



ת"פ 57310/02/16 - מדינת ישראל נגד מיכאל לוגבינוב, בקזוד טג'ייב, רוברט ישראילוב

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 57310-02-16 מדינת ישראל נ' לוגבינוב(עציר) ואח'
בפני כבוד השופט יואל עדן
המאשימה:
מדינת ישראל
נגד
הנאשמים:
ע"י ב"כ עו"ד רננה לוי מפמ"ד
1. מיכאל לוגבינוב (עציר)
ע"י ב"כ עו"ד שי אורן
2. בקזוד טג'ייב (עציר)
ע"י ב"כ עו"ד רון פרסטר
3. רוברט ישראילוב
ע"י ב"כ עו"ד רואי מלינגר

החלטה

1. כנגד הנאשמים הוגש כתב אישום המייחס להם ביצוע סדרת עבירות של סחיטה באיומים לפי סעיף 428 רישא ו- 428 סיפא לחוק העונשין, וקשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

בפתח המענה לאישום הועלו ע"י הנאשמים טענות מקדמיות מכוח סעיף 149(3) ו- 149(10) לחסד"פ, והתבקש מתן צו לפי סעיף 108 לחסד"פ. החלטה זו הינה בטענות אלו ובבקשה האמורה.

הטענה המקדמית האחת הינה כי כתב האישום אינו מגלה עבירה של סחיטה באיומים אלא, לכל היותר, עבירה של קבלת דבר במרמה, והטענה המקדמית השניה הינה לאכיפה ברחיקת ופליה בשל כך שכתבי אישום אחרים, שניים במספר, אשר לגביהם נטען קיומן של עובדות ונסיבות זהות, הוגשו בעבירות של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, ולא סחיטה באיומים.

הבקשה למתן צו לפי סעיף 108 לחסד"פ הינה לאור הטענה המקדמית השניה, לאכיפה ברחיקת ופליה, ובמסגרתה עותרים הנאשמים למתן צו אשר יורה לתביעה להגיש "כתבי אישום שהוגשו בארץ בכל המחוזות, בנסיבות כאלה בעבירה של סחיטה באיומים", ומבקשים כי ב"כ המאשימה "תפנה את בית המשפט לכל התיקים שהוגשו בקבלת דבר במרמה, ז"א שיונחו כתבי אישום...".

לאחר שנשמעו הצדדים ונטען באריכות ביחס לטענות המקדמיות ולבקשה, ולאחר ששקלתי את הטענות הרבות



שהועלו, באתי למסקנה כי דין שתי הטענות המקדמיות והבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ, להידחות, ולהלן יפורטו המסקנות ביחס לכל טענה ובקשה בנפרד.

2. הטענה המקדמית מכוח סעיף 149(3) לחסד"פ - על כי כתב האישום אינו מגלה עבירת סחיטה באיומים, אלא לכל היותר עבירת קבלת דבר במרמה -

נטען כי לא ניתן לייחס לנאשמים עבירת סחיטה באיומים, אלא לכל היותר עבירת קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, הואיל ומדובר בעובדות המייחסות "סיפור שהוא כזב ואינו קשור למציאות, עליו מתבסס איזשהו דרישה לקבלת כספים, העבירה שמתאימה חד משמעית ולא עבירה אחרת, היא עבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות... לב התיק הינו מרמה, הוצאת כספים מהמתלוננים בטענות שווא. עבירת מרמה נוגדת במהותה את עבירת הסחיטה באיומים ובסיסה הפוך".

נטען כי למאיים בעבירת סחיטה באיומים הסגולה להוליד אצל הקורבן מורא מפני התגובה הצפויה מפניו, ואין כך בענייננו. ב"כ הנאשמים מפנים לע"פ 103/88 משה ליכטמן נ' מ"י (פ"ד מג(3) 373), וטוענים כי על פי מבחן השליטה אשר נקבע בפסק דין זה, למאיים אין שליטה על מה שהוא מתריע בפניו, אלא יש סיפור בדיה, הדבר שהוא נשוא האיום לא קרה במציאות, ולפיכך, המרמה בנסיבות תיק זה אשר מתקשר אל המתלוננים כביכול נוקט צד עימם, ומזהיר אך חלילה לא מאיים.

עוד נטען כי חלק מהעבירות הן לכל היותר עבירות ניסיון, שכן כשמתקשרים למתלונן ומספרים לו סיפור בדיוני כזה או אחר, הרי שכשהוא מבין שמנסים להונות או לרמות אותו הוא מנתק את השיחה, וברגע שניתק את השיחה הסתיים העניין, הוא אינו מרגיש מאויים מהמטלפן, אין לו חשש שמנסים להונות אותו, ובעבירת סחיטה באיומים החשש האמיתי של הקורבן הוא מפני המאיים.

