

ע"פ 21424/09/17 - מדינת ישראל נגד יונתן גולדשטיין

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

בפני כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ, אב"ד עפ"ד 21424-09-17
כב' השופטת יעל רז-לוי
כב' השופטת גילת שלו

מדינת ישראל
על ידי ב"כ עו"ד תהילה גלנטה, פמ"ד

המערערת:

יונתן גולדשטיין
על ידי ב"כ עו"ד טלי גוטליב

נגד
המשיב:

פסק דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

זהו ערעור על פסק דינו של בימ"ש השלום בבאר-שבע (כב' השופט אמיר דורון), אשר מחק את כתב האישום שהוגש כנגד המשיב מחמת חוסר סמכות מקומית. תוצאה נלווית ישירה לאותה מחיקה הייתה גם שחרורו המידי של המשיב ממעצרו, שכן כתב האישום הוגש בעת שהיה עצור וביחד עם בקשה למעצרו עד לסיום ההליכים המשפטיים נגדו.

טענות הצדדים

לטענת המערערת, ביהמ"ש טעה עת קבע שאין לבתי משפט השלום במחוז הדרום סמכות מקומית לדון בעניינו של המשיב; ואף אם הייתה נכונה קביעתו בדבר היעדר סמכות מקומית, לא היה מקום למחוק את כתב האישום אלא להעבירו לביהמ"ש שלו הסמכות המקומית לפי הנטען; ובכל מקרה, לא היה מקום לדון בשאלה זו במסגרת הליך המעצר. למעשה, נטען, כי החלטה זו שגויה הן במישור המהותי, עת נקבע כי היות והעבירות בוצעו על ידי המשיב באמצעות תקשורת אינטרנטית לא מתקיימים יסודות סעיף 6(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ") והעבירה לא בוצעה, אפילו לא במקצתה, במחוז הדרום; והן במישור הדיוני, עת החליט ביהמ"ש על מחיקת כתב האישום במקום לפעול לריפוי הפגם שנפל להבנתו, על ידי העברתו לביהמ"ש המוסמך מהבחינה המקומית, לפי הוראות סעיף 150 לחסד"פ וסעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט"). עוד צוין, כי ביהמ"ש לא היה רשאי לפעול כפי שפעל במסגרת הליך המעצר, בזמן שבחינת טענות מקדמיות מקומה במסגרת ההליך העיקרי, וזאת לאור הוראת סעיף 149 לחסד"פ.

לעומתה סברה ב"כ המשיב, כי לא רק שהחלטת ביהמ"ש קמא הייתה נכונה; ולא רק שההצעה החלופית להעברת הדיון לביהמ"ש המוסמך לא הועלתה בפני בימ"ש השלום, כך שלא היה מקום גם להציע זאת לביהמ"ש של ערעור; אלא,

שכלל אין סמכות עניינית להגשת הערעור נשוא פס"ד זה, מן הטעם, שבפני התביעה ישנה אופציה לפתוח את ההליך מחדש, למשל, על ידי הגשתו בביהמ"ש המוסמך, כך שהחלטת ביהמ"ש קמא אינה אלא החלטה אחרת שאין זכות ערעור עליה.

ב"כ המשיב ציינה, כי במסגרת הארכת המעצר לצורכי חקירה, כבר "הזהירה" את המדינה, כי בכוננתה לטעון להיעדר סמכות מקומית, אך המדינה התעלמה מדבריה ונציגה לא היה מוכן לטעון כנגד טענה זו במסגרת הדיון שהתקיים בביהמ"ש קמא. כל שצוין על ידי נציג המאשימה, לדבריה, בהליך קמא, היה, כי מקום מושבה של הסוכנת היה במחוז הדרום וביקש אך שלא למחוק את כתב האישום. לא נטען היכן בדיוק ישבה הסוכנת ואף לא נטען, כי על ביהמ"ש לשקול העברת הדיון חלף מחיקתו. בהיות ההליך הליך אדברסרי, ביהמ"ש לא היה אמור להעביר הדיון לבימ"ש אחר על דעת עצמו ומבלי שהתבקש לעשות כן, ובערכאת הערעור, לדבריה, אין מקום לעשות "**מקצה שיפורים**". יתרה מכך, כללי הסמכות המקומית נועדו, להבנתה, לסייע לנאשם שהוגש כנגדו כתב אישום, ולא ליחידה החוקרת, ורק כך יש לפרש את הוראות החוק.

