



עפ"ג 55106/06/22 - עומרי חזן נגד מדינת ישראל, ע"י פרקליטות מחוז חיפה

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 55106-06-22 חזן נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 2219/2019

בפני	כבוד השופט א' בולוס [אב"ד]
	כבוד השופט מ' דאוד
	כבוד השופט נ' סילמן
המערער	עומרי חזן
	ע"י ב"כ עוה"ד אלון נשר (סניגוריה ציבורית)
נגד	מדינת ישראל
המשיבה	ע"י פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

פסק דין

השופט א' בולוס [אב"ד]:

ערעור המערער על החלטות ביהמ"ש השלום בקריות (כב' סגן הנשיאה השופט יוסי טורס) מיום 4.4.21 ו- 5.9.21 בגדרן נדחתה טענתו להגנה מן הצדק, לביטול כתב האישום והפניית עניינו לעריכת הסדר מותנה עם המשיבה.

לחילופין, המערער השיג בערעור כנגד מסקנת ביהמ"ש קמא בגזר-הדין מיום 12.5.22 הדוחה את בקשתו לביטול הרשעתו בדין.

כתב האישום

1. המערער הורשע על פי הודאתו בעבירת חדירה לחומר מחשב, לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 (להלן - חוק המחשבים).

כמתואר בכתב האישום, בין המערער למתלונן לא הייתה כל היכרות מוקדמת. המערער השיג את פרטי ההתחברות לתיבת הדואר האלקטרוני של המתלונן וכן לחשבון הפייסבוק שלו. ביום 19.11.18 המערער חדר שלא כדין לחשבונות אלו ושינה את סיסמאות ההתחברות כך שנמנעה מהמתלונן גישה לחשבונות.



כאשר הבחין בכך המתלונן, הוא יצר קשר עם המערער באופן ששלח הודעה לחשבון הפייסבוק שלו עצמו, בו השתמש אותה עת המערער, וביקש ששייב לו את השליטה על חשבון זה. המערער בתגובה ביקש מהמתלונן שישלח לו פרטים של בחורות ששלחו לו "תמונות מעניינות", וכן תמונה של איבר מינו וכל זאת כתנאי להחזרת השליטה בחשבון הפייסבוק. המתלונן סרב, ועם זאת המערער החזיר את השליטה בחשבון הפייסבוק למתלונן, אולם לא בחשבון הדואר האלקטרוני.

ההחלטות

2. בתחילת ההליך המערער הגיש בקשה לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק בהתאם לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן : **חסד"פ**). בבקשה נטען, כי המערער עומד בכל התנאים לעריכת הסדר מותנה כמו הודאה בעבירה; שיתוף פעולה בחקירה; הבעת חרטה ונסיבות אישיות קשות. נטען עוד, כי על פי הנחיית פרקליט המדינה- הנחייה מס' 2.38 - מדיניות העמדה לדין וענישה בעבירה של חדירה לחומר מחשב (להלן - **ההנחיה** או **הנחיית פרקליט המדינה**), מצוי עניינו של המערער בקטגוריה הקלה ביותר, ויש בכך להוות נסיבה נוספת לעריכת הסדר מותנה עמו.

3. מנגד המשיבה הזכירה, כי אין למערער ולאף חשוד זכות קנויה לעריכת הסדר מותנה, אף אם הוא עומד בתנאי הסף, והדבר נתון לשיקול דעתה. המשיבה הדגישה, כי לעבירה בה עסקין נסיבות חמורות בכך שהמערער שינה את סיסמאות החשבונות; דרש עבור החזרת השליטה בהם תמורה בעלת אופי מיני ולא השיב למתלונן את השליטה בתיבה הדואר. כן נטען, שעל רקע הדרישה להשבת השליטה בחשבונות ניתן היה אף לייחס למערער עבירה של סחיטה באיומים, שהיא עבירת פשע שאינה מאפשרת הסדר מותנה. גם אם המתלונן לא נכנע לדרישת המערער, הרי דרישה זו מהווה נסיבה מחמירה המטה את הכף לעבר הגשת כתב האישום. לאור כך, טענה המשיבה שעמדתה היא שהעונש הראוי כולל מאסר בפועל, ודי בכך כדי לדחות את בקשת המערער. ביחס למקרים האחרים אליהם הפנה הסניגור, נטען שמדובר במקרים שונים ונסיבותיהם קלות בהשוואה לעניין המערער.

4. אחרי סקירה מקיפה לפסיקה, ביהמ"ש קמא דחה בקשה זו בהחלטתו מיום 4.4.21 (להלן: **ההחלטה הראשונה**) ממספר טעמים:

הראשון, משום שהתובע סבר במקרה זה שהעונש המתאים למערער כולל מאסר בפועל לא מתקיים תנאי סף לעריכת הסדר מותנה כקבוע בסעיף 67א'(ד)(1) לחסד"פ. במקרה זה צוין בכתב האישום, כי באם יורשע המערער המשיבה תעתור לעונש מאסר בפועל ועל עתירה זו חזרה המערערת גם בתגובתה לבקשה זו.

השני, בזיקה לטענת המערער שאין מקום במקרה זה לעתור לענישה הכוללת מאסר בפועל לאור הנחיית פרקליט המדינה הממקמת מקרה זה ברף נמוך של חומרה, הוסבר כי שיקול הדעת נתון בהקשר זה למשיבה הנהנית מחזקת התקינות המנהלית, מה גם שביהמ"ש לא נוהג להתערב בשיקול דעת רשויות התביעה והדברים נכונים גם לעניין עריכת הסדר מותנה. ביהמ"ש קמא גם הוסיף, כי אין ממש בטענה לפיה בהתאם להנחיית פרקליט המדינה



מצוי המקרה ברף נמוך של חומרה אשר אינו מצדיק עתירה למאסר בפועל זאת לנוכח מספר הנסיבות לחומרה.

השלישי, גם המקרים עליהם הצביע הסיגור לא דומים לעניינו של המערער, שכן נסיבותיהם שונות וקלות. אמנם קיים מקרה חמור בודד בו עובד בחברה למתן שירות תיקונים עשה שימוש לרעה במכשיר נייד שקיבל לתיקון, חדר לחשבון הדואר של המתלוננת ושלף תמונה אינטימית שלה. עם זאת, ביהמ"ש קמא קיבל הסברי המשיבה כי הסכמתה להסדר מותנה ניתנה משום שהתמונה נמחקה, המתלוננת הסכימה להסדר והחשוד סיים את עבודתו בחברה. מה גם, כך נקבע, המדובר במקרה אחד שאין בו די על מנת להקים את יסודותיה של ההגנה מן הצדק ביחוד שעה שהטענה אינה לאכיפה בררנית בין שני נאשמים באותה פרשה, ולא הוכח כי המשיבה נהגה אחרת לאורך זמן ובאופן שיטתי. במקרה זה, כך נקבע, גם אם אותו מקרה בודד לא נופל בחומרתו מעניינו של המערער הרי לא הונחה תשתית לאכיפה בררנית המעוררת תחושת עוול ברורה.

