

ע"פ 13400/05/22 - מדינת ישראל נגד אסף טופול

בית המשפט המחוזי בירושלים שבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 22-05-13400 מדינת ישראל נ' טופול

בפני	כבוד השופט ע' שחם
כב'	השופט א' רובין
כב'	השופט נ' פלקס
מגistrate	מדינת ישראל
against	על ידי ת' פרוש, עו"ד, וא' גריינבוים, עו"ד, מפרקליות
the city	המדינה
defendant	אסף טופול
accused	על ידי ד' ברהום, עו"ד

פסק דין

בפניו ערעור פלילי.

1. הערעור מופנה נגד פסק דין של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט א' איתן) בת"פ 20-01-17752 (22.3.22). בפסק הדין, החליט בית משפט קמא לבטל את כתוב האישום שהוגש נגד המשייב בגין הנטה טענה מקדמית של המשייב להגנה מן הצדק (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982 (להלן - חוק סדר הדין הפלילי)).

2. בכתב האישום יוחסו למשייב עבירות של איומים (סעיף 192 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, להלן - חוק העונשין) והסתגר גבול פלילית (סעיף 447(א) לחוק העונשין). העבירות בוצעו, על פי הטענה, כלפי שכנו של המשייב.

3. כאמור, המשייב העלה בבית משפט קמא טענה בדבר הגנה מן הצדק. טרם נידרש לעיצומה של הטענה, נעמוד תחיליה על המוגרת הנורמטיבית לדין.

4. ההגנה מן הצדק הוכחה לראשונה בישראל בע"פ 2910/94 יפתח נ' מדינת ישראל פ"ד (2) 221 (1996). באותה פרשה הכיר בית המשפט העליון (כב' השופט ד' לוי) בכלל של השתק, המוביל לביטולו של הליך פלילי, "במקרים קיצוניים וחריגים" (בעמוד 370). הכלל התבבס על כוחה הרוב של הטבעה, אשר שמו הטוב וכבודו של אדם נתונים בידיה; על התפיסה כי יש לרשן את עצמת הרשות "כשזו האחרונה עשתה שימוש פרוע, לא הוגן ובבלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה"; ועל הצורך בפיקוח על הפעלת כוח זה. הוא עוגן גם בתובנה הבסיסית, כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך ראוי לתוך המערכת הקימית" (בעמוד 368).

5. בית המשפט העליון עמד בהקשר זה על הצורך לאזן בין תכליות אלה ובין תכליות המשפט הפלילי, ובהן הגמול וההגנה על שלום הציבור והפרט (בעמוד 369). הכלל שנקבע משיקע אכן כן אמר. על פי, בית המשפט שיקול דעת לעקב הליכים פליליים, מקום בו מדובר ב - "התנהגות ..בלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה

משמעות, דרכו, דיכוי והתעمرות בנאשם ... המדבר במרקורים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית מדבר "במרקורים נדרים ביותר".

6. הכלל רוכך במידה מה בפסק דין של בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005). העיקרון המנחה שנקבע באותה פרשה היה, כי ההגנה מן הצדק עשויה לائم מקום בו "קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממש בתחום הצדק וההגינות כפי שהוא נתפסת בעיניו של בית-המשפט" (בפסקה 21). באופן מעשי, נקבע כי על בית המשפט לקיים תחילה בדינה של שלושה שלבים ביחסם העיקרון:

7. בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך, ולאחר מכן את עצמתם. בשלב השני, על בית המשפט לקבוע האם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש פגעה חריפה בתחום הצדק וההגינות. בהקשר זה יש לאזן בין שיקולים שונים, ובינם חומרת העבירה הנדונה; עצמת הראיות; מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להגן; חומרת הפגיעה בזכותו הנאשם להליך הוגן, והנסיבות שהביאו לגרימתה; מידת האשם הרובץ על הרשות; תום ליבת של הרשות. בשלב השלישי, אם נקבע כי בקיומו של ההליך יש פגעה חריפה כאמור בתחום הצדק וההגינות, יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעות מתוונים ומידתיים שאין מחייבים תוצאה של ביטול כתוב האישום (שם, בפסקה 21).

8. בית המשפט הדגיש בעניין בורוביץ, כי במרכז ההגנה מן הצדק עומדת התכלית של "הבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן". התכלית העיקרית הינה "לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשות האכיפה על מעשיהם הנפשדים". נפסק (בפסקה 26), כי ככל בבחינת טענה לאכיפה ברורנית, יש לחת את הדעת ל"טיב מניעה של הרשות, שבהיעדר ציוק גלויל לעין להבחן בין שניים שביצעו אותה עבירה בחרה להעמיד לדין את פלוני וחדרה מלאה העמיד לדין את אלמוני". עם זאת, בית המשפט הכיר באפשרות כי הפגיעה בתחום הצדק וההגינות, העשויה להקים את ההגנה, "תייחס, לא להתנהגות שערוריתית של הרשות, אלא, למשל, לרשלנותן, או אף לנסיבות שאין תלויות ברשות כל-עיקר אך המחייבות וمبرשות בבירור את המסקנה, כי במקורה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאים קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממש בתחום הצדק וההגינות" (בפסקה 21). עם זאת, העיר בית המשפט כי מצב דברים זהה "אין ציפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".

