2. בית הדין לא הוסמך להעביר תחת שבט ביקורתו את שיקול דעתו של הפרקליט עת שהחליט להגיש את כתב האישום, ואין בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, בחוק היסוד או בהגנת זוטי הדברים כדי לשנות מקביעה זו.

הגישה כי סמכות בית הדין איננה יכולה להילמד לימוד פרשני מסעיף חוק (כגון סעיף 378 לחש"ץ), עומדת בניגוד מוחלט לגישה הפרשנית המקובלת כי "מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים"¹⁴⁴. יש לפרש את החוק פרשנות תכליתית לאור מטרות החוק והמשפט הפלילי בכללו ולנוכח עקרונות

142 צפ"פ/246/000 / התובע הצבאי נ' סמל אטדגי (לא פורסם).

143 ערס"פ/47/000 / התובע הצבאי נ' טור' דנבך (לא פורסם).

144 ע"פ 79/787, 881 מורחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לה (4) 421, 427.

היסוד של השיטה. עת באים לפרש הוראת חוק אשר לה השלכה על זכויות יסוד של אדם, אין להתעלם מחוק היסוד ומהעקרונות הנגזרים הימנו. יש לפרש סעיף חוק בדרך המעדיפה את קיום זכות היסוד, ולא בדרך השוללת אותו, אלא אם הדבר נאמר בו במפורש.

בהתחשב בעקרונות אלה יקשה להבין מדוע הטעמים החשובים המלמדים על מגמת החוק הפלילי בכללו (כגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הסייג של זוטי דברים ונגזרות עקרוניות של חוק היסוד) אינם מהווים שיקול פרשני חשוב עת באים לפרש הוראה המקנה סמכות לבית הדין. יותר מכך, מטרת הגישה המקנה לבית הדין סמכות להמיר סעיף אישום איננה בהכרח לתת בידי בית הדין סמכות לביקורת על שיקול דעת הפרקליט בעת הגשת כתב האישום.

ראשית, יהיו מקרים שנסיבות אשר אינן ידועות בשלב הגשת האישום, יצדיקו, לדעת בית הדין, את המרת האישום. שנית, במקרים שבהם סבור בית הדין שהתנהגות הרשות (ובכלל זה התביעה) הייתה שערורייתית ומדכאת, רשאי הוא לבטל כליל את כתב האישום במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בכך הוא מביע ביקורתו על רשויות השלטון וגם על התביעה. האם במקרים אחרים, קיצוניים מעט פחות, שבהם בית הדין סבור שהתייחסות התביעה תביא לתוצאה בלתי מוצדקת באופן קיצוני, לא יהיה הוא רשאי לנקוט אמצעי חמור פחות כדי "להשיב את המצב לקדמותו"?

3. סעיף 378 צריך להתפרש בדומה לסעיף 92 לחסד"פ, אשר נתכוון לאפשר לבית המשפט לתקן את כתב האישום לבקשת אחד הצדדים לאחר שהראיות אשר הוצגו בפניו, אינן יכולות להביא את הרשעת הנאשם באשמה. לא מצאנו בנוסחו של סעיף 92 או בתכליתו מגבלה המונעת מבית המשפט את האפשרות להמיר את סעיף האישום על פי בקשת הנאשם או סנגורו גם אם הוכח סעיף האישום המקורי, או אין מחלוקת על קיומן של ראיות להוכחתו. ההפך הוא הנכון. בהפנותו לבקשות שעשויות להיות מובאות על ידי כל אחד מהצדדים, ובכלל זה הסנגוריה, מרמז סעיף החוק האמור על כך שהסמכות הנתונה בידי בית המשפט איננה מוגבלת למצבים שבהם מצא בית המשפט שהראיות אשר הובאו בפניו, אינן מקימות את יסודות העברה המקורית המיוחסת לנאשם, אלא לכך

שהיא משתרעת גם על מצבים שבהם אין מחלוקת על התקיימות עובדות שכאלה. שאם לא כן, מדוע יפנו הנאשם או סנגורו בבקשה לבית הדין להמיר את סעיף האישים?

