

ת"פ 7751/05 - מדינת ישראל נגד רasad אלעמראני

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 22-05-7751 מדינת ישראל נ' אלעמראני
בפני כבוד השופט יואל עדן
מדינת ישראל
עו"י ב"כ עוזר נאור - פמ"ד
המאשימה
נגד
ראשד אלעמראני
עו"י ב"כ עוזר מוטי יוסף
הנאשם

החלטה

ב"כ הנאשם עותר להורות על ביטול כתוב האישום שהוגש נגד הנאשם מהטעם שלא קדם להגשתו שימושו-CNDRSH לפי סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב - 1982 (**החסד פ"**).

1. כנגד הנאשם הוגש ביום 3.5.22 כתוב אישום המיחס לו ביצוע עבירות של "ידי או ירי של אבן או חפץ אחר עבר כל תחבורת לפי סעיף 332(א) לחוק העונשין, ניסיון לתקיפת שוטר בנסיבות חמימות לפי סעיף 274(1) בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, והתרפעות לפי סעיף 152 לחוק העונשין.

בבקשה לביטול כתוב האישום נתען כי ביום 27.12.21 נשלח לנายน טופס ידוע לחשוד, אך בשל העובדה שלא נמסרה כתובתו, נתקבש סיועה של תחנת ערעור בהמצאת טופס הידוע לנายน, ביום 25.2.22 נמסרה הודעה במסירה אישית לנายน, וביום 27.2.22 פנה ב"כ הנאשם באמצעות דואר אלקטרוני אל המאשימה וביקש כדלקמן:

"**אבקש לקבל את חומר החקירה בתיק זה טרם ערכית שימוש. כמו כן, אבקש לקבל מועד לשימוש. לדייעתכם ולמען הסר ספק, מכתב הידוע מיום 27.12.21 נתקבל אצל מושי ביום 25.2.22 במסירה אישית על ידי תחנת ערעור. מצ"ב יפי כוח".**

על פי האמור בבקשתה, הדואר אלקטרוני האמור נשלח ביום 27.2.22 בשעה 14:21 לכתובת הדואר האלקטרוני של מזכירות פמ"ד פלילי.

עוד על פי הבקשתה, בו ביום, בתאריך 27.2.22 בשעה 14:16, נקרה תכנתובת הדואר אלקטרוני ע"י מזכירות המאשימה, אך לא התקבלה כל תשובה או התיחסות לבקשת ב"כ הנאשם, והוא הופתע עת קיבל את הזמנה לדין, שכן "**ברור היה שכותב האישום הוגש תוך רמיית זכותו לשימוש**".

2. ב"כ הנאשם מפנה למספר החלטות וטוען כי חובת התביעה לקיום שימוש קודם קדם להגשת כתוב אישום, נעוצה בכך שיש לנתן הזדמנות לננות ולשכנע שלא להגיש נגדו כתוב אישום, זכותו נפגעת שעה שכותב האישום כבר

מוני בפני בית המשפט. לטענתו, ניסין החיים מלמד שקל יותר לשכנע תובע להימנע מלהגיש כתוב אישום מאשר להסכים לשכנע לביטולו, כשהוא כבר תלוי ועומד בבית המשפט.

ב"כ הנאשם מפנה לדברי ההסבר לתיקון 26 לחס"פ, ביחס לחשיבות הרבה של מיחס המשפטן למתן זכות השימוש, וכי שלילת הזכות פוגעת בפרט ובסדרי ההליך הפלילי.

ב"כ הנאשם מפנה לפסקה ביחס לחשיבות הליך השימוש, ונטען כי תורה הבטולות היחסית מחייבת בחינה קונקרטית של כל מקרה ונסיבותו, יש לבחון את התנהלות הרשות, חומרת הפגם שנפל בפעולתה, מהותו והפגיעה שתיגרם לאינטרס הציבורי אם החלטת הרשות תבוטל, ואל מול משקלם המציבר של אלה, יש לבדוק את הנזק שייגרם לפרט שזוכתו הופרה, מחמת הפגם שנפל בפעולות הרשות.

