



ע"פ 13400/05/22 - מדינת ישראל נגד אסף טופול

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 13400-05-22 מדינת ישראל נ' טופול

בפני כבוד השופט ע' שחם
כב' השופט א' רובין
כב' השופט נ' פלקס
מערכת

מדינת ישראל
על ידי ת' פרוש, עו"ד, וא' גרינבוים, עו"ד, מפרקליטות
המדינה

אסף טופול
על ידי ד' ברהום, עו"ד

נגד
משיב

פסק דין

בפנינו ערעור פלילי.

1. הערעור מופנה נגד פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט א' איתן) בת"פ 17752-01-20 (22.3.22). בפסק הדין, החליט בית משפט קמא לבטל את כתב האישום שהוגש נגד המשיב בתיק הנ"ל, לאחר שקיבל טענה מקדמית של המשיב להגנה מן הצדק (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982 (להלן - חוק סדר הדין הפלילי)).

2. בכתב האישום יוחסו למשיב עבירות של איומים (סעיף 192 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, להלן - חוק העונשין) והסגת גבול פלילית (סעיף 447(א) לחוק העונשין). העבירות בוצעו, על פי הטענה, כלפי שכנו של המשיב.

3. כאמור, המשיב העלה בבית משפט קמא טענה בדבר הגנה מן הצדק. טרם נידרש לעיצומה של הטענה, נעמוד תחילה על המסגרת הנורמטיבית לדיון.

4. ההגנה מן הצדק הוכרה לראשונה בישראל בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 221 (1996). באותה פרשה הכיר בית המשפט העליון (כב' השופט ד' לוי) בכלל של השתק, המוביל לביטולו של הליך פלילי, "במקרים קיצוניים וחריגים" (בעמוד 370). הכלל התבסס על כוחה הרב של התביעה, אשר שמו הטוב וכבודו של אדם נתונים בידיה; על התפיסה כי יש לרסן את עוצמת הרשות "כשזו האחרונה עשתה שימוש פרוש, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה"; ועל הצורך בפיקוח על הפעלת כוח זה. הוא עוגן גם בתובנה הבסיסית, כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקיימת" (בעמוד 368).

5. בית המשפט העליון עמד בהקשר זה על הצורך לאזן בין תכליות אלה ובין תכליות המשפט הפלילי, ובהן הגמול וההגנה על שלום הציבור והפרט (בעמוד 369). הכלל שנקבע משקף איזון כאמור. על פיו, לבית המשפט שיקול דעת לעכב הליכים פליליים, מקום בו מדובר ב - "התנהגות ..בלתי נסבלת של הרשות, היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה



משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם ... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו" (בעמוד 370). בית המשפט העליון ציין כי מדובר "במקרים נדירים ביותר".

6. הכלל רוכך במידת מה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005). העיקרון המנחה שנקבע באותה פרשה היה, כי ההגנה מן הצדק עשויה לקום מקום בו "קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט" (בפסקה 21). באופן מעשי, נקבע כי על בית המשפט לקיים תהליך בחינה של שלושה שלבים ביישום העיקרון:

7. בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך, ולקבוע את עוצמתם. בשלב השני, על בית המשפט לקבוע האם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות. בהקשר זה יש לאזן בין שיקולים שונים, ובהם חומרת העבירה הנדונה; עוצמת הראיות; מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן; חומרת הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן, והנסיבות שהביאו לגרימתה; מידת האשם הרובץ על הרשות; תום ליבה של הרשות. בשלב השלישי, אם נקבע כי בקיומו של ההליך יש פגיעה חריפה כאמור בתחושת הצדק וההגנות, יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים שאינם מחייבים תוצאה של ביטול כתב האישום (שם, בפסקה 21).

8. בית המשפט הדגיש בעניין בורוביץ, כי במרכז ההגנה מן הצדק עומדת התכלית של "הבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן". התכלית העיקרית הינה "לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים". נפסק (בפסקה 26), כי ככלל בבחינת טענה לאכיפה בדרנית, יש לתת את הדעת ל"טיב מניעה של הרשות, שבהיעדר צידוק גלוי לעין להבחין בין שניים שביצעו אותה עבירה בחרה להעמיד לדין את פלוני וחדלה מלהעמיד לדין את אלמוני". עם זאת, בית המשפט הכיר באפשרות כי הפגיעה בתחושת הצדק וההגנות, העשויה להקים את ההגנה, "תיוחס, לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא, למשל, לרשלנות, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה, כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגנות" (בפסקה 21). עם זאת, העיר בית המשפט כי מצב דברים כזה "אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".

