



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני:

בפני כב' השופט עודד שחם

מאשימה

מדינת ישראל

על ידי עו"ד אבי גרוסמן, רשות ההגבלים העסקיים

נגד

נאשמים

**1. עזרא שוהם
2. איגוד שמאי הביטוח בישראל**

על ידי עו"ד דרור מתתיהו

החלטה

- 1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
1. בפניי טענה מקדמית של הנאשמים להגנה מן הצדק. עניינה של החלטה זו בטענה האמורה. ההחלטה ניתנת על פי החומר בכתב שהוגש, בלא בדיון בעל פה. זאת, על דעת המדינה, ובלא התייחסות נוגדת מאת הנאשמים, להם ניתנה הזדמנות להגיש התייחסות כאמור.
2. טענתם העיקרית של הנאשמים היא כתב האישום שהוגש נגדם נגוע באכיפה בדרנית. מהלך הדיון יהיה כלהלן. תחילה אעמוד על תוכנו של כתב האישום במקרה שבפניי. אחרי כן, אעמוד על הרקע הנורמטיבי הכללי החובק את טענת ההגנה מן הצדק. אחרי כן, אעמוד על הכללים שעוצבו ביחס לטענה הספציפית של אכיפה בדרנית. על רקע נורמטיבי זה, אבחן את נתוניו של המקרה שבפניי, כפי שהם עולים מטענות הצדדים. בהקדמת המאוחר אציין כבר עתה, כי החלטתי לדחות את טענת ההגנה מן הצדק, מן הטעמים שיפורטו.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

כתב האישום

- 1
- 2
3. כתב האישום הוגש ביום 4.6.12. הנאשמים בכתב האישום הם מר עזרא שוהם (להלן – הנאשם), ואיגוד
- 4 שמאי הביטוח (להלן – האיגוד). על פי הנטען בכתב האישום, במועדים הרלוונטיים הנאשם שימש כיו"ר
- 5 האיגוד. בכתב האישום נטען, כי בחודש יולי 2008 או במועד סמוך לכך, הנאשם פנה באיגרת מטעם
- 6 האיגוד לחברי ענף הרכב באיגוד. באיגרת היפנה את חברי ועד הענף לחוות דעת של כלכלן מיום 1.7.08.
- 7 כמו כן, המליץ הנאשם באיגרת לחברי ענף הרכב כי יקבעו את שכר טירחתם בהתבסס על הנתונים שפורטו
- 8 באיגרת, אשר כללו עלות ממוצעת להפקת חוות דעת שמאי, זמן השקעה ממוצע בהכנת חוות דעת, ועלות
- 9 שעת עבודה של שמאי רכב. ביום 17.7.08, האיגרת הופצה בצירוף חוות הדעת הנזכרת לשמאי ענף הרכב באיגוד.
- 10 4. בכתב האישום נטען, כי במעשיהם האמורים המליצו הנאשמים על קו פעולה באשר לשכר הטרחה שעל
- 11 שמאי רכב לגבות. נטען, כי קו הפעולה האמור היה עלול למנוע או להפחית את התחרות ביניהם. נטען עוד
- 12 כי קו הפעולה נגע למחיר שיידרש, יוצע או ישולם ולרווחה שיופק. בכך, נטען כי הנאשמים היו צד להסדר
- 13 כובל, בלא לקבל אישור, היתר זמני או פטור. יוחסו להם, על רקע זה, עבירות שונות לפי חוק ההגבלים
- 14 העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן – חוק ההגבלים העסקיים).
- 15 הגנה מן הצדק – כללי
- 16 5. ההגנה מן הצדק הוכרה לראשונה בישראל בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ(2) 221 (1996).
- 17 באותה פרשה הכיר בית המשפט בכלל של השתק, המוביל לביטולו של הליך פלילי, "במקרים קיצוניים
- 18 וחריגים" (בעמוד 370). הכלל מבוסס על כוחה הרב של התביעה, אשר שמו הטוב וכבודו של אדם נתונים
- 19 בידיה. הוא מבוסס על תפיסה כי יש לרסן את עוצמת הרשות "כשווה האחרונה עשתה שימוש פרוצ, לא
- 20 הוגן ובלתי חוקי בסמכויות שניתנו לה". הוא מבוסס על תכלית של צורך בפיקוח על הפעלת כוח זה. הוא
- 21 מבוסס גם על התובנה הבסיסית, כי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצר אף הוא מתחם חדש של הליך
- 22 ראוי לתוך המערכת הקיימת" (בעמוד 368).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

