



## עפ"ת 44918/12/16 - מדינת ישראל נגד נאור גבאי - נוכח

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 44918-12-16 מדינת ישראל נ' גבאי 23 מרץ 2017

לפני כב' השופט רענן בן-יוסף

המערערת מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד תמר טייטלבוים

נגד

המשיב

נאור גבאי - נוכח

ע"י ב"כ עוה"ד שירלי לוז ומיכל רובינשטיין - סנ"צ

### פסק דין

### פתח דבר

1. לפניי ערעור המדינה על החלטתו של בית המשפט לתעבורה בתל אביב-יפו [כב' הש' צ. משה], בתיק ת"ד 979-02-16 מיום 07.07.16, בה ביטל בית משפט קמא את סעיף האישום בעבירה של נהיגה בקלות ראש - עבירה לפי סעיפים 62(2) ו-38(2) לפקודת התעבורה, התשכ"א - 1961 (להלן: "**הפקודה**"), והרשיע חלף עבירה זו את המשיב על-פי הודאתו בעבירה על תקנה 21(ג) לתקנות התעבורה (להלן "**התקנות**") בנוסף לעבירה על תקנה 40.א' לתקנות שאינה רלוונטית לערעור הנוכחי.

2. לאחר ההרשעה והטיעונים לעונש גזר בית משפט קמא את דינו של המשיב לעונש קל, לעמדת המערערת, של קנס בסך 400 ₪ וחודשיים פסילת רישיון הנהיגה על תנאי למשך שנתיים.

3. הערעור מופנה בעיקר נגד ההחלטה המתקנת את סעיף האישום וכנגזר מכך כנגד הכרעת הדין וגזר הדין.

### ההליכים בבית משפט קמא

4. בראשית הואשם המשיב בכתב אישום אשר ייחס לו עבירות על-פי סעיף 62(2) ביחד עם סעיף 38(2) לפקודה ועבירה על תקנה 40(א) לתקנות, בשל כך שביום 02.12.15 סמוך לחצות נהג רכב בבת-ים. בהגיעו למעגל תנועה נהג בקלות ראש, לא שם לב לדרך, סטה ימינה, עלה על מדרכה והתנגש במעקה בטיחות. בתאונה ניזוק רכבו של המשיב והוא עצמו נחבל.

ביום 13.04.16 בטרם בוצעה הקראת כתב האישום על-פי סעיפים 143 ו-152 לחסד"פ [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982 (להלן: "**חסד"פ**"), הודיעה המדינה על-פי סעיף 91 לחסד"פ על תיקון כתב אישום באופן שבפרק העובדות במקום המילים "בחוסר זהירות" יבוא הביטוי "בקלות ראש" וכתב האישום תוקן בהתאם.



5. לאחר תיקון כתב האישום פנתה ההגנה לבית המשפט קמא והודיעה (עפ"י סעיפים 149, 150 לחסד"פ) כי בפיה "טענות מקדמיות של אכיפה בררנית וייחוס סעיף של נהיגה בקלות ראש במקום שעל התביעה היה לייחס נהיגה לא זהירה ... על-פי סעיף 21 לתקנות. אלמלא התיקון הייתי מודה בעובדות, אך עדיין הייתי טוענת לאכיפה בררנית. ייחסו לנאשם יסוד נפשי שלא היה נכון" (עמ' 2 מש' 5 לפרוט').

עוד הוסיפה ההגנה וצינה כי "אין מחלוקת בעובדות מבחינת הסטייה ימינה, העלייה על המדרכה וההתנגשות במעקה הבטיחות" (שם) וכי ההגנה "מבקשת לדעת אם יש הנחיות כתובות וסדורות לתובע שמגיש כתב אישום, מתי הוא מגיש כתב אישום לפי סעיף 62(2) ולפי 21(ג) ... לפיכך על התביעה יש לשקול בכובד ראש לפני שהיא מחליטה על סעיף זה או אחר".

המדינה השיבה (עמ' 2, 3 לפרוט') כי "למיטב ידיעתי אין הנחיות בכתב לגבי השאלה מתי תובע מגיש כתב אישום לפי סעיף 62(2) או 21(ג). לתובע יש שיקול דעת מושכל שאני סבורה שאם בית המשפט ייחשף לראיות בתיק יסכים עמו ... בעיני התביעה העובדות שבכתב האישום, מעבר לסטייה מידת הרשלנות מעלה את האשמה מעבר לקלות ראש".

המדינה ביקשה שבית המשפט ייתן החלטתו רק לאחר שיעיין בראיות.

