

בעניין : תנועת אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי (ע"ר)
עמותה רשומה מס' 580410967
מרחוב לבונטין 12, תל אביב
ע"י ב"כ גד מינא ושות', עורכי דין
מרחוב הנצי"ב 39, תל-אביב 67015
טלפון : 03-5623332 ; פקס : 03-5622882

העותרת

- נ ג ד -

1. פרקליט המדינה, מר משה לדור
מרחוב צ'אלח א-דין 29, ת.ד. 49029, ירושלים 91490
2. פרקליט מחוז ירושלים (פלילי), מר אלי אברבנאל
מרחוב עוזי חסון 4, ירושלים 94152
3. עו"ד אוריאל מסר
מרחוב שלומציון המלכה 18, ירושלים 94146

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי, כדלקמן :

- א. צו המופנה למשיבים והמורה להם להתייצב בפני בית המשפט הנכבד וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטת המשיבים 1-2 שלא להגיש כתב אישום כנגד המשיב 3 בגין מעורבותו בשתיים מן הפרשיות (פרשת מרכז ההשקעות ופרשת מעטפות הכסף, כהגדרתן להלן) שבגינן הוגש כתב אישום בבית המשפט המחוזי בירושלים כנגד ראש הממשלה לשעבר, מר אהוד אולמרט, במסגרת ת"פ 402/09 ;
- ב. צו המופנה למשיבים והמורה להם להתייצב בפני בית המשפט הנכבד וליתן טעם מדוע לא יוגש כתב אישום כנגד המשיב 3 בגין מעורבותו בשתיים מן הפרשיות (פרשת מרכז ההשקעות ופרשת מעטפות הכסף, כהגדרתן להלן) שבגינן הוגש כתב אישום בבית המשפט המחוזי בירושלים כנגד ראש הממשלה לשעבר, מר אהוד אולמרט, במסגרת ת"פ 402/09 ;
- ג. צו המופנה למשיב 1 המורה לו להתייצב בפני בית המשפט הנכבד וליתן טעם מדוע אינו מגיש כנגד המשיב 3 קובלנה לבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, מכוח סמכותו על פי סעיף 63 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961 בגין מעורבותו של המשיב 3 בשתיים מן הפרשיות (פרשת מרכז ההשקעות ופרשת מעטפות הכסף, כהגדרתן להלן) שבגינן הוגש כתב אישום בבית המשפט המחוזי בירושלים כנגד ראש הממשלה לשעבר, מר אהוד אולמרט, במסגרת ת"פ 402/09 ;
- ד. כל צו צודק ונכון בנסיבות העניין.

1. מבוא

- 1.1. כנגד ראש ממשלת ישראל לשעבר, מר אהוד אולמרט (להלן: "אולמרט") וראש לשכתו לשעבר, הגב' שולה זקן (להלן: "זקן"), הגישו המשיבים 1-2 כתב אישום חמור ביותר, בין היתר, בגין פרשת קבלת הכספים ממר משה טלנסקי (להלן: "טלנסקי") וניהול הקופה הסודית על ידי המשיב 3, עו"ד אוריאל מסר (להלן: "עו"ד מסר") ובגין פרשת מרכז ההשקעות.
- 1.2. בכתב האישום נטען, בין היתר, כי עו"ד מסר ניהל מעין "קופה סודית" במשרדו עבור אולמרט בה נשמרו סכומי כסף גדולים (שהגיעו למאות אלפי דולרים) שמקורם בטלנסקי ובמקורות אחרים. עוד נטען, כי עם מינויו של אולמרט כשר בממשלה, החל עו"ד מסר לייצג לקוחות בעניינים שנמצאו בתחום אחריותו של אולמרט וכי אולמרט פעל "לטובת לקוחותיו של עו"ד מסר, בנושאים שונים בהם הם נזקקו להחלטותיו ולהחלטות גורמים אחרים במשרדו".
- 1.3. מכתב האישום עולה, כי עו"ד מסר היה שותף לעבירות לכאורה שביצע אולמרט: "נוכח שלל הקשרים, הזיקות והאינטרסים המשותפים שבין הנאשם לבין עו"ד מסר, שהתאפיינו, בין השאר, בשותפות לפעולות נסתרות שבניגוד לדין, כמתואר לעיל, היה הנאשם מצוי במחויבות אישית עמוקה כלפי עו"ד מסר אשר בעטייה היה עליו למשוך ידיו מכל עיסוק הנוגע לעו"ד מסר וללקוחותיו במסגרת מילוי תפקידיו הציבוריים" (ראו סעיף 32 לכתב האישום).
- 1.4. למרות הנטען בכתב האישום, החליטו המשיבים 1-2 (בניגוד להמלצת משטרת ישראל) להימנע מלהעמיד לדין את עו"ד מסר וזאת "מחוסר ראיות מספיקות". כפי שנראה בהרחבה להלן, קביעה זו (לפיה אין ראיות מספיקות) עומדת בסתירה חזיתית לטענות המשיבים 1-2 בכתב האישום.
- 1.5. חזקה היא, כי הנטען על ידי המשיבים 1-2 במסגרת כתב האישום כנגד אולמרט מגובה בראיות. כפי שנראה להלן, די בנטען בכתב האישום, כדי להצדיק את העמדתו לדין של עו"ד מסר. החלטת המשיבים 1-2 להימנע מלהגיש כתב אישום כנגד עו"ד מסר מבוססת על קביעות שסותרות את הנטען על ידי אותם משיבים בכתב האישום.
- 1.6. לפיכך, ישנן שתי אפשרויות: או שהנטען בכתב האישום שהוגש כנגד אולמרט אינו מגובה בראיות אך שהחלטה להימנע להעמיד לדין את עו"ד מסר הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ומהותי באופן המצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד.
- 1.7. ויודגש, בכדי להכריע בעתירה זו, אין בית המשפט הנכבד נדרש לעיין בחומר הראיות עצמו. כאמור, די לעיין בכתב האישום בכדי להבין שהחלטה להימנע

מלהעמיד לדין את עו"ד מסר הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. החלטה זו אף פוגעת המינהל תקין ובטוהר המידות.

2. הצדדים לעתירה

- 2.1. העותרת הינה עמותה הרשומה כדין בישראל. העותרת, שהוקמה בשנת 2003, הינה תנועה הפועלת, בין היתר, למען מינהל תקין וטוהר המידות. העותרת חרתה על דגלה, בין היתר, את המאבק בשחיתות של נבחרי ועובדי ציבור והיא בבחינת "עותר ציבורי" בעתירה זו.
- 2.2. המשיב 1, פרקליט המדינה, חתום על כתב האישום שהוגש ביום 30.8.2009 בבית המשפט המחוזי בירושלים כנגד אולמרט וזקן (להלן: "**כתב האישום**"). ההחלטה להימנע מהגשת כתב אישום כנגד המשיב 3, עו"ד מסר, התקבלה על דעתו של פרקליט המדינה.
- 2.3. המשיב 2, פרקליט מחוז ירושלים, חתום אף הוא על כתב האישום והוא שהחליט להימנע מהגשת כתב אישום כנגד עו"ד מסר.
- 2.4. המשיב 3, עו"ד מסר, הינו, על פי כתב האישום, "**ידידו ואיש אמונו משכבר הימים**" של אולמרט. עו"ד מסר נשוי לעוה"ד דוידה לחמן מסר, ששימשה כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה. בגין קרבתה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מני מזוז, נמנע האחרון מלעסוק בעניינו של עו"ד מסר.
- 2.5. יצוין, כי היועץ המשפטי לממשלה הנוכחי, מר יהודה וינשטיין, לא צורף כצד לעתירה, הואיל והודע, כי הוא לא יעסוק בפרשות אולמרט.

3. רקע עובדתי כללי - כתב האישום נגד אולמרט

- 3.1. ביום 30.08.2009 הגישו המשיבים 1-2 את כתב האישום. העתק כתב האישום מצ"ב כנספח "1".
- 3.2. כתב האישום מפרט ארבעה אישומים, כדלקמן: "פרשת ראשונטורס" (כנגד אולמרט וזקן); קבלת כספים שלא כדין מטלנסקי וניגוד עניינים מול טלנסקי ועו"ד מסר (ניגוד העניינים מול עו"ד מסר ידוע גם כפרשת "מרכז ההשקעות") (כנגד אולמרט וזקן); מרמה כלפי מבקר המדינה (כנגד אולמרט) ופרשת האזנות הסתר (כנגד זקן).
- 3.3. עניינה של עתירה זו באישום השני, קרי בקבלת כספים שלא כדין מטלנסקי ובניגוד העניינים מול עו"ד מסר.