6. בית המשפט עמד על הצורך לאזן בין תכליות אלה ובין תכליות המשפט הפלילי, ובהן הגמול וההגנה
על שלום הציבור והפרט (בעמוד 369). הכלל שנקבע משקף איוון כאמור. על פיו, לבית המשפט שיקול
דעת לעכב הליכים פליליים, מקום בו מדובר ב - "התנהגות ..בלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות
שעוריינית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם ... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע
ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"
(בעמוד 370). בית המשפט ציין כי מדובר "במקרים נדירים ביותר".
7. (א) הכלל הרוכך במידת מה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ'
בורוביץ (2005). העיקרון המנחה שנקבע באותה פרשה היה, כי ההגנה מן הצדק עשויה לקום מקום בו
"קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-
המשפט" (בפיסקה 21). באופן מעשי, נקבע כי על בית המשפט לקיים תהליך בחינה בן שלושה שלבים
ביישום העיקרון:
- (ב) בשלב הראשון, על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך, ולקבוע את עוצמתם. בשלב השני,
על בית המשפט לקבוע האם בקיומו של ההליך הפלילי, הרף הפגמים, יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק
וההגינות. בהקשר זה יש לאזן בין שיקולים שונים, ובהם חומרת העבירה הנדונה; עוצמת הראיות; מידת
הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן; חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם להליך הוגן, והנסיבות שהביאו
לגרימתה; מידת האשם הרובץ על הרשות; תום ליבה של הרשות. בשלב השלישי, אם נקבע כי בקיומו של
ההליך יש פגיעה חריפה כאמור בתחושת הצדק וההגינות, יש לבחון אם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו
באמצעים מתונים ומידתיים שאינם מחייבים תוצאה של ביטול כתב האישום (שם, בפיסקה 21).
8. בית המשפט הדגיש בעניין בורוביץ, כי במרכז ההגנה מן הצדק עומדת התכלית של "הבטחת קיומו של
הליך פלילי ראוי, צודק והוגן". התכלית העיקרית הינה "לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם
רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים". בית המשפט הכיר, על כן, באפשרות כי הפגיעה בתחושת הצדק
וההגינות, העשויה להקים את ההגנה, "תיוחס, לא להתנהגות שעוריינית של הרשויות, אלא, למשל,
לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקר אך המחייבות ומבססות בבירור את המסקנה,
כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

- 1 באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות" (בפיסקה 21). עם זאת, העיר בית המשפט כי מצב דברים כזה
- 2 "אינו צפוי להתרחש אלא במקרים חריגים ביותר".
- 3 9. באופן דומה, ציין בית המשפט שם, כי ההגנה מן הצדק יכולה לחול גם כאשר בית המשפט שוכנע כי
- 4 ההחלטה על העמדה לדין חרגה בבירור ממתחם הסבירות. לעניין זה נקבע, כי אמת המידה לבחינת
- 5 הסבירות שונה מזו המופעלת בביקורת שיפוטית מנהלית רגילה. נקבע, כי "בחינת סבירות שיקול-דעתה
- 6 של הרשות המאשימה על-ידי הערכאה הפלילית עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון
- 7 יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות. לכאורה הרי זה מבחן רחב
- 8 וגמיש" (שם, שם).
- 9 10. יוצא, כי בעקבות הילכת בורוביץ, חל שינוי תפיסתי מסוים בהגנה מן הצדק. היא הדלה להיות
- 10 ממוקדת אך ורק בטיב פעולתה או אחריותה של הרשות. עתה, הועמדה במוקד הפגיעה שנגרמה לנאשם
- 11 (ראו בהקשר זה את הערת בית המשפט בע"פ 5672/05 סגד בע"מ נ' מ"י (2007), בפיסקה 107). בתוך
- 12 כך, הוגמשה אמת המידה לבחינת הפגיעה, העשויה להקים הגנה מן הצדק (ראו דברי כב' המשנה לנשיא
- 13 (בדימ') מ' חשין בדנ"פ 5189/05 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (2006), בפיסקה 13).
- 14 11. כשנתיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין בורוביץ, נקלטה תורת ההגנה מן הצדק בחקיקה הראשית.
- 15 נתקבל בכנסת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב – 1982, הקובע כי ניתן
- 16 להעלות טענה מקדמית לפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית
- 17 לעקרונות של צדק והגינות משפטית".
- 18 12. פסיקת בית המשפט העליון, אשר דנה בהגנה מן הצדק לאחר חקיקת הסעיף, המשיכה ללכת בתלם
- 19 שנקבע בעניין בורוביץ. בית המשפט העליון שב והחיל את המבחנים שנקבעו באותה פרשה, גם ביישמו
- 20 את סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (ראו, למשל, ע"פ 8994/08 פלוני נ' מ"י (2009), בפיסקה 23 ;
- 21 ע"פ 3821/08 שלוחוב נ' מ"י (2008), בפיסקה 16). גם בפיסקה זו הרגיש בית המשפט העליון, כי ביטולו
- 22 של הליך פלילי בשל הגנה מן הצדק, הינו "מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נוקק לו אלא במקרים חריגים
- 23 ביותר", כפי שצוין בפרשה אחת, או "לעיתים נדירות", כפי שנקבע בפרשה אחרת.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני:

