



ע"פ 8212/09/14 - מנחם מני בן נחום, אברהם קבילה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
ע"פ 8212-09-14 בן נחום נ' מדינת ישראל
ע"פ 8208-09-14 קבילה נ' מדינת ישראל
19 ינואר 2015

בפני: כב' הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד

כב' השופטת מרים סוקולוב

כב' השופט ירון לוי

מנחם מני בן נחום אברהם קבילה

מדינת ישראל

המערערים:

נגד

המשיבה:

נוכחים:

המערער וב"כ עו"ד סרגיי מורין

ב"כ המשיבה - עו"ד מיכל גל

מערער 1 - נאשם מנחם מני בן נחום

[פרוטוקול הושמט]

החלטה

הדיון יאוחד כיוון שמדובר באותה סוגיה.

עמוד 1



כמובן שהצדדים יהיו רשאים להתייחס לנסיבות הפרטניות בכל אחד מהתיקים בנוסף לדיון בסוגיה העקרונית.

ניתן והודע היום כ"ח טבת תשע"ה, 19/01/2015 במעמד הנוכחים.

דבורה ברלינר, נשיאה אב"ד	מרים סוקולוב, שופטת	ירון לוי, שופט
-----------------------------	------------------------	----------------

עו"ד מורין: אני חוזר על נימוקי שני הערעורים ומוסיף, שאנחנו סבורים שהשלב של בחינת סוגיית הימנעות מהרשעה או ביטול הרשעה היא הנקודה שמצליבה את כל האינטרסים, והיא מצדיקה את שיקול הדעת של בית המשפט לאור תיקון 66 לחסד"פ שלא ניתן להתעלם ממנו לגבי עבירות אלה. בשלב זה הרחבת שיקול הדעת והלכת "כתב" לא יפגעו יתר על המידה בשיקול העצמאות של התביעה בכל מה שנוגע להגשת כתבי אישום, אלא הם יהוו בשלב זה עצם יישום של ביקורת מנהלית בפלילים מאחר ובנקודה זו בית משפט יכול לבדוק את התמונה השלמה של כל השיקולים שסביר להניח, לאור מה שצינו וגם לאור מה שהיה בפני בית משפט קמא, ששיקול הדעת של התביעה שבוחנת את תיקון 66 הוא די מוגבל מאחר ולמעשה המדובר בהחלטה חד צדדית והיא לרוב לא מאגדת את השיקולים של הצד השני והעובדות שיכולות להתגלות תוך כדי המשפט.

אני מפנה לציטוט שלי מהחלטת בית משפט קמא בתיק של קבילה, גם שם בית משפט ציין שיש בעייתיות מסוימת, כלומר מגבלת שיקול הדעת כיוון שהצד השני לא משתתף.

מאחר והמחוקק גילה עמדה מסוימת, קרי: שיש קבוצה של עבירות שהמחוקק מוכן לראותן ככאלה שלא יכתימו אנשים ברישום הפלילי, לכן אנחנו לא מדברים על סוגיית הגשת "כתב" האישום אלא בסוגיה מיוחדת שלאור השיקולים המפורטים ביישום התיקון זה מחייב לקחת בחשבון את כל הנסיבות האישיות בשלב של קבלת ההחלטה ולכן אנחנו טוענים, שכשאנחנו מגיעים לסוף התיק כשכבר ישנה בפני בית המשפט כל התמונה העובדתית והנסיבתית אזי יכול בית המשפט לבחון זאת מחדש. אנחנו מדברים על כך ש"כתב" האישום נותר על כנו, אלא שיכול להיות ויתוספו נסיבות שיצדיקו הימנעות מהרשעה פלילית, כי העבירות האלה לא מצדיקות בהכרח רישום פלילי.

לשאלת בית המשפט, כי המדובר בשיקולים שהיו מאז ומעולם בפני בית המשפט ואני נשאל מדוע זה שונה, אני משיב שמאחר ועל העבירות הספציפיות שעליהן חל תיקון 66, השיקול של פגיעה כלפי נאשם הוא אחד מהשיקולים והוא לא בהכרח אמור להתקיים, אנחנו טוענים שאי אפשר להתעלם מכך ולכן גם בסוגיה של אי הרשעה בעבירות הספציפיות האלה צריך להדגיש את הלכת "כתב" שניתנה לפני שהתיקון הגיע לפתחנו. הנסיבות השתנו.