לטענת ב"כ המאשימה מתקיימים יסודות עבירת הסחיטה באיומים לפי סעיף 428, וכי סעיף זה כולל את היסוד של הטלת אימה בדרך אחרת כדי להניע אדם לעשות מעשה. נטען כי "הטלת האימה בדרך אחרת היא הליבה והאמצעי המרכזי שבאמצעותו קיבלו הנאשמים את כספם של המתלוננים. אין מחלוקת שהטלת האימה נעשתה עם רכיב עיקרי של מרמה, אך הסיבה בגינה נתנו המתלוננים את הכספים היא החשש שמא יאונה רע ליקריהם ולא המרמה".

ב"כ המאשימה מאשרת כי גם יסודות עבירת קבלת דבר במרמה מתקיימים, אולם לטענתה ליבת העבירות היא הטלת האימה.

סעיף 428 לחוק העונשין קובע:



"המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו - מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו - מאסר תשע שנים".

בנוסף לשורת החלופות המפורטות ברישא לסעיף 428, קיימת גם החלופה של הטלת אימה על אדם בדרך אחרת, והחלופות השונות צריכות להתבצע כדי לגרום לאדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה.

"סחיטה באיומים - מכוונת לאלץ אדם לעשות מעשה ולהימנע מעשיית מעשה שהוא רשאי לעשותו; להבדיל מאיומים סתם - המכוונים אך להפחיד אדם או להקניטו" (י. קדמי הדין בפלילים חלק שני (2005) בעמ' 942).

בענייננו, כתב האישום מייחס את תבנית הפעולה להלן, אשר ב"כ הנאשמים טוענים כי אין בה כדי להקים את עבירת הסחיטה באיומים, וב"כ המאשימה טוענים להתקיימותה.

על פי תבנית פעולה זו בוצעו ע"י אחרים, בדיעת הנאשמים, ובמסגרת הקשר הנקשר בין כולם, שיחות טלפון אל קשישים ומתלוננים אחרים, במסגרתן הציגו המתקשרים עצמם ככזב כעורכי דין או כרופאים, הציגו מצג שווא לפיו אחד מקרובי משפחתם של הקשישים היה מעורב בתאונה, פגע באדם נוסף באופן חמור, האדם הנוסף זקוק לניתוח או לטיפול רפואי בהול, וכי בני משפחת הנפגע רוצים להגיש תלונה במשטרה ותביעה אזרחית. לעיתים נאמר שלא קיים ביטוח רפואי, ועוד נאמר בכזב כי בעקבות אותה תלונה במשטרה, קרוב משפחתם ייאסר למספר שנים ואף הושמעו בחלק מהמקרים קולות של אנשים הזועקים לעזרה, והוצגו מצגי שווא.

כדי להניע את הקשישים והמתלוננים האחרים לתת את כספם, נטען בפניהם בכזב כי המתקשרים נמצאים בקשר עם קרובי המשפחה של האדם שנפגע, יכולים לייצג את הקשישים וקרוביהם, וביכולתם של הקשישים והמתלוננים האחרים להציל את קרוב המשפחה מתלונה במשטרה, ממאסר ומתשלום סכומי עתק, אם הקשישים והמתלוננים האחרים ימסרו לנציג שישלח אליהם כסף מזומן.

על מנת להעצים את הלחץ על הקשישים והמתלוננים האחרים ולמנוע יצירת קשר עם קרובי המשפחה ובירור המצב האמיתי, נטען בפניהם בכזב שנאסר עליהם לנתק את השיחה, לעיתים נאסר עליהם לפנות למשטרה, ונטען בכזב כי עליהם למסור את הכסף באופן מיידי ובהול לנציג שישלח אליהם.

עקב מסכת האיומים והכזבים האמורים והמפורטים בכתב האישום מסרו הקשישים והמתלוננים האחרים לנאשמים 1 ו- 2 אשר התחזו לקרוב משפחתו של הנפגע או לנציגו של עורך הדין, סכומי כסף ובשלב מסוים הצטרף נאשם 3 לקשר, והשתתף בסחיטה בכך שהגיע עם נאשם 1 לאזור מגורי הקשישים, ועת הנאשם 1 לקח מהם את כספם, המתין לו



הנאשם 3 בקרבת מקום.

כתב האישום מפרט 41 מקרים שונים אשר בהם מבוצעות העבירות בתבנית הפעולה המפורטת לעיל, כאשר לנאשם 3 מיוחסת השתתפות בביצוע 8 מהעבירות, ולנאשמים 1 ו- 2 את כולן.