13. יוער, ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון הדים להרחבה אפשרית נוספת של הכלל, בעקבות
- חקיקת ההגנה, ולהתפתחויות נוספות בעתיד (עניין טגר הנ"ל, בפיסקה 111, שם דובר על שינוי אפשרי
- בנקודת האיוון בין השיקולים השונים, תוך שמירה על המתווה העקרוני להפעלת שיקול הדעת אשר נקבע
- בעניין בורוביץ; ע"פ 371/06 פלתי נ' מדינת ישראל (2008)).
14. להתפתחויות אלה חשיבות בהכנת גבולותיה המדויקים של ההגנה מן הצדק. עם זאת, הן אינן משנות
- את התפיסה היסודית, לפיה מקום בו קיימות ראיות המבססות את קיומה של עבירה פלילית מעבר לספק
- סביר, יתקיים הליך פלילי, ותהיה הרשעה בדין. נקודת מוצא זו נגזרת מן ההכנה, כי ה"אינטרס הציבורי
- בהעמדתם לדין של נאשמים הוא אינטרס ציבורי מרכזי, אשר סדרי החיים המודרניים תלויים בהגשמתו"
- (דברי כב' השופט א' ברק, בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב פ"ד מ(2) 393 (1986)).
- הדוקטרינה של הגנה מן הצדק הייתה, ונותרה, חריג מצומצם לכלל זה. גם בעקבות ההתפתחויות
- האמורות, ההגנה מן הצדק נותרה בבסיסה כלל מתקן, אשר נועד למנוע עוול ואי צדק במקרים פינתיים.
- ברוח זו ציין בית המשפט העליון, גם בפרשות טגר ופלתי הנ"ל, את טיבם החריג של המקרים, בהם
- תתקבל טענה מעין זו. ברוח זו צויין גם בספרות, אשר דנה בהיקף ההגנה לאחר החקיקה, כי "ברוב רובם
- של המקרים אין מקום לביטולם של משפטים פליליים" (נקדימון, הגנה מן הצדק, מהדורה שנייה (2009),
- בעמוד 125).
- הגנה מן הצדק – אכיפה בררנית
15. נקודת המוצא לדיון היא, כי על רשויות התביעה, בהחלטותיהן על הגשת כתבי אישום, לפעול באופן
- שוויוני (ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990), בעמוד 512). על
- רקע זה נפסק, כי אכיפה בררנית עשויה להקים טענת סף של הגנה מן הצדק (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל
- נ' לימוד (2007); בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל (2012), בפיסקה 14). נקודת המוצא לעניין זה
- היא, כי "רשות מינהלית המבקשת לאכוף את החוק נהנית, כמו כל רשות מינהלית, מחוקת החוקיות. מי
- שמעלה נגד הרשות טענה של אכיפה בררנית, ולכן הוא מבקש לפסול את ההחלטה, עליו הנטל להפריך
- חזקה זאת" (דברי בית המשפט בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע פ"ד נג(3) 289 (1999),
- כפי שצוטטו בהסכמה בפרשת טלכגי הנ"ל, בפיסקה 20).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני:

16. בבחינתה של טענה לאכיפה בררנית, יש להתייחס לשלושה עניינים עיקריים (ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (2012), במיסקה 14 ואילך):

3 (א) מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית.

4 (ב) באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם
5 אותה קבוצת שוויון, כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של
6 אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות.

7 (ג) מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית.

8 17. בית המשפט העליון הדגיש באותה פרשה, כי "שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בהינתן צריכה
9 להחקיים בויקה הדוקה זו לזו. כך למשל, אי-בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות
10 השוויון. כמו כן, גם כאשר ניתן לקבוע שאנשים שונים נמנים על אותה קבוצת שוויון, הבדלים מסוימים
11 בנסיבותיהם יכולים להשפיע על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה במסגרת השלב השני של הבדיקה. הכרעה
12 המתקבלת ביחס לאחת מהשאלות עשויה אפוא להשפיע על המשך הדין".

13 18. לגבי השאלה השנייה, נפסק בעניין זקין כי אכיפה בררנית היא "אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה
14 שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על
15 יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא". ברוח דומה הועמדה טענת האכיפה הבררנית בפרשת לימור, שם
16 נדונו אישומים בעבירות על חוק ההגבלים העיסוקיים, על מקרים בהם הרשות "מפלה בין פלוני לאלמוני
17 על בסיס שיקולים זרים כגון דת, גזע או מין, או כאשר היא נוהגת במדיניות של אכיפה
18 שרירותית" (בפיסקה 60). באופן דומה בעניין כנאנה נפסק בהקשר זה, כי

19 "על מנת להצליח בטענה של אכיפה בררנית, אין די להראות כי קיימים
20 מקרים דומים אחרים שבהם לא הועמדו חשודים לדין. אכיפה היא
21 בררנית, להבדיל מאכיפה סלקטיבית או חלקית, רק אם ההבחנה היא
22 שרירותית וחסרת הצדקה העלאת טענה של אכיפה בררנית, מחייבת
23 את הנאשם להוכיח כי ההבחנה שערכה התביעה בינו לבין נאשמים או