ב"כ הנאשם הוסיף, כי למיטב ידיעתו אין פסקה מחייבת אשר יצא מהפני בית המשפט העליון מתי אם בכלל ניתן לעשות שימוש בתורת הבטולות היחסית ביחס לסעיף 60א לחס"פ והאם אפשר לרפא את הפגם באמצעות שימוש המתאים לאחר הגשת כתב האישום, וכי בתי המשפט מחווים נדרשו לשאלת ולא הגיעו לדעה אחת, והפנה לפסיקות בתי משפט מחווים בהם נקבע כי קיומו של שימוש מאוחר שכותב אישום תלוי ועומד בבית המשפט יכול לרפא את הפגם, ומנגד לפסיקות לפיהם נפסלה גישה זו.

נטען כי בהעדר נסיבות מיוחדות וכשאין חשש לפגעה ממשית באינטרס הציבורי, הפרת סעיף 60א תביא לביטול כתב האישום שהוגש תוך הפרת הוראותו, ולאחר הביטול, חזקה על התביעה שתקיים שימוש בנפש חוצה תוך נכונות להשתכנע, ולאחר מכן תשקול את הנסיבות כולן ותחליט אם למרות כל מה ששמעה יש להגיש כתב אישום. נטען כי הנחתה המוצאת היא שאין לרפא את הפגם באמצעות ציבורית הסוטה משות הדין, עצם הגשת כתב אישום תוך הפרת סעיף 60א לחס"פ עלולה לעורר חשש שהמأشימה ננעלת על העמדות שגיבשה בכתב האישום.

עוד נטען כי התערבות בית המשפט תביא "לחינוך" המערכת ותרתיע מפני רמייה עתידית של זכויות נאשמים ומניעת עייפות דין חמור כל כך.

מכל האמור, התבקש להורות על ביטול כתב האישום כנגד הנאשם.

3. בתגובה טענה ב"כ המأشימה כי יש לדחות את התביעה.

נטען כי טרם הגשת כתב האישום שלחה המأشימה לנאשם מספר מכתבי ידוע, אשר חזרו עם הודעות כי הנמען אינו ידוע בכתבות ולא נדרש". לאור זאת, התבקשה משטרת ישראל לבצע מסירה אישית של מכתב היידוע לנאשם, וזה בוצעה ביום 25.2.22.

בתגובה נכתב כי ב"כ המאשימה קיבלה ביום 27.2.22 הودעה ממצירות פמ"ד לפיה צורף ייפוי כוח מב"כ הנאשם לתיק זה, אך יחד עם זאת, לא הובא לידיутה כי ב"כ הנאשם ביקש לקיים שימוש.

לפיכך, בהעדר ידיעת המאשימה על רצון הנאשם לקיים שימוש, הוגש כתוב האישום בהעדר שימוש.

נתען כי לאור הטענה המקדמית שהעלתה הנאשם והעתק הודעת הדואר האלקטרוני שצורפה לבקשתו, פנתה ב"כ המאשימה לבירור במציאות שלהם, ובירור זה העלה כי מי שטיפלה בבקשת ב"כ הנאשם הינה בת שירות חדשה בתפקידה, אשר לא ידעה להעביר את המשימה באופן תקין לב"כ המאשימה.

נתען כי העמדת הנאשם לדין בהעדר שימוש, חרף בקשתו, מקורה בתקלה הנובעת מטעות אנוש, ולא בהחלטה הלוואה בחוסר סבירות חריף, שיש בה כדי לעמוד בסתייה מהותית עם עקרונות הצדקה וההגינות.

נתען כי עניין התקלה האדמיניסטרטיבית הועבר לידיעת מנהלת מחלקת שירותים משפטיים במשרדיה המאשימה, אשר תdag לראיון וחידוד נהלי האדמיניסטרציה אצל כל הנוגעים בדבר, על מנת שתකלה צו ושכמתה לא תחזורנה על עצמן בעתיד.

נתען כי כפי שנקבע בפסיקה, גם אם ישבור בית המשפט כי במקרה זה נפל פגם, הרי שמדובר בפגיעה בפעולת הרשות המנהלית, ומScar נקבע כי יש להחיל עליו את דוקטרינת הבטולות היחסית, דהיינו יש לבדוק את נסיבות המקירה גוף ואת תוצאות הפגם.