3.4. בפרשת טלנסקי (הידועה גם כפרשת מעטפות הכסף) מואשם אולמרט, כי קיבל מטלנסקי סכום מצטבר של למעלה מ-600,000 דולר ארה"ב במהלך השנים 1997-2006 וכן קיבל ממנו כספים נוספים למימון מערכת בחירות בשנת 1993.

3.5. על פי כתב האישום, כספים אלו הועברו בדרכים שונות - חלקם נרשמו כבטוחה לכיסוי חובותיו של אולמרט בבנק לאומי סניף ראשי ירושלים; חלקם הועברו לחשבונות בנק שנפתחו על שמו של עו"ד מסר בנאמנות עבור אולמרט; חלקם הועברו לאותם חשבונות כתרומות מבני משפחתו של טלנסקי; וכן החלק הארי של הכספים הועבר במזומן, בין אם ישירות לידיו של אולמרט ובין אם לידיה של זקן אשר העבירה את מעטפות הכסף שקיבלה מטלנסקי לידיו של עו"ד מסר אשר הפקיד מעטפות אלו בכספת שבמשרדו (להלן וכפי שמכונה הכספת בכתב האישום: **"הקופה הסודית"**).

3.6. לעניין הכספים שהופקדו בקופה הסודית, מואשם אולמרט גם, כי נמנע מלדווח למבקר המדינה על קבלת כספים אלו ואחזקתם אצל עו"ד מסר בין השנים 2003-2006 ובכך הונה את מבקר המדינה.

3.7. בפרשת ניגוד העניינים מול עו"ד מסר מואשם אולמרט, כי על אף מחויבותו האישית לעו"ד מסר, הן בשל היכרותם רבת השנים והן בשל החזקת הקופה הסודית על ידי עו"ד מסר לטובתו של אולמרט, לא נמנע אולמרט מלעסוק בענייניהם של עו"ד מסר ולקוחותיו העסקיים. לא זו אף זו, אלא שאולמרט אף הוסיף ופעל, במסגרת תפקידיו השונים בממשלה, לטובת לקוחותיו של עו"ד מסר תוך שהוא מקבל החלטות חריגות ומשנה החלטות של הדרגים המקצועיים לטובת אותם לקוחות.

3.8. יצוין, כי כתב האישום מפרט בהרחבה לגבי מערכת היחסים שבין אולמרט ועו"ד מסר בדגש על ניגוד העניינים החריף שבו נמצא אולמרט כלפי עו"ד מסר. ניגוד עניינים זה, בהתאם לכתב האישום, מהווה שימוש לרעה במעמדו ותפקידו של אולמרט כשר בממשלת ישראל וכן מהווה פגיעה מהותית וקשה בטוהר המידות ובתקינות פעולותיו של המנהל. להלן, ציטוט מתוך כתב האישום (סעיפים 31-32 לפרק ו' באישום השני) ובו תיאור מערכת היחסים בין אולמרט לעו"ד מסר:

"מזה שנים רבות, לרבות בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, התקיימה בין הנאשם לעו"ד מסר מערכת יחסים הדוקה, הכוללת זיקות וקשרים שונים כדלהלן:

(א) הנאשם ומסר הינם חברים קרובים מזה למעלה משלושים שנים.

(ב) בין השנים 1977-1989, היו עו"ד מסר והנאשם שותפים במשרד עורכי הדין שניהלו במשותף בירושלים.

(ג) לאחר סיום השותפות האמורה (עקב איסור "עיסוק נוסף" שהוטל בחוק על חברי כנסת), ובכלל זה בתקופה בה כיהן אולמרט כשר התמ"ת, התמידו אולמרט ומסר לקיים קשר אינטנסיבי קרוב, במהלכו

נפגשו עשרות פעמים בשנה, בלשכתו של אולמרט ובמקומות אחרים, וזאת למטרות עיסקיות, אישיות ואחרות.

(ד) כמו כן, במהלך השנים הללו, ייצג עו"ד מסר את אולמרט ומשפחתו בשורה של עניינים משפטיים שונים; חלקם שלא בשכר, או בשכר מופחת, וזאת על רקע הקשרים המיוחדים בין השניים.

(ה) עו"ד מסר היה פעיל מרכזי, כמפורט לעיל, בסיוע לנאשם בהתמודדויות הפוליטיות השונות שלו, ואף שימש כיו"ר של עמותות שפעלו לבחירתו למשרות ציבוריות, כמותואר לעיל.

(ו) בתוך כך, כנזכר לעיל, בעקבות היווצרותו של החוב לבנק בסך של כ- 1.7 מליון ש"ח בעטייה של מערכת הבחירות שניהל הנאשם באמצעות עמותת "ירושלים בראשות אולמרט" – חוב שהנאשם ואולמרט היו ערבים לו אישית – הנחה הנאשם את עו"ד מסר כיצד להסדיר את כיסוי יתרת החוב באמצעות טלנסקי. עו"ד מסר אכן פעל מול טלנסקי, שהעביר לו מחשבונותיו מאות אלפי דולרים שגרשמו תחילה כבטוחה ולאחר מכן שימשו לשם כיסוי החוב. עו"ד מסר פעל מול הבנק לביצוע תשלום עיקר החוב ולמחיקת יתרתו.

(ז) בניגוד לחובה שהיתה מוטלת עליהם, פעולה זו של כיסוי חוב הבחירות של העמותה על ידי כספים שהתקבלו מטלנסקי כאמור לא דווחה למבקר המדינה.

(ח) בנוסף לכל האמור לעיל, ניהל עו"ד מסר עבור הנאשם, ללא תמורה, בתקופה הנדונה (2003-2006) את "הקופה הסודית" בכספות משרדו ובבנק שבהן הוחזקו מאות אלפי דולרים של הנאשם במזומן, שמקורם בטלנסקי וממקורות נוספים שאינם ידועים למאשימה.

נוכח שלל הקשרים, הזיקות והאינטרסים המשותפים שבין הנאשם לבין עו"ד מסר, שהתאפיינו, בין השאר, בשותפות לפעולות נסתרות בניגוד לדין, כמותואר לעיל, היה הנאשם מצוי במחויבות אישית עמוקה כלפי עו"ד מסר, אשר בעטייה היה עליו למשוך ידיו מכל עיסוק הנוגע לעו"ד מסר וללקוחותיו במסגרת מילוי תפקידיו הציבוריים. במיוחד כך, שעה שכהן כשר המופקד על משרדים כלכליים, כמותואר לעיל

3.9. העבירות בהן מואשם אולמרט באותן פרשיות הנזכרות לעיל (טלנסקי ומרכז ההשקעות), הינן עבירות של מרמה והפרת אמונים בהתאם לסעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

4. ההחלטה לסגור את התיק בעניינו של עו"ד מסר

4.1. ביום 19.11.2009 החליט המשיב 2 שלא להגיש כתב אישום כנגד עו"ד מסר בשל היעדר ראיות מספקות (להלן: "ההחלטה"). העתק ההחלטה, שנתקבלה כאמור על דעת המשיב 1, מצ"ב כנספח "2". יצויין, כי לפי פרסומים שונים, ההחלטה התקבלה בניגוד להמלצת משטרת ישראל.

4.2. בהחלטת המשיבים 1-2 נבחנו שתי עבירות שבגינן, לדעת המשיבה, ניתן היה להאשים את עו"ד מסר: עבירת השוחד בהתאם לסעיף 291 לחוק העונשין ועבירת מרמה והפרת האמונים הנזכרת לעיל. יצויין, כי אולמרט עצמו לא הואשם בעבירת השוחד (בעניינו לפי סעיף 290 לחוק העונשין), על אף המלצת המשטרה לעשות כן.

