



ת"פ 44029/08/19 - המחלקה לחקירות שוטרים נגד גדעון מנשה, אהרון לוי, אברהם אזרזר

בית משפט השלום בחיפה

ת"פ 44029-08-19 המחלקה לחקירות שוטרים נ' מנשה ואח'

בפני כבוד השופט שלמה בנג'ו

המאשימה המחלקה לחקירות שוטרים

ע"י עו"ד קרן לביא

נגד

הנאשמים

1. גדעון מנשה

ע"י עוה"ד סמי אליה וסער בוזגלו

2. אהרון לוי

3. אברהם אזרזר

החלטה

בעניינו של נאשם 1

רקע כללי:

1. בפני כתב אישום המייחס לנאשם עבירה של החזקת פרסום תועבה ובו דמותו של קטין - עבירה לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין התשל"ז 1977 (ריבוי עבירות).
2. לפי כתב האישום הנאשם 1 חבר בקבוצת וואטסאפ המפיצה תמונות וסרטונים, המכילים חומרי תועבה פורנוגרפיים, בהם דמויות של קטינים. נטען, כי הוא החזיק ברשותו חומר תועבה זה במכשיר הנייד והעבירו לנאשמים 2 ו-3 באמצעות מסרונים תוך שימוש באפליקציית וואטסאפ.
3. בפתח דיון הקראת כתב האישום הודיע הסניגור שבפיו טענות מקדמיות שבכוחן להביא לביטול כתב האישום.
4. הסניגור המלומד טוען, כי כתב האישום נגוע בפגם ופסול וכי עובדותיו, גם אם יוכחו, אינן מהוות עבירה (סעיפים 149 (3) + (4) לחסד"פ).
5. אשר לפגם בכתב האישום, נטען כי העובדות המפורטות בכתב האישום מכוונות עצמן להפצת חומרי תועבה ולא להחזקת חומרים כאלה. לגישתו, על כתב האישום להכיל אך ורק את העובדות המרכיבות את יסודות העבירה המיוחסת לנאשם, ומכיוון שכתב האישום מייחס לנאשם עבירת החזקת חומרי תועבה ולא הפצתם, נפל בו פגם היורד לשורשו, ויש לבטלו.



6. אשר להעדר קיומה של עבירה לפי עובדות כתב האישום, נטען כי עבירת החזקת חומרי תועבה בטלפון הנייד שלו, המיוחסת לנאשם לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין, מחייבת עשיית פעולה אקטיבית מצידו להשגת החומר הפורנוגרפי. אין בקבלת והעברת סרטונים המכילים תכנים כאלה, כדי להוות החזקת חומרי תועבה במובן הפלילי. קבלת תכנים שונים ומשונים הינה דבר נפוץ במדיה הדיגיטלית, ולכן לא אחת קורה, שאדם מקבל תוכן כזה או אחר לטלפון הנייד שלו, הוא פותח ומעיין בו, לרוב מתוך סקרנות, ואין הדבר הופך אותו למחזיק בחומרי תועבה במובן הפלילי כדרישת הוראת החוק המדוברת.
7. עוד נטען כי חקירת עבירת החזקה לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין, אינה מצויה בתחום סמכותה של מח"ש, אלא של משטרת ישראל. מח"ש מוסמכת לחקור עבירות שדין למעלה משנת מאסר. עבירת ההחזקה המיוחסת לנאשם דינה שנת מאסר בלבד, ולכן לא מצויה בתחום סמכותה. מח"ש חרגה מסמכותה המנהלית שעה שחקרה אותה, והוסיפה לחרוג מסמכותה שעה שהחליטה להגיש כתב אישום. בהעדר סמכות בחוק לעשות כן, החקירה וכן כתב האישום - בטלים מעיקרם.
8. כן נטען, כי מח"ש פעלה שלא כדין ואף למעלה מכך, תוך הפניה לדברים, שכביכול נאמרו, בבית משפט המחוזי בירושלים, בספטמבר האחרון, בתיק אחר, בו נקבע - כך נטען - כי חוקרי מח"ש שיקרו ובידו ראיות. לדברי הסניגור, בשל כך ממצאיו אלה של בית המשפט המחוזי, הוגשה תביעה אזרחית רחבת היקף בסך של 3 מיליון ₪ כנגד מח"ש. הסניגור טוען כי הדבר מעיד על שיטת עבודה קלוקלת של מח"ש אשר מאפיינת גם את טיפולה בתיק זה.
9. עוד נטען, כי למרות שזהות מקור מסרוני הוואטסאפ מושא כתב האישום ידועה למאשימה מח"ש לא חקרה בכיוון הזה וממילא לא העמידה לדין את אותו בחור שהפיץ את אותם מסרונים שקיבלו הנאשמים.
10. ב"כ המאשימה ביקשה לדחות את הטענה המקדמית על כל חלקיה.
11. אשר לטענה כי נפל פגם בכתב האישום, נטען כי לא נפל כל פגם בכתב האישום. העובדות שפורטו בו מתארות את הנסיבות הכוללות של כל האירועים הרלבנטיים ובין היתר את ההחזקה בחומרי התועבה. הכנת כתב האישום נעשתה על פי הנחיית פרקליט המדינה שמספרה 2.22 המפרטת את התכנים שעל כתב האישום בעבירות מסוג זה להכיל.
12. אשר לטענה כי כתב האישום אינו מגלה עבירה, נטען כי כתב האישום מגולל מסכת עובדתית המפרטת כיצד הנאשם החזיק בטלפון הנייד שלו בתכני תועבה פדופילים, תכנים אלה מקיימים את יסודות העבירה המיוחסת לנאשם.
13. אשר לטענה כי החקירה כמו גם כתב האישום נעשו בחוסר סמכות, נטען כי החקירה החלה לאחר קבלת חומר מודיעיני שלמד על החזקת חומרי תועבה אצל הנאשם. חשד זה הוביל את החוקרים לחשוד כי השוטר, הנאשם, מחזיק תכני תועבה כאלה ומפיץ אותם בין עמיתיו. במצב דברים זה, כשהחשד היה רחב יותר מהחזקה, וכוון גם



להפצה, הייתה למח"ש סמכות לחקור הואיל ומדובר בעבירת הפרסום וההפצה דינה מאסר 5 שנים.

