



ת"פ 17998/06/14 - מדינת ישראל נגד בתיה עינת

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 17998-06-14 מדינת ישראל נ' עינת

לפני כבוד השופט עלאא מסארווה
המאשימה:
נגד
הנאשמים:
בתיה עינת

ב"כ המאשימה: באמעצות מפלג תביעות פליליות מחוז תל אביב (עו"ד סיון אטיה, סנ"צ עו"ד"ד עירן נהון)

ב"כ הנאשמת: עו"ד"ד סנדי ליפשיץ

החלטה

עמוד 1



1. כתב האישום שהוגש ביום 9.6.14 מייחס לנאשמת עבירת גניבה מיום 8.3.14 בכך שגנבה בשמים ומוצרים אחרים מבית מרחקת, עת יצאה את המקום מבלי לשלם עבור המוצרים שנטלה.
2. הנאשמת ביקשה לבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, קרי מכוח סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 ו/או מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים שהוכרה בבג"צ 9131/05 ניר עם כהן אגודה שיתופית חלקאית בע"מ נגד מדינת ישראל (2006). הנאשמת טענה שהיה זה נכון לסיים את הטיפול בתיקה בדרך של "סגירת תיק בהסדר מותנה" בהתאם לתיקון 66 לחסד"פ. הנאשמת מבקשת לתקוף הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום **12.9.17** בעניין תחולה תיקון 66 לחסד"פ לפיה בעבירת גניבה ניתן להחיל את ההסדר המותנה רק לגבי עבירות שבוצעו מיום **1.1.17** ואילך. לשיטתה, הנחיה זו, בפרט בחלק הרלוונטי לעניינו, קרי, קביעת התאריך **1.1.17** כמועד קובע לפיו רק ביחס לעבירות (מסוימות) שבוצעו לאחריו, יתאפשר הליך של סגירת תיק בהסדר מותנה, **היא הנחיה מפלה ושרירותית**. משהעבירה המיוחסת לנאשמת חוזרת ליום 8.3.14, ולכן, לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה אפשרות סיום התיק בהסדר מותנה לא תחול לגביה, טוענת הנאשמת שיש לבטל את כתב האישום שהוגש נגדה.
3. אין כל מחלוקת בין הצדדים שהמקרה מושא כתב האישום שבפניי מתאים לסיומו בדרך של הסדר מותנה וכי המניעה היחידה לכך חוזרת למועד ביצוע העבירה ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל. מוסכם כי הנאשמת עומדת בכל תנאי הסף, למעט המועד הקובע לתחולה הרטרואקטיבית, שכן, כאמור, מועד ביצוע העבירה נופל בשנת 2014.
4. התיק עבר לטיפול, ולאחר דחיות מטעמים שונים, הגיעה העת להכריע בטענת הנאשמת.

הערה בעניין סמכות בית משפט השלום לדון בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה

5. התביעה טענה כי בית משפט זה [בית משפט השלום] איננו מוסמך לדון בתקיפת הנחייה שיצאה תחת ידו של היועץ המשפטי לממשלה, וכי בית המשפט המוסמך לדון בטענה מסוג זה הוא בית הדין הגבוה לצדק.
6. ברע"פ 4562/11 **אבראהים מבוחתסב נגד מדינת ישראל** (2013) [פורסם באתר נבו] (להלן: "מבוחתסב"), נדונה סוגיה דומה לסוגיה שלפניי. בעניין מבוחתסב, פרסמה פרקליטות המדינה, ביום 12.8.2010, הנחיה מקלה, לפיה אין להגיש כתב אישום בגין עבירה של הסעה שלא כדין של שוהה בלתי חוקי, כנגד אדם שזו לו העבירה הראשונה מסוג זה. ההנחיה כללה הוראת מעבר לפיה תחולתה מיום 23.3.2010. הסנגוריה הציבורית תקפה, במסגרת הליך פלילי נגד המבקש, את הוראת המעבר וביקשה להחיל את ההנחיה המקלה כל התיקים התלויים ועומדים, ולא רק על עבירות שבוצעו ביום 23.3.2010 ואילך, תוך שהתבססה על טענות שונות מן המשפט הפלילי ומן המשפט המנהלי.
7. משעלתה שם שאלת הפורום הנאות לדיון בטענה זו, האם בית העליון בשבתו כבית הדין הגבוה לצדק או בית המשפט הדיוני בתיק הפלילי (בית משפט השלום), קבע בית המשפט העליון בפתח הכרעתו:



"המבקש, והסנגוריה הציבורית לצידו, תוקפים את שיקול דעתו של פרקליט המדינה העומד בבסיס הוראת המעבר בהנחיה המקלה. לטעמי, לא רק שאין מניעה כי הדבר ייעשה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"ץ, אלא שכך רצוי. הדברים אינם חדשים. עוד לפני שנים רבות נפסק בע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412 (1972) כי בתי המשפט מוסמכים להעביר תחת שבט בקורתם גם חקיקת-משנה, ולבדוק אם נפל בה פגם של אי-סבירות. כיום זו אף דרך המלך, כפי שנאמר בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.2.2006)...". (ההדגשות אינן במקור).

8. לנוכח דברים ברורים אלה, דומה שאין מנוס אלא לדחות את טענת התביעה בעניין הסמכות של בית משפט זה ואין עוד מנוס אלא לדון בטענות לגופן.