- 4.3. בעניין עבירת השוחד, נקבע בהחלטה, כי בין אולמרט ועו"ד מסר התקיימה מערכת יחסים ארוכת שנים שבגינה לא ניתן לקבוע כי העזרה שהושיטו אולמרט ועו"ד מסר זה לזה - אחזקת הקופה הסודית מחד ומתן סיוע ללקוחות עו"ד מסר מאידך - ניתנה כמתן ולקיחת שוחד דווקא.
- 4.4. בגין עבירת הפרת האמונים, נקבע בהחלטה, כי על אף שבאופן עקרוני לא קיימת מניעה להגיש כתב אישום כנגד אזרח שאינו עובד ציבור בגין עבירה זו, בעניין הנדון לא מתקיים מרכיב חומרה נוסף הנדרש לצורך אישום שכזה.
- 4.5. המשיבים 1-2, נותנים, במסגרת ההחלטה דוגמאות לאותו מרכיב חומרה נוסף כגון: קיומו של קשר פלילי מוקדם בין האזרח לעובד הציבור או ראיה לכך שעובד הציבור סטה בהחלטותיו מן השורה או התנהגות חמורה של האזרח המצדיקה הטלת אחריות בפלילים או מודעות של האזרח לטיב התנהלותו של עובד הציבור בקשר לביצוע העבירה.
- 4.6. לצורכי עתירה זו, נניח, כפי החלטת המשיבים 1-2, כי לצורך העמדתו לדין של אזרח שאינו עובד ציבור בעבירה של מרמה והפרת אמונים, אמנם נדרש מרכיב חומרה נוסף. להלן, נראה, כי על פי כתב האישום שהוגש על יד המשיבים 1-2 כנגד אולמרט מתקיים לא רק מרכיב חומרה אחד אלא מספר רב של מרכיבים כאמור שעונים אחת לאחת לדוגמאות שנותנים המשיבים 1-2 למרכיבי חומרה במסגרת ההחלטה.
- 4.7. ההחלטה להימנע מלהגיש כתב אישום כנגד עו"ד מסר אינה עולה, אפוא, בקנה אחד עם טענות המשיבים 1-2 בכתב האישום שהוגש רק כחודשיים לפני קבלת ההחלטה.

5. קיומו של קשר פלילי מוקדם

- 5.1. הרכיב הראשון בו דנה המשיבה בהחלטתה הינו קיומו של קשר פלילי מוקדם לפעול באופן פסול בין האזרח לבין עובד הציבור, קרי בין אולמרט לבין עו"ד מסר. לטענת המשיבים 1-2, לא נמצאו די ראיות לבסס חשד לקשר שכזה.
- 5.2. עם זאת, מערכת היחסים שבין אולמרט לבין עו"ד מסר, כפי שהיא מפורטת על פני סעיפים רבים בכתב האישום, אינה מותירה כל ספק באשר לקיומו של קשר פלילי מוקדם.
- 5.3. כך בסעיפים 6-10 בפרק ב' באישום השני, ובסעיף 31(ו) לפרק ו' באישום השני שבכתב האישום, מפורטת מעורבותו של עו"ד מסר בהעברת הכספים מטלנסקי לאולמרט במהלך הבחירות לעיריית ירושלים בשנת 1998. לצורך הבחירות הוקמה עמותה בשם "ירושלים המלוכדת בראשות אהוד אולמרט 1998" (להלן: "העמותה") בה כיהן עו"ד מסר כיושב ראש.

5.4. בתום מערכת הבחירות נותר בחשבון העמותה חוב שתפח עד למעל 2 מיליון ₪. לחוב זה היו ערבים באופן אישי אולמרט ועו"ד מסר. עו"ד מסר, בהוראת אולמרט, הוא זה אשר פנה אל טלנסקי לצורך כיסוי החוב:

"31(ו). .. עו"ד מסר אכן פעל מול טלנסקי, שהעביר לו מחשבוניות מאות אלפי דולרים שנרשמו תחילה כבטוחה ולאחר מכן שימשו לשם כיסוי החוב. עו"ד מסר פעל מול הבנק לביצוע תשלום עיקר החוב ומחיקתו."

5.5. בסעיף 31(ז) לפרק ו' באישום השני שבכתב האישום מציינים המשיבים 1-2 במפורש, כי **"בניגוד לחובה שהייתה מוטלת עליהם¹ (אולמרט ועו"ד מסר- הח"מ), פעולה זו של כיסוי חוב הבחירות של העמותה על ידי כספים שהתקבלו מטלנסקי כאמור לא דווחה למבקר המדינה"**.

5.6. על אף שסעיף זה נכתב על ידי המשיבים 1-2 עצמם, לא ראו הם כל קושי לטעון בהחלטה, כי **"עו"ד מסר אינו עובד ציבור ולא הוכחה מעורבות כל שהיא מצידו בהפרת חובות הדיווח החלות על מר אולמרט למבקר המדינה"**. הסתירה ברורה – שני המסמכים, החתומים על ידי אותם אנשים, מתארים מצב עובדתי ומשפטי שונה לחלוטין זה מזה.

5.7. בסעיפים 33-54 לפרק ו' באישום השני שבכתב האישום מתוארת פעילותו של אולמרט לטובת לקוחותיו של עו"ד מסר במסגרת מילוי תפקידו הציבוריים כשר בממשלה. עם זאת, מניסוח כתב האישום ברור, כי מקורו של שיתוף הפעולה הפסול הוא דווקא בעו"ד מסר ולא דווקא באולמרט:

"34. מאז מונה הנאשם לתפקידיו השונים כחבר ממשלה, החל עו"ד מסר לייצג לקוחות שונים בנושאים עסקיים שהייתה להם נגיעה לתחומי האחריות של הנאשם, בעיקר במשרד התמ"ת... חלקם של הלקוחות הגיעו אל עו"ד מסר בשל קירבתו לנאשם, ולחלקם פנה עו"ד מסר מיוזמתו הוא"

5.8. היינו, עו"ד מסר ראה במינויו של אולמרט כחבר ממשלה כהזדמנות מבחינתו להתחיל לייצג לקוחות בנושאים עליהם היה מופקד אולמרט – לקוחות אותם לא ייצג קודם למינויו של אולמרט.

5.9. בסעיפים 23-27 לפרק ד' באישום השני שבכתב האישום מפורט אופן ניהול הקופה הסודית שבמשרדו של עו"ד מסר, שבה הוסתרו כספים אשר התקבלו מטלנסקי. בסעיף 24 מציינים המשיבים 1-2 במפורש כי: **"הכספים הועברו לעו"ד מסר, בדרך כלל על ידי הנאשמת, כדי שישמור אותם בנאמנות ובאופן נסתר עבור הנאשם"**.

5.10. מהאמור בכתב האישום, כפי שפורט לעיל, ברור, כי הן בעניין כיסוי חוב העמותה, הן בעניין פרשת ניגוד העניינים והן בעניין הקופה הסודית, לא התרחשו האירועים

¹ לאורך העתירה כולה, ההדגשות אינן במקור אלא אם נאמר כן במפורש- הח"מ.

מעצמם ובין אולמרט לעו"ד מסר נוצר קשר פלילי מוקדם לביצוע אותם מעשים שבגינם קבעו המשיבים 1-2, כי אולמרט יועמד לדין.

5.11. כיצד ניתן לטעון שאדם המכהן בראש עמותה ואף ערב אישית לחובותיה בסך 2 מיליון ₪, מהווה גורם תמים בסגירת אותו חוב, על אף שהוא זה אשר הביא למחיקת אותו חוב בעצמו? כיצד ניתן לטעון, כי עורך דין מנוסה מסתיר מאות אלפי דולרים עבור אדם אחר מבלי להיות מעורב בכך או מבלי להפיק כל תועלת מהסתרת כספים אלו? במיוחד כך, שעה שהמשיבים 1-2 טוענים בכתב האישום שהכספים הוחזקו על ידי עו"ד מסר באופן "נסתר" עבור אולמרט.

5.12. מהאמור בכתב האישום, כפי שפורט לעיל, עולה בבירור, כי עו"ד מסר הוא שיוזם את הקשר שבין לקוחותיו לבין אולמרט מתוך ידיעה, כי אולמרט, מתוקף תפקידו השונים בממשלה ועקב מחויבותו לעו"ד מסר, בין היתר, בגין הסתרת הכספים על ידי עו"ד מסר, יוכל לסייע לו בקידום ענייניהם של לקוחותיו. הדבר אף נאמר בסעיף 32 בפרק ו', באישום השני שבכתב האישום:

"32. נוכח שלל הקשרים, הזיקות והאינטרסים המשותפים שבין הנאשם לבין עו"ד מסר, שהתאפיינו בין השאר בשותפות לפעולות נסתרות שבניגוד לדין, כמתואר לעיל, היה הנאשם מצוי במחויבות אישית עמוקה כלפי עו"ד מסר, אשר בעטייה היה עליו למשוך ידיו מכל עיסוק הנוגע לעו"ד מסר וללקוחותיו במסגרת מילוי תפקידיו הציבוריים."

כפי שנאמר לעיל, בעניין עבירת השוחד, קבעו המשיבים 1-2 בהחלטתם, כי לא ניתן לראות במערכת היחסים הקרובה ורבת השנים שבין אולמרט לעו"ד מסר כיחסי נותן ומקבל שוחד.

5.13. מתיאור מערכת היחסים שבין אולמרט לבין עו"ד מסר המופיע בכתב האישום והמפורט לעיל, ניתן לראות בבירור כי בין השניים מתקיימת מערכת יחסים של חברים קרובים ביותר אשר מנצלים את חברותם לצורך ביצוע משותף של פעולות עברייניות לכאורה החל משנת 1993 וייתכן שאף קודם לכן.