נתען כי הסטטוס בו מצוי ההליך, טרם מענה לכתב האישום, מאפשר קיומו של שימוש בדיעבד, ועל כן הפגיעה בזכויות הנאשם, ככל שקיים, הינה בת תיקון בשלב זה.

לפיכך, נתען כי ככל ובידי הנאשם טענה רואיה להישמע במסגרת שימוש, מוכנה המאשימה לקיים את הליך השימוש כעת, ומתחייבת להוכיח לטענות לבב פתוח ונפש חפוצה.

4. אין מחלוקת בין הצדדים כי הופרה זכותו של הנאשם לקיום שימוש טרם הגשת כתב אישום כנגדו. הצדדים חולקים בתוצאה הרואיה בשל ההפרה.

ב"כ הנאשם עותר לביטול כתב האישום, וב"כ המאשימה עותרת למתן האפשרות לריפוי הפגיעה על דרך קיום שימוש בדיעבד.

בע"פ 1053/13 **הייל נ' מ"ו** (23.6.2013) נפסק כי נפקות פגם אי קיום זכות שימוש, יש לבדוק במסגרת דוקטרינת

הביטולות היחסית (סעיף 10 לפקד הדין):

"החלטת התובע על העמדת המערער לדין היא החלטה מינימלית. בהחלטה זו נפל פגם שכן שימוש לא נערך קודם להגשת כתב אישום. אולם כלל ידוע הוא כי יש להבחין בין פגם בהליך לבין תוצאה הפגיעה. גם משפטים מסוימים עשויים לטעינה שונות, לפי הנسبות של כל מקרה ומרקם. מטבע הדברים, החלטת דוקטרינת הביטולות היחסית בוגר לפגם משפטי בעקבות הרשות נעשית תמיד על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה. דוקטרינה זו הוחלה גם בהליך הפלילי, כפי שນפסק בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נת(6) 2005, 834, 776 (2005): "אכן, מקורו של עקרון הביטולות היחסית הוא במשפט המינימלי; אך כבר היו דברים מעולים, והעיקרונו הוחל גם במסגרת הליים פליליים [...]. מקל וחומר ניתן לכואrho להחיל את עקרון הביטולות היחסית על החלטה בתחום הפלילי שלפי מהותה היא בגדר החלטה מינימלית...".
זו היא ההחלטה תובע בדבר העמדה לדין."

לאחר שנבחנו נסיבותו מקרה ונבחן "**אם זכויותו של המערער קופחו באופן שמאזיק בטלותה של ההחלטה להגיש נגדו כתב אישום**", ונבחנה טענותו של המערער על כי לו היה נערך שימוש קודם להגשת כתב האישום טענותיו בנוגע למחדלי חקירה היו מובילות לאו להשלמות חקירה, נפסק כי באותה מקרה אין לומר כי מדובר בפגיעה המאזיק ביטול כתב האישום.

משכך, בחינת ההחלטה על הגשת כתב אישום תוך הפרת זכות השימוש, צריכה להיעשות במסגרת דוקטרינת הביטולות היחסית, אשר ההחלטה נעשית על דרך בחינת הנسبות הספציפיות של כל מקרה.

כבר מעצם החלטת דוקטרינת הביטולות היחסית על ההחלטה המינימלית להגשת כתב אישום, עולה כי יכול יהיו מקרים בהם לא יבוטל כתב אישום, יהיו מקרים בהם יבוטל כתב אישום, כל מקרה על פי נסיבותיו ועל יסוד הכללים לבחינת ההחלטה מינימלית על פי דוקטרינת הביטולות היחסית.

משכך, האפשרות של קיום שימוש בדיעבד הינה אפשרות קיימת, שכן באותו מקרים בהם על פי דוקטרינת הביטולות היחסית לא יבוטל כתב אישום, מובן כי נאשם יוכל לעתור לקיום שימוש כאשר כתב האישום עומד בתוקפו.

