



ת"פ 28759/05/15 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה, רונאל פישר, רות דוד, יאיר ביטון, שי (ישעיהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס

בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני כב' השופט משה סובל

ת"פ 28759-05-15

המאשימה:

מדינת ישראל

באמצעות המחלקה לחקירות שוטרים

נגד

הנאשמים:

1. ערן מלכה (הדיון הופרד)

2. רונאל פישר

ע"י ב"כ עוה"ד עמית בר וליזי שובל-בר

3. רות דוד

4. יאיר ביטון

5. שי (ישעיהו) ברס

6. יוסף נחמיאס

7. אביב נחמיאס

החלטה (נאשם 2)

1. לפניי טענה מקדמית נוספת שהעלה נאשם 2 (להלן - הנאשם) להגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - חסד"פ). טענה זו מתווספת לטענות המקדמיות של הנאשם שנדונו בהחלטתי מיום 20.11.16.

2. בקשת הנאשם היא שיבוטלו שלושה אישומים (הרביעי, החמישי והאחד-עשר) בכתב האישום שהוגש נגדו, וזאת בשל הפליה פסולה ואכיפה בדרנית. לטענתו, המאשימה נמנעה מלהעמיד לדין גורמים נוספים שמעורבותם באירועים נשוא כתב האישום אינה שונה מהמעורבות המיוחסת לו.

להלן תובאנה טענות הצדדים לגבי כל אישום בנפרד.

אישום רביעי (פרשת אלון חסן)

3. טענת הנאשם באשר לאישום זה מתייחסת לעו"ד בני כץ. הנאשם טוען כי במהלך חקירתו במח"ש של עד המדינה אלון חסן, ציין הלה כי פרקליטו, עו"ד כץ, שוחח עם פרקליט המחוז בקשר לחקירה עתידית שלו והובהר לו כי לא יישאל דבר בחקירה על אותם עניינים שהטרידו אותו. כמו כן, עדת המדינה ע' ציינה בעדותה בבית המשפט מיום 26.12.16 כי לחסן נודע על החקירה הסמויה המתנהלת נגדו בלהב 433 מפרקליטו, עו"ד כץ, ולא מהנאשם. חרף עדויות אלה, ועל אף העמדת הנאשם לדין בגין העברת פרטי חקירה סמויה לחסן, לא



עשתה מח"ש דבר לבירור המעשים הדומים המיוחסים לעו"ד כן ולא פתחה נגדו בחקירה פלילית. לשיטת הנאשם, יחס מועדף זה הוענק על ידי מח"ש לעו"ד כן בשל הסיוע שהוא הושיט לה בהעמדת הנאשם לדין.

4. המאשימה טוענת מנגד, כי טענת הנאשם כללית ולא ברורה, מה גם שסיכום בין פרקליט מחוז לבין סנגור בדבר מתווה מסוים הנוגע לחקירת חשוד אינו פסול ובוודאי שאינו מהווה עילה לחקירה פלילית. יתרה מזאת, גרסאותיהם בנדון של חסן ושל עדת המדינה מהוות עדויות שמיעה אשר אינן מבססות תשתית ראייתית מספקת לפתיחה בחקירה נגד סנגור.

אישום חמישי (פרשת אילון מכלוף)

5. לטענת הנאשם, אילון מכלוף נחקר במח"ש ארבע פעמים כעד ולא כחשוד תחת אזהרה, חרף העובדה שהעיד כי העביר לנאשם סך של 5,000 ₪ בתמורה לקבלת מידע אודות מועד מעצרו הצפוי. בנסיבות אלה, העמדת הנאשם לדין בעבירת שוחד בקשר עם מכלוף, תוך הימנעות מראש מהעמדת מכלוף לדין באותו עניין ממש, מהווה אכיפה בררנית.

עוד נטען, כי דוחות סודיים מיום 15.7.14 ומיום 21.7.14 מלמדים, כי האישום החמישי נולד כתוצאה ממידע מודיעיני ולא בעקבות יוזמה של מכלוף למסור את המידע. מדוחות אלה אף עולה, כי מכלוף סירב בתחילה לשתף פעולה עם הרשות החוקרת ורק לאחר מגעים ושכנועים ממושכים - שאין להם כל תיעוד - נולדה עדותו נגד הנאשם. לחלופין נטען, כי אפילו היה אמת בטענה כי מכלוף הוא שיזם את מסירת המידע, גם אז לא היה מקום לגישת המאשימה בדבר העדר עניין לציבור בהעמדתו לדין, אלא אם כן הדבר היה נעשה במסגרת הסכם עד מדינה החושף באופן ברור את טובת ההנאה שמכלוף קיבל.