5.14. ברור, כי עקב היכרותם רבת השנים של אולמרט ועו"ד מסר, ובמיוחד לאור פעילותם העבריינית לכאורה לאורך שנים כה רבות, אין להם עוד צורך בתכנון קשר פלילי מוקדם וקשר שכזה מתקיים ביניהם באופן טבעי במשך שנים רבות.

5.15. המשיבים 1-2 בהחלטתם, מנסים להציג את עו"ד מסר כאדם תמים אשר לא ידע דבר על ההתרחשויות סביבו וזאת על אף שבכתב האישום אותו הם עצמם הגישו, מתואר עו"ד מסר באופן שונה לחלוטין.

6. סטייה מן השורה

6.1. כאמור, לשיטת המשיבים 1-2, הרכיב השני המאפשר הגשת כתב אישום כאמור כנגד אזרח, הינו כאשר עובד הציבור סטה בהחלטותיו מן השורה. בהחלטה קבעו

המשיבים 1-2, כי אולמרט לא סטה מן השורה וכי קיים קושי אינהרנטי לקבוע סטייה שכזו.

6.2. בהחלטה קובעים המשיבים 1-2 כי "למרות היעדר הראיות לקשר מוקדם בין השניים או להחלטות של מר אולמרט שיש בהן משום סטייה מן השורה, הוחלט בשעתו להעמיד את מר אולמרט לדין בגין עבירה של מרמה והפרת אמונים בשל פעולתו בעניינים אלה בניגוד עניינים חריף".

6.3. וכך נאמר בסעיף 1(ו) לפרק ז' באישום השני שבכתב האישום, המתייחס לעברות אותן עבר אולמרט בקבלת הכספים מטלנסקי, וביניהם הכספים שקיבל עו"ד מסר כיו"ר העמותה וכמחזיק הקופה הסודית:

"1(ו). פעילות הנאשם נעשתה תוך סטייה מן השורה. הנאשם, הפר בודעין את כללי ועדת אשר, באופן מתמשך ושיטתי. הנאשם הכניס את עצמו למצב של ניגוד עניינים והפיק לעצמו טובות הנאה אישיות בניגוד לסעיפים 3-6 לכללים. הנאשם לא דיווח למבקר המדינה על טובות ההנאה הללו, ובתוך כך גם על הקופה הסודית, ומסר למבקר המדינה הצהרות כוזבות בניגוד לסעיפים 10 ו-17 לכללים."

6.4. לא רק שניתן לראות בבירור מכתב האישום כיצד סטה אולמרט מן השורה באופן כללי במילוי תפקידיו, אלא ברור מכתב האישום, כי בפרשת ניגוד העניינים נעשתה הסטייה מן השורה למענו של עו"ד מסר ולקוחותיו.

6.5. כך כדוגמה אחת מני רבות, מתאר כתב האישום בסעיפים 39-45 לפרק ו' באישום השני שבכתב האישום, כיצד שינה אולמרט החלטה שהתקבלה באישורו ובהמלצת הדרגים המקצועיים במשרדו, לטובת לקוח של עו"ד מסר (פרשת היטל יבוא השמן).

6.6. בעניין זה, נתקבלה ביולי 2003 החלטה שפורסמה ברבים, על ידי אולמרט בהתאם להמלצות הדרג המקצועי במשרד התמ"ת, להפחית את שיעור ההיטל על יבוא שמנים לארץ על מנת להגביר את התחרות בשוק זה. עם זאת, כחודש לאחר קבלת ההחלטה, שינה אולמרט את החלטתו והעלה מחדש את שיעור ההיטל וזאת לאחר קיום פגישה עם עו"ד מסר ולקוחו, יצרן השמן הגדול בישראל. וכך נטען בכתב האישום:

"43. סמוך לפני יום 03.08.2003, פנה עו"ד מסר לבועז צפרייר, מנכ"ל חברת "שמן" והציע לו את שירותיו בנושא היטלי היבוא על שמנים. מר צפרייר נענה להצעה. עם קבלתו את הייצוג פנה עו"ד מסר ללשכת הנאשם ובעקבות כך נקבעה פגישה בנושא גובה ההיטל החדש על יבוא שמן בין נציגי חברת "שמן" לבין הנאשם, בתפקידו כשר התמ"ת."

45. לאחר הישיבה, החליט הנאשם לשנות את שיעורי ההיטלים על שמנים וכוספאות שנקבעו קודם לכן וכשבע לאחר הפגישה פורסמה הודעה חדשה מטעם המשרד על החלטת שר התמ"ת להעמיד את ההיטל על יבוא שמן על 4% (במקום 3%, כאמור בהחלטתו הקודמת ואת שיעור ההיטל על כוספאות על 5.5% (במקום 4.5%)."

6.7. אם זו אינה סטייה מן השורה, לא ידענו סטייה מן השורה מהי. יצוין כי גם בעניין זה, ניתן לראות כיצד עו"ד מסר הוא זה אשר יצר את הקשר עם הלקוח הפוטנציאלי והציע לו את שירותיו בתחום, שכפי הנראה, לא עסק בו קודם.

6.8. בסעיף 2 לפרק ז' באישום השני שבכתב האישום, פירוט המשיבים 1-2 את העבירות שבגינן מואשם אולמרט בגין הפעולות שביצע ביחסיו עם עו"ד מסר. וכך נאמר בסעיף 2(ה) לפרק ז' באישום השני שבכתב האישום:

"2(ה). בהתנהגותו, ובעיקר כאשר היא נעשתה על רקע מעשיו כמתואר לעיל בפרקים ובאישומים הנוספים של כתב האישום, עשה הנאשם שימוש לרעה בתפקידו ובמעמדו ופגע פגיעה מהותית וקשה בתקינות פעולותיו של המנהל, בטוהר המידות של עובדי הציבור ובאמון הציבור בעובדי הציבור ומשרתיו."

6.9. בית המשפט העליון הנכבד קבע כבר בפרשת שבס, מהי סטייה מן השורה אשר תצדיק העמדה לדין של עובד ציבור בגין עבירה של הפרת אמונים:

"כדי שסטייה מן השורה המפרה את כללי ההתנהגות המחייבים את עובד הציבור, תהווה הפרת אמונים ותצדיק את הרשעתו בפלילים, יש להראות כי להתנהגותו נלווה פן מחמיר נוסף. החומרה המיוחדת יכולה להתבטא באופייה השלילי המובהק של ההתנהגות, כגון שהתנהגותו של עובד הציבור הייתה נגועה בשחיתות או בחומרת הפגיעה שנגרמה לאינטרס הציבורי. ואילו במקרים שבהם חומרת המעשים איננה "זועקת" (אם כי עדיין גדולה דייה על-מנת שתהיה פגיעה בציבור), או שתוצאתם המזיקה לאינטרס הציבורי אינה ניכרת, עשוי הפן המחמיר הנוסף להתבטא בהוכחת חוסר תום-לבו של עובד הציבור, שבזמן המעשים היה מודע לכך שמעשיו פסולים ועולים כדי הפרת אמונים."

ראו ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שמעון שבס פ"ד נז(1) 496, 527.

6.10. אם "שימוש לרעה בתפקידו ובמעמדו" וכן "פגיעה מהותית וקשה בתקינות פעולותיו של המנהל, בטוהר המידות של עובדי הציבור ובאמון הציבור בעובדי הציבור ומשרתיו" אינם מהווים סטייה מן השורה המהווה הפרת אמונים, מה כן?

6.11. החלטת המשיבים 1-2 לפיה לא סטה אולמרט מן השורה וכי רכיב חומרה זה אינו מתקיים, לא רק שאינה נכונה אלא שאף אינה עומדת בקנה אחד עם טענות המשיבים 1-2 בכתב האישום.

7. התנהגות חמורה של האזרח המטילה אחריות פלילית

7.1. כאמור, לשיטת המשיבים 1-2 דוגמה למרכיב חומרה נוסף הינה התנהגות חמורה של האזרח, קרי עו"ד מסר, המצדיקה הטלת אחריות בפלילים. לגישת המשיבים 1-2, מאחר ונורמות ההתנהגות המוטלות על אזרח הן נמוכות יותר מאלו המוטלות על עובד ציבור, אין מקום להעמיד לדין אזרח הקשור למעשיו של עובד הציבור אם לא הראה התנהגות חמורה המצדיקה זאת.