9. יצא, כי בעקבות הילכת בורוביץ, חל שינוי תפיסתי מסוים בהגנה מן הצדק. היא חדלה להיות ממוקדת אך ורק בטיב פעולתה או אחריותה של הרשות. עתה, הוועדה במקד הפגיעה שנגרמה לנאים (ראו בהקשר זה את הערת בית המשפט בע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (21.10.2007), בפסקה 107). בתוך כך, הוגנסה אמת המידה לבחינת הפגיעה, העשויה להקים הגנה מן הצדק (ראו דברי כב' המשנה לנשיא (בדימ') מ' חישן בדנ"פ 5189/05 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (24.4.2006), בפסקה 13).

10. כשנתיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בורוביץ, נקלטה תורת ההגנה מן הצדק בחקירה הראשית. נחקק סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, בו נקבע כי ניתן להעלות טענה מקדמית לפיה "הגשת כתוב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתרה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטיות". בישומה של הוראה זו, המשיך בית המשפט העליון לפעול על פי אמות המידה שנקבעו בעניין בורוביץ (ראו, למשל, ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2009), בפסקה 23; ע"פ 3821/08 שלומוב נ' מדינת ישראל (27.11.2008), בפסקה 16). גם בפסקה זו הדגיש בית המשפט העליון, כי ביטולו של ההליך הפלילי בשל הגנה מן הצדק, הינו "מהלך קיצוני שבו בית המשפט אינו נדרש לו אלא במקרים חריגים ביותר", כפי שצוין בפרשא אחרת, או "לעתים נדירות", כפי שנקבע בפרשא אחרת.

11. אשר למערכת השיקולים אוטם ניתן לשקל במסגרת הדיון בטענת הגנה מן הצדק, קבע בית המשפט העליון בפסק דין נסף (ע"פ 14/2017 גוטסдинר נ' מדינת ישראל (1.3.2017)), כי "מלאת האיזון חיבת להביא בחשבון לא רק את עניינו של הנאשם ותיקו העול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם את האינטרס הציבורי הרוחב בהרשעת ערביינימ". לצורך כך נדרש איזון עדין בין תכליותיו השונות של המשפט הפלילי". לעניין זה צוטטו בהסכם דברים, לפיהם יש להתחשב במידה רחבה של שיקולים, ובهم חומרת העבירה; נסיבות המקלה; שיקולים של גמול והרטעה; האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדיון עם ערביינים ובשמירה על ביטחון הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה; ומנגד, זכויות הנאשם; טוהר ההליך הפלילי; השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ולשמור על אמון הציבור בבית המשפט (ראו בפסקה 44 לפסק דין של כב' השופט נ' הנדל).

12. אשר לנintel הראייה לגבי טענה של הגנה מן הצדק. על פי טיבה, מדובר בטענת הגנה. לנTEL השכנוע, כמו גם הנintel הראשון להביא ראיות, חל על הנאשם (ראו לעניין זה בג"ץ 6396/96 זקון נ' ראש עיריית באר שבע פ"ד נג(3) 289 (1999) בו נדונה טענה לאכיפה בררנית, בפסקה 17). אשר למידת ההוכחה. אין מדובר בסיג לאחריות פלילתית, עליו חלה הוראת סעיף 34כ(ב) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, הקובעת כי די לנואם לעורר ספק סביר ביחס לקיומו של סיג לאחריות (ראו נקדימון, בספרו הנ"ל, בעמוד 481). מדובר בטענת הגנה, הנשענת על נסיבות מיוחדות אשר אין בהן כדי לאין את עצם פליליותו של המעשה, אלא פועלות ליצור מחסום מהפעלת ההליך הפלילי. על הנואמים לבסס, כאמור, טענה של הגנה מן הצדק, במאזן הנסיבות (ראו לדוגמה דומה, ע"פ 4675/97 מדינת ישראל נ' רוזוב, פ"ד נג(4) 337 (1999)).

