



## בבית המשפט העליון

רע"פ 1611/16

רע"פ 4238/16

לפני : כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט (בדימ') א' שהם  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקשת : מדינת ישראל

נגד

המשיבים ב-רע"פ 1611/16 : 1. יוסי יוסף ורדי  
2. ששון מועלם

המשיבים ב-רע"פ 4238/16 : 1. מוחמד בן מחמוד חיגי'אזי  
2. ח'יר אללה בן יאסר ח'מאיסי  
3. עליא בת סאלח רחאל

בקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
נצרת מתאריך 11.01.2016 ב-ע"פ 42889-08-15, שניתן על  
ידי כב' השופט ס' דבור, ועל פסק דינו של בית המחוזי  
נצרת מתאריך 12.04.2016 ב-ע"פ 60995-11-15, שניתן על  
ידי כב' השופטים א' הלמן (סג"נ), י' שטרית ו-ס' דבור

בשם המבקשת ב-רע"פ  
1611/16 וב-רע"פ 4238/16 : עו"ד אריה פטר ; עו"ד עמית אופק ; עו"ד נעמי  
גרנות

בשם המשיבים ב-רע"פ  
1611/16 : עו"ד קובי אסולין

בשם המשיבים ב-רע"פ  
4238/16 : עו"ד אחמד מסאלחה

## פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. לפנינו שתי בקשות רשות ערעור שהגישה המבקשת, המופנות כנגד ביטול כתבי האישום שהוגשו נגד המשיבים מחמת "הגנה מן הצדק", נוכח שורה ארוכה של ליקויים ומחדלי אכיפה, חקירה והעמדה לדין מצד המבקשת. במוקד הבקשות עומדות טענות עקרוניות בדבר טיבה והיקפה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי.

2. הבקשה הראשונה – רע"פ 1611/16 – הינה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בנצרת ב-ע"פ 42889-08-15 (כב' השופט ט' דבור) מתאריך 11.01.2016, בו נדחה ערעורה של המבקשת על פסק דינו של בית משפט השלום הנכבד בנצרת ב-תו"ב 41945-01-12 (כב' סגנית הנשיא ל' יונג-גפר) מתאריך 15.07.2015, בגדרו בוטל כתב האישום שהוגש נגד המשיבים 1-2 מחמת הגנה מן הצדק.

עיקרו של הליך זה בהיתרי בנייה שניתנו על-ידי המשיבים 1-2 במסגרת תפקידם בוועדה המקומית לתכנון ובנייה עמק הירדן (להלן: הוועדה המקומית), לאתר תיירות, מלונאות ונופש שבחמת גדר, בצפון הארץ (להלן: האתר).

לשם הנוחות, אכנה להלן פרשה זו בשם: "פרשת היתרי הבנייה".

3. הבקשה השנייה – רע"פ 4238/16 – היא בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בנצרת ב-ע"פ 60995-11-15 (כב' השופטים א' הלמן סג"נ, י' שטרית ו-ט' דבור) מתאריך 12.04.2016, בגדרו קיבל בית המשפט את ערעוריהם של המשיבים 3-5 על פסק הדין של בית משפט השלום בנצרת ב-ת"פ 2776-02-08 ; 7103-02-08 ; 7187-02-08 (כב' הנשיא ג' אזולאי) מתאריך 26.01.2015, בטענה של הגנה מן הצדק מסוג של אכיפה בררנית פסולה, ובשל כך הורה על ביטול כתב האישום שהוגש נגדם.

ההליך האמור, שנוהל נגד המשיבים 3-5, עמד בצל פרשה מסועפת, בה היו מעורבים עשרות מורים מאזור הצפון, אשר נחשדו כי ניסו לקבל טובות הנאה שונות באמצעות הגשת בקשה להכרה בתואר אקדמי פיקטיבי ל"גף להערכת תארים ודיפלומות מחו"ל" שבמשרד החינוך.

להלן תכונה פרשה זו: "פרשת התארים המזויפים".

4. לנוכח השאלות הדומות במהותן המתעוררות בכל אחד מההליכים הנ"ל – בקשר עם טיבה והיקפה של טענת "הגנה מן הצדק" – הוריתי בתאריך 13.12.2016 כי שני ההליכים ישמעו יחדיו בפני מותב תלתא, ואלה נשמעו בדיון שהתקיים בפנינו בתאריך 29.05.2017.

5. מסכת העובדות הנפתלת בהליכים שנוהלו כנגד המשיבים היא מורכבת, וכוללת שורה ארוכה של מחדלים מצד מספר גורמי אכיפה, אנדרלמוסיה ארגונית ואי-הקפדה על נהלי חקירה והעמדה לדין.

למען הבהירות, וכדי שלא לשוב ולתאר את מסכת הליקויים האמורה במלואה – שאינה מטיבה עם המבקשת – אתאר להלן בקצרה רק את הנתונים הדרושים להכרעה בבקשות שלפנינו, את פסקי הדין המשמשים יסוד לבקשות אלה, ואת השאלות המשפטיות המתעוררות בעקבותיהם.

רקע עובדתי

ההליכים בפרשת היתרי הבנייה בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור

6. כמפורט בכתב האישום שהוגש נגד המשיבים 1-2, בין השנים 2000-2007 בוצעו באתר חמת גדר (להלן: האתר) שבצפון הארץ עבודות להקמת מתחם תיירות, הסעדה ונופש המשתרע על שטח של כ-25,000 מ"ר. עבודות בנייה אלה נעשו בתחילה על-ידי מפעילי האתר, וזאת מבלי שניתנו לעבודות היתרי בנייה, לאחר שנים בהן הליכי תכנון סטטוטורי שנעשו לגבי האתר – לא צלחו. בגין בנייה זו נוהלו הליכים פליליים נגד החברה המפעילה את האתר ומנהלה, והושתו עליהם עונשים שונים, וביניהם צו הריסה מותנה למבנים שהוקמו במקום ועונשי קנס.

7. לאחר שהבנייה באתר החלה, הוגשו חמש בקשות להיתרי בנייה לוועדה המקומית, אשר האתר נמצא במרחב התכנון שלה. בתקופה זו המשיבים 1-2 היו בעלי תפקידים בוועדה – המשיב 1, מר יוסף ורדי (להלן: ורדי), שימש כיושב-ראש הוועדה המקומית והמשיב 2, מר ששון מועלם (להלן: מועלם), שימש באותה תקופה כמהנדס הוועדה המקומית.

8. בתאריך 10.05.2004 הוועדה המקומית דנה בבקשות האמורות להיתרי בנייה באתר. באותה ישיבה, ורדי הסביר כי בהעדר תכנית מתאר בעלת מעמד סטטוטורי תקף, לא הוצאו היתרי בנייה עד היום, וכי הוא סבור שיש להסדיר בדרך כלשהי את המצב. מועלם הוסיף כי מדובר במצב "אבסורדי" בו הגם שהאתר הינו מקום תיירות ייחודי – הוא פועל ללא היתרים. עוד במהלך הישיבה, מועלם תיאר את אזלת ידן של רשויות האכיפה והפיקוח הממשלתיות, בכך שבמשך תקופה של כעשרים שנה נעשים ניסיונות לאשר תכנית מתאר לאתר על-ידי הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה – מחוז צפון (להלן: הוועדה המחוזית) וגופי שלטון אחרים, אך כל זאת ללא הצלחה. למרות מחדלים אלה, ובהסתמך על חוות-דעת שמאי מטעם הוועדה המקומית, מועלם טען כי ייתכן שהוועדה המקומית תוכל להוציא היתרי בנייה מכוח תכנית מנדטורית לאתר, לתקופה מוגבלת של שלוש שנים. לאחר שורדי הציע לחברי הוועדה המקומית לפעול בהתאם להמלצתו של מועלם – מליאת הוועדה המקומית אישרה את מתן היתרי הבנייה, בכפוף לתנאים שונים.

בהמשך לכך, ורדי ומועלם חתמו בתאריך 13.05.2004 על חמשת היתרי הבנייה האמורים.

9. בתאריך 17.05.2004 נשלח מכתב אל הוועדה המקומית מטעם היועץ המשפטי לוועדה המחוזית, בגדרו צוין כי הוצאת ההיתרים לאתר איננה חוקית, בהעדר תכנית סטטוטורית לאתר. הוועדה המקומית השיבה למכתב זה בתאריך 06.06.2004 וטענה כי חרף העדרה של תכנית מפורטת כאמור, ובהתאם לנסיבות שונות שיפורטו להלן, הרי שלגישתה מדובר בפתרון סביר והכרחי לנסיבות.

10. הוועדה המחוזית לא הגיבה מעולם על מכתב התשובה הנ"ל; ברם בשנת 2006 (כעבור כשנתיים) נפתחה חקירה בגין מתן היתרי הבנייה האמורים, ובשנת 2012 – בחלוף שמונה שנים למן מועד מתן היתרי הבנייה האמורים – המבקשת הגישה כתב אישום נגד ורדי ומועלם.

11. על-פי כתב האישום ורדי ומועלם הואשמו בחמישה אישומים – כנגד כל אחד מהיתרי הבנייה שהוציאו – וזאת לפי סעיף 48 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה) – כפי נוסחו ותוקפו באותה עת – המטיל אחריות פלילית, אשר בצדה עונש של עד שנת מאסר, על חבר מוסד תכנון שהמליץ, או אישר מתן היתר, ביודעו כי ההיתר עומד בניגוד לתכנית קיימת.

למען שלמות התמונה אציין כי הסעיף הנ"ל בוטל לאחרונה, עת נכנס לתוקפו תיקון מס' 116 לחוק התכנון והבנייה (להלן: התיקון). בגדרו של התיקון תוקנו, חודדו ואורגנו הוראות החוק בדבר סמכויות האכיפה והעונשין שבחוק התכנון והבנייה. הוראות סעיף 48 הנ"ל, אשר בוטל במסגרת התיקון, הוטמעו מחדש (בשינויים מסוימים) בסעיף 251 לחוק התכנון והבנייה החדש.

12. בפסק דינו של בית משפט השלום הנכבד בנצרת, תוארו בהרחבה ונותחו לגופן טענות הצדדים בעניין – על המחלוקות העובדתיות והמשפטיות שהתעוררו ביניהם: בעניין סמכותה של הוועדה המקומית להוציא היתרים מכוח תכנית המתאר הקיימת; על מודעותם של המשיבים להעדר סמכות בעת הוצאת ההיתרים, ועל משמעות בחירתה של המבקשת לנקוט בהליך פלילי נגד ורדי ומועלם, חלף שימוש בכלי אכיפה מינהליים.

13. שאלות אלה שעניינן בקיומן של ראיות מספיקות להרשעה, אינן עומדות בליבת המחלוקת בבקשת רשות הערעור שלפנינו. על כן, די אם אציין בתמצית כי בתום בירור המחלוקת הנ"ל, מצא בית משפט השלום הנכבד כי עלה בידי המבקשת להוכיח את כל יסודות העבירה שיוחסה למשיבים – מתן היתר, או אישור שלא כדין, לפי סעיף 48 לחוק התכנון והבנייה – בכך שהיו שותפים פעילים בהליכי קבלת ההחלטה בוועדה המקומית בדבר הוצאת היתרים מכוח תכנית מנדטורית שאיננה בת-תוקף, כאשר הם מודעים ולמצער חושדים בכך שהתכנית המנדטורית איננה יכולה להוות בסיס חוקי להוצאת היתרי בנייה. בית משפט השלום הנכבד דחה אף את טענותיהם של ורדי ומועלם לכך שעומד להם סייג לאחריות פלילית מחמת הסתמכותם על גורמים מקצועיים שונים, שחוות דעתם הוצגה בפניהם.

14. עם זאת בית משפט השלום הנכבד מצא כאמור, כי יש מקום לזכות את ורדי ומועלם – וזאת מכוח עקרון ההגנה מן הצדק. כך לשון בית המשפט השלום הנכבד, לאחר שמצא כי יסודות העבירות הוכחו:

"במצב דברים רגיל, היה זה המקום לחתום הכרעת דין זו בהרשעתם של הנאשמים בעבירות שיוחסו להם בכתב האישום. ואולם, כפי שיפורט בהרחבה להלן, הגשת כתב האישום, ניהול ההליך וממילא – הרשעתם של הנאשמים בפרשה זו, יש בהם, להבנתי, משום סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, שיש בה כדי להביא לזיכויים מן העבירות שיוחסו להם בכתב

האישום" (פיסקה 67 לפסק דינו של בית משפט השלום הנכבד בפרשת היתרי הבנייה).

15. בית משפט השלום הנכבד ביסס את החלטתו זו, בין היתר, לנוכח מסקנתו בדבר ההתנהגות שערורייתית בה נקטו הרשויות (כאן המקום להעיר, כי בניגוד לקביעת בית משפט השלום הנכבד, קבלת הטענה להגנה מן הצדק איננה מובילה לזיכוי של נאשם, אלא לכל היותר לביטול כתב האישום נגדו; ראו בעניין זה: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 491-493 (מהדורה שנייה, 2009) (להלן: נקדימון) ולאחרונה: עמדתי על כך בפרשת ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל, בפיסקה 9 לחוות דעתי (02.08.2018) (להלן: עניין חייבטוב)).

כך למשל, תוארה אזלת ידם של הוועדה המחוזית וגורמי האכיפה הארציים מלאכוף, או להסדיר את הבנייה שהתקיימה באתר, וזאת על אף מודעותם למצבו התכנוני של האתר ומרכזיותו כמוקד תיירות לאומי. בית משפט השלום הנכבד אף הביע את הסתייגותו מעדותם של גורמי התכנון והאכיפה נוכח התרשמותו כי מדבריהם השתמע ניסיון של בריחה מאחריות, תוך שהם חומקים ממתן הסברים לאפס המעשה מצד הוועדה המחוזית, ומבקשים להטיל את מלוא האחריות על הוועדה המקומית.

זאת ועוד: נקבע כי מלבד מכתבו הנ"ל של היועץ המשפטי לוועדה המחוזית (מתאריך 17.05.2004), בו קרא לוועדה המקומית לפעול בדרכים שנקבעו בחוק להסדרת המצב התכנוני באתר, הרי שהוועדה המחוזית לא נקטה בצעדים לביטול ההיתרים, או להביא לאכיפת הבנייה, ומכתב התשובה שנשלח בתגובה למכתבו של היועץ המשפטי לוועדה המחוזית – נותר ללא מענה. במחדליה, כך נקבע, הוועדה המחוזית יצרה בקרב הוועדה המקומית את הרושם כי פעולותיה ותשובותיה התקבלו בהבנה, זאת בשים לב להוראות סעיף 28 לחוק התכנון והבנייה, המורות כי בסמכותה ומתפקידה של הוועדה המחוזית לפקח על פעולות הוועדה המקומית, ובקשר לכך מוקנות לה הסמכויות להורות בכתב לוועדה המקומית לעשות את כל הדרוש למילוי התפקידים המוטלים עליה, ואף ליטול לידיה את סמכויות הוועדה המקומית – אם זו לא נשמעה להוראותיה.

16. בית משפט השלום הנכבד קבע לפיכך כי: "התנהגותה של הרשות ומכלול הנסיבות הביאו את המשיבים לכדי מצב בלתי נסבל לפיו – היה עליהם למצוא פתרון לקושיה תכנונית שנמשכה זמן רב והייתה ידועה לכל הגורמים הרלוונטיים". עוד נקבע, כי

התנהלות זו של הוועדה המחוזית וגופי התכנון והפיקוח הארציים היא "שערורייתית" ועולה כדי "היתממות והתחסדות" לגבי מחדליהם.

לאזלת-יד זו באי-התערבותה של הוועדה המחוזית בזמן אמת בהחלטות הוועדה המקומית הצטרפה העובדה כי פעולות יתר גורמי החקירה והאכיפה נעשו תוך שיהוי מכביד. כאמור, עובדות כתב האישום התרחשו בשנת 2004; חקירת הפרשה החלה רק כעבור שנתיים, בשנת 2006; ואילו כתב האישום הוגש כעבור שש שנים נוספות, בשנת 2012; קרי – בחלוף שמונה שנים ממועד מתן ההיתרים ו-12 שנים למן תחילת הבנייה באתר חמת גדר. כל זאת, אף כי גורמי התכנון והאכיפה ידעו על עבירות הבנייה באתר זמן רב קודם לכן. הנה כי כן, בידי הוועדה המחוזית היתה אפשרות לפעול באפיקים מינהליים שונים לביטול החלטת הוועדה המקומית, והיא לא עשתה כן. נמצא אפוא כי יש בחלוף הזמן כדי לפגוע ביכולתם של המשיבים 1-2 להתגונן, שכן עדים שהעידו בפני בית המשפט, טענו שאין ביכולתם לזכור את מעשיהם ודבריהם בתקופה הרלבנטית.

17. עוד יצוין כי בית משפט השלום הנכבד הטיל ספק רב אם מעשיהם של ורדי ומועלם כלל עולים כדי עבירה פלילית של מתן היתר שלא כדין על-פי הוראות סעיף 48 לחוק התכנון והבנייה. לעמדת בית משפט השלום הנכבד, בחינה תכליתית של הוראות החוק הנ"ל מלמדת כי מטרת סעיף זה היא למנוע קיומה של מערכת יחסים מושחתת, או בלתי תקינה בין בעלי התפקידים ברשות התכנון לבין יזמים ובעלי קרקעות, תוך העדפת שיקולים זרים, או כאשר כתוצאה ממתן ההיתרים שלא כחוק מתבצעות עבודות בניה שיש בהן כדי לסטות מהמצב התכנוני הקיים.

