



ת"פ 64242/08/21 - מדינת ישראל נגד אסף טל

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בחיפה

ת"פ 64242-08-21 מדינת ישראל נ' טל

תיק חיצוני: רע"נ 06/2019

לפני כבוד השופט מוחמד עלי

המאשימה

מדינת ישראל

ע"י עורכות הדין הדס נאמן ארזואן והדר קולה
מפרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)

נגד

הנאשם

אסף טל

ע"י עורך הדין טל אבריאלי

מטעם הסנגוריה הציבורית

החלטה

הנאשם עותר לביטול כתב האישום ומשעין את בקשתו הן על טענה של הגנה מן הצדק והן על "דוקטרינת הביקורת המנהלית בהליך הפלילי". הבקשה מוגשת במסגרת הליך פלילי בו הוגש נגד הנאשם כתב אישום שמייחס לו עבירות על חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; עבירות על חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995; זאת לצד עבירה של קבלת דבר במרמה לפי חוק העונשין, תשל"ז-1977.

כתב האישום

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום, שמורכב מחלק כללי וכולל שלושה אישומים.

בחלק הכללי המקדים של כתב האישום, צוין כי הנאשם הוא הנדסאי אלקטרוניקה בהשכלתו וכי עובר לתקופה הרלוונטית בכתב האישום פוטר מעבודתו. נטען כי במהלך שנת 2019 (להלן: **התקופה הרלוונטית**), פנה הנאשם ללקוחות פוטנציאליים רבים והציע להם שירות מסחר ממוחשב המבוסס על רובוט הכולל אלגוריתם לבחירת השקעות (להלן: **המסחר הרובוטי**). המסחר הרובוטי התבצע בזירת סוחר אוסטרלי שנקראת Pepperstone (להלן: **פפרסטון**) והתמקד בחוזה הפרשים על מגוון נכסי בסיס ובייחוד של זהב. צוין כי זירת סוחר היא פלטפורמת מסחר ממוחשבת המאפשרת למשקיעים לסחור מולה במכשירים פיננסיים נגזרים, וכי המסחר בזירת הסוחר מתבצע מול הזירה עצמה ולכן לעיתים מאופיין בניגוד עניינים בינה לבין הלקוח. כאשר הלקוח מפסיד כתוצאה מעסקה במכשיר פיננסי, הזירה מרוויחה את מלוא ההפסד שלו, וכאשר הלקוח מרוויח, הזירה מחויבת לשלם לו את מלוא הרווח. עוד צוין בחלק הכללי של כתב האישום, כי חוזה הפרשים הוא מכשיר פיננסי ממונף שערכו נגזר ממחיר נכס הבסיס, כפי שמחיר זה נקבע על ידי זירת הסוחר עצמה. מדובר בחוזה שבו מתחייב המוכר כלפי הרוכש לשלם לו את ההפרש שבין ערכו הנוכחי של נכס הבסיס ליום העסקה לבין ערכו של אותו נכס במועד מימוש החוזה. בחוזה הפרשים הלקוח מרוויח או מפסיד בהתאם ל"כיוון" העסקה שבחר ובהתאם לכיוון תנועת נכס הבסיס. כאשר הלקוח מעריך שערכו של נכס הבסיס יעלה, הוא צפוי לרכוש את החוזה, וכאשר הוא מעריך שערכו של נכס הבסיס ירד, הוא צפוי לבצע מכירה בחסר. כאשר ההפסד של

עמוד 1



הלקוח בכלל העסקאות שפתח מגיע לשיעור מסוים מתוך סך הכספים בחשבונו, הזירה תסגור באופן יזום את העסקאות שלו והוא יימחק מהמסחר. משמעות המינוף המובנה בחוזה ההפרשים היא שהלקוח אינו נדרש להפקיד את מלוא שווי ערכן הנקוב של העסקאות שהוא פותח, אלא רק אחוז יחסי מערכן כבטוחה. המינוף בחוזה ההפרשים כרוך בסיכון רב, משום שככל שהוא גבוה יותר, די בתנודות קטנות יותר בשער נכס הבסיס בניגוד לכיוון הפוזיציה של הלקוח, כדי שהזירה תסגור את העסקאות שלו והוא יפסיד את מלוא סכום השקעתו. עוד צוין בחלק הכללי כי בתקופה הרלוונטית, סחר הנאשם בחוזה הפרשים בזירת הסוחר פפרסטון בעבור כ-35 לקוחות לכל הפחות. מנגנון התגמול של הנאשם התבסס על תשלום שגבה מלקוחות בעבור התקנת מערכת המסחר, על תגמול שקיבל מפפרסטון בעבור כל לקוח שפתח באמצעותו חשבון מסחר בזירה ועל דמי הצלחה ששולמו בהתאם ליעדים שקבע.

