



רע"פ 797/07 - יצחק כהן נ' מדינת ישראל

סדר דין פלילי - כתב אישום

סדר דין פלילי - אחר

var MareMakom = "רעפ 797/07 - יצחק כהן נ' מדינת ישראל, תק-על רעפ 797/07(3), 3415(29/07/2013)";

רע"פ 797/07 - יצחק כהן נ' מדינת ישראלעליון

רע"פ 797/07

יצחק כהן

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

[29.07.2013]

כבוד השופט א' רובינשטיין

כבוד השופט ס' ג'ובראן

כבוד השופט ח' מלצר

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מתאריך 12.12.2006 ב-ע"פ 9159/05, שניתן על ידי הרכב השופטים: ד' חשין (סגן נשיא), ע' חבש (סגן נשיא) ו-י' שפירא

בשם המבקש:

עו"ד יעקב רובין ז"ל

בשם המשיבה:

עו"ד שלומי אבי-טל

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגן הנשיא (כתארו אז), השופט ד' חשין, כב' סגן הנשיא, השופט ע' חבש וכב' השופט (כתארו אז) י' שפירא) ב-ע"פ 9159/05, בגדרו נדחה ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט ג' ארנברג) ב-ת"פ 7252/03. בקשת רשות הערעור הועברה לדיון בפני הרכב על פי החלטת חברי, השופט ס' ג'ובראן. להלן יובאו בתמציתיות הנתונים הנדרשים להכרעה. תמצית העובדות הצריכות לעניין ותיאור ההליכים הקודמים



2. כנגד המבקש הוגש בתאריך 19.05.1999 כתב אישום לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט ש' ברעלי; ת"פ () 3157/99 להלן: כתב האישום הראשון), בגדרו נטען כי המבקש בנה ללא היתר קומה נוספת בשטח של 46 מ"ר במבנה בירושלים שהוא בעליו, וכן בנה שתי פרגולות בקומת הקרקע, האחת בגודל של כ-5 מ"ר והאחרת בגודל של 33 מ"ר (להלן יכוננו כל אלה: המבנה החורג). נוכח עובדות נטענות אלה, הואשם המבקש בעבירה של בניה ללא היתר, לפי סעיפים 145(א) ו-204(א) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). בתאריך 07.11.1999 הורשע המבקש, על פי הודאתו, בעבירה שיוחסה לו בגדרי כתב האישום הראשון. נוכח הרשעתו, נגזרו על המבקש העונשים הבאים: קנס בסך של 24,000 ש"ח, או 240 ימי מאסר תמורתו; חתימה על התחייבות עצמית על סך של 10,000 ש"ח להימנע מלעבור על הוראות סעיפים 145, 204 ו-210 לחוק התכנון והבניה לתקופה של שנתיים וצו המחייב את המבקש להתאים את הבניה במקום - לתכנית המתאר, לרבות הריסת תוספות הבניה הבלתי חוקיות. ביצועו של צו זה נדחה על-ידי בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד עד לתאריך 01.06.2001, על מנת ליתן בידי המבקש תקופת זמן משמעותית כדי שיפעל להשגת היתרי בניה לתוספות שבנה. המבקש הוזהר על ידי בית-המשפט לעניינים מקומיים כי במידה ובתום תקופת האורכה לא יציג המבקש היתרי בניה כדין, וכן לא ייהרסו תוספות המבנה הבלתי-חוקיות - יתכן ויוגש כנגדו כתב אישום נוסף, הפעם בגין אי-קיום צו שיפוטי.

3. בתאריך 28.11.2001, ולאחר שהמבקש לא הציג היתרי בניה כדין ואף לא הרס את הבניה הבלתי חוקית, הוגש נגדו כתב אישום נוסף לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כב' השופט מ' בן-עטר ז"ל; ת"פ (9333/01) להלן: כתב האישום השני), בגדרו יוחסה לו עבירה של אי-קיום צו שיפוטי (שהוצא לפי סעיפים 205, או 206 לחוק התכנון והבניה), לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה.

במהלך דיוני ההוכחות לפני בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד, התברר כי המפקח, שערך את דו"ח הביקור במבנה מתאריך 15.07.2001, ואשר היה אמור לשמש כעד התביעה המרכזי - שהה באותה עת מחוץ לישראל. לפיכך המשיבה ביקשה לתקן את כתב האישום על דרך של הוספת עד תביעה נוסף בשם מוטי אוחנה, שהוא מפקח אחר ביחידת הפיקוח המקומית, אשר נכח גם הוא בעת הביקור במבנה - בתאריך 15.07.2001 (להלן: אוחנה).



בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד נעתר לבקשה, אך קבע כי אוחנה יעיד מזיכרונו בלבד, ולא יוכל להסתמך על התרשומת המצויה בתיק החקירה, שנערכה על-ידי המפקח ששהה בחו"ל, וכי התרשומת אף לא תוצג לו במהלך עדותו. בנסיבות אלו, אוחנה לא הצליח לזכור את פרטי הביקור במבנה, ולפיכך הודיעה המשיבה כי היא מסכימה שאין בראיות שהובאו על ידה על-מנת לבסס את הרשעת המבקש, ולפיכך אין המבקש נדרש להשיב לאשמה. נוכח הודעה זו, החליט בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד, בתאריך 08.07.2003, כי המבקש איננו נדרש להשיב לאשמה, ובהתאם זיכה את המבקש מהעבירה, אשר יוחסה לו בכתב האישום השני.

4. בתאריך 04.08.2003 הוגש כנגד המבקש כתב אישום נוסף לבית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (להלן: כתב האישום השלישי), שהוא מושא הבקשה שבפנינו. בגדרי כתב האישום השלישי יוחסה למבקש עבירה זהה לזו שיוחסה לו בגדרי כתב האישום השני, דהיינו עבירה של אי-קיום צו שיפוטי (שהוצא מכח סעיפים 205, או 206 לחוק התכנון והבניה) לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה. השוני בין כתב האישום השני לבין כתב האישום השלישי נגע לתאריכים הנטענים שהיו נקובים בו: בעוד שכתב האישום השני התייחס לתקופה שבין תאריך 01.06.2001 לבין תאריך 15.07.2001, הרי שכתב האישום השלישי התייחס לתקופה שבין תאריך 15.07.2001 לבין תאריך 14.07.2003.

בתאריך 12.09.2004 הכריע בית המשפט הנכבד דחה את טענתו המקדמית של המבקש לפיה: "כבר זוכה" מהעבירה המיוחסת לו, בגינה הואשם כבר בכתב האישום השני (אדגיש כי הדבר איננו מצוין במפורש בהכרעת הדין, אך נראה כי טענתו המקדמית של המבקש שם נטענה בהתאם לאמור בסעיף 149(5) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ)). בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד נימק מסקנתו זו כדלקמן:

"באותו אישום [הכוונה לכתב האישום השני - ח"מ] הואשם הנ' [המבקש כאן - ח"מ] בכך שלא קיים את צו בית המשפט בת"פ 3157/99 עד יום 15.7.01 ואילו באישום הנוכחי מואשם הנ' בכך שלא קיים את צו בית המשפט מיום 15.7.01. העובדה שהנ' זוכה טכנית [מכתב האישום השני - ח"מ] מכך שלא ביצע צו בית משפט עד המועד שנקבע [בכתב האישום השני - ח"מ] אינה מאיינת את גזר הדין בת"פ 3157/99, שנשאר תקף גם לאחר זיכויו של הנ'".

בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד קבע בנוסף כי הוכח שהמבקש לא קיים את צו בית המשפט שניתן במסגרת גזר הדין, מושא כתב האישום הראשון, ועל כן הרשיע את המבקש בעבירה שיוחסה לו.

בתאריך 06.01.2005 גזר בית המשפט הנכבד לעניינים מקומיים את דינו של המבקש, והשית עליו את העונשים הבאים: קנס בסך של 6,000 ש"ח, וחודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים (כאשר התנאי שהמבקש לא יעבור עבירה נוספת של אי-קיום צו שיפוטי). כמו כן נקבע כי צו ההרסה יעוכב עד להכרעה בערעור, ככל שיוגש כזה. על פסק דינו זה של בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד הגיש המבקש ערעור לבית המשפט המחוזי הנכבד.



5. טענתו המרכזית של המבקש בערעורו הנ"ל היתה כי שגה בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד בכך שדחה את טענתו המקדמית לפיה "כבר זוכה" מהעבירה שבה הואשם. לשיטת המבקש שם, מדובר באישום נוסף ביחס לאותו מעשה בגינו כבר זוכה במסגרת הכרעת הדין, מושא כתב האישום השני. בית המשפט המחוזי הנכבד חילק את הדיון לשתי שאלות, אותן ניסח כדלקמן:

"האחת, האם ניתן לשוב ולהגיש כתב אישום נגד נאשם בגין אי-קיום צו שיפוטי, לאחר שהוכרע דינו בכתב אישום קודם, כאשר ההבדל היחיד בין כתבי האישום נוגע למועדי הפרת הצו. תשובה חיובית לשאלה זו תובילנו לשאלה השנייה, והיא האם כך הדבר אף כאשר הנאשם זוכה מכתב האישום הראשון" (ההדגשות במקור - ח"מ).

ביחס לשאלה הראשונה, קבע בית המשפט כי גם אם נראה בעבירה הקבועה בסעיף 210 לחוק התכנון והבניה כ-"עבירה נמשכת" (להבדיל מ-"עבירה מתחדשת"), הרי שבמידה והתרחש "אירוע מנתק", ניתן להגיש כתב אישום חדש בגינה. בית המשפט המחוזי הנכבד מצא כי עצם הגשתו של כתב האישום השני, אשר תחם את התקופה אליה הוא מתייחס, היא בבחינת "אירוע מנתק" - ועל כן ניתן איפוא להגיש כתב אישום נוסף, ובלבד שיתייחס לתקופה מאוחרת יותר. לפיכך פנה בית המשפט המחוזי הנכבד ונדרש גם לשאלה השנייה. בכל האמור בסוגיה זו, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי הכלל הקבוע בסעיף 5 לחסד"פ, לפיו: "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם בשל עבירה שבו" - איננו מגן בנסיבות העניין על המבקש. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי סעיף 5 הנ"ל היה חל אילו היה המבקש מואשם פעם נוספת בגין אותן עובדות, אך המעשה המתואר בכתב האישום השלישי נעשה בתקופה מאוחרת, לעומת המתואר בכתב האישום השני. השוני בין התקופות - כך קבע בית המשפט המחוזי הנכבד - הוא בבחינת עובדה חדשה, אשר מצביעה מצידה על כך שמדובר ב-"מעשה חדש", ולא ב-"אותו מעשה" שבגינו כבר זוכה המבקש בעבר.

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, תוך שהוא מתייחס להלכה שנפסקה ב-ע"פ 52/51 בכר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 415 (1952) (להלן: עניין בכר), כי יתכן והיה מקום לקבל את טענת המבקש במידה ובמסגרת זיכוי של המבקש מהמיוחס לו בכתב האישום השני, היה נקבע ממצא לפיו המעשה המיוחס לו איננו מהווה כלל הפרה של הצו השיפוטי. עם זאת, בית המשפט המחוזי הנכבד מצא כי זיכוי הנ"ל של המבקש הוא בבחינת זיכוי "אילם", שאין בו כל קביעה שכזו. לפיכך, דחה בית המשפט המחוזי הנכבד את טענת המבקש לפיה "כבר זוכה" מהעבירה המיוחסת לו, ובהתאם דחה את ערעורו של המבקש.



מכאן בקשת רשות הערעור שבפנינו. למען שלמות התמונה, אציין כי בהחלטת השופט ג'ובראן שהעביר את הבקשה לדיון בפני הרכב - עוכב גם ביצועו של צו ההריסה השיפוטי עד להחלטה אחרת. טענות הצדדים

6. בבקשתו, התמקד המבקש - באמצעות פרקליטו המלומד, עו"ד יעקב רובין ז"ל, שהעלה, כדרכו תמיד, בכשרון רב ובחן כל מה שניתן לטובת מרשו - בשתי טענות משפטיות, המצדיקות, לשיטתו, מתן רשות ערעור:

(א) טענתו המרכזית של המבקש היא כי לא ניתן היה להעמידו לדיון בגין אי-קיום צו שיפוטי, בשעה שכבר זוכה מעבירה זהה במסגרת הכרעת הדין, מושא כתב האישום השני. לשיטת המבקש, אין בשוני הזמנים בין התקופות אליהן מתייחסים כתבי האישום השני והשלישי כדי לאפשר את העמדתו לדיון פעם נוספת. המבקש אף גורס כי אפילו אם ניתן היה להגיש כתב אישום נוסף כנגדו, בגין אי-קיומו של אותו צו שיפוטי ממש, הרי שיש לעשות כן רק במצבים שבהם האישום המוקדם בזמן, הסתיים בהרשעה, בעוד הוא זוכה מהעבירה שיוחסה לו בגדרי כתב האישום השני.

לשיטת המבקש, לפי ההלכה שנקבעה בעניין בכר, כאשר עובדה פלונית כבר נידונה בין אותם בעלי הדין והיתה נושא להכרעה שיפוטית, בעלי הדין קשורים בתוצאות הדיון ואינם רשאים לכפור בהן בהליך חדש, אפילו אם אותו הליך חדש מתייחס לעילה אחרת. לפיכך, לטענת המבקש, כיוון שהוא "כבר זוכה" מעבירה של אי-קיום צו שיפוטי - לא ניתן להעמידו שוב לדיון בגין אי-קיומו של אותו צו, וזאת מכוח הכלל של "מעשה בית דין".

בכל האמור במסקנתו של בית המשפט המחוזי הנכבד לפיה מדובר כאן בזיכוי "אילם", ועל כן אין פה תחולה לעניין בכר, טוען המבקש כי זיכוי כלל לא היה "אילם", שכן בעקבות כתב האישום השני נוהל הליך משפטי, בגדרו נשמעו ראיות, וזה הסתיים בהכרעת דין מנומקת. לפיכך, כך לגרסת המבקש, שגה בית המשפט המחוזי הנכבד במסקנתו האמורה.