13. במסגרת בקשה המשיב לביטול כתוב האישום מכוח הגנה מן הצדק טען המשיב גם לאפליה פסולה נגדו. נקודת המוצא לדין בטענה מעין זו לאכיפה בררנית היא, כי על רשותות התביעה, בחאלתויהן על הגשת כתבי אישום, לפעול באופן שיוציאו (ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990), בעמוד 512). על רקע זה נפסק, כי אכיפה בררנית עשויה להקים טענת סף של הגנה מן הצדק (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (4.9.2007), בפסקה 60 לפסק הדין; בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל (24.10.2012), בפסקה 14). נקודת המוצא לעניין זה היא, כי "רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחזקת החוקיות. מי שמעלה נגד הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנintel להפריך חזקה זאת" דברי בית המשפט בעניין זקון הנ"ל, כפי שצוטטו בהסכם בע"פ 8551/11 סלכני נ' מדינת ישראל (12.8.2012) בפסקה 20).

14. בעניין זקון נפסק כי אכיפה בררנית היא "אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהוא מבדילה לצורכי אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא". ברוח דומה הועמדה טענת האכיפה הבררנית בפרשת לימור, שם נדונו אישומים בעבירות על חוק ההגבלים העיסקיים, על מקרים בהם הרשות "מפליה בין פלוני לאלמוני על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר היא נוהגת במדיניות של אכיפה שרירותית" (בפסקה 60). באופן דומה בעניין כנאנה נפסק בהקשר זה, כי

"על מנת להצליח בטענה של אכיפה בררנית, אין די להראות כי קיימים מקרים דומים אחרים שבהם לא הועמדו חשודים לדין. אכיפה היא בררנית, להבדיל מאכיפה סלקטיבית או חליקית, רק אם הבדיקה היא שרירותית וחסרת הצדקה העלאת טענה של אכיפה בררנית, מחייבת את הנאשם להוכיח כי הבדיקה שערוכה התביעה בין נואמים או חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השווין הינה שרירותית, מפליה או שביסודה שיקולים זרים"

15. ברוח דומה נפסק בהקשר זה בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.09.2013) (כב' השופט ע' פוגלם) כי בהחלהותיה לעניין זה רשות האכיפה להביא בחשבון שיקולים של אינטראס הציבור. ציין, (בפסקה 29), כי

"... הדין וההלכה הפסוכה מתירים לרשות מרחיב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, בכפוף לכך שההתובע קיבל החלטתו תוך שיקולות הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, ושפעל בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ובסירות [...] בدل"ת אמות שיקול דעת זה, עשויו הרשות לבקר להימנע מההעמיד לדין אדם זה או אחר מטעמים טובים ועוניינים"

הבחינה היא האם הוצבע על שיקולים עוניינים, אשר "יש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות" (פסק הדין הנ"ל בעניין זקין, בפסקה 18).

16. לצד קביעות אלה, ניתן להפנות להכרעה בעניין בורובי. באוטה פרשה עמד בית המשפט על כך שעשוים להיות מקרים נדירים ביותר, בהם "ההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולת תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולאו דווקא מן הקביעה שההחלטה התבססה על מניע חזוני או על שיקולים פסולים מובהקים" (בפסקה 26). גישה דומה, אף מרחיבה יותר ביחס לטענת האכיפה הברנית, עולה מפסקתו של בית המשפט העליון בעניין סלכני (בפסקה 21), שם צוין כי "הגישה הנוגעת במשפט הישראלי ביחס לעילת הפליה אינה מחייבות מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוכאה מפללה" (ראו, ברוח דומה, ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.2016), בפסקה 35 לפסק דיןו של כב' השופט א' שורם).

17. אשר להיבט הראייתי, פסק בית המשפט העליון כי טענה לאכיפה בררנית מחייבות הנחת תשתיית ראייתית של ממש. המוקד אינו בתחום האישית של הנאשם, כי אם בקיומה של תשתיית המלמדת על שרירותיות או מניעים בלתי כשרים בפועלות הרשות. לעניין זה פסק בית המשפט בעניין לימור, כי בעובדה "שהמערער חש, באופן סובייקטיבי, כי נגרם לו עול בך שהוגש נגדו כתוב אישום אין ... בכך להביא לביטולו של כתוב האישום מקום בו אין הוכחות קונקרטיות לכך שהמשיבה פعلاה מניעים לא כשרים בהגשותו". בעניין כנאננה נפסק בהקשר זה (בפסקה 15), כי "...על-פי-רוב, הכרעה בטענה של הגנה מן הצדק מחייבות פרישה של מסכת עובדיות מפורטת, כאשר דווקא מן הניאנסים של הפרטים עולה ומתגבשת טענת ההגנה, אם לאו". הצורך בתשתיית ראייתית ממשמעותית לביסוס הטענה עולה גם מפסק דין נוספים (בג"ץ 230/07 עטן נ' מדינת ישראל (10.1.2007), בפסקה 5; עניין סלכני הנ"ל, בפסקה 22).

