

# בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ - הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים - חלק ב

רענן גלעדי<sup>1</sup>

## כללי

בחלקו הראשון של המאמר (להלן: **חלק א**) הוצגו הלכת **ניר עם כהן**<sup>2</sup> ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים<sup>3</sup>, שעולה מהלכה זו ומפסקי הדין הרבים של בג"ץ שבאו בעקבותיה. הוסבר כי לפי ההלכה והדוקטרינה החדשות, דרך המלך כיום להעלאת טענות מינהליות (וחוקתיות) על ידי נאשמים נגד רשויות האכיפה, ובכלל זה נגד שיקול דעתה המהותי של התביעה באשר לעצם הגשת כתב האישום, היא בבית המשפט הפלילי, ולא בבג"ץ כפי שהיה מקובל בעבר. זאת, לאו דווקא במסגרת המוכרת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר מיקודה והתנאים לתחולתה אינם חופפים לאלה של המשפט המינהלי ושל דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים המבוססת עליו. עוד צוין **בחלק א**, כי המשמעות היא שלא זו בלבד שבית המשפט העליון **מתיר** כיום לערכאות הפליליות לקיים ביקורת שיפוטית-מינהלית ישירה, בעלת אופי "בג"צי", על שיקול דעתן המינהלי של רשויות האכיפה; 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 שיפוטית כלשהו. מטרת המאמר הוסברה **בחלק א** כך:

"למרות פסיקה עקבית זו של בית המשפט העליון במהלך שבע השנים האחרונות, מתברר כי מעטים מאוד הסניגורים העושים שימוש בכלי רב עוצמה זה בבתי המשפט הפליליים, ומעטים מאוד גם השופטים והתובעים בערכאות הדיוניות המודעים לשינוי דרמטי זה שחל בשיטת המשפט. מצב מתמשך זה הינו בעייתי וטעון שינוי, שכן מערך שלם וחשוב של טענות המעוגנות בדיון, ואשר עשויות לשפר את ההליך הפלילי ואת התנהלות הרשויות המעורבות בו, נופל בין הכסאות ולמעשה נזנח, על אף שבית המשפט העליון סבור כי הוא ראוי לדיון ענייני בערכאות הדיוניות. מכאן הצורך במאמר זה.

מטרת המאמר היא להגביר את מודעותם של 'שחקני' המשפט הפלילי להלכת **ניר עם כהן**, 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 לבטל כתבי אישום שהוגשו בניגוד לכללי המשפט המינהלי והחוקתי; וכן - באמצעות פיתוח נוסף של הדוקטרינה התואם באופן מלא את תכליותיה, לרבות הפחתת העומס מבג"ץ ומניעת פיצול ההליכים - להתערב גם בהחלטות מינהליות אחרות שהתקבלו שלא כדין על ידי הרשויות המעורבות בהליך הפלילי, בין לפני הגשת האישום ובין במהלך ניהול המשפט. אגב כך גם יפותח המשפט הפלילי בדרך של העשרתו במרכיבים 'בג"ציים', אשר יעמיקו את הפיקוח השיפוטי על עבודת הרשויות ובכך יקדמו את האינטרס הציבורי הרחב ואת שלטון החוק בשלטון, בנוסף לזכויות הנאשמים."

מאז שנכתב חלקו הראשון של המאמר חלו התפתחויות חשובות בתחום זה. אחיזתה של הלכת **ניר עם כהן** הורחבה והועמקה, הן בבית המשפט העליון והן בערכאות הדיוניות, כפי שניתן ללמוד בין היתר מהפסיקה (החלקית) המוזכרת בהמשך המאמר. נראה כי כיום המודעות של שופטים, סניגורים ותובעים בערכאות הדיוניות להלכה ול"כללי המשחק" החדשים הגלומים בה, עלתה באופן משמעותי. עם זאת, עוד רבה הדרך עד ליישום נרחב ומספק של הדוקטרינה החדשה. שופטים רבים עדיין מהססים להשתמש בדוקטרינה, אף כאשר מוצגת בפניהם פסיקתו המפורשת של בית המשפט העליון אשר מכתירה אותה כ"דרך המלך". שופטים רבים אחרים אינם מכירים עדיין את הדוקטרינה, והסניגורים שמופיעים לפניהם 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. אין זאת אלא שהטמעתו של שינוי תפיסתי כה משמעותי מצריכה

<sup>1</sup> מנהל תחום בכיר - המשפט המינהלי, הסניגוריה הציבורית הארצית. לשעבר עוזר משפטי בכיר בבית המשפט העליון ופרקליט במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. חלקו הראשון של המאמר פורסם ב**הסניגור** 190 (2013) 4 (פתוח לעיון באתר הסניגור ובאתר הסניגוריה הציבורית). תודה למשנה לנשיא (בדימ) אליהו מצא, למשנה לנשיא (בדימ) ד"ר שלמה לוי, לשופט (בדימ) פרופ' יצחק זמיר, לד"ר יואב ספיר, לד"ר ענת הרוויץ, לד"ר אלקנה לייסט, לאיילת עוז, לפרופ' אמנון רייכמן, לד"ר אסף הרדוף, לד"ר גרשון גונטובניק, לדב גלעד כהן, לעמית דויטשר ולנועם גוטמן, על קריאת טיוטות המאמר ועל הערותיהם החשובות והמועילות. האחריות לאמור במאמר היא כמובן שלי בלבד.