הנאשם מוסיף בהקשר זה, כי המאשימה סיפקה תשובות סותרות בכל הקשור למעמד של מכלוף כעד מדינה: תחילה הצהירה כי אינו עד מדינה; אולם בהמשך טענה כי מבחינה מהותית מכלוף הוא עד מדינה בשל טובת ההנאה שזכה לקבל בתמורה למידע שמסר. לפיכך קמה לנאשם "עילה חדשה להגנה מהצדק הנסמכת על שקריה של התביעה בפני כבוד בית המשפט" (סעיף 15 לתשובת הנאשם מיום 15.5.17 להשלמת טיעון מטעם המדינה).

6. תגובת המאשימה לטענות אלו היא שמכלוף, בתיווך עו"ד כן, פנה מיוזמתו למח"ש וחשף את פרטי הפרשה המתוארת באישום החמישי. בנסיבות אלו הוחלט כי אין עניין לציבור בהעמדתו לדין פלילי. עוד טוענת המאשימה, כי די בכך שמכלוף מסר מידע מיוזמתו, כדי להבדילו מן הנאשם, ועל כן אין המדובר באכיפה בררנית.

אישום אחד-עשר (פרשת בוצ'ן)

7. הנאשם טוען כי עד המדינה ערן מלכה זכה ליחס מועדף בהשוואה אליו בחלק השני - חלק "השיבוש" - של



האישום האחד-עשר. בחלק זה, שלא נכלל בכתב האישום המקורי (מיום 14.5.15) ובכתב האישום המתוקן (מיום 10.6.15) אלא נוסף בכתב האישום המתוקן בשנית (מיום 16.7.15), הואשם הנאשם לבדו בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, ואילו מלכה לא הואשם בכל עבירה. זאת למרות שמתוארים שם, לדעת הנאשם, מעשים פליליים שביצע מלכה החמורים בהרבה מהמעשים הפליליים המיוחסים לנאשם.

8. בתגובת המאשימה מיום 18.1.17 לטענה זו, נטען כי מדובר ב"עניין ראייתי" לפיו הוחלט לייחס אישומים ספציפיים מתוך האישום האחד-עשר לנאשם בלבד (סעיף 5(א)).

9. בתשובה לתגובה טען הנאשם כי משהחליטה המאשימה שלא להעמיד לדין את מלכה, שהוא הגורם הבכיר, הרי אותו דין מחויב לחול גם עליו. זאת, שכן הטענה נגד הנאשם בחלק "השיבוש" של האישום האחד-עשר נסובה על מידע מתוך חקירה משטרתית שמלכה העביר לנאשם; ואם מלכה, כשוטר, מסר את המידע, לא ייתכן שהוא ימצא נקי מכל אשמה ורק הנאשם, מקבל המידע, יועמד לדין.

10. בדיון שהתקיים ביום 4.5.17 הוסיף הנאשם כי מלכה סיפר בחקירתו במח"ש - טרם נחתם עמו הסכם עד מדינה - כי מסר לנאשם מידע מתוך החקירה הסמויה בפרשת "פרחי אביב" והדליף לנאשם כי זוהר בוצ'ן עומד להיעצר במהלך המעבר לחקירה הגלויה. ממילא, טען הנאשם, לא עמד בפני המאשימה כל קושי ראייתי לייחס גם למלכה את חלק "השיבוש". ב"כ המאשימה ביקש שהות לבדוק את העובדות ולהשיב בכתב.

