



ת"פ 58959/12/18 - מדינת ישראל נגד אפרים נוה, בר כץ

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 58959-12-18 מדינת ישראל נ' נוה ואח'
תיק חיצוני: 436339/2018

בפני כבוד השופטת - נשיאה עינת רון
מאשימה מדינת ישראל
נגד
נאשמים 1. אפרים נוה
2. בר כץ

החלטה

מונחות לפניי 2 בקשות מקדמיות, האחת בקשה מקדמית לביטול כתב אישום על פי סעיפים 149(3) ו- 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב 1982 (להלן: "**החסד"פ**") שעניינה ביטול כתב אישום מחמת שיקולים זרים בבסיס הגשתו. השנייה, בקשה לפי סעיף 149(10) וסעיף 108 לחסד"פ שעניינה קבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית.

רקע ועובדות:

נגד הנאשמים הוגש כתב אישום המייחס להם עבירות של יציאה מישראל שלא כחוק בצוותא - עבירה לפי סעיף 7 יחד עם סעיף 12 (4) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב 1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**") יחד עם סעיף 29 (ב') לחוק העונשין, התשל"ז 1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק בצוותא - עבירה לפי סעיף 7 יחד עם סעיף 12(4) לחוק הכניסה לישראל יחד עם סעיף 29 (ב) לחוק העונשין, עבירה של קבלת דבר במרמה בצוותא - עבירה לפי סעיף 415 (רישא) יחד עם סעיף 29(ב) לחוק העונשין (שתי עבירות).

לצורך כניסה לישראל ויציאה ממנה דרך נמל התעופה בן גוריון, על כל אדם לרבות אזרח ישראלי:

להתייצב באולם ביקורת הגבולות; להזדהות בדרכים הנדרשות בפני בקר גבולות או בפני אמצעי ממוכן חלופי (להלן: "**עמדה ממוכנת**") אשר במידה והאדם מורשה כניסה/ יציאה מנפיקים עבורו אישור ביקורת גבולות בצורת כרטיס מעבר אלקטרוני (להלן: "**גייט פאס**"); להניח את הגייט פאס על שער מעבר המיועד לכך ובאמצעותו בלבד עליו להיכנס לישראל או לצאת ממנה.

גייט פאס הוא אישור מעבר אישי, המכיל את פרטי בעל האישור, ומיועד לשימוש אישי בלבד.

ביציאה מאולם ביקורת הגבולות, לצורך היציאה מישראל והכניסה אליה, מוצבים שערי מעבר, שהמעבר בהם מתבצע באמצעות הגייט פאס:

בעל הגייט פאס מניח אותו על קורא אלקטרוני המותקן בשער, השער נפתח עבורו והוא עובר דרכו אל מחוץ לישראל או לתוכה.



בסמוך לשערי מעבר אלה, מוצבים בקרי גבול, שתפקידם להתבונן על העוברים בשערים, ולוודא שהמעברים בהם מבוצעים בצורה תקינה וחוקית באמצעות הגייט פאס.

עם השלמת ההזדהות בפני בקר גבולות או עמדה ממוכנת ובעקבותיה קבלת הגייט פאס, מתועדת הכניסה או היציאה ברישומי משרד הפנים ומשטרת ישראל (להלן: "**תיעוד המעברים**"), וכך מתנהל תיעוד מדינתי מסודר, נחוץ וחיוני של הנכנסים למדינה והיוצאים ממנה, כבכל מדינה מתוקנת.

במועדים הרלוונטיים לכתב האישום היו הנאשמים בני זוג, כשבמקביל היה הנאשם פרוד מאשתו, ובעיצומו של הליך גירושם ממנה, אשר אף גלש לכדי הליך אזרחי בינה לבין הנאשמת (להלן: "**סכסוך הגירוש**").

במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, החליטו הנאשמים לטוס יחד לנופש בתאילנד, ורכשו כרטיסי טיסה מישראל לתאילנד שיציאתה ביום 20.09.18 בשעות הלילה, וטיסה מתאילנד לישראל שנחיתה ביום 02.10.18 בשעות הבוקר.

עובר למועד טיסתם לתאילנד, במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, על רקע סכסוך הגירוש, וכדי להשיג לכל אחד מהם בפני עצמו ולשניהם יחד כבני זוג תועלת בקשר לסכסוך הגירוש, ביקשו הנאשמים לפעול להסתרת שהותם המשותפת המתוכננת מחוץ לארץ.

במסגרת זו, החליטו הנאשמים בהחלטה משותפת אותה קיבלו מראש, לפעול במרמה ושלא כחוק, בצוותא חדא, ליציאת הנאשמת מישראל, ובהמשך לכניסתה חזרה לישראל, מבלי שזו תתייצב בפני בקר גבולות או עמדה ממוכנת, ובכך, במרמה ושלא כחוק, לשבש, למנוע ולהעלים את תיעודן הרשמי בתיעוד המעברים של יציאתה וכניסתה כאמור, באופן שתשוקף רק שהיית הנאשם, כביכול ללא הנאשמת, מחוץ לארץ.

כל זאת, בדרך מעשית אותה הציע הנאשם, כמתואר בהמשך כתב אישום זה.

במסגרת ההחלטה המשותפת ולשם יישומה, ביום 20.09.18, בשעה 21:05, הגיעו הנאשמים לאולם ביקורת הגבולות, וצעדו יחד לאחת העמדות הממוכנות.

הנאשם הזדהה בדרכים הנדרשות בפני העמדה הממוכנת וזו הנפיקה עבורו גייט פאס. לעומת זאת הנאשמת, אשר עמדה לצדו, לא הזדהה בעצמה באופן כלשהו ובשלב כלשהו, לא בפני בקר גבולות ולא בפני עמדה ממוכנת.

עם קבלת הגייט פאס, מסר אותו הנאשם לידי ולשימוש הנאשמת, השניים השתהו פרק זמן נוסף מול העמדה הממוכנת, ואז צעדו יחד לכיוון אזור שערי המעבר, הכול תוך יצירת מצג כוזב לפיו שניהם הזדהו בפני העמדה הממוכנת שכביכול הנפיקה עבור שניהם גייט פאס, ולפיו הגייט פאס בו אוחזת הנאשמת הונפק עבורה.

או אז, בשעה 21:06, עברה הנאשמת בשער המעבר באמצעות הגייט פאס שהונפק עבור הנאשם תוך יצירת מצג כוזב כאילו מדובר בגייט פאס שהונפק עבורה.

במקביל, נצמד הנאשם אל גבה של נוסעת אחרת שעברה בשער המעבר באמצעות הגייט פאס שהיה ברשותה, צעד מאחוריה בעקבותיה בזריזות, וכך השתחל ועבר בשער המעבר יחד עמה בו זמנית.

בהתאם לכך, הוסתרה והועלמה יציאתה של הנאשמת מישראל במועד זה, ונמנע תיעודה הרשמי בתיעוד המעברים, וזאת במרמה ושלא כחוק.

מספר בקרי גבול שהוצבו ושהו בסמוך לשערי מעבר אלה, לא הבחינו בהתנהלותם הקלוקלת של הנאשמים, ואלה המשיכו לדרכם ובהמשך טסו לתאילנד כמתוכנן.

בהמשך לכך, במסגרת ההחלטה המשותפת כמפורט בסעיף 1 לעיל, בה עדיין דבקו, ולשם יישומה, ביום 02.10.18, בשעה 07:00, בסמוך לאחר נחיתת טיסתם מתאילנד לישראל, הגיעו הנאשמים לאולם ביקורת הגבולות, וצעדו יחד



לאחת העמדות הממוכנות.

פעם נוספת, הזדהה הנאשם בדרכים הנדרשות בפני העמדה הממוכנת וזו הנפיקה עבורו גייט פאס. לעומת זאת הנאשמת, שעמדה לצדו, לא הזדהה בעצמה באופן כלשהו ובשלב כלשהו, לא בפני בקר גבולות ולא בפני עמדה ממוכנת.

פעם נוספת, עם קבלת הגייט פאס, מסר אותו הנאשם לידי ולשימוש הנאשמת, ואז השניים צעדו יחד לכיוון אזור שערי המעבר, הכול תוך יצירת מצג כוזב לפיו שניהם הזדהו בפני העמדה הממוכנת שכביכול הנפיקה עבור שניהם גייט פאס, ולפיו הגייט פאס בו אוחזת הנאשמת הונפק עבורה.

או אז, בשעה 07:02, פעם נוספת, עברה הנאשמת בשער המעבר באמצעות הגייט פאס שהונפק עבור הנאשם תוך יצירת מצג כוזב כאילו מדובר בגייט פאס שהונפק עבורה, ובמקביל, בתיאום עם הנאשמת ובעזרתה, נצמד הנאשם אל גבה של הנאשמת, צעד מאחוריה בעקבותיה בזריזות, וכך השתחל ועבר בשער המעבר יחד עמה בו זמנית.

בהתאם לכך, הוסתרה והועלמה כניסתה של הנאשמת לישראל במועד זה, ונמנע תיעודה הרשמי בתיעוד המעברים, וזאת במרמה ושלא כחוק.

עם זאת, הפעם, בקרית גבול שהוצבה ושהתה בסמוך לשערי מעבר אלה הבחינה בהתנהלותם הקלוקלת של הנאשמים, ניגשה אליהם, ותשאלה אותם תשאול ראשוני בנושא.

במהלך תשאול זה היתמם הנאשם, הציג בפני בקרית הגבול מצג כוזב לפיו אינם יודעים במה מדובר, ותחילה אף טען בפני הבקרית בכזב שכלל אינו מכיר את הנאשמת.

בקרית הגבול, אשר לא שוכנעה, עיכבה את הנאשמים לבירור מעמיק יותר, שהוביל בסופו של דבר לחשיפת וחקירת המתואר בכתב אישום זה.

הבקשה לביטול כתב אישום על פי סעיפים 149 (3) ו- 149(10) לחסד"פ (להלן גם: "הבקשה הראשונה"):

טענות הנאשמים:

הנאשמים הגישו בקשה לביטול כתב אישום, מחמת שיקולים זרים. לטענתם, על המאשימה לשקול אך שיקולים רלוונטיים בהחלטתה אם להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים ובאיזו מתכונת, ובמסגרת זאת, שקילת שיקולים זרים, במובחן משיקולים ענייניים, עולה כדי אכיפה בדרנית - פגם המצדיק את ביטול כתב האישום.

דהיינו, מקום בו ניתן להוכיח כי הרשות המנהלית הפעילה סמכותה לאכוף את החוק על יסוד שיקול זר או להשגת מטרה פסולה, יש לכך נפקות משפטית.

סמכותו של התובע כרוכה בשיקול דעת, ושיקול דעת זה הוא נרחב ביותר. ואולם, לא כל מקרה מצדיק העמדה לדין. לטענת הנאשמים, על התובע במסגרת החלטה האם להעמיד לדין או לו, לשקול את חומרת המעשה, נסיבותיהם האישיות של החשוד ושל קורבן העבירה, שיקולים מוסדיים של התביעה ובית המשפט ואלו בלבד.