בהקשר זה, בית משפט השלום קבע הנכבד כי מעשיהם של ורדי ומועלם הינם בבחינת "היפוכו הגמור" של מצב עניינים זה, שכן הוברר באופן חד-משמעי כי השניים לא פעלו בצורה מושחתת, או בקנוניה עם היזמים במתחם המלונאות בחמת גדר, אלא פעלו למימוש האינטרסים של הוועדה המקומית, אשר "זכתה" כי נמצא בתחומה אתר תיירות ומורשת "מן המדרגה הראשונה", שלא היה בידיה לפתחו ולנצלו – נוכח העדרה של תכנית סטטוטורית תקפה. משכך, נקבע כי ורדי ומועלם, "כאנשי מעשה" "הגדילו ראש [...] ובחרו לעשות מעשה תחת להתכסות באדרת המחזל". זאת, בשים לב לכך כי במרוצת השנים נעשו ניסיונות רבים – הן מצד בעלי הקרקע והן מצד הרשויות – להביא לאישורה של תכנית מתאר שתאפשר הוצאת היתרי בניה באתר. משכך, לעמדת בית משפט השלום הנכבד, התנהגותם של ורדי ומועלם בפרשה זו מעלה כי הם

פעלו, בסופו של יום, למען: "אינטרסים ציבוריים מובהקים שנועדו למצוא פתרון למצב דברים בלתי אפשרי", וכי מעשיהם הביאו להנעת הליכי התכנון באתר.

לנוכח זאת, בית משפט השלום הנכבד קבע כי עומדת לורדי ומועלם **הגנה מן הצדק**, וזיכה אותם.

18. ערעורה של המבקשת על הזיכוי מחמת **הגנה מן הצדק** בעניינם של ורדי ומועלם נדחה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד מתאריך 11.01.2016. במסגרת הערעור טענה המבקשת, בין היתר, כי שגה בית משפט השלום הנכבד כאשר ביסס את הכרעתו על קיומה של **הגנה מן הצדק**, וכי הכרעה זו נעדרת "איזון פנימי" נוכח ממצאיו של בית המשפט לפיהם הוכחו יסודות העבירה שביצעו השניים. המשיבים, מנגד, כפרו בקביעת בית משפט השלום הנכבד בעניין קיומה של תשתית ראייתית מבוססת לעבירות בהן הואשמו, ולצד זאת סמכו ידיהם על מסקנות בית המשפט השלום הנכבד בדבר תחולתה של דוקטרינת **ההגנה מן הצדק** בעניינם.

19. בפסק דינו אישר בית המשפט המחוזי הנכבד את מסקנות בית משפט השלום – הן לעניין קיומה של תשתית מבוססת לביצוע העבירות בהן הואשמו ורדי ומועלם; והן לעניין תחולתה של דוקטרינת **ההגנה מן הצדק** בנסיבות העניין – על קיומה של התנהלות שערורייתית מצד הוועדה המחוזית ורשויות הפיקוח, על השיהוי שנפל בפעולות רשויות האכיפה ועל אי-תחולת הוראות סעיף 48 לחוק התכנון והבנייה בעניינם. על כן, דחה בית המשפט המחוזי את ערעורה של המבקשת.

20. על פסק דינו זה של בית המשפט המחוזי נסובה הבקשה שלפנינו ב-רע"פ 1611/16.

21. משתוארו ההליכים המהווים יסוד לבקשת רשות הערעור בפרשת היתרי הבנייה, אפנה אפוא לתיאור ההליכים בבקשת רשות הערעור הנוספת הטעונה הכרעה – פרשת התארים המזויפים.

ההליכים בפרשת התארים המזויפים בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור

22. נגד המשיבים 3-5 הוגשו במהלך שנת 2008 כתבי אישום בהם יוחסו להם ביצוע עבירות של ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 25 בצירוף 415 סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); עבירה של שימוש



במסמך מזויף בכוונה לקבל באמצעותו דבר בנסיבות מחמירות לפי סעיף 420 בצירוף 418 סיפא לחוק העונשין; עבירה של שבועת שקר לפי סעיף 239 לחוק העונשין וכן עבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין.

23. כתבי האישום, הדומים במהותם, עיקרם בטענה כי המשיבים 3-5, אשר עבדו במועדים הרלוונטיים כמורים במשרד החינוך – הגישו במהלך שנת 2001 בקשות כוזבות ל"גף להערכת תארים ודיפלומות מחו"ל" במשרד החינוך, להכרה בהם כבעלי תואר ראשון בחינוך מאוניברסיטת "יון קרנגה" שבמולדובה (להלן: האוניברסיטה). בגדר הבקשות, הצהירו השלושה, בכזב, כי למדו באוניברסיטה לתואר ראשון בחינוך בין השנים 1998-2001; ולבקשתם צירפו מסמכים שונים, וביניהם – תעודת תואר וגיליון ציונים מזויפים. על-פי הנטען בכתב האישום, השלושה רכשו את המסמכים הללו מאדם בשם מוחמד גית, אשר הציג עצמו כנציג האוניברסיטה בארץ, וזאת בתמורה לסכומי כסף הנעים בין 8,000-10,000 ש"ח. בנוסף, המשיבים 3-5 הגישו, במועדים שונים, תצהירים מאומתים על-ידי עורך-דין ובהם הצהירו בכזב כי למדו לימודי תואר ראשון בהתכתבות בקשר ישיר עם האוניברסיטה.

יחד עם זאת, ניסיונם של המשיבים 3-5 לקבל טובות הנאה מכוח המסמכים הכוזבים שהגישו לגף להערכת תארים מתקדמים – לא צלח, לאחר שהתעורר חשד במשרד החינוך בדבר מהימנותם של המסמכים שהוגשו ותוקפו של התואר. לאחר בירור התגלה כי המשיבים 3-5 לא נרשמו מעולם ללימודים באוניברסיטה; ואף לא נטלו חלק באף אחד מן הקורסים המופיעים בגיליון הציונים שהציגו.

24. בהכרעת דינו, בית המשפט בחן תחילה את מסכת הראיות שבתיק, תוך שעמד על עדויות המעורבים וגרסאותיהם באשר לאישומים נגדם. מכיוון שגם בבקשה זו שאלת קיומן של ראיות מספיקות להרשעה איננה במוקד הדיון, אסתפק אפוא בציון מסקנתו של בית משפט השלום הנכבד בעניין זה, ולפיה: "יש לתן אמון מלא בראיות התביעה ובגרסת עדיה ולקבוע על פי גרסה זו כי הנאשמים ביצעו את המיוחס להם בכתב האישום".

25. לאחר קביעתו זו, פנה בית המשפט לדון בטענת המשיבים 3-5 כי לזכותם עומדת הגנה מן הצדק, מחמת אכיפה בררנית בה נקטו רשויות האכיפה, בכך שהעמידו לדין רק חלק קטן מתוך קבוצה של כמאה מורים, אשר הגישו אף הם מסמכים והצהרות כוזבות בנסיבות דומות ומתוך מטרה לקבל טובות הנאה מהמדינה, כאמור. נוכח זאת, טענו המשיבים 3-5 כי ההחלטה להגיש נגדם כתב אישום פוגעת פגיעה חריפה בעקרון

השוויון, העולה כדי אכיפה בררנית, ועל כן יש להורות על בטלות כתב האישום נגדם מחמת הגנה מן הצדק.

26. טענתם זו של המשיבים 3-5 נשענה על דבריו של בא-כוח המבקשת, אשר בדיון מתאריך 18.01.2015 טען, לאחר בירור ממושך, כי הטיפול בתיקים במסגרת פרשת התארים המזויפים – כמאה במספר – לא רוכזו ולא טופלו על-ידי צוות תובעים מסוים, אלא הגיעו לפרקליטים שונים שבחנו את הראיות וקבעו האם קיים בהם עניין ציבורי להעמדה לדין. אשר לאמות המידה על-פיהן נקבע גורלו של כל תיק חקירה, טען בא-כוח המבקשת כי: "לא היו קריטריונים מסוימים לפיהם נקבע האם להגיש כתב אישום בתיק כזה או אחר אלא כאמור הטיפול היה באופן ספורדי כל תיק לגופו". בקשר לטענת ההפליה, טען בא-כוח המבקשת כי נוכח חלוף הזמן, עלה בידו לאתר רק 68 מתיקי החקירה שנפתחו במסגרת פרשת התארים המזויפים, ומתוך עיון בהם נמצא כי ב-15 תיקים שנסגרו מבלי שהוגש כתב אישום, קיימת תשתית ראייתית דומה לתשתית הראייתית הקיימת בעניינם של המשיבים 3-5, ונסיבותיהם של החשודים באותן פרשות – דומות, בהיותם מורים במשרד החינוך. עוד נמצא, כי כנגד 30 מורים אחרים, אשר ביצעו עבירות מרמה וזיוף בנסיבות דומות, הוגשו כתבי אישום, ואלה הורשעו ופוטרו ממשרד החינוך, וכן נגזרו עליהם עונשים שונים.

27. לנוכח הביסוס העובדתי האמור בדבר חוסר השוויון שבהעמדה לדין בפרשת התארים המזויפים, קבע בית המשפט כי העדרם של קריטריונים ברורים וכללי מדיניות בעניין ניהול התביעה במסגרת פרשה זו, הביא לשוני מהותי באופן בו נוהלו ההליכים נגד המעורבים. עם זאת, נקבע כי אי-שוויון זה נבע מ"טעות בשיקול הדעת" של הפרקליטים השונים, אשר טיפלו בתיקים הרבים באותה פרשה לאורך השנים בפרקליטות מחוז צפון ובפרקליטות מחוז חיפה. טעות זו בשיקול הדעת, כך נקבע, איננה נגועה בכוונת זדון לאכיפת הדין באופן בררני ומפלה, או במטרה פסולה אחרת.

28. נוכח ממצא זה – שלא היה ביסוד התנהגותה של התביעה שיקולים, או מניעים פסולים – בית משפט השלום הנכבד קבע כי אין לראות בחוסר השוויון האמור משום אכיפה בררנית המצדיקה את ביטול כתב האישום, ועל כן הורה על הרשעת המשיבים 3-5.

29. יחד עם זאת, בגזר הדין מתאריך 13.10.2015, בית משפט השלום הנכבד קבע כי התוצאה המפלה של פעולות האכיפה וההעמדה לדין במסגרת פרשת התארים המזויפים, מצדיקה התייחסות ממשית במסגרת גזירת העונש. על כן, בית משפט השלום

הנכבד הורה על ביטול הרשעתם של המשיבים 3-5 בהתאם להוראות סעיף 192א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי), והטיל עליהם לבצע שירות לתועלת הציבור בהיקפים של בין 220-260 שעות.

30. המשיבים 3-5 ערערו על פסק דינו של בית משפט השלום, כשלטענתם היה על בית משפט השלום להחיל את עקרון ההגנה מן הצדק בנסיבותיהם, ובעקבות זאת לבטל את כתב האישום, מחמת האכיפה הבררנית בה נקטה המבקשת.

31. בית המשפט המחוזי הנכבד קיבל בפסק דין תמציתי את ערעור המשיבים 3-5 בקובעו כדלקמן:

"במשך למעלה משנתיים, בהליכים רבים וסבוכים, עשו המערערים כל שביכולתם ואף מעבר לנדרש, לחשוף את השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטות לסגור את תיקי החקירה או לא לחקור כלל עשרות חשודים, עובדי הוראה כמותם, שנחשדו בעבירות חמורות, שקשה להשלים עימן, ולמרות זאת לא הועמדו לדין, וככל הנראה הם מוסיפים לעבוד במשרד החינוך, מבלי שננקטה כנגדם כל סנקציה.

המשיבה מסכימה כי אין כל הבדל בין אותם חשודים מבחינת הראיות, שנאספו כנגדם והנסיבות האישיות שלהם, לבין המערערים כאן.

בהעדר קריטריונים, אין כל דרך להבין מה עמד מאחורי ההחלטה לסגור את תיקי החקירה בעניינם של החשודים האחרים [...] במשך למעלה משנתיים לא השכילו נציגי התביעה להמציא הסברים ראויים, ביקשו אין ספור דחיות על מנת לבוא עם תשובות ברורות, וגם כיום אין בפיהם תשובות מניחות את הדעת.

בנסיבות אלה, משהנטל עבר אל כתפי המשיבה להסביר את הטעם לאי-השוויון בהתנהלותה והיא לא עמדה בו, יש לקבל את עמדת המערערים."

32. נוכח האמור, בית המשפט המחוזי הנכבד הורה על קבלת הערעור, ועל ביטול כתבי האישום שהוגשו נגד המשיבים 3-5.

33. על פסק דינו זה של בית המשפט המחוזי הנכבד נסובה בקשת רשות הערעור ב-רע"פ 4238/16.

טענות הצדדים בבקשות הרשות לערער ובתשובות להן

34. לטענת המבקשת, ישנם טעמים נכבדים המצדיקים היעדרות לבקשת רשות הערעור בפרשת היתרי הבנייה, ודיון בטענותיה לגופן.

35. בקשר לכך, המבקשת האריכה בטענותיה בדבר אי-בהירות גבולותיה וגדריה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שזו פותחה בפסיקת בית משפט זה במרוצת שני העשורים האחרונים. לעמדתה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק הורחבה יתר על המידה ויש לצמצמה. עדות לכך, כך לטענתה, היא בהצפת בתי המשפט בטענות מסוג זה, המועלות באופן תדיר על-ידי נאשמים במסגרת ההליך הפלילי – ומביאות לניהול הליכי סרק ויצירת עומס מערכת.

36. כפתרון למצב דברים זה, מציעה המבקשת לשוב ולבחון את היקף תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לעמדתה, יש להשיב את הגלגל אחורנית, ובניגוד להיקף תחולתו של עקרון ההגנה מן הצדק כפי שהוכר בפסיקת בית משפט זה בשנים האחרונות, בכל מקרה בו ניכרת פגיעה בתחושת הצדק וההגינות בפעולות רשויות האכיפה – יש להחיל את מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", שנקבע בעבר בפרשת ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996) (להלן: עניין יפת), ולהעדיפו על פני מבחנים מקלים יותר שהותוו בפסיקה מאוחרת. על-פי המבחן שנוסח בעניין יפת יש להיעתר, לשיטתה של המבקשת, לטענה להגנה מן הצדק, רק כאשר מגלות רשויות האכיפה: "התנהגות שעוררייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלי נפגעת".

37. לצד זאת, המבקשת מציעה כי במקרים הנדירים בהם בית המשפט שוכנע כי הפגיעה בתחושת הצדק היא כה חריפה, עד כי "לא ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן" כלל, ניתן לנקוט בסטנדרט מקל יותר – המאזן בין הפגמים בפעולות הרשויות לבין הערכים והאינטרסים בניהול ההליך הפלילי – כפי שנקבע בפרשת ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 806-809 (2005) (להלן: עניין בורוביץ').

38. בנסיבות פרשת היתרי הבנייה – המבקשת מודה כי אמנם נפלו פגמים בהתנהלותם של גורמי התכנון והאכיפה, אולם לשיטתה אין במעשיה כדי ללמד על התנהגות שעוררייתית אשר הביאה לפגיעה חריפה בתחושת הצדק נוכח הבאתם של רודי ומועלם לדין, ועל כן נסיבות העניין אינן מגלות עילה לקיומה של הגנה מן הצדק.

עוד טוענת המבקשת, כי גם החלתו של הסטנדרט המרוכך מגלה כי הפגמים שנפלו במעשי המבקשת אינם כה חמורים, ומנגד מעשיהם של ורדי ומועלם קשים ומטים את הכף לרעתם.

39. עוד טוענת המבקשת, כי יש לייחס חשיבות של ממש לעובדה כי מעשי הרשויות בפרשת היתרי הבנייה לא היו נגועים בכוונת זדון כלשהי, אלא היו תוצאה של רשלנות ומחדלים, אשר נעשו בתום לב. לעמדת המבקשת, היזקקות לטענת ההגנה מן הצדק מקום בו המעשה המינהלי איננו נגוע בכוונת זדון, תיעשה רק במקרים חריגים ונדירים, שלא התקיימו בנסיבות הפרשה שלפנינו. כך נטען כי חלוף הזמן למן הגשת כתב האישום, כמו גם האדישות שהפגינו גורמי הפיקוח והאכיפה כלפי הבנייה באתר על אף ידיעתם על מעשי המשיבים 1-2, עולים כדי רשלנות גרידא, שאין בה כדי לבסס עילת הגנה מן הצדק.

40. המבקשת מוסיפה וטוענת, כי ערכאת הערעור והערכאה הדיונית שגו בקביעתן שיש לייחס משקל של ממש לחלוף הזמן בהגשת כתב האישום בנסיבות העניין. לעמדתה, על הטוען להגנה מן הצדק מחמת עילה זו, הנטל להראות קיומה של פגיעה ממשית ביכולתו להתגונן, כמו גם כוונה פסולה מצדן של הרשויות, ואין די בחלוף הזמן כשלעצמו כדי להיעתר לטענת הגנה מן הצדק.

41. המבקשת טוענת עוד כי בכל הנוגע לקבלת טענה בדבר הגנה מן הצדק, יש לנקוט בסטנדרט מחמיר במיוחד בנסיבות בהן הנאשם הינו עובד ציבור אשר מעל בתפקידו. המבקשת מנמקת פרופוזיציה זו בחומרתם הרבה של מעשי שחיתות שלטונית, ובשל הפגיעה הנגרמת בעקבות זאת באמון הציבור.

42. בתגובתם לבקשה, ורדי ומועלם סומכים ידיהם על קביעות הערכאות הקודמות, ובתוך כך הם שבים לראיות ולעדויות, אשר ביססו את הקביעות הקודמות בדבר תחולתה של ההגנה מן הצדק בעניינם, תוך פירוט נרחב של ההתנהגות הבלתי נסבלת מצד הוועדה המחוזית, גופי התכנון והפיקוח וגורמים נוספים. נוכח זאת, השניים סבורים כי אין הצדקה למתן רשות ערעור בנסיבות, לא כל שכן לקבלת הערעור לגופו.

