



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

בפני כב' השופטת חנה מרים לומפ  
המאשימה  
מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

בוריס בנימינוב

הנאשם

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד עמית לוין  
הנאשם וב"כ עו"ד אלכס גפני – מטעם הסנגוריה הציבורית

### הכרעת דין

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירה של החזקת פרסום תועבה לפי סעיף 214 (ב3) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977.
2. על-פי עובדות כתב האישום, ביום 20.5.09 או בסמוך לכך, החזיק הנאשם במחשבו כ- 274 קבצים של סרטים פדופילים.  
במעשיו אלו, נטען, החזיק הנאשם ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין.  
בתשובתו לאישום, הודה הנאשם בהחזקה של מספר קבצים המכילים תכנים פדופילים, ברם בהיקף נמוך משמעותית מזה המיוחס לו בכתב האישום. עוד נטען, כי הנאשם לא היה מודע לכך שבמחשבו היו שמורים קבצים רבים, ומודעותו השתרעה על כמה עשרות קבצים בלבד.
3. בטרם החלה פרשת ההוכחות, העלה הנאשם, באמצעות ב"כ, טענה מקדמית לפיה יש להורות על ביטול כתב האישום מכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, בעטייה של אכיפה בררנית. טענה זו נדחתה על ידי בהחלטת מיום 8.4.13. נימוקיי יובאו להלן.

### ראיות התביעה

4. מטעם התביעה העידו 2 עדים.

### ע"ת מס' 1 – רס"מ יורם אפרתי

במועד הרלוונטי לכתב האישום שימש העד כחוקר מיומן על פי חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995 במפלג הונאה בירושלים.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

העד היה שותף לחיפוש שנערך בביתו של הנאשם, שם נתפסו מחשבו וכן 82 תקליטורים. התפוסים נלקחו לתחנה המשטרה, שם עמל העד על העתקת הדיסק הקשיח לדיסק קשיח משטירתי על מנת שניתן יהיה לבדוק את תכולתו. כן, נבדקה תכולת התקליטורים שנתפסו, ולגביהם לא נמצא ממצא חריג.

העד צפה בקבצים שהורדו מתוכנת ה"אימיוול", והבין גם על פי שמות הקבצים, כי ישנם סרטים רבים הכוללים תוכן פדופילי, ובהם נראים ילדים בגילאים 5-15 בעת קיום יחסי מין. העד מציין כי הוא צפה בכל הסרטונים, אולם לא הצליח לקבץ את כולם בטקליטור. מה שהצליח לצרוב מצוי בתקליטור שסומן ת/6. כמו כן העד סייע לחוקר גולדשמיט בהדפסת צילומי מסך. העד מסר עוד כי מספר חודשים לאחר בדיקה זו, ביום 7.10.09, נעשתה בדיקה נוספת במהלכה הפיק העד צילומי מסך המתעדים את שמות הקבצים, תאריך ההורדה ומיקומם.

העד סיפר כי בבדיקת "סל המחזור" מצא כי ישנם קבצים נוספים שנמחקו, אולם בעת הבדיקה לא יכול היה העד לעמוד על טיבם.

העד הדגיש כי הממצאים על פיהם הוצא צו החיפוש, הם הפרטים שהופקו על פי כתובת IP ברגע נתון, שהיא כתובתו של הנאשם, על כן אין נפקות לשאלה האם כתובת ה-IP משתנה מעת לעת עם כל חיבור מחדש לאינטרנט.

במסגרת עדותו של העד הוגשו בהסכמה מסמכים שונים, כדלהלן:

**דו"ח החיפוש - סומן ת/1; דו"ח הפעולה - סומן ת/2; צילום הדיסק הקשיח - סומן ת/3; דו"ח העתקת חומר מחשב - סומן ת/4; דו"ח בדיקת חומר מחשב - סומן ת/5; תקליטור - סומן ת/6; תדפיס צילומי מסך - סומן ת/7.**

### ע"ת מס' 2 – רס"מ מיכאל גולדשמיט

העד משמש כחוקר במפלג הונאה מזה 17 שנים.