9. לעצם הטענה, בית המשפט העליון הגיע למסקנה כי דובר באותו מקרה בשינוי מדיניות אכיפה שאינו נובע משינוי נורמטיבי מהותי בתפיסה החברתית של העבירה ושל האיסור על הסעת שב"ח, וכי מקור השינוי הוא בשיפור במצב הביטחוני באותה עת, ולכן, דחה טענת הסנגוריה הציבורית לפיה בחירת היום הקובע כקו פרשת המים הייתה שרירותית, והוסיף וקבע כי מדובר בבחירה "סבירה והגיונית" לאור "קשר בין מועד תיקון החוק (ביום 23.3.10) לבין מועד תחולתה של ההנחיה". המועד "הקובע" שנבחר שם הוא מועד תיקון החוק, ובית המשפט העליון קיבל בחירה זו כסבירה "באשר בנקודת זמן זו המחוקק כמו הצהיר כי מכאן ואילך יש למקד את ההרתעה בתופעת ההסעה המוארגנת", להבדיל מהסעה בודדת ויחידה.

10. השופט י' עמית, הוסיף וציין כי גם אם קיימת שרירות-מה בקביעת נקודת הזמן על פי מועד התיקון לחוק-ואף שאיננו סבור כך- אין מנוס מלבחור בנקודה כלשהי על ציר הזמן אשר מנקודה זו ניתן לומר כי עבירת ההסעה החד פעמית יצאה מתחום "כוח הכבידה" של עבירת ההסעה על רקע המציאות בה נחקקה. השופט א' רובינשטיין הסכים לחוות דעתו של השופט י' עמית.

11. השופט ד' ברק-ארז הגיעה לאותה תוצאה, אך בדרך שונה. השופט ד' ברק-ארז קבעה כי ההבחנה בין נאשמים לפי מועד ביצוע העבירה, אינה שרירותית וחסרת יסוד באשר מדובר בעבירה בעלת אופי בטחוני לגבי מדיניות האכיפה יכולה וצריכה להתחשב במצב הדחק הביטחוני השורר במועד ביצוע העבירה, ולכן מבחינה זו אי החלת ההנחיה המקלה ביחס לעבירות שבוצעו בתקופה ביטחונית קשה "אינה בלתי סבירה". עם זאת הוסיף בית המשפט וקבע:

"אכן, בהמשך לכך, מתעוררת השאלה הנוספת אם בחירת מועדו של תיקון מס' 13 כ"ק פרשת המים הייתה ראויה, ולו משום שהשינוי במצב הביטחוני לא התרחש ביום אחד, הוא יום קבלתו של התיקון בכנסת. על שאלה זו יש להשיב, כי תמיד יש מידה של שרירותיות בבחירת תאריך לתחילת תחולתם של הסדרים, אך בכך בלבד אין כדי לומר שקביעת מועד המגביל את תקופת תחולתם של הסדרים היא שרירותית. למעשה, כל תאריך חלופי שהייתה קובעת המדינה היה נגוע בשרירותיות הכרוכה, מטבע הדברים, בהגבלת תקופת תחולה. רק החלה של ההנחיה המקלה לגבי מכלול התיקים התלויים ועומדים הייתה פטורה לכאורה משרירותיות זו (לצד הקושי שהייתה יוצרת, כפי שהסביר השופט עמית בפסק דינו, בהשוואה לכתבי אישום שהדין בהם הסתיים). אולם, החלת ההנחיה המקלה גם למפרע



באופן גורף לא הייתה נותנת מענה לבעיה אחרת שעמדה נגד עיני הפרקליטות: אי-הגשת כתבי אישום בגין הסעת שוהים בלתי חוקיים בתקופה שבה האינטרס הציבורי בהקפדה על איסור זה היה בשיאו, היינו בגין מעשים שנעשו בתקופה שבה התרחשו פינועי דמים שהסתייעו בהסעתם של שוהים בלתי חוקיים".

בהמשך, הגיעה השופטת ד' ברק-ארז למסקנה לפיה:

"לשיטתי, הגם שיש הצדקה להבחנה בין עבירות "ישנות" לעבירות "חדשות", ההנחיה במתכונתה הנוכחית, אשר שוללת באופן גורף את ההקלה הניתנת בגין עבירות שנעברו לפני תיקון מס' 13, ראויה לשיקול חוזר של הפרקליטות. אכן, הפליה במובנה הצר אין בפנינו, ולא כל שכן הפליה המקימה הגנה מן הצדק, אשר לפי אמות המידה הנהוגות בבית משפט זה חלה במצבים שבהם התנהגותה של הרשות כרוכה "בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות" (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 807 (2005)). אולם, ההנחיה עדיין מעוררת שאלות שעניינן האינטרס הציבורי באכיפה במקרים שקדמו לתיקון מס' 13. המדיניות העדכנית של הפרקליטות לפיה לא יוגשו כתבי אישום בגין הסעה בודדת של שוהי בלתי-חוקי בישראל מלמדת כי אף לשיטתה האינטרס הציבורי אינו תומך עוד בהגשת כתבי אישום בנסיבות מסוג זה. אם כך, הדעת נותנת שהאינטרס הציבורי התומך בהגשת כתבי אישום בגין פעולה דומה שנעברה אך זמן קצר קודם לכן אינו חזק במיוחד. כפי שהוסבר, הפליה במובנה הפורמאלי אין כאן, אך טעם רב באכיפה גורפת שאינה בוחנת את נסיבות המקרה גם כן אין. לא למותר לחזור ולהזכיר בהקשר זה כי במישור המינהלי נהוג להחיל החלטות מיטיבות באופן רטרואקטיבי, וזאת באופן בלתי תלוי בסעיף 5 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שעמד במרכז הנמקתו של חברי השופט עמית".