7.2. עם זאת, עו"ד מסר אינו אזרח "רגיל" שכן הוא עורך דין. נאמר כבר על ידי בית המשפט העליון הנכבד, כי עורך דין הוא מי שחלות עליו נורמות התנהגות מיוחדות מתוקף מקצועו:

"עורך-דין אינו אך טכנאי-משפט, אדם שמילא את כרסו חוכמה ודעת ויודע הוא להשיב לעניין על שאלות חוק ומשפט שהוא נשאל. מקצוע עריכת-דין טובל כל-כולו בערכים: בנאמנות, בהגינות, בהוגנות, ביושר, באמירת אמת, בנימוס, בכבוד לזולת."

ראו בג"ץ 4495/99 הסנגוריה הציבורית המחוזית נ' ועדת הערר פ"ד נג(5) 625, 630-631.

7.3. וכך גם נובע מסעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, המטיל חובה על עורך דין לפעול, הן מתוקף תפקידו והן בחיי היום יום, באופן ההולם את מקצוע עריכת הדין:

" עורך דין חייב לשקוד על כך, כי לא יהא בהתנהגותו פגם או פסול הפוגעים ביסוד המסד של מעמד עורך הדין... אין פירושה של חובה זו רק כי עליו להימנע מביצוע מעשים אשר מוגדרים בחוק העונשין כמעשי עבירה מפורשים, אלא יש בה משום העלאת דרישה, שהיא מעל ומעבר לחובת ההימנעות מביצוע עבירות מוגדרות."

ראו ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א-2001) בעמ' 489.

7.4. המשיבים 1-2 מציינים בהחלטתם, כי "נתנו דעתם לעובדה שעו"ד מסר הינו עורך דין" אולם הגיעו למסקנה, כי "אין בנתון זה כדי לשנות את מסקנתנו ולהעמידו לדין בפלילי בפרשה". לא ברור מהו המשקל שניתן על ידי המשיבים 1-2 לעובדת היותו של עו"ד מסר עורך דין מאחר ולאורך כל ההחלטה הם מתייחסים אליו כאזרח "רגיל".

7.5. עו"ד מסר, בהתאם לאמור בכתב האישום, הפגין התנהגות חמורה ביותר אשר וודאי מצדיקה העמדה לדין בפלילים. פעילותו כיו"ר העמותה, תוך קבלת כספים אשר ברור היה, כי ניתנו שלא כחוק, מבלי שדיווח על קבלת כספים אלו, מהווה בהתאם לכתב האישום עצמו כפי שצוין לעיל, הפרת חובה מצידו.

7.6. כך גם קבלת הכסף והפקדתו בקופה הסודית. האם ייתכן שעורך דין מנוסה שומר במשרדו מאות אלפי דולרים במזומן ואינו חושד אפילו, כי מדובר בהתנהלות פלילית? הימנעותו של עו"ד מסר לדווח על הכספים המופקדים, לטענתו בנאמנות, במשרדו לא רק שמהווה לכאורה ביצוע בצוותא לצורך העבירה אותה ביצע אולמרט, אלא שמהווה גם לכאורה עבירת מס בהתאם לסעיפים 75 ו-131(א) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש).

7.7. בסעיפים 11-13 בפרק ב' לאישום השני שבכתב האישום, מפרטים המשיבים 1-2 את הכספים שהועברו לאולמרט על ידי טלנסקי במסגרת התמודדותו של אולמרט לראשות תנועת הליכוד בבחירות המקדימות למפלגה בשנת 1999. בהתאם לאמור

בסעיפים אלו, עו"ד מסר הוא שסייע לאולמרט במסע הבחירות ועל שמו נפתחו שני חשבונות בנק בנאמנות עבור אולמרט לשם הפקדת תרומות.

7.8. וכך נאמר על ידי המשיבים 1-2 בסעיף 13 הנזכר לעיל:

"בנוסף העביר מר טלנסקי לקמפיין האמור, תרומה אישית בסכום של \$22,500 בשמו ובשם בני משפחתו וכן שיק נוסף על שמו של אחיו בסכום של \$7,500 ובסך הכל \$30,000. לבקשת עו"ד מסר, "חילק" טלנסקי את כספי התרומה על שמם של אחרים מבני משפחתו."

7.9. עו"ד מסר ביקש לבצע חלוקה שכזו על מנת לעקוף את ההגבלה הקיימת על תורם יחיד בחוק המפלגות, תשנ"ב-1992. התנהגות שכזו, קרי ניסיון בולט לעקוף את החוק, הינה התנהגות חמורה ביותר הן עבור אזרח מן השורה המחויב להוראות החוק ועל אחת כמה וכמה עבור עורך דין.

8. מודעות לטיב התנהלותו של עובד הציבור בקשר לביצוע העבירה

8.1. לשיטת המשיבים 1-2, יש להראות, כי האזרח אכן היה מודע, ולו באופן כללי, לעומקה וטיבה של מעורבותו של עובד הציבור בעניינו וכי היה מודע לכך שעובד הציבור פעל בניגוד לנהלים או בסטייה מן השורה.

8.2. כמו כן קובעים המשיבים 1-2 בהחלטתם כי **"יש פערי מידע בין עו"ד מסר למר אולמרט המחלישים את הראיות בכל הנוגע למודעותו של עו"ד מסר לנסיבות ביצוע העבודה."**

8.3. עם זאת, בסעיפים 24 לפרק ד' ו-32 לפרק ו' באישום השני שבכתב האישום, אשר הובאו לעיל, טוענים המשיבים 1-2, כי עו"ד מסר פעל בשותפות עם אולמרט לביצוע פעולות נסתרות המנוגדות לדין. כיצד ניתן לפעול בשותפות מבלי להיות מודע לביצוע העבירה?

8.4. בסעיפים 23-27 לפרק ד' באישום השני שבכתב האישום אשר צוינו לעיל, מפרטים המשיבים 1-2 את חלקו של עו"ד מסר בקופה הסודית. בהתאם לסעיפים אלו, הקופה הסודית נשמרה במשרדו של עו"ד מסר, והוא זה אשר הפקיד בה כספים שהועברו אליו על ידי זקן. מדי פעם בפעם ועל פי בקשה, העביר עו"ד מסר כספים מהקופה הסודית לידיה של זקן או לידיו של אולמרט במישרן לאחר שהמיר אותם בחנויות חלפנות שונות.

8.5. כיצד ניתן לסבור, כי אדם (עו"ד) יחזיק במשרדו, מבלי לדווח על כך, מאות אלפי דולרים במזומן מבלי לתהות על שום מה ולמה מועברים כספים אלו? האם עו"ד מסר לא שאל עצמו מדוע הוא (ולא אולמרט) מבצע את שירותי החלפנות? האם עו"ד מסר לא שאל עצמו מה פשרם של אותן הפקדות עבור איש ציבור (אולמרט) שאמור להרוויח רק משכורת מהמדינה?

8.6. למעלה מן הצורך, יצוין כי בחקירתו של עו"ד מסר ביחידה הארצית לחקירות הונאה במשטרה מיום 14.05.2008 אשר פורסמה בעיתון ידיעות אחרונות ביום 23.07.2008, ציין עו"ד מסר, כי לא נתן דעתו למקור הכספים אולם מעולם לא ראה, כמי שניהל כספי תרומות בעבר, מקרה שכזה שבו הועבר כסף במזומן:

"חוקר: אתה קיבלת משולה במספר רב של מקרים סכומי כסף משמעותיים בדולרים, במזומן. אנחנו אומרים לך שלא סביר שחשבת שאלו כספים שהגיעו באופן לגיטימי לשר מכהן. נכון?"

עו"ד מסר: אני לא ידעתי מאיפה הכסף ולא חשבתני על זה.

חוקר: נכון שלא מדובר בכספי תרומות?

עו"ד מסר: לא פסלתי את האפשרות שמדובר בתרומות.

חוקר: כמי שניהל תרומות לאולמרט במהלך השנים, ראית עוד מקרה שתרומות הגיעו בדולרים, במזומן?

עו"ד מסר: לא. לא היה עוד מקרה כזה.

חוקר: נכון שידעת שהכספים ששמרת לא שימשו לבחירות?

עו"ד מסר: אני לא חושב שהכספים שימשו לבחירות. זה לא היה לבחירות."

8.7. בנוסף, וכאמור לעיל, עו"ד מסר הוא זה אשר פנה ביוזמתו ללקוחות שעסקם מצוי בתחום פעילותו הציבורית של אולמרט והציע לייצגם אל מול המשרדים שבראשם עמד אולמרט. ברור, כי עניינו הפתאומי של עו"ד מסר בלקוחות שעסקיהם הם כאלו הרלוונטיים למשרדים שבראשם עומד אולמרט, לא נבע משינוי תחומי עניין, אלא מתוך ידיעה ברורה, כי אולמרט יסייע ללקוחות אלו (דבר שאמנם קרה על פי כתב האישום) – סיוע שמן הסתם הכניס כסף (מאותם לקוחות חדשים) גם לעו"ד מסר.