בעדותו ציין כי החקירה נפתחה בעקבות פנייה של האינטרפול ליחידה הארצית על אודות תכנים בעייתיים שהורדו מהאינטרנט מכתובות IP שנמסרו לה. היחידה הארצית, באמצעות פנייה לחברות התקשורת, איתרה את הכתובות מהן בוצעה הורדת התכנים, בין היתר כתובתו של הנאשם.

העד חקר את הנאשם במסגרת תחקור ראשוני, עוד קודם נודעה לו מהות תוכנם של הקבצים במחשבו של הנאשם. לאחר הצפייה בקבצים ובתאריך הורדתם, זומן הנאשם לחקירה שנייה בה



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

מסר הנאשם, כי במשך שנתיים הוא הוריד סרטים מהאינטרנט וצפה בהם. גרסת הנאשם הייתה, כי הוא אסף את הסרטים על מנת למוסרם למשטרה, אולם הוא לא ידע היכן למוצאה. הנאשם ציין גם שהוא מחק חלק מהסרטים, ואכן כאשר בדק את "סל האשפה" נמצא סרט אשר מחק הנאשם, למרות שטרם מסר אותו למשטרה.

העד ציין, כי בדיקת ה-IP נעשתה על פי זמן ההתקשרות, ובנקודת זמן זו נמצא כי מדובר בכתובת השייכת לנאשם. בנסיבות אלה, החקירה לא התמקדה באיתור כתובת ה-IP במחשבו של הנאשם, כי אם בבדיקת הסרטים הפדופילים שעל מחשבו. עוד ציין העד כי בעת תפיסת המחשב, היו קבצים שהיו במהלך של הורדה.

### ראיות ההגנה

5. מטעם ההגנה העיד הנאשם.

הנאשם העיד כי משהגיעו השוטרים על מנת לערוך חיפוש בביתו, הוטח בפניו החשד כי הוא מעורב בהורדת קבצים בעלי תוכן פדופילי למחשבו האישי. הלה השיב כי הוא אכן הוריד קבצים, אולם לא ציין לאיזו מטרה. לאחר שאמרו לו השוטרים, לטענתו, כי העונש המקסימאלי הצפוי לו בגין הורדת קבצים בעלי תוכן פדופילי הינו קנס, ציין כי הוריד את הקבצים על מנת לסייע למשטרה.

הנאשם ציין, כי במסגרת החקירה הרגיש אכזבה בקרב השוטרים על כי לא מצאו במחשב את כמות הקבצים לה ציפו. כן, ציין כי יידעו אותו בדבר זכויותיו, לפיהן כל אשר יאמר עשוי לשמש נגדו, לאחר תום החקירה ולא בראשיתה.

הנאשם ציין, כי כמות הקבצים שהוריד למחשבו אינה עולה על עשרות בודדות, בין 20 ל-30 קבצים, ואין מדובר ב-274 קבצים כפי שטוענת המשטרה. לדידו, לא הייתה לו כוונה להוריד קבצים בעלי תוכן פדופילי, אלא הוא ביקש להוריד קובץ בשם מסוים ובסופו של יום ירד קובץ בשם אחר. בהמשך, לאחר ששמע על הסרטים הללו בטלוויזיה, הסתקרן והחל להוריד את הסרטים. במשך שנה-שנתיים הוא עמל על הורדת קבצים אלו.

הנאשם הדגיש כי הוא צפה לעיתים בסרטים ולעיתים ביצע עליהם סריקה וזאת מבלי לצפות בהם לכל אורכם. עוד הדגיש הנאשם, כי ישנם קבצים שהוא לא הצליח לפתוח ולצפות בהם, וטרם עלה בידו להתקין תוכנה שבאמצעותה ניתן יהיה לפתוח אותם, כפי שתכנן לעשות.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

### טיעוני הצדדים

#### עיקרי טענות המאשימה

6. הנאשם, דה-פקטו, הודה בכך שהוריד קבצים בעלי תוכן פדופילי, תוך שהיה מודע לתוכנם של הקבצים. גרסת הנאשם, לפיה הוריד כ- 30 סרטים בלבד, אינה מתיישבת עם העובדה, שבמחשבו נמצאו כ- 450 סרטים, מתוכם 274 סרטים בעלי תוכן פדופילי.
7. הנאשם יודע בדבר זכויותיו כבר בחקירתו הראשונה, הוא קרא את תוכן האזהרה ואישר את נכונותה ולכן אין ממש בטענה שהופרו זכויות הנאשם.