12. הדין במוחתסב מלמד כי בית המשפט העליון דן לגוף טענות הסנגוריה ורק לאחר שלא מצא פגם של שרירותיות (בדרגה גבוהה) בבחירת המועד הקובע, דחה את טענותיה, תוך שהוסיף שקיומה של שרירותיות (טבועה) איננה פוטרת את הרשות מהחובה לתור אחר "עונן" או "הגיון" בקביעת המועד, על מנת לצמצם ככל האפשר את השרירותיות.

13. השופטת ד' ברק-ארז הפנתה בחוות דעתה בתיק מוחתסב לבג"ץ 1662/05 שושנה לוי נגד ממשלת ישראל (2009) ול- בג"ץ 2223/04 יעקב ניסים נגד מדינת ישראל (2006), אשר עסקו בשאלת הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון במקרים של הוראה מיטיבה עם תחולה רטרואקטיבית מוגבלת בלבד. נפסק שם כי העובדה שמדובר בשינוי מיטיב, איננה מחסנת את ההוראה מפני ביקורת שיפוטית. מאידך, ניתנה התייחסות לחשש לפיו חובת המדינה להחיל שינויים למפרע באופן שוויוני יהווה בלם לשינויים שכן עלותו של כל שינוי מדיניות מיטיב גדולה משמעותית שעה שהוא מוחל גם למפרע. מכאן נפסק שיש להעניק משקל ומשמעות למסגרת התקציבית הרלוונטית לשינוי כשיקול לגיטימי.

נקבע כי "השיקול התקציבי הינו שיקול לגיטימי במסגרת גיבוש מדיניות ציבורית, והוראת חוק המגבילה את תחולתו של חוק מיטיב יכולה להיות לתכלית ראויה, אף אם מתקיימת פגיעה בשוויון וכל עוד נשמר האיזון בין הרצון לגבש מדיניות חברתית חדשה ומיטיבה ובין התקציב הנתון לשם כך".

14. אשר לבחירת המועד הקובע נאמר כי יש לבחון האם סעיף התחולה נועד לתכלית ראויה והאם עומד



במבחני המידתיות (מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, מבחן המידתיות במובן הצר) ובהמשך יש לערוך דיון בשאלת התאמת הסעד.

15. נקבע אפוא בעניין מוחתסב, שבקביעת מועדים טבועה, כמעט תמיד, מידה של שרירותיות. אלא שהמועד צריך לבטא, בתוך מתחם סביר של זמן, איזון בין האינטרסים הנוגעים לעניין. על המועד הנבחר להיות מעוגן במסגרת זמן הרלוונטית לעניין הנדון (ראו בג"ץ 7691/95 **צמח נגד שר הביטחון** (1999) [פורסם באתר נבו]).

תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי

16. תיקון מס' 66 לחוק סדר הדין הפלילי מיום 2.8.2012 נכנס לתוקפו ביום 2.5.2013, כשנה לפני מועד ביצוע העבירה מושא כתב האישום. המדובר בתיקון חשוב שמסמך את התביעה להורות על סגירת תיק בהסדר מותנה עם החשוד בכל עבירה מסוג חטא או עוון (ואף בעבירות פשע מסוימות).

17. הסדר מותנה הוא כלי שנוסף ל"ארגז הכלים" של התביעה, אשר נועד לאפשר "התאמה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה לבין חומרת התגובה החברתית המופעלת נגד העבריין" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ס"ח 416, עמ' 210). על פי ההסדר, הוקנתה לרשויות התביעה סמכות לסגור תיק חקירה נגד חשוד בעילה של "סגירה בהסדר", ללא העמדתו לדין, לאחר שהחשוד הודה בעובדות המהוות את העבירה המיוחסת לו והתחייב לקיים תנאים שפורטו בהסדר שנערך עמו.

18. עם כניסתו של התיקון לתוקף, במאי 2013, הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיה (מס' 4.3042) לפיה תיקון החוק לא ייושם בעבירות שבאחריות התביעה המשטרתית. לכן, ההגנה תחילה כיוונה טיעונה נגד הוראת היועץ המשפטי לממשלה שלא להחיל את ההסדר על עבירת הגניבה. לביקורת על ההוראה היועץ המשפטי במתכונתה הקודמת, ראו מאמרו של פרופ' א' גזל, **התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי- 2012-2014**, דין ודברים ט', עמ' 517, 538-533.

בהמשך, הרחיב היועץ המשפטי את התחולה בשתי פעימות, וכלל בתוכה גם את עבירת הגניבה, אך זאת ממועד מסוים שנבחר. **לכן, טענת ההגנה במתכונתה הנוכחית, מכוונת נגד הוראת המעבר ובחירת המועד הקובע.**

דין

19. מנגנון ההסדר המותנה שואב חיותו מעקרונות המידתיות, שירותיות המשפט הפלילי, העדפת שיקול השיקום, שיקולים מעשיים בדבר הצורך בהפחתת העומס התיקים הנדונים בבתי המשפט, מצוקת משאבים שההליך הפלילי נקלע אליה והוספת כלים לארגז הכלים של התביעה הכללית.

20. קיומה של סמכות מחייב את התביעה להפעיל שיקול דעת בשאלת הפעלתה במקרים המתאימים. על הפרק עומדת החלטה בדבר הגשת כתב אישום וניהול הליך פלילי נגד אדם לעומת אי העמדתו לדין והסתפקות בסגירת תיק החקירה בעילה סגירה מיוחדת. מדובר, אין ספק, בעניין בעל חשיבות ממעלה ראשונה.