9. על המשיבים 1-2 להעמיד לדין את עו"ד מסר בגין עבירת מרמה והפרת האמונים

9.1. עבירת הפרת האמונים הקבועה בסעיף 284 לחוק העונשין קובעת כי:

"עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו- מאסר שלוש שנים."

9.2. כאמור לעיל, המשיבה ציינה בהחלטתה, כי אינה שוללת את האפשרות להעמיד לדין בגין עבירה זו אזרח שאינו עובד ציבור.

9.3. גישתה של המשיבה בעניין זה עולה בקנה אחד עם סעיף 34 לחוק העונשין:

"נתון שהוא תנאי להתהוות עבירה, תהיה לו נפקות לגבי כל צד לאותה עבירה, אף אם אינו מתקיים בו; ואולם תנאי אישי שנפקותו מכוח חיקוק להחמיר בעונש, להקל בו, לשנותו בדרך אחרת או למנועו, תהיה הנפקות לגבי אותו צד בלבד שבו הוא מתקיים."

9.4. היותו של אולמרט עובד ציבור מהווה תנאי ענייני ולא אישי ולפיכך, משליך תנאי זה על כל מי שהיה שותף לביצוע העבירה, בין אם כמבצע בצוותא ובין אם כמסייע:

“שאלה נכבדה היא אפוא מאי נפקא מינה של השתייכות עבירה לסוג העבירות שמותנות בעושה מיוחד... השאלה עשויה להתייחס, ראשית לכל, למקרה שבו השתתפו בביצוע עבירה מסוג זה גם שותפים, שהיחוד הנדרש לשם התהוותה אינו מתקיים בהם. היפותזה זו משערת, בכל זאת, שלפחות אחד הצדדים היה בעל המהות המיוחדת האמורה בהגדרת העבירה, והוא זה שהשתתף בעשייתה כמבצע עיקרי. השאלה היא, האם הצדדים הנותרים מבצע בצוותא משותף, משדל או מסייע שאינם בעלי אותה מהות מיוחדת, עשויים בכל זאת להיחשב כצדדים לעבירה כזו, המותנית בעושה המיוחד? התשובה היא בהחלט חיובית; שכן, מהותו המיוחדת הרלוונטית של מבצע עיקרי אחד בלבד, כבר קובעת את מהותה של העבירה, וכל שאר השותפים בה, תוך מודעות לכך, הם צדדים לה, על כל המשמעות העונשית שבדבר.”

ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין, כרך ג', תשנ"ב-1992, בעמ' 266.

9.5. ובהמשך אותו עמוד מציין פרופסור פלר, כי הנתון של "עובד ציבור" אכן מהווה נתון ענייני ולא אישי:

“בע"פ 379/62 נדונה הרשעתו של המערער בשותפות לפי סעיף 127 לפקודת פשיטת הרגל, אך הוא כמובן לא היה פושט הרגל; זו גם הייתה אחת מטענותיו לזיכוי בערכאת הערעור. היא נדחתה כמובן.

... אין כל ספק כי אותו גורל היה לטענה, לפיה רק עובד הציבור יכול לשמש מסייע לעבירה של "גניבה בידי עובד הציבור", בהתאם לסעיף 390 לחוק העונשין.”

9.6. עניין זה נקבע גם בת"פ (ים) 2062/06 מדינת ישראל נ' שלמה בניזרי (פורסם בנבו) שם הואשם שותפו של בניזרי, שאינו עובד ציבור, בעבירה של קבלת שוחד על ידי עובד ציבור לפי סעיף 290 לחוק העונשין. בית המשפט המחוזי קבע כי:

“באשר לשותפות לקבלת שוחד – על פי סעיף 334 לחוק העונשין, אין צורך כי אלבוז יהיה עובד ציבור לצורך הרשעתו בשותפות לקבלת השוחד.”

שותפו של בניזרי לא ערער על קביעה זו בערעורו לבית המשפט העליון (ע"פ 5083/08 שלמה בניזרי נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו) ובלאו הכי ערעורו לגבי ביצוע העבירה לא נתקבל ועניין זה לא נדון מחדש על ידי בית המשפט העליון.

9.7. אין כל ספק, כי עו"ד מסר הינו שותף לעבירת הפרת האמונים שבה מואשם אולמרט, בהתאם לסעיף 29 לחוק העונשין – זאת, על פי הנטען בכתב האישום. האבחנה לגבי מיהו שותף, נקבעה כבר בפרשת "שוק הקצבים":

“לעיתים אנו עדים למצב שבו עבירה, היכולה להתבצע על ידי יחיד, מתבצעת על ידי עבריינים מספר, כאשר לכל אחד מהם תפקיד שונה ותרומה שונה בביצועה. אלה הם השותפים לעבירה. ניתן להבחין ביניהם לפי מידת תרומתם להגשמת העבירה.

...בראש הדירוג של הצדדים לעבירה רבת משתתפים עומדים המבצעים בצוותא. הם השותפים הראשיים לביצוע העבירה. השותפות ביניהם מתבטאת בכך שהם נטלו חלק בביצוע העבירה כמבצעים ישירים. הם משמשים גוף אחד לביצוע המשימה העבריינית. מבחינת היסוד הנפשי, נדרש, כי לכל אחד מהמבצעים בצוותא יהא היסוד הנפשי של העבירה אותה הם מבצעים. כן נדרש כי הם יהיו מודעים לכך שהם פועלים בצוותא. מבחינת היסוד העובדתי, לא נדרש כי כל אחד מהמבצעים בצוותא יבצע בעצמו את כל היסודות העובדתיים של העבירה.

...המאפיין את המבצע בצוותא שהוא אדון לפעילות העבריינית. בידי השליטה הפונקציונאלית-מהותית, יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, על העשייה העבריינית. הוא חלק מהחלטה משותפת לביצוע העבירה. הוא חלק מהתוכנית הכוללת להגשמת הפעולה העבריינית האסורה. הוא פועל יחד עם המבצעים בצוותא האחרים, כך שכל אחד מהם שולט- יחד עם האחרים- על הפעילות כולה. מעמדו להחלטה לביצוע העבירה היא של "איש פנים". תרומתו היא "פנימית". חלקו הוא מהותי להגשמת התכנית המשותפת.

ראו ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל פ"ד נא(3) 388, 401-403 (להלן: "פס"ד שוק הקצבים").

9.8. כפי שפורט בהרחבה לעיל, התנהגותו של עו"ד מסר, כפי שהיא עולה מכתב האישום, מצביעה על כך שהוא היווה שותף פעיל בעבירות המיוחסות לאולמרט. כך הוא, כיו"ר העמותה וערב אישי לחובותיה, פנה באופן אישי לטלנסקי לשם קבלת הכספים; כך, הוא החזיק ברשותו את הכספים שהועברו מטלנסקי ופרט אותם מעת לעת על פי צרכיו של אולמרט; כך, היה הוא זה אשר פנה ללקוחות שעסקיהם חסו בתחום הפעילות הציבורית של אולמרט על מנת לייצגם תוך ידיעה ברורה, כי יוכל להשיג ללקוחות אלו טובות הנאה עקב קשריו העברייניים לכאורה עם אולמרט ומחויבותו של אולמרט כלפיו בגין שותפותם העבריינית לכאורה הקודמת.

9.9. כמו כן, בסעיף 1(ב) לפרק ז' לאישום השני שבכתב האישום נאמר כי:

"פעולותיו של הנאשם נעשו תוך הסתרה מכוונת ושיטתית של מעשיו מעין כל. הנאשם הסתיר ממבקר המדינה ומהציבור את העובדה שקיבל לעצמו, באופן שיטתי, טובות הנאה אסורות בהיקף משמעותי מטלנסקי וכי החזיק כספים אלה, עם כספים אחרים, במזומן, ב"קופה הסודית" שקיים עבורו עו"ד מסר."

9.10. מבלי שיתוף הפעולה של עו"ד מסר אשר כאמור קיים עבור אולמרט קופה סודית, לא היה יכול אולמרט לפעול כפי שפעל ולבצע את העבירות שבהן הוא מואשם. חלקו המהותי של עו"ד מסר בביצוע העבירות לכאורה, הוא ההופך אותו למבצע בצוותא מובהק (לכאורה).