המגמה היא שבעבירות שמתקרבות לרף הנמוך יותר שיש בהן הסדר חלופי, וגם כאן יש הסדר חלופי, בית משפט עליון היה נכון לשיקול את הקריטריונים של הלכת "כתב" לפני תיקון 66. תיקון 66 בעצם אימץ את המגמה הזאת.



המדובר בשני תיקים שנפלים בתקופת הביניים. כשראינו את הנחיית היועמ"ש אפשר היה להחיל את החוק על העבירות נשוא התביעה. דוגמה ספציפית הוא תיק מ-2010, אותן נסיבות, אפילו חמורות יותר, לא הספיקו להגיש "כתב" אישום לפני התיקון, הציעו הסדר מותנה ואין שום הבדל. הטענה היא של אכיפה בררנית.

אני לא טוען לביטול "כתב" האישום, אני טוען שאנחנו לא רוצים להתערב בהחלטת התביעה להגיש את "כתב" האישום, אלא אני מבקש לשקול הימנעות מרישום פלילי. התיק קיים, ההרשעה קיימת ואנחנו מדברים על סוגיה ספציפית שנעדרת כל הסימנים שמהם חוששת התביעה וגם בית המשפט לגבי ביקורת מנהלית בפלילים ולהפחית את שיקול הדעת שלהם.

לשאלת בית המשפט, אם תיקון 66 יצר מאזן אחר בין שיקול הדעת של הרשות המחוקקת למבצעת, אני משיב שהטיעון שלנו ניסה להימנע מהנקודה הבעייתית הזאת, לא טענו לביטול "כתב" אישום.

כשאנחנו רואים את ההנחיה של היועמ"ש הרושם שלי שחברי מהתביעה לוקחים את התכלית של הגברת האכיפה ויש תכלית של הורדת העומס מבתי משפט ולכן אני חושב שכשאנחנו נמצאים בנקודה שלא טוענים שצריך לבטל את האישום שהוגש, אלא טוענים בסוף התיק שאנחנו מבקשים להימנע מהרשעה של נאשם שעשה מעשה ספציפי שמלכתחילה מוגדר ברף הנמוך יותר, כשכל הנסיבות נמצאות בפני בית המשפט, אני סבור שעכשיו שיקול הדעת של בית משפט רחב יותר.

ככל שהמחוקק מרחיב את שיקול הדעת של התביעה, כך גם בית המשפט מקבל את הרחבת שיקול דעתו בנקודה שהוא מפקיד את סמכותו בכל הנוגע להימנעות מהרשעה, כשמדובר באותן עבירות שבית המשפט יכול לראות את הנסיבות שהיום עומדות בפני התובע במלואן ובצורה הרבה יותר ממוקדת.

לשאלת בית המשפט, במה זה שונה מהמצב היום, כי גם היום בית המשפט יכול לשקול הימנעות מהרשעה, אני משיב שעכשיו יש שינוי שמצדיק זאת. מדובר בהשלכה רעיונית מתיקון 66 מההכללה של העבירה הספציפית הזאת בצו של היועמ"ש לגבי האופי שבו יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו לענין סיום ההליך בלא הרשעה.

הלכת "כתב" ניתנה בעבירה יותר קשה. כאן מדובר בעבירות קלות יותר.

עו"ד גל: לענין המהות של תיקון 66, התיקון נועד לאפשר לתביעה הסדרים בלי להפוך אותו לנאשם, כאשר זה צריך לענות על האינטרס הציבורי. במסגרת ההסדר הזה יש מגוון של כלים הן בנושא "הענישה" מצד אחד, והן בשיקול הדעת לענין העבירות.

האפשרויות של הטלת העונשים שלא במסגרת ההרשעה כוללים קנס, פיצוי, התחייבות להימנע מעבירה, השבת מצב לקדמותו ובעתיד כאשר שר הרווחה ייתן את הצווים שלו, אפשר להפעיל תוכנית של תיקון ושיקום של שירות מבחן כולל של"צ ומגוון רחב של דברים.