מעבר לכך, ולגוף המחלוקת, לטענת הסגורית, גם אם מקום מושבה של הסוכנת היה באזור הדרום, עדיין לא קמה סמכות מקומית לבתי המשפט באזור הדרום, שכן כל מה שהנאשם עשה, היה לשבת מול מחשב בביתו הנמצא בפתח תקווה. לא מדובר, לטענתה, ב"**עבירה רגילה**" שכן במקרה זה "**אין פרטנר מבחינת הנאשם שמבצע עבירה, המחשב נמצא מולו ולא פרטנר**" (ישיבת 14.09.17, עמ' 6 לפרוטוקול). ייתכן, ש"אם המתלוננת הייתה נדרשת ומבצעת מעשה מיני כלשהו, אזי הייתה סמכות עניינית (צ"ל - מקומית, ר.י.כ.), כי מקצתה של העבירה בוצעה במקום הימצאות המתלוננת", אולם, במקרה שבפנינו העבירות בוצעו רק על ידי המשיב, עת ישב מול המחשב שלו שלא במחוז הדרום.

ההליכים בבית משפט השלום

לבימ"ש השלום בבאר-שבע הוגש כנגד המשיב כתב אישום המייחס לו ביצוע ארבע עבירות של ניסיון להטרדה מינית של קטין מתחת לגיל 15, לפי סעיפים 5(א) ו-3(א)(6)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; וכן 3 עבירות של ניסיון למעשה מגונה בקטינה מתחת לגיל 14, לפי סעיף 348(א) בנסיבות סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

בכתב האישום נטען, כי במסגרת מאבק בתופעת עבריינות המין ברשת האינטרנט נגד קטינים, ביצעה משטרת ישראל, במהלך החודשים יוני 2017 ועד אוגוסט 2017, מבצע לאיתור חשודים אשר יוצרים קשר בעל תוכן מיני באינטרנט עם קטינים. לצורך כך הונחתה שוטרת במחלק בימ"ר נגב (להלן: "הסוכנת") להתייצג בוואלה צ'אט ו/או בתפוז צ'אט (שני אתרי אינטרנט בהם ניתן לנהל צ'אטים [שיחות כתובות בין אנשים שונים ברשת האינטרנט], כשכל משתתף קורא לעצמו בשמו או בכינוי כלשהו על פי בחירתו) ו/או בסקייפ (תוכנת טלפוניה באינטרנט, שמשתמשיה יכולים לנהל ביניהם גם שיחות וידיאו), כקטינה בת 13.5, בכינויה "עדן המהמת".

המשיב גלש באינטרנט באמצעות המחשב שלו, במועדים שונים, כשהוא מכנה עצמו "מעסה" וכן באמצעות הסקייפ, כשהוא מכנה עצמו "יונג דשטיין", ויצר קשר עם הסוכנת, תחילה באמצעות אחד מאתרי הצ'אט, ולאחר מכן השיחות עברו לסקייפ או ל"ווטסאפ" (אפליקציה המיועדת לשליחת מסרי הודעות כתובות בטלפון; הודעות אודיו; וניהול שיחות טלפון).