<sup>2</sup> בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** (6.2.06).

<sup>3</sup> אזכיר כי במונח "**ביקורת מינהלית**", במסגרת מאמר זה, הכוונה היא לביקורת שיפוטית המבוססת על המשפט המינהלי. לעיתים היא תכונה גם "**ביקורת שיפוטית-מינהלית**". ליתר דיוק יש לומר כי מדובר למעשה על ביקורת שיפוטית המבוססת על **המשפט הציבורי בכללותו**, לרבות המשפט **החוקתי**. אך לשם קיצור ומניעת סרבול אמשך להתייחס להלן בעיקר למשפט המינהלי, שמבחינה עניינית ומעשית הוא אשר עומד במרכז הדוקטרינה.

<sup>4</sup> ראו למשל, לאחרונה, בג"ץ 6887/13 **אפרים קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה** (12.1.14): "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". ההדגשות, כאן ובציטוטים שיובאו בהמשך, אינן תואמות למקור.

הבהרה זו מתבססת בעיקר על פסק דין חדש ובולט של בית המשפט העליון אשר התייחס באופן ממוקד לנושא זה. השני, היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין סוגים שונים של טענות מינהליות שנדונו במשפט הפלילי המסורתי בעבר (שלא במסגרת ההגנה מן הצדק), ובמיוחד טענות מינהליות שהועלו ב"תקיפה עקיפה".

מלכתחילה היו אמורים להיכלל בחלק זה (וכך ציינתי בחלק א) נושאים נוספים: סקירה מקיפה של דוגמאות מהפסיקה ומפרקטיקה להחלטות מינהליות של הרשויות המעורבות בהליך הפלילי, שאותן ניתן כיום לתקוף במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים; פיתוחים דיוניים ומהותיים נוספים שראוי להוסיף על הדוקטרינה כפי שהיא היום, לרבות בתחום הסעדים המינהליים; וכן דיון בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות התביעה בדבר העמדה לדין (להבדיל מהחלטות בדבר אי-העמדה לדין), על פי הדין המינהלי כפי שראוי שיעודכן בעקבות העברת תחום זה מבג"ץ לערכאות הפליליות. בסופו של דבר בשל קוצר היריעה לא ניתן היה לשלב את הנושאים הללו בחלק הנוכחי, והם יפורסמו בנפרד במועד מאוחר יותר.

### היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לדוקטרינת ההגנה מן הצדק

אחת הדוגמאות לנושא מרכזי המצריך פיתוח והבהרה, היא היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לחלק מנושא זה התייחסתי כבר בחלק א. לחלק נוסף ממנו, שאף הוא איננו ממצה את הסוגיה, אתייחס כעת. כמה פסקי דין מהעת האחרונה 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<sup>5</sup>. נזכיר כי הלכת **ניר עם כהן** קבעה במפורש שניתן להעלות את

ותצריך עוד זמן<sup>6</sup>. השינוי מחייב את כל "שחקני המשפט הפלילי להתרגל לחשוב ולדבר גם בשפתו של המשפט המינהלי, לא סכר 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 לא נופלת מחשיבותם של כללי המשפט הפלילי היסודיים ביותר - המהותיים, הדיוניים והראייתיים - שעל פיהם יכולה לקום ולפולל ההרשעה<sup>7</sup>.** וכפי שטעמים חברתיים וערכיים כבדי משקל, העומדים בבסיס המשפט הפלילי, מצדיקים להשקיע משאבים ניכרים בהתדיינות בשאלת ההרשעה או הזיכוי, ואף בשאלת גובה העונש; כך טעמים חברתיים וערכיים כבדי משקל, העומדים בבסיס המשפט המינהלי והפלילי גם יחד, עשויים להצדיק השקעת משאבי התדיינות סבירים גם בשאלת ביטול האישום או ההקלה בעונש על בסיס כללי המשפט המינהלי.

מעבר להגברת המודעות לדוקטרינה ולהרחבת השימוש בה, נדרשת עוד עבודה רבה 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 יתרונותיה הדיוניים של מסגרת זו, מזמינה אף התאמות ושיפורים של הפרקטיקה אשר נהגה בעבר בבג"ץ באותם נושאים<sup>8</sup>.

חלק שני זה של המאמר ינסה לתרום במעט לתהליך הבהרת הדוקטרינה ופיתוחה. אתמקד בשני נושאים: האחד, חידוד והבהרה נוספים, מעבר לאמור בחלק א, של היחס בין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

5 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.