5. המערער הגיש בקשה חוזרת לביטול כתב האישום אשר נדחתה בהחלטת ביהמ"ש קמא מיום 5.9.21 (להלן: **ההחלטה השנייה**). בבקשה זו נטען שלאחר מתן ההחלטה הקודמת התקבלו נתונים חדשים אשר מצביעים על אכיפה בררנית. צוין כי בהתאם לנתונים עולה שמתוך כלל המקרים בשבע השנים האחרונות בהם נחשדו חשודים בעבירה בה עסקין בלבד, ב-196 מקרים הוחלט שנסיונות העניין אינן מתאימות להעמדה לדין, ב-4 מקרים הוחלט שנסיונות העניין אינן מצדיקות המשך חקירה פלילית וב-5 מקרים נערך הסדר מותנה. עוד טען הסגור, כי חיפוש שערך במאגרים המשפטיים לא העלה ולו כתב אישום אחד שהוגש בשבע השנים האחרונות בגין עבירה לפי סעיף 4 לחוק המחשבים בלבד. על רקע נתונים אלו, נטען שכאשר החליטה המשיבה לעתור לעונש מאסר בפועל, היא לא הייתה מודעת לכמות גדולה זו של תיקים שנסגרו למרות קיומה של תשתית ראייתית, או שנערך בהם לכל היותר הסדר מותנה.

בתגובתה טענה המשיבה, כי איתרה שלושה כתבי אישום, מעבר לזה שבעניינו של המערער, שהוגשו בשבע השנים האחרונות בגין עבירה לפי סעיף 4 לחוק המחשבים, בנוסף הוגשו שישה כתבי אישום בעבירה זו לפני תקופה זו. כן הודגש, כי רק בחמישה מקרים נערכו הסדרים מותנים, כך שאין מדובר באכיפה בררנית. נטען כי המערער לא משווה עצמו לאותם 200 מקרים בהם נסגרו התיקים בשל אי התאמה להעמדה לדין, אלא לחמשת המקרים שבהם נערך הסדר מותנה וכי נושא זה כבר מוצה בהחלטה הראשונה. המשיבה הוסיפה, כי הלכה למעשה עובדות המקרה מבססות העמדה לדין בעבירות נוספות וחמורות. נטען שנוצר מצב לפיו לאור כך שהמשיבה ביקשה שלא למצות הדין עם המערער והגישה נגדו כתב אישום קל מזה שהיה ניתן להגיש, הוא עותר לביטול האישום כולו, דבר שאין להלום.

גם בבקשה זו נדחתה בהחלטה השנייה משני נימוקים:

הראשון, הוסבר, כי בבקשה החוזרת לא השתנה דבר בעניין נתוני התיקים בהם נערכו הסדרים מותנים. אמנם מתוך 205 מקרים בשבע השנים האחרונות, נסגרו 196 תיקים בנימוק שנסיונות העניין אינן מתאימות להעמדה לדין. ביתר המקרים (9 במספר), הוגשו כתבי אישום ב-4 מהם ונערכו הסדרים מותנים ב-5 תיקים, אלא שהדבר לא מלמד על אכיפה בררנית. אין לקבל את הטענה לפיה כמות גדולה של תיקים שנסגרה בהתאם להנחיית פרקליט המדינה,



מלמדת כי הנחייה זו מיושמת באופן מקל וזאת בהיעדר נתונים לגבי אותם תיקים שנסגרו.

והשני, גם אין לקבל את הטענה שדי בנתונים הסטטיסטיים שהובאו על מנת להביא למסקנה בדבר סתירת חזקת התקינות באופן המחייב את המשיבה לחשוף את נתוני התיקים שנסגרו, שכן קבוצת השוויון לה טוען המערער כוללת מקרים שבהם נערכו הסדרים מותנים ולא אלו שנסגרו. מה גם שעסקין בהנחיה משנת 2018, לכן בחינה של יישום הנחייה זו נכון כי תעשה ממועד זה בלבד ואין לסגירת תיקים קודם לכן השלכה על ענייננו.

6. בשלב מאוחר יותר המערער הודה בעובדות כתב האישום, הורשע בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום וענייננו הופנה לקבלת תסקיר מאת שירות המבחן, בין היתר, לבחינת שאלת ביטול ההרשעה.

תסקיר שירות המבחן וגזר-הדין

7. שירות המבחן הגיש תסקיר בעניינו של המערער בו פורטו בהרחבה נסיבות חייו. המערער כבן 37, ללא עבר פלילי, נשוי ואב לשלושה ילדים, שירת בצבא ומועסק כיום בחברת ליסינג. שירות המבחן התרשם שהמערער אינו מאופיין בהתנהלות עבריינית ואנטי סוציאלית ומכיר בפסול שבמעשיו, אך אינו בשל להעמיק ולבחון את הרקע והנסיבות שהובילו אותו לביצוע המעשה ושולל צורך בהתערבות טיפולית.

שירות המבחן שוחח עם המתלונן אשר ציין שחוזה עוגמת נפש רבה וחש מאוים ומפוחד שמא מידע רגיש על אודותיו יפורסם ברבים. לאור זאת, שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית וציין שלא ניתן לשלול קיומה של רמת סיכון להישנות עבירות דומות בעתיד. שירות המבחן נמנע אף מהמלצה על ביטול הרשעת המערער והמליץ על ענישה מוחשית בדמות מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות.

לאחר קבלת תסקיר שירות המבחן הצדדים טענו לעונש והמערער בטיעוניו עתר לביטול ההרשעה.

8. בגז"ד המפורט ביהמ"ש קמא דחה את בקשת המערער לביטול הרשעתו בדיון. הובהר, כי בשאלה זו אין להתעלם מנסיבות העניין לרבות דרישת המערער לקבל תמונה אינטימית של המתלונן וכן פרטים של בחורות ששלחו אליו תמונות מעניינות כתנאי להשבת השליטה בחשבונותיו. כמו כן, כך נקבע, יש להביא בחשבון כי השתלטות עוינת כפי שביצע המערער, על חשבון דואר אלקטרוני או על חשבון ברשת חברתית, מגלמת פגיעה קשה באדם שחשבונו נפרץ אשר עשוי להכיל פרטים ותכנים רבים וסודיים. כאשר מוסיפים לכך שהמערער פרץ לשני חשבונות שונים ואף התנה את השבת השליטה בדרישות בעלות אופי מיני הגובלות בסחיטה באיומים, התמונה המתקבלת היא של חומרה וספק רב אם היא מאפשרת ביטול הרשעה.