בין התאריכים 29/06/17 ל-24/07/17 התכתב המשיב ארוכות עם הסוכנת באתרי "וואלה צ'אט", "סקייפ" ו"ווטסאפ", כאשר בהתכתבויות אלה ציינה הסוכנת במספר רב של פעמים את גילה 13.5 ואת היותה תלמידה בכיתה ז' העולה לכיתה ח'. במהלך שיחות אלה הציע המשיב לסוכנת הצעות חוזרות ונשנות בעלות אופי מיני וכן התייחס התייחסויות חוזרות המתמקדות במיניותה (כך, בתאריך 29/06/17 - בשתי שיחות שונות - שאל המשיב את הסוכנת אם תראה לו את החזה שלה או את חזייתה; ביקש ממנה מספר פעמים שתוריד את חולצתה ותיגע בעצמה בחזה; אמר לסוכנת כי יכלו ליהנות במצלמה בעירום; ביקש ממנה ש"תראי לי תחת סבבה?"; שאל אותה פעמים רבות אם היא רוצה לראות אותו ללא תחתוני הבוקסר שלו ועוד); ביקש ממנה שיתפשטו יחד, ובתאריך 29/06/17, בשיחה הראשונה, אף ביצע מעשה מגונה בכך שחשף את תחתוניו בפני הסוכנת ונגע באיבר מינו. באותו היום, בשיחה נוספת, אף חשף את איבר מינו בפני הסוכנת ושאל אותה אם זה מוצא חן בעיניה; בהמשך נעמד מול המצלמה, אחז באיבר מינו מעל הבגדים והחל לאונן; שכב על מיטתו, אחז באיבר מינו והמשיך לאונן מעל בגדיו; והמשיך לעשות כן גם בשיבה. המשיב אף ביקש מהסוכנת שתראה לו את גופה ללא בגדים וביקש ממנה לשחק בחזה. המשיב חזר על מעשים כאלה ודומים גם בתאריכים נוספים.

יחד עם הגשת כתב האישום (ויוער, כי כתבי אישום נוספים הוגשו, בעבירות דומות, גם כנגד שורה של נאשמים אחרים) הוגשה גם בקשה למעצר עד תום ההליכים של המשיב, וזו הובאה לדיון בפני ביהמ"ש קמא. בפתח הדיון העלתה הסנגורית המלומדה, עו"ד טלי גוטליב, טענה בדבר היעדר סמכות מקומית מן הטעם שמעשי המשיב בוצעו בפתח-תקווה מול המחשב שבביתו וללא כל זיקה למחוז הדרום ("מקום מגורי הנאשם הינו [צ"ל אינו, ר.י.כ.]. כאן ולא משנה אם המקום הינו בחו"ל. מה זה משנה היכן יושבת הסוכנת הסמויה... טענו את זה בפרוטוקול הקודם [הכוונה - בשלב מעצר הימים, ר.י.כ.] ונציג היחידה החוקרת זלזל..."), וביקשה את מחיקת כתב האישום. לעומתה טען ב"כ המערער (היא המבקשת בביהמ"ש קמא), כי מקום ביצוע העבירה הוא במחוז הדרום וביקש שלא למחוק את כתב האישום, תוך שהפנה להוראות סעיף 6(א) לחסד"פ.

וכך קבע ביהמ"ש קמא:

"עיון בתיק החקירה מלמד כי מכלול הדוחות שמולאו על ידי הסוכנת או על ידי מפעיל הסוכנים שהפעיל אותה או יחדיו, מצוין כי הפעולות שבוצעו בתאריכים שונים מול המחשב, אותה תקשורת מחשב מצידה האחד לכאורה ישב המשיב, ואילו מצידה האחר ישבה הסוכנת, בוצעה כך שחלקה שקשור ובו מעורב המשיב בוצע לכאורה במקום מגוריו ואילו החלק האחר, אותו חלק שבו מעורבת הסוכנת כמי שהשתתפה באותה תקשורת מחשב, בוצעו במקום הקרוי בדוחות הפעולה מקום המפגש. הכוונה במקום מפגש בנסיבות אלו היא המקום הסוכנת ומפעילה ישבו כאשר נוצר הקשר עם המשיב לכאורה.

בנסיבות אלו, ולאחר עיון בתיק מן הקצה אל הקצה, לא ניתן אכן לקבוע שחלקה של העבירה בוצעה תחת סמכותו המקומית של ביהמ"ש זה.