טענות הצדדים בפרשת התארים המזויפים

43. במרכזה של בקשת רשות הערעור בפרשת התארים המזויפים, ניצבת טענת המבקשת ולפיה ההכרעות של הערכאות הקודמות בעניין זה מעוררות את הצורך לשוב

ולבחון את גדריה של טענת ההגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית – בדגש על שאלת תחולתה של ההגנה, מקום בו האכיפה החלקית איננה כתוצאה ממעשה זדון, או מטרה פסולה, אלא שרשלנות ומחדל הביאו לכך כי ננקטו פעולות אכיפה רק כלפי מקצת העבריינים.

44. לטענת המבקשת, טרם יצאה הלכה ברורה בסוגיה זו. כך נטען כי בית משפט זה מורה לעתים כי רק אכיפה בררנית המלווה במטרה פסולה, שיקולים זרים, או מניעים שאינם ממין העניין – עולה כדי טענת ההגנה מן הצדק; פעמים אחרות, מורה בית משפט זה כי אין צורך בהתנהלות פסולה של הרשות, מלבד העובדה כי תוצאת ההליך הינה מפלה, כדי שתוכר העילה של ההגנה מן הצדק; ולעיתים מזומנות מכיר אמנם בית המשפט באפשרות העקרונית לבחון קיומה של אכיפה מפלה "בתום לב", אולם תוך הדגשה כי ההגנה מן הצדק בנסיבות אלה תינתן רק במקרים נדירים וחריגים.

למעשה, כך טוענת המבקשת, על אף הרטוריקה המבחינה בין הגישה המרחיבה את דוקטרינת ההגנה מן הצדק למקרים של אכיפה מפלה ללא כוונת זדון, לבין הגישה המגבילה זאת למקרים נדירים וחריגים בלבד, הרי שבפועל מכירים בתי המשפט בטענת ההגנה מן הצדק ביד רחבה. מצב עניינים זה נגרם, כך טוענת המבקשת, לנוכח העובדה שטרם יצאה הלכה ברורה מבית משפט זה בסוגיה זו, וכפועל יוצא מכך שלא נקבעו אמות מידה ברורות בקשר לאותם מקרים נדירים בהם תינתן ההגנה מן הצדק בשל אכיפה מפלה "תמת-לב".

45. כתימוכין לטענתה בדבר העמימות הרבה ביחס לגדריה של ההגנה מן הצדק בעילה של הפליה פסולה, הרחיבה המבקשת בדבריה על אודות פסק דינו של בית משפט זה בעניין ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.09.2013) (להלן: עניין פרץ), שם הוכרה, כך לטענת המבקשת, אמת מידה נוספת לתחולתה של ההגנה מן הצדק בעילה של אכיפה חלקית, ונוסח מבחן "הסטייה הברורה ממדיניות נוהגת של התביעה". על-פי מבחן זה, מוטל על נאשם הטוען לביטול כתב אישום מחמת אכיפה מפלה, להראות כי ההעמדה לדין בעניינו חרגה, במידה זו או אחרת, מהמדיניות הנהוגה בתביעה. לשיטת המבקשת, פסק דין זה הרחיב לבלי שיעור את גבולותיה של עילת האכיפה הבררנית, ובעקבותיו נוצר "מדרון חלקלק", שהביא ליישום שגוי של עילה זו בידי ערכאות המשפט השונות.

46. אשר לגדר הראוי, סבורה המבקשת כי יש לנקוט בסטנדרט מצמצם הדומה למבחן שנקבע בעבר בפרשת בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3)

289, 305 (1999) (להלן: עניין זקין) לאמור – כי לשם קבלת טענה להגנה מן הצדק בעילה של אכיפה בררנית, נדרש להוכיח שפעולות הרשות נעשו מתוך כוונת זדון, אינטרס פסול, או שיקולים זרים – שאחרת, אין די בתוצאה המפלה. המבקשת מנמקת עמדתה זו בכך, שעל אף הפגיעה בעקרון השוויון שיש בתוצאה המפלה באשר היא כזו, הרי שיש להכיר בכך ש"מתחם שיקול הדעת" המוקנה לרשויות האכיפה בעת ההעמדה לדין, עלול להוביל לעיתים לשוני במסקנות הגורמים השונים בדבר שאלת ההעמדה לדין. גישה זו, כך טוענת המבקשת, תואמת את מידת ההתערבות השיפוטית המרוסנת הנהוגה בפסיקת בג"ץ בשאלת ההתערבות בשיקול הדעת של רשויות האכיפה האם להעמיד אדם לדין, אם לאו וכן הולמת את תחולתה המצומצמת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הפסיקתית.

47. על כן, טוענת המבקשת כי יש להעמיד את ההלכה על מכונה, לחדד את גדריו של עקרון ההגנה מן הצדק, ולהורות כי רק כאשר קיימות ראיות לקיומה של כוונה פסולה מצד הרשויות בניהול ההליך הפלילי – לצד קיומה של אכיפה מפלה – יתמלאו תנאיה וגדריה של טענת ההגנה מן הצדק.

48. בקשת רשות הערעור אף כוללת פרק נרחב המוקדש לסקירה השוואתית של דוקטרינת ההגנה מן הצדק ועילת האכיפה המפלה בשיטות המשפט המקובל, תוך שימת דגש על אמות המידה המצומצמות הנהוגות בשיטות אלה – ולפיהן נדרשת כוונת זדון, או מטרה פסולה בבסיס המעשה המפלה, כתנאי לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

49. לטענת המשיבים 3-5, בתגובתם לבקשה, אין כל הצדקה להידרש לבקשת הרשות לערער, שדינה להידחות. לעמדתם, פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, נשען על אדנים יציבים, והולם את המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה בדבר אכיפה מפלה פסולה. בתגובתם, האריכו באי-כוח המשיבים בתיאור מחדליה של המבקשת לכל אורך הליך העמדתם לדין של המעורבים בפרשת התארים המזויפים, ועל המאמצים הרבים מצד ההגנה – שנשאו פרי – להראות כי מחדלים אלה באים בגדר אכיפה מפלה פסולה.

דיון והכרעה

50. לאחר עיון בבקשות ובתגובות להן, אציע לחברי כי נקבל את הבקשות ונדון בהן כבערעור, אולם נורה, כפי שינומק, על דחיית הערעורים לגופם.

נוכח גישתי כי דין בקשות רשות הערעור להתקבל, המבקשת תכונה מכאן ואילך: המערערת.

51. השאלה העיקרית הטעונה הכרעה נוגעת לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במקרים בהם לא עומדת כוונת זדון מאחורי פעולות החקירה האכיפה וההעמדה לדין מצד הרשות, אלא מחדלים שברשלנות וטעויות שבתום-לב, הם שמביאים לפגיעה ממשית בתחושת הצדק.

52. במקרה שבפנינו, סוגיה זו מתעוררת בקשר לשני מופעים שונים המשמשים כעילות לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק – פרשת התארים המזויפים מעוררת את שאלת תחולתה של הדוקטרינה במקרה בו טעות הרשות הובילה להפליה בהעמדה לדין של מעורבים שונים באותה פרשה; פרשת היתרי הבנייה מעלה טענה דומה, מקום בו הרשות פעלה תוך שיהוי מכביד בהנעת גלגלי החקירה וההעמדה לדין, לצד פעולות רשלניות נוספות מצידה.

53. במסגרת פרשת היתרי הבנייה מבקשת המערערת לעורר שאלות נוספות – בעניין תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק לגבי עובדי ציבור; בטענה שהעלתה בדבר המשקל הזניח שיש ליתן לשיהוי בהגשת כתב האישום בקשר עם שיקולי צדק והגינות; בתקפותו של המבחן שנקבע בפרשת יפת ובפרשנותה של המערערת בדבר תכליות סעיף 48 לחוק התכנון והבנייה.

54. טרם שאדון בשאלה העקרונית – קיומה של כוונת מכוון בבסיס התנהלות הרשות כתנאי לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שלה יוקדש עיקר הניתוח בפרק זה – אתאר בתמציתיות את גלגוליה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ותנאי תחולתה כפי שאלה עולים מן הדין הפוזיטיבי – החוק וההלכה הפסוקה, ומן הספרות העיונית בנושא.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק – רקע כללי

55. בית משפט זה עמד לא אחת על ההיסטוריה ההתפתחותית של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשני העשורים האחרונים – על ההכרה הראשונית בקליטתה של הדוקטרינה, כפי שנקבעה בפרשת יפת; על הרחבתה בפרשת בורוביץ', בגדרה נקבע מבחן "משולש



וגמיש" לבחינת הפגמים שנפלו בהתנהלות הרשות; ועל עיגונה של הדוקטרינה בחקיקה לפני כעשור, במסגרת תיקון מס' 51 לחוק סדר הדין הפלילי, התשס"ז-2007.

56. בפרשת יפת נקלטה לראשונה ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי הישראלי, כאמצעי מגן מפני התעמרות ורדיפה מצד הרשויות כלפי חשודים ונאשמים, תוך שימוש בלתי הוגן בכלי האכיפה הנתונים בידיהן. גדריה של הדוקטרינה, כפי שנקבעו באותה פרשה, היו צרים – הן מבחינת מהותה ותחולתה והן מצד נפקותה.

57. כך נקבע מבחן נוקשה להחלתה של הדוקטרינה – מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", אשר לפיו יוכר עקרון המגן רק במקרים בהם נהגה הרשות באופן שעוררייתי, שיש בו משום "רדיפה דיכוי והתעמרות בנאשם", שאחריתם בכך ש"המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו". בקשר לכך, הבהיר בית המשפט באותה פרשה כי עקרון זה שמור למקרים נדירים ביותר, ואין להכיר בו כעניין שבשגרה (עניין יפת, פסקה 171 לפסק דינו של השופט ד' לוי). גם התרופות להתנהגותה האמורה של הרשות, במקרים כגון אלה היו מצומצמים בהיקפם, כאשר רק הסעד הדרסטי של ביטול כתב האישום, היה נתון בידי בית המשפט אשר מצא כי יש להכיר בעניינו של נאשם בטענת ההגנה מן הצדק.

58. בהמשך, רוככה והורחבה הדוקטרינה – בפרשת בורוביץ' – שאז הומרו אמות המידה הצרות לתחולתה, במבחן גמיש ורחב – מבחן "הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות". מעתה, הפכה הדוקטרינה לאמצעי רב עוצמה הנתון בידי בית המשפט, המאפשר לבקר את אופן פעולת רשויות האכיפה ולאזן בין ערכי הצדק, ההגינות וזכויותיו הדיוניות של הנידון בהליך הפלילי, לבין הערכים, השיקולים והאינטרסים העומדים בעצם ניהול ההליך. ההגנה המרחיבה שנקבעה בהלכת בורוביץ' מאפשרת לבית המשפט לערוך את האיזון האמור ביחס לכל שלבי ההליך הפלילי – בטרם מעשה העבירה, ועד לגזירת העונש – ואין היא ממוקדת דווקא בשאלת מעשי הרשות ברקע ההליך הפלילי, או להגשת כתב האישום. משכך, עקרון ההגנה מן הצדק איננו משמש עוד בגדר טענה מקדמית גרידא, אלא הוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל שלב משלבי המשפט (עיינו בדבריי ב-ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (01.09.2009); עניין בורוביץ', בעמ' 808; וכן: זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 259-262 (תשס"ט - 2009) (להלן: זאב וזמיר); בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (1996) (להלן: אוקון ושחם); על מבחן מרוכך

עוד יותר להחלת ההגנה מן הצדק – ראו דבריי בעניין ע"פ 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל (30.04.2008).

59. בפרשת בורוביץ' הורחבה הדוקטרינה אף לעניין הסעדים שניתן לתת בעקבות ההפרה. נקבע, כי לרשות בית המשפט, אשר מצא כי נפל פגם המצדיק את החלת העיקרון של הגנה מן הצדק, עומדים שורה של אמצעים לרפא את הפגם – במידתיות – ובתוך כך ניתן להתחשב בקיומם של טעמים מן הצדק בקשר לקביעת העונש; להביא לביטולם של אישומים ספציפיים, לצד האפשרות להביא לביטול כתב האישום כולו (עניין בורוביץ', בעמ' 808; בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, בפסקה 5 (06.02.2006) (להלן: עניין ניר עם)), ואכן, ריבוי הסעדים העומדים לרשות בית המשפט בקובעו כי נידון זכאי להגנה מן הצדק – עד כדי ביטול כתב האישום, משרת ערכים חשובים דוגמת זכותו של אדם לכבוד, לשוויון ולהליך הוגן; הדבר מחזק גם את האינטרס הציבורי של שלטון החוק; ומסייע בגיבוש של מדיניות אכיפה מגובשת, הזוכה לאמון הציבור (על הסעדים הניתנים בגין העתרות לטענת הגנה מן הצדק ונפקותם, ראו אצל נקדימון, בעמ' 491-493).

60. חידוש נוסף ועיקרי בהלכת בורוביץ' נגע להבניית מלאכת האיזון בין השיקולים השונים באמצעות מבחן תלת-שלבי, כאשר כל נדבך בנוי על גבו של הקודם לו במצטבר – בשלב הראשון בוחן בית המשפט את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם; בשלב השני נבחנת השאלה האם בקיום ההליך הפלילי חרף הפגמים הנ"ל יש משום פגיעה בתחושת הצדק וההגינות ובשלב השלישי מעניק בית המשפט את הסעד ההולם המאזן כראוי בין השיקולים, האינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי, לבין הפגמים שנפלו בהליך.

61. לפני כעשור נקבעה דוקטרינת ההגנה מן הצדק בספר החוקים, במסגרת תיקון חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (להלן: התיקון לחוק), בגדרו הוסף לחוק סעיף 149(10), הקורא כך:

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

[...]

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

62. עם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, הפכה ההגנה מן הצדק מדוקטרינה הלכתית לכזו המוכרת ומעוגנת בספר החוקים הישראלי. נוסח החוק, לפיו תינתן הגנה מן הצדק מקום בו: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", העניק משנה תוקף לתחולתה הנרחבת של הדוקטרינה, כפי שנקבעה בפרשת בורוביץ', וקבע מסמרות נוספים להיטמעותו של עקרון ההגנה מן הצדק בשיטתנו. עיגונה של הדוקטרינה כטענה מקדמית, אף חידדה את נפקות קבלתה של טענה להגנה מן הצדק, בכך שהחילה לגביה את הוראות סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי המקנה סמכות לבית המשפט להורות על בטלות כתב האישום (ראו דבריי בעניין: ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (20.07.2009); ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (04.07.2011); ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 34 לחוות דעת של השופטת ע' ארבל (01.02.2010); וכן דבריי בעניין חייבטוב).

63. לא הבאתי את תיאור התפתחותה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אלא כדי להשיב לנראטיב הפרשני, לו טוענת המערערת בהרחבה, בבקשתה בפרשת היתרי הבנייה. כזכור, לטענתה יש להעמיד על מכונו את המבחן הצר שנקבע בעניין יפת ולקבוע את מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות" כמבחן העיקרי לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, זאת, נוכח הרחבתה לבלי שיעור של הדוקטרינה לשיטתה, ובכדי למנוע הצפה של בתי המשפט "בטענות אווירה" לקיומה של הגנה זו. בבקשתה, נסמכת המערערת על שברי דברים ואמרות אגב בפסיקת בית משפט זה ומהם היא מבקשת לראות בפסקי הדין בעניין יפת ובורוביץ', ככאלה שאינם מקיימים ביניהם קשר דיאלקטי-התפתחותי, אלא כשני כתובים המכחישים זה את זה, אשר על בית המשפט להכריע ביניהם.

דא עקא, עמדת המערערת בסוגיה זו – ולפיה יש לשוב ולהחיל את מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", כפי שנקבע בעניין יפת – נוגדת שורה ארוכה של פסקי-דין, בהם נפסק כי ההלכה שנקבעה בעניין בורוביץ' איננה עומדת בחלל ריק, אלא יש לראות בה משום העמקת השורשים שנקבעו-כבר בהלכת יפת, ובשכלול הדוקטרינה כפיתוח פרי פסיקת בית המשפט הפלילי בישראל (עיינו, למשל, בדבריי ב-ע"פ 3179/13 ווינר נ' מדינת ישראל, בפסקה 43 (15.06.2015)). התפתחות זו איננה מקרית – שוב ושוב הטעימה הפסיקה את הבסיס העיוני להרחבתה של דוקטרינת ההגנה מן

**הצדק**, שאף עוגנה בחקיקה ראשית. בנסיבות אלה, לא מצאתי טעם טוב ומקום לשוב ולבחון מושכלות ראשונים אלה שבשיטתנו (בעניין זה ראו: נקדימון, בעמ' 77-125).

64. משהוצג הרקע להתפתחות עקרון ההגנה מן הצדק, אפנה אפוא לבחינת המצע הנורמטיבי העומד ביסוד הטענה לאכיפה מפלה, אחת מהעילות המרכזיות לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק – ושאלת תוקפה של זו, מקום בו טעות, או רשלנות מצד רשויות האכיפה היא שהביאה לאכיפה חלקית.

