

## הביקורת השיפוטית אינה עוצרת על מפתן דלתן של רשויות התביעה

בעקבות דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021)

מאת

**מיכל טמיר\***

במוקד פסק הדין של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת רותם<sup>1</sup> עמדה השאלה המשפטית בדבר יכולת בית המשפט לבקר את שיקול דעת התביעה בהגשת כתב אישום. אומנם, שבעת השופטים הגיעו לאותה תוצאה אופרטיבית, ובמובן זה פסק הדין ניתן פה אחד, אך השופטים הצהירו שהשאלה המשפטית הוכרעה ברוב דעות של ארבעה שופטים לעומת שלושה. למרות שדעת הרוב אישרה, לכאורה, את דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף<sup>2</sup>, הרי שהמכנה המשותף של שופטי הרוב בשני פסקי הדין שונה לחלוטין.

ברשימה זו אבקש להראות כי למעשה ההבדלים בין דעת הרוב לדעת המיעוט בדיון הנוסף קלים מאוד. יתרה מזאת, בעוד מפסק הדין נושא הדיון הנוסף עלה כי אין מקום לביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב אישום, הרי שהעמדה העולה מפסק הדין בדיון הנוסף מאפשרת ביקורת כזו. בניגוד לעמדה הרווחת בשיח שהתפתח בעקבות פסק הדין בדיון הנוסף, פסק הדין דווקא מהווה בשורה לחשודים ולנאשמים.

### פרשת רפי רותם – השתלשלות העניינים

רפי רותם הועסק ברשות המיסים כקצין חקירות ומודיעין. במהלך עבודתו הוא טען שגילה פרשת שחיתות ברשות. טענותיו נחקרו במשטרה, אך תלונותיו נסגרו בלא שהוגשו כתבי אישום. רותם ניהל במשך שנים מאבק על מנת שטענותיו יתבררו בבית המשפט. במסגרת מאבקו הוא הטריד גורמים שונים שהיו מעורבים

\* הכותבת היא פרופסור חברת במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט ופרופסור אורחת באוניברסיטת ברקלי, קליפורניה.

אזכור מוצע: מיכל טמיר "הביקורת השיפוטית אינה עוצרת על מפתן דלתן של רשויות התביעה" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מו (16.1.22) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/tguvit-tamir>

<sup>1</sup> דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (7.1.2001) (להלן: דנ"פ רותם).

<sup>2</sup> רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם (5.5.2000) (להלן: רע"פ רותם).

בטיפול בתלונותיו ועלב בהם. כנגד רותם הוגש כתב אישום שייחס לו עבירות שונות, וביניהן עשרים עבירות של הטרדה באמצעות מתקן בזק.

בית משפט השלום הרשיע אותו ברוב העבירות שיוחסו לו,<sup>3</sup> אך בית המשפט המחוזי קיבל חלקית, ברוב דעות, ערעור שרותם הגיש, וזיכה אותו מעבירות הטרדה.<sup>4</sup> שופטי הרוב קבעו שעצם ההחלטה על העמדתו של רותם לדין בעבירות אלה לא הייתה מידתית ולא קיימה את עיקרון השיוויון במשפט הפלילי, שלפיו יש להעמיד לדין פלילי רק כאמצעי אחרון. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה, והרשיע את רותם גם בעבירות הטרדה. בפסק הדין נקבע בדעת רוב של השופטים סולברג ושטיין, בניגוד לדעתו של השופט אלרון, כי אין מקום לביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של הפרקליטות בהגשת כתב אישום. נשיאת בית המשפט העליון, אסתר חיות, החליטה על קיום דיון נוסף בפסק הדין, בהרכב של שבעה שופטים בראשותה. **השאלה המשפטית שעמדה במוקד הדיון הנוסף הייתה אם בית המשפט רשאי להתערב בהחלטת התביעה להגיש כתב אישום אם לדעתו הגשתו הייתה בנסיבות המקרה לא סבירה או לא מידתית.**