9. יוצא, כי בעקבות הילכת בורוביץ, חל שינוי תפיסתי מסוים בהגנה מן הצדק. היא חדלה להיות ממוקדת אך ורק בטיב פעולתה או אחריותה של הרשות. עתה, הועמדה במוקד הפגיעה שנגרמה לנאשם (ראו בהקשר זה את הערת בית המשפט בע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (21.10.2007), בפסקה 107). בתוך כך, הוגמשה אמת המידה לבחינת הפגיעה, העשויה להקים הגנה מן הצדק (ראו דברי כב' המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין בדנ"פ 5189/05 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (24.4.2006), בפסקה 13).

10. כשנתיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בורוביץ, נקלטה תורת ההגנה מן הצדק בחקיקה הראשית. נחקק סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, בו נקבע כי ניתן להעלות טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטית". ביישומה של הוראה זו, המשיך בית המשפט העליון לפעול על פי אמות המידה שנקבעו בעניין בורוביץ (ראו, למשל, ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2009), בפסקה 23; ע"פ 3821/08 שלומוב נ' מדינת ישראל (27.11.2008), בפסקה 16). גם בפסיקה זו הדגיש בית המשפט העליון, כי ביטולו של הליך פלילי בשל הגנה מן הצדק, הינו "מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר", כפי שצוין בפרשה אחת, או "לעתים נדירות", כפי שנקבע בפרשה אחרת.



11. אשר למערכת השיקולים אותם ניתן לשקול במסגרת הדיון בטענת הגנה מן הצדק, קבע בית המשפט העליון בפסק דין נוסף (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (1.3.2017)), כי "מלאכת האיוון חייבת להביא בחשבון לא רק את עניינו של הנאשם ותיקון העוול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם את האינטרס הציבורי הרחב בהרשעת עבריינים. לצורך כך נדרש איוון עדין בין תכליותיו השונות של המשפט הפלילי". לענין זה צוטטו בהסכמה דברים, לפיהם יש להתחשב במגוון רחב של שיקולים, ובהם חומרת העבירה; נסיבות המקרה; שיקולים של גמול והרתעה; האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדין עם עבריינים ובשמירה על ביטחון הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה; ומנגד, זכויות הנאשם; טוהר ההליך הפלילי; השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט (ראו בפסקה 44 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל).

12. אשר לנטל הראייה לגבי טענה של הגנה מן הצדק. על פי טיבה, מדובר בטענת הגנה. נטל השכנוע, כמו גם הנטל הראשוני להביא ראיות, חל על הנאשם (ראו לענין זה בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע פ"ד נג(3) 289 (1999) בו נדונה טענה לאכיפה בררנית, בפסקה 17). אשר למידת ההוכחה. אין מדובר בסייג לאחריות פלילית, עליו חלה הוראת סעיף 34(ב) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, הקובעת כי די לנאשם לעורר ספק סביר ביחס לקיומו של סייג לאחריות (ראו נקדימון, בספרו הנ"ל, בעמוד 481). מדובר בטענת הגנה, הנשענת על נסיבות מיוחדות אשר אין בהן כדי לאיין את עצם פליליותו של המעשה, אלא פועלות ליצור מחסום מהפעלת ההליך הפלילי. על הנאשמים לבסס, אפוא, טענה של הגנה מן הצדק, במאזן ההסתברויות (ראו לתוצאה דומה, ע"פ 4675/97 מדינת ישראל נ' רוזוב, פ"ד נג(4) 337 (1999)).

13. במסגרת בקשת המשיב לביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק טען המשיב גם לאפלייה פסולה נגדו. נקודת המוצא לדיון בטענה מעין זו לאכיפה בררנית היא, כי על רשויות התביעה, בהחלטותיהן על הגשת כתבי אישום, לפעול באופן שוויוני (ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990), בעמוד 512). על רקע זה נפסק, כי אכיפה בררנית עשויה להקים טענת סף של הגנה מן הצדק (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (4.9.2007), בפסקה 60 לפסק הדין; בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל (24.10.2012), בפסקה 14). נקודת המוצא לענין זה היא, כי "רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך חזקה זאת" (דברי בית המשפט בענין זקין הנ"ל, כפי שצוטטו בהסכמה בע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (12.8.2012), בפסקה 20).