מובן כי בשאלה האם עובדות כתב האישום מקימות את העבירה המופיעה בו, הבחינה בשלב זה הינה אך ביחס לעובדות המפורטות בכתב האישום.

העובדות בתמצית הן כי המבצע מציג מצג כוזב לקורבן, המצג הכוזב מביא להטלת אימה על הקורבן, מפני מה שעלול להתממש כלפי קרוב משפחה באם לא ישלם תשלום לידין של המבצע או מי מטעמו, מתוך הנחה, פרי הכזב, כי תשלום זה מיועד לאחר ויהיה בו כדי להציל את קרוב המשפחה מפגיעה בדמות מאסר או נזק כספי.

בביצוע של מעשים כפי שנטען בכתב האישום שבוצעו, יש כדי התקיימות יסודות עבירת סחיטה באיומים לפי סעי' 428 לחוק העונשין, וזאת הן בחלק מהחלופות ברישא והן בביטוי "**בדרך אחרת**".

אתחיל בהתייחסות לביטוי "**או מטיל אימה בדרך אחרת**" - בגדרו של האמור בו לא נעשה שימוש בביטוי "**המאיים**" אשר ברישא לסעיף, אלא בביטוי "**מטיל אימה**".

הביטוי מטיל אימה, ודאי שכולל גם מצב דברים בו מטיל האימה אינו אומר שהוא עצמו זה שיגרום להתרחשות נשוא האיום. מדובר בעצם הטלת האימה. הביטוי "בדרך אחרת" מכניס אל תוככי ההגדרה את כל הדרכים להטלת אימה.

על פי עובדות כתב האישום היה בדברים של המתקשרים כדי להטיל אימה ופחד על הקשישים ועל מתלוננים נוספים, ומכאן שמתקיים רכיב זה בסעיף 428 לחוק העונשין. על פי העובדות המפורטות בכתב האישום, האמור בוצע כדי להביא את הקשישים והמתלוננים לשלם תשלום, ובכך יש כדי קיום היסוד לפיו "**הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה..**".

משכך, דין הטענה המקדמית מכוח סעיף 149(3), על כי עובדות כתב האישום אינן מקיימות את יסודות העבירה לפי סעיף 428 לחוק העונשין, להידחות.

אתייחס להלן לטענות נוספות שהעלו ב"כ הנאשמים בעניין זה, ולחלופות נוספות במסגרת סעיף 428 לחוק העונשין.

בע"פ 103/88 **משה ליכטמן נ' מ"י** (פ"ד מג(3) 374), התייחס כב' השופט א. ברק (כתוארו אז), לאבחנה בין איום לבין מתן אזהרה או עצה כדלקמן, תוך התייחסות לעבירת האיומים:



"הרכיב הראשון הוא האיום עצמו. זו התנהגות, בדרך כלל שהיא, העלולה לנטוע בלבו של אדם רגיל פחד או חרדה. המבחן לקיומו של רכיב זה הוא אובייקטיבי. "המבחן לקיומו של איום הוא מידת השפעה שיכולה להיות לדברים על אדם רגיל, ולא לפי הרגשתו הסובייקטיבית של האדם אליו נאמרו הדברים..." (השופט ברנזון בע"פ 499/72 [5], בעמ' 605). לעניין זה יש להבחין בין איום לבין מתן אזהרה או עצה. כאשר ראובן מזהיר את שמעון מפני פגיעה אפשרית בו, אין לומר, כי ראובן מאיים על שמעון. קו הגבול בין איום לבין אזהרה אינו מדויק. דומה, כי ניתן להיעזר במבחן העזר הבא: האם יש לדובר שליטה או השפעה על אפשרות התממשות של הסכנה שעליה הוא מתריע? אם התשובה היא בחיוב - הדובר שולט על התממשות האזהרה - יש לראותו כמאיים, ולא אך כמזהיר".

הטענה כי בענייננו לא מדובר במצב בו למאיים שליטה על התממשות האזהרה, אינה טענה שניתן ליישמה על העובדות הנטענות בכתב האישום.

התנאי המובלע בבחינת השאלה אם יש לדובר שליטה או השפעה על אפשרות ההתממשות של הסכנה עליה הוא מרתיע, הינו כי אכן מדובר במתן אזהרה או עצה. האבחנה בין איום לבין מתן אזהרה או עצה, אליה ההתייחסות בע"פ 103/88, נועדה להוציא מכלל עבירת האיום, אזהרה או עצה אשר נועדה להיות כאלה. הפרשנות לה עותרים ב"כ הנאשמים לפיה יש לראות גם בדברי הכזב אשר כל מטרתם הטלת אימה כאזהרה או עצה, הינם למעשה העמדת האבחנה אשר בוצעה בע"פ 103/88 על יסוד הפוך.

