

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

המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחויזי בחיפה

ת"פ 21-08-64242 מדינת ישראל נ' טל

תיק חיצוני: רע"נ 06/2019

לפני כבוד השופט מוחמד עלי

המאשימה

מדינת ישראל

עו"י עורכות הדין הדס נאמן ארזיאן והדר קוליה
מפרקליות מחוז תל-אביב (مיסוי וכלכלה)

נגד

אסף טל

עו"י עורך הדין טל אבריאל
מטעם הסגנוריה הציבורית

הנאשם

החלטה

הנאשם עוטר לביטול כתוב האישום ומשער 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 כתוב אישום שמייחס לו עבירות על חוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; עבירות על חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תקין השקעות, תשנ"ה-1995; זאת לצד עבירה של קבלת דבר במרמה לפי חוק העונשין, תשל"ז-1977.

כתב האישום

.1. נגד הנאשם הוגש כתוב אישום, שמורכב מחלוקת כללי וכould כולל שלושה אישומים.

בחלוקת הכללי המקדים של כתוב האישום, צוין כי הנאשם הוא הנדסאי אלקטرونיקה בהשלתו וכי עבר לתקופה הרלוונטית בכתב האישום פוטר מעבודתו. נטען כי במהלך שנת 2019 (להלן: **התקופה הרלוונטית**), פנה הנאשם ללקוחות פוטנציאליים רבים והציג להם שירות מסחר ממוחשב המבוסס על רובוט הcóול אלגוריתם לבחירת השקעות (להלן: **המסחר הרובוטי**). המסחר הרובוטי הتبצע בزيارة סוחר אוסטרלי שנקראת Shonkraft Pepperstone (להלן: **פרסטון**) והתמקד בחוזה הפרשים על מגוון נכסים וביחסו של זהב. צוין כי>Zirat סוחר היא פלטפורמת מסחר ממוחשבת המאפשרת למשקיעים לophobic מוללה במכשירים פיננסיים נגזרים, וכי המסחר בزيارة הסוחר מתבצע מול/zirah עצמה ולכך לעיתים מאופיין בנגוד עניינים בין הלקו. כאשר הלקו מפסיד כתוצאה עסקה במכשיר פיננסי,/zirah מרווחה את מלאה ההפסד שלו, וכאשר הלקו מרוויח,/zirah מחייבת שלהם לו את מלאה הרווח. עוד צוין בחלוקת הכללי של כתוב האישום, כי/zirah הפסיד הוא מכשיר פיננסי ממונע שערכו נגזר ממשיר נכס הבסיס, כפי ש晦יר זה נקבע על ידי/Zirat הסוחר עצמה. מדובר בחוזה שבו מתחייב המוכר כלפי/zirah להשלם לו את ההפרש שבין ערכו הנוכחי של נכס הבסיס ליום העסקה לבין ערכו של אותו נכס במועד יימוש החוזה. בחוזה הפרשים הלקו מרוויח או מפסיד בהתאם ל"כיוון" העסקה שבחור ובהתאם לכך נקבעת נכס הבסיס. כאשר הלקו מרוויח שערכו של נכס הבסיס יעלה, הוא צפוי לרכוש את החוזה, וכאשר הוא מרוויח שערכו של נכס הבסיס ירד, הוא צפוי לבצע מכירה בחסר. כאשר ההפסד של

עמוד 1

הלוקו בכלל העסקיות שפתח מגע לשיעור מסוים מתוך סך הכספיים בחשבונו, היזירה תסגור באופן יזום את העסקיות שלו והוא ימחק מהמסחר. משמעות המינוף המובנה בחוזה הפרשים היא שהлокו אין נדרש להפקיד את מלאו שלו, רק הנקוב של העסקיות שהוא פותח, אלא רק אחזו יחסית מערך כבתוחה. המינוף בחוזה הפרשים כרוך בסיכון רב, משום שכלל שהוא גובה יותר, די בתנודות קטנות יותר בשער נכס הבסיס בנגד לפוזיציה של lokoo, כדי שהיזירה תסגור את העסקיות שלו והוא יפסיד את מלאו מקום השקעתו. עוד צוין בחלק הכללי כי בתקופה הרלוונטית, סחר הנאשם בחוזה הפרשים בזירת הסוחר פפרסטון בעבר -35 ל��וחות לכל הפחות. מנגנון התגמול של הנאשם המתבסס על תשלום שגבא מלוקוחות בעבר התקנת מסחרת המסחר, על תגמול שקיבל מפפרסטון בעבר כל Lokoo שפתח באמצעותו חשבן מסחר בזירה ועל דמי הצלחה שלו למועד בהתאם לעדדים שקבעו.