לטענת הנאשמים, בבקשה קודמת שהוגשה על ידם, טענה המאשימה, כי חלק מהשיקולים שנשקלו במסגרת ההחלטה להגיד כתב אישום כנגדם, שיקולים אשר היו "חשובים, משמעותיים ואף מכריעים במישור ההצדקה והצורך באכיפת הדין הפלילי הרלוונטי" הם בין היתר **"מעמדו הציבורי הרם והמוכר של הנאשם (בתחום המשפט) בעת אירוע העבריינות שננקטה בו"**. המאשימה טענה אז כי בעת הרלוונטית הנאשם שימש כיו"ר לשכת עורכי הדין וחבר מרכזי בוועדה למינוי שופטים, היה מצופה לסטנדרט התנהגות מוגבר, ושנתפס בעיני הציבור כבעל כוח, שררה, השפעה וקרבה ל"צלחת" המשפטית.



עוד טענה המאשימה כי הפומביות והפרסום הציבוריים התקשורתיים הרבים להם זכות האירוע והעבריינות שננקטה בו, בעקבות זיהוי הנאשם, הובילו לכך, שהחלטה לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור, הייתה יכולה להתפרש כמתן היתר לציבור לפעול באופן הפלילי האמור.

לטענת הנאשמים, זוהי הודאה מפורשת של הפרקליטות, כי כתב האישום הוגש נוכח שני שיקולים מכירים וזוהי אכיפה בררנית. החובה הבסיסית של רשויות האכיפה היא לאכוף את הדין בצורה שוויונית, בעוד שהמאשימה נקטה בשיקולים מפלים, נוכח מעמדו הציבורי של הנאשם 1 והפרסום לה זכתה בפרשה. לטענת הנאשמים, מעמדו הציבורי של הנאשם 1 אינו שיקול רלוונטי בהעמדה לדין, ושקילתו עולה כדי שקילת שיקול זר.

עוד הוסיפו הנאשמים, כי הנאשמת 2, היא צעירה, בתחילת דרכה האישית והמקצועית, הנדרשת לשלם מחיר כבד נוכח שקילת אותם שיקולים זרים בדמות "מעמד בכיר", שאינו שלה, אלא של הנאשם 1.

בנסיבות האמורות, סבורים הנאשמים כי הצליחו להרים את הנטל להוכיח כי בבסיס החלטת המאשימה להגיש כתב אישום כנגדם עבדו שיקולים זרים, שיש בהם כדי להורות על ביטול כתב האישום כנגדם.

טענות המאשימה:

לטענת המאשימה, יש לדחות את הבקשה, השיקולים עליהם מלינים הנאשמים, הם שיקולים מקצועיים-משפטיים-ענייניים, רלוונטיים במסגרת החלטת המאשימה במישור "העניין לציבור", הן בכלל והן בפרט, במקרה בו אלמנט של מרמה.

טענות הנאשמים שלפיה המאשימה שקלה במסגרת השיקולים אם להגיש כתב אישום את העניין הציבורי ואת מעמדו הציבורי הרם והמוכר של הנאשם, בעת האירוע, דינה להידחות. המאשימה שקלה שיקולים אלה בשולי הדברים, ומעבר לנדרש וההחלטה להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים, התבססה אך על שיקולים מקצועיים, משפטיים, ענייניים, רלוונטיים טהורים, ומכאן של נפלו בהגשתו בשום אופן הפגם, הפסול או האכיפה הבררנית הנטענים. לטענת המאשימה, שיקולים אלו אינם שיקולים זרים ומפלים כלל ועיקר.

המאשימה טוענת כי שיקולים אלה, הם שיקולים רלוונטיים, כך על פי פסיקת בית המשפט העליון (בג"צ 3425/94 גנור) ובמקרים מסוימים, לשיקול זה עשוי להיות משקל מכריע של ממש.

עוד טענה המאשימה כי משמעות הציבור "עניין לציבור" הינה הכרעה ערכית, באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית, כתוצאה מהעמדה לדין, לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו כתוצאה מאי העמדה לדין. המאשימה מתחשבת במהות העבירה, מעמדו של החשוד, בצורך לוודא שאמון הציבור בטוהר המידות של מנהיגיו ובפעולתה ההוגנת, היעילה והשוויונית של מערכת המשפט לא יתערער. יש לחזק את אמון הציבור, בתפקודו התקין ובטוהר המידות של המנגנון הממשלתי, וביישום הוראות החוק, ללא פניות מצד המערכת המשפטית.

לטענת המאשימה, על פי פסיקת בית המשפט העליון, ניתן לסבור, כי התביעה מחויבת באופן ממשי לשיקול שני שיקולים אלה במישור העניין לציבור.

אין כל ספק, גם לגישת המאשימה, כי המבחנים הראייתיים אותם על התביעה להפעיל לעניין פתיחה וחקירה והעמדה לדין, צריכים להיות זהים ביחס לכל אדם.

אף בתגובה אליה מפנים הנאשמים, שיקולים אלה נכתבו בשולי הדברים, כאשר במסגרת התגובה, פרטה המאשימה באופן יסודי את השיקולים שעמדו בבסיס החלטתה להגיש נגד הנאשמים כתב אישום בכלל ובעבירות הספציפיות הכלולות בו בפרט.



לטענת המאשימה, אנשי ציבור בכירים, מצופים בצדק לסטנדרט התנהגות מוגבר, ואמורים לשמש דוגמה ומופת לציבור. בזמן, הם נתפסים בציבור כבעלי כוח, שררה, השפעה, וקרבה ל"צלחת" המשפטית. בנסיבות אלה, החלטה לאכוף את הדין, כפי שהתקבלה, משמעותה חיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק, נוכח עצמאותה, יחסה השווה לכולם בפני החוק, ועמידתה על סטנדרט ההתנהגות המוגבר הנאות.

מנגד, בהחלטה הפוכה לסגור את התיק תוך קביעה שהגם שיש בו ראיות מספיקות (ואיתנות) לעבירות פליליות, אין עניין לציבור בו, היה כדי לפגוע באופן קשה וממשי- ובצדק רב- באמון הציבור במערכת אכיפת החוק.

כידוע, תפקידה הקלאסי והעיקרי של התביעה והאכיפה הפלילית היא הכוונת התנהגות הציבור. אירוע פלילי פומבי, תקשורתי ומפורסם, שונה באופן ענייני ואף מכריע בהיבט זה, מאירוע פלילי שגרתי, כאשר החלטת התביעה באירוע מהסוג הראשון היא בעלת השלכה דרמטית ומכוננת על הכוונת התנהגות כלל הציבור, ואילו החלטת התביעה באירוע מהסוג השני היא בעלת השלכה נקודתית ומסוימת ביחס לחשוד עצמו וסביבתו הקרובה.

תשובת הנאשמים:

לטענת הנאשמים, בתגובתה הרשמית של המאשימה, היא ציינה כי השיקולים אשר עמדו בפניה בהחלטה האם להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים, עמדה בפניהם העובדה כי הנאשם 1 הוא דמות ציבורית והעובדה כי הפרשה זכתה לתהודה ציבורית, ולכן אי העמדה לדין, תשדר מסר בעייתי ציבורי.

על פי פסיקת בית המשפט העליון, על המאשימה לשקול, אך ורק, שיקולים רלוונטיים בהחלטתה אם להגיש כתב אישום נגד הנאשמים. אלא שהמבחנים שאותם על היועץ המשפטי להפעיל לעניין פתיחה בחקירה והעמדה לדין של 'שועי ארץ' זהים מבחינה מהותית לאלה שעליו להפעיל לעניין העמדתו לדין של כל אדם (בג"צ 10665/05 **שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 5 (16.07.2006) (להלן: "פרשת שטנגר")).

כתב האישום שהוגש כנגד הנאשמים, מוכיח כי שיקול מכריע בהעמדה לדין של הנאשמים היה מעמדו הציבורי של הנאשם 1 והחשיפה לה זכתה הפרשה. לטענתם, אין צורך להוכיח חוסר תום לב מטעם רשויות האכיפה או כי האפליה בוצעה במזיד ותוך מודעות - די בתוצאה מפלה.

המאשימה בתגובתה, הודתה כי שקלה שיקולים זרים, מנסה כיום לשנות גרסה ולהפוך את אותם שיקולים מרכזיים ואף מכריעים לשיקולים שוליים שנשקלו בשולי הדברים ומעבר לנדרש.

עוד טוענים הנאשמים כי הביטוי "למעלה מן הצורך" נטען ביחס לבקשה לקבלת מידע ולא באשר לשיקולים שעמדו בפני המאשימה. בנסיבות אלה, כאשר המאשימה מנסה לזגזג בין גרסאותיה, עותרים הנאשמים לקבוע כי הגרסה שניתנה בזמן אמת, בסמוך למועד הגשת כתב האישום היא הנכונה.

לטענת הנאשמים, המאשימה הפנתה לפרשת גנור (בג"צ 3425/94 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(4) 1 (1996) (להלן: "**פרשת גנור**")). ואולם, פסק דין זה אינו רלוונטי כלל לענייננו, ודאי שאין הוא מלמד את שהפרקליטות מבקשת ללמוד ממנו. לטענת הנאשמים, בפרשת גנור, נקבע שמעמדו הציבורי של החשוד הוא שיקול רלוונטי בהגשת כתב אישום, שכן החשדות בגין נחקר, היו קשורות בתפקידו הציבורי.

בענייננו, לעומת זאת, אין כל קשר בין תפקידו הציבורי של הנאשם 1 למעשה המיוחס לו; והעבירה בה נאשם אינה עבירה מתחום טוהר המידות. ובהתאם, אין כל הצדקה לשיקול זאת לחובתו, קל וחומר לחובת הנאשמת 2, ואידך זיל גמור.

הפסיקה קבעה כי נקודת המוצא, בהעמדה לדין, היא כי יש לפעול בשוויון, כאשר אין להבחין בין אדם אחד למשנהו, ובכלל זה להחמיר עם אנשים בעלי מעמד ציבורי, כפי שעשתה המאשימה בענייניו של נאשם 1.



זאת ועוד, לא ניתן להסביר מדוע כתב האישום הוגש גם נגד הנאשמת 2, שכל חטאה הוא שהיא מצויה בזוגיות עם הנאשם 1. הנאשמת 2, צעירה בתחילת דרכה האישית והמקצועית, תידרש לשלם מחיר כבד נוכח שקילת אותם שיקולים זרים בדמות "מעמד בכיר", שאינו שלה, אלא של הנאשם 1.