14. על יסוד חשד מקיף זה, גובשה טיוטת כתב אישום אשר ייחסה לנאשם עבירות של הפצה והחזקת חומרי תועבה. עם זאת, בשימוע השתכנעו גורמי מח"ש, כי יש לצמצם את כתב האישום, לכדי החזקת חומרי תועבה בלבד, ולשמוט את האישומים בדבר הפצתם, וזאת ממיגוון שיקולים שונים, שהעיקרי שבהם, הוא החשש שאין תשתית ראיתית מספיקה, על מנת לבסס הפצה ופרסום, נוכח המספר המצומצם של האנשים אליהם העביר הנאשם את התכנים הפורנוגרפיים הללו.

דין והכרעה:

כתב האישום:

15. כתב האישום מייחס לשלושה נאשמים את העבירות הבאות:

16. לנאשמים 1 - 3 מיוחסות עבירות של החזקת פרסום דברי תועבה, ובו דמותו של קטין - עבירה לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (ריבוי עבירות);

17. לנאשם 2 מיוחסת עבירה של שיבוש מהלכי משפט - עבירה לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

18. עניינו של הנאשם 1 הובא לדין בפני ועל כן ההתייחסות להלן היא בעברת ההחזקה הנזכרת לעיל המיוחסת לו.

19. להלן המסכת העובדתית שנפרשה בכתב האישום בכל הנוגע לנאשם 1.

20. לפי כתב האישום, שירתו שלושת הנאשמים במשטרת ישראל, בתפקיד בוחני נשק, ועל רקע זה ההיכרות ביניהם.

21. נאשם 1, היה חבר בקבוצת וואטסאפ, המפיצה תמונות וסרטונים המכילים חומר פורנוגרפי, וחומרי תועבה, ובהם דמויות של קטינים.

22. לפי כתב האישום, במועדים שונים, העביר הנאשם 1, לנאשמים 2 ו-3 חומרי תועבה, בהם דמויות של קטינים, באמצעות אפליקציית הוואטסאפ.

23. במסגרת ההתכתבות בין הנאשם 1 לנאשם 2, נהגו הנאשם 1 והנאשם 2 להשתמש במילת הקוד "טופס" כדי לתאר את גיל הקטינים.



24. ביום 21/6/17, סמוך לשעה 15:00, שלח הנאשם 1 לנאשם 3 סרטון, בו נראות שתי קטינות מפשיטות האחת את השנייה עד לעירום מלא, ואחת מהן מבצעת בשנייה מין אוראלי.
25. בהמשך, ביום 27/6/17, צפה הנאשם 2 בסרטון, שאינו ידוע למאשימה, במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם 3, ובתגובה רשם לנאשם 1: **"מה קורה ראיתי סרטונים ששלחת לאזרזר [הנאשם 3 - ש.ב.] תשלח לי גם בפרטי...בחורות צעירות"**.
26. בהמשך, בתאריך 27/6/17, שלח הנאשם 1, לנאשם 2, מספר סרטונים פורנוגרפיים, בהם סרטון, ובו קטינה בעירום מלא, מקיימת יחסי מין מלאים, עם גבר שזהותו ו/או גילו אינם ידועים למאשימה.
27. לשליחת הסרטונים התלווה מלל כמפורט בכתב האישום, ובו הנאשם 2 מבקש מהנאשם 1 לשלוח לו סרטונים עם קטינים בגיל צעיר ככל הניתן **"כמה שיותר קטן ככה יותר טוב...חחח"**.
28. בתגובה שלח הנאשם 1 לנאשם 2 סרטונים נוספים ובתגובה הנאשם 2 השיב: "סרטונים מעולים...אבלה אלה סבתות...יותר צעירות".
29. וכך ממשיך ומגולל כתב האישום את ההתכתבות בה הנאשם 1 נעתר לבקשת הנאשם 2 אשר מבקש סרטונים של קטינים יותר ויותר צעירים.
30. בתאריך 28.6.17 מבקש הנאשם 2 מהנאשם 1, באמצעות מסרון, "סרטונים בגיל צעיר מאוד" ובתגובה הנאשם 1 משיב לו "גיל 11 מתאים לך", ולאחר מכן שולח לו 4 סרטונים פורנוגרפיים של קטינים.
31. בהמשך, מפרט כתב האישום את ההתכתבות בין הנאשם 1 לנאשם 2, וכיצד הנאשם 1 מספק לנאשם 2 עוד סרטונים פורנוגרפיים בעלי אופי ותכנים מיניים בהם נראות קטינות.
32. עוד נטען בכתב האישום, כי בנוסף לסרטונים ששלח הנאשם 1 לנאשם 2 הוא החזיק "לכל הפחות 5 סרטונים בעלי אופי מיני בהם מופיעים דמויות קטינים".
33. בסעיף 15 לכתב האישום מצוין כי הנאשם 1 במעשיו המתוארים בכתב האישום החזיק ברשותו פרסומי תועבה רבים ובהם דמויות קטינים, והכל בנסיבות חמורות.
34. עד כאן העובדות הנטענות בכתב האישום ומכאן אדרש לטענות הסניגור כסדרן.