באים הראשון מיחסות לנאשם ריבוי עבירות של קבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין, תש"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**). על פי הנטען, בתקופה הרלוונטית פנה הנאשם Lokooות פוטנציאליים רבים והציג לנחל עבורם חשבן מסחר בפפרסטון באמצעות רובוט מסחר אוטומטי. כדי לפתח חשבן מסחר בפפרסטון יש לעבור מבחן התאמת שמטרתו להגן על lokooות ולמנוע מצבים שבהם הם יתאפשרו לקבל החלטות השקעה מושכלות בשל חוסר הבנה של הסיכון הכרוך בפעולותם בזירה. במסגרת מבחן הרתאמת lokooות נדרש למלא שאלון שנועד לאפשר לפפרסטון להעיר את המידה שבה הוא מבין את הסיכון הנלווה למסחר ואת התאמתו לפעולות בזירה (להלן: **השאלון**). הנאשם נהג למסור Lokooות את התשובות לשאלון ובכך לאפשר להם לעקוף את הליך הסינוי ולפתח חשבן מסחר בפפרסטון, על אף שלא היו מודעים לסיכון הכרוכם בהשקעה בה. בנוסף, הנאשם מסר Lokooות מצג לפיהם הוא מומחה למסחר בזירה, בעל תארים מתקדמים בכללה ומנהל עסקים, בהם לא אחז; הנאשם מסר 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) הסיכון והסיכויים הכרוכים במסחר בזירה - הנאשם שיווק את המסחר הרובוטי בתור השקה שמניבה תשואה גבוהה בסיכון נמוך, והציג Lokooות מצגים כזבים ביחס לתשואות גבוהות שהניבה פעילות המסחר שלו בעבר, למرات שרוב החשבונות שניהל היו מופסדים; הנאשם הציג את פפרסטון בתור בנק השקעות, ומנע מההביר לлокוחות את הסיכון הכרוך במסחר בזירות סוחר בכלל ובפפרסטון בפרט. ג) פעילות חוקית - הנאשם שלא החזיק ברישיון ניהול תקני, הסתיר מלוקוחותיו שפעילותם בחשבוניותם מצריכה רישיון ומתבצעת בנגד להוראות חוק הסדר הייצוג ויעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשי"ה-1995 (להלן: **חוק הייעוץ**) וייצר בפניהם מצג שווה לפיו ניהול תיקי השקעות שלהם על ידו נעשה בהתאם לחוק).

לבסוף צוין כי בעשותו את הפעולות שפורטו, הנאשם קיבל במרמה את הסכמתם של lokooות 9 Lokooות לביצוע מסחר בכיספים שהפקידו בזירת המסחר. סך הכספיים הכללי שהושקע ע"י Lokooות אלה, עמד על כ-135,000 שCOND

долר ארה"ב, שהם 435,000 ₪.

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

בפתח האישום השני, צוין כי בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, הציע הנאשם, שלא החזיק ברישון עבור תיקים, שלושה מסלולי השקעה אפשריים באמצעות מסלול מכירה, מסלול השכלה ומסלול "חשבון מנהל". במסלול המכירה, הנאשם הציע ללקוחות לרכוש ממנו את הרובוט ולסchor באמצעותו. במסלול חשבון מנהל, הנאשם הציע ללקוחות לאפיון בשbillim את הרובוט ולסchor באמצעותו עבורם בתמורה להצלחה.

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

במסלול חשבון מנהל, סחר הנאשם בחזזה הפרשים בעבור 35 לכל הפחות, באמצעות רובוט המשחר שאופיין על ידי ולפי פרמטרים שנקבעו בהתאם לשיקול דעתו. המשחר התבצע ללא הפעלת שיקול דעת ע"י הלקוחות, שלמרביתם לא הייתה כל הבנה במשמעותם פיננסיים ולמקצתם הייתה הבנה בסיסית ביותר.