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

7 כך, למשל, בפרשת **ניר עם כהן** עצמה הסביר השופט גרוניס (בפיסקה 5), כי "לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לבירור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק"; וכן "ש 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 הפלילית" העמוקה שהוא נדרש ממילא לערוך כלפיהן במסגרת תפקידו המסורתי - כלפי הראיות שאספו, פעולות החקירה שנקטו, עובדות כתב האישום שניסחו, הוראות החיפוק שבחרו, המעצר או הנאי השחרור שביקשו, חומר החקירה שמסרו וכיו"ב. עבור בית משפט שממילא צריך לקיים בתיק שלפניו ביקורת כה אינטנסיבית על פעולת הרשויות, הוספת נדבך ביקורת נוסף, המבוסס על המשפט המינהלי, היא קלה ויעילה במקרים רבים. זאת במיוחד במקרים שבהם הנדבך המינהלי יידון כטענה מקדמית (כגון לפי הרישא הפתוחה של סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: **חסד"פ**)), או לפי סעיף 149(3), אשר אם 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.

8 ראו, למשל, את פסק דינו החשוב של השופט משה יועד הכהן בת"פ (מחוזי י-ם) 39390-04-12 **מדינת ישראל נ' א.י.** (4.7.13) (תיק של הסינגוריה 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 (פיסקה 28 להחלטה), אך למרות זאת קבע כי הוא מבטל את האישום **מכוח ההגנה מן הצדק דווקא** (ראו פיסקאות 25-40). 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 להחלטת המינהלית של המשנה לפרקליט המדינה אשר אישרה את הגשת כתב האישום באיחור (מכוח סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; להלן: **חוק הנוער**). 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"** (פיסקה 38 להחלטה). 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** (20.5.13). בית המשפט אף

מאשר התפתחות היסטורית מקרית ולא הכרחית. חובתה המהותית של הרשות המינהלית - ובכלל זה התביעה הפלילית - לנהוג בשוויון לא 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 בנוסף לדוקטרינת 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**<sup>16</sup>, והוא מסכם כך:

30. "נהנה 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 ההחלטה 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 הדינית היא ההליך הפלילי; זאת, בלא זיקה הכרחית למבחנים שנקבעו בגדרה של 'הגנה מן הצדק'. מכל מקום, הואיל וישאלה זו לא הועמדה להכרעה לפנינו, אמנע מקביעת מסמרות ואבחן את פעילות הרשות במשקפי דוקטרינת ההגנה מן הצדק. אין צריך לומר כי גם במסגרת דינית זו תבחן הפעלת שיקול**

הטענות המינהליות בבית המשפט הפלילי "בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה". 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 אחד"<sup>10</sup>. ככזה, הוא מעמיד במרכז 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 במרכז בעיקר את התנאים המיוחדים להגנה זו: מצד אחד את שיקולי הצדק האינדיבידואלי וההגינות (שהינם לרוב<sup>11</sup> צרים יותר משיקולי הדין המינהלי והחוקתי בכללותם); ומצד שני את המגבלות הנוקשות שחוטלו על היקף תחולתה של דוקטרינה זו על ידי בית המשפט העליון, אשר מייחדות אותה ל"מקרים חריגים ביותר" ו"יוצאי-דופן"<sup>12</sup>, לכל הפחות בהקשר של האפשרות לביטול האישום (להבדיל אולי מהאפשרות של הקלה בעונש). רק בצידם של תנאים אלה, ובכפוף להם, נבחנות במסגרת ההגנה מן הצדק גם אמות מידה מתוך המשפט הציבורי.

בפסק דין חשוב שניתן לאחרונה בבית המשפט העליון, בעניין **פולדי פרץ**<sup>13</sup>, הקדיש השופט פוגלמן פרק להבחנה מהותית זו שבין שתי הדוקטרינות, תחת הכותרת "אכיפה בררנית - דוקטרינת ההגנה מן הצדק או ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית"<sup>14</sup>. כידוע, את טענת האכיפה הבררנית - או בכינויה המדויק יותר לטעמי: **אכיפה מפלה** - מקובל מזה זמן רב לבחון תחת דוקטרינת ההגנה מן הצדק<sup>15</sup>. אלא שמדובר בלא יותר

ביקר את התנהלותה הדינית של התביעה, אשר "מעבר לכך שהיא משקפת חוסר עניין בתיק, מצביעה גם על זלזול כלפי בית המשפט" (פיסקה 34). כאמור, נימוקים אלה של בית המשפט הם דוגמאות לשיקולים הנועזים בראש ובראשונה באינטרס הציבורי הרחב ובקיום כללי המשפט המינהלי, שמקומם הטבעי בדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, ופחות בפגיעה בעקרונות הצדק האינדיבידואלי וההגינות כלפי הנאשם הספציפי, אשר עומדים במרכז דוקטרינת ההגנה מן הצדק. 9 פרשת **ניר עם כהן**, בפיסקה 4.

10 דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 4837/12 **פלונים נ' השר לביטחון פנים** (19.11.13). 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 את דברי השופט ברק בבג"ץ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (1987), בפיסקה 9.