14. בענין זקין נפסק כי אכיפה בררנית היא "אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא". ברוח דומה הועמדה טענת האכיפה הבררנית בפרשת לימור, שם נדונו אישומים בעבירות על חוק ההגבלים העסקיים, על מקרים בהם הרשות "מפלה בין פלוני לאלמוני על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר היא נוהגת במדיניות של אכיפה שרירותית" (בפסקה 60). באופן דומה בענין כנאנה נפסק בהקשר זה, כי

"על מנת להצליח בטענה של אכיפה בררנית, אין די להראות כי קיימים מקרים דומים אחרים שבהם לא הועמדו חשודים לדין. אכיפה היא בררנית, להבדיל מאכיפה סלקטיבית או חלקית, רק אם ההבחנה היא שרירותית וחסרת הצדקה העלאת טענה של אכיפה בררנית, מחייבת את הנאשם להוכיח כי ההבחנה שערכה התביעה בינו לבין נאשמים או חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השוויון הינה שרירותית, מפלה או שביסודה שיקולים זרים"



15. ברוח דומה נפסק בהקשר זה בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.09.2013) (כב' השופט ע' פוגלמן) כי בהחלטותיה לעניין זה רשאית רשות האכיפה להביא בחשבון שיקולים של אינטרס הציבור. צוין, (בפסקה 29), כי

"... הדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, בכפוף לכך שהתובע קיבל החלטתו תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, ושפעל בתום לב, בהגנות, ללא הפליה ובסבירות [...] בדל"ת אמות שיקול דעת זה, עשויה הרשות לבכר להימנע מלהעמיד לדין אדם זה או אחר מטעמים טובים וענייניים"

הבחינה היא האם הוצבע על שיקולים ענייניים, אשר "יש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות" (פסק הדין הנ"ל בעניין זקין, בפסקה 18).

16. לצד קביעות אלה, ניתן להפנות להכרעה בעניין בורוביץ. באותה פרשה עמד בית המשפט על כך שעשויים להיות מקרים נדירים ביותר, בהם "ההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים" (בפיסקה 26). גישה דומה, ואף מרחיבה יותר ביחס לטענת האכיפה הבררנית, עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין סלכגי (בפיסקה 21), שם צוין כי "הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת ההפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה" (ראו, ברוח דומה, ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.2016), בפסקה 35 לפסק דינו של כב' השופט א' שוהם).

17. אשר להיבט הראייתי, פסק בית המשפט העליון כי טענה לאכיפה בררנית מחייבת הנחת תשתית ראייתית של ממש. המוקד אינו בתחושתו האישית של הנאשם, כי אם בקיומה של תשתית המלמדת על שרירותיות או מניעים בלתי כשרים בפעולת הרשות. לעניין זה פסק בית המשפט בעניין לימור, כי בעובדה "שהמערער חש, באופן סובייקטיבי, כי נגרם לו עוול בכך שהוגש נגדו כתב אישום אין ... בכדי להביא לביטולו של כתב האישום מקום בו אין הוכחות קונקרטיות לכך שהמשיבה פעלה ממניעים לא כשרים בהגשתו". בעניין כנאנה נפסק בהקשר זה (בפיסקה 15), כי "...על-פי-רוב, הכרעה בטענה של הגנה מן הצדק מחייבת פריסה של מסכת עובדתית מפורטת, כאשר דווקא מן הניואנסים של הפרטים עולה ומתגבשת טענת ההגנה, אם לאו". הצורך בתשתית ראייתית משמעותית לביסוס הטענה עולה גם מפסקי דין נוספים (בג"צ 230/07 עטון נ' מדינת ישראל (10.1.2007), בפיסקה 5; עניין סלכגי הנ"ל, בפיסקה 22).

18. אשר לסעד בגין אכיפה בררנית, פסק בית המשפט העליון (בעניין כנאנה, פסקה 24), כי "גם כאשר מתעוררת טענה של אכיפה בררנית בהליך העיקרי ואף כאשר היא מתקבלת - הסעד הניתן בגינה עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. לעתים, קבלת הטענה מובילה לזיכוי; אולם, לא אחת משמעות קבלת הטענה היא פחותה, ועדיין משמעותית, למשל על דרך הקלה בעונש". באופן דומה נפסק לעניין זה בפרשת סלכגי (בפיסקה 15), כי יש לבחון "האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה 'הגנה מן הצדק' או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה".