(ב) טענתו הנוספת של המבקש, אותה הגדיר כדיונית, נוגעת לכך שהמפקח, אשר העיד מטעם התביעה בפני בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד - לא נחקר במשטרה על התרשומת שערך בעת שביקר במבנה, טרם שהעיד במשפט עצמו. לשיטת המבקש, הדבר עומד בסתירה עם הקבוע בסעיף 77(א) לחסד"פ, שם נאמר, לטענתו, כי בהיעדר גביית הודעה במסגרת חקירה - לא ניתן להעיד עד (כאן המפקח) בבית המשפט, ומדובר איפוא בעדות שאסור היה לבית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד לקבלה ולהסתמך עליה לצורך ההרשעה.



7. המשיבה, במסגרת תגובתה לבקשת רשות הערעור - השיבה לטענות המבקש כדלקמן:
- (א) המשיבה גורסת כי עבירה של אי-קיום צו שיפוטי הינה עבירה נמשכת, אשר ממשיכה להתבצע כל עוד לא מקיום הצו השיפוטי. לפיכך גם אם זוכה המבקש מעבירה זו בגין תקופה מסוימת, הרי שאין כל מניעה משפטית מהגשתו של כתב אישום נוסף בגין ביצועה של אותה עבירה, ובלבד שכתב האישום הנוסף יוגש בגין תקופה מאוחרת יותר. בהקשר זה מוסיפה המשיבה כי היא איננה כופרת בטענה לפיה ניתן להגיש כתב אישום נוסף, לאחר שהכרעת הדין הקודמת הסתיימה בזיכוי, רק אם בעת זיכוי של הנאשם מכתב האישום הראשון לא נקבעו ממצאים עובדתיים, אשר "חוסמים" את התביעה מלהגיש כתב אישום נוסף בגין עיקרון של מעין "מעשה בית דין" (לדוגמה, ממצא לפיו המעשים הנטענים כלל אינם מהווים הפרה של הצו השיפוטי). יחד עם זאת, המשיבה סומכת ידיה על מסקנותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד, אשר קבע כי במקרה דנן המבקש זוכה בזיכוי "אילם", מבלי שנקבעו ממצאים עובדתיים כלשהם ביחס ליסודות עבירת אי-קיום הצו השיפוטי - ועל כן אין בזיכוי זה כדי למנוע הגשת כתב אישום נוסף בגין אי-קיום הצו בתקופה מאוחרת יותר.
- (ב) באשר לטענה בדבר התרשומת שערך המפקח, המשיבה טוענת כי הפסיקה קבעה זה מכבר שעריכת דו"ח על ידי אדם שמוסמך להכינו נחשבת כ-"פעולת חקירה". לפיכך, כך לשיטת המשיבה, אין קושי לראות בתרשומת המפקח כהודעה שניתנה במהלך חקירה, ועל כן לא נפל כל פגם בהעדתו של המפקח בפני בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד. דיון והכרעה
8. לאחר עיון בבקשת רשות הערעור, בתגובת המשיבה, בחומר הרב שהונח בפנינו, ולאחר שמיעת טענות הצדדים, אציע לחברי לקבל את בקשת רשות הערעור, אך לדחות את הערעור לגופו - והכל כפי שיוסבר בהמשך חוות דעתי. נוכח גישתי כי דין בקשת רשות הערעור להתקבל, המבקש יכולה מכאן ואילך: המערער.
9. תחילה אדרש לטענתו המרכזית של המערער, לפיה נוכח זיכוי מהמיוחס לו בגדרי כתב האישום השני, יש לזכותו גם מהמיוחס לו בגדרי כתב האישום השלישי, שהוא מושא עניינו כאן.
- כפי שתואר בפסקה 5 שלעיל, בית המשפט המחוזי הנכבד "חילק" טענה זו לשתי שאלות משפטיות שונות: השאלה הראשונה היא האם ניתן היה להגיש כנגד המערער כתב אישום נוסף בגין אותה עבירה, כאשר השוני היחיד בין שני כתבי האישום נוגע למועדים הנטענים בו. תשובה חיובית לשאלה זו תובילנו אל השאלה השנייה.



השאלה השנייה היא האם המענה לשאלה הראשונה נותר חיובי גם כאשר כתב האישום הקודם בזמן הסתיים בזיכוי. אבחן סוגיות אלה על פי סדרן.

תשובה חיובית לשאלה הראשונה (האם ניתן היה להגיש כתב אישום נוסף נגד המערער?)
10. נזכיר כי במסגרת גזר הדין, מושא כתב האישום הראשון, הוצא כנגד המערער צו הריסה שיפוטי, בהתאם לקבוע בסעיף 205 לחוק התכנון והבניה. המערער לא ציית לצו זה, ובעקבות זאת הואשם, בכתבי האישום השני והשלישי, בעבירה הקבועה בסעיף 210 לחוק התכנון והבניה, הקובע כדלקמן:

אי
קיום

"נשפט שאינו מקיים צו לפי סעיפים 205 או 206, בתוך המועד שקבע בית המשפט, דינו - מאסר שנה ואם נמשכה העבירה אחרי תום המועד, דינו - קנס כאמור בסעיף 61(ג) לחוק העונשין [הכוונה לחוק העונשין, התשל"ז-1977] (להלן: חוק העונשין) - ח"מ", לכל יום של עבירה".

בגדרי המחלוקת הנוגעת לשאלה הראשונה, המערער טוען כי העמדתו לדין במסגרת כתב האישום השלישי בגין אי-קיום הצו השיפוטי - איננה אפשרית, שכן הוא כבר הועמד לדין על "אותו מעשה" בכתב האישום השני, שגם בגדרו הוא הואשם באי-קיום של אותו צו שיפוטי ממש. לשיטת המערער, העמדתו "הכפולה" לדין סותרת את האמור ברישא לסעיף 5 לחסד"פ, שם נקבע, כאמור, כי:

"אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו".

טענתו זו של המערער דינה להידחות. נוכח אופיה של העבירה הקבועה בסעיף 210 לחוק התכנון והבניה, ניתן היה להעמידו לדין פעם נוספת, שכן השוני בין התקופות אליהן התייחסו כתבי האישום מביא לכך שאין מדובר ב-"אותו מעשה". אבהיר את מסקנתי זו להלן.



11. תחילה יש לקבוע את אופיה של העבירה הקבועה בסעיף 210 הנ"ל - האם היא עבירה "רגעית", או עבירה "נמשכת" (להגדרות מושגים אלה, ראו: ש"ז פלר "לעיתוי ההשלמה של עבירת הגניבה (עבירה רגעית, עבירה נמשכת, או עבירת שרשרת)" משפטים י' 121 (תש"ם)). ברי, שאם מדובר בעבירה רגעית, אשר מסתיימת בנקודת זמן מוגדרת כלשהי, הרי שעם השלמתה - ניתן להעמיד בגינה לדין פעם אחת בלבד, שכן מדובר במעשה אחד ויחיד, אשר הסתיים ברגע מסוים ונתון. לעומת זאת, כאשר מדובר בעבירה נמשכת, קיימים - כפי שיובהר בהמשך - מצבים שבהם אותה עבירה תצמיח מספר כתבי אישום שונים.

12. ההכרעה בשאלה האם בפנינו עבירה רגעית, או עבירה נמשכת - בכל הנוגע בעבירה מושא ענייננו, איננה סבוכה במיוחד: לשון סעיף 210 לחוק התכנון והבניה מלמדת כי המחוקק עצמו הגדיר את העבירה הקבועה בסעיף זה כעבירה נמשכת. בנוסף, ניתוח של יסודות העבירה בדבר אי-קיום צו שיפוטי מצביע על כך שלעבירה שכזו אין מומנט השלמה נקודתי, שאחריו אין ולא כלום מבחינת היסוד העובדתי של העבירה, אלא שהעבירה ממשיכה להתקיים מהרגע הראשון שבו מופר הצו השיפוטי - ועד להפסקת ההפרה. לפיכך, ניתן איפוא לקבוע כי העבירה שבה הורשע המערער היא בבחינת עבירה נמשכת. הדבר אף נקבע במפורש בפסיקותיו של בית משפט זה (ראו, בין היתר: רע"פ 10571/08 מדינת ישראל נ' מלכיאלי (23.06.2011), בפסקאות 7-8, וההפניות שם).

עם זאת העובדה שהגדרנו את העבירה כנמשכת - אין משמעותה שניתן להתעלם מן הקבוע בסעיף 5 לחסד"פ. גם עבירה נמשכת - היא עבירה אחת, המבוססת על יסוד עובדתי מסוים. ואולם, בפסיקה ובספרות המשפטית נקבע לא אחת בהקשר זה כי ניתן "לחלק" את העבירה הנמשכת למספר גורמים, ולהעמיד נאשם לדין בגין כל "מקטע" בנפרד - ובלבד שהתרחש "אירוע מנתק", אשר הבדיל את החלק האחד של העבירה מחלקה האחר. אותו "אירוע מנתק", אשר "מחלק" את הפרות הצו לתקופות זמן נפרדות, מהווה גם הפרדה בין המעשים השונים. כלומר, כאשר מדובר במעשה עבירה מתמשך, ניתן, באמצעות הגשת כתב אישום מבדל - "לחלק" את המעשה למספר מעשים נפרדים, שכל אחד מהם שונה מן האחר, באופן המוציא את תחולתו של סעיף 5 לחסד"פ. בהתאם, בית משפט זה פסק לא אחת כי כאשר עסקינן בעבירה נמשכת של אי-קיום צו שיפוטי, הרי שאף אם הוגש כבר כתב אישום נגד אותו אדם בגין הפרת צו שיפוטי במשך פרק זמן מסוים - אין כל מניעה להגיש כנגד אותו אדם כתב אישום נוסף ביחס לתקופה מאוחרת, שבה המשיך הנאשם להפר אותו הצו. כך סוכמו הדברים ב-רע"פ 11920/04 נאיף נ' מדינת ישראל (26.03.2007):

"אין מקום לסטות בענייננו מן ההלכה הפסוקה, לפיה העבירה של הפרת צו שיפוטי לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה היא עבירה נמשכת, שניתן להגיש כתב אישום בגינה כל עוד לא תמה הפרתו של הצו השיפוטי (ראו, ע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 152, 158 (1978)). אכן, אדם שאינו מקיים צו שיפוטי שהוצא נגדו מכוח סעיפים 205 ו-206 לחוק התכנון והבניה עובר עבירה לפי סעיף 210 לחוק התכנון והבניה, והוא ממשיך לעבור עבירה זו כל עוד אינו ממלא אחר הצו השיפוטי שהוצא נגדו. בנסיבות אלה אף אם הוגש כבר כתב אישום נגד אותו אדם בגין הפרת הצו השיפוטי במשך פרק זמן מסוים, הרי אם לאחר הגשת כתב האישום הוא ממשיך להמרות את הצו השיפוטי, אז אין כל מניעה להגיש נגדו כתב אישום נוסף ביחס לתקופה בה הפר את הצו לאחר הגשת כתב האישום (ראו: דנ"פ 7694/97 איוב נ' ועדת התכנון והבניה "מעלה חרמון" (לא פורסם); כן השוו, ר"ע 122/82 עלפי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 326, 332). תוצאה אחרת הייתה מביאה למצב אבסורדי, שבו עצם הגשת כתב אישום נגד אדם בגין הפרת צו שיפוטי הייתה מאפשרת לו להמשיך ולהפר את הצו לאחר הגשת כתב האישום, תוך שהוא 'מחוסן' מפני נקיטה בהליכים פליליים נוספים נגדו בגין הפרת אותו צו".



ודוק: שאלה נכבדה היא האם בדרך זו יכולה המדינה להגיש אין-סוף כתבי אישום בגין אותה עבירה, ומהי מגבלת הסבירות וההגיונות בהקשר זה. אלא ששאלה זו איננה מתעוררת בענייננו, ולכן ניתן להשאירה לעת מצוא. יחד עם זאת, ומבלי לגרוע מהקושיה הנ"ל, ברור כי לאפשרות להגיש מספר כתבי אישום בגין אותה עבירה ישנן גם כיום מגבלות "קשיחות" יחסית, ואלו הן:

ראשית, כתב האישום המאוחר איננו יכול להתייחס לתקופה אליה מתייחס כתב האישום המוקדם (שכן אז מדובר ב-"אותו מעשה" ממש, וחל עליו סעיף 5 לחסד"פ).

ושנית, אם בגזר הדין, מושא כתב האישום המוקדם, הפעיל בית המשפט את סמכותו, כקבוע בסעיף 210 לחוק התכנון והבניה, והשית על הנאשם סנקציה נמשכת של קנס נוסף בגין כל יום שבו לא מקיים הצו השיפוטי, אזי לא יהיה ניתן להגיש כתב אישום מאוחר המתייחס אף הוא לימים אלה.

כך או כך - הסייגים הנ"ל אינם מתעוררים פה, ומכאן שדברים אלה הם בבחינת למעלה מן הצורך. 13. עתה אעבור מן הכלל אל הפרט: המערער הועמד לדין בכתב האישום השני בגין תקופה מסוימת, בה לא קיים את הצו השיפוטי. העמדתו זו לדין, והגשתו של כתב האישום האמור כנגדו, היא בבחינת "אירוע מנתק", אשר מאפשר - במידה והעבירה הוסיפה ונמשכה גם לאחריו - להעמיד את המערער לדין פעם נוספת במסגרת כתב אישום מאוחר יותר (כפי שארע במסגרת כתב האישום השלישי).

לפיכך, המענה על השאלה הראשונה - האם ניתן היה להגיש כנגד המערער כתב אישום נוסף בגין אי-קיום אותו צו שיפוטי - הינו חיובי.