תחילה יש לבחון האם מדובר במתן אזהרה או עצה, וכאשר כך הוא נעבור לבחינת השאלה האם לאומר הדברים שליטה או השפעה על אפשרות התממשות הסכנה. אם התשובה חיובית, הינו מאיים, ואם התשובה שלילית הרי הוא אך מזהיר.

ואולם, בענייננו, לא יכולות העובדות המתוארות בכתב האישום, להיכנס מלכתחילה בשערי המונחים "מתן אזהרה" או "עצה". לא מתן אזהרה עולה מכתב האישום ולא מתן עצה, אלא כתב האישום מייחס אמירת כזב אשר היא עצמה נועדה להטיל את האימה.

הנסיבות המפורטות בע"פ 108/88 כמצוטט לעיל עניינן מצב דברים בו הדובר אכן מזהיר או נותן עצה. הלאמירת כזב כדי להטיל אימה בלב הקורבן נאמר כי אזהרה או עצה היא? התשובה השלילית ברורה.

העובדה שיתכן והקורבנות עצמם, באותה נקודת זמן בה הוטלה עליהם האימה, עקב דבר הכזב, ראו בדובר כמי שבא לקראתם, או, כלשון ב"כ הנאשמים - "לצידם", אין בה כדי לשנות מהמסקנה דלעיל. המבחן לקיומו של איום הינו מבחן אובייקטיבי. הבחינה הינה מנקודת מבטו של האדם מן היישוב, ולא על פי אמת מידה סובייקטיבית ומנקודת מבטו של המאויים.

מובן, כי האמור הינו בהתייחס לשאלה האם קיים צורך שהאיום יהיה מפני הדובר דווקא או מפי אחר, שכן כך או כך יש בדברים כדי להטיל מורא על שומעם.



גישת כב' השופט א' גולדברג בע"פ 103/88 דלעיל, הינה כי המבחן לרכיב האיום הוא מבחן מהותי - "אך לשיטתי, המבחן המכריע לרכיב "האיום" הוא מבחן "המהות". דהיינו, מה מהותם וטיבם של הדברים שנאמרו". (ע"פ 103/88 משה ליכטמן נ' מ"י, פ"ד מג(3) 373, בעמ' 380).

מובן כי על פי מבחן זה, מבחן המהות, אמירת דברי כזב כאמור, וודאי שעולים הם כדי איום - זו היתה המטרה, להטיל אימה ולא להשיא כל עצה.

עוד אפנה בעניין זה לדברי כב' השופט א' גולדברג בע"פ 236/84 מ"י נ' מאיר בן שמעון גוזלן פ"ד לח(3) 572.

להיות האיום מבחן אובייקטיבי ר' רע"פ 2038/04 שמואל לם נ' מ"י (4.1.2006).

באבחנה בין איום לפי סעיף 192 לבין רכיב האיום הכלול בסעיף 428 לחוק העונשין, ככלל, יכול ויהיה שוני מסוים, אך אינני רואה מקום להרחיב ביחס לכך.

לסיום אפנה לע"פ 6368/09 מתן זקן נ' מ"י (12.7.2010), בו התייחס בית המשפט העליון לעבירת הסחיטה באיומים ולרכיב האיום במסגרתה, ונקבע כי לצד המבחן אשר פורט לעיל, והמבחן בין איום לעצה או אזהרה, יש לבחון את הקשר הדברים, להתייחס למהות המעשה ולשליטה, באופן הנאמן יותר למציאות:

"לצד מבחן השליטה ומבחן המהות שהובאו לעיל ניתן להציע מבחן אחר, אשר לטעמי יסייע במלאכת ההכרעה בתיק זה - מבחן ההקשר. על פי המבחן המוצע יש לשאול שלוש שאלות: האחת, מה אמר. השנייה, מי אמר. השלישית, מדוע אמר. מבחן ה'מה' מתמקד בשאלת מעשה העבירה. כמובן, ניתן לבצע פעולת איום גם ללא מילים אלא באמצעות סימנים או התנהגות אחרת. ברם, פשיטא, ללא מעשה - אין עבירה. מבחן ה'מי' נועד לבדוק את הקשר בין הנאשם לבין מעשה האיום. בדרך זו ניתן ללמוד על אופיו של מעשה האיום. מבחן ה'מדוע' מטרתו לבחון את הכוונה העומדת מאחורי המעשה כנדרש בפלילים. יש לשקלל את שלושת המבחנים - מה, מי ומדוע - על מנת להגיע להכרעה האם בוצעה עבירת איום. במובן זה, המבחנים הינם משולבים. מבחן זה נחוץ במיוחד במקרים בהם הסוחט באיומים מדבר בטון רך ובמתק שפתיים. לעתים, גם שפה המשוחה בדבש טומנת בחובה עוקץ ואף איום בארס קטלני. אין לבדוק את קיומה או אי קיומה של עבירת סחיטה באיומים על פי מבחנים טכניים, כאילו מדובר בדרישת הכתב על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין. לא ניתן לצפות כי הסוחט באיומים יכריז בפני המאויים על כוונתו לעבור עבירה זו. המבחן נותר בעיקרו אובייקטיבי וכללי המשפט הפלילי עומדים לצדו של הנאשם. עם זאת, ההקשר של המעשה עשוי ללמד על כך שהאמרה המרומזת מהווה באופן ברור סחיטה באיומים.

במובן הרחב יותר, מבחן ההקשר נחוץ על מנת לבחון את כל הפרמטרים של עבירת סחיטה באיומים. העובר עבירה זו עלול לטעון כי לא איים, שכוונתו הייתה אך להזהיר או



לייעץ וכי אינו הגורם אשר אמור להפעיל כוח. כמובן, בחינת ביצוע העבירה אינה נעשית אך ורק על פי עמדת הנאשם. מכאן הצורך לבחון את הקשר הדברים. נדמה כי דווקא בתיקים בהם ראובן סוחט באיומים את שמעון באמצעות פנייה ללוי או לארגון פשיעה שלוי עומד בראשו - ראוי להתייחס למהות המעשה ולשליטה של ראובן בנעשה באופן הנאמן יותר למציאות".

דברים אלו אשר יש בהם כדי יישום מסוים של עמדת כב' השופט א. גולדברג כאמור לעיל, וודאי שמביאים למסקנה כי מדובר בסחיטה באיומים.

3. הטענה המקדמית מכוח סעיף 149(10) לחסד"פ - לאכיפה בררנית ואפליה -

הטענה בבסיסה אינה טענה אשר יכול ויהיה בה כדי להביא לביטול האישום, גם בשים לב לכך שאף אם היתה מתקבלת, הרי שעל בית המשפט לבחון את האפשרות לסעד חלופי אחר לפני ביטול האישום, אלא המשמעות האופרטיבית של הטענה הינה כי כתב האישום צריך להיות מתוקן כך שתיוחס עבירת קבלת דבר במרמה חלף עבירת סחיטה באיומים.

על פני הדברים דין הבקשה להידחות, שכן ממילא בסמכות בית המשפט בסופו של ההליך להורות על הרשעה בעבירה אחרת מזו אשר פורטה בכתב האישום.

זאת ועוד, העובדות המפורטות בכתב האישום בתיק זה, שונות מהעובדות אשר מפורטות בשני כתבי האישום עליהם סומכים ב"כ הנאשמים טענותיהם לאכיפה בררנית ואפליה, שכן בכתב אישום זה נכתב, בפרק העובדות, כי הוטלו אימה ופחד על הקשישים ועל המתלוננים האחרים, ועקב האיומים שילמו הם את הכספים המפורטים בכתב האישום. לעומת זאת, בכתבי האישום נ/1 ו- נ/2, אין ייחוס של איום, ואין את הטענה העובדתית בכתב האישום שבפנינו, על כי עקב האיומים שולמו הכספים.

העובדות המפורטות בכתבי האישום נ/1 ו- נ/2 אמנם יכולות להביא למסקנה בדבר הטלת אימה והחשש, אולם, אלו עובדות הנעדרות מכתבי אישום אלו.

אין מדובר בעניין טכני בלבד, הואיל ויכול ומסכת הראיות אשר בפני מקבל ההחלטה באיזו עבירה להעמיד לדין שונה.

גם אם היו כתבי האישום זהים מילולית וכוללים את כל העובדות, הרי שגם אז דין הבקשה מכוח סעיף 149(10) לחסד"פ אשר בבסיסה טענת הגנה מן הצדק, להידחות, שכן אין בפני כל ראיה או תחילת ראיה לכך שהגשת כתב האישום בתיק שבפני או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, כדרישת סעיף 149(10) לחסד"פ.