כאשר מעיינים בחלופה השנייה בסעיף 6 האמור (א) יכולה המאשימה לבחור להגיש את כתב האישום במקום מגוריו של הנאשם.

אלא, שבנסיבות אלו, גם מקום מגורי הנאשם (פתח תקווה) אינו מצוי בתחום סמכותו המקומית של בימ"ש זה.

בנסיבות העניין, משאכן לא הוכחה הסמכות המקומית לדון בבקשה או בכתב האישום, הרי שאני מקבל את בקשת המשיב ומורה על מחיקת כתב האישום ובקשה למעצרו עד תום ההליכים" (כך במקור).

כאמור, על החלטה זו הוגש הערעור שבפנינו.

הסמכות העניינית לדון בערעור

כמצוין לעיל, פתחה הסנגורית גם בפנינו בטענה של חוסר סמכות, כשהפעם נטען, שהערעור הוגש בחוסר סמכות עניינית. להבנתה, החלטת ביהמ"ש קמא אינה אלא בבחינת "החלטה אחרת", שאין עליה זכות ערעור - לא ערעור בפני מותב תלתא ולא כערר בפני דן יחיד. מחיקת כתב האישום, לדבריה, "**איננה מעשה בי-דין, היא איננה החלטה סופית, שכן הם יכולים להגיש כתב אישום חדש**" (עמ' 1 לפרוטוקול, ישיבת יום 14/09/17).

הגדרת המושג "פסק-דין", הנתון לערעור בזכות הנשמע בפני הרכב תלתא, כוללת גם החלטה במשפט, אשר הכריעה סופית בעניין מסוים באופן שבעקבותיה הסתיים הליך המשפט. השאלה שיש לשאול היא, אם ההליך הסתיים עם מתן אותה החלטה, או שמא ניתן לעשות דבר מה נוסף במסגרת אותו ההליך. כאשר השופט סיים מלאכתו עת נתן ההחלטה, קמה זכות הערעור; ובמידה ונותר עוד על מה לדון (שוב, במסגרת אותו ההליך), לא קמה זכות ערעור (ר' בש"פ 7348/01 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 345, בעמ' 359; וכן בש"פ **מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(1) 670, בעיקר בעמ' 693 בחוות דעתו של שופט הרוב, השופט ברק, שם נקבע, כי במידה והכרעתה של הערכאה קמא סיימה את ההליך, והתיק הוא בבחינת "תיק סגור", אזי היא בגדר פסק-דין הנתון לערעור - שם, מול האותיות ו-ז).

ובענייננו, לא יכולה להיות מחלוקת, כי אותו הליך שנפתח בביהמ"ש קמא - הסתיים עם מתן החלטת המחיקה של ביהמ"ש. לא ניתן יותר לפעול במסגרת אותו ההליך, והתיק אינו אלא "תיק סגור", כלשון השופט, כתוארו אז, ברק, בעניין **חסן** המוזכר לעיל.

נוסיף, בהערה, כי גם ההחלטה אשר ניתנה בביהמ"ש המחוזי מרכז (ע"ח 23419-03-12, **דביר זולדן צפירי נ' הראל ואח'**, מיום 26/03/12), אותה הציגה ב"כ המשיב, אין בה כדי לסייע לטיעוניה. באותו עניין הוגש ערר על החלטת בימ"ש השלום, אשר החליט, כי אין סמכות מקומית לבימ"ש השלום בפתח-תקווה, וביהמ"ש המחוזי קבע, כי "**לא ברור מדוע התיק הזה נפתח על ידי המזכירות כתיק ערר, שכן אין ערר על החלטת ביניים כשמדובר בהליך פלילי**" - והורה על מחיקת ההליך. אלא, שלו ב"כ המשיב הייתה מעיינת בהחלטת בימ"ש השלום נשוא הערר הנ"ל (ק"פ 20115-03-12) הייתה מוצאת, כי בימ"ש השלום אכן קבע באותו עניין, כי לא קמה סמכות מקומית לדון בקובלנה הפלילית שהוגשה בפניו, אך ביהמ"ש לא מחק את ההליך, כמו במקרה שבפנינו, אלא הורה על העברתו לביהמ"ש המוסמך. במקרה שכזה, אכן - ההליך לא הסתיים ועל כן לא קמה זכות ערעור על החלטת בימ"ש השלום בשאלת