במסגרת התיקון הזה יש לתובע שיקול דעת מאוד רחב אם להציע או להסכים, כאשר בתוך שיקול דעת זה נכללת בדיקה של תיקים תלויים ועומדים, וגם של תיקים סגורים, למשל תיקים שנסגרו בעילה של מכלול נסיבות הענין אינו מצדיק הגשת "כתב" אישום. זה שיקולים שלתוך בית משפט לא נכנסים.



בידי התביעה ישנו עוד כלי במסגרת "מחסן הכלים" על-מנת שבצד אחד או בלשון היועמ"ש, נתן כלי אכיפה מידתי שיאפשר הלימה טובה יותר בנסיבות מסוימת בין חומרת העבירה וכלל הנסיבות שלה, לבין התגובה החברתית הננקטת כלפיה. השימוש בהסדר נועד לעבירות קלות בנסיבות מקלות. חלק מהשיקולים שהאכיפה יותר יעילה, מהירה, ניתן להפעיל אותה גם בתיקים שבעבר בגלל שיקולים כאלה ואחרים היו נסגרים בשל נסיבות הענין ועל-מנת להקל על העומס הן של בתי המשפט והן של התביעה.

אני מפנה לסעיף 8 לפרק ב': "הסדר מותנה יחול על עבירות שככל מילוי תנאי ההסדר יעלה על הענין...". הנסיבות הן מידת הפגיעה בנאשם, נסיבות העבירה על היעדר תכנון, נסיבות שהובילו לביצועה, התוצאות שהנזק כולו רב או צפוי שייגרם, ההתנהלות לאחר ביצוע העבירה וכו'. המכלול ביחד של השיקולים שלפני וההנחיות או התנאים לקיומו של ההסדר, הם ביחד כמקשה אחת, הם אלה שעונים על האינטרס הציבורי שבמקרה זה יוכל לבוא על סיפוקו גם בלא הגשת "כתב" אישום.

זה לא שכיוון שהעבירה הזאת נכללת בתוך הרשימה של העבירה, זה אומר שהעבירה הזאת האינטרס הציבורי יכול לבוא על סיפוקו גם אם בן אדם לא יורשע, זה ממש לא המצב.

במסגרת העבירות שנכללות יש לנו גם את סעיף 431, בכפוף לקבלת תסקיר שירות מבחן. מעשה מגונה בלא הסכמה, מעשה מגונה בפומבי וזה מוכיח שאנחנו מדברים על מכלול ולא על נקודה ספציפית שמכיוון שזה מוזכר שם, זה אומר שעברו את המחסום הראשון של הלכת "כתב".

דבר נוסף הוא שרשימת העבירות שנקבעה על-ידי היועמ"ש איננה רשימה סגורה, היא ניתנה לשינוי, ז"א שהפרשנות של חברי אומרת שלגבי הלכת "כתב" אנחנו אף פעם לא נמצא באיזשהו משהו מאוד ברור, כיוון שאולי ישנו את זה מחר אז אולי כבר אין אינטרס ציבורי, או יש אינטרס ציבורי. זה לא יכול להיות שמתייחסים אך ורק לרשימת העבירות. בנוסף יש עבירות אחרות שלא מנויות ברשימה במקרים חריגים באישור פרקליט בדרגת מנהל מחלקה וכו'.

בכל מקרה, עצם העובדה שחשוד עומד בתנאי הסף אינה מחייבת עריכת הסדר מותנה לאור כל מגוון השיקולים שיש לתביעה. ברגע שחשוד לא עומד בתנאים שקבעו לו שהם קשורים קשר הדוק לכלל ההסדר, אנחנו חוזרים אחורה ואותו חשוד שעמד בתנאי הסף ואפילו קבעו שהוא ראוי להסדר מותנה, הכל חוזר אחורה והוא מועמד לדין פלילי בהתאם ל"כתב" האישום שנמצא כטיטה בתוך התיק. ולכן, אני לא חושבת שיש קשר בין תיקון 66 לבין הלכת "כתב". זה שני דברים שונים. ברגע שזה הפך ל"כתב" אישום שמתנהל בבית משפט, כל יתרונות האכיפה שהיו במסגרת ההסדר המותנה התבטלו, כולל כל הענישה שהתביעה מוסמכת לדרוש בהתאם להסדר מותנה ואין לבית משפט סמכות לתת אותם, במיוחד לא אם זה מסתיים באי הרשעה. קנס אי אפשר לתת בלי הרשעה.