11. בהשלמת טיעון בכתב מיום 8.5.17 אישר ב"כ המאשימה כי מלכה הודה בפרטי מעורבותו בחלק "השיבוש" עוד בחקירתו במח"ש מיום 4.5.15, טרם הגשת כתב האישום המקורי וטרם נחתם עמו הסכם עד מדינה. למרות זאת, חלק "השיבוש" לא נכלל בכתב האישום המקורי ובכתב האישום המתוקן, כך שמלכה לא הואשם בו אף שהודה, ומבירור שנערך בניסיון להתחקות אחר הסיבה לכך "עולה כי מדובר בטעות. במילים אחרות, בעת כתיבת כתב האישום המקורי, מבלי משים לא הוכלל עניין ההדלפה. לימים, עם תיקון כתב האישום בשנית והכללת עניין השוחד וההדלפה, ממילא לא היה כל טעם לייחס זאת גם לנאשם 1 שכאמור כבר הודה והורשע במיוחס לו בכתב האישום המתוקן" (סעיף 5 להשלמת הטיעון). ב"כ המאשימה הוסיף כי הגם שכתוצאה מכך "מידת השוויון נפגמה, במידה מסוימת", עדיין אין בכך להקים עילה לביטול האישום מחמת אכיפה בררנית, שכן מניעי המאשימה לא נבעו משיקולים זרים, פסולים או שרירותיים (שם, סעיף 9).

12. הנאשם השיב לטיעון המשלים, וטען כי ההתנהלות המתוארת של המאשימה והשינוי הקוטבי בהסברים שנתנה לבית המשפט באשר להימנעותה מהכללת חלק "השיבוש" בכתב האישום שהגישה נגד מלכה, עולים כדי הטעייה מכוונת ו"התנהלות כה מקוממת וחמורה - עד כי התנהלות זו עומדת אף במבחן המחמיר הראשוני" שנקבע בעבר בפסיקה לתחולת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק (סעיף 7). בהקשר זה הוסיף הנאשם כי הטענה



המרכזית בערעור שמלכה הגיש לבית המשפט העליון על העונש שבית המשפט המחוזי גזר עליו, הייתה שגור הדין ניתן בהתבסס על עובדות כתב האישום המתוקן בשנית, לרבות החלקים באישום האחד-עשר שהוספו לראשונה בכתב האישום המתוקן בשנית. טענה זו של מלכה, לפיה כלל לא הורשע בכתב האישום המתוקן בשנית ובתוספות שנכללו בו, תפסה מקום מרכזי בדיון שהתקיים בבית המשפט העליון ביום 9.5.16 בערעור, ואף הוצגה בפסק הדין של בית המשפט העליון מיום 15.6.16 כטעם ממשי להחלטה לקבל את הערעור באופן חלקי ולהקל בעונשו של מלכה. לטענת הנאשם, היות שניציגי פרקליטות המדינה ומח"ש נכחו וטענו בדיון בבית המשפט העליון, לא ייתכן שהמאשימה לא הייתה מודעת לפער הבלתי-מוסבר בין עבירות האישום האחד-עשר שיוחסו למלכה בכתב האישום בו הודה, לבין עבירות אותו אישום המיוחסות לנאשם בכתב האישום המתוקן בשנית. מודעותה של המאשימה אינה מאפשרת להשלים עם התגובות הסותרות שמסרה בעניין זה לבית המשפט במענה לטענת האכיפה הבררנית שהעלה הנאשם, ויש בה להפריך את חזקת התקינות ולהקים לנאשם עילה נוספת להגנה מן הצדק ולביטול האישום האחד-עשר בשל עצם הצגת הגרסאות הסותרות והמופרכות על ידי המאשימה.

דיון והכרעה

13. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחסד"פ, לפיו נאשם רשאי לטעון כי "**הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**". בית המשפט רשאי לבטל כתב אישום או חלק ממנו, בכל מקרה בו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיני בית המשפט, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 806 (2005) (להלן - עניין בורוביץ); ע"פ 1224/07 **בלדב נ' מדינת ישראל**, פס' 62 (10.2.10); רע"פ 1201/12 **קטיעי נ' מדינת ישראל**, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (9.1.14) (להלן - עניין קטיעי); ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 106 (21.10.07) (להלן - עניין טגר)).

14. בראשית דרכה, הוגבלה תחולתה של הדוקטרינה למקרים נדירים, בהם התנהלות התביעה עלתה כדי "**התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם**" (ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 372 (1996); ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס' 382 (10.11.11); ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פס' 53 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (1.3.17) (להלן - עניין גוטסדינר)). אולם בינתיים חלו תמורות, והדוקטרינה הורחבה גם למקרים בהם התביעה פעלה בתום-לב או שהפגיעה כלל לא נגרמה על ידי הרשות אלא מסיבות אחרות (ראו למשל: עניין בורוביץ, בעמ' 807; עניין גוטסדינר, פס' 44 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 53 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). על כך נאמר



בעניין קטיעי:

"הרף שנקבע בהלכה הפסוקה נע ממבחן של 'התנהגות שערורייתית של הרשות' למבחן המתמקד בהבטחת הליך פלילי הוגן וצודק לנאשם. שינוי זה מאפשר להתחשב בפעולות שלא נבעו ממעשי הרשות אך עדיין פגעו בתחושת הצדק וההגינות בהליך. אף שנראה שעדיין ברוב המקרים תהא סוגיית ההגנה מן הצדק קשורה להתנהגות הרשות, כבר נפסק שאין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות את המסקנה כי לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן (עניין בורוביץ, 807). עמדה זו משתלבת עם סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו מוקד הבדיקה מושם על שאלת הצדק וההגינות שבניהול ההליך הפלילי (השוו: עניין טגר, פס' 115). לשון הסעיף אינה מחייבת כי הרשות תהא הגורם שפגע בהליך ואף אינה מעניקה משקל לזהות הגוף הפוגע" (שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל).

15. לא זו בלבד שהדוקטרינה משמשת אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה בכל הקשור לניהול ההליך הפלילי; היא אף הפכה לכלי המאפשר לבית המשפט "לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי" (עניין גוטסדינר, פס' 44 לפסק דינו של השופט הנדל). הדוקטרינה מבקשת לערוך איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי:

"מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (עניין בורוביץ, בעמ' 807).

16. כאמצעי להגשמתו של האיזון האמור נקבע, כי בחינתה של טענת הגנה מן הצדק תעשה על פי מבחן תלת-שלבי: בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ועוצמתם, במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם; בשלב השני, על בית המשפט לבחון האם קיום ההליך, חרף הפגמים, פוגע בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש איזון בין האינטרסים השונים, אשר במסגרתו נלקחים בחשבון לא רק עניינו של הנאשם ותיקון העוול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם האינטרס הציבורי הרחב בהרשעת עבריינים; בשלב השלישי על בית המשפט לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. בשלב זה נגזר הסעד ההולם המאזן כראוי בין הפגמים שנתגלו בהליך לבין אינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי (עניין בורוביץ, שם; עניין טגר, פס' 111; עניין גוטסדינר, שם; ע"פ 6144/10 **גטצאו נ' מדינת ישראל**, פס' 31 לפסק דינו של השופט שוהם (10.4.13)).



17. טענה בדבר אכיפה בררנית נבחנת בגדרה של טענה להגנה מן הצדק (ראו למשל: ע"פ 7659/15 הרוש נ' **מדינת ישראל**, פס' 35 (20.4.16) (להלן - עניין הרוש)). הסמכות המסורה לבית המשפט לבטל כתב אישום או חלק ממנו על פי סעיף 149(10) לחסד"פ במקרה של אכיפה בררנית, מתייחסת למצבים של אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אדם אחר (או אחרים) במקרים דומים או באותן נסיבות, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם (עניין הרוש, שם; ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (10.9.13) (להלן - עניין פרץ); ע"פ 7014/06 **מדינת ישראל נ' לימור**, פס' 60 (4.9.07)). השופט זמיר תיאר את האכיפה הבררנית כ -

"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" (בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3), 305, 289 (1999) (להלן - עניין זקין)).

זאת במובחן מאכיפה חלקית, היינו החלטה של רשויות התביעה להעמיד לדין רק את פלוני ולא את אלמוני החשוד בביצוע עבירה דומה, שהיא כשלעצמה אינה מלמדת בהכרח על קיומה של אכיפה בררנית:

"אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק... אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה" (שם, בעמ' 304-305).