בפסק הדין בדיון הנוסף כל שופטי ההרכב הסכימו כי יש להותיר את הרשעתו של רותם על כנה.<sup>5</sup> אך בשאלה המשפטית העקרונית, שהדיון הנוסף כונס כדי להכריע בה, התגלעה, לפי סיכום פסק הדין, מחלוקת בין השופטים, אשר הוכרעה ברוב של ארבעה שופטים מול שלושה (וביניהם הנשיאה). וזו לשונה של הפסקה הרלוונטית מסיכום פסק-הדין:

"הוחלט ברוב דעות השופטים המשנה לנשיאה נ' הנדל, השופט י' עמית, השופט נ' סולברג והשופט א' שטיין (כנגד דעתם החולקת של הנשיאה א' חיות, השופט ע' פוגלמן והשופט י' אלרון), כי אין מקום להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא ניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום נגד הנאשם יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" במובנו של [סעיף 10149\(10\)](#). אם למרות זאת, עולה טענה לחוסר סבירות ולחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום, על בית המשפט לבחון אם טענות אלו עומדות במבחנים של הגנה מן הצדק".<sup>6</sup>

אלא שקריאה בפסק הדין הארוך, המשתרע על 124 עמודים וכולל חוות דעת נפרדות של שישה מתוך שבעת השופטים (השופט סולברג הסתפק בהפניה לפסק דינו בערעור), מעלה, כלשונו של השופט עמית, אחד משופטי הרוב, כי ההבחנה בין הרוב למיעוט היא "עניין של טרמינולוגיה ולא עניין שבמהות".<sup>7</sup> גם דעת הרוב אינה שוללת ביקורת שיפוטית על הפרקליטות, אלא מבקשת שהדבר ייעשה דרך טענת ההגנה מן הצדק. יתרה מזאת, ייתכן שמקרה אחר היה מוביל לתוצאה מעשית שונה. פסק הדין עצמו שונה אפוא ממה שיוחס לו בדיון המשפטי והציבורי שהתנהל בעקבותיו. הדיון הרווח עסק בניצחון ה"שמרנות" ו"שיח

<sup>3</sup> ת"פ (ת"א) 1074-02-13, ת"פ 37958-02-15 מדינת ישראל נ' רותם (6.10.2016).

<sup>4</sup> ע"פ (ת"א) 23813-01-17 רותם נ' מדינת ישראל (7.9.2018).

<sup>5</sup> דני"פ רותם, לעיל ה"ש 1.

<sup>6</sup> שם, פסקה ג' לסיכום.

<sup>7</sup> שם, פסקה 9 לפסק-דינו של השופט עמית.

הראיות" (המתמקד בשאלה אם יש מספיק ראיות להעמדה לדין) על "שיח הזכויות" (המתמקד בזכויות נאשמים) והציג את פסק הדין כמבטל את יכולתם של נאשמים לטעון להגנתם כי נפלו פגמים מינהליים בהתנהלות רשויות האכיפה.<sup>8</sup>

בעוד שכמעט כל השופטים (חוץ מהשופט שטיין) הסכימו כי על נאשמים להעלות טענות נגד הגשת כתב האישום במשפט הפלילי עצמו, ולא בבג"ץ, הרי שהמחלוקת-לכאורה התגלעה בשאלה אילו טענות נאשמים יוכלו להעלות. שופטי הרוב (המשנה לנשיאה הנדל והשופטים עמית, סולברג ושטיין) סברו כי אין להעלות טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא ניתן לטעון רק כי בהגשת כתב האישום נגד הנאשם יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" במובנה של טענת "ההגנה מן הצדק" המעוגנת בחוק סדר הדין הפלילי.<sup>9</sup> ככל שהנאשם מעלה טענה לחוסר סבירות או לחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום, על בית המשפט לבצע מעין "המרה" של הטענה במובן זה שעליו לבדוק אותה על פי המבחנים הרגילים של הגנה מן הצדק. שופטי המיעוט (הנשיאה חיות והשופטים פוגלמן ואלרון) סברו, לעומת זאת, כי במסגרת טענת הגנה מן הצדק ניתן לטעון, ללא ביצוע "המרה", לחוסר סבירות או לחוסר מידתיות בהגשת כתב האישום.