בית משפט קמא אפשר לב"כ הצדדים להוסיף לטיעוניהם טיעונים בכתב, ולאחר שעשו כן נתן ביום 07.07.16 את החלטתו מבלי שעיין בתיק החקירה כבקשת המדינה. בטיעוניה בכתב חזרה המדינה על עמדתה, שאין הנחיות בנושא ומשכך גם אין מקום לפרסם ההנחיות.

### החלטת בית משפט קמא

6. בהחלטתו קיבל בית משפט קמא את טענתה המקדמית של ההגנה, ביטל את סעיפי הפקודה בהם הואשם המשיב, תיקן כתב האישום לעבירה על-פי התקנות כשהוא מבסס את החלטתו על שני אדנים: האחד, "הגנה מן הצדק" ("אכיפה בררנית") על-פי סעיף 149(10) לחסד"פ; והאחר מכח דוקטרינת הביקורת המנהלית.

לעמדת בית משפט קמא, העובדה שהמאשימה לאורך שנים מגישה כתבי אישום בהתייחס לתאונות שנסיבותיהן דומות מבלי שתוציא ותפרסם הנחיות היוצרות הבחנה מבדלת בין המקרים שתיוחס לנאשם עבירה על-פי הפקודה ומתי על-פי התקנות היא בעייתית מבחינת חובותיה כרשות מנהלית, בעיקר שבאותו נושא בדיוק, קיים נוהל של הפרקליטות הצבאית.

בנסיבות אלה המדינה לא עמדה בנטל המונח לפתחה לשכנע, כי היא פועלת בסבירות כרשות מנהלית ובכך נפתח פתח לפגיעה בשוויון בפני החוק ולהתנהלות שרירותית בהגשת כתבי האישום.

בית משפט קמא הצביע על כך שהתביעה, בנסחה את כתב האישום, לא פירטה את הנסיבות שיש בהן כדי להצדיק הגשת כתב אישום חמור על-פי הפקודה דווקא, כי תוצאות התאונה היו קלות (חבלה בלבד), נסמך על השוואה לתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין") בדבר קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיה ומידת אשמו של הנאשם למידת וסוג עונשו, לסעיף 34. כא בדבר הפרשנות של הדין הפלילי וסעיף 5 לחוק העונשין, בדבר החלטתו של חוק חדש.



כן הביא בית משפט קמא בהחלטתו, בין שיקוליו, את גילו של המשיב, היותו חייל בשירות סדיר, העובדה שהתביעה לא הסכימה להגיע להסדר טיעון עם המשיב ועמדה על כך שיורשע בסעיף על-פי הפקודה. כן נתן בית משפט קמא משקל להחלטתו באשר לטיב העונש ומידתו שצפוי המשיב לקבל במידה ויורשע בסעיף זה או אחר.

בהחלטתו קבע בית משפט קמא שהרשעת המשיב בעבירה על-פי הפקודה אינה מתיישבת עם זכותו להליך הוגן ומקימה את טענת "הגנה מן הצדק".

7. בקליפת אגוז ייאמר שבית משפט קמא סבר שייחוס הסעיף המחמיר בכתב האישום למשיב בנסיבות ובנסיבות התאונה, לאור הפירוט הדל בכתב האישום ובהיעדר הנחיות מתאימות פוגע בהגינות ההליך המשפטי, והמדינה, כרשות מנהלית, לא יכולה להצדיק את החלטתה להאשימו בכתב אישום מחמיר דווקא.

### הטענות בערעור

8. בטיעוני ערעורה המדינה סבורה שטעה בית משפט קמא בבטלו את הוראות החיקוק על-פי הפקודה והחלפתן בתקנה תוך עשיית שימוש בטענת ה"הגנה מן הצדק". התנהגותה של המדינה בבית משפט קמא, כך המדינה, אינה שערורייתית ואין בה פגיעה בעקרונות של צדק והגינות משפטית.

לעמדת המדינה, החלטת בית משפט קמא מהווה "התערבות בלתי-ראויה ובלתי-מידתית בעבודתה של התביעה הכללית ופגיעה בשיקול דעתה" (עמ' 3 פסקה 4 לכתב הערעור). לתביעה הכללית הפרוגטיבה לקבוע את הוראות החיקוק ורק לה.

כן טוענת המדינה בערעורה, כי שגה בית משפט קמא בכך שהחליט את החלטתו מבלי ששמע ראיות או למצער עיין בתיק החקירה כפי שביקשה המדינה שיעשה, כדי להתרשם באם נבחר סעיף האישום הנכון. לעמדת המדינה, ההגנה לא הרימה את נטל ההוכחה לטענה מקדמית ולא הצביעה על מקרים בו שונה סעיף האישום בנסיבות דומות.