סעיף 149(10) לחסד"פ מאפשר העלאת טענה מקדמית כי: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים



בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

דוקטרינת ההגנה מן הצדק פותחה בפסיקה עוד קודם לחקיקת סעיף 149 (10) לחסד"פ. תחילתה במבחן שנקבע בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פד' נ (2) 221 בעמ' 370:

"המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, ... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם."

מבחן זה רוכך במידת מה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פד' נט (6) 776 (בעמ' 807):

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך-כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחוס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנות, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. אך נראה כי מצב דברים כזה אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר."

במספר פסקי דין שלאחר חקיקת סעיף 149 (10) נקבע כי מבחני הילכת בורוביץ ימשיכו להנחות את בית המשפט בבואו לבחון אם לקבל טענת נאשם לפי סעיף זה.

ר' ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון לימור (4.9.2007) בסעיף 58 לפסק הדין:

"לאחרונה, עוגנה דוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שפותחה בפסיקתו של בית משפט זה, בסעיף 149(10) לחסד"פ (ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז-2007 (התקבל ביום 15.5.07)). לפי האמור בסעיף, נאשם רשאי לטעון טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". המבחנים שנקבעו בפרשת בורוביץ ימשיכו, אם כן, להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה, ואף את הטענות שהועלו בענייננו נבחן לאורם."

ובסעיף 57 לפסק הדין ניתוח המבחן שנקבע בהילכת בורוביץ:

עמוד 8



"באותה פרשה נקבע מבחן משולש אשר יש להחילו כאשר מועלית טענת הגנה מן הצדק. לפי מבחן זה יש לבחון בשלב הראשון מהם הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שנוקט כנגד הנאשם ומהי עוצמתם; בשלב השני יש לקבוע האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי, בצורה הוגנת וצודקת, חרף הפגמים שנתגלו בו. בשלב זה על בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלוונטיים השונים תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ומקרה והתייחסות, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, למידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי ולמידת אשמתה של הרשות. בשלב השלישי על בית המשפט לבדוק, במידה והשתכנע כי ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגנות, האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב-האישום על-מנת לרפא את הפגמים".

ר' לענין המבחן שלאחר התיקון לחוק גם ע"פ 5672/05 טגר בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (21.10.2007):

"...לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ. הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד. עם זאת, אין בדעתי לקבוע מסמרות בשאלה האם הביא עימו התיקון לחוק שינוי בנקודת האיזון, שכן, כפי שנראה, אין הדבר נצרך לענייננו. אבקש להותיר שאלה זו לעת מצוא, אשר אני מניחה שאינה רחוקה. באשר לשלבי הבחינה בהם יש להעביר את טענת ההגנה מן הצדק, נראה שאין סיבה לשנות מהמבחן התלת שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ."

כן ר' רע"פ 727/08, 924/08 גוטליב נ' מדינת ישראל (30.3.2008) בו נקבע :

"בית-משפט זה קבע לאחרונה, כי המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין דוקטרינת ההגנה מן הצדק ימשיכו להנחות את בית-המשפט בבואו לבחון האם יש לקבל טענה של נאשם לפי סעיף זה (ראו ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' אהרון לימור)".

מהאמור עולה כי בחינת טענת הגנה מן הצדק כוללת שלושה שלבים: הראשון - מהם הפגמים ומה עוצמתם, השני - האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת חרף הפגמים שנתגלו בו, והשלישי - איזון בין האינטרסים תוך התחשבות בכל מקרה, ובמסגרת זו גם תיבחן השאלה האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים.

שיקול הדעת הן בעצם הגשת כתב אישום והן אלו עבירות ייחוסו לנאשם, הינו שיקול דעת הנתון לפרקליטות.

מובן כי שיקול הדעת בהחלטה זו צריך להיות מופעל בהתאם לכללים המחייבים כל רשות מינהלית להפעלת שיקול דעתה, ובפרט צריכה ההחלטה להיות נעדרת שרירות, נעדרת שיקולים זרים, ומופעלת בסבירות.



כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית, צריכה היא להיות לשם השגת מטרה פסולה, על יסוד שיקול זר, או מתוך שרירות גרידא.

ר' לעניין זה בג"צ 6396/96 סימונה זקין ואח' נ' ראש עיריית באר שבע ואח', פד' נג' (3) 289, בעמ' 305:

"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. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר".

אין בפני כל אינדיקציה למטרה פסולה, שיקול זר, שרירות או מי מהמקרים דוגמת אלו המנויים בבג"צ 6396/96.

בעצם העובדה שפרקליט או תובע משטרתי בתיק אחר החליט בנסיבות דומות להגיש כתב אישום בעבירה אחרת, לא די.

