

דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים

מאת

רענן גלעדי*

מוקדש באהבה ובהערכה רבה לשופט אליהו מצא שלימדני כה הרבה ואפשר לי ללמוד

- א. מבוא ותמונת מצב עדכנית
 - ב. התפיסה הישנה – ביקורת מינהלית בבג"ץ בלבד
 - ג. כרסום בתפיסה הישנה – דוקטרינת ההגנה מן הצדק
 - ד. הלכת ניר עם כהן – דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים
 - ה. היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, ושיקולי ה"עניין לציבור" בהעמדה לדין
 - ו. היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לטענות מינהליות שהועלו במשפט הפלילי המסורתי
1. טענות מינהליות נגד התביעה שהועלו כטענות מקדמיות פרוצדוראליות
 2. טענות מינהליות נגד הרשויות המעורבות בהליך הפלילי שהועלו ללא מסגרת דוקטרינית ברורה
 3. טענות מינהליות נגד רשויות רגולטוריות ואחרות שהועלו ב"תקיפה עקיפה"
 - ז. במקום סיכום – היערכותה המוסדית של הסניגוריה הציבורית להרחבת השימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית

* מנהל תחום בכיר – המשפט המינהלי, הסניגוריה הציבורית הארצית. לשעבר עוזר משפטי בכיר של השופט אליהו מצא, המשנה לנשיא בית המשפט העליון; פרקליט במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה; ועוזר ראשי (מרכז עבודת הצוות המקצועי) לשופט בדימוס אליהו מצא בתפקידו כיושב ראש ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת טיפול הרשויות במפוני ההתנתקות. המאמר הוא גרסה משולבת, מעודכנת ומורחבת של שני מאמרים קצרים: רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" הסניגור 4, 190, 4 (2013); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק ב" הסניגור 4, 202, 4 (2014). שני המאמרים פורסמו באופן מקוון גם בעלון השופטים ע"ש השופט שמואל ברוך ז"ל (השופט ד"ר עמי קובו עורך), ושניהם פתוחים לעיון באתר הסניגור ובאתר הסניגוריה הציבורית. מאמר המשך בנושא זה עתיד להתפרסם אף הוא בהסניגור במהלך שנת 2015. אני מודה למי שקראו טיוטות של איזה מן המאמרים הקודמים או של מאמר זה והעירו עליהן הערות חשובות ומועילות: המשנה לנשיא (בדימוס) אליהו מצא, המשנה לנשיא (בדימוס) ד"ר שלמה לוי, השופט (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר, פרופ' אמנון רייכמן, ד"ר יואב ספיר, ד"ר ענת הורוויץ, ד"ר חגית לרנאו, ד"ר אלקנה לייסט, ד"ר איילת עוז, ד"ר אסף הרדוף, ד"ר גרשון גונטובניק, דניאל קירס, דב גלעד כהן, יובל רויטמן, הרן רייכמן, עמית דויטשר, נועם גוטמן, עינת אוריאל, אלי פוקסברומר ואשרת חנוך. האחריות לתוכן הדברים היא כמובן שלי בלבד. ההדגשות בציטוטים המובאים במאמר אינן תואמות למקור.

א. מבוא ותמונת מצב עדכנית

מה על סניגור לעשות כאשר הוא סבור שהחלטה לפתוח נגד לקוחו בהליך פלילי, או להמשיך ולנהל את ההליך הפלילי, התקבלה בניגוד לכללי המשפט המינהלי והחוקתי המחייבים את התביעה, ובניגוד לאינטרס הציבורי הרחב? ומה על שופט הערכאה הדינית לעשות כאשר מועלות לפניו טענות "ציבוריות" מסוג זה?

בעבר הייתה מקובלת ההנחה שבית המשפט הפלילי אינו מוסמך לבקר את שיקול דעתה המינהלי של התביעה באשר לעצם הגשת כתב האישום וניהול ההליך הפלילי, ושנושא זה מצוי בתחום סמכותו הייחודית של בית המשפט הגבוה לצדק.

הנחה זו הלכה והתכרסמה עם פיתוחה הפסיקתי והחקיקתי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, המאפשרת לבית המשפט הפלילי, בין היתר, לבטל את כתב האישום כאשר הוא סבור שהמשך ניהול ההליך יהיה בלתי צודק.¹ עם זאת, גם היום, טענת ההגנה מן הצדק, שבבסיסה בעיקר שיקולי צדק אינדיווידואלי, נתפסת – אף אם שלא בצדק (תרתי משמע) – כבעלת אופי של "חסד". זאת בניגוד לביקורת השיפוטית של בג"ץ, המבוססת על שורה של עילות התערבות פרוצדוראליות ומהותיות מהמשפט המינהלי והחוקתי, ואשר נתפסת כבעלת אופי של זכות מוקנית² של העותר – וכן של הציבור – להליך מינהלי תקין ולהחלטה מינהלית סבירה ומידתית.

בפסק הדין בעניין ניר עם כהן,³ שניתן ביום 6.2.2006, דחה בית המשפט העליון על הסף עתירה של נאשמים למחיקת כתב אישום שהוגש נגדם בשל פגמים מינהליים שלדעתם נפלו בהגשתו. בית המשפט קבע כי דרך המלך להעלאת טענות מינהליות על ידי נאשמים נגד רשויות האכיפה היא בבית המשפט הפלילי ולא בבג"ץ, וזאת לאו דווקא במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. ובלשונו: "על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו", וזאת "בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה".⁴ בכך נקבעה למעשה דוקטרינה הלכתית חדשה, שניתן לכנותה "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים".⁵

1 ובנוסחה החקוק של ההגנה כיום: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" – ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: חסד"פ).

2 בכפוף לחזקת התקינות של הרשות, שאותה נדרש העותר לסתור, ובכפוף למנגנונים מאזנים נוספים, כגון תורת הבטלות היחסית.

3 בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (פורסם בנבו, 6.2.2006) (להלן: פרשת ניר עם כהן). למען הגילוי הנאות אציין כי בתיק זה ייצגתי את המדינה, בעת ששימשתי פרקליט במחלקת הבג"צים. עמדת המדינה גובשה בתיאום עם מנהלת המחלקה הפלילית דאז בפרקליטות המדינה.

4 שם, פס' 5 ו-4. ציטוט נרחב מפיסקאות אלו מובא בהמשך המאמר.

5 במונח "ביקורת מינהלית", במסגרת מאמר זה, הכוונה היא לביקורת שיפוטית המבוססת על המשפט המינהלי. לעתים היא תכונה גם "ביקורת שיפוטית-מינהלית". ליתר דיוק יש לומר כי מדובר למעשה על ביקורת שיפוטית המבוססת על המשפט הציבורי בכללותו, לרבות המשפט החוקתי, כפי שיחודד לעתים בהמשך המאמר. אך לשם קיצור ומניעת סרבול אמשך בדרך כלל להתייחס להלן בעיקר למשפט המינהלי,

בשנתיים האחרונות הדוקטרינה הוכרה בשם זה בשורת פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום,⁶ וכן הוזכרה על ידי בית המשפט העליון – בעניין פולדי פרץ – בשם קרוב, כדוקטרינה של "ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית", תוך הנגדתה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק הוותיקה.⁷ גם מעבר לאזכורים המפורשים, בפועל נעשה בדוקטרינה שימוש רב הלכה למעשה, אף מבלי שכונתה בשם, בפסקי דין רבים נוספים בערכאות השונות אשר התבססו על הלכת ניר עם כהן, ואשר חלק קטן מהם יוזכרו לאורך המאמר. לעתים היה זה אמנם תוך ערוב וכריכה עם דוקטרינת ההגנה מן הצדק כמקשה אחת, אך במקרים אחרים הקפידו בתי המשפט על ההבחנה האנליטית שבין שתי הדוקטרינות. בתשע השנים שחלפו מאז שניתנה הלכת ניר עם כהן, ובהסתמך עליה, המשיך בג"ץ לדחות על הסף עשרות עתירות נוספות של נאשמים נגד רשויות האכיפה, בשל קיומו של פורום חלופי מתאים יותר – בית המשפט הפלילי – להעלאת טענותיהם המינהליות והחוקתיות נגד ההליך הפלילי המתנהל נגדם. כך למשל, מבין מקרים רבים אחרים, נאמר בפרשת קניאס משנת 2014: "ככלל, בהיעדר טעם מיוחד, דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – יהיו פגמים אלו בעלי אופי מינהלי או חוקתי – היא במסגרת ההליך הפלילי גופו".⁸

בכמה מפסקי הדין הורחב כלל זה גם לפגמים נוספים בפעולת הרשויות הנוגעות להליך הפלילי, אף מעבר לפגמים שנפלו בשלב המקדמי שלפני הגשת כתב האישום. כך, למשל, בבג"ץ 5429/12 פלוני

שמבחינה עניינית ומעשית הוא אשר עומד במרכז הדוקטרינה. לפרקים תכונה הדוקטרינה בקיצור "הדוקטרינה המינהלית".

6 ראו למשל עפ"א (מחוזי חי' 14-07-13534 חלבי נ' מדינת ישראל, פס' 13–16 (פורסם בנבו, 9.11.2014), השופטת תמר נאות פרי; עפ"א (מחוזי חי' 15-01-15019 עיסא נ' הוועדה המקומית לתכנון שומרון, פס' 6, 15 (פורסם בנבו, 3.2.2015), השופטת תמר שרון נתנאל; ת"פ (מחוזי ים-12-08-25493 מדינת ישראל נ' מלכה, פס' 47–49 (פורסם בנבו, 1.11.2013), השופט משה יועד הכהן (תיק של הסניגוריה הציבורית); ת"פ (שלום רח' 13-07-37079 מדינת ישראל נ' ליטוב, פס' 21 (פורסם בנבו, 17.1.2015), השופטת אפרת פינק (תיק של הסניגוריה הציבורית); ת"פ (שלום ת"א) 13-04-25758 מדינת ישראל – מס קנייה ומע"מ ת"א נ' סטאר מדיה הפקות בע"מ, בעמ' 4, 7–8 (פורסם בנבו, 25.2.2015), השופטת דניאלה שריזלי; ת"פ (שלום חי' 13-04-16682 מדינת ישראל נ' בליקוב גילל, פס' 84–85 (פורסם בנבו, 7.11.2013), השופט זאיד פלאח (תיק של הסניגוריה הציבורית).

7 ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (פורסם בנבו, 10.9.2013) (חלק מן הנאשמים היו מיוצגים על ידי הסניגוריה הציבורית). כותרת הפרק המתחיל בפס' 27 לפסק דינו של השופט פוגלמן היא "אכיפה בררנית – דוקטרינת ההגנה מן הצדק או ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית?". פסק דין חשוב זה יידון בהרחבה להלן.

לשימוש בטרמינולוגיה דומה ולקבלת טענות מינהליות בנפרד מההגנה מן הצדק ראו למשל ת"פ (שלום רמ' 12-01-61688 מדינת ישראל באמצעות בית המכס נתב"ג לוד נ' בקר, פס' 22–25 (פורסם בנבו, 2.3.2014), השופט הישאם אבו שחאדה (תיק של הסניגוריה הציבורית שבו בוטלו כתבי אישום אשר הוגשו נגד בני ישיבות שנתפסו מבריחים סיגריות במכס, ונקבע שיש להפנותם למסלול של קנס מינהלי שהוא דרך המלך וכפי שנעשה כעניין שבשגרה לגבי אחרים במצבם. בעקבות פסק הדין נעשתה עבודת מטה, עודכנה מדיניות האכיפה של התביעה ובוטלו שורה של כתבי אישום דומים שהיו תלויים ועומדים); ת"פ (שלום קריות) מע"מ עכו נ' סאלח, פס' 9–15 (פורסם בנבו, 26.5.2014), השופט יוסי טורס (תיק של הסניגוריה הציבורית שבו בוטל כתב אישום אשר הגישה רשות המיסים בניגוד לתנאיו של נוהל אכיפה פנימי שלפיו הייתה אמורה לפעול).

8 בג"ץ 6887/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.1.2014). וראו עוד מהעת האחרונה: בג"ץ 4291/14 גפסו נ' פרקליטות מחוז צפון, פס' 6 (פורסם בנבו, 28.10.2014).

הוגשה עתירה לביטול כתב אישום בשל מה שהעותר ראה כהתנהלות שלא כדין של הפרקליטה בעת ריאיון שערכה עם מתלוננת. בג"ץ דחה גם כאן את העתירה על הסף בשל קיום סעד חלופי בבית המשפט הפלילי, בהתבסס על הלכת ניר עם כהן, והבהיר כי הלכה זו חלה גם על פגמים מינהליים שנפלו במהלך ההליך הפלילי, כלומר לא רק לפני תחילתו: "כפי שנפסק לא אחת, מקומן של טענות העותר נגד פגמים שנפלו במהלך ניהול החקירה וההליך הפלילי הינו במסגרת ההליך הפלילי, ולא בעתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק".⁹ דוגמה נוספת לעניין זה ניתן להביא מפרשת מוחתסב, אשר תידון ביתר פירוט בהמשך.¹⁰ באותו מקרה נדרש בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים ולא כבג"ץ, לדון בטענות מינהליות וחוקתיות (נוסף על טענת הגנה מן הצדק) שהועלו נגד הנחיה אשר פרסם פרקליט המדינה לאחר שכתב האישום נגד המערער כבר הוגש. הטענות אמנם נדחו לגופן בניסבות המקרה, אולם בית המשפט העליון הבהיר כי אכן היה נכון להעלות טענות אלו – הלקוחות מן המשפט הציבורי – בבית המשפט הפלילי ולא בבג"ץ, שכן כיום זו דרך המלך בעקבות הלכת ניר עם כהן.¹¹

ליקוט המגוון הגדול של טענות מינהליות וחוקתיות אשר ביקשו עותרים להעלות בבג"ץ באותן עשרות עתירות שנדחו על הסף על בסיס הלכת ניר עם כהן בשל קיום סעד חלופי, מאפשר למפות סוגים רבים של טענות מתחום המשפט הציבורי שכבר הוכרו קונקרטי על ידי בית המשפט העליון כטענות הראויות לדיון במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בבית המשפט הפלילי. זאת כמובן נוסף על סוגי טענות מתחום המשפט הציבורי שבהן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים כבר מצא לנכון לדון לגופן בפועל – או להביע נכונות עקרונית לדון בהן לגופן – כמו בפרשת מוחתסב ובפרשת פולדי פרץ. אולם מעבר להכרה קונקרטית זו (שהיא רחבה כשלעצמה, וסקירתה חורגת ממסגרת מאמר זה), הרי שכאמור, הלכת ניר עם כהן ונגזרותיה מקפידות לנקוט גם לשון כללית, אשר מחילה למעשה את ההלכה כמעט על כל סוגי הטענות המינהליות והחוקתיות שנאשמים עשויים לרצות להעלות בויקה למשפטם.

יתרה מכך, מכמה פסקי דין אף עולה כי למעשה לא רק נאשמים יכולים לעשות שימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית, אלא גם מי שטרם הואשמו – חשודים ועצורים.¹² נמצא כי על פי הדוקטרינה החדשה שהתבססה בפסיקה, לא זו בלבד שבית המשפט העליון מתיר לערכאות הפליליות לקיים ביקורת שיפוטית-מינהלית ישירה, בעלת אופי "בג"צי", על החלטותיהן ועל

9 בג"ץ 5429/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.7.2012). יצוין כי עיון בבש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2012), שהוגש על ידי אותו נאשם ושאליו מפנה פסק הדין בבג"ץ 5429/12 פלוני הנ"ל, מלמד כי במקרה זה הריאיון של הפרקליטה עם המתלוננת נערך באופן חריג דווקא לפני הגשת כתב האישום. אולם החשוב לענייננו הוא כי הדברים שצוטטו לעיל מבג"ץ 5429/12 פלוני הם כלליים, וחלים בבירור גם על ראיונות קונוונציונליים שעורכים תובעים עם עדים לאחר הגשת כתב האישום, כמו גם על פגמים מינהליים אחרים שנפלו בפעולת הרשויות במהלך ניהול ההליך הפלילי.

10 רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.3.2013). בתיק זה ייצגתי עם עו"ד ישי שרון יחד את המבקש מטעם הסניגוריה הציבורית הארצית.

11 שם, פס" 3 (ב) לפסק דינו של השופט עמית. לעניין זה ראו עוד להלן ה"ש 108, וכן הטקסט להלן שמעל ה"ש 50.

12 ראו את הדוגמאות המובאות להלן בה"ש 81. עם זאת עיקר הפסיקה בהקשר זה עוסקת בכל זאת בנאשמים ולא בחשודים, ועל כן אמשיך להתייחס להלן בעיקר לנאשמים.

שיקול דעתן המינהלי של רשויות האכיפה, אשר הופעל לפניו או אחרי הגשת כתב האישום; אלא שלמעשה הוא אף מחייב אותן לעשות כן, שהרי ככלל הנאשמים אינם יכולים עוד להעלות טענות אלה בפני בג"ץ, ואין חולק כי הם זכאים שטענות מסוג זה יידונו ויוכרעו לגופן על ידי פורום שיפוטי כלשהו. כאמור, בית המשפט העליון מחיל כלל זה גם על עצמו בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, כאשר הוא מוכן לדון לגופן בטענות מינהליות וחוקתיות של נאשמים נגד אקטים מינהליים הנוגעים להליך הפלילי שמתנהל נגדם; וזאת גם כאשר אקטים אלה נולדו רק לאחר שכתב האישום כבר הוגש.

אולם, למרות פסיקה עקבית זו של בית המשפט העליון במהלך העשור שחלף מאז שניתנה הלכת ניר עם כהן, מתברר כי עדיין סניגורים רבים אינם עושים שימוש בכלי רב עוצמה זה בבתי המשפט הפליליים, ועדיין יש שופטים ותובעים אשר אינם מודעים לשינוי דרמטי זה שחל בשיטת המשפט.¹³ אמנם, כפי שצוין, בשנתיים האחרונות אחיזתן של הלכת ניר עם כהן ושל הדוקטרינה המינהלית הורחבה והועמקה, בכל הערכאות. עם זאת, כאמור, עוד רבה הדרך עד ליישום נרחב ומספק של הדוקטרינה החדשה. חלק מהשופטים מהססים להשתמש בדוקטרינה, אף כאשר מוצגת בפניהם פסיקתו המפורשת של בית המשפט העליון אשר מכתירה אותה כ"דרך המלך". שופטים אחרים אינם מכירים עדיין את הדוקטרינה, והסניגורים שמופיעים לפנייהם לא תמיד מסייעים להם להכירה, בין משום שבעצמם אינם מודעים לה או ליתרונותיה ובין משום שאינם מורגלים להשתמש בה ואינם חשים ביטחון לטעון על פיה. מצב מתמשך זה בעייתי. הוא מוביל לכך שמערך שלם וחשוב של טענות המעוגנות בדין – הוא המשפט הציבורי – ואשר עשויות לשפר את ההליך הפלילי ואת התנהלות הרשויות המעורבות בו, עדיין "נופל בין הכיסאות" ונזנח לעתים קרובות, אף שבית המשפט העליון סבור כי הוא ראוי לדיון ענייני בערכאות הדיוניות.

