

האנומליה נשאר, הזכויות נפגעות: הערת פסיקה על פסק דין סלאח

מאת

אוראל אסולין*

ביום 16.6.2025 ניתן בבית המשפט העליון בדן יחיד פסק הדין בעפ"ג 18937-08-24 **סלאח נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גליל מרכזי** (להלן: פסק הדין) מפי השופט שטיין.¹ פסק הדין שינה את אופן הדיון בערעור על החלטה שלא להאריך מועד להגשת ערעור בהליך פלילי – וקבע כי ערעור כזה יידון על יסוד הכתובים בלבד – ללא קיום דיון בעל פה בנוכחות הצדדים. ברצוני לטעון ברשומה זו כי החידוש שקבע השופט שטיין סותר כלל יסוד במשפט הפלילי, מנוגד לחקיקה ולהלכה הפסוקה, ומשנה פרקטיקה הנהוגה בבית המשפט העליון בעשרים השנים האחרונות.

רקע: הלכת חילף, פסק דין זיינלוב והחידוש בפסיקת השופט שטיין

פסק הדין עוסק כאמור בערעור שהוגש על החלטת בית המשפט המחוזי שדחתה בקשה להארכת מועד להגשת ערעור פלילי. על פניו, לא היה מקום לדון כלל בערעור – שכן בהליך פלילי לא מוקנית לבעלי הדין אפשרות לערער או לבקש לערער על החלטת ביניים או על החלטה אחרת, אלא רק במסגרת הערעור על פסק הדין הסופי (הכרעת הדין וגזר הדין).²

ואכן כך היו פני הדברים עד לשנת 2000. בעניין **חילף** קבע בית המשפט העליון בהרכב שלושה,³ כי החלטת בית משפט מחוזי לדחות בקשה להארכת מועד להגשת ערעור היא בגדר "פסק דין", ולפיכך קיימת לגביה זכות ערעור. בית המשפט נימק את החלטתו על פי ההגדרה שנקבעה בעניין **חסן**,⁴ לפיה ההבחנה בין "פסק דין" לבין "החלטה אחרת" נעשית בהתאם למהות ההחלטה, ולא בהתאם לכותרתה, וכי "פסק דין" הוא כל החלטה שיפוטית שהכריעה סופית בעניין מסוים, כך שלאותו עניין הדיון הסתיים.

בהמשך, בית המשפט העליון דן בגדרי עניין **זיינלוב** בשאלת ההרכב המוסמך לדון בערעור שכזה.⁵ בית המשפט הכיר בכך שהמסקנה המתבקשת מסיווג ההחלטה בעניין הארכת מועד כ"פסק דין" מחייבת את שמיעתו בפני הרכב של שלושה שופטים, בהתאם להוראת סעיף 26 לחוק בתי המשפט. אלא שבית המשפט הפריד בין שאלת הזכות להגיש ערעור (סעיף 41(א) לחוק בתי המשפט) ובין שאלת ההרכב המוסמך (סעיף 26 לחוק בתי המשפט). מכיוון שסיווג ההחלטה כ"פסק דין" נעשה אך כדי למנוע שלילה מוחלטת של אפשרות הערעור, בהתאם לסעיף 41(א),⁶ נקבע כי אין לסטות מהתפיסה הבסיסית לפיה החלטה בעניין הארכת מועד

* עו"ד, מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. בתקווה לימים שקטים יותר.
(נבו 16.6.2025).

¹ וראו סעיפים 41(ב) ו-52(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט); ע"פ 121/88 **מדינת ישראל נ' דרויש**, פ"ד מה(2) 663, 677 (1991).

² רע"פ 8274/99 **חילף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 433 (2000).

³ בש"פ 658/88 **חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(1) 670 (1991).

⁴ ע"פ 2525/05 **זיינלוב נ' מדינת ישראל** (נבו 9.6.2005).

⁵ וזאת בניגוד להליך האזרחי, שמאפשר להגיש רשות לערער על החלטות ביניים, ככלל.
⁶

מהווה, מבחינה מהותית, "החלטת ביניים" ולא "פסק דין" (לעניין שאלת ההרכב המוסמך); ועל כן יש להביא את הדיון בערעור בפני דן יחיד בהתאם לסעיף 26(4) לחוק בתי המשפט.⁷

השופט שטיין מבקר בחריפות את פסק הדין בעניין **זינלוב**. בראייתו, פרשנות שהחלטה מהווה לעניין אחד "פסק דין" ולעניין אחר "החלטה אחרת" היא פרשנות דואלית שיוצרת ניתוק מלאכותי בין פסק הדין של בית המשפט השלום לבין פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבקשה להארכת המועד – ועל כן אין לקבלה.

השופט שטיין הבהיר כי הלכת **חילף** יצרה למעשה את הקושי הפרוצדורלי שבבסיס ה'טעות' שבפסק הדין בעניין **זינלוב**. אכן, אם לפנינו "פסק דין" שמאפשר ערעור בזכות, אז בית המשפט נדרש להרכב שלושה כדי לדון בו. אלא שבהתחשב בנושא הערעור, קובע השופט שטיין כי מדובר "בתוצאה אבסורדית". מנגד, לשיטתו, פסק הדין בעניין **זינלוב** עשה שימוש "בפרשנות יצירתית" שלא יכולה לעמוד.

משהחלטה בעניין **זינלוב** ניתנה בדן יחיד, מדגיש השופט שטיין שאיננו מחויב לה – ומשנה אותה. לשיטתו, ככל שהחלטת הדחייה מסווגת כ"פסק דין" לפי סעיף 41(א) לחוק בתי המשפט, יש לסווג אותה כ"פסק דין" גם בהתאם לסעיף 26 לחוק בתי המשפט, וכי יש לראותה בתור "פסק דין של בית משפט מחוזי בערעור", בהתאם לסעיף 26(4) לחוק בתי המשפט, המייעד ערעורים כאלו לשופט יחיד של בית המשפט העליון.