9.11. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של הפרת אמונים הינו יסוד של מודעות:

"המחשבה הפלילית הנדרשת בעבירה של הפרת אמונים – ככל שהדבר נוגע לפרט העובדתי של מעשה "הפרת אמונים הפוגע בציבור" – הינה זו של מודעות. הדרישה הינה כי לעושה יהא יחס סובייקטיבי-הכרתי לטיב המעשה. נדרש יחס נפשי לטיב הפיזי של

ההתנהגות. לא נדרש כי העושה יהא מודע לכך כי מעשהו מהווה "הפרת אמונים", או כי מעשהו פוגע בערכים שהאיסור הפלילי נועד להגן עליהם. לא נדרש שעובד הציבור יהיה מודע לערכים אלה. די בכך שהוא מודע ליסודות העובדתיים-פיזיים המבססים הפרת אמונים זו.

... ההכרעה הנורמטיבית באשר לאפיון ההתנהגות צריכה להיעשות על-ידי בית-המשפט על יסוד מבחנים אובייקטיביים ולא על-ידי העושה עצמו על יסוד מבחניו הסובייקטיביים."

ראו דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס פ"ד נט(4) 385, 423-422.

9.12. כפי שפורט לעיל, אין כל ספק שלעו"ד מסר הייתה מודעות באשר לטיב העבירות לכאורה אשר בוצעו במשותף על ידו ועל ידי אולמרט. קביעת המשיבים 1-2 לפיה קיימים פערי מידע בין עו"ד מסר לבין אולמרט אינה יכולה לעמוד בנסיבות העניין.

9.13. כל אדם סביר, ובוודאי עורך דין, היה מודע, כי קבלת סכומי כסף גדולים במיוחד במזומן והסתרתם בקופה סודית במשרדו מהווה עבירה. כל אדם סביר, ובוודאי עורך דין, היה מודע לכך שגישה ישירה למקבל החלטות שמצוי עימו בקשרים הדוקים ובכלל זה שינוי החלטות הנוגעות למדיניות כלכלית וזאת בניגוד להמלצות דרגים מקצועיים, מהווים כל אחד בנפרד ובשילובם יחדיו, עבירות לכאורה.

9.14. לא יכול להיות ספק, כי עו"ד מסר, הן בשל מעורבותו העמוקה בפעולות העברייניות לכאורה והן בשל קשריו העמוקים עם אולמרט, ידע היטב על טיב מעשיו של אולמרט והיה שותף להם. לכל הפחות, הרי שעו"ד מסר חשד בטיב מעשים אלו ועצם את עיניו. עצימת עיניים, הינה מספקת לצורך יצירת מחשבה פלילית כאמור בסעיף 20(ג) לחוק העונשין:

"למקרא הוראה זו אתה למד, כי מקום בו מפעם בלבו של מבצע העבירה חשד בדבר טיב התנהגותו, או בדבר קיומה של נסיבה הנמנית עם פרטי העבירה – הוא לא יוכל להתגונן בטענה לפיה פעל בהעדרה של מודעות. במצב דברים מעין זה – כך ממשיכה הוראתו של סעיף 20(ג)(1) וקובעת – מוטלת על מבצעה של עבירה החובה לפעול כדי להפריד את החשד ולברר את מצב הדברים לאשורו, וכל עוד לא עשה כן, או שעשה אולם חשדו לא הופרך, רואים אותו כמי שהיה מודע בפועל בעת ביצועה של העבירה לאותו פרט. לשון אחר: התעורר בלבו של אדם חשד, והוא אינו טורח להזימו, יש לראותו כמי שעוצם את עיניו והתעלם במודע מאפשרות קיומה של נסיבה."

ראו ע"פ 11699/05 כריס סרפו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

10. על בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבים 1-2 להימנע מלהעמיד לדין את עו"ד

מסר

10.1. החלטות פרקליט המדינה אינן חסינות מפני ביקורת שיפוטית. בבג"ץ 4550/94

ניסים אישה נגד היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מט(5) 859, בעמ' 871-872 נקבע

כי:

"המפתחות הפותחים את שערי בג"צ והמביאים להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים, הם אלה: החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי; החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין."

10.2. מדובר בתנאים חלופיים ולא מצטברים. בית המשפט העליון הנכבד, בפרשת נעים, אף קבע:

"נוסיף ונאמר עוד, כי החלטה החורגת בבירור ממתחם הסבירות כיוון שבאופן בולט לא ניתן בה משקל לשיקולים רלוונטיים; או שהמשקל שניתן לכל אחד מהשיקולים הינו מעוות עד כדי גיבוש מסקנה החורגת ממתחם שיקול הדעת המסור לראש התביעה הכללית, ומטעם זה עשויה להצדיק התערבות בשיקול הדעת גם כאשר ההחלטה ניתנה בתום-לב."

ראו בג"ץ 4190/05 רינה נעים נ' פרקליט המדינה בפסקה 10 לפסק הדין (פורסם בנבו).

10.3. בכתב האישום וכפי שפורט לעיל בהרחבה, מפרטים המשיבים 1-2 כיצד היה זה עו"ד מסר אשר פעל מול טלנסקי בקבלת כספים לכיסוי חוב העמותה בה כיהן כיושב ראש והיה ערב אישית לחובותיה; כיצד היה זה עו"ד מסר אשר הסתיר את הכספים שנתקבלו במזומן מטלנסקי במשרדו בקופה הסודית מבלי שדיווח על כך; כיצד היה זה עו"ד מסר אשר פנה ללקוחות על מנת לייצגם מיידי לאחר שמונה אולמרט לשר במשרדים הרלוונטיים; כיצד היה זה עו"ד מסר אשר יזם את הפגישות בין לקוחותיו לבין אולמרט שבהן נתקבלו החלטות החורגות ממדיניות הממשלה לטובת אותם לקוחות.

10.4. כמו כן, קובעים המשיבים 1-2 בהחלטתם כי: **"בשים לב להוראת סעיף 34 לחוק העונשין איננו שוללים את האפשרות להעמיד לדין אזרח שאינו עובד ציבור בגין שותפות לעבירת מרמה והפרת אמונים בדרך של ביצוע בצוותא עם עובד הציבור, סיוע או שידול."**

10.5. מכך עולה בבירור מעורבותו של עו"ד מסר כמבצע בצוותא לכאורה - מעורבות שבגינה מחייב ההיגיון, כי יוגש כתב אישום גם כנגד עו"ד מסר.

10.6. על אף האמור לעיל, קובעים המשיבים 1-2 בהחלטתם כי:

"כאמור, עו"ד מסר אינו עובד ציבור ולא הוכחה מעורבות כל שהיא מצידו בקבלת הכספים ממר טלנסקי, באופן שבו התקבלו הכספים, בפעולותיו של אולמרט מול טלנסקי בניגוד עניינים, בהפרת חובות הדיווח החלות על מר אולמרט למבקר המדינה, ועוד."

- 10.7. מדובר בסתירה קיצונית אשר לא ניתן למצוא לה כל הסבר הגיוני. המשיבים 1-2 הם אלו שכתבו את שני המסמכים, בהפרש של כחודשיים זה מזה ועל אף זאת, הם מתארים בשני המסמכים שני מצבים עובדתיים ומשפטיים שונים לחלוטין זה מזה.
- 10.8. אין דוגמה יותר ברורה וזועקת לחוסר סבירות קיצוני ומהותי מאשר המצב שלפנינו. ככל שנתנו המשיבים 1-2 משקל כל שהוא לעובדות בעניינו של עו"ד מסר כפי שהן עולות מכתב האישום, הרי שמדובר במשקל מעוות אשר יוצר החלטה החורגת ממתחם הסבירות וממתחם שיקול הדעת המסור למשיבים 1-2.
- 10.9. בית המשפט העליון הנכבד קבע זה מכבר כי תיק חקירה בעבירה של הפרת אמונים מורכב בדרך כלל מראיות נסיבתיות:

"תיק חקירה בעבירה של הפרת אמונים מורכב, דרך כלל (ולו בחלקו), מראיות נסיבתיות... החלטתו של תובע בשאלת דיות הראיות לעניין ההחלטה על הגשת כתב אישום המבוסס על ראיות נסיבתיות מפוצלת להחלטות משנה: האחת, אם הראיות מספיקות לאישום מבחינת מהימנותן; השנייה, אם יש בכוחן להוביל את בית המשפט למסקנה המפליאה. היה והחליט כי יש להשיב על שתי השאלות בחיוב, כי אז עליו להחליט החלטה שלישית- מהי הסבירות לקבלת הסברו של הנאשם (אם ניתן בחקירה) על ידי בית המשפט."

ראו בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטת המדינה פ"ד נא(3) 1, 16-17.