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

- 1 חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השוויון הינה שרירותית,
- 2 מפלה או שביסודה שיקולים זרים. לא כל אכיפה חלקית הינה אכיפה
- 3 ברונית, ויש בידי התביעה מתחם רב של שיקול דעת בקביעת סדרי
- 4 העדיפות באכיפת הדין הפלילי"
- 5 (להבחנה דומה בין אכיפה ברונית ובין אכיפה חלקית או מדגמית, ראו
- 6 גם בעניין זקין הנ"ל).
- 7
- 8 19. לצד קביעות אלה, ניתן להפנות להכרעה בעניין בורוביץ. באותה פרשה עמד בית המשפט על כך
- 9 שעשויים להיות מקרים נדירים ביותר, בהם "ההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה ברונית פסולה תיגזר
- 10 מנסיבות מיוחדות אחרות, ולאז דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על
- 11 שיקולים פסולים מובהקים" (בפיסקה 26). גישה דומה, ואף מרחיבה יותר ביחס לטענת האכיפה הבררנית,
- 12 עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין טלכגי (בפיסקה 21), שם צויין כי "הגישה הנוהגת במשפט
- 13 הישראלי ביחס לעילת ההפליה אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה".
- 14 20. אשר להיבט הראייתי, פסק בית המשפט העליון כי טענה לאכיפה ברונית מחייבת הנחת תשתית
- 15 ראייתית של ממש. המוקד אינו בתחושתו האישית של הנאשם, כי אם בקיומה של תשתית המלמדת על
- 16 שרירותיות או מניעים בלתי כשרים בפעולת הרשות. לעניין זה פסק בית המשפט בעניין לימור, כי
- 17 "העובדה שהמערער חש, באופן סובייקטיבי, כי נגרם לו עוול בכך שהוגש נגדו כתב אישום אין [בה]
- 18 בכדי להביא לכיטולו של כתב האישום מקום בו אין הוכחות קונקרטיות לכך שהמשיבה פעלה
- 19 ממניעים לא כשרים בהגשתו". בעניין כנאנה נפסק בהקשר זה (בפיסקה 15), כי "...על-פי-רוב, הכרעה
- 20 בטענה של הגנה מן הצדק מחייבת פריסה של מסכת עובדתית מפורטת, כאשר דווקא מן הניואנסים של
- 21 הפרטים עולה ומתגבשת טענת ההגנה, אם לאו". הצורך בתשתית ראייתית משמעותית לביסוס הטענה
- 22 עולה גם מפסקי דין נוספים (בג"צ 230/07 עטון נ' מדינת ישראל (2007), בפיסקה 5; עניין טלכגי הנ"ל,
- 23 בפיסקה 22).
- 24 21. בכל הנוגע למקרים בהם מדובר בהצגת מקרה בודד שבו לא נאכף הדין, על פי הטענה, פסק בית
- 25 המשפט העליון כי "הדיון בטענת האכיפה הבררנית הוא במידה מסוימת קל יותר ובמידה מסוימת מורכב



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני:

- 1 יותר. מחד גיסא, לעתים, היכולת להצביע על מקרה בודד שבו לא ננקטו צעדים משפטיים אינו מלמד על
- 2 מצב של 'שעירות לעזאזל' לעומת זאת, בהנחה שקיימים שני מקרים שנסיבותיהם דומות נחלש
- 3 לכאורה טיעון שיכולה להעלות הרשות לפיו מטבע הדברים אינה יכולה לנקוט באכיפה כלפי כולם
- 4 (בעניין סלכגי הנ"ל, בפסקה 19).
- 5 22. אשר לסער בגין אכיפה בדרנית, פסק בית המשפט העליון (בעניין כנאנה, פסקה 24), כי "גם כאשר
- 6 מתעוררת טענה של אכיפה בדרנית כהליך העיקרי ואף כאשר היא מתקבלת – הסעד הניתן בגינה עשוי
- 7 להשתנות בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. לעתים, קבלת הטענה מובילה לזיכוי; אולם, לא אחת
- 8 משמעות קבלת הטענה היא פחותה, ועדיין משמעותית, למשל על דרך הקלה בעונש". באופן דומה נפסק
- 9 לעניין זה בפרשת סלכגי (בפסקה 15), כי יש לבחון "האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה
- 10 המקימה 'הגנה מן הצדק' או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה".
- 11 23. על רקע מסגרת נורמטיבית זו, אפנה לבחינת נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה שבפניי.
- 12 יישום
- 13 24. בשלב זה, בו טרם נשמעו ראיות, הנחת העבודה לצורך הדיון היא כי הנטען בכתב האישום הוא נכון.
- 14 הנחת עבודה נוספת היא, כי כתב האישום מגלה עבירה, כנטען בו.
- 15 25. הנאשמים טוענים, כי במקרה אחר, בו קיים דמיון רלוונטי לעניין נשוא כתב האישום, אך נסיבותיו
- 16 חמורות לאין שיעור, נמנעה הרשות להגבלים עסקיים מהעמדת האישור העסקי ומנהליו לדין פלילי,
- 17 והסתפקה בקביעה לפי סעיף 43(א)(2) לחוק ההגבלים העסקיים. הנאשמים מרגישים כי אינם טוענים
- 18 למניע זדוני, כי אם להיעדר קריטריונים מוגדרים ושוויוניים, המוביל לשרירותיות בקבלת החלטות.
- 19 המקרה עליו נסמכים הנאשמים נדון בהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים לפי סעיף 43(א)(2), מיום
- 20 31.12.07 (להלן – קביעת הממונה). עניינה של הקביעה בפעולות והתנהלות של ארגון בתי חולים פרטיים
- 21 לחולים כרוניים בישראל (להלן – ארגון בתי החולים). נקבע בה, כי קו פעולה של ארגון בתי החולים הוא
- 22 הסדר כובל.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