לא זו בלבד, השופט שטיין מוסיף ומעיר כי הלכת **חילף** טעונה תיקון, מכיוון שהמחסום שיוצרת החלטת הדחייה להגיש ערעור מהווה, לשיטתו, "מאפיין מקשר" בינה ובין פסק הדין בבית המשפט השלום. כך, יש לראות בהחלטת הדחייה "פסק דין של דן יחיד בבית משפט מחוזי", שדן בערעור על פסק דין של בית משפט שלום, וזאת גם בהתאם לסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט (שמאפשר להגיש במקרים כאלו בקשת רשות ערעור שתידון בפני דן יחיד):

"באופן אידיאלי סיווג זה ראוי לסנכרן עם האמור בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט; ואם כך ייעשה, בעל דין שביקש הארכת מועד להגשת ערעורו על פסק הדין של בית משפט השלום לא יוכל עוד לערער בזכות על פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר החליט לדחות את בקשתו. ערעור כזה יוכל להישמע רק אחרי קבלת רשות".⁸

אלא שהשופט שטיין מבהיר כי בהיותו דן יחיד, הוא כפוף להלכת **חילף** שניתנה בהרכב שלושה – אך הוא מביע תקווה לתיקונה בחקיקה או בפסיקה עתידית.

בנקודה זו מגיע השופט שטיין לשיא החידוש בפסק הדין – וקובע שערעור על החלטת הדחייה יתברר ויוכרע על בסיס **הכתובים** שיגישו בעלי הדין – ללא דיון פרונטלי במעמד הצדדים. השופט שטיין נימק כי מסקנה זו נובעת בעיקר מהעובדה שמדובר בהליך שהוא במהותו דיון ב"גלגול שלישי" ולכן ראוי להחיל עליו דין שווה לדין אשר חל על בקשת רשות ערעור. עוד הובהר, כי זכות הערעור על החלטת הדחייה ניתנה על ידי הפסיקה, ולכן יש לפתח אותה באופן "שיבטיח שימוש יעיל ומושכל בזמן שיפוטי".

⁷ בית המשפט הוסיף והבהיר שמסקנה זו מתחייבת הן מבחינת השיקולים המוסדיים של מערכת המשפט והן לאור תכלית סעיף 25 לחוק בתי המשפט שנועד לאזן בצורה ראויה בין האינטרס שיש לבעל הדין בהבאת עניינו בפני הרכב רחב ובין הצורך הציבורי בחלוקת המשאב המוגבל של זמן שיפוטי באופן יעיל, הוגן ושוויוני. עוד נלקחת בחשבון התוצאה לפיה ערעור על החלטה בעניין הארכת מועד הייתה נשמעת בפני הרכב שלושה, בעוד שהערעור גופו, ואף הערעור בגלגול שלישי, היו נשמעים בפני דן יחיד. עניין **סלאח**, לעיל ה"ש 1, בפס' 15.

דא עקא, החידוש של השופט שטיין בפסק הדין – לפיו הדיון בערעור יערך על יסוד הכתובים בלבד – מתעלם מהכלל הבסיסי לפיו אין לנהל הליך פלילי בהיעדרו של הנאשם. זכות זו של בעל דין להיות נוכח בהליך הפלילי היא זכות יסוד מפורשת, המעוגנת בחקיקה, אך השופט שטיין לא נתן לכך כל משקל. פסק הדין יוצר אפוא תוצאה קשה, בעלת השלכות רוחב, הפוגעת בזכויות מערערים לנכוח בערעורם. למעלה מזה, אטען להלן כי הפרשנות שניתנה בפסק הדין מחריפה את האנומליה שזוכה לביקורת של השופט שטיין – והיא אף עומדת בסתירה להחלטות בית המשפט ולפרקטיקה הנהוגה בו משך שנים.

"החלטה אחרת", "פסק דין" או "פסק דין בערעור"?

כאמור לעיל, ככלל, בהליך פלילי לא ניתן לערער או לבקש רשות לערער על החלטת ביניים, אלא במסגרת הערעור על פסק הדין (למעט במקרים חריגים וספציפיים שנקבעו במפורש בחוק).⁹ תכלית הכלל היא לייעל את ההליך פלילי באמצעות ריכוז העניינים הנדונים בהליך אחד, וכך למנוע עינוי דין שעלול לנבוע מפיצול הליכים והתמשכותם.¹⁰ סיווג החלטה כ"החלטה אחרת" או "פסק דין" לא נערך בהתאם לכותרת הפורמלית של ההחלטה, אלא בהתאם לתוכנה. המבחן שהתפתח בפסיקה הוא מבחן מהותי הבוחן בראש ובראשונה האם ההחלטה הכריעה סופית במחלוקת שהובאה לפני בית המשפט, או שמא נותרה בידיו מלאכת בירור נוספת.¹¹ שיקול נוסף שנלקח בחשבון, במיוחד בהחלטות שניתנו לאחר מתן פסק דין, הוא עוצמת הקשר שבין ההחלטה שעליה משיגים לבין נושא המחלוקת העיקרי.¹²

עד לעניין **חילף** לא הייתה אפשרות לערער על החלטה בעניין דחיית בקשה להארכת מועד להגשת ערעור בהליך פלילי, וכך גם קבע בית המשפט העליון לאורך השנים.¹³ בית המשפט העליון סיווג החלטה כזו כ"החלטה אחרת", בדומה לסיווג הנהוג בעניינים אזרחיים.¹⁴ בעניין **חילף** שינה בית המשפט את ההלכה כאמור, וסיווג החלטות אלו כ"פסקי דין" שניתן לערער עליהם בזכות.

הלכת **חילף** נפסקה כדי לטפל בסיטואציה ייחודית שבה אין אפשרות להשיג, אף לא פעם אחת, על החלטה הניתנת בבית המשפט, שכן:

*"שליטת אפשרות הערעור מנוגדת לעיקרון המקובל במשפטנו, שלפיו יש לאפשר ביקורת נוספת על כל הכרעה שיפוטית. עיקרון זה מיועד למנוע טעויות שאינן בנות תיקון, ולהגביר את הוגנותו של ההליך המשפטי".*¹⁵

עד לנקודה זו, דומה כי השופט שטיין מקבל את הלכת **חילף**. ברם, לשיטתו, יש לראות בהחלטת הדחייה של בית המשפט המחוזי "פסק דין בערכאה שנייה" כמשמעו בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט – ולא "פסק

⁹ בשי"פ 4804/17 **ברמלי נ' מדינת ישראל**, פס' 10–13 (נבו 9.8.2017) (להלן: **ברמלי**). קיימות כאמור הוראות חוק המחריגות את הכלל וביניהן בהחלטה על טענת פסלות שופט (סעיף 147 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982); בהחלטה בעניין עיון בחומר חקירה (סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי), ובהחלטה בענייני מעצר (סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996) ועוד. מעבר להוראות חקיקה קונקרטיות קיים פתח מסוים, מצומצם, באמצעות הגשת עתירה לבג"ץ, במקרים שבהם נמצא כי ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות, מתוך שרירות קיצונית או שלא ניתן לתקן את הנזק שתגרום במסגרת הערעור על פסק הדין (בג"ץ 7590/21 **חלפון נ' המשנה ליועץ המשפטי לממשלה**, פס' 3 (נבו 28.11.2021)).