ד. שיקולי מדיניות שיפוטית נוספים

טרם אחתום חלק זה, העוסק בשאלת סמכותו של בית הדין להמיר סעיף אישום, מצאתי להביא עוד מספר שיקולים של מדיניות שיפוטית אשר בהם לא עסקתי עד כה, ולחדד מספר שיקולים נוספים אשר התעכבנו עליהם, אך סבורני שהם ראויים להעמקה ולהבהרה נוספת.

שורה של סעיפי חוק מאפשרים לבית משפט אזרחי לפי מיטב שיקול דעתו להימנע מלהרשיע נאשם בעברה למרות שזו הוכחה בפניו, ולהטיל עליו אמצעי ענישה שונים.

כך, סעיף 71א(ב) לחוק העונשין מתיר לבית משפט אשר "מצא ... שנאשם ביצע עבירה", לתת "צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו".

סעיף 82 לחוק קובע כי אם נוכח בית המשפט כי הנאשם משתמש בסמים מסוכנים, ניתן להטיל עליו צו מבחן שבמסגרתו יעבור טיפול בקהילה, אף בלא להרשיע את הנאשם, ואף אם תלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי שניתן להפעלה.

סעיף 1 לפקודת המבחן¹⁴⁵, מסמיך את בית המשפט ליתן צו מבחן בלי להרשיע את הנאשם אם אין על הנאשם עונש מאסר על תנאי רלוונטי, למרות שראה שהאישים הוכח, אם בהתחשב "בנסיבות הענין, ובכללן אפיו של האדם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית ומצבו השכלי, טיב העבירה שעבר וכל נסיבה מקילה שבה נעברה העבירה, ראוי, לפי דעתו" לעשות כן.

סעיף 9(א) לפקודה קובע במפורש:

צו מבחן שניתן ללא הרשעה לא יגרור אחריו תוצאות של הרשעה לשום ענין אלא אם כוונה אחרת משתמעת מפקודה זו או מכל חיקוק אחר.

145 פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט 1969 - (להלן: פקודת המבחן).

סעיף 33א לחש"ץ מתיר לבית הדין הצבאי להעמיד נאשם במבחן רק אם הוא דן בעניינו "מפני שחוק זה חל עליו לפי סעיפים 7, 8(2), 8(3), או 11". משמע - במקרה שבית דין צבאי דן אדם מפני שהחש"ץ חל עליו מכל טעם אחר, כגון שהוא חייל בשירות סדיר או איש מילואים בשירות פעיל¹⁴⁶, ואפילו היה אזרח בשעה שבה נדון עניינו, אין בית הדין מוסמך להעמידו במבחן, והוא מחויב להרשיעו אם הוכחו בפניו יסודות העברה שבה הואשם הנאשם.

יוצא כי מעמדו המשפטי של חייל העומד לדין בפני בית דין צבאי נגרע לעומת מעמדו של אדם אחר, לרבות חייל הנותן את הדין בגין אותה עברה בפני בית משפט אחר. הראשון צפוי לשאת הרשעה בכל מקרה שבו יוכחו העברות שבהן הואשם, יהיו נסיבותיו האישיות או נסיבות ביצוע העברה ייחודיות ככל שרק יהיו, ואילו האחרון עשוי להימלט מההרשעה ולהיות מועמד חלף זאת במבחן על פי פקודת המבחן אם ימצא בית המשפט הדין בכך לנכון.

האנומליה שבהבדל זה גוברת עת באים אנו לבחון את זהותם של האנשים המובאים לדין בכל אחת משתי הסיטואציות. חיילים בשירות חובה המובאים לדין בפני בית דין צבאי בגין עברות שעברו במסגרת השירות או עקב השירות הצבאי, הם, ככלל, אנשים צעירים אשר זה מקרוב חצו את הקו המבחין בין "נוער" לבין בגירים, אשר מבצעים חובה על פי דין ולעתים נותנים את הדין בפני בית דין צבאי בגין עברות שאילו נעברו על ידיהם כאזרחים, לא היו כלל מובאים לדין פלילי בגינם. עברות אחרות אשר מביאות אותם לתת את הדין בפני בית דין צבאי, לא ניתן כלל לעבור שלא בשירות צבאי.