באישום הראשון מיוחסות לנאשם ריבוי עבירות של קבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**). על פי הנטען, בתקופה הרלוונטית פנה הנאשם ללקוחות פוטנציאליים רבים והציע לנהל עבורם חשבון מסחר בפפרסטון באמצעות רובוט מסחר אוטומטי. כדי לפתוח חשבון מסחר בפפרסטון יש לעבור מבחן התאמה שמטרתו להגן על הלקוחות ולמנוע מצבים שבהם הם יתקשו לקבל החלטות השקעה מושכלות בשל חוסר הבנה של הסיכון הכרוך בפעילותם בזירה. במסגרת מבחן ההתאמה הלקוח נדרש למלא שאלון שנועד לאפשר לפפרסטון להעריך את המידה שבה הוא מבין את הסיכונים הנלווים למסחר ואת התאמתו לפעילות בזירה (להלן: **השאלון**). הנאשם נהג למסור ללקוחותיו את התשובות לשאלון ובכך לאפשר להם לעקוף את הליך הסינון ולפתוח חשבון מסחר בפפרסטון, על אף שלא היו מודעים לסיכונים הכרוכים בהשקעה בה. בנוסף, הנאשם מסר ללקוחות מצג לפיו מנגנון התגמול שלו מבוסס על פני הצלחה בלבד, ולכן האינטרסים שלהם זהים, היות ובמצב שבו החשבון שלהם מופסד, גם הוא לא מרוויח. בתוך כך נמנע הנאשם מלגלות להם כי הוא מתגמל על ידי פפרסטון בעבור כל לקוח שפתח באמצעותו חשבון בזירה וסחר בה בנפח מסחר שנקבע על ידה.

עוד נטען כי הנאשם גייס את הלקוחות תוך הצגת מצגי שווא והסתרת מידע ביחס להיבטים רבים ומהותיים במסחר ובפעילותו. בהתבסס על מצגים אלה, קיבל הנאשם את הסכמתם של הלקוחות לביצוע מסחר בכספים שהפקידו בזירת הסוחר. המצגים הכוזבים שהציג הנאשם לצורך גיוס הלקוחות מפורטים להלן: א) מומחיות וניסיון - הנאשם הציג עצמו בתור סוחר מקצועי וותיק בשוק ההון, בעל תארים מתקדמים בכלכלה ומנהל עסקים, בהם לא אחז; הנאשם מסר ללקוחות מצגים לפיהם הוא מומחה למסחר בזהב, בקיא במסחר הרובוטי ועוסק בו מספר שנים; בפועל, בניגוד למצגים שנמסרו, הנאשם מעולם לא סחר באופן מקצועי בשוק ההון, לא הייתה לו כל הכשרה פורמלית בתחום והוא סחר באמצעות הרובוט במשך חודשים ספורים בלבד. ב) הסיכונים והסיכויים הכרוכים במסחר בזירה - הנאשם שיווק את המסחר הרובוטי בתור השקעה שמניבה תשואה גבוהה בסיכון נמוך, והציג ללקוחות מצגים כוזבים ביחס לתשואות גבוהות שהניבה פעילות המסחר שלו בעבר, למרות שרוב החשבונות שניהל היו מופסדים; הנאשם הציג את פפרסטון בתור בנק השקעות, ונמנע מלהבהיר ללקוחות את הסיכון הכרוך במסחר בזירות סוחר בכלל ובפפרסטון בפרט. ג) פעילות חוקית - הנאשם שלא החזיק ברישיון ניהול תקני, הסתיר מלקוחותיו שפעילותו בחשבונותיהם מצריכה רישיון ומתבצעת בניגוד להוראות חוק הסדר הייצוג וייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (להלן: **חוק הייעוץ**) וייצר בפניהם מצג שווא לפיו ניהול תיקי ההשקעות שלהם על ידו נעשה בהתאם לחוק.

לבסוף צוין כי בעשותו את הפעולות שפורטו, הנאשם קיבל במרמה את הסכמתם של לכל הפחות 9 לקוחות לביצוע מסחר בכספים שהפקידו בזירת הסוחר. סך הכספים הכולל שהושקע ע"י לקוחות אלה, עמד על כ-135,000



דולר ארה"ב, שהם 435,000 ₪.

באישום השני יוחסו לנאשם ריבוי עבירות של ניהול תיקים ללא רישיון, לפי סעיף 2(ב) בשילוב סעיף 39(א)(1) לחוק הייעוץ; עבירה של הצעה למתן שירותי ניהול תיקים ללא רישיון, ריבוי עבירות לפי סעיף 3א' יחד עם סעיף 39(ב)(12) לחוק הייעוץ.

בפתח האישום השני, צוין כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, הציע הנאשם, שלא החזיק ברישיון עבור תיקים, שלושה מסלולי השקעה אפשריים באמצעות רובוט המסחר שאותו שיווק: מסלול מכירה, מסלול השכרה ומסלול "חשבון מנוהל". במסלול המכירה, הנאשם הציע ללקוחות לרכוש ממנו את הרובוט ולסחור באמצעותו. במסלול חשבון מנוהל, הנאשם הציע ללקוחות לאפיין בשבילם את הרובוט ולסחור באמצעותו עבורם בתמורה להצלחה.