שאלת הסמכות המקומית

המחלוקת העיקרית בין הצדדים היא בשאלת קיומה של סמכות מקומית לבתי משפט השלום שבמחוז הדרום לדון בכתב האישום שהוגש כנגד המשיב.

כללי הסמכות המקומית מצויים בהוראות סעיף 6 לחסד"פ, כאשר ס"ק (א) הוא הרלבנטי בענייננו, וזו לשונו:

"דנים נאשם בבית המשפט אשר באזור שיפוטו נעברה העבירה, כולה או מקצתה, או נמצא מקום מגוריו של הנאשם".

טענה כנגד קיומה של סמכות מקומית הינה אחת מ"הטענות המקדמיות" שרשאי נאשם להעלות כנגד כתב אישום שהוגש כנגדו, כאמור בסעיף 149 לחסד"פ:

"149. טענות מקדמיות

לאחר תחילת המשפט, רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, והן:

(1) חוסר סמכות מקומית;..."

סעיף 150 לחסד"פ עניינו הדיון בטענות המקדמיות:

"נטענה טענה מקדמית, ייתן ביהמ"ש לתובע הזדמנות להשיב עליה, אולם רשאי הוא לדחותה גם אם לא עשה כן; ביהמ"ש יחליט בטענה לאלתר, זולת אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט; נתקבלה טענה מקדמית, רשאי ביהמ"ש לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום, ובמקרה של חוסר סמכות - להעביר את העניין לבית משפט אחר כאמור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט".

בהתאם לסיפא לסעיף זה, העברת עניין בשל חוסר סמכות, מקומית או עניינית, יכול שתיעשה בהתאם להוראות סעיף 79 לחוק בתי המשפט:

"(א) מצא בית משפט שאין הוא יכול לדון בעניין מחמת שאינו בסמכותו המקומית או העניינית, והוא בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר, רשאי הוא להעבירו לבית המשפט או לבית הדין האחר, והלה ידון בו כאילו הובא מלפניו מלכתחילה, ורשאי הוא לדון בו מן השלב שאליו הגיע בית המשפט הקודם.

(ב) בית המשפט או בית הדין שאליו הועבר עניין כאמור, לא יעבירו עוד".

ובענייננו, המשיב הואשם בבית משפט השלום בבאר-שבע בעבירות של ניסיון להטרדה מינית של קטין מתחת לגיל 15

ובעבירות של ניסיון למעשה מגונה בקטינה מתחת לגיל 14, כאשר נטען, שניהל עם סוכנת משטרתית, עת חשב שמדובר בקטינה כבת 13.5, תקשורת בעלת תוכן מטריד ומיני, באמצעות האינטרנט. אכן, כפי שגם טענה הסנגורית, הכללים הדנים בעבירות המבוצעות באמצעות האינטרנט, מצויים בתחילת גיבושם. אולם, אם נלמד מההלכות המקבילות בתחום האזרחי, בכל הנוגע לשאלת הסמכות המקומית, הרי שניתן להניח, כי לא יהיה רק מקום אחד בגינו ניתן להאשים מי שמבצע עבירות באמצעות האינטרנט, כטענת הסנגורית, במידה ואלה לא כוונו כלפי מתלונן ספציפי. לטעמנו, במידה וקיימת גישה אל הפרסום האסור מכל מקום בארץ (כגון לשון הרע, איומים ועוד), הסמכות המקומית לא תהיה רק במקום מגורי הנאשם אלא בכל בימ"ש בארץ, שכן "מקצת המעשה" הוא בכל מקום בו ניתן לקלוט את הפרסום שהועבר באמצעות האינטרנט (השוו לרע"א 530/12 **שמחה יעקובוביץ ואחר נ' יוסף (ג'ו) אדוארד זיאס**, החלטת כב' השופטת נאור, כתוארה אז, מיום 28/03/12).

