



תפ"ח 4319/03/15 - מדינת ישראל נגד ציון בן חמו, פולירן פרופילים בע"מ

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 4319-03-15 מדינת ישראל נ' בן חמו(פורמלי) ואח'

בפני כב' השופט חני סלוטקי - אב"ד

כב' השופט אלון אינפלד

כב' השופט אריאל חזק

מדינת ישראל

המאשימה

נגד

הנאשמים

1. ציון בן חמו (פורמלי)

2. פולירן פרופילים בע"מ

החלטה

השופט א' אינפלד:

זוהי החלטה בבקשת ההגנה להורות למדינה למסור מידע וראיות בדבר התנהלות המדינה באירועים שונים, הדומים לאירועי הרקע לכתב האישום דנן. טענת ההגנה היא כי התנהלות המדינה במקרה זה חריגה, אינה הולמת את המקובל וחורגת מהנורמות הראויות. לשיטת ההגנה, יש בהתנהלות זו כדי להשפיע על הערכת היסוד הנפשי לעבירה, להפחית או לאין את אשמת הנאשם, אף אם עשה המיוחס לו, וכן להקים הגנה מן הצדק. לעומת זאת, המדינה טוענת כי החומר אינו רלוונטי כלל לאישום, ואין להטיל עליה להמציאו.

רקע

1. נגד הנאשמים הוגש כתב אישום מתוקן, המייחס לנאשם שלשה אישומים ולנאשמת אישום אחד. האישום הראשון, המשותף לנאשם ולנאשמת, מייחס להם עבירות קשירת קשר, וכן עבירות קבלת דבר במרמה, מגע עם סוכן חוץ, איסור פעולה ברכוש טרור, וסיוע לאויב במלחמה. זאת, ב- 21 הזדמנויות. האישומים האחרים מייחסים לנאשם עבירות הלבנת הון ושיבוש מהלכי משפט.

2. הנאשם הוא המנהל של הנאשמת שהיא חברה ליצור צינורות ופרופילים, אשר מייצאת סחורה לרצועת עזה. יורם אלון מחזיק כשליש מהמניות של החברה הנאשמת. יורם אלון הוא גם מנכ"ל של חברה אחרת המכונה בכתב האישום "פוליפה".

3. עיקר האישום מכון לטענה כי הנאשם היה סוחר עם סוחר עזתי מסוים בשם אוסמה. בשלב מסוים, נודע לנאשם באופן עקיף (שיפורט בהמשך), כי מדובר במי שלמעשה רוכש סחורות עבור ארגון הטרור "החמאס". לנאשם נודע כי סחורה הממוענת לאוסמה, לא תורשה עוד לעבור במעברי הגבול לעזה, שכן נאסר על אוסמה לרכוש סחורה מישראל. למרות ידיעות אלה, המשיך הנאשם וסחר עם אוסמה.