לטענת הנאשמים, כתב האישום כנגד הנאשמים הוא כתב האישום הראשון אי פעם שהוגש ובו יוחסו לאזרחים ישראלים שאין מגבלה ליציאתם וכניסתם מישראל עבירה של קבלת דבר במרמה. בהתאם, ברי כי מדיניות חדשה שהחלה "לכבודו" של הנאשם 1 אינה יכולה להצדיק את ההעמדה לדין, וטעון זה הוא דוגמה קלאסית לטיעון המנסה להרים עצמו משרוכי נעליו.

בקשה לפי סעיף 149(10) וסעיף 108 לחסד"פ (להלן גם: "הבקשה השנייה"):

הבקשה השנייה, עניינה בבקשה לקבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית. במסגרת הבקשה, עותרים הנאשמים לזמן עדים, במטרה לבסס את התשתית העובדתית, המוכיחה כי הגשת כתב האישום כנגד המבקשים עולה כדי אכיפה בררנית.

הנאשמים עותרים לזמן את רס"מ סופי הוד ושוטרת נוספת שהייתה נוכחת בחקירותיהם של המבקשים בתחנת המשטרה בנתב"ג; עו"ד אורנה סרויה, קצינת גבולות וקצינת חקירות במנהל ההגירה בדימ';

עוד עותרים הנאשמים כי המאשימה תמסור לידיהם את המידע הבא:

א. כל כתבי האישום שהוגשו משנת 2011 ועד לחודש אוקטובר 2018 ובכלל בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**") ובעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, במקרים שבהם דובר בכניסה ו/או ביציאה לא מתועדת של אזרחים ישראלים, נושאי דרכון תקף, שלא הייתה מגבלה או מניעה משפטית או אחרת לכניסתם וליציאתם מן הארץ. לחלופין בלבד, כתבי אישום שהוגשו בשלוש השנים האחרונות כאמור מעלה. ביחס לכתבי האישום האמורים- תיקי החקירה המלאים בנושאים שבנדון.

ב. נתונים מלאים ביחס למקרים בהם התקיימה יציאה או כניסה לישראל ללא הצגת דרכון (של אזרח הנושא דרכון) ומה עלה בגורלם של מקרים אלה בשנים 2011-2018, קרי: כל ההחלטות שהתקבלו בנושא זה. לחלופין בלבד, ככל שלא הוגש כתב אישום, מסמך מסכם, הכולל "תיאור ההחלטה לסגור את התיק וליבת העובדות ששימשו בסיס להחלטת הסגירה". לחילופי חילופין, נתונים ביחס לשלוש השנים האחרונות כאמור מעלה.

במסגרת הבקשה, מצטטים הנאשמים, מדף מחשבון פייסבוק, של עו"ד אורנה סרויה, ששרתה כקצינת גבולות וקצינת חקירות במנהל ההגירה, כאשר על פי דבריה, כתב האישום כנגד הנאשם 1: "**הזוי ומופרך וכשאומרים אכיפה בררנית אני בהחלט מסכימה**" (נספח 1 לבקשה מס' 2), עוד טענה במסגרת אותו פרסום, כי לדעתה האישית ומתוך ניסיון הנאשם 1 לא זוכה ליחס שווה או הוגן ונראה שהוא יעד אדם.

למרות האמור, ביום 25/12/18, הוגש כנגד הנאשמים כתב אישום, כאשר הטענה המרכזית בכתב האישום היא כי המבקשים לא התייצבו בכניסתם וביציאתם מהארץ, בפני בקר גבולות או עמדה ממכונת, באופן שמנע את תיעודן הרשמי. כל זאת, הגם שלא הייתה כל מניעה חוקית או אחרת ליציאתם ולכניסתם לארץ.

לטענת הנאשמים, די בדבריה של עו"ד סרויה, כדי ללמד כי כתב האישום יוצא דופן בשדה המשפטי ומנוגד למדיניות העמדה לדין של רשויות האכיפה.



למיטב בדיקת הנאשמים, במועד הרלוונטי, ככלל טרם הועמדו לדין לא כל שכן הורשעו אזרחי ישראל שביצעו מעשים דומים בנסיבות ענייננו. בעבר הועמדו לדין, במספר מצומצם של מקרים, אזרחים ישראלים שיצאו את הארץ ללא תיעוד, אך זאת כאשר יכולתם לצאת ולהיכנס את הארץ הייתה, לכל הפחות, מוגבלת.

ואולם, לטענת הנאשמים, רשויות התביעה נמנעו כעניין שבמדיניות מהעמדה לדין פלילי, על החומרה היתרה הנובעת לה, של אזרחי ישראל שדרכונם לא הוחתם ביציאתם ובכניסתם את הארץ, מקום בו לא הייתה מניעה או מגבלה מבחינתם לעשות כן.

דהיינו, העמדתם לדין של הנאשמים מהווה אכיפה בררנית.

לאחר סיום החקירה המשטרתית והעברת תיק החקירה לידי פרקליטות מחוז מרכז, הנאשמים פנו אל המאשימה מספר רב של פעמים, בבקשה לקבל מידע בדבר העמדה לדין בנסיבות דומות. לאחר שכל בקשות אלו נדחו, פנו הנאשמים לבית המשפט.

ביום 10/7/19, נדחתה בקשתם הקודמת של הנאשמים, אז נקבע כי הנאשמים לא סתרו את חזקת התקינות המנהלית, ולכן לא עמדו בנטל הנדרש לקבלת המידע, וכי ממילא מדיניות ההעמדה לדין של המאשימה שוללת אכיפה בררנית. בסופה של החלטה נקבע כי על המאשימה למסור כתבי אישום נוספים עליהם הצהירה במהלך הדיון, והם נמסרו בהמשך לידי הנאשמים.

על החלטה זו הוגש בג"צ 4922/19 **נוה נ' פרקליטות מרכז (פלילי)** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 9.12.2019) (להלן: **"בג"צ נוה"**), אשר קבע כי אין מקום לדון בטענות הקונקרטיות של הנאשמים, והוסיף, כי ההחלטה בבקשה הקודמת לא הכריעה בטענת האכיפה הבררנית גופה, ויהיה מקום להכריע בטענה המקדמית בהמשך ההליך, כאשר תועלה הבקשה. עוד נקבע כי השלב הנכון לבקש מידע מרשויות האכיפה, הוא לפי סעיף 149 (10), כאשר האמצעי הדיוני לשם כך הוא סעיף 108 לחסד"פ.

בית המשפט העליון הדגיש במסגרת בג"צ נוה כי הנטל המוטל על נאשם כדי לקבל מידע במטרה לבסס טענה של אכיפה בררנית, נמוך מהנטל הנדרש לטובת סתירת חזקת התקינות המנהלית.

הנאשמים סבורים כי המתווה הדיוני הראוי להכרעה בבקשה, הינו בחינת הראיות, במסגרתם יורה בית המשפט לזמן את העדים שזימונם התבקש ולאחריו יכריע בית המשפט האם קיימת תשתית ראייתית מספקת כדי לקבל את המידע, בהתאם לרף שהם נדרשים לעמוד בו כפי שנקבע בבג"צ נוה, ככל שיקבע בית המשפט כי הנאשמים עמדו בנטל זה, על בית המשפט יהא לאפשר לנאשמים להגיש השלמה לבקשה זו, במסגרתה לכלול את המידע שהתקבל מרשויות האכיפה בהתאם לבקשה ורק אז יכריע בית המשפט בטענה של אכיפה בררנית.

קבלת מידע להוכחת אכיפה בררנית

ישנה חשיבות במתן אפשרות לקבל מידע כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית, ואי התניית קבלת המידע ברף משמעותי. המידע הדרוש לטובת הוכחת טענת ההגנה, מצוי בשליטה בלעדית של רשויות האכיפה, בוודאי כשמדובר במדיניות אכיפה חדשה נטענת.

מהמידע שהועבר אל הנאשמים, עולה כי כתבי אישום דומים לא קיימים, והמאשימה לא חשפה את המקרים בהם הוחלט להימנע מהעמדה לדין.

לטענת הנאשמים, הרף הנדרש הוא ראשוני בלבד, ודי בכך שאין מדובר בטענת סרק מובהקת שאין מקום לבררה כדי לעמוד בו, דהיינו הרף הנדרש הוא מינימאלי ביותר; די בכך שעיון בדרישה מגלה כי אין מדובר בבקשת סרק כדי לעמוד



ברף; אין להיכנס לעובי הקורה, ודי לבחון את הטענות "מלמעלה", תוך יציאה מנקודת הנחה שהטענות שהועלו על ידי הנאשמים נכונות; הרף הנמוך צריך להתחשב בקושי להוכחת טענות בשים לב לפערי המידע בין הצדדים; הרף הנמוך אף יותר בהינתן הרף הנמוך גם כך ומלכתחילה הנדרש כדי להעמיד תשתית לקבלת בקשה לאישור תובענה ייצוגית או נגזרת (פחות מ-51%, הוכחה לכאורית בלבד כאמור).

אכיפה בררנית

אחת הטענות שניתן להעלות מכוח סעיף 149(10) לחסד"פ, היא טענה של אכיפה בררנית.

לטובת ייסוד טענה של אכיפה בררנית, אין צורך להוכיח חוסר תום לב מטעם רשויות האכיפה, או כי ההעמדה לדין בוצעה במזיד ותוך מודעות.

הנאשמים טוענים כי בידיהם של ראיות המוכיחות כי אכן מדיניות רשויות האכיפה היא לא להגיש במקרים דומים כתבי אישום נגד נאשמים דוגמת הנאשמים שבפני, דהיינו: אזרחים ישראלים, ללא מניעה להיכנס ולצאת מגבולות הארץ, שזאת עבירתם הראשונה.

הדרך המתבקשת להוכחת אכיפה בררנית, היא הצגת מקרים בהם לא הוגש כתב אישום בנסיבות דומות לכתב האישום הנוכחי. הרמת נטל זה בוודאי כאשר אין מחלוקת כי תיקי סיכום החקירה והחלטות שלא להעמיד לדין אינם פומביים, מעמידה קשיים ברורים ומובנים.

פסיקת בתי המשפט קבעה בצורה מפורשת, כי במקרים בהם נדרש צד להוכיח עובדה שלילית, כמו בענייננו, בוודאי כאשר עסקין בהוכחת עובדה שלילית, כשהמידע מצוי בידי הצד השני - נחלשת מאוד חזקת התקינות והדבר יכול להוביל להיפוך נטל הראיה.

הנאשמים אינם טוענים כי הנטל מוטל על המאשימה, שכן במסגרת בג"צ נוה, נקבע אחרת, יחד עם זאת, לצורך הוכחת עובדה שלילית, נפקות ברורה לעניין הקושי הכרוך בהוכחתה.