אין זאת אלא שהטמעתה של שינוי תפיסתי כה משמעותי מצריכה ותצריך עוד זמן.¹⁴ השינוי מחייב את כל שחקני המשפט הפלילי להתרגל לחשוב ולדבר גם בשפתו של המשפט המינהלי, לא כסרח

13 ראו למשל את המקרה שנדון בערעורה של הסניגוריה הציבורית בע"פ (מחוזי י-ם) 30405-02-14 הירשביין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.5.2014). באותו עניין סבר בית משפט השלום כי הוא איננו מוסמך לדון בטענות כנגד פגמים מינהליים שנפלו בהחלטת רשות המיסים, אשר סירבה להסיט את ההליך הפלילי למסלול של קנס מינהלי אף שהנאשם הסיר את מחדליו ושילם את חובותיו. לדברי בית משפט השלום, "אין בית המשפט, במסגרת הליך פלילי נדון, מוסמך לדון בשאלה מאיזה טעמים ומתי ראוי למדינה לאשר המרת כתב אישום בקנס מנהלי, ובאיזה לא. ... מקום שסבור אזרח שלוקים שיקולי המדינה בחוסר סבירות, חוסר הגינות, או סלקטיביות, כנטען בפרשתנו, דרך המלך עכורו היא בזירה המנהלית" (ת"פ (שלום י-ם) 9752/08 מ.י. היועץ המשפטי לאגף מס הכנסה נ' איי וי אם מכונות מכירה בע"מ והירשביין, פס" 3 (פורסם בנבו, 31.12.2013)). קביעות אלו מנוגדות כמוכן חזיתית להלכת ניר עם כהן ולפסקי הדין הרבים שאישרו אותה. על כן הסכימה הפרקליטות במסגרת הערעור כי יש להחזיר את התיק לבית משפט השלום לשם דיון בטענות לגופן (הגם שסברה כי המתווה הדיוני הנכון לכך הוא ההגנה מן הצדק). בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא אהרן פראקש, השופט משה יועד הכהן והשופט ראובן שמיצ) קיבל את הערעור בפסק הדין הקצרצר הזה: "בהסכמת הצדדים מוחזר התיק לבית משפט קמא. בית המשפט ידון בטענות המערער בדבר פגמים מינהליים שנפלו בנוגע להגשת כתב האישום נגד המערער". ייצגו בשלב הערעור עו"ד יריב אבירם ועו"ד אלי פוקסברומר, הממונה על תחום המשפט המינהלי במחוז ירושלים של הסניגוריה הציבורית.

14 גם הטמעתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, החל מלידתה באמצע שנות התשעים ועד לשימוש הנרחב שנעשה בה היום, הצריכה לא מעט זמן, ונראה כי גם לגביה תהליך ההטמעה העמוק טרם הסתיים.

עודף בשולי המשפט הפלילי הישן, אלא כחלק מרכזי ואינטגרלי – שווה בין שווים – של המשפט הפלילי העדכני. ודוק: מאחר שבכוחו של המשפט המינהלי המוחל בתוך המשפט הפלילי להביא בין היתר לביטולו המוחלט של כתב האישום, הרי שחשיבותו החברתית אינה נופלת מחשיבותם החברתית של כללי המשפט הפלילי היסודיים ביותר – המהותיים, הדיוניים והראייתיים – שעל פיהם יכולה לקום וליפול ההרשעה.¹⁵ וכפי שטעמים ערכיים וציבוריים כבדי משקל, העומדים בבסיס המשפט הפלילי, מצדיקים להשקיע משאבים ניכרים בהתדיינות בשאלת ההרשעה או הזיכוי, ואף בשאלת גובה העונש; כך טעמים ערכיים וציבוריים כבדי משקל, העומדים בבסיס המשפט המינהלי והפלילי גם יחד, עשויים להצדיק השקעת משאבי התדיינות סבירים גם בשאלת ביטול האישום או ההקלה בעונש (בצד סעדים אפשריים נוספים שהוזכרו בפסיקה) על בסיס כללי המשפט המינהלי.¹⁶ מטרת המאמר היא אפוא להגביר את מודעותם של שחקני המשפט הפלילי להלכת ניר עם כהן ונגזרותיה, וליכולתם של נאשמים להעלות טענות בעלות אופי "בג"צי" בבית המשפט הפלילי, במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, במקביל ובנפרד מטענת ההגנה מן הצדק. בדרך זו יוכלו בתי המשפט – במקרים המתאימים – לבטל יותר כתבי אישום שהוגשו בניגוד לכללי המשפט המינהלי והחוקתי; ולהתערב ביותר החלטות מינהליות אחרות שהתקבלו שלא כדין על ידי הרשויות המעורבות בהליך הפלילי, בין לפני הגשת האישום ובין במהלך ניהול המשפט. אגב כך גם יפתח המשפט הפלילי בדרך של העשרתו בעוד מרכיבים "בג"ציים", אשר יעמיקו את הפיקוח השיפוטי על

15 דברים אלה נכונים גם הם כמובן באשר לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, המאפשרת אף היא את ביטולו של כתב האישום גם מבלי להיזקק בהכרח לכללי המשפט המינהלי והחוקתי.

16 נראה כי לעניין זה יפים דברים שנאמרו בהקשר אחר על ידי השופט ג'וראן בע"פ 5417/07 בוגר נ' מדינת ישראל, פס' 5 לחוות דעתו (פורסם בנבו, 30.5.2013): "על אף שטענות לפגיעה בזכויות חשודים הועלו והתקבלו פעמים רבות על ידי בית משפט זה מאז הלכת יששכרוב, נראה שרשויות החקירה לא השכילו לשנות את כלליהם הפנימיים באופן שימנע את הפגיעה בזכויות החשוד, וספק אם נעשה די שימוש באפיקי טיפול מרכזיים בתופעה, כגון בחינה משמעתית של פגיעה בזכויות חשודים. במסגרת זאת, איני חושב שיש לחשוש מריבוי טענות הנוגעות לקבילותן של ראיות. ככל שאין בטענות אלו ממש, אין בהן כדי להכביד בצורה משמעותית על ההליך הפלילי. ככל שיש בהן ממש, העלאתן לסדר היום והטיפול בהן היא הכרחית על מנת לקדם את תכליות המשפט הפלילי, והן אינן 'פריפריאליות' לו". דברים אלה נאמרו בתשובה לדעת היחיד שהביע השופט עמית באותו מקרה (שם, פס' 17 לחוות דעתו), ולפיה: "בשנים האחרונות, ואומר את הדברים בזהירות, דומני כי מסתמנת מגמה של סטייה מהגרעין העיקרי של ההליך הפלילי אל הפריפריה של ההליך. במקום להתמקד בשאלה האם חומר הראיות עומד ברף של מעבר לספק סביר כנדרש בדין הפלילי (ה'יש' הראייתי), מושקעים עיקר המשאבים של הצדדים ושל בית המשפט בסוגיות נוסח מחדלי חקירה (ה'אין' הראייתי); הלכת יששכרוב; והגנה מן הצדק... מצאתי לנכון לרשום 'הערת אזהרה' זו, מחשש שמא לאחר מירוץ המשוכות המתואר לעיל, הצדדים ובית המשפט עלולים להימצא מותשים בבואם להתייחס לגרעין הקשה של ההליך, קרי, לחומר הראיות גופו, אשר בלטה הטענות המקדמיות והמאוחרות נותר מבוויש בקרן זוית". מכל מקום אזכיר כי השופט עמית עצמו כתב את פסק הדין הפלילי בפרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, ובו ראה חשיבות לבחון בהרחבה טענות מקדמיות של נאשם מתחום המשפט הציבורי, בהבהירו כי כיום זוהי דרך המלך לפי הלכת ניר עם כהן. עוד יש להדגיש, כי בהקשר ענייננו השאלה המרכזית איננה האם נאשמים רשאים להעלות טענות מינהליות וחוקתיות כנגד ההליך הפלילי והרשויות המעורבות בו, אלא רק איפה עליהם להעלות אותן: במסגרת ההליך הפלילי, בהתאם להלכת ניר עם כהן ולדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים; או שמא, כמו בעבר, במסגרת הליך נוסף שינוהל על ידיהם בבג"ץ במקביל להליך הפלילי. היתרונות המערכתיים של הדרך הראשונה ברורים, ולא בכדי בית המשפט העליון עמד עליהם כאמור שוב ושוב.

עבודת הרשויות ובכך יקדמו את האינטרס הציבורי הרחב ואת שלטון החוק בשלטון, נוסף על זכויות הנאשמים.

מעבר להגברת המודעות לדוקטרינה המינהלית ולהרחבת השימוש בה, תידרש עוד עבודה רבה בעתיד לשם פיתוחה. המדובר בשדה חדש ורחב ידיים שמרבית תלמיו טרם נחרשו. שאלות רבות עודן פתוחות. היבטים רבים של הדוקטרינה, מהותיים ודיוניים, טעונים ליבון, הבהרה והסדרה. העברת ההתדיינות המינהלית-פלילית באופן כמעט מלא מהמסגרת המוסדית הבג"צית למסגרת המוסדית הפלילית, על יתרוניתיה הדיוניים של מסגרת זו, מזמינה אף התאמות ושיפורים של הפרקטיקה אשר נהגה בעבר בבג"ץ באותם נושאים.¹⁷

ברמה הפרקטית חשוב להבהיר כי העלאת הטענות המינהליות והחוקתיות הישירות בהתבסס על המשפט הציבורי ועל דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים אשר מושתתת עליו, אינה סותרת העלאה במקביל של טענות המתבססות על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בגין אותן עובדות. בדרך כלל אף יהיו טעמים טובים לעשות זאת, בשל המיקוד השונה של כל אחת מהדוקטרינות והתנאים השונים לתחולתן, שבעטיים כל אחת מהן עשויה להתברר במקרים מסוימים כרחבה מרעותה וכבעלת יתרון יחסי על פניה מנקודת המבט של הנאשם.

וזה יהיה מבנה המאמר: תחילה אציג את התפיסה הישנה שנהגה בעבר, שלפיה הביקורת המינהלית על החלטות רשויות האכיפה הייתה מסורה לבג"ץ בלבד; אעמוד על הכרסום שחל בתפיסה זו עם התפתחותה של ההגנה מן הצדק; ואתאר את החידוש שהביאה עמה בעניין זה הלכת ניר עם כהן. לאחר מכן אנסה לתרום כמה נדבכים נוספים לתהליך הבהרת הדוקטרינה המינהלית ופיתוחה. בהקשר זה אתמקד בשני נושאים מרכזיים: האחד, חידוד והבהרה נוספים של היחס בין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק, תוך התמקדות בין היתר במושג ה"עניין לציבור" בהעמדה לדין. הבהרה זו מתבססת בעיקר על פסק הדין בפרשת פולדי פרץ, אשר התייחס לכך באופן

17 כן, למשל, בפרשת ניר עם כהן עצמה הסביר השופט גרוניס (בפס' 5) כי "לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק"; וכן "יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום". יתרון מבני נוסף – ולא אחרון – של בית המשפט הפלילי לעומת בג"ץ, הוא שהביקורת המינהלית אשר עליו לערוך כעת ביחס לעבודת רשויות האכיפה משתלבת באופן טבעי ופשוט בביקורת ה"פלילית" העמוקה שהוא נדרש ממילא לערוך כלפיהן במסגרת תפקידו המסורתי: כלפי הראיות שאספו, פעולות החקירה שנקטו, עובדות כתב האישום שניסחו, הוראות החיקוק שבחרו, המעצר או תנאי השחרור שביקשו, חומר החקירה שמסרו וכיו"ב. עבור בית משפט שממילא צריך לקיים בתיק שלפניו ביקורת כה אינטנסיבית על פעולת הרשויות, הוספת עוד נדבך ביקורת, המבוסס על המשפט המינהלי, היא קלה ויעילה במקרים רבים. זאת במיוחד במקרים שבהם הנדבך המינהלי יידון כטענה מקדמית (כגון לפי הרישה הפתוחה של ס' 149 לחסד"פ (ראו להלן ה"ש 80), או לפי ס' 149(3) (ראו להלן הטקסט שמעל ה"ש 77); שכן אם הטענה המקדמית תתקבל ויוחלט לבטל את האישום, יתייתר המשך הטיפול בתיק כולו. כאמור, יתרונות מוסדיים אלה על פני בג"ץ עשויים להצדיק בעתיד פיתוח ושיפור נוספים של הדוקטרינה המינהלית בבית המשפט הפלילי. ראו לעניין זה גם להלן ה"ש 77 והטקסט שמעליה. במאמר מוסגר יש להזכיר, כי סוג אחר של טענות מינהליות יוסיפו גם בעתיד להתברר בבג"ץ בלבד: טענות של מתלוננים או של עותרים ציבוריים נגד אי-הגשת כתב אישום כזה או אחר, להבדיל מטענות של נאשמים נגד הגשתו. לדעתי קיים שוני מהותי, ערכי וחוקתי, בין התערבות שיפוטית (של בית המשפט הפלילי) בהגשת כתב אישום לבין התערבות שיפוטית (של בג"ץ) באי-הגשתו. שוני זה עשוי להצדיק בעתיד פיתוח הלכות שיערכו הבחנות בין היקף ההתערבות הראוי בכל אחד מסוגי מקרים אלה.

ממוקד. השני, היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין סוגים שונים של טענות מינהליות שנדונו במשפט הפלילי המסורתי בעבר (שלא במסגרת ההגנה מן הצדק) – טענות מינהליות מקדמיות בעלות אופי פרוצדוראלי; טענות מינהליות ספורדיות שהועלו ללא מסגרת דוקטרינרית ברורה; וטענות מינהליות שהועלו במסגרת הדוקטרינרית המוכרת של "תקיפה עקיפה". לבסוף אעמוד על היערכותה המוסדית של הסניגוריה הציבורית להרחבת השימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית.

ב. התפיסה הישנה – ביקורת מינהלית בג"ץ בלבד

נקודת המוצא לקיום ביקורת שיפוטית מינהלית על הגשת כתב אישום ועל פעולות אחרות של התביעה, כפי שנקבע בפסק הדין המנחה בפרשת גנור, היא כי "שיקול דעתו של תובע הינו שיקול דעת שלטוני", וכי "על הפעלתו של שיקול דעת זה חלות – בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי ותוך הרמוניה עימן – ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי. על כן חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלבנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות".¹⁸

במשך שנים רבות רווחה בישראל התפיסה כי הסמכות לקיים ביקורת מינהלית על החלטות התביעה להגיש כתב אישום, כמו גם על יתר החלטות המינהליות הנוגעות להליך הפלילי ואשר הביקורת השיפוטית עליהן לא הוסדרה בחקיקה ייעודית (כגון דיני המעצרים, דיני גילוי הראיות וכיו"ב), מסורה באופן בלעדי לבג"ץ. כך, למשל, ציינה פרופ' רות גביון, בספר משנת 1991, כי "בישראל אין לבית המשפט [הפלילי – ר"ג] סמכות דיונית להחליט על אי שמיעת משפט פלילי בשל חוסר עניין לציבור, והחוק המהותי אינו מאפשר זיכוי מקום שבית המשפט סובר שלא היה מקום להעמיד לדין".¹⁹ היא הוסיפה כי לכל היותר "בית המשפט יכול לרמוז לתביעה כי אין דעתו נוחה מהגשת האישום, ולהמליץ על ביטול האישום או על עיכוב הליכים".²⁰ לעומת זאת "כל ההחלטות של אנשי מינהל עליהן מדובר כאן... כפופות לביקורת שיפוטית באמצעות בג"צ".²¹ בדומה, פרופ' דניאל פרידמן, במאמר חשוב משנת 1983, הציג מצב זה באופן ביקורתי במילים האלה:

"טענתו העיקרית של החשוד איננה כי הוא חף מאשמה (אף שהוא עשוי לטעון גם זאת), אלא שבנסיבות המקרה אין הצדקה להעמידו לדין... וכי אין כל יחס בין הנזק שייגרם לו עקב העמדתו לדין לבין המטרה שהעמדה כזו עשויה לשרת וכו'. בכל

18 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, פס' 26 (1990). בדומה לכך ראו בפרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7, פס' 29: "כלל ידוע הוא כי החלטה על הגשת כתב אישום צריך שתעמוד באמות המידה של המשפט המינהלי, שכן שיקול דעתו של תובע הוא שיקול דעת מינהלי".

19 רות גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולאחדשם 81 (1991).

20 שם, בעמ' 81–82. וראו למשל את דברי השופט אגרנט, המבטאים תסכול ממצב זה: "בסוף הדיון בערעור זה הייתה זאת הרגשתו של כל אחד מאתנו, שישב בדין, כי אפילו נחליט שקיים יסוד להרשעתו של המערער, מוטב היה אילו השלטונות השתמשו בשיקול דעתם ונמנעו בכלל להביא את הלה בפלילים" (ע"פ 45/49 מפ"נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד(1) 123, 124 (1950)).

21 גביון, לעיל ה"ש 19, בעמ' 83.

הטענות האלה אין בית המשפט מוסמך כלל לדון... למטרה שיקול דעת בשאלה במה לחקור. לתביעה יש שיקול דעת בשאלה אם להעמיד את החשוד לדין או לא ולאחר הרשעה קיים שיקול דעת רחב בכל הנוגע לחנינה. בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בענין זה, הוא בית המשפט. הוכחו יסודות העבירה מוטל על בית המשפט להרשיע את העבריין. זאת, אף אם הוא משוכנע כי... לא היתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש".

פרופ' פרידמן סבר כי הדרך לתקן מצב זה היא על ידי תיקון החוק והענקת שיקול דעת לבית המשפט להפסיק את ההליך.²²

יצוין כי ברמה התאורטית, גם באותה תקופה, אף ללא תיקון חקיקה, היו בנמצא כלים משפטיים דיוניים שאפשרו לבתי המשפט הפליליים לקיים ביקורת מינהלית על החלטת התביעה להעמיד לדין. כך, למשל, סעיף 149(3) לחסד"פ מאפשר לבית המשפט לדון בטענה מקדמית של "פגם או פסול בכתב האישום". לכאורה לא הייתה מניעה לקבוע כי גם פגם בשיקול הדעת שהפעיל התובע בעת ההעמדה לדין – פגם אשר ייקבע על ידי בית המשפט הפלילי בהתאם לכללי המשפט המינהלי – ייחשב לפגם או פסול בכתב האישום לענין חסד"פ. היו אף קולות באקדמיה – כמו קולו של פרופ' אריאל בנדר – שקראו ללכת בדרך זו.²³ אלא שרעיון זה בכללותו נתפס ככל הנראה כמרחיק לכת מדי באותה עת (ונדמה שכך הוא נתפס בעיני רבים גם היום, אולי מתוך חוסר היכרות מספקת עם ההתפתחויות הנדונות במאמר זה). על כן הרעיון לא נקלט ולא פותח בפסיקה. כיוון אחר שהועלה ולא התפתח באופן משמעותי עד כה, היה להשתמש למטרה דומה, של ביקורת על שיקול דעת התביעה, בסייג לאחירות הפלילית של "זוטי דברים".²⁴ אפשרות נוספת שלא פותחה באופן ההולם את

22 דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 161 (1983). וראו גם מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל 935 (2008).

23 ראו אריאל בנדר "לקט פסקי-דין – סקירה וביקורת" משפט וממשל א 509, 511–513 (1993). במאמר זה מבקר המחבר אמרת אגב של השופט חשין בבג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (1992), התואמת את הגישה הכללית באותה עת, ולפיה "טענה שעניינה שיקולים זרים בהגשתו של כתב אישום, יפה היא לבית המשפט הגבוה לצדק ואין היא יפה לבית משפט השלום". השופט חשין לא ראה קושי בשימוש בס' 149(3) לחסד"פ בהקשר של טענות אחרות נגד כתב האישום, המצויות במישור הסמכות להבדיל ממישור שיקול הדעת המינהלי. טענות אלה היה רשאי העותר להעלות, לשיטת השופט חשין, הן בבית משפט השלום והן בבג"ץ, לפי בחירתו (שם, פס' 9). וראו גם את הדוגמאות שמביא השופט גרוניס בעניין ניר עם כהן (להלן ה"ש 44), לפגמים פורמליים ודיוניים בהתנהלות התביעה, שנבחנו על ידי בתי המשפט הפליליים בעבר.