19. להתפתחויות אלה חשיבות בהבנת גבולותיה המדויקים של ההגנה מן הצדק. עם זאת, הן אינן משנות את התפיסה היסודית, לפיה מקום בו קיימות ראיות המעלות סיכוי סביר להרשעה, יתקיים הליך פלילי, ואם ייקבע כי קיימת תשתית ראייתית המבססת את אחריות הנאשם מעבר לספק סביר, תהיה הרשעה בדין. נקודת מוצא זו נגזרת מן ההבנה, כי ה"אינטרס הציבורי בהעמדתם לדין של נאשמים הוא אינטרס ציבורי מרכזי, אשר סדרי החיים המודרניים תלויים בהגשמתו" (דברי כב' השופט א' ברק, בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב פ"ד מ(2) 393 (1986)).



הדוקטרינה של הגנה מן הצדק הייתה, ונותרה, חריג מצומצם לכלל זה. גם בעקבות ההתפתחויות המתוארות, ההגנה מן הצדק נותרה בבסיסה כלל מתקן, אשר נועד למנוע עוול ואי צדק במקרים פינתיים. ברוח זו ציין בית המשפט העליון, גם בפרשות טגר ופלוני הנ"ל, את טיבם החריג של המקרים, בהם תתקבל טענה מעין זו. ברוח זו צוין גם בספרות, אשר דנה בהיקף ההגנה לאחר החקיקה, כי "ברוב רובם של המקרים אין מקום לביטולם של משפטים פליליים" (נקדימון, הגנה מן הצדק, מהדורה שנייה (2009), בעמוד 125).

20. על רקע עקרונות אלה, אשר אליהם הפנה בית משפט קמא ואינם שנויים במחלוקת של ממש, ניתן לפנות לבחינת הכרעתו של בית משפט קמא לפיה למשיב עומדת טענה להגנה מן הצדק. בהקדמת המאחר נאמר כבר עתה, כי הגענו למסקנה כי לא היה בסיס מספיק להכרעה זו, על פי התשתית הראייתית שהונחה, ובשים לב לאמות המידה עליהן עמדנו.

21. ברקע הכרעתו של בית משפט קמא עמדה העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, והיא כי המתלון נשוי למי שמשמשת כפרקליטה במחלקה הפלילית של פרקליטות מחוז ירושלים (להלן - אשת המתלון). האירוע נחקר על ידי תחנת מעלה אדומים של משטרת ישראל. כתב האישום הוגש על ידי השלוחה הירושלמית של תביעות ש"י. בית משפט קמא קבע, כי הסכסוך בין המשיב לבין המתלון נוגע לשטחי חנייה, וכי אשת המתלון היא צד לסכסוך זה.

22. בית משפט קמא קבע, בהמשך לכך, כי עצם קשרי העבודה והחברות שבין אשת המתלון לבין קצין החקירות והחוקר שניהלו את החקירה, אינם מקימים הגנה מן הצדק. ברם, נקבע כי במקרה זה השימוש בקשרי אשת המתלון וגורמי החקירה מעורר תחושת אי נוחות, ומבסס מסקנה בדבר פגיעה בזכויות הנאשם להליך חקירתי הוגן. קביעה זו בתורה התבססה על מספר נדבכים, בהם נדון להלן.

23. ראשית, ציין בית משפט קמא כי המתלון התקשר לאשתו על מנת להתייעץ עימה, במהלך חקירתו במשטרה. במישור העובדתי, אין מחלוקת אודות נתון זה. ברם, מעיון בהודעתו של המתלון (16.3.2019) עולה, כי במהלך גביית הודעתו של המתלון, הוזהר על ידי החוקר כי הוא חשוד בתקיפה סתם, ונמסר לו על זכותו להיוועץ בעורך דין (שורה 10). משכך, ומיד אחרי כן, ביקש המתלון לדבר עם אשתו, שהיא עורכת דין (בשורה 11). מבוקשו ניתן לו. באין מחלוקת כי אשתו של המתלון היא אכן עורכת דין, אין בתיאור זה כדי להצביע על פגם בהליך. מדובר במימוש זכותו האלמנטרית של המתלון להיוועצות עם עורך דין. אין כל טענה או תשתית המראה כי מימוש הזכות בדרך בה חר המתלון לעשות כן, פגעה או הייתה יכולה לפגוע במשיב, קל וחומר פגיעה בעוצמה הנדרשת לביסוס הגנה מן הצדק. גם אין תשתית המלמדת כי החוקר היה מודע באותה עת לתפקידה של אשת המתלון כפרקליטה.