26. הנאשמים טענו כי המקרה נשוא כתב האישום שבפניי קל ערך במיוחד, בשים לב למכלול של נתונים עליהם עמדו: מדובר בפעולה יחידה, המתייחסת לענף אחד בלבד מתוך חמישה הקיימים באיגוד; הפעולה מתייחסת לשמאי רכב חברי האיגוד, אשר היוו פחות משליש מכלל שמאי הרכב אשר היו רשומים בנקודת הזמן הרלוונטית במשרד התחבורה; אין בכתב האישום טענה בדבר החלטה מוקדמת של הנאשם או של האיגוד להתוות קו פעולה בנוגע לשכר טרחתם של שמאי הרכב; כתב האישום אינו מתאר ניסיונות להסתיר את הפעולה המיוחסת לנאשמים; נטען, כי מדובר בפעולה חשופה וגלויה לעין כל; אין טענה כי לאחר משלוח האיגרת לכאורה, נעשו על ידי הנאשמים פעולות ליישומה או לכבילת הנמענים לאמור בהמלצה הנטענת; אין בכתב האישום טענה כי לאחר משלוח האיגרת, היה יישום מעשי של ההמלצה הנטענת; ממילא, גם אין בכתב האישום טענה לנוק בפועל למאן דהוא, כתוצאה מן הפעולה המיוחסת בכתב האישום.
27. (א) לעומת זאת, טוענים הנאשמים כי המקרה שנדון בעניין ארגון בתי החולים חמור בהרבה. לעניין זה צוין, כי באותה פרשה התקיימה ישיבה של חברי הנהלת הארגון, במהלכה החליטה הנהלת הארגון לכנס אסיפה של נציגי מוסדות האשפוז ולדרוש מהם להימנע מהגשת הצעות במכרז, באופן קולקטיבי ומתואם; סמוך אחרי כן, התקשרה מזכירת הארגון לנציגי המוסדות כדי להזמין לאסיפה, אשר כונתה כאסיפת חירום, ואמרה להם לא לרכוש את מסמכי המכרז; באסיפת נציגי מוסדות האשפוז הקרין יו"ר הארגון מצגת שכללה נתונים כלכליים, במטרה לשכנע כי המכרז אינו כדאי מנקודת מבטו של בית חולים גריאטרי; בדברי היו"ר באסיפה, השתמש בהקשר למכרז בביטויים כגון "תהיו מאוחדים", תפרו אחד את השני, "תתברדו", "מספיק מילה"; בתום האסיפה הופץ מטעם הארגון "כתב התחייבות", להתייחס באי האסיפה, בו ההותם מתחייב לפעול בהתאם להחלטת ועד הפעולה, לרבות בכל הנוגע לאי רכישת מסמכי המכרז ואי הגשת הצעות במסגרת המכרז; נקבע בקביעה כי תכלית האסיפה ותוצאתה היו הימנעות מתואמת מהשתתפות במכרז.
- (ב) עוד נקבע, כי רוח הדברים שהושמעו באסיפה, כמו גם המידע שהוחלף בה, היו בבהינת סוגר על בריה להבטחת הימנעות המשתתפים בישיבה מלגשת למכרז; נקבע בקביעה כי לארגון תפקיד כיווץ, מתאם ומגבה של הימנעות קולקטיבית מהשתתפות במכרז; נקבע כי תפקידו המרכזי של הארגון משתרע על כל



