



ע"פ 7832/08/22 - ענאן קסיס נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

ע"פ 7832-08-22 קסיס נ' מדינת ישראל

בפני כב' הרכב השופטים:
רון שפירא, נשיא (אב"ד)
בטינה טאובר, סגנית נשיא
עדי חן ברק

המערער

ענאן קסיס
ע"י ב"כ עו"ד בוריס שרמן

נגד

המשיבה

מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז חיפה
ע"י ב"כ עו"ד עינב איטסקו גולד

פסק דין

הערעור בתמצית

1. לפנינו ערעור על הכרעת הדין מיום 29/12/21 ועל גזר הדין מיום 19/07/22 של בית משפט השלום בחיפה (כב' סגנית הנשיא השופטת טל תדמור זמיר) בת"פ 37391-02-19.

בית משפט קמא זיכה את המערער מעבירה של פעולה אסורה בתוכנה והרשיע את המערער ביתר העבירות שיוחסו לו בכתב האישום - סחיטה באיומים לפי סעיף 428 רישא לחוק העונשין התשל"ז-1977, שיבוש או הפרעה למחשב או לחומר מחשב לפי סעיף 2(1)+(2) לחוק המחשבים התשנ"ה-1995 (להלן: "**חוק המחשבים**").

2. בהמשך להרשעתו, נגזרו על המערער העונשים הבאים: מאסר בפועל למשך 4 חודשים; מאסר על תנאי לתקופה של 10 חודשים למשך 3 שנים והתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירה של סחיטה באיומים או עבירה על חוק המחשבים.

3. ערעורו של המערער מופנה כנגד הרשעתו וכנגד חומרת העונש.

עובדות כתב האישום ותשובת המערער לכתב האישום



4. מעובדות כתב האישום עולה כי למערער היו קשרים עסקיים עם חברת טוויגה מדיה לישראל (להלן: "החברה") שעסקה במסחר פיננסי מקוון בין היתר באמצעות אתר האינטרנט ufxmarkets.com (להלן: "האתר") שמהווה חומר מחשב.

עובר ליום 09/03/15 החליט המערער לשלוח לחברה ולסמנכ"ל שיווק בחברה (להלן: "המתלונן") אימים באמצעות דוא"ל ובאמצעות שיחות טלפון בדרישה לתשלום סך של 50,000 ₪ שהוא סבר שהחברה חייבת לו.

במסגרת כתב האישום צוין כי לשם מימוש הסחיטה עשה המערער פעולה אסורה בתוכנה בכך שערך במחשבו תוכנה שיכולה להשבית את האתר באמצעות מתקפת DDOS (התקפת מניעת שירות מבוזרת) ממספר מחשבים כך שייוצר עומס כבד על שירותי החברה, האתר יפסיק לפעול וגולשים שמנסים להיכנס אליו לא יוכלו לעשות כן. את התוכנה שמר המערער במחשבו האישי.

כעולה מכתב האישום, ביום 09/03/15 שלח המערער לחברה הודעת דוא"ל שבה דרש להעביר לחשבון הבנק שלו 50,000 ₪ תוך 6 שעות שאם לא כן ישבית את האתר משך 14 ימים. המערער אף שלח הודעת דוא"ל למתלונן ודרש להעביר לחשבון הבנק שלו סך של 50,000 ₪ שאם לא כן הוא יפגע באתר אינטרנט נוסף של החברה. עוד איים המערער שכל יום איחור בהעברת הכסף יגדיל את הסכום אותו הוא דרש ב 1,000 דולר נוספים ובהמשך שלח המערער למתלונן הודעת דוא"ל נוספת ובה איום להוריד את האתר למשך 14 ימים.

ביום 10/03/15 לאחר שהמערער לא קיבל את הכסף, שלח המערער למתלונן הודעת דוא"ל נוספת שבה רשם שציפה לקבל יום קודם לכן אישור על העברת הכסף וניסה לתת להם הזדמנויות, אולם, ככל הנראה "אתם רוצים את זה בדרך הקשה, יתווסף לסכום 1,000 דולר כפי שנאמר אתמול כל יום איחור בנוסף יעלה עוד 1,000 דולר לא צריכים להגיע לעבודה מחר, ביי".