11 יש מקרים שבהם שיקולי הצדק האינדיבידואלי יהיו רחבים יותר משיקולי המשפט המינהלי והחוקתי הרגילים. כך, למשל, ייתכן שלא היה כל פגם בהתנהלות הרשות, או שהיה בה פגם קל בלבד, ובכל זאת המשך ניהול ההליך הפלילי יהיה כרוך בא-צדק ממש מנקודת המבט של הנאשם. ראו לעניין זה ע"פ 4855/02 **בורוביץ נ' מדינת ישראל** (2005), בפיסקה 21.

12 שם. צמצום זה אושר גם בפסקי דין חדשים יותר, שניתנו לאחר שעוגנה ההגנה מן הצדק בחקיקה, בסעיף 104(א) לחס"פ. אציין כי לדעתי אין מקום לצמצום זה של עקרונות הצדק וההגינות החקוקים, שאותם לא מצא לנכון המחוקק לסייג ולצמצם באופן זה, חרף מודעותו לפסיקה הקודמת. לעניין זה ראו: ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שנייה, 2009), עמ' 77-125 (להלן: **נקדימון**); זאב טגל ואבי זמיר, "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית", **ספר דיוד ינר - על משפט פלילי ואתיקה** (2009) 231. נראה לי כי בעניין זה טרם נאמרה המילה האחרונה, ויהיה מקום לשוב וללבונו בבוא העת בבית המשפט העליון. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא כי נכון להיום צמצום משמעותי זה הינו חלק מהדין הקיים כשמדובר בהגנה מן הצדק.

13 ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.13).

14 שם, בפיסקאות 27-31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

15 לסקירה ראו: דפנה ברק-ארז, "אכיפה בררנית - מן הזכות לטעוד", **הסינוור** 200 (נובמבר 2013) 14, 15 (להלן: **ברק-ארז, אכיפה בררנית**); נקדימון, עמ' 388-414;

מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית** (2008).

16 פרשת **פולדי פרץ**, בפיסקאות 24-31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

את התנהלותה הפסולה של הרשות החוקרת או התובעת, ככל שהייתה כזו.

בהקשר זה אזכיר, כפי שצינתי **בחלק א**, 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 האינדיבידואלי 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. 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 ולאגטיטית מאשר ההפרדה בין שתי הדוקטרינות, אולם כל עוד זכויותיו המהותיות של הנאשם לפי המשפט הציבורי יהיו מובטחות במלואן, אין טעם טוב לפסול אפשרות זו מכל וכל. **למעשה, משמעות אפשרות ביניים זו היא, בפשטות, כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תהפוך להיות גם דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים.** שאלה אחרת היא אם תצמח

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", "אמנם מקביעת מסמרות", הנובעת מכך ששאלה זו לא הועמדה להכרעת בית המשפט. על אף נימה זהירה זו 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<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>. ועוד מבהיר השופט פוגלמן (תוך הפניה ל**חלק א** של מאמר זה), 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 ברחיבה עשויה לסייע לא רק לעשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשם קונקרטי; יש בה אף משום הגשמה של האינטרס הציבורי הרחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון**"<sup>19</sup>.

לדעתי מכלול השיקולים שמציג השופט פוגלמן בפסק דינו עשויים עקרונית לתמוך בהרחבת יריעתה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לא רק לטענת האכיפה המפלה, אלא גם לחוב הטענות האחרות המשויות בדרך כלל להגנה מן הצדק (חקירה פסולה, שיהיו בהגשת האישום, הפרת הבטחה שלטונית וכיו"ב). השופט פוגלמן אומנם הבחין ביניהן, בציינו כי "לעומת טענות אלה, יסודה של טענת אכיפה ברחיבה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת התביעתי"<sup>20</sup>. 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 ידו לפי סעיף 62 לחסד"פ - את **מכלול** השיקולים הרלוונטיים<sup>21</sup>, ובכלל זה

17 ראו למשל: בג"ץ 1382/13 פלוני נ' בית המשפט המחוזי בחיפה (27.2.13) ("דרך המלך להעלאת טענות באשר לפגמים שנפלו בכתב האישום או בהתנהלות התביעה, ובכלל זאת טענה של הגנה מן הצדק, היא במסגרת ההליך הפלילי עצמו" - פסקה 9; רע"פ 4562/11 מוחטב נ' מדינת ישראל (7.3.13) ("כיום זו אף דרך המלך, כפי שנאמר בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ... כוחה של הלכה זו, יפה במיוחד נאך לא רק - ר.ג.] במקרים בהם מועלית טענה של 'הגנה מן הצדק' - פסקה 3(ב) לפסק דינו של השופט עמית); בג"ץ 815/11 פלוני נ' המשנה לפרקליט המדינה (8.2.11) ("... 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'").