18. אשר לסעד בגין אכיפה בררנית, פסק בית המשפט העליון (בעניין כנאננה, פיסקה 24), כי "גם כאשר מטעוררת טענה של אכיפה בררנית בהליך העיקרי ואף כאשר היא מתקבלת - הסעד הניתן בגינה עשוי להשנות בהתאם לנسبות כל מקרה ומקרה. לעיתים, קבלת הטענה מובילה לזכוכו; אולם, לא אחת שימושות קבלת הטענה היא פחותה, ועדין משמעותית, למשל על דרך הקללה בעונש". באופן דומה נפסק לעניין זה בפרש סלכני (בפסקה 15), כי יש לבחון "אם האכיפה הברנית מגיעה עד כדי הדרגה המקיים 'הגנה מן הצדק' או שמא, חרף הפגם, התשובה המתואימה היא במישור הענישה".

19. להתפתחויות אלה חשיבות בהבנת גבולותיה המדוייקים של ההגנה מן הצדק. עם זאת, הן אין משנה את התפיסה היסודית, לפיה מקום בו קיימות ראיות מעולות סיכוי סביר להרשעה, יתקיים הлик פלילי, ואם יקבע כי קיימת תשתיית ראייתית המבוססת את אחוריות הנאשם מעבר לספק סביר, תהיה הרשעה בדיון. נקודת מוצא זו נגזרת מן ההבנה, כי "האינטראס הציבורי בהעמדתם לדין של נאים הוא אינטראס ציבורי מרכזי, אשר סדרי החים המודרניים תלויים בהגשمتו" (דברי כב' השופט א' ברק, בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב פ"ד מ(2) 393 (1986)).

הדוctrינה של הגנה מן הצדק הייתה, ונותרה, חריג מצומצם לכל זה. גם בעקבות התפתחויות המתוירות, ההגנה מן הצדק נותרה בבסיסה כלל מתקן, אשר נועד למונע עול וגדי מצד במרקם פינתיים. ברוח זו ציין בית המשפט העליון, גם בפרשיות טגר ופלוני הנ"ל, את טיבם החיריג של המקרים, בהם תתקבל טענה מעין זו. ברוח זו ציין גם בספרות, אשר דנה בהיקף הגנה לאחר החקיקה, כי "ברוב רובם של המקרים אין מקום לביטולם של משפטים פליליים" (נקידימון, הגנה מן הצדק, מהדורה שנייה (2009), עמ' 125).

20. על רקע עקרונות אלה, אשר אליהם הפנה בית משפט קמא ואינם שונים בחלוקת של ממש, ניתן לפנות לבחינת הכרעתו של בית משפט קמא לפיה למשיב עומדת טענה להגנה מן הצדק. בהקדמת המאוחר נאמר כבר עתה, כי הענו למסקנה כי לא היה בסיס מספיק להכרעה זו, על פי התשתית הריאיתית שהונחה, ובשים לב לאמות מידת העילן עמדנו.

21. ברקע הכרעתו של בית משפט קמא עדמה העובדה, שאינה שנייה בחלוקת, והוא כי המתלוון נשוי למי שמשמשת כפרקליה בחלוקת הפלילית של פרקליטות מחוז ירושלים (להלן - אשת המתלוון). האירוע נחקר על ידי תחנת מעלה אדומים של משטרת ישראל. כתוב האישום הוגש על ידי השלווה הירושלמית של תביעות שי". בית משפט קמא קבע, כי הסכוסר בין המשיב לבין המתלוון נוגע לשטיח חניה, וכי אשת המתלוון היא צד לסכסור זה.

22. בית משפט קמא קבע, בהמשך לכך, כי עצם קשרי העבודה והחברות שבין אשת המתלוון לבין קצין החקירות והחקוק שניהלו את החקירה, אינם מקימים הגנה מן הצדק. ברם, נקבע כי במקרה זה השימוש בקשרי אשת המתלוון וגורמי החקירה מעורר חשש אי נוחות, וمبוסס מסקנה בדבר פגיעה בזכויות הנאשם להליך חקירותיו הוגן. קביעה זו בთורה התבسطה על מספר נדבכים, בהםណן להלן.

23. ראשית, ציין בית משפט קמא כי המתלוון התקשר לאשתו על מנת להתייעץ עימה, במהלך חקירתו במשטרת. במישור העובדתי, אין מחלוקת אודות נתון זה. ברם, מעיון בהודעתו של המתלוון (16.3.2019) עולה, כי במהלך גביית הודיעתו של המתלוון, הוזהר על ידי החקוק כי הוא חשוד בתקיפה סתם, ונמסר לו על זכותו להיוועץ בעורך דין (שורה 10). משכך, מיד אחריו כן, ביקש המתלוון לדבר עם אשתו, שהיא עורכת דין (שורה 11). מבוקשו ניתן לו. באין מחלוקת כי אשתו של המתלוון היא אכן עורכת דין, אין בתיאור זה כדי להצביע על פגם בהליך. מדובר במימוש זכותו האלמנטרית של המתלוון להיוועצות עם עורך דין. אין כל טענה או תשתיית המראה כי מימוש הזכות בדרך בה בחר המתלוון לעשות כן, פגעה או הייתה יכולה לפגוע במשיב, קל וחומר פגעה בעוצמה הנדרשת לביסוס הגנה מן הצדק. גם אין תשתיית המלמדת כי החקוק היה מודע באותה עת לתפקידו של אשת המתלוון כפרקליה.