קיימות גישות שונות, בהן ככלו המדגישות את הזכות לקיום שימוש מראש ולא בדיעבד, לעומת זאת המדגישות את הצורך באיזון בין אינטרסים נאשם אל מול הציבור, דבר שהוביל למסקנה כי בקיים שימוש מאוחר יהיה כדי לרפא את הפגיעה. ואולם, בחינת החלטות השונות מביאה למסקנה כי לרוב נקודת המוצא הינה מבחן הביטולות היחסית וישראלו.

סבירוני, כי משומופעל מבחן הביטולות היחסית, ההגעה לטענה של ביטול אישום, צריכה לבוא רק כאשר מדובר בפגיעה קיצונית בחווארתו בקבלת ההחלטה המינימלית, תוך שיש לבצע איזון בין השיקולים השונים.

עריכת שימוש בדיעבד יכולה לרפא את הפגם. ר' לעניין זה ת.פ. 2088/06 (מחוזי - י-מ) מ"י נ' אלגעפרה ואח' (2.11.2006): "לכך יש להוסיף, כי אי קיום שימוש לנאשם, אינו עולה כדי פגם המצדיק ביטולו של כתוב האישום, משום שאין חשש ממשי כי הנאשם קופח בהגנתו, ודומה כי קיומו של היליך שימוש "מאוחר", כפי שהציג ב"כ המאשימה, הינו הפתרון הראו".

סבירוני, כי יש לילך בגישה העולה מפסק הדין בע"פ (מחוזי - י-מ) 30541/06 מ"י נ' יצחק בן אברהם כהן סבורני, כי יש לילך בגישה העולה מפסק הדין בע"פ (מחוזי - י-מ) 30541/06 מ"י נ' יצחק בן אברהם כהן (25.2.2005), בו נפסק:

"עינן בחוק והשווואתו להצעת החוק מלמד כי הפרת חובת המידע אינה אמורה להביא לתוצאה כה קיצונית של ביטול האישום. כאשר סבר המשפט, כי הפרת זכויות דיניות של נאים מצדיקה סנקציה מקדמית עוד לפני הבדיקה שאלת נפקות ההפרה על האישום במסגרת הכרעת-הדין - עשה זאת במפורש. כך למשל הורה בסעיף 77 לחוק, כי הפרת החובה להעמיד לידי הנאשם חומר החקירה לפי סעיף 74 לחוק תגרורו "סנקציה", לפיה לא תוכל התביעה להגיש את הראייה לבית-המשפט. בסעיף 60א לא קבע המשפט כי הפרת חובת המידע או פגיעה בזכות השימוש יביאו לביטול האישום. יתרה מכך: בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26) (זכות שימוש), התשנ"ט-1999, נאמר כי "לא יוגש כתוב אישום בעבירה מסווג פשע נגד חדש שביקש למש את זכותו לשימוש לפני שניתנה לו הזדמנויות נאותה למש את הזכות". העובדה שבחוק לא אומצה הצעה זו, מלמדת על כך שהמשפט לא ראה בהפרת החובות האמורות מצדיקות ביטול אישומים, ובפרט כאשר ניתן לרפא את הפגמים הנ"ל בעריכת שימוש מאוחר. בכך יש להוסיף, כי המשפט לא מצא לנכון לכלול ברשימת הטענות המקדימות שיש בהן כדי להביא לביטול אישום לפי סעיף 149 לחוק, פגמים בהיליך הגשת כתוב-האישום - בכלל, ובזיקה לזכות השימוש - בפרט".

את הסנקציה של ביטול כתוב אישום, יש לשמר לקרים חריגים ווציאי דופן. יש לבצע את האיזון בין הפגיעה באינטרס הנאשם אל מול הפגיעה באינטרס הציבור, בכל מקרה לגופו, בשים לב למכלול הנ吐נים, העבירה הנטענת, חומרתה, האינטרס הציבורי, וחומרת הפגיעה בנאשם מנגד.