הפעולות שביצע הנאשם בחשבות הלקוחות כמפורט לעיל, היא פעילות של ניהול תיקי השקעות הטעונה רישון לפי חוק הייעוץ, זאת לאחר והנאשם סחר בעבור לקוחותיו בחזזה הפרשים, שהוא נכס פיננסי כהגדרתו בחוק הייעוץ כשSHIPOL הדעת ביחס לעסקאות היה מסור לו.

בסיוף של האישום צוין כי בעשותו את הפעולות המפורטות לעיל, הציע הנאשם לנוהל וכן ניהול בפועל תיקי השקעות ללא רישון ניהול תיקים ובניגוד להוראות חוק הייעוץ.

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

באישום זה צוין כי במאי 2015 נכנס לתוקף תיקון מס' 42, תש"ע-2010 (להלן: **תיקון 42**), במסגרתו הוסף חוק ניירות ערך פרק 3 שעסק בזירת סוחר כהגדרתם בסעיף 44ו"ב לחוק ניירות ערך.

צוין כי תיקון 42 נועד להסדיר את הפיקוח על זירות סוחר וקובע כי לצורך הפעלתם נדרש רישון זירה מרשות ניירות ערך. לצד חובת הרישון, תיקון 42 אוסר לפנות בהצעה לסקור בזירת סוחר שאינה מפוקחת בישראל.

נטען כי בתקופה הרלוונטית הנאשם הפנה את ל��וחותיו לפפרטון, מסר להם את התשובות לשאלון כמפורט באישום הראשון וסייע להם בפתחת חשבון המסחר. זאת בעוד שפפרטון היא זירת סוחר אוטstralit שمفוקחת ע"י רשות ניירות ערך אך אינה בעלת רישיון זירת סוחר ולפיכך אינה מפוקחת ע"י רשות ניירות ערך בישראל, עובדה שה הנאשם היה מודע לה.

עוד נטען כי הנאשם הניע את ל��וחותיו להשكيיע את כספו בפפרטון, שהציג אותה בתור בנק השקעות בין-לאומי אמין וوثיק. הנאשם הסביר ל��וחותיו, כי הוא עובד מול פפרטון להיות שתנאי המסחר בה הם הטובים ביותר עבור המשקיעים, והשיקה בה משתלמת במילוי, בין היתר בשל העובדה שהיא " מתחת לרדאר" של רשות המס הישראליות.

כמפורט באישום הראשון, הנאשם תוגמל ע"י פפרטון על כל ל��וח שהפנה אליה. על כן נטען כי הנאשם היה מנייע כלכלי לעודד את ל��וחותיו לפתח את חשבון המסחר בפפרטון דווקא, עובדה שהסתיר מהם

הבקשה הנוכחית וטענות הצדדים

2. בבסיס בקשה הנתבע כי המאשימה לא בינה אפשרות סגירת התקיק בסדר (מוותנה) בהתאם לסמכות הנתונה לתביעה בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב- 1982 (להלן: **חס"פ**). הנאשם עמד על תכליתו של מוסד ההסדר והוא כי למאשימה סמכות לעורוך הסדר בשם לב לאישומים המיוחסים לנายนם, בהתאם לסימן ב' לפרק טז לחוק ניירות ערך, ובפרט סעיף 54ה' לחוק. הנאשם הוסיף וטען כי נתוני של המקירה נופלים בגין המקרים המאפשרים עיריכת הסדר מוותנה.

כמו כן, נטען כי הגשת כתב האישום נגד הנאשם נקיית אכיפה בררנית. לטענת הנאשם, הוא גילה מקרה אחר בו חשוד (להלן: **החשוד الآخر**) נחקר על ידי הרשות לניירוט ערך בגין פרשה דומה ואף חמורה יותר, אך בשונה מה הנאשם, התביעה ערכאה עמו הסדר מוותנה. הנאשם השווה בין נתוני לבן של החשוד האחר לבין האישומים שייחסו לשניים, ולטענתו הנתונים דומים ולא מצדיקים נקיית דין שונה.

ה הנאשם סבור כי התנהלות המאשימה שהתבטאה בהגשת כתב האישום ללא שיקול הסדר מוותנה וטור נקיית אכיפה בררנית, מקימה לנายน 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, שציריך להוביל לביטול כתב האישום.