24. שנית, בית משפט קמא ציין כי כחודש וחצי לאחר האירועמושא הודיעתו של המתלוון, הגיע רעיתו (7.5.19) לתחנת המשטרה להتلון עצמה על פגיעה בכליה רכבה. נקבע, כי בתלונתה הפנתה לתלוונתו הקודמת של בעלה, רמזזה כי מי שפגע בכליה רכבה הוא המשיב, וכיינה כי היא חשושת מפניו. עיון בהודעה זו מלמד כי אשת המתלוון מסרה כי אין לה ראיות ואין לה את מי להאשים, וכי אינה רוצה להצביע על אשימים (שורות 2 - 3, 15). היא הוסיפה כי לא ראתה כיצד קרה הנזק ואני יכולה לדעת מה גרם לו (שורה 10). היא הדגישה כי אין בראצונה לעורר מהهو שעלול לפגוע בבטחונה מאחר שאין לה ראייה ישירה שקוורת אדם כזה או אחר.

25. מנגד, צינה כי מכוניתה חנתה אחורי מכוניתה של המשיב; כי לוחית היזהו של מכוניתה מעוכבה במרכזה בצורה של עיגול; כי זו הගירה של כל רכבו של המשיב הוא בגובה הפגיעה (שורות 7, 9 - 10, 13 - 14). כמו כן, ביקשה אשת המתלוון להעיר התכתבויות שלה עם אשת המשיב; שיחה קולית שהוקלטה; והודעות שליח המשיב לאחר שפגע

במכוונתו של המתلون לפני מספר שבועות.

26. גם תיאור זה אינו יכול להוות תשתית לטענה בדבר הגנה מן הצדק. גרסה של אשת המתلون תועדה בפיוט רב. שלא שאנו קובעים דבר לגופם של דברים, עולה על פני הדברים כי מדובר בגרסה מדויה, המבוקשת להיצמד לעובדות הידיעות למתלוננת בלבד, תוך הדגשה חוזרת ונשנית כי אין בידי המודיעה ידיעה בלתי אמצעית מצד קרה הנזק. מעבר לנדרש אכן, כי בהודעת המשיב מיום 7.5.19 (ראו שורות 40 - 43) עולה לכואורה תמייה בהשערה אשת המתلون, כי הפגיעה הנזכרת בלוחית הרישוי אכן נגרמה מכלי רכבו של המשיב.

27. שלישיית, בית משפט קמא קבע, כי באוותה נקודת זמן בה מסרה אשת המתلون את הודעתה, כבר התקיימה שיחת טלפון בין קצין החוקירות לבין אשת המתلون, בנסיבות החוקר עצמו. מכאן הסיק בית המשפט, כי החוקר הכיר היטב, באותו מועד, את מעמדה של אשת המתلون, ואת הקשר שלה לקצין החוקירות. ברם, במצר שערק קצין החוקירות (8.1.20) כתוב, כי שיחתו עם אשת המתلون התקיימה למיטב זכרונו לאחר מועד תלונתה. בית משפט קמא לא תיחס לדברים אלה, אשר לא נסתרו. בכך נשמטה הבסיס לקביעת כי החוקר הכיר באותו שלב את מעמדה של אשת המתلون והקשר שלה לקצין החוקירות.

28. רביעית, בית משפט קמא נתן משקל לקיומה של השיחה בין אשת המתلون לבין קצין החוקירות אודות החקירה, בנסיבות החוקר בתיק. ברם, מן המזכיר הנ"ל של קצין החוקירות עולה כי השיחה התקיימה כבדך אגב; היא נעשתה תוך כדי שיחה טלפונית של אשת המתلون עם החוקר במסגרת הטיפול השוטף בתיק בעקבות תלונתה; כי אשת המתلون לא קיבלה בה כל עדכון על מצב התיק; וכי אמרה שלא רצתה לפנות לקצין החוקירות בכלל היכרותה המקדמת ביניהם, הן כיוון שלא היה לה נועים ממנה, והן כדי למנוע כל טענה לשימוש הליני החקירה. אף בדברים אלה לא נסתרו, בדרך כלשהי. גם הם לא נזכרו בפסק דין של בית משפט קמא. עצם קיומה של השיחה אכן מעורר מידה של אי נוחות. דומה, כי היה נכון להימנע משיחה מעין זו, על מנת למנוע כל מרاثית עין בלתי הולמת. הדברים מתחזקים גם בכך טענתו של ב"כ המשיב, אשר לא נסתירה, בדבר קשרי ידידות בין אשת המתلون לבין קצין החוקירות. ברם, ממשלא נסתור התיאור המפורט שבמצר קצין החוקירות, חומר החקירה אינו מגלה על פניו חשד סביר להשפעה בלתי ראייה על הליני החקירה, כל וחומר השפעה העשויה לעמוד באמונות המധימה המחברות לביסוסה של הגנה מן הצדק. לא לモתר להעיר, כי גם בבקשת לביטול כתוב האישום לא נטען בהקשר זה להשפעה בפועל של אשת המתلون על החקירה.