עם זאת, הודגש שם כי תיאור זה של האכיפה הבררנית נעשה **"ללא יומרה להציע הגדרה ממצה"**, שכן **"אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים"** (שם, בעמ' 305). ואכן, בפסיקה מאוחרת מצינו כי קיומה של מטרה פסולה מצד רשויות התביעה בנקיטת היחס השונה (שיקולים זרים, שרירות, מטרה פסולה וכיוצא באלה) אינו תנאי הכרחי להכרה באכיפה בררנית, שכן **"בשיטתנו נבחנת שאלת ההפליה גם על פי מבחן אובייקטיבי, קרי מבחן התוצאה. החלטה המובילה לתוצאה מפלה תפסל אך אם בבסיסה מניע טהור ואף אם מדובר בהפליה לא מודעת"** (ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל**, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק-ארז (31.12.15) (להלן - עניין אגבריה); ראו גם: מ' טמיר **אכיפה סלקטיבית** 153 (2008); י' נקדימון **הגנה מן הצדק** 399 (מהדורה שנייה, 2009)). תפיסה מרחיבה זו של האכיפה הבררנית אינה אלא השתקפות השינוי שחל בתיחום הדוקטרינה של ההגנה מן הצדק, שבשונה מהעבר אינה מתמקדת כיום במידת תום-הלב של הרשות או בתגובה הולמת ל"התנהגות שערורייתית" של הרשות, אלא בהבטחת הליך פלילי הוגן וצודק לנאשם (לעיל פס' 14; השופט הנדל בעניין גוטסדינר, פס' 47). מכאן צמחה **"העמדה הגורסת כי על מנת לבסס טענה של אכיפה בררנית פסולה אין הכרח בהוכחת שיקול זר, הפליה מכוונת או חוסר תום לב מצד הרשות, וכי גם התנהלות תמת-לב מצדה עלולה להוביל במישור התוצאה להפליה שתעורר תחושה של חוסר צדק"**



(השופטת ברק-ארז, שם, פס' 56).

18. המעבר ממבחן הכוונה למבחן התוצאה, אינו פוטר את הנאשם הטוען לאכיפה בררנית מהחובה לעמוד בדרישות הראייתיות - שלרוב עשויות להיות כבדות משקל - לשם הוצאת המקרה שלו מגדרה של אכיפה חלקית גרידא שאינה מקימה הגנה מן הצדק. הלכה היא כי רשות מינהלית, ובכלל זה רשות מינהלית העוסקת באכיפת החוק, נהנית מחזקת החוקיות (או התקינות). כפועל יוצא, **"על הטוען לקיומה של אכיפה מפלה או 'בררנית' מוטל הנטל להציג תשתית עובדתית מספקת שיהיה בה כדי להתגבר על החזקה בדבר התקינות המנהלית"** (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פס' 30 (11.8.14)). הרמת הנטל אינה דבר של מה בכך, נוכח שיקול הדעת הרחב המסור לרשויות התביעה בשאלת ההעמדה לדין, הגם שמוטל עליהן להפעיל סמכות זו בצורה שוויונית ככל הניתן (עניין הרוש, שם; ע"פ 8057/16 שטרימר נ' מדינת ישראל, פס' 24 (9.8.17)). וכפי שהסביר השופט פוגלמן בעניין פרץ:

"פרשות נבדלות זו מזו במאפייניהן ובנסיבותיהן, והדין 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, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות... בדל"ת אמות שיקול דעת זה, עשויה הרשות לבכר להימנע מלהעמיד לדין אדם זה או אחר מטעמים טובים וענייניים. התביעה יכולה להביא בגדר שיקוליה שיקולים שונים הנוגעים לאינטרס הציבור; לשאוף למקד את אכיפתה במקרים חמורים; ושיקולים נוספים כיוצא באלה. סדרי עדיפויות באכיפה הם שיקול לגיטימי... על כן, אכיפה בררנית אינה היפוך של אכיפה מלאה. למעשה, בשל מחסור אינהרנטי במשאבים אנושיים וחומריים, אכיפה מלאה אינה מעשית ואינה אפשרית. הבעיה באכיפה הבררנית אינה טמונה אפוא בהיותה חלקית, אלא בפגמים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה" (שם, פס' 29).

ברוח זו נפסק כי **"על הטוען לאכיפה בררנית להציג בסיס ראייתי להוכחת הטענה כי בוצעה הבחנה שאינה ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים"** (ע"פ 10025/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 42 (10.8.17)).

19. אלא שגם בהקשר זה - קרי: הצורך והקושי בהפרכת חזקת התקינות כתנאי להתערבות שיפוטית בעילה של אכיפה בררנית - לא כל הסיטואציות עשויות מעור אחד, ופעמים שננקטת גישה גמישה יותר מבחינת הוכחת הטענה. כך הוא הדבר מקום בו מבין שני מבצעי עבירה המעורבים באותה פרשה, רק אחד מהמבצעים מואשם בעוד השני כלל אינו עומד לדין.