כך או כך, אין זה המקרה שבפנינו, שכן התקשורת האינטרנטית שביצע, לכאורה, המשיב, נקלטה על ידי הסוכנת המשטרתית במקום בו פעלה, מקום שעל פי דברי התובע שהופיע גם בפני ביהמ"ש קמא, היה במחוז הדרום. במקרה שכזה, "מקצת העבירה" בוצע במחוז הדרום, ובתי משפט השלום שבמחוז זה קנו סמכות מקומית לדון בכתב האישום שהוגש בגין מעשים אלה. לא מדובר "רק" במעשים שנעשו בין המשיב למחשבו, כפי שטענה ההגנה, שכן אילו זה היה המצב, קרוב לוודאי שלא הייתה מבוצעת כל עבירה שהיא. אולם, מרגע שדברי הנאשם כוונו אל הסוכנת ונקלטו על ידה, בוצעה עבירה שתחילתה אמנם בפתח תקווה, אבל סופה במקום הימצאותה של הסוכנת.

הדברים דומים לעבירות המבוצעות באמצעות מכשיר הטלפון, כאשר בתי המשפט קבעו, כי אמנם תחילתם של המעשים במקום בו נמצא משמיע הדברים, אך משהדברים נקלטו על ידי אחר, אליו התקשר הדובר, הושלמה העבירה במקום בו מצוי קולט הדברים. כך נקבע, למשל, בעניין רע"פ 1178/97, **גדליהו כהנא נ' מדינת ישראל** (פ"ד נא(3) 266), כאשר ביהמ"ש העליון דן בעניינו של המבקש, שהוגש כנגדו כתב אישום בגין עבירת איומים, בשל איומים שהשמיע בטלפון כלפי המתלונן. המבקש טען באותו עניין, כי שיחות הטלפון בוצעו מגרמניה, ועל כן העבירה המיוחסת לו בוצעה מחוץ לישראל ואין תחולה טריטוריאלית לחוק העונשין. ביהמ"ש העליון דחה את הטענה וחזר על ההלכה, כי קליטת דברי האיום בישראל השלימה את ביצוע העבירה בישראל; כי "מקצת העבירה" נעברה בישראל וקמה סמכות מקומית לבתי המשפט שבישראל. הדברים נכונים גם למקרה שבפנינו - הסמכות המקומית יכולה להיות גם במקום מגורי הנאשם, לפי הוראות סעיף 6(א) לחסד"פ, אולם היא קמה גם במחוז הדרום, המקום בו נקלטו הדברים שהשמיע, לכאורה, המשיב. אשר על כן, טעה ביהמ"ש עת קבע, כי לא קמה סמכות מקומית לבית משפט השלום שבבאר-שבע.

זאת ועוד. אכן, ביהמ"ש ציין בהחלטתו, כי בחן את חומר החקירה "מקצה אל הקצה" ולא מצא את הזיקה שבין הסוכנת לבין מחוז הדרום, אך גם בכך טעה. ראשית, טעה ביהמ"ש עת בחן את חומר הראיות לעניין זה, ולא הסתפק באמירתו של התובע וב"רמזים" שבכתב האישום (שם צויין, כי הסוכנת הופעלה על ידי ימ"ר נגב). טעותו של ביהמ"ש נבעה, בין היתר, מכך שבחר לדון בטענה המקדמית במסגרת הדיון בשאלת המשך מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו, ולא במסגרת ההליך העיקרי, שם אמורות הטענות המקדמיות להיבחן (ר' סעיף 149 לחסד"פ, לעיל). לו היה פועל במסגרת ההליך העיקרי, כפי שראוי וצריך היה לעשות, לא היה מבקש לעיין בתיק החקירה, והיה מסתפק בכתב האישום ובדברי התובע. אגב, ולמעלה מן הצורך נוסיף, כי בהחלט סביר שהמקום בו ישבה הסוכנת עת שוחחה, לכאורה, באמצעות האינטרנט, עם המשיב, חסוי, ועל כן אין זה מפתיע שאין לגביו כל רמז בתיק החקירה.