טענת פגם או פסול בכתב האישום:

35. כאמור לעיל, טוען הסניגור כי נפל פגם היורד לשורשו של כתב האישום. כתב האישום מנוסח עובדתית כשהוא צופה פני עבירת הפצת חומרי תועבה בהם דמויות של קטינים, ולא לעבירה המיוחסת לנאשם 1 שהינה החזקת חומרי תועבה.
36. כתב האישום מכיל עובדות המפרטות את מסכת האירועים העובדתית, אשר אמורות להרכיב את יסודות העבירה המיוחסת לנאשם בחלקו שהשני של כתב האישום המכיל את הוראות החיקוק. סעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי מפרט את הפרטים שצריכים להיכלל בכתב האישום.
37. טענת פגם או פסול בכתב האישום הינה טענה מקדמית פרוצדוראלית הממוקמת בהוראת סעיף 149 (3) לחסד"פ, המכוונת עצמה לליקויים שנפלו בתכנון של כתב האישום. הדבר יכול להתבטא בהשמטת פרט ענייני בכתב האישום, נסיבות חסרות, ציון פרטים אסורים, מצב בו נכתב כתב האישום על ידי תובע לא מוסמך ועוד, כפי שהדברים נקבעים הלכה למעשה על ידי הפסיקה.
38. תכליתן של ההנחיות הנוגעות לניסוחו של כתב האישום, כפולה. האחת, לתת לנאשם פירוט מלא בהיר ומפורט של המעשים המיוחסים לו. השניה, לקבוע את המסגרת לדיון הפלילי בעניינו. על פי הדין, המבחן הבסיסי אם להיעתר לבקשה לביטול כתב האישום בשל קיומו של פגם או פסול בכתב האישום, נעוץ בתשובה לשאלה, האם נגרם לנאשם בעטיו של אותו פגם או פסול, עיוות דין, והאם התקפחה הגנתו בשל קיומו. המגמה תהיה ככל האפשר לתקן את כתב האישום, ולקיים את הדיון, כל עוד אין נפגעת בשל כך הגנת הנאשם (ראו: י. קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, עמודים 1278 - 1293, חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום, א', הדין בראי הפסיקה, מהדורה מעודכנת (2009)).
39. בנדוננו, כתב האישום אכן מכיל פירוט נרחב של ההתכתבות של הנאשם 1 עם יתר הנאשמים והעברת הסרטונים אליהם. אך לצד זאת, נוקב כתב האישום בהחזקת חומר התועבה בטלפון הנייד של הנאשם 1, לפי הפירוט כדלקמן:
40. בסעיף 12 מציין כתב האישום:
- "בנוסף על האמור לעיל, החזיק נאשם 1 במכשיר הנייד שלו לכל הפחות 5 סרטונים בעלי אופי מיני, בהם מופיעים דמויות קטינים".**
41. בסעיף 15, מציין כתב האישום:
- "במעשיו המתוארים בסעיפים 2, 4 - 6, 8 - 12 החזיק נאשם 1 ברשותו פרסומי תועבה רבים, בהם דמויות של קטינים בנסיבות מחמירות".**



42. עבירת החזקת חומרי תועבה המיוחסת לנאשם, הקבועה בסעיף 214 (ב3) לחוק העונשין, קובעת כדלקמן:

43. "המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין או הצורך פרסום כאמור, אף בלי להחזיק בו דינו מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה "מחזיק" או "צורך" - למעט המחזיק או הצורך באקראי או בתום לב".

44. "החזקה" מוגדרת בסעיף 34 כדלקמן לחוק העונשין כדלקמן:

"שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר, או בכל מקום שהוא..."

45. הנה כי כן, כתב האישום מכיל פירוט עובדתי, המפרט את הנסיבות בהן הועברו המסרונים, אך יחד עם זאת, מציין באופן מפורש, את החזקת חומרי התועבה, בטלפון הנייד של הנאשם 1, שהוא בבחינת "דבר המצוי בידו" ובשליטתו כדרישת חוק העונשין.

46. העובדה שנושא "הפרסום", כלומר הפצת הסרטונים הפורנוגרפיים, זכה לדגש בכתב האישום, אין בה כדי להוות פגם או פסול בכתב האישום, וזאת מכיוון שאין בכך כדי להקים חשש כלשהו לקיפוח הגנת הנאשם. יש בכך כדי לתאר את הנסיבות האופפות את ההחזקה הנטענת.

47. עוד יש להזכיר, בהקשר זה, כי לאחר תיקון מס' 113 לחוק העונשין, חייב כתב האישום להכיל "את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה" (ראו סעיף 40 (ד) לחוק העונשין).

48. בנסיבות אלה, לא מצאתי שיש ממש בטענה לפגם או פסול בכתב האישום ואני דוחה אותה.

טענת כתב האישום אינו מגלה עבירה:

49. עוד טוען הסניגור המלומד, כי כתב האישום אינו מגלה עבירה. נטען, כי קבלת מסרונים, אפילו מסרונים בהם יש חומר תועבה, אין בה כדי להקים עבירה פלילית כנגד הנאשם. יש צורך בפעילות אקטיבית יזומה של הנאשם.

50. טענה זו, כקודמתה, נשענת על ליקוי בניסוח עובדות כתב האישום, ומעוגנת בהוראות סעיף 149 (4) לחסד"פ. אלא שזו מכוונת עצמה להעדר מסוגלותן של העובדות המפורטות בכתב האישום, לו יוכחו, להשתכלל לכדי עבירה פלילית. משמעות הטענה היא, כי גם אם יודה הנאשם בכל העובדות המפורטות בכתב האישום, לא יהיה בכך כדי להקים נגדו את העבירה הפלילית המפורטת בהוראת החיקוק שבכתב האישום.

51. בית המשפט פירט לעיל את העובדות הנוגעות להחזקת חומרי התועבה בטלפון הנייד של הנאשם, ואין טעם לחזור על הדברים. כמו כן, צוטטה הוראת החוק, ויסודותיה, כפי שהם עולים מלשונה. ברור ממקרא הדברים, כי אם יודה



הנאשם בעובדות המפורטות בכתב האישום, קרי, בכך שהחזיק ברשותו פרסומי תועבה רבים, בעלי אופי מיני, ובהם דמויות של קטינים, כלשון סעיפי כתב האישום, הדבר מוכיח את העבירה של החזקת חומרי תועבה, בהתאם להוראות סעיף 214(ב3) לחוק העונשין.