#### עיקרי טענות ההגנה

8. הנאשם לא עומת פרטנית עם כל סרט וסרט, ולא ניתנה לו האפשרות להתגונן כדבעי. ולכן בנסיבות אלה, לא ניתן לבסס את המודעות הנדרשת בעבירת ההחזקה.
9. יש לפסול את הודעת הנאשם, לאחר שלא יודע בדבר זכותו להיוועץ עם עורך-דין. מהותה של הזכות אינה מתמצית בהודעה על זכות ההיוועצות, כי אם היא מטילה חובה פוזיטיבית על גורמי החקירה לברר ביוזמתם אם אכן מוותר החשוד על זכותו להיוועץ בעורך-דין ולתעד את הוויתור בהתאם לאמור בע"פ 10049/08. כמו-כן, היה על החוקרים לידע את הנאשם בדבר האפשרות למינוי סגור ציבורי, מקום שידו אינה משגת לשכור עורך-דין פרטי.
10. הנאשם הודה בהורדת עשרות בודדות של סרטים, ולא הוכחה מודעות להחזקה מעבר להודיית הנאשם בכמות זו.

#### דיון

11. סעיף 214(ב3) לחוק העונשין, קובע כי:  
**"המחזיק ברשותו פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף קטן זה, "מחזיק" – למעט המחזיק באקראי ובתום לב".**  
 מדובר בעבירה התנהגותית, הדורשת מודעות לטיב המעשה וקיום הנסיבות.
12. אין מחלוקת, בענייננו, על אודות התקיימות היסוד העובדתי של העבירה. לאמור, מוסכם כי הנאשם החזיק במחשבו קבצים המכילים פרסום תועבה ובו דמותו של קטין, כמשמעותה של "החזקה" בסעיף 34 כד לחוק העונשין.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

13. המחלוקת נסבה על השאלה האם ניתן הנאשם ביסוד הנפשי הנדרש ביחס להיקף המלא של הקבצים בעלי התוכן הפדופילי שנמצאו על מחשבו.
14. טענת הנאשם היא, כי הוא לא ידע שעל מחשבו שמורים מספר קבצים בהיקף לו טוענת המאשימה, וכי מודעתו השתרעה על קיומם של כמה עשרות בודדות של קבצים גרידא.
15. למן האינטראקציה הראשונה שלו מול כוחות המשטרה, לא הכחיש הנאשם, כי הוריד למחשבו קבצים בעלי תוכן פדופילי. כבר בעת עיכובו אישר זאת הנאשם בציינו: "כן, אני הורדתי חומר כזה מהאינטרנט כי אני חושב שצריך לתפוס אנשים שמייצרים חומר כזה" (12/ת). בהודעתו במיום 20.5.09 (9/ת) הוא מאשר כי הוריד כמה עשרות סרטי פדופיליה, ובהודעה מיום 13.8.09 (10/ת), עת מוטחת בו אשמה בגין הורדת 454 קבצים אשר רובם קבצי פדופיליה, השיב הנאשם כי "סתם שמרתי במחשב. אני פשוט הייתי יכול לדפדף אותם או לצפות, אך לא נתתי לראות אותם לאף אחד" (שם ש' 35-36), ברם הוא לא הכחיש את היקף ההורדות ומסר כי מדובר בעשירית לערך מהכמות הנטענת.
16. הנאשם הודה גם כי החל להוריד את הקבצים כשנתיים עובר לחקירתו, לאחר שהיה שייך תקשורת ער בעניין וסקרנותו נתעוררה. קרי, הורדת הקבצים הייתה מתמדת ונפרשה על פני תקופה ארוכה. רק בצילומי המסך שצורפו (7/ת) מתועדים למעלה מ-60 קבצים הנושאים מפורשות את הכותר "pedo"- פי שניים מכמות הקבצים שהנאשם מודה בקיומם.
17. המחשב בו נשמרו הקבצים, הוא מציין, היה בשימוש הפרטי, ואיש זולתו לא עשה בו שימוש (9/ת ש' 15-16) ועל כך חזר אף בעדותו בבית המשפט (עמ' 33, ש' 26-15).
18. לא זו אף זו- למרות שנמצא מספר רב יותר של קבצים, כתב האישום מייחס לנאשם החזקה של 274 קבצים בלבד. חלק מן הקבצים, על תוכנם, נצרכו על גבי תקליטור (6/ת). אפרתי ציין כי צפה בכל הקבצים על מנת לאבחן בין קבצים בעלי תוכן פדופילי לבין קבצים בעלי תוכן אחר. הוא מציין כי רק בת/7 ישנם 210 קבצים בעלי תוכן פדופילי.
19. הנאשם לא סתר את הקביעה בדבר מספר הקבצים, אף שיכול היה לעשות כן בנקל, באמצעות הצגת תוכן הסרטים בעת החקירה או בפני בית המשפט. ודוק- העובדה כי הנאשם לא עומת עם כל סרטון וסרטון, אין בה כדי לאיין את גרסת המאשימה, הנסמכת על עדותו של אפרתי, שכאמור לא נסתרה בראיות הנאשם.
20. הודיית הנאשם בדבר הורדת הקבצים והחזקתם במחשבו האישי, נשנית גם בגרסתו בבית המשפט, או אז נטען לראשונה כי הוריד עשרות בודדות של קבצים- בין 20-30 קבצים. עוד טען, במסגרת חקירתו הנגדית, כי לא התכוון לכתחילה להוריד קבצים בעלי תוכן פדופילי והוא חוזר ומאשר כי לאחר החשיפה בטלויזיה, החל להוריד את הסרטים ועשה כן משך