בהערת אגב אציין, כי בתי המשפט הנכבדים קמא התייחסו גם לאבחנה בין עבירה "נמשכת" לבין עבירה "מתחדשת" (לאבחנה בין השתיים ראו: בג"ץ 6661/00 ברפיליה נ' נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים (27.09.2000)). כאמור לעיל, בענייננו קבעה ההלכה באופן חד-משמעי כי העבירה הקבועה בסעיף 210 לחוק התכנון והבניה היא בבחינת עבירה נמשכת, ועל כן אינני נדרש לשאלה מה היה הדין במצב שבו היה מדובר בעבירה מתחדשת. יחד עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות, אציין כי לגישתי המושג עבירה מתחדשת איננו נקי מקשיים - ולמעשה גם בקטגוריה זו אין מדובר אלא בעבירה נמשכת, אשר רציפותה "נותקה" מספר פעמים, כפי שהתרחש אף בענייננו (ראו: ש"ז פלר "שאלות ותשובות בסוגית העבירה הנמשכת" פלילים ב' 7, 18-19 (1991)).

מענה חיובי אף לשאלה השנייה (האם ניתן היה להגיש כתב אישום נוסף נגד המערער, גם כאשר כתב האישום המוקדם הסתיים בזיכוי?)



14. בנוגע לשאלה זו, תמצית טענתו של המערער היא כי זיכוי מאישום של אי-קיום צו שיפוטי, בגדרי כתב האישום השני - מצמיח מעין השתק כלפי המשיבה, אשר מונע ממנה מלהאשימו פעם נוספת - בגדרי כתב האישום השלישי - בגין הפרת אותו צו שיפוטי ממש. טענה זו הינה, למעשה, טענה בדבר קיומו של מעין "מעשה בית-דין", אשר נוצר בעקבות זיכוי של המערער במסגרת הכרעת הדין, מושא כתב האישום השני. אותו "מעשה בית-דין", כך לשיטת המערער, חוסם את המשיבה, ומונע ממנה מלהאשימו פעם נוספת בעבירה, אשר ממנה - או למצער מחלקה - כבר זוכה. לצורך בחינת טענה זו, יש להקדים מספר מילים באשר לתחולת הדוקטרינה של "מעשה בית-דין" בנסיבות ענייננו.

15. הדוקטרינה של "מעשה בית-דין", כפי שפותחה בפסיקה ביחס להליכים אזרחיים, נחלקת, כידוע, לשניים: מעשה בית-דין מסוג "השתק עילה", ומעשה בית-דין מסוג "השתק פלוגתא" (ליסודותיהם של שני אלה ראו בהרחבה: נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (1991) (להלן: זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי)).

בדין הפלילי אנו מוצאים מקבילה לרעיון השתק העילה בסעיפים 5 ו-149(5) לחסד"פ, אשר קובעים כדלקמן:

"5. אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; 'הרשעה', לענין סעיף זה - לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה".

"149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -

[...]

(5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום".

נוכח האמור בפיסקאות 10-13 שלעיל, בגדרן נמצא כי התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, והשלכות ההנמקה שם לסוגיה שלפנינו, הרי שלא עומדת למערער שבפנינו טענת "כבר זוכיתי" (או "כבר הורשעתי"), כפשוטה. הטעם לכך הוא, כאמור, שאין מדובר ב-"אותו מעשה", ובמושגים של "מעשה בית-דין" - מאחר שלא מדובר ב-"אותה עילה" (על הדמיון שבין הסעיפים הנ"ל לבין הדוקטרינה האזרחית של השתק עילה, ראו: נינה זלצמן "השתק פלוגתא בהליך פלילי" עיוני משפט יח 19, 23 (תשנ"ד) (להלן: זלצמן); גבריאלי הלוי תורת הדיון הפלילי כרך ב' 721-725 (2011)).



עם זאת בדין הפלילי קיים ביטוי נוסף הקרוב לרעיון המגולם בהשתק העילה אותו אנו מוצאים בטענה המוכרת כ-"סיכון כפול", לפיה עצם העמדתו של אדם בסכנת הרשעה פלילית מונעת את העמדתו לדין פעם נוספת, אפילו אם לא ניתן פסק דין במסגרת ההליך הראשון. אציין כי הפסיקה בישראל הכירה עקרונית באפשרות לקבל טענת נאשם לסיכון כפול, אך קיימת אי-בהירות משמעותית באשר לגבולותיה של טענה זו, כטענה נפרדת לעומת טענות "כבר זוכיתי", או "כבר הורשעתי" (ראו: דנ"פ 532/93 מנינג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(4) 25 (1993); זלצמן, בעמ' 25, וההפניות שם). זה המקום להדגיש כי המערער איננו יכול ליהנות מטענת "סיכון כפול", שכן הוא לא הועמד "בסיכון" ביחס לתקופה המאוחרת לכתב האישום השני, אלא פעם אחת בלבד - וזאת בגדרי כתב האישום השלישי.

16. המצב הנורמטיבי סבוך עוד הרבה יותר כאשר עסקינן בהשתק פלוגתא. כידוע, בתורה של "מעשה בית-דין", שמכורתה ופיתוחה בדין האזרחי, משמעותו של השתק פלוגתא היא כי בעל-דין יהיה מנוע מלכפור בהכרעה בפלוגתא מסוימת, אשר נתבררה והוכרעה כבר בידי ערכאה שיפוטית מוסמכת.

בדין האזרחי מקובל למנות ארבעה תנאים מצטברים לצורך הקמתו של השתק פלוגתא (מקובל לראות תנאים אלה ככאלה שנקבעו לראשונה ב-ע"א 246/66 קלז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561 (1968); כן עיינו: פסקה 15 לפסק דינה של חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור ב-רע"א 2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' וינשטיין (08.03.2009) (להלן: עניין וינשטיין), וההפניות הרבות שם);

האחד, כי הפלוגתא בשני ההליכים הינה זהה;

השני, כי היתה התדיינות בין הצדדים במהלך ההליך הראשון, כך שלבעל הדין, אשר הפלוגתא הוכרעה כנגדו "היה את יומו בבית המשפט" (וכחלק מעקרון זה אנו למדים כי אף נדרשת זהות בין בעלי הדין, או חליפיהם, בשני ההליכים);

השלישי, כי ההתדיינות נסתיימה בהכרעה - מפורשת או מכללא, אשר קבעה ממצא פוזיטיבי (להבדיל ממצא, אשר נבע מחוסר הוכחה);

והרביעי, כי הקביעה בפלוגתא במסגרת ההליך הראשון היתה חיונית לצורך ההכרעה בהליך עצמו.

השאלה העומדת לפתחנו כאן היא איפוא זו: האם, ובאילו תנאים, קיים השתק פלוגתא בהליך פלילי נוכח ממצא משפטי מסוים, אשר מקורו בהליך פלילי קודם?

אסקור תחילה את עמדת המשפט הישראלי בשאלה זו.

17. הפסיקה בישראל הכירה לא אחת בסיטואציה שבה "מיובאת" הכרעה קונקרטית, שנפסקה בהליך פלילי קודם, אל הליך פלילי מאוחר יותר.



בעניין בכר, אליו התייחסו גם הצדדים בפנינו, התבררו נסיבות הדומות במקצת לענייננו: הנאשם הועמד בתחילה לדין בגין בניה ללא רישיון, הודה במיוחס לו, הורשע, וחוייב להרוס את המבנה הבלתי-חוקי בתוך זמן מסוים. לאחר שהנאשם לא הרס את המבנה, הוא הועמד שוב לדין, אך הדיון בעניינו "הופסק" מחמת כניסתה לתוקף של פקודת חנינה כללית משנת 1949. לאחר מכן, הועמד הנאשם לדין בפעם השלישית, והואשם בכך שלא מילא את צו ההריסה גם בתקופה המאוחרת לפקודת החנינה הכללית. הנאשם טען כי נוכח תוצאות המשפט השני, לא ניתן היה להעמידו לדין פעם נוספת. השופט (כתוארו אז) י' זוסמן, קבע תחילה כי אין מניעה להעמיד את הנאשם לדין פעם נוספת, בגין התקופה המאוחרת לזו שאליה התייחסה החנינה הכללית (כלומר שלא עומדת לנאשם הגנת "כבר זוכיתי", שכן לא מדובר באותו מעשה). יחד עם זאת, ובתגובה לטענת המדינה לפיה אין כל משמעות להתדיינות הקודמת בין הצדדים, קבע השופט זוסמן כדלקמן: "משעובדה פלונית כבר נדונה בין אותם בעלי דין והיתה נושא להכרעה משפטית, קשורים בעלי הדין בתוצאות הדיון, ואינם רשאים לכפור בהן במשפט חדש, אפילו הוגש המשפט השני בשל עילה אחרת... אותו דין כוחו יפה גם במשפט פלילי" (ההדגשה שלי - ח"מ).

יחד עם זאת, לגוף הדברים קבע השופט זוסמן כי במסגרת המשפט השני לא התקיים כלל דיון בשאלה האם הנאשם אכן ביצע או לא ביצע את העבירה המיוחסת לו, שכן הדיון "הופסק" נוכח כניסת החנינה הכללית לתוקף. לפיכך אין מדובר בפלוגתא, אשר נדונה והוכרעה, ולכן היא איננה מקימה השתק פלוגתא ("הלכת המינוע", בלשון פסק הדין).

השופט זוסמן הרחיק לכת אפילו יותר ב-ע"פ 72/60 היועץ המשפטי נ' ג'ועיה, פ"ד יד 1093 (1960) (להלן: עניין ג'ועיה), שם נפסק כדלקמן:

"... משום כך ניתן לומר כי בדרך כלל יקום מעשה בית דין רק עקב הכרעה בגופו של ענין (on the merits). על שום מה רק בדרך כלל, ולא תמיד? על שום שפעמים נוצר במהלך המשפט מצב בו זכה בעל דין לכך, שלא יהא נטרד עוד באותה עילה, גם כאשר המשפט לא הגיע לשלב של הכרעה בעילת התביעה או הקובלנה".

וכן:

"כבר נתבאר, כי במשפט פלילי נוהגים לענין מעשה בית דין לפי אותם עקרונות ממש כמו במשפט אזרחי".

18. מעניין בכר ומעניין ג'ועיה הנ"ל, אשר נפסקו לפני למעלה מיובל שנים, עולה איפוא כי לכאורה - על פי פסיקותיו של בית משפט זה - עקרון השתק הפלוגתא המוכר מן הדין האזרחי כוחו יפה גם בדין הפלילי. יתרה מזאת: בדין הפלילי יתכן אפילו מצב שבו יתקיים השתק פלוגתא, אפילו בהיעדר הכרעה פוזיטיבית לגופה של המחלוקת.



דוגמה לשימוש בעקרון השתק הפלוגתא בדין הפלילי, על פי המתווה המוכר מן הדין האזרחי, נוכל למצוא ב-ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798 (1974), שם קבע בית משפט זה כי אין מניעה "לייבא" לטובת המערער קביעה עובדתית מסוימת, לפיה לא נהג במהירות העולה על המותר, אשר נקבעה במסגרת הליך פלילי קודם שהתנהל כנגדו. ליישומים נוספים - בערכאות המבררות - עיינו: ת"פ (ת"א) 516/84 מדינת ישראל נ' אינדיג, פ"מ תשמ"ז(3) 325 (1986) (להלן: עניין אינדיג); ת"פ (ת"א) 324/84 מדינת ישראל נ' משה, פ"מ תשמ"ה(3) 348 (1985).

19. זה המקום לציין כי בשני העשורים האחרונים החלה להסתמן מגמה מתונה יותר ביחס להחלת עקרון השתק הפלוגתא במסגרת הליכים פליליים. תחילתו של השינוי באה ב-ע"פ 447/88 לוונטה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 1 (1990) (להלן: עניין לוונטה), שם קבע בית משפט זה, בין היתר, כדלקמן:

"אין ספק בדבר, שתורת השתק הפלוגתא קנתה לה אחיזה בישראל גם כשמדובר במשפט הפלילי... הכל מודים ביתרונותיה של התורה, שאלה רק מקצתם: מניעת חוסר עקביות בפסיקה, מניעת התעמרות בנאשם על-ידי התדיינות חוזרת בלתי נחוצה, ועידוד בעלי הדין לרכז את ראיותיהם וטענותיהם כבר בהתדיינות הראשונה. מאידך גיסא, הכל מודים, שבנסיבות מסוימות עשויה החלתה הבלתי מסויגת לגרום לאי-צדק... יש הסבורים, שחסרונותיה עולים על יתרונותיה... יש המעמידים לה סייגים נורמאטיביים, ויש המעמידים את השאלה כולה לשיקול-דעתו של בית המשפט במקרה הקונקרטי; אכן, הכל מסכימים, שגם אם יש להחיל את הדוקטרינה האמורה בדין הפלילי (ועל כך לא חלקו לפנינו), אין מדובר בעיקרון מוחלט שאין לו סייגים" (שם, בעמ' 4).

בעקבות דברים אלה, קבע בית משפט זה כי ניתן להחיל את עקרון השתק הפלוגתא גם בהליך פלילי, אך זאת בכפוף לשלושה "סייגים" (הפועלים, לעיתים, בכיוונים מנוגדים):

האחד, כי האפשרות להחלת ההשתק תהיה הדדית, דהיינו כי הן המדינה והן הנאשם יכולים לעשות שימוש בהשתק פלוגתא (ככל שהפלוגתא משרתת את גרסתו של מי מהם). מכאן אף עולה כי הפלוגתא "המיובאת" - אפשר שתפעל הן לחובת הנאשם והן לטובתו.

השני, כי ההשתק עשוי לסגת מפני "שינוי באקלים המשפטי", וכי קיימים מצבים שבהם "ייטה בית המשפט להעדיף שיקולים של שוויון וצדק על פני הלכת השתק הפלוגתא".

והשלישי, שהשתק הפלוגתא ביחסים שבין המדינה לבין האזרח צריך להיות פחות קפדני מאשר בהליכים שבין אזרח פלוני לבין אזרח אלמוני, שכן המדינה איננה צפויה להטריד אזרח מספר פעמים ללא הצדקה לכך.



