

ת"פ 24743/06 - שמעון אוחיון נגד מדינת ישראל

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 24743/06 מדינת ישראל נ' אוחיון
תיק חיצוני: 199570/2020

בפני כבוד השופט, סגן נשיאת הארץ נורי אלן
ה המבקש שמעון אוחיון
נגד מדינת ישראל
המשיבה
החלטה

- לפני בקשה לביטול כתוב האישום, בטענה לקויה של הגנה מן הצדק (להלן: "הבקשה").
- ביום 06.08.2020 הוגש נגד המבקש כתוב אישום מתווך המיחס לו שלושה אישומים (להלן: "כתב האישום"). האחד, **קשירת קשר לביצוע עונן** - 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 סיפה לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו - 1986. **קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (ריבוי עבירות)** - לפי סעיף 415 סיפה לחוק. **מידע כוזב או פלט כוזב** - לפי סעיף 3 לחוק המחשבים, התשנ"ה - 1995. השלישי, **шибוש מהלכי משפט (שתי עבירות)** - לפי סעיף 244 לחוק.
- על פי כתוב האישום, קשר המבקש קשר עם אחר, עורך הדין חגי גנפלד (להלן: "עו"ד גנפלד") לביצוע עבירות פליליות ולהפקת רוח כימי. במסגרת, העביר עו"ד גנפלד למבקר פרטי ל��וחות מהמשרד בו עבד, ב כדי להשתמש בפרטיו האשראי שלהם. המבקש הקים ושים כמנהל של שני אתרים אינטרנט הנקראים "פרוטקטטלנד" ו"אדל מרקט" (להלן: "ארגוני") שנחזו בכצב לחניות וירטואלית במטרה לדלות פרטי כרטיסי אשראי של משתמשים, והיו תשתית לביצוע עבירות פליליות ולהפקת רוח כימי למבקר 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 פלילתית ובמטרה להכשיל את הליך החקירה וביקש מעו"ד גנפלד להעביר למקום אחר את נתב האינטרנט ששימש לצורכי הפעלת האתר, על מנת שהמשטרה לא תשים ידיה על הנתב.

טענות הצדדים

- ביום 14.04.2021 הוגשה בקשה ב"כ המבקש לביטול כתוב האישום מחמת טענה מן הצדק. נטען כי על פי "הבחן התלת שלבי" בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נת(6) 776, 807 (להלן: "פרשת בורוביץ") יש בקיום ההליך הפלילי משום פגעה בתוחלת הצדק וההגנות.

- .5. ראשית, נטען בבקשתה כי כל החפצים אשר נתפסו והוחרמו על ידי המשטרה, הושבו ל맙ך למעט תפוסים שנלקחו לאחר חיפוש בלתי חוקי, דבר המצביע כי לא בוצעו עבירות. בנוסף, נטען כי אויומים על חי הנאשם הבילו להודאותו השניה בחלוקת במשטרה, לאחר חקירות בהם כפר לחותן בעבירות.
- .6. שנית, נטען לאכיפה בררנית. לטענתו, המאשימה תיקנה את כתוב האישום לאחר שהגישה כתוב אישום נגד עו"ד וגןפלד. כל האישומים מייחסים למבקש עבירות בצוותא היחיד עם עו"ד וגןפלד, אך בכת"א נגד עו"ד וגןפלד יש אישום אחד בלבד (המקביל לאיושם הראשון כנגד המבקש). לטענתו, הגשת כת"א נגד בגין מספר אישומים בעוד שכנגד השותף לעבירה הוגש רק בגין אישום אחד מהו אפליה פסולה.
- .7. עוד נטען כי הגשת כתוב האישום או ניהול הליך פלילי עומדים בסתיו לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לטענתו, המבקש יוצג על ידי עו"ד וגןפלד בעצמו שמוואשם באותה עבירה, ומדובר במקרה עניינים ברוף ההבואה 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 להוצאה צו לגבי המחסן כאשר בית המשפט לא היה מודע לתפיסה הבלתי חוקית ונתן צו נוסף.
- .9. ביום 20.04.2021 הוגשה תגובת המאשימה. לטענתה, בידייה 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 מצביע על מעורבות מרכזית של המבקש ומעורבות משנית של עו"ד וגןפלד ועל כן ישנה הבחנה רלוונטיית - הבסיס הריאייתי הנוגע לכל אחד מהם.
- .11. לבסוף השיבה המאשימה ביחס לטענה בדבר פגמים בחיפוש. נטען כי הכו ניתן "לכל מקום שבו יימצא ברזל" כאשר במהלך החיפוש התברר לייחידה החוקרת כי המכשיר נמצא במחסן. במסגרת הבקשה לצו שהוגשה למחרת החיפוש ציינה היחידה החוקרת כי יש להתרחדר לחומריו המחשב אשר נתפסו במחסן ולא להתרחדר 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 הטבעה הינה פעולה מנהלית שבבסיסה עומדת חזקת התקינות המנהלית (ראה למשל בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל, וכן ראה ע"פ 3205/07 פלוני נ' מדינת ישראל).
- .14. בפרש בורוביץ' נקבע כי במקרים בהם קיומו של ההליך הפלילי יפגע בתוחלת הצדק והגינות, מוסמך בית המשפט לבטל כתוב אישום. דוקטרינה זו זכתה לעיגון חוקית במסגרת סעיף 149(10) לחוק החסד. שם נקבע מבחן משולש לתחולתה של ההגנה: בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות הפגמים שנפלו בהליך שננקטו בעניינו של הנאשם ולעומוד על עצמותם, וזאת במונתק משאלת אשמו או חפותו. בשלב השני, יבחן בית המשפט אם יש במסגרת ההליך הפלילי, חרף הפגמיםobo;atos, ממשום פגעה חריפה בתוחלת הצדק והגינות. או

ازעלו לעורק איזון בין הערכיהם השונים. בשלב השלישי, יבחן בית המשפט האפשרות לרפא את הפגמים באמצעות מתונים ומידתיים חלף ביטולו של כתב האישום.

15. פסיקת בתי המשפט חזרה וקבעה כי דוקטרינת הגנה מן הצדק תישם רק במקרים יוצאי דופן ולא במקרה בטל בית המשפט כתב האישום עקב טענה של הגנה מן הצדק.

בראי ההלכה, אבחן אם עומדת לבקשת טענה בדבר הגנה מן הצדק

16. לאחר שיעינתי בכתב האישום, בבקשת ובתגובה לה, ובהתיחס לשלב הדיוני בו אנו נמצאים, מצאתי שלא עלה בידי המבקש להרים את הנטול להראות, כבר בשלב זה, קיומה של הגנה מן הצדק ואין מקום בעת זו לקבל את הבקשה.

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

18. בבדיקה השלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו כנגד הנאשם ולעמד על העצמתם במנוגתק משאלת אשמה או חפותו.

אכיפה ברנית

19. כידוע, אחת הסיבות לטענה של הגנה מן הצדק היא אכיפה ברנית ממשעה הבדיקה לא ראייה בין מי שנתווניהם הרלוונטיים שוויים ואין ממשעה הבדיקה בין שניים (ר' למשל ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פִּרְצָן (10.9.2013); רע"פ 1611/16, 4238/16 מדינת ישראל נ' ורדי ואח' בסעיף 65 (18) (להלן: "הlection ורדי"). השאלה הנשאלת היא האם הרשות הפלתה בין הנאשם לבין נאים פוטנציאליים אחרים, שככלפיהם לא ננקטה אותה אמת מידה.

20. בבג"ץ 6396/96 זקון נ' ראש עיריית באר-שבע, נג(3) 289 (1999) (להלן: "פרשת זקון"), השופט זמיר התווה את גדרותיה של האכיפה הברנית האסורה הנבדלת מהבדיקה המותרת. "ללא יומרה להצעע הגדרה מוצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה ברנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהוא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מטען שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה ברנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מטען יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיעור זהה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפניו הבסיסי של עיקנון 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, תכליות ויעד זרים, לא עניינים ופסולים, שהניעו את הרשות לאכוף את הדין באופן לא שוויוני. לצורך ביסוס טענה של אכיפה ברנית מחמת מטרה פסולה, שיקולים זרים או שרירות גרידא, אין די בכך שיווכח כי אכיפת החוק היא חלקית, אלא יש בנוסף להניח תשתיית ראייתית ממשית לכך שאין לאכיפה החלקית הסבר המבוסס על שיקולי מדיניות, נהלי עבודה, כללים ואילוצים מערכתיים.

22. על מנת לבחון אם נעשה פגם באופן של אכיפה ברורנית, נבחן על פי התנאים בפרשת זקון כאמור לעיל, האחד, חוסר שוויוניות כלפי דומים, והשני, מטרה, תכלית ויעד פסולים.

23. לטענת המבוקש, הגשת כתוב אישום בגין מספר אישומים בעודו שכנגד השותף לעבירה הוגש רק בגין אישום אחד מהוועה אפליה פסולה. לטענת המאשימה, חומר החקירה הצבע על מעורבות מרכזית של המבוקש ומעורבות משנה של עוז'ד גנפולד.

24. בעניינו, לא הונחה לפני בעת זו תשתיית ראייתית שיש בה כדי לסתור או לסתור טענות המאשימה. הטענות לפיה יש לייחס את האישום השני לעוז'ד גנפולד דווקא, שכן האתרים נבנו על דעתו, יבחנו בבוא העת לאחר ששמעו הראיות. בשלב מקדמי זה, אף אם קיימת מעורבות של עוז'ד גנפולד, לא הוכח כי התשתיית הראייתית בנוגע למעורבות של כל אחד ואחד זהה או דומה.

25. בשלב מקדמי זה, אין מקום לבחון טענות ספציפיות כגון אלו שננטנו ביחס למעורבותו של עוז'ד גנפולד בעניין הנתב ונושא זה ידון, כיתר הנושאים, בשלב ניהול ההוכחות.

26. אף התנאי השני בפרשת זקון אינו מתקיים. האמירה לפיה פעולה המאשימה במטרה פסולה נדחית על ידי בעת זו מכל וכל. לא הונחה כל תשתיית עובדתית לתמיינה בעונה זו. נהفور הוא. עוז'ד גנפולד הועמד לדין. מאלו מובן כי ככל שיובאו ראיות במהלך המשפט, אשר תומכות בטענת המבוקש, ומצביעות על מעורבות זהה בין המבוקש לבין עוז'ד גנפולד, תבחן הטענה לגופה.

ייצוג המבוקש על ידי עוז'ד גנפולד

27. אשר לטענה כי ישנה פגעה בעקרונות של צדק והגינות משפטית בשל "ייצוג המבוקש על ידי עוז'ד גנפולד, טוען המבוקש כי המשטרה יודעה על כך ומדובר בניגוד עניינים. לטענת המאשימה, אין ראיות שהחקירה זההמה (ר' פרוטוקול מיום 21.04.2021).

28. אין ספק כי לעורך דין אסור להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד אינטראסים בין האינטרסים של זה שלמענו הוא פועל ובין אינטרס אחר, ומעשה זה יכול להיות עבירה אתיית חמורה. "...**עורכי דין אמורים על טיעון שיתמוך בעניינו של הלקווח... אין עורך דין יכול לפצל אישיותו ולטעון באותו עניין לשני בעלי דין**". (גבריאל קלינג אתיקה בעריכת-דין 163 (2001)).

29. נקבע כבר בפסקה כי "ייצוג משותף של מספר נאשמים על ידי אותו עורך דין" מלאוה בדרך הטבע בסיכון של "ניגוד אינטראסים" וטענה לייצוג בלתי הולם המבוססת על ניגוד עניינים, תיבחן בהתאם לשלווה כללים מנחים. יש להוכיח כי היה ניגוד העניינים אשר תרם בפועל לפגעה עניינית בזכותו לייצוג הולם ולתוואה שאליה הגיע בית המשפט, ואינו בוגדר "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, יכולם להיות אינטראסים סותרים אשר יקימו בין היתר ניגוד עניינים ואף זהום החקירה.

31. במקרה דין, לא הוכח בעת זו כי היה ניגוד עניינים אשר תרם לפגעה בזכויות המבוקש. לא הוכח כי החקירה זההמה או כי נפל פגם ביעוץ שניתן על ידי עוז'ד גנפולד. יתרה מכך,_CIDOU, בכלל, נאשם חופשי לבוחר לו "ייצוג כרצונו". המבוקש היה מעוניין בהמשך הייצוג וזאת למורות שידע על מעורבותו של עוז'ד גנפולד באירוע ועל ניגוד עניינים (לכארה) מובנה (ר' בעניין זה מ.י. 37631-04-20).

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

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

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

השבת התופסים וההודה

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

35. עצם החזרת תופסים כאלו או אחרים, אינם מלמדים על חוקיות המעשים או הקשרתם בדיudit.

36. טענות לזרוע וקבילות הודהות נאות ממקום להתרור במסגרת הבאת הריאות ולא כתענה מקדמית.

צו החיפוש

37. לטענת ב"כ המבוקש, הריאות מהמחסן המצוי בקומת הקרקע של בנין המגורים השיר לכל ד"ר הבניין נתפסו ללא צו. רק לאחר מכן הוגשה בקשה לבית המשפט להוצאה צו במחסן, אשר ניתן משום שבית המשפט לא היה מודע לתפיסה הבלתי חוקית. לטענת המאשימה, הכו ניתן "**לכל מקום שבו נמצא ברזל**" ועל כן לאחר שהתרור לחידה החוקרת כי המכשיר נמצא במחסן, הכו חל גם על המחסן. במסגרת הבקשה לזו שהוגשה למחרת החיפוש ציינה היחידה החוקרת כי יש להתריר חדרה לחומריה המחשב אשר נתפסו במחסן ולא להתריר את החיפוש במחסן.

38. עוד עולה מטענות המאשימה כי ביום 27.4.2020 התבקרו שני צוים במעמד אותו דיון כאשר הכו השני מתיחס לכל מקום שבו נמצא "ברזל" וכן החיפוש כדין. שתי הבקשות הוגשו במקביל ולא צוין על השניה כי הוגשה אחרת נספהת (ר' פרוטוקול דיון מיום 21.04.2021). יתרון, ואני קובע מסמורות בעת ההז, כי על מנת למנוע חוסר בהירות, היה על המאשימה לציין על כל אחת מן הבקשות כי ישנה בקשה נוספת נספהת שהוגשה, ולהציג לפני בית משפט מלאה התמונה.

39. כך או אחרת, נושא זה דינו להתרור במהלך הדיון בתיק העיקרי, כאשר תבקש המאשימה להגיש את הכו, או אז תבחן קבילותו וחוקיותו.

סוף דבר

40. לאור כל האמור לעיל, אני>Dochah את הבקשה לביטול כתוב האישום על כל חלקה.

41. מאלו מובן כי אין בהחלטתי משום הבעת דעתה אשר לדעות הריאות.

.42 העתקה צוי החריגות יוחזרו על ידי המזיכרות לב"כ המשימה.

.43 זכות ערעור בדיון. המזיכרות תעבור החלטתי ל'ידיעת הצדדים'.

ניתנה היום, י"ט סיון תשפ"א, 30 Mai 2021, בהעדר הצדדים'.