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

שנתיים לערך. הנאשם אף הגדיל לאמר כי חפץ היה להוריד תוכנה שתאפשר לו לצפות בקבצים אותם לא הצליח לפתוח, אולם טרם עלה בידו להתקינה עובר לחקירתו.

21. בנסיבות המתוארות, יש לקבוע כי הנאשם מודע היה להיקף הקבצים שנשמרו על גבי מחשבו האישי ולתוכנם ואף עשה כל מאמץ כדי לצפות בהם.

22. ודוק, אינני מקבלת את טענת הנאשם, לפיה שמירת הקבצים נועדה לסייע בידי המשטרה (ת/9 ש' 6-7, 32-33; ת/10 ש' 9-13). טענה זו נסתרת מכוחה של העובדה, כי הקבצים נשמרו במחשבו משך זמן רב, מבלי שנעשתה כל פנייה לגורמי אכיפת החוק. הנאשם אף הוסיף והוריד קבצים באופן מתמיד וקונסיסטנטי (בעת החיפוש נמצאו 5 קבצים בתהליך הורדה (ת/13)). הסיבה בעטיה נמנע הנאשם מלפנות למשטרה, אף היא אינה מניחה את הדעת, בלשון המעטה, ומדברת בעד עצמה: "אמרתי אם יגיעו שוטרים בעצם לא יודע אם זה עניין של שוטרים או זה היה מלחמות באינטרנט שהמדינות האויבות שולחות למחשבים שלנו את הסרטים האלה כדי להוריד את המוראל ולפגוע באנשים...אולי מי שהגיע זה אנשי ביטחון ולא אנשי משטרה... עם מה הייתי צריך ללכת עם המחשב? החומר הזה הוא חופשי ויש גישה דרך האינטרנט וכל אחד..." (עמ' 34, ש' 27-31).

23. לא זו אף זו, העובדה כי הנאשם מחק חלק מהקבצים, מעידה אף היא, מיניה וביה, כי לא נתכוון למוסרם למשטרה, כטענתו. הנאשם עצמו מציין כי צפה בסרטים, לעיתים לכל אורכם ולעיתים דפדף בסרטים באמצעות תוכנה של מיקרוסופט (עמ' 32, ש' 15-17).