האקסניה הדינית לטענת פגעה בזכות השימוש הינה במסגרת סעיף 149(10) לחס"פ, ובמסגרת זו יש לבחון האם הגשת כתוב האישום או ניהול היליך הפלילי עומדים בסתייה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. גם אם תתקבל הטענה, הרי שאין המשמעות המיידית ביטול כתוב האישום, אלא צורך להיערך בחינה של הסعد הראו. ביטול כתוב אישום הינו הסعد הקיצוני מבין אלו האפשריים, וצריך הוא להיות שומר לקרים בהם הפגיעה בזכות השימוש נעשתה באופן המuid על כך שערכית שימוש בדיעבד לא תעשה באופן פתוח.

על מצב דברים שכזה, אשר יbia למסקנה כי יש להורות על ביטול כתוב האישום, ניתן יהיה ללמידה ככל שההפרה של זכויות השימוש נעשתה בנסיבות חמורות המעידות על שרירות, או גם חמור אחר בהפעלת שיקול הדעת המינהלי, אשר יהיה בו כדי להביא למסקנה שלא יתקיים שימוש בנפש חפזה.

5. בחינת הנסיבות בעניינו של הנאשם, באסקליריה של הכללים דלעיל, ועל פי דוקטרינת הבטלות היחסית,

מביאה למסקנה כי נפל פגמ, אולם התנהלות הרשות המינימלית אינה כזו אשר מביאה למסקנה כי יש להפעיל את הסעד הקיצוני מבין האפשרים, של ביטול האישום.

המואשימה פعلاה כדי לאפשר לנאשם למשמש את זכות השימוש. פעולה המואשינה לצורך זה מעידה כי אכן היו רצון וכוכנות של ממש לאפשר הגשת בקשה לשימוש וקיומו. לכשזרו מכתב הידוע אשר נשלחו, לא הרפו ב"כ המואשינה, ופעלו לביצוע מסירה אישית של מכתב הידוע באמצעות המשטרה, ולבסוף, צלהה המסירה.

עליה כי אי מתן תשובה לבקשת ב"כ הנאשם אשר נשלחה בדואר אלקטרוני, לקיים שימוש, אינה נובעת מהעדר נכונות לקיומו, אלא נובעת היא מתקלה אדמיניסטרטיבית שמקורה בטעות אנוש.

אכן כתוצאה מטעות אנוש זו, נפל פגמ, ונפגעה זכותו המהותית והחשובה של הנאשם לקיים שימוש לפני הגשת כתב אישום. ואולם, התנהלות ב"כ המואשינה, ובchinint הנسبות של מקרה זה והסיבה לפגעה בזכות הנאשם, מביאה למסקנה כי הפגם אינו נובע מഫעלת שיקול דעת פסול, אינו נובע משוריות, חוסר תום לב או פעולה אשר יכול להיות בה כדי להעיד על חשש שמע שימוש אשר יערך כתת לא יהיה בנפש חפצה.

МОובן כי הדרך הנכונה, הראوية, ואשר קבוצה בדיון הינה לקיים שימוש מראש ולא בדייעבד. ואולם, לא בכל מקרה יש להורות על ביטול כתב האישום. סעיף 149(10) לחס"פ מאפשר סעד זה, אך יש לשמור אותו למקרים קיצוניים, ואין זה המקרה.

אשר לטענה בדבר הצורך ב"חינוך" המערכת והרתעה מפני רmissה עתידית של זכויות נאשמים, אני מוצא, מהתנהלות ב"כ המואשינה כי נדרש ה"חינוך" הנטען. כמפורט לעיל ב"כ המואשינה פועלו וביצעו את הנדרש מחויבת הידוע, על מנת לאפשר הגשת בקשה לשימוש, ומקור הפגיעה בזכות השימוש הינו בטעות ולא בהפעלת שיקול דעת מינימי פסול.

לאחר בחינת מכלול הנסיבות, המסקנה הינה כי אין מקום להורות על ביטול כתב האישום, וכי ניתן לקיים שימוש גם בדייעבד.

לאור כל האמור, העתירה לBITOL כתב האישום נדחתת.

ההחלטה תישלח לצדים.

**ניתנה היום, א' تمוז תשפ"ב, 30 יוני 2022, בהעדך
הצדדים.**