24. שנית, בית משפט קמא ציין כי כחודש וחצי לאחר האירוע מושא הודעתו של המתלון, הגיעה רעייתו (7.5.19) לתחנת המשטרה להתלון בעצמה על פגיעה בכלי רכבה. נקבע, כי בתלונתה הפנתה לתלונתו הקודמת של בעלה, רמזה כי מי שפגע בכלי רכבה הוא המשיב, וציינה כי היא חוששת מפניו. עיון בהודעה זו מלמד כי אשת המתלון מסרה כי אין לה ראיות ואין לה את מי להאשים, וכי אינה רוצה להצביע על אשמים (שורות 2 - 3, 15). היא הוסיפה כי לא ראתה כיצד קרה הנזק ואינה יכולה לדעת מה גרם לו (שורה 10). היא הדגישה כי אין ברצונה לעורר משהו שעלול לפגוע בבטחונה מאחר שאין לה ראייה ישירה שקושרת אדם כזה או אחר.

25. מנגד, ציינה כי מכוניתה חנתה מאחורי מכוניתו של המשיב; כי לוחית הזיהוי של מכוניתה מעוכה במרכזת בצורה של עיגול; כי זו הגרירה של כלי רכבו של המשיב הוא בגובה הפגיעה (שורות 7, 9 - 10, 13 - 14). כמו כן, ביקשה אשת המתלון להעביר התכתבויות שלה עם אשת המשיב; שיחה קולית שהוקלטה; והודעות ששלח המשיב לאחר שפגע



במכוניתו של המתלון לפני מספר שבועות.

26. גם תיאור זה אינו יכול להוות תשתית לטענה בדבר הגנה מן הצדק. גרסתה של אשת המתלון תועדה בפירוט רב. בלא שאנו קובעים דבר לגופם של דברים, עולה על פני הדברים כי מדובר בגרסה מדודה, המבקשת להיצמד לעובדות הידועות למתלוננת בלבד, תוך הדגשה חוזרת ונשנית כי אין בידי המודיעה ידיעה בלתי אמצעית כיצד קרה הנזק. מעבר לנדרש אצין, כי בהודעת המשיב מיום 7.5.19 (ראו שורות 40 - 43) עולה לכאורה תמיכה בהשערת אשת המתלון, כי הפגיעה הנזכרת בלוחית הרישוי אכן נגרמה מכלי רכבו של המשיב.

27. שלישית, בית משפט קמא קבע, כי באותה נקודת זמן בה מסרה אשת המתלון את הודעתה, כבר התקיימה שיחת טלפון בין קצין החקירות לבין אשת המתלון, בנוכחות החוקר עצמו. מכאן הסיק בית המשפט, כי החוקר הכיר היטב, באותו מועד, את מעמדה של אשת המתלון, ואת הקשר שלה לקצין החקירות. ברם, במזכר שערך קצין החקירות (8.1.20) כתב, כי שיחתו עם אשת המתלון התקיימה למיטב זכרונו לאחר מועד תלונתה. בית משפט קמא לא התייחס לדברים אלה, אשר לא נסתרו. בכך נשמט הבסיס לקביעה כי החוקר הכיר באותו שלב את מעמדה של אשת המתלון והקשר שלה לקצין החקירות.

28. רביעית, בית משפט קמא נתן משקל לקיומה של השיחה בין אשת המתלון לבין קצין החקירות אודות החקירה, בנוכחות החוקר בתיק. ברם, מן המזכר הנ"ל של קצין החקירות עולה כי השיחה התקיימה כבדרך אגב; היא נעשתה תוך כדי שיחה טלפונית של אשת המתלון עם החוקר במסגרת הטיפול השוטף בתיק בעקבות תלונתה; כי אשת המתלון לא קיבלה בה כל עדכון על מצב התיק; וכי אמרה שלא רצתה לפנות לקצין החקירות בגלל ההיכרות המוקדמת ביניהם, הן כיוון שלא היה לה נעים ממנו, והן כדי למנוע כל טענה לשיבוש הליכי החקירה. אף דברים אלה לא נסתרו, בדרך כלשהי. גם הם לא נזכרו בפסק דינו של בית משפט קמא. עצם קיומה של השיחה אכן מעורר מידה של אי נוחות. דומה, כי היה נכון להימנע משיחה מעין זו, על מנת למנוע כל מראית עין בלתי הולמת. הדברים מתחזקים גם נוכח טענתו של ב"כ המשיב, אשר לא נסתרה, בדבר קשרי ידידות בין אשת המתלון לבין קצין החקירות. ברם, משלא נסתר התיאור המפורט שבמזכר קצין החקירות, חומר החקירה אינו מגלה על פניו חשד סביר להשפעה בלתי ראויה על הליכי החקירה, קל וחומר השפעה העשויה לעמוד באמות המידה המחמירות לביסוסה של הגנה מן הצדק. לא למותר להעיר, כי גם בבקשה לביטול כתב האישום לא נטען בהקשר זה להשפעה בפועל של אשת המתלון על החקירה.