24 ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בנוסחו של סייג זוטי הדברים כפי שנחקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, מוזכר "האינטרס הציבורי", והיו שסברו כי באמצעות מונח זה יכול בית המשפט הפלילי לבקר את החלטת התביעה להעמיד לדין. ראו איתן מגן "זוטי דברים" – אך לאו מילתא זוטרתיא" הפרקליט מג 38, 51–55 (1996); דברי פרופ' רות גביון במסגרת רב השיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 15, 36 (1996). והשוו: דפנה ברק-ארוז "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 219, 223, ה"ש 22 (1996); קרמניצר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 940; ג'ודי ברודר "תיחומו של סייג זוטי-הדברים לאור לשונו של סעיף 34 לחוק העונשין" מחקרי משפט כא 495, 520 ואילך (2005). אולם אף רעיון זה לא אומץ באופן זה בפסיקה. ראו ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120, פס' 22–26 לפסק דינו של השופט לוי (2005). אמנם פסק דין זה מסמן גישה מרחיבה יחסית לפרשנות הסייג של זוטי דברים (ואף מצטט

הפוטנציאל הרב הטמון בה, היא השימוש ב"סמכות הנגזרת" של בית המשפט הפלילי, לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט, אשר מסמיכה אותו לדון – אגב הדיון הפלילי ולצורך אותו דיון – גם באקטים מינהליים על פי המשפט המינהלי ב"תקיפה עקיפה"²⁵. אל חלק מכלים דיוניים אלה נשוב בהמשך.

ג. כרסום בתפיסה הישנה – דוקטרינת ההגנה מן הצדק

בתפיסה הישנה האמורה, שלפיה הביקורת המינהלית על שיקול דעת רשויות האכיפה מסורה לבג"ץ בלבד, חל כרסום החל מאמצע שנות התשעים, עם אימוצה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בפרשת יפת.²⁶ הכרסום העמיק כעבור עשור, עם הרחבת הדוקטרינה בפרשת בורוביץ,²⁷ ולאחר מכן עם עיגון הדוקטרינה בחקיקה בשנת 2007, בסעיף 149(10) לחסד"פ.²⁸ דוקטרינת ההגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט הפלילי לבטל את כתב האישום אם המשך ניהול ההליך נתפס על ידיו כבלתי צודק. בכך היא מאפשרת למעשה לבית המשפט הפלילי, במישרין או בעקיפין, לבקר גם את שיקול הדעת המינהלי של התביעה שעמד בבסיס הגשת כתב האישום מלכתחילה.

אלא שהביקורת השיפוטית-מינהלית שמתאפשרת במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, חדשנית וחשובה ככל שתהיה, מוגבלת באופייה (לפחות לפי אופן יישומה הרווח בפועל על ידי בתי המשפט) לעומת ביקורת המתבססת על המשפט המינהלי בכללותו. הכוח המניע העיקרי שמאחורי הדוקטרינה הוא שיקולים של צדק אינדיווידואלי. בכך כוחה של הדוקטרינה, אך בכך גם חולשתה. אמות המידה להפעלתה נתפסות בסופו של דבר בעיקר כאמות מידה של "צדק",²⁹ להבדיל משל "דין", אף שבתחילת בחינתה נבדקת שאלת קיומן של הפרות דין מצד הרשויות. כך, לפי הלכת בורוביץ, אמנם בשלב הראשון של המבחן התלת-שלבי לבחינת טענת הגנה מן הצדק, "על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם". אולם עדיין העיקר הוא כי במסגרת השלב השני, שלב איזון האינטרסים הפרטיים והציבוריים, "על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות".³⁰ במילים אחרות, השאלה המכרעת שבית המשפט שואל את עצמו כיום במרכז הדיון בהגנה מן הצדק, איננה אם הגשת כתב האישום הייתה מנוגדת לכללי המשפט המינהלי והחוקתי המחייבים את

מביקורתו של פרופ' פרידמן, שהוצגה לעיל), אולם בשורה התחתונה אין הוא קושר בינו לבין ביקורת על שיקול הדעת של התביעה. יוער כי גם בתחום זה, שהוא חדש יחסית, נראה כי טרם נאמרה המילה האחרונה, ויש מקום להמשיך ולפתח את הפסיקה.

25 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. ראו לעניין זה של תקיפה עקיפה, למשל, יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 19 ואילך (1975); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 260 (2012). נושא התקיפה העקיפה יידון בנפרד להלן.

26 ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996).

27 ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005). למען הגילוי הנאות אציין כי בעת שהמשנה לנשיא אליהו מצא שקד על כתיבת חלקו בפסק דין זה, לרבות החלקים הנוגעים להגנה מן הצדק, שימשתי עוזרו המשפטי. היה זה פסק הדין האחרון שעליו חתם קודם לפרישתו לגמלאות.

28 לסקירה מפורטת של התפתחות הדוקטרינה ראו ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שנייה, 2009).

29 אם כי חשוב לציין כי למעשה, גם שיקולי הצדק כשלעצמם מהווים חלק חשוב מהמשפט המינהלי. ראו למשל יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מינהליות" משפט וממשל ז 623 (2004).

30 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 27, פס' 21.

התובע, אלא אם הגשת כתב האישום הייתה בלתי צודקת באופן מהותי. תפיסה זו משווה לדוקטרינה כולה (גם אם שלא בצדק) אופי של "חסד", במקום אופי של זכות מוקנית של הנאשם – ולא פחות חשוב מכך: של הציבור בכללותו – לפעולה כדין מצד הרשות השלטונית.³¹ תפיסה זו גם ממקדת את הדיון בהגנה מן הצדק באינטרס הפרטי הצר של הנאשם – שמטבע הדברים, על רקע ההאשמות נגדו בכתב האישום, אינו תמיד "חביב" ואהוד על בית המשפט³² – לצדק אינדוידואלי; במקום באינטרס הציבורי הרחב לפעולה תקינה של רשויות השלטון, בהתאם למכלול הכללים הפרוצדוראליים והמהותיים המחייבים אותן, ולקיומו של "עניין לציבור" בהעמדה לדין.³³ ואכן, גם לפי ההשקפות המרחיבות ביותר באשר להגנה מן הצדק, אשר מוכנות לראות אותה כ"ענף מיוחד של תורת הביקורת השיפוטית על רשויות התביעה והחקירה בסוגיית ההעמדה לדין",³⁴ עדיין ענף זה מוגבל על ידי "דרישת-העל" של פגיעה משמעותית בצדק ובהגינות. כדבריו של נקדימון:

"ענף זה מתייחס לאותה נגזרת של מקרים, שבהם ההעמדה לדין וההליך החקירתי והמינהלי שקדמו לה עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. כאמור, בנגזרת זו ניתנה בידי בית המשפט הפלילי סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על הפעולות האמורות..."³⁵

ייתכן שבשל מגבלה יסודית זו לא התפתח עד כה באופן משמעותי הניסיון שנעשה בעבר על ידי בית המשפט העליון, לרבות בפסק דין בורוביץ עצמו – בעקבות הצעות שהועלו בכיוון זה בספרות³⁶ – לכלול את עילת הסבירות המינהלית כחלק אינטגרלי מדוקטרינת ההגנה מן הצדק. כך, בפרשת האי

31 אני מודע לכך שהצגה זו של הדברים דיכוטומית מדי, והיא נעשית כך לשם בהירות הטיעון. בפועל יש מנגנונים מאזנים משני הקצוות המקרבים את שתי הגישות זו לזו: כפי שכבר צוין, שיקולי הצדק וההגינות שבהגנה מן הצדק גם הם למעשה חלק חשוב מהדין, לרבות חלק מהזכות החוקתית להליך הוגן וחלק מהדין הנוהג בבג"ץ (שהוא בית המשפט הגבוה לצדק, המוסמך לפי דין להעניק "סעד למען הצדק", כאמור בס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה). כמו כן, הדין הכללי משפיע על השאלה מה ייחשב ל"צודק", שכן במקרים רבים בלתי חוקי הוא גם בלתי צודק. כאמור, גם הלכת בורוביץ מבהירה כי ההגנה מן הצדק כוללת איזון פנימי בין מכלול של אינטרסים רלוונטיים, פרטיים וציבוריים כאחד, לרבות שאלת הפגמים שנפלו בהתנהלות הרשויות, כלומר פעולותיהן בניגוד לדין. בנוסף, הדין המינהלי והחוקתי כולל בחובו, כחלק אינהרנטי, אמצעים מרכזיים, כגון חזקת התקינות של הרשות המינהלית ותורת הבטלות היחסית, שמאפשרים לבית המשפט להגיע לתוצאות מאוזנות וצודקות המתחשבות במכלול נסיבות העניין, שלא בבחינת "ייקוב הדין המינהלי את ההר". השוו להתייחסות בפרשת בורוביץ, שם, פס' 49–50, ליחס שבין ההגנה מן הצדק לבטלות היחסית. מכל מקום, ברמה העקרונית, לדעתי ברור כי לאדם יש זכות מוקנית בדין – להבדיל מ"אינטרס" בלבד, והגם שמדובר בזכות יחסית – לפעולה כדין של השלטון בעניינו. זכות זו היא למעשה אגד כל הזכויות החוקתיות והמינהליות המוכרות (שאף הן יחסיות).

32 השוו יואב ספיר "הגנה ראויה על אנשים לא-נחמדים": הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י' 571 (2007).

33 ס' 62 (א) לחסד"פ. לפירוט חלק מהשיקולים הרבים הנכללים בשאלת ה"עניין לציבור" בהעמדה לדין ראו פרשת גנור, לעיל ה"ש 18. כן ראו להלן במסגרת ניתוח פרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7.

34 ראו נקדימון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 159–166.

35 שם, בעמ' 160.

36 ראו את המקורות שצוטטו בהקשר זה בעניין בורוביץ, לעיל ה"ש 27, פס' 20: זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז 42, 71–76 (2003); בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטית" המשפט ג 265, 267 (1996).

היווני, כתב המשנה לנשיא מצא כי "תרופתו הרגילה של נאשם הטוען כי הועמד לדין עקב החלטה בלתי סבירה של היועץ המשפטי היא בטענת 'הגנה מן הצדק', שהמסגרת המתאימה לביורורה הוא ההליך הפלילי גופו".³⁷ ובפרשת בורוביץ צוטטו דברים אלה בהסכמה על ידי ההרכב בראשות המשנה לנשיא מצא, אך גם סויגו בהתייחס לשיקולי הצדק האינדיווידואלי ולשורת הזירות המתחייבת מכך: "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 תימה – ואפשר שדווקא משום כך – הפעלתו הלכה למעשה, היאה למקרים יוצאי-דופן, מחייבת זהירות רבה".³⁸

אפשר שלאחרונה חלה בעניין זה התפתחות חיובית מסוימת, שעדיין מוקדם לעמוד על השפעתה הלכה למעשה. בית המשפט העליון ציין, בבש"פ 7955/13 פלוני, כי "לנאשם עומדת האפשרות להעלות טענת ההגנה מן הצדק ולתקוף במסגרתה את תקינות או סבירות ההחלטה על ההעמדה לדין";³⁹ וזאת מבלי שהתייחס כלל באותו פסק דין לשיקולי הצדק וההגינות, שלכאורה הם אלה שאמורים לעמוד במרכז דוקטרינת ההגנה מן הצדק. במקום אחר ציינתי כי נראה שהתמקדותו של בית המשפט העליון בפסק דין זה בתקינות או סבירות ההחלטה על ההעמדה לדין ללא אזכור שיקולי הצדק, עשויה כשלעצמה להתפרש כנכונות להרחיב במידה מסוימת את הדוקטרינה המסורתית של ההגנה מן הצדק.⁴⁰ אולם גם בהנחה האופטימית שלפיה היעדר האזכור של שיקולי הצדק היה מודע ומכוון, עדיין מדובר בהקשר זה בהתפתחות איטית, זהירה ובלתי מפורשת, ונראה כי עד כה היא אף טרם נקלטה בפועל ובאופן ממשי על ידי בתי המשפט.⁴¹

על רקע זה יש עניין לשיטת המשפט – כמובן לנאשמים אך גם לציבור בכללותו – להרחיב את "ארגז הכלים" העומד לרשות בית המשפט הפלילי, לשם ביקורת שיפוטית שלמה יותר על החלטות התביעה ויתר רשויות האכיפה; כך שארגז הכלים של בית המשפט יכלול גם את "מערך הכלים של הדין", המקובל כבג"ץ, ולא רק את "מערך הכלים של הצדק", שאותו בעיקר מספקת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בכך יש גם כדי לחסוך פיצול הליכים בין בית המשפט הפלילי ובג"ץ, ולהפחית עומס מיותר מבית המשפט העליון. הרחבה זו בדיוק נעשתה בפרשת ניר עם כהן, הגם שבאותו מקרה דווקא העותרים היו אלה שהתנגדו לכך. לכך נפנה כעת.

37 בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, פס' 10 (2004).

38 פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 27, פס' 21. וראו גם את הדברים המפורשים האלה שנכתבו שם: "דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול, בין היתר, אם שוכנע בית-המשפט בצדק טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בכירור ממתחם הסבירות".

39 בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 30 (פורסם בנבו, 10.4.2014). בתיק זה הצטרפה הסניגוריה הציבורית כידיד בית המשפט. ייצגנו את הסניגוריה עו"ד רחל דניאלי, עו"ד איילת עוז ואני.

40 רענן גלעדי "חידוש במשפט המינהלי-פלילי – בש"פ 7955/13 פלוני: הנאשם זכאי לקבל את הנמקת ההחלטה המינהלית להעמידו לדין, אך רק לאחר שיתקוף אותה" הסניגור 208, 4, 7 (2014).

41 ראו עוד בעניין זה להלן ה"ש 68.

ד. הלכת ניר עם כהן – דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים

בפרשת ניר עם כהן, בשנת 2005 (לאחר שניתן פסק דין בורוביץ), עתרו נאשמים לבג"ץ בדרישה למחיקת כתב אישום שהוגש נגדם על ידי משרד התמ"ת לבית הדין האזורי לעבודה, בגין עבירות שעניינן העסקה פוגענית של עובדים זרים. לטענתם, היה ראוי לפעול בעניינם במישור המינהלי – על פי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 – ולא במישור הפלילי. עוד טענו כי בהחלטת המאשימה על הגשת כתב האישום נפלו כמה פגמים: המאשימה לא צירפה את הטעמים המצדיקים לדעתה לפעול במישור הפלילי, ולא כללה אותם בחומר החקירה; המאשימה לא זימנה את העותרים לשימוע; המאשימה לא פרסמה את מדיניותה באשר להגשת כתבי אישום פליליים בעבירות שהן גם עבירות מינהליות; המאשימה לא פעלה על פי מדיניותה; ומדיניותה של המאשימה השתנתה לאחר מועד האירועים מושא כתב האישום.

כפי שניתן לראות, לפחות חלק מטענות אלה הן טענות מינהליות מובהקות, שיסוד ה"צדק" בהן אינו דומיננטי לעומת יסודות אחרים – פרוצדוראליים ומהותיים – מתחום המשפט המינהלי. לכן, ועל רקע התפיסה שהייתה מקובלת עד אז, ניתן להבין את החלטת העותרים להעלות טענות אלה בפני בג"ץ, ולא בפני בית הדין לעבודה במסגרת ההליך הפלילי.

למרות זאת, ועל רקע האמור בפסקי הדין בעניין בורוביץ והאי היווני, ביקשה המדינה בתגובתה המקדמית לעתירה לדחות את העתירה על הסף, מבלי להתייחס לגוף טענות העותרים, וזאת בשל קיומו של סעד חלופי בדמות העלאת טענות העותרים במסגרת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי.⁴² המדינה ציינה, כי אף שבפרשות בורוביץ והאי היווני התייחס בית המשפט העליון להעלאת טענות בערכאה הפלילית כנגד "סבירות" ההחלטה על הגשת כתב האישום, הרי ש"ההגנה מן הצדק עשויה לחול, באופן עקרוני, בכל מקרה שבו נפל פגם בהגשת כתב האישום – בין פגם של אי-סבירות ובין פגם אחר – ובלבד שהמדובר בפגם קשה, אשר יש בו כדי לפגוע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגיונות".⁴³ כן הוסיפה המדינה ופירטה את היתרונות שיצמחו לאינטרס הציבורי, ובכלל זה לציבור הנאשמים, מקבלתה של גישה רחבה זו.

בית המשפט העליון, מפי השופט גרוניס (שהיה שותף גם להרכב השופטים בעניין בורוביץ, שכלל את המשנה לנשיא מצא ואת השופט לוי), קיבל את בקשת המדינה לדחות את העתירה על הסף בשל קיומו של סעד חלופי במסגרת ההליך הפלילי. נראה כי הייתה זו הפעם הראשונה שבה נדחתה על הסף עתירה מעין זו של נאשמים לבג"ץ מסיבה זו (עד אז נהג בג"ץ לדרון ולהכריע בעתירות מסוג זה לגופן). עם זאת, שלא כפי שהציעה המדינה, בית המשפט העליון נמנע מלקבוע כי טענותיהם הרחבות של העותרים יכולות להתברר במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. תחת זאת קבע: "איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנוכריים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה

42 יוער כי המדינה הציעה זאת תחילה לעותרים במישורין, ורק משסירבו הגישה את תגובתה המקדמית וביקשה זאת מבג"ץ. בעקבות סירוב זה של העותרים חייבם בג"ץ בהוצאות המדינה.

43 "תגובה מקדמית מטעם המדינה" בפרשת ניר עם כהן (28.11.2005).

כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותן בפני הערכאה הדיונית⁴⁴.

כך למעשה ייסד בית המשפט העליון את "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים". מדובר בחידוש דרמטי, שלפיו ניתן – וזוהי אף דרך המלך – להעלות במסגרת ההליך הפלילי את כל הטענות ה"בג"ציות" המבוססות על המשפט המינהלי נגד כתב האישום, ולפחות במידה מסוימת גם נגד החלטות מינהליות אחרות של הרשויות המעורבות בהליך הפלילי, אף מעבר לשיקולי הצדק של ההגנה מן הצדק, ואף מעבר לעילת הסבירות שהוזכרה בעניין בורוביץ.

בשל חשיבות הדברים, מן הראוי להביאם בהרחבה. וכך קובעת הלכת ניר עם כהן:

4. "דין העתירה להידחות מחמת קיומו של סעד חלופי. הסוגיה העיקרית אשר מתעוררת במקרה דנא הינה סוגיה מקדמית הנוגעת לשאלה איזו היא הערכאה המוסמכת לבחון את חוקיות ההליך שקדם להגשת כתב אישום. העותרים סבורים, כי מן הראוי ששאלה זו תתברר בפני בית המשפט הגבוה לצדק, מן הטעם שלו בלבד, כך לדידם, נתונה הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון. טענה זו אין בידינו לקבל. ... לא מן הנמנע⁴⁵ כי במסגרת הליך פלילי תידרש אף הערכאה הפלילית לבקר את חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה בעת העמדה לדין פלילי. זאת, בפרט כאשר הנאשם עותר לביטולו של כתב האישום, בין אם בשל היעדר סמכות להגיש את כתב האישום, בין אם מחמת פגם שנפל בהליך החקירה או הגשת כתב האישום, בין אם בשל פסול בשיקול הדעת ובין אם משום שעומדת לו 'הגנה מן הצדק'... איננו רואים צורך להידרש לשאלה האם הפגמים הנזכרים, כולם או חלקם, נכנסים תחת כנפיה של הדוקטרינה הידועה כהגנה מן הצדק. בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותן בפני הערכאה הדיונית. מכאן, שאף בענייננו אין כל מניעה לכך שהעותרים יעלו בפני בית הדין [לעבודה – ר"ג], ולא דווקא בגדרי העתירה דנא, את השגותיהם באשר לתקינות הליך הגשתו של כתב האישום נגדם. בית הדין, בדונו בהליך הפלילי, וככל בית משפט פלילי, רשאי ומוסמך לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום. כוללים אנו

44 פרשת ניר עם כהן, פס' 4. השופט גרוניס ציין עוד (שם) כי "ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות שונות למקרים בהם אגב הדיון בחוקיות כתב האישום בחנה הערכאה הפלילית את התנהלותה של התביעה. חלק מן המקרים נסבו סביב פגמים פורמאליים שנפלו בפעולות התביעה ואשר נגעו להגשת כתבי אישום מבלי שניתן לכך אישור מאת היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המחוז (...). ואילו במקרים אחרים דובר בפגמים דיוניים, הנוגעים, בין היתר, להפרת זכות הטיעון של הנאשם (...). ולאי תקינותו של הליך החקירה שקדם להגשת כתב האישום (...). עם זאת ברור כי קביעתו, שלפיה ניתן להעלות את כל טענות העותרים בפני הערכאה הדיונית, היא רחבה ועקרונית יותר מדוגמאות אנקדוטאליות אלו, שאופיין דיוני-פורמלי, ושעד פרשת ניר עם כהן לא היו חלק מתפיסה שיפוטית כוללת אשר ניתן להגדירה כדוקטרינה.