¹⁰ ערי"פ 4841/21 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס' 12 (נבו 11.9.2022) (להלן: **עניין כהן**).

¹¹ **שם**, בפס' 14; **עניין חסן**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 676; **עניין חילף**, לעיל ה"ש 3, בפס' 6; **עניין ברמלי**, לעיל ה"ש 9, בפס' 13.

¹² "בקשה שנושאה טפל לנושא המחלוקת העיקרית תסווג במרבית המקרים כ"החלטה אחרת"; רע"פ 6016/06 **קובן נ' מדינת ישראל**, פס' 5 (נבו 17.7.2007) (להלן: **עניין קובן**).

¹³ ע"פ 522/69 **אוחנה נ' מדינת ישראל**; ב"ש 96/81 **שטרייט נ' מדינת ישראל**; רע"פ 62/87 **זיוותי נ' מדינת ישראל**; רע"פ 165/89 **דגן נ' מדינת ישראל**; רע"פ 1290/90 **דבראשוילי נ' מדינת ישראל**; בשי"פ 7811/95 **זגורי נ' מדינת ישראל**.

¹⁴ ראו בין היתר את פסקי הדין בה"ש 13 לעיל. יוער, כי בהליך האזרחי, קיימת זכות בדין לערער על החלטה של רשם שלא להאריך מועד להגשת ערעור. זכות דומה לא קיימת בהליך הפלילי, בהתאם לסעיף 96(ב) לחוק בתי המשפט.

¹⁵ **עניין חילף**, לעיל ה"ש 3, בפס' 6. הדגשים הוספו.

דין" כמשמעו בסעיף 41(א) לחוק – באופן שיאפשר להגיש על החלטת הדחייה "בקשת רשות ערעור" שתדון בכתובים ובפני דן יחיד.

אם הלכת **חילף** יצרה קושי הדורש תיקון – הרי שהפתרון האולטימטיבי הוא לפעול לשינוי ההלכה באמצעות העברת התיק לדיון בפני הרכב. אולם השופט שטיין לא עשה כן. במקום זאת, השופט שטיין ביטל את הפרשנות שניתנה בעניין **זינלוב** והעניק פרשנות חדשה לסיווג 'החלטת הדחייה' בשאלת ההרכב המוסמך בהתאם לסעיף 26(4) לחוק בתי המשפט. באופן לא מפתיע, הפרשנות שמעניק השופט שטיין לסעיף 26(4) עולה בקנה אחד עם האופן שבו יש לשיטתו לראות את החלטת הדחייה גם בהתאם לסעיף 41(א) לחוק בתי המשפט, וזאת אף נכתב מפורשות.

אלא שהפרשנות החדשה שהוענקה בפסק הדין סותרת מיניה וביה את הצידוק והתכלית שעמדו בבסיס הלכת **חילף**. כזכור, הלכת **חילף** נועדה להתמודד עם בעיית "שלילת אפשרות הערעור" שמתקבלת עם ההחלטה לדחות בקשה להארכת מועד להגשת ערעור בפלילים. המותב שדן בעניין **חילף** סבר כי בקשת הארכה פתחה בין המבקש למדינה התדיינות שנפרדת להליך הפלילי שבגדרו הורשע המבקש, ועל כן ראה צורך לאפשר לפחות "גלגול שני" על החלטה הדחייה, כדי "למנוע טעיות שאינן בנות-תיקון, ולהגביר את הוגנותו של ההליך המשפטי".¹⁶ ברי אפוא, כי פרשנות לפיה החלטת דחייה לבקשה להארכת מועד מהווה "פסק דין בערעור", מרוקנת מתוכן את המאמץ הפרשני בהלכת **חילף**. שכן, אם מדובר בפסק דין "בערכאה שנייה", הרי שלא מתעוררת "בעיית שלילת ערעור" המצריכה סיווג חדש.

אכן, עניין **חילף** יצר קושי פרוצדורלי בשאלת ההרכב המוסמך לדון בערעור. אך הפרשנות החדשה שהעניק השופט שטיין לא שונה, לעניין התוצאה, מהפרשנות שניתנה בעניין **זינלוב** (באמצעות אבחנה פרשנית בין "פסק דין" ל"החלטה אחרת" במסגרת סעיפים 41(א) ו-26 לחוק בתי המשפט). הפרשנות בעניין **זינלוב** אף עולה בקנה אחד עם הפרשנות שניתנה בהלכת **חילף**, אשר הבהירה כי סיווג ההחלטה כ"פסק דין" נעשית אך "במובן סעיף 41(א) לחוק בתי המשפט".¹⁷ עניין **זינלוב** הדגיש זאת.¹⁸ אף על פי כן, כאמור, השופט שטיין מבקר את הלכת **זינלוב** ואת שיטת ה"פרשנות הדואלית" שנערכה במסגרתה – "פסק דין" מפה, ו"החלטה אחרת" משם.¹⁹

הקושי בפרשנות שמעניק השופט שטיין לא מתמצית רק בסטייה הפרשנית מהלכת **חילף**, אלא גם בהיגיון הפנימי של הפתרון המוצע על ידו. דומה שאין מחלוקת בפסיקת בית המשפט העליון, וזאת גם לשיטת השופט שטיין, כי החלטה הדוחה בקשה להאריך מועד להגשת ערעור מהווה, לפי טיבה וטבעה, "החלטה אחרת". סטייה מתפיסה הזו, כפי שנעשתה בעניין **חילף**, נועדה אך כדי למנוע את "שלילת אפשרות הערעור", ובעניין **זינלוב** הובהר כי לא קיימת הצדקה נוספת לסטות מהתפיסה הבסיסית לפיה מדובר ב"החלטת ביניים". אך לא רק שהשופט שטיין סוטה מהתפיסה לפיה מדובר בהחלטת ביניים, הוא צועד צעד נוסף בקביעה שמדובר בפסק דין בערעור; וכך הוא אף יוצר דואליות פרשנית בעצמו: "פסק דין בערכאה ראשונה" מפה (לעניין הזכות לפי סעיף 41(א)) ו"פסק דין בערעור" משם (לעניין סעיף 26(4)).²⁰

¹⁶ עניין **חילף**, לעיל ה"ש 3, בפס' 6.