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

- 1 שלבי העלילה המבססת קביעה זו. הוא כינס את האסיפה, אנשיו נשאו בה את הדברים, הוצגה מטעמו
2 מצגת, הארגון באמצעות הנהלתו ועורך דינו יזמו כתב התחייבות; נקבע בקביעה, כי תוצאת האסיפה היתה
3 החלטה או הסכמה מתואמת של המשתתפים, בחסות הארגון, בדבר החרמת המכרז; ההסכמה יושמה,
4 באופן שמתוך 20 מוסדות שהיו מתחרים בכוח במכרז, רק מוסדות בודדים הגישו הצעות, באופן שגרע
5 משמעותית מהצלחת המכרז; הודגש בקביעה היקפו הרחב של ענף האשפוז הסיעודי, אופיו המיוחד
6 והשלכות הפגיעה בתחרות בו על איכות השירות המוצע למטופלים, כמו גם על היקפו הכספי של השירות,
7 המשולם בחלקו הגדול מן הקופה הציבורית. מדובר על היקף כספי של מיליארד ש"ח. צוין כי ציבור
8 הנוקמים לשירותי האשפוז הוא חלש במיוחד ובעל צרכים מיוחדים.
- 9 28. על רקע כל האמור נטען כי בהשוואה בין המקרים עולה, כי במקרה הנוכחי ננקטה גישה מפלה ובלתי
10 מוצדקת, הפוגעת פגיעה חמורה בתחושת הצדק וההגינות, ומחייבת את ביטול כתב האישום.
- 11 29. דין הטענה להידחות. עיון בקביעת הממונה, על רקע כתב האישום במקרה הנוכחי, מלמד כי מדובר
12 במקרים שונים באופן מהותי בנסיבותיהם. במקרה הנוכחי מדובר בהמלצה על קו פעולה, אשר על פי
13 טיבה לא נתחמה בדרך כלשהי, בין במישור הזמן, בין במישור הענייני, בין במישור הפרסונלי, והופצה
14 לשמאי רכב חברי האיגוד. לטענת המאשימה, להמלצה האמורה עלולה להיות השפעה מתמשכת על
15 מחירי חוות הדעת של שמאים. היא נשלחה באופן אישי לכל שמאי הרכב החברים בענף הרכב באיגוד.
16 המאשימה מציינת, כי הנזק הפוטנציאלי הטמון בהעלאת מחירי שמאי הרכב כפי שהומלץ להם לעשות,
17 יכול להוביל לנזק של מיליוני ש"ח שיושת על כלל הציבור. מאליו מובן, כי בשלב מקדמי זה לא ניתן לקבוע
18 ממצא לגבי טענות אלה. עם זאת, גם לא ניתן לדחותן כבלתי מבוססות.
- 19 30. בעניין ארגון בתי החולים, עמדה במרכז ההתדיינות התנהגות שונה, אשר כללה מרכיבים שונים
20 (המלצה, ישיבת הנהלה של הארגון, אסיפה של נציגי מוסדות אשפוז, העברת מסרים בדרכים שונות,
21 הצגת מצגת, חתימה על מסמך התחייבות), ואשר התייחסה למכרז ספציפי של משרד האוצר לרכישת
22 שירותי אשפוז לקשישים סיעודיים וחשופים בנפת פתח תקווה. בהקשר זה הוטעם, כי לאסיפה האמורה
23 הגיעו המעוניינים בלבד.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

31. על רקע שוני דומה במהותו, נדחתה טענה לאכיפה בררנית בפרשה אחרת, עליה סומכים הנאשמים
בהקשרים שונים (ת.פ. 22847-12-10 (מחוזי – ירושלים) מדינת ישראל – הרשות להגבלים עסקיים נ'
בובליל ואח' (2012)). אוסיף, כי מעבר לשוני בין המקרים, ניתן לראות מן האמור לעיל, כי בכל אחד מהם
יסודות הפועלים לצד הקולא, ואחרים הפועלים לצד התומרה. במצב זה, קשה לקבל את הטענה לאכיפה
בררנית. לעניין זה ניתן להפנות לפסק דינו של בית משפט זה בע"פ 38411-12-11 מדינת ישראל נ' חחו
(2012), שם נפסק (בפיסקה 7), כי לצורך ביסוסה של טענה לאכיפה בררנית המבוססת על שרירות, אין די
בהצבעה על מקרה או מקרים אשר על פי הטענה חמורים יותר, בהם לא ננקטו הליכים פליליים. נדרש
להניח תשתית עובדתית, המלמדת כי עניינו של הנאשם "חריג באופן בולט ובלתי מנומק עד כי אין
להסבירו אלא בשרירות". כן נדרש להראות, כי ביסוד ההחלטה בעניינו של הנאשם להעמידו לדין, "עמדו
שיקולים שרירותיים, העומדים בסתירה לקווים המנחים שהציגה המערערת [המאשימה – ע.ש.]."
ההשוואה בין המקרה הנוכחי ובין המקרה של ארגון בתי החולים אינה מלמדת על עמידה בנטל האמור.
32. זאת ועוד, המאשימה עמדה בטענתה על כך, שבעניין ארגון בתי החולים היתה מעורבות של עורך דין
אשר ייעץ לארגון תוך התייחסות לנושא של הגבלים עסקיים. נטען, בהקשר זה, כי המאשימה סברה
באותה פרשה כי אין סיכוי סביר להרשעה, נוכח האפשרות הממשית שחל הסייג לאחריות פלילית הקבוע
בסעיף 34 יט לחוק העונשין, אשר עניינו טעות בדין.
33. לא נעלם מעיני, כי בעניין בובליל הנ"ל נדחתה טענת המאשימה בנקודה זו, תוך שצויין כי אינה יכולה
לעמוד, עובדתית ומשפטית, נוכח המפורט בפיסקה 59 לקביעת הממונה, ונוכח פסקי דין שהובאו באותה
פרשה (ראו פסקה 57 באותה החלטה). אע"פ, לעניין זה, כי פסקה 59 האמורה אינה מתיימרת, על פי
תוכנה, למצות את הדיון בשאלת חלותו של הסייג האמור לאחריות פלילית. יש ממש בטענת המאשימה,
כי ספק רב אם קיומו של הסייג האמור רלוונטי לקביעת הממונה. מדובר, על פניה, בהפעלת סמכות
מינהלית, אשר אינה מצויה בתחום המשפט הפלילי. משכך, יש לגלות זהירות בהסתמכות עליה, לצורך
קביעה בשאלת סבירותה של העמדה כי הסייג האמור חתר תחת קיומו של סיכוי סביר להרשעה. זו אף זו,
גם לגוף האמור בה, ניתן להבין מן הפיסקה האמורה כי באותה פרשה הייתה מעורבות מהותית של עורך