זהו המצב המשפטי הנובע מהוראות החוק, ויש לו הצדקות ענייניות. המחוקק רואה בחומרה ביצוע עברות של שימוש בסם עצל ידי חיילי צה"ל לנוכח החשש לפגיעה בכושרו של הצבא ובכוננותו, על ההשלכות החמורות הנובעות מכך על הביטחון הלאומי. המחוקק מבקש גם להקפיד על הרשעה בדין דווקא של מי שנעדר מן השירות למרות שזו עברה שלא יכול לעבור אותה מי שאיננו חייל.

146 ראו סעיף 4 לחש"ץ. ראו גם סעיפים 6, 8(1) 101 - לחש"ץ.

האם הדבר מצדיק מניעת כל אפשרות כי בידי בית דין צבאי ישאר שיקול דעת, ולו מצומצם, אשר ישמר למקרים מיוחדים, להימנע מלהדביק כתם פלילי על מצחו של חייל אשר עבר אחת העבירות הללו? לטעמי, התשובה לשאלה זו שלילית היא. שיקול נוסף של מדיניות שיפוטית המצדיק, לטעמי, הכרה בסמכות בית הדין להמיר עבירות הוא המגמה הכללית הקיימת במשפט הישראלי, שעניינה מעבר מצורה למהות. הנטייה בשיטתנו המשפטית היא של מעבר מכללים נוקשים של סמכות לכללים גמישים של שיקול דעת ומרטוריקה של סמכות לרטוריקה של זכות - אין פוגעים ב[זכות יסוד] אלא ... [במידה שאינה עולה על הנדרש¹⁴⁷]. אי הכרה בסמכותו של בית משפט להמיר אישום עלולה להביא את בית המשפט לפגוע פגיעה בלתי מידתית בעל כורחו בהעדר סמכות להמיר אישום לאישום אשר איננו גורר אחריו רישום פלילי.

ה. ממצאים ומסקנות באשר לסמכותו של בית הדין להמיר אישומים

דומה שבחינה מעמיקה של השיקולים השונים ושל הדרכים השונות להקניית סמכות לבתי משפט, בכלל, ולבתי דין צבאיים, בפרט, מצביעה על הממצאים הבאים: במישור הדין הרצוי יש לשאוף לכך שבידי בית הדין תופקד הסמכות להמיר במקרים הראויים סעיף אישום למרות שיסודותיו הוכחו. במישור הדין המצוי ופרשנותו קיימות מספר דרכים אפשריות לשים בידי בית הדין את הסמכות האמורה. הדבר אפשרי בין על ידי מתן פרשנות רחבה לסעיף 378 לחש"פ ולסעיף 92 לחסד"פ, בין על ידי הכרה בסמכותו הטבועה של בית הדין בכגון דא, ובין בדרך של הכרה בסמכותו של בית הדין להושיט לנאשם אשר זכות חוקתית שלו נפגעה, סעד חוקתי אשר עשוי להשיב את המצב לקדמותו. מהמכלול עולה, אפוא, כי נתונה בידי בית דין צבאי הסמכות הנזכרת.

147 סעיף 8 לחוק היסוד. השוו: סעיף 9 לחוק היסוד וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

5. גדר המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות

אכן, בקביעה כי בידי בית הדין מסורה הסמכות להמיר אישומים לא סגי. אין ספק כי מדובר בסמכות שבשיקול דעת שהשימוש בה צריך להיעשות באופן מושכל ומצומצם.

אין ניתן להתוות מראש, ואף אין זה רצוי להתוות מבעוד מועד, את רשימת המקרים שבהם ראוי שבית הדין יפעיל את סמכותו להמרת סעיף אישום. נוכל לומר כי ודאי שבמקרים שבהם נהגו הרשויות כלפי הנאשם בדרך "בלתי נסבלת" ו"שערורייתית" שיש בה משום "רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם", מקרים "שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"¹⁴⁸, ראוי יהיה לשקול הפעלת הסמכות כחלופה נוספת וקיצונית פחות מהחלופה המוכתבת על ידי תורת ההגנה מן הצדק - עיכוב ההליכים או ביטולם.