בעבירות שאנחנו מדברים קנס זה העונש הכי ראוי שיכול להיות, לאור הפגיעה הקשה בשם המדינה ששמה יצא לכל הזיזפים, לאו דווקא בבגדים.

בענין זה אני סבורה שהתייחס בית המשפט העליון וקבע שהגם שניתן לשאוב השראה מהסדרים חלופיים ולתת למאפיינים האלה משקל, אין לקבוע כלל קטגורי בדבר אי הרשעה בשל הגבלת הסנקציות שיעמדו לרשות בית המשפט.

הגם שפסק דינו של בית המשפט המחוזי שהפך את פסק הדין של בית משפט השלום וביטל את ההרשעה נשאר על כנו, זה בשל הנסיבות המאוד מיוחדות. היה מדובר בגלגול שלישי, העבירה בוצעה ב- 2004, התיק נדון ב- 2013. אבל אם



מסתכלים על כל פסק הדין בית משפט בהחלט דן בשאלה של הנזק הקונקרטי ולדעתי לו זה היה כב' השופט פוגלמן שדן בזה, הוא היה מרשיע כי הם לא הוכיחו נזק קונקרטי.

עבירות על פקודת סימני המסחר אין אינן עבירות רגולטוריות. אני לא חושבת שניתן לעשות השוואה לענין הגמשת הלכת "כתב" בין עבירה שבעצם גם אם נדרשת איזושהי מחשבה פלילית היא ברמה מאוד מאוד נמוכה, באיזושהי רמה של מודעות ולא כמו העבירות אצלנו שזו עבירה של מחשבה פלילית על כל המשתמע מכך ולכן אני לא רואה כל השוואה.

לענין הביקורת המנהלית שחברי דיבר עליה, הגם שאין חולק שלבית משפט יש סמכות לבקר החלטות מנהליות של התביעה, בבג"צ ניר כהן שהפנה אליו חברי בית המשפט קובע, שמקום שבית המשפט יסבור שלא היה בסדר שהתביעה לא נקטה בהליך של הסדר מותנה אלא הגישה "כתב" אישום, הוא יכול לתת את הביקורת על-ידי כך שהוא יקבע אי הרשעה כי לא היה מקום להרשיע את הנאשם ואילו הוא היה הולך בהליך של הסדר מותנה, הוא לא היה מרשיע.

בבג"צ ניר כהן המקום לביקורת המנהלית שעליה מדבר חברי, הוא בדיוק מקום שחברי נקט בו בבית משפט קמא, בטענה של מחיקת "כתב" אישום. זה המקום לטעון את הטענות האלה. ברגע שאנחנו הגשנו "כתב" אישום ואנחנו בהליך פלילי, אנחנו במקום אחר. זה לא מקום של ביקורת שבית משפט יבדוק האם היה נכון להגיש "כתב" אישום.

אני מפנה להחלטתה המאוד מפורטת של כב' השופטת מרגולין, בית משפט קמא קבע שלא היה פגם בהתנהלות התביעה שהחליטה להגיש "כתב" אישום.

גם אם בית משפט זה יסבור שגם בשלב הטיעון לעונש יש מקום לביקורת המנהלית, גם במקרה כזה הביקורת המנהלית צריכה להוות את אחד השיקולים ובוודאי לא שיקול מכריע אם יש מקום להרשעה או אי הרשעה.