במונחים מתוך המשפט הפלילי, הפער הוא תהומי. אין להקל ראש אפוא בטענת הנאשמת לפיה שלילת האפשרות לסגירת תיקה בהסדר מותנה והעמדתה לדין פלילי איננה יכולה להיות נגועה בפגמים מנהליים מסוג הפליה או שרירותיות.

21. כפי שעלה בעניין מוחתסב יש להעמיד תחת שבט הביקורת השיפוטית עצם ההימנעות מסגירת תיק פלילי נגד אדם בהתבסס על הנחיה של ראשי מערכת אכיפת החוק ולהתייחס לאותה הנחיה באופן ישיר או עקיף. אזכיר שהתביעה הסכימה כי המקרה מושא תיק זה, מתאים (למעט מועד ביצוע העבירה בהינתן הוראת היועץ המשפטי לממשלה) להליך של סגירה בהסדר. מכאן, ועל רקע האמור בעניין מוחתסב, אין מנוס מדיון בטענת ההגנה בדבר ההנחיה לעניין המועד הקובע, שכן מדובר במקרה "נקי" בו אלמלא ההנחיה, התיק היה מנותב להליך סגירה בהסדר.

22. קיומה של אפשרות לסגירת תיק ללא העמדה לדין, מקנה לפרט (החשוד) זכות שאפשרות זו תישקל בעניינו תוך הפעלת שיקול דעת, בכובד ראש ובשוויוניות. יש להדגיש שהסמכות שהוקנתה לתביעה לסגירת תיק פלילי בעילת סגירה חדשה, איננה פרי נוהל או הנחיה של גורמי אכיפת החוק אלא תוצר של חקיקה ראשית. נתון זה מוביל למסקנה שאין המדובר בפריבילגיה אלא בהסדר חוקי שיכול להצמיח לפרט טענות נגד העמדתו לדין, אם זו נעשתה מבלי שנשקלו החלופות האחרות שפגיעתם בו פחותות. המדובר בתיקון לחוק שנכנס לתוקף בשנת 2013, לפני מועד ביצוע העבירה (הנטענת) על ידי הנאשמת. יש לזכור שהגבלת התחולה של התיקון בתיקי גניבה לא נעשתה בחוק, אלא לפי החלטת היועץ המשפטי לממשלה.

23. אין ספק שהמחוקק הסמיך את התביעה ואת היועץ המשפטי לממשלה לקבוע הוראות שונות לעניין יישום ותחולת התיקון לפי סוגי העבירות ולפי התנאים לעמידה בהסדר (סעיף 67 לחסד"פ). ברם, תשומת הלב מופנית לכך שהתחולה (בהחלטה מיום 12.9.17) הינה תחולה רטרואקטיבית ולא מאותו יום ואילך. משמעות הדבר שהיועץ המשפטי לממשלה קיבל על עצמו, לצד עצם ההרחבה, **שקיימת הצדקה מיוחדת או עקרונית לתחולה רטרואקטיבית** דווקא. אלא שתחולה רטרואקטיבית זו הייתה חלקית ממועד מסוים נבחר, ולא פרוספקטיבית או רטרואקטיבית לפי נקודת ציון של אירוע משפטי בעל משמעות כללית (כגון מועד כניסת התיקון לחוק לתוקף או החלת ההרחבה על אך על תיקים תלויים ועומדים או על תיקים שטרם הוגשו בהם כתבי אישום וכיוצ"ב). נקבעה הוראת מעבר ביום 12.9.17 והתאריך שנקבע הוא 1.1.17. התביעה בתשובתה המקורית, טענה באופן כללי כי בבחירת המועד הקובע הושקעה מחשבה רבה וכי לא בכדי נבחר אותו תאריך מסוים.

24. בנתון אלה, הוריתי לתביעה ביום 8.7.18 להשלים טיעונה ולפרט מהם השיקולים והנימוקים שהובילו לבחירת המועד המסוים.

ביום 26.7.18 הוגשה השלמת טיעון מאת סנ"צ עו"ד ערן נהון, ראש היחידה להסדר מותנה במשטרת ישראל, בה הוסבר כי המועד נבחר "**בהתאם ליכולתה של התביעה המשטרית ליישם באופן סדור ומיטבי, הן מבחינה מקצועית והן מבחינה משאבית, את התיקון לחוק**".

25. בכל הכבוד, הנימוק הנ"ל, מלבד היותו עמום מדי, מעורר קשיים לא מבוטלים.



ראשית, התביעה בתגובתה לא התמודדה עם הסוגיה העקרונית (שעלתה במאמרו של פרופ' אורן גזל לעיל), האם ההחלה ההדרגתית על רקע שיקולים "משאביים" אינה עניין למחוקק לענות בו, להבדיל מהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה כגורם משפטי מקצועי.

שנית, אין בתגובת התביעה התייחסות לשאלה העקרונית האם השיקול התקציבי, אפילו יוכח, שקול כנגד הפגיעה בזכות השוויון בין נאשמים שונים, והאם שיקול הפגיעה בזכויות הפרט הובא בחשבון במסגרת הדיון בקביעת מועד התחולה.

שלישית, על פני הדברים, שיקולים תקציביים ומצוקה "משאבית" תומכים דווקא באימוץ הסדרים מותנים, ולמעצר אינם נוגדים אותם. כפי שהוסבר לעיל, בין יתר תכליותיו של ההסדר המותנה תכלית של הפחתת העומס על התביעה ועל בית המשפט בדרך של צמצום מספר התיקים הפליליים המוגשים לבית המשפט, על רקע דלות המשאבים. קשה- ולו לוגית- להלום טיעון לפיו דלות המשאבים ליישום מנגנון שנועד להפחית עומס על התביעה ועל בית המשפט תצדיק הגבלת השימוש במנגנון זה.