ניתן לומר גם כי כאשר בית המשפט משוכנע כי אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, והמרת האישום עשויה לרפא תחושה זו, ראוי ונכון הוא שיעשה שימוש בסמכותו. מקרה נוסף שעשוי להצדיק עשיית שימוש בסמכות זו, הוא מקרה שבו נפגעה זכות יסוד של הנאשם, כגון זכותו לכבוד, באופן בלתי מוצדק, ותרופתה של פגיעה זו עשויה לבוא בהמרת סעיף האישום בסעיף אישום קל יותר. נדגים אפשרות זו: טלו מקרה שבו התביעה בחרה להאשים שותף אחד מתוך שניים בלא שהייתה אבחנה ממשית ביניהם, בסעיף אישום חמור יותר מזה אשר יוחס לחברו. נניח לצורך הדוגמה כי לא ניתן כל טעם טוב על ידי גורמי התביעה להצדקת גישה מפלה זו, כגון שהתיק הופרד בין שני מחוזות שיפוט, וכל אחד מהפרקליטים הפעיל שיקול דעת שונה והגיע, אפוא, לתוצאה משפטית שונה לגבי כל אחד מהשותפים. מובן כי במקרה היפותטי זה נפגע עיקרון השוויון, שהוא עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית ומהווה נגזרת של זכות היסוד לכבוד.

148 ראו עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370 (השופט ד' לוי).

בעניין עציון התבטא בית המשפט כי הפלייה בין עבריינים מקימה הגנה מן

הצדק:

לטענת המערער, על סמך ניסיון של שנים הוא "מוכן להניח את ידו ברותחין ולומר... שלא היתה למדינה כל כוונה לתבוע לדין את פורעי הו'אקף ומרעיהם אשר תקפוננו באלימות, חרף ראיות מצולמות לכך אשר הוגשו ע"י המערער למשטרה" ...

אין להקל ראש בקובלנת המערער. חשיבותה מרובה ויש לנהוג בה בכובד ראש, ברגישות מועצמת, בעיניים פקוחות ובוחנות, ובצפיית פני המחרי! ביהמ"ש מקווה בכל מאודו שטענה זו של המערער תובא בפני הגורמים האחראיים, כדי שתוסקנה המסקנות המתבקשות, ולבל יתקבל קו נוקשה ובלתי גמיש של מיצוי הדין רק כלפי הנאשם...

...חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי למקרים בהם התנהגות הרשות היתה כה מקוממת עד כי אי אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה...

אין בכוונתי לפרט את המקרים בהם יש קיום לדוקטרינת ההשתק במשפט הפלילי, גם לא ניתן לעשות כן. המדובר במקרים נדירים, וכידוע המציאות עולה על כל דמיון - חשוב אף שהיישום של תורה זו ייעשה ממקרה למקרה, בזהירות ובקפידה. (ראה: [עניין הבנקאים]). עוד נציין בהקשר האמור, כי נהיר מפסיקתו של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות, שטענה של הגנה מן הצדק היא למעשה טענה מקדמית, שעל הנאשם להעלותה בפני הערכאה הדיונית.

לפיכך, לאחר עיון בטענות המערער בהקשר האמור, ולאור האמור בתגובת ב"כ המשיבה, כמצוטט לעיל, מוצע על ידי לחברי למותב לקבוע שלא נמצא כי יש לטענה האמורה על מה לסמוך, והתוצאה הנגזרת מן המכלול כולו תהא שדין הערעור להידחות.¹⁴⁹

גם בית המשפט העליון עמד בפסק דינו בעניין יהב מפי השופט א' גולדברג על

חשיבות עיקרון השוויון בהעמדה לדין ועל תוצאות הפרתו:

149 ע"פ (י-ם) 1521/98 עציון נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

כל שאמרנו יפה הן לשועי ארץ והן לפשוטי עם. נקודת המוצא העקרונית היא שכל האזרחים שווים בפני החוק. שוויון הכול בפני החוק הוא כללל כלל יעבור בשיטתנו המשפטית. עקרון השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".¹⁵⁰

לעניין זה התייחס הנשיא מ' שמגר בעניין גנור:

הסמכות להחליט על היעדר עניין לציבור צריכה להיות מופעלת על-פי עקרונות פעולה, המביאים בחשבון את האינטרס הכללי, שתקוים מדיניות סבירה והוגנת בלי העדפות או הפליות לרעה. על המדיניות האמורה לנטוע בלבו של הציבור אמון בכך -

(א) שכולם שווים בפני החוק;

...