3. המאשימה בבקשת לדחות את הבקשה. לגישת המאשימה, הסמכות לעיריכת הסדר מוותנה שקבועה בסעיף 54ה' לחוק ניירות ערך, שעוסק בחשודים בעבירות ניירות ערך, שונה מההסדר הקבוע בסעיף 67א' לחס"פ. זאת ועוד, לטענתה, הסמכות לעורוך הסדר מוותנה היא סמכות שבסיקול דעת והפעלת הסמכות מלאה בעמידה בתנאי סוף

ובהחלטת פרקליט המחווז אם בנסיבות המקירה די במילוי תנאי הסדר כדי למצות את העניין הציבורי ולגורם המוסמך שיקול דעת רחב. נטען עוד כי אחד מתנאי הסוף הנדרשים לשיקילת עירicת הסדר מותנה הוא, כי לדעת התובע העונש הראווי לחשוד, לא כולל מסר בפועל ואף ולא בדרך של עובדות שירות, ואילו במקירה הנדון העונש הראווי לנאשם (ככל שירושע) הוא מסר בפועל. מכאן שלשיות המאשימה הנאשם לא עומדת בתנאי הסוף לשיקילת הסדר. לפיכך, נטען כי לא נפל פגם בהגשת כתב האישום.

לגביה הטענת לאכיפה הברנית, נטען כי הנאשם הפנה למקירה אחד ולא די בכך כדי להקים תשתיית מספקת לעיגון הטענה של אכיפה ברנית. כמו כן נטען כי נסיבות המקירה בו מעורב הנאשם חמורות יותר מאשר נסיבות המקירה בו היה מעורב החשוד الآخر. בהקשר זה נטען כי בית המשפט לא נחשף עדין לתמונה הראיתית הכללת ולטיב המעשים. לפיכך, טענה המאשימה כי טענות הנאשם לא צולחות את המבחן שנקבעו ביחס לדיוון בטענה של הגנה מן הצדק.

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

דין והכרעה

4. לאחר שעניינו בטענות הצדדים הגעתו למסקנה שדין הבקשה להידוחות. נימוקי למסקנה זו יובאו להלן.

5. בנקודה הבקשה הלנת הנאשם על כך שב.ceינו לא נבחנה האפשרות לעורך עמו הסדר מותנה חלף העמדתו לדין. הנאשם הפנה להוראות החסד^פ, אך הסמכות לעירicת הסדר מותנה במקירה הנוכחי מוסדרת בחוק נירות ערך, זאת בשים לב לעבירות שמיוחסות לנאשם. עם זאת יצוין כי עיקרי הסדר שבוחק נירות ערך ובחסד^פ דומים ושני הסדרים באו לשרת אותן תכליות (הלייני החקיקה בשני החוקים אף נעשו במקביל ו"ההשראה" למתחוה החקיקתי בחוק נירות ערך היה מהלייני החקיקה בנוגע להסדר המותנה בחסד^פ.)

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

"על אף האמור בסעיף 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982,
ရשי פרקליט מחווז, גם אם ראה שקיימות ראיות מספיקות לאישום, שלא להעמיד חשוד
בביצוע עבירות נירות ערך לדין ולהתקשר עם החשוד בהסדר להפסקת הליכים המותנית
בתנאים (בסיימון זה - הסדר), ובלבך שסביר שנסיבות העוני בנסיבות מסוימות לא-
העמדה לדין נוכח עירicת הסדר ומילוי תנאי".

7. סעיף 54ה' הוא חלק מסימן ב' לפרק ט' 1 לחוק ט' 1 לחוק נירות ערך, אשר נחקק כחלק מהחוק ייעול הליני האכיפה ברשות נירות ערך (תיקוני חקיקה, תש"ע-2010). תכליות של הסדר שקבע בחוק נירות ערך דומה לזה הקבוע בחסד^פ. הסדר נועד להעשיר את ארגז הכללים העומד לרשות התביעה על מנת לאפשר התאמת טובה יותר בין חומרת

העבירה ונסיבות ביצועה בין התגובה החברתית המופעלת נגד החשוד, מთוך תפיסה כי לא כל הפרה של החוק צריכה להוביל לנקיטת הילך פלילי עם כל המשמע מכך. תכליות נוספות להגברת האכיפה בתיקים "קלים" שאלאן אףיק ההסדר המותנה היו נסגרים בשל העדר משאים וככלל ליעול הליכי האכיפה (ראו דברי ההסבר להצעת חוק "יעול הליכי האכיפה ברשות נירות ערך" (תיקון מס' 45), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 489; בג"ץ 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 לსגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח הממשלה 210 (להלן: **הצעת החוק**); ראו גם: בג"ץ 5099/20 **הסניגוריה הציבורית נ' היوم"ש** (2.2.2022); אורן גזל-אייל "הסדרי ענישה - הצעה להילך חדש" **עינוי משפט** ל 125, 147 (תשע"ז)).