52. לפיכך, אני דוחה את הטענה כי כתב האישום אינו מגלה עבירה.

טענת חוסר סמכות החקירה והגשת כתב האישום:

53. מוסיף וטוען הסניגור המלומד כי "אנחנו טוענים שאין להשיב לכתב האישום...הטענה שלנו שלא הייתה סמכות חוקית לבצע חקירה של האירוע" (עמ' 5 ש 15-18).

54. אין טענה מקדמית של "אין להשיב לכתב האישום" בהוראות סעיף 149 לחסד"פ המפרט את הטענות המקדמיות שניתן לטעון מקדמית בהליך הפלילי (טענת "אין להשיב לאשמה" הקבועה בסעיף 158 לחסד"פ נטענת לאחר תום הבאת ראיות המאשימה).

55. נראה מטענותיו ונימוקיו של הסניגור המלומד, כי לטענתו, החקירה וכתב האישום שהוגשה בעקבותיה, כנגד הנאשם, נעשו בחוסר סמכות ולכן בטלים מעיקרם.

56. לפי הנטען על ידו, העבירה בה נחשד הנאשם, ואשר בגינה הוגש נגדו כתב האישום, הינה עבירה לפי הוראות סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין. דינה של עבירה זו היא שנת מאסר אחת. למח"ש נתונה סמכות לחקור שוטרים בעבירות שדין למעלה משנת מאסר. ומכיוון שכך, לא הייתה מח"ש מוסמכת לחקרה, וממילא לא הייתה מוסמכת, להגיש בגינה כתב אישום כנגד הנאשם.

57. ב"כ המאשימה הבהירה, כי המידע המודיעיני הראשוני, אכן היה של החזקת חומרי תועבה בטלפון הסלולרי של הנאשם 1, אך החשד היה, כי הוא מחזיק בו ומפיץ אותו ובעקבות חשד זה נוטה החקירה גם לבדיקת היקף ההפצה. לאחר תפיסת הטלפון הסלולרי של הנאשם ופריקתו, התמקד החשד בהחזקת החומרים.

58. עוד ציינה ב"כ המאשימה, כי הטיוטה הראשונית של כתב האישום, הכילה עבירה נוספת, של פרסום חומרי תועבה בה נראים קטינים, עבירה חמורה יותר, שדינה מאסר 5 שנים לפי סעיף 214 (ב) לחוק העונשין, אך זו נזנחה, לאחר שקיים שימוע לנאשם.

59. דין הטענה להידחות.

60. סמכות המחלקה לחקירת שוטרים בפרקליטות המדינה מעוגנת בהוראת סעיף 49ט לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א - 1971, שהוראותיה הרלוונטיות קובעות כדלקמן:



61.49ט. (א) על אף האמור בכל דין, חקירה של עבירה כמשמעותה בתוספת הראשונה, אשר בביצועה חשוד שוטר, לא תיערך בידי משטרת ישראל, אלא בידי המחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים (להלן - המחלקה).

62. (ב) ...

63. (ג) ...

64. (ד) "...".

65. התוספת הראשונה לפקודת המשטרה, אליה מפנה הוראת סעיף 49ט, בכל הנוגע להגדרת המונח "עבירה", קובעת כדלקמן:

"כל עבירה למעט:

(1) עבירה שעונשה מאסר שאינו עולה על שנה, אלא אם כן פרקליט המדינה והמפקח הכללי קבעו שהעבירה תיחקר בידי המחלקה;

(2) עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה;

(3) עבירה שרשות אחרת, שאינה המשטרה, מוסמכת לחקור בה על פי דין;

(4) עבירה שביצע שוטר ביחד עם אחר, ומנהל המחלקה, בהתייעצות עם ראש אגף החקירות במשטרה, קבע כי חלקו של השוטר בביצוע אותה עבירה - משני;

(5) עבירות הנובעות מאירועים מיוחדים שקבעו פרקליט המדינה והמפקח הכללי".

66. הפועל היוצא מהוראות משולבות אלה, שמח"ש מוסמכת לחקור שוטרים בעבירות שדין עונש מאסר מעל לשנה, ובעבירות שדין שנה ומטה, אין היא מוסמכת לחקור.

67. השאלות אם כן, הינן, האם מח"ש פעלה בחוסר סמכות, כאשר חקרה את הנאשם 1, בעבירה שדינה שנת מאסר אחת, כאשר אין חולק, שפתיחתה בחקירה בחשד לביצוע עבירה זו, אינה בסמכותה, והאם היתה מוסמכת להגיש את כתב האישום הנוכחי המייחס לנאשם, בסופה של חקירה, ביצוע עבירת החזקת חומרי תועבה שדינה מאסר, שכאמור, אינה בסמכות מח"ש.

68. אקדים ואומר, כי לעמדת, התשובה לשאלה הראשונה, הינה בשלילה, ולמצער, בשלב ראשוני זה של המשפט, לא תיתכן מסקנה אחרת. והתשובה לשאלה השנייה, הינה בחיוב, מאותו טעם. אנמק ואפרט.

69. החקירה נפתחה בחשד שהנאשם 1 מחזיק חומרי תועבה. מהחקירה עלה כי הנאשם 1 אף הפיץ חומרים אלה לחבריו. על יסוד חשד זה גובשה תשתית ראייתית המבססת הפצה ופרסום של חומרי תועבה.

70. הסניגור עצמו טען, כי כתב האישום מייחס לנאשם עובדות המכוונות עצמן להפצה ופרסום של חומרי תועבה בה



נראים קטינים, ולא אך ורק להחזקתם.