20. בעקבות פסק הדין בעניין לוונטה, התפרסם מאמרה של פרופ' זלצמן, אשר הוקדש כולו לסוגיה העומדת לפתחנו כאן. במאמרה, סקרה זלצמן את הדין בישראל וכן פירטה בהרחבה את הדין הנוהג בשיטות משפט מערביות אחרות (למען הקיצור, אמנע מלפרט כאן את המשפט המשווה בסוגיה, ואפנה את הקורא לסקירה הנרחבת המתחילה בעמ' 35 למאמר, וכן לפסקאות 10-13 לפסק דינה של כב' השופטת ב' אופיר-תום ב-תפ"ח (ת"א) 1154/05 מדינת ישראל נ' שוורץ (10.07.2006) (להלן: עניין שוורץ)). בסופו של הדין, הגיעה פרופ' זלצמן לכלל מסקנה כי ניתן להחיל את הדוקטרינה של השתק פלוגתא גם בהליך פלילי, אך באופן שונה ובהיקף מוגבל ביחס לתחולתו בדין האזרחי. להלן אפרט את שני ההבדלים העיקריים, לשיטתה של פרופ' זלצמן, בין שתי מערכות הדינים:

(א) הגמשת דרישת הממצא הפוזיטיבי בדין הפלילי: לשיטתה של פרופ' זלצמן יש להגמיש את הדרישה לקביעת "ממצא פוזיטיבי" במשפט הפלילי, כך שבמקרה בו יקבע בית המשפט כי עובדה נטענת מסוימת לא הוכחה - די בכך, עקרונית, כדי להוות "הכרעה בפלוגתא" בענף משפטי זה. במילים אחרות, לשיטתה של פרופ' זלצמן - במשפט הפלילי לא צריך להיות הבדל ניכר בין קביעת ממצא פוזיטיבי לבין קביעת ממצא נגטיבי (דהיינו כזה הנסמך על היעדר הוכחה). עיקר הנמקתה של פרופ' זלצמן להגמשה זו היא שטבעו של ההליך הפלילי שכאשר נקבע בו ממצא לטובת הנאשם, בדרך כלל מדובר בממצא של חוסר הוכחה (דהיינו גם כאשר הפלוגתא מוכרעת לטובת הנאשם, על פי רוב לא מדובר במצב שבו הנאשם מוכיח את גרסתו, אלא שהמאשימה איננה מוכיחה את גרסתה שלה). לפיכך, כך לשיטתה של פרופ' זלצמן, אם נקפיד על דרישת הממצא הפוזיטיבי, אפשר שנרוקן מתוכן את הדוקטרינה של השתק פלוגתא בהליך פלילי (לפחות בכל הנוגע לממצאים שהוכרעו לטובת הנאשם), שכן זעומים הם המקרים שבהם קובע בית המשפט שגרסתו של נאשם הוכחה באופן פוזיטיבי.

עם זאת, לגישתה של פרופ' זלצמן אין מקום לקבוע שכל ממצא "נגטיבי" יקים בהכרח השתק פלוגתא, שכן ישנם מצבים שבהם מתגלות ראיות חדשות, אשר לא עמדו לרשות התביעה במסגרת ההליך הראשון, ואשר התביעה מבקשת להגישן בהליך המאוחר. לכן דעתה של פרופ' זלצמן היא שאין להגביל את תחולת השתק הפלוגתא רק לממצא פוזיטיבי, אך מנגד יש לצמצם את היקף תחולתו של ההשתק, ולקבוע כי במקרים מיוחדים תוכל המדינה לנסות ולהוכיח מחדש פלוגתא, אשר לא הוכחה במסגרת הליך פלילי מוקדם שנוהל כנגד אותו נאשם.

(ב) ביטול דרישת ההדדיות בהליך הפלילי: השתק הפלוגתא יכול לפעול אך ורק לטובתו של הנאשם, ולא לטובתה של המאשימה. כלומר, המאשימה איננה יכולה להשתק נאשם המבקש לכפור בפלוגתא, אשר הוכרעה לחובתו במסגרת הליך פלילי קודם. הנמקתה של פרופ' זלצמן לכך היא שראוי לקבוע סייג (הסתייגות בלשונה) מפני החלת השתק הפלוגתא גם לחובת הנאשם. בהקשר זה היא גורסת כדלקמן:

"הסתייגות זו מקורה, קודם כל, בשיקולים שמחוץ לכלל השתק עצמו והמבוססים על מהותו של ההליך הפלילי, כהליך אקזוטורי, המכוון להביא להרשעתו של אדם בעבירה פלילית ולהענשתו. הכוח המסור לרשות התובעת ליזום הליכים פליליים נגד אדם ולהעמידו בכך בסכנת הרשעה, על כל המשתמע מכך מבחינה חברתית וכלכלית, מצד אחד, וחזקת החפות המגוננת על הנאשם כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר, מצד אחר, מחייבים יצירתה של מערכת יחסים לטיגטורית בלתי שוויונית בין שני בעלי הדין. תוכנה של מערכת יחסים זו אינו מעוצב רק על פי הצורך לברר את הסכסוך המשפטי שהובא לבית המשפט (אשמתו של הנאשם במעשה העבירה המיוחס לו בכתב האישום) ולפסוק את הדין, אלא גם לאור התפישה שבירור הסכסוך הפלילי צריך להיעשות על פי סטנדרטים מקובלים של הליך פלילי הוגן ותוך שמירה על זכויות הנאשם" (זלצמן, בעמ' 76).



יש לציין כי מאז פסק הדין בעניין לוונטה - לא המשיך בית משפט זה בפיתוח עקרון השתק הפלוגתא בהליך פלילי (אף שבאו התייחסויות אגביות לסוגיה זו בפסקה 49 ב-ע"פ 204/10 עבדל-קאדר נ' מדינת ישראל (25.07.2011), וכן ב-רע"פ 2847/10 צור נ' מדינת ישראל (15.04.2010)). עם זאת נראה כי בערכאות המבררות החלה לחלחל עמדתה של פרופ' זלצמן, ואלה ראו עצמם חופשיים לקבוע מעת לעת סייגים נוספים, ברוח הצעותיה של פרופ' זלצמן, לרבות כאלה, אשר זכרם לא בא בעניין בכר, בעניין ג'ועיה, או בעניין לוונטה.

כך, לדוגמה, ב-תפ"ח (י-ם) 856/05 מדינת ישראל נ' גבאי (04.09.2006) בית המשפט המחוזי קבע, תוך שהוא נשען על עמדתה של פרופ' זלצמן, כי ההשתק יכול לחול אך ורק לטובת הנאשם, אך לא לחובתו. לפיכך, בית המשפט המחוזי פסק כדלקמן:

"בהתאם להלכה הפסוקה, כלל השתק פלוגתא מהווה אמצעי דינוי המוענק לנאשם במשפט פלילי, לצידן של טענות הגנה מוכרות אחרות, עת תכליתו למנוע הטרדת הנאשם בכפל התדיינויות בשאלה שכבר הוכרעה לטובתו בפסק דין פלילי קודם (זלצמן, עמוד 48)" (ההדגשה במקור - ח"מ).

ההחלטה העדכנית ביותר, שבגדרה נערך דיון נרחב ביחס להיקף תחולתו של עקרון השתק הפלוגתא בדיון הפלילי ניתנה במסגרת עניין שוורץ. בהחלטה זו, שב בית המשפט המחוזי וציין כי ההשתק יכול לפעול אך ורק לטובתו של נאשם, ולא לחובתו. עוד קבע בית המשפט המחוזי, תוך שהוא מתייחס גם למשפט משווה בסוגיה, כי יש להיזהר בהחלטתו של עקרון השתק הפלוגתא - כפי שהוא מוכר מן הדין האזרחי - גם בהליכים פליליים, נוכח ההבדלים בין אופיו של ההליך הפלילי לזה של ההליך האזרחי. בהתאם, קבע בית המשפט המחוזי הנכבד, בין היתר, כלדקמן:

"ככלל, יש לומר, אין אימוצו של כלל ההשתק הזה במשפט הפלילי, נקי מספקות. בין היתר, נדרשת לדיון השאלה, אם ראוי הוא שיאומץ כלל זה מן המשפט האזרחי, בשלמותו, או שמא, יש לעצבו מחדש בהתאם לאיפיוניו היחודיים של ההליך הפלילי.

[...]

ככלל, כך עולה מפסק דינו הנ"ל של השופט לזין [הכוונה לעניין לוונטה - ח"מ], גוברת נטיית בית המשפט אצלנו להימנעות מהרחבתו של הכלל במישור הפלילי, ולסיווגו בסייגים נורמטיביים הנגזרים משיקולים של צדק ומשיקולים של טובת הציבור.

לשאלה, מה הם סייגים אלה, ומה הם השיקולים להפעלתו, או אי הפעלתו, של הכלל במשפט הפלילי, לא ניתן עדיין מענה בפסיקה שלנו. על כך עומדת פרופ' נ' זלצמן, במאמר אליו הופנינו על ידי הצדדים, בו היא גורסת כי אימוצו של כלל ההשתק המבוסס על עקרון סופיות הדיון, להליך הפלילי, ראוי ונכון הוא כל עוד הוא נעשה תוך התייחסות לאיפיוניו היחודיים של תחום זה, לעומת התחום האזרחי ששם כאמור מקורו".



21. תמונת המצב הנורמטיבית הנהוגה כיום בישראל ביחס לשאלת תחולתו של השתק הפלוגתא בהליך הפלילי איננה איפוא חד-משמעית בשלב זה. מחד גיסא, נראה כי אין עוד חולק שההלכות, הגורפות יחסית, שנקבעו בעניין בכר ובעניין ג'ועיה, שם הוחל בדין הפלילי עקרון השתק הפלוגתא המוכר מן הדין האזרחי - אינן יכולות לסכון עוד. מאידך גיסא ברור הדבר כי גם שלושת "הסייגים", אשר נקבעו בעניין לוונטהל אינם נקיים מקשיים, והם אף אינם ממצים. ראוי לפיכך להבהיר את הדברים, ולכך אפנה מיד, אף שנראה שבסופו של דבר העניין הוא תלוי נסיבות.
- עקרונות להחלת השתק הפלוגתא בדין הפלילי
22. לשיטתי, בכל הנוגע להחלת הדוקטרינה של השתק פלוגתא בהליך פלילי, קיים מעין עקרון-על מנחה, שמטרתו לשאוף להשגת צדק, אגב הקפדה על זכויות הנאשם ועל הוגנות ההליך הפלילי. תכליתה של דוקטרינה זו - ביישומה במישור הפלילי - איננה מוגבלת לתכליותיה במסגרת ההליך האזרחי. אסביר את כוונתי להלן.
23. מקובל למנות שלוש תכליות להשתק פלוגתא בהליך האזרחי (ראו: זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי, בעמ' 142-143), והן:
- ראשית, מניעת כפל התדיינויות באותו עניין;
- שנית, שמירה על יוקרת בתי המשפט ומניעת הכרעות סותרות;
- ושלישית, מניעת הטרדתו של בעל דין יותר מפעם אחת.
- כוחן של תכליות אלה יפה גם כאשר עסקינן בהליך פלילי. עם זאת, לגיشتי הן נסוגות במקצת, ומפנות את מעמד הבכורה לעקרון-על הנ"ל. כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, אני בדעה כי השתק הפלוגתא נועד, בראש ובראשונה, לשמש להגנתו של הנאשם, כך שזה יוכל "לליבא" ממצא, אשר הוכרע לטובתו בהליך קודם, ואשר יפעל לזכותו בגדרי הליך מאוחר. פערי הכוחות האדירים בין המדינה-המאשימה, לבין הפרט-הנאשם, מביאים, לשיטתי, למסקנה כי למדינה צריכה להיות הזדמנות אחת להוכיח ממצא מסוים לרעת הנאשם, ואם אותו ממצא לא הוכח, או הוכח כנגד גרסת המדינה - ההכרעה בעניין זה צריכה להיות תקפה גם בהליכים עתידיים. באופן דומה, סבורני כי אם פלוגתא מסוימת הוכרעה על פי גרסת המדינה, ובהליך מאוחר יותר היא פועלת דווקא לטובת הנאשם - לא תוכל המדינה לנסות ולכפור באותה פלוגתא.
24. לצד עקרון-העל הנ"ל, קיימים לשיטתי ארבעה עקרונות משניים נוספים, אשר יפורטו להלן:



(א) עקרון משני ראשון, אשר לשיטתי ניתן לקבוע אותו באופן גורף הוא שהשתק הפלוגתא יכול לחול רק לטובת הנאשם - ולעולם איננו יכול לחול לחובתו (למסקנה דומה הגיעה, כאמור, גם פרופ' זלצמן במאמרה, וכן בתי המשפט המחוזיים בפסקי הדין שאוזכרו לעיל). אמנם קל לכאורה לנסות ולהצדיק את החלת השתק הפלוגתא גם לטובת המדינה, בנימוקים כגון: חסכון במשאבי מערכת האכיפה, יעול ההליכים המשפטיים וקיצורם, והעובדה שלנאשם "היה יומו" במסגרת ההליך הפלילי הקודם שהתנהל כנגדו.

חרף כל אלה, מקובלים עלי לחלוטין דבריה של פרופ' זלצמן, כפי שאלה צוטטו בפסקה 20 שלעיל, אשר מצאה כי יש להסתייג מן האפשרות להחיל השתק פלוגתא גם לטובת המדינה. דברים אלה, אשר נכתבו לפני שני עשורים, מקבילים כמובן משנה תוקף נוכח המגמה המקובלת כיום, המגנה על זכויותיהם של נאשמים וחשודים לנוכח ביצור הזכויות האמורות גם במימד החוקתי, וזאת בשים לב להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.02.2010)).