לענין טענות חברי על הפגיעה בנאשם ובסיכויי שיקומו, אני לא סבורה שיש לכך איזושהי השלכה. אני לא רואה שום קשר בין תיקון 66 לבין הפגיעה. נכון שהפרמטר הזה גם נמצא בהנחיות היועמ"ש כאחד מהשיקולים, אבל להליך של תיקון 66 אין שום קשר לתוצאות של ההליך הפלילי כיוון ששם אנחנו לא בהליך של הגשת "כתב" אישום. לא מצאתי ולו פסק דין אחד מאז שנכנס לתוקף תיקון 66 שבו יש אי הרשעה מחמת התיקון הזה.

הואיל ואינני סבורה שיש איזושהי רלוונטיות לתיקון 66 להלכת "כתב", אני סבורה שיש אינטרס ציבורי בהרשעה על עבירה של סימני מסחר. המשיב קבילה החזיק 537 חולצות ו-16 חגורות מזויפות כאשר אלה הפריטים שנותרו בידו אחרי שהוא מכר כמות לא ידועה. בעבירות האלה אין דרישה להטעיית הרוכשים, הנזק הוא בעיקר כלפי היצרנים. בעצם החזקת הפריטים יש את העבירה, כיוון שכבר בזה יש את הפגיעה באותו סימן מסחר של אותה חברה.

אם לא היה מי שקונה ומי שמוכר אף אחד לא היה מייצר זאת.

המשיב מנחם בן נחום נמצא ב-19:00 בסמטה חשוכה עם 80 זיופים של חברות שונות כשתא המטען של הרכב היה פתוח, היינו מדוברים בכוונת מכירה. הוא גם ניהל הוכחות רק לנושא הספציפי של חוקיות תפיסת הבגדים, אבל עדיין מדובר בהוכחות. לא מדובר בעבירה הכי חמורה, אבל גם לא בעבירה שניתן להתעלם ממנה לאור השלכות עבירה זו.

כיוון שאנחנו מצויים כדין בהליך פלילי, הלכת "כתב" נשארת בעינה כמות שהיא. גם אם היינו אומרים שיש איזושהי השלכה נניח לחומרת העבירה, אני לא סבורה שבמקרה הזה צריך להתעלם לחלוטין מהנזק הקונקרטי ולאף אחד



מהשניים אין נזק קונקרטי, אף אחד מהאנשים לא הוכיח איזשהו נזק קונקרטי. גם כששירות מבחן כשהוא ממליץ הוא אומר אין נזק קונקרטי. שירות המבחן בא להגן על הנאשם ואני סבורה שאנחנו צריכים להגן על עצמנו. אני לא סבורה שיש להיענות לערעור לא מבחינה מהותית ולא מבחינה קונקרטית.

עו"ד מורין: לשאלת בית המשפט לענין ההתנהלות לאחר מעשה בזמן הדיון המשפטי כשאומרים לי שזה לא צריך לפגוע ביישום של תיקון 66 במקרה הנוכחי ואני נשאל מדוע, אני משיב שאם היו מציעים לנאשם הסדר מותנה, היינו מקבלים זאת.

ניהול ההוכחות היה משפטי לגמרי. אף אחד לא טען שאלה לא דברים שהחזקנו.

לשאלת בית המשפט מדוע בא הסיפור/שקר של שקית העוף שחמותו ביטלה לו, אני משיב שזו הגרסה של האב. הנאשם שלי הסביר שזו פעם ראשונה שהוא נתקל בתפיסה של שוטרים ולכן הוא התרגש. המדובר במקום שליד ביתם ולא בסמטה חשוכה.

חברתי טענה שכשאינן אינטרס ציבורי לא מוגש "כתב" אישום, אנחנו טוענים כשאנחנו נכנסים לתחום האפור שתובע לא בטוח אם יש או אין אינטרס ציבורי והצדקה להגיש "כתב" אישום, יש לו עוד אפשרות וזו ההרחבה. אבל כשבמקרה כזה תובע מחליט להגיש "כתב" אישום, הוא למעשה סותם את הגולל בפני הנאשם מפני כל טיעון, כאשר מדובר בנאשם שזו פעם ראשונה שהוא עשה מעשה פלילי. תיקון 66 הוסיף למקרים שלא מגישים בגינם כתבי אישום ושלפני כן לא היו קיימים, ולכן לא ניתן לטעון שכשהתביעה החליטה להגיש "כתב" אישום בית משפט לא יכול לבחון את זה.