מרביתם המוחלט של הלקוחות בחרו במסלול חשבון מנוהל אותו הציג הנאשם בתור מסלול "השקעה פסיבית".

במסלול חשבון מנוהל, סחר הנאשם בחוזה הפרשים בעבור 35 לכל הפחות, באמצעות רובוט המסחר שאופיין על ידו ולפי פרמטרים שנקבעו בהתאם לשיקול דעתו. המסחר התבצע ללא הפעלת שיקול דעת ע"י הלקוחות, שלמרביתם לא הייתה כל הבנה במסחר במחשבים פיננסיים ולמקצתם הייתה הבנה בסיסית ביותר.

הפעילות שביצע הנאשם בחשבונות הלקוחות כמתואר לעיל, היא פעילות של ניהול תיקי השקעות הטעונה רישיון לפי חוק הייעוץ, זאת מאחר והנאשם סחר בעבור לקוחותיו בחוזה הפרשים, שהוא נכס פיננסי כהגדרתו בחוק הייעוץ כששיקול הדעת ביחס לעסקאות היה מסור לו.

בסיפא של האישום צוין כי בעשותו את הפעולות המפורטות לעיל, הציע הנאשם לנהל וכן ניהל בפועל תיקי השקעות ללא רישיון ניהול תיקים ובניגוד להוראות חוק הייעוץ.

האישום השלישי עוסק בהפניה לזירת סוחר שאינה מפוקחת בישראל ובמסגרתו מואשם הנאשם בביצוע עבירה של איסור הצעה לסחור בזירת סוחר שאינה מורשית, עבירה לפי סעיף 53(ב)(6) לחוק ניירות ערך, תשכ"ה-1968 (להלן: **חוק ניירות ערך**).

באישום זה צוין כי במאי 2015 נכנס לתוקף תיקון מספר 42, תש"ע-2010 (להלן: **תיקון 42**), במסגרתו הוסף לחוק ניירות ערך פרק 32 שעוסק בזירות סוחר כהגדרתם בסעיף 44"ב לחוק ניירות ערך.

צוין כי תיקון 42 נועד להסדיר את הפיקוח על זירות סוחר וקובע כי לצורך הפעלתם נדרש רישיון זירה מרשות ניירות ערך. בצד חובת הרישיון, תיקון 42 אוסר לפנות בהצעה לסחור בזירת סוחר שאינה מפוקחת בישראל.



נטען כי בתקופה הרלוונטית הנאשם הפנה את לקוחותיו לפרסטון, מסר להם את התשובות לשאלון כמפורט באישום הראשון וסייע להם בפתיחת חשבון המסחר. זאת בעוד שפרסטון היא זירת סוחר אוסטרלית שמפוקחת ע"י רשות ניירות ערך אוסטרלית אך אינה בעלת רישיון זירת סוחר ולפיכך אינה מפוקחת ע"י רשות לניירות ערך בישראל, עובדה שהנאשם היה מודע לה.

עוד נטען כי הנאשם הניע את לקוחותיו להשקיע את כספם בפרסטון, שהציג אותה בתור בנק השקעות בין-לאומי אמין וותיק. הנאשם הסביר ללקוחותיו, כי הוא עובד מול פרסטון היות שתנאי המסחר בה הם הטובים ביותר עבור המשקיעים, והשקעה בה משתלמת במיוחד, בין היתר בשל העובדה שהיא "מתחת לרדאר" של רשויות המס הישראליות.

כמפורט באישום הראשון, הנאשם תוגמל ע"י פרסטון על כל לקוח שהפנה אליה. על כן נטען כי לנאשם היה מניע כלכלי לעודד את לקוחותיו לפתוח את חשבון המסחר בפרסטון דווקא, עובדה שהסתיר מהם.

הבקשה הנוכחית וטענות הצדדים

2. בבסיס בקשת הנאשם הטענה כי המאשימה לא בחנה אפשרות סגירת התיק בהסדר (מותנה) בהתאם לסמכות הנתונה לתביעה בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב- 1982 (להלן: **חסד"פ**). הנאשם עמד על תכליתו של מוסד ההסדר וטען כי למאשימה סמכות לערוך הסדר בשים לב לאישומים המיוחסים לנאשם, בהתאם לסימן ב' לפרק ט 1 לחוק ניירות ערך, ובפרט סעיף 54ה' לחוק. הנאשם הוסיף וטען כי נתוניו של המקרה נופלים בגדר המקרים המאפשרים עריכת הסדר מותנה.

