

ת"פ 18951/12/19 - מדינת ישראל נגד שמואל שמש

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 18951-12-19 מדינת ישראל נ' שמש
בפני כב' השופט יוסי טורס, סגן הנשיא
מאשימה מדינת ישראל
נגד שמואל שמש
נאשם

החלטה

בקשה לביטול כתב האישום בשל אכיפה בררנית.

כתב האישום

1. המבקש עומד לדין בשל עבירות של חדירה לחומר מחשב כדי לעבור עבירה אחרת, עבירה לפי סעיפים 5 + 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה - 1995 (ריבוי עבירות); פגיעה בפרטיות, עבירה לפי סעיף 5 + סעיף 2(1) + (3) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981 (ריבוי עבירות); מעשים מגונים, עבירה לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז - 1997 (להלן: חוק העונשין) (ריבוי עבירות); וסחיטה באיומים, עבירה לפי סעיף 428 רישא לחוק העונשין.
2. לפי עובדות כתב האישום, המבקש עוסק בהתקנת מצלמות בעלות אפשרות גישה מרחוק ואילו המתלוננת היא בעלת מכון יופי, במסגרתו מבוצעים טיפולי אסתטיקה לנשים, בעירום חלקי או מלא (להלן - המכון). בחדר הטיפולים שבמכון, מצויה מצלמת אבטחה החולשת בין היתר על מיטת הטיפולים. מצלמה זו הותקה על ידי אחי המתלוננת, שהוא בעל חברה העוסקת בכך.
3. בכתב האישום מתואר כי בכמאתיים הזדמנויות שונות חדר המבקש, שלא כדין ובאמצעות מחשב, למצלמת האבטחה שהייתה מותקנת במכון, כך שהתאפשר לו לצפות במתרחש בחדר הטיפולים. כן צוין כי ב-65 הזדמנויות (מתוך כלל הצפיות) שמר המבקש את הסרטונים במחשבו, ללא ידיעתן של הנשים, תוך שהוא פוגע בפרטיותן וזאת לשם גריו, סיפוק או ביזוי מיניים.
4. עוד מתואר בכתב האישום כי בשלב מסוים התקשר המבקש למתלוננת, תוך שהוא מתחזה לחוקר פרטי, וטען בפנייה כי נשכר מטעם לקוחה אשר צולמה באמצעות מצלמת האבטחה וביכולתו להגיש נגדה תביעה בסכום של מיליוני שקלים, בשם שולחנתו. בהמשך, במהלך שיחה זו ושיחות טלפון נוספות, איים המבקש על המתלוננת בפגיעה

בשמה הטוב ובפרנסתה ודרש ממנה סך של 150,000 ₪ שאחרת יגיש נגדה תביעה משפטית ויגיש במסגרתה את הסרטונים. לבקשת המתלוננת, העביר לה המבקש דיסק ובו מספר סרטונים להוכחת קיומם. לאור כך, פנתה המתלוננת למשטרה.

טיעוני הצדדים

5. המבקש טוען כי נגד המתלוננת ואחיה לא ננקטו הליכים פליליים וכי האח כלל לא נחקר. כן טוען הוא שטענותיו בדבר אחרים אשר חדרו אף הם למצלמת האבטחה לא נחקרו. לאור כך, סבור המבקש כי המאשימה נקטה באכיפה בררנית ובשים לב למחדלי החקירה (שבאי בדיקת טענותיו בדבר אחרים שחדרו למצלמה), עומדת לו טענה בדבר הגנה מן הצדק המצדיקה לבטל את כתב האישום ולמצער את החלקים העוסקים בחדירה למצלמה והעתקת הסרטונים.