71. בפרוט' הדין מיום 23.11.20 בעמ' 6 ש 6, אמר הסניגור: "אני אומר שיש פגם בכתב האישום, כתב האישום מתאר עבירה של הפצה"; בעמ' 6 ש 25-26 אמר: "כאשר התחלתי לייצג אותו, הוא זומן לחקירה, והואשם גם בעבירת הפצה...", בעמ' 6 ש 27-29 אמר: "בהמשך, כאשר יצרתי קשר עם מח"ש וביקשתי לדעת על מה, וגם שוחחתי לעניין הסמכות, כעבור כמה ימים נקרא לעדות חדשה, ושם הואשם בהחזקה ובהפצה, כדי ליצור סמכות"; בעמ' 7 ש 9-10 אמר: "אני סבור, שאנחנו רואים שכתב האישום כולו מכוון לעבירת הפצה, אבל בסוף הוא מואשם בעבירת החזקה".

72. זאת ועוד, הסניגור אישר, כי הטיוטה הראשונית של כתב האישום, הכילה גם עבירת הפצה של חומרי תועבה, ורק בשימוע, שוכנעה מח"ש, כי יש בסיס משפטי להוכחת אישום ההחזקה בלבד, נוכח ההפצה המינורית של החומרים למס' מצומצם מאוד של פרטים (הנאשמים 2 ו-3).

73. בנסיבות אלה, עולה, כי החשד הראשוני, החקירה בעקבותיו, וטיוטת כתב האישום הקודמת, לא הצטמצמו אך ורק לעבירת החזקת חומרי תועבה, אלא התייחסו גם לעבירה חמורה יותר של פרסום והפצה של חומרי תועבה בה נראים קטינים, שדינה 5 שנות מאסר (סעיף 214 (ב) לחוק העונשין).

74. לפיכך, המסקנה היא, כי החקירה, כמו גם הגשת כתב האישום בעקבותיה, נעשו על פי הסמכות הנתונה בחוק למח"ש.

75. הסניגור מוסיף וטוען, כי החקירה הורחבה לעבירת הפרסום וההפצה, וטיוטת כתב האישום התייחסה לפרסום כזה, אך ורק כדי "לקנות" סמכות.

76. טענה זו הוכחשה ע"י מח"ש. טענה זו הינה טענה עובדתית. היא טענה גיבוי וליבון ראייתי. בשלב ראשוני זה של התיק, כשבפני בית המשפט לא פרושה מלוא התשתית הראייתית, והוא טרם החל בשמיעת העדויות, לא ניתן לקבוע ממצאים בדבר התנהגות הרשות החוקרת, מה טיב החשד שהיה בפניה, כיצד נוהלה, מה בדיוק נחקר, מתי, כיצד התפתחה החקירה.

77. על מנת לקבוע ממצא עובדתי הנוגע לחריגה מכוונת מסמכות - כפי שטוען הסניגור - יש לשמוע ראיות. לא ניתן לקבוע ממצא כה משמעותי, מבלי לשמוע את מלוא העדויות ולבחון את הראיות, ולהתבסס רק על סמך טענות הסניגור בשלב מקדמי זה.

78. בהינתן מצב דברים זה, לא אוכל לקבע כי מח"ש פעלה בחוסר סמכות בחקירתה ובהגשת כתב האישום הנוכחי כנגד הנאשם 1.



79. הסניגור המלומד הוסיף וטען, כי משפעלה מח"ש בחוסר סמכות אין תוקף חוקי לגביית הראיות שנגבו בחוסר סמכות, וכתב האישום אף הוא חסר תוקף. שכן, בעשותה כן, חרגה מח"ש מהסמכות שהעניק לה המחוקק, וללא סמכות כחוק, פעולותיה בטלות מעיקרן.
80. טענות אלה נכבדות הן, אך משהגעתי למסקנה לפיה, אין ביכולתי בשלב זה לקבוע ממצאים עובדתיים באשר לאופן התנהלות החקירה, ללא ליבון ראייתי, ומשעולה, כי גם אליבא דהסניגור, הנאשם נחקר גם על עבירת הפרסום וההפצה, שאין חולק שהיא בסמכות מח"ש, אין מקום להידרש לטענות אלה, בשלב זה.
81. אך פטור בלא כלום אי אפשר, ומשהקדיש לכך הסניגור טיעון מפורט, מגובה בפסיקה ומאמרים, אעיר מס' הערות.
82. הטענות שמעלה הסניגור אודות הפגמים בחקירה, בכך שהיא נוהלה בחוסר סמכות ומכאן בחוסר חוקיות, נוגעות לכשירותן וקבילותן של הראיות שנגבו על ידי היחידה החוקרת. שכן, משמעות הטענה היא, שתוצרי החקירה פסולים בהיותם נגועים באי חוקיות הנובעת מחוסר סמכות בחוק, לגבות את הראיות. בנוסף, ובאופן דומה, ההליך הפלילי שננקט כנגד הנאשם 1, אף הוא נגוע בחוסר חוקיות, מאותו טעם.
83. לפי הפסיקה, מסלולי הבחינה של טענות אלה, נוגעים לתכליות ערכיות שונות בניהולם של הליכים פליליים, כמו חקר האמת, האינטרס הציבורי במיגור פשע, עשיית צדק והגינות, כאשר בעניין זה משתלבת גם ההגנה מן הצדק. כמו כן, נבחן שיקול הדעת המוקנה לתביעה בהגשת כתב אישום, תוך שקילת העניין הציבורי שיש בכך. בנוסף, במסגרת בחינה זו, נבחן אם נפל פגם בחקירה, וככל שנפל, האם הוא השפיע על טיבן של הראיות, על רמת הוכחת העבירות, האם קיומו או המשכתו של ההליך הפלילי, הינו מוצדק והוגן, בנסיבות העניין.
84. כך למשל, ייתכן שבית המשפט יבחן בשלב הבאת הראיות, את התנהלות החקירה, ואופן גביית הראיות, ויגיע למסקנה, כי ישנה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עד כדי ערעור הבסיס המשפטי-ערכי של שורת הצדק וההגינות, אשר יהיה בו כדי להביא לביטולו של כתב האישום, או הקלה בעונש, אם יורשע הנאשם.
85. עיקר השגתו של הסניגור, היא חריגת מח"ש מסמכותה לחקור את עבירת ההחזקה המיוחסת לנאשם 1, בטענה שבשים לב לעונש הקבוע בצד עבירה זו, היא אינה בסמכותה של מח"ש, אלא בסמכותה של המשטרה. ומכאן הוא מבקש לגזור מסקנה, לפיה כל תוצרי החקירה, לרבות הגשת כתב האישום, נגועים באי חוקיות, בטלים ומבוטלים, מחמת חוסר סמכות.
86. טענה דומה לזו שבפניי, עלתה במשפטם של **איתמר בורוביץ'** ואח' בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"פ 417/97), ואח"כ בערעור לעליון שהוגש על פסק הדין (ע"פ 4855/02), ובדין הנוסף שהתבקש ע"י בורוביץ' ואח' ונדחה ע"י כב' המשנה לנשיא השופט מ. חשין המנוח (דנ"פ 5189/05).