¹⁷ שם, בפס' 7.

¹⁸ "הלכת **חילף** התייחסה רק לשאלת קיומה של הזכות להגיש ערעור במובן סעיף 41 לחוק בתי המשפט"; עניין **זינלוב**, לעיל ה"ש 5, בפס' 17. יצוין שזו הטרימינולוגיה הנוהגת בבתי המשפט גם בפסקי הדין הנוספים שסיווגו החלטות מעין אלו.

¹⁹ עניין **סלאח**, לעיל ה"ש 1, בפס' 14.

²⁰ שם. לי נראה, כי תוצאה זו באה לעולם אך כדי לשרת את התפיסה לפיה יש לדון בערעורים כגון דא בדרך של בקשת רשות ערעור.

אין דנים אדם בפלילים אלא בפניו

הכוונה המוצהרת של השופט שטיין היא לתקן את הלכת **חילף**, כך שהשגה על החלטה שלא להאריך מועד תהיה בדרך של בקשת רשות ערעור. מכיוון שבדן יחיד לא ניתן לתקן את הלכת **חילף**, ומשהדיון לא הועבר להרכב – השופט שטיין בחר בגישת "ללכת עם ולהרגיש בלי", וקבע כי אופן הדיון בערעור יהיה זהה לאופן שבו דנים בבקשת רשות ערעור – על בסיס הכתובים בלבד.

סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי מעגן את הכלל לפיו הליך פלילי יתקיים בנוכחות הנאשם:

"126. באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו".

למען הסר ספק, קבע המחוקק בסעיף 208 לחוק, כי גם בערעור, נדרשת נוכחות הנאשם בדיון:

"208. הדיון בערעור יהיה בפני בעלי הדין...".

חוק סדר הדין הפלילי מצוה אפוא, כי גם בדיון בערכאה המבררת וגם בדיון בערכאת הערעור – הדיון יערך בפני הנאשם.²¹ זהו כלל יסוד מושרש ובסיסי במשפט הפלילי. הוא נובע מכללי הצדק הטבעיים וקיבל ביטוי כבר ביסודות המשפט המקובל.²² לימים הכלל עוגן במפורש בחוקות של מדינות שונות ואף באמנות בינלאומיות.²³ גם פסיקת בית המשפט העליון בישראל הכירה בזכות זו כזכות יסוד ראשונה במעלה,²⁴ בעלת מעמד חוקתי על-חוקי,²⁵ שהשמירה עליה "נמנית עם חובותיו היסודיות ביותר [של בית המשפט] בתחום שמירת חזות הצדק וקיום דיון כהלכתו".²⁶ הכלל הוכר כחלק מזכותו של הנאשם להליך הוגן, ונועד לשמור על זכויותיו כך שיקבל את יומו בבית המשפט ויוכל להציג את הטענות להגנתו. זאת בנוסף לאינטרס הציבורי בשמירה על מראית פני הצדק ובהבטחת אמון הציבור בבית המשפט.²⁷ מעבר לכך, מחקרים הראו כי נוכחות הנאשם תורמת בתפיסת ההליך כהוגן ולגיטימי, באמצעות היכולת להשתתף בהליך ולהתרשם ישירות מבית המשפט.²⁸

זכותו של הנאשם להיות נוכח במשפטו אינה זכות מוחלטת. ואכן, חוק סדר הדין הפלילי קובע מקרים חריגים שבהם ניתן לדון בפלילים נאשם שלא בפניו. כך לדוגמה, סעיפים 129 ו-130 לחוק קובעים שניתן לדון נאשם שהוזמן למשפט או להמשך המשפט ולא התייצב בהתקיים תנאים מסוימים, תוך הגבלות על האפשרות לגזור את דינו. באופן דומה, קובע סעיף 131 לחוק שלבית המשפט יש סמכות להרחיק מאולם בית

²¹ אף סעיף 57 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) קובע הסדר דומה בדיוני מעצר.

²² כלל הצדק הטבעי לפיו "audi alteram partem". ראו עוד: WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, IV 189 (1769). ועוד ראו התבטאות בית המשפט באנגליה משנת 1723 בפסק הדין R v. Chancellor, Masters & Scholers of the Univ. of Cambridge (Dr. Bentley's Case), 1 Str. 557, 93 Eng. Rep. 698 (K.B. 1723) לפיו "Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence".

²³ בארצות הברית הזכות לנוכחות נובעת הן מהזכות לעימות הקבועה בתיקון השישי לחוקה, והן מכוח התיקון החמישי והארבע-עשרה, המעגנים את הדרישה להליך הוגן. כלל 43(a) קובע במפורש כי הנאשם חייב להיות נוכח בכל שלבי המשפט; בקנדה הזכות לנוכחות נובעת מסעיפים 7 ו-11(b) לחוקה, שמעגנים את הזכות להליך הוגן וזכות ל"דיון הוגן ופומבי". ראו עוד: Martin L. Friedland, *Legal Rights Under the Charter*, 24 CRIM. L. Q. 430, 445 (1982); כן ראו ס' 1(6) ו-3(6) לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR) (נפתחה לחתימה ב-1950), וס' 14(3)(b) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), כ"א 31, (נפתחה לחתימה ב-1966).

²⁴ בג"ץ 7357/95 ברכי פטה המפריס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 769, 776 (1996); רע"פ 9142/01 איטליא נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 797, 793 (2003).

²⁵ בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד 16 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 2010.11.2).

²⁶ ע"פ 353/88 וילנר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 444, 450 (1991).