אכיפה מפלה שאיננה מכוונת – האם היא יכולה להוות עילה להפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק

65. הפליה בהעמדה לדין פלילי היא מצב עניינים בו פעולות ומחדלי רשויות האכיפה הביאו לכך כי רק חלק מהמעורבים במעשה הפלילי הועמדו לדין, וזאת על אף שזהות נסיבותיהם ומעשיהם של כל המעורבים מצדיקים הגשת כתב אישום נגד כולם. כדי לתאר תופעה זו בכללותה, נעשה לעתים קרובות שימוש במונח "אכיפה בררנית" – הרומז לרכיב אינטנציונלי העומד בבסיס פעולתה של הרשות. עם זאת, אין זה מן ההכרח כי הפליה בהעמדה לדין תיעשה כתולדה של כוונת מכוון. כפי שנטען בענייננו, לעתים מחדלים ופעולות שביצעו רשויות האכיפה בתום-לב מביאים לכך כי רק חלק מהמעורבים הועמדו לדין, וזאת ללא פשר. גם במצבים אלה יש לחלק במידת האחריות שיש לייחס לרשויות – בין מקרים בהם אי-העמדה לדין נבעה מרשלנותן של הרשויות, לבין מקרים בהם סדרי עדיפויות, שיקולי תקציב, או כוח אדם הם שהביאו לתוצאה המפלה, כמו גם מקרים בהם מאמצייהן הכנים של הרשויות להביא לדין את הגורמים המעורבים לא נשאו פירות (ראו: ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (12.08.2012) (להלן: עניין סלכגי); מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 142 (2008) (להלן: טמיר)).

66. הפסול שבהפליה בהעמדה לדין, כמו כל הפליה באשר היא, מובהק הוא וברור: בפגיעה הניכרת בעקרון השוויון, יסוד מוסד של שיטתנו; בסדיקת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ובפגימת יכולתו של הפרט להשליך יהבו על מקצועיותן ויושרן של רשויות האכיפה, החקירה וההעמדה לדין (ראו: נקדימון, בעמ' 388-414).

67. ואולם, על אף הפגיעה האמורה בעקרון השוויון יש לבחון האם ההגנה מן הצדק ראויה לשמש כאכסניה המתאימה לבחינה ביקורתית של פגמים עקב טעות, או רשלנות, שנפלו באופן בו הפעילו הרשויות את סמכויות האכיפה הנתונות בידן ומהם

הטעמים המצדיקים שימוש בדוקטרינה זו כמגן מפני אכיפה מפלה שאין מאחוריה כוונת זדון.

בבירור שאלה זו, דרך הילוכנו תהא כדלקמן: תחילה אתאר את ההכרה הקיימת בהלכה הפסוקה במתן פרשנות רחבה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, לאחד מכן אבחן את תחולתה של האכיפה המפלה כעילה להגנה מן הצדק בשיטות המשפט המקובל ולבסוף – אעמוד על הטעמים המצדיקים את הרחבתו של עקרון ההגנה מן הצדק גם למופעים בהם ההפליה היא פרי מעשה רשלנות, או טעות בשיקול הדעת מצד הרשות. ביני וביני, יוקדש פרק קצר לניתוח היחס שבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לבין המגמה הפסיקתית להכיר ולהחיל את כלי הביקורת השיפוטית שבמשפט המינהלי על החלטות ופעולות רשויות האכיפה בפלילים.

אכיפה מפלה כעילה להגנה מן הצדק בהלכה הפסוקה

68. בניגוד לטענת המערערת, התחקות אחר פסיקת בית משפט זה מעלה תשובה חד-משמעית בקשר לשאלה שבמוקד, ולפיה שעריה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק פתוחים גם בפני טענה לקיומה של הפליה פסולה בהעמדה לדין מחמת רשלנות ומחדלן של רשויות האכיפה.

69. בפרשת זקין, בה נערך הניסיון הראשון להגדיר אכיפה סלקטיבית מהי, נזרע הזרע לבירור גדריה של ההפליה הפסולה כטענה לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. עם זאת, הגדרתו של השופט י' זמיר לאכיפה בררנית פסולה, במסגרת אותה פרשה, הותירה אחריה, כך דומני, עמימות באשר למקרה בו ההפליה איננה באה כתוצאה ממניע זדון. כך דבריו באותה פרשה:

“אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא” (עניין זקין, בעמ' 305 לפסק הדין; ההדגשה איננה במקור – ח”מ).

70. על דרך הפרפרזה, ניתן לומר כי הגדרתו זו של בית המשפט בפרשת זקין הביאה לשתי גישות פרשניות וליצירת “שני מושגים של שרירות”.

71. הגישה האחת ראתה בהגדרה האמורה בפרשת זקין, ובמונח “שרירות” המופיע בה – כמושג המתאר פעולה הנעשית מבלי דעת ובאקראיות, שאין מאחוריה כוונת

מכוון, או מניע. זאת בהתאם למשמעות הלקסיקלית האחת של מונח זה – "שרירות" – הרואה בפעולה 'שרירותית' משום מעשה רנדומלי, שאינו מלווה במחשבה תחילה (לגישה פרשנית זו להלכת זקין, ראו למשל: טמיר, בעמ' 142; ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל, בפיסקה ע"ג לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (31.08.2015) (להלן: עניין נפאע); על הפסיקה שלאחר הלכת זקין, ראו: מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלול: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217, 233-234 (2010) (להלן: טמיר, על רשלנות)).

72. מנגד, עמדה הגישה הפרשנית השנייה, ולפיה "שרירות" – במשמעות "שרירות לב" (ראו: דברים, כ"ט, י"ח) – היינו, הפעלת הכוח השלטוני באופן בלתי מבוקר, או על בסיס קריטריונים פסולים. גישה פרשנית זו, בה נתלית המערערת בבקשתה, רואה בהגדרת בית המשפט את ההפליה הפסולה כתחומה למקרים בהם האקט המפלה הינו תוצאה של מעשה זדון, ואף היא קיבלה הדים בפסיקת בית משפט זה ובספרות המשפטית (על פרשנות המונח שרירות – ראו אצל טמיר, על רשלנות בעמ' 250-251; ועיינו עוד: ע"פ 2681/15 בן שטרית נ' מדינת ישראל, בפיסקה 50 (14.02.2016); ע"פ 8568/14 אבו גאבר נ' מדינת ישראל (19.05.2015)).

73. התמונה העמומה בדבר היקף תחולתה של האכיפה המפלה במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הובהרה מעט בפרשת בורוביץ', שם ניתן חיזוק משמעותי לגישה המרחיבה – כאשר נקבע כי טענה לקיומה של אכיפה מפלה איננה מוגבלת למצבים בהם פעלו רשויות האכיפה מתוך שקילת שיקולים בלתי ענייניים, או ממניע פסול. כך דברי בית המשפט באותה פרשה:

"איננו רואים מקום לפסול את האפשרות – שמטבעה תהא נדירה ביותר – שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים. כך מתבקש מאופי הביקורת השיפוטית שמפעיל בית-המשפט לגבי החלטת התביעה להגיש כתב-אישום רק נגד חלק מן המעורבים בכיצועה של עבירה. ובדומה לאמת המידה שעל-פיה בית-המשפט מנחה את עצמו לעניין ביקורתן של החלטות מינהליות אחרות, אף בביקורת החלטותיה של התביעה עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהוגש – מטעמי הגנה מן הצדק – אם אכן שוכנע כי בנסיבותיו של המקרה הנתון ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממיתחם הסבירות" (פיסקה 63 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור – ח"מ).

74. משנקבע כי הפליה תוצאתית עשויה לעלות, במקרים נדירים ביותר, כדי הפליה פסולה, שוב לא נדרש בית משפט זה להפוך ולדון בסוגיה זו, ואמת המידה אותה קבע בית המשפט בפרשת בורוביץ' נשתקעה וקנתה לה מקום בשיטתנו.

ואכן, ניתן לזהות מופעים רבים בפסיקת בית משפט זה, מהם עולה גישה דומה לזו האמורה בפרשת בורוביץ', ולפיה אין זה מן ההכרח כי תוכח קיומה של כוונה פסולה, מקום בו אופן ניהול ההליך הפלילי על-ידי התביעה הביא לתוצאה מפלה (ראו למשל: עניין סלכגי, בפסקה 21 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז (12.08.2012); עניין פרץ, בפסקה 23 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; עניין נפעא, בפסקה ע"ג); והשוו לעמדתה של פרופ' מיכל טמיר: טמיר, על הרשלנות, בעמ' 235-238). במקרים אחדים, עמד בית משפט זה על האפשרות העקרונית להכיר בדוקטרינת ההגנה מן הצדק גם במקרים של הפליה ללא מניע פסול, תוך ששב הדגיש כי מקרים אלה הינם נדירים מטבעם (ראו למשל: ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (31.12.2015) (להלן: עניין אגבריה)).

75. רק לאחרונה, בפסק הדין בעניין ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (01.03.2017) (להלן: עניין גוטסדינר) דן בית משפט זה בשאלת היקף תוקפה של האכיפה המפלה, ובה הוצגו עמדות שונות, מטעם כל אחד משופטי אותו מותב, בדבר היחס הראוי לקיומו של רכיב זדון במעשי הרשות.

76. חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, צידדה בפרשנות האמורה, ולפיה אין לשלול את האפשרות כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תוכר גם כאשר התוצאה המפלה איננה פרי מניע פסול מצד הרשות; עם זאת, חברתי סייגה עמדתה זו – בדומה לדברי בית המשפט בפרשת בורוביץ' – כאשר קבעה כי יש להכיר בטענת ההגנה האמורה רק במקרים חריגים, בהם ההפליה היא משמעותית – היינו כאשר הונח בסיס של ממש לקיומה של הפליה פסולה (ראו בפרשת גוטסדינר, בפסקה 53-59 לחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז).

77. לצד עמדתה זו של חברתי, הביעו את עמדתם בסוגיה גם יתר חברי אותו מותב.

כך, ניכר כי השופט נ' הנדל נקט באמת מידה מרחיבה אפילו מעט יותר מזו של השופטת ד' ברק-ארז, ולשיטתו יש להבחין בין "אכיפה בררנית", שעניינה בכוונת זדון בעצם ניהול ההליך על-ידי גורמי החקירה, האכיפה והעמדה לדין לבין מקרה בו

ההפליה היא תוצאתית גרידא, ללא בסיס, או מניע פסול מצד הרשות. לעמדתו, בשונה מבחינתה של הטענה מהפריזמה של המשפט המינהלי, ניתן לבחון כל טענה לקיומה של הפליה באכיפת החוק באמצעות המבחן המשולש הקבוע בצד דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ראו בפרשת גוטסדינר, בפסקה 47-49 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל).

השופט י' עמית, מנגד, נקט בגישה מצמצמת יותר. לעמדתו, יש להיזהר מפני הרחבה בלתי מבוקרת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, וזאת בייחוד כאשר מדובר בטענה המבוססת על הפליה תוצאתית, כמקימה הגנה מן הצדק בדין הפלילי (ראו בפרשת גוטסדינר, בפסקה 59 לחוות דעתו של השופט י' עמית; וראו גם דבריו בעניין אגבריה, בפסקה 64).

78. מסקירת פסיקת בית משפט זה בסוגיה הנדונה, עולה כי למעט עמדתו זו של השופט י' עמית בפרשת גוטסדינר, והתייחסויות ספורדיות דומות בפסקה – אין בנמצא גישת-נגד מגובשת לעמדה שהוצגה בפרשת בורוביץ', ולפיה אין זה מן הנמנע כי הגנה מן הצדק חלה גם כאשר החלטת התביעה נבעה מרשלנות, או מטעות שנפלו בשיקול הדעת של הרשות, או בהתנהלותה.

79. הנה אפוא, פסיקת בית משפט זה בעשור החולף – למן הלכת בורוביץ' ועד לאחרונה בפרשת גוטסדינר – שבה על עמדתה העקבית ולפיה דוקטרינת ההגנה מן הצדק ככלל, והטענה לאכיפה מפלה בפרט – אינן מוגבלות בקיומו של מניע פסול העומד בבסיס פעולת הרשות. ואכן, דומני כי טעמים נכבדים מצדיקים את תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק גם למקרים של אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון.

80. בטרם אדרש לפירוט ההצדקות לאימוץ הגישה המרחיבה, אמשך בהבהרת התמונה הדסקריפטיבית של הדין הקיים ביחס לשאלה שבנדון. על כן, אפנה עתה לתיאור הביקורת השיפוטית על האכיפה המפלה בדין הפלילי הנהוגה במשפט המשווה.

האכיפה המפלה – מבט משווה

81. במשפט האמריקאי, פותחה בדורות האחרונים הגנה הדומה במהותה לעקרון ההגנה מן הצדק שמשפט הישראלי, ולפיה במצב דברים בו פעולות רשויות אכיפת החוק עולות כדי "התנהגות בלתי נסבלת" ("Outrageous Conduct"), נוצר מחסום חוקתי מפני העמדה לדין, המנותק משאלת חפותו, או אשמתו של הנידון. עילה זו



מבוססת על הזכות החוקתית להליך הוגן ("Due Process"), שבתיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקנית (על הדוקטרינות השונות הנהוגות בדין האמריקאי לעריכת ביקורת על אופן ניהול ההליך על-ידי הרשויות, ראו אצל נקדימון, בעמ' 44-39; וכן אצל טמיר, על רשלנות, בעמ' 234-235).

אשר לאכיפה מפלה, הרי שזו עוגנה בדוקטרינה פסיקתית נפרדת. עוד בשנת 1886 קבע בית המשפט העליון בארצות הברית כי העמדה לדין, שנעשתה על רקע גזעי, היא פסולה, וכי זו פוגעת בזכותו החוקתית של הנידון להגנה שוויונית – "Equal Protection" – עד כי יש בה כדי להביא לבטלות כתב האישום. באותה פרשה, "פרשת המכבסות הסיניות" – *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886), נוהלו הליכים פליליים נגד מספר בעלי מכבסה ממוצא סיני, לאחר שהפעילו את מכבסתם ללא רישיון. בפסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית נקבע שהרשויות פעלו באופן מפלה, כאשר החליטו מתוך מניע גזעני להעמיד לדין רק את בעלי המכבסות הסיניים (אף שכל בעלי המכבסות פעלו ללא רישיון), ועל כן הורה על ביטול ההרשעה נגדם.

82. במרוצת השנים הלכה והתפתחה הלכת *Yick Wo* והוחלה גם ביחס להפליה על בסיס השתייכות לקבוצה דתית, עדתית, פוליטית ומגדרית. עם זאת, החל משנות ה-60 של המאה הקודמת אמות המידה להכרה באכיפה מפלה שעשויה להביא לביטול כתב אישום הוקשחו, עד כי כיום, על-פי ההלכה הפסוקה, מכיר הדין האמריקני בעילה של אכיפה מפלה פסולה, אך ורק כאשר עלה בידו של נאשם להראות: (1) כי הרשויות פעלו בעניינו באופן סלקטיבי; (2) מתוך מטרה להפלותו; (3) וזאת על רקע השתייכותו לקבוצה מסוימת.

כך הם דברי בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1962) (להלן: עניין *Oyler*), שם נקבע כי הפליה באכיפת החוק איננה פוסלת אישומים, כל עוד אין היא מבוססת על השתייכותו של הנאשם לקבוצה מסוימת:

"[T]he conscious exercise of some selectivity in enforcement is not in itself a federal constitutional violation. Even though the statistics in this case might imply a policy of selective enforcement, it was not stated that

the selection was deliberately based upon an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification."

(עניין Oyer, בעמ' 345).

83. בפרשה אחרת, הדגיש בית המשפט העליון בארצות הברית, כי אין די להצביע על מכנה משותף חברתי בין כל חברי הקבוצה המופלית, וכי יש להראות כי ההפליה נעשתה מתוך מטרה ברורה להביא להפליה באכיפת הדין על בסיס מניע זר. כך, בפרשת *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996) (להלן: עניין Armstrong), נאשמים ממוצא אפרו-אמריקאי טענו לאכיפה מפלה על בסיס גזעני בעבירות סמים בהן הואשמו. כתימוכין לכך, הציגו הנאשמים נתונים סטטיסטיים המעידים על כך שבכל המקרים שבהם הוגשו באותו מחוז כתבי אישום בגין עבירות סמים דומות – ההליכים הללו נפתחו רק נגד בני אדם ממוצא אפרו-אמריקאי. בית המשפט העליון בארצות הברית דחה טענה זו להפליה פסולה, שכן לא עלה בידי הנאשמים להראות שתוצאה זו נעשתה מתוך כוונה להפלות:

"The requirements for a selective-prosecution claim draw on "ordinary equal protection standards". [...] The claimant must demonstrate that the federal prosecutorial policy "had a discriminatory effect and that it was motivated by a discriminatory purpose".

(עניין Armstrong, בעמ' 464; ההדגשות הוספו – ח"מ).

84. כפי שנראה להלן, דרישת "המניע הזר המכוון כנגד קבוצה מסויימת" כתנאי להגנה מפני ניצול ההליך לרעה בידי רשויות האכיפה, מיוחדת עתה לשיטת המשפט בארצות הברית בלבד וצביונה המיוחד, והיא נובעת – מהשיטה הקונסטיטוציונית הנהוגה שם, וממרקם היחסים הנהוג שם בין רשויות השלטון.

זאת ועוד – אחרת. כפי שמתארת המלומדת פרופ' מ' טמיר, במרוצת השנים קמו בארצות הברית מבקרים רבים ל"דרישת המניע", ואלה טוענים, בין היתר, כי אין דרישה זו מתחייבת בהכרח מן המצב המשפטי השורר שם, וכי טעמים נכבדים מורים כי מוצדקת בחינה מרוככת יותר של פעולות האכיפה של הרשות (ראו בעניין זה אצל טמיר, על רשלנות, בעמ' 228-232). על טעמים אלה המצדיקים מתן הגנה רחבה מפני אכיפה מפלה, אעמוד להלן בתת-הפרק הבא.

85. לעומת המבחן הנוקשה הקבוע בארצות-הברית, מכיר הדין האנגלי במבחן גמיש מעט יותר, הדומה במהותו לזה החל בישראל.