לטענת הנאשמים, הראיות שבידיהן, יש בהן כדי להרים את הנטל הן לגבי מדיניות האכיפה גופה, קל וחומר לקבלת המידע שהתבקש, בראי הרף הספציפי שנקבע לענין זה במסגרת בג"צ נוה:

1. ראיה ראשונה - אין אפשרות לאתר את המידע, המצוי בידיעתה הבלעדית של המאשימה שהודתה בכך: במסגרת הבקשה הקודמת ועתה התבקשו ככלל חומרים משני סוגים: כתבי אישום ותיקי חקירה בנסיבות דומות (להלן: "**הראש הראשון**"); ותיקי חקירה בנסיבות דומות שהסתיימו בהחלטות שלא להעמיד לדין (להלן: "**הראש השני**").

המאשימה בבקשתה הראשונה, הצהירה בכתובים כי היא בחנה את מדיניותה ועדיין בחרה להגיש כתב אישום. עוד ציינה כי מרבית ההליכים בתיקים דומים קודמים עודם מתנהלים באופן המקשה על איתורם במאגרי הפסיקה ולפיכך הוצגו לנאשמים, מקבץ של כתבי אישום רבים, ביחד לאירועים דומים בשנים האחרונות.

דהיינו, המאשימה הודתה כי קיים קושי לאתר "תיקים דומים קודמים" ותוך כדי כך כי הגישה למידע מצוי אך בידיה. אין מחלוקת כי קיים קושי לאתר תיקים דומים והאמצעים נתונים למאשימה בלבד.

האינטרס בגילוי המידע עשוי להיות חזק כאשר המאגרים הזמינים אינם מכילים את המידע הרלוונטי לביסוס טענה להגנה מן הצדק.

2. ראיה שניה - מדובר בעבירות נדירות. נדירות העבירות וההעמדה לדין בגין מהווה ראיה חזקה לאכיפה בררנית. נדירותן של העבירות מחדדת את החשיבות במסירת המידע, ואת הקושי של הנאשמים לאתר מידע



זה לטובת ביסוס הטענה ללא העברתו על ידי רשויות האכיפה. האינטרס הציבורי בגילוי מידע דוגמת זה שמתבקש, גוברת ככל שמדובר בעבירה "נדירה יחסית".

3. ראיה שלישית - כתב האישום מבוסס בעיקרו על עבירות חדשות ו/או טענה למדיניות חדשה בהעמדה לדין: כתב האישום מבוסס בין היתר על עבירה חדשה יחסית של יציאה מישראל, וכן על מדיניות חדשה ביחס לעבירה של קבלת דבר במרמה. המדיניות החדשה, כך נטען לפחות, נכנסה לתוקפה במהלך שנת 2018, עד יישומה באופן יציב בחודש יולי 2018 - כחצי שנה בלבד לפני האירועים הנטענים בכתב האישום. דהיינו, מרבית כתב האישום מבוסס אפוא, על עבירה חדשה ומדיניות אכיפה חדשה שנכנסו לתוקפן, כך טענה המאשימה, חצי שנה בלבד, לפני האירועים נושא כתב האישום.

דהיינו, לטענת הנאשמים, שעה שמרבית כתבי האישום מבוסס על עבירה חדשה ועל מדיניות אכיפה חדשה (נטענת). ברי כי הלכה למעשה אין כל דרך לנאשמים לאתר בעצמם מקרים דומים שיהיה בהם כדי להוכיח אכיפה בררנית.

4. ראיה רביעית - אי קיומו של נוהל - המאשימה לא הציגה כל נוהל לעניין מדיניותה הנטענת בעניין. לפיכך, שעה שהמאשימה כשלה מלהציג ראיה כלשהי לאותה "מדיניות" נטענת על ידה בעוד שבידי הנאשמים מידע לפיו קיימת מדיניות הפוכה לחלוטין, של אי העמדה לדין של אזרחים ישראלים שאינם מנועי כניסה ואין נסיבה מחמירה בעניינם. עולה כדי הוכחה ברורה של אותו נטל ראשוני. בהיעדר הנחיה כתובה בדבר העמדה לדין, מתבקשת המסקנה כי המדיניות היא אחרת, ולכל הפחות שבמקרים מסוימים בחרו רשויות האכיפה שלא להעמיד לדין אזרחים ישראלים בנסיבות דומות לאלה של הנאשמים.

5. ראיה חמישית - גילוי המידע לא יכביד על רשויות אכיפת החוק - במסגרת הבקשה מתבקש מידע משני כתבי אישום ותיקי חקירה דומים והחלטות סגירה שהתקבלו במקרים דומים. ביחס לראש הראשון, הרי שהמאשימה עצמה טענה כי איתרה את כתבי האישום המדוברים המצויים בחזקתה. קבלת כתבי האישום ללא תיקי החקירה אינה מאפשרת להבין את הרקע לדברים ואת הטעם להעמדה לדין. אי העברת החומר על ידי המאשימה, מלמד כי נסיבותיהם חמורות בהרבה מנסיבותיו הצנועות של מקרה זה.

אשר לראש השני, חומר זה נדרש, ביתר שאת, במקרה זה, כדי לבסס טענה לאכיפה בררנית. כך, בעוד כתבי אישום מלמדים על העמדה לדין, הרי שהלטות לסגור תיקים בנסיבות דומות, ילמדו היטב על מדיניות האכיפה. רק לאחר עיון בהחלטות אלה, ניתן יהיה לברר אם אמנם נהגו בנאשמים באורח שוויוני, או שמא העמדתם לדין, כפי עמדתם, מחמירה עמם שלא לצורך.

לא ניתן לצמצם את חובת הגילוי בהסתמך על טיעונים בדבר 'הכבדה' על הרשות המוסמכת בריכוז או תמצות החומר והמידע שהתבקשו על ידי הפונה. בעולם המודרני בו מונהגות מערכות בקרה ושליטה ממוחשבות, ילך ויפחת כוחן של טענות אלה.

המאשימה לא ניסתה אפילו לטעון להכבדה כתוצאה מאיתור ומסירת המידע שהתבקש. החומר מצוי כולו בידי המאשימה ולכל היותר מרוכז ומצוי בתחנת משטרת נתב"ג.

6. ראיה שישית - כתבי האישום שהוצגו במהלך השימוע, והמסקנה הגלומה בעצם המצאתם לידי הנאשמים - עמדת המאשימה מתחילת ההליך הייתה כי אין לנאשמים זכאות לקבל את המידע המבוקש. על אף הדברים, במעמד השימוע שינתה עמדתה ומסרה לנאשמים כתבי אישום דומים אשר נחלקו ל- 3 קבוצות נפרדות:



א. **קבוצה אחת** - שהוכתרה על ידי המאשימה "נאשמים שזהותם אינה ידועה, ולכן אין לדעת אם הייתה קיימת להם מניעה להיכנס לישראל".

ב. **קבוצה שנייה** - שהוכתרה על ידי המאשימה "נתינים זרים מנועים כניסה לישראל".

ג. **קבוצה שלישית** - שהוכתרה על ידי המאשימה "אזרחים/תושבים זרים שאין להם מניעה להיכנס לישראל".

לטענת המאשימה, מבין שלוש הקבוצות, הקבוצה הראשונה והשנייה אינן רלוונטיות לענייננו. סביר להניח שהקבוצה הראשונה מכילה "מנועי כניסה" או מי שאין להם זכות מוקנית להיכנס לארץ.

לכאורה, הקבוצה השלישית, היא לכאורה, הקבוצה היחידה שיכולה להיות לה, בדוח, רלוונטיות כלשהי למקרה זה, ולכאורה - ממנה ניתן להסיק דבר מה ביחס לענייננו. אלא, שעיון בכתבי האישום מלמד כי במקרים אלו, נמצאו בקבוצה אוכלוסיות שהייתה להן מניעה או מגבלה לצאת או להיכנס לישראל. לכאורה, המקרים שהוגשו לעיון הנאשמים, אינם דומים בנסיבותיהם למקרה דנן. בכל המקרים היה קיים חשש כי בעל הסמכות - פקיד ביקורת הגבולות לא יתיר את הכניסה או היציאה מן הארץ. כאשר לנאשמים לא היה חשש כאמור.

7. ראיה שביעית - כתבי האישום שנשלחו בעקבות ההחלטה בבקשה הראשונה - בסיומה של ההחלטה הקודמת, קבע בית המשפט כי על הפרקליטות להמציא כתבי אישום נוספים בנסיבות דומות. אלה הועברו ביום 21/7/19 - המאשימה העבירה שישה כתבי אישום בלבד, שאף הם לא רלוונטיים כלל לענייננו. כאשר לגבי אחד מהם הנאשם סבר כי קיימת מגבלה או מניעה ליציאתו מהארץ, ו- 5 מתוך 6 כתבי אישום נוספים, עניינם בכתבי אישום שהוגשו בסמיכות של ימים בודדים להעמדת הנאשמים לדין, חלקם לאחריו ורק מקרה אחד הוגש קודם להגשת כתב האישום. זאת ועוד, כתב האישום כנגד הנאשמים ארוך, בעוד כתבי האישום הנוספים קצרים. לפיכך, לטענת הנאשמים, לא ניתן להקיש מן האמור בכתבי אישום אלו לעניינם של הנאשמים. זאת ועוד, אין לדעת מהן הנסיבות שעמדו ביסוד ההחלטה להעמיד את הנאשמים שם לדין. זאת ועוד, לטענת הנאשמים, כלל כתבי האישום שנשלחו, אינם כוללים עבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין.

8. ראיה שמינית - אי העמדה לדין בנסיבות חמורות יותר:

לטענת הנאשמים, ביום 12/1/20, פורסמה כתבה בחדשות "כאן", שכותרתה: **"מתחת לאף של המאבטחים: שיטת מבריה המסתננים הגיאורגיים לישראל"**. באותה כתבה נסקרה פרשה שביסודה טענה לרשת הברחה שפעלה בשנתיים האחרונות להברחת אזרחים גיאורגיים, מסורבי כניסה לישראל. במסגרת הכתבה רואינה עורכת דין המייצגת את אחד החשודים בפרשה וטענה כי יש אנשים, שבמצעים את ההברחות, נגדם לא הוגש כתב אישום ולא ננקטו כנגדם הליכים. מדובר באנשים שמעורבים בשלושה, ארבעה ויותר מקרים.

דהיינו, הנאשמים מציגים ראיה נוספת לכך שבמקרים דומים, לא הוגשו כתבי אישום, אף במקרים חמורים יותר מהתיק נושא דיון זה.

9. ראיה תשיעית - העדים שזימוגם מתבקש -

הנאשמים עותרים לזמן מספר עדים: רס"מ סופי הוד ושוטרת נוספת שנכחה בחקירותיהם של הנאשמים: מדובר בשוטרות שחקרו את הנאשמים והסבירו להם בתום חקירתם כי "אין להם מה לדאוג" ובמקרים מעין אלו, של כניסה ויציאה מישראל של אזרחים ישראלים בפעם הראשונה, נסגרים בתחנה ללא הגשת כתבי אישום. וכן מבקשים לזמן את עו"ד אורנה סרויה, אשר כאמור לעיל, שירתה בעברה כקצינת גבולות וקצינת חקירות במנהל



ההגירה ושדבריה פורטו לעיל.