87. באותו עניין, דובר במי שנאשמו בביצוע עבירות שונות על חוק ההגבלים העסקיים. הממונה על ההגבלים העסקיים, שהינו לצורך עבירות מסוג זה, הרשות החוקרת, מינה חוקרים פרטיים אשר ביצעו פעולות חקירה שונות וגבו ראיות. בתום הבאת ראיות התביעה במשפט, נטען ע"י הנאשמים, בדומה לנדוננו, כי כתב האישום שהוגש, בטל מעיקרו, הואיל וההחלטה של רשויות החקירה, להגישו, התבססה על תוצרי חקירה שנגבו על ידי חוקרים פרטיים, שלא הוסמכו לכך כדין. עוד נטען, כי הממונה על ההגבלים העסקיים, לא היה מוסמך להפקיד את ניהולה של החקירה בידי חוקרים פרטיים, ומכאן, שהסמכתם לעשות זאת, נעשתה שלא כדין.

88. לפיכך, טענו בורוביץ' ואח', בדומה לנדוננו, כי נפגעה זכותם להליך הוגן וראוי, קופחה הגנתם, הראיות שנגבו אינן קבילות, משום שהושגו בחוסר סמכות ושלא כדין, והחקירה שנוהלה, הייתה בלתי חוקית.

89. בית המשפט המחוזי, דחה את טענותיהם של הנאשמים. נקבע, כי אכן הממונה על ההגבלים העסקיים חרג מסמכותו, כאשר מינה חוקרים פרטיים לביצוע של חקירה פלילית, אולם, לנוכח עיקרון הבטלות היחסית, ולאור האיזון בין האינטרסים המתנגשים בנסיבות העניין, אין בכוח פגם זה כדי להוביל להכרזה על בטלות החקירה וכתב האישום שהוגש בעקבותיה.

90. בערעור לבית המשפט העליון, חזרו הנאשמים על טענות אלה. בית המשפט העליון, בפסק דין ארוך ומנומק, עמד על מכלול הטענות, והבהיר, כי אכן, ככלל, חקירתן של עבירות, מן הדין שתתבצע על ידי משטרת ישראל, או בידי גופים המוסמכים לכך על פי חוק. בית המשפט העליון, הניח, לצורך ההכרעה בערעורים בפניו - אך מבלי לקבוע זאת כממצא - כי הסמכת החוקרים הפרטיים, נעשתה שלא כדין. למרות זאת, וכמו בית המשפט המחוזי, סברו שופטי בית המשפט העליון, כי על אף הפגם שנפל בהסמכת החוקרים, אין בכך כדי להוביל למסקנה, כי תוצרי החקירה, בטלים ומבוטלים (שם, בעמ' 834).

91. מסקנה זו, בוססה על עקרון הבטלות היחסית, מהמשפט המנהלי, אשר הוחל גם במסגרתם של הליכים פליליים. כמו כן, נקבע כי הפגם שנפל בהחלטת מינויים של החוקרים הפרטיים, אינו מקים לנאשמים הגנה מן הצדק, הואיל ואיזון מכלול השיקולים והאינטרסים הקשורים לעניין, אינו תומך במסקנה כי העמדתם לדין של הנאשמים, והמשך ההליך הפלילי נגדם, הסב להם אי צדק חמור (שם, בעמ' 835).

92. נמצא, כי בעניינו של **בורוביץ'**, מונו חוקרים פרטיים לבצע את החקירה. אלה גבו ראיות, אשר נעשה בהן שימוש במשפט. נקבע כי הסמכת החוקרים אכן הייתה שלא כדין ובחריגה מסמכות. אך למרות הפגם המשמעותי הזה, קבע בית המשפט העליון, כי אין בכך כדי לעלות, לכדי הכרזה על בטלות הליך החקירה וההליך הפלילי שנוהלו כנגד הנאשמים.

93. ראו גם: בר"ש 1190/18 **וועדת האתיקה המחוזית של לשכת עו"ד - מחוז ת"א והמרכז נ' עו"ד דוד ידיד** (2019); וע"פ (חיפה) 62505-06-20 **פלוגי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד** (מיום 10.9.20) בו דחה בית המשפט המחוזי ערעור על הכרעת דינו של מותב זה בת"פ (חיפה) 70981-02-19 **מדינת ישראל נ' פלוגי**



(29.12.19) בה נדונה שאלת סמכותו של קצין פיקוח על עברייני מין לגבות ראיות למרות שסמכות כזאת לא נכללה במפורש בהוראות סעיף 18 לחוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין התשס"ו 2006, ובית המשפט זה קבע, כי סמכות זו, הינה סמכות עזר, הנובעת מהסמכות העיקרית ומכוונת להגשים את תכלית החוק.

94. אף הסתמכותו של הסניגור המלומד על בג"צ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות - אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה והמסחר והתעסוקה 2006**, שניתן בשנת 2005, לאחר פסק דין **בורוביץ'**, ועל מאמרו של המלומד ר. גלעדי, אין בהם כדי לשנות מהמסקנה הלכאורית דלעיל.