### הפגיעה הנטענת בזכות ההיוועצות

24. טיעוני ב"כ הנאשם בסוגיה זו נסמכים על דברי כב' השופט דנציגר בע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מ"י, בו ציין את הדברים שלקמן:

**"ויתור על זכות ההיוועצות צריך שיהיה ברור ומפורש ואין להכיר באפשרות לויתור משתמע...גם אם חשוד מוכן ליתן הסכמתו המפורשת לויתור על זכות ההיוועצות, על צוות החקירה לוודא שהחשוד מבין את משמעות הויתור על מנת שיהיה זה ויתור מדעת...על צוות החקירה לתעד את הויתור בהקלטת וידאו – אודיו או בלית ברירה בצורה ברורה ומפורשת בכתב, עליו חתום הנחקר"**



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

יחד עם זאת, בהמשך דבריו, מציין כב' השופט דנציגר כי:

**"עד כה דנתי בחובת מתן הודעה על זכות ההיוועצות על ידי הקצין הממונה המורה על מעצרו של חשוד. ברם, ישנם מקרים בהם החשוד-הנחקר אינו עצור ולפיכך אינו מובא בפני הקצין הממונה וכן מקרים אחרים בהם הופך אדם במהלך גביית הודעה ממנו שלא תחת אזהרה לחשוד. במקרים מעין אלו, יהיה על החוקרים עצמם לתת לחשוד הודעה כדבעי בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין בטרם יתחילו או ימשיכו בגביית הודעתו, לפי העניין".**

25. בעניינינו, הנאשם נחקר במשטרה בסטאטוס של מעוכב, ולא עצור. כפי העולה מהודעת הנאשם מיום 20.5.09 (ת/9), הנאשם יודע עובר לחקירתו על זכותו להיוועץ עם עורך-דין. הנאשם גם חתם על תוכן האזהרה הכוללת את המידע כאמור (ר' חתימתו על גבי טופס ההודעה בשפה הרוסית). הנאשם אף ציין, בעקבות שאלת חוקר בטרם החלה החקירה, כי ברצונו להיחקר בשפה הרוסית (ת/8).

26. גם במסגרת החקירה השנייה, שנתקיימה ביום 13.8.09 (ת/10) כשלושה חודשים לאחר החקירה הראשונית, חתם הנאשם על תוכן האזהרה, הכוללת את יידועו בדבר זכות ההיוועצות. הנאשם ביכר שלא לממש זכות זו, למרות שידע לאן פניו מועדות בעקבות החקירה הקודמת, ולמרות שהיה ברשותו די זמן על מנת לשוחח עם עורך דין, לו אכן חפץ בכך. ויוער כי הנאשם במסגרת חקירתו השנייה מסר גרסה דומה לזו שמסר בחקירתו הראשונית.

27. לאור האמור, יש לקבוע כי ההודעה ניתנה כדין (בפרט בשים לב לעובדה כי פסק הדין ניתן לאחר קיומן של החקירות בעניינו של הנאשם), וכי לא הייתה פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי של הנאשם, אשר בחר שלא להיוועץ בעורך דין בטרם חקירותיו.

28. ב"כ הנאשם הפנה בדבריו גם לע"א 8974/07 לין נ' מ"י (פורסם בנבו 3.11.10), שם קבע כי על הרשות החוקרת לכרוך את ההודעה אודות זכות ההיוועצות עם ההודעה על האפשרות למינוי סגור ציבורי, וכי שתיהן תימסרנה מיד בתחילת החקירה.

29. יצוין, תחילה, כי גם פסק דין זה ניתן לאחר חקירותיו של הנאשם. אמנם, על פי סעיף 19 לחוק הסנגוריה הציבורית התשנ"ו 1995, היה על החוקרים ליידע את הנאשם בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סגור ציבורי אם הוא זכאי לכך. יחד עם זאת, אין חולק כי בעניינינו פעלה המשטרה בתום לב, בהתאם להוראת סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו-1996, בהודיעה על זכות ההיוועצות. יתרה מזו, דומה כי הנאשם לא חפץ ביעוץ של עורך דין כלל, שהרי גם חודשים מספר לאחר חקירתו





## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

הראשונה, בחר להגיע לחקירה מבלי שנועץ קודם לכן בעורך דין. ועוד- לדידו, הסיבה שבגללה בחר שלא להיוועץ בעורך דין בחקירתו הראשונה הינה: "כי באותו רגע לא היה לי עורך דין מסוים שיכול להכנס לעניין" (עמ' 32, ש' 26-27 לפרוטוקול). ללמדך, כי בחירת הנאשם לא נעוצה בשאלת יכולתו הכלכלית, כפי טענת בא-כוחו.