עוד נקבע, כי אין חולק שהרשעה עלולה להשפיע על עתידו התעסוקתי של המערער, עם זאת לא כל פגיעה אפשרית ותיאורטית מצדיקה ביטול הרשעה. המערער לא הוכיח פגיעה קונקרטית שתגרם לו בעטיה של הרשעה, שכן אף אם הרשעת המערער תימנע ממנו להמשיך ולעבוד בחברה בה הוא עובד כיום, אין מדובר בפגיעה חמורה



וממשית המצדיקה הימנעות מהרשעה. המערער עובד כשנה בחברת ליסינג הנותנת שירות לבתי הזיקוק, אך דומה שאין מדובר בסוג עבודה המצדיק לוותר על הרשעה, במיוחד על רקע הנסיבות הכוללות והעובדה שהמערער צעיר ועובד במקום זה תקופה קצרה יחסית וגם עמדתו השלילית של שירות המבחן בזיקה לשאלת ההרשעה.

לאחר עמידה על הערכים המוגנים שהופרו ממעשה העבירה, נסיבות ביצועה ומדיניות הענישה ביהמ"ש קמא מצא כי המתחם ההולם נע בין מאסר מותנה ועד עונש מאסר בפועל שניתן לשאת בעבודות שירות. בהתחשב בנסיבות המערער, ביהמ"ש קמא הטיל עליו מאסר על תנאי למשך 3 חודשים, לבצע 120 שעות של"צ ותשלום פיצוי למתלון בסך 7,000 ₪.

טענות הצדדים בערעור

9. לגישת המערער ביהמ"ש קמא טעה עת דחה את בקשותיו לביטול כתב האישום והפניית עניינו להסדר מותנה שכן הוכח כי ב-7 השנים שקדמו להגשת כתב האישום קיימים 200 מקרים דומים אשר נסגרו ללא הגשת כתב אישום למרות קיומה של תשתית עובדתית, כן הגיש רשימה עדכנית של ההסדרים המותנים (מע/1) ממנה עולה כי מאז מתן ההחלטות רשויות התביעה סגרו תיקים נוספים בהסדר מותנה, וכיום המספר עומד על 20 מקרים. עוד הוסיף המערער, כי המשיבה לא נתנה את דעתה לכמות העצומה של התיקים שנסגרו משום שנסיבותיהם לא הצדיקו העמדה לדין וגם לא לאלה שהסתיימו בהסדר מותנה. מכאן, גם עמידת המשיבה על עונש של מאסר בפועל אינה סבירה כלל.

המערער בדעה, כי המשיבה נהגה בעניינו באכיפה בררנית ללא הצדקה עניינית, והיה נכון לסגור את תיק החקירה בהסדר מותנה שכן הוא עומד בכל תנאי הסף.

לחילופין, המערער טען כי ביהמ"ש קמא שגא משדחה את בקשתו לביטול ההרשעה על יסוד ההנחה כי המערער ביצע את העבירה של סחיטה באיומים שאין לה זכר בכתב האישום. ביהמ"ש קמא גם טעה עת קבע כי המערער דחה הצעת שירות המבחן לטיפול. המערער לא דחה הצעה להשתלב בהליך טיפולי, הוא גולל בפני שירות המבחן את נסיבות חייו, הביע חרטה כנה ומסר כי אין הוא סבור שהוא זקוק לטיפול, ואין זה נכון להסיק מכך דחיית הצעה לטיפול, שלא הייתה כזו, או חוסר שיתוף פעולה.

ביהמ"ש קמא גם לא נתן משקל ראוי לנסיבותיו האישיות החריגות של המערער. המערער אב ל-3 ילדים אשר אחד מהם סובל מנכות קשה בשיעור 100%, העובדה שהאירוע התרחש כשאביו חלה במחלה סופנית, היעדר עבר פלילי, שיתוף הפעולה בחקירתו והבעת החרטה על מעשיו.

מכל אלה, המערער סבור כי נכון לקבל את הערעור, להורות על ביטול כתב האישום והפניית עניינו להסדר מותנה או למצער לבטל הרשעתו.

10. מנגד, המשיבה בדעה כי ביהמ"ש קמא צדק במסקנתו. נטען, כי המערער לא הניח תשתית משכנעת לעניין



קיומה של אכיפה בררנית, ביחוד לנוכח נסיבות ביצוע העבירה עליהן עמד ביהמ"ש קמא בהחלטותיו. המשיבה גם בדעה, כי אין הצדקה לביטול הרשעת המערער לנוכח חומרת העבירה וגם מהטעם שהמערער לא הצביע על קיומו של נזק חמור שעלול להיגרם לו מהותרת ההרשעה על כנה, דבר הזוכה לחיזוק של ממש בעמדתו של שירות המבחן.

דין והכרעה

11. הסדר מותנה הוא כלי שהתווסף לכלים שעומדים לרשותה של התביעה בתיקון 66 לחסד"פ ואשר נכנס לתוקפו ביום 2.5.13 (להלן: **התיקון**). המדובר בכלי אכיפה מנהלי וחלופי להליך הפלילי ולו תכלית כפולה:

"יעשיר את 'ארגז הכלים' העומד לרשות התביעה, ויאפשר התאמה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה לבין חומרת התגובה החברתית המופעלת נגד העבריין. לצד זאת, הסדר זה יאפשר גם את הרחבת האכיפה על תיקים פליליים שכיום נסגרים מחוסר עניין לציבור, בין מאחר שאינם מצדיקים סנקציה פלילית ובין בשל אילוצי כוח אדם וזמן שיפוטי" (דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, ה"ח הממשלה 210; ראו גם בג"ץ 5099/20 **הסניגוריה הציבורית נ' היועמ"ש**, פסקה 1 (2.2.22)).

12. במסגרת תיקון זה הוסמכו רשויות התביעה לסגור תיק חקירה נגד חשוד בעילה של "סגירה בהסדר" בעבירות מסוג חטא או עוון או עבירות פשע המנויות בתוספת השישית לחסד"פ. סמכות זו רשאיתובע להפעיל בקיומה של תשתית ראיתית מספיקה להגשת כתב אישום וגם **"אם ראה כי נסיבות העניין בכללותן מתאימות לאי-העמדה לדין נוכח עריכת הסדר ומילוי תנאיו"** (סע' 67א(ב) לחסד"פ). המחוקק ציין מפורשות בסע' 67א(ב) לחסד"פ כי סמכות זו היא ברשות, שכן **"תובע רשאי"** להציע הסדר לחשוד וכל זאת בהתקיים שני תנאים נוספים:

"(ד) תובע רשאי לסגור תיק בהסדר בהתקיים שני אלה:

- (1) העונש המתאים לחשוד, לדעת התובע, לפי הוראות סימן א'1 לפרק ו' לחוק העונשין, אינו כולל מאסר בפועל;**
- (2) אין פרט רישום כהגדרתו בסעיף 2 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (בסימן זה - חוק המרשם הפלילי), שנרשם בעניינו של החשוד, בחמש השנים שלפני ביצוע העבירה נושא ההסדר, לרבות הסדר שנערך בעבר, ואין חקירות או משפטים פליליים תלויים ועומדים בעניינו במשטרה או באותה רשות, לפי העניין, שאינם חלק מההסדר."**

