



בבית המשפט העליון

בש"פ 984/10

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העורר: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 28.01.2010 במ"ת 2961-02-10 שניתן על ידי
כבוד השופטת ח' כוחן

תאריך הישיבה: כ"ז בשבט התש"ע (11.02.10)

בשם העורר: עו"ד רונן סמולנסקי, עו"ד אלי בניה

בשם המשיבה: עו"ד איילת קדוש

החלטה

1. נגד העורר, קטיין יליד שנת 1992, הוגש כתב אישום ביום 27.1.10, המייחס לו עבירות של מעשה מגונה בנסיבות של אינוס (שלוש עבירות) בניגוד לסעיף 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), בנסיבות של סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, וכן מעשה מגונה בנסיבות של אינוס בניגוד לסעיף 348(א) לחוק העונשין, בנסיבות של סעיף 345(א)(3) לחוק זה.

כתב האישום מייחס לעורר כי בין השנים 2005 עד 2007 ביצע מעשים מגונים כלפי אחותו, ילידת שנת 1997 (להלן: המתלוננת), שלא בהסכמתה, וזאת בארבע הזדמנויות שונות. המעשים היו כרוכים בחיכוך איבר מינו של העורר, כשהוא לבוש, בגופה של המתלוננת ובאיבר מינה. במקרה אחד שכב העורר מאחורי המתלוננת כשגבה מופנה אליו, הפשיל את מכנסיה ותחתוניה וכן את מכנסיו ותחתוניו, וחיכך את איבר מינו החשוף בישבנה החשוף של המתלוננת, תוך שהוא נוגע בחזה.

2. עם הגשת כתב האישום, ביקשה המדינה את מעצרו של העורר עד תום ההליכים. בדיון בבית המשפט הודיע ב"כ המדינה כי מאחר שהעורר קטין, וביצע את העבירות המיוחסות לו למעלה משנה לפני מועד הגשת כתב האישום, ומאחר שבשל תקלה לא נתקבלה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להגשת האישום כנדרש בחוק, לא ניתן לדון בבקשה. עקב כך, נתבקש שחרורו של העורר בתנאי מעצר בית.

3. בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטת ח' כוחן) החליט, ביום 28.1.10, כי אף שאין בידיו סמכות לדון בהליך מאחר שלא נתקבלה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום, הרי בהסכמת הצדדים ישוחרר העורר למעצר בית; והורה לשירות המבחן להגיש תסקיר בעניינו של העורר.

ביום 1.2.10 נתן היועץ המשפטי לממשלה את הסכמתו להגשת כתב האישום נגד העורר.

ביום 3.2.10 נתן בית המשפט המחוזי החלטה נוספת, הפעם לבקשת ב"כ העורר. בבקשה זו, עתר ב"כ העורר לבטל את כתב האישום מכל וכל מאחר שלא נתקיים שימוע בעניינו של העורר קודם להגשת כתב האישום.

עמדת המדינה לטענה זו היתה כי בנסיבות הענין לא חלה חובה לקיים שימוע, וזאת מן הטעם כי בעת הגשת חומר החקירה והגשת כתב האישום היה העורר במעצר, וחל על הענין סעיף 60א(ז) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). על פי הוראה זו, לא חלה חובת שימוע ביחס למי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בעת מעצרו, כפי שארע כאן. לטענת המדינה, הפגם שנפל בכתב האישום במובן זה שלא ניתנה הסכמת היועץ המשפטי לממשלה קודם להגשתו רופא במתן הסכמה מאוחרת, ותיקון התקלה הכשיר וריפא בדיעבד את כתב האישום. מכאן, כי יש להחיל את דיני השימוע על ההליך בהתעלם מהפגם שנתרפא בינתיים, ולדחות את הטענה לפיה עמדה לעורר זכות שימוע שלא כובדה.

4. בית המשפט המחוזי בהחלטתו השנייה קיבל את עמדת המדינה וקבע כי חלה בעניינו הוראת סעיף 60א(ז) לחוק סדר הדין הפלילי, לפיה חובת השימוע אינה חלה על מי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו. במקרה זה, וכך נקבע, בעת הגשת כתב האישום העורר היה נתון במעצר,

ולפיכך לא קמה חובת שימוע מכח החוק בעניינו. מכאן, שיש לדחות את הטענה כי יש לבטל את כתב האישום בשל העדר שימוע. בית המשפט דחה את הדיון ליום 11.2.10 לקבלת תסקיר.