20. ככלל ובאופן עקרוני, אין מקום לקבלת טענה של הגנה מן הצדק כאשר הנאשם מצביע על מקרים בודדים בהם מבצעים אחרים שנסיבותיהם דומות קיבלו מרשויות התביעה יחס שונה ממנו (ע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל, פס' 19 (12.8.12); ע"פ 3996/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 16 לפסק דינה של השופטת



ברק-ארז (10.11.15) (להלן - עניין פלוני); עניין אגבריה, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). השופט פוגלמן עמד על כך בעניין פרץ:

"לא דין הפגיעה בשוויון מקום בו מוצא אדם מן הכלל ומועמד לדין בניגוד למדינות עקבית של הרשות - כדין מצב שבו באפשרות הנאשם להצביע על מקרה אחד בלבד שנסיונותיו דומות לעניינו; לא דין הגשת כתב אישום נגד אחד ולא נגד אחר ממניעים לא ענייניים, כדין מצב בו בפרשה דומה אחרת לא הועמדו המעורבים לדין מחמת שגגה שיצאה מלפני הרשות; לא דין מידת ההסתמכות של נאשם על מנהגי האכיפה של הרשות, שנלמדו מהתנהלות השיטתית לאורך השנים (דבר שיכול לעורר ציפייה כי הרשות תוסיף להתנהג כמנהגה) - כדין מצב שבו עסקין במקרה בודד שבו נתקבלה החלטה אחרת, שאז ממילא לא ניתן להוציא מכלל אפשרות כי נסיבות אותו עניין היו שונות, או כי החלטת הרשות במקרה האחר היתה מוטעית" (פס' 32; כן ראו: שם, פס' 35, 37; עניין גוטסדינר, פס' 59 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

ובמילים אחרות:

"מקרה בודד מסוג זה עשוי להיחשב כטעות גרידא, ולכן על אף שיש להצטער על הטעות, אין מקום לדרישה כי רשויות התביעה יחזרו עליה שוב ושוב רק מטעם זה" (עניין אגבריה, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

21. עם זאת, לצורך ההכרה באכיפה בררנית יש להבחין בין מצב בו בידי הנאשם להצביע על סתם מקרה בודד שנסיונותיו דומות לעניינו, לבין מצב בו הנאשם משווה עצמו אל חשוד נוסף (אף כי בודד) באותה פרשה. בלשונה של השופטת ברק-ארז: **"יש להבחין הבחן היטב בין השוואה למקרה אחד בלבד בהקשר הכללי של אכיפה בררנית לבין השוואה לעניינו של החשוד הנוסף באותה פרשה עצמה, הגם שהוא אחד בלבד גם כן. יחס שונה לחלוטין לשני חשודים באותה פרשה מטיל צל של שרירותיות על אכיפת החוק ומצדיק ייחוסו של משקל נכבד למקרה האחר (המהווה חלק נכבד מן הפרשה כולה, ולא 'עוד מקרה')"** (שם, שם). בדומה לכך ציין המשנה לנשיאה רובינשטיין, כי החלת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק מתאימה יותר **"לחשודים ונאשמים שונים באותה פרשה, או לתיקים שיש ביניהם קרבה כזו או אחרת, וההעמדה לדין באופן שונה יוצרת תחושת עוול - אך לא בהכרח כך הדבר בהשוואה, העשויה להיות אקראית, בין תיקים ללא קשר ביניהם"** (עניין פלוני, פס' ה').

מן הכלל אל הפרט

22. יישום עקרונות אלו בעניינו, מוביל למסקנה כי הנאשם לא הרים את הנטל הראייתי הנדרש לסתירת חזקת התקינות ולהוכחת קיומה של אכיפה בררנית בכל הקשור לאישומים הרביעי והחמישי. לגבי אישומים אלו, לא הונחה בפני בית המשפט תשתית המאפשרת לייחס למאשימה שרירות, שיקול פסול או אפילו טעות בהחלטותיה שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד עו"ד כץ ושלא להעמיד לדין את מכלוף. לעומת זאת, עלה בידי הנאשם



להוכיח כי אי-העמדתו לדין של מלכה בחלק "השיבוש" באישום האחד-עשר, יצרה פגיעה בתחושת הצדק וההגינות, באופן שיש בו להצדיק מתן הגנה לנאשם והשוואתו למלכה, כך שגם הנאשם לא יואשם בחלק זה.

