



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2925/19

לפני: כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין

העותרים: 1. יגאל נגר
2. רגינה נגר
3. נטלי אחיטוב
4. יסמין נגר

נגד

המשיבים: 1. פרקליטות מחוז צפון
2. פרקליט המדינה
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. בית המשפט המחוזי בנצרת
5. ריאל חנא רושרוש

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"ד בסיון התשע"ט (17.06.19)

בשם העותרים: עו"ד אפרים דמרי

בשם המשיבים 1-4: עו"ד רנאד עיד

בשם המשיב 5: עו"ד שמואל ברזני; עו"ד תמי אולמן

פסק-דין

השופט א' שטיין:

העתירה

1. עניינה של העתירה שלפנינו הוא הסדר טיעון שנעשה בין המשיבה 1, כזרועה של המשיב 2 (להלן: הפרקליטות), לבין המשיב 5 (להלן: הנאשם) ואשר הוגש לבית המשפט המחוזי בנצרת בגדרו של תפ"ח 17-01-41205 (להלן: הסדר הטיעון או ההסדר). בעקבות הסדר הטיעון, הגישה הפרקליטות לבית המשפט כתב אישום מתוקן המייחס לנאשם מעשה הריגה, עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק

העונשין או החוק), תקיפה הגורמת חבלה של ממש, עבירה לפי סעיף 380 לחוק העונשין, הדחה בחקירה בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 245(ב) לחוק העונשין, ושיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 לחוק העונשין. כחלק מההסדר, הנאשם הודה בעובדות שנטענו נגדו בכתב האישום המתוקן והורשע על יסוד הודאתו – זאת, כנגד הבטחת התביעה שלא לבקש מבית המשפט להטיל עליו עונש מאסר העולה על עשרים שנה (מבלי לפגוע בזכות הנאשם לטעון לעונש מופחת). כתב אישום זה החליף את כתב האישום המקורי שייחס לנאשם מעשה רצח אכזרי אשר בוצע בדם קר והביא למותה של תהילה נגר ז"ל (להלן: המנוחה), בתם של העותרים 1 ו-2 ואחותן של העותרות 3 ו-4 (להלן: העותרים סבורים שעבירת הריגה איננה משקפת את חומרת מעשיו של הנאשם שהביאו למות המנוחה. בהתאם לכך, מבקשים מאתנו העותרים כי נבטל את הסדר הטיעון ונורה לפרקליטות וליועץ המשפטי לממשלה – המשיב 3 – להחזיר את כתב האישום המקורי על מכונו ולנהל את משפטו של הנאשם על פיו. כמו כן מבקשים העותרים כי נחייב את המשיבים 1-3 לגלות להם את כל חומר החקירה הקשור לפרשה ולכתבי האישום הנ"ל.

טענות הצדדים

2. העותרים טענו לפנינו, בכתב ובעל פה, כי הסדר הטיעון לוקה בחוסר סבירות קיצוני ואף מגיע כדי הפרת חובות האמון שהפרקליטות חבה לנפגעי עבירה ולציבור בכללותו. לטענתם, חוסר הסבירות שבהסדר עולה מכתב האישום המתוקן גופו. כתב אישום זה מתאר מערכת יחסים זוגית שבין הנאשם למנוחה, שבמהלכה נהג הנאשם להכות את המנוחה באכזריות, להכאיב לה, להשפילה ולבזותה. לפי האמור בכתב האישום, הנאשם אף איים כי יפרסם ברבים תמונות אינטימיות של המנוחה שהחזיק ברשותו. התעללות זו הגיעה לשיאה ביום 19.12.2016. ביום זה, ערב שהתחיל כבילוי זוגי הסתיים במעשה המתה ברוטלי אשר בוצע במתחם של חניון: הנאשם חנק את המנוחה בגרונה; חבט בפניה עד שאיבדה את הכרתה; הטיח בראשה אבן שפה במשקל של כ-30 ק"ג; רוצץ את גולגולתה וגרם למותה; ואחר כך נמלט מהמקום ברכבו כשהוא משאיר את המנוחה מאחוריו ללא רוח חיים. בעיני העותרים, עובדות אלו כשלעצמן – שבהן הנאשם הודה במסגרת הסדר הטיעון – מספיקות כדי להרשיע את הנאשם ברצח בכוונה תחילה, עבירה לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. העותרים מוסיפים וטוענים כי ככל שעובדות אלו טעונות השלמה, חומר החקירה שנאסף על ידי המשטרה בקשר לפרשה מכיל בתוכו ראיות שעל בסיסן ניתן וראוי להרשיע את הנאשם ברצח ולא בהריגה בלבד. כדי לבסס טענה זו באופן מלא, מבקשים העותרים כי נורה למשיבים 1-3 להעביר את חומר החקירה לידיהם.

