



מ"ת 46563/12/18 - מחמוד גזאלין נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

מ"ת 46563-12-18 ישראל נ' גזאלין(עצור בפיקוח)

בפני	כבוד השופט ניצן סילמן
המבקש	מחמוד גזאלין (עצור בפיקוח)
משיבה	ע"י ב"כ עו"ד גיל דביר מדינת ישראל

החלטה

1. בקשה לעיון חוזר בהחלטה מיום 28.1.19 על מעצר המבקש בפיקוח אלקטרוני בטענה של אכיפה בררנית.

2. כנגד המבקש הוגש כתב אישום של חבלה בנסיבות מחמירות.

3. לפי עובדות כתב האישום -

א. בתאריך 7.12.18 המבקש עם ארבעה אחרים, הגיעו למוסך נאמן בחיפה, תקפו את מוחמד זובידאת (להלן: "המתלונן") בצוותא חדא, והכו אותו באמצעות אלה, אגרופים ובעיטות בראשו ובכל חלקי גופו.

ב. מהלך התקיפה המבקש לקח מארגז הכלים חפץ והכה באמצעותו את המתלונן, ולאחר מכן לקח חפץ נוסף מארגז הכלים עשוי מתכת והמשיך להכות את המתלונן יחד עם האחרים בעודו שרוע על הרצפה.

4. בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה בקשה למעצר עד תום ההליכים.

5. ביום 15.1.19 הוסכם ע"י ב"כ המבקש כי אין מחלוקת לקיומה של תשתית ראייתית לכאורה, כשעיקר המעשה מתועד במצלמות אבטחה במוסך, והמחלוקת נסבה סביב שאלת חלופת המעצר.

6. ביום 28.1.19 לאחר קבלת תסקיר היתכנות מעצר באיזוק, מששוכנעתי כי ניתן להשיג מטרת המעצר בדרך שפגיעתה בחירות העורר פחותה יותר, הוריתי על מעצר המבקש בפיקוח אלקטרוני.



7. ביום 7.3.19 הוגשה הבקשה, נשוא ההחלטה דנן, לשחרורו של המבקש לביתו ללא תנאים מגבילים, בטענה של אכיפה בררנית.

תמצית טענות המבקש -

8. ביום 30.1.19 נעצר מג'ד גזאלין (להלן: "מג'ד"), מעורב נוסף באירוע התקיפה, ושחרר כבר ביום 6.2.19 בהסכמת המשיבה למעצר בית בביתו ל-4 ימים בלבד.

9. אין חולק כי המבקש אינו המעורב העיקרי באירוע נשוא כתב האישום, והמשיבה אף הצהירה על כך מסגרת דיוניו של מג'ד.

10. הראיות לכאורה כנגד מג'ד שוות בעוצמתן, ואף חזקות יותר, מהראיות לכאורה כנגד המבקש - המתלונן זיהה את מג'ד כמי שתקף אותו, לאחר שהגיע למקום עבודתו כחודש וחצי לפני התקיפה; מנאר גזאלין (להלן: "מנאר") מזהה אף היא את מג'ד בסרטון; ההתנהלות הסלולרית של מג'ד והמבקש זהה ביום האירוע - הטלפונים כבויים טרם האירוע עת אוכנו ברמת ישי וחוזרים לעבוד בסיום האירוע; האליבי שמוסר מג'ד כי היה מועד האירוע בעבודה, הופרך ע"י מעסיקו; ניתן לזהות את מג'ד בסרטון.

11. לא ייתכן כי כאשר מדובר בשני מעורבים באירוע אחד- כאשר חלקו של המבקש קטן יותר, מעורבותו פחותה, ועוצמת הראיות זהה לאחר, בוחרת המשיבה לשחרר את האחר ובעניינו של המבקש דורשת מעצרו מאחורי סורג ובריח.

תמצית טענות המשיבה -

12. בניגוד ליתר המעורבים, המבקש הינו היחיד בתייעוד בסרטון מצלמת האבטחה שפניו גלויים.

13. מצב הראיות כנגד המבקש שונה ממצב הראיות בעניינו של מג'ד.