18 ראו גם ברק-ארז, **אכיפה ברחיבה**, 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 ברחיבה בהקשרים פליליים לא רק יכולה להיעשות בהליך הפלילי עצמו, אלא למעשה אמורה להיעשות במסגרתו" (בה"ש 20 בעמ' 16 היא מפנה ל**חלק א** של מאמר זה באשר "להיקף הטענות שניתן לעורר בהליך הפלילי").

19 פרשת **פולדי פרץ**, בפסקה 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן, וראו עוד, למשל, ברק-ארז, **אכיפה ברחיבה**, 14: "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".

20 פרשת **פולדי פרץ**, בפסקאות 28-29 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
21 ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (1990), בפסקה 26 (להלן: פרשת גנור).

תועלת עניינית כלשהי למדינה או לבית המשפט 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 ב"ררנית"<sup>22</sup>). הוא לא הסתייג - ולדעתי ניתן למעשה 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 הסתייה ..."<sup>23</sup>). באמרת אגב מעניינת אחרת של הנשיא גרוניס, הוא מייחס למונח "אינטרס ציבורי" משמעות צרה יחסית. אלה דבריו: "הטענה של אכיפה ב"ררנית, 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"<sup>24</sup>. 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 הסינוגר

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 כי דבריו של הנשיא גרוניס אינם נותנים די ביטוי לכך שהאינטרס הציבורי אשר נדון בסעיף 62 לחסד"פ, ואשר כתב אישום אמור להיות מוגש רק לאחר שקילתו, אינו רק האינטרס הציבורי הצר שבאכיפת נורמות פליליות (עם כל חשיבותו). **זהו האינטרס הציבורי הרחב, הכולל גם את חובותיה המינהליות והחוקתיות של הרשות, ובהן חובת השוויון**<sup>25</sup> - שהיא העומדת לדין 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 במונחה 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 כדיון, וכי משום כך 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 בדיקת ההנחה שאותה מבקשת טענת האכיפה המפלה בצורתה ה"מינהלית" להעמיד לבחינה.**

### היחס שבין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לטענות מינהליות שהועלו במשפט הפלילי המסורתי, לרבות ב"תקיפה עקיפה"

כפי שהוזכר **בחלק א**, גם לפני הלכת **ניר עם כהן** נדונו לעיתים 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 ספוראדי לאורך כל שלבי ההליך, ללא מסגרת דוקטרינארית 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.

22 פרשת **פולדי פרץ**, בפיסקה 2 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

23 **שם**, בפיסקה 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

24 **שם**, בפיסקה 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

25 ראו למשל: פרשת **גנור**, פסקאות 26 ו-31; בג"ץ 88/10 **אוה שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2010), פסקה 25.

הפלילי - לא רק פרוצדוראליות, לא רק נגד התביעה ולא רק בהקשר של חוקיות כתב האישום - מצאו פעמים רבות את דרכן למשפט הפלילי, בערצים דיוניים 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 התיאורטית 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.**

לעיתים קרובות טענות מינהליות "שיריות" ובלתי מוסדרות אלו הועלו בבית המשפט הפלילי באופן ספוראדי, בלתי מובנה או מאולץ מבחינת סדרי הדיון, ובדרך כלל מבלי "לקרוא לילד המינהלי בשמו". המציאות הכתיבה את הצורך בכך, גם בהיעדר דוקטרינה ברורה המסדירה זאת. במקרים רבים שופטים פועלים באופן פרגמטי ומסכימים 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 דיוני מעצרים לפי חוק המעצרים<sup>26</sup>; אגב דיונים על מסירת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ<sup>27</sup>; אגב

## א. טענות מינהליות נגד התביעה שהועלו כטענות מקדמיות פרוצדוראליות

במסגרת הטענות המקדמיות שניתן להעלות בתחילת המשפט, מצויה הטענה בדבר "פגם או פסול בכתב האישום"<sup>26</sup>. טענה זו מאפשרת לבית המשפט לבחון את חוקיות כתב האישום, והיא שימשה כל השנים כאכסניה לטענות מינהליות שונות נגד התביעה. בדרך כלל היה מדובר בטענות בעלות אופי טכני, לפגם או פסול פרוצדוראלי בכתב האישום<sup>27</sup>. כפי שצוין בחלק א, 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<sup>28</sup>.

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 (...)"<sup>29</sup>.

לבסוף יצוין כי גם טענות מקדמיות אחרות המוזכרות בחסד"פ, מלבד טענת הפגם או הפסול בכתב האישום, מאפשרות להעלות טענות מינהליות מסוימות בעלות אופי פרוצדוראלי, אשר ניתן להציגן - ולו בדוחק - כמכוננות כנגד תקינות פעולותיו של התובע שהגיש את כתב האישום<sup>30</sup>.