אני טוען שגם אין הגבלה מתי ניתן להפעיל את הביקורת המנהלית. התביעה דורשת לעצמה את ההחלטה המנהלית בלי ביקורת. אני טוען שבסוף המשפט עם כל הנסיבות בפנינו, בשלב של ביטול הרשעה, בית משפט קיבל, לאור ההרחבה שם, גם הרחבה כאן.

לשאלת בית המשפט, כי תיקון 66 לא רק מקל עם נאשמים אלא יכול גם להחמיר איתם, אני משיב שזה נכון אבל ב"פול" הזה אנחנו לא יודעים איפה היו מקלים ואיפה מחמירים ולכן ראוי שבית משפט יבחן זאת.

לשאלת בית המשפט, אם על החלטת התביעה לא לפעול במתווה 66 בעבירות אלה או בעבירות אחרות שנמנות ברשימת הוראת נהל 4.3042 יש אפשרות לערור על החלטת התביעה, אני משיב שזו דרגת הקושי, אבל ערר מוגש על איזשהו מצב נתון שלא משתנה. כשאנחנו מדברים על ערר אנחנו מדברים על נתון סטטי, אני טוען שבסוף ההליך יש דברים שהתווספו לעובדות הראייתיות ולכן זה לא בהכרח ערר, זו נקודת מבט נוספת ומערך עובדות נוסף ועכשיו בית משפט יכול לראות, מה שהתובע לא יכול היה לראות.

לשאלת בית המשפט, האם תיקון 66 יצר איזשהו מפנה במושכלות היסוד באשר לשיקולי התביעה לעומת שיקולי בית המשפט, אני משיב שאנחנו לא בהכרח צריכים להתמודד עם הנקודה הזאת. אני טוען לאיזשהו חריג להלכת "כתב". הביקורת על עצם הכניסה להסדר המותנה או אי כניסה נשארת.

לגבי מותג, אף אחד לא יבוא לשוק לקנות מותג. אנחנו חיים בתוך עמנו ועולמנו. לטעון לאיזושהי פגיעה בחברות אדיס, נייק וכו' אין זה נכון, כי מה שנמכר בבסטה זה לא מותג אמיתי.



עו"ד גל: לענין מה שחברי אמר שעכשיו עומד כל החומר בפני בית המשפט, אני מפנה להוראה בחוק שאומרת שלפני הסדר יכול נאשם לעיין בחומר החקירה, מה שאומר שהוא יכול לעלות את הדברים האישיים שלו בפני התובע.

תיקון 66 לא בא לענות על כל הבעיות ויש המון תיקים, גם בפני כבודכם, עם אמפתיה לנאשמים אבל יש דרך שצריך ללכת לפיה.

עו"ד מורין: המדובר בשני אנשים שפעם ראשונה טעו. כשבתי משפט מנסים למצוא חריגים להלכת "כתב", אני סבור שתיקון 66 נותן הזדמנות לחרוג מזה.

הפסקה

עו"ד מורין: לאחר ששמענו את המלצת בית המשפט גם ביחס להתאמת התיקים הנוכחיים מבחינת הסוגיה העקרונית, אנו מקבלים את ההמלצה וחוזרים בנו מהערעורים.

פסק דין

המלצנו אכן בפני המערערים וב"כ לחזור בהם מהערעורים, המלצתנו התקבלה לאחר ששמענו את מלוא הערעורים במשך שעה ארוכה.

אנו רואים לציין כי מדובר בטיעונים נכבדים שהוגשו בצורה מסודרת, רהוטה וברורה. המלצנו מה שהמלצנו גם תוך הסתכלות על התאמת התיקים הנוכחיים לבחינת הסוגיה העקרונית.

המלצתנו התקבלה לאחר שהסנגוריה שקלה את ההיבטים הרלוונטיים ועל דעת המערערים ולפיכך הערעור נדחה.

ניתן והודע היום כ"ח טבת תשע"ה, 19/01/2015 במעמד הנוכחים.

ירון לוי, שופט

מרים סוקולוב,
שופטת

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד

הוקלדעלידיסימונהאלפסי