כמו כן, נטען כי הגשת כתב האישום נגד הנאשם מהווה נקיטת אכיפה בררנית. לטענת הנאשם, הוא גילה מקרה אחר בו חשוד (להלן: **החשוד האחר**) נחקר על ידי הרשות לניירות ערך בגין פרשה דומה ואף חמורה יותר, אך בשונה מהנאשם, התביעה ערכה עמו הסדר מותנה. הנאשם ערך השוואה בין נתוניו לבין נתוניו של החשוד האחר ובין האישומים שיוחסו לשניים, ולטענתו הנתונים דומים ולא מצדיקים נקיטת דין שונה.

הנאשם סבור כי התנהלות המאשימה שהתבטאה בהגשת כתב האישום ללא שקילת הסדר מותנה ותוך נקיטת אכיפה בררנית, מקימה לנאשם טענה של הגנה מן הצדק שיש בה כדי להוביל לביטול כתב האישום.

נוסף לכך נטען כי על בית המשפט לדון בטענות הנאשם מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית. בהקשר לכך נטען כי נפל פגם חמור בהפעלת שיקול דעת המאשימה, שצריך להוביל לביטול כתב האישום.

3. המאשימה ביקשה לדחות את הבקשה. לגישת המאשימה, הסמכות לעריכת הסדר מותנה שקבועה בסעיף 54ה' לחוק ניירות ערך, שעוסק בחשודים בעבירות ניירות ערך, שונה מההסדר הקבוע בסעיף 67א' לחסד"פ. זאת ועוד, לטענתה, הסמכות לערוך הסדר מותנה היא סמכות שבשיקול דעת והפעלת הסמכות תלויה בעמידה בתנאי סף



ובהחלטת פרקליט המחוז אם בנסיבות המקרה די במילוי תנאי ההסדר כדי למצות את העניין הציבורי ולגורם המוסמך שיקול דעת רחב. נטען עוד כי אחד מתנאי הסף הנדרשים לשקילת עריכת הסדר מותנה הוא, כי לדעת התובע העונש הראוי לחשוד, לא כולל מאסר בפועל ואף ולא בדרך של עבודות שירות, ואילו במקרה הנדון העונש הראוי לנאשם (ככל שישורשע) הוא מאסר בפועל. מכאן שלשיטת המאשימה הנאשם לא עומד בתנאי הסף לשקילת הסדר. לפיכך, נטען כי לא נפל פגם בהגשת כתב האישום.

לגבי הטענת לאכיפה הבררנית, נטען כי הנאשם הפנה למקרה אחד ולא די בכך כדי להקים תשתית מספקת לעיון הטענה של אכיפה בררנית. כמו כן נטען כי נסיבות המקרה בו מעורב הנאשם חמורות יותר מנסיבות המקרה בו היה מעורב החשוד האחר. בהקשר זה נטען כי בית המשפט לא נחשף עדיין לתמונה הראייתית הכוללת ולטיב המעשים. לפיכך, טענה המאשימה כי טענות הנאשם לא צולחות את המבחנים שנקבעו ביחס לדיון בטענה של הגנה מן הצדק.

אשר לטענת הנאשם כי יש לבחון את התנהלות המאשימה בהתאם לדוקטרינת הביקורת המנהלית בהליך הפלילי, נטען כי לא ניתן לדון בטענות בפריזמה של דוקטרינה זו לאור פסיקת בית המשפט העליון.

דיון והכרעה

4. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים הגעתי למסקנה שדין הבקשה להידחות. נימוקי למסקנה זו יובאו להלן.
5. במוקד הבקשה הלנת הנאשם על כך שבעניינו לא נבחנה האפשרות לערוך עמו הסדר מותנה חלף העמדתו לדיון. הנאשם הפנה להוראות ה"פ", אך הסמכות לעריכת הסדר מותנה במקרה הנוכחי מוסדרת בחוק ניירות ערך, זאת בשים לב לעבירות שמיוחסות לנאשם. עם זאת יצוין כי עיקרי ההסדר שבחוק ניירות ערך ובח"פ דומים ושני ההסדרים באו לשרת אותן תכליות (הליכי החקיקה בשני החוקים אף נעשו במקביל ו"ההשראה" למתווה החקיקתי בחוק ניירות ערך היה מהליכי החקיקה בנוגע להסדר המותנה בח"פ)..

6. סעיף 54ה' (א) לחוק ניירות ערך קובע כלהלן:

"על אף האמור בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, רשאי פרקליט מחוז, גם אם ראה שקיימות ראיות מספיקות לאישום, שלא להעמיד חשוד בביצוע עבירת ניירות ערך לדיון ולהתקשר עם החשוד בהסדר להפסקת הליכים המותנית בתנאים (בסימן זה - הסדר), ובלבד שסבר שנסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדיון נוכח עריכת ההסדר ומילוי תנאיו".