בנוסף טוענת המדינה, כי בית משפט קמא עשה שימוש בסעיף 149(10) לחסד"פ ובדוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" באופן מוטעה ובניגוד להלכה העולה מע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) עמ' 221 וע"פ 4855/02, מדינת ישראל נ' בורוביץ (31.03.05) והבחינה בת שלושת השלבים שנקבע בפסק דין זה.

המדינה סבורה כי התנהגות המשיב ואופן נהיגתו הצדיקו האשמתו בסעיפים המחמירים על-פי הפקודה.

9. למרבה ההפתעה ובניגוד להצהרת המדינה בפני בית משפט קמא הודיעה המערערת כי "למעשה קיימת הנחיה, המסדירה את הנושא מזה שנים רבות ומייחסת נהיגה רשלנית לפי סעיף 262(2) בגין מקרים ... וזהו המקרה שבפנינו". עם זאת, אף אם לא הייתה הנחיה בנושא אין בכך פגם בהתנהגות התביעה.

10. עוד מצביעה המדינה על שגיאות של בית משפט קמא בכך שנתן משקל לשאלת ה"הגנה מן הצדק" לעונש הצפוי למשיב בהרשעתו בעבירה החמורה או הקלה, בהיזקקותו לסעיפים 34.כא ו-5 לחוק העונשין שעניינם פרשנות של חוק ונראה בעליל, כך המערערת, שבית משפט קמא "כעס" על התביעה על עמדתה ה"עיקשת" לטענתו, על



סעיף העבירה ועל אי-הגעה להסדר טיעון מקל, ועל כך בא איתה חשבון בהחלטה שגויה זו.

11. על טענותיה בכתב הערעור הוסיפה המדינה בטיעון בעל פה תוך הפנייה לפסיקה התומכת בעמדתה.

ההגנה השיבה לערעור (באופן יוצא דופן יש לומר וללא שתהיה חייבת לעשות כן על-פי דין) בכתב והוסיפה בעל-פה, תוך שהיא נעזרת בפסיקה התומכת בעמדתה כשהיא מבקשת שערכאת הערעור לא תתערב בהחלטה ובפסק הדין על שני חלקיו של בית משפט קמא. כן העלתה ההגנה טרזניה על כך שרק בשל הערעור נודע לה על קיומה של הנחיה בסוגיה.

## דין והכרעה

12. דינו של ערעור זה דחיה ולו מטעמים דיוניים:

בבית משפט קמא טענה המדינה חד-משמעית הן בתיק נשוא הערעור והן בתיקים קודמים, הן במפורש הן במשתמע, משלא ציינה הדבר (ראו לדוגמא ת"ד [י-ם] 2136/05, פרקליטות מחוז ירושלים נ' שוויקי מוחמד (פורסם בנבו, 05.047.05); ת"ד 6625-12-14, מדינת ישראל נ' רבינוביץ (26.01.16) שאין הנחיה של משטרת ישראל באשר למדיניות התביעה בהפעלת סעיפי הפקודה והתקנות בעניין זה, משכך חלק ניכר מטענותיה בערעור נגד ההחלטה של בית משפט קמא בדבר אי-קיום ההנחיה לא נטענו בפני הערכאה הדיונית "וכבר מטעם זה אין ... לקבלן" (ע"פ 7281/14, פלוני נ' מדינת ישראל (26.09.16)). כן ראו להשוואה רע"פ 7195/15, מיכאל טשסלי נ' מדינת ישראל (29.10.15).

מעבר לכך, בצרפה את ההנחיה לכתב הערעור ובהסתמכה עליו, עשתה זאת המדינה ללא שתבקש רשות על-פי סעיף 211 לחסד"פ, כמו סעיפי החוק אינם חלים עליה כעל כל מערער.

מתקנת אותי תוך כדי הקראת פסק הדין נציגת התביעה, שהמדינה לא הגישה ולא צירפה לערעורה את ההנחיה והנני סובר שאין לכך כל משמעות, כמובן.

13. אומר מעבר לכך. סבור אני שהיה מקום שהמדינה תשקול היטב היש מקום להגיש ערעור על החלטת בית משפט קמא שבאה לעולם בעיקר בשל כך שהמדינה הטעתה את בית משפט קמא (אין ספק שללא רצון לעשות כן, אלא בשל טעות או רשלנות) בדבר אי-קיומה של הנחיה בעניין שהוא נדרש לו.