בהקשר זה אף ראוי לציין, כי מבחינת השתק פלוגתא פלילי - דין המדינה כדין כל אחת מרשויותיה (סוגיה אשר במשפט האזרחי הושארה בצריך עיון ב-ע"א 258/88 פיקטנבוים נ' רשם המקרקעין, פ"ד מד(2) 579 (1990) (להלן: עניין פיקטנבוים)). במילים אחרות, העובדה שבמקום אחד המאשימה היתה מדינת ישראל, ובמקום אחר המאשימה היא רשות מינהלית קונקרטיית אחרת המשתייכת למדינה, או פועלת מטעמה (כגון: רשויות המס, רשויות התכנון וכו') - או להיפך - אין בה כדי לשנות דבר, וההשתק יחול.

ודוק: השימוש בהשתק פלוגתא לטובת הנאשם - אין משמעו שניתן "לייבא" רק פלוגתא אשר התבררה במשפט הקודם, ואשר הוכרעה שם כנגד גרסת המדינה. בהחלט יתכן, שבמשפט הקודם תוכרע פלוגתא בהתאם לגרסת המדינה, אך בהליך המאוחר יבקש דווקא הנאשם לעשות בה שימוש. לדוגמה: יתכן ונאשם יורשע בדין, כך שיקבע שהיה במקום פלוני במועד אלמוני. אינני רואה כל מניעה שהנאשם יוכל לעשות שימוש בממצא זה במסגרת הליך מאוחר יותר, על מנת לטעון טענת "אליבי" בהליך המאוחר (כפי שאינני רואה מניעה לכך שהנאשם יהיה רשאי לכפור בכך).

(ב) עקרון משני שני הוא שבמשפט פלילי ניתן, מבחינה עקרונית, לקבוע השתק פלוגתא גם כאשר ממצא נקבע בדרך של "היעדר הוכחה", ולא רק כאשר מדובר בממצא פוזיטיבי.

כפי שפורט לעיל, במסגרת פסק הדין בעניין ג'ועיה, השופט זוסמן (כתארו אז) קבע כי בהליך הפלילי אין מקום לדרוש, כפי שהדבר מקובל במסגרת הליך אזרחי, כי הפלוגתא תוכרע באופן פוזיטיבי, וכי קיימים מצבים שבהם יוכלו הנאשם, או המדינה, לעשות שימוש בפלוגתא גם בלי הכרעה "לגופו של עניין". זו אף אחת מהמסקנות המרכזיות אליה הגיעה פרופ' זלצמן במאמרה. לגישתה בשל אופיו של ההליך הפלילי - אין מקום להקפיד על דרישת הממצא הפוזיטיבי, שכן הדבר עשוי לרוקן במידה רבה מתוכן את עקרון השתק הפלוגתא במסגרת ההליך הפלילי, לפחות מבחינתו של הנאשם (לגישה מנוגדת עיינו: חע"מ 1152/07 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות נ' ולש (19.04.2009); עניין שוורץ). זה המקום להבהיר ולחדד:



(1) כידוע, נטל ההוכחה במשפט הפלילי רובץ, למעט חריגים שאינם מענייננו, על כתפיה של המדינה-המאשימה, ורף ההוכחה הנדרש ממנה הוא ברמה של מעבר לספק סביר (ראו: סעיף 34כב לחוק העונשין). מטבע הדברים, ומבלי לגלוש לבחינה אמפירית, ניתן איפוא להניח כי רובם המוחלט של ההליכים הפליליים מתמקדים בבחינתן של ראיות שונות אותן מגישה המדינה, ובשאלה האם ראיות אלה יש בהן כדי להוכיח את אשמתו של הנאשם העומד לדין. על פי רוב - וגם הפעם הדברים אינם מבוססים, כמובן, על בדיקה אמפירית - כאשר נדחית טענה כלשהי של המדינה (עם או בלי זיכוי של הנאשם מאישום כלשהו), הדבר נעשה מחמת העובדה שהמדינה לא עמדה בנטל ההוכחה הנדרש ממנה, ולא משום שהנאשם הוכיח פוזיטיבית אחרת.

מבחינת ההליך הפלילי גופו, אין בין שני אלה כל הבדל, כמובן, שכן מה לי בספק סביר שיצר, או הוכיח הנאשם, ומה לי בספק סביר שנותר לאחר מכלול הראיות שהגישה המדינה. אלה גם אלה יובילו להכרעה לטובת הנאשם, ובמקרים המתאימים - גם לזיכוי. אך מבחינת עקרונות השתק הפלוגתא, כפי שאלה נוסחו בהקשר לדין האזרחי, יש הבדל של ממש בין שני המצבים האמורים, שכן מבחינה "היסטורית" - ההלכה דרשה כי ממצא יוכרע באופן פוזיטיבי על מנת שיהיה ניתן "לייבאו" לצורך הכרעה בפלוגתא בהליך מאוחר יותר.

לטעמי, וכחלק מן המגמה לזנוח במידת-מה את דרישת הממצא הפוזיטיבי גם בדין האזרחי עצמו (ראו: דעת הרוב בעניין וינשטיין, בו נותרתי בדעת יחיד, המצדדת בדרישת הממצא הפוזיטיבי) - הרי שבהקשר של הדין הפלילי, ככלל אין מקום לדרוש הכרעה פוזיטיבית לצורך קיומו של השתק פלוגתא, ובעניין זה דעתי כדעתה של פרופ' זלצמן. הטעם המרכזי לכך נעוץ בעובדה שעל פי מהלכו "הגנרי" של ההליך הפלילי - הגבלת האפשרות לשימוש בהשתק פלוגתא רק למקרים בהם בית המשפט קובע ממצא פוזיטיבי (לטובת הנאשם, כמובן) - עלולה להביא לריקון הדוקטרינה מתוכן (ודוק: בכל הנוגע לדין האזרחי, נותרתי בעמדתי, כפי שזו פורטה בעניין וינשטיין, לפיה יש להמשיך ולדבוק בהלכה שנקבעה ב-ע"א 202/70 אליהו נ' יחזקאל, פ"ד כה(2) 425 (1971)).

זאת ועוד: אינני סבור, כי מבחינת כינונו של השתק פלוגתא בהליך פלילי, יש הבדל ממשי בין מסקנה לפיה: "לא הוכח שפלוגי היה במקום אלמוני בשעה פלמונית", לבין מסקנה לפיה: "הוכח שפלוגי לא היה במקום פלוגי בשעה פלמונית". זו גם זו הן, לשיטתי, קביעות עובדתיות ברורות, שאין קושי תורתי לייבאן להליך אחר. עם זאת, ברור שהיקפו של ממצא נגטיבי הוא מוגבל ביחס לממצא פוזיטיבי. כך, לדוגמה, קביעה לפיה: "הוכח ששמעון היה בירושלים ביום ראשון", תסתור כל קביעה לפיה שמעון היה במקום אחר, זולת ירושלים, באותו יום. מאידך גיסא, קביעה לפיה: "לא הוכח ששמעון היה בירושלים ביום ראשון" לא תסתור שום קביעה ביחס למיקומו של שמעון באותו מועד, זולת ירושלים.

(2) יש להזהר - לצד ההכרה באפשרות לייבא גם ממצא נגטיבי - מפני הפיכת השלילה לחיוב. כלומר, יש להקפיד ו-"לייבא" את הממצא הנגטיבי כמות שהוא, ולא להופכו לממצא פוזיטיבי. כך, לדוגמה, אם בהליך הראשון נקבע כי "לא הוכח ששמעון לא היה בירושלים ביום ראשון", אין מקום לקבוע בהליך השני כי "הוכח ששמעון היה בירושלים ביום ראשון". כפי שנראה בפיסקאות 30-31 שלהלן, לשוני בין שני אלה יש משמעות מכרעת בענייננו כאן.



(ג) עקרון משני שלישי הוא שהשתק פלוגתא יחול ככלל רק ביחס לממצאים, אשר נקבעו במסגרת הליך פלילי "קלאסי". לשיטתי, קיים קושי בלתי מבוטל באימוצו של עקרון השתק הפלוגתא כאשר לא מדובר בהליך פלילי "קלאסי", אלא בהליך "מקביל" (כגון: הליכי מעצר, משפט חוזר), ועל כן מן הראוי לקבוע את הדין לגביהם כאשר יתברר ההליך המתאים, ולהותיר את השאלות אשר עשויות להתעורר ביחס להליכים אלה - בצריך עיון.

(ד) עקרון משני רביעי, אשר נקבע בהלכה הפסוקה, הוא שהכרעה בפלוגתא - אשר נאשם מבקש לעשות בה שימוש במסגרת הליך פלילי מאוחר - חייבת להנתן במסגרת הליך פלילי, ולא במסגרת הליך אזרחי, או מנהלי. אקדים ואומר, טרם שאסקור הלכה זו, כי לטעמי יתכן ויש פירכות מסוימות בעקרון זה, אך בשלב זה, ונוכח העובדה שהוא איננו מתעורר במישורין בעניינו של המערער שבפנינו - אינני מוצא מקום להרהר מחדש בתפיסה זו ובסייגיה.

יסודותיה של ההלכה נעוצים בהוראות סעיף 42א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), המורה כדלקמן:

"הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי".

ההלכה קבעה, כי מכוחו של כלל ההן הקבוע בסעיף 42א(א) הנ"ל - נשמע כלל הלאו, דהיינו כי בכל מקרה אחר לא יהיו "הממצאים והמסקנות" קבילים כראיה במשפט האחר (ראו: ע"פ 277/81 הלוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 369 (1984) (להלן: עניין הלוי); כן עיינו: רע"א 4528/06 ברנס נ' סנ"צ (בדימוס) מרכוס (18.05.2009)). בכלל זה יש, כמובן, הגיון רב במצבים שבהם הנאשם נמצא זכאי, אך הוגשה כנגדו תביעה אזרחית. במצב דברים זה, לא חל עקרון ההשתק, וזאת נוכח ההבדלים בנטלי ההוכחה בין שני ההליכים (כך שיתכן שנאשם, אשר זוכה מחמת הספק בהליך הפלילי, ימצא חייב על פי מאזן הסתברויות במשפט האזרחי; ראו: פסקאות 30-33 לפסק דיני ב-ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (02.04.2012), וההפניות המובאות שם). ברם נראה כי הצדקתה של הלכה זו בעייתית במקצת במקרה אחר: נניח כי בין פלוני לבין המדינה מתנהלים שני הליכים - המוקדם אזרחי והמאוחר פלילי - אשר שניהם נסבים סביב אותה מערכת עובדתית (בהערת אגב אציין כי זו גם אחת הסיבות שבדרך כלל עדיף להקדים את ההליך הפלילי להליך האזרחי). נוסף ונניח כי במשפט האזרחי ניתן פסק דין לטובתו של פלוני, ומכאן שגרסתו נמצאה עדיפה ברף הוכחה של מאזן הסתברויות. קשה להלום איפוא מדוע זה לא תושתק המדינה גם ביחס להליך הפלילי, שהרי אם במשפט האזרחי התקבלה גרסתו של פלוני במאזן הסתברויות, קשה לסבור שבמשפט הפלילי תוכח גרסת המדינה ברף של מעבר לספק סביר? (עיינו: ע"פ 70335/04 ת"א) בן ארויה נ' מדינת ישראל (23.02.2005).



אמנם, ענייננו כאן בהשתק פלוגתא, ולא במצב שבו פסק דין מתקבל כראיה לאמיתות תוכנו. אך מבחינה מהותית, העקרון הוא דומה - שימוש בממצא, אשר הוכח נגד המדינה בהליך אזרחי, ואשר המדינה מבקשת לכפור בו במסגרת הליך פלילי המתנהל כנגד אותו בעל-דין-נאשם. על פניו, קשה להצדיק שימוש שכזה מצד המדינה (ראו: אימרת האגב של המשנה לנשיא, מ' בן-פורת בעניין הלוי הנ"ל), אך נראה כי נכון להיום ההלכה היא זו:

"ההלכה היא שפסק דין פלילי עשוי להקים השתק פלוגתא במישור הפלילי, ואילו פסק דין אזרחי עשוי להקים השתק פלוגתא במישור האזרחי. ברם - אין מקום ל-'הצלבה' בסוגיה זו בין שני המישורים" (יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1575 (2009)).

25. כסיכום ביניים, ניתן איפוא לקבוע כי עקרונותיו של השתק הפלוגתא בהליך הפלילי, כפי שאלה מוצעים על ידי כאן, הינם כדלקמן:

(א) השתק פלוגתא פלילי איננו הדדי, והוא יכול לחול אך ורק לטובת הנאשם, ולעולם לא לחובתו.

(ב) אין חובה כי הממצא, מושא השתק הפלוגתא, יוכרע באופן פוזיטיבי.

(ג) לעת הזו, יש לקבוע כי ככלל רק ממצא אשר הוכרע בהליך פלילי "קלאסי" - הוא יוכל לשמש כבסיס להשתק פלוגתא.

(ד) השתק פלוגתא פלילי יחול רק ביחס לממצא שהוכרע בהליך פלילי קודם.

(ה) יתר היסודות של השתק הפלוגתא "האזרחי" יחולו אף הם פה, בשינויים המחוייבים, כלומר: נדרש שהתקיים דיון בפלוגתא, ושהחלטה בפלוגתא היתה חיונית לצורך ההכרעה במשפט.