²⁷ כך שאין המדובר בזכותו האישית של הנאשם בלבד, אלא באינטרס ציבורי רחב. וראו עוד בהרחבה באחת הפרשות הראשונות שבהן בית המשפט העליון דן בזכותו של הנאשם לנכוח במשפטו ע"פ 152/51 טריפוס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 17, 23 (1952); כן ראו עוד בע"פ 1632/95 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 534, 547-550 (1995).

²⁸ ואף על שביעות רצונם ומידת הציות שלהם להליך, בלי קשר לתוצאה המהותית שלו. ראו עוד במחקר המכונן בתאוריית הצדק התהליכי: Tom R. Tyler, *What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, 22 LAW & SOC. REV. 103 (1988); E. Allan Lind et al., *In the Eye of the Beholder: Tort Litigants' Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System*, 24 LAW & SOC. REV. 953 (1990); TOM R. TYLER & YUEN J. HUO, *TRUST IN THE LAW: ENCOURAGING PUBLIC COOPERATION WITH THE POLICE AND COURTS* (2002).

המשפט נאשם המפריע לדיון, וסעיף 132 לחוק קובע שניתן לדון נאשם בהיעדרו מטעמי בריאות, לבקשת הנאשם. סעיף 240(א) לחוק מורה על סדרי דין מיוחדים בעבירות קלות לפי פקודת התעבורה, ומאפשר לבית המשפט לדון נאשם בהיעדרו בתנאים מסוימים וכשהנאשם בחר שלא להתייצב למשפטו.

חריג נוסף לכלל קבוע בתקנה 44 לתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, הקובעת כי דיון בבקשת רשות ערעור יכול להיעשות בכתב. תקנה זו מבטאת את ההבדל המהותי שבין ערעור בזכות לבין בקשת רשות ערעור. בעוד שערעור הוא הליך שמתמקד בבחינה ביקורתית של פסק הדין בעניינו הפרטני של הנאשם, הרי שבקשת רשות ערעור בוחנת את השאלה המקדמית – האם קיימת בכלל הצדקה, החורגת מעניינו הפרטני של הנאשם, לנהל הליך של ערעור.²⁹

הנה כי כן, למעט מקרים ספציפיים – החוק מחייב לנהל הליך פלילי בנוכחות הנאשם, הן בערכאה הדיונית הן בערכאת הערעור. בית המשפט העליון קבע שחובה זו קיימת אף בהליכי ביניים הנדונים בערכאת הערעור.

כך לדוגמה, בעניין **אלטורי**,³⁰ תהה בית המשפט האם ניתן לנהל הליך בקשה לעיכוב ביצוע של פסילת רישיון רכב בטיעונים בכתב, חלף דיון במעמד הצדדים. בית המשפט היה ער ל"אבסורד" שנובע מכך שבקשה לעיכוב ביצוע פסילת הרישיון תידון במעמד הצדדים בעוד שהפסילה עצמה עשויה להגיע לבית המשפט רק ברשות (ולאישמע בכתובים); באופן דומה, בית המשפט עמד על כך שתיקים מהותיים הנושאים עונש מאסר יחייבו מתן רשות, בעוד שמקרים קלים יותר ידונו בזכות. אף על פי כן, בית המשפט הגיע למסקנה כי "ניתוח מערך הסמכויות והזכויות בדיון הקיים מביא לבסוף למסקנה, שכל עוד לא תוקן החוק, אין מנוס מהותרת המצב הקיים, המחייב דיון בעל פה בבקשת העיכוב, על כנו".³¹

בעניין **דהן**, דן בית המשפט בחובה לקיים דיון במעמד הצדדים בבקשה לעיכוב ביצוע תשלומי קנס ופיצוי שנגזרו על המערער.³² בית המשפט הביע הסתייגות מהחובה לקיים דיון בעל פה, אך החליט שלא לסטות מהלכה שנפסקה בעניין **אלטורי**. בעניין **זאדה**,³³ קבע בית המשפט העליון חריג לעניין **אלטורי** בבקשות לעיכוב ביצוע תשלום פיצוי בלבד (להבדיל מתשלום קנס). בית המשפט נימק כי הכלל בדבר קיום דיון במעמד הצדדים לא חל במקרה זה, לאור העובדה כי פסיקת פיצויים מהווה סמכות בעלת מאפיינים אזוריים מובהקים. בעניין **חן**, קבע בית המשפט העליון שגם ערעורי פסלות שופט לא יחייבו דיון במעמד הצדדים,³⁴ משהובהר כי החוק קבע לגביהם סדרי דין ספציפיים, שלא כוללים הוראה בדבר שמיעת הערעור.

ואולם, חריגים אלה – חריגים הם. הנמקתם יפה להם – אך לא לענייננו. משנקבע כי ערעור על החלטה שלא להאריך מועד מהווה "ערעור על פסק דין" לעניין סעיף 41(א), *שוב אין לומר כי אופן שמיעתו יכול להיות באמצעות הכתובים בלבד*. לא זו אף זו, שהחידוש שנקבע בפסק הדין בעניין אופן שמיעת הדיון נקבע ללא כל

²⁹ "הלכה היא כי רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן במקרים חריגים בלבד, בהם מתעוררת שאלה עקרונית בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים, או במקרים חריגים ביותר, משיקולי צדק או בשל חשש שנגרם למבקש עיוות דין מהותי". הלכה זו, שנקבעה ברע"א 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982), מצוטטת כדבר שבשגרה בבקשות רשות ערעור. ראו לדוגמה: רע"פ 1492/19 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פס" 7 (נבו) 16.4.2020.

³⁰ ע"פ 1318/07 **אלטורי נ' מדינת ישראל** (נבו) 31.12.2007.

³¹ שם, בפס" 4.

³² ע"פ 9043/12 **דהן נ' מדינת ישראל** (נבו) 23.4.2013.

³³ ע"פ 3190/13 **זאדה נ' מדינת ישראל** (נבו) 4.6.2013.

³⁴ ע"פ 200/10 **חן נ' מדינת ישראל** (נבו) 7.3.2010.