45 יצוין כי על אף הנוסח המסויג לכאורה ("לא מן הנמנע"), בפועל העתירה בעניין ניר עם כהן, והעתירות הדומות לה בשנים הבאות, נדחו על הסף בשל קיומו של סעד חלופי. ומאחר שאין חולק כי אדם זכאי שטענותיו המינהליות יידונו לגופן על ידי פורום שיפוטי כלשהו, הרי שסירוב בג"ץ לדון בהן לגופן משמעותו ההכרחית היא כי בית המשפט הפלילי חייב לעשות כן.

במסגרת זו הן את שלב החקירה והן את ההתנהלות של התביעה עד להגשתו של כתב האישום.

5. ואכן, על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו. קביעה זו נסמכת על מספר טעמים: ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול כזה לא רק שאינו רצוי משיקולי יעילות ומטעמי חיסכון במשאבים שיפוטיים, אלא שהוא אף עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי (...). שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקת עובדתית שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, 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 ([בורוביץ], פסקה 21; ...). לאור האמור לעיל, לא נמצא כי במקרה דנא קיימת הצדקה לפתיחת שעריו של בית המשפט הגבוה לצדק בפני העותרים, שעה שמצוי בידם מסלול חלופי להעלאת השגותיהם. למותר לציין, כי באם תידחנה הטענות באשר לפגמים הנטענים בהתנהלות התביעה, יוכלו העותרים להשיג על כך בפני ערכאת הערעור, היה ויורשעו בסופו של יום.

כפי שכבר צוין, הלכת ניר עם כהן צוטטה בהסכמה בעשרות פסקי דין דומים שניתנו בתשע השנים שחלפו מאז נתינתה. ברוב-רובם של פסקי הדין הללו נדחו עתירות של נאשמים על הסף – ככלל לפי בקשת המדינה, שגם היא נהגה בדרך כלל לגלות עקביות עם העמדה שהציגה בעניין ניר עם כהן – והם הופנו להעלות את כל טענותיהם המינהליות והחוקתיות בפני בית המשפט הפלילי אשר הן בכתב האישום נגדם.⁴⁶

נמצא כי פסיקת בג"ץ למעשה מחייבת כיום את בית המשפט הפלילי לדון ולהכריע בטענות מינהליות וחוקתיות של נאשמים כנגד החלטות התביעה, המשטרה ויתר רשויות האכיפה. במסגרת זו, בית המשפט הפלילי יושב כמעין "בג"ץ קטן",⁴⁷ המקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות

46 ראו למשל את פסקי הדין בעניין קניאס וגפסו, לעיל ה"ש 8; בג"ץ 5429/12 פלוני, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 7731/12 י.ב. ורד הכרמל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.1.2013); בג"ץ 3035/11 פלוני נ' פרקליטות מחוז חיפה (פורסם בנבו, 22.6.2011); בג"ץ 815/11 פלוני נ' המשנה לפרקליט המדינה (פורסם בנבו, 8.2.2011); ואת האסמכתאות הרבות שבפסקי דין אלה.

47 המונח "בג"ץ קטן" מוכר ככינוי שניתן לבית המשפט לעניינים מינהליים, כאשר הוקם ונכנס לנעליו של בג"ץ בתחומים מסוימים שנמסרו לסמכותו על ידי המחוקק (בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000). הקישור בין הקשר זה לבין ענייננו הוא אסוציאטיבי בלבד. למותר לציין כי בענייננו אין מדובר בתחום המצוי כיום בסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים, והסמכות שנמסרה על ידי בג"ץ

המוסמכות. הוא עושה זאת בהתאם לשיקולים של דין – הוא הדין המינהלי והחוקתי הנהוג בבג"ץ,⁴⁸ הכולל את מכלול האינטרסים הציבוריים והפרטיים הרלוונטיים – ואינו מתמקד דווקא בשיקולים של צדק אינדיווידואלי.

למותר להזכיר כי שיקולי הדין המינהלי והחוקתי הם רבים ורחבים עד מאוד. כך, למשל, דורשים שיקולים אלה כי ההחלטות המתקבלות על ידי הרשויות יהיו סבירות, מידתיות, מונחות על פי תכלית ראויה, וכפופות לחובת הגינות מוגברת ולדרישת תום לב שלטוני; עליהן להתחשב במכלול האינטרסים הציבוריים והאינטרסים הפרטיים המעורבים ולאזן ביניהם באופן ראוי; על ההחלטות להיות נעדרות שיקולים זרים; אסור שיהיו שרירותיות; עליהן להינתן על בסיס תשתית עובדתית ראויה; על בסיס קריטריונים גלויים ושוויוניים, המגולמים בהנחיות מינהליות פנימיות השקופות לציבור; עליהן לקיים את כללי הצדק הטבעי, הכוללים בין היתר מתן זכות טיעון וזכות עיון הולמות; עליהן להינתן במהירות הראויה; עליהן לקיים את דרישת היעילות המינהלית; ועוד ועוד.⁴⁹

חשוב להדגיש כי מרבית השיקולים הללו של הדין המינהלי והחוקתי ניתנים לבחינה ולהפעלה לא רק באשר להחלטות פרטניות של רשויות האכיפה הנוגעות לנאשם הספציפי העומד לדין, אלא גם באשר להנחיות המינהליות הפנימיות המסדירות אותן. כלומר, גם החלטות המדיניות הכלליות, המשפיעות על הנאשם הספציפי, כגון הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיות פרקליט המדינה ונוהלי המשטרה, כפופות כעת לביקורתו ה"בג"צית" של בית המשפט הפלילי. גושפנקה מפורשת לכך ניתנה לא מכבר על ידי בית המשפט העליון בפרשת מוחתסב,⁵⁰ שבה הובהר כי לא זו בלבד ש"אין מניעה" לתקוף את הנחיות הכלליות של פרקליט המדינה במסגרת ההליך הפלילי במקום בבג"ץ, אלא ש"כך רצוי", ו"כיום זו אף דרך המלך, כפי שנאמר בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן...".⁵¹ הרחבה בעניין פסק דין זה תובא בסופו של המאמר, במסגרת הדיון בסוגיית התקיפה העקיפה.

מקרים מתאימים לשימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים הם, ככלל, מקרים שבהם ניתן להצביע על קשר או השפעה של הפגם המינהלי שנפל בפעולת הרשויות, על ההליך הפלילי – בין על עצם קיום ההליך (כגון עקב שיקול דעת מינהלי פגום בהגשת כתב האישום), ובין על התנהלותו

לבית המשפט הפלילי אמורה להיות מופעלת כחלק נלווה ונספח בלבד לפעילותו העיקרית, הסטטוטורית, שכמובן לא השתנתה. עם זאת מהלך זה של בג"ץ בעניין ניר עם כהן קרוב במהותו – אף כי אינו זהה – למהלכו בהעברת תחומי פעילות מוגדרים לבתי המשפט האזרחיים קודם להקמת בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו יצחק זמיר "מכרזים ציבוריים בבתי משפט אזרחיים" משפט וממשל א 197 (1992); יצחק זמיר "ענייני תכנון ובנייה – לבית המשפט האזרחי" משפט וממשל ב 257 (1994)).

48 יצוין כי לפי פסיקת בית המשפט העליון, מקובל זה שנים רבות כי "המשפט המינהלי הוא אחד, והריהו חל על כל הגופים שראוי להם להיות כפופים לו, בין אם בית המשפט הדין על פי אותו משפט מינהלי הוא בית המשפט הגבוה לצדק, ובין אם הוא בית משפט אחר (אזרחי, עבודה, צבאי וכיוצא בזה)" (דברי השופט ברק בבג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, פס" 9 (פורסם בנבו, 1987)). וראו עוד בעניין זה להלן, ה"ש 54 והטקסט שמעליה.

49 לסניגור שאינו מנוסה בהליכים מינהליים, המבקש להעלות טענות מעין אלה בבית המשפט הפלילי, מומלץ לעיין באחד מספרי היסוד של המשפט המינהלי, כגון דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי (שלושה כרכים, 2010–2013); יצחק זמיר הסמכות המינהלית (שלושה כרכים, 2010–2014); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי (שישה כרכים, 2008–2012).

50 פרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10.

51 שם, פס' 3 (ב) לפסק דינו של השופט עמית.

הראויה של ההליך. כפי שכבר צוין, השימוש בדוקטרינה אינו סותר את השימוש המקביל שניתן כמעט תמיד לעשות בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, שמיקודה שונה, בגין אותן עובדות.

ה. היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, ושיקולי ה"עניין לציבור" בהעמדה לדין

נושא מרכזי המצריך, כאמור, פיתוח והבהרה, הוא היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לחלק מנושא זה התייחסתי כבר לעיל. לחלק נוסף ממנו, שאף הוא איננו ממצה את הסוגיה, אתייחס כעת. במסגרת זו ארחיב מעט גם על מושג ה"עניין לציבור", שאותו נדרש התובע לשקול במסגרת החלטתו המינהלית על ההעמדה לדין, ושמשום כך הוא בעל רלוונטיות מרכזית לדוקטרינת הביקורת המינהלית, להבדיל מדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

כמה פסקי דין מהשנים האחרונות שדווקא מודעים להלכת ניר עם כהן ומאזכרים אותה, כורכים את שתי הדוקטרינות יחד ודנים בהלכת ניר עם כהן מבלי להבחין בינה לבין ההגנה מן הצדק.⁵² נזכיר כי הלכת ניר עם כהן קבעה במפורש שניתן להעלות את הטענות המינהליות בבית המשפט הפלילי "בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה".⁵³ ההבדלים בין שתי הדוקטרינות חשובים. דיון לפי דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים ב"טהרתה", במנותק מן ההגנה מן הצדק, מדמה באופן מלא דיון בפני בג"ץ מבחינת הדין המינהלי המהותי המוחל עליו. הוא מיישם את דברי בית המשפט העליון, שלפיהם "כלל ידוע הוא כי בתי המשפט הם רבים, אך המשפט המינהלי הוא

52 ראו, למשל, את פסק דינו החשוב של השופט משה יועד הכהן בת"פ (מחוזי י-ם) 39390-04-12 מדינת ישראל נ' א.י. (פורסם בנוב, 4.7.2013) (תיק של הסניגוריה הציבורית). במקרה זה ביטל בית המשפט כתב אישום שהוגש נגד קטינים זמן רב לאחר אירוע העבירה. בית המשפט הסתמך במידה רבה על הלכת ניר עם כהן ואף ציטט ממנה בהרחבה (פס' 28), אך למרות זאת קבע כי הוא מבטל את האישום מכוח ההגנה מן הצדק דווקא (פס' 25 ו-40). חלק מנימוקיו של בית המשפט הם בעלי אופי מינהלי מובהק, שאינם מצביעים בהכרח על אי-צדק כלפי הנאשמים, אלא על הליך מינהלי פגום. כך, בית המשפט מתח ביקורת נוקבת על הנימוקים שסופקו להחלטתו המינהלית של המשנה לפרקליט המדינה אשר אישרה את הגשת כתב האישום באיחור (מכוח סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לפי ס' 14 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971). לדבריו: "לטעמי, לא די בנימוקים שהוגשו מטעם המשנה לפרקליט המדינה, לשכנע, כי נשקלו לעומקם בצורה מפורטת וייחודית לכל נאשם, השיקולים הפרטניים הנדרשים שעל רשות מנהלית לשקול בעת קבלת החלטה, גם כאשר מדובר ביישומה של מדיניות כללית" (פס' 38; וראו גם את ההחלטה המוקדמת יותר בתיק זה, שבה חייב בית המשפט את המשנה לפרקליט המדינה לגלות את נימוקי החלטתו על מנת לאפשר קיום ביקורת מינהלית עליה בהתאם להלכת ניר עם כהן: ת"פ (מחוזי י-ם) 39390-04-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנוב, 20.5.2013)). בית המשפט אף ביקר את התנהלותה הדיונית של התביעה, אשר "מעבר לכך שהיא משקפת חוסר עניין בתיק, מצביעה גם על זלזול כלפי בית המשפט" (פס' 34). כאמור, נימוקים אלה של בית המשפט הם דוגמאות לשיקולים הנעוצים בראש ובראשונה באינטרס הציבורי הרחב ובקיום כללי המשפט המינהלי, שמקומם הטבעי בדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, ופחות בפגיעה בעקרונות הצדק האינדיווידואלי וההגנות כלפי הנאשם הספציפי, אשר עומדים במרכז דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

53 פרשת ניר עם כהן, פס' 4.

אחד".⁵⁴ ככזה, הוא מעמיד במרכזו את כללי המשפט הציבורי הרחבים; את מכלול האינטרסים הציבוריים הנוגעים לעניין (לא רק את אלה התומכים באכיפת הנורמות הפליליות כל אימת שנדמה כי הופרו, אלא גם, למשל, את אלה הדורשים כי האכיפה תהיה סבירה, מידתית ומועילה לחברה במבט רחב); וכן את מכלול הזכויות המינהליות והחוקתיות המוקנות לפרט לפי הדין. לעומת זאת, דיון לפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעמיד במרכזו בעיקר את התנאים המיוחדים להגנה זו: מצד אחד, את שיקולי הצדק האינדיווידואלי וההגינות (שהם לרוב⁵⁵ צרים יותר משיקולי הדין המינהלי והחוקתי בכללותם); ומצד אחר, את המגבלות הנוקשות שהוטלו על היקף תחולתה של דוקטרינה זו על ידי בית המשפט העליון, אשר מייחדות אותה ל"מקרים חריגים ביותר" ו"יוצאי-דופן",⁵⁶ לכל הפחות בהקשר של האפשרות לביטול האישום (להבדיל אולי מהאפשרות של הקלה בעונש). ככלל, רק בצדם של תנאים אלה, ובכפוף להם, נבחנות במסגרת ההגנה מן הצדק גם אמות מידה מתוך המשפט הציבורי. כאמור, בפסק דינו החשוב של בית המשפט העליון בעניין פולדי פרץ⁵⁷ הקדיש השופט פוגלמן פרק להבחנה מהותית זו שבין שתי הדוקטרינות, תחת הכותרת "אכיפה בררנית – דוקטרינת ההגנה מן הצדק או ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית?".⁵⁸ כידוע, את טענת האכיפה הבררנית – או בכינויה

54 דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 4837/12 פלוני נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 19.11.2013). באותו מקרה נאמרו הדברים בהקשר של הפניית העותרים להעלות את טענותיהם המינהליות בבית משפט אזרחי, אך הם חלים גם על בית משפט פלילי. אמירות דומות נאמרו על ידי בית המשפט העליון פעמים רבות בעבר. ראו למשל בעניין מיקרו דף, לעיל ה"ש 48.

55 יש מקרים שבהם שיקולי הצדק האינדיווידואלי יהיו רחבים יותר משיקולי המשפט המינהלי והחוקתי הרגילים. כך, למשל, ייתכן שלא יהיה כל פגם בהתנהלות הרשות, או שהיה בה פגם קל בלבד, ובכל זאת המשך ניהול ההליך הפלילי יהיה כרוך באי-צדק ממשי מנקודת המבט של הנאשם. ראו לעניין זה פרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 27, פס' 21.

56 שם. צמצום זה אושר גם בפסקי דין חדשים יותר, שניתנו לאחר שעוגנה ההגנה מן הצדק בחקיקה, בס' 149(10) לחסד"פ. אציין כי לדעתי אין מקום לצמצום זה של עקרונות הצדק וההגינות החוקיים, שאותם לא מצא נכון המחוקק לסייג ולצמצם באופן זה, חרף מודעותו לפסיקה הקודמת. לעניין זה ראו נקדימון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 77-125; זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 231 (2009). נראה לי כי בעניין זה טרם נאמרה המילה האחרונה, ויהיה מקום לשוב וללבנו בכוא העת בבית המשפט העליון. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא כי נכון להיום צמצום משמעותי זה הוא חלק מהדין הקיים כשמדובר בהגנה מן הצדק.

יצוין כי בפרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, ביכר בית המשפט העליון שלא להידרש לשאלה אם ההגנה מן הצדק החקוקה רחבה יותר מההגנה מן הצדק הפסוקה ששורטה בפרשת בורוביץ, לעיל ה"ש 27. כך כתב שם השופט עמית (פס' 3(ג) לפסק דינו): "אין בדעתי להידרש לשאלה האם סעיף 149(10) לחסד"פ – אשר נוסף בתיקון מס' 51 משנת 2007 – הרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעבר לגבולות המבחן המשולש שנקבע בפסיקה ב[פרשת בורוביץ] (לגישה לפיה לא חל שינוי במבחן שנקבע בעניין בורוביץ, ראו: ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל, בפסקה 111 לפסק דינה של השופטת ד' ברלינר (21.10.2007); ע"פ 3/10 אוחנה נ' מדינת ישראל, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (27.12.2012); רע"פ 7953/11 חברת פ.מ.מ מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל – רשות המיסים בישראל, בפסקאות ז-ח להחלטתו של השופט א' רובינשטיין (30.11.2011))."

לעיל ה"ש 7.

58 שם, פס' 27-31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

המדויק יותר לטעמי: אכיפה מפלה – מקובל זה זמן רב לבחון תחת דוקטרינת ההגנה מן הצדק.⁵⁹ אלא שמדובר בלא יותר מאשר התפתחות היסטורית מקרית ולא הכרחית. חובתה המהותית של הרשות המינהלית – ובכלל זה התביעה הפלילית – לנהוג בשוויון אינה נובעת כמובן מההגנה מן הצדק, אלא התפתחה שנים רבות לפניו במסגרת המשפט המינהלי והחוקתי הכללי. נראה שניתן אפוא לטעון כיום בבית המשפט הפלילי לאכיפה מפלה גם במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, במקום או נוסף על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ובכך להמיר את תנאיה המיוחדים של ההגנה מן הצדק במבחני השוויון הרגילים של המשפט הציבורי. השופט פוגלמן הסביר זאת בעניין פולדי פרץ,⁶⁰ והוא מסכם כך:

”30. הנה כי כן, החלטה שלא להעמיד לדין – וכמוה החלטה להעמיד לדין – היא חלק מהפעלת סמכות של הרשות בתוך מתחם שיקול הדעת המוקנה לה, והשאלה האם החלטה כזו עומדת באמות המידה המתחייבות מן הדין מסורה להכרעתו של בית המשפט. כפי שנפסק על-ידי חברי השופט (כתארו אז) א' גרוניס, דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (ובגדרם גם טענה לאכיפה בררנית) הינה במסגרת ההליך הפלילי (בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן...); לדין נרחב בהלכה זו ראו מאמרו של גלעד). בהינתן זאת, האם על בית המשפט הדין בטענה זו ליישם בעניינה רק את המבחנים המחמירים של תורת ההגנה מן הצדק, או שמא ניתן לסמוך את הטענה גם על העילות המקובלות לביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית?”