לטענת הנאשמים, אין כל מניעה לזמן עדים במסגרת בקשות מקדמיות ובכלל זה בקשות לשמיעת עדים כדי להוכיח אכיפה בררנית.

לטענתם, עדותם של העדים תעזור להם בבירור הטענה נושא בקשה זו ותעזור להם להוכיח כי אכן ננקטה כנגדם אכיפה בררנית.

עוד במסגרת בקשתם, טענו הנאשמים כי טענת המאשימה, בבקשה הקודמת לעניין קבוצת השוויון הרלוונטית בעניינם של הנאשמים: אכיפה בררנית היא פעולה בחוסר שוויון, קרי - נקיטה של יחס שונה לשווים. בהתאם, השאלה הצריכה מענה, היא מהן הנסיבות הרלוונטיות, שביחס אליהן יש לבחון את השאלה אם ננקטה כלפי הנאשמים אכיפה בררנית מעצם הגשת כתב האישום נגדם.

לטענת הנאשמים, הם אזרחי ישראל ואין מחלוקת כי לו העבירו את דרכונם במכונות מעבר הגבול, היו יכולים להיכנס ולצאת מישראל. נגד הנאשמים לא עומד צו עיכוב יציאה מהארץ והם אינם דרושים לחקירה ולכן שמם אינו מופיע בתחנה, ככאלה שיש לעכבם ביציאה או כניסה מישראל. הנאשמים נעדרו עבר פלילי.

המאשימה ניסתה לשוות את נסיבות הנאשמים בתיק זה לנסיבות נאשמים בתיקים אחרים בהם הוחלט להגיש כתב אישום, אך כשלה מלעשות כן.

זאת ועוד, המאשימה "המציאה" קטגוריה של "עבריינות מעבר" ובכך מנסה לכלול בה כמה שיותר מקרים, לרבות מקרים חמורים עשרות מונים מן המקרה שלפנינו. לטענת הנאשמים, המאשימה מנסה להמציא מחדש את הדין הפלילי, על מנת לקשר באופן מלאכותי את עניינם של הנאשמים למקרים רבים אחרים, שבינם לבין המקרה אין דבר וחצי דבר.

הדין החל במדינת ישראל, מחייב את הפרקליט לשקול אלו הם התיקים בגינם יש להגיש כתב אישום. לא כל מקרה מצדיק העמדה לדין.

לטענת הנאשמים, העבירה המיוחסת להם אינה חמורה, ונסיבותיה הטו את הכף להימנע מהעמדה לדין, בין היתר בשל כך שהם לא ביקשו כי תצמח להם טובת הנאה במישורי ה"ציבורי", הנזק הוא נמוך, אם בכלל, בשים לב לנסיבותיהם האישיות של הנאשמים, הרי שהנאשם 1, עורך דין ותיק, כבן 50, אב לשישה, והנאשמת 2, אישה צעירה, בראשית דרכה האישית והמקצועית, שכבר ספגה פגיעה חריפה בגין הפרסומים הרבים עד כה. אין לחובת השניים כל עבר פלילי ולהליך עד כה - עוד קודם להגשת כתב האישום, הייתה השפעה קשה ביותר עליהם.

זאת ועוד, בעניינם לא נגרם כל נזק ואף אם היה כזה, הרי שהוא תוקן באופן מיידי. לטענתם, בניגוד לטענת המאשימה, הרי שאין לשקול שיקולים אלה, רק בשלב שלאחר ההרשעה.

תגובה לבקשה לביטול כתב אישום:

המאשימה עותרת לדחיית הבקשה על שני ראשיות, הן לדחות את בקשתם החוזרת של הנאשמים להורות למאשימה למסור להם נתונים שונים, במסגרת ולצורך טענת אכיפה בררנית וכן לדחות סופית את טענת האכיפה הבררנית ומכאן את בקשת הנאשמים להורות על ביטול כתב האישום על בסיסה.

המאשימה בתגובתה מדגישה כי אין בכוונה, בשום שלב בהליך הפלילי, להפריז מעבר לצורך בדבר חומרת האירוע הפלילי בו מואשמים הנאשמים.

מכלול הנסיבות העובדתיות והאובייקטיבי, הוא שעומד לנגד עיניה, ואין כל אפשרות להתעלם מהנסיבות המחמירות.

ביום 24/10/19, הוגשה הבקשה הקודמת, לצורך העלאת טענת הגנה מן הצדק של אכיפה בררנית. המאשימה



בתגובתה, טענה כי הנתונים המבוקשים אינם מהווים חומר חקירה ולכן אין אפשרות לבקשם/לקבלם לפי סעיף 74 לחסד"פ והאפיק הדיוני הנכון הוא מכוח סעיף 108 לחסד"פ.

לטענת המאשימה, הנאשמים לא עמדו בנטל להצביע על חשד ראשוני לכך שהאכיפה כנגדם הייתה בררנית. המאשימה הפנתה לכעשרים כתבי אישום עדכניים דומים, ומסרה אותם לב"כ הנאשמים במעמד השימוע שנערך בתיק, חלקם שונים מענייננו, חלקם דומים, אך כלל כתבי האישום הוגשו נגד ישראלים בגין אותו מעשה פלילי בדיוק.

ביום 10/7/19, נדחתה בקשת הנאשמים.

המאשימה מציינת כי החלטת ביניים זו שרירה, קיימת, מחייבת וסופית בכל הנוגע להיבטים שכבר נטענו לקראתה ובהתאם אשר כבר הוכרעו בה. ביום 21/7/19, העבירה המאשימה לנאשמים ששה כתבי אישום נוספים, שלושה שהוגשו לפני כתב האישום בענייננו, ושלושה שהוגשו אחריו. כתבי אישום נוספים אלה, דומים במיוחד לענייננו, משמע כאשר המעבר הפלילי בוצע על ידי ישראלי, ללא כל מניעה חוקית לבצעו וכמעט כולם (חמישה מתוך השישה), אף דומים עד תום לענייננו, משמע כאשר גם לא הייתה כל מגבלה זמנית אחרת לבצעו.

כתבי אישום אלה, ממשיכים לתמוך באופן מובהק בעמדת המאשימה וטענותיה.

ביום 18/7/19, הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ (בג"צ 4922/19), במסגרת העתירה, עתרו הנאשמים כי בית המשפט יורה כי החלטת הביניים של בית משפט זו כוללת משגים בולטים וחרifiים וניתנה בחוסר סמכות ולפיכך יש להורות על ביטול ההחלטה.

ביום 9/12/19, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, במסגרתו נדחתה העתירה, תוך שנקבע כי הנטל הראשוני לצור קבלת מידע ומסמכים לשם העלאת טענה לאכיפה בררנית מוטל על הנאשם, אין להפוך את היוצרות ואין להורות למאשימה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ, ללא ראיות ראשוניות. בית המשפט העליון הדגיש, כי הנטל הראשוני הנדרש מהנאשם, נמוך מהרף שנדרש לצורך הוכחת האכיפה הבררנית עצמה.

לטענת המאשימה, לאחר שבית המשפט העליון, קבע באופן מפורש, שהרף הדרוש לענייננו אך "נמוך" יותר והבהיר כי אינו קובע מסמרות בעניין זה, עותרים הנאשמים לקבוע מסמרות לקולא, ולקבוע כי אין מדובר בבקשת סרק.

הנאשמים אינם מרימים כל נטל שהוא, לא משמעותי וממשי כגישת המאשימה, ואף לא מינימאלי ביותר, כגישתם, להציג חשד ראשוני לקיומה של אכיפה בררנית.

המאשימה הציגה הן במסגרת הבקשה הקודמת והן במסגרת תגובתה לבקשה הנוכחית, דוגמאות רבות לאכיפה, במקרים דומים, מקרים דומים במיוחד ומקרים דומים עד תום לענייננו. בנסיבות חמורות ואף קלות יותר מענייננו. דהיינו, לשיטת המאשימה, החלטה שלא להגיש כתב אישום נגד הנאשמים, היא שהייתה מקימה אכיפה בררנית פסולה וצורמת ביחס לנאשמים רבים אחרים.

בית המשפט העליון לא שינה את החלטת בית משפט זה, ואף לא התערב בה.

על פי החלטת בית המשפט העליון, הנאשמים יכולים להעלות בפני בית המשפט עתה, טענות/אינדיקציות חדשות לעמידה נטענת בנטל המוטל עליהם, אותן לא העלו במסגרת הבקשה הקודמת. ואולם, אינם יכולים לשוב ולהעלות מחדש טענות ישנות שכבר הועלו, נדונו ונדחו על ידי בית המשפט במסגרת הבקשה וההחלטה הקודמת.

הנאשמים, בבקשתם הנוכחית, מנסים לבסס טענת אכיפה בררנית, על בסיס "תשע ראיות" שלטענתן לא הוצגו בבקשה הקודמת. אלא, שלטענת המאשימה, רובן המכריע של הראיות; טענות הנאשמים (ראשונה-שישית), הן טענות אשר חוזרות על עצמן והינן זהות ביחס לאלה שכבר הועלו, נדונו, לובנו ונדחו במסגרת הבקשה הקודמת.



בנסיבות אלה, טוענת המאשימה כדלקמן:

1. טענה ראשונה - אין אפשרות לאתר מידע: הרי שנקבע כי אין בטענה זו כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני להציג חשד לאכיפה בררנית כנגד הנאשמים. המאשימה העבירה לבאי כוח הנאשמים דוגמאות שונות לכתבי אישום שהוגשו בעבירות שבענייננו. אמנם, לא כל הדוגמאות הן בעלות נסיבות זהות, אך עיון באלו אשר נסיבותיהם דומות מלמד כי החלטת המאשימה להעמיד לדין את הנאשמים בענייננו בעבירות כפי שיוחסו להן, אינה לא מידתית ולא סבירה והיא אכן תואמת את מדיניות האכיפה הנוהגת. ההבדלים עליהם עומדים ב"כ הנאשמים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול. זאת ועוד, הרי ידוע כי אין מקרה זהה למקרה אחר וכל תיק נבדק על פי נסיבותיו.

בענייננו, מקום בו המאשימה עצמה מעבירה להגנה דוגמאות רבות של אכיפה בתחום המדובר, לרבות דוגמאות דומות במיוחד, דומות עד תום ואף קלות יותר, זאת עשתה המאשימה במסגרת השימוע בתיק זה ובהמשך, לאחר החלטת בית המשפט.

זאת ועוד, במסגרת תגובתה זו, מפנה המאשימה ל- 2 כתבי אישום נוספים:

· ת"פ 13365-11-19 (הוגש ביום 05.11.19) - התברר לנאשם 1 עם הגעתו לישראל שבטרם כניסתו הוא נדרש להמתין לשוטר שכן הוא דרוש לחקירה, ולכן החליטו הנאשמים שהוא יעבור באמצעות הגייט פאס של הנאשמת 2.