לו הוצגה בפני בית משפט קמא ההנחיה אשר הופנית אליה בערעור בפניי, כך ברור, לא היה בית משפט קמא מחליט את שהחליט.

יתרה מכך, אף בתי המשפט לתעבורה בעניין שוויקי ורבינוביץ שצוינו לעיל ובמקרים אחרים שהוצגו, לא היו תוהים וטועים מחמת הטעיה, מדוע בעניין כה חשוב במסגרת דיני התעבורה, המשטרה אינה מנחה את תובעיה בהכינם את כתבי האישום. מוטב היה שפרקליטות המחוז תדאג להפיץ ולפרסם את ההנחיה בין תובעיה מאשר תגיש הערעור שבפניי.

עסקינן בהנחיה מפורטת, ברורה, עם קריטריונים ברורים במידת האפשר שנכתבה ע"י עו"ד, סנ"צ טילדה מיכאלי, רמ"ד תביעות תנועה במשטרת ישראל כבר ביום 27.06.00, ומשום מה נשתכחה ונעלמה מעיני התובעים בתיקים אלה.



14. המדינה בערעורה מבקשת לטעון שיש לראות את כתבי האישום שמוגשים על ידה כקודש הקודשים, ואין בית משפט רשאי להעבירם תחת שבט ביקורתו - טיעון זה הוא קיצוני ואינו תואם את הדין הקיים.

אמנם אכן, נאמר "הכלל הוא, כי התביעה היא "בעלת הבית" על כתבי האישום, וכפועל יוצא מכך הבחירה בהוראות החיקוק הרלוונטיות, שמורה לה. בית המשפט ככלל אינו מתערב בשיקול דעתה, גם אם הוא סבור כי ניתן היה להחליט החלטה אחרת..." (ע"פ 42054-08-13, מדינת ישראל נ' קסטיאל (02.10.13)) (אושר ברע"פ 6800/13, אסף קסטיאל נ' מדינת ישראל (26.11.13)), ראו גם רע"פ 7213/14, רון מאיר נ' מדינת ישראל (21.12.14).

כך נאמר בע"פ 4362-03-13, ברשט נ' מדינת ישראל (06.11.13):

"הלכה היא שבית המשפט לא ישים שיקול דעתו במקום שיקול דעתן של רשויות התביעה, אשר הסמכות בכל הנוגע להגשת כתבי אישום נתונה לו והבחינה הנעשית על-ידי בית המשפט היא לכל היותר במישור המנהלי. יפים לענייננו הדברים שנאמרו בבג"ץ 5699/07, פלונת (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.02.08):

"מתחם שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי ולגורמי הפרקליטות בעניין העמדה לדין פלילי של נאשם הוא רחב ביותר ... פועל יוצא מכך הוא, כי נתון לתביעה מנעד רחב של אפשרויות פעולה בתחום ההעמדה לדין, שנקיטה בכל אחת מהן, אפילו הן שונות זו מזו, עשויה לעמוד במבחן הסבירות. בגדר מתחם שיקול דעת נרחב, נתונה בידי הגורם המחליט ריכוזיות לבחור בין אופציות פעולה שונות, אפשרויות, שכל אחת עשויה לקדם בדרכה את המטרות הטמונות בתכלית הפעולה", (דברי כב' השופטת פרוקצ'יה) בדעת רוב בפסקה 12 לפסק הדין.

קבלת טענת המערער תביא למצב בו בית המשפט נוטל מרשויות האכיפה והתביעה את שיקול הדעת בנוגע לניסוח כתב האישום, דבר שבוודאי אינו עולה בקנה אחד עם הריסון המתחייב מקום בו מבוצעת ביקורת שיפוטית על-פי כללי המשפט המנהלי."

15. יחד עם זאת נקבע בע"פ 6328/12, מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.09.13) בבג"צ 6396/96, סימונה זקין נ' ראש עיריית באר שבע (08.06.99), בג"צ 1719/11, פונדקי נ' בה"ד האזורי לעבודה (19.11.13), כי על הרשות המנהלית להפעיל את סמכותה על-פי אמות מידה ברורות ענייניות ושוות. המדינה ורשויות אחרות צריכות לקבוע לעצמן מדיניות ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות.

16. בפרשת פולדי פרץ אמר בית המשפט העליון כהאי לישנה מפסקה 34 לפסק הדין:

"הפעלת החוק לאורח אקראי - שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש -



משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק (עניין תורג'מן, שם). סטייה מן המדיניות הנוהגת על דרך העמדתו לדין של אדם בניגוד לאותה מדיניות, יכולה לחייב - במקרה מתאים - השוואת מצבו של אותו אדם למצבם של מי שהמדיניות כן הוחלה עליהם (נקדימון, בעמ' 397)"

בפסק דין זה בית המשפט העליון בוחן את טענת האכיפה הבררנית, הן על-פי הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" והן בהיבט הביקורת השיפוטית על החלטה מנהלית.