31. התפיסה המסורתית גרסה כי יש להעלות טענות בעניין פגמים שנפלו בהגשת כתב האישום במסגרת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי (...). בעניין ניר עם כהן הוצג – להשקפתי – אפיק נוסף להעלאת הטענה, וזאת על דרך העמדת החלטה המינהלית בדבר הגשת כתב אישום לביקורת שיפוטית בהליך הפלילי. אין לשלול על-פני הדברים את הטענה כי כאשר נטענת טענת אכיפה בררנית בשלב הגשת כתב האישום, ניתן לבחון את פעולת התובע בכלי הביקורת של המשפט המינהלי, הגם שהאכסניה הדיונית היא ההליך הפלילי; זאת, בלא זיקה הכרחית למבחנים שנקבעו בגדרה של 'הגנה מן הצדק'. מכל מקום, הואיל ושאלה זו לא הועמדה להכרעה לפנינו, אמנע מקביעת מסמרות ואבחן את פעילות הרשות במשקפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק. אין צריך לומר כי גם במסגרת דיונית זו תבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, והשאלה אם נפל פגם במעשיה, בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי.”

ניתן לראות כי חרף אמירתו החד-משמעית שלפיה “בעניין ניר עם כהן הוצג – להשקפתי – אפיק נוסף להעלאת הטענה...”, נוקט השופט פוגלמן בהמשך זהירות (“אין לשלול על-פני הדברים”, “אמנע מקביעת מסמרות”), הנובעת מכך ששאלה זו לא הועמדה להכרעת בית המשפט. על אף נימה זהירה זו

59 לסקירה ראו דפנה ברק-ארז “אכיפה בררנית – מן הזכות לסעד” הסניגור 200, 14, 15 (2013); נקדימון, לעיל ה"ש 28, בעמ' 388–414; מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 146–153 (2008).

60 פרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7, פס' 24–31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

נראה שהדברים מבוססים היטב, שכן, כאמור, הלכת ניר עם כהן קובעת במפורש שהיא איננה מגבילה עצמה רק לטענות הגנה מן הצדק, ופסקי דין נוספים של בית המשפט העליון חזרו והבהירו זאת.⁶¹ מכל מקום נראה ברור כי דבריו של השופט פוגלמן הם בגדר "הזמנה" לסניגורים הסבורים כי יש להם עילה לטעון לבטלות כתב האישום (במקרה זה בשל אכיפה מפלה), לשקול לעשות כן גם במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים.⁶² ועוד מבהיר השופט פוגלמן (תוך הפניה למאמרי הראשון בעניין זה⁶³), כי בעת שדנים בטענה הכללית בדבר אכיפה מפלה – לאו דווקא במסגרת ההגנה מן הצדק – יש בכך כדי לקדם לא רק את שיקולי הצדק הצרים של הנאשם, אלא גם שיקולים רחבים של האינטרס הציבורי, ובכללם את חובת השלטון לכבד את עקרון השוויון: "קבלת טענת אכיפה בררנית עשויה לסייע לא רק לעשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשם קונקרטי; יש בה אף משום הגשמה של האינטרס הציבורי הרחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון".⁶⁴ ברוח דומה כתבה גם השופטת ברק-ארז במאמרה בנושא האכיפה המפלה: "האפשרות לקבל סעד שעניינו ביטול האישום או הקלה בענישה במקרים מסוג זה עשויה לשרת לא רק את השוויון ואת הצדק במקרה הפרטי, אלא גם את האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק בטווח הארוך".⁶⁵

לדעתי מכלול השיקולים שמציג השופט פוגלמן בפסק דינו בעניין פולדי פרץ עשויים עקרונית לתמוך בהרחבת יריעתה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לא רק לטענת האכיפה המפלה, אלא גם לרוב הטענות האחרות המשויות בדרך כלל להגנה מן הצדק (חקירה פסולה, שיהוי בהגשת האישום, הפרת הבטחה שלטונית וכיו"ב). טענות אלו אמנם התגלגלו בדרך כזו או אחרת למשכנה של ההגנה מן הצדק, אולם מבחינה אנליטית הבסיס האמיתי של רובן הוא כללי המשפט הציבורי והעיקרון הרחב של שלטון החוק בשלטון, ולא דווקא אי-הצדק הקונקרטי שנעשה עם הנאשם בנסיבות המקרה. השופט פוגלמן אמנם הבחין בין טענות אלה לבין טענת האכיפה המפלה, בצינו כי "לעומת טענות

61 ראו למשל בג"ץ 1382/13 פלוני נ' בית המשפט המחוזי בחיפה (פורסם בנבו, 27.2.2013) ("דרך המלך להעלאת טענות באשר לפגמים שנפלו בכתב האישום או בהתנהלות התביעה, ובכלל זאת טענה של הגנה מן הצדק, היא במסגרת ההליך הפלילי עצמו" – פס' 9); פרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, פס' 3 (ב) לפסק דינו של השופט עמית ("כיום זו אף דרך המלך, כפי שנאמר בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן... כוחה של הלכה זו, יפה במיוחד [אך לא רק – ר"ג] במקרים בהם מועלית טענה של 'הגנה מן הצדק'"); בג"ץ 815/11 פלוני, לעיל ה"ש 46 ("...ונקבעה ההלכה לפיה, בהיעדר טעמים מיוחדים, דרך המלך להעלאת טענות מסוג זה הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו... עוד נקבע, כי הלכה זו מקבלת משנה תוקף במקרים בהם טענות העותר יכולות להישמע במסגרת 'ההגנה מן הצדק'"); בג"ץ 4765/13 אג'באריה/קעדאן נ' פרקליט אזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 7.11.2013) ("לא רק טענה זו [של הגנה מן הצדק – ר"ג] רשאית העותרת לטעון בבית המשפט הצבאי, אלא גם את טענותיה בקשר עם עיכוב ההליכים בתיק הראשון, טענתה להפרת הבטחה מינהלית... וטענותיה על טעויות בכתב האישום (ראו והשוו: ... בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן)...").

62 ראו גם ברק-ארז "אכיפה בררנית – מן הזכות לסעד", לעיל ה"ש 59, בעמ' 15 (הטקסט שליד ה"ש 19–20), אשר מפנה להלכת ניר עם כהן ומציינת באופן כללי, מבלי להגביל את הדברים להגנה מן הצדק דווקא: "כיום, העלאת טענה של אכיפה בררנית בהקשרים פליליים לא רק יכולה להיעשות בהליך הפלילי עצמו, אלא למעשה אמורה להיעשות במסגרתו". ובהמשך לכך, בה"ש 20 בעמ' 16, היא מפנה למאמרי הראשון בעניין זה (לעיל הערת הכוכבית (*)), באשר "להיקף הטענות שניתן לעורר בהליך הפלילי".

63 לעיל הערת הכוכבית (*).

64 פרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

65 ברק-ארז "אכיפה בררנית – מן הזכות לסעד", לעיל ה"ש 59, בעמ' 14.

אלה, יסודה של טענת אכיפה בררנית בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת התביעתי.⁶⁶ אולם למעשה, גם את הטענות האחרות ניתן לנסח באופן ששם את הדגש על הפעלת שיקול הדעת התביעתי שלא כדין; שהרי תובע סביר חייב להביא בגדר שיקולי האינטרס הציבורי – שנשקלים על ידיו במסגרת בחינת ה"עניין לציבור" לפי סעיף 62(א) לחסד"פ – את מכלול השיקולים הרלוונטיים,⁶⁷ ובכלל זה את התנהלותה הפסולה של הרשות החוקרת או התובעת, ככל שהייתה כזו.

בהקשר זה אזכיר, כפי שצינתי לעיל, כי מנקודת מבטו של הסניגור יהיו בדרך כלל טעמים טובים לטעון במקביל, בגין אותן עובדות, הן לפי דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים והן לפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק. זאת בשל המיקוד השונה של כל אחת מהדוקטרינות (האינטרס הציבורי הרחב לעומת הצדק האינדיווידואלי וההגנות, כאמור לעיל), שבעטיו כל אחת מהן עשויה להתברר במקרים מסוימים כבעלת יתרון יחסי על פני רעותה. עם זאת חשוב להדגיש כי משמעות הטענה הכפולה איננה ניהול הליך כפול לשם בירורה. הסניגור יגיש, למשל, בקשה לביטול כתב האישום, ובמסגרת אותה בקשה יעלה טענות משתי הדוקטרינות, אשר בית המשפט יכריע בהן במאוחד, במסגרת החלטה אחת. המדובר אפוא בהליך יעיל וממוקד – בוודאי יעיל יותר מאשר חיובו של הסניגור לפצל את שני ההליכים: לעתור לבג"ץ כדי להעלות שם את טענותיו המבוססות על המשפט המינהלי ה"נקי", ובמקביל להעלות טענת הגנה מן הצדק במסגרת התיק הפלילי.

זה המקום להעיר כי ייתכן שקיימת גם דרך ביניים, אשר איננה נשללת לחלוטין בהלכת ניר עם כהן, ושניתן אולי לכנותה "הגנה מן הצדק במובן הרחב". לפי דרך זו, טענת ההגנה מן הצדק תורחב כך שתקלוט לתוכה למעשה את כל המשפט המינהלי והחוקתי, באופן שתיווצר הכלה מלאה של דרישות המשפט הציבורי בתוך דרישות "הצדק וההגנות", וכן יוסרו המבחנים המחמירים המיוחדים של ההגנה מן הצדק לעומת המשפט הציבורי.⁶⁸ במצב זה יובטח שתוצאה אשר נאשם היה זכאי לה לפי המשפט המינהלי והחוקתי אילו עתר לבג"ץ, תושג גם בהליך הפלילי, וזאת תחת הכותרת של "הגנה מן הצדק במובן הרחב", במקום תחת הכותרת של "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים". לדעתי דרך ביניים זו תהיה פחות נקייה ואלגנטית מאשר ההפרדה בין שתי הדוקטרינות, אולם כל עוד זכויותיו המהותיות של הנאשם לפי המשפט הציבורי יהיו מובטחות במלואן, אין טעם טוב לפסול אפשרות זו מכול וכול. למעשה, משמעות אפשרות ביניים זו היא, בפשטות, כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תהפוך להיות גם דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. שאלה אחרת היא אם תצמח תועלת עניינית

66 פרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7, פס' 28–29 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

67 ראו פרשת גנור, לעיל ה"ש 18, פס' 26.

68 לאפשרות של התפתחות ראשונית מאוד ובלתי מפורשת בכיוון כללי זה, שמנקודת מבט של פיתוח ההגנה מן הצדק היא תהיה התפתחות חיובית, ראו את הדיון המובא לעיל באשר לבש"פ 7955/13 פלוני, בטקסט הצמוד לה"ש 39–41. עם זאת יוער כי בהקשר המשפטי הממוקד שבו עסק בש"פ 7955/13 פלוני – חשיפתם של נימוקי התביעה להעמדה לדין – נראה שבית המשפט העליון לא הסתפק בכך אלא ניסה גם לפתח מעין משפט מינהלי-פלילי מיוחד, שאיננו זהה למשפט המינהלי הכללי אשר מוחל בבג"ץ (פירוט נקודה זו חורג ממסגרת המאמר הנוכחי. לראשית דיון בה ראו את הערת הפסיקה שפרסמתי על בש"פ 7955/13 פלוני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 7). ניסיון זה – ככל שאכן היה – עומד במתח עם ההלכה הוותיקה שלפיה "כלל ידוע הוא כי בתי המשפט הם רבים, אך המשפט המינהלי הוא אחד" (לאזכור הלכה זו ראו לעיל ה"ש 48, 54).

כלשהי למדינה, לאינטרס הציבורי או לבית המשפט (מעבר לתועלת שאולי תצמח לנאשמים) מאיחוד זה של הדוקטרינות. על פני הדברים נראה לי שהתשובה לכך שלילית.

הנשיא גרוניס והשופט ג'ובראן הסכימו לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין פולדי פרץ, בכפוף למספר אמרות אגב שבהן הביעו עמדות שונות משלו באשר לתוכנה המדויק של עילת האכיפה המפלה ולחלוקת נטלי ההוכחה בין הצדדים בקשר לעילה זו. שאלות אלו לא נדרשו להכרעה שכן ממילא נקבע, כעניין עובדתי, שהמדינה הצליחה להוכיח כי האכיפה באותו מקרה לא הייתה מפלה ביחס למדיניותה הנוהגת (גם בהנחה שסטתה נקודתית ממדיניות זו בעבר). להלן נתעכב על חלק מאמרות האגב הללו, שנאמרו על ידי הנשיא גרוניס בהסכמת השופט ג'ובראן.

הנשיא גרוניס שב ואישר את הדברים שכתב בפרשת ניר עם כהן, וכן אישר כי הם מתייחסים גם לטענת האכיפה המפלה ("אכן, במסגרת ההליך הפלילי רשאי הנאשם להעלות טענות נגד שיקול הדעת של הרשות המינהלית שביצעה את החקירה ושל זו שהחליטה על הגשתו של כתב אישום... על כן, רשאי הוא אף לטעון כי מדובר במקרה שלו באכיפה בררנית").⁶⁹ הוא לא הסתייג – ולדעתי ניתן להתרשם כי הוא אף מסכים – להשקפת השופט פוגלמן שלפיה על בסיס הלכת ניר עם כהן וכללי המשפט המינהלי ניתן לטעון לאכיפה מפלה גם במנותק מטענת הגנה מן הצדק. בהמשך הדברים מביע הנשיא גרוניס את חששו מהרחבה לא זהירה של עילת האכיפה המפלה. אולם הנקודה החשובה לענייננו היא כי הוא בוחר לעשות זאת בהסתמך על כללי המשפט המינהלי עצמם, כלומר מנקודת מבט פנימית של המשפט הציבורי, מבלי להיתלות במבחניה המיוחדים של דוקטרינת ההגנה מן הצדק ("בהקשר זה נזכיר, מבלי למצות, מספר כללים של המשפט המינהלי לפיהם רשאית רשות מינהלית לשנות מדרכה ולסטות מהחלטות קודמות... אכן, במקרים הנזכרים דומה שהנטל מוטל על הרשות להצדיק הסטייה...").⁷⁰

באמרת אגב מעניינת אחרת של הנשיא גרוניס, הוא מייחס למונח "אינטרס ציבורי" (קרי: העניין לציבור) משמעות צרה יחסית. אלה דבריו: "הטענה של אכיפה בררנית, המועלית על ידי נאשם בהליך פלילי, עשויה להוביל לביטולו של כתב האישום. המשמעות היא שנאשם לא יעמוד לדין, על אף שעל פי עמדתה של המאשימה קיים סיכוי סביר להרשעה וקיים אינטרס ציבורי בניהול הליך פלילי (שהרי הנחתנו היא שאם אין זה כך, לא היה מוגש כתב אישום). תוצאה כה מרחיקת לכת מחייבת התייחסות זהירה במיוחד מצד בית המשפט, כאשר מועלית בפניו טענה כאמור".⁷¹ גם לדעתי יש מקום לזהירות בעת בחינת טענות מינהליות המבקשות להביא לביטולו של כתב אישום. זאת במיוחד בעידן שבו קל יחסית להעלות טענות אלה, במסגרת המשפט הפלילי, ואין הסניגור צריך להטריח עצמו ולהגיש עתירה לבג"ץ. עם זאת, נראה לי כי המשפט המינהלי עצמו מספק די והותר כלים המאפשרים התייחסות זהירה כזו, וניתן להשתמש בהם – כפי שבג"ץ היה יכול להשתמש בהם אילו דן בעתירה כזו – מבלי לצמצם את היקפו של המונח "אינטרס ציבורי". נראה, בכל הכבוד, כי דבריו של הנשיא גרוניס אינם נותנים די ביטוי לכך שהאינטרס הציבורי (העניין לציבור) אשר נדון בסעיף 62(א) לחסד"פ, ואשר כתב אישום אמור להיות מוגש רק לאחר שקילתו, אינו רק האינטרס הציבורי הצר שבאכיפת נורמות פליליות (עם

69 פרשת פולדי פרץ, לעיל ה"ש 7, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

70 שם, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

71 שם, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

כל חשיבותו). אלא, זהו האינטרס הציבורי הרחב, הכולל גם את קיום מכלול חובותיה המינהליות והחוקתיות של הרשות, ובהן חובת השוויון⁷² – שהיא העומדת לדיון במסגרת טענת האכיפה המפלה. במילים אחרות, כאשר נאשם טוען לאכיפה מפלה המצדיקה את ביטול האישום, וכאשר טענתו נבחנת במשקפיה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים (להבדיל אולי מהגנה מן הצדק במובנה הצר), הרי שמשמעות טענתו למעשה היא כי האינטרס הציבורי דורש לבטל את האישום, בשל אי-השוויון שדבק בו בניגוד לדין המחייב את התביעה כרשות מינהלית. זוהי טענה האומרת כי התביעה פעלה שלא כדין, וכי משום כך – ולאחר שקלול כל יתר השיקולים הנוגעים לעניין ואיזון ביניהם בנסיבות המקרה – אין אינטרס ציבורי בניהול הליך פלילי (או: יש אינטרס ציבורי בהימנעות מניהול הליך פלילי). כאשר הטענה מוצגת באופן זה, ברי כי לא ניתן לבחון אותה מתוך הנחה מוקדמת שלפיה "קיים אינטרס ציבורי בניהול הליך פלילי". הלוא זוהי בדיוק ההנחה שאותה מבקשת טענת האכיפה המפלה בצורתה ה"מינהלית" להעמיד לבחינה.

בהקשר זה, של השאלה מהו ה"עניין לציבור" אשר נדון בסעיף 62(א) לחסד"פ ומהו היקף הביקורת השיפוטית שיכול וצריך בית המשפט לקיים על שיקול דעתו של התובע בעניין זה, אביא להלן דברים שנכתבו לאחרונה במאמר של שופט בית המשפט המחוזי בחיפה רון שפירא. בדבריו אלה הוא עומד בין היתר על מקומו המרכזי של עקרון המידתיות במסגרת בחינת העניין שיש לציבור בניהול ההליך הפלילי. בשל חשיבות הדברים ובשל הערך המעשי הרב שיש בהם לשם מילוייה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בתוכן קונקרטי, המתבסס על השיקולים המינהליים והחוקתיים הרחבים שנכללים במושג "עניין לציבור" (להבדיל ממושג ה"הגנה מן הצדק" במובן הצר), אביא את דבריו בהרחבה:⁷³

"מבחינה דיונית, הפסיקה קבעה כי הביקורת השיפוטית על הצידוק שבהגשת כתב האישום, כלומר על שיקול הדעת המנהלי של התביעה, תתבצע במסגרת ההליך הפלילי [בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן... לדיון נרחב במיקום טענות מתחום המשפט המנהלי במסגרת הליך פלילי ראו: רענן גלעדי... להרחבה מסוימת של הלכת ניר עם כהן ראו את פסק דיני: ע"ח (מחוזי חיפה) 8193-05-13 פלוני...]."

עוד עמד בית המשפט העליון על עקרון המידתיות שבהפעלת שיקול הדעת המנהלי בקבלת החלטה על העמדת אדם לדין פלילי. עקרון המידתיות מהווה אף הוא שיקול במסגרת שיקולי 'העניין לציבור' שמחויב התובע לשקול. במסגרת הפעלת שיקול הדעת נבחנת השאלה האם אין להשיג את המטרה הראויה באמצעי שפגיעתו בזכויות החוקתיות של הנאשם פחותה. בהנחה כי המשפט הפלילי מגשים מטרות ראויות 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 דיו, אשר יש בו להגשים את עיקר המטרות הראויות (כגון: הכוונת התנהגות, מניעת נזק, הגנה על ערכים מוגנים, הרתעה, טיפול ושיקום,

72 ראו למשל פרשת גנור, לעיל ה"ש 18, פס' 26 ו-31; בג"ץ 88/10 אווה שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 25 (פורסם בנבו, 2010).