בד בבד עם שליחת הדוא"ל הנ"ל המערער התקשר למתלונן מספר פעמים שאל אותו אם הוא מעביר לו את הכסף, ציין שהוא סוחט אותו ואיים שאם המתלונן לא ישלם הוא ישבית את האתר במשך 14 ימים וזה יעלה לו 14,000 דולר נוספים.

בהמשך למתואר לעיל, ביום 10/03/15 המערער שיבש או הפריע לחומר מחשב בכך שהפעיל את התוכנה שגרמה להשבתת האתר. לאחר מכן, המערער התקשר למתלונן והפנה אותו לבדוק את האתר, למרות אימויו אלה של המערער המתלונן והחברה לא העבירו לו את הכסף וביום 11/03/15 פנה המתלונן לעזרת משטרת ישראל.

5. בתשובתו לאישום הודה המערער בעובדות כתב האישום, אולם טען כי מעשיו אינם עולים כדי פעולה אסורה בתוכנה כהגדרתה בחוק המחשבים וכי עומדת לו הגנה מן הצדק בדמות אכיפה בררנית, שכן



בחודשים שקדמו לאירוע מושא כתב האישום הוא נסחט על ידי אותה חברה מתלוננת כדי שיוותר על החוב, שלטענתו, החברה הייתה חייבת לו. לטענתו, ביום 16/12/14 הגיש המערער תלונה במשטרה, פירט את מעשה הסחיטה שנקטה החברה המתלוננת כלפיו לטענתו וכן מסר פרטים וטלפונים של האנשים המעורבים והודעות שקיבל, ואולם המשטרה לא עשתה דבר כדי להגן עליו ולאפשר לו לממש את זכויותיו מבלי שיפגע.

הכרעת הדין

6. בכל הנוגע להעברת פעילות אסורה בתוכנה ולאחר שעלה מעדותו של רס"ב שניר הדרי, חוקר עבירות מחשב במחלקת פשיעה מקוונת, כי קבצי התוכנה שנמצאו במחשבו של המערער ושמאפשרים מתקפת DDOS נוצרו מאוחר יותר ממועד ביצוע העבירות המיוחסות למערער ומופנים לאתר שאינו האתר המוזכר בכתב האישום, החליט בית משפט קמא כי החסר הראייתי שהותירה היחידה החוקרת אינו ניתן להשלמה, גם לאחר הימנעות המערער מלהעיד, ומשכך, זוכה המערער מעבירה של פעילות אסורה בתוכנה.

7. באשר לטענה כי ננקטה כנגד המערער אכיפה בררנית, קבע בית משפט קמא כי המערער אכן הרים את הנטל המוטל עליו והניח תשתית ראייתית ראשונית, שלפיה המשיבה נקטה נגדו אכיפה בררנית. עם זאת, קבע בית משפט קמא כי אין המדובר בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, ולכן אין דינו של כתב האישום להתבטל.

8. בית משפט קמא ציין בהכרעת הדין כי נפל פגם בהליך שנקטה המשיבה כנגד המערער. לעמדת בית משפט קמא בנסיבות שבהן המערער טען כי המניע לביצוע העבירות הוא קיומו של חוב כספי מצד החברה כלפיו ואילו החברה הכחישה קיומו של חוב כזה מצופה היה מהיחידה החוקרת לחקור את הטענה לעומק ולא ניתן לקבל טענה של היחידה החוקרת, לפיה עניין הסחיטה אינו מסור לטיפול בהיותה יחידת סייבר. כך ציין בית משפט קמא כי מצופה היה מהמשיבה לאסוף את כל החומר הרלבנטי בתיק החקירה בטרם החליטה אם להעמיד את המערער לדין, זאת בפרט בהינתן שכתב האישום הוגש כארבע שנים לאחר ביצוע העבירות והיה בידי המשיבה די זמן לברר את טענותיו של המערער.

9. בכל הנוגע לעוצמת הפגם, סבר בית משפט קמא כי הוא אינו גבוה ומכאן, שקיום ההליך, חרף הפגם, אינו מהווה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בית משפט קמא ציין כי על מנת לבחון את חומרת הפגם, יש להשיב על השאלה כיצד חקירת התלונה של המערער הייתה מסייעת בהגנתו של המערער. בנסיבות המקרה דנן, קבע בית משפט קמא, שישנו ספק אם היה בחקירה כדי לסייע למערער, שכן אפילו טענתו של המערער הייתה מתקבלת, ברי, כי לא היה בכך כדי להכשיר סחיטה באיומים ולא היה בכך לבסס טענה של צורך או צידוק או טענה אחרת המהווה טענת הגנה.