17. ככלל, ההוכחה בטענה לסטייה ממדיניות האכיפה אכן מוטלת על טוען הטענה משום שבידוע שלרשות המנהלית עומדת חזקת התקינות המנהלית. הנני סובר שבמקום בו בשאלת מדיניות הכנת כתבי אישום בסוגיה נשוא ערעור זה, לא הוצגה בפני בית משפט קמא הנחיה בטענה שאינה קיימת ומקום והייתה קיימת ונשכחה, הוצג בסיס ראיתי להפרכת החזקה מתערערת חזקת התקינות והנטל יחזור אל כתפי הרשות המנהלית.

בעיקר כך כשההגנה הציגה בפני בית משפט קמא ובפני הערכאה הנוכחית מקרים לא מעטים של הבחנה לא ראויה בין מקרים שנתוניהם הרלוונטיים שווים.

המדינה לא הצליחה להניח בפני בית משפט קמא שיקולים ענייניים שהיה להם משקל מספיק כדי לבסס את החלטתה להגיש נגד המשיב כתב אישום על-פי סעיפי הפקודה דווקא ולא על-פי התקנות.

18. המדינה התבססה בערעורה על ההחלטות בפסקי הדין בעניינו של אסף קסטיאל 42054-08-13 ורע"פ 6800/13 (26.11.13), מדינת ישראל נ' אסתר וסימה אלקובי, 58750-12-15 ורע"פ 3588/16 באותו עניין התלוי ועומד, אך המקרים שם שונים בתכלית והיא הנותנת, בעניינים בהן עוסקות פרשות אלו קיימות הנחיות של משטרת ישראל ומח"ש ובית המשפט מצא כי הרשויות פעלו על-פי הנחיות אלה.

19. ייאמר שאף הצגתה של המדינה בערעורה את קווי המתאר של "הגנה מן הצדק" דהיום לאחר הריכוך שחל בה מאז הלכת ע"פ 4855/02 בפרשת בורוביץ אינה מעודכנת ואפנה לע"פ 7621/14, אהרון גוטסדינר ואח' נ' מדינת ישראל (01.03.17), פסקאות 43-44 לפסק הדין, ובחרתי בכוונת מכון להביא הציטוט במלואו:

"דוקטרינת 'הגנה מן הצדק' נקלטה והפכה לבת-בית במשפטנו. בתחילה היא הכתה שורש בפסקי דין של בית משפט זה (2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996). להלן: עניין יפת; בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005). להלן: עניין בורוביץ), ומאוחר יותר היא עוגנה בדברי המחוקק בתיקון מספר 51 לחוק סדר הדין הפלילי, תשס"ז-2007:

149. 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.

מלומדי המשפט הישראלי עמדו על כך ששורשי ההגנה בפסיקה המוקדמת של בית משפט זה, אינם זהים לאופייה של ההגנה בפסיקה המאוחרת ובדברי החוק (לתיאור הדברים ראה: ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק 47 (מהדורה שנייה, 2009)). בראשית הדרך, אופייה של ההגנה היה שמירה על האזרח מפני רדיפה של הרשויות תוך שימוש בלתי הוגן ברשויות החוק והמשפט. לפיכך, הוענקה ההגנה במקרים קיצוניים בלבד בהם שוכנע בית המשפט כי הגשת כתב האישום נבעה ממניעים זרים ובלתי ראויים, והיא נוגדת את טוהר ההליך והזכות להליך הוגן. בשלב זה, הסעד שניתן על ידי בית המשפט היה ביטול כתב האישום וההליך הפלילי. כך תוארו הדברים בעניין יפת:

"קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" (אשר פורט בהרחבה), נשענת על סמכותו הטבועה של בית-המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית... המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, או כלשון הלורד (1192) AT [117], *CONNELLY* "OPPRESSIVE" *DEVLIN* "[כך במקור], המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי במקרים שבהם התנהגות הרשות הייתה כה מקוממת עד כי אי-אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה" (עניין יפת, פסקה 171 לפסק דינו של השופט ד' לוי).