## ב. טענות מינהליות נגד הרשויות המעורבות בהליך הפלילי שהועלו ללא מסגרת דוקטרינאית ברורה

טענות מינהליות כלליות יותר נגד הרשויות המעורבות בהליך

26 סעיף 31(149) לחסד"פ.  
 27 לסקירה ולדוגמאות ראו: יעקב קדמי, **על סדר הדיון בפלילים - חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום**, א (2009), עמ' 1278-1293.  
 28 קדמי בספרו (**שם**, בעמ' 1281), מעלה את האפשרות של הרחבת הטענה לפי סעיף 31(149) לחסד"פ גם לטענות מהותיות כנגד עצם ההחלטה על הגשת כתב האישום. הוא מפנה בהקשר זה לבג"ץ 6136/06 **ארנון פרי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (10.9.06), שהינו אחד מפסקי הדין הראשונים של בג"ץ שאימצו את הלכת **ניר עם כהן**. לדעתי, הגם שהרחבה כזו אפשרית ורצויה כיום, אין לראות בטענה המקדמית שלפי סעיף 31(149) **אכסניה בלעדית לדוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, שכן לדוקטרינה יש תפקיד ערכי וחוקתי חשוב גם ביתר השלבים של ההליך הפלילי** - הן לפני הגשת כתב האישום והן לאחר שלב הטענות המקדמיות, לרבות בשלב הטיעונים לעונש.  
 29 פרשת **ניר עם כהן**, בפסקה 4; וראו גם **חלק א**, ה"ש 12 וה"ש 30.  
 30 כאלה הן, למשל, הטענות בדבר חוסר סמכות מקומית או עניינית (סעיפים 1(149)-(2) לחסד"פ), והטענה בדבר התיישנות (סעיף 8(149)).  
 31 חוק סדר הדיון הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996. למשל: טענות נגד המשטרה ושירות בתי הסוהר הקשורות לתנאים מוחזק החשוד או הנאשם במעצר, או טענות על השתהותו של שירות המבחן בהכנת תסקיר מעצר או על סירובו לבדוק חלופת מעצר שהציע הנאשם.  
 32 ראו לעניין זה, למשל, את דעת היחיד של השופט הנדל בעמ"ס 1786/12 **אברהים גולאני נ' מדינת ישראל** (20.11.13) אשר דן באפשרות שנאשם יתקוף במסגרת סעיף 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 מצוין כי "המציאות על מורכבותה מאלצת לעתים לעצב פתרונות עבור מצבים שאינם ניתנים לסיווג מוכר" (פסקה 3 לפסק דיון); כי "ניתן להתייחס להליך כזה כבקשה לפי סעיף 74 במובן הרחב" (פסקה 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 הדינית, ולא המהותית, של סעיף 74 לחסד"פ" (פסקה 12(ג)). יצוין כי בהתייחס לעמדה זו של השופט הנדל כותבת השופטת ברק-ארז באותו פסק דין (**שם**, בפסקה 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 הדיון הפלילי ובין באמצעות שימוש בכלים דיוניים אחרים), ולא יפרדו להליך מנהלי נפרד (השווה גם: בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן** ...). מכל מקום, שאלה זו אינה מצריכה הכרעה במקרה דנן, וניתן להותירה לעתיד לבוא".

**ג. טענות מינהליות נגד רשויות רגולטוריות ואחרות שהעלו  
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<sup>40</sup>, או ספציפי, כגון היתר או צו מינהלי המופנה באופן אישי לנאשם ואשר הוא מואשם בהפרתו<sup>41</sup>. אקטים מעין אלה, שחוקיותם היא יסוד מיסודות העבירה, נעשים בדרך כלל על ידי רשויות שניתן להגדירן כרשויות רגולטוריות, המתקנות תקנות ומנפיקות היתרים וצווים. ההכרעה באשר לתוקפם של האקטים במתווה דיוני עקיף זה נעשית על ידי בית המשפט **באופן אנכי**, על בסיס הסמכות הנגררת של בית המשפט הקבועה כיום בסעיף 76 לחוק בתי המשפט<sup>42</sup>. היא נעשית "לצורך אותו עניין" בלבד, כלומר - לפחות להלכה - מבלי להשפיע על תוקפו של האקט המינהלי בהקשרים אחרים<sup>43</sup>. 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 **יוחיב**<sup>44</sup>:

"הלכה ישנה ומבוססת היא, כי גם בהליך פלילי חלה חזקת החוקיות של החלטה מינהלית, וגם בהליך פלילי רשאי בית-המשפט לבדוק

עתירות לגילוי ראיות חסויות לפי סעיפים 44-46 לפקודת הראיות<sup>33</sup>; אגב דיונים על קבילות ראיות ומשקלן<sup>34</sup>; במסגרת טענות לסייגים לאחריות הפלילית<sup>35</sup>; במסגרת טיעונים לעונש<sup>36</sup>; ואף במסגרת דיונים פרוצדוראליים שגרתיים העוסקים בניהולו השוטף של התיק על ידי בית המשפט<sup>37</sup>. 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<sup>38</sup>.

**לדעתי, כיום ניתן וראוי להכניס לפחות חלק מן הטענות המינהליות השיריות הללו, שאין להן מסגרת משפטית פורמאלית, 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 הפורמאלית 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 לרציונאליים העומדים בבסיס הלכת **ניר עם כהן**<sup>39</sup>.