29. בית משפט קמא קבע, על יסוד הנדבכים המתוירים, כי אינו יכול לקבל את הטענה כי במקורה זה לא הייתה השפעה לתפקידה של אשת המתلون כפרקליה במחלקה הפלילית בפרקליות, על גורמי החקירה. ברם, התשתית המדעית, כפי שתוארה לעיל וכפי שתתואר להלן, אינה מקימה בסיס להשפעה כאמור, או לקביעת אחרת של בית המשפט בדבר ניצול "קשרי העבודה שלא באופן מותאם". הדברים אמרוים ביותר שאט, שעיה שלא נסתירה טענת המדינה כי לא הייתה לאשת המתلون כל היכרות קודמת עם החוקרים עצם.

30. חמישית, בית משפט קמא תיחס למהלך חוקיתו של המשיב. הוא ציין, כי המשיב התalon כי הותקף באירוע, וכי תלונתו נתמכת בהודעת רعيיתו ובתמונה מתעדות את החבלה שספג. בית המשפט הוסיף כי המתلون אישר כי נקט ברגע פיזי המשיב על מנת להרחקו ממנו (מגע שהוגדר בכתב האישום כדחיפה קלה). נוכח כל אלה קבוע בית המשפט כי לא ניתן להסביר מדוע נחקר המשיב (בימים 7.5.19) בחשד לביוז ראיות והציג ראיות כזובות. דא עקא, מהודעת המשיב מאותו יום עולה, כי לפחות חלק מתמונות מסך של סרטון המתעד את האירוע, לא נראה שרירות על צווארו של המשיב. לכואורה, עולה מכך כי התאמה ביחס לתמונות שסייע המשיב במהלך החקירה. בלי לקבוע כל מסמורות, אין בחיקירתו של המשיב במצב זה כדי ללמד על הטיה בחקירה, כלל וחומר צו העשויה לבסס הגנה מן הצדק,

לבדה או בהצטרכו לנוטרים אחרים.

31. נסיף, כי חקירותו של המשיב בחשדות האמורים התקיימה ביום 19.7.5.19 שעה 13:09, שעות אחדות לפני שנגבתה הודעתה של אשת המתلون (19.7.5.19). כאמור לעיל, שיחתה של אשת המתلون עם קצין החקירות באה לאחר גביה ההודעה. בנסיבות אלה, בהן התקיימה השיחה האמורה זמן משמעותי לאחר חקירותו של המשיב, לא הייתה יכולה השיחה להשפיע בדרך כלשהי על עצם ההחלטה לחזור את המשיב או על תוכן החקירה.

32. סיכום ביניים. מן האמור עד עתה עולה, כי לאשת המתلون לא הייתה מעורבות משמעותית בחקירה. התשתיות הראייתית שהוצגה אינה יכולה לבסס את המסקנות אליהן הגיע בית משפט קמא בדבר שימוש בקשרים, ניצול קשרי עבודה באופן מותאם, השפעה שהייתה לתפקידה של אשת המתلون. ממילא, לא הונחה תשתיית המלמדת על פגיעה בזכותו של המשיב להליך חקירתו הוגן. לשון אחר, אין בתשתית האמורה כדי ללמד על התקיימותו של השלב הראשון שנקבע בעניין בורוביץ הנ"ל. ממילא, אין היא יכולה לבסס את התוצאה החמורה של ביטול כתוב האישום.

33. בכר לא מסתירים הדיון. בית משפט קמא קבע כי תחושת השווין בפני החוק נפגעה, שכן חרף הקביעה בכתב האישום כי המתلون דחף את המשיב קלות, התלונה נגד המשיב נסגרה, ורק נגד המשיב הוגש כתב אישום. בית המשפט העיר כי התקיק מכל תיעוד אודות חבלה שספק המשיב בעקבות האירוע. נקבע, כי בכר נוצרת תחושה שלמשיב ניתן יחס מפה ולא שיויוני בחקירה. יצוין, כי בקביעה זו לא התייחס בית המשפט למזכרו של קצין החקירה, בו נכתב במפורש כי הוא שולל כל טענה להטיה ופגיעה בחקירה, תוך שציין כי גם המתلون נחקר באזהרה.