די בכל האמור לעיל כדי לקבל את הערעור ולהורות על ביטול החלטתו של ביהמ"ש קמא, אולם נטענה גם טענה חלופית, לפיה ביהמ"ש היה צריך, לו סבר שאין סמכות מקומית, להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך ולא להורות על מחיקת כתב האישום. אמנם הסנגורית טענה, כי בהליכים אדברסריים אל לו לשופט להעלות דברים שכאלה מיוזמתו, שכן הבקשה החלופית כלל לא הועלתה על ידי התביעה בהליך קמא; אלא, שדברים אלה יכול והיו נכונים לו היו מתייחסים לעובדות אותן לא הוכיחה המאשימה ולא לדיון. את הדיון הישראלי, כידוע, אין צורך להוכיח, שכן הדיון הוא מן המפורסמות שאינו דרוש הוכחה על פי הוראות סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 ("כל דין הוא מן המפורסמות שאין צריכות ראיה, אלא אם אין הוראה אחרת משתמעת").

אשר לגוף הטענה, אכן צודקת המאשימה בטענתה, שהרי לא כל טעות, ואפילו לא כל הפרה מהותית של הדיון, גוררת בטלות ההליך. יש להבדיל בין עצם הפגם לבין תוצאות הפגם. שיקולים שונים, הכוללים גם שיקולים של צדק אישי אך גם שיקולים של האינטרס הציבורי, הם שצריכים להנחות את ביהמ"ש, עת הוא בוחן את התרופה להליך פגום. לצורך זה קמה תורת הבטלות היחסית, שמשמעותה, כי בכל מקום בו נפל פגם משפטי בהליך, יש לבדוק את נסיבות המקרה, ובראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן. כך, כאשר מדובר בפגם טכני, אין זה סביר או רצוי שהנפקות של אותו פגם תהיה זהה לנפקות של פגם חמור. נפקות הפגם חייבת להיות הולמת לחומרתו (ר', למשל, רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4), 673). ובעניינו, הפגם שביהמ"ש קמא סבר שקיים בכתב האישום, איננו פגם חמור המצדיק מחיקת כתב האישום ושחרורו של המשיב ממעצרו ללא כל דיון וללא כל תנאי, תוך אפשרות סיכון הציבור אגב כך. הדברים נכונים בבחינת קל וחומר נוכח הוראות סעיף 150 לחסד"פ ו-79 לחוק בתי המשפט, המאפשרים לביהמ"ש להעביר את כתב האישום לביהמ"ש המוסמך, ללא פגיעה אפשרית באינטרס הציבורי, בוודאי ללא בחינת אפשרות הפגיעה בציבור.

סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, אנו מקבלות את הערעור; מבטלות את החלטת ביהמ"ש קמא; ומורות על החזרת כתב האישום והבקשה למעצר עד תום ההליכים שהוגשו כנגד המשיב, על כן.

בימ"ש השלום יזדרז ויזמן את הצדדים לדיון מחודש בפניו, כדי לבחון את שאלת מעצרו או שחרורו של המשיב.

בינתיים אנו מורות על הוצאת צו עיכוב יציאה מן הארץ כנגד המשיב, וזאת עד להחלטתו של בימ"ש השלום בשאלת מעצרו או שחרורו של המשיב, כאמור לעיל.

ניתן היום, ו' תשרי תשע"ח, 26 ספטמבר 2017, במעמד ב"כ הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יעל רז-לוי, שופטת

**ר. יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**