דיון בהוראות החקיקה והפסיקה בעניין נוכחות בעל דין במשפטו,³⁵ וההכרעה נעשתה תוך התעלמות מהפרקטיקה הנוהגת בשנים האחרונות.³⁶

יתרה מזו, דרך הילוכו של השופט שטיין שוללת לחלוטין את נוכחות המערער בערעור. ההנמקה להעביר את הדיון להכרעה על יסוד הכתובים בלבד מבוססת על כך שראוי להחיל על הערעור "דין שווה לדין אשר חל על בקשת רשות ערעור".³⁷ אולם ברשות ערעור – עם מתן הרשות לערער מתקיים דיון במעמד הצדדים. לאחר החידוש בפסק הדין, יוצא כי גם בערעורים אשר "זכאים" שיתייחסו אליהם כערעור – לא יתקיים בהם כל דיון במעמד הצדדים.

בשולי הדברים, יצוין כי התוצאה אליה מקווה להגיע השופט שטיין לוקה אף בחוסר עקביות פרדוקסלי. לעניין עצם ההשגה, מתייחס השופט שטיין לערעור כאל "ערעור בזכות" – בעוד שביחס לאופן הדיון מבקש השופט שטיין להתייחס לערעור כאל "ערעור ברשות". זוהי, בשינוי אדרת, פרשנות דואלית הזזה לדואליות בהלכת זינלוב. מה לי הכא מה לי התם.

'הכרעה על יסוד הכתובים' – מסגרת דיון אופטימלית?

יטען הטוען, ובטעם רב: כי הלכת חילף כולה לא נשענת על מסגרת דוקטרינרית מבוססת ממילא, אלא נועדה לשרת תכלית אינסטרומנטלית – לטפל בשלילת אפשרות הערעור בכלל ולסייע במניעת עיוותי דין בפרט – ועל כן השימוש בה צריך להיעשות בצורה היעילה ביותר. באופן דומה, לגישת השופט שטיין, הלכת חילף יצרה 'זכות ערעור מכוח הפסיקה', ולכן יש להשתמש בה באופן "שיבטיח שימוש יעיל ומושכל בזמן שיפוטיו".³⁸

על כך יוסיף הטוען ויטען, כי ניתן לעשות שימוש בגישת בית המשפט העליון כפי שבאה לידי ביטוי בעניין וילנר,³⁹ לפיה ניתן להסתפק בטיעונים הצדדים בכתב בלבד:

"באותם מהלכים של המשפט הפלילי בהם נשמעות טענות פרקליטים בלבד, ושבהם אין בית המשפט נדרש להתרשמות בלתי אמצעית ממצבו של הנאשם, הרי בהסכמתם, המפורשת או המסתברת, של התובע והסניגור, יכול שהטענות תוגשנה בכתב".⁴⁰

אמנם השופט מצא מבהיר כי 'לא יעלה על הדעת' לנהוג כך במהלכיו העיקריים של ההליך הפלילי,⁴¹ אך בבקשות ביניים שונות,⁴² שנעשות לפי בקשת הצדדים או מתוך היענות לפניית בית המשפט, ובהתקיים ארבעה תנאים מצטברים,⁴³ אזי לא מוטלת חובה על בית המשפט להורות על קיום הדיון במעמד הצדדים (אם כי גם

³⁵ ההפניה בפס' 17 בפסק הדין לבג"ץ 4652/95 שאול נ' שר המשפטים, פ"ד מט(3) 827 (1995) אינה נוגעת לענייננו, שכן פסק הדין עוסק בבקשת רשות ערעור ודן בתקנה 44 שנדונה לעיל.

³⁶ וראו, מבין רבים: ע"פ 1547/22 נועם נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה יהוד מונסון (נבו) 10.5.2022; ע"פ 2273/20 מור נ' מדינת ישראל (נבו) 2.6.2020; ע"פ 2983/19 פחמאוי נ' מדינת ישראל (נבו) 18.6.2019; ע"פ 8871/12 גולוב נ' מדינת ישראל (נבו) 16.12.2012; ע"פ 4403/09 שלו נ' מדינת ישראל (נבו) 4.6.2009; ע"פ 10794/08 מרקוביץ נ' מדינת ישראל (נבו) 4.1.2009.

³⁷ ראו עניין סלאח, לעיל הי"ש 1, בפס' 17.

³⁸ שם.

³⁹ הנזכר לעיל בה"ש 26.

⁴⁰ שם, בפס' 6.

⁴¹ "כגון: בקשות למעצר או לשחרור בערובה, שלב הקראת כתב האישום, גביית הראיות, הכרעת הדין וגזר הדין"; שם.

⁴² יצוין כי קביעת השופט מצא נעשתה ביחס לאופן הדיון בבקשות לסגירת דלתיים.

⁴³ התנאים המצטברים הם: (1) נשמעות טענות פרקליטים (טענות משפטיות) בלבד; (2) בית משפט אינו זקוק להתרשם הנאשם; (3) בעלי הדין מסכימים, במפורש או במשתמע, להכרעה על בסיס הכתובים; (4) המחלוקת בין הצדדים ברורה ולא מצריכה בירור נוסף.

במסגרת גישה זו, נשמרת זכותו של הנאשם לקיים את הדיון בנוכחותו.⁴⁴ אלא שלטעמי – גישות אלו לא יכולות לעמוד, מטעמים מהותיים וטכניים כאחד.

ראשית כל, באשר לקביעת השופט שטיין לפיה 'זכות הערעור' היא 'יציר הפסיקה' – הרי שהלכה חוזרת ונשנית בפסיקת בית המשפט העליון היא כי "בהעדר הוראה בחוק החרות, זכות הערעור איננה יכולה להיווצר מכוח דברו של בית המשפט בלבד".⁴⁵ ואכן, בית המשפט בעניין **חילף** לא העניק 'זכות ערעור' בבקשות לדחיית ארכה לגשת ערעור, אלא סיווג החלטות אלה כפסק דין. בכך 'הכיר' בית המשפט בזכות הערעור מכוח החוק, ולא 'יצר' אותה יש מאין.⁴⁶ בית המשפט העליון עמד על כך בעבר, בהתייחס להלכת **חילף**, בציינו כי:

"ודוק: הקביעה כי החלטה מסוימת תסווג כ"פסק דין" ולא כ"החלטה אחרת", גם כאשר נדמה אולי כי הסיווג כ"פסק דין" הינו פרי "מאמץ פרשני" – אינה מהווה חריג לכלל הקשיח לפיו אין ערעור על החלטת ביניים בהליך הפלילי, כי אם יישום של הכלל לפיו זכות הערעור מוגבלת ל"פסק דין", להבדיל מ"החלטה אחרת".⁴⁷