רביעית, גם אם אניח לטובת טיעון התביעה כי הגבלת תחולת התיקון נבעה מהעדר משאבים [זמניים וחולפים] בתביעה המשטרית, מתבקשת מאליה השאלה האם ראוי לה למצוקה המשאבית הנקודתית או הזמנית בתביעה המשטרית שתגרור עומס בבתי המשפט וכי מדובר בבזבוז זמן ציבורי יקר אולי אף יותר (זמן שפיטה, תביעה, סנגוריה ועוד). האם לא נכון היה לבחון את סוגיית "הקושי המשאבי" מנקודת מבט רחבה יותר, שמא נקודת מבט רב-מערכתית?

חמישית, הטענה כי הגבלה פרק הזמן של התחולה הרטרואקטיבית נבעה מצורך ביישום "סדור ומיטבי" של ההסדר] מבחינה מקצועית" היא טענה בעלמא. על פניו, הרחבת מעגל התיקים על דרך משיכת הזמן לאחור, איננה רלוונטית להיערכות המקצועית לטיפול התביעה ביישום התיקון. המדובר בעניין כמותי בעיקרו, ולכן הפן המקצועי, להבדיל מהפן "המשאבי", הוא שיקול זניח, אם בכלל. בהקשר זה, לא ברור מדוע החלת התיקון באופן מידי בתיקים שבאחריות הפרקליטות לא נמנעה אף היא משיקולים מקצועיים.

שישית, טענת התביעה בדבר הצורך בתחולה מדורגת בפעימות היא טענה חלשה לנוכח את בחירתו העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה להחיל את ההרחבה באופן רטרואקטיבי (אם כי חלקית) ולא מאותו זמן ואילך.

שביעית, דווקא השיקולים מתחום אפקטיביות אכיפת החוק תומכים בהרחבת השימוש בהסדרים מותנים ככל שהעבירה ישנה יותר. לכאורה, העובדה שהעבירה בוצעה מוקדם יותר על ציר הזמן מהווה שיקול שיצדיק ביתר שאת הליכה במסלול "ההסדר המותנה" והרי, כידוע, חלופה הזמן יש בו כדי להקשות עוקץ האכיפה הפלילית. במסגרת בחירת המועד הקובע, לא רק ששיקול חלופה הזמן לא פעל לטובת הנאשמים, אלא שנראה שאלמנט זה פעל פעולה הפוכה.

לאור כל האמור, מצאתי את תשובתה של התביעה באשר לנימוקים שהובילה לקביעת המועד הקובע כלא משכנעת דיה.

הגנה מן הצדק, ביקורת מנהלית ועקרון השוויון של המשפט הפלילי



26. דוקטרינת ההגנה מן הצדק יוצרת תריס ומגן מפני ניהול משפט פלילי נגד אדם אם ניהול המשפט הפלילי נגדו סותר באופן מהותי עקרונות של הגינות משפטית. החובה לקיים את ההליך הפלילי בהגינות, החובה להפעיל אכיפה שוויונית להבדיל מאכיפה סלקטיבית, אכיפה עניינית ותכליתית להבדיל מאכיפה מוטה או משיקולים זרים, אכיפה מהירה ואפקטיבית להבדיל מאכיפה הנגועה בשיהוי רב, כל אלו ואחרות מחייבות את הערכאה הדיונית לבחון האם טוהר ההליך המשפטי, ללא תלות באשמתו של הנאשם, נתון בסכנה לאור פגיעה בהגינות ההליך.

27. במקביל להתפתחות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, התפתחה דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. על אף הדמיון בניהן, מדובר בדוקטרינות שונות (ראו דברי השופט ע' פוגלמן בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (2013)). דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים מאפשרת בבחינת החלטות התביעה כגוף מנהלי, בפרט ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין, על פי מבחנים מן המשפט המנהלי. כאשר הביקורת השיפוטית מתייחסת לעצם ההחלטה בדבר העמדה לדין, בהיבט הייחודי של הפעלת שיקול הדעת המוקנה למאשימה על פי חוק, וכאשר הביקורת מעלה כי ההחלטה להעמיד לדין נעשתה בניגוד לעקרונות המשפט המנהלי, הרי שניתן, במקרים המתאימים, להורות על ביטול כתב האישום מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.

28. כאמור, סמכות הביקורת השיפוטית על ההחלטה בדבר הגשת כתב אישום עברה מבית המשפט המנהלי (בג"ץ) לערכאה הפלילית הדנה בתיק (ראו: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה [פורסם בנבו] (2006), להרחבה על דוקטרינת הביקורת המנהלית ראו רענ ג די "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים", ספר מצא (2015)).

29. המדובר במסלול עצמאי ונפרד מטענת ההגנה מן הצדק, ומהווה אפיק מקביל בגדרו החלטה להעמיד לדין פלילי עוברת תחת שבט הביקורת וזאת בפני הערכאה הפלילית המבררת. אין צורך לומר כי מדובר בהרחבה של שיקול הדעת השיפוטי שכן דוקטרינה זו איננה חופפת, וודאי לא באופן מלא, לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. אשר לגבולות הביקורת השיפוטית על ההחלטה להעמיד לדין, הרי שעל הביקורת השיפוטית בכגון דא להיות **מצומצמת וזהירה**. אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול הדעת שלו. עם זאת, ביקורת זו כוללת כיום את כל עילות הביקורת של המשפט המנהלי, לרבות עילת הסבירות.