חריגים וסייגים לעקרונות

26. לצד שרטוטם של העקרונות הבסיסיים הנ"ל, נראה כי יש לשים להם סייגים מסוימים, מה גם שתחום זה כולו הוא תלוי נסיבות ומקרה. להלן אפרט את הסייגים המתבקשים:

(א) השתק פלוגתא איננו יוצר "חסינות" לעד: כפי שציין בית משפט זה בעניין לוונטה, במצבים רבים עלולה החלתו של השתק הפלוגתא להגיע לאבסורד, ולצורך ההמחשה אשתמש כאן בדוגמה שאף עלתה בעניין לוונטה עצמו (זו דומה לשאלה, אשר התבררה ב-דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(4) 644 (2009)): נניח כי פלוני הוא נושא משרה בתאגיד מסוים, אשר הוא "דו-מהותי" באופיו. המדינה הגישה כתב אישום כנגד פלוני, ובגדרו נטען כי נטל שוחד. בית המשפט קובע, כי פלוני אמנם קיבל כספים שונים כמתת, אך הוא כלל איננו "עובד ציבור" נוכח אופיו של התאגיד, ועל כן הוא זכאי מאשמה. לימים, נפסקת הלכה, בעניין אחר, לפיה התאגיד בו עובד פלוני הוא בבחינת תאגיד ציבורי. ברור שמשמעות הדברים איננה כזו שפלוני רשאי להמשיך וליטול שוחד, או לבצע מעשים העולים כדי הפרת אמונים, תוך שהוא "חסין" לעד כביכול מהעמדתו לדין מחמת השתק פלוגתא.

תוצאה זו מתבקשת ובסיסה באותו "סייג" שנקבע בעניין לוונטה, לפיו כאשר מתרחש "שינוי באקלים המשפטי", ניתן לסטות מעקרון השתק הפלוגתא. יחד עם זאת, סבורני כי פתרון שכזה איננו ממצה, ולעיתים יהיה מקום למנוע מנאשם ליהנות מהשתק פלוגתא גם בהיעדר "שינוי אקלימי" שכזה. פתרון אפשרי אחר, שמוביל איפוא לתוצאה דומה, הוא הכלל המופשט שנקבע ב-ע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 520, 513 (1973) (להלן: עניין ארביב), שם נפסק שכאשר הפעלת השתק פלוגתא (בדין האזרחי) מביאה ל-"אי-צדק", הרי שהשתק איננו חל. וכך נאמר שם:

"תורת ההשתק מושתתת על שיקולים של צדק ושכל ישר. ומקום שהדבר נוגד את הצדק, אין משתיקים טענתו של בעל-דין".

ודוק: מקובל עלי, כי הדוקטרינה של השתק פלוגתא תומכת בדרך כלל בהשגת תוצאה "צודקת", ורק היוצא מן הכלל הוא שהחלת הדוקטרינה תביא לחוסר צדק. יפים לענייננו הדברים שנאמרו בהקשר זה על ידי חברי, השופט נ' סולברג ב-ת"א (י-ם) 4582/03 ידיעות תקשורת בע"מ נ' צימרמן (24.02.2004):

"דעת לנבון נקל, כי סופיות הדיון איננה 'לעומתית' לצדק. התדיינות שאינה פוסקת, היא-היא היוצרת עיוות, מבוכה ועוול. דרך הכלל היא, כי סופיות הדיון משרתת את הצדק. היוצא מן הכלל הוא, מצב שבו סופיות הדיון גורעת מן הצדק".

הנה כי כן, בבסיסו, פתרון של "חריג אי-צדק" הוא כמובן "אופטימלי", שהרי הוא ימנע מצבים של "אי-צדק". הבעיה היא, כמובן, שפתרון זה הינו לכאורה מופשט יתר על המידה, והוא מחליף קושיה מורכבת אחת (מתי נמנע מנאשם לטעון להשתק פלוגתא), בסוגיה קשה אחרת (מתי קבלת טענת נאשם להשתק פלוגתא תיצור חוסר צדק).



ברם, לשיטתי, בסופם של דברים - אין מנוס מאימוץ הכלל שנקבע בעניין ארביב, לאמור: אף על פי שעקרון השתק הפלוגתא כוחו יפה גם בהליך הפלילי, הרי שישנם מצבים שבהם החלתו לטובת הנאשם עלולה להביא לתוצאה בלתי צודקת, או אבסורדית. במצבים אלה, רשאי בית המשפט לדחות את טענת ההשתק, ולאפשר למדינה להוכיח ממצא הסותר את הממצא, מושא הפלוגתא. למעשה, חריג זה מתחייב נוכח עמדתו לפיה הבסיס לקיומו של השתק פלוגתא בהליך פלילי איננו נובע רק מהתכליות שעומדות בבסיס השתק הפלוגתא "האזרחי" (הצורך ביעילות, מניעת הכרעות סותרות, ומניעת הטרדת בעל-דין) - אלא בראש ובראשונה משיקולי צדק, ומן הרצון לשמור על זכויות הנאשם ועל הוגנות ההליך הפלילי. לפיכך, כאשר מתקבלת תוצאה, אשר יוצרת חוסר צדק, רק טבעי הוא שהשתק הפלוגתא ייסוג מפני אי-הצדק. יחד עם זאת, אשוב ואדגיש כי מדובר בחריג לכלל, וכי ברוב המקרים - ההשתק יחול. במילים אחרות, הכלל הוא שברגיל ממצא, אשר הוכרע לטובתו של נאשם, ישתק את המדינה בהליך מאוחר יותר, ורק במקרים חריגים שבהם כלל זה מביא לתוצאה בלתי-צודקת בעליל, ניתן יהיה לסטות מעקרון זה.

(ב) יש להגביל את טענת השתק פלוגתא לגבי מי שלא היה נאשם בהליך הקודם: חריג נוסף זה עוסק בהיקף פריסתו של השתק הפלוגתא ודן בשאלה האם הוא חל כאשר לא מדובר באותו נאשם. בדיון האזרחי, מקובלת כיום התפיסה כי כאשר נתבע מבקש להתגונן באמצעות השתק פלוגתא כלפי תובע מסוים, הנתבע יוכל לעשות כן אף כאשר הפלוגתא הוכרעה בהליך קודם בין אותו תובע לבין נתבע אחר. כלומר, במצב שכזה אין מניעה לעשות שימוש בהשתק הפלוגתא כטענת מגן (אך לא כטענת חרב), וזאת חרף אי-הזהות בין הצדדים בשני ההליכים השונים (ראו: עניין פיקטנבוים).

השאלה היא איפוא מהו הדיון במסגרת ההליך הפלילי, כאשר מדובר, כמובן, באותה מאשימה, אך בשני נאשמים שונים? לכאורה, התשובה היא פשוטה: אם נתבע יכול להתגונן מפני תובע, בטענה כי לאותו תובע כבר "היה יומו", ופלוגתא מסוימת הוכרעה לרעתו של אותו תובע, מדוע לא יוכל גם נאשם להתגונן כך מפני המדינה? לדוגמה, נניח כי ראובן עומד לדין באשמה שקיבל שוחד משמעון, ושמעון עומד לדין - בכתב אישום נפרד - באשמת מתן שוחד לראובן. נניח כי במשפטו של שמעון, שהסתיים לפני שהחל משפטו של ראובן, פוסק בית המשפט כי לא הוכח שהוא אכן נתן שוחד לראובן. מדוע לא יוכל ראובן להשתק את המדינה בטענת השתק פלוגתא, נוכח הממצא שנקבע במשפטו של שמעון? אלא שאף בסיטואציה שכזו סבורני כי לא ניתן לקבוע כלל חד-משמעי, וזאת בעיקר בשל בעייתיות אשר עלולה להתעורר בעקבות דיני הראיות. כך, יתכן שלוי, שהוא עד תביעה במשפטו של ראובן, העיד שראובן התוודה בפניו על כך שנטל שוחד משמעון. עדות זו היא, כמובן, קבילה כנגד ראובן (ומשמשת כ-"הודאת חוץ", לפי סעיף 11 לפקודת הראיות), אך איננה קבילה כנגד שמעון, בשל היותה כלפיו בבחינת עדות מפי השמועה. לפיכך, ובהנחת קיומו של "דבר מה נוסף", נראה כי לא יהיה קושי להרשיע את ראובן באשמה של קבלת שוחד. האם מוצדק איפוא להשתק את המדינה, אשר לא הביאה ראיות קבילות מספיקות בעניינו של שמעון - גם במשפטו של ראובן? (ראו, בהקשר דומה: דניאל פרידמן "פס"ד פלילי כראיה במשפט אזרחי" הפרקליט כ"ה 92, 94 (תשכ"ט)).

הנה כי כן, נראה כי כל ניסיון לקבוע באופן ברור את גבולותיו של השתק הפלוגתא כאשר מדובר בשני נאשמים שונים, עלול לעורר קשיים, וטוב להשאיר את העניין תלוי נסיבות. בכל מקרה - בהתחשב בכך שהשאלה איננה מתחדדת בעניינו של המערער שבפנינו, דומני כי גם סוגיה זו יש להותירה, לעת הזו, בצריך עיון.



(ג) הגבלת התנאי הדורש כי לצורך החלת "השתק פלוגתא" - יתקיים "דיון בפלוגתא": הקושי כאן הוא לקבוע, בהתאם לשלבי הדיוניים השונים של ההליך הפלילי, מתי פלוגתא מסוימת נדונה, ומתי לא. סוגיה זו אף שבה ומעלה לדיון את מושג "הזיכוי האילם", אשר הצדדים התייחסו אליו בכתבי הטענות שבפנינו.

ניתן תחילה "למפות" את שני מצבי הקיצון: מן הצד האחד ברור שכאשר נוהלו הוכחות, ובעקבותיהם ניתנה הכרעת דין הכוללת ממצא מסוים, הרי שהתקיים דיון בפלוגתא; מן העבר האחר, כאשר מוגש כתב אישום, אך המדינה חוזרת בה הימנו טרם שהתקיים דיון כלשהו ביחס לכתב אישום זה, הרי שלא התקיים דיון בפלוגתא. בין שני קצוות אלה נוכל למצוא מספר מצבים מורכבים יותר, כגון: מצב שבו המדינה מבקשת לחזור בה מן האישום בשלב כלשהו במהלך המשפט, או כאשר הכרעת דין התבססה על הודאתו של הנאשם בעובדות כתב האישום.

אפשרות נוספת, המתחדדת בענייננו, היא החלטת בית המשפט בתום פרשת התביעה, לפיה: "אין להשיב לאשמה" (ראו: סעיף 158 לחסד"פ). משמעות החלטה שכזו היא שאשמתו של הנאשם לא הוכחה אפילו לכאורה, ולכן הוא איננו צריך להביא ראיות מטעמו על מנת להקים ספק באשמתו. לשיטתי, יש לקבוע כי כאשר מחליט בית המשפט שנאשם איננו נדרש להשיב לאשמה - אין מניעה לעשות שימוש בפלוגתא מסוימת אשר עמדה בבסיס ההחלטה, וזאת כנדבך לכך שבמשפט הפלילי - כפי שנאמר בפסקה 24(ב) שלעיל - ניתן לייבא גם ממצא "שלילי". במילים אחרות, אם בית המשפט קובע שאשמתו של נאשם לא הוכחה, אפילו לכאורה, הרי שהממצאים, אשר עמדו ביסוד ההכרעה השלילית בדבר אי-אשמתו של הנאשם, הם ממצאים שעשויים להקים השתק פלוגתא בגדרי הליך פלילי עתידי.

הטעם המרכזי למסקנתי זו היא שאחרת עשוי נאשם "להתעקש" להשיב לאשמה, רק כדי "לקבע" פלוגתא מסוימת, אשר ממילא הוכרעה לטובתו. לדוגמה, נניח כי ראובן עומד למשפט באשמת שוד, כאשר המחלוקת העיקרית בין הצדדים היא בשאלה האם ראובן נכח במקום השוד בשעה שבו הוא התבצע. בתום פרשת התביעה מתברר כי לא הוכח אפילו לכאורה שראובן היה נוכח במקום בו בוצעה העבירה. במידה וראובן יודע כי בעתיד אפשר שיזדקק לממצא שכזה, הוא עשוי לנהל פרשת הגנה, אשר תתמקד, רובה ככולה, בנסיונו לכפור בכך שהיה נוכח בזירת האירוע. ברי כי זהו הליך שאין ממנו כל תועלת, והוא בגדר בזבז של משאבים שיפוטניים, ציבוריים ופרטיים.

זאת ועוד: מאחר ולשיטתי גם ממצא "נגטיבי" הוא ממצא, אשר יכול לשמש לצורך השתק פלוגתא, הרי שזיכוי מחמת "אין להשיב לאשמה", המתבסס על אי-הוכחה לכאורית של עובדות מסוימות, איננו שונה לשיטתי ממצא "נגטיבי" המתבסס על אי-הוכחה "ממש", אשר היתה נקבעת בהכרעת הדין.

לכאורה, מסקנה זו עומדת בסתירה להלכה שנקבעה ב-ע"פ 583/77 מדינת ישראל נ' אבני, פ"ד לב(1) 472, 474 (1978) (להלן: עניין אבני), שם קבע הנשיא זוסמן כדלקמן:

"הזיכוי 'האילם', עקב חזרת התביעה מן האישום, אינו משמיע שהנאשם לא עשה את המעשים נושא העבירה שיוחסה לו. פירושו אינו אלא זה שהנאשם יוצא נקי מן האישום המבוסס על העובדות המפורשות בכתב-האישום, ומעשה-בית-דין מגן עליו מפני אישום נוסף על-סמך אותן העובדות. אך הזיכוי אינו ממצא שהנאשם לא עשה את העובדות המפורשות בכתב-האישום".



עם זאת, לשיטתי הדברים שנאמרו בעניין אבני אינם חלים כאן במישרין, שכן עיון מדוקדק בפסק הדין בעניין אבני מעלה כי הדברים נאמרו שם לגבי מצב שבו התביעה חזרה בה מן האישום, ולא לגבי מצב שבו נקבע כי "אין להשיב לאשמה", ויוצאת תחת ידו של בית המשפט החלטה מתאימה. מעבר לכך, לשיטתי עניין אבני ראוי לעיון מחודש גם באשר למה שנפסק בו במישרין. יחד עם זאת, לצורך ההכרעה כאן אינני נדרש לאותו עיון מחודש, אך מטבע הדברים גם לא ראיתי לנכון להרחיב את גבולותיה של הלכה זו.