10. בית משפט קמא ציין כי שאלה נוספת שנבחנת היא שאלת היחסיות בין העבירות שנטענו בתלונת המערער ובין העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. דהיינו, נשקלת מידת האשמה של הגורם שהצליח לחמוק מרשת התביעה לעומת אלה שנגדם הוגש כתב אישום. עוד ובנוסף, ציין בית משפט קמא כי לא תמיד נכון לתקן טעות של אי העמדה לדין בטעות נוספת בדמות אי העמדה לדין של גורם אחר, תוך פגיעה באינטרס הציבורי.

11. בנסיבות המקרה, סבר בית משפט קמא, כי התוצאה שלפיה מי שהחליט לעשות דין לעצמו וביצע עבירות של סחיטה באיומים ושיבוש או הפרעה למחשב או לחומר מחשב ייצא פטור בלא משפט או ענישה, רק בגלל שגורמים אחרים לא הועמדו לדין על עבירות בעלות אופי אחר, פחותות בחומרתן, היא תוצאה מרחיקת לכת שתפגע קשה בתחושת הצדק ובאינטרס הציבורי.

בית משפט קמא קבע אפוא כי אין בקיום ההליך, חרף הפגם שצוין, משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות. משכך, ציין בית משפט קמא כי אינו נדרש לשלב השלישי בו יש לבחון האם ניתן לרפא את הפגם באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב אישום וסבר כי יש להתחשב בטענות המערער, שעניינן הגנה מן הצדק במסגרת גזר הדין ובכך לאזן בין הטלת האחריות על הנאשם לביצוע העבירות ובין מידת העונש שיוטל עליו.

גזר הדין

12. בית משפט קמא עמד בגזר דינו על הצורך להתמודד עם עבריינות מחשבים שהיא תופעה הולכת ומתפשטת כתוצאה מהשינויים הטכנולוגיים המתרחשים, עבריינות זו מבוצעת בחדרי חדרים באין מפריע ובאין חשש להיתפס, משכך קבע בית משפט קמא כי יש להעביר מסר חד וברור כי מדובר בעבירה שאינה פחותה בחומרתה רק בשל העובדה כי הנאשם לא "לכלך את ידיו" ובהתאם לגזור עונשים חמורים ומרתיעים.

13. בית משפט קמא ציין כי העבירות בוצעו בפרק זמן קצר מאוד, על רקע סכסוך עסקי בין המערער לחברה, כאשר קיימים אמנם פערי כוחות לטובת החברה, אך המערער נקט בתכנון ובתחכום, תוך ניצול הידע שלו במחשבים, למטרה שלילית ובכך פגע בהתנהלותה השגרתית של החברה ובחיי מסחר תקינים.

14. בית משפט קמא נתן דעתו לכך שהמערער והחברה הגישו למשטרה תלונות הדדיות על סחיטה באיומים.

15. בסופו של יום בית משפט קמא סבר כי מידת הפגיעה בערכים המוגנים אינה גבוהה. מתחם הענישה נע בין מספר חודשי מאסר, שיכול שירוצו בעבודות שירות, לבין 12 חודשי מאסר בפועל לצד עונשים נלווים.



16. בית משפט קמא שקל לזכותו של המערער את גילו (32), היותו גרוש, יתמות מגיל צעיר מאביו, כאשר כיום המערער מתגורר עם אמו ועסוק בפרנסת הבית, חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות (7 שנים) והשיהוי בהגשת כתב אישום (4 שנים לאחר ביצוע העבירות).

17. לחובתו של המערער נשקלו בעיקר השיקולים הבאים, הנוגעים לאי הפנמת חומרת המעשים בהם הורשע המערער ועברו הפלילי, כאשר צוין כי למערער שתי הרשעות קודמות מאוחרות לביצוע העבירות נושא כתב האישום, האחרונה מחודש מאי 2020 בגין עבירת סרסרות ומעשה זנות, והראשונה משנת 2018 בגין עבירת גניבה.