13. בהתגבשות הסדר **"התובע יתחייב להימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד"** ולסגור את תיק החקירה אם יודה החשוד בעובדות המקימות את העבירה (סע' 67ב(א) לחסד"פ); יביע הסכמה להסדר ותנאיו (סע' 67ז לחסד"פ) ויקיים תנאים נוספים שיקבעו בהסדר כמו תשלום לאוצר המדינה, תשלום פיצוי לנפגע העבירה, התחייבות להימנע מביצוע העבירה, עמידה בתנאי טיפול לרבות של"צ ונקיטה באמצעים לתיקון הנזק (סע' 67ג(א) לחסד"פ). לשם קביעת תנאי ההסדר התובע מחויב להתחשב בשיקולי ענישה המקובלים בפלילים (סע' 67ג(ב) לחסד"פ), כן למקרה והחשוד דחה את ההסדר או הפר את תנאיו או שההסדר הושג במרמה, אזי יוגש כנגד החשוד כתב אישום (סע' 67ז לחסד"פ).



14. את החלטת התביעה להגשת כתב אישום ולהימנע מעריכת הסדר מותנה ניתן לתקוף במסגרת ההליך הפלילי גופו (בג"ץ 9131/05 **ניר עם נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (6.2.06); בג"ץ 1738/22 **בוריס שרמן נ' היועצת המשפטית לממשלה**, פסקה 8 (27.4.22)). המסגרת המתאימה לדין בהחלטת התביעה להגשת כתב אישום היא דוקטרינת הגנה מן הצדק המעוגנת בסע' 149(10) לחסד"פ. כן בהתאם להלכה, אין להעלות במסגרת זו טענות בדבר אי-סבירות או אי-מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא תחת האכסניה של "**סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**" כקבוע בסע' 149(10) לחסד"פ; כך שטענות אלו ניתן לבחון מנקודת המבט של דוקטרינת הגנה מן הצדק בלבד (דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל** (15.12.21)).

15. ההתפתחות והעיגון החקיקתי בסעיף 149(10) לחסד"פ של דוקטרינת ההגנה מן הצדק נסקרו בהרחבה בפסיקה (ראו: רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' יוסי ורדי**, פס' 55-64 בחו"ד של המשנה לנשיאה כב' השופט מלצר (31.10.18) (להלן: עניין ורדי)). בתחילת הדרך נקבע כי יש להחילה במקרים חריגים ביותר ואף יוצאי דופן שבהם הרשות עשתה "**שימוש פרוע, לא הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה**" (ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2), 370, עמ' 368 (1996)).

16. עם השנים חל שינוי בישום דוקטרינה זו באמצעות הרחבת תחולתה מרגע ביצוע העבירה ועד לסיום ההליך הפלילי וגם בהגמשת אמות המידה לבחינתה. השיקולים הרבים והמגוונים אותם יש לגלם במלאכה זו וגם ריבוי הסעדים, החל מהקלה בגזירת העונש ועד לביטול האישום, מיועדים לשרת ערכים בעלי חשיבות ממדרגה ראשונה, כמו ערך השוויון, הזכות להליך הוגן והקפדה על גיבושה של מדיניות שוויונית ואחידה באכיפת החוק. לאור זאת, חובה להשקיף על ההליך כולו ויש ליתן משקל ראוי גם לנסיבות שאפפו ואף שקדמו למעשה העבירה, לחקירה ולהגשתו של כתב האישום ולא רק להתנהלות הרשות עם פתיחת המשפט (ע"פ 7621/14 **אהרון גוסטדינר נ' מדינת ישראל**, פס' 44 בפס"ד כב' השופט הנדל (1.3.17)).

כיום המבחן המקובל הוא מבחן "**הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות**", ויישומו נעשה בשלושה שלבים מצטברים. הראשון, בוחנים את עוצמת הפגמים בהליך; השני, נבחנת השאלה האם קיום ההליך הפלילי למרות פגמים אלה פוגעת בתחושת הצדק וההגינות; והשלישי, בחירת הסעד ההולם והמאזן כראוי בין כלל השיקולים הרלוונטיים (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 807-808 (2005)). באשר לבחירת הסעד ההולם ראוי להדגיש:

"יש להביא בחשבון מגוון רחב של שיקולים, ובכלל זאת את חומרת העבירה, נסיבות המקרה וכן שיקולים של גמול והרתעה. יש לאזן במכלול השיקולים גם את האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדין עם עבריינים ובשמירה על ביטחון הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה. מנגד, יש להביא בחשבון גם את זכויות הנאשם, את טוהר ההליך הפלילי, את השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט" (ע"פ 5975/14 **אברהים אגבריה נ' מדינת ישראל**, פס' 16 לפס"ד כב' השופט ד' ברק-ארז (31.12.15)).



17. כזכור, המערער טען לאכיפת בררנית שכן הוא בגישה כי הופלה לרעה בהשוואה לחשודים אחרים שענינם דומה ואף חמור יותר. באשר לענף זה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק אזכיר, כי לרשויות התביעה נתונה הסמכות להימנע מהגשת כתבי אישום כנגד חלק מהחשודים, אלא שאת הסמכות להבחין בין מבצעים שענינם דומה, יש להפעיל במקרים מיוחדים, על יסוד הנחיות וקריטריונים ברורים ושוויוניים, וגם תוך שקילה יסודית וראויה לכלל השיקולים הרלוונטיים, שכן:

**"הפעלת החוק באורח מקרי - שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת
מראש - משמעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק" (ע"פ 3520/91
הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 441, 556; ראו גם: בג"ץ 6396/96
זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג (3) 289, 305)).**

גם שרירות גרידא שאין ביסודה שיקולים זרים היא פסולה (עניין ורדי, פס' 75-70). שרירות באכיפת החוק חותרת תחת הזכות להליך הוגן הנגזרת מזכויות היסוד של האדם לכבוד ולחירות (מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית**, תשס"ח, עמ' 167). בצד זאת נכון להדגיש, כי כפי שנקבע רבות שאלת ההפליה או השרירות בהחלטה נבחנות ביחס לאותה קבוצת שוויון אליה משתייך החשוד או הנאשם:

**"החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסוימת של אנשים או גופים,
המהווים את קבוצת השוויון, ולא כלפי אנשים או גופים מחוץ לקבוצה זאת"
(בבג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא (4)
259, עמ' 281 (1997); ראו גם: ע"פ 8551/11 יצחק סלכני נ' מדינת ישראל,
פסקה 16-17 (12.8.12); ע"פ 6833/14 סעיד נפאע נ' מדינת ישראל, פסקה
ע"ד (31.08.15)).**