משעה שלפנינו 'ערעור בזכות', לכל הפחות לעניין סעיף 41(א) לחוק בתי המשפט, הרי שחל עליו סעיף 208 לחוק סדר הדין הפלילי – ולפיכך לא ניתן להתעלם ממנו ו'לרכך' את זכות הנאשם לדיון בעניינו.⁴⁸

גם טעם מהותי תומך במסקנה זו. גישת השופט מצא בעניין **וילנר** (על ארבעת תנאיה המצטברים) מכוונת לאותן בקשות אינצידינטליות שבהן מועלות "טענות פרקליטים" בלבד ואין צורך בנוכחות הנאשם כדי לברר.⁴⁹ אלא שערעור על החלטת דחייה להארכת מועד להגשת ערעור אינה בקשה מסוג זה. בראש ובראשונה, נושא הדיון הוא מהותי. אין מדובר בערעור שולי, 'טכני', שבו מועלות אך 'טענות פרקליטים'. זאת לא רק לנוכח מהות השאלה העומדת על הפרק – אם יקבל המערער אפשרות לערער על פסק דין מרשיע – אלא גם ובעיקר לנוכח השיקולים אותם בית המשפט לוקח בחשבון בבחינת הבקשה (והערעור). בניגוד להליך האזרחי המקביל, שבו שיקול הדעת של בית המשפט מוגבל לקיומם של טעמים מיוחדים כדי להעניק ארכה להארכת מועד – הרי שבהליך הפלילי בית המשפט שוקל שיקולים רחבים,⁵⁰ הכוללים בין היתר את הגורמים והסיבות שבעטיים מבקש המערער להגיש את ערעורו באיחור, מהותו וחשיבותו של נושא הערעור לצד סיכויי הערעור.⁵¹

שיקול חשוב נוסף שעל בית המשפט לשקול בבקשה להארכת המועד, הוא האם המערער היה מיוצג בידי עורך דין בהליך הדיוני. בית המשפט העליון קבע בעבר, כי אי-ייצוגו של הנאשם בידי סגור מהווה עילה

⁴⁴ השופט מצא מוסף, ברחל בתך הקטנה, כי "אין צריך לומר, כי מקום בו מתבקש בית המשפט, על ידי מי מהצדדים, לדון בבקשה בנוכחות הצדדים – ולעתים הדבר אכן דרוש לשם הפניה לחומר הראיות – ייעתר לפנייה ויועיד את הדיון המבוקש"; שם.

⁴⁵ בג"ץ 87/85 **ארגיב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד מב(1) 353, 362–360 (1988).

⁴⁶ למיטב ידיעתי, קיים רק מקרה אחד שבו בית המשפט "יצר" זכות יש מאין, וזה במקרה של ערר על עיון בחומר ראיות הנוגע להליך הסגרה, וזאת באמצעות היקש מהוראות מקבילות. ראו עוד: בש"פ 501/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מאיו** (נבו 10.5.2009).

⁴⁷ עניין **ברמלי**, לעיל ה"ש 9, בפס" 13.

⁴⁸ דומה כי שיקולי יעילות, עומס או חיסכון בזמן שיפוטי אינם יכולים להצדיק את הפגיעה בזכותו של המערער לנוכח ערעורו. כך נקבע בעבר בהקשר של נוכחות נאשם בהליכי מ"ת: "ערר אני לעומס הרב המוטל על בתי המשפט [...] ולעובדה שכתוצאה מהצורך בנוכחות בעלי הדין הדיון עשוי להתארך, אך אין בכל אלה כדי לצדיק פגיעה בזכות כה יסודית הנתונה למערער, שהדיון בבקשתו יתקיים בנוכחותו". ע"פ 1626/91 **דקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 76, 81 (1991).

⁴⁹ יש מקום אף לקחת בחשבון, כי הגישה שהביע השופט מצא בעניין **וילנר** ניתנה בטרם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובטרם קיבלה הזכות להליך הוגן מעמד חוקתי.

⁵⁰ למעשה, סמכותו לא מוגבלת כלל. ראו ב"ש 665/83 **מדינת ישראל נ' שרייבר**, פ"ד לו(3) 363 (1983).

⁵¹ בב"ש 230/86 **עצמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(2) 353, 357 (1986) קבע השופט לוין כי "כאשר מדובר בהליך פלילי לא יהא זה נכון שבית המשפט בבואו להחליט בגורלו של נאשם, גם בשלב של בקשה להארכת מועד להגשת ערעור, יתעלם ממכלול הנסיבות ומההיבטים החברתיים והציבוריים הנלווים להליך זה ומנקודת המוצא כי עיקרו של הליך זה הוא האמת ועשיית הצדק לנאשם ולחברה".

להארכת המועד להגשת ערעור – שכן תפקידו של עורך הדין הוא לשקול האם היה מקום להגשת ערעור.⁵² לנאשמים-מערערים שאינם מיוצגים, הדיון הפרונטאלי בפני בית המשפט חשוב באופן מיוחד.⁵³ אלו עשויים להיתקל בקשיים בבואם "לתרגם" את מכלול נסיבותיהם ועילותיהם למונחים משפטיים מקובלים, וקיימת אפוא חשיבות גדולה לשיח בלתי אמצעי עם בית המשפט. אף טענה ליכשל בייצוג⁵⁴ עשויה להוביל למסקנה דומה, כי קיימת הצדקה להארכת מועד להגשת ערעור.⁵⁵ מכל מקום, שיקול זה שומט את האפשרות להתייחס לערעור כאילו מדובר בהליך טכני שבמרכזו "טענות פרקליטים" ותו לא.

הנה כי כן, בליבת השיקולים אותם שוקל בית המשפט בערעור על החלטת הדחייה עומדים שיקולים עובדתיים (לצד השיקולים המשפטיים) שלמערער תרומה חשובה – לעתים בלעדית – בהצגתם. נראה אפוא כי נוכחות המערער חיונית לצורך בירור הנאות.