6. המשיבה טוענת כי מעשיו הלכאוריים של המבקש חמורים וכוללים חדירה אסורה למחשב, שמירת קבצים פוגעניים ופעולות סחיטה ומשכך אין מדובר בקבוצת שוויון רלוונטית. לגופו של עניין טוענת המשיבה כי המתלוננת אכן נחקרה באזהרה בחשד לפגיעה בפרטיות שבעצם התקנת המצלמה ואף נשלח אליה מכתב יידוע, אך טרם התקבלה החלטה בעניינה. ביחס לאח טוענת המשיבה כי מדובר באיש מקצוע העוסק בהתקנת מצלמות אשר אינו אחראי על כיוון זווית התקנתה ומשכך, בהיעדר בסיס ראייתי לחשד על כי עבר עבירה כלשהי, הוא לא נחקר באזהרה וממילא שלא ננקטו נגדו הליכים כלשהם. בהתאם, טוענת המשיבה, כי אין מדובר באכיפה בררנית, אלא הבחנה מותרת בין שונים.

7. ביחס לטענה למחדלי חקירה טוענת המשיבה כי נערכה פניה ליחידה החוקרת לבחון את הכניסות הנוספות למצלמה, אך בסופו של דבר הדבר לא נעשה. המשיבה מוסיפה וטוענת כי אף אם אחרים חדרו גם הם למצלמה, אין לומר שהם באותה קבוצת שוויון עם המבקש, אשר שמר הקבצים ופעל לסחוט את המתלוננת באמצעותם. לאור כך, ביקשה המשיבה לדחות הבקשה על כל ראשיה.

דין והכרעה

8. לאחר עיון בטיעוני הצדדים ראיתי לדחות הבקשה. אנמק מסקנתי להלן.

9. כידוע, "אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית (selective enforcement)" (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ ואח' (10.9.2013)), להלן - עניין פולדי פרץ). אכיפה בררנית יכולה להתקיים בשני מצבים עיקריים. האחד, כאשר טוען הטענה מצביע על מקרים אחרים, בהם נקטה הרשות ביחס שונה כלפי חשודים בעלי נתונים זהים לשלו. השני, כאשר נאשם טוען שמעורבים אחרים באותה פרשה, זכו ליחס שונה למרות שאין הבדל ענייני ביניהם. ענייננו נכנס לגדרי המקרה השני וליתר דיוק מדובר במקרה פרטי שלו. לרוב נטענת טענה זו במצב בו שניים פעלו לשם ביצוע אותה עבירה וננקטה בעניינם מדיניות אכיפה שונה. בענייננו אין מדובר במספר עבריינים שפעלו יחדיו במסגרת תכנית עבריינית אחת, אלא הטענה היא

שהאחרים ביצעו עבירות הקשורות לזו המיוחסת לנאשם, באופן המצדיק לראות בהם כבעלי נתונים דומים.

10. המבקש עתר לבחינת התנהלות המאשימה הן על פי טענת ההגנה מן הצדק והן על פי דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. המאשימה התייחסה למסלול ההגנה מן הצדק בלבד. אומר כבר עתה כי בנסיבות ענייננו המסלול המתאים לבחינת הטענה הוא במסגרת הטענה להגנה מן הצדק וזה יהיה אפוא מסלול הדיון (ראו דעת הרוב בנושא ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רפי רותם** (5.5.2020); רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' יוסף ורדי ואח'** (31.10.2018); להלן - **פרשת ורדי**).

11. אכיפה בררנית היא אחד המופעים של ההגנה מן הצדק ומשכך, המבחן החולש על הנושא הוא המבחן המשולש הנוהג בבחינת טענה להגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - חסד"פ). במסגרת מבחן זה, תחילה על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. השלב השני עניינו בשאלה אם הגשת כתב האישום, או ניהול ההליך, עלולים להביא לפגיעה חריפה בתחושת הצדק. באם התשובה היא חיובית יש לשאול האם ניתן לרפא את הפגמים בדרך מתונה יותר מביטולו של כתב האישום.