73 רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" הסניגור 205, 4, 6-7 (2014).

ענישה וגמול וכו'), והוא פוגע במידה פחותה יותר בזכויות החוקתיות. הנחת המוצא היא כי קיימים אמצעים, מלבד המשפט הפלילי, שיש בהם כדי להגשים באופן מספק את המטרות הנמצאות בבסיס המשפט הפלילי. על כן רשויות התביעה צריכות לבחון האם העמדה לדין פלילי היא האמצעי הנכון והמידתי במקרה שבפניהן [בג"ץ 88/10 שוורץ... בפסקה 19 לפסק הדין], והחלטתן כפופה לביקורת שיפוטית, כאמור לעיל.

הדברים נכונים ביתר שאת היום, משתוקן חוק סדר הדין הפלילי לעניין סגירת תיק מותנית, ומשהוספו במהלך השנים לדברי חקיקה רבים חלופות של שימוש בסנקציה מנהלית, כאמור לעיל. במצב זה מתחדדת השאלה האם שיקול הדעת המנהלי בהחלטה לעניין הגשת או אי הגשת כתב אישום מחייב התייחסות לחלופות המנהליות להליך הפלילי, והאם היקף ועילות הביקורת השיפוטית על החלטה להגיש או להימנע מלהגיש כתב אישום ישונו. יוער כי בהתאם להוראות סעיף 67א(ג)(2)–(3) לחוק סדר הדין הפלילי, לא ייערך הסדר של סגירת תיק מותנית כאשר קיימת חלופה של סנקציה מנהלית בדרך של עיצום כספי או כופר. ואולם, מקום בו מוסמכת הרשות המנהלית לשיקול ולבחור בין מסלול פלילי למסלול מנהלי של נקיטה באמצעי אכיפה, כפוף שיקול הדעת המנהלי לביקורת שיפוטית. משבחר המחוקק להרחיב ולהוסיף חלופות להליך הפלילי, בין היתר בדרך של אכיפה מנהלית, נראה כי נוספה וחוזקה עילה אפשרית לטענה כנגד עצם ההחלטה להעמיד נאשם לדין. יהיו מקרים בהם ניתן יהיה לטעון כי היה מקום לנקוט בהליך של אכיפה מנהלית ולהעדיפו על פני ההליך הפלילי וכי השימוש בהליך האכיפה המנהלי הוא מידתי וראוי יותר. במקרים אלה יהיה ניתן לטעון כי בשל עקרון המידתיות, אין עניין לציבור בניהול הליך פלילי.

הנה כי כן, בשל הפגיעה שגורם בדרך כלל עצם ניהולו של הליך פלילי בזכויותיו החוקתיות של הנאשם (אף אם בסופו של המשפט הוא יימצא זכאי בדינו או שיוטל עליו עונש קל מאוד), עקרון המידתיות מחייב, ככלל, כי הנקיטה בהליך הפלילי תהיה האמצעי האחרון שבו תבחר המדינה, ורק בהיעדר אמצעים מתונים יותר להשגת תכליותיו החברתיות העיקריות של המשפט הפלילי. כלל זה מבסס גם את עקרון השיוריות של המשפט הפלילי.⁷⁴ הפרת עקרון המידתיות ועקרון השיוריות על ידי התובע באמצעות הגשת כתב אישום שהיה ניתן להימנע ממנו בנסיבות המקרה – למשל משום שקיים בדין הליך אחר מתאים דיו חלף ההליך הפלילי, כגון הטלת קנס מינהלי⁷⁵ או סגירת תיק מותנית⁷⁶ – היא

74 ראו פרשת אווה שוורץ, לעיל ה"ש 72, פס' 20–25 והאסמכתאות המובאות שם. כן ראו את המאמר המתפרסם בספר זה: אריאל בנדור והדר הנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שיוריות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

75 במקרים רבים קבעו בתי המשפט כי יש לבחון לגופן טענות מינהליות וחוקתיות של נאשמים אשר ביקשו להסיט את הטיפול בעניינם מהמסלול הפלילי למסלול של קנס מינהלי. בראש ובראשונה בעניין ניר עם כהן עצמו נכללו טענות מסוג זה בין טענות העותרים, ובית המשפט העליון קבע כידוע כי בית המשפט הפלילי ידון בהן לגופן. כמו כן ראו למשל את פסקי הדין בתיקי הסניגוריה הציבורית בעניין בקר וסאלח, לעיל ה"ש 7 (שבהם טענות אלו התקבלו לגופן העניין ובעקבות זאת אף הביאו את התביעה לערוך שינויים מערכתיים חשובים, במטרה למנוע הישנות התקלות המינהליות שהתגלו); ובעניין הירשביין, לעיל ה"ש 13.

פעולה מינהלית בלתי חוקתית המנוגדת לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ומאחר ששמירה על עקרון המידתיות ועל עקרון השיוריות היא גם חלק מהאינטרס הציבורי (לרבות בשל הצורך להפחית מהעומס הרב המוטל על בתי המשפט), הרי שהפרת עקרון המידתיות ועקרון השיוריות בהגשת כתב אישום בלתי הכרחי היא גם פעולה מינהלית המנוגדת לדרישת ה"עניין לציבור" שבסעיף 62(א) לחסד"פ. משמעותה של פעולה כזו עשויה להיות אפוא ניהול הליך פלילי בניגוד לדין (בניגוד לחוק היסוד, בניגוד לחסד"פ, בניגוד לכללי המשפט המינהלי ובניגוד לאינטרס הציבורי שהם מבטאים). פעולה מינהלית כזו של התובע כפופה כיום לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הפלילי, על פי דוקטרינת הביקורת המינהלית (בהיקף רחב יותר מאשר על פי דוקטרינת ההגנה מן הצדק); ואם בית המשפט הפלילי אכן יגיע למסקנה שהתביעה הפרה את הדין המחייב אותה, מחובתו יהיה לשקול לרפא את ההפרה באמצעים העומדים לרשותו – ובהם ביטול ההליך הפלילי.

בהקשר זה יש להדגיש כי בשונה מקו הטיעון שנוהגת התביעה להציג בעת שמתבקשת ביקורת שיפוטית על החלטותיה, השאלה העיקרית שבה חשוב להתמקד איננה מהו היקף התערבותו הראוי של בית המשפט הפלילי בשיקול דעתה של התביעה (שאלה שיש בה מן המעגליות והנחת המבוקש כשהיא מוצגת בתחילת הבחינה השיפוטית); אלא מהו היקף הפרת הדין בפעולתה המינהלית של התביעה, והאם ראוי שבית המשפט הפלילי ישלים עם הפרה זו – שנעשתה כדי לטפל בהפרת דין לכאורה מצד הנאשם – על אף שהוא מוסמך לרפאה. רק לאחר שבית המשפט יבהיר לעצמו את היקף הפרת הדין של התביעה ואם מתבקשת לדעתו תגובה שיפוטית להפרה זו, יהיה מקום שיקבע אם ואיזה סעד עליו להעניק בגין ההפרה, וכך יגיע לתוצאת הביקורת השיפוטית – שהיא ההכרעה הסופית באשר להיקף ההתערבות הראוי בשיקול דעתה של התביעה.⁷⁷

76 לעניין החובות המינהליות והחוקתיות של התביעה בכל הנוגע לסגירת תיק מותנית, אפנה למכתב ששלחה לאחרונה הסניגוריה הציבורית ליועץ המשפטי לממשלה: ד"ר חגית לרנאו ורענן גלעדי "ריקונו מתוכן של התיקון לחסד"פ בעניין סגירת תיק מותנית" (18.2.2015). כן ראו את מאמרו של פרופ' אורן גזל־אייל, שהטיטה שלו מוזכרת במכתב האמור: אורן גזל־אייל, "התפתחויות במשפט הפלילי הדיני והמהותי – 2014" (טרם פורסם).

דוגמה למקרה שבו חזרה בה התביעה מן האישום בעידודו של בית המשפט (השופט ד"ר עמי קובו), בעקבות בקשת ההגנה לביטול כתב האישום ולהחלת הסדר סגירת תיק מותנית בהתבסס על דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, ניתן לראות בת"פ (שלום רמ') 11660-03-14 פרקליטות מחוז מרכז נ' רודניק (פורסם בנבו, 26.2.2015). בתיק זה העלתה הסניגוריה הציבורית טענות מינהליות וחוקתיות – בין היתר על בסיס עקרונות המידתיות, השיוריות והסבירות – כנגד שיקול דעת הפרקליטות בהעמדה לדין מלכתחילה, וכן כנגד שיקול דעתה בדיעבד לדבוק בהליך הפלילי במקום להסיטו להליך חלופי מתאים יותר של סגירת תיק מותנית. כאמור, טענות אלו זכו לאוזן קשבת מצד בית המשפט והובילו בסופו של דבר לחזרת הפרקליטות מהאישום. ייצגה עו"ד עינת אוריאל, הממונה על תחום המשפט המינהלי במחוז מרכז של הסניגוריה הציבורית.

77 בחינת הכללים שנקבעו בפסיקת בג"ץ באשר להיקף ההתערבות הראוי של בג"ץ בשיקול דעתה של התביעה, והתאמתם לעידן הביקורת המינהלית של בית המשפט הפלילי ולמאפייניה המיוחדים של ביקורת זו, חורגות ממסגרתו של מאמר זה, אך יהיה מקום לעשותן בעתיד. ראו לעניין זה גם את האמור לעיל בה"ש 17.

ו. היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לטענות מינהליות שהועלו במשפט הפלילי המסורתי

כפי שהוזכר לעיל, גם לפני הלכת ניר עם כהן נדונו לעתים טענות מינהליות של נאשמים במסגרת ההליך הפלילי, וזאת לא רק כחלק מטענת הגנה מן הצדק. נראה שניתן לחלק את הטענות הללו לשלושה סוגים עיקריים: האחד, טענות מינהליות נגד התביעה שהועלו כטענות מקדמיות פרוצדוראליות, טכניות בעיקרן; השני, טענות מינהליות נגד הרשויות המעורבות בהליך הפלילי – התביעה, המשטרה, שירות המבחן וכיו"ב – שהועלו באופן ספורדי לאורך כל שלבי ההליך, ללא מסגרת דוקטרינית ברורה; והשלישי, טענות מינהליות נגד רשויות שונות – כגון רשויות רגולטוריות המתקינות חקיקת משנה, מנפיקות היתרים ומוציאות צווים אישיים – שהועלו באמצעות הדוקטרינה המכונה "תקיפה עקיפה". נעמוד בקצרה על שלושת הסוגים ונחדד את החידוש שבדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לעומתם.

1. טענות מינהליות נגד התביעה שהועלו כטענות מקדמיות פרוצדוראליות

במסגרת הטענות המקדמיות שניתן להעלות בתחילת המשפט מצויה הטענה בדבר "פגם או פסול בכתב האישום", לפי סעיף 149(3) לחסד"פ. טענה זו מאפשרת לבית המשפט לבחון את חוקיות כתב האישום, והיא שימשה כל השנים אכסניה לטענות מינהליות שונות נגד התביעה. בדרך כלל היה מדובר בטענות בעלות אופי טכני, לפגם או פסול פרוצדוראלי בכתב האישום (לרבות חוסר סמכות להגישו כפי שהוגש).⁷⁸ כפי שצוין לעיל, באופן מסורתי טענה מקדמית זו לא נתפסה ככזו המאפשרת לבקר גם את שיקול הדעת המהותי של התביעה בהגשת האישום. בכך חידשה דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לעומת טענה מסורתית זו.

זכור, בעניין ניר עם כהן עצמו הזכיר השופט גרוניס, כי "ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות שונות למקרים בהם אגב הדיון בחוקיות כתב האישום בחנה הערכאה הפלילית את התנהלותה של התביעה. חלק מן המקרים נסבו סביב פגמים פורמאליים שנפלו בפעולות התביעה ואשר נגעו להגשת כתבי אישום מבלי שניתן לכך אישור מאת היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המחוז... ואילו במקרים אחרים דובר בפגמים דיוניים, הנוגעים, בין היתר, להפרת זכות הטיעון של הנאשם (...). ולאי תקינותו של הליך החקירה שקדם להגשת כתב האישום (...)"⁷⁹.

כיום ניתן וראוי אפוא לעשות שימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית הן כדי לדון בפגמים מהותיים בשיקול הדעת המינהלי שהופעל, והן כדי לדון בפגמים מינהליים פרוצדוראליים, לרבות מהסוגים שהוזכרו ואשר נדונו בעבר כטענות מקדמיות ללא הדוקטרינה. הדוקטרינה רחבה דיה כדי לאפשר

78 לסקירה ולדוגמאות ראו יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני: הליכים שלאחר כתב אישום א 1278–1293 (2009).

יצוין כי גם טענות מקדמיות אחרות המוזכרות בחסד"פ, מלבד טענת הפגם או הפסול בכתב האישום לפי ס' 149(3), מאפשרות להעלות טענות מינהליות מסוימות בעלות אופי פרוצדוראלי, אשר ניתן להציגן – ולו בדוחק – כמכוונות כנגד תקינות פעולותיו של התובע שהגיש את כתב האישום. כאלה הן, למשל, הטענות בדבר חוסר סמכות מקומית או עניינית (ס' 149(1)–(2)), והטענה בדבר התיישנות (ס' 149(8)).

79 פרשת ניר עם כהן, פס' 4; וראו גם לעיל ה"ש 23 וה"ש 44.

שימוש בה – מהותי או פרוצדוראלי – גם במסגרת טענה מקדמית לפי סעיף 149(3) לחסד"פ; גם במסגרת טענה מקדמית כללית יותר לפי הרישה של סעיף 149; ⁸⁰ וגם במסגרות דיוניות אחרות, בין לפני הגשת כתב האישום או לפני הקראתו (כגון במקרים מתאימים בדיוני מעצר), ⁸¹ ובין בכל שלב אחר של המשפט שלאחר שלב הטענות המקדמיות, לרבות בשלב הטיעונים לעונש. ⁸² כך, למשל, באשר לטענה המינהלית הפרוצדוראלית הוותיקה בדבר הפרת זכות הטיעון של הנאשם (שהוזכרה כאחת הדוגמאות בדבריו של השופט גרוניס שצוטטו לעיל), ואשר נדונה בעבר באופן דיוני לא אחיד, כתבה לאחרונה השופטת אפרת פינק כי המסגרת המשפטית הראויה לדון בה כיום היא דוקטרינת הביקורת המינהלית: ⁸³

”מהי המסגרת המשפטית הראויה לדיון בבקשה לביטול כתב אישום בשל הפרת חובת השימוע? יש שסברו כי המסגרת הראויה לדיון בבקשה היא במסגרת דוקטרינת ההגנה

80 ס' 149 לחסד"פ, שכותרתו "טענות מקדמיות", קובע ברישה שלו: "לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן – ...". מכאן ברור שרשימת הטענות המקדמיות הספציפיות אשר מפורטות בסעיפים הקטנים של ס' 149 היא רשימה פתוחה, וכי הנאשם רשאי להעלות טענות מקדמיות מסוגים נוספים מלבדן (ראו למשל בש"פ 8780/06 סרור נ' מדינת ישראל, פס' יג(2) (פורסם בנבו, 20.11.2006)). מסגרת דיונית כללית זו מתאימה מאוד לטענות מינהליות וחוקתיות אשר אינן מכוונות דווקא כנגד פגם או פסול בכתב האישום, כפי שהדוקטרינה המינהלית אכן מאפשרת.

81 ראו למשל בג"ץ 7393/07 דוראלון תפעול תחנות דלק בע"מ נ' רשות המסים בישראל (פורסם בנבו, 28.10.2007) ("ככלל, הפורום הראוי לבירור טענות של נחקרים או חשודים שטרם הואשמו – לענין כשרותם של הליכי חקירה או פגמים שנפלו בה לטענתם – הינו בבית המשפט הדין בהליכים הקודמים להגשת כתב האישום... פתיחה מקבילה של שערי בית משפט זה לבירור אותן הטענות תיצור בהכרח פיצול דיונים מיותר והתמשכות הליכים שלא לצורך... בנוסף, בירור טענות אלה כרוך בדרך כלל, ומעצם טיבו, במחלוקות עובדתיות שבירורן הראוי והנכון הינו דווקא בערכאה הדיונית (ראו בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן..."). והשוו: בג"ץ 3241/07 גונדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2007); בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, פס' 9–10 (פורסם בנבו, 26.12.2012) (פסק דין זה אמנם אינו מתבסס על הלכת ניר עם כהן אך הוא עוסק למעשה בסוג של טענה מינהלית, המופנית נגד הפרת זכות ההיוועצות של חשוד-עצור על ידי המשטרה. על כן הרעיון שבבסיסו מתאים גם ליישום רחב יותר באשר להפרת זכויות אחרות, במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית: "המשך מעצרו של עצור שנפל פגם משמעותי ומהותי בזכויותיו הבסיסיות כעצור עלול בנסיבות המתאימות לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר, בטוהר ההליך הפלילי ובאמון הציבור במערכת המשפט... משכך טעו הערכאות דלמטה משסברו כי יש להותיר את הדיון בטענות הנוגעות להפרת זכות ההיוועצות של המבקשים להליך העיקרי").

82 כפי שהוזכר בעניין ניר עם כהן, פס' 5: "בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום. כך למשל, יכול הוא... להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום".

יצוין כי קדמי בספרו (לעיל ה"ש 78, בעמ' 1281) מעלה את האפשרות של הרחבת הטענה המקדמית לפי ס' 149(3) לחסד"פ גם לטענות מהותיות כנגד עצם ההחלטה על הגשת כתב האישום. הוא מפנה בהקשר זה לבג"ץ 6136/06 פרי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.9.2006), שהוא אחד מפסקי הדין הראשונים של בג"ץ שאימצו את הלכת ניר עם כהן ואת הדוקטרינה המינהלית העולה ממנה. לדעתי, כאמור, הגם שהרחבה כזו אכן אפשרית ורצויה כיום, אין לראות בטענה המקדמית שלפי ס' 149(3) אכסניה בלעדית לדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, שכן לדוקטרינה יש תפקיד ערכי, חוקתי ודיוני חשוב גם ביתר השלבים של ההליך הפלילי.

83 עניין ליטוב, לעיל ה"ש 6, פס' 21. והשוו גם לדבריו של השופט ד"ר יובל ליברדו בת"פ (שלום ב"ש) 47492-04 מדינת ישראל נ' מנחמוב, פס' 7–12 (פורסם בנבו, 7.1.2014).

מן הצדק... אולם, נראה לי כי לאור בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן... יש לקיים את הדיון בבקשה לביטול כתב אישום בשל הפרת זכות השימוע בהתאם לדוקטרינת הביקורת המנהלית על מעשה המנהל. המדובר בפגם של התביעה, במסגרת החלטותיה המנהליות, ועל ההחלטה בדבר הסעד הראוי להינתן בהתאם לאיזון בין השיקולים השונים העומדים על הפרק, לרבות האינטרס הציבורי והאינטרס של הנאשם (ראו גם: (...).