18. אחרי סקירה זו לפסיקה וכדי שהתמונה תהיה בהירה ושלמה אעמוד בתמצית על התשתית העובדתית הרלוונטית בזיקה לטענת המערער לאכיפה בררנית. מעין בנספח ו' להודעת הערעור שהיא תשובה לפניית המערער לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1988 מיום 13.4.21, עולה כי החל משנת 2014 נסגרו 526 תיקים חלקם מחוסר אשמה, מחוסר ראיות, נסיבות העניין אינן מצדיקות המשך החקירה וכ-196 תיקים הרלוונטיים לענייננו, אשר נסגרו מהטעם שנסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין. בהקשר זה אדגיש, כי הרלוונטיות מקורה בנקודת המוצא לפיה תיקים אלה נסגרו למרות שהתובע מצא **"שהראיות מספיקות לאישום"** ועם זאת הורה על סגירת התיק משום שנסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין מתוקף סמכותו לפי בסע' 62(א) לחסד"פ (ראו: **הנחיית פרקליט המדינה מספר 1.1- אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין"**, עדכון אחרון מיום 2.9.19). עוד מתברר כי עד לאותו שלב נסגרו 5 תיקים נוספים בהסדר מותנה. יצוין, כפי שהקדמתי, במהלך שמיעת הערעור הסניגור הגיש רשימה עדכנית לעניין תיקים שנסגרו בהסדר מותנה הכוללת כ-20 מקרים שעל תוכן חלקם אעמוד בהמשך הדברים (מע/1). ועוד, בהחלטה השנייה ביהמ"ש קמא הזכיר כי המשיבה הפנתה בתגובתה לשלושה מקרים נוספים בהם הוגשו כתבי אישום בגין העבירה בה עסקינן בלבד מאז התיקון מבלי שנמסרו פרטים כלשהם לעניין נסיבות ביצוע העבירה, נסיבות הנאשמים באותם הליכים וגם לא תוצאת הליכים אלה - פרטים שגם לא הוצגו במסגרת הליך זה.



19. לגישת המערער הנתונים הסטטיסטיים, והכוונה לכמות הגדולה של תיקים העומדת על - 196 אשר נסגרו מהטעם שנסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין למרות קיומה של תשתית ראייתית להגשת כתב אישום, זאת בהשוואה לאלה שהוגשו בהם כתב אישום או גובשו לגביהם הסדרים מותנים, תומכת בעמדתו. טענה זו, כאמור, דחה ביהמ"ש קמא בהסבירו כי המערער עצמו לא משתייך לקבוצה זו, והוא - המערער - שטען לאכיפה בררנית ביחס לקבוצת שוויון אחרת והכוונה לחשודים שעניינם נסגר בהסדר מותנה. אכן, הציפייה מרשויות התביעה לנהוג בשוויון בין חשודים או נאשמים המשתייכים לאותה קבוצת ביקורת, אך בצד זאת שרטוט גבולותיה של הקבוצה אליה משתייך המערער לא נגזר בלבד מהסעד לו עתר בבקשתו ובערעור לסגירת התיק בהסדר מותנה. רוצה לומר, אין מחלוקת כי בין 196 החשודים שעניינם נסגר משום שנסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין, קיים דמיון רב לעניינו של המערער, שכן לכולם יוחסה אותה העבירה בלבד ולגבי כולם קיימת תשתית ראייתית מספקת לפתיחה בהליך פלילי, בדיוק כמו שעניינו של המערער חופף במידה רבה לאלה שנערך לגביהם הסדר מותנה. כל החשודים שתיקי החקירה לגביהם נסגרו למרות קיומה של תשתית ראייתית ויסוד סביר להרשעה, משתייכים לקבוצה אחת אשר לגבי הנמנים עליה ראו רשויות התביעה להבחין באשר לעילת סגירת תיקי החקירה.

20. הקבוצה לא נגזרת באופן בלעדי מהסעד לו עתר הנאשם בלבד, ובמקרה זה קיים מתחם חפיפה רחב בין עניינו של מערער לכל החשודים שתיקי החקירה לגביהם נסגרו למרות האפשרות הסבירה להרשעתם. נתון סטטיסטי משמעותי זה בהחלט עשוי לתמוך בטענתו של המערער כי המשיבה נקטה במדיניות העמדה לדין מקלה ביישומה להנחיה. גם אם לא ניתן לבסס את טענת המערער להפליה בין שווים על סמך נתון סטטיסטי זה בלבד מהטעם שהעובדות שביסוד כל אחד מתיקי החקירה לא נחשפו והנתונים אינם מובהקים, עדיין ניתן להסיק מסקנות בדבר המדיניות הכללית של רשויות התביעה לרבות בעניין ההעמדה לדין **(ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק)** (מהדורה שלישית, 2021), עמ' 352-351)). כידוע, רשויות התביעה כמו כל רשות מנהלית נהנות מחזקת החוקיות, והנטל מוטל על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח העובדות שביסוד טענתו (ע"פ 8551/11 **יצחק כהן סלכני נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 (12.8.12)). בצד זאת, במקרים מיוחדים נתונים סטטיסטיים עשויים אף להצדיק העברת נטל הראייה לרשויות התביעה גם בזיקה לטענה של אכיפה סלקטיבית (רע"פ 6478/18 **מדינת ישראל נ' אורי אור קמארי**, פסקה 13 (23.1.19)), ומקל וחומר גם להוכחת מדיניות היישום הכללית של הנחיה להעמדה לדין.

21. נקודת המוצא, אם כך, להמשך הדיון היא שעל יסוד הנתונים שהוצגו ניתן לקבוע באופן סביר כי רשויות התביעה יישמו באופן מקל את ההנחיה בדבר העמדה לדין בעבירות לפי סע' 4 לחוק המחשבים. כדי שהתמונה תהיה בהירה אוסיף, כי בסע' (14) להנחיה בה עסקינן, הוצגה רשימה לא ממצה של נסיבות לחומרה ולקולה אותן על רשויות התביעה לשקול בבואן להחליט לעניין ההעמדה לדין.

22. טענתו המרכזית של המערער ממוקדת בהבחנה בינו לבין חשודים אחרים שעניינם נסגר בהסדר מותנה. לפני שאדרש לטענה זו חשוב לחזור ולהדגיש, כי בבוא ביהמ"ש לבחון טענה לאכיפה בררנית בין נאשמים במעשי עבירה שונים נכון ליתן משקל לכלל לפיו ביהמ"ש לא מחליף את שיקול הדעת של רשויות החקירה והאכיפה. אף שבחינת החלטת התביעה בהעדיפה להגיש כתב האישום על פני הפניית עניין הנאשם להסדר מותנה במסגרת ההליך הפלילי היא אפשרית, אלא בשים לב לשיקול הדעת הרחב המוקנה לרשויות התביעה,



ההתערבות ראוי לה כי תעשה במקרים חריגים כמו לשם הסרת עיוות מהותי ובמקרים חריגים שבהם נפל פגם קיצוני בשיקול דעת התביעה (בג"ץ 8088/14 נג'אח פרחאת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 לחו"ד כב' הנשיאה חיות (27.9.17)). מכאן, נכון לשקול את חזקת ההגינות והנאמנות ממנה נהנות רשויות אלו בהליך הפלילי, את חומרת העבירה (ע"מ 7485/19 אוסיד קשקוש נ' מדינת ישראל, פסקה 25-26 (6.7.20) (להלן: **עניין קשקוש**); וגם הגישה הרווחת בפסיקה לפיה: "**על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו**" (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ, פסקה 4 לחו"ד כב' הנשיא גרוניס אליו הצטרף בהסכמה כב' השופט ג'ובראן (10.09.13)).