30. יצוין עוד, כי גם בע"פ 8974/07 החליט בית המשפט שלא לפסול את הודעתו הראשונה של הנאשם ואת השחזור שבא בעקבותיה (בו יוחסה לנאשם עבירה של רצח), בצינו כי:

**"דבר זה מחייב להכריע בשאלה שהותירה השופטת (כתוארה אז) בייניש בצריך עיון, ובנוסף נצרכת כאן הרחבה של הלכת יששכרוב גם להפרת חובת ההודעה בדבר האפשרות למינוי סגור ציבורי... כשלעצמי אינני שולל הכרעה והרחבה כאמור, אך אלה אינן נדרשות בתיק זה..."** (שם, פס' כ"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

31. לפיכך, יש לקבוע כי לא הופרה זכות ההיוועצות, וכי אין בעובדה שהנאשם לא יודע בדבר זכויותו האפשריות לסגור ציבורי, כדי להשליך על חוקיות ההליך להביא לפסילת ההודאה, לא מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות, תשל"א- 1971 ולא מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב. בשולי הדברים אוסיף כי הנאשם חזר על הדברים בבית המשפט עת היה מיוצג ולכן הפגיעה בזכות ההיוועצות של המבקש איננה פה בעלת נפקות ממשיית. (ר' רע"פ 9330/12 יהונתן פנירו נ. מ"י (ניתן 30.12.12))

### אכיפה בררנית

32. ב"כ הנאשם טען לביטולו של כתב האישום מכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. לשם הוכחת טיעוניה הוגשה על ידי ההגנה אסופת פסיקה, המלמדת, לשיטתה, על הצורך בביטול כתב האישום במקרה הנדון.

33. נטען, כי המאשימה נקטה במדיניות שאינה שוויונית, תוך שהיא מפלה לרעה את הנאשם אל מול שישה אחרים באירוע, אשר גם כתובות ה- IP שלהם הועברו ליחידה הארצית בעקבות המצאות סרטון מסוים על מחשבם, ובעניינם בחרה המאשימה שלא להגיש כתב אישום. לגבי שלושה חשודים בוצעו פעולות חקירה לאחריו הוחלט לסגור את התיק בגין "עברייני לא נודע". נגד חשוד נוסף הוגש כתב אישום וביחס לשניים הנותרים נטען, כי לא נעשו כלל פעולות חקירה, כאשר במסמך האינטרפול נרשם כי לאותם אנשים יש למעלה מחמישה קבצים המכילים תוכן פדופילי.





## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

34. מנגד, טוענת המאשימה, כי לא הוכח במקרה הנדון שכתב האישום נגד הנאשם הוגש מתוך כוונה פסולה או בעטיו של שיקול זר. חמישה חשודים מתוך השבעה נבדקו, כאשר רק ביחס לשניים מהחשודים לא בוצעו פעולות חקירה.

35. דוקטרינת ההגנה מן הצדק זכתה לעיגון חקיקתי כטענה מקדמית במסגרת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. דוקטרינה זו מאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום מקום בו הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בתי המשפט יזדקקו לטענה זו אך במקרים חריגים ביותר, מקום בו יהא זה נהיר לכל, כי קיומו של ההליך הפלילי במקרה נתון יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. כפי שנקבע בע"פ 4855/02 מ"י נ' ד"ר איתמר בורוביץ פ"ד נט(6), 776, בשקלו לקבל טענת הגנה מן הצדק יידרש בית המשפט למבחן תלת שלבי. בשלב הראשון יבחן בית המשפט מהם הפגמים שנתגלו בהליך ומהי עוצמתם. בשלב השני יבחן השאלה האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת, חרף הפגמים שנתגלו בו, ובשלב השלישי, במידה והשתכנע בית המשפט כי ההליך אכן נוהל באופן הנוגד את עקרונות הצדק וההגינות, עליו לבחון האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום (ס' 21 לפסק הדין). כל זאת, תוך שקילת כלל הערכים העומדים ביסודו של ההליך הפלילי והגשמת האיזון הראוי ביניהם:

**"ההכרעה בשאלה, אם המקרה שלפני בית המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עימהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (שם, עמ' 807).**

36. האכיפה הבררנית הוכרה כתופעה אשר עשויה, בנסיבות מסוימות, לעורר חשש להתנהלות בלתי צודקת, אשר תצדיק את החלטה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק:

**"כאשר הרשות מפעילה מדיניות אכיפה אשר מפלה בין פלוגי לאלמוני על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר היא נוהגת במדיניות**



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

של אכיפה שרירותית, יהיה זה מוצדק, במקרים מסוימים, לבטל את כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה על הצדק. יחד עם זאת, חשוב לזכור כי לא כל אכיפה חלקית הינה בהכרח אכיפה סלקטיבית פסולה" (נ"פ 7014/06 מ"י נ' אהרון לימור (פורסם בנבו 4.9.07).