הערה בטרם סיכום

לא בכדי תוהה השופט שטיין בפתח פסק הדין "מכוח מה בדיוק הוגש הערעור דן כערעור בזכות"; אם ניישם את התנאים שיישם בית המשפט העליון בעניין חן,⁵⁶ נגיע בנקל למסקנה כי ההסדר שקבע המחוקק לעניין בקשה להארכת מועד להגשת ערעור הוא הסדר שלילי, וחוסר האפשרות להגיש ערעור על ההחלטה בבקשה לא מהווה חסר בחוק (לאקונה). ניתן ללמוד זאת גם מהאיזונים הייחודיים שקבע המחוקק לעניין משך הזמן להגיש ערעור פלילי (45 ימים, לעומת 60 ימים בהליך אזרחי) וכן מהסמכות הרחבה לעניין הארכת המועד להגשת הערעור (סמכות שבשיקול דעת, לעומת "טעמים מיוחדים" בהליך אזרחי). עולה כי המחוקק לא "שכח" כי לא תהיה למבקש, בדומה לעניינים אחרים בפלילים, אפשרות להגיש ערעור על ההחלטה.

דומני כי פסק הדין בעניין חילף מהווה חלק מהדיאלוג המתמשך בין בית המשפט למחוקק בעיצוב הדין. ניתן לטעון שהפרשנות הרחבה שניתנה במסגרתו עולה כדי חקיקה שיפוטית, ואף כזו שהובילה לתוצאה "אבסורדית" (בסוגיית ההרכב המוסמך). ברם, כיום, אל מול האפשרויות האחרות – לשלול את אפשרות הערעור; לייצר "רשות ערעור" פרי הפסיקה; לפגוע בזכותו של המערער לנכוח בערעורו; או להפנות מערערים פוטנציאליים להגיש עתירה לבג"ץ על החלטת הדחייה⁵⁷ – נראה כי בשילוב עם הלכת זיינלוב, זוהי תוצאה שמניחה את הדעת במסגרת הדין המצוי. למחוקק הפתרוני, אפוא – הן בקביעה נחרצת באשר לאפשרות הגשת הערעור (בזכות, ברשות או אם בכלל) והן לשאלת סדרי הדין במסגרתו. במקרה זה, אין מנוס מהמסקנה כי ישב ואל תעשה – עדיף.

⁵² בב"ש 174/87 יששכר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 538 (1987), קבע בית המשפט שאי-ייצוג מהווה טעם המצדיק הארכת מועד, שכן בהיעדר ייצוג לא הועמדו לרשות המערער כל הכלים שהחוק העמיד לרשותו לצורך מיצוי זכות הערעור שלו. בית המשפט העליון חזק על כך שמדובר בשיקול "חשוב" אף בעניין זיינלוב, לעיל ה"ש 5, בפס' 23.

⁵³ ניתן להניח כי עם קבלת תיקון מס' 49 לחוק סדר הדין הפלילי, האוסר הטלת עונש מאסר על נאשם שאינו מיוצג, תופעת נאשמים שאינם מיוצגים פחתה באופן ניכר, אך לא נעלמה.

⁵⁴ טענה שעלתה בפסק הדין בעניינו.

⁵⁵ שכן גם במקרה זה קיים החשש שעורך הדין לא מילא את תפקידו במתן הנגשה והסבר ראוי לנאשם על מצבו המשפטי ועל סיכויי בערעור.

⁵⁶ לעיל, ה"ש 34. נזכיר כי פסק הדין קבע כי בהעדר הוראה מפורשת, ולאור סדרי הדין הספציפיים שנקבעו בחוק לעניין ערעורים על בקשות לפסלות שופט, עולה כי אין הוראה בדבר שמיעת הערעור.

⁵⁷ לא רק לאור השיקולים המצומצמים להתערבות בהחלטות ביניים בהליך הפלילי במסגרת עתירה לבג"ץ, התחומים למקרים בהם התקבלה החלטה בחוסר סמכות או מתוך שרירות קיצונית (ראו: בג"ץ 683/20 פלונית נ' פרקליטות המדינה, פס' 10 (נבו) 12.3.2020), אלא גם לאור העובדה שעתירה לבג"ץ המגיעה לדיון גוזלת הרבה יותר זמן שיפוטי, הן מבחינת מורכבות ההליך והן מבחינת מספר השופטים הנדרשים לבירור העתירה.

סיכום

ככל שהלכת **חילף** על מכונה עומדת, לא ניתן לסטות מהקביעה לפיה ניתן להגיש ערעור בזכות על החלטה לדחות בקשה להארכת מועד להגשת ערעור בפלילים בהתאם לסעיף 41(א) לחוק בתי המשפט. קביעה זו מחילה את פרוצדורת הערעור, לרבות הכלל הקבוע בסעיף 208 לחוק סדר הדין הפלילי, המעגן את זכותו של המערער לנכוח בערעורו.

פסק הדין של השופט שטיין בעניין **סלאח** ניסה לפרש מחדש את מעמדו של ערעור על החלטת הדחייה, בהתאם לסעיף 26 לחוק בתי המשפט, תוך יצירת קטגוריה משפטית חדשה: "ערעור בזכות" שנדון מבחינה דיונית כ"ערעור ברשות". קביעה זו סותרת עיקרון יסוד בהליך הפלילי – זכות הנאשם והמערער להיות נוכחים בדיונם; וזאת תוך סתירת הוראות החוק וסטייה ניכרת מהפסיקה ומהפרקטיקה המקובלת בבית המשפט העליון בשנים האחרונות. לגישתו של השופט שטיין, יש לתקן את הלכת **חילף** ולאפשר לערער על החלטה לדחות בקשה להארכת מועד להגשת ערעור בפלילים רק לאחר מתן רשות. אלא שהביקורת על האנומליה בהלכת **זיינלוב** שימשה תשתית להענקת פרשנות חדשה, שמתייחסת לערעור בזכות כאל ערעור ברשות, תוך ריקון התכלית וההצדקה שעמדו בבסיס הלכת **חילף**. אף אם המטרה בבסיס ההחלטה של השופט שטיין היא ייעול וחסכון הזמן השיפוטי, הרי שכשהיא מגיעה בדרך יחיד היא דווקא יוצרת פתח להחלטות סותרות – תוך חרפת האנומליה בסיווג ההחלטה ופגיעה בזכויות נאשמים.