23. נתונים בעניין החקירות שהסתיימו בהסדר מותנה הוצגו במסגרת המוצג מע/1. מעין במקרים אלה, שחלקם לא הוצגו בפני ביהמ"ש קמא, מצטיירת תמונה התומכת בעמדתו של המערער. לשם ההמחשה אפנה למספר מקרים:

- בתיק מספר 3669/21 (פרקליטות מחוז חיפה) נערך הסדר מותנה עם חשודה שחדרה למחשבו של המתלונן, העתיקה קבצים וביניהם תמונה של ידידתו כשהיא לבושה בתחתונים ופלג גופה העליון חשוף. לאחר מכן חדרה לחשבון האינסטגרם של המתלונן ושלחה דרכו את התמונה לאותה ידידה כשהיא מציגה עצמה בכזב למתלונן, כן הוסיפה ואיימה על הידידה בהעברת התמונה לבעלה. לאחר מכן החשודה שלחה למתלונן הודעת דואר אלקטרוני אליה צרפה את התמונה וכתבה "בעלה יודע??".

החשודה הוסיפה וחדרה פעם נוספת לחשבון האינסטגרם של המתלונן ללא רשות ושלא כדין, ושלחה אותה התמונה מחשבון זה לחשבון של מכרה של המתלונן והידידה, זאת כשהיא מציגה עצמה בכזב למתלונן כדי להונות.

במסגרת הסדר זה יוחס למתלוננת שתי עבירות נוספות לזו לפי סע' 4 לחוק המחשבים, עבירת איומים - עבירה לפי סע' 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**) וגם עבירה של התחזות כאדם אחר - עבירה לפי סע' 441 רישא לחוק העונשין.

- היה מקרה נוסף בעל אופי מיני. תיק מספר 868/17 שלגביו נערך הסדר מותנה בפרקליטות מחוז ת"א. בהתאם לעובדותיו, החשוד עבד במתן שירות ללקוחות בחברה. המתלוננת הפקידה בידי החשוד את הטלפון הנייד שלה לצורך תיקונו. החשוד חדר לאותו מכשיר, איתר בו מספר תמונות עירום של המתלוננת. מיד לאחר מכן החשוד חדר לתיבת הדואר האלקטרוני של המתלוננת ושלח לדואר האלקטרוני שלו את התמונות, אותן מחק לאחר גילוי מעשיו.

בשני מקרים אלה למרות נסיבותיהם החמורות לא פחות מזה של המערער, ולמרות שהחדירה הביאה בפועל לפגיעה בצנעת הפרט בחשיפת תמונות אינטימיות - נסיבה שהוגדרה כחמורה בסע' 14 (ג) להנחיה בזיקה להחלטת תובע לפתוח בהליכים פליליים - שני המקרים הסתיימו בהסדר מותנה.



- היו שני מקרים נוספים מאותו התיק, מספר 3241/18, שבהם בוצעה חדירה למחשב לשם גניבת רשומות, ואף ניסיון למכירת המידע העולה מרשומות אלו וקבלת תמורה כספית. באשר לשני החשודים יוחסה גם עבירה נוספת - עבירת גניבה בניגוד לסעי' 384 לחוק העונשין, ולגבי שני החשודים ההליכים הסתיימו בהסדר מותנה.

- מקרה נוסף (תיק מספר 30/26/18) בו החשוד השיג מידע אותו מכר בתמורה כספית; וגם חשוד אחר (תיק מספר 30/17/18) שחדר למחשב, ביצע שינויים להגדרות וכך נגרם נזק לחברה בעלת החשבון.

- ועוד תיק (מספרו 05/4375/17) שבו החשודה יצרה חשבון דואר אלקטרוני פיקטיבי גם ברשת פייסבוק בשמו של ידוען ויצרה בשמו קשרים חברתיים עם נשים במטרה להונות אותן. לאחר מכן, היא אף חדרה לחשבונות אותו המתלונן ברשתות החברתיות אינסטגרם וגם פייסבוק. לחשודה זו יוחסה גם עבירת התחזות כאדם אחר בהתאם לסעי' 441 לחוק העונשין, ואתה נערך הסדר מותנה.

24. לא בכדי עמדתי דווקא על תיקי חקירה אלו, שכן כזכור המשיבה הסבירה כי בחרה להגיש כתב אישום כנגד המערער משני טעמים אותם הזכיר ביהמ"ש קמא בהחלטות. הן לנוכח דרישתו של המערער בעלת האופי המיני מהמתלונן, וגם משום שבנסיבות ניתן אף לייחס למערער את העבירה של סחיטה באיומים. לא יכולה להיות מחלוקת כי המדובר בנסיבות לחומרה, אך בצד זאת, נסיבות אלו, כך אני סבור, לא יכולות לעמוד ביסוד ההחלטה להגשת כתב אישום דווקא נגד המערער זאת לנוכח התנהלות הרשות העקבית והממושכת, בהעדפת המסלול של הסדר מותנה גם שעה שהחשודים אף השיגו בפועל חומרים ותמונות אינטימיים, וגם למקרה ויוחס בפועל לחשודים אחרים ביצוען של עבירות נוספות.

אני ער לכך כי העבירות הנוספות שיוחסו לחשודים האחרים הן מסוג עוון זאת בשונה מעבירת הסחיטה באיומים שהיא עבירת פשע. אולם, בל נשכח כי בפועל לא יוחסה למערער עבירת הסחיטה באיומים, וחזקה כי הדבר נעשה ע"י רשויות התביעה בעקבות בחינה מעמיקה לתיק החקירה וקבלת החלטה מושכלת לפיה בנסיבות סיכויי ההרשעה בעבירה זו אינם סבירים.

לאור זאת, עמדת המשיבה כי אין לערוך עם המערער הסדר מותנה בזיקה לעבירה לפי סעי' 4 לחוק המחשבים משום שניתן היה לייחס לו גם עבירה של סחיטה באיומים, מוקשית בעיניי. במלאכה זו נכון ליתן להתנהלותו של המערער משקל, ובהחלט היה מקום לשקול את כל נסיבות ביצועה של העבירה לפי סעי' 4 לחוק המחשבים לרבות הדרישה אותה הפנה המערער למתלונן, כנסיבה לחומרה ולא כאפשרות סבירה להרשעה גם בעבירה של סחיטה באיומים; ואולם, נוכח חומרת נסיבותיהם של המקרים האחרים עליהם עמדתי, לרבות אלה בעלי האופי המיני המובהק והפגיעה שהתרחשה בפועל בפרטיותם ובצנעת הפרט של המתלוננים, כמו גם עריכת הסדרים מותנים גם שעה שבוצעו עבירות נוספות, הכף נוטה לכיוון המערער.