וראו עוד, למשל: ת"פ (שלום רמלה) 10-03-23254-03 **מדינת ישראל נ' דוד דהן** (5.8.13) (תיק של הסניגוריה הציבורית, להלן: פרשת דהן). שם קבע השופט הישעם אבו שחאדה כי מכוח זכות העיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחס"ד<sup>פ</sup>, רשאי מומחה מטעם ההגנה לבחון את המוצגים באמצעות מיקרוסקופ משובלל ויקר שמצוי ברשות מד"פ בלבד. בכך ביטל, למעשה, את החלטתה המינהלית של המשטרה אשר סירבה לאפשר עיון כזה. יצוין כי לאור תוצאה זו לא נדרש השופט את שחאדה להכריע בטענת הסניגוריה הציבורית, שלפיה ניתן להגיע לאותה תוצאה גם באמצעות דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים (פיסקאות 5-10 להחלטה).  
**33** פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. דיונים כאלה כוללים לא פעם, אגב ליבון שאלת החיסיון לגופה, גם טענות נגד החלטות מינהליות שונות הקשורות להטלת החיסיון.

**34** 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** (2006)). במסגרת דיונים אלה נדרש בית המשפט לעיתים 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.

**35** סעיפים 334-334 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. למשל, עשויות לעלות טענות נגד החלטתה המינהלית של המשטרה שלא להמשיך ולחקור לעומק את האפשרות שמתקיים אחד מסייגי האחריות הפלילית.

**36** כיום, לאחר חקיקתו של תיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, קובע במפורש סעיף 40א לחוק העונשין (נסיבות שאינן קשורות בביצוע 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.

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

**38** כך, למשל, בפרשת **דהן** הני"ל קבע בתחילה בית המשפט, בהחלטתו מיום 24.4.12, כי בקשת הנאשם לעשות שימוש במיקרוסקופ של מד"פ נדחית, משום ש"הנאשם לא הצביע על מקור סמכותו של בית המשפט להורות למשטרה לאפשר לנאשמים לעשות שימוש בציוד טכני שנמצא ברשותה". בהמשך הגישה הסניגוריה הציבורית בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו, ובעקבותיה התקבלה הבקשה, כאמור לעיל.

**39** ראו פרשת **ניר עם כהן**, בפסיקה 5.

**40** למשל: ע"פ 213/56 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ** (1957); ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות'** (1959); ע"פ 104/72 **ראב נ' מדינת ישראל** (1972).

**41** למשל: רע"פ 4398/99 **ענת הראל נ' מדינת ישראל** (2000); רע"פ 2413/99 **רחמים גיטפן נ' התובע הצבאי הראשי** (2001); רע"פ 3080/10 **דניס סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2012).

**42** חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. סעיף 76, שכותרתו "סמכות נגירת", קובע: "הואב ענין כדון 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 יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית: מפרקטיקה לתיאוריה", **משפט ועסקים** טו (2012) 225, 260 (להלן: **זמיר, הביקורת השיפוטית**). וראו עוד, למשל: רע"א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל** (1990).

**43** ברור עם זאת, כי למעשה, כאשר שאלת תוקפו של האקט המינהלי תשוב ותתעורר בהקשרים אחרים, בין מחוץ לבתי המשפט ובין בתוכם, יתנו הכל - ובמיוחד רשויות המדינה - את ליבם 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-ארז בע"א 3202/11 **אבו פריח נ' מדינת ישראל** (30.12.12), בפסיקה 19.

**44** רע"פ 1057/99 **יוחיב נ' התובע הצבאי הראשי** (1999), בפסיקה 3.

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 (וכלל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו"<sup>49</sup>. 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, ולא רק האם הנאשם "אשם". 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<sup>50</sup>. 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.

יש הבדלים נוספים בין דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים לדוקטרינת התקיפה העקיפה. נתייחס לאחד מהם. כאמור, דוקטרינת התקיפה העקיפה נועדה בדרך כלל לתקיפת אקטים

**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, **יהיה בית-הדין ראשי, 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<sup>45</sup>. הגדרה זו רלוונטית הן למשפט הפלילי והן למשפט האזרחי<sup>46</sup>.

מהי, לעומת זאת, תקיפה ישירה? "בתקיפה ישירה אדם **עותר או מערער לבית-המשפט במטרה מוצהרת לבטל החלטה מנהלית** בטענה שהחלטה בלתי-חוקית"<sup>47</sup>. אומנם בדרך כלל תקיפה ישירה מעין זו נעשית על בסיס דבר חקיקה מפורש. לכן היו שהגדירו את התקיפה הישירה ככזו שמתבססת על "הליך הקיים בחוק"<sup>48</sup>. אולם נראה כי אין זו הגדרה מוצלחת. הרי גם סעיף 76 לחוק בתי המשפט עצמו הוא דבר חקיקה, על אף שכל מהותו 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 בהתאם להלכת **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. וכך 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

45 **זמיר, הביקורת השיפוטית**, 260.