34. עניין אחרון זה נוגע בעיקרו לטענה בדבר אכיפה ברנית, שעלתה בבקשתו של המשיב לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדקה. עיון בטענות שעלו בבית משפט קמא מלמד, כי מצד המדינה לא ניתן הסבר ברור ליחס השונה לו זכו שני המעורבים באירוע. בדיון בפניו טענה המדינה לראשונה כי סיבה אחת לשוני נעוצה בכר שלמתلون קמה הגנה, מכוח הוראת סעיף 18(א) לחוק המקראען, תשכ"ט - 1969. מطبع הדברים, היבט זה לא התרבר בבית משפט קמא, אשר הכריע בבקשתה על יסוד החומר הכתוב ובלא חקירות של מי מן המעורבים. בפני בית משפט קמא גם לא הונח הסבר, עליו עמדה ב"כ המדינה בטיעוניה בפניו, הנוגע לשוני רלוונטי בתשתיית הראייתית הנוגעת לכל אחד מן המעורבים. במצב הנוכחי, החלתו להחזיר את העניין לבית משפט קמא, על מנת שיכירע, לאחר שיקיים דין ויאפשר לצדדים להציג את ראיותיהם, בשאלת האם אכן הייתה אכיפה ברנית, ובכלל זה בשאלת האם הייתה הצדקה עניינית לאופן השונה בו טופל עניינו של המשיב מחד, ועניינו של המתلون מאידך. מآلוי מובן, כי איןנו נוקטים עמדה לגופה של טענת האכיפה הברנית, על הסוגיות האמורות להתרבר בהקשר זה.

35. לא לモותר לעיר, כי החלטת בית משפט קמא מבוססת, בחלוקת, על שיקולים שעוניים מראית פנוי הצדקה (ראו בפסקאות 24, 25, 29). שיקולים מעין אלה עשויים להיות רלוונטיים בהכרעה אודות קיומה של הגנה מן הצדקה (ראו, למשל, עלי"ע 2531/01 חרמן נ' הוועד המחויז של לשכת עורכי-דין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55, בפסקה 18 לפסק הדין). הרצונל לקביעה זו עשוי להימצא בקשר שבין מראית פנוי הצדקה, לבין אמון הציבור בהליך המשפטי (עמ"מ 8/08 מדינת ישראל נ' געאייז (11.8.2009), בפסקה כו' לפסק דין של כב' השופט א' רובינשטיין). על רקע זה, הוכר שיקול זה, בניסיבות מוגדרות ומתוחמות היטב, כשיעור של יסודו ניתן להעמיד מבחן הביקורת את כהונתם של חברי בועדת שחרורים של שירות בתי הסוהר (רע"ב 10349 מדינת ישראל נ' גנאמה (20.7.2009), בפסקה 13 לפסק דין של כב' השופט י' דנציגר). דומה, כי אמות המדינה שנקבעו באותה פרשה מעידות על הצורך בהתייחסות מודדיה זהה לרשות לשיקול שהוא משני לשיקולים שבמהותם. מכל מקום, לגופם של דברים, אין בתמונה המצרפית עליה עמדנו לעיל כדי ללמד ولو על מראית עין או רושם של התערבות של אשת המתلون בהליך בעניינו של

המשיב, בעוצמה הנדרשת על מנת לבסס מסקנה כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתרה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, כנדרש בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

36. כאן המקום להידרש בקצירה לטענות שהעלתה המשיב, אשר לא היו בסיס להכרעתו של בית משפט קמא. המשיב טען, במסגרת בקשתו לbijtol כתוב אישום מחמת הגנה מן הצדוק, כי קיימם בסיס איתן למסקנה כי נפגע הצדוק עקב פעולה בנגד עניינים בפועל, שכן חרב מצג שיצרה המאשימה כלפי המשיב כאילו התיק צפוי להיסגר. הוחלט לפטע שלא לסגור אותו וambilי לנמק זאת. על פי הטענה, לאחר פגישה של ב"כ המשיב עם ראש יחידת תביעות שי' ביום 4.3.20 סוכם שבשלב זה תיבחן מערכת היחסים בין הנאשם לבין המתalon על מנת לראות אם אפשר לישב את ההדורים. בהמשך לכך הגיעו שניים להבנות בפני מגשר. עדכון על כך נמסר למאשימה. ברם, בתגובה לכך, הודיעה ראש יחידת תביעות שי' לבא כוח המשיב כי לאחר מחשבה נוספת החליטה לדוחות את בקשתו לסתור התיק (4.6.20). פניה נוספת (14.6.20) נענתה כי "החלטתי הינה סופית".