7. סעיף 54ה' הוא חלק מסימן ב' לפרק ט' 1 לחוק ניירות ערך, אשר נחקק כחלק מחוק יעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), תש"ע-2010). תכליתו של הסדר שקבוע בחוק ניירות ערך דומה לזה הקבוע בח"פ. ההסדר נועד להעשיר את ארגז הכלים העומד לרשות התביעה על מנת לאפשר התאמה טובה יותר בין חומרת



העבירה ונסיבות ביצועה לבין התגובה החברתית המופעלת נגד החשוד, מתוך תפיסה כי לא כל הפרה של החוק צריכה להוביל לנקיטת הליך פלילי עם כל המשתמע מכך. תכליות נוספות להסדר נוגעות להגברת האכיפה בתיקים "קלים" שאלמלא אפיק ההסדר המותנה היו נסגרים בשל היעדר משאבים וככלל לייעול הליכי האכיפה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקון מספר 45), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 489; בג"צ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל**, פסקה 2 (5.2.2012); ראו גם: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח הממשלה 210 (להלן: **הצעת החוק**); ראו גם: בג"ץ 5099/20 **הסניגוריה הציבורית נ' היועמ"ש** (2.2.2022); אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה - הצעה להליך חדש" **עיוני משפט** ל 125, 147 (תשע"ז)).

8. סימן א'1 לפרק ד' לחסד"פ עוסק בסגירת תיק בהסדר לגבי עבירות שפורטו בחוק. ליבתו של ההסדר מצויה בהוראת סעיף 67א(ב) לחסד"פ, שמעגן סמכות דומה לסמכות הקבועה בחוק ניירות ערך. לפי סעיף 67א(ב) לחסד"פ, בהינתן קיומן של ראיות מספיקות לאישום, ניתנת סמכות לרשות התביעה (פרקליטות או התביעה המשטרתית לפי סוג העבירה) סמכות שלא להעמיד חשוד לדין וחלף זאת להציע לו הסדר, זאת אם ראתה כי נסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח עריכת ההסדר ומילוי תנאיו. סעיף 67א(ג) לחסד"פ קובע כי לא יערך הסדר אלא בעבירה מסוג חטא או עוון, או בעבירה מסוג פשע המנויה בתוספת השישית, למעט מספר חריגים שפורטו בחוק. כמו כן, נקבעו שני תנאי סף נוספים לשקילת עריכת הסדר: האחד - לדעת התובע העונש המתאים לחשוד לא כולל מאסר בפועל; והשני - כי בחמש השנים שלפני ביצוע העבירה לא נרשמה לחובת החשוד עבירה בחוק המרשם הפלילי, לרבות הסדר שנערך, וכי לא מתנהלים חקירות או משפטים פליליים נגדו.

9. יוער כי סעיף 154' לחוק ניירות ערך מטיל חובת פרסום על כל הסדר שנערך וקובע כי על פרקליט מחוז - שלו נתונה הסמכות להתקשר בהסדר - להעביר עותק של ההסדר לרשות ניירות ערך לצורך פרסום ההסדר באתר האינטרנט של הרשות. חובה דומה קבועה גם בסעיף 67ח' לחסד"פ.

10. קיימים הבדלים מסוימים בין ההסדר המשפטי הקבוע בחוק ניירות ערך לעומת זה הקבוע בחסד"פ. בין היתר, ניתן למנות את סוגי העבירות לגביהן ניתן להחיל הסדר (גם מבחינת סיווגן), זהות הגורם המוסמך להחליט על עריכת הסדר, העובדה כי הסדר מותנה לפי חוק ניירות ערך לא מחייב הודאה מצד החשוד (ראו סעיף 67ה' לחסד"פ). כמו כן, במסגרת ההסדר לפי חוק ניירות ערך ניתן להטיל סנקציות ואמצעים ייחודיים שלא קיימים בהסדר לפי חסד"פ (ראו סעיף 54ה(ב) בשילוב סימן ג' לפרק ח'4 לחוק ניירות ערך). זאת ועוד, בחוק ניירות ערך אין בנמצא תנאי הסף הקבועים בחסד"פ שעניינם כי העונש המתאים לחשוד, לדעת התובע, לא כולל מאסר בפועל, וכי לחשוד אין רישום פלילי ולא נערך הסדר בחמש השנים האחרונות; וכן לא תלויים נגדו הליכי חקירה או הליכים פליליים. עם זאת, בהנחיות שהוצאו לצורך יישום הסמכות לעריכת הסדר מותנה (הנחיה בעניין הסדר הפסקת הליכים מותנית (להלן: **ההנחיות**); המסמך זמין באתר רשות ניירות ערך), נקבע כי נוסף לתנאים הקבועים בחוק ניירות ערך, בהפעלת שיקול הדעת "**יילקחו בחשבון תנאי סף נוספים הקבועים בהסדר בחוק סדר הדין הפלילי**" (סעיף 10 להנחיות). בהנחיות צוין כי אחד הנתונים שיילקח בחשבון הוא כי העונש המתאים "אינו כולל מאסר בפועל" ובכלל זה מאסר שירוצה בעבודות שירות. לשלמות התמונה יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה פרסם הנחיות בנוגע להפעלת הסמכות בעבירות עליהן חל ההסדר בחסד"פ - ראו: נוהל והנחיות להפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982-**"הסדר מותנה"** (הנחיה מספר 4.3042; פורסם בשנת 2013 ועודכן ביום 3.1.2019).