· ת"פ 7951-05-20 (הוגש ביום 04.05.20) - התברר לנאשם 1 עם הגעתו לישראל שבטרם כניסתו הוא נדרש לגשת לבירור בפני משרד ביקורת הגבולות (זאת עקב צו מעצר שהוצא נגדו לאחר יציאתו מהארץ - לא ברור מעובדות כתב האישום אם שיער שזו סיבה שליחתו לבירור האמור או לא), וממניע זה החליטו הנאשמים שיעבור באמצעות הגייט פאס של הנאשם 2.

בשני כתבי האישום לעיל, יוחסו לנאשמים עבירות של קבלת דבר במרמה. זאת ועוד, בענייננו, המעברים הפליליים שם כללו מצגים כוזבים פוזיטיביים בפני הבקר/העמדה הממוכנת והאכיפה בוצעה לאחר יולי שנת 2018 (המועד בו התייצבה והתקבעה החמרת גישת ומדיניות האכיפה בתחום זה);

בדוגמאות האכיפה האחרות, לא הוצג מצג כוזב פוזיטיבי כלל ועל כן ממילא לא מתגבשת קבלת דבר במרמה, או שהוצג כזה אך האכיפה בוצעה בטרם התייצבות החמרת המדיניות האמורה. זאת ועוד, חלקו קל מענייננו, בכך שעסקינן בעבריינות בקרה בכיוון אחד, בספונטניות עקב התרחשות בלתי צפויה בנתב"ג.

2. טענה שנייה - מדובר בעבירות נדירות:

טענה זו הועלתה גם במסגרת הבקשה הקודמת, בית המשפט מצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני להציג חשד לאכיפה ראשוני לאכיפה בררנית נגד הנאשמים. לטענת המאשימה, היא הציגה מדגם של קרוב לשלושים דוגמאות אכיפה דומות, כולן מהשנים האחרונות ולפיכך, אין המדובר בעבירות נדירות כפי טענת הנאשמים.

זאת ועוד, המאשימה שבה ומציינת כי נוכח מגמה של התגברות התופעה הפלילית המדוברת, במהלך שנת 2018, נאלצה המערכת להחמיר את תפיסתה וגישתה כלפי עבירות אלה, ובהתאם את מדיניות האכיפה במהלך שנת 2018, עד יישומה באופן יציב החל מיולי 2018.

נתון זה כשלעצמו מלמד כי כלל אין מדובר ב"עבירות נדירות" אלא להיפך - עבירות נפוצות למדי שנאכפת כבר



שבשגרה. אילו אכן היו אלה "עבירות נדירות", לא היה כל צורך להחמיר את מדיניות האכיפה בעניין.

3. טענה שלישית - כתב האישום מבוסס בעיקרו על עבירות חדשות ו/או טענה למדיניות חדשה בהעמדה לדין:

טענה זו כמו הטענות הקודמות נדונה במסגרת ההחלטה הקודמת ונמצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני להציג חשד לאכיפה בררנית נגד הנאשמים.

המאשימה מוסיפה במסגרת תגובתה זו, כי עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, המיוחסת לנאשמים, אינה עבירה חדשה כלל ועיקר ובעניינה אין כל מדיניות חדשה.

שנית, אכן עבירה של יציאה מישראל שלא כחוק ועבירה של קבלת דבר במרמה, שגם בהן מואשמים הנאשמים, נכנסו לשימוש כחלק מאכיפת תחום זה מספר חודשים לפני המקרה של הנאשמים (יולי 2018). החל ממועד זה, יוחסה באופן קבוע ויציב, כאשר האירוע כלל מצג פוזיטיבי בפני הבקר/הממוכן, עבירה של קבלת דבר במרמה.

4. טענה רביעית - אי קיומו של נוהל:

טענה זו הועלתה והוכרעה במסגרת הבקשה הקודמת, ובית המשפט מצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני המוטל על ההגנה להציג חשד ראשוני לאכיפה בררנית נגד הנאשמים.

לטענת המאשימה, נכון אמנם כי אין נוהל כתוב המשקף את מדיניות האכיפה בתחום עבריות המעבר. זאת, כשם שאין כל נוהל המשקף את מדיניות האכיפה בתחומי עבריות רגילים ופשוטים אחרים, בהם מדיניות האכיפה מתבססת ככלל בפשטות על ניתוח דיות הראיות להוכחת יסודות העבירות הרלוונטיות, כפי המדיניות העדכנית בעניינו.

במובן זה, העדרו של נוהל כתוב, מהווה דווקא, כך לטענת המאשימה, אינדיקציה לתמוך במדיניות האכיפה העדכנית הפשוטה שהציגה המאשימה ביחס לתחום זה. בה ככלל, נקודת המוצא היא הרגילה, לפיה כשקיימות ראיות מספיקות להוכחת עבירה, יש עניין לציבור באכיפתה.

כך הדבר גם באשר להחמרת המדיניות במהלך שנת 2018 על דרך הוספת שימוש בקבלת דבר במרמה: עם תחילת השימוש בעבירה זו, הרי שגם בעניינה ה"מדיניות" היא מדיניות ראייתית רגילה - ככלל, אם יש ראיות מספיקות להוכחת מצג כוזב פוזיטיבי בפני הבקר או העמדה הממוכנת, באמצעות התקבל "דבר" המעבר האסור, ייעשה שימוש בעבירה זו.

המאשימה סבורה כי כתבי האישום שהוגשו לתיק בית המשפט, מכרסמים בטענת הנאשמים ובספק שמוטל בדבר מדיניות האכיפה, החמרתה ותזמונה.

שנית, ההחלטה אודות החמרת המדיניות האמורה, ביוזמת התביעה המשטרית ועל דעת פרקליטות מחוז מרכז לרבות פרקליטת המחוז, מתועדת בתרשומות פנימיות שונות מזמן אמת, לרבות חודשים לפני האירוע הרלוונטי לנאשמים וללא כל קשר אליו. תרשומות פנימיות אינן עוברות לרשות ההגנה מטעמים ענייניים ידועים.

שלישית, טענת ב"כ הנאשמים לפיה אין בידיהם כל ראיה או אינדיקציה להחמרת מדיניות האכיפה, איננה נכונה. ראיה כזו הועברה אליהם במסגרת תשובת הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים מיום 26.02.20, לבקשת חופש מידע נוספת אותה הגישו לסנגוריה הציבורית מחוז מרכז ביום 24.11.19, שאותה ואת התשובה לה לא מצאו לנכון לצרף לעיני בית המשפט.



בבקשה זו ביקשו ב"כ הנאשמים לקבל מהסנגוריה הציבורית בין היתר "כל חומר רלוונטי אחר המצוי בידיכם לעניין מדיניות ההעמדה לדין בגין אי החתמת "גייט פאס". לממונה על חופש המידע במשרד המשפטים, בהיותה בעל גישה לכל גורמי המשרד, אפשרות להעביר לפונים מידע אותו מבקשים גם אם מקור המידע הוא בגורם משרדי אחר מזה אליו פנו במקור". במסגרת תשובה זו, הציגה הממונה על חופש המידע, פרפרזה של התרשומות הפנימיות האמורות הקיימות ברשות המאשימה.

הממונה על חופש המידע אשר השיב לב"כ הנאשמים כאמור, הוא גורם חיצוני בעל מעמד ושיקול דעת עצמאיים, שכדי לוודא דיוקם וביסוסם של הדברים שמסר בתשובתו האמורה, עיין לבקשתו בתרשומות הפנימיות הגולמיות הרלוונטיות.

5. טענה חמישית - גילוי המידע לא יכביד על רשויות האכיפה:

טענה זו הועלתה והוכרעה במסגרת הבקשה הקודמת ונמצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני המוטל על ההגנה להציג חשד ראשוני לאכיפה בררנית נגד הנאשמים. בית המשפט קבע כי מידת ההכבדה שתוטל על מערכת האכיפה באיתור, איסוף, מיפוי, הכנת והעברת מידע שמבוקש ממנה - מלכתחילה, מטבעה, כלל איננה יכולה להוות אינדיקציה לעמידה בנטל הראשוני.

לטענת המאשימה, לא יכולה להיות כל נגיעה או קשר בין מידת ההכבדה בהעברת חומר מסוים, לבין קיומו או היעדרו של חשד ראשוני לאכיפה בררנית. שאלת מידת ההכבדה על המערכת הופכת לרלוונטית, רק אם נקבע שההגנה אכן עמדה בנטל הראשוני המוטל עליה, והציג חשד ראשוני לאכיפה בררנית.

אז ורק אז, מול חשד ראשוני זה, טיבו ועוצמתו, נשקלים שיקולים ענייניים נוגדים ביניהם מידת ההכבדה על הרשות ביחס לטיב והיקף החומר שהתבקש.

דהיינו, אם הוצג חשד ראשוני נמוך לאכיפה בררנית, ייתכן שעדיין תדחה הבקשה.

המאשימה, במסגרת תגובתה זו, הדגישה כי גילוי המידע יכביד באופן ממשי וקשה על מערכת האכיפה. הנאשמים מבקשים לקבל מידע שונה, שנים ארוכות לאחר, ביחס לאירועים פליליים שלא ניתן מבחינה טכנולוגית "לבדודם" ולאחרם בלחיצת כפתור.

סיווג התיקים הקיים במערכת המשטרה מתבצע לפי העבירות שנרשמו כרלוונטיות לכל אירוע; היחידה החוקרת הרלוונטית; מועד האירוע.

כדי לאתר את המידע אותו מבקשים ב"כ הנאשמים, יש לחפש במערכות המשטרה את כל האירועים בכל השנים הארוכות הרלוונטיות המבוקשות, ביחידות החוקרות הרלוונטיות (למיטב ידיעת המאשימה: מרחב נתב"ג והונאה מרכז), בהן הוזנו עבירת כניסה שלא כחוק, יציאה שלא כחוק, קבלת דבר במרמה, או נגזרות של סיוע/ ניסיון לעבירות אלה; לעבור באופן סיזיפי על כל תיק ותיק כדי להבין אם האירוע בו הוא כלל אירוע התואם את בקשת ב"כ הנאשמים וכך למפות את התיקים הרלוונטיים לעניין; לשקוע בתיקים אלה וללמוד מה עלה בגורלם; לצלם, להכין, לתקצר, לסכם עבור ב"כ הנאשמים באופן מדויק ויסודי לפי העניין.

מגבלה טכנולוגית זו, אינה מנת חלקה השל המשטרה, שכן אף הסניגוריה הציבורית, דחתה את בקשת בא כוח הנאשמים בהקשר המדובר מאותה סיבה.

המאשימה מדגישה כי אינה מחזיקה ברשותה או ידיעתה בנתונים הרבים אותם מבקשים באי כוח הנאשמים ואף לא במרביתם.