5. עוד בטרם נתקיים הדיון הנוסף לצורך קבלת תסקיר, פנה ב"כ העורר בערור לבית משפט זה וביקש לבטל את החלטת בית משפט קמא. לטענתו, שגה בית המשפט קמא בפרשנותו כי לא נתקיימה חובה מכח החוק לקיים שימוע לעורר בנסיבות ענין זה. לטענתו, יש לראות את כתב האישום הראשון שהוגש בלא הסכמת היועץ המשפטי כבטל מעיקרו, ואת מעצרו של העורר בעת הגשתו כבלתי תקף. יש לראות את כתב האישום כאילו הוגש רק ביום שבו נתקבלה הסכמת היועץ המשפטי, והוא – ביום 1.2.10. במועד זה, לא היה העורר במעצר, ולכן קיימת חובה לאפשר לו שימוע. משלא נתקיים השימוע, דין כתב האישום להתבטל, ויש להורות על ביטול כל תנאי חלופת המעצר שהוטלו על העורר לאלתר. ב"כ העורר העלה גם טענות שונות לגופו של ענין, שמהן הוא מבקש להסיק כי מלכתחילה לא היה מקום להגיש אישום כנגד מרשו בנסיבות המיוחדות של פרשה זו. ב"כ העורר פסל את האפשרות לקיים שימוע כיום – חרף הסכמת המדינה לכך – וטען כי אם יתקיים שימוע כזה, יהא בכך אך משום מס שפתיים, ותיפגע מראית פני הצדק.

6. המדינה חוזרת על עמדתה כי לא מתקיימת חובת שימוע במקרה זה. היא מדגישה כי כתב האישום שהוגש ביום 27.1.10, אף שלקה בפגם בשל העדר הסכמת היועץ המשפטי לממשלה, לא היה בטל מעיקרו, אף שהיה טעון ריפוי בדרך של קבלת הסכמת היועץ המשפטי להגשתו. מכאן, שיש לראות את כתב האישום כאילו הוגש בעת שהעורר שהה במעצר ומכאן שאין חובת שימוע על פי החרג הקבוע לכך בחוק. עם זאת, המדינה חוזרת על הסכמתה לקיים את השימוע גם כיום, וטוענת כי ניתן לקיים הליך זה בתוך מספר ימים.

7. סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 קובע כי אין להעמיד אדם לדין בשל עבירה שביצע בהיותו קטין אם עברה שנה מיום ביצועה של העבירה, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. בעניינו, אין חולק כי נתקיים התנאי המחייב מתן הסכמת היועץ המשפטי להגשת כתב האישום כנגד העורר.

במקרה זה, בשל תקלה, לא קדמה להגשת כתב האישום ביום 27.1.10 הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה. תקלה זו תוקנה ביום 1.2.10, עוד בטרם נדונה בקשת

המדינה למעצרו של העורר עד תום ההליכים, והוא שוחרר ממעצרו לחלופת מעצר ביום 28.1.10, בשלב שבין הגשת כתב האישום לבין קבלה בדיעבד של הסכמת היועץ המשפטי להגשתו.

8. סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי מורה כי רשות תביעה אליה הועבר חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע, תעביר לחשוד הודעה על כך. החשוד רשאי, תוך פרק זמן שנקבע, לפנות בכתב לרשות התביעה בבקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב אישום, או מהכללת עבירה פלונית בכתב האישום. רשות התביעה רשאית להזמין את החשוד להציג בפניה את טיעונו בעל-פה. בנסיבות המצדיקות זאת, ומטעמים שיירשמו, רשאי הגורם המוסמך להגיש כתב אישום גם בטרם חלפו 30 הימים, ואף בטרם פנה החשוד בבקשה מנומקת בכתב, כאמור לעיל.

סעיף 60א(ז) לחוק סדר הדין הפלילי קובע:

”הוראות סעיף קטן(א) לא יחולו על מי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו.”