כאמור, שיקול הדעת המסור לפרקליטות בהגשת כתב אישום מופעל תוך הבאת שורת נתונים במסגרתו, אשר אינם מתמצים אך בעובדות כתב האישום המוגש לבסוף.

כך, לעיתים, חולשה ראייתית באפשרות הוכחה מעל לספק סביר של עובדה מסוימת, יכולה להביא פרקליט למסקנה כי יוגש כתב אישום בעבירה שונה מאשר בתיק אחר בו הנסיבות דומות אך התשתית הראייתית שונה.

הבחינה האמורה קשורה במכלול הראיות העומד בפני הפרקליט בכל תיק ותיק, והטענה הכללית על כי מעובדות כתב אישום זה או אחר עולות נסיבות דומות, אין בה כדי להביא למסקנה בדבר שיקולים זרים אשר היו בבסיס ההחלטה להגיש דווקא כתב אישום בעבירה זו ולא אחרת.

הבחינה של השאלה אם לקבל טענת הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחסד"פ בכלל, ובמקרה של טענה לאכיפה בררנית בפרט, אינה טכנית, בחינתה אינה מתבצעת באופן מילולי בלבד של כתבי האישום, כמו גם לא בהשוואה של סעיפי האישום. בחינה שכזו ככל שתבוצע כך, מתעלמת היא מהשיקולים אשר יכול והיו בהגשת כתב אישום באופן



שהוגש.

זאת ועוד, לעיתים שיקול הדעת של פרקליט מסוים יכול ויהיה שונה משיקול הדעת של פרקליט אחר, ועדיין אין בכך כדי להביא באופן ישיר למסקנה בדבר חוסר סבירות או קיומו של שיקול זר.

לא די בחוסר שוויון נטען, אלא יש צורך בעמידה בדרישה שנקבעה בחוק בדבר "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", כפי שפורשה בפסיקה דלעיל.

אוסף, כי בענייננו אין עסקינן במקרה של שינוי מדיניות, הואיל וב"כ המאשימה הודיעה מפורשות כי לא כך הוא. ואולם, גם אם היה מדובר בשינוי מדיניות, הרי שעצם שינוי המדיניות אין בו כדי להקים טענת הגנה מן הצדק, שכן אין מדובר בשיקול זר, ואין מדובר בחוסר סבירות.

אפנה בעניין זה לבר"ש 4252/16 **יהושע אלגלי נ' נציבות שירות המדינה** (5.7.2016), שם נטען לאכיפה בררנית בשל אי נקיטת הליכי משמעת נגד מנהלים אחרים, ונפסק: **"...משמחליטה הרשות לאכוף מה שלא אכפה שנים, אין בכך כמובן דופי, ותמיד יפול על פלוני כלשהו להיות ראשון לנאכפים"**.

האמור מובא למעלה מן הצורך, שכן בענייננו אין מדובר בשינוי מדיניות.

עוד אפנה לאשר נפסק בבר"ש 4252/16 דלעיל כי **"על הטוען להראות כי בבסיס האבחנה ניצב מניע פסול, כמו למשל שרירותיות או התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין או שאינם ראויים"**.

בענייננו, אין בפני כל ראיה או אף ראשית ראיה, לכך שהגשת כתב האישום בתיק זה בעבירות של סחיטה באיומים, אל מול שני כתבי האישום אליהם מפנים ב"כ הנאשמים (נ/1 - נ/2), גוועה בשיקול זר או בחוסר סבירות.

הגשת כתב האישום בעבירות המפורטות בו, אינה מביאה למסקנה בדבר **"סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**, ואף לא קרוב לכך.

כמו כן, שיקול של פרקליט כי יוגש כתב אישום בעבירה חמורה יותר מאשר בכתב אישום אחר, בנסיבות דומות, וזאת על רקע היקף המעשים, שיטתיות נטענת, וחומרת נסיבות הביצוע, הינו שיקול אשר לא ניתן לומר לגביו כי הוא שיקול זר, ומצוי הוא במרכז של שיקול הדעת המסור לפרקליט.

אינני מוצא כי טענת הנאשמים עוברת את השלב הראשון או השלב השני בשלושת השלבים המפורטים לעיל של בחינת טענת הגנה מן הצדק. אינני מוצא כל פגם בהליך המשפטי שננקט כנגד הנאשמים, בעצם הגשתו של כתב אישום בעבירות בהן הוגש. די במסקנה זו להביא לדחיית הטענה, אולם למעלה מן הצורך אוסיף כי גם אם היה מתקיים השלב



הראשון, הרי שלא מתקיימת הדרישה של השלב השני, ובכל מקרה, ניתן לקיים את ההליך הפלילי "בצורה הוגנת וצודקת", כאמור בהלכת בורוביץ דלעיל. ההחלטה בסופו של ההליך באיזו עבירה להרשיע נאשם, ככל שיוכחו כנגדו העובדות הנטענות בכתב האישום, נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. כאמור, הטענה איננה לעצם הגשת כתב האישום, אלא לעבירות בהן הוגש.