4. נטען כי, כדי לאפשר את העברת הסחורות, נקט אוסמה בדרכי מרמה, והנאשם שיתף פעולה עמו. דרכי המרמה התבטאו בכך שאוסמה, בשיתוף עם אחיו נאג'י, פתחו חברה חדשה בשם "גשר העתיד". זאת, כאשר אוסמה לא נרשם כבעלים, למרות היותו בעלים בפועל. באמצעות חברה זו, ובאמצעות שמם של סוחרים אחרים, מכר הנאשם ביוזעין לאוסמה סחורות שונות, אשר היו מיועדות לשימוש החמאס.
5. יודגש כי הסחורה עצמה אינה אסורה ליצוא לעזה, ובלבד שהיצוא נעשה על פי הנוהל המתאים. אם כן, המעשה המיוחס לנאשם אינו של ייצוא חומרים אסורים לעזה, אלא ייצוא של חומרים מותרים. עיקרו של האיסור מתבטא בכך שמדובר בהעברת סחורה לשימוש של ארגון הטרור, תוך מצג שווא כלפי הרשויות בדבר היעד של הסחורות.
6. אין מחלוקת בין הצדדים כי הנאשם מכר סחורה לאוסמה בעבר. סחר זה היה כדין, שכן לא נודע אז כי אוסמה רוכש עבור החמאס. כתב האישום מסביר כיצד נודע לנאשם כי אוסמה קונה סחורה עבור החמאס. על פי כתב האישום, סחורה בהיקף של 130 טון ברזל, אשר יצאה ממפעל פוליפה (אשר כזכור, אינו שייך לנאשם, אלא ליורם אלון) נתפסה במעבר. הוגש הליך בו התבקש שחרור הסחורה, והתקיים שימוע במשרדי יועמ"ש משרד הביטחון עו"ד אחז בן ארי. בין השאר, נכח בשימוע יורם אלון. במהלך השימוע נמסר על ידי היועמ"ש של משרד הביטחון כי אוסמה אינו סוחר ברזל תמים, אלא רוכש את ברזל בישראל עבור החמאס. יתירה מזו, נשלח לאחר מכן מכתב לחברת פוליפה, אשר הבהירה כי הסחורה נתפסה על בסיס מידע מודיעיני, לפיו הסחורה מיועדת למטרות טרור.
7. טענת המדינה בסעיף 11 לחלק הכללי של כתב האישום, היא כי יורם אלון יידע את הנאשם בדבר קיומה של מניעה ביטחונית המוטלת על אוסמה, ולפיה אין להעביר אליו סחורה מישראל. המדינה טוענת כי מידע זה, שהובא לידיעת הנאשם, הוא אשר הביא להחלטת הנאשם לקשור קשר עם אוסמה וסוחרים אחרים, להעביר סחורות לאוסמה בדרכי מרמה, באמצעות סוחרים אחרים כאמור.
8. האישום השני עניינו הלבנת הון, בביצוע פעולות להסוות רווחיו מהאישום הראשון. האישום השלישי עניינו שיבוש מהלכי משפט, על ידי אזהרת אוסמה מפני מעצרו הצפוי על ידי השב"כ, אם יגיע למחסום, ומניעה כך של מעצרו בפועל.
9. הנאשם כופר בכתב האישום.

הבקשה

10. סנגוריו המלומדים של הנאשם פנו לבית המשפט בבקשה "לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74(ב) ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי". הבקשה הועברה על ידי שופט המעצרים להרכב הדין בתיק העיקרי, נוכח ההתרשמות כי מדובר למעשה בבקשה לפי סעיף 108. בדיון שהתקיים ביום 20/09/2016, לאחר שמיעת הצדדים בהרכב, נקבע כי אכן מדובר בבקשה שיש לדון בה במסגרת סעיף 108 לחסד"פ, היינו בפני המותב הדין בתיק, ולא בפני שופט תורן. בהמשך לאותה החלטה נשמעו הטיעונים בבקשה לפנינו.
11. בקשת הסנגורים היא לקבל חמישה דברים: רשימה של כל האזהרות שנשלחו על ידי השב"כ למחלקת התיאום והקישור עם עזה, בדבר איסור סחר עם אדם מסוים (או לחלופין כי המדינה תצהיר כי לא ניתנו



אזהרות כאלה); נהלי שב"כ בדבר "איסור מסחר עם סוחר ו/או אדם מסוים" כהגדרת הסנגורים; רשימת כל הסחורות שנתפסו בשנה האחרונה במסגרת סיכול הברחות לעזה וכל ההחלטות לגבי המעורבים בעניין, לרבות החלטות בדבר מעצר והעמדה לדין; רשימת כל החברות אשר מכרו ברזל לעזה בחמש השנים האחרונות; הודעת הזימון של מר מאלכ ח'טיב, אשר עניינו נדון בהליך פלילי בחיפה, ממנו השתמע כי זומן לשב"כ, והוזהר כי עליו להפסיק העברת כספים לחמאס.

12. בסעיף 5 לבקשתם, מוסרים הסנגורים כי חומר זה למעשה התבקש לפני כשנה, יחד עם חומר אחר. עובר לדיון שהתקיים ביום 8.9.15, הודיעה המדינה על הסכמה לקבלת חומר אחר, אך לא לקבלת החומר הזה, בטענה להעדר רלוונטיות. עתה, לאחר לימוד מחודש, מבקשים הסנגורים מחדש את החומר, ואף הוסיפו עליו פרטים אחדים.

13. טענת הסנגורים היא כי על מנת לבחון את התנהלות הרשויות בפרשה, יש לבחון את הנהלים של המדינה ואת ההתנהלות במקרים דומים. הסנגורים טוענים בבקשה בכתב כי "במסגרת חומר החקירה, לא נמצא איסור כלשהו שנשלח משירות הביטחון למתקן התיאום וקישור בדבר סחר עם סוחר מסוים מעזה. לאור זאת, ישנה חשיבות של ממש לבחון את התנהלות השירות במקרים בהם יש איסור כזה. כמו כן ישנה חשיבות של ממש לבחון את נהלי השירות...".

14. לעניין החומר בעניין אותו ח'טיב, מסבירים הסנגורים כי על פי כתב האישום בעניינו הוא הוזהר על ידי שירות הביטחון. לטענתם "נוסח האזהרה והודעת הזימון בטרם האזהרה עשויים להיות רלוונטיים מאד להגנת הנאשם, אשר טוען כי לא קיבל מעולם אזהרה שלא לסחור".

15. לעניין רשימת סוחרי הברזל ורשימת הסחורות שנתפסו, נטען בבקשה בכתב כי רשימות אלו נדרשות "על מנת לבחון את התנהלות הרשות מולם" על מנת לבחון אם יש מקום לטענה בדבר הגנה מן הצדק.

16. עיקר טענת הסנגורים היא כי מדובר בחומר שיש בו כדי לסייע להגנה בטענה לקיומה של אכיפה בררנית, העומדת היום כאחת מן ההגנות החשובות העומדות לנאשם במשפט פלילי. אולם, לא ניתן לבסס הגנה זו ללא תשתית עובדתית. לפיכך, מבקשים הסנגורים כי בית המשפט יעתר לבקשה, כדי לאפשר ביסוס של טענת הגנה מן הצדק.

17. בטיעון על פה הדגישו הסנגורים את ההיבט האנושי של טענת ההגנה המשפטית. הטענה, העומדת בבסיס הבקשה לקבל את חומר הראיות. הוסבר, כי הנאשם שירת בצנחנים ומנהל עסקי ברזל, ללא רבב, זה כ- 20 שנה. הסנגורים הדגישו כי הנאשם נאמן למדינה, ומעולם לא העלה על דעתו לסחור עם האויב או לסייע לארגון טרור. יתרה מכך, הסחר של הנאשם עם אותו אוסמה, נעשה שנים רבות, בידיעת כל הגורמים הביטחוניים ועל פי הנחיות גורמי הביטחון. הטענה היא כי הנאשם למעשה נהג כדרכו, בתום לב, ולפתע מוצא עצמו מואשם בסחר עם האויב. זאת, כאשר המדינה לא הזהירה אותו באופן ישיר כי עליו לחדול ממעשיו.

18. הטענה המהותית של הסנגורים היא כי טענת המדינה, לפיה היה עליו להפסיק את פעילותו על יסוד שמועות שלכאורה שמע, אינה מתקבלת על הדעת. שכן, כאשר המדינה סבורה שיש מקום להפסקת פעילות עסקית, שהוחזקה כמותרת, היה עליה להודיע על כך באופן רשמי ובצורה מוסדרת. כך,



מסירה עקיפה של הדברים, באמצעות יועץ משפטי (שאינו תפקידו להזהיר) אשר הזכיר העניין באופן מקרי, בפני שותף עסקי של הנאשם, בהקשר לסחורה שאינה קשורה לנאשם, אינה מהווה אזהרה ראויה. למעשה, אלמלא שני מפגשים מקריים, בין היועץ לבין השותף ובין השותף לבין הנאשם, לא היה מגיע לנאשם דבר היות אסמה פעיל עבור ארגון הטרור. אם הוא בכלל כזה.

19. הסנגורים טענו עוד כי המדינה מודעת לכך שחלק מהסחורות המגיעות לעזה מגיעות, בסופו של דבר, לארגון הטרור השולט בעזה. זאת, החל מהפריטים התמימים ביותר, כגון ציוד משרדי, וכלה בחשמל המשמש את מחרטות הטילים ואת חופרי המנהרות. מכאן, לשיטת הסנגורים, שיש חולשה בסיסית בטענות של המאשימה כלפי יצואנים אשר חלק מסחורתם אולי מגיע לארגון הטרור. ממילא, יש חובה נורמטיבית, לערוך הבחנה ברורה בין האסור לבין המותר. לשיטת הסנגורים, אזהרה פורמאלית יכולה הייתה לשמש יסוד נורמטיבי שכזה. בהעדרה, ובמיוחד אם ניתנה לאחרים במקרים אחרים, קמה הגנה מן הצדק.

20. מטעמים אלה, מבקשים הסנגורים לחייב את המדינה להראות כי אכן חל שינוי אשר יצר מצב של איסור סחר עם אסמה, באמצעות החלטה מסודרת שהועברה לגורמים רלוונטיים. הסנגורים מבקשים לבחון את נהלי המדינה לעניין מתן התראות שכאלה, שכן חריגה של המדינה מהנחיותיה הפנימיות יכולה להקים הגנה מן הצדק. כן מבקשים הסנגורים להשוות מקרה זה למקרים דומים, על מנת לבחון אם לא נהגו בנאשם איפה ואיפה. הסנגורים מבקשים גם נתונים לעניין מסחר הברזל עם עזה באופן כללי, על מנת להשוות היחס לנאשם עם מקרים אחרים, בהם מקרים בהם היה יצוא של פרופילים שאינם חוקיים.

תשובת המדינה

21. המדינה טענה כי עיקר הבקשה אינו רלוונטי כלל ועיקר לכתב האישום. לגבי ענין אחד מצאה המדינה טעם בבקשת הסנגורים, אך סברה כי החומר כבר הועבר. משהתברר שלא הועבר, הודיעה המדינה כי תכין ותמסור החומר המבוקש בהקדם.

22. המדינה מסכימה כי זכותו של הנאשם לראות מסמך המבטא את האיסור שהוטל על אסמה לסחור עם ישראל. איסור, שלפי טענת המדינה ניסו אסמה והנאשם לעקוף. בעת הדיון על פה סבר הפרקליט כי מסמך כזה כבר מצוי בחומר החקירה שהועברה להגנה. אולם, בהודעה כתובה המאוחרת לדיון, מסרה המדינה כי מתברר שמסמך כזה כלל לא הועבר והבטיחה כי "המדינה תדאג להעברת מסמך המתייחס לאיסור המקורי שהוטל על אסמה".

23. נוכח ההסכמה - אציע לחברי המדינה לעשות כן בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-30 ממתן החלטה זו.

24. לעניין יתר רכיבי הבקשה טענה המדינה כי אין הם קשורים לכתב האישום, ואין בהם כדי פוטנציאל להוכיח דבר קיומה של הגנה מן הצדק.

25. הפרקליט הסביר בדיון כי האזהרה שניתנה לאלון, שותפו של הנאשם, לא הטילה על הנאשם כל איסור. יש איסור כללי בחוק לסחור עם ארגון טרור, ויש מגבלה קונקרטית שהוטלה על אסמה עצמו, באופן אישי, לייבא סחורות מישראל. אסמה הוא אשר היה צריך להתגבר על המגבלה הזו, כדי לייבא



סחורות. הנאשם ידע על המגבלה שהוטלה על אוסמה, משום שקיבל מידע עקיף. הנאשם גם ידע כי האיסור על אוסמה הוטל בשל כך ששימש צינור עבור ארגון הטרור.

26. הפרקליט הסביר כי הטענה של המדינה היא כי הנאשם עשה פעולות מרמה שונות, במטרה לעקוף את האיסור שהוטל על אוסמה. זאת, אף שהבין כי כאשר סחר עם אוסמה, למעשה העביר סחורות לחמס. סחורות, אשר מותר לייצאן לעזה, אך אסור להעבירן לארגון הטרור, כפי שאסור להעביר כל סחורה שהיא לארגון הטרור.

27. הפרקליט הביע תמיהה על התרכזות הסנגורים בעניין קיומה או אי קיומה של אזהרה מסודרת לנאשם כי אסור לו לסחור עם אוסמה. שכן, לשיטתו, אין בקיומה של אזהרה כזו כדי להעלות או להוריד. אזהרה כזו אינה יוצרת איסור, והעדרה אינו מהווה היתר. האיסור לסחור עם ארגון הטרור נובע מן החוק. האזהרה העקיפה, עליה שמע הנאשם, רלוונטית אך ורק להוכחת היסוד הנפשי. יסוד נפשי, לפיו העורר היה מודע לכך שהוא מסייע לאויב במלחמה.

28. הפרקליט לא חלק על כך שהנטל על המדינה להוכיח את כל היסודות, היינו כי הסחורה הייתה אכן מיועדת לארגון הטרור באמצעות אוסמה, כי הנאשם היה מודע לכך שהוא סוחר עם אוסמה, כי היה מודע שכאשר הוא סוחר עם אוסמה הוא סוחר עם ארגון הטרור ובעיקר כי הנאשם אכן המשיך לסחור גם לאחר שהיה מודע. אולם, הפרקליט טען שאין כל רלוונטיות לשאלה אם ידיעת הנאשם הגיעה מאזהרה או בכל דרך אחרת. שכן, בכל מקרה, אסור לסחור עם ארגון טרור.

29. הפרקליט הבהיר כי למעשה אוסמה הוא זה שיצר את הדרכים העוקפות להגעת הסחורות אליו. זאת, בין השאר, על ידי הקמת חברה בבעלותו, תוך הסתרת הבעלות. אוסמה הנחה הנאשם להעביר אליו הסחורות באופן הזה, בשל הקושי להמשיך בסחר ישיר. הנאשם שיתף פעולה בכך, וכאן עבירות המרמה. הנאשם שיתף פעולה למרות שידע כי הסחורה מיועדת לארגון טרור, וכאן נעוצות עבירות הביטחון.

30. מכאן, טענת המדינה להעדר רלוונטיות כלשהי לקיומה או אי קיומה של אזהרה, וממילא להעדר רלוונטיות של עיקר הבקשות לקבלת ראיות.

31. כן טענה המדינה כי, מכיוון שהנאשם לא מואשם בהברחת סחורות אסורות, שאלת אופן הטיפול בתיקים מסוג זה אינו רלוונטי, לא באמצעות רשימת סוחרי הברזל עם עזה, ולא באמצעות רשימת התיקים שנפתחו בגין סחר בסחורות אסורות.

דין

32. לאחר עיון בטענות הצדדים, אני סבור שאין ממש בטענות הסנגורים, ואציע לחברי לדחות הבקשות במלואן, למעט אותו רכיב אשר המדינה הסכימה להעביר.

33. לטעמי, יש לדחות על הסף את טענות הסנגורים כי התנהלות המדינה, בכך שלא הזהירה את הנאשם באופן ישיר כי הוא מבצע עבירות חמורות בעצם הסחר אם אוסמה, היא בעלת סיכוי להקים הגנה מן הצדק.



34. אכן, במישור המבצעי, היינו במסגרת השאיפה של המדינה להגן על עצמה, עצה טובה היא להיעזר בכל אדם. בוודאי שטוב ויעיל להזהיר את מי שעוסקו עלול להביא סכנה למדינה, כיצד להימנע מהסכנה. אולם, בין עצה טובה ליתן אזהרה, שאולי ניתנת ואולי לא, לבין הרעיון לפיו העדר אזהרה יכול להוות נימוק ממשי לקולה, אין כל קשר.

35. הטענה של המדינה מאוד פשוטה, והנטל על המדינה להוכיחה. הטענה היא שהנאשם ידע כי הוא מוכר סחורה לארגון הטרור. סחורה, המותרת ליצוא לעזה, ואשר אותה רשאי למכור לאחרים ברצועת עזה. אולם, הנאשם בחר לסחור עם אוסמה ולא עם אחרים, ובכך בחר לסחור עם ארגון טרור. לא זו בלבד שהוא היה מודע לכך שזה מה שהוא עושה, הוא נקט באמצעי מרמה כדי להעביר הסחורה לאוסמה, תוך הטעיית הרשויות. זאת, כדי להציג סחורה העוברת לארגון טרור, כאילו מיועדת לעזתים תמימים.

36. צודקת המדינה כי הסטת הדיון אל התנהלות המדינה במקרה זה, אינה אלא יצירת ערפול לא רלוונטי, תוך הכבדה מיותרת על ניהול ההליך. הדבר דומה לשאלה בתיק אינוס - אם חטאה נערה שנאנסה, בכך שלא שמעה לקול אמה והלכה בסמטה חשוכה. הדבר דומה גם לשאלה באישום בגין פריצה - אם הפר בעל חנות שנפרצה את תנאי הביטוח, בכך שלא נעל כראוי. דוגמא קרובה עוד יותר היא אם - במשפטו של מפגע בפיגוע חדירה - יקדיש בית המשפט זמן לשאלה אם השומר ישן על משמרתו, כטענה הבאה להפחית מאשמתו של המפגע.

37. אכן, לעיתים יש אחריות כזו או אחרת על מי שלא הזהיר ובכך אפשר ביצוע עבירה, אם האזהרה משמעותית להתגבשות העבירה או היסוד הנפשי. אולם, כאשר מדובר באישום המייחס יסוד נפשי ברור ומובהק, הכולל מרמה מודעת כלפי הרשות, כדי לאפשר סחר עם האויב, הרי שמחדל כזה, אם היה מחדל, אין בו כדי להוות ולו צל של טענת הגנה מן הצדק. שגיאה כזו מצד המדינה, משקלה במשפט הנאשם כשחק מאזניים.

38. הטענה לפיה הנאשם נהג כמנהגו, ולפתע מעשה שעשה כל השנים הפך לאסור, מבלי שהודע לו כי שינו את הכללים, שובה את הלב, אך לא רלוונטית לשלב הזה. לאחר שמיעת הראיות, אם יתברר כי המדינה לא הצליחה לשלול מעבר לספק סביר, את טענתו העובדתית של הנאשם לפיה נהג בתמימות, הנאשם יזוכה. אם לא יוכח כי אוסמה רכש ברזלים (מותרים ליצוא) עבור האויב, הנאשם יזוכה. אם הנאשם ישכנע, ולו כדי ספק סביר, כי הוא המשיך במעשיו כתמול שלשום, ומשום שלא הוזהר לא ידע, הוא יזוכה. אולם, אם יוכח מעבר לספק סביר, כי הנאשם ידע כי הוא מוכר סחורה לארגון טרור, מה לי הוזהר וידע ומה לי לא הוזהר וידע בכל זאת? מה זה משנה אם הוזהר, אם הוא ידע שהוא מוכר סחורה לארגון טרור (אפילו באמצעות סוחר שסחר עמו בעבר בתמימות)?

39. אין תוחלת לטענת ההגנה של הסנגורים. אפילו אם נניח לטובת הנאשם: כי קיים נוהל לגבי השאלה אימתי מזהירים סוחר; כי הנוהל ברור ועל פיו צריך היה להזהיר את הנאשם; כי הוזהרו סוחרים רבים אחרים ורק הנאשם לא הוזהר; כי יצאה הוראה בכתב ממנהל בשב"כ לפקיד בשב"כ לערוך אזהרה פורמאלית, אך פעולה זו לא נעשתה. עדיין, אין כאן בדל של טענה להגנה מן הצדק. שכן, מסירת אזהרה אינה רלוונטית למידת האשמה של אדם אשר במודעות מלאה מטעה הרשויות, על מנת לאפשר סחר עם האויב תמורת בצע כסף, כטענת המדינה אודות הנאשם. אפילו בהנחה כי הייתה חובה ליתן הודעה, אין אשמת הנאשם, כנטען בכתב האישום, מופחתת במאומה. זאת, כפי שאשמה בגין גניבת נשק מתחנת המשטרה אינה מופחתת אף אם היה "מחדל משטרתי חמור" בכך שהשוטר האחראי על הנשק נרדם על



משמרתו. לפיכך, מידת האשמה, הנובעת מהיסוד הנפשי של הנאשם, תוכרע על פי הראיות אודות היסוד הנפשי, אך לא מהתנהלות המדינה, לפחות לא בהקשר לעניין זה.

40. יש להבחין היטב בין מקרה זה לבין מקרים בהם החלטה של המדינה יכולה להקים הגנה מן הצדק. דרישת סף ראשונית היא כי יתקיים איזשהו קשר סיבתי ענייני, בין מחדל של המדינה לבין ההליך הפלילי או ביצוע העבירה. אולם, כאשר מחדל המדינה אינו משפיע על ביצוע המעשה או על ההליך, לא יכולה להתקיים הגנה מן הצדק. הרי למדנו כי "מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים", כי "לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק" וכי כדי להקים הגנה מן הצדק "בדרך כלל ידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו" (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ** פ"ד נט(6) 776 (2005) (פסקה 21)).

41. כך, הגנה מן הצדק הוכרה, או לפחות נבחנה כטענה לכאורה, במקרים בהם עלתה שאלה לגבי אפליה במדיניות ההעמדה לדין עצמה, בין נאשם לבין במקרים דומים (כמו בהחלטה של בית משפט זה (מפי השופט משניות) בת"פ 23020-01-16 **מויאל נ' מדינת ישראל ואח'** (מיום 6.6.16) אליה הפנו הסנגורים, בג"ץ **זקין נ' ראש עיריית באר שבע** פ"ד נג(3) 289 (1999) או בר"ש 2736/11 **מדינת ישראל נ' פרלמוטר** (מיום 24.7.11)); במקרים בהם גורם מטעם המדינה נהג שלא כראוי בעת ניהול ההליך הפלילי או בחקירה (כגון ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (מיום 4.5.06) או רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (מיום 6.3.12)); במקרים בהם המדינה העמידה נאשם במצב בלתי אפשרי ערב ביצוע העבירה ובכך הובילה בעצמה לבצוע העבירה (לדוגמא עפ"א (תל-אביב-יפו) 80137/07 **מוסא דכה נ' עיריית תל-אביב** (מיום 4.2.08) אשר נהפך ברע"פ 2885/08 **הועדה המקומית לתכנון נ' מוסא דכה** מיום 22.11.09); או במקרים בהם המדינה יצרה מצג לפיו המעשה האסור הוא בעצם מותר או ששיתפה פעולה בעבירה עצמה (לדוגמא בעניין **פרלמוטר** הנ"ל או ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 221).

42. במקרה זה אין טענה קונקרטית מטעם הנאשם לפיה המדינה אישרה לו למכור סחורה לארגון טרור, או יצרה מצג לפיו היא מעלימה עין מעבירה זו. אין טענה כי המדינה יצרה מצג מודע לפיה מותר לסחור עם אוסמה באופן עקיף, על ידי רישום כוזב של חברות אחרות. אף אין טענה לפיה הובטח כי הנאשם לא יעמוד לדין. אפילו אין טענה כי המדינה נוהגת שלא להעמיד לדין את מי שסוחר עם ארגוני טרור, ורק הנאשם הופלה לרעה. הסנגורים נאחזים ב"העדר אזהרה" כאילו קיימת זכות חוקתית להמשיך בהתנהלות עסקית, אף לאחר שמתברר לעוסק שמעשיו אסורים, כל עוד לא באה "אזהרה" כדין, ולא היא.

43. ודוק, אין לומר כי להעדר האזהרה אין משמעות במשפט. משמעותה עלולה להתברר כרבה ביותר. שכן, על המדינה להוכיח את היסוד הנפשי, ואם מתברר כי בהעדר אזהרה לא מתקיים יסוד נפשי, הנאשם יזוכה. אולם, המדינה מסכימה כי לא ניתנה אזהרה ישירה, כעולה גם מכתב האישום עצמו. לגבי עובדה זו הסנגורים "מתפרצים לדלת פתוחה". ההקשרים האחרים של העדר האזהרה, לפי טענות הסנגורים, אינם רלוונטיים לשאלת האשמה, החפות או מידת האשמה. מכאן שהראיות שהסנגוריה מבקש לקבל, על מנת לבחון מדיניות הרשות בדרך כלל, אינן יכולות להשפיע על תוצאת המשפט.



44. באופן דומה, לא מצאתי ממש בבקשת הסנגורים לקבל מידע אודות אופן הטיפול בתיקים של מי שנתפסו מבריחים סחורה אסורה, או בבקשה לקבל את רשימת כל סוחרי הברזל עם רצועת עזה. רשימת סוחרי הברזל, ככלל, אינה רלוונטית. שכן, מותר לסחור בברזל עם עזה, ובלבד שנמכרים מוצרים שמותרים ליצוא ומבלי לרמות לגבי היעד. לא הבנתי מה תועיל רשימה כזו לטענות הסנגורים.