9. בענייננו, יש לפצל את השאלה לשני מישורים:

האם – האם במישור המשפטי הטכני, התקיים החריג לחובת השימוע המעוגן בסעיף 60א(ז) לחוק סדר הדין הפלילי, החל ביחס למי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו; האם הפגם שנפל בכתב האישום בהעדר הסכמת היועץ המשפטי להגשת האישום מביא לכך שכתב האישום שהוגש ביום 27.1.10 הינו בטל ולכן אין לראותו ככתב אישום שהוגש בעת שהעורר שהה במעצר?

השני – האם במישור הענייני, ראוי ונכון היה לקיים שימוע בעניינו של העורר בטרם יוחלט באופן סופי על הגשת כתב האישום נגדו.

10. אשר למישור הראשון, אני נוטה להסכים עם עמדת המדינה לפיה כתב האישום שהוגש נגד העורר ביום 27.1.10, אף שנעדרה ממנו הסכמת היועץ המשפטי באותו שלב, לא היה בטל מעיקרו, אלא הגשתו היתה נתונה ל”בטלות יחסית” שניתן היה לרפאה בקיום התנאי הנדרש על פי החוק, על דרך הכשרה של כתב האישום

מלכתחילה. פועל יוצא מכך הוא כי יש לראות את כתב האישום כאילו הוגש במועד בו בפועל הוגש, ומאחר שהעורר היה אז במעצר, חל החריג לחובת השימוע.

11. עקרון "הבטלות היחסית" מורה כי קיומו של פגם בפעולה המינהלית אינו מביא בהכרח לבטלות מעיקרא של אותה פעולה. ניתן להפריד בין קיומו של הפגם לבין תוצאתו המשפטית של הפגם, ותוצאה זו נקבעת על פי מהותו של הענין, ומכלול הנסיבות האופפות אותו.

בפעולה מינהלית שנפל בה פגם, יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם (ע"פ 2413/99 גיטפן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 684 (2001), להלן: פרשת גיטפן; ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793 (1996)). משמעותה העיקרית של תורת "הבטלות היחסית" היא שבכל מקרה שבו נפל פגם משפטי בהחלטה או בפעולה של רשות מינהלית – בין בגדר הסמכות ובין מחוץ לסמכות – יש לבדוק את נסיבות המקרה. יש לבחון את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד המתבקש בעקבות הפגם בהתחשב בכלל הנסיבות:

"אפשר, כי בנסיבות מסוימות, פגם מסוים בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון הצהרה על הבטלות של פסק הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות, אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר..." (פרשת גיטפן, בעמ' 685).

תורת "הבטלות היחסית" מתייחסת למיוחדות של המקרה, מפרידה בין הפגם לבין הסעד הניתן בגינו, ומתאימה את התרופה הראויה לא רק בהתייחס לפגם, אלא גם בשים לב לכלל הנסיבות האחרות של המקרה.

12. אין ספק, כי בענייננו נפל פגם בהגשת כתב האישום נגד העורר בלא הסכמה קודמת של היועץ המשפטי להגשתו, כנדרש על פי החוק. יחד עם זאת, בנסיבות הענין, פגם זה לא הביא לבטלותו מעיקרא של כתב האישום, ולבטלות ההליך הפלילי שהחל עם הגשתו. תיקונו של הפגם שנפל בכתב האישום נעשה בתוך ימים ספורים לאחר הגשת כתב האישום, וכאשר התברר קיומו של הפגם, שוחרר העורר למעצר בית. בנסיבות אלה, בהן ארעה תקלה אשר תוקנה כמעט מיידית בלא שנתקיימו הליכים בתקופת הביניים, יש לראות את תיקון הפגם כפעולה שהכשירה בדיעבד את כתב

האישום והקנתה לו תוקף מלכתחילה. אפשר, שהתוצאה היתה אחרת אילו על בסיס כתב אישום פגום בשל העדר אישור היועץ המשפטי היו מתנהלים הליכים משפטיים מורכבים שרק בסופם היה מתברר הפגם והיה מתבקש אז להכשירם בדיעבד באמצעות הסכמה מאוחרת של היועץ המשפטי (ע"פ 6/80 חסבלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.9.1980) (השופט שמגר)).