ההגדרה הבינארית והמבחן המצומצם שהובאו בעניין יפת הורחבו באופן משמעותי בעניין בורוביץ, וכן בנוסח סעיף 149(10) לסדר הדין הפלילי שעיגן את הדוקטרינה בחקיקה ראשית. כך למשל, בעניין בורוביץ, הורחבה הדוקטרינה גם למקרים בהם הפגיעה כלל לא נגרמה על ידי הרשות אלא מסיבות אחרות:

"במובחן מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, בחינת סבירות שיקול-דעתה של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות. לכאורה הרי זה מבחן רחב וגמיש. אין תמה - ואפשר שדווקא משום כך - הפעלתו הלכה למעשה, היא למקרים יוצאי דופן, מחייבת זהירות רבה. פרשת יפת מהווה דוגמה לשורת הזהירות הנדרשת בכגון-דא: משטענו הנאשמים כי הרשות היא שעודדה אותם לבצע את העבירה, קבע בית-המשפט כי עליהם להראות שהתנהגות הרשות בעניינם הייתה "שערורייתית" או "בלתי נסבלת". אמת מידה זו אכן יאה למקרים מסוגה של פרשת יפת, אך לא מן הנמנע שבמקרים מסוגים אחרים תבוא דרישת הזהירות לכלל ביטוי בקביעתה של אמת מידה שונה" (שם, בעמ' 807).

עמדתי על הדברים במקום אחר:



"הרף שנקבע בהלכה הפסוקה נע ממבחן של "התנהגות שערורייתית של הרשות" למבחן המתמקד בהבטחת הליך פלילי הוגן וצודק לנאשם. שינוי זה מאפשר להתחשב בפעולות שלא נבעו ממעשי הרשות אך עדיין פגעו בתחושת הצדק וההגנות בהליך. אף שנראה שעדיין ברוב המקרים תהא סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות הרשות, כבר נפסק שאין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגנות תיחוס לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן אך המחייבות את המסקנה כי לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן (עניין בורוביץ, 807). עמדה זו משתלבת עם סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו מוקד הבדיקה מושם על שאלת הצדק וההגנות שבניהול ההליך הפלילי (השוו: עניין טגר, פס' 115). לשון הסעיף אינה מחייבת כי הרשות תהא הגורם שפגע בהליך ואף אינה מעניקה משקל לזהות הגוף הפוגע. נוסח החוק שנבחר על-ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט מנחה אותנו לעמוד על קיומה של "סתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגנות עקב קיומו של ההליך הפלילי" (ראו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51)(הגנה מן הצדק), בעמ' 138)" (רע"פ 1201/12 יוסף קטיעי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דיני(09.01.2014). להלן: עניין קטיעי)).

לאמור, עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה - בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום - לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגנות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט - אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה - להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה. על פי אופייה החדש של הדוקטרינה, פעמים שעוצמתן של הנסיבות העוטפות את רגע מעשה העבירה הן כה משמעותיות, עד שיש להביאן בחשבון אף בשלב בחינת האשמה והכרעת הדין ולא רק כשיקול מקל בשלב גזירת העונש. בעוד שעל פי ליבת המשפט הפלילי, בחינת יסודות העבירה מתמקדת בסצנת העבירה בלבד - הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט להרחיב את גבולות מעשה העבירה ולבחון "מה לפניו ומה אחריו". כך נוסחו הדברים בעניין קטיעי (פסקה 10): "הכרעה בטענת הגנה מן הצדק נתונה לבית המשפט. ראייתו רחבה ומתבוננת על כל הנסיבות העוטפות את שלבי ההליך. אמת המידה היא סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות בראי המשפט הפלילי". בהתאם לכך, הגנה מן הצדק לא מהווה כיום רק טענה מקדמית המאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום. השימוש בהגנה הפך לאלסטי וגמיש והוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל חלקי המשפט: לא רק בשלב המקדמי אלא גם בשלב הכרעת הדין; לא רק בשלב הכרעת הדין אלא אף בשלב גזר הדין.

בהתאם לפרשנותה הרחבה של הדוקטרינה, עמד בית המשפט על כך שאף הסעדים שניתן להעניק במסגרתה הם מגוונים. בית המשפט אינו נתון עוד בסד הדיכטומי של אישור כתב האישום או ביטולו. כך ניסח את הדברים הנשיא א' גרוניס: "יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום. כך למשל, יכול הוא להורות על ביטולם של אישומים ספציפיים או להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום" (בג"ץ 9131/05 ניר עם נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה פסקה 5(06.02.2006); עניין בורוביץ, בעמ' 808).