45. בבקשת הסנגורים לקבל את רשימת התיקים בהם נתפסו סוחרים אשר העבירו חומרים האסורים ליצוא, כגון ציוד "דו שימושי", נראית לכאורה כאילו היא קשורה לעניין, ולא היא. שהרי הטענה לגבי הנאשם, כאמור, היא טענה קונקרטיה לקיומו של יסוד נפשי חמור ומסוים ומאוד, לביצוע פעולות יצוא של חומר מותר ליצוא, אך יצואו בדרכי מרמה לאוסמה, ודרכו לארגון הטרור. טיפול המדינה בתיקים בהם נתפסו מבריחים של חומר אסור, שהיא עבירה שונה במהותה, כלל אינה קשורה לעניין דנן. לטעמי, אין כל אפשרות כי מדיניות המדינה בתיקים האחרים תקים הגנה מן הצדק. זאת, אפילו בהנחה כי המדינה נוהגת במקרים אלה בסלחנות רבה.

46. טלו לדוגמה נהג שמואשם ברצח בכוונה תחילה, בטענה כי סטה במכוניתו בכוונה מהדרך, לעבר שנוא נפשו, שהלך על המדרכה, על מנת לגרום למותו. נאשם זה שוקל לטעון להגנה מן הצדק: מדוע הופלה לרעה לעומת כל מי שהוואשם בגרם מוות לרשלנות על ידי דריסת הולך רגל? כלום יעלה על הדעת להעביר לו את כל התיקים של גרימת מוות ברשלנות, אך משום שלטענתו אין בסיס להבחין בינו לבינים? הרי ברור לגמרי, לכל בר בי רב, כי אם יוכח היסוד הנפשי המחמיר דינו למאסר עולם, ואם לאו דינו לעונש קל כעבירת רשלנות. החלטת המדינה לגבי סעיף האישום תבחן היטב היטב, אך זאת במהלך המשפט עצמו, על פי הראיות בתיק. אולם, העובדה כי המדינה, בתיקים אחרים, לא מצאה ראיה מספקת ליסוד נפשי מחמיר, אינה יכולה בשום אופן להקים הגנה מן הצדק בו מצאה. לא די בטענה סתמית בדבר "אפליה" כלפי תיקים שהם על פניהם שונים לגמרי, כדי לחייב המדינה להציג את ראיותיה ושיקוליה בכל התקיים האחרים.

47. נוכח כל האמור, לטעמי, **בהעדר סיכוי מוחשי להצליח בטענת הגנה מן הצדק, יש לדחות הבקשה**. לא ראוי להטיל על המדינה את הנטל להשיג הראיות, או לאסוף אותן מבין תיקיה השונים, להוציא תעודת חיסיון ביחס אליהם לפי הצורך, ולקיים התדיינות אודות החיסיון. מדובר בהטלת מעמסה בלתי סבירה על המדינה. מטלה, אשר אם תהפוך לכלל לגבי כל טענה דומה בעתיד, בכל תיק פלילי, תטיל על המדינה נטל הכבד מנשוא. וזאת, ללא כל תוחלת. אין כל הצדקה להסיט את מהלכו של המשפט על מנת לברר נקודה צדדית, שאינה יכולה להשפיע על תוצאת המשפט.

סיכום ותוצאה

48. סיכומי של דבר, הסנגורים מבקשים מהמדינה להמציא מסמכים שאפשר שייסעו להם להוכיח טענת הגנה מן הצדק. אולם, אין ממש ב"טענת ההגנה מן הצדק" שמנסים הסנגורים לבנות, אפילו יוכחו כל ה"מחדלים" להם הם טוענים. בהעדר תוחלת לטענה, הראיות אינן רלוונטיות לתיק. לפיכך, לדעתי, אין הצדקה להטיל על המדינה נטל לאתרם או לטפל בחסיונם לפי הצורך.

49. לפיכך, **אציע לחברי לדחות הבקשה**. זאת למעט חיוב המדינה, בהתאם להודעתה בכתב, להעביר תוכן ההוראה בעניין אוסמה, אשר הועבר על ידי השב"כ לרשות המפקחת על העברת



הסחורות, תוך 30 יום.

אלון אינפלד, שופט

השופט ח' סלוטקי:

אני מסכימה.

חני סלוטקי, שופטת

השופט א' חזק:

אני מסכים.

אריאל חזק, שופט

לפיכך הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט א' אינפלד.



המזכירות מתבקשת להעביר החלטה זו לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, כ"ח תשרי תשע"ז, 30 אוקטובר 2016, בהעדר
הצדדים.

אריאל חזק, שופט

אלון אינפלד, שופט

חני סלוטקי, שופטת
אב"ד