18. בית משפט קמא התייחס גם לחוות דעת הממונה על עבודות שירות, ממנה עולה כי המערער מסר שאינו יכול לעמוד בתנאים הנדרשים לשם ביצוע עבודות שירות, בשל חששו שלא יעמוד בתשלום חובותיו הכספיים. בהקשר זה ציין בית משפט קמא, כי מצופה מנאשם שמופנה לממונה על עבודות שירות כי יראה מוטיבציה לבצע את עבודות השירות. כאשר נאשם אינו מוכן לערוך שינויים והתאמות זמניות בחייו כדי לבצע את עבודות השירות, יש בכך כדי ללמד שהוא אינו מעוניין לבצע את עבודות השירות. בנסיבות אלה, אין לצפות שבית משפט ייתן לנאשם אין סוף הזדמנויות להוכיח אחרת.

19. בהתחשב בכל האמור לעיל, קבע בית משפט קמא כי לא ניתן להימנע משליחת המערער אל מאחורי סורג ובריא. לעמדת בית משפט קמא אין בחשש של המערער כי ריצוי מאסר בעבודות שירות יפגום ביכולתו לשלם את חובותיו כדי להצדיק ויתור על רכיב של מאסר, תוך סטייה ממתחם העונש ההולם. יחד עם זאת, מצא בית משפט קמא לקבוע כי תקופת המאסר שתוטל על המערער תהיה קצרה מזו שהייתה נקבעת למאסר בעבודות שירות וגזר על המערער את העונשים שפורטו לעיל.

תמצית טענות הצדדים

20. המערער טען כי משילוב סעיפים 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**") וסעיף 152(א) לחסד"פ עולה כי לבית משפט קיימת סמכות להורות על ביטול כתב אישום במקרה בו הגשתו או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות הצדק וההגינות המשפטית.

21. בהחלט מבחן תלת שלבי זה סבור המערער כי היה על בית משפט קמא לקבוע כי הפגם האמור אכן הצדיק את ביטול כתב האישום. המערער טען כי מעבר לאכיפה הבררנית הליכי החקירה והעמדה לדין בעניינו נמשכו במשך קרוב ל-4 שנים, זאת על אף שאין מדובר בתיק מורכב, פגם שפגע אף הוא בזכויותיו של המערער ואשר גרם לו עינוי דין. עוד ובנוסף נטען, כי אין לקבל מצב בו הרשות חוקרת רק חשדות לעבירות שבוצעו כלפי בעלי כוח ואמצעים - החברה והמתלונן, ומנגד, נמנעת מלחקור תלונות



של אזרח חלש, הנמצא בעמדת נחיתות מול בעל האמצעים ובאופן הפוגע באמון הציבור ומהווה פגם בעקרונות הצדק.

22. המערער הדגיש כי העבירה עליה התלונן כנגד החברה הינה עבירה של סחיטה באיומים, כך שהחשדות שיוחסו למערער היו זהים לאלה שהמערער ייחס לחברה, ואף מטעם זה לא היה מקום שלא לקבל את דרישתו לביטול כתב האישום, מה גם שהתנהלות המאשימה מלמדת על כך שהאינטרס הציבורי להעמיד את המערער לדין הינו ברמה גבוהה ביותר.

23. בכל הנוגע לקביעת מתחם הענישה, טען המערער, כי יש להעמידו ממאסר על תנאי ועד מאסר שניתן לרצותו בעבודות שירות. בהקשר זה הפנה המערער לפסיקה שנזכרה על ידי בית משפט קמא, לפיה במקרים דומים ואף חמורים יותר, נגזרו עונשים קלים יותר, כאשר בנסיבות היה על בית משפט קמא למקם את עונשו של המערער קרוב לגבול התחתון ולהסתפק במאסר מותנה, וזאת לנוכח נסיבותיו האישיות של המערער והודאתו בעיקרי העובדות.

24. ביחס לנסיבות האישיות, צוין כי המערער התייתם בילדותו מאביו, לא השלים לימודי מתמטיקה ומדעי המחשב בשל קשיים כלכליים, מתגורר עם אמו בדירה שכורה ומטפל בה בשל מצבה הרפואי, במקביל, עובד בתחום המחשבים, מצבו הכלכלי קשה, משלם חובות והינו לאחר שלושה ניסיונות אובדניים שהתרחשו בשנת 2017.