11. השגותיו של הנאשם באשר לאי-עריכת הסדר מותנה, הן בשני רבדים - ברובד הכללי מלין הנאשם על כך שלא נערך עמו הסדר מותנה למרות שהוא עומד בתנאי הסף שמאפשרים זאת. לטענת הנאשם באשר לעריכת הסדר ממד נוסף. הוא מתבטא בטענה כי המאשימה נקטה אכיפה בררנית בכך שהפלתה אותו לעומת החשוד האחר שעבר עבירות דומות ועמו כן נערך הסדר. כפי שכבר צוין, אינני מקבל את טענתו של הנאשם על כל רבדיה.

12. הסמכות להחליט על עריכת הסדר מותנה עם חשוד נתונה לרשות התביעה, ובמקרה שלפנינו הסמכות נתונה לפרקליט מחוז. עריכת הסדר מותנה היא חלק מאגד הסמכויות שנתונות לתביעה בעניין העמדתו לדין של חשוד, שכוללות בין היתר, הגשת כתב האישום או הימנעות מהגשתו, הפניית ההליך לאפיק אכיפה מנהלי או עריכת הסדר מותנה (בג"ץ 8088/14 **פרחאת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (27.9.2017) (להלן: בג"ץ **פרחאת**); בג"ץ 8049/16 **אלון נ' פרקליטות המדינה (המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין)** (6.3.2017) (להלן: בג"ץ **אלון**)). חוק ניירות ערך קובע מספר תנאי סף שצריכים להתקיים על מנת שניתן יהיה לשקול עריכת הסדר מותנה ואולם אין משמעות הדברים כי כל אימת שמתקיימים תנאי הסף - קיימת חובה לערוך הסדר. לתביעה נתון שיקול דעת להחליט אם המקרה מתאים לעריכת הסדר מותנה. שיקול הדעת הנתון לתביעה הוא רחב וברגיל בית המשפט ימנע להתערב בשיקול הדעת (ראו באופן כללי: בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 26.2.2008); בג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי, פ"ד סג(2) 325** (2009); לעניין עריכת הסדר מותנה: בג"ץ **אלון**; בג"ץ **פרחאת**; ע"פ (מחוזי חיפה) 62104-07-17 **תמר נ' מדינת ישראל** (9.11.2017); ע"פ (מחוזי חיפה) 47817-04-18 **רייבי נ' מדינת ישראל** (19.7.2018); ת"פ (שלום קריות) 21857-06-14 **פרקליטות מחוז חיפה - פלילי נ' בן סימון** (739.2015)).

13. כאן המקום לציין כי האכסניה ההליכית לדין בטענת הנוגעת להפעלת שיקול דעת התביעה בעניין עריכת הסדר היא בתוככי ההליך הפלילי (בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע נ' מדינת ישראל משרד התעשייה** (6.2.2006)). אשר לאכסניה הדוקטרינרית לפיה יש לדון בטענות הנוגעות לשיקול דעת התביעה בהעמדה לדין, לאחרונה נקבע כי יש לדון בטענות אלו על פי דוקטרינת ההגנה מן הצדק ואין להידרש לכלים דוקטרינרים אחרים מתחום המשפט המנהלי (דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (15.12.2021); לעניין הסדר מותנה ראו לאחרונה: בג"ץ 1738/22 **שרמן נ' היועצת המשפטית לממשלה** (27.4.2022)). יצוין כי בעניין רותם התעוררה מחלוקת בדבר היקף הביקורת הראויה של בית המשפט על החלטת התביעה, ובפרט בשאלה אם ניתן לבחון את החלטת התביעה בפריזמה של חוסר מידתיות וחוסר סבירות (במסגרת הטענה של הגנה מן הצדק).

14. כידוע, הטענה של הגנה מן הצדק מעוגנת בסעיף 149(10) לחסד"פ והיא מכוונת למצב שבו התנהגותה הפסולה של הרשות או תוצאה - שלא בהכרח סיבתה בהתנהגות הרשות - יוצרים "מחסום" מפני העמדה לדין. קבלת טענת הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט הדין בעניין פלילי לבטל כתב אישום שהגשתו או בירורו עומדים "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגיונות משפטי" (ראו: ע"פ 8551/11 **סלכני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.8.2012)). פסיקת בית המשפט חזרה וקבעה כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תיושם רק במקרים יוצאי דופן ולא על נקל יבטל בית המשפט כתב האישום עקב טענה של הגנה מן הצדק (ראו: ע"פ 2910/94 **ארנסט נ' יפת, פ"ד נ(2) 221** (1996); ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776** (2005) (להלן: **עניין בורוביץ**)).