6. טענה שישית - כתבי האישום שהוצגו במהלך השימוע, והמסקנה הגלומה בעצם המצאתם לידי הנאשמים:

לטענת המאשימה, גם טענה זו הועלתה במסגרת הבקשה הקודמת ונמצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני המוטל על ההגנה להציג חשד ראשוני לאכיפה בבררנית כנגד הנאשמים. נקבע כי ההבדלים עליהם עמדו באי כוח הנאשמים, נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול. זאת ועוד, בהמשך ולאחר מתן ההחלטה הועברו לידי הנאשמים, שמונה כתבי אישום נוספים, כולם דומים מאוד ומרביתם אף דומים עד תום לענייננו, כך לטענת המאשימה

7. טענה שביעית - כתבי האישום שנשלחו בעקבות ההחלטה בבקשה הראשונה:

טענת הנאשמים שלפיה העובדה כי הועברו לידי הנאשמים, לאחר מתן ההחלטה הקודמת כתבי אישום נוספים, יש בכך כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני המוטל על ההגנה להציג חשד ראשוני לאכיפה בבררנית נגד הנאשמים.

לטענת המאשימה כתבי האישום הנוספים דומים במיוחד ו/או דומים עד תום, כפי שעולה מעצם הגשתם, תכנם ומכלול נסיבותיהם הקל מענייננו, ממשיכים לתמוך באופן מובהק בעמדת המאשימה.

לא כל החלטה שלא להגיש כתב אישום משמעותה הישירה היא אכיפה בבררנית.

8. טענה שמינית - אי העמדה לדין בנסיבות חמורות יותר:

הנאשמים טוענים כי בנסיבות חמורות יותר, לא הוגשו כתבי אישום כנגד נאשמים אחרים. הנאשמים מנסים לבסס טענתם על כתבה שפורסמה בחדשות כאן, שלפיה במסגרת פרשת הברחת גאורגים לישראל, לא הועמדו לדין חשודים, שביצעו הברחות בשיטות ודרכים לאלה בהם נקטו לכאורה הנאשמים.

המאשימה טוענת כי מסקנה זו של הנאשמים שגויה, הפרשה מטופלת במחלקה הכלכלית בפרקליטות המדינה. עד כה, הועמד לדין החשוד המרכזי הדומיננטי המובהק בפרשה, בהליך דחוף של מעצר, עניינו הסתיים במסגרת הסדר טיעון, ביום 22/4/2019 והוא נשלח למאסר ממושך ונגזרו עליו עונשים נלווים (ת"פ 17622-07-19).

באשר ליתר המעורבים, הם זומנו להליך שימוע, בטרם העמדתם הנשקלת לדין.

9. טענה תשיעית - עדים שזימונם מתבקש:

באשר לעתירת הנאשמים לזמן לעדות 3 עדות: החוקרת סופי הוד, עו"ד אורנה סרויה, וחוקרת נוספת שזהותה בשלב זה לא ברורה, להוכחת הטענה המקדמית. טוענת המאשימה כי יש להמתין עם שמיעתן עד לשלב ההוכחות.

לטענת המאשימה, מלכתחילה מתעורר ספק אם כלל יכולה להיות לעדויות רלוונטיות להוכחת האשמה ו/או להוכחת טענות הנאשמים.

ככלל, המאשימה אינה מתנגדת לשמיעת עדויות אלה, אך סבורה כי לפי הוראות החוק, אין אלא לשמוע עדויות אלה רק בשלב שמיעת הראיות. עוד סבורה המאשימה, כי יהא תכנן של העדויות אשר יהא, לא יהא בכך כדי לשנות את נתוני האכיפה (כתבי האישום), אשר הוצגו במסגרת תגובה זו. זאת ועוד, טענת העדות היו בפני הנאשמים עוד בטרם הוגש כתב האישום, ובנסיבות אלה, לא ברור מדוע הבקשה להעיד מועלית רק עתה.

10. טענה עשירית - העובדה כי המאשימה הגישה רק כתב אישום אחד בנסיבות בהן המעבר בוצע על ידי ישראלי ללא מניעה חוקית או מגבלה מעשית לבצע את המעבר - כתב האישום נגד הנאשמים:



הממונה על חוק חופש המידע, מסרה לנאשמים כי ככלל, מקרים אלה מטופלים על ידי התביעה המשטרית, אלא שבמהלך שנת 2018, טיפלה הפרקליטות במקרה אחד כזה - המקרה של הנאשמים. לגישת ב"כ הנאשמים, נתון זה יש בו לעמוד "בקלות" בנטל המוטל עליהם. כפי שמסרה המאשימה, עניין הנאשמים טופל על ידי הפרקליטות באופן חריג, נוכח רגישותו, הנובעת ממעמדו הציבורי הרם של הנאשם, כמקובל בנסיבות מעין אלה. בית המשפט אף התייחס לעניין זה במסגרת החלטתו הקודמת. בין לבין התווספה פרשה נוספת בה מטפלת הפרקליטות (המחלקה הכלכלית) בתחום הפלילי הרלוונטי. שם, לא נוכח מעמד ציבורי בכיר של מי מהחשודים בה, אלא נוכח ממדיה, היקפיה ומורכבותה.

התייחסות לקבוצת השווים:

במסגרת בקשתם הוסיפו הנאשמים הערה לעניין קבוצת השווים אליה טענה המאשימה במסגרת תגובתה לבקשה הראשונה, כאשר לטענתם עניין זה מהווה הוכחה כי עסקין באכיפה בררנית.

לטענת המאשימה, מדובר בחזרה על אותה הגישה שנדחתה על ידי בית המשפט בהחלטתו הקודמת. זהות מבצע המעבר האסור בדרך הפלילית בה עסקין (זר ללא זכות חוקית לבצע את המעבר, זר ללא מניעה חוקית לבצע המעבר, ישראלי ללא זכות חוקית לבצע המעבר כגון עקב צו יציאה מן הארץ, ישראלי ללא מניעה חוקית לבצע את המעבר, ישראלי אף ללא מגבלה זמנית אחרת לבצעו) - היא נסיבה אחת מיני מכלול נסיבות רבות מאוד הרלוונטיות לגיבוש חומרת אירוע אחד ביחס למשנהו: האם המעבר הפלילי בוצע לבד או בשותפות המגדילה את תחכום העבירות וסיכויי הצלחתה; האם בספונטניות או בהחלטה מראש/ תכנון מוקדם; האם במועד אחד, בכיוון מעבר אחד, או יותר מכך; אם יותר מכך האם הייתה סמיכות רבה בין המעברים או שמא פער זמן ניכר שאפשר שהות רבה למחשבה והתעשתות אך עדיין דבקו בעבירה; האם המעבר הפלילי הושג ב"התגנבות" כגון "מעבר כפיות" או מעבר מעל/ מצדי השער או שמא באמצעות מרמה של מצג כוזב פוזיטיבי אשר מגדילה את תחכום העבירה וסיכויי הצלחתה ומוסיפה עבירת קבלת דבר במרמה; האם מעורב במעבר הפלילי מואשם בביצוע עיקרי או בסיוע בלבד (מחצית העונש).

בהתאם לכל אלה, טוענת המאשימה, כי יתכנו אירועים/תיקים בהם המעבר הפלילי האסור בוצע על ידי זר, כך שנסיבה ספציפית זו אכן תימצא חמורה יותר מענייננו; אך נסיבות משמעותיות אחרות מהמנויות לעיל דווקא יימצאו קלות משמעותית מענייננו.

הצדדים אינם חלוקים, כי מקום בו ישראלי חוזר מחו"ל לנתב"ג וניגש אליו אדם זר מנוע כניסה, פונה אל רחמיו ומבקש ממנו שייסע לו להיכנס לישראל כדי להתפרנס באמצעות מעבר "כפיות" והישראלי מסכים, השניים מבצעים את המעבר ונתפסים במקום או לאחר מכן. למרות שדוגמא זו עניינה באירוע חמור, לטענת המאשימה, מכלול הנסיבות קל בהרבה: ספונטניות מלאה להבדיל מתכנון מוקדם; אירוע חד פעמי בכיוון אחד בלבד להבדיל משני אירועים בשני כיוונים בפער זמן ניכר ביניהם בו לא התעשתו הנאשמים, ללא מצג כוזב פוזיטיבי בפני הבקר ועל כן ללא עבירת קבלת דבר במרמה.

בענייננו, סבורה המאשימה, כי החלטה שלא להגיש כתב אישום בשל היעדר עניין לציבור, הייתה מצויה לא פחות מ"כאוס" אכיפתי בתחום דומה זה כולו, פוגעת באופן קשה וממשי ביכולת התביעה המשטרית להתמיד באכיפה הקיימת והעתיידת בו. זאת, מעבר לפגיעתה הוודאית, הקטלנית והנחרצת באכיפה הרבה הקיימת והעתיידת בתיקים הדומים במיוחד והדומים עד תומו.

עוד ובמסגרת תגובתה, מציינת המאשימה כי צר לה כי הנאשמים סבורים כי המאשימה נקטה באכיפה בררנית מודעת ומכוונת בה נקטה המאשימה, על רקע רדיפה מערכתית או אישית כלשהי כלפי הנאשם, כאשר בפועל, מדובר באכיפה סטנדרטית, עניינית ושוויונית של הדין הפלילי, ביחס לאירוע פלילי פשוט למדי שלהוכחתו תשתית ראייתית איתנה,



בהתאם למדיניות האכיפה העדכנית הנוהגת נכון למועד ביצוע העבירות וקבלת ההחלטה בעניין.

בעניינו, הנאשמים לא עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם, לא סתרו באופן ראשוני את חזקת התקינות המנהלית ולא הציגו כל חשד ראשוני לקיומה של אכיפה בררנית בתיק זה. נהפוך הוא, תמונת האכיפה הפוזיטיבית העדכנית והעקבית שהוצגה בפני בית המשפט ובפני הנאשמים, מלמדת כי המאשימה נהגה באופן ראוי, ענייני ושוויוני בהחלטתה להגיש כתב אישום בתיק זה.

תשובת הנאשמים:

במסגרת תשובתם עותרים הנאשמים כי בית המשפט יעתר ובקשה וכן יורה למאשימה למסור לידיהם את המידע הבא: תיקי החקירה ומסמך מסכם הכולל "תיאור ההחלטה לסגור את התיק וליבת העובדות ששימשו בסיס להחלטת הסגירה". זאת, ביחס לחקירות בין השנים 2011-2018 בהליכים שבהם לא הוגשו כתבי אישום בגין עבירות לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**") ובעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, במקרים שבהם דובר בכניסה ו/או ביציאה לא מתועדת של אזרחים ישראלים, נושאי דרכון תקף, שלא הייתה מגבלה או מניעה משפטית או אחרת לכניסתם וליציאתם מן הארץ.