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

- 1 הדין. לא ניתן לשלול על הסף, לנוכח המתואר שם, כי אכן היה יסוד לקבוע כי בנסיבות אותו מקרה היתה
- 2 הסתמכות על עצת עורך דין, העשויה להקים הגנה ברין הפלילי.
- 3 34. בנסיבות אלה, קשה לראות בקביעת הממונה כמצביעה על תשתית עובדתית, השוללת מניה וביה את
- 4 סבירות עמדתה של המאשימה לגבי נושא ההסתמכות על עצת עורך דין בפרשת בובליל. במצב דברים זה,
- 5 לא אוכל לקבוע, על פי התשתית שבפניי, כי החלטת המאשימה לעניין זה הייתה נגועה בחוסר סבירות.
- 6 ודאי שלא אוכל לקבוע, כי ההחלטה האמורה הייתה מופרכת במידה כזו, העשויה ללמד על שרירות
- 7 בהגשת כתב האישום במקרה הנוכחי, על רקע ההשוואה בין המקרים. הדברים אמורים ביתר שאת בשים
- 8 לב למיתחם הרהב של שיקול הדעת המסור למאשימה בהחלטה על הגשת כתב אישום, ובכלל זה בהערכת
- 9 הראיות שבתיק החקירה (ראו פסק דינו של כב' השופט א' ריבלין בבג"צ 5699/07 פלוגית נ' היועץ
- 10 המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008), בפסקה 11 לפסק הדין; בג"צ 2534/97 יחב נ' פרקליטת
- 11 המדינה פ"ד נא(3) 1(1997) בעמוד 31; בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי
- 12 לממשלה, פ"ד נד(1) 659(2000) בעמוד 666). לא למותר להוסיף, כי על רקע טיבו האמור של שיקול
- 13 הדעת, החליט בית המשפט בעניין בובליל האמור שלא לבטל את כתב האישום בשל הגנה מן הצדק, חרף
- 14 העובדה שהגיע למסקנה כי כתב האישום שבפניו נגוע באפליה (ראו שם, בפסקה 69).
- 15 35. לכל האמור אוסיף, כי רב המרחק בין טעות בתום לב ובין שרירות. בהחלטה על הגשת כתב אישום
- 16 יכול וטיפול טעות. לא אחת, הדבר עולה מהכרעות דין בהליכים פליליים, בהן נדחות לגופן טענות
- 17 שהועלו בכתב האישום. אין בכך כדי ללמד בהכרח על מימד של שרירותיות, העשוי לבסס טענה בדבר
- 18 הגנה מן הצדק. השאלה אם די בתשתית ראייתית מסוימת כדי להביא להרשעה היא שאלה מובהקת של
- 19 הערכה. לא ניתן לכלוא אותה בנוסחאות מדויקות. הוא הדין בשאלה האם תשתית ראייתית מסוימת
- 20 מעמידה בסימן שאלה מהותי את הסיכויים להרשעה, נוכח טענת הגנה אפשרית העולה ממנה. מכך נגזר
- 21 שיקול הדעת הרהב של התביעה הכללית בבחינת הראיות שבפניה, לצורך הגשת כתב אישום, עליו עמדתי
- 22 לעיל. גם אם הערכה בעניין כלשהו התבררה כדעבד כמוטעית – ואיני קובע כי כך היה בעניין ארגון בתי
- 23 החולים הנ"ל - אין הדבר מצביע על מימד של שרירות בהפעלת שיקול הדעת.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