95. בפרשת **ניר עם כהן**, קבע בית הדין הגבוה לצדק, כי האכסניה הראויה להעלאת טענות מקדמיות מהמשפט המנהלי, כגון: אי סבירות או חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה, בעת העמדה לדין, העדר סמכות להגיש את כתב האישום, בין מחמת פגם שנפל בהליך החקירה, ובין מחמת פגם שנפל בהליך של כתב האישום - טענות אלה, מן הראוי שיועלו ויתבררו בפני הערכאה הדיונית, שבפניה מונח כתב האישום ואין מקום להביאן ולהידרש אליהן בבג"צ. בהינתן סעד חלופי, נדחתה העתירה.

96. קביעה זו נסמכה על מס' טעמים. ראשית, נקבע, כי אין מקום לפצל את ההליך הפלילי, דבר שאינו רצוי משיקולי יעילות וזמן שיפוטי, ואף אינו רצוי בשל הסחבת שהדבר עשוי לגרום להליך בכללותו. שנית, לעיתים מתעוררת שאלה ביחס לחוקיות או סבירות ההחלטה להגיש כתב אישום, והדבר כרוך במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים לברר מחלוקת כזאת ולכן היא עדיפה על פני בג"צ. שלישית, לערכאה הדיונית מיגוון אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בכתב האישום תוך **"שימוש בסעדים מתונים מידתיים שאינם מגיעים לכדי ביטול כתב אישום"** או **"להביא בחשבון בשלב קביעת עונשו של הנאשם את הפגמים שאירעו בהליך הגשת כתב האישום"**, תוך שבג"צ מפנה בדבריו אלה להלכת **בורוביץ'** (שם בפסק הדין, בפסקאות 4 ו-5).

97. זאת ועוד, אף המאמר עליו מסתמך הסניגור המלומד בתמיכה לטענתו, כי יש לבטל כבר בשלב מקדמי זה את כתב האישום (ר. גלעדי - בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ - הלכת ניר עם כהן ודוקטורינת הביקורת המינהלית בפלילים, חלק א, הסניגור 190), אין בו כדי לשנות מהמסקנה אליה הגעתי. שכן, במאמר, לאחר דיון מפורט והבאת הלכת **ניר עם כהן**, קובע המחבר המלומד, כי הלכה **ניר עם כהן**, קבעה "חידוש דרמטי" בדמות של דוקטורינת ביקורת מנהלית בפלילים, במובחן מדוקטורינת ההגנה מן הצדק. הוא הוסיף, כי המקום להעלות פגמים מנהליים המתיישרים עם דוקטורינה זו, הוא בערכאה המבררת אשר חייבת, לאור פסיקת בג"צ **"...לדון ולהכריע בטענות מנהליות וחוקתיות של נאשמים כנגד החלטות התביעה, המשטרה ויתר רשויות האכיפה. במסגרת זו, בית המשפט הפלילי יושב כמעין "בג"ץ קטן"** (שם, בעמ' 9). המחבר המלומד סבור, כי האכסניה הראויה להעלות טענות מסוג זה, היא הערכאה המבררת. כמו כן, סבור המחבר כי דוקטורינת הביקורת המנהלית מתווספת לדין הקיים, כפלטפורמה משפטית נוספת, אשר מכוחה ניתן לבקר את שיקול דעתה והתנהלותה של התביעה. הוטעם, כי בשונה מדוקטורינת ההגנה מן הצדק, שבמרכזה שיקולי צדק והגינות אינדיבידואליים, מאפשרת דוקטורינת הביקורת המנהלית, לערכאה המבררת, לבחון את החלטות הרשות מזווית ראית המשפט הציבורי הרחב, ממש כמו "בג"צ קטן" ואת מכלול הזכויות המנהליות והחוקתיות המוקנות לפרט לפי הדין (ראו גם חלק ב' של המאמר, שם, בעמ' 5-6, פורסם בסניגור 202).



98. על כך אין מי שיחלוק. אף אני, בכל הכבוד, מסכים כי המקום להעלות טענות המבקשות לתקוף במישור המנהלי את החלטות רשות התביעה והחקירה, מקומן בהליך הפלילי בפני הערכאה הדיונית. אך בכל הנוגע לקיומה של פלטפורמה משפטית נפרדת מובחנת מתורת ההגנה מן הצדק, בדמות ביקורת מנהלית, אציין את פסיקתו של ביהמ"ש העליון, מהעת האחרונה ממש, ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רפי רותם** (2020), שם בחן בית המשפט העליון את השאלה, מהי המסגרת הדיונית הראויה לבקר את החלטות רשויות התביעה ומה טיבה והיקפה של ביקורת זו (פסקה 17), וקבע כי אין מקום לכינונה של דוקטרינה חדשה של ביקורת מנהלית בפלילים, לצד הדוקטרינה הקיימת, של ההגנה מן הצדק, באשר יש די כלים בארסנל הכלים המשפטי הקיים כיום, כדי להתמודד עם טענות המבקשות לתקוף את הגשתו של ההליך הפלילי בהיבט המנהלי (פסקה 68 לפסק הדין).

99. כך או כך, בעניינם של **בורוביץ'** או **ידיד**, המובאים לעיל, נדונו טענות "מנהליות" אלה של חוסר סמכות, רק בשלב בירור האשמה, לאחר שבית המשפט שמע את הראיות, ולא בשלב הטרומי של ההליך הפלילי, כפי שמבקש הסיגור בנדונו.

100. יתרה מזאת, גם לאחר שנחשף בית המשפט למכלול השיקולים והראיות, בענין בורוביץ' ודוד, לא נקבע, כי הראיות שנאספו, בדרך שנאספו, מאיינות את הליך החקירה, או את הליך הגשת כתב האישום, ולא נקבע שבשל כך נפגמה חוקיות ההליך, כאשר בהנמקה שפורטה בעניין **בורוביץ'** נעשה שימוש בתורת הבטלות היחסית לביסוס מסקנה זו, שאף היא, נטועה בשדה המשפט המנהלי.