3. הפרקליטות חולקת על כך. לטענתה, הסדר הטיעון נעשה על בסיס שיקולים מקצועיים וענייניים והוא גם הפך למעשה עשוי לאחר שהנאשם הודה במסגרתו בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן ובית המשפט המחוזי הרשיעו על פי הודאתו בהתאם לסעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ). הפרקליטות הבהירה וטענה בהקשר זה כי "מלכתחילה יחוס עבירת רצח בכוונה תחילה [לנאשם] לוותה בהתלבטות" לנוכח שאלות שעלו ביחס לחומר הראיות. לדברי הפרקליטות, לאחר עשרים ישיבות הוכחות אשר קוימו על ידי בית המשפט – ובמהלכן נשמעו 50 עדי התביעה – חל כרסום ממשי בחומר הראיות ועלה חשש שהנאשם יזוכה זיכוי מוחלט. חשש כאמור הוא הרקע להסדר הטיעון אליו הגיעה הפרקליטות עם הנאשם; זאת, לאחר שיידעה את העותרים על הסדר הטיעון המתגבש ונתנה להם הזדמנות להשמיע את טענותיהם – הכל בהתאם לכללים אשר נקבעו בכגון דא בסעיפים 8, 9 ו-17 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה), ובסעיף 143א(ז) לחסד"פ. הפרקליטות מוסיפה וטוענת כי העותרים קיבלו הזדמנות לעיין בפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בבית המשפט וכי חוק זכויות נפגעי עבירה אינו מקנה להם זכות עיון בחומר החקירה. זכות כאמור נתונה לנאשם ולסניגורו לפי סעיף 74 לחסד"פ, ולרשימת זכאים זו אין להוסיף איש.

דיון והכרעה

4. לבנו עם העותרים. המנוחה נקטפה מהם בדמי ימיה לאחר שנחשפה למעשי התעללות קשים ולאירוע אכזרי שגרם למותה. שמענו את התיק בעודנו עטופים בגלימות, כמקובל, אולם גלימות אלה והתפקיד השיפוטי שאותו הן מייצגות לא עצרו בעד השכול, הכאב והזעם שחשים העותרים מלהגיע אל עומק לבנו.

5. הגדרתו של "רצח" בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין איננה זהה לשימוש הלשוני היומיומי במילה "רצח". לפי הגדרה זו, אדם מבצע רצח כאשר הוא "גורם בכוונה תחילה למותו של אדם"; ו"כוונה תחילה", משמעה החלטה להמית שאחריה בא מעשה ההמתה אשר נעשה על ידי העבריין "בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה, בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו, ולאחר שהכין עצמו להמית [את הקורבן] או שהכין מכשיר שבו המית אותו" (ראו סעיף 301(א) לחוק). רכיבים אלו של "כוונה תחילה" הם רכיבים מצטברים, ואותם חייבת התביעה להוכיח מעבר לספק סביר (כנדרש בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין). בכגון דא, כל ספק סביר פועל לטובת הנאשם ומחייב את זיכוי; ולזאת יש להוסיף את המחילות והפטורים למיניהם, דוגמת אי שפיות, אשר

מצמצמים את האחריות הפלילית, וגם לגבי התקיימותם זכאי הנאשם ליהנות מכל ספק סביר (כאמור בסעיף 34כב(ב) לחוק). מסגרת משפטית זו מונעת לעתים מהתביעה את האפשרות להוכיח מעבר לספק סביר שהנאשם ביצע מעשה רצח, עבירה שעונשה מאסר עולם (כפוף לנסיבות שבהן יימצא הנאשם ראוי לעונש מופחת לפי סעיף 300א לחוק העונשין, ואת אלו נדרש הנאשם להוכיח לפי מאזן ההסתברויות: ראו ע"פ 7926/00 דיפני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 817, 824-825 (2004); וע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל, פסקאות 20-23 ((25.10.2018)). בנסיבות אלו, נאלצת התביעה להסתפק בהרשעת הנאשם בעבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, שבצדה קבוע עונש מירבי של 20 שנות מאסר. הרשעת נאשם בעבירת הריגה איננה דבר של מה בכך. רכיביה של עבירה זו כוללים, פרט למעשה ההמתה עצמו, את מודעות הנאשם למעשיו ולתוצאתם המסתברת (ראו סעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין); הפטורים והמחילות שדיני העונשין מכירים בהם חלים גם כאן – וכל ספק סביר כגון דא פועל לטובת הנאשם ומביא לזיכויו. אדם רגיל, שאיננו משפטן המתמחה בפלילים, איננו מודע, בדרך כלל, לכל הפרטים האלה, למורכבותם ולקשיים שהם מעמידים בפני התביעה. כתוצאה מכך, האופן שבו הוא מבין את התנהלות התביעה ואת פועלה של מערכת המשפט בכל הקשור להטלת האחריות הפלילית בגין מעשי רצח והריגה איננו תואם לעתים את המציאות.