27. הסייגים הנ"ל, לצד קשיים אחרים, אשר עלולים להתעורר במרוצת הזמן (לדוגמה: הקושי להבדיל בין "ממצא נגטיבי" לבין "היעדר ממצא", או הקושי לקבוע מתי ממצא כלשהו היה חיוני לצורך הכרעת הדין ומתי לאו) - מכבידים על שרטוט גבולותיו המדויקים של השתק הפלוגתא בהליך הפלילי. יחד עם זאת, מטבען של דוקטרינות משפטיות סבוכות, שגבולות הגזרה שלהן נותרים גמישים, והן זוכות לעיצוב ולעידון במהלך השנים, כאשר מתבררות הנסיבות העובדתיות המתאימות. לפיכך, אינני רואה בעייתיות בהשארת ההלכה "פתוחה" במקצת, ובהכרעה קונקרטית רק ביחס למה שנדרש לצורך גזירת ההחלטה בערעור שבפנינו.

סיכום ביניים נוסף

28. מן האמור עד הנה עולה, כי הנאשם - ורק הוא - יכול לעשות שימוש בהשתק פלוגתא בהליך פלילי, לרבות ביחס לממצא נגטיבי וכן ביחס לממצא, אשר הוכרע בהליך שהסתיים בהחלטה לפיה "אין להשיב לאשמה". עתה, לאחר שהונחו היסודות המשפטיים הנדרשים לצורך הכרעה פה, ניתן לפנות ליישומן על ענייננו. בכך אעסוק מיד בסמוך. מן הכלל אל הפרט

29. בהכרעת הדין, מושא כתב האישום השני, זוכה המערער, ונקבע כי הוא איננו נדרש להשיב לאשמה. הטעם המרכזי לזיכוי היה, כזכור, שהמפקח, אשר ערך את הסיוור במבנה, ואשר רשם את התרשומת הרלבנטית, נעדר מן הארץ, ועל כן לא ניתן היה להסתייע בתרשומת שערך. עד התביעה "החלופי" (מר אוחנה), אשר נכח באותו סיוור, העיד כי איננו זוכר את שראה.

נוכח חשיבות הדברים, לצורך הקמתו של השתק פלוגתא היכול לנבוע מהכרעת דין זו אל ענייננו כאן, אביא עתה את הכרעת הדין האמורה והקצרה במלואה:
"עלי להסתייג מדיוק התמונה שב"כ המאשימה מבקשת לצייר בתגובתה, זאת לנוכח העובדה כי התרשומת הרלבנטית לא נערכה או נחתמה על ידי עד התביעה אוחנה.
לגופו של ענין - לנוכח טענת ב"כ הנאשם כי אין להשיב לאשמה והסכמת ב"כ המאשימה, הנני מזכה את הנאשם מהאישום המיוחס לו בתיק זה".

השאלה הנשאלת עתה הינה איפוא האם יש באפשרותו של המערער לעשות שימוש בפלוגתא כלשהי, אשר ניתנה בה החלטה, במפורש או מכללא, במסגרת הכרעת הדין הנ"ל, והאם - במידה וקיים השתק פלוגתא - משמעות הדברים היא שיש לזכות את המערער גם מן העבירה המיוחסת לו בגדרי כתב האישום השלישי, מושא הערעור שבפנינו.
30. עינינו הרואות, כי הכרעת הדין, מושא כתב האישום השני, איננה מפורטת, ואיננה כוללת הכרעות מפורשות בפלוגתא כזו או אחרת. יחד עם זאת, הכרעה בפלוגתא יכולה, כידוע, להיעשות גם מכללא, ולא רק במפורש.
מהן הפלוגתאות, אשר הוכרעו איפוא מכללא בהכרעת הדין הנ"ל?
לשיטתי, זיכוי של המערער, אשר בגדרו נקבע כי אשמתו של המערער במה שיוחס לו בכתב האישום השני - לא הוכחה אפילו לכאורה - משמעותו גם הכרעה בפלוגתאות הבאות:

(1) לא הוכח כי המערער לא הרס את המבנה בין התאריכים 01.06.2001 ל-15.07.2001.

(2) לא הוכח כי המערער הפר את הצו השיפוטי ביחס למבנה בתאריכים אלה.

האם הכרעה נגטיבית זו באיזו מהפלוגתאות הנ"ל יש בכוחה להשתיק את המדינה, ולהביא כתוצאה מכך לזיכוי של המערער מן המיוחס לו בגדרי כתב האישום השלישי? לדעתי, התשובה לכך היא בשלילה. אביא עתה את נימוקי למסקנה זו.



31. לשיטתי, שילובן של שתי ההחלטות בפלוגתאות הנ"ל, ובדאי כל אחת מהן כשהיא עומדת לבדה - איננו מעמיד לטובתו של המערער הכרעה כלשהי אשר יש בכוחה להביא להשתקת המשיבה בכל הנוגע לנטען בכתב האישום השלישי. כל שניתן להסיק מהחלטות אלה הוא שבין תאריך 01.06.2001 לבין תאריך 15.07.2001 לא הוכח שהמערער לא הרס את המבנה, מושא צו ההריסה השיפוטי, וכמובן שגם לא הוכח שהפר את צו ההריסה השיפוטי בתאריכים הנ"ל. ממצא נגטיבי זה אמנם משתיק את המדינה מלטעון אחרת ביחס לתקופה שבין התאריכים הנ"ל, אך הוא איננו משתיק את המדינה מלטעון כי בנקודת זמן המאוחרת לתאריך 15.07.2001 המערער הפר את הצו השיפוטי, ולא הרס את המבנה. אחדד עוד: בהכרעת הדין, מושא כתב האישום השני, לא נקבע כי המבנה נהרס. מה שנקבע שם הוא רק שלא הוכח - על דרך של ממצא נגטיבי (שהיקפו מוגבל בהשוואה לממצא פוזיטיבי, כאמור בפסקה 24(ב)(2) שלעיל) - שהמבנה לא נהרס בתוך תקופת זמן מתוחמת ומוגדרת, וקביעה זו עודנה עומדת איתן גם בכל הנוגע לכתב האישום השלישי. לשיטתי - אין קושי בשתי הקביעות הנ"ל תעמודנה, לצד מה שנטען בכתב האישום השלישי. כמובן, שפני הדברים היו עשויים להיות שונים אם בגדרי ההליך השני היה נקבע, לדוגמה, כי המבנה נהרס, או - על דרך של ממצא נגטיבי - כי לא הוכח שצו השיפוטי הוצא בסמכות ועל פי כל דין (בדומה לפסק הדין בעניין אינדיג). אם היו מתקבלות החלטות מעין אלה, או אז היתה המדינה מושתקת בפלוגתא, אשר היתה מונעת, ככל הנראה, את הרשעתו של המערער במיחוס לו בגדרי כתב האישום השלישי. האם תוצאה זו הינה בלתי-צודקת? גם כאן, לדעתי התשובה היא בשלילה. מבט מדוקדק במכלול הנתונים מעלה כי המערער הפר ברגל גסה צו שיפוטי שהוצא כנגדו, תוך שהוא מודע היטב לאי-החזקיות של הבניה, ולעצם קיומו של הצו השיפוטי. אכן, זיכוי מאישום של הפרת הצו השיפוטי ביחס לתאריכים 01.06.2001-15.07.2001 עומד בעינו, וכך גם הקביעה לפיה לא הוכח שבתאריכים אלה המערער הפר את הצו השיפוטי. יחד עם זאת לא מצאתי טעם ראוי "למתוח" את הדברים גם מעבר לכך, ולהעניק למערער "חסינות", בדמות השתקת המדינה, גם לתקופה המשתרעת לאחר 15.07.2001.

סיכום - השתק הפלוגתא הפלילי

32. נוכח כל האמור לעיל, מסקנתי היא כי ניתן, עקרונית, להכיר בהשתק פלוגתא גם בגדרי הליך פלילי, וכי ניתן "לייבא" הכרעה בפלוגתא מסוימת, אשר נפסקה במסגרת הליך פלילי קודם. עם זאת, החלתו של השתק הפלוגתא איננה אוטומטית, והיא כפופה לסייגים שונים, והכל כמפורט בפסקאות 22-28 שלעיל. יישומה של דוקטרינת השתק הפלוגתא במסגרת ההליך הפלילי מעלה לעיתים קשיים המכבידים על קביעתה של הלכה "קשיחה" יחסית. לאלה יבוא מענה בבוא היום, כשתבררנה הנסיבות העובדתיות המתאימות.

33. בכל הנוגע ליישום הדוקטרינה הנ"ל על עניינו של המערער, הרי שאינני סבור כי "ייבוא" לכאן של איזושהי הכרעה (מפורשת או משתמעת) מההחלטות שנתקבלו במסגרת הכרעת הדין, מושא כתב האישום השני - יכול להביא להשתקת המדינה באופן שיצדיק את זיכוי של המערער ממה שיוחס לו בכתב האישום השלישי. לפיכך מסקנתי היא כי יש לדחות את טענתו של המערער לפיה זיכוי מהמיחוס לו בכתב האישום השני - מונע את הרשעתו במיחוס לו בכתב האישום השלישי. שלילת הטענה הדיונית בנוגע לעדותו של המפקח

34. טענתו זו של המערער עוסקת, כזכור, בהעדתו של המפקח בפני בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד. אין מחלוקת בין הצדדים, כי המפקח העיד על סמך תרשומת שערך בעת שביקר במקום, וכי העתק מתרשומת זו הועבר לידי המערער. כן אין מחלוקת כי המפקח לא נחקר במשטרה בדבר תרשומת זו. לשיטת המערער, במצב דברים זה - לא ניתן היה להעיד את המפקח, וזאת נוכח הוראת סעיף 77(א) לחסד"פ, הקובע כדלקמן:

"לא יגיש תובע לבית המשפט ראיה ולא ישמיע עד אם לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראיה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך".



בהתאם, המערער גורס כי המפקח הינו "עד", ועל כן היתה חובה על המשיבה ליתן לו "הזדמנות סבירה לעיין בהודעת העד בחקירה". מאחר שהמפקח כלל לא נחקר על התרשומת שערך ולא נגבתה ממנו הודעה (וממילא לא ניתנה למערער אפשרות סבירה לעיין קודם למשפט בהודעה שכזו) - הרי שלא נתמלאו התנאים הקבועים בסעיף 77(א) הנ"ל, ועל כן היה אסור למשיבה להביא את המפקח לעדות.

35. טענה זו מפי המערער נראית בתחילה שובת-לב, אך לאחר עיון הגעתי לכלל מסקנה כי אף בה אין ממש. אסביר את מסקנתי זו להלן.

המערער טוען כי התיבה "הודעת העד בחקירה" פירושה הוא אחד ויחיד - הודעה שמסר העד במסגרת חקירה. לטענתו, תכלית דרישה זו היא להבטיח כי הודעת העד היתה אמת, נוכח החובה לומר אמת במהלך חקירה משטרתית, כאמור בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

אכן, בלשון הסעיף מופיעה המילה "חקירה", אשר משמעותה הטבעית היא, בדרך כלל, חקירה על ידי המשטרה (או על ידי מי שבידיו סמכויות חקירה מקבילות). ברם, אימוץ פרשנותו של המערער יביא לתוצאה בלתי מתקבלת על הדעת, אשר תחייב את משטרת ישראל לבצע חקירות סרק רבות ביותר, רק כדי "לתרגם" תרשומת, או דו"ח, שנערכו על ידי גורם מוסמך, לכדי "הודעה בחקירה". לא למותר להביא כאן פעם נוספת את אימרתו הידועה של השופט (כתוארו אז) א' ברק ב-ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427 (1980), אשר קבע כדלקמן:

"מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק".

בהתאם, יש ליתן למונח "חקירה" בסעיף 77(א) לחסד"פ פרשנות, אשר תגשים את תכלית החוק, ואשר תמנע תוצאה לפיה תדרש "חקירתם" של פקחים ומפקחים, שאם לא כן הם לא יוכלו כביכול להעיד בבתי המשפט השונים. מצב דברים שכזה יסכל, לדוגמה, את האפשרות להגיש דו"ח בגין עבירות חניה, שכן כל דו"ח שנרשם על ידי פקח עירוני המוסמך לכך - יחייב לכאורה את גביית עדותו של הפקח במסגרת חקירה, רק כדי שהחוקר ירשום מפי הפקח את המידע המופיע ממילא בדו"ח החניה עצמו.

36. למעשה, זו היתה גם מסקנתו של בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד, אשר דחה את טענתו של המערער, וקבע כדלקמן:



"אינני מקבל את טענת ב"כ הנאשם [המערער כאן - ח"מ]. המונח חקירה שבסעיף 77 לחסד"פ אין משמעותו דווקא חקירה באזהרה או חקירה של העד ע"י צד שלישי. בודאי שאין הכוונה כך כאשר מדובר בעדותו של מפקח אשר נשלח למקום על מנת לבדוק אם בוצעה עבירה והוא עורך תרשומת על תוצאות ביקורו במקום... הדרישה שעדותו של עד תינתן בחקירה מתייחסת לעדותם של עדים חיצוניים ובמקרה כזה יש הצדקה שהעדות תינתן בחקירה דווקא כדי להבטיח את מהימנותה ולהבטיח מתן תשובות נכונות של העד מחמת סיכון במתן הודעות סותרות, מה שאין כן לגבי מפקח היוצא לבדוק אם בוצעה עבירה".

מסקנתו זו של בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד מקובלת עלי. לפיכך, דעתי היא כי הפרשנות הנכונה לדרישה שעד לא יעיד, אלא אם כן ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לעיין "בהודעת העד בחקירה", היא שדרישה זו איננה מתייחסת לבעל תפקיד מוסמך, הפועל על פי סמכות שהוענקה לו בדין, ובגדריה של סמכות זו. בהתאם, אין צורך "לחקור" מפקחים, או כל בעל תפקיד דומה, אשר פעלו על פי סמכותם, ובמסגרת מילוי תפקידם השלטוני, על מנת לגבות מהם הודעה, וניתן להעידם אודות תרשומת, או דו"ח מסוים שרשמו, ובלבד שהעתק של אותו חומר כתוב הועבר מבעוד מועד לעיון הסניגוריה (ובענייננו אין מחלוקת, כאמור, שהמערער קיבל לידיו מבעוד מועד עותק של תרשומת המפקח ביחס למבנה, מושא כתבי האישום). במילים אחרות, כאשר מדובר בתרשומת, או דו"ח, שנערכו על ידי גורם שלטוני מוסמך, ניתן לראות בהעדת עד שכזה בבית המשפט כעונה על דרישת סעיף 77(א) לחסד"פ.