14. כוונת רנ"ג תורג'מן בדיון המעצרים בעניינו של מג'ד בדברים "החשוד המרכזי", היא לווליד, מעורב נוסף באירוע שנעצר ביום 11.3.19.

15. שחרורו של מג'ד נעשה לאור הראיות כנגדו - זיהוי של מג'ד אינו מוחלט; המתלונן מסר 4 הודעות בנוגע לזיהוי התוקפים.



16. טענה של אכיפה בררנית ככלל תידון בהליך העיקרי.

דין והכרעה -

17. כבר נקבע בפסיקה כי "דרך המלך" להעלאת טענת האכיפה הבררנית היא במסגרת הדיון בתיק העיקרי, אולם אין לשלול לחלוטין העלאתה גם מסגרת הליך מעצר (ראה - בש"פ 7148/12 כנאנה נ' מדינת ישראל (14.10.2012) (להלן: "בש"פ כנאנה"); בש"פ 1495/17 מדינת ישראל נ' יובל זאודי (21.2.17).

18. כב' השופטת ברק ארז בבש"פ כנאנה קבעה כי טענת הפליה על ההחלטה להגשת כתבי אישום, מעוררת קושי גדול משום שבירורה, מחייב התייחסות, ולו לכאורית, לצדקת ההחלטה. לא כל אכיפה חלקית הינה אכיפה בררנית, ובידי התביעה מתחם רב של שיקול דעת בקביעת סדרי העדיפות באכיפת הדין הפלילי.

עוד נקבע כי המשוכה הראשונה שעל נאשם לעבור בהעלאת טענה של אכיפה בררנית, היא כי ההבחנה בינו לבין חשודים או נאשמים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת שוויון, היא שרירותית, מפלה או שביסודה שיקולים זרים.

19. בענייננו, לאחר עיון בראיות, בסרטון מצלמות האבטחה, ושמיעת טענות הצדדים, סבורני כי המבקש לא צלח לעבור המשוכה הנדרשת ולהוכיח כי ההבחנה בינו לבין מג'ד שרירותית, ויש בה כדי לסתור חזקת החוקיות ממנה נהנית המשיבה בהפעלת שיקול דעתה באכיפה, ואפרט.

20. אכן, ההתנהלות הסלולרית של המבקש ומג'ד ביום האירוע זהה- כך שהטלפונים הניידים שלהם אוכנו טרם הארוע ברמת ישי, והיו כבויים או על "מצב טיסה" משעות הבוקר ועד השעה 13:12 או בסמוך לכך, לאחר האירוע.

21. כמו כן, אין חולק כי עפ"י הצהרות המשיבה עצמה מהלך דיוני מעצר של מג'ד, החשוד העיקרי הינו דודם של המבקש ומג'ד - ווליד גזאלין, שנעצר זה מכבר.

22. בביתו של מג'ד נתפסו פרטי לבוש הקושרים אותו לאירוע התקיפה (חליפת אדידס שחורה, שלכאורה, לבש מועד האירוע עפ"י סרטוני האבטחה).

23. כמו כן, האליבי שטען לו מג'ד בחקירותיו כי מועד אירוע התקיפה עבד בת"א או בכפר קאסם (ראה חקירות מיום 1.2.19, 31.1.19), הופרך הן ע"י מעסיקו מר מוחמד ג'מאמעה, בהתאם לרישום ביומנו,



והן ע"י חברו לעבודה - מר אמיר ג'זאלין.

24. אין חולק כי בחקירותיו המבקש קושר עצמו לזירת האירוע בטענה כי המתלונן קילל אותו ועל כן, נתן לו 2 אגרופים. המבקש אף מזהה עצמו באחת התמונות שהוצגו לו מסרטוני האבטחה עם כלי כסוף ביד ימין, אולם לטענתו לא זוכר מה החזיק. (ראה חקירה מיום 17.12.18)

25. בעימות בין המבקש למתלונן, המבקש מזהה את המתלונן כמי שכביכול קילל אותו בשער הכניסה למוסך.

26. אין חולק, כי המבקש מזהה באופן ברור בסרטוני האבטחה ואירוע התקיפה, משהוא היחיד שגלוי פנים, לעומת יתר המעורבים שלבשו קפוצ'ונים או כובע שהקשו על זיהויים.