על אודות האבחנה בין אכיפה חלקית ובין אכיפה בררנית, ציין בית המשפט כי:

"אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית, שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק... אולם, אפשר שאכיפה חלקית תהיה אכיפה בררנית ובשל כך גם תהיה אכיפה פסולה. מהי אכיפה כזאת? ...ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (ר' בג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3), 289, 304-305).

37. יחד עם זאת, לשם הוכחת טענת האפליה, אין חובה להוכיח כי הרשות פעלה מתוך מניע פסול, ודי בהוכחת קיומה של תוצאה מפלה (נ"פ 8551/11 יצחק כהן סלכגי נ' מ"י (פורסם בנבו 12.8.12), פס' 21 לפסק הדין). נקודת המוצא היא, כי התביעה מפעילה את סמכותה תוך קיום שוויון בין כל מי שחשוד בביצוע מעשים דומים. שאם לא כן, יהיה בפועל כדי לפגוע בערכים הבסיסיים ביותר של המשטר הדמוקרטי, לפגוע בכוח המרתיע של המשפט הפלילי ותחושת הצדק. יחד עם זאת, קיימות נסיבות בהן יראה בית המשפט את האכיפה הבררנית כעניינית ומותרת, מקום בו שקלה המאשימה שיקולים ענייניים ולא פעלה מתוך מטרה פסולה או שרירות לב גרידא. עם זאת, ייתכנו מקרים בהם תיקבע קיומה של אכיפה בררנית פסולה, לאו דווקא מתוך הקביעה כי התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים אם בנסיבות המקרה הנתון סבור בית המשפט, כי ההחלטה להאשים את פלוני ולא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממתחם הסבירות (ר' פרשת בורוביץ, עמ' 813-814).

38. מקום בו יעמיד הנאשם תשתית ראייתית לכאורית לקיומה של אכיפה בררנית, או אז יעבור הנטל אל המאשימה להוכיח כי פעלה מתוך שיקולים ענייניים בלבד:

"מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתעוררת החזקה בדבר חוקיות



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

**ההחלטה המינהלית. כתוצאה עובר הנטל אל הרשות המינהלית להראות כי האכיפה, אף שהיא נראית בררנית, בפועל היא מתבססת על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטת הרשות. אם הרשות אינה מרימה נטל זה, עשוי בית-המשפט לפסול את ההחלטה בגין שיקול זר או בגין פגם אחר שנתגלה בה, או לתת סעד אחר כנגד הפגיעה בשוויון..."** (פרשת בורוביץ, עמ' 815-816).

39. ייתכן, כי בעניין הנדון, נעדרת אבחנה מהותית-עניינית בין הנאשם ובין שני המעורבים האחרים, שעניינם כלל לא נבדק, לא כל שכן לא הוגשו נגדם כתבי אישום. לא עלה בידו המאשימה לספק הסבר המניח את הדעת לסיבה בעטייה לא נפתחה חקירה בעניינם של שני החשודים, והיא לא נימקה את פשר נקיטתה במדיניות שהיא, לכאורה, אינה שוויונית.

40. בהקשר זה, ראוי לציין את דברי בית המשפט בע"פ 6328/12 מ"י נ' פרץ (פורסם בנבו 10.9.13):

**"ציינו כי כאשר מוכחת חריגה ממדיניות מבוררת של התביעה, ניתן-בנסיבות המתאימות- להורות על ביטולו של כתב האישום. מצב הדברים הוא שונה מקום בו שגתה הרשות במקרים בודדים בלבד, עת נמנעה מלהעמיד לדין את פלוני ובחרה להעמיד לדין את אלמוני. במקרה כזה, ברי כי אין לסגור בפני גורמי האכיפה השער להגשת כתבי אישום במקרים דומים. אם טענתה הרשות בעניינו של פלוני- אין הדבר מונע את העמדתו לדין של אלמוני..."** (ס' 35 לפסק הדין).