30. לשיטתי, במקרה שלפנינו הדוקטרינה של הביקורת המנהלית מתאימה יותר לליבון הסוגיה שבמחלוקת אף שניתן, לשיטתי, להגיע לאותן תוצאות גם בהליכה לפי נתיב דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

31. אל כל האמור לעיל מצטרף **עקרון השירות במשפט הפלילי** הנגזר מעקרון המידתיות ולפיו, לאור הפגיעה בזכויות החוקתיות של הנאשם הכרוכה בעצם העמדתו לדין, הרי שמעשה הפוגע בערכים חברתיים גם אם מקים הוא עבירה פלילית לא יצדיק העמדה לדין אם ניתן להתמודד עמו באמצעים אחרים חמורים



פחות. על פי עקרון השיוריות של המשפט הפלילי קיומם- מחוץ למשפט הפלילי- של צעדים או אמצעים מתאימים או סנקציות חלופיות יעילות מקים חובה לנקוט בהם תחת העמדה לדין פלילי (ראו בג"ץ 88/10 **שורץ נגד היועץ המשפטי לממשלה** [פורסם בנבו] (2010), ע"פ (מחוזי ת"א) 23813-01-17 **רפי רותם נגד מדינת ישראל** (2018) שניתן לאחרונה).

על כן יש לבחון האם קיים אמצעי אחר, אפקטיבי ויעיל, שיש בו להגשים את מלוא המטרות המבוקשות, ואשר פוגע במידה פחותה יותר בזכויות חוקתיות. במילים אחרות, המשפט הפלילי שמור לגילויים החמורים של התנהגויות חברתיות פוגעניות, ואשר לא ניתן לפעול נגדן באמצעים חלופיים מתונים יותר. על ההחלטה לפתוח בהליך פלילי, אפוא, להיות אפשרות אחרונה ולא ראשונה ובהינתן אמצעים אחרים מתאימים, אין להפעיל את ההליך הפלילי. עקרון השיוריות תומך בהרחבת השימוש בהליכים אלטרנטיביים להליך הפלילי.

במקרה נשוא תיק זה, הדברים הם בבחינת קל חומר. מדובר בכלי חלופי המעוגן בחקיקה ראשית שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה הגבילה את השימוש בו. בנסיבות אלה הגבלת התחולה של הליך סגירת תיק החקירה בעילת "סגירה בהסדר" ללא העמדה לדין נוגדת את המגמה להגברת השימוש באמצעים חלופיים להליך הפלילי הסטנדרטי. על בסיס עקרון השיוריות הנגזר מעקרונות יסוד חוקתיים ניתן להצביע קיומו של אינטרס מוגן של הפרט כי לא יוגש נגדו כתב אישום אם קיימת חלופה ראויה לטיפול בהתנגדותו האנטי חברתית.

המלומד מרדכי קרמניצר במאמרו "תפקידו של התובע בהליך **הפלילי**" פלילים ה (2) 173, 184-185 (1996), העמיד דברים ברורים כאשר ציין:

"ראוי להימנע מאכיפת הנורמה העונשית מעבר למה שדרוש משיקולי מניעה. אין די בכך שהנורמה העונשית עומדת במבחן המידתיות. גם השימוש בה חייב לעמוד במבחן זה, ויהיו מקרים שהפגיעה בנחקר או בנאשם עולה בהם על התועלת החברתית שבהעמדה לדין, והיא, לכן, 'מעל לנדרש' ... ראוי לשקול ... דרכי טיפול חלופיות לטיפול העונשי, ולחזק מערכות חלופיות קיימות, כמו הדין המשמעותי והדין המנהלי"

בפסק דינו של השופט ג'ובראן בבג"ץ 88/10 **שורץ נגד היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקאות 14 ואילך, עמד בית המשפט העליון על גבולות הביקורת השיפוטית על רשויות התביעה, ועל עקרון השיוריות במשפט הפלילי ועל עקרון המידתיות. רק מפאת קוצר היריעה, אפנה לפסקאות נבחרות בלבד:

"פועל יוצא מדרישת המידתיות, ובייחוד ממבחן המשנה השני - החל, כאמור, על התובע בשוקלו האם להעמיד אדם לדין פלילי - היא בחינת השאלה האם אין להשיג את המטרה הראויה באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה. בהנחה כי המשפט הפלילי מגשים מטרות ראויות ((רע"פ 9008/01 מדינת ישראל נ' א.מ. תורג'מן בע"מ, פ"ד נז(5) 799, 810 (2003); יוהנס אנדנאס "ההשפעה המוסרית או החינוכית של החוק הפלילי" משפטים ה 209, 213, 217 (1973); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 807 (2005)), עולה השאלה האם השימוש במשפט הפלילי במקרה הקונקרטי הוא האמצעי אשר מגשים את המטרות הראויות, ופגיעתו בזכות החוקתית היא הפחותה ביותר, או שמא קיים אמצעי אחר, אפקטיבי ויעיל,



אשר יש בו להגשים את המטרות הראויות (כגון: הכוונת התנהגות, מניעת נזק, הגנה על ערכים מוגנים, הרתעה, טיפול ושיקום, מניעה, ענישה וגמול וכו') והוא פוגע במידה פחותה יותר בזכויות החוקתיות. הנחת המוצא היא כי קיימים אמצעים, מלבד המשפט הפלילי, שיש בהם כדי להגשים את המטרות הנמצאות בבסיס המשפט הפלילי (ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 77 (2010) (להלן: הרדוף)). **על כן רשויות התביעה צריכות לבחון האם העמדה לדין פלילי היא האמצעי המידתי במקרה שנמצא לפניהן. זאת מתוך הכרה כי "זהו האינטרס הציבורי כי התנהגות המיוחסת לפלוני תבורר בכליו של המשפט הפלילי, שעה שמבוכר הוא על-פניהם של אמצעים חלופיים.** שכן, כפי שהסביר השופט מ' חשין, 'המשפט הפלילי אינו חזות פני הכול, ו[לעתים] נכון יהא אם לא יוחל בהליכים פליליים' (פרשת פלונית, פס' 37 לפסק דינו של השופט לוי; בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, 419 (2002)).' (ההדגשה אינן במקור).