29. בית משפט קמא קבע, על יסוד הנדבכים המתוארים, כי אינו יכול לקבל את הטענה כי במקרה זה לא הייתה השפעה לתפקידה של אשת המתלון כפרקליטה במחלקה הפלילית בפרקליטות, על גורמי החקירה. ברם, התשתית המדויקת, כפי שתוארה לעיל וכפי שתואר להלן, אינה מקימה בסיס להשפעה כאמור, או לקביעה אחרת של בית המשפט בדבר ניצול "קשרי העבודה שלא באופן מותאם". הדברים אמורים ביתר שאת, שעה שלא נסתרה טענת המדינה כי לא הייתה לאשת המתלון כל היכרות קודמת עם החוקרים עצמם.

30. חמישית, בית משפט קמא התייחס למהלך חקירתו של המשיב. הוא ציין, כי המשיב התלון כי הותקף באירוע, וכי תלונתו נתמכת בהודעת רעייתו ובתמונות המתעדות את החבלה שספג. בית המשפט הוסיף כי המתלון אישר כי נקט במגע פיזי כלפי המשיב על מנת להרחיקו ממנו (מגע שהוגדר בכתב האישום כדחיפה קלה). נוכח כל אלה קבע בית המשפט כי לא ניתן להסביר מדוע נחקר המשיב (ביום 7.5.19) בחשד לבידוי ראיות והצגת ראיות כוזבות. דא עקא, מהודעת המשיב מאותו יום עולה, כי לפחות בחלק מתמונות מסך של סרטון המתעד את האירוע, לא נראות שריטות על צווארו של המשיב. לכאורה, עולה מכך אי התאמה ביחס לתמונות שסיפק המשיב במהלך החקירה. בלא לקבוע כל מסמרות, אין בחקירתו של המשיב במצב זה כדי ללמד על הטייה בחקירה, קל וחומר כזו העשויה לבסס הגנה מן הצדק,



לבדה או בהצטרף לנתונים אחרים.

31. נוסף, כי חקירתו של המשיב בחשדות האמורים התקיימה ביום 7.5.19 שעה 13:09, שעות אחדות לפני שנגבתה הודעתה של אשת המתלון (7.5.19, 19:35). כאמור לעיל, שיחתה של אשת המתלון עם קצין החקירות באה לאחר גביית ההודעה. בנסיבות אלה, בהן התקיימה השיחה האמורה זמן משמעותי לאחר חקירתו של המשיב, לא הייתה יכולה השיחה להשפיע בדרך כלשהי על עצם ההחלטה לחקור את המשיב או על תוכן החקירה.

32. סיכום ביניים. מן האמור עד עתה עולה, כי לאשת המתלון לא הייתה מעורבות משמעותית בחקירה. התשתית הראייתית שהוצגה אינה יכולה לבסס את המסקנות אליהן הגיע בית משפט קמא בדבר שימוש בקשרים, ניצול קשרי עבודה באופן בלתי מותאם, השפעה שהייתה לתפקידה של אשת המתלון. ממילא, לא הונחה תשתית המלמדת על פגיעה בזכותו של המשיב להליך חקירתי הוגן. לשון אחר, אין בתשתית האמורה כדי ללמד על התקיימותו של השלב הראשון שנקבע בעניין בורוביץ הנ"ל. ממילא, אין היא יכולה לבסס את התוצאה החמורה של ביטול כתב האישום.

33. בכך לא מסתיים הדיון. בית משפט קמא קבע כי תחושת השוויון בפני החוק נפגעה, שכן חרף הקביעה בכתב האישום כי המתלון דחף את המשיב קלות, התלונה נגד המשיב נסגרה, ורק נגד המשיב הוגש כתב אישום. בית המשפט העיר כי התיק מכיל תיעוד אודות חבלה שספק המשיב בעקבות האירוע. נקבע, כי בכך נוצרת תחושה שלמשיב ניתן יחס מפלה ולא שוויוני בחקירה. יצוין, כי בקביעה זו לא התייחס בית המשפט למזכרו של קצין החקירות, בו נכתב במפורש כי הוא שולל כל טענה להטיה ופגיעה בחקירה, תוך שציין כי גם המתלון נחקר באזהרה.