תחושה של היעדר שוויון בהפעלת החוק חותרת תחת האמון שהציבור רוחש לרשויות המשפט.¹⁵¹

והשופט (כתוארו דאז) א' ברק הוסיף:

בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה. שוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, "אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו" ... על הטעמים לחשיבותו של ערך זה עמדתי באחת הפרשות, באומרי:

"הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על

150 עניין יחב, לעיל הערה 42, בע' 13 (המצטט מבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693, 698).

151 שם, בע' 530.

השלטון מפני השרירות. אכן, 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" ...

טעמים אלה תופסים, וביתר שאת, לעניין הפעלת כוחו של התובע להגיש אישום פלילי. הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי.¹⁵²

... הנשמר עקרון השוויון בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה? ... אכן, אין להימנע מתחושה קשה שחשודים בעבירות קלות בהרבה, הגורמות נזקים קטנים בהרבה, מועמדים יום לדין פלילי, ואילו הבנקים והבנקאים, שעברו לכאורה עבירות חמורות בהרבה וגרמו נזקים שקשה להלום כמותם, אינם מועמדים לדין. תחושה זו היא בסיס למסקנה של איפה ואיפה בהפעלת סמכות ההעמדה לדין. ... תחושה זו קשה היא לחברה, ומסוכנת היא לאמון של הציבור ברשויות השלטון בכלל וברשויות התביעה בפרט. עם זאת, בשל היעדר נתונים מספיקים על מקרים דומים, אנו נמנעים מלקבוע, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה נגועה בהפליה פסולה.¹⁵³

152 שם, בע' 512 (בצטטו מתוך ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה(1) 7, 35 ומתוך בג"ץ 935/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309, 332, בהתאמה).

153 שם, בע' 516.

גישה דומה נקט השופט (כתוארו דאז) א' ברק בפסק הדין שעסק בחנינה שניתנה לאנשי השב"כ בהקשר ל"פרשת קן 300":

לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צורכי הכלל והפרט. משמעותו של זה, בראש ובראשונה, שוויון. זהו שוויון בהפעלת החוק ובשימוש בו. אין שלטון החוק קיים, אם מפלים בין שווים. עמד על כך חברי, הנשיא שמגר...:

"ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים - לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוייהם הבלתי מוגבלים - אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה. העיצוב של הגדרת הזכות ואף הכללתה בחוק אינם סוף הפסוק מבחינת יצירתה של ההגנה היעילה, כי קיומה של הזכות אינו מובא בכך למיצוי. ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על-ידי הפעלתן הלכה למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק המעניק זכויות הם בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו אלא בכך שהאות הכתובה בו היא בגדר המוחשי והמצוי, שהוא מופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים..."

כאשר חוקרים את האחד ולא את השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר נותנים חנינה לאחד ולא לשווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר מעניקים לאחד את מלוא האפשרות להגן על עצמו ולמסור את גירסתו

ושוללים זאת מהאחר השווה לו, נפגם עקרון שלטון
החוק.¹⁵⁴

סבורני שדברים ברורים ומפורשים אלה על חשיבותו של עיקרון השוויון מחייבים מתן רשות בידי בית הדין ליתן סעד כאשר שוכנע כי הרשות הפלטה בין שווים. סעד זה עשוי לעתים ללבוש צורה של המרת סעיף אישום בסעיף קל יותר.