25. לבסוף טען המערער, כי לאחר שהממונה על עבודות שירות ביקש לקבל חוות דעת פסיכיאטרית בעניינו של המערער, לא היה מקום שלא לאפשר מיצוי קיומה של בדיקה פסיכיאטרית שנדרשה כתנאי לבחינת התאמתו של המערער לריצוי עונשו בדרך של עבודות שירות.

26. המשיבה במסגרת טיעוניה טענה שאין מקום להתערב לא בהכרעת הדין של בית משפט קמא ולא בגזר הדין. המשיבה טענה כי אין מקום לקבל את טענת המערער לאכיפה בררנית, שכן לא הונחה תשתית ראייתית מספקת לביסוס הטענה כי בוצעה אבחנה בלתי ראויה בין שווים, והטענה כי המשטרה "סתם" סגרה את התיק בתלונה שהגיש המערער, לא חקרה ולא ביצעה פעולות חקירה, היא טענה בעלמא, שעה שהמערער אף לא מצא לנכון להגיש ערר על החלטת הסגירה. בכל הנוגע לטענת ההשתהות, טענה המשיבה כי בניגוד לנטען על ידי המערער, המדינה עמדה בהנחיות של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע למשך הזמן המרבי לטיפול בתיקים, ולכן לא היה מקום לטעון את הטענה שמהווה טענת הגנה מן הצדק, במיוחד לא בשלב הטיעונים לעונש. בכל הנוגע לגזר דינו של בית משפט קמא טענה המשיבה כי חרף העובדה שכתב האישום הוגש 4 שנים בחלוף מועד ביצוע העבירה וחרף משך הזמן בו נוהל התיק, הרי שבנסיבות בהן המערער לא שיתף פעולה עם הממונה על עבודות שירות וגילה אף חוסר הפנמה של חומרת המעשים, אין מקום להתערב בגזר הדין.



27. לאחר הדיון שהתקיים בערעור ביום 17/11/22 ולאחר שעיינו בתיק ושקלנו את נסיבותיו, סברנו כי בטרם יינתן פסק דין בערעור, יש מקום לקבל חוות דעת עדכנית של הממונה על עבודות שירות. לפיכך, בהחלטה מיום 23/11/22 הופנה המערער לממונה על עבודות שירות לצורך הגשת חוות דעת עדכנית בעניינו.

28. ביום 03/01/23 הגיש הממונה על עבודות שירות הודעה לפיה הממונה זימן את המערער לראיון התאמה לעבודות שירות לימים 14/12/23, 28/12/23 ו-03/01/23 אולם המערער בחר שלא להתייצב. משכך, ציין הממונה כי לא ניתן להעביר חוות דעת בעניינו של המערער.

29. המערער לא התייצב לדיון שנקבע בעניינו ביום 12/01/23. לא היה בידי ב"כ המערער ליתן הסבר מניח את הדעת מדוע המערער לא התייצב לדיון וכן מדוע לא התייצב שלוש פעמים לראיונות התאמה שהממונה על עבודות שירות זימן אותו אליהם.

צוין על ידי ב"כ המערער כי חוסר שיתוף הפעולה של המערער נובע מרכיב אישיותו וקשיים נפשיים בעטיים הוא לא משתף פעולה.

דין והכרעה

29. כאמור, ערעור המערער מופנה הן כנגד הכרעת הדין - הרשעתו בדין ואי ביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית והשתהות והן כנגד גזר הדין.

30. בכל הנוגע לערעור על הכרעת הדין טוען המערער כאמור כנגד אי ביטול כתב האישום למעשה מחמת הגנה מן הצדק, הנשענת על שני אדנים: האחד, אכיפה בררנית; והשני טענת השתהות בחקירה ובהגשת כתב האישום.

31. כידוע, דוקטרינת הגנה מן הצדק מעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחדס"פ הקובע כי בית משפט רשאי לבטל את כתב האישום אם **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**. סעיף זה מתייחס ככלל להתנהלותם של רשויות החקירה והתביעה, הן ביחס לעצם ההחלטה להעמיד לדין והפעולות שקדמו לה והן ביחס לניהולו של המשפט. דוקטרינת ההגנה מן הצדק נועדה להבטיח את תקינות ההליך ולמנוע מקרים בהם יוגש כתב אישום או יתנהל תיק פלילי בנסיבות שיש בהן פגיעה ממשית בעקרונות של צדק והגינות. בית המשפט העליון התייחס בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** (31/03/05) לאמות המידה הרלוונטיות להפעלתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ובעניין זה נקבע כדלקמן:

"ההכרעה בשאלה אם המקרה שלפני בית-המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים



הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט. שאלת החלתה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים".