- 10.10. העותרת אינה מבקשת מבית המשפט העליון הנכבד להחליף את מקומם של המשיבים 1-2 ולבחון את חומר הראיות. אין כל צורך בכך. כתב האישום שהוגש, חזקה היא שמבוסס הוא על די ראיות. באותו כתב אישום ישנן טענות גם ביחס לעו"ד מסר – טענות שחזקה שנתמכות בראיות. די בכך כדי להגיע למסקנה שההחלטה להימנע מלהעמידו לדין הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ומהותי.
- 10.11. כמו כן, מכתב האישום עצמו עולה, כי המשיבים 1-2 החליטו שלא לקבל את גרסתו של עו"ד מסר כפי שניתנה בחקירת המשטרה.

11. הגשת קובלנה בבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין

- 11.1. למיטב ידיעת העותרת, המשיב 1 אפילו לא הגיש קובלנה כנגד עו"ד מסר לבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין. כידוע, סעיף 63 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961 קובע, כי פרקליט המדינה (וגופים נוספים) רשאי להגיש קובלנה.
- 11.2. בענייננו, לנוכח ההיכרות הקרובה של המשיב 1 עם חומר הראיות ועם חלקו של עו"ד מסר בפרשות המתוארות בכתב האישום, היה על המשיב 1, לכל הפחות, להגיש קובלנה כנגד עו"ד מסר.

12. התייחסות למועד הגשת העתירה

- 12.1. אמנם, ההחלטה שלא להעמיד לדין את עו"ד מסר ניתנה ביום 19.11.2009. ביום 29.11.2009 פנתה העותרת וביקשה לקבל העתק מאותה החלטה. העתק פניית העותרת מצ"ב כנספח "3".
- 12.2. ביום 6.12.2009 העביר המשיב 2 לעותרת העתק מההחלטה. העתק מכתב מטעם המשיב 2 מצ"ב כנספח "4".
- 12.3. לאחר מתן ההחלטה, היו פרסומים בתקשורת לפיהם נעשו פניות למשבים 1-2 לשקול מחדש את החלטתם להימנע מלהעמיד לדין את עו"ד מסר.
- 12.4. ביום 14.2.2010 משלא ניתנה כל הודעה על שינוי החלטת המשיבים 1-2, פנתה העותרת בכתב למשיב 2. העתק פניית העותרת מצ"ב כנספח "5". משלא התקבלה כל תגובה מוגשת עתירה זו.
- 12.5. בנסיבות אלו, אין כל שיהוי בהגשת העתירה. המבחן שנקבע בפסיקה לבחינת קיומו של שיהוי הינו מבחן משולש: מבחן השיהוי הסובייקטיבי הבוחן את התנהגותו של העותר והאם בהתנהגות זו ויתר על זכותו; מבחן השיהוי האובייקטיבי הבוחן את שינוי מצבו של המשיב במשך הזמן שחלף; וחומרת הפגיעה בשלטון החוק:
- " בפרשת אסולין הדגיש בית המשפט יסוד-יוצר נוסף בדוקטרינת השיהוי במשפט הציבורי; והיסוד הוא: טובת הכלל ואינטרס שלטון החוק במובנו הרחב של המושג. שלושה המה אפוא אינטרסים שלעניין: אינטרס של תובע-עותר; אינטרס של נתבע-משיב-רשות; ואינטרס טובת הכלל ושלטון החוק. ושקלולם של שלושה אינטרסים אלה הוא שיכריע בשאלה אם במקרה פלוני תתקבל טענת שיהוי או אם תידחה." ראו בג"ץ 2632/94 דגניה א' אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר החקלאות פ"ד נ(2) 715, 740.**
- 12.6. מאז קבלת ההחלטה על ידי העותרת, חלפו כחודשיים. לא ניתן לראות כיצד חלוף זמן מועט מצביע על ויתור זכותה של העותרת, כעמותה המייצגת את הציבור בישראל ומלחמתו בשחיתות הציבורית, לפנות לערכאות בעניין האמור.
- 12.7. כבר נקבע בבג"ץ 2285/93 אוסי נחום נ' גיורא לב, ראש עיריית פתח תקווה פ"ד מח(5) 630, בעמ' 641 (להלן: "בג"ץ נחום"):
- "לפיכך לא צריך לייחס משקל רב לשיהוי הסובייקטיבי. בדרך כלל, אם אדם תובע זכות מנהלית, העובדה שהשתהה בהגשת העתירה, ואפילו אין לו טעם טוב לשיהוי, אינה צריכה כשהיא לעצמה לחרוץ את גורל זכותו לשבט, אלא אם השיהוי מלמד כי ויתר על הזכות. נניח כי אדם השתהה, שנה או שנתיים או אף יותר, בהגשת עתירה נגד החלטת הרשות להפקיע מקרקעין שלו, ואין לו טעם טוב לשיהוי. האם די בכך, מבחינת ההיגיון או הצדק, כדי להכשיל את העתירה?"**
- 12.8. השיהוי האובייקטיבי, כאמור, נקבע על פי הנזק שנגרם למשיב (ובעניין זה, למשיבים) בשל חלוף הזמן:

"השיהוי האובייקטיבי קיים כאשר מרוץ הזמן, עד הגשת העתירה, אפילו לא נגרם באשמת העותר, גרם לשינוי המצב, באופן שקבלת העתירה באותו מועד תגרום נזק, שהיה נמנע לו הוגשה העתירה במועד הראוי. פנים רבות לנזק כזה. אפשר, קודם כול, שנזק כזה ייגרם לרשות המנהלית שהחלטתה עומדת לביקורת, שהרי ביטול ההחלטה לאחר זמן רב עלול, בנסיבות מסוימות, לחייב אותה לחזור בה מהרבה החלטות ומעשים שכבר ביצעה, לשבש את תפקודה באופן ממשי או לחייבה בהוצאות כספיות גדולות. אפשר גם שהנזק ייגרם לצד שלישי שסמך על ההחלטה המנהלית, תכנן וניהל את עסקיו על יסוד ההנחה שאותה החלטה תקפה, ועכשיו בא העותר ומבקש לבטלה. במקרים מיוחדים אפשר אף שהנזק ייגרם לכלל הציבור, כגון, כאשר העותר מבקש לבטל תקנות או החלטות המעניקות שירותים או הטבות לציבור הרחב או למנוע בחירות במועדן."

ראו בג"ץ נחום, שם.

12.9. מאז מתן ההחלטה בפועל ביום 19.11.2009, חלפו שלושה חודשים בלבד. ברור, כי למשיבים לא נגרם כל נזק בתקופה זו. במיוחד כך, מאחר וההחלטה ניתנה לאחר הגשת כתב האישום כנגד אולמרט וזקן.

12.10. השיקול השלישי, הלוא הוא עיקרון שלטון החוק, יכול שיידחה אף את השיקולים האחרים מפאת חשיבותו. בעניינינו, אי העמדתו של עו"ד מסר לדין, שולחת מסר אל הציבור לפיו שיתוף פעולה עם מעשים מושחתים ועבריינים לכאורה הינו תקין. בנוסף, באי העמדתו לדין של עו"ד מסר ישם גם משום פגיעה לכאורה במעמדו של מקצוע עריכת הדין.

12.11. וכך נאמר בבג"ץ נחום, בעמ' 642 :

"עם זאת, גם כאשר העתירה לוקה בשיהוי, ומבחינת האינטרסים המעורבים בעניין יש מקום לדחות את העתירה, עדיין עשוי בית המשפט לדון בעתירה ולהכריע בה לגוף העניין כדי להגן על שלטון החוק. שהרי אפשר שדחיית העתירה בשל שיהוי תשאיר בתוקפה החלטה מנהלית שאינה כדין. ואם פגיעתה של החלטה זאת בעיקרון של שלטון החוק רעה וקשה, עשוי העיקרון של שלטון החוק, הדורש ביטול ההחלטה, לגבור על כל אינטרס אחר."

12.12. במקרה הנדון, לא רק הפגיעה בשלטון החוק עקב אי העמדתו של עו"ד מסר לדין הינה קשה ומהותית, אלא שלא ניתן לראות כל פגיעה אפשרית במי מהמשיבים. כאמור, הדברים המובאים לעיל ביחס לשיהוי נאמרים למעלה מן הצורך, שכן, לטענת העותרת, נוכח האמור לעיל אין כל שיהוי בהגשת העתירה. ואולם, כאמור, אף אם הוגשה העתירה בשיהוי קל, אין בכך, בנסיבות העניין, כדי להביא לדחיית בשל הנימוקים המפורטים לעיל.

13. סיכום

13.1. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמפורט במבוא.

13.2. עתירה זו נתמכת בתצהירו של מר אריה אבנרי, יו"ר הנהלת העותרת.

גד מינא, עו"ד
חן גבירץ, עו"ד
גד מינא ושות'
ב"כ העותרת

תל אביב, היום 18 בפברואר 2010.
L:\commitdocs\1106\G5321-V004.doc