8. סימן א' לפרק ד' לחס"פ עוסקת בסגירת תיק בהסדר לגבי עבירות שפורטו בחוק. ליבתו של ההסדר מצויה בהוראת סעיף 67א(ב) לחס"פ, שמעגן סמכות דומה לסמכות הקבועה בחוק נירות ערך. לפי סעיף 67א(ב) לחס"פ, בהינתן קיומן של ראיות מספיקות לאישום, ניתן סמכות לרשות התביעה (פרקיליטות או התביעה המשטרתית לפי סוג העבירה) סמכות שלא להעמיד חשוד לדין וחלף זאת להצעה לו הסדר, זאת אם ראתה כי נסיבות העניין בכללות מתאימות לאי-העמדה לדין נוכחות ערכית ההסדר ומילוי תנאים. סעיף 67א(ג) לחס"פ קובע כי לא יערך הסדר אלא בעבירה מסווג חטא או עוון, או בעבירה מסווג פשע המוניה בתוספת השישית, למעט מספר חריגים שפורטו בחוק. כמו כן, קובע שני תנאי סוף נוספים לשיקילת ערכית 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. יעור כי סעיף 54ו' לחוק נירות ערך מטיל חובת פרסום על כל הסדר שנערך וקובע כי על פרקליט מחוץ - שלו נתונה הסמכות להתקשר בהסדר - להעביר עותק של ההסדר לרשות נירות ערך לצורך פרסום ההסדר באתר האינטרנט של הרשות. חובה דומה דומה גם בסעיף סעיף 67ח' לחס"פ.

10. קיימים הבדלים מסוימים בין ההסדר המשפטי הקבוע בחוק נירות ערך לעומת זה הקבוע בחס"פ. בין היתר, ניתן למנות את סוג העבירות לגיבויו ניתן להחיל הסדר (גם מבחינת סיוגן), זהות הגורם המושם להחלטת על ערכית הסדר, העובדה כי הסדר מותנה לפי חוק נירות ערך לא מחייב הודהה מצד החשוד (ראו סעיף 67ה' לחס"פ). כמו כן, במסגרת הסדר לפי חוק נירות ערך ניתן להטיל סנקציות ואמצעים "יהודים" שלא קיימים בהסדר לפי חס"פ (ראו סעיף 54ה'(ב) בשילוב סימן ג' לפרק ח'4 לחוק נירות ערך). זאת ועוד, בחקוק נירות ערך אין במקרה תאני הסוף הקבועים בחס"פ שעוניים 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 שהוצעו לצורך יישום הסמכות לערכית הסדר מותנה (הנחה בעניין הסדר הפסקת הליכים מותנית (להלן: **ההנחיות**); המסמך זמין באתר רשות נירות ערך), נקבע כי נוסף לתנאים הקבועים בחוק נירות ערך, בהפעלת שיקול הדעת **"יילקו בחשבון תנאי סוף נוספים הקבועים בהסדר בחוק סדר הדין הפלילי"** (סעיף 10 להנחיות). בהנחיות צוין כי אחד הנתונים שיילקה בחשבון הוא כי היוזץ המשפטי לממשלה פרסם הנחיות בנוגע להפעלת הסמכות בעבירות עליהן חלה שירות. לשלהות התמונה יצוין כי היוזץ המשפטי לממשלה פרסם הנחיות בנוגע להפעלת הסמכות בעבירות עליהן חלה הסדר בחס"פ - ראו: נוהל והנחיות להפעלת תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982-**"הסדר מותנה"** (הנחה מס' 4.3042; פורסם בשנת 2013 ועודכן ביום 3.1.2019).