בשנת 1964 קבע בית הלורדים את עקרונות דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ובשמה האנגלי – Abuse of Process), בפסק דינו בפרשת *Connelly v. D.P.P.* 2 (1964) All E.R. 401. בפסק דין זה נקבע לראשונה כי טענת ההגנה לסיכון כפול מקימה לבית המשפט את הסמכות למנוע את העמדתו של הנאשם לדין. בהמשך, הכיר המשפט האנגלי בדוקטרינת ה-Abuse of Process בשתי קטגוריות של מקרים: הראשון, כאשר בית המשפט שוכנע כי אין זה צודק, בנסיבות העניין, לנהל את ההליך הפלילי נגד הנאשם; השני, מקום שהנאשם עלול שלא לזכות למשפט הוגן (להרחבה בעניין זה ראו אצל נקדימון, בעמ' 31-39; וכן: DAVID CORKER & DAVID YOUNG, ABUSE OF PROCESS AND FAIRNESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (1999); COLIN WELLS, ABUSE OF PROCESS (2<sup>ND</sup> ED., 2011); ANDREW L. T. CHOO, ABUSE OF PROCESS AND JUDICIAL STAYS OF CRIMINAL PROCEEDINGS (2<sup>ND</sup> ED., 2008) וראו לאחרונה את דבריי בעניין חייבטוב, בפיסקה 9 לחוות דעתי).

בדומה לדין החל בישראל, בעבר הכיר בית הלורדים באנגליה באפשרות העקרונית לקיומה של הגנה מן הצדק, גם כאשר אין מניע פסול העומד בבסיס פעולת הרשות, וכך נאמר שם באחת הפרשות:

"In most cases in which the court has granted judicial review on grounds of 'unfairness' amounting to abuse of power there has been some proven element of improper motive" (*Pretson v. Inland Revenue Commisioners*, 2 All ER 327, 340-341 (1985)).

ואכן, גישה זו בדבר רוחבה של האכיפה המפלה בדין האנגלי, קשורה להכרה העקרונית (הקיימת גם בדין הישראלי), הרואה בהפליה משום נגע חברתי שיש למגר אותו – מבלי קשר ל"יסוד הנפשי" שגרם לה – בדין הפלילי, במשפט המינהלי, ובכל ענף משפטי אחר (ראו בעניין זה: בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749, 758-759 (1990); וכן ראו אצל טמיר, על רשלנות, בעמ' 219-220 ובהפניות

שם; יחד עם זאת, נדמה כי שאלת המניע כעילה להפליה מפלה, לא התעוררה עד כה במלוא עוזה במשפט האנגלי. בעניין זה ראו: *Antoine v. Sharma* UKPC 57 (2006); *R v. IRC, ex parte Mead and another*, 1 All ER 772 (1993); *R (on the application of Mondelly) v. Commissioner of Police for the Metropolis*, EWHC 2370(2006).

הטעמים לתחולת ההגנה מן הצדק בעילה של אכיפה מפלה

86. מהסקירה שהובאה לעיל, עולה כי בניגוד לדוקטרינה המקבילה בארצות הברית – מכיר המשפט הישראלי בתחולתה של ההגנה מן הצדק אף במקרים בהם התוצאה המפלה היא תולדה של התנהגות שאיננה מכוונת מצד הרשות.

87. ואולם, אין ללמוד מכך כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק הורחבה בשיטתנו לבלי שיעור ומידה. אדרבה, שיקולים משמעותיים עומדים ביסוד ההכרה בקיומם של שיקולי צדק המעניקים לנידון מחסה מפני רשויות האכיפה – מבלי לייחס משמעות מכרעת לשאלת קיומו של מניע, או מטרה זרה בבסיס פעולת האכיפה.

88. למעשה, ניתן למנות מספר טעמים נכבדים המורים על מתן פרשנות מרחיבה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, ועל החלתה על יסוד הטענה להפליה פסולה בהעמדה לדין:

(א) הטעם האחד נוגע למהותה של ההגנה מן הצדק כסעד חוקתי הניתן לנאשם בגין פגיעה בזכויותיו החוקתיות. על מהות זו עמדתי לאחרונה (ראו בחוות דעתי בעניין חייבטוב). נופך חוקתי זה מורה כי יש לפרש את עקרון ההגנה מן הצדק באופן שיביא להגשמת ערכי השוויון בפני הדין, ומימוש זכותו של הנאשם להליך הוגן, באופן מלא, כאשר לשאלת המניע ישנה במקרה שכזה חשיבות פחותה. ערכי יסוד אלה, מורים אפוא על מתן פרשנות רחבה לעקרון-מגן זה, באופן ש'דלתותיו' יהיו פתוחות לרווחה, גם לנאשם הטוען לחוסר צדק, בשל פעולות רשלניות, או בגין טעות או מחדל מצד רשויות האכיפה (ראו: נקדימון, בעמ' 184; טמיר בעמ' 389; אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א 381, 386 (2001); אוקון ושחם, בעמ' 265-269; על מלאכת האיזון בין ערכי השוויון וההליך ההוגן, לבין אינטרסים מתחרים בשאלת המניע כיסוד לאכיפה מפלה, ראו אצל: טמיר, על דשלנות, בעמ' 240-242).

(ב) לצד כללי הפרשנות החוקתית, יש ליתן את הדעת ללשון המחוקק בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, אשר, כאמור לעיל, עיגן את הדוקטרינה הפסיקתית בחקיקה בזו הלשון: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". נוסח זה, כך דומני, מורה על מתן פרשנות מרחיבה, שאיננה מבחינה בין מעשה זדון לבין רשלנות בפעולת האכיפה מצד הרשות. אני קובע כן נוכח אמת המידה התוצאתית של: "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" בה נוקט המחוקק. אנו למדים איפוא – שאין היא מוגבלת אפריורי לגבי מניע זה, או אחר העומד בבסיס פעולות והחלטות רשויות האכיפה.

(ג) לצד האמור, דרישת המניע, או הכוונה הפסולה כתנאי לתחולתה של הפליה אסורה, עלולה להציב רף דיוני בלתי-עביר עבור קרבנות האפליה, ובכך היא תמנע סעד מאותם פרטים שנפגעו מהפליה לא מכוונת. גישה זו נעדרת הצדקה גם מהפן המהותי, שכן הפליה היא תופעה חברתית פסולה כשלעצמה, שאיננה נוגעת, בהכרח, להתנהגותו הפגומה, או הזדונית של המפלה. משכך, מתן "הכשר" למקרים בהם טעות, מחדל, או רשלנות מצד הרשות הביאו לאכיפה מפלה, פוגע באינטרס הציבורי למגר כל תופעת הפליה באשר היא.

יפים לעניין זה דבריו של המלומד Paul Butler:

"[V]ictims are injured by the effect of law, not the purpose of law. Therefore, victims ought to care more about eradicating the effect than comprehending the purpose" (Paul Butler, *Blind Faith: The Tragedy of Race, Crime, and the Law*, 111 HARV. L. REV 1270, 1277-1278 (1998));

מובא אצל: טמיר, על רשלנות, בעמ' 228-229; וראו גם דברי חברתי, השופטת ד' ברק-ארז בפרשת גוטסדינר, בפיסקה 53-59).

דומני כי רציונל זה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד העומדים בבסיס דוקטרינת ההגנה מן הצדק. סוף סוף, דוקטרינת ההגנה מן הצדק – כשמה כן היא – שמה לאל את הפגיעה בתחושת הצדק מנקודת מבטו של הנידון, ואילו שאלת המניע, או המטרה העומדת בבסיס הפעולה המפלה של הרשות, לעומת זאת, איננה העיקר שלאורו נבחנת פסלות מעשה האכיפה במסגרת עקרון ההגנה מן הצדק (אם כי, כפי שיובהר להלן, גם לשיקולים אלה יש מקום במסגרת עקרון זה). ממילא, ראוי שכל סוג של

אכיפה מפלה יבחן בגדרו של עקרון זה – בין אם הפגיעה היא תולדה של מעשה זדון, ובין אם מקורה ברשלנות של הרשות.

(ד) טעם נוסף להרחבת ההגנה מן הצדק, קשור בנקודת ההשקה שבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק כעקרון במשפט הפלילי, לבין ה"נופך המינהלי" אותו היא נושאת (ראו דבריי בפסקה 4 בעניין חייבטוב). הממשק בין שתי הקטגוריות המשפטיות הללו טמון בעובדה כי עיקרה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בטענות הנוגעות להתנהלותן הנפסדת של רשויות האכיפה, או שיקול הדעת הפסול שהפעילו, אשר הביאו לפגיעה מהותית בהפעלת עקרונות של צדק והגינות הנדרשים בהגנתו של נאשם. הנה כי כן, הפעלת ההגנה מן הצדק כוללת בחובה, באופן מובנה, גם ביקורת על שיקול הדעת שהפעילה הרשות. נוכח זאת, הגבלת האפשרות להחיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק למצבים בהם אין בבסיס החלטת הרשות משום מניע פסול, עלולה, על פני הדברים, לפגוע באפשרות העקרונית לערוך ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הגשת כתבי אישום (ראו: נקדימון, בעמ' 139-166; זאב וחמיר, בעמ' 72; עניין גוטסדינר, בעמ' 196 וההפניות שם; טמיר, בעמ' 152; אוקון ושחם, בעמ' 269-277; רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529, 541-545 (2015) (להלן: גלעדי)).

89. בעניין זה – על היחס שבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לבין המשפט המינהלי – אבקש להרחיב קמעא את היריעה, שכן הדבר קשור לטענותיה של המערערת בדבר הרחבתה של הביקורת השיפוטית על פעולות רשויות האכיפה בפלילים, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקת בית משפט זה, ובאופן בו היא מיושמת בערכאות הנמוכות בתקופה האחרונה.

לאחר תת-הפרק הבא, על אודות הביקורת המינהלית בפלילים ודוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשוב לניתוח המסקנות העולות מתיאור הפסיקה בעניין האכיפה המפלה, והטעמים המצדיקים דווקא את הרחבתה של דוקטרינה זו.

על הביקורת המינהלית בפלילים ודוקטרינת ההגנה מן הצדק

90. באחרונה ניתן לזהות מגמה פסיקתית המאמצת את כלי הביקורת השיפוטית על ההחלטה המינהלית ומטמיעה אותם אל תוככי ההליך הפלילי. גישה זו כונתה על-ידי גלעדי במאמרו הנ"ל: הביקורת המינהלית בפלילים (גלעדי, בעמ' 530-531). כך אכנה אותה אף אני להלן.

91. על-פי גישה זו, במסגרת ההליך הפלילי ניתן לתקוף פגמים שהתעוררו באופן ניהול ההליך על-ידי הרשויות בשני אפיקים מקבילים – בין אם במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, או באמצעות החלטה של ביקורת שיפוטית על שיקול דעתן וטיב מעשיהן של רשויות האכיפה, החקירה וההעמדה לדין (גלעד, בעמ' 535, 547). ראשיתה של גישה זו בעניין ניר עם שאוזכר לעיל, בגדרו נדחו השגותיהם של העותרים שם שטענו לקיומם של פגמים חוקתיים ומינהליים שנפלו בדרך העמדתם לדין בשל קיומו של סעד חלופי, תוך שנקבע כי דרך המלך לתקיפת החלטותיהן של הרשויות בגין פגמים שנפלו בהליכי אכיפה שנקטו – הינה במסגרת ההליך הפלילי, ולא המינהלי (ראו גם: בג"ץ 4291/14 גפסו נ' פרקליטות מחוז צפון (28.10.2014); אשר לתפיסה שקדמה לפסיקת בית המשפט בפרשת ניר עם, ראו: גלעד, בעמ' 536-538).

92. בפרשת פרץ, פסע בית המשפט צעד נוסף לגיבושה של גישה זו, כאשר ניתח טענות בדבר אכיפה בררנית שעלו במסגרת ערעור פלילי, באמצעות עילת הסבירות וכלי ניתוח נוספים שבמשפט המינהלי.

93. גבולותיה וגדריה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, כמו גם יחסה לעקרון ההגנה מן הצדק ויחסי הגומלין ביניהן – טרם נבחנו לעומקן. יחד עם זאת, ניתן לקבוע, בזהירות המתבקשת כי הביקורת המינהלית בפלילים מאפשרת שימוש במגוון העילות לתקיפת ההחלטה המינהלית וכי היא מספקת לבית המשפט ארגז כלי-ביקורת רחב ומגוון, כך שתחולתה רחבה יותר מזו של דוקטרינת ההגנה מן הצדק (כך למשל, ראו בדבריה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז בפיסקה 58 בעניין גוטסדינר, לפיהם ניתן להעלות במסגרת ההליך הפלילי, כל טענה לפגם מינהלי בהליך, אותו ניתן, תאורטית, להעלות בפני בג"ץ; וכן: עניין ניר עם, בפיסקה 4; עניין פרץ, בפיסקה 31; גלעד, בעמ' 535).

94. דומה, כי לנוכח ההכרה העקרונית של בית משפט זה בדבר קיומה, רוחבה ותוקפה של הביקורת המינהלית בפלילים, עלול להיווצר לגביה מצב דומה לזה המתואר על-ידי המערערת. הווי אומר: הכרה כאמור ברוחבה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים תביא להפיכתה לחזון נפרץ, לייתור הצורך בקיומה של ההגנה מן הצדק, וליצירת מדרון חלקלק בהעלאת טענות לפגמים באכיפת ההליך הפלילי (על הבעייתיות והמתח השורר בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לבין הביקורת השיפוטית במשפט המינהלי, ובפרט ביחס לטענה לאכיפה מפלה, ראו אצל טמיר, על רשלנות, בעמ' 221-220, ובעמ' 232-234).

95. טלו למשל את השאלה המתעוררת לפנינו בדבר צמצומה של טענת ההפליה למקרים בהם עומד מניע פסול בבסיס האכיפה המפלה בגדרה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. שאלה זו עשויה לבוא על פתרונה בנקל באמצעות בחינתה בפריזמה של המשפט המינהלי, שכן כידוע, הפליה פסולה שביצע המינהל איננה נקבעת אך על-פי מחשבת זדון, או כוונה פסולה העומדת מאחוריה, אלא גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה, ושאלת עמידתה בקריטריונים של סבירות:

“על פי הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או ההפליה) נבחנה גם בתוצאה [...] הלא מכוונת המושגת על ידה. כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי “הפליה היא פסולה גם כשאינן ביסודה כוונה להפלות” [...] עקרון השוויון צופה פני התוצאה: תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאה-מפלה היא, יפסל מעשהו כלא היה [...] השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של ההחלטה...” (בג”ץ 7052/03 עדאללה נ’ שר הפנים, בפסקה 51 (2006); וראו גם: בג”ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ’ ראש ממשלת ישראל (27.02.2006); בג”ץ 104/87 נבו נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד מד(4) 749 (1990)).

משמעות הדבר היא כי במקרים רבים תהא פתוחה בפני הסנגור האפשרות לטעון לקיומה של אכיפה מפלה שאין מאחוריה כוונת זדון, וזאת מבלי להיזקק לטענת ההגנה מן הצדק.

96. מצב עניינים מעין זה נדון, כאמור, במסגרת פרשת פרץ, בגדרה קבע בית המשפט כי ניתן להחיל ביקורת מינהלית בפלילים על טענה בדבר אכיפה בררנית, וזאת במובחן מדוקטרינת ההגנה מן הצדק. בקשר לכך, אף נקבע כי במקרה בו ניכרת סטייה ברורה ממדיניות נהגת של התביעה, הרי שחריגה זו עשויה, במקרים המתאימים, להביא לביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית פסולה. באשר להגדרתה של אותה סטייה ברורה ממדיניות האכיפה – נקבעו אמות מידה שונות בידי שופטי המותב, כאשר לעמדת השופט ע’ פוגלמן, בדעת מיעוט, די יהא בהצבעה על מקרים ספורים בהם בוצעה הפליה ביחס לנאשם בכך שנערכה הבחנה לא ראויה בינו לבין אחרים, שנתונהם הרלוונטיים שווים – ובמקרים מסוימים, אף על מקרה בודד – לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות להראות כי בעניינו של אותו נאשם לא בוצעה אכיפה בררנית.



97. כאמור, בבקשתה טוענת המערערת כי יש לקבוע אמות מידה ברורות בקשר לטענה לאכיפה מפלה – בין היתר לאור מבחן הסטייה ממדיניות שנקבע בפרשת פרץ, אשר הרחיב לטענתה את הטענה לאכיפה בררנית לבלי שיעור. ואולם, כפי שתואר לעיל, מבחן הסטייה ממדיניות נעשה במסגרת השימוש בכלי הביקורת המינהלית בפלילים, על-פי אמות המידה וגבולות הגזרה המיוחדות למשפט המינהלי. שאלת השימוש במבחן זה איננה מתעוררת בפסקי הדין עליהם נסובו הבקשות שלפנינו – הגדורות לשאלת רוחבה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק – ולכן אין בידי לעסוק בפרוטרוט בשאלה העיונית בדבר היחס שבין שתי הדוקטרינות, נקודות הממשק ביניהן וגבולות גזרתן, עניין שאף לא הועלה מפורשות על-ידי המערערת במסגרת בקשות רשות הערעור.