12. ודוק: אין חשיבות לסיבה בעטיה התרחשה האכיפה הבררנית וגם אם מקורה בטעות של הרשות ולא בזדון, מוסמך בית המשפט להושיט לנפגע סעדים, עד כדי ביטולו של כתב האישום ("הגישה הנוהגת במשפט הישראלי ביחס לעילת ההפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה" (ע"פ 8551/11 **יצחק כהן סלכני ואח' נ' מדינת ישראל** (12.8.2012); להלן - **פרשת סלכני**); וכן "החלטה המובילה לתוצאה מפלה תיפסל אף אם בבסיסה מניע טהור ואף אם מדובר בהפליה לא מודעת" (ע"פ 5975/14 **אברהים דרויש אנבריה נ' מדינת ישראל** (31.12.2015); וכן **פרשת ורדי**, בה נקבעה ההלכה בנושא).

13. משכך, בשלב הראשון יש לבחון אם מעשי הרשות או מחדליה מהווים "פגם" המקים את הסמכות לבחון את תוצאתו בהתאם למבחן התלת שלבי שבסעיף 149(10) לחסד"פ (**פרשת ורדי**, בסעיף 99 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא, השופט מלצר). לצורך זיהוי הפגם על בית המשפט למצוא את קבוצת השוויון הרלוונטית לאדם המעלה את הטענה (**פרשת סלכני**, סעיף 14), שהרי "החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסוימת של אנשים או גופים, המהווים את קבוצת השוויון, ולא כלפי אנשים או גופים מחוץ לקבוצה זאת" (בבג"ץ 3792/95 **תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259 (1997)).

14. כאמור, המבקש והמתלוננת אינם צדדים לעבירה (כמשמעות הביטוי בחלק הכללי לחוק העונשין, פרק ה', סימן ב') וכך גם ביחס לאח. ואולם, הטענה היא שאף שני אלו עברו עבירות של פגיעה בפרטיות כלפי המטופלות בעצם התקנת המצלמה. ספק רב בעיני אם מדובר בקבוצת שוויון נכונה לצורך קביעה כי מדובר באכיפה בררנית, המהווה "פגם" בהתאם למבחני סעיף 149(10) לחסד"פ. ואולם, אף אם אניח לצורך הדיון כי אכן מדובר בקבוצת שוויון רלוונטית, אין לשאלה זו משמעות מעשית בעניין המתלוננת, שהרי המשיבה מסכימה שהיא עברה לכאורה עבירה בכך שהתקינה את המצלמה בחדר הטיפולים והיא אף שוקלת להגיש נגדה בשל כך כתב אישום בכפוף לשימוע. משכך, ביחס לטיפול של המאשימה במתלוננת אין מדובר באכיפה בררנית מטעם הפשוט שהמאשימה אכפה את הדין ביחס אליה.

לאור כך, בשלב זה וטרם התקבלה החלטה סופית בעניינה של המתלוננת, אין מקום להחליט אם אי העמדתה לדין מהווה אכיפה בררנית ביחס למבקש.

15. ביחס לאח, טוענת כאמור המשיבה כי לא נעברה על ידו כל עבירה. נימוקה לכך נעוץ בעובדה שמדובר באיש מקצוע שזו עבודתו וכי הוא אינו אחראי על זוויות הצילום אליהן כוונה המצלמה. ביחס לטענה כי אף האח חדר למצלמה, טוענת המאשימה כי לא נמצאו ראיות לכך. לכן טוענת המשיבה כי לא היה בסיס ראייתי לראות באח כחשוד בביצוע עבירה כלשהי.