מכל האמור, לא הובאה בפני כל תשתית לקבלת טענת אכיפה בררנית ופסולה, והטענה נדחת.

4. **הבקשה למתן צו לפי סעיף 108 לחסד"פ -**

דין בקשה זו להידחות, לאור מסקנותי דלעיל, ואולם, גם אלמלא היתה ניתנת בשלב זה החלטה לגופו של עניין בטענות המקדמיות כאמור, הרי שגם אז אינני מוצא כי היה מקום למתן הצו המבוקש.

הבקשה הינה למתן צו גורף ביחס להגשת כתבי אישום בארץ בכל המחוזות "בנסיבות כאלה בעבירה של סחיטה באיומים".

המשמעות האופרטיבית של הבקשה ושל הטענה בבסיסה, הינה בשני מישורים - המישור האחד הוא כי יש למסור לב"כ הנאשמים את כל כתבי האישום כאמור, אולם יש לבחון תחילה ביחס לכל כתב אישום האם מדובר באותן נסיבות כבענייננו. דהיינו, יש לבחון ביחס לכל כתב אישום את כלל הנסיבות של אותם אירועים, ואזי על המאשימה לאחר בדיקה שכזאת בכל התיקים האמורים, להגיש את כל כתבי האישום אשר היא תסבור שמדובר באותן נסיבות. בקשה זו אינה יכולה לסייע לטענת הגנה מן הצדק, שכן לא די בקיום נסיבות דומות. הבקשה אינה עומדת במבחן של סבירות, הן לאור המשמעות שבה, והן לאור כך ששוב מדובר בהפעלת שיקול דעת האם מדובר באותן נסיבות אם לאו.

המישור השני הוא, כי מתבקש ע"י הנאשמים שבית המשפט יכריע ביחס לכל אחד ואחד מהתיקים האחרים במדינת ישראל בהם הוגש כתב אישום בעבירת סחיטה באיומים, האם ההחלטה להגיש את אותו כתב אישום באותה עבירה הינה החלטה שניתנה בנסיבות דומות, ותשתית ראייתית זהה, והינה החלטה סבירה, וכך הוא גם ביחס לכל התיקים בהם הוגש כתב אישום בעבירה של קבלת דבר במרמה.

לצורך קבלת החלטה כאמור, ב"כ הנאשמים מבקשים כי בית המשפט ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעת ב"כ המאשימה, בכך שייבחנו למעשה, וזוהי משמעות הבקשה, כל תיקי החקירה של כל התיקים במדינת ישראל שהוגשו בעבירות האמורות, ובסיום הבחינה תינתן הכרעה ביחס לכל אחד מאותם תיקים, האם ההחלטה של הפרקליט בהם הייתה סבירה, אם לאו.

בית המשפט אינו אמור לעשות בחינה שכזו, הואיל ואין הוא שם את שיקול דעתו תחת שיקול דעת הרשות לה ניתנה הסמכות להכריע, הפרקליטות.



משמובאים בפני בית משפט נתונים המצביעים על קיומם של שיקולים זרים, שרירות, או שאר הפגמים המפורטים לעיל, יכול הוא להגיע למסקנה בדבר קבלת טענה מקדמית כאמור, אולם אין משמעות הדבר כניסה אל תוך תהליך הפעלת שיקול הדעת בעצם הגשת כתב האישום בעבירה מסוימת ולא אחרת.

אכן, בנסיבות מסוימות, במקרים "**חריגים ביותר**" (ר' ע"פ 4855/02), קיצוניים ונדירים, כאשר מובאת בפני בית משפט תשתית ראייתית של ממש לפגמים מהותיים הכוללים שיקולים זרים או מטרה פסולה, כמפורט לעיל, יכול ויהיה בכך כדי להביא למתן צו לצורך בחינה לעומק של פגמים אלו, אולם, בענייננו, אין כל תשתית או אף תחילת ראיה לכך, וגם אם היתה, הרי שהצו צריך היה להיות מצומצם ונקודתי.

אשר על כן, הבקשה לפי סעיף 108 נדחית.

ההחלטה תישלח לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ז' תמוז תשע"ו, 13 יולי 2016, בהעדר הצדדים.