11. השגותיו של הנאשם באשר לאי-עריכת הסדר מותנה, הן בשני רבדים - ברובד הכללי מלון הנאשם על אף שלא נערך עמו הסדר מותנה למטרות שהוא עומד בתנאי הסף שמאפשרים זאת. לטענתו של הנאשם באשר לעריכת הסדר ממד נוסף. הוא מתבטה בטענה כי המאשימה נקטה אכיפה ברכנית בכך שהפלטה אותו לעומת החשוד האخر שעבר עבירות דומות ועמו כן נערך הסדר. כפי שכבר ציון, איןני מקבל את טענותו של הנאשם על כל רבדיה.

12. הסמכות להחלטת על עריכת הסדר מותנה עם חשוד נתונה לרשות התביעה, ובמקרה שלפניו הסמכות נתונה לפוקליט מוחוץ. עריכת הסדר מותנה היא חלק מאגד הסמכויות שנקבעו ל התביעה בעניין העמדתו לדין של חשוד, שכוללות בין היתר, הגשת כתוב האישום או הימנעויות מהगשתו, הפניות 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).
alon n' פרקליטות המדינה (המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין) (להלן: בג"ץ **alon**). חוק ניריות ערך קובע מספר תנאים ספ שצרכים להתקיים על מנת שניתן היה לשקל עריכת הסדר מותנה ואולם אין משמעותם הדברים כי כל אימת שמתקיים תנאי הסף - קיימת חובה לעורוך הסדר. ל התביעה נתון שיקול דעת להחלטת אם המקרה מתאים לעריכת הסדר מותנה. שיקול הדעת הנתון ל התביעה הוא רחב ובריגיל בית המשפט ימעט להתערב בשיקול הדעת (ראו באופן כללי: בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם ב公报, 26.2.2008); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפקליט הצבאי, פ"ד ס(2) 325 (2009); לעניין עריכת הסדר מותנה: בג"ץ **alon**; בג"ץ **פרחאת**; ע"פ (מחוזי חיפה) 17 62104-07-17 **תמר נ' מדינת ישראל** (9.11.2017); עפ"ג (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 ההליך לדין בטענת הנוגעת להפעלת שיקול דעת התביעה בעניין עריכת הסדר היא בתוככי הפלילי (בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירకות אגודה שיתופית חקלאית בע נ' מדינת ישראל משרד התעשייה** (6.2.2006)). אשר לאכסניה הדוקטרינית לפיה יש לדין בטענות הנוגעות לשיקול דעת התביעה בהעמדה לדין, לאחרונה נקבע כי יש לדין בטענות אלו על פי דוקטרינת ההגנה מן הצדק ואין להידרש לכלים דוקטרינרים אחרים מתחום המשפט המנהלי (דן"פ 20/20 5387 רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021); לעניין הסדר מותנה ראו לאחרונה: בג"ץ 1738/22 **שרמן נ' היועצת המשפטית לממשלה** (27.4.2022)). יzion כי בעניין רותם התעוררה מחלוקת בדבר היקף הביקורת הרואה של בית המשפט על החלטת התביעה, ובפרט בשאלת אם ניתן לבחון את ההחלטה התביעה בפריזמה של חוסר מידתיות וחוסר סבירות (במסגרת הטענה של הגנה מן הצדק).

14. כדי, הטענה של הגנה מן הצדק מעוגנת בסעיף 149(10) לחס"פ והוא מכונת למצב שבו התנהגותו הפסולה של הרשות או תוכאה - שלא בהכרח סיבתה בהתנהגות הרשות - יוצרים "מחסום" מפני העמדה לדין. קבלת טענת הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט הדן בעניין פלילי לבטל כתוב אישום שהגשו או בירורו עומדים "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (ראו: עפ" 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל** (פורסם ב公报, 12.8.2012)). פסיקת בית המשפט חזרה וקבעה כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תישם רק במקרים יוצאי דופן ולא על נקל בטל בית המשפט כתוב האישום עקב טענה של הגנה מן הצדק (ראו: ע"א 2910/94 ארנסט נ' יפתח, פ"ד נ(2) 221 1996; עפ" 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נ(6) 776 (2005) (להלן: **ענין בורוביץ**)).