6. המציאות שבה מערכת המשפט פועלת איננה קלה, בלשון המעטה. בלא מעט מקרים, התביעה מתקשה להוכיח את מעשה הרצח שאותו היא מייחסת לנאשם. בד-בבד, התביעה איננה משלימה עם זיכוי הנאשם שכן היא סבורה כי הלה גרם למותו של הקורבן ביודעין, אם לא במתכוון. בנסיבות אלו, אך טבעי הוא כי התביעה תיסוג מכתב האישום המייחס לנאשם מעשה רצח ותגיע עמו להסדר טיעון שבמסגרתו הוא יואשם, יודה ויורשע במעשה הריגה – כפי שקרה במקרה שלפנינו.

7. הסדרי טיעון הם פרקטיקה ידועה ונפוצה. בגדרם של הסדרים אלו, התביעה והנאשם מוותרים אהדדי על חלק מטענותיהם בנוגע למהות העבירה בה יורשע הנאשם, העונש שהצדדים יטענו לגביו לפני בית המשפט, או שני המרכיבים יחדיו (ראו אליהו הרנון וקנת מן עיסקות טיעון בישראל – הלכה ומעשה על רקע השוואתי 3 (1981); ואליהו הרנון "עסקות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כז(3) 543, 545 (1997)). כחלק מההסדר, הנאשם מודה בכתב האישום המוסכם ועל ידי כך פוטר את התביעה מחובתה להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר ומוותר על הליך ההוכחות. ויתור זה חוסך זמן שיפוטי יקר ואת זמנם של עדים, שיכולים להתפנות לעניינים אחרים. ויתור כאמור גם מקל עם נפגעי העבירה, הישירים והעקיפים. נפגעים אלה פורקים מעצמם את הנטל והלחצים הנפשיים אשר

כרוכים במסירת עדות, בעמידה בחקירה נגדית ובהמתנה להכרעת הדין במצב של אי-וודאות – תוך שהם מגיעים לסגירת המעגל (closure) מהר יחסית. כידוע, הסדרים בנוגע לעונש אינם מחייבים את בית המשפט, אשר יכול להשית על הנאשם עונש חמור מהמוסכם כדי לקיים את האינטרס הציבורי בענישת עבריינים ובמלחמה בפשיעה (ראו: ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) 543 (1972); ודנ"פ 1187/09 מדינת ישראל נ' פרץ פ"ד נט(6) 281 (2005)). ואולם, כאשר התביעה מתקנת את כתב האישום המקורי ומאשימה את הנאשם בעבירה חמורה פחות בגדרו של כתב אישום חדש, אין לו, לבית המשפט, אלא להרשיע את הנאשם, על בסיס הודאתו, בעבירה המוסכמת על הצדדים. בית המשפט איננו מוסמך להיכנס לנעלי התביעה ולתקן את כתב האישום. ניסוחם של כתבי אישום מסור לידי התביעה, כאמור בסעיף 67 לחסד"פ.