2. טענות מינהליות נגד הרשויות המעורבות בהליך הפלילי שהועלו ללא מסגרת דוקטרינית ברורה

טענות מינהליות כלליות יותר נגד הרשויות המעורבות בהליך הפלילי – לא רק פרוצדוראליות, לא רק נגד התביעה ולא רק בהקשר של חוקיות כתב האישום – מצאו פעמים רבות את דרכן למשפט הפלילי, בערוצים דינוניים מגוונים. עניין של יום ביומו הוא שנאשמים וסניגורים מנסים לתקוף בבית המשפט הפלילי, לאורך כל שלבי ההליך, החלטות מינהליות של רשויות כגון המשטרה וגופי החקירה האחרים; שירות המבחן וגורמי רווחה ושיקום; גורמי אבחון ובריאות הנפש; הממונה על עבודות שירות ושירות בתי הסוהר; מזכירות בית המשפט; וכמובן גורמי התביעה על דרגיהם השונים. כמובן, חלק גדול מהטענות הללו ואופן הדיון וההכרעה בהן מוסדרים בדינים חקוקים ופסוקים ייעודיים, ולכן אינם מעוררים קושי: דיני המעצרים, דיני החיפוש והתפיסה, דיני הראיות, דיני בריאות הנפש, דיני הפרוצדורה הפלילית הכלליים וכיו"ב. לטענות "מוסדרות" מעין אלה אינני מתייחס כעת כאל "טענות מינהליות". עם זאת ראוי לשים לב כי ברמה התאורטית גם הן יכלו להיחשב לטענות מינהליות הכפופות למשפט המינהלי הכללי. ההסדרה הספציפית שלהן בדינים המיוחדים עשויה לטשטש זאת. לעומת זאת, לחלק גדול אחר מהטענות המינהליות מסוג זה אין הסדרה ספציפית במסגרת הדינים הייעודיים, ובחלק זה אנו דנים כעת.

לעתים קרובות טענות מינהליות "שיריות" ובלתי מוסדרות אלו הועלו בבית המשפט הפלילי באופן ספורדי, בלתי מובנה או מאולץ מבחינת סדרי הדין, ובדרך כלל מבלי "לקרוא לילד המינהלי בשמו". המציאות הכתיבה את הצורך בכך, גם בהיעדר דוקטרינה ברורה המסדירה זאת. במקרים רבים שופטים פועלים באופן פרגמטי כדי לפתור בעיה מעשית שהועלתה בפניהם, ולשם כך מסכימים לדון בטענות מסוג זה גם כשלא ברור מהו הבסיס המשפטי המדויק לכך. כך, למשל, טענות בעלות אופי מינהלי כנגד מעשים ומחדלים של הרשויות השונות שאינם מוסדרים בדינים הפליליים הייעודיים, מועלות ונדונות לא פעם אגב דינוני מעצרים לפי חוק המעצרים;⁸⁴ אגב דינונים על מסירת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ;⁸⁵ אגב עתירות לגילוי ראיות חסויות לפי סעיפים 44–46 לפקודת הראיות;⁸⁶

84 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996. למשל: טענות נגד המשטרה ושירות בתי הסוהר הקשורות לתנאים שבהם מוחזק החשוד או הנאשם במעצר ולהפרת זכויותיו, או טענות על השתהותו של שירות המבחן בהכנת תסקיר מעצר או על סירובו לברוק חלופת מעצר שהציע הנאשם.

85 ראו לעניין זה, למשל, את דעת היחיד של השופט הנדל בעע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2013), אשר דן באפשרות שנאשם יתקוף במסגרת ס' 74 לחסד"פ – במקום בהליך מינהלי לפי חוק חופש המידע כפי שהיה באותו מקרה – את החלטת התביעה המסרבת להעביר לעיונו חומר שמתעורר ספק אם הוא "חומר חקירה". הוא מציין כי "המציאות על מורכבותה מאלצת לעתים לעצב

אגב דיונים על קבילות ראיות ומשקלן;⁸⁷ במסגרת טענות לסייגים לאחריות הפלילית;⁸⁸ במסגרת טיעונים לעונש;⁸⁹ ואף במסגרת דיונים שגרתיים (בדרך כלל בעלי אופי פרוצדוראלי) העוסקים בניהולן

פתרונות עבור מצבים שאינם ניתנים לסיווג מוכר" (פס" 3 לפסק דינו); כי "ניתן להתייחס להליך כזה כבקשה לפי סעיף 74 במונח הרחב" (פס" 9, שבה הוא מפנה בהקשר זה גם להלכת ניר עם כהן); וכי "ארשה לעצמי לומר כי בשבתי בבית המשפט המחוזי לעניינים פליליים בתקופה שלאחר חקיקת חוק חופש המידע, סוגיות אלו נידונו לא פעם ולרוב הסתיימו בהסכמה תחת המסגרת הדיונית, ולא המהותית, של סעיף 74 לחסד"פ" (פס" 12(ג)). יצוין כי בהתייחס לעמדה זו של השופט הנדל כותבת השופטת ברק-ארוז באותו פסק דין (שם, פס" 39): "אכן, דומה שיש טעם בטענה לפיה קיימים יתרונות לכך שבקשות לקבלת מידע לצורך ההליך הפלילי ירוכזו בבית המשפט שדן בכתב האישום (בין אם באמצעות שימוש בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ובין באמצעות שימוש בכלים דיוניים אחרים), ולא יופרדו להליך מנהלי נפרד (השוו גם: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן...). מכל מקום, שאלה זו אינה מצריכה הכרעה במקרה דנן, וניתן להותירה לעתיד לבוא".

וראו עוד, למשל, ת"פ (שלום רמ') 10-03-23254 מדינת ישראל נ' דהן (פורסם בנבו, 5.8.2013). (תיק של הסניגוריה הציבורית). שם קבע השופט הישארם אבו שחאדה כי מכוח זכות העיון בחומר חקירה לפי ס' 74 לחסד"פ, רשאי מומחה מטעם ההגנה לבחון את המוצגים באמצעות מיקרוסקופ משוכלל ויקר שמצוי רק ברשות המשטרה (במחלקה לזיהוי פלילי – מז"פ). בכך ביטל למעשה את החלטתה המינהלית של המשטרה אשר סירבה לאפשר עיון כזה. יצוין כי לאור תוצאה זו לא נדרש השופט אבו שחאדה להכריע בטענת הסניגוריה הציבורית, שלפיה ניתן להגיע לאותה תוצאה גם באמצעות דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים (שם, פס" 5 ו-10).

גם בבש"פ 7955/13 פלוני, לעיל ה"ש 39, שבו הצטרפה הסניגוריה הציבורית כידיד בית המשפט לדין בערר לפי ס' 74 לחסד"פ, בשאלת זכותו של נאשם קטין לעיין בנימוקים להגשת כתב אישום נגדו באיחור, הוזכר אגב אורחא (בפס" 12) כי "הסניגוריה מעדיפה להגיש את הבקשות לקבלת הנימוקים במתווה פרוצדוראלי של טענה מנהלית כללית בהתאם להלכה שנקבעה בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן...". להבדיל מאשר כבקשה לעיון ב"חומר חקירה". באותו מקרה הערר באשר לזכות העיון בחומר חקירה לפי ס' 74 לחסד"פ נדחה, אולם נקבע מתווה דיוני אחר חדשני המאפשר לנאשמים הלכה למעשה לעיין בנימוקי התביעה (ראו את מאמרי באשר לחידוש זה, לעיל ה"ש 40). מכל מקום, שאלת האפשרות לבקש לעיין בנימוקים גם לפי דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לא נדונה שם.

86 פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. דיונים כאלה כוללים לא פעם, אגב ליבון שאלת החיסיון לגופה, גם טענות נגד החלטות מינהליות שונות הקשורות להטלת החיסיון.

87 דיונים המתקיימים לפי כללי הקבילות החקוקים שבפקודת הראיות, או לפי כללי הקבילות והמשקל המשלימים שנקבעו בפסיקה (כגון בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)). במסגרת דיונים אלה נדרש בית המשפט לעתים לבחון, למשל, את החלטותיהן המינהליות של רשויות האכיפה בקשר לאופן תפיסת הראיות, שמירתן, ביצוע (או אי-ביצוע) של בדיקות נוספות והשלמות חקירה לגביהן וכיו"ב.

88 ס' 34-33 לחוק העונשין. למשל, עשויות לעלות טענות נגד החלטתה המינהלית של המשטרה שלא להמשיך ולחקור לעומק את האפשרות שמתקיים אחד מסייגי האחריות הפלילית (למותר לציין כי חקירה כזו היא מתפקידה של המשטרה, כחלק מחובת ההגנות והנאמנות המינהלית שמוטלת עליה כלפי החשוד, כמו גם כחלק מהאינטרס הציבורי שבחקר האמת ובמניעת אישומי שווא. זאת על אף שהנטל הפורמלי במשפט עצמו להוכחת קיומו של סייג לאחריות הפלילית יהיה מוטל על הנאשם, כעולה מס' 34 לחוק העונשין).

דוגמה אחרת ניתן להביא מפסק דין שניתן לאחרונה על ידי השופט ד"ר יובל ליברדו בתיק של הסניגוריה הציבורית – ת"פ (שלום ב"ש) 13-10-37846 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.6.2014). באותו מקרה זוכה נאשם פלסטיני מעבירת הסתננות לישראל על בסיס סייג הצורך (ס' 34 לחוק העונשין). לאחר שנקבע כי התעורר לכל הפחות ספק סביר כי כניסתו לישראל נבעה מסכנה שנסקפה לחייו בשטחים בשל היותו סייגן. בפועל ניתן היה להשקיף על טענת הצורך גם כעל מעין טענה מינהלית, המכוונת כנגד

השוטף של התיק על ידי בית המשפט.⁹⁰ מנגד, רבים גם השופטים אשר נרתעים מקיום דיונים "מינהליים" שיוריים מסוג זה במסגרת משפטית שאינה ברורה. דיונים כאלה נתפסים על ידי אותם שופטים כשייכים לתחומם של בג"ץ, וכחורגים מסמכותם – ומכל מקום מתפקידם – של בתי המשפט הפליליים.⁹¹

לדעתי, כיום ניתן וראוי להכניס לפחות חלק מן הטענות המינהליות השיוריות הללו, שאין להן מסגרת משפטית פורמלית, לתוך המסגרת החדשה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, בין בהיקפה הנוכחי כפי שהתווה בהלכת ניר עם כהן ובפסקי הדין שצעדו בעקבותיה, ובין באמצעות פיתוח והרחבה נוספים של הדוקטרינה, התואמים את תכליותיה. אם לא נאמר כך, הרי שהכתובת הפורמלית לחלק מטענות אלו – אשר בוודאי דורשות מענה דיוני מוסמך כלשהו – תהיה בג"ץ (או ערכאה מינהלית אחרת), שיצטרך לדון בהן במקביל להליך הפלילי, וזאת בניגוד ברור לרציונלים העומדים בבסיס הלכת ניר עם כהן.⁹²

3. טענות מינהליות נגד רשויות רגולטוריות ואחרות שהועלו ב"תקיפה עקיפה"

מאז ומעולם הייתה מוכרת במשפט הפלילי בישראל האפשרות של נאשם לטעון בעקיפין כנגד תוקפו של אקט מינהלי, אשר חוקיותו היא יסוד מיסודות העבירה. אקט מינהלי מסוג זה יכול להיות כללי, כגון חקיקת משנה שעל הפרתה מתבסס האישום,⁹³ או ספציפי, כגון היתר או צו מינהלי המופנה באופן

החלטה מינהלית הפוכה שקיבלה ועדת המאוימים, אשר דחתה את בקשת הנאשם לקבלת היתר שהייה בישראל מכוח הסכנה הנטענת לחייו בשטחים. יצוין כי בית המשפט בחר שלא להכריע בטענת הגנה מן הצדק – בעלת רכיבים מינהליים – שהעלה הנאשם על בסיס אותה סכנת חיים נטענת, בצינו: "בכל הקשור לטענת ההגנה מן הצדק, סבור אני כי מדובר בשאלה כבודת משקל, מהבחינה התאורטית שלה, דהיינו – האם הגשת כתב אישום כנגד סייען בגין כניסה לישראל שלא כדין פוגעת בתחושת הצדק וההגינות – ואולם סבורני כי לא הונחה בפניי תשתית ראייתית מתאימה להכרעה בשאלה... בכל מקרה, נוכח מסקנתי ביחס לסייג הצורך, לא מצאתי לנכון להכריע בטענה זו".

89 כיום, לאחר חקיקתו של תיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, קובע במפורש ס' 40 לאי לחוק העונשין ("נסיבות שאינן קשורות בכיצוע העבירה"), כי בגזירת העונש המתאים רשאי בית המשפט להתחשב בין היתר ב"התנהגות רשויות אכיפת החוק". טענה נגד התנהגות רשויות אכיפת החוק היא למעשה טענה מינהלית. כמובן שגם לפני תיקון 113 נהגו סניגורים להעלות טענות מסוג זה בעת הטיעונים לעונש, כמו גם בשלבים אחרים של ההליך.

90 בדיונים כאלה מועלות לא פעם טענות נגד החלטות מינהליות שונות שמקבלת התביעה במהלך ניהול התיק, ואשר יש להן השפעה מהותית על הנאשם וזכויותיו.

91 כך, למשל, בפרשת דהן, לעיל ה"ש 85, קבע בתחילה בית המשפט, בהחלטתו מיום 24.4.2012, כי בקשת הנאשם לעשות שימוש במיקרוסקופ של מז"פ נדחית, משום ש"הנאשם לא הצביע על מקור סמכותו של בית המשפט להורות למשטרה לאפשר לנאשמים לעשות שימוש בציד טכני שנמצא ברשותה". בהמשך הגישה הסניגוריה הציבורית בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו, ובעקבותיה התקבלה הבקשה, כאמור לעיל.

92 ראו פרשת ניר עם כהן, פס' 5; והשוו לדוגמאות המובאות לעיל בה"ש 81.

93 למשל ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957); ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות', פ"ד יג 1026 (1959); ע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412 (1972).

אישי לנאשם ואשר הוא מואשם בהפרתו.⁹⁴ אקטים מעין אלה, שחוקיותם היא יסוד מיסודות העבירה, נעשים בדרך כלל על ידי רשויות שניתן להגדיןן כרשויות רגולטוריות, המתקנות תקנות ומנפיקות היתרים וצווים. ההכרעה באשר לתוקפם של האקטים במתווה דיוני עקיף זה נעשית על ידי בית המשפט באופן אגבי, על בסיס הסמכות הנגזרת של בית המשפט הקבועה כיום בסעיף 76 לחוק בתי המשפט.⁹⁵ היא נעשית "לצורך אותו עניין" בלבד, כלומר – לפחות להלכה – מבלי להשפיע על תוקפו של האקט המינהלי בהקשרים אחרים.⁹⁶ מבחינת הדין המהותי, תקיפה עקיפה זו של האקט מתבססת על עילות רגילות של המשפט הציבורי – המינהלי והחוקתי. כך הסביר השופט זמיר את מהותה זו של דוקטרינת התקיפה העקיפה במשפט הפלילי, בפרשת יוחייב:⁹⁷

"הלכה ישנה ומבוססת היא, כי גם בהליך פלילי חלה חזקת החוקיות של החלטה מינהלית, וגם בהליך פלילי רשאי בית המשפט לבדוק את החוקיות של החלטה מינהלית, ככל שחוקיות ההחלטה היא אחד מיסודות העבירה, בדרך של תקיפה עקיפה, על פי העילות של המשפט הציבורי. ראו לדוגמא: ...

הווי אומר, לאחר שהמערער [שהואשם בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי שלא ברשות – ר"ג] טען להגנתו בפני בית הדין הצבאי כי ההחלטה לחייל אותו נתקבלה שלא כדין, ולכן לא היה לה תוקף, היה בית הדין רשאי, ואף חייב, לבדוק את חוקיות ההחלטה. חוקיות החלטה מינהלית, כמו החלטה לחייל אדם, נבדקת על-פי אותן עילות בבית-משפט פלילי ובבית המשפט הגבוה לצדק".

הגדרה רחבה יותר לתקיפה העקיפה היא כי בתקיפה כזו שאלת חוקיותה של החלטה מינהלית מתעוררת באופן עקיף, במסגרת הליך משפטי שנועד למטרה אחרת.⁹⁸ הגדרה זו רלוונטית הן למשפט הפלילי והן למשפט האזרחי.⁹⁹

94 למשל רע"פ 4398/99 עינת הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000); רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673 (2001); רע"פ 3080/10 סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 25.12.2012).

95 לעיל ה"ש 25. ס' 76, שכותרתו "סמכות נגזרת", קובע: "הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר". ראו זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 260. וראו עוד, למשל, רע"א 483/88 מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו, פ"ד מד(3) 812 (1990).

96 עם זאת ברור כי למעשה, כאשר שאלת תוקפו של האקט המינהלי תשוב ותתעורר בהקשרים אחרים, בין מחוץ לבתי המשפט ובין בתוכם, ייתנו הכול – ובמיוחד רשויות המדינה – את לבם לקביעה השיפוטית שכבר ניתנה במסגרת התקיפה העקיפה, ולפיה אותו אקט תקף או בלתי תקף. מבחינה מהותית אפוא התקיפה העקיפה משפיעה בדרך כלל על שאלת תוקפו של האקט המינהלי גם שלא "לצורך אותו עניין" בלבד. השוו למשל לדבריה של השופטת ברק-ארוז בע"א 3202/11 אבו פריה נ' מדינת ישראל, פס' 19 (פורסם בנבו, 30.12.2012).

97 רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, פס' 3 (1999).

98 זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 260.

99 לדיון נרחב בתפיסה המסורתית של התקיפה העקיפה ראו זמיר השפיטה בעניינים מינהליים, לעיל ה"ש 25, בעמ' 19 ואילך. בתפיסה המסורתית התקיפה העקיפה הייתה מוגבלת לפגמים מינהליים שתוצאתם

מהי לעומת זאת תקיפה ישירה? "בתקיפה ישירה אדם עותר או מערער לבית-המשפט במטרה מוצהרת לבטל החלטה מנהלית בטענה שהחלטה בלתי-חוקית".¹⁰⁰ אמנם בדרך כלל תקיפה ישירה מעין זו נעשית על בסיס דבר חקיקה מפורש המסדיר את הפנייה לבית המשפט.¹⁰¹ לכן היו שהגדירו את התקיפה הישירה ככזו שמתבססת על "הליך הקיים בחוק".¹⁰² אולם נראה כי אין זו הגדרה מוצלחת. הרי גם סעיף 76 לחוק בתי המשפט עצמו הוא דבר חקיקה המסדיר את הפנייה לבית המשפט, אף שכל מהותה היא תקיפה עקיפה ולא ישירה. ומנגד, אם בית המשפט העליון קובע, בהלכה פסוקה, אפשרות של פנייה לבית המשפט שעל פי אופייה היא פנייה ישירה לביטול החלטה מינהלית, מדוע יש חשיבות לכך שהדבר אינו נעשה על בסיס הוראה חקוקה דווקא? נראה אפוא כי ההגדרה שהובאה לעיל מדויקת יותר.

האם הטענות ה"בג-ציות" שניתן להעלות כיום בבית המשפט הפלילי על פי הלכת ניר עם כהן, כגון נגד החלטת התביעה על הגשת כתב האישום, הן בגדר תקיפה עקיפה או ישירה? יש לכך פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, ייתכן לומר שכאשר מתבקש ביטולו של כתב אישום במסגרת הליך פלילי, הרי ששאלת חוקיותה של ההחלטה המינהלית על הגשת כתב האישום מתעוררת רק באופן עקיף, במסגרת הליך משפטי שנועד למטרה אחרת – היא המטרה של הכרעה באשר לנכונותו של כתב האישום לגופו. כך גם לגבי החלטות מינהליות אחרות הניתנות לתקיפה במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. לפי גישה זו, ובהתאם להגדרתה המרחיבה של דוקטרינת התקיפה העקיפה, ניתן יהיה לומר שמדובר בתקיפה עקיפה. מאידך גיסא, ייתכן גם לומר שמדובר בתקיפה ישירה, אף אם מדובר בתקיפה ישירה מ"דגם" חדש ופחות מוכר, ועל אף שתקיפה ישירה זו מבוססת על ההלכה הפסוקה ולא על דבר חקיקה.