בעניין זה אסתפק רק בלציין, כהערה כללית, כי חרף הניסיון שתואר לעיל – לאמץ אל קרבו של ההליך הפלילי את כלי הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל כמכשיר בקרה על רשויות האכיפה, הרי שלעמדתי יש לראות דווקא בדוקטרינת ההגנה מן הצדק משום גישה (בגירסתה המורחבת) המייצגת תפיסה נכונה והולמת כלפי רשויות האכיפה, שכן זו מאזנת בין הפגם שנפל בהליכי האכיפה לבין השיקולים האחרים, ומעניקה את המשקל הראוי לאינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי. בניגוד לכך – דוקטרינת הביקורת המינהלית – המשווה לדיון הפלילי אופי מינהלי-בג"צי במהותו – ספק בעיניי אם היא מתאימה להכללת מלוא השיקולים הרלבנטיים להליך הפלילי, ואם די בה כדי לאזן כראוי בין האינטרסים והערכים שבמוקד. בהקשר זה יש גם לזכור כי עקרון ההגנה מן הצדק חולש אף גם על האינטרסים הציבוריים והערכים המשמשים יסוד לעריכת ביקורת שיפוטית, תוך מתן משקל מועדף לשיקולי צדק (עיינו: עניין בורוביץ', בעמ' 807; גלעד, בעמ' 539-540; וכן אצל טמיר, על רשלנות, בעמ' 251-252; על העמדה הנוגדת, המבכרת אמות מידה של שיקול דעת המבוסס על כללים ידועים מראש, כבמשפט המינהלי, ראו: י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כ"ו 212, 221 (1970); י' זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מינהליות" משפט וממשל ז' 623 (התשס"ה)).

98. נוכח האמור לעיל – סבורני כי אין מקום להכיר בתחולה מקבילה של שתי אמות מידה לעריכת ביקורת שיפוטית על מעשה האכיפה וההעמדה לדיון הפלילי. עמדתי היא שכאשר מדובר בעילות הנוגעות לפגמים קשים, אשר יש בהם כדי לפגוע פגיעה ממשית בתחושת הצדק, ובוודאי במקרים של אכיפה מפלה דוגמת אלה שבענייננו – תיסוג הביקורת המינהלית בפלילים מפני עקרון ההגנה מן הצדק, כך שניתן יהיה להשיג על פגמים אלה מכוח עקרון ההגנה מן הצדק בלבד, ולא במסגרת הביקורת

המינהלית בפלילים (ראו בעניין זה: גלעד, בעמ' 549-550). יחד עם זאת אציין, כי אין בדברים אלה כדי לשלול את האפשרות, אשר הוצעה זה מכבר בספרות, לפיה **דוקטרינת ההגנה מן הצדק** תורחב בעתיד כך שהיא זו ש"תבלע" אל קרבה את אמות מידה הנקוטות בדין המינהלי, ובמסגרת בחינת תחולת עקרון **ההגנה מן הצדק** בנסיבות, תבחן גם את שאלת סבירות מעשה הרשות (ותיפסל רק אי-סבירות קיצונית), ובתוך כך ינתן משקל לאינטרסים והשיקולים העומדים בליבת הביקורת השיפוטית-מינהלית. למעשה, דומני כי זו הייתה כוונתו המקורית של בית משפט זה בפרשת בורוביץ', בקבעו כי במוקד הביקורת השיפוטית בהליך הפלילי ניצבים שיקולי הצדק, ואילו אמת המידה של סבירות הנהוגה במשפט המינהלי, איננה אבן הבוחן העיקרית (ראו: עניין בורוביץ' בעמ' 805-808; גלעד, בעמ' 548).

סיכום ביניים – תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במצבי מחדל ורשלנות מצד הרשות

99. **ובחזרה לענייננו.** מן המקובץ לעיל עולה כי הטענה להפליה פסולה בהעמדה לדין בעילה של **הגנה מן הצדק**, חולשת גם על מקרים בהם טוען הנידון כי נפל פגם בהעמדתו לדין, או בניהול ההליך הפלילי נגדו, ולו משום חדלונה של הרשות, בטעות שנפלה על-ידה בתום-לב, או בגין מחדלים מצידה (זאת לצד מקרים בהם פעלה הרשות בשרירות מכוונת, בחוסר תום-לב, ומתוך שיקולים זרים).

ודוק, משמעות הדברים היא כי ניתן עקרונית, לראות במחדלי הרשות, או במעשיה הרשלניים משום 'פגם', אשר יש בו כדי לפתוח את שערי המבחן התלת-שלבי שנקבע בהלכת בורוביץ'. ברי כי אין בכך כדי ללמד שיש לייחס משקל ממשי לכל טענה באשר לטעות, או למחדל מצד רשויות האכיפה, אלא לליקוי מהותי שכזה. הנה כי כן לאחר שצלח הנאשם את המשוכה המקדמית להצביע ולהוכיח כי המעשה המינהלי עולה כדי 'פגם' כאמור – בית המשפט יידרש לבחינת הטענה **להגנה מן הצדק** לגופה – בקביעת עוצמתם של הפגמים, ופגיעתם בתחושת הצדק וההגינות; בשלב שלאחר מכן יש לאזנם ביחד עם יתר השיקולים, הערכים והאינטרסים המצדיקים את ניהול ההליך הפלילי. בקשר לכך יש לשים אל לב, כפי שנקבע עוד בפרשת בורוביץ', כי יש להעניק משקל בשלב השני גם לעובדה כי הרשות פעלה בתום-לב, ללא מניע פסול, או כוונת זדון. מטבע הדברים, התוצאה תהא שרק מקרים נדירים וחריגים בהם נטענה טענה לאכיפה מפלה שאיננה תוצאה של כוונת זדון יקימו לנאשם **הגנה מן הצדק**.

100. **ההצדקות והטעמים הנ"ל**, לפיהם אין לנעול דלת בפני טענה לקיומה של **הגנה מן הצדק**, בגין אכיפה שאין מאחוריה כוונת זדון, יפים גם לגבי עילת השיהוי בהגשת

כתב האישום, ולמעשה לגבי כל התנהלות רשלנית של הרשות – המעוררת פגיעה בתחושת הצדק שנעשה לנאשם. כפי שצוין לעיל, בבסיס דוקטרינת ההגנה מן הצדק ניצבת אמת מידה עיקרית שהיא תוצאתית – מידת הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות. לכן, קיימת חשיבות פחותה לעובדת קיומו, או העדרו של מניע פסול בבסיס המעשה, או המחדל המינהלי (בהערה מוסגרת יצוין, כי שאלת המניע כעילה לתחולתה של ההגנה מן הצדק מחמת שיהוי, נתונה במחלוקת בין בתי המשפט הפדראליים בארצות-הברית, ללא הכרעה ברורה של בית המשפט העליון בסוגיה. בעניין זה ראו: *United States v. Lovasco*, 431 U.S. 783, 799-800 (1977) (Stevens, J., dissenting) (להלן: עניין Lovasco) ולאחרונה: *Napowski v. Adams* No. SA CV 16-00391 VBF (AFM) (2017); *United States v. Moran*, 759 F.2d 777, 782 (9th Cir. 1985) וראו גם את פסיקתו של בית המשפט המדינתי בניו-יורק: *People v. Singer*, 44 N.Y.2d 241, 253-54 (1978); *People v. Montague*, 130 A.D.3d 1100, 1102 (N.Y. App. Div. 2015)).

101. משבאנו לכלל דברים אלה, אפנה כעת לבירור טענות נוספות אותן העלתה המערערת בפרשת היתרי הבנייה – בדבר השיהוי בהגשת כתב האישום כעילה לתחולתה של הגנה מן הצדק, ועל אמת המידה שיש להחיל על עובדי מדינה הטוענים להגנה זו.

שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב האישום כעילה להגנה מן הצדק

102. אין בידי לקבל את טענת המערערת לכך שאין להכיר בשיהוי בלתי סביר בהגשת כתב האישום משום עילה, או שיקול רלבנטי לטענת הגנה מן הצדק.

103. רשויות האכיפה והתביעה עצמן מכירות בנזקים העלולים להיגרם כתוצאה משיהוי בהגשת כתב אישום. כך, למשל, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1200 (01.01.1984), צוין, בין היתר, כי:

“עבריינין צפוי לשאת את העונש שיפסוק לו בית המשפט, בהתאם לחוק ולנסיבות המקרה, ואין הוא אמור לשאת עונש נוסף של עינוי דין הנובע מהתמשכות בלתי מוצדקת של ההליכים במשטרה, בפרקליטות המדינה או בבית המשפט”.

ואכן, לצד ערכי המהות בדבר האינטרס הציבורי בהעמדתו לדין של העבריין, ומתן אורך רוח לרשויות החקירה לבצע את מלאכתן בהתאם לשיקוליהן ולמורכבות העבירה – אין להקל ראש באפשרות כי חלוף זמן משמעותי בהעמדה לדין יביא לשיבוש באורחות חייו של הנאשם, ואף יביא לפגיעה בהגנתו – בגין אובדן ראיות והיטשטשות זיכרונם של עדים רלבנטיים (להרחבה בעניין זה ראו אצל נקדימון, בעמ' 365-368).

104. מן ההיבט ההשוואתי, כמה משיטות המשפט המקובל מכירות בנסיבות בהן חלוף זמן משמעותי עד להגשת כתב האישום, יש בו משום עילה לתחולתה של הגנה מן הצדק. בשים לב לסקירה שהובאה בפרק הקודם ביחס לאכיפה מפלה כעילה להגנה מן הצדק, ניכר כי דווקא בהיבט זה של שיהוי בהגשת כתב אישום, ניתנת עדיפות לשיקולי הצדק, על פני האינטרס במיצוי ההליך הפלילי.

105. כך למשל, במשפט האנגלי, נתונה בידי בית המשפט הסמכות להורות על עיכוב ההליך הפלילי, מחמת שיהוי בהגשת כתב האישום (Pre-Indictment Delay), להבדיל מעינוי דין – שיהוי שלאחר הגשת כתב האישום – Post-Indictment Delay). זאת, בהתקיים התנאי כי חלוף הזמן עד להגשת כתב האישום, הביא לכך שלא ניתן יהיה לקיים הליך הוגן לנידון, וכאשר השיהוי המכביד נוצר כתוצאה ממחדלי הרשות (ראו בעניין זה:

DAVID CORKER & DAVID YOUNG, ABUSE OF PROCESS AND FAIRNESS IN CRIMINAL PROCEEDINGS, 1-42 (1999); *R v. TBF*, EWCA CRIM 726, (2011) 24 וכן אצל נקדימון, בעמ' 351-356).

106. בארצות הברית הכיר בית המשפט העליון בטענה לחלוף זמן משמעותי עד להגשת כתב אישום, ככזו החוסה תחת מטריית ההגנה החוקתית של הזכות להליך הוגן (Due Process). זאת, במובחן מהזכות החוקתית להליך מהיר, "Speedy Trial", המעוגנת בתיקון השישי לחוקה האמריקאית (ראו: *United States v. Macdonald*, 456 U.S. 1, 7 (1982)).

על-פי המשפט האמריקאי, כדי לבסס את עילת השיהוי יש להראות כי משך הזמן שחלף – משמעותי דיו כדי שתקום חזקה שלפיה השיהוי הוא בלתי ראוי, כיוון שיש בו כדי לפגוע בהגנת הנאשם, בהתאם לאופי העבירות בהן הוא מואשם. קריטריון

שני הינו הסיבה לחלוף הזמן, ובהקשר זה יובאו בחשבון נסיבות ביצוע העבירה, מורכבותה, והטעמים שהביאו את רשויות התביעה להגיש את כתב האישום במועד בו הוגשו. לצד שני הקריטריונים הללו, ישקול בית המשפט את מידת נכונותו ועמידתו של הנאשם על מימוש זכותו להליך מהיר לאחר הגשת כתב האישום (Speedy Trial); וכן את קיומה של פגיעה בפועל בהגנתו של הנאשם, ובנסיבות חייו האישיות (ראו בעניין זה אצל נקדימון, בעמ' 356-358; וכן בעניין Lovasco דלעיל).

107. בקנדה, הוכר השיהוי שחל בהגשת כתב אישום כעילה לביטול כתב האישום, מכוח זכויותיו של אדם לחיים, לחירות ולביטחון אישי, הקבועות במגילת זכויות האדם – הצ'רטר הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms). המבחן לתחולתה של טענה לשיהוי מכביד בהגשת כתב אישום, דומה במהותו למבחנים הקבועים בדין האמריקאי, ולפיו על הטוען לקיומה של העילה האמורה להראות, על בסיס ראיות, כי נגרמה לו פגיעה ממשית נוכח חלוף הזמן עד להגשת כתב האישום; כן רלבנטיים מידת עמידתו של הנאשם במהלך המשפט על זכותו למשפט מהיר וכן סיבת חלוף הזמן והפגיעה שנגרמה לנאשם כתוצאה ממנו (ראו: נקדימון בעמ' 358-360; וכן: *R. v. Clarke*, 2015 NSSC 224 (CA.)).

108. בישראל הוכר זה מכבר השיהוי כעילה להגנה מן הצדק. לאור מכלול השיקולים שנמנו לעיל, נקבע בעבר כי השיהוי בהגשת כתב האישום עשוי להביא להחלתו של עקרון ההגנה מן הצדק – כאשר הימשכות הליכי החקירה וההעמדה לדין התנהלו בעצלתיים, והביאו לפגיעה ממשית ביכולתו של אותו נאשם להתגונן, או כאשר חלוף הזמן מעורר סתירה עמוקה לחובת הצדק וההגינות המתחייבת מניהול הליך פלילי תקין (ראו: על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55 (2004); טמיר, בעמ' 365-381; נקדימון בעמ' 347-381)). ואכן, בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, אשר קבע פה כי אין בשיהוי המכביד בהגשת כתב אישום כשלעצמו כדי להביא לתחולתה של ההגנה מן הצדק, סבורני כי במקרים חריגים תיתכן הכרה בתחולתו של עקרון ההגנה מן הצדק, מחמת חלוף זמן משמעותי בהגשת כתב האישום, וזאת בהתקיים התנאים דלהלן:

(א) משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה הוא משמעותי; (ב) הפגיעה בהגנתו של הנאשם, בחירותו ובנסיבות חייו האישיות, עקב השיהוי בהגשת כתב האישום, היא ממשית ומוחשית; (ג) אין בנמצא טעם מניח את הדעת להתנהלותה זו של הרשות מחמת מורכבות ההליך, ניהול החקירה, או עומס מכביד.

109. מקום בו מצא בית המשפט כי השיהוי שנפל בעניינו של נאשם הוא אכן מכביד, בהתאם לשיקולים הנ"ל – עליו לבחון האם עומדת לו ההגנה מן הצדק, בהתאם למבחן התלת-שלבי לתחולתה של הדוקטרינה, ובשים לב לשפע הסעדים העומדים לרשות בית המשפט, מקום בו מצא להורות על תחולתו של עקרון ההגנה מן הצדק.

תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק על פעולות עובדי מדינה

110. אין בסיס גם להבחנה לה טוענת המערערת, לפיה יש להבדיל נידונים רגילים לנושאי משרה ציבורית, ולסייג את החלתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק לגבי האחרונים, מקום בו אלה מעלו בתפקידם הציבורי. אין צורך לומר גם כי עובד הציבור אף הוא, כשאר בני האנוש, חשוף לעיתים לנחת זרוע שרירותית מצד רשויות האכיפה וההעמדה לדין, וגם בעניינו עלולים להתעורר פגמים בהליך ההעמדה לדין, אשר עשויים לסתור את תחושות הצדק וההגינות. טעמי המהות המבססים את עקרון ההגנה מן הצדק, מצדיקים אפוא אף את הכללת עובד הציבור תחת כנפיה של הגנה זו. יחד עם זאת – ברי כי בשלב השני של המבחן התלת-שלבי – בעת ביצוע איזון הערכים והאינטרסים לאור הפגיעה במידת הצדק – יש לייחס משמעות לחומרתה של העבירה, אופייה ונסיבותיה, ובקשר לכך יבואו בחשבון ההיבטים והשיקולים השונים הנוגעים לביצוע העבירה הנטענת בידי עובד הציבור – דוגמת המעמד הציבורי של מבצע העבירה, אותו הוא ניצל לרעה על פי הטענה, טיב המשאב הציבורי אליו הוא שלח את ידו ומידת הפגיעה באמון הציבור שהביאו מעשיו.

111. עד כה נותחו טענות הצדדים מן הפן הנורמטיבי, תוך שימת דגש להיבטים העקרוניים העולים מטענותיהם. לאחר שאלה לובנו ונידונו, אפנה כעת ליישם את ממצאי עד הנה – על נסיבות הבקשות שבפנינו.

מן הפרט אל הכלל – יישום עקרונות ההגנה מן הצדק האמורים בנסיבות הפרשות שבמוקד

הכרעה – פרשת היתרי הבנייה

112. אופן התנהלותה של הוועדה המחוזית, כמו גם יתר גופי התכנון והפיקוח הארציים בפרשת היתרי הבנייה מרעיד את אמות הצדק ומקומם; הוא מלמד על כרוניקה של כשלים מצד גורמי אסדרה שונים לאורך שנים בטיפול במצב התכנוני באחד מאתרי התיירות המרכזיים בישראל – אתר חמת גדר, כמו גם על מסכת מחדלים ומעשי

רשלנות באכיפת הבנייה הבלתי-חוקית במקום, ובפרט באופן בו נהגו עם ורדי ועם מועלם. ממצאי בית משפט השלום בעניין, בגדרם ביקר בצורה חריפה את התנהלותם של רשויות התכנון והבניה וגורמי האכיפה, לרבות באופן בו נוהל ההליך הפלילי נגד ורדי ומועלם, מדברים בעד עצמם, ואין לי אלא ללכת בעקבות ממצאיו בעניין זה. לכך מצטרף השיהוי המכביד העולה מאופן פעולתן של רשויות האכיפה במקרה זה, שפעלו בעצלתיים לאורך שנים רבות ולא נתנו הסבר מניח את הדעת לכך.