זכור 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 ולעמו על עצמתם וזאת במנוגתק משאלת אשמו או חפותו; בשלב השני, יבחן בית המשפט אם יש בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים שבו, מושם פגעה חריפה בתחשות הצדק וההגינות, ועליו לעורוך איזון בין הערכיים השונים התומכים בניהול ההליך לעומת אלה הנוגדים לכך; בשלב השלישי, יבדוק בית המשפט אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעות מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתוב האישום.

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

15. המאשימה טעונה כי אחד מתנאי הסוף שנדరשים לצורך שיקילת עירית הסדר מותנה, הוא כי התביעה סבורה שהעונש המתאים לחשוד, לא כולל מאסר בפועל ואך לא בעבודות שירות. יעור תחילת כי תנאי הסוף הקבוע בחסיד"פ לא כולל את התנאי לפיו לדעת התביעה העונש המתאים לחשוד לא כולל מאסר בפועל שניתן לשאות בעבודות שירות, להבדיל ממאסר בפועל (ראו סעיף 67א(ד)(1) לחסיד"פ והשו מנגד סעיף ד להנחיות היומם"ש; כמו כן ראו רע"פ 20/2021 דורושנקו נ' מדינת ישראל (28.2.2021)).

לගופם של דברים, חוק ניירות ערך לא קובע כי לשם עירית הסדר מותנה על התובע לסביר כי העונש המתאים אינו כולל מאסר ولكن לא ניתן לומר כי מדובר בתנאי סוף. יתרה מכך, בסעיף 10 להנחיות נקבע כי:

"בצד תנאי הסוף בעירית הסדר מותנה לפי חוק ניירות ערך, יונתן משקל משמעוני לשאלת אם החשוד הודה בעבודות המהוות עבירה המפורטת בהסדר. בנוסף, יילקחו בחשבון גם תנאי סוף נוספים הקבועים בהסדר בחוק סדר הדין הפלילי [...] (ההדגשה לא במקור - מ"ע).

הקביעה כי אין מדובר בתנאי סוף, לא ממשינה את המסקנה כי שיקול זה - ככלומר עדמת הגורם התובע ביחס לעונש הראווי - לא רלוונטי. ראשית, שיקול זה מעוגן בהנחיות ולא נטען כי נפל פגם בגיבוש ההנחיות; שנית, מדובר בשיקול רלוונטי בהינתן תכליתו של ההסדר המותנה ובהתאם שיקול הדעת הנitin לתביעה להחליט אם נסיבות העניין מצדיקות להצעיר הסדר מותנה או להגיש כתוב אישום. למעשה של דבר, השיקול הקבוע בהנחיות ובחסיד"פ הטמון במענה לשאלת אם נסיבות העניין מצדיקות הטלת מאסר, מלמד כי לתביעה שיקול דעת רחב, שכן לעיתים המענה לשאלת זו תלוי גם בשיקולי מדיניות. עדמת המאשימה ביחס לדעתה לגבי העונש אף עשויה לקפל בתוכה את התובנה כי מדובר במקרה שנסיבותו חמורות ואין הצדקה לויתור על הליך פלילי ופניה להסדר מותנה. הדברים נאמרים כמובן, מנוקדת ראות התביעה ובזיקה לאופן לפיו היא צריכה להפעיל את שיקול דעתה, ואין ללמידה מהם דבר לגבי עדמותו של

בית המשפט. בנקודה זו יzion כי מקובלת עלי הurette המאשימה בתגובהה כי הויל וטרם נשמעו הריאות, לא ניתן לעמוד על מאפייני המקירה; מנגד אוסף כי נקודת הזמן הנוכחית גם לא מאפשרת לבחון טענות אפשרות שעומדות לנאם, בין אם טענות לזכוי ובין אם טענות אחרות בנוגע למעשה הנטען בכתב האישום.

16. עמדתה של המאשימה כי המקירה "נצח", לכארה, במאפייני חומרה שמצויקים הgest כתוב אישום, מתלבצת עם טענתו הננספת של הנאם לפיה ננקטה כלפי אכיפה ברנית. טענתה הנאם הוא איתר מקירה אחד בו ערכאה התביעה הסדר מותנה עם חשוד בפרשא שדומה עד מאוד לפרשה הנדונה בהילך זה אף חמורה ממנה.