32. טענה לאכיפה בררנית מוכרת בפסיקה כאמור כנגזרת של הגנה מן הצדק. בית המשפט העליון התייחס בע"פ 7391/19 כהן נ' מדינת ישראל (25/08/20) לטיבה ומהותה של טענה זו בקובעו כדלקמן:

"בית משפט זה הכיר בפסיקותיו באכיפה בררנית כעילה להגנה מן הצדק, שעה שזו מבחינה "בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" ובכך פוגעת בשוויון ... הודגש כי "הפליה בהעמדה לדין פלילי היא מצב עניינים בו פעולות ומחדלי רשויות האכיפה הביאו לכך כי רק חלק מהמעורבים במעשה



הפלילי הועמדו לדין, וזאת על אף שזהות נסיבותיהם ומעשיהם של כל המעורבים מצדיקים הגשת כתב אישום נגד כולם." ... בעניין ורדי נקבע כי אין הכרח בקיומו של מניע פסול או כוונת זדון וגם רשלנות או טעות בשיקול דעתה של הרשות, עשויה לבסס הפליה פסולה בהעמדה לדין ולהביא לבחינת הטענה לאורו של המבחן התלת-שלבי שנקבע בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ'). יחד עם זאת, מקום בו הרשות פעלה בתום-לב תוכר טענה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה פסולה במקרים נדירים וחריגים בלבד (שם, פסקה 99)."

33. בענייננו, טענת המערער לאכיפה בררנית מבוססת על העובדה כי המשיבה החליטה שלא להגיש כתב אישום כנגד המתלונן, שכנגדו הגיש המערער תלונה בגין סחיטה באיומים. בית משפט קמא קבע בהכרעת הדין, כי המערער הרים את הנטל המוטל עליו והניח תשתית ראייתית ראשונית, שלפיה המשיבה נקטה נגדו אכיפה בררנית. עם זאת, נקבע כי אין המדובר בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות, באופן שמצדיק את ביטול כתב האישום. הגם שניתן לחלוק על קביעתו של בית משפט קמא לפיה המערער עמד בנטל הנחת תשתית ראייתית המלמדת על קיומה של אכיפה בררנית, בשים לב לטענות המשיבה כי תלונת המערער נבדקה ולא ניתן היה להגיש כתב אישום נגד המתלונן על רקע העדר קיומה של תשתית ראייתית מספקת והוא אף לא הגיש ערר על ההחלטה לסגור את התיק, בכל מקרה, מקובלת עלינו מסקנתו הסופית של בית משפט קמא לפיה אין בפגם זה כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום. גם בהנחה שהמערער עמד בנטל הנחת תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של אכיפה בררנית, וכאמור ספק אם כן, עדין אין בכך כדי להצדיק ביטולו של כתב האישום ואי העמדתו של המערער לדין בגין העבירות שהוא בעצמו אינו חולק על ביצוען, במיוחד שעה שעל פניו העבירות שבוצעו על ידו מצויות ברף חומרה גבוה יותר מרף החומרה שניתן לייחס לעבירות שמייחס המערער למתלונן. מכל מקום, מקובלת עלינו עמדתו של בית משפט קמא כי אותו פגם עליו מצביע המערער אינו ברף שמצדיק ביטול כתב האישום, ובכל מקרה, אין מקום לכך שהפגם שנפל באי הגשת כתב אישום נגד המערער, ככל שנפל פגם כזה, יהווה הצדקה לקיומו של פגם אחר בדמות אי העמדתו של המערער לדין בגין המעשים שבוצעו על ידו כמתואר לעיל.