34. עניין אחרון זה נוגע בעיקרו לטענה בדבר אכיפה בררנית, שעלתה בבקשתו של המשיב לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. עיון בטענות שעלו בבית משפט קמא מלמד, כי מצד המדינה לא ניתן הסבר ברור ליחס השונה לו זכו שני המעורבים באירוע. בדיון בפנינו טענה המדינה לראשונה כי סיבה אחת לשוני נעוצה בכך שלמתלון קמה הגנה, מכוח הוראת סעיף 18(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969. מטבע הדברים, היבט זה לא התברר בבית משפט קמא, אשר הכריע בבקשה על יסוד החומר הכתוב ובלא חקירות של מי מן המעורבים. בפני בית משפט קמא גם לא הונח הסבר, עליו עמדה ב"כ המדינה בטיעוניה בפנינו, הנוגע לשוני רלוונטי בתשתית הראייתית הנוגעת לכל אחד מן המעורבים. במצב המתואר, החלטנו להחזיר את העניין לבית משפט קמא, על מנת שיכריע, לאחר שיקיים דיון ויאפשר לצדדים להציג את ראיותיהם, בשאלה האם אכן הייתה במקרה זה אכיפה בררנית, ובכלל זה בשאלה האם הייתה הצדקה עניינית לאופן השונה בו טופל עניינו של המשיב מחד, ועניינו של המתלון מאידך. מאליו מובן, כי איננו נוקטים עמדה לגופה של טענת האכיפה הבררנית, על הסוגיות האמורות להתברר בהקשר זה.

35. לא למותר להעיר, כי החלטת בית משפט קמא מבוססת, בחלקה, על שיקולים שעניינם מראית פני הצדק (ראו בפסקאות 24, 25, 29). שיקולים מעין אלה עשויים להיות רלוונטיים בהכרעה אודות קיומה של הגנה מן הצדק (ראו, למשל, על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55, בפסקה 18 לפסק הדין). הרציונל לקביעה זו עשוי להימצא בקשר שבין מראית פני הצדק, לבין אמון הציבור בהליך המשפטי (ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (11.8.2009), בפסקה כו' לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין). על רקע זה, הוכר שיקול זה, בנסיבות מוגדרות ומתוחמות היטב, כשיקול שעל יסודו ניתן להעמיד במבחן הביקורת את כהונתם של חברים בוועדת שחרורים של שירות בתי הסוהר (רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה (20.7.2009), בפסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר). דומה, כי אמות המידה שנקבעו באותה פרשה מעידות על הצורך בהתייחסות מדודה וזהירה לשיקול זה, אשר ככלל הוא משני לשיקולים שבמהות. מכל מקום, לגופם של דברים, אין בתמונה המצרפית עליה עמדנו לעיל כדי ללמד ולו על מראית עין או רושם של התערבות של אשת המתלון בהליכים בעניינו של



המשיב, בעוצמה הנדרשת על מנת לבסס מסקנה כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, כנדרש בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

36. כאן המקום להידרש בקצרה לטענות שהעלה המשיב, אשר לא היוו בסיס להכרעתו של בית משפט קמא. המשיב טען, במסגרת בקשתו לביטול כתב אישום מחמת הגנה מן הצדק, כי קיים בסיס איתן למסקנה כי נפגע הצדק עקב פעולה בניגוד עניינים בפועל, שכן חרף מצג שיצרה המאשימה כלפי המשיב כאילו התיק צפוי להיסגר. הוחלט לפתע שלא לסגור אותו ומבלי לנמק זאת. על פי הטענה, לאחר פגישה של ב"כ המשיב עם ראש יחידת תביעות ש"י ביום 4.3.20 סוכם שבשלב זה תיבחן מערכת היחסים בין הנאשם לבין המתלונן על מנת לראות אם אפשר ליישב את ההדורים. בהמשך לכך הגיעו השניים להבנות בפני מגשר. עדכון על כך נמסר למאשימה. ברם, בתגובה לכך, הודיעה ראש יחידת תביעות ש"י לבא כוח המשיב כי לאחר מחשבה נוספת החליטה לדחות את בקשתו לסגירת התיק (4.6.20). פנייה נוספת (14.6.20) נענתה כי "החלטתי הינה סופית".