37. המשיב לא הצבע בטיעונו על תשתיית ברורה המלמדת על קשר בין ראש ענף תביעות שי' לבין אשת המתalon, אשר יכול ללמד על ניגוד עניינים בפועל או בכוח לעניין זה. גם לא הונחה תשתיית ברורה אודות מצג או הבטחה שניתנו למשיב, כגון סיכום דין. לא לモותר לציון, כי טענת הרבטחה הוכחה במפורש בבית משפט קמא. בדין בבית משפט קמא, בא כוח המשיב הבהיר כי איןו טוען לקיומו של סיכום כי התיק יסגר אם בהמשך למפגש בין הנצים יגיעו להסכמות. במצב זה, לא מצאנו פגם בכך שבית משפט קמא לא ייחס משקל רב לטענות אלה, ולא סמרק את החלטתו עליה.

38. עוד הינה ב"כ המשיב לכך שהגיע בקשה לעיכוב הליכים, וזאת טענותיו לניגוד עניינים. בקשה זו נדחתה (30.11.20), הודעה המשנה ליעץ המשפטי לממשלה, מר רז נזרי). בקשה חוזרת לעיון מחדש נדחתה גם היא (10.1.21). גם עניין זה אינו יכול לסייע למשיב. תקיפות החלטות בעניין עיכוב הליכים מסורה לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק. הן אין עומדות לביקורתו של בית משפט זה. נסיף כי אין בפנינו כל טענה העשויה ללמד קשר בין המשנה ליעץ המשפטי לבין אשת המתalon, ודאי כזה יכול ללמד על ניגוד עניינים כלשהו. קל וחומר, שלא עולה לעניין זה, ولو לכואלה, ניגוד עניינים העשיי ללמד כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתרה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

39. בתשובתו לערעור, ב"כ המשיב הפנה לכך שבענף תביעות שי', המטפל בתיק, מכח בתקפoid בכיר תובע בעל קשרי משפחה וידיות עם אשת המתalon. ברם, לא הוכח על קשר כלשהו בין התובע האמור (אשר אף הדיר עצמו מייצג לשכת התביעה בדיון בעניינו של המשיב), לבין ההליך. בנסיבות אלה, לא מצאנו פגם בכך שבית משפט קמא לא סמרק את ההחלטה גם על עניין זה.

40. בערעור, טענה המדינה כי היה מקום לכך דיון בעל פה, תוך חקירת העדים הרלוונטיים, טרם הכרעה בבקשתה. מנגד, טוען המשיב, כי המדינה הסכימה בבית משפט השלום להכרעה על פי החומר הכתוב, ובהתאם לכך הוועבר תיק החקירה לעיון בית המשפט. טענה זו לא נוכל לקבל, שכן בהודעה מלאימה שהגישה המדינה לבית משפט קמא לאחר דיון שהתקיים ביום 21.7.21, נכתב באופן מפורש כי הבקשה לbijtol כתוב האישום בשל הגנה מן הצדוק כוללת טענות הדורשות בירור עובדתי.

41. לגופם של דברים, יש יסוד לעמדת המשיב, כי קיומו של בירור עובדתי ביחס לטענה של הגנה מן הצדוק נתן לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו פסקה 21 לפסק הדין הנ"ל בעניין בורוביץ). אין חובה גורפת לקיימם בירור כזה בכל מקרה

ומקרה. נוכח המסקנות אליהן הגיעו, כמפורט לעיל, ובשים לב לשיקול הדעת הנanton בבית המשפט, לא מצאנו הצדקה להורות על החזרת העניין לשם קיומם דין כאמור מראשיתו, וזאת ללא לגרוע מן ההוראה על קיום בירור בשאלת האכיפה הברנית. עם זאת נעיר, בשולי הדברים, כי ככל אין מקום לקביעת ממצאים פוגעניים בלבד בירור עובדתי כאמור. ממצאים הכלולים בהחלטת בית משפט קמא, הנוגעים לשימוש בקשרים, השפעה שהיתה לתפקידה של אשת המתלוון, או ניצול קשרי עבודה באופן שאינו מותאם, עלולים לפגוע במידע מן הנוגעים בדבר. מכך מתחייב, ככל, קיומו של בירור, אשר ייתן לנוגעים בדבר את יומם בבית המשפט בשאלות אלה.

42. התוצאה של כל האמור היא, כי הערעור מתקיים. ההחלטה בית משפט קמא מבוטלת בזה. העניין מוחזר לבית משפט השלום, לשם דין בטענת האכיפה הברנית, כאמור לעיל; הכרעה בה; ומtan הוראות בדבר המשך הדיון בתיק, כפועל ווצא מהכרעה זו.

ניתן היום, י"ג חשוון תשפ"ג, 07 נובמבר 2022, בהעדר
הצדדים.

אברהם רובין,
 שופט

יעוד שחם, שופט
[אב"ד]