"אולם ברצוני להתמקד בגזרה צרה יותר של דיון זה, המתקשר לשאלת המשפט הפלילי וחלופותיו, בהתאם לעקרון המידתיות. יש הגורסים כי המשפט הפלילי הינו האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, שפגיעתו היא הקשה ביותר בזכויות אדם. **לכן יש לתור אחר אמצעים חלופיים שיכולים להגן על הערך החברתי באותה אפקטיביות** (ראו מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 161 (1982)). חברתי השופט מ' נאור ציינה בפרשת המרכז האקדמי, פס' 22 לפסק דינה כי **"במסגרת שאלת המידתיות, יש לבחון את שאלת קיומם של אמצעים חלופיים, פוגעניים-פחות, להשגתה של התכלית שאותה מיועדת ההוראה הפלילית לקדם"**. מכאן עולה הטענה כי ההליך הפלילי הוא הליך שיורי, כלומר "התנהגות מזיקה מבחינה חברתית (הפוגעת בערך חברתי) אינה צריכה לבוא תחת המטריה של דיני העונשין, אם ניתן להתמודד איתה באמצעים פחות חריפים וקשים" (קרמניצר, על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני, עמ' 326. ראו גם דוד רונן "שלילת הגנות בשל התנהגות פסולה" הפרקליט מו 342, 356 (2002)). המלומדים יורם רבין ויניב וואקי גורסים כי עקרון השיוריות של הדין הפלילי, הוא אחד מהעקרונות התוחמים את גבולות המשפט הפלילי".

"עקרון המידתיות - אשר ממנו ניתן לגזור את עקרון השיוריות - חל כאמור, על המשפט הפלילי המהותי והדיוני, כאשר אנו בודקים האם הוראה פלילית פלונית עומדת באמות המידה החוקתיות לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות. **אולם, כפי שצינתי עקרון המידתיות והתוצאות הנובעות ממנו, חל גם על עצם הפעלתו של הדין הפלילי על ידי רשויות התביעה, כלומר בשאלה האם להגיש כתב אישום פלילי"**.

"על כן, עקרון המידתיות מציב בפנינו את השאלה, האם הוראה פלילית היא הדרך המתאימה לצורך השגת המטרה או התוצאה המבוקשת. **ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת"**.

32. אשר לתוכן ומהות הביקורת המנהלית של בית המשפט הפלילי על שיקול דעתו של התובע בהעמדה לדין נפסק:

"כלל ידוע הוא כי החלטה על הגשת כתב אישום צריך שתעמוד באמות המידה של המשפט המינהלי, עמוד 10



שכן שיקול דעתו של תובע הוא שיקול דעת מינהלי. בבסיס השוויון בפני הדין הפלילי ניצבת ההנחה כי כל אדם העובר עבירה ייתן על כך את הדין (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 12 [פורסם בנבו] (23.2.2012)). חרף הנחה זו, מעניק סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי לרשויות התביעה שיקול דעת אם להעמיד לדין אדם אם לאו - שיקול דעת היוצר קשת אפשרויות סבירות. אלא שגם בגדרי שיקול דעת זה, על הרשות לפעול בשוויון. שוויון זה, כידוע, אינו טכני. פרשות נבדלות זו מזו במאפייניהן ובנסיבותיהן, והדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, בכפוף לכך שהתובע קיבל החלטתו תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, ושפעל בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות... (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (2013)).

33. תשובתה של התביעה איננה נותנת מענה הולם לטענות ההגנה בדבר הפגיעה העקרונית הנ"ל. משלא שוכנעתי מתוך תשובת התביעה שבחירת המועד הקובע מעוגנת במסגרת זמן הרלוונטית לעניין הנדון, וחרף השרירותיות הכללית הטבועה בקביעת מועדים, כאשר מנגד עומדים שיקולים כבדי משקל של פגיעה בערך השוויון והעדפת מסלול ההעמדה לדין על פני אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה, ומשהנימוקים שהוצגו על ידי התביעה אינם משרתים לשיטתי את המסקנה אליה כיוונה, מצאתי להורות לתביעה להציע לנאשמת אפשרות סיום התיק בהסדר מותנה.

טענת התביעה לפגיעה בעקרון השוויון בין הנאשמת לבין נאשמים שנשפטו

34. התביעה מקשה וטוענת כי קבלת טענת ההגנה עלולה להוביל באופן אבסורדי להעדר שוויון ולהפליה בין נאשמים שמצבם המשפטי דומה לזה של הנאשמת, אך משפטים הסתיים, לבין הנאשמת שעמדה על טענתה ולכן משפטה עודנו תלוי ועומד.

אחדד את הטענה: הנאשמת מבקשת להשוותה לנאשמים שביצעו עבירות לאחר יום 1.1.17 בטענה שאין יסוד להבחנה ביניהם. אלא שהתביעה טוענת שקבלת הטענה כרוכה בהפליה חדשה בינה לבין אלה שביצעו את העבירה לפני יום 1.1.17 אך נשפטו ועניינם הסתיים מבלי שזכו להסדר מותנה ומבלי שכתב האישום בעניינם בוטל. התביעה שמבקשת להגן על זכויות נאשמים שעניינם הסתיים, עושה שימוש "בנשק" השוויון נגד הנאשמת שמבקשת בעצמה לנהוג בה בשוויון אך ביחס לקבוצה אחרת.