34. טענתו הנוספת של המערער במישור הכרעת הדין ובקשתו לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק נוגעת להשתתפות המשיבה עד להגשת כתב האישום. אכן, ייתכנו מקרים נדירים בהם שיהיו ניכר בהגשת כתב האישום מצד התביעה בנסיבות שאינן מוצדקות, יצדיק לאור העדר סבירותו של השיהוי את ביטולו של כתב האישום. ראה: ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור (04/09/07). יחד עם זאת, השיהוי, כשלעצמו, אין בו די כדי לבסס טענת הגנה מן הצדק, ועל הטוען לכך להניח תשתית ראייתית שמצביעה על קיומה של פגיעה בהגנה עקב השיהוי שנגרם. בענייננו, אין מחלוקת כי העבירות שיוחסו למערער בכתב האישום בוצעו בחודש מרץ 2015. אין גם מחלוקת כי כתב האישום בעניינו של המערער הוגש בחודש פברואר 2019, קרי בחלוף כ-4 שנים ממועד ביצוע העבירות. אכן מדובר באיחור רב מצד



התביעה. ואולם, סבורים אנו כי לא עלה בידי המערער להניח תשתית עובדתית או ראייתית שיש בה כדי ללמד כי הדבר נעשה על ידי התביעה שלא בתום לב או בזדון. בכל מקרה, מדובר גם בפרק זמן שאינו חורג מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע למשך הזמן המרבי לטיפול בתיקים כפי שעמדה על כך ב"כ המשיבה בדיון, ובשים לב למציאות המוכתבת בין השאר ממיעוט כוח אדם וריבוי תיקים שמביאים לעתים להאטה בקצב קידום התיקים בכל המישורים, לרבות במישור החקירה ההחלטה להעמיד לדין, אין הדבר אמור להביא לביטול כתב האישום.

35. לאור האמור, סבורים אנו כי דין טענות המערער כנגד הכרעת הדין ואי ביטול כתב האישום מחמת אכיפה בררנית ושיהוי להידחות.

36. המערער טען גם כנגד העונש שנגזר עליו על ידי בית משפט קמא, ואשר עמד על 4 חודשי מאסר בפועל בצירוף עונשים נלווים.

37. עבירת סחיטה באיומים הינה עבירה חמורה שהעונש המרבי הקובע לצדה עומד על 7 שנות מאסר, ובנסיבות בהן בוצע המעשה שנדרש במסגרת מעשה הסחיטה, 9 שנות מאסר. מחומרת העונש שנקבע לעבירה ניתן ללמוד על הפגם המוסרי החמור שבמעשה העבירה. בית המשפט המחוזי התייחס במסגרת בת"פ 8100/09 **מדינת ישראל נ' פבלוב** (19/10/10) (להלן: "**עניין פבלוב**") לחומרת העבירה של סחיטה באיומים תוך שימוש במחשב, ובעניין זה נקבעו הדברים הבאים:

1. עבירת הסחיטה באיומים היא עבירה חמורה שהעונש המירבי הקובע לה הוא שבע שנות מאסר ובנסיבות בהן נעשה המעשה אותו נדרש המאויים לעשות - כבעניינו, תשע שנות מאסר.

טבוע בה פגם מוסרי חמור של הפחדת הזולת ואילוץ לפעול בניגוד לרצונו.

2. העובדה שבעניינו האיום היה בפעולה ב"עולם הוירטואלי" אינה נסיבה מקלה. ראשית, טבעה של סחיטה הוא שהיא מופעלת נגד נקודת תורפה של האחר - פחד מפגיעה פיזית, מפגיעה כלכלית, מפגיעה בשם וכיו"ב. מבחינה זו, העובדה שנקודת התורפה קשורה ל"עולם הוירטואלי" אינה משנה דבר. עובדה היא שהאיום היה מספיק מפחיד כדי להביא את בעל האתר האינטרנטי לשלם לנאשם סכום נכבד של \$10.000.

שנית, מקום שהעסק עצמו ממוקם ב"עולם הוירטואלי", הפגיעה בסביבה זו מאיימת על קיום העסק כולו. שלישית, נדירים המקרים בהם ניתן בלחיצת כפתור - ממש, לפגוע פגיעה אנושה במערכת כלכלית, כמו בפגיעה באתרים אינטרנטיים.

כמובן שישנן עבירות סחיטה המבוצעות בנסיבות חמורות יותר מאלו שבעניינו, כמו במקרים בהם נעשים מעשים ממשיים המאיימים על החיים, אך אין בכך כדי להפוך את הסחיטה בכלים וירטואליים למעשה קל.