8. כל הסדר טיעון מהווה פשרה, אשר ברוב רובם של המקרים מחליפה את דין האמת לאמיתה. מסיבה זו, פשרות והסדרי טיעון למיניהם זכו למילות הגנאי של אחד ממייסדי תורת המוסר המודרנית, ג'רמי בנתם. בנתם סבר כי פשרה והסדרי טיעון שמשמשים תחליף ליישום הדין כהווייתו הם בגדר מכחישי האמת ושוללי הצדק: "Compromise is [...] denial of justice" (ראו 5 THE WORKS OF JEREMY BENTHAM (John Bowring ed., 1843) 35). עמדה זו, בה אווזים העותרים שלפנינו, הינה פשוטה ומובנת. על פי רוב, היא עולה בקנה אחד עם האינטואיציה של הציבור הכללי, שאיננו בקיא ברזי הדין הפלילי, וכן עם תחושותיהם של נפגעי העבירה, משפחותיהם וחבריהם. ברם, עמדה זו לוקה בכשל לוגי ששמו הנחת המבוקש. הסדר טיעון אכן מכחיש את האמת ושולל את הצדק כאשר האמת והצדק הינם ידועים, נמצאים בהישג-יד וניתן להגיע אליהם ללא פשרות והסדרי טיעון. ברם, כאשר האמת והצדק אינם נמצאים בהישג-יד מפאת מחסור בראיות או בשל העדרם של עדי אמת אמינים ומשכנעים, נקודת המוצא משתנה מקצה אל קצה. במקרים שבהם האמת איננה ברורה ואפופה בספקות והצדק איננו בהישג-יד, הסדרי טיעון שהתביעה והנאשמים מגיעים אליהם אינם באים להכחיש שום אמת וממילא אינם שוללים את הצדק. הסדרים אלו הם הכרח בל-יגונה שעושים את המיטב מבחינתו של כל צד להליך. התביעה מקדמת את אינטרס הציבור ואת זה של נפגעי העבירה על ידי כך שהדין הפלילי ייאכף, ולו באופן חלקי, ושהנאשם שביצע מעשה פלילי יורשע בדינו ויענש ולא יהלך חופשי. בדרך זו רוכשת התביעה בעבור עצמה, בעבור נפגעי העבירה ובעבור החברה בכללותה חסינות מפני הסיכון של זיכוי הנאשם והנזקים שאותו זיכוי עלול להסב. נזקים אלו כוללים, בין היתר, את החלשת ההרתעה וכפועל יוצא מכך, חשיפה יתרה של קורבנות בכוח למעשי עבריינות ופגיעה בסדרי החיים התקינים של החברה. הנאשם אף הוא קונה לעצמו חסינות: חסינות מפני הרשעה בעבירה חמורה יותר וקבלת עונש חמור יותר. הסדרי טיעון אינם שונים אפוא מכל חוזה

אחר שבא להקצות ולחלק סיכונים, כאלה או אחרים, בין הצדדים לחוזה (ראו Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L.J. 1909 (1992)). כאשר הסדר כזה נעשה על בסיס הערכה מושכלת של הסיכונים וללא כפיה, הוא איננו מתייחס – וממילא איננו שולל – את האמת והצדק שאינם בהישג-יד. ההיפך הוא הנכון: הסדר כאמור בא לכונן את הצדק על בסיס ראיות שעליהן ניתן לסמוך והעובדות שאליהן ניתן להגיע. במציאות שבה אנו חיים, הציווי "צדק צדק תרדף", שקיבלנו על עצמנו מפרשת שופטים (דברים טז, כ) מתייחס לצדק שהינו בר-השגה בעולם המעשה, ולא למרדפי סרק אחר האמת והצדק שאינם בהישג ידינו.

9. העותרים טוענים כי כתב האישום המתוקן מניח תשתית עובדתית להרשעת הנאשם בעבירת רצח בכוונה תחילה, ולא היא. בכתב אישום זה הפרקליטות איננה טוענת כי הנאשם גרם למותה של המנוחה בדם קר ובהיעדר קנטור, כפי שנדרש להתהוותה של עבירת רצח בסעיפים 300(א)(2) ו-301(א) לחוק העונשין. הפרקליטות טוענת כי במעשיו המתוארים בכתב האישום "גרם הנאשם למותה של המנוחה במעשה אסור" – טענה עובדתית שעל יסודה ניתן להאשים את הנאשם אך ורק במעשה הריגה, עבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.

10. ניכר הוא, כי במקרה שלפנינו הפרקליטות לא חסכה את מאמציה בניסיונה להביא להרשעת הנאשם במעשה רצח, להבדיל מהריגה. מאמצים אלו לא צלחו. מבחינת חומר הראיות שנאסף, אין לה, לפרקליטות, אלא את מה שיש לה: *Nemo dat quod non habet*; והראיות שבידיה אינן מספיקות כדי להרשיע את הנאשם ברצח בכוונה תחילה, להבדיל מהריגה. העותרים מבקשים כי ניכנס לנעלי הפרקליטות ונורה לה כיצד לעשות את מלאכתה כדי למצות עם הנאשם את הדין, אך הזמנה זו נאלצים אנו לרחות בשתי ידיים. כלל גדול נקוט בידינו מקדמת דנא ולפיו אין אנו מתערבים בהחלטות התביעה שעניינן העמדה או אי-העמדה של אדם לדין פלילי, ניסוח והגשה של כתבי אישום והסדרי טיעון; התערבות שיפוטית בכגון דא תיתכן רק במקרי קצה שבהם ניווכח כי התביעה פעלה בשרירות, מתוך זדון, הפלייה פסולה, שיקולים זרים, בחוסר תום-לב משווע או בחוסר סבירות שיורד לשורש העניין (ראו, מבין רבים: בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה, פסקה 67 לפסק דינו של השופט א' שהם (4.12.2015); ובג"ץ 6274/11 דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (26.11.2012)). עילות אלו לא הוכחו לפנינו, ולו על ידי ראשית ראייה. ההיפך הוא הנכון: נוכחנו לדעת כי בא-כוח העותרים נמנע מלהתמודד עם הקשיים הראייתיים שהפרקליטות חלקה עם מרשיו אחרי ששיתפה אותם בפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בבית המשפט. כל מה שהיה בפיו לומר בעניין זה