36. בהקשר זה אוסיף ואציין, כי בית המשפט העליון חזר ופסק, בהקשר זה, כי טעות בשיקול דעת של גורמי האכיפה לגבי נאשם אחד, אינה מהיבט, באופן אוטומטי, שיחרור של הנאשם האחר. הודגש הצורך לאזן בין עיקרון השוויון, ובין האינטרסים אשר הליכי המעצר נועדו להגשים, ובכלל זה השמירה על בטחון המתלונן והציבור, והבטחת התקינות של ההליך השיפוטי (ראו בש"פ 5398/03 דוד נ' מדינת ישראל (2003); ראו ברוח דומה בש"פ 345/89 מסיקה נ' מדינת ישראל פ"ד מג(2) 423 (1989) בעמוד 426).
37. כך הוא גם בכל הנוגע להחלטה על הגשת כתב אישום במקרה שבפניי, או להחלטה שלא להגיש כתב אישום בעניין ארגון בתי החולים הנ"ל. אכן, אין טענה כלפי תוס ליבה של הרשות. אין מחלוקת גם, כי בדיון הרלוונטי הנוגע לסוגיית ההסתמכות על עצת עורך דין חל שינוי זמן לא רב לפני שיצאה קביעת הממונה בעניין ארגון בתי החולים. גם אם הייתי מקבל, נוכח ההחלטה בעניין בובליל הנ"ל, כי נפלה טעות בהחלטה שלא להגיש כתב אישום בפרשת ארגון הרופאים כשל תחולתה האפשרית של הוראת סעיף 34 יט' לחוק העונשין, אין בכך כדי להצביע על שרירות. אף אין במקרה בודד זה כדי ללמד על פגם בעוצמה העשויה להעמיד טענה של הגנה מן הצדק.
38. בתוך כך אוסיף, כי לא הוצבע, ולו לכאורה, על כך שהטיפול בעניינים של הנאשמים היה חריג לאופן ההתייחסות של המאשימה למקרים דומים. מסקנה זו אינה משתנה גם נוכח רשימת חקירות שהועברה על ידי המאשימה לבא כוח הנאשמים (נספח לתשובת הנאשמים לתשובת המאשימה בהליך שבפניי). עולה כי בתיקים אחרים בהם נדונה וטענה בדבר קו פעולה של איגוד עסקי (סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים), הוחלט על הגשת כתב אישום. בתיקים אחרים הוחלט שלא להגיש כתב אישום כאמור, מסיבות ראייתיות. לא עולה מן הרשימה האמורה אינדיקציה, ולו לכאורית, לשרירותיות בהגשת כתב האישום בהליך הנוכחי. הרברים אמורים ביתר שאת נוכח האינדיקציות עליהן עמדה המאשימה, לגבי האינטרס הציבורי כבד המשקל המגולם בכתב האישום ושוא ההליך הנוכחי. בהקשר זה, מקובלת עליי הגישה המרוסנת, עליה עמד לעניין זה בית המשפט בפרשת בובליל הנ"ל (בפיסקה 55 להחלטתו).
39. מכל האמור, על רקע הכללים לעניין התשתית הראייתית אשר יש להניח לכיסוסה של הגנה מן הצדק, ועל רקע חריגותם של המקרים בהם תתקבל טענה זו, עולה כי יש לדחות את טענת הנאשמים להגנה מן



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני :

- 1 הצדק. לא הונחה תשתית המלמדת על פגיעה ממשית בתחושת הצדק, על פי אמות המידה שפורטו.
- 2 ממילא, אין מקום לסער מרחיק הלכת של ביטולו של כתב האישום.
- 3 40. בשולי הדברים אציין, כי איני סומך את החלטתי על הטענה (המבוססת על ההחלטה בעניין בובליל
- 4 הנ"ל), לפיה קביעת הממונה בעניין ארגון בתי התולים היתה אמורה לשמש לנאשמים שבפני תמרוז
- 5 אוהרה. כאמור, המקרים שונים. גם אין בפניי אינדיקציות ברורות אשר על יסודן אוכל לקבוע כי הנאשמים
- 6 ידעו, או היה עליהם לדעת, על ההחלטה האמורה. במצב זה, ואף כי הקביעה קדמה במספר חודשים
- 7 למשלוח הפרסום נשוא כתב האישום, איני מתבסס על עניין זה בהחלטתי.
- 8 41. אוסיף ואציין, כי לא נעלם מעיני שבניגוד למקרה שנדון בעניין בובליל הנ"ל, לנאשמים במקרה
- 9 שבפניי לא נשלח מכתב אוהרה על ידי המאשימה. בעניין בובליל היוותה עובדה זו אחד מכמה נימוקים
- 10 לדחיית הטענה של הגנה מן הצדק. ברם, לא מצאתי בכך עוגן לטענת הנאשמים בדבר עשיית איפה ואיפה
- 11 על ידי המאשימה. המאשימה טענה, ובשלב זה טענתה לא נסתרה, כי נודע לה על המקרה נשוא כתב
- 12 האישום כשנה לאחר עשיית הפרסום. ספק אם במצב זה היה טעם במשלוח אוהרה לנאשמים או למי מהם.
- 13 בכך שונה המקרה מזה שנדון בעניין בובליל, שם עולה מן ההחלטה הנזכרת לעיל כי המקרה נודע לרשות
- 14 סמוך להתרחשותו. בנסיבות אלה, העובדה שבמקרה הנוכחי לא נשלחה אוהרה דומה, אינה מצביעה, ולו
- 15 לכאורה, על אפלייה כלשהי של הנאשמים לדעה. הדברים אמורים ביתר שאת באין מחלוקת, כי משלוח
- 16 אוהרה כאמור אינו מהווה תנאי מוקדם לפתיחת חקירה על ידי הרשות להגבלים עסקיים.
- 17 42. התוצאה של כל האמור היא, כי הטענה להגנה מן הצדק נדחת. הנאשמים יגישו תשובה מפורטת
- 18 לכתב האישום עד ליום 9.1.13. נקבעת בזה ישיבה ליום 17.1.13 שעה 9:30, לצורך קביעת סדרי ומועדי
- 19 שמיעת התיק, וכן לצורך דיון לפי סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב – 1982.
- 20 ניתנה היום, כ"ה כסלו תשע"ג, 09 דצמבר 2012, בהעדר הצדדים.
- 21



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 4016-06-12 מדינת ישראל נ' שוהם ואח'

תיק חיצוני:

עודד שחם, שופט

1
2