27. במזכר מיום 18.12.18 של השוטר כוזלי, מצוין כי זיהה באופן ודאי את המבקש, לאחר חקירתו וצפייה בסרטונים, לפי פניו, הליכתו וצורת הלבוש.

28. אמנם, המתלונן ומנאר זיהו את המבקש ומג'ד בסרטוני האבטחה, אולם עולות קושיות מהותיות בהודעותיהם, כך למשל -

- **בהודעתו מיום 9.12** טען המתלונן שווליד והאחיין שלו הגיעו למקום עבודתו, ומישהו לאחר מכן נתן לו מכה בראש. עוד ציין המתלונן, כי לפני כחודש וחצי ווליד ואחיין שלו עקבו אחריו למקום עבודתו, אולם לא ידע את שם האחין.

באותה הודעה לאחר שצפה בסרטון התקיפה ציין המתלונן - "אחד מהם זה האחין של וליד זה שלובש קפוצון אפור כזה שבא ונותן לי עכשיו מכה עם האלה..." (שורות 124-125)

המתלונן מוסיף כי מזהה בסרטון את וליד והאחיין בקפוצון האפור, את ה- 3 מעורבים הנוספים לא מזהה.

אבהיר, כי המעורב שנראה בסרטון עם קפוצון אפור ואלה נחשד להיות בשאר גזאלין, אחיו של מג'ד.

- **בהודעתו מיום 10.12.18** טען המתלונן כי מג'ד החזיק אלה ותקף אותו באמצעותה. המתלונן מזהה בסרטון את וליד עם קפוצון שחור, ומג'ד עם קפוצון אפור, כאשר את יתר המעורבים חוזר וטוען שאינו מכיר.

- מנגד, **בהודעתו מיום 13.12.18** - המתלונן מזהה בשמות את 4 מתוך 5 מעורבים, וביניהם, מג'ד, בשאר והמבקש.



לטענת המתלונן - "הבחור עם הקפוצ'ון האפור עם אלה מעץ אני מזהה אותו זה בשאר כי בהתחלה התבלבלתי בין בשאר למג'ד כי אני יודע בשאר מבחינת מבנה הגוף שלו יותר גדול ממג'ד אבל עכשיו זה מסתדר לי מג'ד היה עם קפוצ'ון האדידס..." בהמשך טען המתלונן -

"אני מתבלבל בניהם כי הם אחים בקושי מכיר אותם אבל אני זוכר שבשאר יותר גדול ממג'ד..."

ש. למה לא הזכרת את השם של בשאר בהתחלה?

ת. כי לא ראיתי את הסרטון ובמכות לא ראיתי אותו כי זה היה בהפתעה"

- **הודעתו של המתלונן מיום 13.12.18** בה הוא כאמור מזהה בשמות ארבעה מעורבים, וטוען שהתבלבל בין בשאר למג'ד, **נגבתה יומיים לאחר הודעת מנאר גזאלין, שזיהתה בסרטונים ארבעה מעורבים** וביניהם את המבקש שהיה גלוי פנים, בשאר בקפוצ'ון האפור ומג'ד בקפוצ'ון אדידס.

- כמו כן, בהודעתה מנאר טענה כי ראתה בסרטון את המבקש אוחז סכין יפנית ואחרי זה לוקח מפתח בוקסות. משנשאלה איך היא יודעת מה זה מפתח בוקסות, ענתה שלמשפחה של וליד יש מוסך "אז אני יודעת פחות או יותר מה זה כלי עבודה"

אבהיר, כי ביום 24.12.18 מנאר חזרה בה מהודעתה וזיהוי מי מהמעורבים.

27. בסרטוני אבטחה בשעה 13:18 או בסמוך לכך, של המגרש סמוך למוסך, אכן ניתן לזהות את מג'ד בקפוצ'ון שחור עם פסים של אדידס. לא ניתן לזהותו בסרטון התקיפה עצמה.