הוא שייתכן כי חומר החקירה, שאותו מרשיו לא קיבלו, ימלא את החללים ויאפשר לפרקליטות להתמודד עם כל אותם קשיים ראייתיים. השערה זו כבודה במקומה מונח: המשקל שנוכל לייחס לה, אם בכלל, הינו מועט. השערה כאמור אינה יכולה לבטל את קביעתה הפוזיטיבית של הפרקליטות כי אין בידה ראיות שעל בסיסן ניתן יהיה להרשיע את הנאשם במעשה רצח, להבדיל מהריגה – זאת כאשר איש איננו טוען, וממילא לא יכול לטעון, כי פיה ולבה של הפרקליטות אינם שווים.

11. החלטת הפרקליטות בדבר הסדר הטיעון עם הנאשם נהנית אפוא מחזקת תקינות שבה לא הוטל כל ספק; ומשכך, אין כל סיבה שנתערב בהחלטה זו ובהסדר הטיעון גופו. ברצוני להוסיף ולהזכיר כי הנאשם כבר הודה במעשה הריגה בפועלו על סמך הסדר הטיעון ובית המשפט הרשיעו בעבירה זו ובעבירות נוספות על סמך הודאתו. כל מה שנשאר לבית המשפט לעשות הוא לגזור את דינו של הנאשם. לנוכח שינוי לרעה במצבו של הנאשם, ספק גדול בעיניי אם בכלל ניתן לבטל את הסדר הטיעון שנעשה עמו: מדברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, מ(2) 393, 403 (1986), עולה כי נסיגה זו לאחור איננה אפשרית.

12. לא מצאתי ממש גם בטענות העותרים בנוגע לזכות לקבל לידיהם את חומר החקירה. חוק זכויות נפגעי עבירה אינו מקנה להם זכות כזאת; ואילו סעיף 74 לחסד"פ מייחד זכות כאמור, כחלק מכללי ההליך ההוגן, לנאשם ולבאי כוחו. אזכיר בהקשר זה את האמור בסעיף 14(א)(8) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, אשר קובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על [...] כל גוף או רשות שיש להם סמכות חקירה על פי דין [...] ועל מידע שנוצר, שנאסף או שמוחזק בידיהם". סבורני אפוא, כי אין בידינו ליצור זכויות יש מאין: את מה שהחוקים שמנתי לא נותנים לעותרים לא נוכל לתת להם בדרך של חקיקה שיפוטית – מה גם שהעותרים לא העלו שום טענה קונקרטית בנוגע לנחיצות החומר שאותו הם מבקשים. באומרי זאת, ברצוני לסייג את דבריי בכך שאם וכאשר יבחרו העותרים להגיש תובענה אזרחית בקשר למות המנוחה, יהא בכוחם לזמן כל עד למתן עדות ולדרוש את הצגתו של כל מסמך שאיננו חסוי, כמותווה בסעיף 1(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ובסעיפים 73 ו-73א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. במלים אחרות: הזמנים הישנים שבהם קורבנות העבירה שימשו בתפקיד של "ילדים ויקטוריאניים טובים", אשר אמורים להיראות אך לא להישמע, חלפו זה מכבר (ראו: Michael M. O'Hear, *Plea Bargaining and Victims: From Consultation to Guidelines*, 91 MARQUETTE L. REV. 323, 323 (2007)). לנפגעי עבירות יש זכות להשמיע את קולם, ואותה נבטיח, נאכוף ונכבד ברוחב לב.

ואולם, זכות כאמור איננה מאפשרת לנפגע העבירה לדרוש ולקבל לידי חומר חקירה בניגוד לרצון המשטרה והתביעה ותוך פגיעה אפשרית בזכויות הנאשם.

מהטעמים דלעיל, אציע לחבריי כי נדחה עתירה זו ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ד' מין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, כ"א בסיון התשע"ט (24.6.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת