



ת"פ 28759/05/15 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה (הדין) (הופרד), רונאל פישר, רות דוד, יאיר ביטון, שי (ישעיהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס,

בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני כב' סגן הנשיא משה סובל

ת"פ 28759-05-15

המאשימה

מדינת ישראל

נגד

הנאשמים

1. ערן מלכה (הדין הופרד),
2. רונאל פישר,
3. רות דוד,
4. יאיר ביטון,
5. שי (ישעיהו) ברס,
6. יוסף נחמיאס,
7. אביב נחמיאס,

החלטה

ביום 24.2.19 הורשע נאשם 6 על פי הודאתו בעבירה של שיבוש מהלכי משפט, וזאת על בסיס הודעה על הסדר טיעון ביחס לנאשם זה אותה הגישו ב"כ המאשימה וב"כ נאשמים 6 ו-7. במסגרת ההסדר הוסכם, בין היתר, כי "הנאשם 6 יחזור בו מכפירתו, ויודה בעובדות המפורטות כנספח להודעה זו", וכי "המאשימה תסתפק בהודאת הנאשם 6 בעובדות האמורות, ובכך יסתיימו ההליכים נגד הנאשם 6 בשל האמור בכתב האישום בהליך שבכותרת, בכפוף לאמור בהסכם זה" (סעיפים 2-3 להסדר). בסעיף 9 להסדר נאמר: "למען הסר ספק, המאשימה מבהירה כי כתב האישום נגד הנאשם 2 לא ישונה".

נאשם 2 טוען כי הבהרת המאשימה בסעיף 9 להסדר אינה יכולה לעמוד, למצער ככל שמדובר בעובדות בהן הודה נאשם 6 כמפורט בנספח להסדר, העומדות בסתירה לעובדות הנטענות בכתב האישום (המתקן בשלישית) הממשיך להתברר נגד נאשם 2 ונאשמים נוספים.

המאשימה דוחה טענה זו. לשיטתה, הסתפקותה בהודאת נאשם 6 בעובדות המפורטות בנספח להסדר הטיעון עמו, וכמוה בקשתה להרשיע את נאשם 6 בעבירה של שיבוש מהלכי משפט על בסיס אותה הודאה, אינן שקולות לתיקון כתב אישום. לכן העובדות המפורטות בנספח מחייבות רק את נאשם 6 ולא את המאשימה במסגרת ההליך הפלילי שהיא מנהלת נגד נאשמים נוספים, אף שמדובר באותו הליך אשר במסגרתו ניתנו ההודאה והכרעת הדין של נאשם 6. עוד טוענת המאשימה כי מתוך העובדות המפורטות בשבעת סעיפי הנספח להסדר הטיעון, רק העובדות שתחילתן באמצע הסעיף החמישי (ועד סוף הסעיף השביעי) מקימות את יסודות העבירה של שיבוש מהלכי משפט בה הורשע נאשם 6. ממילא, העובדות המפורטות בארבעת הסעיפים הראשונים ובחלק מהסעיף החמישי של הנספח, הן בכל מקרה בגדר "עובדות נוספות" אותן רשאי לטעון נאשם בתשובתו לאישום, כאמור בסעיף 152(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח



[משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - **חסד"פ**), ושלהן אין המאשימה מחויבת להסכים.

אין בידי לקבל את עמדת המאשימה. סעיפים 2-3 להסדר הטיעון מתייחסים לכל סעיפי הנספח להסדר כאל מקשה אחת - בה נאשם 6 "יודה" - ואין בהם הפרדה בין עובדות בהן נאשם 6 יודה לבין עובדות נוספות אותן הוא יטען שלא על דרך הודיה. כך גם המבוא לנספח: "הנאשם 6, יוסף נחמיאס, **יודה** בעובדות הבאות", שלאחריו באים כל שבעת הסעיפים העובדתיים ללא כל הבחנה בין מעמדם ונפקותם לעניין ההרשעה וגיבוש העבירה (ההדגשה הוספה; ראו בדומה דברי ב"כ נאשם 6 בעמ' 1 (מספור זמני) שו' 18-19 לפרוטוקול מיום 24.2.19). בהקשר זה יוזכר גם סעיף 6 להסדר הטיעון: "הצדדים לא יחרגו מתיאור האירועים והעובדות המתוארות בנספח להודעה זו - לא יסתרו אותן ולא יוסיפו עליהן".

אכן, נאשם הטוען בתשובתו לאישום "**עובדה נוספת**" שאין בה כדי הודיה, מבקש לעשות שימוש באותן עובדות נוספות לשם ביסוס הגנתו, היינו: למנוע באמצעותן את הרשעתו (י' קדמי, על סדר הדין בפלילים (2009) עמ' 1360; ג' הלוי, תורת הדין הפלילי (כרך ב', 2011) עמ' 625; סעיף 128(1) לחסד"פ: "**עובדות נוספות שיש בהן לכאורה כדי לשנות את תוצאות המשפט**"). כפועל יוצא, עובדה בה נאשם מודה בתשובתו לאישום כאמור בסעיף 152(א) לחסד"פ (ודוק: "מודה" ולא "טוען"), אינה יכולה להיחשב לעובדה נוספת אותה נאשם טוען במסגרת התשובה כאמור בהמשך סעיף 152(א) הנ"ל, ואין לערבב בין שני סוגי העובדות העשויות להיכלל בתשובה. תוצאה נוספת הנגזרת מכך היא שבידי המאשימה להסתפק בהודיה חלקית של הנאשם, כלומר: בהודיה במקצת העובדות הנטענות בכתב האישום, ולבקש להרשיעו על פיה בלבד (קדמי, בספרו הנ"ל, עמ' 1371). אולם המאשימה אינה רשאית להסתפק בעובדה נוספת אותה טען הנאשם בתשובתו ולבקש להרשיעו על פיה בלבד, אם עובדה זו לא נכללה בכתב האישום המקורי או בכתב אישום שתוקן ושבזיקה אליו ניתנה ההודיה. וכפי שמציין קדמי (בספרו הנ"ל, עמ' 1385) תחת הכותרת "**הודיה בחלק מן העובדות**": "**הסתפקה התביעה בהודיה המסויגת - יראו את כתב האישום כאילו כלל מלכתחילה אך ורק את העובדות שבהן הודה הנאשם, וינהגו כאילו הודה הנאשם בכל העובדות שבכתב האישום**".

כדבר הזה אירע במקרה שלפנינו: נאשם 6 **הודה בכל** העובדות המפורטות בנספח להסדר הטיעון (סעיף 2 להסדר והמבוא לנספח), והמאשימה הסתפקה **בהודאת** נאשם 6 בעובדות אלו (סעיף 3 להסדר). הסתפקות זאת של המאשימה נחשבת לתיקון כתב האישום נגד נאשם 6 "**כאילו כלל מלכתחילה אך ורק את העובדות שבהן הודה הנאשם**" (קדמי, שם). הרשעת נאשם 6 בעבירה של שיבוש מהלכי משפט נקבעה "**לאור הודאת נאשם 6 בעובדות המפורטות בנספח שבעמ' 3 להסדר הטיעון**" (הכרעת הדין מיום 24.2.19), ומעמדה הנורמטיבי של הרשעה זו שקול לקביעה שיפוטית כלפי נאשם 6 כי עובדות אלו אכן התרחשו במציאות, כהוראת סעיף 154 לחסד"פ: "**עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית המשפט שלא לקבל את ההודיה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודיה לפי סעיף 153**". היות שמדובר בהודית נאשם 6 בכל עובדות הנספח להסדר הטיעון, דין כל עובדות הנספח כעובדות שהוכחו כלפי נאשם 6 במסגרת הכרעת דין המחייבת לא רק את נאשם 6 אלא גם את המאשימה.

לעניין זה אין הבדל בין העובדות הנכללות בנספח והמהוות את יסודות העבירה של שיבוש מהלכי משפט בה הורשע נאשם 6, לבין העובדות שאינן מהוות חלק מיסודות העבירה. כידוע, התיאור העובדתי בכתב האישום אינו חייב



להצטמצם באופן דווקני ליסודות (העובדתיים והנפשיים) של העבירה בה עומד הנאשם לדין, אלא ניתן - אם כי אין חובה - להוסיף במסגרת כתב האישום עובדות רקע הנדרשות להבנת הזמן, המקום והנסיבות בהן בוצעה העבירה, ושאינן נמנות עם יסודות העבירה כהגדרתם בחוק העונשין, תשל"ז-1977 (רע"פ 2581/14 יקותיאל נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (12.2.15); קדמי, בספרו הנ"ל, עמ' 915; הלוי, בספרו הנ"ל, עמ' 489-493). כך בכל כתב אישום, ועל-אחת-כמה וכמה במקרה הנוכחי, בו חובתה של המאשימה להתייב מאחורי העובדות בהן הודה נאשם 6 נובעת לא רק מהסתפקות המאשימה בעובדות אלו לצורך הרשעת נאשם 6, אלא גם מכוונת המאשימה להוסיף את נאשם 6 כעד תביעה מטעמה נגד נאשם 2 (לאחר שייגזר דינו של נאשם 6) על בסיס תצהיר שמסר לה נאשם 6 ובו חזר על גרסתו המפורטת בנספח להסדר הטיעון שנכרת עמו.

קיומם (מבחינה מהותית, גם אם לא מבחינה צורנית) של כתב אישום מתוקן ושל הכרעת דין הכוללים את כל העובדות המפורטות בנספח להסדר הטיעון, מונע מהמאשימה לטעון טענות סותרות בכתב האישום הממשיך להתברר נגד נאשם 2. איננו עוסקים בהליכים פליליים נפרדים ועצמאיים שננקטו נגד נאשם 2 ונאשם 6 באותה פרשה - מצב בו לעיתים אין מנוס מהכרעות דין סותרות, אם כי גם אז יש לעשות כל מאמץ אפשרי על מנת להימנע מתוצאה בלתי-רצויה כזאת, המעוררת תחושת אי-אמון במערכת המשפט והצדק (ע"פ 4391/03 אבו ריא נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 520, 544-547 (2005)). ענייננו, לעומת זאת, בכתב אישום אחד, בו נאשם 2 ונאשם 6 הואשמו יחדיו באותה פרשה (האישום השני - "פרשת האחים נחמיאס"), והראיות נגד שניהם נשמעו בצוותא חדא עד השלב בו הוגשה לבית המשפט ההודעה בדבר הסדר הטיעון עם נאשם 6. על מצב דומה אמר בית המשפט העליון כי "זהו מקרה 'קשה', במובן זה שעניינו בשני שותפים לכאורה שלהם יוחסו אותן עבירות בכתב האישום, והם הועמדו לדין במסגרת משפט משותף" (ע"פ 4205/14 בן יצחק נ' מדינת ישראל, פסקה 77 (29.5.16)). במצב דברים כזה, העלאת טענות עובדתיות סותרות על ידי המאשימה מעוררת קושי מיוחד במספר מישורים, ובהם יצירת הפליה בין שני שותפים והשפעת אי-המתאם בין הטענות (והכרעות הדין הסותרות הניתנות בעקבות הטענות הסותרות) על אמון הציבור במערכת המשפט (שם, פסקאות 70-76). למניעת תוצאות קשות אלו אומץ בפסיקה מבחן הסתירה המהותית-עניינית (דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583, 613 (2004)). בהתאם למבחן זה, אין המאשימה רשאית לדבר בשני קולות, במובן זה שהחלטתה להסתפק בהודית נאשם 6 ולבקש להרשיעו על פיה, מחייבת אותה שלא לטעון במסגרת ההליך הממשיך להתברר נגד נאשם 2 עובדות הסותרות חזיתית את העובדות בהן הודה ובעטיין הורשע נאשם 6.

עמדה על כך השופטת פרוקצ'יה במקרה בו בגיר (המערער דהתם) וקטין הואשמו מלכתחילה במסגרת כתב אישום אחד בביצוע בצוותא של אותה עבירה:

"בענייננו, עבירת ההריגה נמחקה מכתב האישום בעניינו של הקטין במסגרת הסדר טיעון עימו, והוא הורשע בעבירה אחרת על פי הודאתו. במצב דברים זה, אין משום סתירה חזיתית להרשעתו של המערער בעבירת הריגה כמבצע בצוותא עם הקטין, מאחר שבהכרעת דינו של הקטין לא נקבע כל ממצא סותר ביחס אליו" (ע"פ 8250/06 פוטומקה נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (6.11.08)).

בדומה לכך דברי השופט מזוז במקרה בו דובר במספר נאשמים שהאשמו בכתב אישום אחד:



"לא בכל מקרה שבו קיימת שונות או אי התאמה בין ההכרעות המתקבלות בעניינם של שותפים לדבר עבירה מתעורר הקושי של דיבור של בית המשפט בשני קולות. קושי זה מתעורר אך ורק במקרים שבהם הכרעותיו של בית המשפט כוללות ממצאים עובדתיים הסותרים חזיתית זה את זה, באופן שאינו ניתן ליישוב" (ע"פ 1872/16 ד'לדטי נ' מדינת ישראל, פסקה 49 (18.5.17)).

מכלל לאו אתה שומע הן: העלאת טענה עובדתית במסגרת כתב אישום (מקורי או מתוקן) נגד נאשם אחד, מונעת מהמאשימה מלהעלות נגד נאשם אחר באותו הליך טענה עובדתית העומדת בסתירה חזיתית לאותה טענה. מניעות זאת קיימת גם כאשר כתב האישום נוצר בעקבות הסדר טיעון, באופן המשקף חילוף של עובדות מסוימות מתוך חומר הראיות והימנעות מהכללת עובדות אחרות. אפילו אז, **"הדרישה הבסיסית, שעליה כמדומה איש לא יחלוק, היא שכתב האישום לא יתאר מציאות עובדתית פיקטיבית ומלאכותית שאין לה יסוד בחומר הראיות"** (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (26.2.08)). קל-וחומר כאשר הסתירה אינה רק בין כתב אישום אחד למשנהו, אלא כאשר נאשם אחד מורשע על פי כתב אישום המכיל בתוכו עובדה הסותרת, באופן חזיתי ובלתי-ניתן ליישוב, עובדה הנטענת נגד נאשם שני שמשפטו ממשיך להתברר. בכך באה לידי ביטוי הדוקטרינה הרחבה יותר של השתק שיפוטי שתכליתה **"היא הגנה על טוהר ההליך השיפוטי ועל אמון הציבור במערכת המשפט"** הן בהיבט המוסרי (מניעת ניצול לרעה של הליכי המשפט) והן בהיבט המעשי (מניעת החלטות שיפוטיות סותרות), לרבות במצבים בהם העלאת הטענה הראשונה לא הניבה את זכיתו בהליך של בעל הדין המבקש לטעון טענה נוגדת, אלא הצמיחה לו רק "טובת הנאה" בדמות סיום ההליך בהסדר פשרה (בר"מ 8689/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה מגדל העמק נ' מבני תעשיה בע"מ, פסקאות 8-19 (4.5.15); לתחולת שיקולים אלו גם בהליכים פליליים ראו שם, בפסקה 12).

למען שלמות התמונה יצוין כי פסק הדין בע"פ 3680/17 נדב נ' מדינת ישראל (7.6.18), עליו נסמכה המאשימה בטיעוניה, אינו סוטה מהעקרונות שתוארו לעיל, שכן הודגש בו (בפסקה 16) **"כי התיקון בכתב האישום המתוקן בו הודה עמרי עסק אך ורק במידת מעורבותו של עמרי, ואין בתיקון זה כדי להשפיע כלל על עניינם של המערערים"**.

מטעמים אלה החלטתי לעשות שימוש בסמכותי הקבועה בסעיפים 92(א) ו-150 (בשילוב עם סעיף 149(3)) לחסד"פ, ולהורות על תיקון האישום השני ("פרשת האחים נחמיאס") בדרך של שינוי כל עובדה הנטענת באישום זה נגד נאשם 2 בסתירה חזיתית לאיזו מן העובדות המפורטות בנספח להסדר הטיעון עם נאשם 6.

לא ראיתי בשלב זה מקום לקבלת בקשתו של נאשם 2 לחיוב המאשימה במתן הנמקה להחלטתה להסתפק בהודאתו של נאשם 6 ולוותר על הוכחת יתר העובדות שנטענו בכתב האישום נגד נאשם 6 ולא נכללו בהודאתו. כמבואר לעיל, תיקון כתב האישום בעניינו של נאשם 6 נעשה בהסכמה בינו לבין המאשימה. הסכמה זו מספיקה על פי דין לשם ביצוע התיקון, ואינה טעונה הנמקה. כך במיוחד שעה שבקשתו של נאשם 2 היא כי מותב זה לא ידון בקביעת עונשו של נאשם 6 בעקבות הרשעתו. לא למותר להוסיף כי נאשם 2 לא העלה טענה מקדמית לגבי העובדות הנטענות נגדו בכתב האישום ואשר אינן נכללות בהודאתו של נאשם 6, כך שגם בהיבט זה לא קמה עילה לדרישת ההנמקה.



המזכירות תשלח את ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ז אדר ב' תשע"ט, 24 מרץ 2019, בהעדר
הצדדים.