28. מהאמור לעיל, נראה כי ייתכן כי קיימת תשתית ראייתית לכאורה בנוגע למג'ד, אולם, אין להשוות בעוצמתן לעומת קיומן של ראיות לכאורה כנגד המבקש.

משכך, כאמור, לא הוכחה אבחנה שרירותית ומפלה בין שווים.

29. כאן המקום להוסיף כמה דברים באשר לאותה טענת "אכיפה בררנית". גם לו הראיות בין שני הנטענים (מג'ד והמבקש) זהות, (ואין אלו פני הדברים) גם אז איני משוכנע כי התוצאה המתחייבת היתה הסרת האיזוק וביטול המגבלות.

30. **ראשית**, כבר נשמעו קולות המסייגים באופן נחרץ יותר מאשר בש"פ 7148/12 **כנאנה נ' מ"י**, את היכולת של בית המשפט להתערב בשלב **המעצר**, בטענת אפליה, בין עצור ובין מי שלא הוגש כנגדו כתב אישום.

ראה למשל בש"פ 3121/16 **אהרוני נ' מ"י** הקובע כי **אין** מקום לבחינה בשלב מעצר בתנאים אלו, ראה גם



בש"פ 31/16 אלפיניש נ' מ"י.

31. **שנית**, גם אם ניתן להתחשב בטענת ההפליה בין עצור ובין מי שלא הוגש כנגדו כתב אישום, כבר בשלב המעצר, הפסיקה קובעת כי ההתחשבות תיעשה "**באופן תחום ומוגבל**" (בש"פ 6745/17 **יונס נ' מ"י**).

32. **שלישית**, טענת הפליה לא תועיל מקום בו השתכנע בית המשפט כי מדובר במי שמסוכנות גבוהה או ממשית נשקפת ממנו.

לא יתוקן עוול בעוול גדול יותר, ראה לעניין זה בש"פ 8101/16. במקרה בפנינו עצמת התקיפה ועצמת האירוע מצדיקים כי לא תהיה הקלה.

33. **רביעית**, על פי הפסיקה לא די להראות "**שיוויון**" בראיות, בנוגע לטענת ההפליה, אלא יש להראות שרירות וכן להראות פגם המחייב הכרעה בטענה **כבר** בשלב המעצר (בש"פ 1495/17 **מ"י נ' זאודי**). לא הונחה תשתית לכך בטיעון.

34. **חמישית**, כבר נקבע חזור ונקבע כי "**לא הרי המשקל שינתן לעיקרון השיוויון (למשל) בעבירות כלכליות, כמשקל שיינתן לו בעבירות של אלימות**" (ראה בש"פ 3545/15 **מ"י נ' חיים כהן** המפנה לבש"פ 7686/03 **רפייב נ' מ"י**).

35. על כל אלה יש להוסיף כי במקרה שבפנינו כבר צעד בית המשפט כברת דרך עם המבקש, עת חרף התשתית הראייתית, חומרת המעשה והביצוע בצוותא, העדיף מעצר באיזוק על פני מעצר ממשי.

36. ראה גם הקביעה כי "עיקרון השוויון בין נאשמים אינו עיקרון על" (בש"פ 3543/15 **מ"י נ' כהן**) וכן הקביעה כי "התלבטתי לא מעט בסוגית ההפליה אך...נוכח המסוכנות המובהקת הנגזרת ממעשי האלימות הקשים המיוחסים לעורר, אין בה כדי להכריע את הכף". ראה גם הקביעה כי "לא בכל מקרה גוברת טענת האפליה על האינטרס הציבורי. יתכנו מקרים בהם על אף שחלק מהנאשמים שוחררו לחלופת מעצר, אין בכך כדי להוביל למסקנה כי יש להורות על חלופת מעצר אף ליתר הנאשמים" (בש"פ 8347/16 **פלוגי נ' מ"י**).

37. זאת, כאמור, בצד ההבדלים הראייתיים, וכן העובדה כי מדובר במי שעצור באיזוק. בנסיבות אלה מקומה של הטענה במקרה הטוב = במסגרת התיק העיקרי.

38. סוף דבר - הבקשה נדחית.



ניתנה היום, ז' אדר ב' תשע"ט, 14 מרץ 2019, בהעדר
הצדדים.