46 לדיון נרחב בתפיסה המסורתית של התקיפה העקיפה ראו: יצחק זמיר, **השפיטה בעניינים מינהליים** (תשל"ה), הדפסה שלישית תשמ"ח) 19 ואילך. בתפיסה המסורתית התקיפה העקיפה הייתה מוגבלת לפגמים מינהליים שתוצאתם הייתה בטלות של האקט המינהלי מדעיקרא (בראש ובראשונה פגם של חוסר סמכות), להבדיל מפגמים שתוצאתם הייתה "פסודות" בלבד. להתפתחויות בתפיסה המסורתית שלמעשה ביטלו הגבלה זו, בעקבות קליטתה של דוקטרינת הבטלות היחסית במשפט הציבורי, ראו למשל: דפנה ברק-ארז, **משפט מינהלי** - כרך ב (2010) 822 ואילך. לתקיפה עקיפה באופן כללי ראו גם את פסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 1214/97 **חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה** (1999). כיום, אם כן, ניתן 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.

47 **זמיר, הביקורת השיפוטית**, 260.

48 ראו למשל: יואב דותן, "במקום בטלות יחסית", **משפטים** כב (תשנ"ד) 587, 604.

49 פרשת **ניר עם כהן**, בפיסקה 5.

שם 50.



**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...**

כאמור, אני נוטה לראות את הדברים אחרת. חוקיותה של הנחיית פרקליט המדינה באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת בהעמדה לדיון, 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. 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 לתיקים תלויים ועומדים נוספים הממתינים לפסק דינו"<sup>51</sup>.

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 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, אם כן, עם חשיבותם האמיתית של דבריו האמורים של השופט עמית, ובכך ראוי לסיים: בין אם מדובר בתקיפה ישירה ובין אם מדובר בתקיפה עקיפה, ובין אם יש 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 - בהתאם להלכת **ניר עם כהן**, על בסיס כללי המשפט המינהלי והחוקתי, כתחליף מלא לבג"ץ.

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 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<sup>51</sup>.

זה המקום להתייחס לדברים שכתב השופט עמית לא מכבר בפרשת **מוחתסב**<sup>52</sup>. באותו מקרה תקפה הסניגוריה הציבורית, על בסיס הלכת **ניר עם כהן** (בצד הגנה מן הצדק), חלק מסוים מהנחיה של פרקליט המדינה, שעניינה העמדה לדיון של מסיעי שוהים בלתי חוקיים בישראל. אני נוטה לומר, כאמור, כי תקיפה זו הייתה חלק מתקיפה ישירה של כתב האישום, כמוסבר לעיל<sup>53</sup>. במקום להעמיד לביקורת שיפוטית את שיקול הדעת של התובע המסוים שהגיש את כתב האישום, הועמד לביקורת שיפוטית שיקול הדעת של הממונה עליו, פרקליט המדינה, אשר הנחה את כל התובעים איך להפעיל את שיקול דעתם. **בית המשפט קיבל את המתווה הדיוני המינהלי שבו נקטה הסניגוריה הציבורית, ואף קבע כי זהו המתווה הרצוי.** הוא לא סבר כי מקומה של תקיפת הנחיה כללית של פרקליט המדינה הוא בבג"ץ, אלא להיפך, ובחן לגופה את ההנחיה במשקפי המשפט המינהלי והחוקתי (בקשת רשות הערעור נדחתה לבסוף לגוף העניין, אך זה אינו מענייננו כעת). **זהו, לדעתי, ביטוי מובהק ליישומה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, בין אם נראה זאת כתקיפה ישירה ובין אם נראה 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**. אלה היו דבריו<sup>54</sup>:

"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**

51 לכל זה יש חריגים. לעיתים 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 לדיון על הפרת החלטות אלו, כגון בעבירה של הפרת הוראה חוקית (סעיף 287 לחוק העונשין), אזי האפשרות של תקיפה עקיפה בדיעבד של חוקיות אותן החלטות מינהליות של רשויות האכיפה, רלוונטית כמו לגבי כל רשות אחרת.

52 רע"פ 4562/11 **מוחתסב נ' מדינת ישראל** (7.3.13). תיק זה של הסניגוריה הציבורית, שבו ייצגתי ביחד עם עו"ד ישי שרון את המבקש, הוזכר גם בחלק א של המאמר, בה"ש 36, כאשר היה עדיין תלוי ועומד.

53 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 כדיון. טענת הסניגוריה הציבורית התייחסה רק לתקופה שבה עודכנה הנחיית פרקליט המדינה, כאשר כתב האישום היה תלוי ועומד. יש לשים לב, שמבחינה זו מדובר למעשה בהרחבה של הלכת **ניר עם כהן**, שכן בעניין **ניר עם כהן** דובר רק על החלטות מינהליות שקדמו להגשת כתב האישום.

54 פרשת **מוחתסב**, בפיסקה 3(ב) לפסק דינו של השופט עמית.  
55 שם, בפיסקה 3(א) לפסק דינו של השופט עמית.