16. הסברה של המשיבה מצביע על שוני ממשי בין המבקש לאח, הן מבחינת טיב ההתנהגות שניתן לייחס לכל אחד והן מבחינת הבסיס הראייתי הקיים נגדם. משכך, אין לומר שמדובר בשניים השייכים לאותה קבוצת שוויון, ומשכך נקיטת יחס שונה בעניינם אינה "פגם" בהתאם למבחני ההגנה מן הצדק. ראו:

"טענת המערערים, כי החלטת המשיבה להעמידם לדין, ואותם בלבד, נגועה בשרירותיות, מבוססת על ההנחה כי חומר הראיות נגד חשודים פוטנציאליים אחרים בפרשה, זהה באיכותו ובהיקפו למכלול הראיות שנאסף בעניינם של המערערים. ואולם, המערערים לא השכילו לבסס טענתם זו, ולא מצאתי כי החלטת המשיבה להעמידם לדין, ולסגור את התיק לגבי אחרים, נגועה בשיקולים בלתי ענייניים" (ע"פ 8204/14 מחמוד זלום נ' מדינת ישראל (15.4.2015))

וכן,

"שיקול הדעת אם להגיש כתב אישום או לאו מסור לתביעה, ומקובלת עלי עמדת המדינה כי השיקולים לאי הגשת כתב האישום נגד ח' מקורם במישור הראייתי" (ע"פ 4443/10 שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל (20.12.2012))

17. ודוק: מסקנתי נסמכת על מצב הדברים כפי שהובא בפני במסגרת טיעוני הצדדים. טרם נחשפתי לחומר הראיות ויתכן שלאחר שמיעת הראיות יעלה בידי המבקש להוכיח שגם האח חדר למצלמה, או שהתקנת המצלמה על ידו הייתה אגב עבירה כלשהי. ואולם, לעת הזו ובהתאם לתמונת המצב שנחשפה שבפני, אינני סבור שיש לראות בהתנהלות המשיבה ובאופן בו קיבלה את החלטתה שלא להעמיד לדין את האח, ככזו המקימה מסקנה בדבר פגיעה חריפה בתחושת הצדק, המצדיקה סעד לטובת המבקש (ראו בהשוואה עובדות המקרה בע"פ 2648/18 פלוני נ' מדינת ישראל (19.3.2020)).

18. אף הטענה ביחס לאחרים שחדרו גם הם למצלמה, אינה מצדיקה לדעתי הושטת סעד למבקש, למצער בשלב זה. המשיבה מאשרת כי קיימות ראיות לכך שגם אחרים חדרו למצלמה וחרף תחילתה של חקירה בנושא, בסופו של יום היא לא הושלמה והנושא לא נבדק. המבקש סבור כי יש בכך לפגוע בתחושת הצדק באופן המצדיק ביטול של כתב האישום נגדו, ולמצער ביחס לעבירות הזהות. כאמור, דעתי שונה.

19. אקדים ואומר כי יש לראות בחומרה את מחדלן של הרשויות בנושא, בראש ובראשונה מזווית הראיה של הפגיעה האפשרית במטופלות שצולמו בעירום. ככל שטענה זו אכן נכונה וגם אחרים חדרו למצלמה, מתחייבת המסקנה שאפשר ובידי גורמים נוספים מצויים סרטונים המכילים חומרים פוגעניים שניתן יהיה לעשות בהם שימוש בעתיד (ושמא אף נעשה). מדובר בעבירות חמורות שנעברו לכאורה, ועדין נעברות (היינו החזקת הסרטונים) כאשר הנפגעות הפוטנציאליות כלל אינן מודעות להן. משכך מצופה היה מהמשטרה (והמשיבה, עת הובא התיק לעיונה) לוודא שקו חקירה זה מוצה עד תום, לא רק על מנת להביא לדין את העבריינים, אלא גם כדי לוודא שלא יוחזקו חומרים פוגעניים בידי אחרים, באופן העלול להזיק למטופלות. אכן, לא כל קצה חוט צריך לחקור ולהשקיע בעניינו משאבים ולעולם יש לבצע תיעדוף ולפעול בהתאם להקצאת המשאבים הקיימים. כמו כן "אכיפה בררנית אינה היפוך של אכיפה מלאה. למעשה, בשל מחסור אינהרנטי במשאבים אנושיים וחומריים, אכיפה מלאה אינה מעשית ואינה אפשרית. הבעיה באכיפה הבררנית אינה טמונה אפוא בהיותה חלקית, אלא בפגמים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה" (פרשת **פולדי פרץ**).