35. לשיטתי, קבוצת השוויון הרלוונטית היא קבוצת החשודים והנאשמים שביצעו את העבירה לאחר כניסת תיקון 66 לתוקף, ושעניינם תלוי ועומד בידי הרשויות. כלל סופיות הדיון המשפטי, מקשה על טענת התביעה שזכויותיהם של הנאשמים שמשפטים הסתיים ייפגעו אם תתקבל טענת הנאשמת. המדובר בפגיעה רעיונית של מי שמשפטים הסתיים. קשה לדחות טענת נאשם לשוויון רק משום פגיעה רעיונית באחרים שוויתרו על טענה זו או עניינם הסתיים זה מכבר.

36. במבט רחב יותר, אני מתקשה להשלים עם טיעון לפיו מכוח ערך השוויון ניתן "להרע" עם הפרט, רק משום קיומה של קבוצת שוויון נוספת שעלולה "להיפגע" משיפור מצבו של פרט זה בתוכה לאחר השוואתו לקבוצת השוויון המקורית אליה שאף להידמות.



37. עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו. אף שאינו כתוב עלי ספר ואינו מהווה חלק מחוקה כתובה הרי "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו ולו". כל דבר חקיקה מתפרש באופן שתכליתו הינה להגשים שוויון בין אדם לבין חברו ולא להפלות ביניהם. מכאן, שכל סמכות שלטונית, הפועלת מכוח הוראת חוק, חייבת לפעול מתוך שוויון, שאם לא כן, תחרוג מסמכותה. רשות שלטונית חייבת אפוא לפעול בכל פעולותיה מתוך שוויון (ראו בג"ץ 637/89 **חוקה למדינת ישראל נגד שר האוצר**, פד"י מו(1) 191).

38. תיקון 66 לחסד"פ, על רקע עקרון השוויון של המשפט הפלילי, מחייב את הרשות לשקול בכובד האפשרות להימנע מהעמדתו לדין פלילי. הגבלת תחולת ההסדר המותנה בעניינה של הנאשמת, כחלק מקבוצה גדולה של חשודים שביצעו עבירות לפני יום 1.1.17, היא החלטה מנהלית שפגעה בזכויותיה של הנאשמת. ההנחיה יצרה שתי קבוצות של חשודים, אלה שביצעו העבירות לפני המועד הקובע ואלה לאחריו. אי תחולת התיקון לחוק בעניינה של הנאשמת התבססה, באופן בלעדי, על המועד הקובע, מבלי שצורפה לכך הנמקה משכנעת. הדבר יצר אי שוויון והקים טענה לשרירותיות. על ההחלטה המנהלית להגביל את תחולת החוק לעמוד בסטנדרטים של החלטה מנהלית קבילה. בהעדר נימוקים משכנעים לבחירת המועד הקובע אין מנוס ממסקנה שזכויותיו של הנאשם נפגעו כתוצאה מאותה החלטה מנהלית הנגועה, בהעדר נימוקים משכנעים, בשרירותיות וביצירת אי שוויון בין דומים שביצעו עבירות לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 66 לחסד"פ.

39. ביתר שאת ולאור הפגיעה החוקתית האינהרנטית בזכויותיו של הנאשמת, ועל רקע מסקנות הדיון לעיל, קם לה אינטרס מוגן כי החוק לאחר תיקונו יחול עליו. לא ניתן להתייחס להחלטת ההסדר המותנה על חשודים כאל הטבה שהוענקה על ידי רשות שאיננה חבה בחובה כלשהי כלפיהם. הנתון לפיו מדובר באינטרס מוגן של הנאשמת (גם לאור עקרון השוויון) מעצים את הפגיעה בה ולכן מצדיק הוראה לחייב את התביעה לנהוג בעניינה בשוויון לקבוצה ששפר עליה מצבה המשפטי לאור הנחיית היועץ המשפטי לממשלה.

40. התחולה הרטרואקטיבית המוגבלת לפי תאריך שנבחר בהעדר עיגון במסגרת זמן רלוונטית לנושא הנדון (חלופות לאכיפה הפלילית) כרוכה בשרירותיות והיא פוגעת בשוויון בין נאשמים. משצאתי כי אין המדובר בהטבה או בפריבילגיה בלבד, הגעתי למסקנה שדין טענת הנאשמת להתקבל.

41. מכל האמור לעיל, מצאתי כי החלטת התביעה המשטרית, להימנע מסגירת התיק בהסדר מותנה, רק משום מועד ביצוע העבירה, גם אם היא עולה בקנה אחת עם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, איננה סבירה, סובלת מפגמים שונים של הפליה ושרירותיות והיא סותרת עקרונות הגינות משפטית, בין השאר, עקרון השוויון בין נאשמים.

42. אשר לסעד המתבקש, דומה שהתשובה לכך היא פשוטה והיא חיוב התביעה בהצעת אפשרות לסיום התיק בהסדר מותנה כקבוע בחוק. כל סעד אחר, איננו ממין העניין.

אשר על כן, התביעה תודיע לבית המשפט בתוך 14 ימים אם בכוונתה להציע לנאשמת סיום התיק בהסדר מותנה, שאם לא כן יבוטל כתב האישום בין אם מכוח ההגנה מן הצדק ובין אם מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים.



ניתנה היום, ל' תשרי תשע"ט, 09 אוקטובר 2018, בהעדר
הצדדים.