אין לכחד כי במישור המהותי, דוקטרינת ההגנה מן הצדק במובנה הרחב והגמיש הוטמעה והפכה לחלק אינטגרלי מהמשפט הישראלי בחקיקה ובפסיקה. בעניין בורוביץ נקבע כי החלת הדוקטרינה נעשית בשלושה שלבים. בשלב הראשון, בוחן בית המשפט את הפגמים בהליך ועצמתם; בשלב השני בוחן בית המשפט האם לנוכח עצמת הפגמים קיום ההליך פוגע בתחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי מעניק בית המשפט את הסעד ההולם המאזן כראוי בין הפגמים שנתגלו בהליך לאינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי. ודוק, מלאכת האיזון חייבת להביא בחשבון לא רק את עניינו של הנאשם ותיקון העוול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם את האינטרס הציבורי הרחב בהרשעת עבריינים. לצורך כך נדרש איזון עדין בין תכליותיו השונות של המשפט הפלילי. כפי שנוסחו הדברים על ידי חברתי השופטת ד' ברק ארז:

"בבחינת הטענה של הגנה מן הצדק יש להביא בחשבון מגוון רחב של שיקולים, ובכלל זאת את חומרת העבירה, נסיבות המקרה וכן שיקולים של גמול והרתעה. יש לאזן במכלול השיקולים גם את האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדין עם עבריינים ובשמירה על ביטחון הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה. מנגד, יש להביא בחשבון גם את זכויות הנאשם, את טוהר ההליך הפלילי, את השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט" (ע"פ 5975/14 אברהים דרויש אגבריה נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 לפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז (31.12.2015)). להלן: עניין דרויש".

20. ממילא בית משפט קמא בהחלטתו בחן את טענת ה"הגנה מן הצדק" על-פי המבחן המשולש שבהלכת ע"פ 4855/02 בפרשת **בורוביץ**, זיהה את הפגם בכתב האישום שלא הצביע בעובדותיו גם לאחר תיקונו, מדוע יש לייחס לנאשם עבירות על-פי הפקודה ולא על-פי התקנה (עמ' 9-10 להחלטה), מצא שיש בו פגיעה בתחושת הצדק וההגינות (עמ' 10-11 להחלטה) ומצא לרפא את הפגם באמצעי מתון ומידתי, תיקונו של כתב האישום.

21. באשר לפרסום ההנחיות דומה שבעניין זה אין מחלוקת של ממש והשאלה הוכרעה בע"מ 9187/07, **אורי לוזון נ' משרד הפנים ומשטרת ישראל** (24.07.08):

"הפסיקה המשיכה וקבעה, כי על אף שאין חובת פרסום של הנחיות פנימיות ברשומות, הרי שכאשר מדובר בהנחיות פנימיות שיש בהן כדי להשפיע על זכות הפרט, תנאי מוקדם לקביעתן והחלתן הוא בהבאתן לידיעת המעוניינים [בג"ץ 3648/97, סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 726, 767-169 (1999); בג"ץ 2271/98, עאבד נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 778, 789 (2001) (להלן: פרשת עאבד)]. מלים אחרות, נקבע כי על הרשות לפעול באופן סביר בנסיבות העניין כדי להביא את הנחיות הפנימיות לידיעת האזרח [ע"א 4275/94, הבורסה לניירת ערך בתל-אביב בע"מ נ' א' תא' ניהול מאגר הספרות התורנית בע"מ, פ"ד נ(5) 485, 528 (1997)]. החובה שהתגבשה, לפרסם הנחיות מנהליות, מושתתת על מספר טעמים עיקריים: הכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו; בפרסום הכללים אשר לפיהם פועלת הרשות המנהלית יש כדי להוות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית; ובנוסף, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך גם את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של הרשות [בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה



**והמסחר, פ"ד נג(5) 193, 199 (1999) (להלן: פרשת נמרודטקס)]. ניתן לבסס את החובה לפרסם הנחיות פנימיות גם על שיקולי יעילות (שם, עמ' 200; מאמרו של דותן, עמ' 485)".**

22. המדינה טוענת, כאמור, כי בית משפט קמא בשוגג עשה שימוש בסעיפים 34.כא ו-5 לחוק העונשין כדי להצדיק את החלטתו ולא היא: נכתב בהחלטה (עמ' 13) כי אין רלוונטיות להכרעה לסעיפים אלה. עם זאת בית משפט קמא למד מהם גזירה שווה לעקרונות שעמדו לפניו בעת מתן החלטתו והוא רשאי היה לעשות כן ובעשותו כך - לא שגה.