101. בנדונו, אין המדובר בהסמכת גוף זר לגוף החוקר, כפי שנעשה בעניין **בורוביץ' ידיד**. מדובר בחוקרי המחלקה לחקירות שוטרים, המוסמכים לחקור עבירות שונות, המבוצעות על ידי שוטרים, מכוח הסמכתם בהוראות סעיף 49ט לפקודת המשטרה. חוקרים אלה, מוסמכים לחקור מיגוון עבירות, כמו עמיתיהם חוקרי המשטרה. בין היתר, הם מוסמכים לחקור עבירות 'סמוכות' לעבירת החזקת חומרי תועבה, כמו למשל, עבירה של פרסום חומרי תועבה בהם דמותם של קטינים (סעיף 214 (ב) לחוק העונשין), אשר לרוב שלובה עם עבירת ההחזקה, בדיוק כפי שהחל החשד בנדונו.

102. לכן, גם אם הייתי מגיע למסקנה, שהחקירה שנעשתה בעבירת ההחזקה, היא חקירה שנעשתה בחריגה מסמכות - מסקנה שבשלב מקדמי זה, אתקשה להגיע אליה, בהעדר חשיפה מלאה, למכלול העדויות והראיות - הרי שנכח עקרון הבטלות היחסית, לא ניתן לקבוע באופן נחרץ, כי החקירה בטלה מעיקרה ותוצריה אינם קבילים. אף לא ניתן לקבוע בשלב זה כי הגשת כתב האישום נגוע בחוסר חוקיות בשל קיומה של חקירה שנעשתה לפי הטענה בחוסר סמכות.

103. זאת ועוד, בהנחה שנפל פגם מנהלי של חריגה מסמכות בחקירה, הרי שעל פי עקרון הבטלות היחסית, גם אם נמצא כי נפל פגם מנהלי, נבחנת נפקותו של הפגם בנסיבות המקרה. אין פירוש מציאותו של פגם מנהלי, בטלותה של ההחלטה המנהלית, אלא יש לבחון את השלכותיו של הפגם המנהלי, על זכויות הנאשם, הגינותו של ההליך נגדו ושאלת קיפוח הגנתו (ענין **רפי רותם ובורוביץ'** הנזכרים לעיל; רע"פ 4398/99 **עינת הראל נ' מדינת ישראל** (2000); בג"צ 2911/94 **סאמי עבדול באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים** (1994); ע"פ 866/95



אהרון סוסן נ' מדינת ישראל (1996).

104. אף אם אתעלם מהעובדה שחוקרי מח"ש חקרו את הנאשם 1 גם בחשד לביצוע עבירת פרסום דבר תועבה - אשר אין מחלוקת כי היא מצויה בסמכותם - אתקשה לקבוע, בשלב זה, כי בגביית הראיות בעבירת החזקת חומר התועבה, ע"י חוקרי מח"ש, יש כדי לפגוע באופן כלשהו, בזכות מזכויותיו של הנאשם או בקיפוח הגנתו, ואוסיף ואציין, כי גם לא נטענה כל טענה כזאת, מעבר לטענה שעצם החקירה בחוסר סמכות היא פגיעה בזכויות הנאשם (וראו גם את שיקולי העמדה לדין בעבירה כזאת, כמפורט בהנחיית פרקליט המדינה 2.22, פרק ב', סעיפים 13-14 והמבחנים שם).

105. עם זאת, וכפי שכבר נקבע לעיל, עניין זה ייבחן במהלך המשפט, תוך כדי ליבון ראייתי, שמיעת מכלול הראיות בתיק, הטענות וההשגות, ורק לאחר מכן, ניתן יהיה להגיע לכדי מסקנה סופית, הן בשאלת קיומו של פגם בהליכי החקירה, והן באשר לנפקותו של פגם כזה, אם ימצא, על חוקיות הגשת כתב האישום ועל זכויות הנאשם.

התנהגות הרשות החוקרת ואכיפה בדרנית:

106. הסניגור טען כי התנהלותה של מח"ש אינה תקינה, והפנה בהקשר זה לפסיקה של בית המשפט המחוזי בירושלים בהליך פלילי, שם לטענתו, קבע בית המשפט, כי חוקרי מח"ש שיקרו ובדו ראיות.

107. עוד טען הסניגור, כי למרות שמח"ש יודעים מי הפיץ מלכתחילה את סרטוני התועבה, הם לא נקטו נגדו בהליך פלילי כלשהו. לעמדתו ראוי בנסיבות אלה, נוכח התנהגות מח"ש והאכיפה הדרנית לבטל את כתב האישום.

108. דין הטענה להידחות.

109. אשר להתנהגות הנטענת של מח"ש הנסמכת על האמור בפסיקה אליה הפנה הסניגור, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים, לא הוגש לעיוני ע"י ההגנה. בנוסף, לא מצאתי כל זיקה וקשר בין אותו הליך ואותה פסיקה, ככל שהייתה, לבין נדונו.

110. אשר לאכיפה הדרנית, טענה זו נטענה בלשון רפה, ללא כל גיבוי ראייתי. מעבר לכך, לא ברור בשלב זה, אם אכן היה חשוד כזה, מה טיב התשתית הראייתית נגדו, וככל שקיימת האם הוגש כתב אישום אם לאו. עניין זה יכול שאף הוא יעלה בשלב שמיעת הראיות ולאחר שאקבל את מלוא המידע הנוגע לו, אוכל לפסוק בעניין.

סוף דבר:



111. התוצאה הינה אפוא, כי אני דוחה את טענתו המקדמיות של הסיגור, בכפוף להערותי דלעיל.

112. הדיון נקבע לקבלת מענה מפורט לכתב האישום ליום 1/12/20 בשעה 09:00.

113. התייצבות הנאשם חובה, שאם לא כן, יישפט בהעדרו ו/או יוצא נגדו צו הבאה.

114. המזכירות תמציא העתק החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, י"ג כסלו תשפ"א, 29 נובמבר 2020, בהעדר
הצדדים.