### התפתחות ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי

אך האם קיים פער מהותי בין המבחנים "הרגילים" של הגנה מן הצדק לבין מבחני הסבירות והמידתיות של המשפט המינהלי? האפשרות להעלות הגנה מן הצדק בישראל הוכרה לראשונה, בהשראת המשפט האמריקני, בפרשת ויסות מניות הבנקים משנות השמונים, שבה הנאשמים, ראשי מערכת הבנקאות, טענו כי יש לזכותם משום שהמדינה עצמה הייתה מעורבת בפרשת ויסות המניות.<sup>10</sup> הגם שטענתם נדחתה לגופה, בית המשפט העליון קבע כי ייתכנו מצבים חריגים שבהם הטענה תתקבל כאשר הרשות "עשתה שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה".<sup>11</sup> גם בהמשך בית המשפט העליון חזר והדגיש כי יש לקבל את הטענה רק במקרים שבהם "המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת".<sup>12</sup>

בשעתו, כשכתבתי את הספר "אכיפה סלקטיבית",<sup>13</sup> סברתי כי האפשרות לטעון להגנה מן הצדק במשפט הישראלי מצומצמת מדי. זאת ממספר טעמים. ראשית, בעוד שבארצות הברית, שהדין החל בה היווה השראה להגנה מן הצדק בישראל, המשפט המינהלי אינו חל על רשויות האכיפה, הרי שבישראל (בדומה לאנגליה) רשויות האכיפה הן רשויות מינהליות. לא ראוי שבעוד פעילותן של כלל רשויות המינהל כפופה

<sup>8</sup> לדוגמה קיצונית ראו: יהודה יפרח, "מחול הפגיונות: האם הגענו לנקודת מפנה בשאלת האקטיביזם השיפוטי בישראל", **מקור ראשון** (2.1.2022), <https://www.makorrishon.co.il/opinion/440495>.

<sup>9</sup> סעיף 149(10) **לחוק סדר הדין הפלילי** [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

<sup>10</sup> ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 (1996).

<sup>11</sup> שם, בעמ' 368. השופט ד' לויין אמנם הכיר בקיומה של ההגנה, אך דחה את הטענה בדבר התקיימותה במקרה הספציפי. השופט טל, לעומת זאת, סבר כי בנסיבות העניין הרשויות היו מושתקות מלהגיש את האישום בעבירה הנדונה. ראו: דבריו שם, בעמ' 492.

<sup>12</sup> ראו למשל דברי השופט חשין בדנ"פ 3039/02 **הר"שפי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 337, 342 (2002).

<sup>13</sup> מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית** (2008) (להלן: אכיפה סלקטיבית).

לדרישת הסבירות, הרי שדווקא על רשויות האכיפה, אשר בידיהן מצוי הכוח הרב ביותר לפגוע בזכויות אדם, יחול הסטנדרט המצמצם של התנהגות "שאינה שערורייתית".<sup>14</sup> **שנית**, לא ראוי שבעוד שהפליה במשפט הישראלי בכללותו נבחנת במבחן התוצאה, באשר לרשויות התביעה תידרש הוכחת מניע זדוני.<sup>15</sup> **שלישית**, בעוד שבארצות הברית הגנה מן הצדק הוגדרה באופן מצמצם בשל כך שתוצאת קבלתה היא בהכרח ביטול כתב האישום, הרי שבישראל החלטה מינהלית פגומה אינה בהכרח בטלה, אלא הפגם בהתנהלות רשויות האכיפה יכול, למשל, להביא להקלה בענישה.<sup>16</sup>

ואכן, במהלך השנים בית המשפט העליון ריכך את תנאי ההגנה מן הצדק, וקבע כי פגיעה בתחושת הצדק וההגינות יכול שתתקיים לא דווקא בשל התנהגות שערורייתית של הרשויות. פגיעה כזו יכולה להתקיים בשל רשלנות של הרשויות או אפילו בשל נסיבות שאינן תלויות ברשויות, אך מובילות בבירור למסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.<sup>17</sup>