25. הזכרתי מקודם, כי לטענה של אכיפה בררנית יש מקום במקרה ורשויות התביעה קיבלו החלטות שונות בעניינים דומים לאורך זמן ובאופן עקבי, מכאן ניתן לטעון כי בפועל המערער הצביע על מקרים מועטים יחסית -



וממקרים אלה לא ניתן להסיק שיטתיות. טיעון זה אין לקבל, שכן מעיון במע/1 עולה כי ההסדרים, אף בנסיבות חמורות כפי שציינתי, נערכו לאורך שנים מאז התיקון, והשיטתיות לא נגזרת רק ממספר התיקים הדומים, אלא מההתנהלות העקבית של רשויות התביעה באותם מקרים שנסיונותיהם דומות לאורך זמן. נכון להבחין בין מצב בו המבקש בורר מקרים בודדים מיני רבים שאז ניתן לומר כי המדובר הוא בשגגה או בישום מוטעה של שיקול הדעת של רשויות התביעה שלא מצביעים על אכיפה סלקטיבית, לבין מצב שבו התקבלה אותה החלטה מנהלית ברוב המכריע של התיקים ולאורך זמן, גם אם מספרם של תיקים אלה קטן. ועוד, חשוב לחזור ולהדגיש, כי אמנם נסגרו 20 תיקי חקירה בהסדר מותנה, אולם גם היו 196 תיקים נוספים שנסגרו מעילה שונה למרות קיומה של תשתית ראייתית להגשת כתב אישום לפי סע' 4 לחוק המחשבים - דבר הנוטל במידה רבה מעוצמתו של קושי זה.

26. במסקנתי זו לא התעלמתי מההלכה לפיה:

"זאת ועוד. אפילו היה המערער מוכיח כי לצד עשרות התיקים בהם הוגש כתב אישום בגין מעשה מגונה בפומבי, קיימים עוד עשרות תיקים בהם לא הוגש כתב אישום, או שהתיק הסתיים בהסדר מותנה, לא היה בכך כדי לקדם את טענתו לאכיפה בררנית. אסביר.

כל תיק פלילי הוא בגדר "תפירה ידנית" שלוקחת בחשבון את השילוש הבא: העבירה ונסיבותיה - העושה - ונפגע העבירה. שקלול הנתונים בכל תיק ותיק מחייב בחינה פרטנית תוך התחשבות במגוון של שיקולים - במישור הראייתי, במישור של האינטרס הציבורי ובמישור של נפגעי העבירה." (עניין קשקוש, פסקה 27)

במקרה זה שוכנעתי כי המשיבה יישמה את ההנחיה בדבר העמדה לדין באופן מקל גם במקרים בהם נערכו הסדרים מותנים אחרי כניסת הנחיה זו לתוקף בחודש 8/18; עניינו של המערער שהוא נעדר כל עבר פלילי, הודה במיוחס לו והביע חרטה זהה לחשודים האחרים, ונראה כי הנזק שהוסב למתלונן הינו מינורי אף בהשוואה לנזקים של חלק ניכר מהמתלוננים בתיקים שבהם נערכו הסדרים מותנים שעל חלקם עמדתי לעיל.

27. חיזוק למסקנתי זו אני מוצא בעובדה שהמשיבה לא טרחה לפרוש בפני ביהמ"ש קמא את נסיבותיהם של שלושת כתבי האישום שהוגשו כנגד נאשמים אחרים בעבירה לפי סע' 4 לחוק המחשבים בלבד, אותם הזכירה בסע' 1 לתגובתה מיום 30.5.21 שהוגשה בתיק קמא (ת"פ 16-01-32267, ת"פ 19-05-4094, ת"פ 20-11-11604), מידע שנמצא בשליטתה. ההצבעה על שלושה הליכים פליליים שאין לדעת מה היו עובדותיהם, הכיצד הסתיימו עם או ללא הרשעה ועוד כהנה וכהנה עובדות ונסיבות רלוונטיות לא יכולה לתמוך בעמדת המשיבה. אדרבה התנהלות זו: **"מעוררת קושי ממשי לבחון את היקף האכיפה המפלה, ולעמדת י"ש לזקוף נתון זה לחובת המערער."** (עניין ורדי, פסקה 121). בהקשר זה אציין, כי ניסיתי לאתר החלטות שניתנו בהליכים אלה במאגרים, אך כל ניסיונותי העלו חרס. ועוד, הפנייתו של המשיבה באותה תגובה לכתבי אישום אותם הזכיר המערער בבקשתו מיום 13.5.21 אינה מדויקת, מהטעם שכתבי אישום אלו הוגשו לפני שהתיקון נכנס לתוקף.



28. ועוד, אחת הטענות המרכזיות עליה סמכה המשיבה, אותה גם קיבל ביהמ"ש קמא, היא שבמקרה זה התובע סבר כי העונש המתאים למערער כולל רכיב של מאסר, דבר, כך נטען, המלמד כי המערער גם לא עומד בדרישות הסף להסדר מותנה. אכן זו מצוות המחוקק והמדובר בתנאי שאין בלתו, אולם סברתו של תובע כי העונש הראוי כולל מאסר אינה משוחררת מביקורת שיפוטית, וביהמ"ש בהחלט רשאי ומוסמך לבחון גם עמדה זו במסגרת טענת נאשם להגנה מן הצדק. הרי אחרת, נציב מחסום בפני הנאשם ונסכל את זכותו המהותית להעלות טענת הגנה מן הצדק, דבר שאין להלום. גם עמדה זו צריכה להיות הוגנת, להתקבל על סמך מדיניות עקבית ובאופן שוויוני, וכפי שהקדמתי על רקע התנהלות רשויות התביעה בעבר הרושם המתקבל הוא שבהחלטה להעמיד דווקא את המערער לדין, לרבות באשר לעמדה לעתור למאסר בפועל, המערער הופלה לרעה.

29. המסקנה המתקבלת מכל האמור, כי במקרה זה קיימת פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות, ומכאן נכון להושיט למערער את הסעד הראוי והנגזר מעוצמת הפגיעה בזכויותיו. באשר לסעד אזכיר את ההלכה לפיה:

".. לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה או רשות מעורבת אחרת יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה כמדומה המצב השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר" (עניין בורוביץ, עמ' 807).

בהתאם להלכה לא בכל מצב בו נפל פגם בהתנהלות הרשות, התוצאה תהיה ביטולו של כתב האישום. יש לבחור בסעד אשר נותן ביטוי לעוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם ובטוהר ההליך הפלילי, ואשר בכוחו לתקן את פגם זה. מכאן, יש להקפיד על נקיטה באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים, ורק במקרים קיצוניים ביותר שבהם הפגיעה בזכויות הנאשם היא כה קשה ואינה ניתנת לתיקון באמצעים חריפים פחות, נכון לשקול את האקט הדרסטי של ביטול כתב האישום (ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 והאסמכתאות שם (4.7.2011); ע"פ 8551/11 כהן סלכני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (12.8.2012)).