113. להלן אמנה, שוב ובתמצית, את שרשרת המחדלים והכשלים באופן בו פעלו הרשויות בפרשה זו:

(1) פניית הוועדה המקומית לאורך השנים לגורמים שונים, לרבות הוועדה המחוזית, בניסיון להסדיר את המצב התכנוני הקיים – נפלה על אוזניים ערלות, ולא נעשה דבר מצד גורמי הפיקוח והתכנון לקידום תכנית מתאר לאתר;

(2) הוועדה המחוזית פעלה באזלת-יד לאכיפת דיני התכנון והבנייה באתר לאורך שנים, גם לאחר שנודע לה כי הוצאו היתרי בנייה, שלא כדין, על-ידי הוועדה המקומית. היא אף לא טרחה להשיב למכתבה של הוועדה המקומית מתאריך 06.06.2004, אשר נועד להבהיר את הסיבות שדחקו את ראשי הוועדה המקומית להוציא את ההיתרים (בקשר לכך יש לציין את האמור בפיסקה 58 לפסק דינו של בית משפט השלום, שלפיו נציג הוועדה המחוזית נטל חלק בישיבת הוועדה המקומית בה התקבלו ההחלטות על מתן היתרי הבניה);

(3) הוועדה המחוזית נמנעה מלפעול בהליכים מינהליים נגד ההיתרים, בהתאם להוראות סעיף 28 לחוק התכנון והבנייה;

(4) השיהוי המכביד שנפל בפתיחת ההליך הפלילי נגד ורדי ומועלם – כשמונה שנים למן מתן ההיתרים, אשר הביא לכך שעדים שונים שהעידו בפני בית משפט השלום הנכבד – התקשו בשחזור זיכרונם באשר לשאלות שנשאלו על אודות פרשה זו.

114. כל אחד מכשלים ומחדלים אלה הוא בעל משקל כשלעצמו, ובהצטברם יחדיו, סבורני כי משקלם הוא ממשי – העולה כדי פגיעה ממשית בתחושות הצדק וההגינות. עם זאת, בהתאם למבחן המשנה השני שנקבע בפרשת בורוביץ', יש להמשיך ולבחון האם האינטרסים והערכים העומדים בבסיס ניהול ההליך הפלילי מצדיקים את ניהולו חרף הפגמים שנפלו, כאמור.

115. כפי שצוין לעיל, במסגרת איזון האינטרסים והערכים – בחנו הערכאות הקודמות בהליך זה את הרציונלים והתכליות אותם נועד סעיף 48 לחוק התכנון והבניה לממש, ובתוך כך עמדו על שאלת המניע כמפתח דווקא לתחולתו של הסעיף. כך, קבע בית משפט השלום הנכבד כי סעיף זה, המטיל אחריות פלילית על חבר מוסד תכנון, אשר היה שותף לקבלת החלטה (או שהמליץ) על מתן היתר שלא כדין, גדור רק למקרים בהם ההחלטה נגועה בשחיתות – כדי לקדם טובה, או רווח אישיים. נוכח פרשנות זו, התעורר אצל בית משפט השלום הנכבד הספק האם בכלל עברו ורדי ומועלם עבירה זו, שכן הוכח שלא עמדה כוונת שחיתות בבסיס החלטתם.

116. לנוכח ביטולו של סעיף זה וחקיקתו מחדש בנוסח שונה (ראו לעיל בפסקה 11) – לא מצאתי מקום לדון במסגרת זו בהיקף תחולתו ותכליתו של סעיף 48 לחוק התכנון והבניה – מכיוון שעם ביטולו, תהפוך מלאכת הפרשנות בעניין לדיון תיאורטי, בבחינת "דרוש – וקבל שכר". למעשה, גם אם אניח – כהנחה המטיבה עם המערערת – כי פרשנות תכליתית של סעיף 48 הנ"ל מורה כי ורדי ומועלם אכן עברו את העבירה האמורה בהתאם לתכליות העבירה, הרי ששיקולי מדיניות שונים מורים כי מעשיהם היו בפריפריה של הערכים עליהם ביקש המחוקק להגן בסעיף זה, וממילא אין בדעתי להעניק משקל מכריע לטענת המערערת לחומרת העבירה. כקביעת הערכאות הקודמות שדנו בהליך – אף אני סבור כי מעשיהם של ורדי ומועלם נעשו מתוך אילוץ, שלא על מנת לקבל פרס, אלא כדי לקדם את הליכי התכנון באתר למען הציבור, וכאשר יתר הגורמים, אשר היה עליהם לפקח על המצב התכנוני באתר, נמנעו מלפעול בעניין במשך זמן רב. אמנם, אין במצב עניינים זה כדי להצדיק את נטילת החוק לידיים, היינו – מתן ההיתרים שלא כדין – אולם יש בנסיבות כדי להקהות, כאמור, את חומרת מעשיהם של השניים.

117. המסקנה העולה לאחר איזון מכלול שיקולים אלה, לאור המארג העובדתי הייחודי המתקיים בנסיבות העניין ובהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, היא כי עומדת לורדי ומועלם ההגנה מן הצדק. אשר לסעד, אני סבור כי בנסיבות העניין יש להורות על בטלות כתבי האישום שהוגשו נגד ורדי ומועלם.

הכרעה – פרשת התארים המזויפים

118. אין להקל ראש בחומרת מעשיהם של המשיבים 3-5 בעבירות המרמה והזיוף בהן הואשמו, ובעובדה כי הללו ביצעו את העבירות בהיותם עובדי ציבור המשמשים



בתפקידי הוראה וחינוך. על פניו, נתון זה לבדו מצדיק את העמדתם לדין ומיצוי העונש עימם – נוכח הפגיעה הממשית באינטרס הציבורי באכיפתו של החוק, ובשמירה על הערכים החשובים שבבסיס העבירות אותן ביצעו.

119. מנגד, וכפי שתואר בהרחבה לעיל, עניינם של המשיבים 3-5 נפגם בגין האכיפה המפלה שננקטה בעניינם, כאשר לכל הפחות 15 מורים, אשר ביצעו עבירות זהות בנסיבות דומות, ממשיכים לשמש, כפי הנראה, בעבודתם כמורים במשרד החינוך, וזאת מבלי שנפתח נגדם הליך כלשהו.

120. אמנם אין חולק כי האכיפה המפלה בנסיבות פרשת התארים המזויפים, היא תולדה של טעות, אשר נבעה משיקול דעת מוטעה ששקלו חלק מהפרקליטים שטיפלו בתיקי הפרשה, ולא כוונת זדון, או מניע פסול. יחד עם זאת, וכפי שקבע זאת בית המשפט המחוזי, קשה לראות כיצד בפרשה זו, המערבת מספר כה גבוה של חשודים שנסיבותיהם דומות, לא נעשה תיאום בין גורמי התביעה השונים, או נקבעו קריטריונים כלשהם כשיקול להעמדה לדין. התמונה המשתקפת ממבט-על על פרשת התארים המזויפים בכללותה – עגומה. מקצת התיקים אבדו, חלקם האחד של המעורבים באו על עונשם, ואילו חלקם האחר של המעורבים, לגביהם מונחת תשתית ראייתית מוצקה – לא באו על עונשם, ולא מוצה הדין עמם. לדידי, מצב עניינים זה מורה על פגם משמעותי שנפל באופן בו טיפלו רשויות האכיפה במעורבים בפרשה זו, ואין בידי לקבל את טענות המערערת בדבר ההקפדה היתירה בה נקטו הערכאות הקודמות בעניין זה.

121. לנוכח ההפליה הברורה, בכך שלפחות 15 מהמעורבים בפרשה לא עמדו בדין – חרף התשתית הראייתית הזוהה לזו של המשיבים 3-5 – סבורני כי יש בתוצאה המפלה כדי להסב פגיעה משמעותית בתחושת הצדק שנעשה עם משיבים אלה. גם העובדה כי לא עלה בידי המערערת להציג תמונה מלאה של אופן הטיפול בכל תיקי החקירה שנפתחו בפרשת התארים המזויפים, ושל ההרשעות שהושגו – מעוררת קושי ממשי לבחון את היקף האכיפה המפלה, ולעמדת ייש לזקוף נתון זה לחובת המערערת.

122. במסגרת הבקשה, טענה המערערת ל"קשיי מדיניות" העלולים להתעורר מהרחבתה של ההגנה מן הצדק גם למקרים בהם טעות, רשלנות, או מחדל מצד רשויות האכיפה הם שהביאו להיווצרותה של אכיפה מפלה. לעמדתה, קבלת הטענה לאכיפה מפלה במצב עניינים מעין זה, עלולה לכבול את שיקול דעתו של הפרקליט אם להגיש כתבי אישום באותה פרשה, ובכך היא פוגעת בשלטון החוק. מעבר לכך, קביעה

שיפוטית כי יש לבטל כתב אישום בגין אכיפה מפלה, עלולה להביא, כך לטענת המערערת, לאי-אכיפה של אותה עבירה מצד הרשויות מכאן ולהבא, או להוות משום "היתר" לעבור על הוראת החוק המסוימת, נוכח מחדלי אכיפה קודמים בה נקטה הרשות (ראו לעניין זה – האמור בחוות דעתו של השופט (כתארו אז) א' גרוניס בפרשת 979).

123. אלה אכן קשיי מדיניות אשר יש לתת עליהן את הדעת. לעמדתו, מקומן של השלכות הרוחב האמורות צריכות להתברר במסגרת איזון הערכים והאינטרסים שבמסגרת השלב השני של המבחן התלת-שלבי. כך, ישוקללו קשיי המדיניות ושיקולי האכיפה המערכתיים העלולים להתעורר בעקבות קבלת הטענה לאכיפה מפלה, כאינטרס ציבורי משמעותי ביציבות מערכת אכיפת החוק ובשמירה על השוויון בפניו מכאן ולהבא.

יחד עם זאת, בנסיבות העניין שלפנינו, בו עסקינן בעניין מתוחם וגדור לנסיבות הייחודיות של פרשת התארים המזויפים – לא מצאתי במיוחד בגין עבור הזמן מעת ביצוע העבירות הנטענות שיקולי מדיניות כבדי משקל, המעיבים על שיקולי הצדק המשמעותיים שנמנו לעיל.

124. סיכומם של דברים, נוכח מובהקות ההפליה שנוצרה בענייננו בנסיבות האמורות, חלוף הזמן המשמעותי למן ביצוע העבירות – כ-17 שנים, ובשים לב לכלל כי אין ערכאת הערעור נוהגת למצות את הדין, ודאי כאשר מדובר בערכאת ערעור בגלגול שלישי, באתי לכלל מסקנה כי אין להיעתר לערעור בפרשת התארים המזויפים, וכי יש להותיר את פסיקת בית המשפט המחוזי, שהורתה על ביטול כתב האישום שהוגש נגד המשיבים 3-5, על כנה.

אחרי הדברים האלה

125. בינתיים הגיעה לידי חוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

בתחום העקרוני מסתבר כי אנו תמימי דעים, ואולם במישור הישומי חברתי סבורה כי בפרשת התארים המזויפים בלבד (רע"פ 4238/16) יש מקום לקבל את ערעור המדינה, כך שהתוצאה בענין זה תהיה כפי שהורה בית משפט שלום הנכבד (שליחת המשיבים ב-רע"פ 4238/16 הנ"ל (להלן: המשיבים ב-רע"פ 4238/16) לביצוע שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה). בנסיבות רגילות – הייתי אולי נוטה לתוצאה הישומית

המוצעת על-ידי חברתי, ואולם לאחר שעברו כ-17 שנים (!) ממועד ביצוע העבירות שיוחסו למשיבים ב-רע"פ 4238/16 ו-כ-10 שנים מאז שהועמדו לדין, דומה עלי שעינוי הדין מצדיק פה את החלת ההגנה מן הצדק עליהם במלואה כדי ביטול כתב האישום.

מעבר לכך הרי גם חברתי איננה מצדדת בהרשעה, ובדרך של היקש, מהוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, ניתן לומר כי מבין החלופות העומדות בפנינו – ראוי להכריע לפי הגישה המקלה יותר. עמדה זו מקובלת עלינו עוד משחר תולדותינו כאשר בפרשת השבוע (וירא, שדנה, בין היתר, במהפכת סדום ועמורה) – האל נכון היה לדחות את רוע הגזרה תוך התחשבות במעטים שלא ניתן לומר כי הוכחה חטאתם (ומי שלא הועמד לדין, ממילא נהנה מחזקת החפות) אל מול אלה הרבים שכשלו (ובמקרה שלנו – הורשעו).

טוף דבר

126. אשר על כן, לנוכח שאלות המהות שהתעוררו בנסיבות העניין, החלטנו לקבל את בקשות הרשות לערער; יחד עם זאת לאור הניתוח המוצע לעיל ויישומו בנסיבות, אציע לחברתי ולחברי כי נורה על דחיית הערעורים לגופם ולהורות כי כתבי האישום שהוגשו כנגד המשיבים יבוטלו, בהתאם לאמור בפסקאות 117 ו-124 דלעיל.

המשנה לנשיאה

השופטת ד' ברק-ארז:

1. מהי אמת המידה אשר על-פיה נבחנת טענה של הגנה מן הצדק המבוססת על טענת הפליה? האם יש להוכיח בהקשר זה "כוונת זדון" או "מניע פסול", או שמא די בכך שהחלטתן של רשויות התביעה הייתה נגועה בהבחנה שאינה רלוונטית והובילה לתוצאה בלתי שוויונית? זו השאלה המרכזית שבה נדרשנו להכריע במקרה זה, ובתשובה לה אני תמימת דעים במישור העקרוני עם חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר. ההגנה על הזכות לשוויון בשיטתנו כזכות יסוד מחייבת שלפגיעה בשוויון תהיה משמעות אף מבלי שנלווה לכך מניע פסול.

2. החזקתי בדעה זו אף בעבר, כפי שהראה חברי המשנה לנשיאה בפסק דינו המקיף, וכעת כאשר הסוגיה הגיעה לדיון בגדרן של בקשות רשות הערעור שבפנינו אני מבקשת לחזור על הדברים ולחזק את גישתו העקרונית של חברי, אשר פרס יריעה

רחבה בסוגיה. אסתפק אפוא בהדגשה של מספר היבטים חשובים. בהמשך לכך, אוסיף ואתיחס ליישומם של העקרונות האמורים במקרה שבפנינו. בתמצית, אציין כי בכל הנוגע לפרשת היתרי הבניה, אני תמימת דעים עם חברי ועם הערכאות הקודמות שדנו בתיק. לעומת זאת, באשר לפרשת התארים המזויפים, אני מגיעה לתוצאה שונה. לשיטתי, העובדה כי בפרשה האמורה ניתן להצביע על מקרים דומים אחרים שלא הסתיימו בהעמדה לדין אינה מניחה תשתית מספקת למסקנה כי יש לבטל את כתבי האישום שהוגשו נגד המשיבים שבפנינו. זאת, בנסיבות שבהן קיימים מקרים דומים נוספים, רבים אף יותר, שבהם הוגשו כתבי אישום וההליכים אף הסתיימו בהרשעות ובגזירת עונשים. על כן, בהקשר זה אני סבורה כי התוצאה שאליה הגיע בית משפט השלום בנסיבות העניין הייתה ראויה ומאוזנת. הכול – כפי שיפורט להלן.

הגנה מן הצדק ומניע פסול – ההיבט העקרוני

3. כפי שהסברתי בפירוט בע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר), אני סבורה כי על-פי המבחן שנקבע בע"פ 4855/22 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ), על מנת לבסס טענה של הגנה מן הצדק יש אמנם להצביע על פגם בהחלטת הרשות, אך פגם זה עשוי להיות גם הפליה שאינה מכוונת, ובלבד שהיא הפליה משמעותית (שם, בפסקה 48 לפסק דיני כן ראו את דבריי בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דיני מן 31.12.2015) (בנסיבות העניין בדעת מיעוט); דפנה ברק-ארוז "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד" הסניגור 200, 14 (2013)). מעבר לחשיבות העקרונית הנודעת להגנה על הזכות לשוויון, הסברתי שם, העמדה הדורשת הוכחה של מניע פסול "עלולה לצמצם כמעט לחלוטין את האפשרות המעשית להתבסס על הגנה מן הצדק. ברמה המהותית, קשה להעלות על הדעת קבלתה של החלטה על הגשת כתב אישום מטעמים של מניע פסול (בהעדר מצב של שחיתות מידות ממש). ברמה הראייתית, הוכחת דברים שבלב היא קשה ביותר" (עניין גוטסדינר, בפסקה 57 לפסק דיני).

4. אוסיף ואומר כי לשיטתי נכון לבחון את פסיקתו של בית משפט זה במבט המייחס משקל לדרך התפתחותה ההדרגתית של החשיבה בנושא. בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999), שעליו השליכה המדינה את יהבה במידה רבה לביסוס הגישה הצרה שהוצעה על ידה, היה פסק הדין העקרוני הראשון שנתן תוקף להכרה בטענה של אכיפה בררנית. דבריו של השופט י' זמיר בכל הנוגע לכך שההפליה באותו מקרה אף הייתה מכוונת נתנה משנה תוקף להכרה בטענה שהייתה בעלת אופי חדשני באותה עת. היא אף שיקפה את נסיבות המקרה. מבחינה זו שיטת

התפתחותה של הפסיקה הייתה בדרך של עקב בצד אגודל. אולם, בהמשך, כאשר הגיעו מקרים שבהם התבררו נזקיה הקשים של הפליה בלתי מכוונת באכיפת החוק נסללה הדרך לעבר הכרה בטענה של אכיפה בררנית גם מבלי לעמוד על דרישה של כוונה רעה או מניע פסול (ראו: עניין גוטסדינר, פסקה 56 לפסק דיני וההפניות המובאות שם. כן ראו את ההפניות המובאות בפסקה 74 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). אם כן, כפי שצינתי בעניין גוטסדינר, "דחייתה של טענת ההגנה מן הצדק אך מן הטעם שלא הוכח כי התביעה פעלה בחוסר תום לב או מתוך מניע פסול כמוה כהחזרת הגלגל שנים לאחור" (שם, בפסקה 57 לפסק דיני).