41. אף אם נצא מתוך נקודת הנחה, כי הנאשם העמיד תשתית ראייתית שיש בה כדי לסדוק את חזקת התקינות, וכי מדובר במדיניות אכיפה שרירותית, העולה כדי אפליה פסולה, הרי שעל פי הלכת בורוביץ, יש לצלוח שלושה שלבים בטרם יבוטל כתב האישום.

42. בעניין הנדון, ננקטו הליכים כנגד חמישה חשודים- חלקה הארי של קבוצה המנתה שבעה חשודים. בנסיבות אלה, דומה כי עוצמת הפגם, ככל שהוא קיים, מתקחה. האינטרס הציבורי בעניינו מצדיק את ניהול ההליך נגד הנאשם, שכן מדובר בעבירה, שאמנם אינה מן החמורות בספר החוקים, אולם היא קשורה בניצולם של קטינים וקיים אינטרס ראשון במעלה למגר תופעה זו, בין היתר באמצעות נקיטת אמצעים כנגד מי שעושה שימוש בפרסום חומר התועבה. מכאן שקיומו של ההליך הפלילי הוא חיוני, ואין הוא פוגע בתחושת הצדק וההגינות באופן המצדיק את ביטולו של כתב האישום. אשר על כן הטענה נדחית.



## בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50031-02-11 מדינת ישראל נ' בנימינוב

43. בשולי הדברים ראוי להביא את דברי בית המשפט בע"פ 5417/07 בוגר נ' מ"י (פורסם בנבו 30.5.13), שנראה כאילו נכתבו על אופן ניהול תיק זה בשינויים המחויבים;

"דומה, כי כמעט אין לך תיק שבו לא מועלית טענה לפסלות ראיה, ובעיקר, טענה לפסלות הודאה על סמך הלכת יששכרוב, כדי כך שלעיתים מתקבל הרושם כי הלכה זו נתפשת בטעות כ"חפש את הפגם".....בשנים האחרונות, ואומר את הדבר בזהירות, דומני כי מסתמנת מגמה של סטיה מהגרעין העיקרי של ההליך הפלילי אל הפריפריה של ההליך. במקום להתמקד בשאלה האם חומר הראיות עומד ברף של מעבר לספק סביר כנדרש בדין הפלילי (ה"יש" הראייתי), מושקעים המשאבים של הצדדים ושל בית המשפט בסוגיות נוסח מחדלי חקירה (ה"אין" הראייתי).... מצאתי לנכון לרשום "הערת אזהרה" זו, מחשש שמא לאחר מירון המשוכות המתואר לעיל, הצדדים ובית המשפט עלולים להימצא מותשים בבואם להתייחס לגרעין הקשה של ההליך, קרי לחומר הראיות גופו, אשר בלהט הטענות המקדמיות והמאוחרות נותר מבוזבז בקרן זוית" (פס' 17 לפסק דינו של כב' השופט עמית).

בתיק זה, למרות שלא היתה מחלוקת על התוכן הפדופילי של הקבצים ועל כך שהם הוחזקו במחשבו של הנאשם, אשר נמצא בשימוש בלבד, טענו באי כח הנאשם, טענות מטענות שונות אשר גרמו להימשכות ההליך וניסיון להתרחק מהעובדות שהן לב התיק. לכך מצטרפת גרסת הנאשם הן במשטרה והן בבית המשפט, אשר לא היה בה כדי לשכנע את בית המשפט כי החזיק את הקבצים בתום לב, שכן מדובר בגרסה תמוהה ולא רצינואלית. גרסה זו נסתרה על ידי עדי התביעה אשר העידו על אופן החזקת הקבצים במחשבו של הנאשם ועל כך שאף מחק חלק מהם.

### מסקנה

44. לאור כל האמור לעיל, נחה דעתי כי התביעה עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה במשפט הפלילי, ולפיכך אני מרשיעה את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

ניתנה היום, י"ג תשרי תשע"ד, 17 ספטמבר 2013, במעמד ב"כ הצדדים והנאשם

חנה מרים לומפ, שופטת