13. בעת העברת חומר החקירה והגשת כתב האישום היה העורר נתון במעצר. הוא שוחרר מן המעצר בתנאים מגבילים לאחר שהתברר הפגם שדבק בכתב האישום. בנסיבות אלה, חל החריג שבסעיף 60א(ז) לחוק סדר הדין הפלילי, הפוטר מחובת השימוע מקום שהוגש כתב אישום כנגד אדם בהיותו במעצר. הליך השימוע נועד למצבים שבהם מועבר חומר חקירה לרשות התביעה כאשר החשוד אינו שוהה במעצר, וניתן לקיים הליך שימוע טרם הגשת כתב אישום. הוא אינו חל על מצבים בהם בעת העברת חומר החקירה ובזמן הגשת כתב האישום האדם נתון במעצר. מכאן, שלא חלה בעניינו של העורר חובת שימוע מכח החוק, משהיה נתון במעצר בעת הגשת כתב האישום נגדו.

14. אלא שבמישור הענייני, ראוי ונכון לקיים שימוע לעורר, חרף העובדה כי לא חלה חובה מכח החוק לעשות כן בנסיבות הענין. המדינה מסכימה לכך, והביעה נכונות לקיים שימוע לעורר. המדובר בכתב אישום שהוגש בחודש ינואר 2010 ביחס לעבירות המיוחסות לעורר בהיותו קטין בן 13 עד 15 בשנים 2005 עד 2007 – ביחס לאחותו הקטינה. השיקולים בהגשת כתב אישום בנסיבות אלה הם מורכבים, ומחייבים בחינה מעמיקה, תוך התייחסות להיבטים שונים ומגוונים הנוגעים לאינטרס הפרט והכלל גם יחד. לא ניתנה לעורר הזדמנות להעלות את טיעונו ביחס לשאלה האם ראוי לנהל נגדו משפט פלילי נכון לעת זו, וקולו בענין זה לא נשמע. ראוי לאפשר לו קיום הליך של שימוע, אשר במסגרתו יועלו מכלול הטיעונים והשיקולים הצריכים להכרעה בשאלה האם האינטרס הציבורי מצדיק בנסיבות מקרה זה העמדה לדין.

15. זכות השימוע נתונה לחשוד בשלב שבו טרם הוגש נגדו כתב אישום, ולא לאחר הגשתו. אין דומה שימוע ביחס לכתב אישום שטרם הוגש, לשימוע הנערך לאחר הגשתו. אין דומה שימוע לפני מעשה, לשימוע בדיעבד, בעוד כתב אישום תלוי ועומד. מאחר שבמקרה זה השימוע ייערך בעוד כתב האישום עומד בעינו, נדרשת פתיחות מיוחדת מצד גורמי התביעה להאזין לטיעוני העורר, ולהעריך את מלוא משקלם, על מנת שהליך השימוע במקרה זה לא ישמש מס שפתיים בלבד מאחר שכתב אישום

ממילא תלוי ועומד כנגד העורר. ראוי כי השימוע יהווה הליך טיעון ממשי שיביא להערכה מחודשת של מלוא השיקולים הרלבנטיים בידי התביעה, תוך נכונות להאזין לדברים בנפש חפצה ומתוך פתיחות לקלוט ואף להשתכנע, במקום שיש בדברים ממש (בג"צ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299 (2005); בג"צ 4175/06 הרב אלבוז נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 6.6.2006)).

16. יש, אפוא, לדחות את הערר ככל שהוא נוגע בסעד המבוקש להצהיר על כתב האישום כבטל, מאחר שלא נתקיימה זכות השימוע קודם להגשתו. יחד עם זאת, בהסכמת המדינה, יתקיים שימוע לעורר על פי הכללים המקובלים בתחום זה, תוך מתן הזדמנות מלאה לעורר לפרוש את מכלול השיקולים וההיבטים הנדרשים לענין, ובציפייה לפתיחות מלאה מצד רשויות התביעה לשקול ולהעריך מחדש את נושא העמדתו לדין של העורר על יסוד כלל הנתונים והשיקולים שייפרשו בפניהן במסגרת השימוע.

בכפוף לכל האמור, הערר נדחה.

ניתנה היום, י"א באדר התש"ע (25.02.10).

ש ו פ ט ת