23. אסכים עם הנטען על-ידי המדינה בערעורה שלצורך החלטתו לא היה מקום שבית משפט קמא ישווה לנגד עיניו את גילו של המשיב והיותו חייל סדיר. גם מידת וסוג העונש שיהיה המשיב צפוי לשאת, אך למרות זאת כסמכותי בסעיף 215 לחסד"פ, אף שהנני מוצא לקבל טענותיה אלה של המדינה, אין הצדקה בשלהן לקבל את הערעור, מאחר ולא נגרם עיוות דין בגין.

24. מנגד לא אסכים כי חובתו של בית משפט קמא הייתה, בנסיבות, כדרישת התביעה, לקבל את תיק החקירה לידיו.

תיק החקירה על העובדות הרלוונטיות שבו צריך היה להיות, ובתמצית אמנם, בעובדות כתב האישום, המשיב הודה בכל העובדות ומה היה למד עוד בית משפט קמא מהתיק שלא היה בעובדותיו של כתב האישום באשר לתחולתה של הפקודה או התקנה, תמהני.

סעיף 85(4) לחסד"פ מחייב את התביעה לתאר "**העובדות המהוות את העבירה**" ומשלא עשתה זאת התביעה במקרה הנוכחי אין לה לתמוה על כך שהודאת המשיב בעובדות בהן הודה הינן סוף פסוק.

25. כאמור, הנאשם הורשע בכתב האישום המתוקן, כפי שתוקן על-ידי בית משפט קמא על-פי הודאתו. בטיעון לעונש הסכימה המדינה שמתחם הענישה ההולם נסיבות התאונה הוא של קנס ופסילה מותנית, ובית המשפט קמא אכן כך גזר את עונשו.

לצורך מתחם הענישה ציין בית משפט קמא בצדק את תוצאותיה הקלות של התאונה, חבלה קלה למשיב בלבד ונזק לרכבו שלו. בהינתן עברו הנקי, גילו, היותו חייל בשירות סדיר, ושכבר ריצה פסילה טרם הרשעה של 60 יום. העונש הולם ומידתי ואין להתערב בו.

26. עולה ומשתזר אפוא כי דין הערעור דחיה.

החלטתו של בית משפט קמא החלטה ראויה והולמת היא, אף החלטה אמיצה וצודקת ובוודאי אינה מצדיקה התערבות.

27. תם ולא נשלם.

בשולי הדברים מצאתי חובה לעצמי לחזור על שאמרתי לנציגי התביעה בדיון בעל-פה, כי ראוי היה לה למדינה להיזהר



בלשונה בהעלותה על הכתב דבריה.

אין מקום שצד מערער, בוודאי לא מדינת ישראל, כאשר היא מערערת על פסק דין או החלטה של ערכאה קמא, תשתמש בלשון שאינה הולמת ופוגעת ביושב בדין. לא יעלה על הדעת שייכתב כי **"המערערת היא זו שעומדת פעורת פה נוכח החלטת בית משפט קמא ..."** (סעיף 8 עמ' 5 לכתב הערעור) או **"לבית משפט קמא התבלבלו היוצרות ..."** (פסקה 14 עמ' 7), ואף האמירה בסעיף 16 **"... כי נראה בעליל שבית משפט קמא "כעס" על התביעה ... ובא איתה חשבון ..."**.

28. לגיטימי, אף צריך לעיתים, לבקר, לערער, לצאת נגד החלטות. זכות הערעור הינה זכות רבת חשיבות, אולי אף זכות חוקתית על-פי אחת הדעות, אך אין לעשות זאת בלשון מתלהמת, פוגענית, מזלזלת ומעליבה כפי שנעשה במקרה הנוכחי ואם בארזים (פרקליטות המדינה) נפלה שלהבת מה יגידו אזובי הקיר (מסכת מועד קטן, דף כ"ה עמ' ב').

יפה עשתה המדינה בטיעוניה בעל-פה באמרה שלא לפגוע התכוונה, ואם כך הובן שהיא חוזרת בה מדבריה.

29. נחמתי, בוודאי נחמת המערערת היא, שבאמצעות החלטתה של הערכאה קמא והערעור שהוגש, ההנחיה הנשכחת תזכה לחיים חדשים, תעלה מתהום הנשיה וייעשה בה שימוש ראוי, סוף סוף, מעז יצא מתוק (ספר שופטים, פרק י"ד, פס' י"ד).

הערעור נדחה.

**ניתן והודע היום, כ"ה אדר התשע"ז, 23 מרץ 2017, במעמד הצדדים.**

**רענן בן-יוסף, שופט**