התפתחות נוספת חלה כאשר הכנסת תיקנה את החוק, והוסיפה לטענות המקדמיות שהנאשם רשאי להעלות טענה כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית".<sup>18</sup> ניסוח זה תואם את המבחנים המרוככים יותר שנקבעו בפסיקה. ואכן, מאז, בית המשפט העליון הדגיש כי בבסיס ההגנה מן הצדק עומדת אמת מידה תוצאתית, של פגיעה בתחושת הצדק וההגינות, אשר אינה תלויה בקיומו של מניע פסול של רשויות האכיפה.<sup>19</sup> בית המשפט קיבל את עמדתו והרחיב את ההגנה גם למקרים בהם כתב אישום הוגש תוך הפליה שהיא פרי של רשלנות או של טעות בשיקול הדעת מצד הרשות.<sup>20</sup> אף שבית המשפט העליון הדגיש כי החלת ההגנה במקרים שבהם לא הייתה כוונת זדון תיעשה רק במקרים חריגים של הפליה משמעותית, הרי שבסופו של דבר, ההגנה מן הצדק מאפשרת כיום התמודדות מקיפה עם פגמים בפעולתן של רשויות האכיפה.

### הביקורת השיפוטית על רשויות התביעה – בין סבירות ומידתיות להגנה מן הצדק

מהי אם כן המשמעות של עמדת הרוב בפרשת רותם לפיה כל הטענות כנגד רשויות האכיפה צריכות להיבחן במשקפי ההגנה מן הצדק? האם ייתכן שכתב אישום יוגש בנסיבות שבהן הגשתו היא בלתי-סבירה באופן קיצוני ללא ביקורת שיפוטית? התשובה לשאלה זאת היא שלילית גם לפי עמדת הרוב. המשנה

<sup>14</sup> שם, בעמ' 152.

<sup>15</sup> שם, בעמ' 153-159. ראו גם מיכל טמיר, "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" **מחקרי משפט** כו 217, 256 (2010).

<sup>16</sup> אכיפה סלקטיבית, לעיל ה"ש 13, בעמ' 350-351.

<sup>17</sup> ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 807 (2005).

<sup>18</sup> התיקון התקבל בעקבות הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51) (הגנה מן הצדק), התשס"ז-2007, ה"ח הכנסת 143, 138.

<sup>19</sup> ראו ע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** פסקה 100 לפסק דינו של השופט מלצר (31.10.2018).

<sup>20</sup> ראו שם. כן ראו למשל ע"פ 4355/08 **לסקוב נ' עיריית ת"א** (15.1.2010), פסקה 5 לפסק דינו של השופט לוי; ע"פ 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל** (12.8.2012), פסקה 21 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז; ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 57 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז (1.3.2017).

לנשיאה הנדל כתב כי ייתכן שבמקרים מסוימים הרף שקובעת ההגנה מן הצדק יהיה אפילו נמוך יותר מהרף של "חוסר סבירות קיצונית", שהוא רף הביקורת הנוגע לכלל הרשויות המינהליות.<sup>21</sup> עם עמדה זו, לפיה ההגנה מן הצדק יכולה בנסיבות מסוימות להיטיב עם נאשמים אפילו יותר ממבחן הסבירות, הסכים גם השופט עמית.<sup>22</sup>

גם באשר למידתיות, עיקרון מרכזי במשפט הציבורי הישראלי, סברו שופטי הרוב כי במקרים המתאימים ניתן להחילו על רשויות האכיפה במסגרת הגנה מן הצדק. חוק סדר הדין הפלילי מסמיך תובע להעמיד לדין אדם כאשר מצויות ראיות כנגדו, אך מחריג מצב בו התובע סבור "שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין".<sup>23</sup> הנחיות פרקליט המדינה קובעות באותו הקשר כי "במסגרת שיקוליו אם להימנע מהעמדה לדין... יבחן התובע אם קיים הליך משפטי חלופי אפשרי להליך הפלילי, שיש בו כדי לתת מענה הולם או מתאים יותר בנסיבות העניין".<sup>24</sup> עיקרון המידתיות קבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו המגן על "כל אדם", כולל חשודים, נאשמים ונפגעי עבירה. חוק-היסוד קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>25</sup> רשויות השלטון כוללות את רשויות האכיפה ואף את בתי המשפט. כל הרשויות, אם כן, חייבות לדאוג לכך שהפגיעה בזכויות האדם תהיה מידתית.

