



## ת"פ 24743/06/20 - שמעון אוהיון נגד מדינת ישראל

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 24743-06-20 מדינת ישראל נ' אוהיון  
תיק חיצוני: 199570/2020

בפני כבוד השופט, סגן הנשיאה ארז נוריאלי  
המבקש שמעון אוהיון  
נגד  
המשיבה מדינת ישראל  
**החלטה**

1. לפני בקשה לביטול כתב האישום, בטענה לקיומה של הגנה מן הצדק (להלן: "**הבקשה**").
2. ביום 06.08.2020 הוגש כנגד המבקש כתב אישום מתוקן המייחס לו שלושה אישומים (להלן: "**כתב האישום**"). האחד, **קשירת קשר לביצוע עוון** - לפי סעיף 499(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**"); השני, **קשירת קשר לביצוע פשע** - לפי סעיף 499(א)(1) לחוק. **הונאה בכרטיס חיוב בנסיבות מחמירות (ריבוי עבירות)** - לפי סעיף 17 סיפא לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986. **קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (ריבוי עבירות)** - לפי סעיף 415 סיפא לחוק. **ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות** - לפי סעיף 415 סיפא יחד עם סעיף 25 לחוק. **מידע כוזב או פלט כוזב** - לפי סעיף 3 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995. השלישי, **שיבוש מהלכי משפט (שתי עבירות)** - לפי סעיף 244 לחוק.
3. על פי כתב האישום, קשר המבקש קשר עם אחר, עורך הדין חגי וגנפלד (להלן: "**עו"ד וגנפלד**") לביצוע עבירות פליליות ולהפקת רווח כספי. במסגרתן, העביר עו"ד וגנפלד למבקש פרטי לקוחות מהמשרד בו עבד, בכדי להשתמש בפרטי האשראי שלהם. המבקש הקים ושימש כמנהל של שני אתרי אינטרנט הנקראים "פרוטקטלנד" ו"אדל מרקט" (להלן: "**האתרים**") שנחזו בכזב לחנויות וירטואליות במטרה לדלות פרטי כרטיסי אשראי של משתמשים, והיוו תשתית לביצוע עבירות פליליות ולהפקת רווח כספי למבקש ולשני שותפים. בנוסף, התקין המבקש על מכשיר הטלפון הנייד ששימש אותו להפעלת אתר אדל מרקט, תוכנות למחיקת היסטוריית הגלישה במטרה למנוע אפשרות שחזור אם תיפתח חקירה פלילית ובמטרה להכשיל את הליך החקירה וביקש מעו"ד וגנפלד להעביר למקום אחר את נתב האינטרנט ששימש לצורך הפעלת האתר, על מנת שהמטרה לא תשים ידה על הנתב.

### טענות הצדדים

4. ביום 14.04.2021 הוגשה בקשת ב"כ המבקש לביטול כתב האישום מחמת טענה מן הצדק. נטען כי על פי "המבחן התלת שלבי" בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 807 (להלן: "**פרשת בורוביץ**") יש בקיום ההליך הפלילי משום פגיעה בתחושת הצדק וההגנות.



5. ראשית, נטען בבקשה כי כל החפצים אשר נתפסו והוחרמו על ידי המשטרה, הושבו למבקש למעט תפוסים שנלקחו לאחר חיפוש בלתי חוקי, דבר המצביע כי לא בוצעו עבירות. בנוסף, נטען כי איומים על חיי הנאשם הובילו להודאתו השנויה במחלוקת במשטרה, לאחר חקירות בהם כפר לחלוטין בעבירות.
6. שנית, נטען לאכיפה בררנית. לטענתו, המאשימה תיקנה את כתב האישום לאחר שהגישה כתב אישום נגד עו"ד וגנפולד. כל האישומים מייחסים למבקש עבירות בצוותא יחד עם עו"ד וגנפולד, אך בכת"א נגד עו"ד וגנפולד יש אישום אחד בלבד (המקביל לאישום הראשון כנגד המבקש). לטענתו, הגשת כת"א נגדו בגין מספר אישומים בעוד שכנגד השותף לעבירה הוגש רק בגין אישום אחד מהווה אפליה פסולה.
7. עוד נטען כי הגשת כתב האישום או ניהול הליך פלילי עומדים בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לטענתו, המבקש יוצג על ידי עו"ד וגנפולד בעצמו שמואשם באותה עבירה, ומדובר בניגוד עניינים ברף הגבוה ביותר כאשר המאשימה ובית המשפט היו מודעים למחדל זה.
8. עוד נטען כי החיפוש אינו חוקי. נטען כי החיפוש ותפיסת המוצגים במחסן הבניין המצוי בקומת הקרקע של בניין המגורים, נעשו ללא צו. לאחר החיפוש הוגשה בקשה להוצאת צו לגבי המחסן כאשר בית המשפט לא היה מודע לתפיסה הבלתי חוקית ונתן צו נוסף.
9. ביום 20.04.2021 הוגשה תגובת המאשימה. לטענתה, בידיה נותר טלפון ובו ראיות המצביעות על אשמתו של המבקש.
10. אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית טענה כי אין די בעובדה שהמשיבה מייחסת לשני שותפים מעורבות שונה באותו אירוע כדי להעיד על התנהלות בלתי שוויונית. חומר החקירה הצביע על מעורבות מרכזית של המבקש ומעורבות משנית של עו"ד וגנפולד ועל כן ישנה הבחנה רלוונטית - הבסיס הראייתי הנוגע לכל אחד מהם.
11. לבסוף השיבה המאשימה ביחס לטענה בדבר פגמים בחיפוש. נטען כי הצו ניתן "לכל מקום שבו ימצא ברזל" כאשר במהלך החיפוש התברר ליחידה החוקרת כי המכשיר נמצא במחסן. במסגרת הבקשה לצו שהוגשה למחרת החיפוש ציינה היחידה החוקרת כי יש להתיר חדירה לחומרי המחשב אשר נתפסו במחסן ולא להתיר את החיפוש במחסן.

## דין והכרעה

12. הבסיס המשפטי לטענות המבקש מעוגן בסעיפים 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982 (להלן: "**החסד"פ**").
13. כידוע, פעולתה של רשות התביעה הינה פעולה מנהלית שבבסיסה עומדת חזקת התקינות המנהלית (ראה למשל בג"צ 3405/12 **פלונית נ' מדינת ישראל**, וכן ראה ע"פ 3205/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**).
14. בפרשת בורוביץ' נקבע כי במקרים בהם קיומו של ההליך הפלילי יפגע בתחושת הצדק וההגינות, מוסמך בית המשפט לבטל כתב אישום. דוקטרינה זו זכתה לעיגון חקיקתי במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ. שם נקבע מבחן משולש לתחולתה של ההגנה: בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני, יבחן בית המשפט אם יש במסגרת ההליך הפלילי, חרף הפגמים שבו, משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. או



אז עליו לערוך איזון בין הערכים השונים. בשלב השלישי, יבחן בית המשפט האפשרות לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים חלף ביטולו של כתב האישום.

15. פסיקת בתי המשפט חזרה וקבעה כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק תיושם רק במקרים יוצאי דופן ולא בנקל יבטל בית המשפט כתב האישום עקב טענה של הגנה מן הצדק.

#### בראי ההלכה, אבחן אם עומדת למבקש טענה בדבר הגנה מן הצדק

16. לאחר שעינתי בכתב האישום, בבקשה ובתגובה לה, ובהתייחס לשלב הדיוני בו אנו נמצאים, מצאתי שלא עלה בידי המבקש להרים את הנטל להראות, כבר בשלב זה, קיומה של הגנה מן הצדק ואין מקום בעת הזו לקבל את הבקשה.

17. כאמור לעיל, בהתאם לפרשת בורוביץ', שאלת החלתה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים.

18. בבדיקת השלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו כנגד הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו.

#### אכיפה בררנית

19. כידוע, אחת הסיבות לטענה של הגנה מן הצדק היא אכיפה בררנית. אכיפה בררנית משמעה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים ואין משמעה הבחנה בין שונים (ר' למשל ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (10.9.2013); רע"פ 1611/16, 4238/16 **מדינת ישראל נ' ורדי ואח'** בסעיף 65 (31.10.18) (להלן: "**הלכת ורדי**")). השאלה הנשאלת היא האם הרשות הפלגה בין הנאשם לבין נאשמים פוטנציאליים אחרים, שכלפיהם לא ננקטה אותה אמת מידה.

20. בבג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר-שבע**, נג(3) 289 (1999) (להלן: "**פרשת זקין**"), השופט זמיר התווה את גדרותיה של האכיפה הבררנית האסורה הנבדלת מההבחנה המותרת. "**ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט.**"

21. האפליה האסורה מתקיימת במצבים העונים על שני תנאים מצטברים: האחד, חוסר שוויוניות בפעולות אכיפה של הרשות כלפי דומים, והשני, מטרה, תכלית ויעד זרים, לא ענייניים ופסולים, שהניעו את הרשות לאכוף את הדין באופן לא שוויוני. לצורך ביסוס טענה של אכיפה בררנית מחמת מטרה פסולה, שיקולים זרים או שרירות גרידא, אין די בכך שיוכח כי אכיפת החוק היא חלקית, אלא יש בנוסף להניח תשתית ראייתית ממשיכה לכך שאין לאכיפה החלקית הסבר המבוסס על שיקולי מדיניות, נהלי עבודה, כללים ואילוצים מערכתיים.



22. על מנת לבחון אם נעשה פגם באופן של אכיפה בררנית, נבחן על פי התנאים בפרשת זקין כאמור לעיל, האחד, חוסר שוויוניות כלפי דומים, והשני, מטרה, תכלית ויעד פסולים.
23. לטענת המבקש, הגשת כתב אישום בגין מספר אישומים בעוד שכנגד השותף לעבירה הוגש רק בגין אישום אחד מהווה אפליה פסולה. לטענת המאשימה, חומר החקירה הצביע על מעורבות מרכזית של המבקש ומעורבות משנית של עו"ד וגנפולד.
24. בענייננו, לא הונחה לפני בעת הזו תשתית ראיתית שיש בה כדי לסתור או לסדוק טענות המאשימה. הטענות לפיהן יש לייחס את האישום השני לעו"ד וגנפולד דווקא, שכן האתרים נבנו על דעתו, יבחנו בבוא העת לאחר שישמעו הראיות. בשלב מקדמי זה, אף אם קיימת מעורבות של עו"ד וגנפולד, לא הוכח כי התשתית הראיתית בנוגע למעורבות של כל אחד ואחד זהה או דומה.
25. בשלב מקדמי זה, אין מקום לבחון טענות ספציפיות כגון אלו שנטענו ביחס למעורבותו של עו"ד וגנפולד בעניין הנתב ונושא זה ידון, כיתר הנושאים, בשלב ניהול ההוכחות.
26. אף התנאי השני בפרשת זקין איננו מתקיים. האמירה לפיה פעלה המאשימה במטרה פסולה נדחית על ידי בעת הזו מכל וכל. לא הונחה כל תשתית עובדתית לתמיכה בטענה זו. נהפוך הוא. עו"ד וגנפולד הועמד לדין. מאליו מובן כי ככל שיובאו ראיות במהלך המשפט, אשר תומכות בטענת המבקש, ומצביעות על מעורבות זהה בין המבקש לבין עו"ד וגנפולד, תבחן הטענה לגופה.

#### ייצוג המבקש על ידי עו"ד וגנפולד

27. אשר לטענה כי ישנה פגיעה בעקרונות של צדק והגיונות משפטית בשל ייצוג המבקש על ידי עו"ד וגנפולד, טוען המבקש כי המשטרה ידעה על כך ומדובר בניגוד עניינים. לטענת המאשימה, אין ראיות שהחקירה זוהמה (ר' פרוטוקול מיום 21.04.2021).
28. אין ספק כי לעורך דין אסור להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד אינטרסים בין האינטרס של זה שלמענו הוא פועל ובין אינטרס אחר, ומעשה כזה יכול להיות עבירה אתית חמורה. **"...עורכי דין אמונים על טיעון שיתמוך בענייניו של הלוקח... אין עורך הדין יכול לפצל אישיותו ולטעון באותו עניין לשני בעלי דין"**. (גבריאלי קלינג **אתיקה בעריכת-דין** 163 (2001)).
29. נקבע כבר בפסיקה כי ייצוג משותף של מספר נאשמים על ידי אותו עורך דין "מלווה בדרך הטבע בסיכון של 'ניגוד אינטרסים'" וטענה לייצוג בלתי הולם המבוססת על ניגוד עניינים, תיבחן בהתאם לשלושה כללים מנחים. יש להוכיח כי היה ניגוד העניינים אשר תרם בפועל לפגיעה עניינית בזכותו לייצוג הולם ולתוצאה שאליה הגיע בית המשפט, ואינו בגדר ייצוג כושל (ע"פ 2130/95 **בשיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 456, 463 (1997)).
30. כאשר מדובר בייצוג של נאשם על ידי נאשם אחר המעורב במעשה, יכולים להיות אינטרסים סותרים אשר יקימו בין היתר ניגוד עניינים ואף זיהום החקירה.
31. במקרה דנן, לא הוכח בעת הזו כי היה ניגוד עניינים אשר תרם לפגיעה בזכויות המבקש. לא הוכח כי החקירה זוהמה או כי נפל פגם בייצוג שניתן על ידי עו"ד וגנפולד. יתרה מכך, כידוע, ככלל, נאשם חופשי לבחור לו ייצוג כרצונו. המבקש היה מעוניין בהמשך הייצוג וזאת למרות שידע על מעורבותו של עו"ד וגנפולד באירוע ועל ניגוד עניינים (לכאורה) מובנה (ר' בעניין זה מ.י. 37631-04-20 שם נקבע כי הייצוג ימשך מאחר שהחשוד מעוניין



בייצוג. החלטה זו ניתנה לאחר שנטען על ידי המאשימה כי עדיין לא ידועים לה השותפים למעשה).

32. טענת הגנה מן הצדק עומדת לנאשם במקרים בהם יש חשש כי עצם ניהול המשפט כנגד הנאשם יהיה משום עיוות דין או כי לא ניתן יהיה להבטיח לו ייצוג הולם (ר' ע"פ 4596/05 **זאב רונשטיין נ' מדינת ישראל**, תק-על 2005(4) 2082).

33. יודגש כי ככל שהיה פגם בייעוץ אשר ניתן למבקש, הוא יוכל לשוב ולהעלות את הטענות במהלך המשפט.

#### השבת התפוסים וההודאה

34. נטען בבקשה כי כל החפצים אשר החרימה המשטרה לצרכי חקירה הושבו למעט תפוסים שנלקחו לאחר חיפוש בלתי חוקי, דבר המצביע על חוקיות המעשים. בנוסף, הודאת המבקש נמסרה, כך על פי הנטען, בעקבות איומים על חייו. לטענת המאשימה, נותר טלפון תפוס ובו ראיות המצביעות על אשמתו של המבקש.

35. עצם החזרת תפוסים כאילו או אחרים, אינו מלמד על חוקיות המעשים או הכשרתם בדיעבד.

36. טענות לזוטא וקבילות הודאת נאשם מקומן להתברר במסגרת הבאת הראיות ולא כטענה מקדמית.

#### צו החיפוש

37. לטענת ב"כ המבקש, הראיות מהמחסן המצוי בקומת הקרקע של בניין המגורים השייך לכלל דיירי הבניין נתפסו ללא צו. רק לאחר מכן הוגשה בקשה לבית המשפט להוצאת צו במחסן, אשר ניתן משום שבית המשפט לא היה מודע לתפיסה הבלתי חוקית. לטענת המאשימה, הצו ניתן "**לכל מקום שבו ימצא ברזל**" ועל כן לאחר שהתברר ליחידה החוקרת כי המכשיר נמצא במחסן, הצו חל גם על המחסן. במסגרת הבקשה לצו שהוגשה למחרת החיפוש ציינה היחידה החוקרת כי יש להתיר חדירה לחומרי המחשב אשר נתפסו במחסן ולא להתיר את החיפוש במחסן.

38. עוד עולה מטענות המאשימה כי ביום 27.4.2020 התבקשו שני צווים במעמד אותו דיון כאשר הצו השני מתייחס לכל מקום שימצא "ברזל" ולכן החיפוש כדיון. שתי הבקשות הוגשו במקביל ולא צוין על השנייה כי הוגשה אחרת נוספת (ר' פרוטוקול דיון מיום 21.04.2021). יתכן, ואינני קובע מסמרות בעת הזו, כי על מנת למנוע חוסר בהירות, היה על המאשימה לציין על כל אחת מן הבקשות כי ישנה בקשה נוספת שהוגשה, ולהציג לפני בית משפט מלוא התמונה.

39. כך או אחרת, נושא זה דינו להתברר במהלך הדיון בתיק העיקרי, כאשר תבקש המאשימה להגיש את הצו, או אז תיבחן קבילותו וחוקיותו.

#### סוף דבר

40. לאור כל האמור לעיל, אני דוחה את הבקשה לביטול כתב האישום על כל חלקיה.

41. מאליו מובן כי אין בהחלטתי משום הבעת עמדה אשר לדיות הראיות.



42. העתק צוי החיפוש יוחזרו על ידי המזכירות לב"כ המאשימה.

43. זכות ערעור כדין. המזכירות תעביר החלטתי לידיעת הצדדים.

ניתנה היום, י"ט סיוון תשפ"א, 30 מאי 2021, בהעדר הצדדים.