23. קיומה של הבחנה סבירה ועניינית בין עו"ד כץ לבין הנאשם עולה כבר מתוך טענות הנאשם, וביתר שאת בהתחשב בהסבריה של המאשימה. ראשית, הנאשם טוען כי עו"ד כץ קיבל את המידע מפרקליט המחוז. חזקה על מידע כזה שהוא התקבל כדין, ועל הטוען אחרת רובץ הנטל לסתור חזקה זו - דבר שלא התקיים בעניינו. מנגד, על פי עובדות כתב האישום, המידע שקיבל הנאשם ממלכה אודות חקירתו הסמויה של חסן הוא מידע שהתקבל שלא כדין. שנית, הודעתו של חסן, שלדברי הנאשם מתייחסת לשיחה בין עו"ד כץ לבין פרקליט המחוז, לא הוגשה לבית המשפט. לפיכך, בשלב בו מצוי ההליך אין בפני בית המשפט תשתית ראייתית לאישוש טענת הנאשם, וגם לא פרטים בנוגע לתוכן ולמועד השיחה האמורה. שלישית, מדובר בטענה מקדמית המבוססת על הודעות שגבתה הרשות החוקרת ולא על עובדות כתב האישום או על ראיות שנשמעו בבית המשפט ונמצאו מבוררות. ככזו, עוצמתה של הטענה המקדמית חלשה מלכתחילה.

24. ההבחנה שראתה התביעה לערוך בין הנאשם לבין מכלוף מבוססת על שיקולים שאינם מגלים, ודאי לא בשלב זה, עילה להתערבות בית המשפט. כאמור, לתביעה "**מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית בכפוף לכך שהתובע קיבל החלטתו תוך שקילת השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, ושפעל בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות**" (עניין פרץ, פס' 29). החלטת המאשימה להעניק משקל מכריע לעובדה שמכלוף פנה מיוזמתו למח"ש וסייע באופן ממשי לחשיפת הפרשה, אינה חורגת מגבולות שיקול הדעת הרחב המסור בידה ואינה מבוססת על שיקול זר או שרירות. טענת הנאשם כי מכלוף לא פנה מיוזמתו למח"ש, מתבססת על מסמך שלפי הנטען מהווה חלק מדוחות סודיים. מדובר במסמך חלקי אשר אינו מספק תמונה מלאה, לא לגבי תוכן הדברים ולא לגבי מעמדם הראייתי של הדוחות הסודיים. במצב דברים זה, טענותיו העובדתיות של הנאשם עשויות להתברר במסגרת שמיעת הראיות, ונטל הוכחתן רובץ, כאמור, עליו; אולם אין בהן לבסס טענה מקדמית. הוא הדין בכל הנוגע לשאלת מעמדו של מכלוף ולמגעים שנוהלו עמו תוך כדי חקירותיו.

25. השוני בין עו"ד כץ ומכלוף (בכל הנוגע לאישומים הרביעי והחמישי) לבין מלכה (בכל הנוגע לאישום האחד-עשר), אשר בעטיו חזקת התקינות נסתרה לגבי האישום האחד-עשר בלבד, הוא משולש: ראשית, לגבי מלכה נמסרו על ידי המאשימה הסברים הפוכים לאי-האשמתו בשיבוש מהלכי משפט. תחילה (בתגובה לטענה המקדמית) טענה המאשימה כי הטעם לדבר נעוץ ב"עניין ראייתי". אולם לאחר שהנאשם הראה כי מלכה הודה טרם הגשת כתב האישום נגדו בביצוע השיבוש, השתנה הסברה של המאשימה, ונטען שמדובר בטעות שארעה מבלי משים. כבר נפסק כי חוסר עקביות של הרשות המינהלית בהנמקת החלטתה, מכרסם בתקינות ההחלטה



ומעב על נכונותה:

"הוא הדין במקרה שבו מנמקת הרשות החלטת סירוב בטעם עובדתי אחד, ומשפונה הנפגע לבית המשפט - ולאחר קבלת עצה חכמה מפרקליטות המדינה - רואה הרשות לנמק את סירובה בטעם עובדתי אחר. במקרים אלה יקביל בית המשפט את הנמקת הרשות בחשד של אי אמון, בהעלותו השערה מושכלת כי ההנמקה החדשה - הנמקה טובה, כמשוער - לא נולדה אלא כדי לבוא תחת ההנמקה הקודמת - הנמקה בלתי ראויה, על-פי המשוער - והכול כדי לדחות את עתירת העותר" (השופט חשין בבג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש, עמותה רשומה נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 95 (2000); ההדגשות במקור).