17. לפני שادرש לגופה של הטענה יzion כי בפסקת בית המשפט העליון קיימות דעתות לפיהן לא די בכר שהנאשם מצביע על מקירה אחד בו התביעה נהגה בחוסר שווין כדי לכונן טענה של אכיפה ברנית. בע"פ 6328/12 מדינת ישראל ב' פרץ (להלן: עניין פרץ) הביע הנשיא (בדימוס) גורניס ספקות אם "אם ראוי לקבוע כי די במקרה זהה אחד ויחד בו פועל הרשות המינימלית בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתוב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתוב אישום במקרה דומה אחר". לפי עמדתו של הנשיא גורניס כי "על הנאם להראות, כי לאחר זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשות המינימלית במקרים דומים החלטות שונות מלאה שנטקלו במקרה שלו" (פסקה 4 לפסק הדין בעניין פרץ). השופט ג'ובראן הצטרכ להערותיו של השופט גורניס, זאת בשונה מעמדתו של השופט פוגלמן כי די במקרים ספורים ואף במקרה טעונה של אכיפה ברנית.

18. אין צורך להרחיב בעניין המasd שעלה הנאם להניח לצורך ביסוס הטענה של אכיפה ברנית, שכן בניגוד לנטען על ידי הנאם, בין עניינו לבין עניינו של الآخر קיים שינוי מהותי אשר מוביל למסקנה כי קיימת הצדקה עניינית לנוהג אחרת כלפי השניים. אמנם, בין שתי הפרשות קווי דמיון כלליים, שכן שתיהן עוסקות ביצוע פעולות בזירת סחר מקוון בלתי מושרות על ידי מי שאינו בעלי רישיון לפי חוק הייעוץ; ובשתי המקרים הנאם והחשוד האخر פנו למשקיעים פוטנציאליים והצעו להם לסחר בזירת סחר. ברם לצד קווי הדמיון, קיימים הבדלים משמעותיים:

ראשית, בעוד שהנאשם במקרה שלפניו הושם ביריבו עבירות של קבלת דבר במרמה, שהוא העבירה החמורה ביותר הכלולה בכתב האישום, לחשוד האخر לא מיוחסת עבירה זו והחזרות בגין נמצאו ראיות לגבי החשוד האخر נוגעות לעבירות על חוק הייעוץ בלבד. ואכן, בשונה מהחשוד שתיאור מעשי לא כולל מעשים "מרמתים" מובהקים (ואני מתעלם מהאמור בסעיף 7 לתיאור העבודות בהסדר), כתב האישום מגולל מסכת טענות שכוללת הצגת מצגי שווה והסתתרת מידע במספר מישורים. בין היתר נטען בכתב האישום כי הנאם הציג בפני המשקיעים מצג לפי מודול השקעה שהניבה לו בעבר תשואה של 25% וגרם להם להאמין שמדובר בהשקעה סולידית ובטוחה למורות שהיא מודעת לסיכון. זאת, לצד יתר המציגים שהוצעו כמפורט בכתב האישום.

שנית, קיימ פער בהיקף הנזק שנגרם למשקיעים: בעוד שהנאשם גיס כספים בהיקף של כ- 150,000 דולר, הסכם שהשקיעו המשקיעים במקרה האחר הסתכם בכ-50,000 דולר (ולא אף שנטען בבקשתה).

שלישית - קיים שינוי בנסיבות הקשורות בפעולות השניים. לעומת מהעובדות שפורטו בהסדר המותנה, החשוד

האחר פנה למשקיעים פוטנציאליים והציע להם להעביר כספים לניהול חברת ITRADE (חברה פרטית שרשומה בהונג קונג) שעסיקה במסחר בשוק הפורקס; ואילו הנسبות שיפורטו בכתב האישום חמורות יותר. לנאים מיזומות פעולות נרחבות יותר שככלו הצגת מצגים חמורים, והפעלת מגנון מניפולטיבי מורכב יותר של תגמול כפול ואף משולש, לעומת התגמול שקיבל החשוד الآخر שהוא לא רק פועל בהיקפו (1,800 דולר ארה"ב) אלא גם פשוט ונגזר רק מסכום ההשקעה של המשקיעים.

בහינתם ההבדלים המהותיים בין שני המקרים, לא ניתן לומר כי בכר שהtabיעה ערכה הסכם מותנה עם החשוד האخر ולא עשתה כן עם הנואם, נקטה אכיפה בררנית.

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

המצוות תשלח את ההחלטה לצדים.

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