נזכיר עוד את המבחן המשולש שנקבע בעניין **בורוביץ**. על פי מבחן זה, בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו; בשלב השני, יבחן בית המשפט אם יש בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים שבו, משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות, ועליו לערוך איזון בין הערכים השונים התומכים בניהול ההליך לעומת אלה הנוגדים לכך; בשלב השלישי, יבדוק בית המשפט אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב האישום.

במקרה שלפנינו אינני רואה להרחיב יתר על המידה לגבי יסודותיה של הטענה להגנה מן הצדק, שכן על רקע שיקול הדעת הרחב שמוקנה לתביעה, לא ניתן לומר כי נפל פגם בהחלטת התביעה להגיש כתב אישום נגד הנאשם חלף עריכת הסדר מותנה. במילים אחרות, המקרה שלפנינו אף לא חוצה את המשבצת הראשונה בתורת שלושת השלבים. יותר מכך, אף במבחנים של סבירות ומידתיות לא ניתן לומר כי נפל פגם בהחלטה להגיש כתב אישום. הדברים אמורים הן ביחס לטענת הנאשם ברובד הכללי - כי נפל פגם בכך שלא נערך עמו הסדר מותנה, והן ביחס לטענה של אכיפה ברינית, לפיה נמצא מקרה אחד בעל מאפיינים דומים (כך לפי הטענה) בו נערך הסדר מותנה.

15. המאשימה טוענת כי אחד מתנאי הסף שנדרשים לצורך שקילת עריכת הסדר מותנה, הוא כי התביעה סבורה שהעונש המתאים לחשוד, לא כולל מאסר בפועל ואף לא בעבודות שירות. יוער תחילה כי תנאי הסף הקבוע בחסד"פ לא כולל את התנאי לפיו לדעת התביעה העונש המתאים לחשוד לא כולל מאסר בפועל שניתן לשאתו בעבודות שירות, להבדיל ממאסר בפועל (ראו סעיף 67א(ד)(1) לחסד"פ והשוו מנגד סעיף ד להנחיות היועמ"ש; כמו כן ראו רע"פ 8805/20 **דורושנקו נ' מדינת ישראל** (28.2.2021)).

לגופם של דברים, חוק ניירות ערך לא קובע כי לשם עריכת הסדר מותנה על התובע לסבור כי העונש המתאים אינו כולל מאסר ולכן לא ניתן לומר כי המדובר בתנאי סף. יתרה מכך, בסעיף 10 להנחיות נקבע כי:

"בצד תנאי הסף בעריכת הסדר מותנה לפי חוק ניירות ערך, יינתן משקל משמעותי לשאלה אם החשוד הודה בעובדות המהוות עבירה המפורטת בהסדר. בנוסף, ילקחו בחשבון גם תנאי סף נוספים הקבועים בהסדר בחוק סדר הדין הפלילי [...]" (ההדגשה לא במקור - מ"ע).

הקביעה כי אין המדובר בתנאי סף, לא משמיעה את המסקנה כי שיקול זה - כלומר עמדת הגורם התובע ביחס לעונש הראוי - לא רלוונטי. ראשית, שיקול זה מעוגן בהנחיות ולא נטען כי נפל פגם בגיבוש ההנחיות; שנית, המדובר בשיקול רלוונטי בהינתן תכליתו של ההסדר המותנה ובהינתן שיקול הדעת הניתן לתביעה להחליט אם נסיבות העניין מצדיקות להציע הסדר מותנה או להגיש כתב אישום. לאמיתו של דבר, השיקול הקבוע בהנחיות ובחסד"פ הטמון במענה לשאלה אם נסיבות העניין מצדיקות הטלת מאסר, מלמד כי לתביעה שיקול דעת רחב, שכן לעתים המענה לשאלה זו תלוי גם בשיקולי מדיניות. עמדת המאשימה ביחס לדעתה לגבי העונש אף עשויה לקפל בתוכה את התובנה כי המדובר במקרה שנסיבותיו חמורות ואין הצדקה לויתור על הליך פלילי ופניה להסדר מותנה. הדברים נאמרים כמובן, מנקודת ראות התביעה ובזיקה לאופן לפיו היא צריכה להפעיל את שיקול דעתה, ואין ללמוד מהם דבר לגבי עמדתו של



בית המשפט. בנקודה זו יצוין כי מקובלת עליו הערת המאשימה בתגובתה כי הואיל וטרם נשמעו הראיות, לא ניתן לעמוד על מאפייני המקרה; מנגד אוסיף כי נקודת הזמן הנוכחית גם לא מאפשרת לבחון טענות אפשריות שעומדות לנאשם, בין אם טענות לזיכוי ובין אם טענות אחרות בנוגע למעשיו הנטענים בכתב האישום.