20. ואולם אינני סבור שזהו המקרה בו היה ראוי להימנע מהמשך חקירה וזאת בשל אופי העבירות, טיב הפגיעה והחשיבות שבאיסוף החומר הפוגעני למניעת המשך הפגיעה במטופלות. כמו כן, מדובר בעבירות מסוג פשע, המחייבות חקירה. ראוי:

"לא מן הנמנע כי בעת ביצוע חקירה בסדר גודל זה "יצוצו" פרשיות משנה נוספות, ומעורבים נוספים בדרגות שונות, ולמשטרה ולרשויות התביעה ניתן שיקול דעת באיזה כיוון למקד את החקירה. אסייג עם זאת את דבריי ואבהיר כי ככל שנחשף בפני המשטרה, או בפני רשויות התביעה דבר קיומו של אירוע פשע, מובן שאין המשטרה יכולה להעלים עין מכך רק מטעמים של קידום חקירה אחרת (השוו: סעיף 59 לחסד"פ)". (ע"פ 3468/07 **חנוך עצמון נ' מדינת ישראל** (14.7.2010))

21. עם זאת, אף אם אניח לטובת המבקש כי גם אחרים חדרו למצלמה, אינני סבור שניתן לומר שהעבירות שביצע המבקש שוות ערך בחומרתן והיקפן, עד כי מדובר באותה קבוצת שוויון וכי מחדלה של הרשות מביא לפגיעה חריפה בתחושת הצדק. אינני יודע מה משך החדירות האחרות (היינו האם מדובר בשניות ספורות או שעות רבות); האם מדובר בכניסות מקריות; והאם ישנם כאלו שחדרו מספר פעמים רב באופן המתקרב להיקפי הפעילות של המבקש. בכל מקרה, איש מאלו אינו חשוד בכך שפעל לסחוט את המתלוננת או שאגר סרטונים פוגעניים. יש לזכור כי המבקש, כך על פי האישום, ביצע חדירות בהיקף משמעותי, אגר סרטונים רבים ופעל לסחית המתלוננת תוך איזמים בוטים ודרישת סכומים גבוהים. מדובר בעבירות בקנה מידה שונה לחלוטין מאלו שניתן לייחס לאחרים (כך על פי המידע שהובא לפני), אף אם אניח כי ביצעו את כל שטוען המבקש. משכך, לא ניתן לומר שמדובר בפרטים השייכים לאותה קבוצת שוויון, ולכן אין מדובר במחדל שגרם לאכיפה בררנית. אינני סבור גם שבשים לב לפערים אלו, נכון להושיט סעד בדמות ביטול החלק החופף שבכתב האישום (היינו העבירות הקשורות לחדירה למצלמה להבדיל מעבירות הסחיטה). מדובר בהפרדה מלאכותית אשר אין לה כל הצדקה, בשים לב למעשים המיוחסים למבקש והעובדה שכלל אין לומר שמחדלים אלו פגעו פגיעה חריפה בתחושת הצדק בכל הנוגע להעמדתו לדין. אף כאן, אסייג דברי ואומר כי הם מתייחסים לתמונת המצב הידועה לי כיום ואפשר שלאחר שמיעת הראיות, תשתנה התמונה הראייתית ועמה המסקנה המשפטית.

סיכומי של דבר, הבקשה נדחית.

22. הצדדים מוזמנים להקראה ומתן תשובה לאישום **ליום 3.6.20 שעה 09.30**

המזכירות תשלח ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, כ"ה אייר תש"פ, 19 מאי 2020, בהעדר הצדדים.