5. חשוב להוסיף, כי אי-העמידה על הדרישה של מניע פסול אין משמעותה "הצפה" בקבלת טענות של אכיפה בררנית. ברור כי אכיפת הדין אינה פעילות בעלת אופי מדעי, והשוואה בין מקרים אינה יכולה להיות מדויקת "אחד לאחד". יתר על כן, כפי שהובהר בעניין פרץ, לא יהיה די להצביע על מקרה בודד שבו התקבלה החלטה של אי-העמדה לדין על מנת לגרור החלה סיטונית של עמדה זו במקרים אחרים, בהנחה שמדובר בטעות (ראו: ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקאות 32-35 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013)). הדברים צריכים להיבחן בזהירות הראויה. ועדיין – בין זהירות זו לבין עמידה על מניע פסול או כוונה רעה כתנאי – המרחק רב. כפי שצינתי בעניין גוטסדינר:

"אני סבורה כי יש להבחין בין שני היבטים של הנושא שאין לבלבל ביניהם: מחד גיסא, אין מקום להגביל את הטענה של אכיפה בררנית למצבים שבהם הוכח כי התביעה פעלה מתוך מניע פסול או שיקולים לא ענייניים; מאידך גיסא, ההקשר הפלילי של טענת ההפליה המועלית על-ידי מי שביצע עבירה מחייב כי קבלת הטענה תוגבל למצבים חריגים. התוצאה המתקבלת היא גישה זהירה – אולם כזו שאינה 'סוגרת את הדלת' בפני הטענה האמורה" (שם, בפסקה 55 לפסק דיני).

מן הכלל אל הפרט

6. משהבעתי את עמדתי העקרונית בסוגיה של הגנה מן הצדק אני מבקשת לעבור כעת לבחון את המקרים לגופם. לשיטתי, יישום העקרונות האמורים לעיל מוביל בכל מקרה לתוצאה שונה: בפרשת היתרי הבניה – לדחיית ערעורה של המדינה, ובפרשת התארים המזויפים – לקבלתו.

7. פרשת היתרי הבניה – במקרה זה אני תמימת דעים עם חברי המשנה לנשיאה לא רק בכל הנוגע לעמדה העקרונית שהביע אלא גם באשר ליישומה. למעשה, אין מדובר במקרה זה בטענת אכיפה בררנית אלא בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, כמובנה עוד בעניין בורוביץ, כאשר "מכבש האכיפה" הופנה אל עבר גורמי המינהל הבכירים פחות. אין מדובר בכיוון לעמדת הש"ג, שהרי אין להקל ראש בחשיבות תפקידם של גורמי הוועדה המקומית, ובפרט אלה העומדים בראשה, כ"שומרי סף". אולם, עצימת העיניים הנמשכת וחדלון המעשה של גורמי התכנון הבכירים יותר הם זועקים.

8. בעיקרו של דבר, המחדל המתמשך בהסדרת התכנון של אתר חמת גדר היה מונח לפתחה של הוועדה המחוזית, שבמשך שנים ארוכות לא השכילה לקדם את אישורה של תכנית מתאר לאתר, אף שמתקיימת בו פעילות שוטפת, וחרף העובדה שבמשך שנים ארוכות ננקטו פעולות שונות שנועדו להביא לאישורה של תכנית מתאר שתאפשר הוצאתם של היתרי בנייה – הן על-ידי בעלי האתר והן על-ידי הוועדה המקומית והרשות המקומית – ללא הועיל. כפי שציין בית משפט השלום בפסק דינו, "לאורך כל שדרת גופי התכנון היה ידוע כל העת כי אין תכנית סטטוטורית תקפה בחמת גדר וכי למעשה לא ניתן לבנות ולאשר היתרי בניה בתחומה, וכי בפועל בוצעה בניה אינטנסיבית באתר אשר שרתה את עשרות אלפי המבקרים בו מדי שנה... יתרה מכך תנופת הפיתוח מומנה והתאפשרה בין היתר בשל תקציבים וכספים שהוענקו מטעם המדינה" (פסקאות 89, 104 לפסק דינו של בית משפט השלום). לעומת זאת, קבע בית משפט השלום כי "הנאשמים פעלו מתוך אילוצים קשים, שכל ניסיונותיהם להתגבר עליהם עלו בתוהו, מבלי כל יכולת לשנות את המציאות או לאכוף שינוי כזה, ומתוך אינטרסים ציבוריים ולא למטרות רווח או טובת הנאה כלשהי" (פסקה 107 לפסק דינו של בית משפט השלום). בית משפט השלום עמד על ההבחנה ביניהם לבין היזמים שביצעו במקום את הבניה הבלתי חוקית ופעלו מתוך בחירה ולשם רווח כספי, "תוך שהם משנים את פני המציאות באופן בלתי הפיך כאוות נפשם" (שם). כפי שקבע חברי המשנה לנשיאה, כאשר הדברים מצטרפים לשיהוי המכביד שחל בנקיטת ההליכים נגד המשיבים שבפנינו, המסקנה שאליה הגיע בית משפט השלום היא מתבקשת.

9. פרשת התארים המזויפים – מקרה זה, לשיטתי, הוא מורכב בהרבה. כמתואר בפסק דינו של בית משפט השלום שנסב על הפרשה, במשך השנים נחקרו במסגרתה כ-100 חשודים, ואולם במהלך המשפט עלה בידה של המדינה לאתר תיקים של 68 מתוכם בלבד. למדנו כי ביחס ל-15 תיקים שבהם לא הוגש כתב אישום המדינה הודתה כי

הראיות כנגד החשודים בהם דומות לראיות הקיימות כנגד המשיבים שבפנינו, שלושה במספר. לעומת זאת, הובהר כי כנגד 30 חשודים לפחות הוגשו כתבי אישום ונוהלו הליכים פליליים. במבחן התוצאה התמונה היא אכן לא שוויונית. אבל האם די בכך כדי להוביל לביטול כתבי האישום במקרה זה? אני סבורה שלא. מסקנתי זו מבוססת על שני טעמים עיקריים.

10. ראשית, כאמור, עם כמות לא מבוטלת של חשודים מוצה לבסוף הדין – למעשה, עם כמות כפולה מזו של החשודים שאיתם לא מוצה הדין, תהא הסיבה לכך אשר תהא. העובדה שהמדינה לא סיפקה תשובות ראיות ומפורטות בהקשר זה ראוייה לכל גינוי. אולם, אני סבורה כי היא מצדיקה כשלעצמה את "השוואת" המשיבים שלפנינו לקבוצה שעמה נקטה המדינה במדיניות מקלה, ומה גם שזו אף הייתה קטנה יותר (ראו והשוו: בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991)). לא יכול להיות ספק כי אין זו תוצאה הוגנת – לא מנקודת מבטם של אותם 30 חשודים אשר אכן הועמדו לדין ונענשו בגין מעשיהם, ואף לא מנקודת המבט הכללית שעניינה האינטרס הציבורי הרחב. אכן, כאשר הרשות אוכפת את הדין באופן מפלה – החלטתה היא פגומה, אולם עוצמתו וחומרתו של הפגם אינן זהות ממקרה למקרה, ובעניין זה יש חשיבות למידת הסלקטיביות באכיפה, דהיינו "ככל שהפרט 'סומן' מבין קבוצה גדולה יותר, או שהיחס בין מספר הפרטים שלגביהם מתבצעת אכיפה לבין מספר הפרטים שלגביהם היא לא מתבצעת גדול יותר, כך הסלקטיביות חמורה יותר והסעד צריך להיות בהתאם" (ראו: מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 360 (2008); עניין פרץ, בפסקאות 32-35 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

11. שנית, ובהמשך לכך, אני סבורה כי במקרה דנן הסעד שאליו הגיע בית משפט השלום נתן ביטוי מספק לפגם שנפל בהתנהלותה של המדינה, לצד ההכרה בעוצמתו הפחותה יחסית כמתואר לעיל. כידוע, בהתאם למבחן השלישי שנקבע בעניין בורוביץ, יש לבחון אם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים שנפלו בהתנהלות המדינה. במסגרת זו, לא אחת מוצא בית המשפט כי את הביטוי לטענת ההגנה מן הצדק יש לתת דווקא במישור גזר הדין (ראו: ע"פ 8551/11 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 וההפניות שם (4.7.2011); ע"פ 8551/11 כהן סלכגי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (12.8.2012); עניין גוטסדינר, פסקה 52 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, פסקה 63 לפסק דינו של השופט י' עמית ופסקאות 82, 125-122 לפסק דיני). במקרה דנן, בית משפט השלום מצא כי הפגם בהתנהלות המדינה אמנם אינו מצדיק את הסעד הדרסטי של ביטול כתב האישום, אך יחד עם זאת נתן לו ביטוי של ממש בשלב של גזירת העונש. לפיכך, הורה בית משפט השלום על ביטול

הרשעתם של המשיבים ועל שליחתם לביצוע שירות לתועלת הציבור. זאת, אף שהמדינה ביקשה בנסיבות המקרה להותיר את הרשעתם של המשיבים על כנה ולגזור עליהם עונשי מאסר מותנה וקנס כספי. לשיטתי, החלטה זו איזנה נכונה בין מכלול השיקולים והנסיבות במקרה דנן, ואין מקום להתערב בה, במיוחד מאחר שאף היא משקפת גישה הנמנעת ממיצוי מלוא חומרת הדין בנסיבות העניין. משעיינתי בדבריו הנוספים של חברי אבקש רק לעמוד על כך שחלוף הזמן הוא אכן בעל משקל במקרה זה, אך אין להתעלם מן העובדה שלפחות חלקו רובץ לפתחם של המשיבים, אשר לא השלימו עם פסק דינו המקל של בית משפט השלום, הגם שכלל בתוכו את המרכיב של ביטול הרשעה.

12. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נורה על דחיית ערעורה של המדינה בפרשת היתרי הבנייה (רע"פ 1611/16) ועל קבלתו של הערעור בפרשת התארים המזויפים (רע"פ 4238/16), כך שהתוצאה בעניין זה תהיה כפי שהורה בית משפט השלום.

13. כך או כך, דומה שפרשת התארים המזויפים מלמדת על הצורך להפיק לקחים מערכתיים באשר לטיפול במקרים שבהם יש "סדרת" תיקים מאותו סוג. חלוקת התיקים בין צוותים שונים מועדת להוביל לתוצאות שאינן אחידות. דומה שכדאי להימנע מכך ככל הניתן. ככל שמדובר בפרשה "גדולה" המחייבת היעזרות במספר צוותים, יש לוודא שיהיה גורם בפרקליטות שיראה את הדברים ב"מבט על". חזקה על המדינה שתיקח הערות אלה לתשומת ליבה.

ש ו פ ט ת

השופט (בדימ') א' שהם:

1. אפתח בכך, כי בחוות דעתו היסודית והמקיפה, פרש בפנינו חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר יריעה רחבה ומעמיקה לגבי תחולתה ואופן הפעלתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ואני מצטרף בהסכמה לעיקרי חוות דעתו.

אסתפק להלן במספר הערות, ולאחר מכן אתייחס למחלוקת שהתגלעה בין חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר וחברתי, השופטת ד' ברק-ארוז, בנוגע לתוצאה האופרטיבית בעניינם של המשיבים 3-5 (להלן: המשיבים).



2. מקובלת על ידי לחלוטין העמדה לפיה, הפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ובעיקר כאשר מדובר באכיפה מפלה ובררנית, לא תותנה, בהכרח, בקיומו של מניע פסול או בכוונת זדון. כפי שהובהר על ידי חברי, פסיקתו של בית משפט זה (ראו, בין היתר, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005); ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (12.8.2012); 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (31.12.2015); 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017)), מובילה למסקנה כי שערי הדוקטרינה יהיו פתוחים גם אם מדובר בהפליה פסולה בהעמדה לדין, שלא בכוונת זדון, אלא מתוך רשלנות או מחמת טעות שנפלה בשיקול הדעת של הרשות. עם זאת, מסכים אני כי הפעלת הדוקטרינה, במקרים בהם אין מדובר בכוונת זדון או בהחלטות שהתקבלו מתוך מניעים פסולים, תעשה רק במקרים חריגים שבהם עסקינן בהפליה משמעותית, הפוגעת בעקרונות של צדק והגינות משפטית.

3. הערה נוספת נוגעת לשאלת היחס בין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין עקרונות ההגנה מן הצדק, שאלה שטרם התחדדה בפסיקתו של בית משפט זה. כחברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, אף אני סבור כי "אין מקום להכיר בתחולה מקבילה של שתי אמות מידה לעריכת ביקורת שיפוטית על מעשה האכיפה וההעמדה לדין" (פסקה 98 לחוות דעתו). לטעמי, יש ליתן עדיפות להפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שעה שמדובר בפגמים קשים באכיפה הפלילית, שיש בהם כדי לגרום לפגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות הנדרשת מהרשות, ובוודאי שהדברים נכונים לגבי טענות בדבר אכיפה מפלה. דומה, כי הביקורת המינהלית בפלילים אינה מתאימה לסוג זה של טענות, ויש על כן ליתן את משקל הבכורה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

4. ומכאן למחלוקת שהתגלעה בין חבריי, בנוגע לתוצאה האופרטיבית בעניינם של המשיבים. אציין, בראשית הדברים, כי אני מצטרף להערוותיה הכלליות של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, אך אין בידי לקבל את עמדתה בנושא המחלוקת עם חברי, וזאת מהטעמים הבאים:

א. בית משפט השלום, אשר החליט להרשיע את המשיבים בעבירות שיוחסו להם, קבע בגזר דינו, מיום 13.10.2015, כי יש לבטל את הרשעתם לנוכח התוצאה המפלה של פעולות האכיפה וההעמדה לדין, במסגרת פרשת התארים המזוייפים. בהמשך, הטיל בית משפט השלום על המשיבים שירות לתועלת הציבור, בהיקפים של בין 260-220 שעות, תוצאה שאותה סבורה חברתי כי יש לאמץ. ואולם, תוצאה זו שאליה הגיע בית משפט השלום, באה לאחר קביעתו כי מדובר בטעות בשיקול דעת של הפרקליטים,

אשר אינה מגעת כדי אכיפה בררנית, המצדיקה את ביטול כתב האישום, בהתאם לדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

משהגענו למסקנה, המקובלת על כלל חברי ההרכב, כי אכן מדובר באכיפה בררנית ובהפליה פסולה, גם אם אין עסקינן בכוונת זדון או במניעים פסולים, יש ליתן לכך ביטוי במישור תוצאות הפגם, ואין מקום להותיר את פסק דינו של בית משפט השלום על כנו.

ב. במסגרת הערעור, קבע בית המשפט המחוזי כי לנוכח התנהלותה הבלתי שוויונית של המערערת כלפי המשיבים, מבלי שניתן לכך טעם מספק, יש להורות על ביטול כתבי האישום נגדם. אינני סבור, כי בנסיבות שהתבררו במקרה דנן ניתן להצביע על טעות כלשהי, ובוודאי שלא על פגם או טעות משמעותיים, שנפלו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, באופן המצדיק את התערבותנו כערכאת ערעור שניה.

אף כי אין הדברים דומים לחלוטין, ניתן להיעזר בנידון דידן בהלכה הידועה והמושרשת, לפיה ערכאת הערעור לא תתערב במידת העונש שנגזר על נאשם אלא אם מדובר בסטייה קיצונית מרמת הענישה הראויה והמקובלת למקרים דומים, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998)); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 6095/10 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל (18.7.2012)). דומה, כי גם במקרה דנן אין הצדקה להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

ג. אין חולק, כי בפרשה שלפנינו היו מעורבים כ-100 חשודים בביצוע עבירות דומות, ומכלל זה אותרו 68 מתיקי החקירה שנפתחו. מתוך התיקים שנבדקו, נמצא כי ב-15 מקרים קיימת תשתית דומה לזו שהייתה בעניינם של המשיבים, אך אותם חשודים לא הועמדו לדין. מכאן מסיקה חברתי, כי "עם כמות לא מבוטלת של חשודים מוצה לבסוף הדין", ומדובר ב-30 חשודים שעמדו לדין ונענשו בגין מעשיהם. סבורני, כי אם בחישובים מספריים עסקינן, יש ליתן את הדעת גם לאותם 32 מקרים שלא אותרו (100-68=32), ועלינו להניח לטובתם של המשיבים כי בעניינם של כולם, או לפחות של רובם, קיימת תשתית עובדתית דומה או קרובה לזו של המשיבים, מבלי שיש ראייה כי הם עמדו לדין. העובדה כי 32 תיקים לא אותרו, צריכה לפעול, לטעמי, לזכותם של המשיבים, כיוון שאף בנושא איתור התיקים מדובר בהתנהלות רשלנית ובלתי ראויה של רשויות אכיפת החוק.

ד. משקל נוסף לזכותם של המשיבים יש ליתן לעובדה כי ניסיונם לקבל טובות הנאה מכוח המסמכים הכוזבים לא צלח, בסופו של דבר, כמו גם לחלוף הזמן (למעלה מ-10 שנים) מאז הוגש כתב האישום נגדם. אני ער לכך כי חלוף הזמן רובץ גם לפתחם של המשיבים, אך לא ניתן להתעלם כליל משיקול זה.

סוף דבר, הנני סבור כי בנסיבות דנן יש מקום להורות על ביטול כתב האישום נגד המשיבים.

ש ו פ ט (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק הדין של המשנה לנשיאה ח' מלצר, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארד לגבי התוצאה ב-רע"פ 4238/16.

ניתן היום, כ"ב בחשון התשע"ט (31.10.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט (בדימ')

המשנה לנשיאה

16016110\_K09.doc אדר

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [supreme.court.gov.il](http://supreme.court.gov.il)