37. המשיב לא הצביע בטיעוניו על תשתית ברורה המלמדת על קשר בין ראש ענף תביעות ש"י לבין אשת המתלונן, אשר יכול ללמד על ניגוד עניינים בפועל או בכוח לעניין זה. גם לא הונחה תשתית ברורה אודות מצג או הבטחה שניתנו למשיב, כגון סיכום דיון. לא למותר לציין, כי טענת ההבטחה הוכחשה במפורש בבית משפט קמא. בדיון בבית משפט קמא, בא כוח המשיב הבהיר כי אינו טוען לקיומו של סיכום כי התיק ייסגר אם בהמשך למפגש בין הנציגים יגיעו להסכמות. במצב זה, לא מצאנו פגם בכך שבית משפט קמא לא ייחס משקל רב לטענות אלה, ולא סמך את החלטתו עליהן.

38. עוד היפנה ב"כ המשיב לכך שהגיש בקשה לעיכוב הליכים, נוכח טענותיו לניגוד עניינים. בקשה זו נדחתה (30.11.20), הודעה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר רז נזרי). בקשה חוזרת לעיון מחדש נדחתה גם היא (10.1.21). גם עניין זה אינו יכול לסייע למשיב. תקיפת החלטות בעניין עיכוב הליכים מסורה לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק. הן אינן עומדות לביקורתו של בית משפט זה. נוסף כי אין בפנינו כל טענה העשויה ללמד קשר בין המשנה ליועץ המשפטי לבין אשת המתלונן, ודאי כזה היכול ללמד על ניגוד עניינים כלשהו. קל וחומר, שלא עולה לעניין זה, ולו לכאורה, ניגוד עניינים העשוי ללמד כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

39. בתשובתו לערעור, ב"כ המשיב הפנה לכך שבענף תביעות ש"י, המטפל בתיק, מכהן בתפקיד בכיר תובע בעל קשרי משפחה וידידות עם אשת המתלונן. ברם, לא הוצבע על קשר כלשהו בין התובע האמור (אשר אף הדיר עצמו מייצוג לשכת התביעות בדיון בעניינו של המשיב), לבין ההליך. בנסיבות אלה, לא מצאנו פגם בכך שבית משפט קמא לא סמך את החלטתו גם על עניין זה.

40. בערעור, טענה המדינה כי היה מקום לקיים דיון בעל פה, תוך חקירת העדים הרלוונטיים, טרם הכרעה בבקשה. מנגד, טען המשיב, כי המדינה הסכימה בבית משפט השלום להכרעה על פי החומר הכתוב, ובהתאם לכך הועבר תיק החקירה לעיון בית המשפט. טענה זו לא נוכל לקבל, שכן בהודעה משלימה שהגישה המדינה לבית משפט קמא לאחר דיון שהתקיים ביום 21.7.21, נכתב באופן מפורש כי הבקשה לביטול כתב האישום בשל הגנה מן הצדק כוללת טענות הדורשות בירור עובדתי.

41. לגופם של דברים, יש יסוד לעמדת המשיב, כי קיומו של בירור עובדתי ביחס לטענה של הגנה מן הצדק נתון לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו פסקה 21 לפסק הדין הנ"ל בעניין בורוביץ). אין חובה גורפת לקיים בירור כזה בכל מקרה



ומקרה. נוכח המסקנות אליהן הגענו, כמפורט לעיל, ובשים לב לשיקול הדעת הנתון לבית המשפט, לא מצאנו הצדקה להורות על החזרת העניין לשם קיום דיון כאמור מראשיתו, וזאת בלא לגרוע מן ההוראה על קיום בירור בשאלת האכיפה הבררנית. עם זאת נעיר, בשולי הדברים, כי ככלל אין מקום לקביעת ממצאים פוגעניים בלא בירור עובדתי כאמור. ממצאים הכלולים בהחלטת בית משפט קמא, הנוגעים לשימוש בקשרים, השפעה שהייתה לתפקידה של אשת המתלונן, או ניצול קשרי עבודה באופן שאינו מותאם, עלולים לפגוע במי מן הנוגעים בדבר. מכך מתחייב, ככלל, קיומו של בירור, אשר ייתן לנוגעים בדבר את יומם בבית המשפט בשאלות אלה.

42. התוצאה של כל האמור היא, כי הערעור מתקבל. החלטת בית משפט קמא מבוטלת בזה. העניין מוחזר לבית משפט השלום, לשם דיון בטענת האכיפה הבררנית, כמפורט לעיל; הכרעה בה; ומתן הוראות בדבר המשך הדיון בתיק, כפועל יוצא מהכרעה זו.

ניתן היום, י"ג חשוון תשפ"ג, 07 נובמבר 2022, בהעדר
הצדדים.

נמרוד פלקס, שופט

אברהם רובין,
שופט

עודד שחם, שופט
[אב"ד]