המשמעות של דעת הרוב היא, שאף שטענה לחוסר מידתיות או לחוסר סבירות בהגשת כתב האישום אינה טענה עצמאית אלא חייבת להיבחן במשקפי ההגנה מן הצדק, הרי ייתכנו מצבים בהם ראוי היה לנקוט אמצעי קל יותר מהגשת כתב אישום. במצבים אלו הגשת כתב האישום תיחשב פגיעה מהותית בעקרונות של צדק והגינות משפטית. כפי שציין השופט עמית, "המונח 'הגינות' הוא כרקמה הפתוחה, והוא רחב דיו כדי לקלוט אליו מקרים של אי סבירות וחוסר מידתיות".<sup>26</sup>

מהבחינה העיונית נראה לי שהניתוח המשפטי של השופט פוגלמן, שאליו הצטרפו הנשיאה חיות והשופט אלרון, המסווג בפסק הדין כ"דעת מיעוט", מדויק יותר מהניתוח של הרוב. ואולם, כפי שכתב שופט הרוב עמית, נראה כי "המחלוקת בין רוב חברי ההרכב אינה מהותית אלא מושגית-דוקטרינרית או עיונית גרידא, ללא השלכות יישומיות של ממש".<sup>27</sup> כל השופטים הסכימו שהמקרה של רותם לא היה מקרה בו התביעה ירתה באופן בלתי-מוצדק בתותחים הכבדים של הגשת כתב אישום. אבל ייתכן שנסיבות אחרות היו מובילות לתוצאה אחרת.

אין מחלוקת כי ההחלטות של רשויות האכיפה נתונות לביקורת שיפוטית. מפסק הדין בדיון הנוסף, גם מחוות הדעת של שופטי הרוב וגם מאלה של שופטי המיעוט, ניתן ללמוד שככל שיש לסנגורים טענה רצינית נגד הגשת כתב אישום הם יוכלו להעלותה במסגרת הגנה מן הצדק. גישה זאת שונה מדעת הרוב של השופטים סולברג ושטיין בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. למרות שהשופטים סולברג ושטיין כתבו

<sup>21</sup> דני"פ רותם, לעיל ה"ש 1, פסקה 14 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה הנדל.

<sup>22</sup> שם, פסקה 10 לפסק-הדין של השופט עמית.

<sup>23</sup> חוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 9, סעיף 62.

<sup>24</sup> הנחיית פרקליט המדינה 1.1 "אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין" (2.9.2019).

<sup>25</sup> סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>26</sup> דני"פ רותם, לעיל ה"ש 1, פסקה 9 לפסק-הדין של השופט עמית.

<sup>27</sup> שם, פסקה 2 לפסק-הדין של השופט עמית.

שעמדתם לא השתנתה, הרי שבעצם הסכמתם להצטרף לעיקרי ההנמקות של השופטים הנדל ועמית יש נסיגה מפסק דינם הקודם, שלפיו אין להרהר אחר שיקול הדעת המינהלי של התביעה בהגשת כתב אישום ואין מקום לביקורת שיפוטית על שיקול דעת זה. מכל מקום, המסר של השופטים הנדל ועמית קרוב מאוד לזה של שלושת שופטי המיעוט.

לפחות חמישה שופטים קבעו אפוא שבית המשפט הפלילי יכול, ובמקרים המתאימים גם צריך, לבקר את שיקול הדעת המינהלי של התביעה בהגשת כתב אישום. חמישה שופטים אף דחו את הניסיון להטיל ספק במקומה הנכבד של עילת הסבירות במשפט הישראלי. זוהי בשורה חשובה מנקודת המבט של זכויות נאשמים. הביקורת השיפוטית, כלשונו של השופט פוגלמן, אינה "נעצרת על מפתן דלתן של רשויות התביעה".<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> שם, פסקה 27 לפסק-הדין של השופט פוגלמן.