אני נוטה לדעה כי מדובר בתקיפה ישירה. על פי הלכת ניר עם כהן, העלאת טענות "בג-ציות" בבית המשפט הפלילי היא "דרך המלך", והיא משמשת כיום, ככלל, כתחליף ישיר ומלא לבג"ץ. בלשונו של השופט גרוניס: "על דרך השיגרה ובהיעדר טעמים מיוחדים, סבורים אנו כי דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך

הייתה בטלות של האקט המינהלי מדעיקרא (בראש ובראשונה פגם של חוסר סמכות), להבדיל מפגמים שתוצאתם הייתה "נפסדות" בלבד. להתפתחויות בתפיסה המסורתית שלמעשה ביטלו הגבלה זו, בעקבות קליטתה של דוקטרינת הבטלות היחסית במשפט הציבורי, ראו למשל דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 822 ואילך (2010). לתקיפה עקיפה באופן כללי ראו גם את פסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647 (1999). כיום ניתן אפוא לתקוף בתקיפה עקיפה גם פגמים מינהליים שתוצאתם אינה בהכרח בטלות אוטומטית של האקט המינהלי. עם זאת, כאמור, התפיסה המקובלת עדיין קושרת את התקיפה העקיפה במשפט הפלילי לתקיפת חוקיותם של אקטים המהווים יסוד מיסודות העבירה (אם כי גם במקרים כאלה עשוי בית המשפט במקרים מיוחדים להעדיף את דרך התקיפה הישירה. ראו למשל בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון (פורסם בנבו, 21.1.2010). ייתכן שפסק הדין בפרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, שידון להלן, מסמן שינוי והרחבה גם בעניין זה.

100 זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 260.

101 כגון ס' 15(ג)–(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, המסדיר את הפנייה לבג"ץ; וכגון חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס–2000.

102 ראו למשל יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587, 604 (1993).

הפלילי גופו.¹⁰³ הנאשם אינו יכול עוד כיום אפוא, ככלל, לעתור לבג"ץ "במטרה מוצהרת לבטל את ההחלטה המינהלית". תחת זאת הוא צריך "לעתור לבית המשפט הפלילי", בהליך-משנה שהוא יוזם בתוך ההליך הפלילי העיקרי, על מנת להשיג את אותה מטרה מוצהרת של ביטול ישיר של ההחלטה המינהלית. אין הבדל מהותי בין הליך-משנה זה לבין העתירה לבג"ץ שאותה הוא נועד להחליף. ממילא נראה כי יש לומר שבית המשפט הפלילי צריך לדון בטענות מינהליות אלו, כיום, באופן ישיר ולא אגבי, ולפסוק לגביהן פסיקה כללית מחייבת, ולא רק "לצורך אותו עניין". זאת, כחלק אינהרנטי מסמכותו העיקרית הרחבה, לקבוע האם יש להרשיע את הנאשם (ובכלל זה האם יש לנהל הליך פלילי נגדו), ולא רק האם הנאשם "אשם" במובן המהותי הצר. למעשה זוהי אותה סמכות רחבה שמכוחה הכיר בית המשפט העליון בעבר ביכולתו של בית המשפט הפלילי לבטל כתב אישום בשל הגנה מן הצדק, בטרם עיגונה של הגנה זו בחקיקה. סמכות זו מאפשרת לבית המשפט לקבוע, בין היתר, כי כלל אין מקום לנהל נגד הנאשם הליך פלילי. הוא יכול להושיט מכוחה גם סעדים אחרים, מתונים יותר מאשר ביטולה המוחלט של ההחלטה המינהלית הנתקפת.¹⁰⁴ הוא יכול לקבוע זאת מכל טעם המוכר במשפט הציבורי. אני נוטה אפוא לומר, כי אפשרות זו לתקיפה ישירה של אקטים מינהליים ולקבלת סעד מינהלי ישיר נגדם בבית המשפט הפלילי, היא אחד המאפיינים המרכזיים של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. אם אכן כך, הרי שהיא גם המאפיין המרכזי המבדיל דוקטרינה זו מהדוקטרינה המסורתית של התקיפה העקיפה (שאף היא, מכל מקום, נותרה כמובן על כנה ותישאר רלוונטית במקרים מתאימים,¹⁰⁵ לצד דוקטרינת הביקורת המינהלית).

יש הבדלים נוספים בין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לדוקטרינת התקיפה העקיפה. אתייחס לאחד מהם. כאמור, דוקטרינת התקיפה העקיפה נועדה בדרך כלל לתקיפת אקטים מינהליים של רשויות רגולטוריות – תקנות, היתרים וצווים – אקטים אשר חוקיותם היא יסוד מיסודות העבירה. דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים נועדה בראש ובראשונה לתקיפת אקטים מינהליים של רשויות האכיפה – הרשות התובעת והרשות החוקרת. רשויות האכיפה אינן מתפקדות בדרך כלל כרשויות

103 פרשת ניר עם כהן, פס' 5.

104 שם.

105 כך עולה למשל מפסק דינו המנחה של השופט זמיר בעניין עינת הראל, לעיל ה"ש 94. אף שפסק דין זה אינו "אוהד" באופן כללי את סוג המקרים של תקיפה עקיפה של צו או היתר אישיים במסגרת ההליך הפלילי, וקובע שכלל יהיה מקום לדחות טענות מינהליות עקיפות המשתייכות לקטגוריה זו, הרי שמובהר בו כמה פעמים ובוואריאציות שונות כי מדובר בכלל הכפוף להריגים. ממילא ברור לפיו כי יש לבחון את הדברים בכל מקרה לגופם.

יתרה מכך, במאמרו החדש של פרופ' זמיר משנת 2012, זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 261, נאמר כי "בהדרגה הולכת ומתגבשת הדעה שראוי לאפשר תקיפה עקיפה בכל טענה שאפשרית בתקיפה ישירה". פרופ' זמיר מוסיף כי "אין פירוש הדבר שאחת היא אם החלטה מינהלית נבחנת בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה", ומבהיר כי "אפשר שבית-המשפט יסרב להושיט בתקיפה עקיפה סעד שהוא היה מוכן להושיט בתקיפה ישירה". אולם, לדבריו, "נראה שכיום בית-המשפט יהיה מוכן באופן עקרוני לבדוק בתקיפה עקיפה כל פגם המיוחס להחלטה מינהלית, מבלי להתייחס לסיווג אפשרי של הפגם, ולהחליט בדבר התוצאה של הפגם לגוף העניין, לפי נסיבות המקרה הנידון". הוא מסכם את דיונו זה במילים: "לדעתי, הגיע הזמן שבית-המשפט גם יצהיר בלשון מפורשת שזו ההלכה" (שם, בעמ' 262).

רגולטוריות, וחוקיות החלטותיהן אינה מהווה בדרך כלל "יסוד מיסודות העבירה". על כן לרוב דוקטרינת התקיפה העקיפה – לכל הפחות לפי הגדרתה הצרה המסורתית – אינה רלוונטית לגביהן.¹⁰⁶ זה המקום להתייחס לדברים שכתב בהקשר זה השופט עמית בפרשת מוחתסב.¹⁰⁷ באותו מקרה תקפה הסניגוריה הציבורית, על בסיס הלכת ניר עם כהן (בצד הגנה מן הצדק), חלק מסוים מהנחיה של פרקליט המדינה, שעניינה העמדה לדין של מסייעי שוהים בלתי חוקיים בישראל. אני נוטה לומר, כאמור, כי תקיפה זו הייתה חלק מתקיפה ישירה של כתב האישום, כמוסבר לעיל.¹⁰⁸ במקום להעמיד לביקורת שיפוטית את שיקול הדעת של התובע המסוים שטיפל בתיק, הועמד לביקורת שיפוטית שיקול הדעת של הממונה עליו, פרקליט המדינה, אשר הנחה את כל התובעים איך להפעיל את שיקול דעתם. כאמור, בית המשפט קיבל את המתווה הדיוני המינהלי הזה שנקטה הסניגוריה הציבורית, ואף קבע כי זהו המתווה הרצוי. הוא לא סבר כי מקומה של תקיפת הנחיה כללית של פרקליט המדינה הוא בבג"ץ, אלא להפך, ובחן לגופה את ההנחיה במשקפי המשפט המינהלי והחוקתי (כזכור בקשת רשות הערעור נדחתה לבסוף לגוף העניין, אך זה אינו מענייננו כעת). זהו, לדעתי, ביטוי מובהק ליישומה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, בין שנראה זאת כתקיפה ישירה ובין שנראה זאת כתקיפה עקיפה. מכל מקום, השופט עמית ראה את תקיפת ההנחיה של פרקליט המדינה כתקיפה עקיפה. לאור זאת הוא אף סבר כי אין חידוש מהותי במתווה דיוני זה. החידוש התבטא, לדעתו, רק בכך ש"כיום זו אף דרך המלך", כפי שנקבע בעניין ניר עם כהן. כדבריו:¹⁰⁹

"המבקש, והסניגוריה 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..."

106 גם לכלל זה יש חריגים. לעתים גם רשויות האכיפה מתפקדות כרשויות רגולטוריות המנפיקות צווים אישיים. כך, למשל, המשטרה יכולה להורות על מעצר או עיכוב של אדם, על שחרורו בתנאים שבהם עליו לעמוד, וכיו"ב. החלטות מעין אלו ניתן לתקוף במסלולי תקיפה ישירה ייעודיים שנקבעו לכך בחוק (כגון במסגרת דיני המעצרים). עם זאת כאשר אדם מועמד לדין על הפרת החלטות אלו, כגון בעבירה של הפרת הוראה חוקית (ס' 287 לחוק העונשין), אזי האפשרות של תקיפה עקיפה בדיעבד של חוקיות אותן החלטות מינהליות של רשויות האכיפה, רלוונטית כמו לגבי כל רשות אחרת.

107 לעיל ה"ש 10.

108 ליתר דיוק, באותו מקרה הייתה זו תקיפה ישירה של החלטתה המאוחרת של התביעה שלא לחזור בה מכתב האישום שכבר הוגש. לא הייתה מחלוקת כי הגשת כתב האישום עצמו, במקור, הייתה כדין. טענת הסניגוריה הציבורית התייחסה רק לתקופה שבה עודכנה הנחיית פרקליט המדינה, כאשר כתב האישום היה תלוי ועומד. יש לשים לב, כפי שכבר צוין בפתח המאמר (ראו הטקסט לעיל מעל ה"ש 10 עד ה"ש 11), כי מבחינה זו מדובר למעשה בהרחבה של הלכת ניר עם כהן, שכן בעניין ניר עם כהן דובר רק על החלטות מינהליות שקדמו להגשת כתב האישום.

109 פרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, פס' 3(ב) לפסק דינו של השופט עמית.

כאמור, אני נוטה לראות את הדברים מעט אחרת. חוקיותה של הנחיית פרקליט המדינה באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת בהעמדה לדין, איננה יסוד מיסודות העבירה. בכך היא נבדלת מחקיקת המשנה שנתקפת בתקיפה עקיפה, בהתאם לגישה המסורתית המתבטאת בפסק הדין שאליו הפנה השופט עמית, ובפסקי דין דומים לו.¹¹⁰ כמו כן, אילו היה מחליט בית המשפט בעניין מוחתסב לבטל את החלק הרלוונטי של הנחיית פרקליט המדינה, נראה ברור למדי כי הכרעתו הייתה נתפסת כבעלת תוקף כללי, ולא רק "לצורך אותו עניין" – הוא עניינו של הנאשם מוחתסב. השופט עמית ציין בעצמו בפתח דבריו, כי בקשת רשות הערעור "מעוררת סוגיה משפטית החורגת מעניינו של המבקש, ונוגעת גם לתקנים תלויים ועומדים נוספים הממתינים לפסק דינו".¹¹¹

עם זאת יש לומר, ואולי בכך בעצם העיקר בהקשר זה, כי ספק רב אם עדיין נותרה כיום נפקות מעשית של ממש להבחנה המסורתית שבין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה. גם הקביעה שלפיה ההכרעה

110 ראו לעיל ה"ש 93.

111 פרשת מוחתסב, לעיל ה"ש 10, פס' 3 (א) לפסק דינו של השופט עמית.

לדוגמה נוספת המעוררת את שאלת ההבחנה שבין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה ראו את פסק דינו של השופט רון שפירא בע"ח (מחוזי חי') 8193-05-13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.7.2013). (תיק של הסניגוריה הציבורית שבו ייצגתי עם עו"ד תאופיק ג'בארין ועו"ד אנגאם ספייה את העורר). מדובר בערר לפי ס' 74 לחסד"פ, שהגיש נאשם בשהייה בלתי חוקית בישראל, הטוען כי הוא אנוס לשהות בישראל בשל סכנה הנשקפת לחייו בשטחים על רקע היות משפחתו משפחת סייענים. בקשתו הייתה לקבל לעיונו את החומר (הבלתי חסוי) של ועדת המאוימים אשר דנה בעניינו, ואשר קבעה כי אין מקום להעניק לו היתר שהייה בישראל מכוח מאוימותו הנוטעת (הגם שהיא הכירה במאוימותו בעבר ונתנה לו היתר שהייה במשך שנים אחדות). המדינה טענה בין היתר, כי החומר המבוקש אינו רלוונטי להליך הפלילי משום שלא ניתן לתקוף את החלטתה המינהלית של ועדת המאוימים במסגרת ההליך הפלילי, אלא רק בעתירה נפרדת שיגיש העורר לבג"ץ (זאת על אף שהעורר הבהיר כי מטרתו העיקרית בהליך הפלילי לא תהיה תקיפת החלטת הוועדה ככזו, אלא הוכחת המאוימות כעניין שבעובדה; וכי הוכחת המאוימות תקים לו שורה של טענות הגנה, מהן – לצד טענות מינהליות – גם טענות "פליליות" מסורתיות שבוודאי אינן רלוונטיות לבג"ץ).

השופט שפירא קיבל את הערר וקבע כך: "אין בידי לקבל את עמדת המשיבה כי מדובר בהליך שאינו נוגע לאישום, ובעצם מדובר בהחלטה מנהלית גרידא. קיים קשר ישיר בין החלטת הוועדה שהסירה את הגדרתו כמאוימים לבין ההחלטה שלא לחדש את היתר השהייה בישראל ובהמשך להגשת כתב האישום. ... ער אני לעובדה כי מדובר בהרחבה מסוימת של היריעה שנפסקה בהלכת ניר עם, אולם יש לזכור כי ההגיון העומד בבסיס ההלכה הנ"ל הוא היעילות השיפוטית וצמצום הליכים מיותרים... הגיון זה יפה גם לענייננו... לפיכך, מן הראוי לאפשר לעורר להעלות את טענותיו לעניין פגמים שנפלו, לטענתו, בהחלטת הוועדה שביטלה את מעמדו כמאוימים שסכנה נשקפת לחייו במסגרת ההליך הפלילי... כפועל יוצא מכך, הנתונים שהיו בפני הוועדה וההליך שבמסגרתו התקבלו החלטות הוועדה נתונים לביקורת שיפוטית במסגרת ההליך הפלילי ויש בהם כדי לסייע בהגנתו של העורר. מכאן גם שחומר הנוגע להליך שהתנהל בפני הוועדה הוא בגדר של חומר חקירה שיש להעבירו לעיון העורר".

כאמור, דברים אלה מעוררים את השאלה אם הטענות המינהליות שביקש הנאשם באותו מקרה להעלות במסגרת ההליך הפלילי העיקרי (לצד הטענות הפליליות המסורתיות) הן בגדר תקיפה ישירה או תקיפה עקיפה. אלא שטענות אלו אינן מקשה אחת: חלקן מכוונות כנגד התביעה על עצם הגשת כתב האישום, וחלקן מכוונות כנגד ועדת המאוימים על החלטתה שלא להכיר בנאשם כמאוימים. אני נוטה לדעה כי הסוג הראשון של הטענות המינהליות, המכוונות כנגד החלטת התביעה להגיש את האישום – ואשר משום כך כפופות באופן מובהק להלכת ניר עם כהן ואינן יכולות כיום להיטען בבג"ץ – הן בגדר תקיפה ישירה; ואילו הסוג השני של הטענות המינהליות, המכוונות כנגד החלטת ועדת המאוימים כרשות רגולטורית, הן אכן בגדר תקיפה עקיפה.

בתקיפה העקיפה מוגבלת רק "לצורך אותו עניין", כאמור בסעיף 76 לחוק בתי המשפט, אינה אמורה להיות בעלת משמעות ממשית כאשר הצד שכלפיו היא מכוונת הוא המדינה, שכלל מחויבת ממילא לכבד גם הכרעות אגביות של בתי המשפט וליישמן באופן שוויוני.

נותרנו אפוא עם חשיבותם האמיתית של דבריו האמורים של השופט עמית, ובכך ראוי לסיים: בין שמדובר בתקיפה ישירה ובין שמדובר בתקיפה עקיפה, ובין שיש לראות את דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים כחידוש גדול (תקיפה ישירה של החלטות מינהליות בבית המשפט הפלילי), או כחידוש "קטן" (תקיפה עקיפה אשר "כיום זו אף דרך המלך"), הרי שהדוקטרינה עצמה שרירה וקיימת. דוקטרינה זו מאפשרת בין היתר לתקוף את שיקול דעת התביעה – לרבות את הנחיות פרקליט המדינה כמי שממונה על התביעה – לפי הלכת ניר עם כהן, על בסיס כללי המשפט המינהלי והחוקתי, כתחליף מלא לבג"ץ.

ז. במקום סיכום – היערכותה המוסדית של הסניגוריה הציבורית להרחבת השימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית

ברוח השנתי לשנת 2013 של הסניגוריה הציבורית, שהגיש הסניגור הציבורי הארצי לשרת המשפטים, תחת הפרק "פיתוח הממשק שבין המשפט הפלילי לבין המשפט המינהלי",¹¹² פורטו צעדים מוסדיים שנוקטת הסניגוריה הציבורית לשם קידום טענות מינהליות וחוקתיות במשפט הפלילי. נאמר כי הסניגוריה משקיעה בכיוון זה את עיקר המאמץ בנושא פיתוח הממשק שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי. נסקרו דוגמאות של פסקי דין מהשנתיים האחרונות בתיקי הסניגוריה הציבורית, שבהם נעשה שימוש בדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים. כמו כן נאמר כי בשנת 2013 ובתחילת 2014 חלו שינויים ארגוניים חשובים בסניגוריה המקדמים מגמה זו: כחלק מהמבנה הארגוני החדש של הסניגוריה הוקצה על ידי נציבות שירות המדינה תקן פורמלי של מנהל תחום בכיר לתחום המשפט המינהלי בסניגוריה הארצית, ובנוסף נקבעו בכל מחוזות הסניגוריה ממונים מחוזיים על תחום המשפט המינהלי (במשרה חלקית), הפועלים תחת ריכוזו המקצועי של מנהל התחום הארצי. הוסבר כי תפקיד הממונים המחוזיים הוא להעמיק ברמת השטח את פיתוח הממשק האמור, על ידי איתור תיקים מתאימים להעלאת טענות מינהליות וליוויים, ועל ידי הפצת הידע המצטבר בתחום לכלל הסניגורים הפנימיים והחיצוניים במחוז.

בצעדים ארגוניים אלה של הסניגוריה הציבורית יש משום "הרמת הכפפה" שהטיל בית המשפט העליון לעברה של קהילת הסניגורים בפרשת ניר עם כהן ובפסקי הדין הרבים שהלכו בעקבותיה; ומשום הוצאת הפוטנציאל הרב אשר טמון בדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים מן הכוח אל הפועל – לשם פיתוח שיטת המשפט, קידום האינטרס הציבורי שבהידוק הפיקוח על פעולת רשויות האכיפה בהתאם לדין, ושמירה על זכויות הנאשמים. יש לקוות כי למאמץ זה יצטרפו גם סניגורים רבים שאינם פועלים במסגרת הסניגוריה הציבורית, וכי אף בתי המשפט יאותו לממש באופן רחב את הנחיותיו החוזרות ונשנות של בית המשפט העליון בנושא חשוב זה.

112 הסניגוריה הציבורית – דוח פעילות 2013, פרק 1.9, עמ' 61–64 (אוגוסט 2014), זמין באתר הסניגוריה הציבורית.