3. לעבירות המבוצעות באמצעות מחשב יש איפיונים מסוימים מיוחדים. הן מבוצעות בסביבה "סטריילית" - ללא אלימות ו"מבלי ללכלך את הידיים", בכלים שהשימוש הרגיל בהם הוא לגיטימי ונפוץ, מבלי שהעברין רואה את הקרבן ומבלי שהוא נחשף אליו או לאחרים. עברייני המחשב הם בד"כ אנשים מן הישוב, ללא עבר פלילי, המנהלים חיים נורמטיביים. לא



אחת מדובר בצעירים מוכשרים במיוחד שמסלול חייהם עד לביצוע העבירות שביצעו, תקין לחלוטין ואף למעלה מכך.
בד"כ אין עדים לביצוע עבירות אלה, הן לא מותירות "טביעות אצבע", ניתן לטשטש ראיות מפלילות והסיכוי להיתפס איננו גדול.
לעתים, השימוש הפסול במחשב יכול להיראות בעיני המשתמש וסביבתו כמשחק או כאתגר טכנולוגי - דוגמת ההאקרים הפורצים לאתרים שונים.
לכן, מעבר לשיקולי הענישה הרגילים, יש בעבירות אלה חשיבות להטמעת העובדה שביצוען הוא דבר פסול מוסרית וחוקית ושנענשים עליהן בענישה ממשית וכואבת."

38. לאור חומרת העבירה כמתואר, לא ניתן לקבל טענת המערער כי היה על בית משפט קמא לקבוע את מתחם העונש ההולם כך שזה יהיה בין עונש מאסר על תנאי לעונש מאסר שירות. הפוך הוא, ייתכן כי המתחם שנקבע על ידי בית משפט קמא אף נוטה לצד המקל, ואולם בנסיבות העניין לא נתערב בקביעת המתחם ונותיר סוגיה זו בצריך עיון למקרים עתידיים רלוונטיים.

39. אשר לעונש שנגזר על המערער לגופו - מעיון בפסיקה עולה כי קיים מנעד ענישה רחב בעבירות מן הסוג הנדון, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מנעד הענישה מתחיל ממאסר על תנאי, וכלה בריצוי עונש בעבודות שירות ועד לריצוי עונש מאסר בפועל. ראה: 5476/03 **מדינת ישראל נ' יוסף** (05/01/05); עניין פבלוב; ת"פ (מחוזי ת"א) 40250/99 **מדינת ישראל נ' בדיר** (13/11/01).

40. בענייננו, בקביעת עונשו של המערער שקל בית משפט קמא לזכותו של המערער את גילו, היותו גרוש, יתמותו מאביו מגיל צעיר, נסיבות חייו ובכלל זה העובדה שהמערער מתגורר כיום עם אמו ומטפל בה וחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות. לחובתו של המערער שקל בית משפט קמא את העובדה כי המערער לא הפנים את חומרת מעשיו, את עברו הפלילי שכולל שתי הרשעות מאוחרות לביצוע העבירות נשוא הערעור דנן, ואת העדר שיתוף הפעולה של המערער עם הממונה על עבודות שירות. סבורים אנו כי בית משפט קמא ערך איזון ראוי בין הנסיבות המקלות והנסיבות המחמירות בעניינו של המערער. בנסיבות העניין, סבורים אנו כי חרף תקופת הזמן שחלפה ממועד ביצוע העבירות ועד להגשת כתב האישום ומתן גזר הדין בעניינו של המערער, העונש שנגזר על המערער אינו חורג ממדיניות הענישה הראויה בתיקים מן הסוג הנדון. במיוחד נכונים הדברים על רקע המשך אי שיתוף הפעולה של המערער עם הממונה על עבודות שירות, גם לא במסגרת הליך הערעור, דבר שמלמד על העדר ההפנמה של המערער את חומרת מעשיו. משכך, לא מצאנו לשנות מגזר דינו של בית משפט קמא, ודין ערעור המערער כנגד גזר הדין אף הוא להידחות.

41. סיכומו של דבר ולאור כל האמור לעיל, אנו דוחים את הערעור על שני חלקיו.

ניתן היום, י"ח שבט תשפ"ג, 0909 פברואר 2023, במעמד באי כח הצדדים והמערער.



רון שפירא, נשיא
אב"ד

בטינה טאובר, סגנית נשיא עדי חן-ברק, שופטת