בדומה לכך:

"אם מתברר שהרשות המינהלית נאחזת בנימוקים חדשים כדי לתמוך בהחלטה שלא היתה נכונה כפי שניתנה, יכול בית המשפט להגיע לידי מסקנה שהנימוקים החדשים אינם כנים והם נטענים מן השפה ולחוץ כדי לתמוך בהחלטה שנתגלתה כחסרת יסוד" (השופט לנדוי בבג"ץ 75/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות בע"מ נ' מועצה ליצוא פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל(3) 645, 649 (1976)).

שנית, הנאשם ומלכה נאשמים שניהם באותה פרשה ובמסגרת אותו כתב אישום. במצב כזה, מתן אפשרות למלכה ליהנות מהתרחשות הטעות בעוד הנאשם נדרש לתת את הדין כאילו לא ארעה כל טעות, יוצר תוצאה מפלה ותחושה של חוסר הגינות. כדברי השופטת ברק-ארז (לעיל פסקה 21): **"יחס שונה לחלוטין לשני חשודים באותה פרשה מטיל צל של שרירותיות על אכיפת החוק ומצדיק ייחוסו של משקל נכבד למקרה האחר (המהווה חלק נכבד מן הפרשה כולה, ולא 'עוד מקרה')"**.

שלישית, מלכה הוא עובד הציבור שלפי הנטען בכתב האישום הדליף לנאשם את המידע האסור מתוך החקירה הסמויה. העובדה שעובד הציבור, שהחזיק במידע בנאמנות מכוח תפקידו (סעיף 6 לכתב האישום) ואשר שימש חוליה ראשונה והכרחית בשרשרת "השיבוש" באישום האחד-עשר, לא הועמד לדין יחד עם מקבל המידע, שאינו עובד ציבור, מעוררת אף היא חוסר נחת ופוגמת במראית פני הצדק כלפי הנאשם. השוו לדברי השופט הנדל בעניין גוטסדינר לגבי סיטואציה קרובה (גם אם לא בהכרח זהה):

"אין להתעלם גם מהמשמעות של ההיררכיה... מבחינה עובדתית. נקודה זו מהווה אחד מהמאפיינים הייחודיים למקרה זה ויש לה משקל בבחינת קיומה של הגנה מן הצדק" (שם, פס' 48).

26. מטעמים אלה אני מחליט לבטל את העבירה של שיבוש מהלכי משפט המיוחסת לנאשם בחלק "השיבוש" שבאישום האחד-עשר.

27. בקשתו דן של הנאשם להגנה מן הצדק (מיום 9.1.17) הוגבלה, בפרק המתייחס לאישום האחד-עשר, לחלק



"השיבוש" (סעיפים 2-3 בעמ' 3 לבקשה). הרחבת הבקשה גם לעבירה של תיווך בשוחד הנכללת בחלק "השוחד" שבאישום האחד-עשר, הוזכרה לראשונה על ידי ב"כ הנאשם בטיעון בעל-פה מיום 15.6.17 (עמ' 1753-1755 לפרוטוקול), וגם זאת בחצי-פה ובתשובה לשאלת בית המשפט. לא בכדי נמנע הנאשם מלבקש זאת מלכתחילה, שהרי כתב האישום אינו מייחס למלכה כל מעורבות או נגיעה בכספים שעל פי הנטען נמסרו על ידי ששון חי וחברת משה בוצ'ן לנאשם. ב"כ הנאשם אף אישר כי מלכה לא הודה בחקירתו במח"ש כי קיבל כסף עבור המידע שמסר לנאשם אודות פרשת "פרחי אביב" (שם, עמ' 1754-1755). ממילא אין יסוד לטענת הגנה מן הצדק לגבי חלק "השוחד".

סוף דבר

28. טענתו המקדמית (הנוספת) של הנאשם בקשר לאישום הרביעי ולאישום החמישי נדחית. הטענה מתקבלת לגבי חלק "השיבוש" באישום האחד-עשר, כך שמבוטלת העבירה של שיבוש מהלכי משפט המיוחסת לנאשם בחלק זה.

המזכירות תשלח העתק החלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ג' אדר תשע"ח, 18 פברואר 2018, בהעדר הצדדים.