6. סיכום

יצאנו למסע למציאת הפתרון לקושייה - האם ראוי להכיר בסמכותו של בית דין צבאי (ובית משפט בכלל) להמיר על פי בקשת הנאשם או מיוזמתו שלו סעיף מסעיפי כתב אישום שהוגש לו, בין במהלך הדיון ובין במסגרת הכרעת הדין לא מטעמים הכרוכים בראיות, אלא מטעמים אחרים המוגדרים באופן כללי כ"טעמים מן הצדק". מסע זה הביאנו לבקר במחוזות שונים - קרובים ורחוקים: עיינו בסעיפי החש"ץ הדנים בסמכויות בתי הדין הצבאיים, בסעיפי החסד"פ הדנים בסמכויות בתי המשפט האזרחיים, בהיסטוריה החקיקתית של סעיפי החוק השונים ובמטרות החוקים הללו. גילינו כי נטיית פסיקת בית המשפט העליון עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הייתה להכיר בריבונות התביעה על כתב האישום המוגש על ידיה ולאמץ מדיניות של התערבות מזערית בתוכנו של כתב האישום שלא על בסיס ראיתי. נטייה זו עלתה בקנה אחד עם מדיניות כללית של בתי המשפט לצמצם את היקף התערבותם בשיקול דעתם של היועץ המשפטי לממשלה או של הפרקליט הצבאי הראשי, מדיניות אשר השתנתה מאז.

עוגן חשוב בדרכנו מצאנו בפסיקתו של בית הדין הצבאי לערעורים שניתנה בעת האחרונה, ואשר במסגרתה נבחנה באורח ישיר הסוגיה שבה אנו עוסקים. בית הדין הצבאי קיבל את העמדה כי החש"ץ איננו שולל את האפשרות להכיר בסמכותו של בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק, אך תכלית החוק הביאה אותו למסקנה כי מעורבותו בכגון דא צריכה להיות מוגבלת, וכי נדרשת לשם

154 עניין ברזילי, לעיל הערה 38, בע' 622 (בצטטו מתוך ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 261-262).

מעורבות שכזו הוראה מפורשת של המחוקק המקנה לבית הדין סמכות לתקן את כתב האישום או לשנות אותו. שאלת השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק למטרה זו נותרה ב"צריך עיון" אם כי הוטל בה ספק. בית המשפט העליון בחר שלא לחוות דעה לגבי המצב הרצוי בסוגייה זו והסתפק בהצהרה על המצב המשפטי המצוי נכון להיום.

החתימה למציאת המצב המשפטי הרצוי חייבת לעבור דרך עקרונות היסוד החוקתיים שעליהם מושתתת שיטתנו המשפטית. הללו מובילים, לטעמי, למסקנה הבלתי נמנעת כי מעורבותו של בית משפט פלילי בהליך המתנהל בפניו נועדה בראש ובראשונה לקדם את סיכויי להוציא את האמת לאור ולפסוק משפט צדק; שלילת האמצעי הדיוני של המרת סעיף אישום מטעמים של הגינות וצדק מבית המשפט שדן בעניין, היא הטלת מגבלה מיותרת על בית המשפט המצוי בדרכו למציאת התוצאה הצודקת לגופו של העניין הנדון בפניו והכבדה ניכרת עליו.

אכן, אין מקום לפריצת כל גדרות הפרוצדורה בשם החיפוש אחר התוצאה הצודקת. לפיכך אף אנו סברנו כי יש להתוות באורח כללי את סוגי המקרים שבהם ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו.

ייתכן שתחומי ההתערבות של בית המשפט הדין בדבר צריכים להיות צרים יותר מאלו שעשויים להצדיק התערבות של בג"ץ בפעולת הרשות התובעת. עם זאת, נראה לנו כי נכון וראוי כי בית המשפט יאזן להתערב בדרך של המרת סעיף אישום כשברור לו כי הותרת סעיף האישום המקורי על כנו תהא בגדר פגיעה מיותרת בנאשם העולה על הנדרש ומהווה התערבות בלתי צודקת בו. לדעתי, תופעות של הפליה בלתי צודקת בין שווים יש לפתור על ידי מתן סמכות לבית המשפט שדן בכתב האישום, להורות על שינוי כתב האישום בדרך אשר תסיר את ההפליה. גם התנהגות בלתי ראויה אחרת של התביעה עשויה להצדיק במקרים המתאימים התערבות מתקנת של בית המשפט.

רק כך ניתן להבטיח את עשיית הצדק במלוא מובנו של מונח זה.