זאת ועוד - אחרת: המערער צודק אמנם בטענתו כי בית משפט זה טרם נתן דעתו באופן מפורש לסוגיה האמורה. ברם, בית משפט זה הגיע לא אחת למסקנה לפיה דו"ח שנערך על ידי גורם שלטוני מוסמך יש לראות בו כ-"פעולת חקירה", אף אם בהקשרים שונים (ראו: ע"פ 207/56 צויטאט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 518, 523 (1957), שם צוטטו בהסכמה דבריו של המלומד הצרפתי Garraud; בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757, 781 (1997); ע"פ 211/79 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 716, 719 (1979); וכן: הע"ז 41393-08-10 מדינת ישראל נ' עמירם סיון בע"מ (03.03.2011)).

37. יש לדחות איפוא גם את טענתו הדיונית של המערער, ולקבוע כי בדין העיד פה המפקח בפני בית המשפט לעניינים מקומיים הנכבד, וכי לא נפל פגם בכך שלא נגבתה מהמפקח הודעה במסגרת חקירה.

סוף דבר

38. נוכח כל האמור לעיל - מסקנתי היא כי יש לדחות את שתי טענותיו של המערער, ולפיכך ראוי לדחות את הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, וכך אציע לחברי לעשות.

אם תתקבל דעתי המערער יהיה חייב להרוס את המבנה החורג, מושא ההליך, בתוך 90 ימים מיום מתן פסק דינו זה, אלא אם כן יציג, בתוך פרק זמן זה, היתר בנייה כדין ביחס למבנה החורג. עיכוב הביצוע ביחס לצו ההריסה - ימשיך לחול למשך 90 הימים הנ"ל. יתר חלקי גזר הדין - יוותרו בעינם.

ש ו פ ט



השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. התוצאה אליה הגיע חברי השופט מלצר מקובלת עלי. לטעמי התוצאה בנסיבות דנא היא הכרחית, שכן באחיזת השור בקרניו לא יתכן, לא בדין ולא בשכל הישר (ועדיף ששני אלה ילכו יד ביד, כמובן) כי בשל זיכוי "טכני" מעבירה שכיסתה תאריכים מסוימים, יקנה המערער (כך אקרא לו נוכח המהלך הדיוני שהציע חברי) חסינות מהעמדה לדין על עבירה זו, של בניה בלתי חוקית, שמושאה (המבנה) עומד על תילו, ומעיד ומתריס כמאה עדים על אי הריסתו, בתאריכים מאוחרים ממועד הזיכוי הנזכר. מבחינה זו צדק בית המשפט המחוזי בתשובותיו לשתי השאלות שהעמיד, ושסקר חברי. אציין כבר כאן, כי לא אדרש לעניין חומר החקירה, שלגביו מקובלים עלי דברי חברי כנתינתם. אעיר הערות אחדות לעניין הכללי של השתק פלוגתא בפלילים, שחברי - כידו הטובה - נדרש אליו בפירוט.

ב. אשר לטענת "כבר זוכיתי": אכן המשפט הפלילי זהיר מאוד בהאשמת אדם בשנית בנוגע לאותה מסכת עובדות וכך יפה לו, אך במה דברים אמורים, פשוטו כמשמעו, באותה מסכת עובדות. מקום שהעובדות משתנות באופן שלפנינו מסכת עובדתית חדשה, לרבות מבחינת המועדים, אין מקום לנעול את הדלת מפני אכיפה, שכן פירושה יהיה שלטון הצחוק ולא שלטון החוק, שלטון ההפקר ולא ספק מנקר. כפי שציין חברי, המדובר בנידון דין בעבירה נמשכת כעולה מסעיף 210 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965; כאמור, גם לשכל הישר מקום בינותינו, וכדי לברר אם הופעל בהגינות על-ידי התביעה, מאפשר החוק מנגנונים שונים, כמו - למשל - הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982. על כן מקובל עלי האמור בפסקה 12 לפסק דינו של חברי.

ג. אכן, עו"ד יעקב רובין ע"ה טען לפנינו במסירות בכשרונו הרב, כמות שתיאר חברי, כי "כבר זוכה" לקוחו בזיכוי של ממש, זיכוי שלא היה "אילם". ואולם, הזיכוי לא יכול היה להיות זיכוי "דובר", מקום שלא נקבעו כל ממצאים עובדתיים.



ד. מסכים אני לדברי חברי כי המדובר במקרה דנא - כאמור - בעבירה נמשכת. כעולה מלשונו של סעיף 210 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965; לשון הסעיף ("... ואם נמשכה העבירה אחרי תום המועד...", הדגשה הוספה) מעידה על עצמה. לדיון בעבירה נמשכת על פי המשפט העברי ראו פסק דינו של השופט יוסף גולדברג בע"פ 4745/97 בוני הבירה נ' מדינת ישראל פ"ד נב(3) 766, 774-775, וכן הערות פרופ' יובל סיני, יישום המשפט העברי בבית המשפט בישראל (תשס"ט), 576-578. הפסיקה שהביא חברי מסדירה את יישום הדבר באופן שלא יחסום אכיפה (רע"פ 11920/04 נאיף נ' מדינת ישראל (2007)).

ה. עיקר דיונו של חברי הוקדש לנושא השתק הפלוגתא (דבריו בנושא השתק העילה מקובלים עלי), והוא סקר כידו הטובה את הפסיקה בתחום זה גם בתחום הפלילי, לרבות הסייגים שנקבעו בע"פ 447/88 לוונטה נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 1(1990). חברי הביא בהסכמה מדבריה של פרופ' זלצמן במאמרה "השתק פלוגתא בהליך פלילי", עיוני משפט י"ח 19 (תשנ"ד), כי אין מקום להגביל את תחולת השתק הפלוגתא לממצא פוזיטיבי בלבד, אך יש מקום לצמצם את תחולת ההשתק, כך שבמקרים מיוחדים תוכל המדינה לשוב ולהוכיח פלוגתא שלא הוכחה לפני כן. בעקבות מאמר זה הציע חברי (פסקה 22), כ"עקרון על מנחה" לעניין השתק הפלוגתא בהליך הפלילי, "השגת צדק, אגב הקפדה על זכויות הנאשם, ועל הוגנות ההליך הפלילי". מסקנתו (פסקה 23), אל מול תכליות השתק הפלוגתא בהליך אזרחי (מניעת כפל התדיינויות, מניעת הכרעות סותרות ומניעת הטרדתו של בעל דין), היא כי בהליך הפלילי משמש העיקרון להגנת הנאשם, ופעלו לאפשר למדינה רק הזדמנות אחת להוכיח ממצא לרעת הנאשם, "ואם אותו ממצא לא הוכח, או הוכח כנגד גרסת המדינה - ההכרעה בעניין זה צריכה להיות תקפה גם בהליכים עתידיים". עוד הציע חברי (פסקאות 24-25), כי השתק פלוגתא יחול רק לטובת הנאשם ולא לחובתו; כי ככלל אין מקום לדרוש הכרעה פוזיטיבית לצורך קיומו של השתק פלוגתא; כי ההשתק יחול רק באשר לממצאי הליך פלילי "קלאסי"; ושהכרעה בפלוגתא המשמשת להשתק צריכה להיות בהליך פלילי ולא באחר. אך חברי הציע אף חריגים לאמור (פסקה 26), קרי, שאין החסינות עומדת לעולם ועד, ובמקרים המתאימים, משיקולי צדק, ייסוג השתק הפלוגתא מפני אי הצדק; שטענת השתק פלוגתא תוגבל למי שלא היה נאשם בהליך הקודם; ושנחוץ כי להחלת ההשתק יתקיים דיון בפלוגתא. ואחר כל אלה סבור חברי (פסקה 27), כי הסייגים "מכבידים על שרטוט גבולותיו המדויקים של השתק הפלוגתא בהליך הפלילי", ועל כן תישאר ההלכה "פתוחה במקצת". מסקנתו במקרה הקונקרטי, על פי עובדותיו, היא כי לא חל השתק פלוגתא, וזו גם דעתי.

ו. הלכות הסופיות, המניעות וההשתק למיניהן באות בין השאר כדי שהליכים משפטיים לא ייגררו עד אין קץ. בתחום הפלילי במיוחד מצטרפת לכך כמובן ובהטעמה, הקביעה המטעימה הגינות ושיקולי צדק, שביטוייה בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, לפיו "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו". בהיקש ראו גם הלכות בדבר ראיות חדשות בערעור הפלילי (סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי) והאזרחי (תקנות 458-457 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984). בחוק סדר הדין הפלילי הדגש הוא על עשיית צדק; בתקנות סדר הדין האזרחי (תקנה 457א) הנוסח הוא "כדי לאפשר לו (לבית המשפט שלערעור - א"ר) מתן פסק דין, או מכל סיבה חשובה אחרת...". על כל אלה חופה רעיון הצדק, וכפי שנזדמן לי לומר בהקשר אחר בע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל (2006), פסקה ד' (2): "השאלה ביסודה היא שאלה של צדק, האם נעשה לנאשם עוול בנסיבותיו של מקרה פלוני".



ז. באשר למתווה ההכרעה שהציע חברי, הגם שעיקרי הדברים מקובלים עלי, ומעריך אני את הניתוח, לא הייתי רוצה ליטע מסמרות פרטניים, שכן - כאמור - גם חברי עמד על הקושי בשרטוט גבולות. ואולם, שותף אני כמובן, בעולם הערכי, לעיקרון המנחה שהוצע, הכורך השגת צדק, זכויות והוגנות, כולם אהובים כולם ברורים. בעקבות קביעה ברמת הפשטה זו יש לרדת לפרטי כל מקרה. בעניין אחד אבקש להצטרף במפורש לחברי, קרי, כי אין הכרח בהכרעה פוזיטיבית בהליך הקודם כדי ליצור את ההשתק. ברע"א 2237/06 בנק הפועלים נ' וינשטיין (2009) ציינה השופטת (כתארה אז) נאור (פסקה 20), "כי פסק דין שניתן בהעדר הגנה ומכריע מכלל לטובת התובע בפלוגתא עיקרית (הדגשה במקור), שהיא נושא ההתדיינות הראשונה וההכרעה בה היא בבחינת הכרעה שבלעדיה אין, מונע מן הנתבע לשוב ולהעלות בהתדיינות נוספת טענות החותרות תחת הכרעה זו". כשלעצמי ציינתי שם (פסקה ג') "כי העובדה שבית משפט לא דן והכריע בטענה מסוימת באופן פוזיטיבי, אינה מכשול בלתי עביר להיווצרות מעשה בית דין בעניינה... הדגש הוא בעובדה, שלבעל דין היתה הזדמנות ליתן ביטוי לעמדתו בגדרי ההליך, והוא מסר את העניין להכרעת בית המשפט בלא שעשה כן". ער אני לעמדת חברי השופט מלצר שם (במיעוט), בה הסתייג מהרחבת השתק הפלוגתא למקרים כאלה. בנידון דידן נראית לי, בשינויים המחויבים, דעתו של חברי - ברוב הגינותו - שככלל בדין הפלילי אין מקום לדרישתה של הכרעה פוזיטיבית לצורך קיומו של השתק פלוגתא; וכמובן, הכל בגדרי הנסיבות וההיגיון הבריא. עניין אחר ארשה לעצמי להניח בצריך עיון, גם בגלל החריגים שתיאר חברי; איני בטוח שההשתק הוא חד כיווני, לטובת הנאשם בלבד, והחריגים - לרבות שיקולי צדק כלפי כולי עלמא - יוכיחו, כדי שלא לאפשר תעתוע. אסתפק בכך, משאין הדברים נצרכים בתיק זה.

ח. כללם של דברים, לדידי, ישמעו דברי ראשונים, מה שכתב השופט (כתארו אז) זוסמן בע"א 581/72 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 513, 520 (1973), בעקבות פסיקה זרה, כפי שציטט חברי, והריהם כמסמרות נטועים גם לדין הפלילי ולא אך לדין האזרחי, כלהלן: "תורת ההשתק מושתתת על שיקולים של צדק ושכל ישר, ומקום שהדבר נוגד את הצדק, אין משתיקים טענתו של בעל דין" (החלק הראשון הוא ציטוט מפסק דין אנגלי). ובשורה התחתונה, יהיו לנגד עינינו דברי חברי (סוף פסקה 21) "שנראה שבסופו של דבר העניין הוא תלוי נסיבות".

ט. אחתום לחיבת המשפט העברי, בדברי התלמוד הבבלי שבת (ל"א, ב') בדרשת רב עולא על הפסוק (קהלת ז', י"ז) "אל תרשע הרבה": "הרבה הוא דלא (שלא) לירשע הא (הרי) מעט לירשע (כלומר - האם משמעות הפסוק היא שאסור לפשוע רבות, אך מעט מותר); אלא מי שאכל שום וריחו נודף יחזור ויאכל שום אחר ויהא ריחו נודף?"; וכדברי רש"י על כך, הרי זו תשובה לשאלה, ומשמעות הפסוק לפיה היא "אם רשעת מעט, אל תוסף על רשעך, דמי (שמי) שאכל שום וריחו נודף כבר לחבריו, כלום יחזור ויאכל עוד אחר ויהיה נודף יותר לזמן ארוך?". כל המוסיף - גורע.

י. כאמור, אצטרף לתוצאת חברי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.
ניתן היום, כ"ב באב התשע"ג (29.7.2013).