16. עמדתה של המאשימה כי המקרה "נצבע", לכאורה, במאפייני חומרה שמצדיקים הגשת כתב אישום, מתלכדת עם טענתו הנוספת של הנאשם לפיה ננקטה כלפיו אכיפה בררנית. לטענת הנאשם הוא איתר מקרה אחד בו ערכה התביעה הסדר מותנה עם חשוד בפרשה שדומה עד למאוד לפרשה הנדונה בהליך זה ואף חמורה ממנה.

17. לפני שאדרש לגופה של הטענה יצוין כי בפסיקת בית המשפט העליון קיימות דעות לפיהן לא די בכך שהנאשם יצביע על מקרה אחד בו התביעה נהגה בחוסר שוויון כדי לכונן טענה של אכיפה בררנית. בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.9.2013) (להלן: עניין פרץ), הביע הנשיא (בדימוס) גורניס ספקות אם "אם ראוי לקבוע כי די במקרה זהה אחד ויחד בו פעלו הרשויות המינהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב אישום במקרה דומה אחר". לפי עמדתו של הנשיא גורניס כי "על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (פסקה 4 לפסק הדין בעניין פרץ). השופט ג'ובראן הצטרף להערותיו של השופט גורניס, זאת בשונה מעמדתו של השופט פוגלמן כי די במקרים ספורים ואף במקרה אחד כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית.

18. אין צורך להרחיב בעניין המסד שעל הנאשם להניח לצורך ביסוס הטענה של אכיפה בררנית, שכן בניגוד לנטען על ידי הנאשם, בין עניינו לבין עניינו של האחר קיים שוני מהותי אשר מוביל למסקנה כי קיימת הצדקה עניינית לנהוג אחרת כלפי השניים. אמנם, בין שתי הפרשות קווי דמיון כלליים, שכן שתיהן עוסקות בביצוע פעולות בזירת סוחר מקוון בלתי מורשות על ידי מי שאינם בעלי רישיון לפי חוק הייעוץ; ובשני המקרים הנאשם והחשוד האחר פנו למשקיעים פוטנציאליים והציעו להם לסחור בזירת סוחר. ברם לצד קווי הדמיון, קיימים הבדלים משמעותיים:

ראשית, בעוד שהנאשם במקרה שלפנינו הואשם בריבוי עבירות של קבלת דבר במרמה, שהיא העבירה החמורה ביותר הכלולה בכתב האישום, לחשוד האחר לא מיוחסת עבירה זו והחשדות בגינן נמצאו ראיות לגבי החשוד האחר נוגעות לעבירות על חוק הייעוץ בלבד. ואכן, בשונה מהחשוד שתיאור מעשיו לא כולל מעשים "מרמתיים" מובהקים (ואיני מתעלם מהאמור בסעיף 7 לתיאור העובדות בהסדר), כתב האישום מגולל מסכת טענות שכוללת הצגת מצגי שווא והסתרת מידע במספר מישורים. בין היתר נטען בכתב האישום כי הנאשם הציג בפני המשקיעים מצג לפיו מדובר בהשקעה שהניבה לו בעבר תשואה של 25% וגרם להם להאמין שמדובר בהשקעה סולידית ובטוחה למרות שהיה מודע לסיכונים. זאת, לצד יתר המצגים שהוצגו כמפורט בכתב האישום.

שנית, קיים פער בהיקף הנזק שנגרם למשקיעים: בעוד שהנאשם גייס כספים בהיקף של כ- 150,000 דולר, הסכום שהשקיעו המשקיעים במקרה האחר הסתכם בכ- 50,000 דולר (ולא כפי שנטען בבקשה).

שלישית - קיים שוני בנסיבות הקשורות בפעילות השניים. כעולה מהעובדות שפורטו בהסדר המותנה, החשוד



האחר פנה למשקיעים פוטנציאליים והציע להם להעביר כספים לניהול חברת ITRADE (חברה פרטית שרשומה בהונג קונג) שעסקה במסחר בשוק הפורקס; ואילו הנסיבות שפורטו בכתב האישום חמורות יותר. לנאשם מיוחסות פעולות נרחבות יותר שכללו הצגת מצגים חמורים, והפעלת מגנן מניפולטיבי מורכב יותר של תגמול כפול ואף משולש, לעומת התגמול שקיבל החשוד האחר שהוא לא רק פעוט בהיקפו (1,800 דולר ארה"ב) אלא גם פשוט ונגזר רק מסכום ההשקעה של המשקיעים.

בהינתן ההבדלים המהותיים בין שני המקרים, לא ניתן לומר כי בכך שהתביעה ערכה הסכם מותנה עם החשוד האחר ולא עשתה כן עם הנאשם, נקטה אכיפה בררנית.

19. קיצורו של דבר, שאני מחליט לדחות את הבקשה לביטול כתב האישום.

המזכירות תשלח את ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, ז' אב תשפ"ב, 04 אוגוסט 2022, בהעדר הצדדים.