הסעדים החריפים פחות מביטול כתב האישום ואשר מהווים תגובה הולמת הם רבים ומגוונים; כמו, למשל, תיקון כתב אישום, הימנעות או ביטול ההרשעה וכמובן גם התחשבות במסגרת גזירת העונש. רשימה זו אינה סגורה, ולביהמ"ש תמיד נתונה הסמכות להתאים את האמצעי שנכון להפעיל למקרה הספציפי שנידון לפניו (**גבריאל הלוי, תורת הדין הפלילי, כרך ב, תשנ"א 211, עמ' 748**).

30. המערער עתר בפני ביהמ"ש קמא וגם במסגרת הערעור לסעד לפיו עניינו יופנה לעריכת הסדר מותנה על יסוד הפגם שהתגלה בהחלטת המשיבה להעמידו לדין. סעד זה לא ניתן להושיט למערער משני טעמים חלופיים. הראשון, הסדר מותנה הוא הסכם לכל דבר ועניין המבוסס על מפגש רצונות בין התביעה לחשוד בגבולות



ובתנאים אותם התווה המחוקק. כמו שעריכת הסדר תלויה בהבעת הסכמה מפורשת מאת החשוד, הרי זכות זו קנויה לצד השני של ההתקשרות היא המשיבה. הראיה לכך היא שהמחוקק ציין מפורשות הן בסעי' 67א(ב) וגם בסעי' 67א(ד) לחסד"פ כי התובע "רשאי". מכאן, גם בהתקיים כל דרישות הסף עדיין נתון לתובע שיקול דעת ולא ניתן לחייבו לפעול לגיבושו של הסדר על אף עמדתו. למרות האמור, חשוב להדגיש, כי שיקול דעת זה לא משוחרר מכל מגבלה או ביקורת שיפוטית, שכן כפי שהקדמתי, את הפעלתו ניתן לבחון במסגרת הדוקטרינרית הנכונה שהיא הגנה מן הצדק, וככל ותתקבל הטענה אזי לקבוע את הסעד הראוי הנגזר מעוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם. השני, טעם נוסף המוביל לאותה המסקנה הוא השלב בו מוסמך תובע לערוך הסדר עם חשוד. המחוקק הקנה סמכות זו לתובע ואותה תחם בזמן עד להגשת כתב אישום, שכן במסגרת ההסדר "התובע יתחייב להימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד..." (סעי' 67ב(א) לחסד"פ), ולכל המאוחר לפני ביצועה של הקראה ובתנאי שכתב האישום בוטל (בג"ץ 8049/16 לאה אלון נ' פרקליטות המדינה, פסקה 7 (6.3.17)).

31. גם אין זה נכון להורות על ביטול כתב האישום - סעד דרסטי שאינו ראוי בנסיבות. המערער לא יכול לשאוף ליותר מאשר היה מקבל אלמלא אותו פגם שהביא לפגיעה בזכויותיו. במקרה זה נכון לחזור בציר הזמן לרגע שקדם להגשת כתב האישום ולסיים הליך זה בתוצאה הדומה לזו שהייתה מתקבלת לו נערך עם המערער הסדר מותנה, והכוונה לביטול ההרשעה וכפועל יוצא מכך גם רכיב המאסר על תנאי, תוך הותרת יתר רכיבי הענישה, השל"צ והפיצוי למתלונן, על כנם - רכיבים שניתן לכלול גם במסגרתו של הסדר מותנה.

32. נוכח האמור, טענתו החלופית של המערער לביטול הרשעתו על יסוד ההלכה שנקבעה בע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337 (1997) התייתרה. למרות זאת ומעבר לדרוש, אומר בתמצית, כי על אף שעקרונית עבירה בניגוד לסעי' 4 לחוק המחשבים כן מאפשרת ביטול ההרשעה; אולם, טענה חלופית זו סיכוייה להתקבל הינם קלושים לנוכח עמדתו של שירות המבחן, כן משלא הניח המערער תשתית שתלמד כי בהותרת ההרשעה יגרם לו נזק קונקרטי וחמור (רע"פ 7224/14 **פרנסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (10.11.2014); רע"פ 3589/14 **לוזון נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (10.6.2014); רע"פ 1439/13 **קשת נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (4.3.2013); רע"פ 8627/12 **הנסב נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (31.12.2012)). כידוע, הנטל להוכחת קיומו של נזק חמור הוא מנת חלקו של הנאשם, אשר מחובתו לשכנע באמצעות ראיות לעניין קיומו של נזק מוחשי וקונקרטי ואין להסתפק לא בהשערות ובוודאי לא בטענות שלא זכו לאף גיבוי לעניין הנזק והיקפו (ע"פ 5985/13 **הראל אבן נ' מדינת ישראל**, פסקאות 6 ו-7 (2.4.14); רע"פ 1240/19 **עופר בר לוי נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (24.3.19)) - ובנטל זה נראה כי המערער לא עמד.

33. מכל האמור, אציע לחברי לקבל את הערעור ולקבוע כי המערער הוכיח את טענתו לאכיפה בררנית; כפועל יוצא מכך, הרשעת המערער בעבירה לפי סעי' 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995 תבוטל, כן יבוטל המאסר על תנאי למשך 3 חודשים שהמערער לא יבצע במשך שנתיים העבירה בה הורשע, תוך הותרת יתר רכיבי הענישה על כנם.

אברהים בולוס, שופט
[אב"ד]



השופט מ' דאוד:

אני מסכים.

מאזן דאוד, שופט

השופט נ' סילמן:

אני מסכים לחוות הדעת המאלפת של כב' האב"ד.

אוסף כי לענין אפשרות הגשת האישום בעבירה של סחיטה באיומים- כפי שקיימת חזקת תקינות לרשויות התביעה בהתנהלות, לרבות עריכת הסדרים מותנים, קיימת אותה חזקה בבחירת סעיפי האישום ועל כן מצטרף אני לגישת כב' האב"ד שנושא זה חזקה כי נבדק ונבחן טרם הוחלט לא להגיש אישום בעבירת סחיטה באיומים.

מכל הטעמים המנויים בחוות דעת כב' האב"ד, אני מצטרף למסקנותיו ולתוצאה.

ניצן סילמן, שופט

התוצאה מכל האמור לעיל, היא שהחלטנו פה אחד לקבל את הערעור כאמור בפסקה 33 לחו"ד השופט בולוס.

ניתן היום, ד' שבט תשפ"ג, 26 ינואר 2023, במעמד הצדדים.

ניצן סילמן, שופט

מאזן דאוד, שופט

**אברהם בולוס, שופט
[אב"ד]**