אי הגילוי (הסלקטיבי) בו נקטה המאשימה - גילוי ה"יש" והסתרת ה"אין":

הנאשמים פנו אל המאשימה פעם אחר פעם בבקשה לקבלת אסמכתאות לעניין מדיניות העמדה לדין במקרים דומים לאלה של הנאשמים, קרי: אזרחים ישראליים שנכנסו או יצאו מישראל ללא החתמת דרכון, כאשר לא הייתה מניעה חוקית ליציאתם או כניסתם.

למדיניות זו מעצם טבעה, כמו לכל מדיניות העמדה לדין שני פנים, האחת: מקרים בהם הוחלט להעמיד לדין. ושנית, מקרים בהם הוחלט שלא להעמיד לדין, קרי מידע לעניין החלטות על סגירת תיקים.

המאשימה לכאורה הקפידה להיענות לחלק הראשון שהתבקש והציגה כתבי אישום, שלטענת הנאשמים כלל אינם רלוונטיים ונסיבותיהם שונות מהותית מהנסיבות הרלוונטיות לעניינם של הנאשמים.

עד למועד זה, המאשימה לא ענתה, וממשיכה בסירוב עיקש למסור את המידע וממשיכה למסור לנאשמים כתבי אישום בלתי רלוונטיים.

לטענת הנאשמים, בחלק הארי של המקרים, לא מוגש כתב אישום נגד אזרחים ישראליים שנכנסו לישראל או יצאו ממנה מבלי להעביר דרכון.

ככל שתיקים דומים בנסיבות קרובות נסגרו, יהיה בכך כדי להציג תמונה שלמה בפני בית המשפט ולסייע לגבש טענת אכיפה בררנית, שהיא בעלת משמעויות ניכרות בהליך הפלילי. הניסיון להראות רק מה "הוגש", מבלי להראות מה "נסגר", מעוות את תמונת המציאות באופן מובהק- אינו כדון, אינו הגון, ומונע מהעותרים לנהל הגנה ראויה בהליך פלילי.

נפקות הגילוי הסלקטיבי שנערך - המאשימה מושתקת מלטעון לאי עמידה בנטל:

לטענת הנאשמים, לגילוי הסלקטיבי שנערך, ישנה נפקות משפטית לעניין בקשה זו. לטענתם, הגילוי נעשה בצורה סלקטיבית שמסייעת למאשימה לבסס טענתה לפיה לא ננקטה אכיפה בעניינם של הנאשמים. המצב שקול לבעל דין המבקש לערוך גילוי מסמכים בהליך אזרחי והצד השני בוחר לגלות את המסמכים המועילים לו בלבד.

עוד לטענת הנאשמים בעניין זה, הגילוי מתבקש על ידי הנאשמים לעניין טענת הגנה מרכזית. יש לעשות כל מאמץ כדי להביא לאיזון בין המאשימה לבין הנאשם, כאשר כל המידע נמצא כולו בידי המאשימה והמשטרה בלבד, והסניגור מנהל את ההגנה בכלים מעטים בלבד, שעיקרם: דברי הנאשם, אשר נמסרים לו, לא אחת, בחטף, דקות מספר לפני הדיון בפני שופט



המעצרים.

הצורך בגילוי מלא של חומר חקירה, הנמצא בידי המאשימה, מטרתו בין היתר ליצור שוויון בין בעלי הדין.

לשיטת הנאשמים, קיימות מאות החלטות על סגירת תיקים מחמת חוסר עניין לציבור לגבי אזרחים ישראלים, שאין לגביהם כל מניעה חוקית לכניסה ויציאה מישראל. המאשימה מסרבת לגלות מידע זה ובכך נוצרה תמונה מגמתית ומעוותת, כאילו מדיניותה היא להעמיד לדין, כאשר בפועל, המציאות שונה בעליל והתמונה המלאה והמדויקת נותרת עירומה נוכח סירובה של המאשימה להמציא מידע זה.

"אקדח מעשן" - הפרקליטות הודתה כבר, בתיק דומה לעמדת הפרקליטות, במדיניות של אי העמדה לדין וסגירת תיקים מחמת היעדר עניין לציבור:

הנאשמים סבורים כי ניסוח כתב אישום בצורה לאקונית מבלי שהועבר לעיונם של הנאשמים מלוא נסיבות האירוע ומלוא תיק החקירה, מונעים מהנאשמים להבין דבר לעניין נסיבות ביצוע העבירה המקשה על הנאשמים להשוות ולהקיש ממקרים אלה על מדיניות העמדה לדין בעניינם של הנאשמים.

ב"כ הנאשמים הפנה לעניין נגורלי (ת"פ (שלום ראשון לציון) 15384-10-17 אריה נגורלי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 3/5/20)) במסגרתו טענה המאשימה כי זהו המקרה הראשון שבו הוגש נגד אזרח ישראלי כתב אישום בעבירה לפי סעיף 12 (4) לחוק הכניסה לישראל, בנסיבות בהם לא ידוע המניעה לביצוע. על כך הוסיף נציג המאשימה, שמבדיקה ראשונית שבוצעה נמצא שעל אף שהעבירה נאכפה עוד קודם לכן, תיקי חקירה דומים שנפתחו נסגרו בעילה של העדר עניין לציבור, חלקם אף על ידי קציני החקירות, מבלי שהתיקים הועברו לעיון תובע.

דהיינו, המאשימה הצהירה כי מדיניותה המוצהרת הייתה שלא להעמיד לדין בנסיבות הדומות לעמדת הפרקליטות עצמה, לנסיבותיהם של הנאשמים. די בכך כדי לעמוד בנטל הנדרש.

על הרף שיש לעמוד בו בהתאם לבג"ץ נוה:

בבג"צ נוה, נקבע הרף המינימלי שהנאשמים עמדו בו בהתבסס על הראיות כפי שהוצגו במאשימה. ניסיון המאשימה לקבוע מסמרות בנושא בעצמה אינו רלוונטי ואינו עומד בתנאי ההחלטה. בית המשפט העליון קבע כי הנטל נמוך מהנטל להוכחת הטענה גופה, והשווה על דרך ההיקש לרף הנדרש לקבל מסמכים במסגרת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות ונגזרות.

אין מחלוקת בין הצדדים כי המידע זמין לרשויות האכיפה ולהן בלבד, וכי קיים קושי לאתר תיקים דומים במאגרי הפסיקה, זאת ועוד אין מחלוקת כי המידע כולו מרוכז בתחנת נתב"ג בלבד. עוד שבים הנאשמים על הטענה שלפיה המאשימה בחרה בצורה סלקטיבית, לחשוף כתבי אישום שאינם רלוונטיים ולהסתיר את המקרים בהם בחרה שלא להגיש כתב אישום.

בנסיבות אלה טענות המאשימה לאי עמידה בנטל אינן רלוונטיות.

טענת חזקת התקינות המנהלית נשללה על ידי בית המשפט העליון בבג"צ נוה.

הדרך הדיונית לבירור טענות המבקשים לאכיפה בררנית בעניינם ובג"ץ נוה:

לטענת המאשימה בתגובתה, חלק מטענות הנאשמים כבר נדונו והוכרעו ובנסיבות אלה לא ניתן להציג מחדש. אלא שלטענת הנאשמים, בבג"צ נוה, נדון בצורה נרחבת היחס בין המסלול המנהלי למסלול הפלילי ונקבע לראשונה כי היה על מבקשי המידע במסגרת ההליך הפלילי לטובת ביסוס טענה בדבר אכיפה בררנית, לעמוד בנטל ראשוני כתנאי לקבלת המידע.

בית המשפט העליון ציין במסגרת החלטתו כי עדיין עומדת לעותרים הזכות לקבלת מידע או מסמכים באמצעות סעיף 108



והזכות להעלות את טענתם לאכיפה בררנית במסגרת סעיף 149 (10) לחסד"פ.

לשיטת הנאשמים, בית המשפט העליון קבע כי על הערכאה הדיונית הדנה בהליך הפלילי לדון בשנית בבחינת De Novo- בטענות המבקשים ולהכריע מחדש בבקשה לקבלת מידע; וזאת, על רקע הקביעות החדשות שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט העליון. ובכפוף לכך, נדחתה העתירה.

כתבי האישום שצורפו לתגובה - בלתי רלוונטיים:

לטענת הנאשמים, די בצירוף כתבי האישום על ידי המאשימה, כדי למנוע ממנה לטעון בדבר אי עמידה בנטל לטובת קבלת המידע ביחס לחקירות בהן לא הוגש כתב אישום. יחד עם זאת, מדגישים הנאשמים כי ממילא כל כתבי האישום שהוגשו אינם רלוונטיים לנסיבותיהם שלהם, ולא ניתן ללמוד מהם על מדיניות העמדה לדין. כאשר הנאשמים במסגרת תשובתם עורכים ההבחנה הנטענת בין כתב האישום המיוחס לנאשמים, לכתבי האישום אשר הוגשו על ידי המאשימה.

לשיטת הנאשמים, המאשימה לא השכילה להראות ולו מקרה אחד שבו הוגש כתב אישום נגד אזרח ישראלי שלא הייתה כל מגבלה חוקית ליציאתו ולכניסתו, בהעדר נסיבות מחמירות נוספות.

יש לזמן את העדים שזימונם התבקש לטובת הכרעה בבקשה:

הנאשמים חוזרים על עתירתם לזמן שלושה עדים על מנת להוכיח טענתם לאכיפה בררנית.

לטענת הנאשמים, אין כל מחלוקת בין הצדדים כי ככלל, אין כל מניעה לזמן עדים רלוונטיים, במסגרת ולצרכי העלאת טענות מקדמיות לרבות אכיפה בררנית.

הנאשמים טוענים כי טענת המאשימה שלפיה אין לשמוע עדים בשלב המקדמי בו נמצא ההליך הפלילי דינה להידחות, שהרי בית המשפט יחליט בטענה המקדמית לאלתר, זולת אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט.

ישום הדין על נסיבות העניין מלמד כאמור שיש לשמוע את הבקשה כבר עתה.

זאת ועוד, במסגרת הבקשה, הוצגו תשע ראיות להוכחת האכיפה הבררנית ולטובת עמידה בנטל המופחת, כאשר שמונה מתוך תשע הראיות, אינן דורשות שמיעת עדים. לשיטת הנאשמים, אין כל הצדקה לסטות מהכלל הקבוע בדין, ובכך לפגוע בנאשמים פגיעה קשה.

אין כל הגיון בעתירת המאשימה לפיה הזכאות בקבלת המידע שהיא הבסיס לטובת העלאת הטענה המקדמית, תתברר רק בסוף ההליך הפלילי.

הנאשמים מציינים כי ביקשו רק עתה את העדת העדות בשל שעד להגשת בג"צ נווה סוגיית הנטל לא הייתה מוחוורת די צרכה ולפיכך לא היה מקום להעלות טענה זו, שנית, הדברים שנכתבו על ידי אחת העדות, התגלו על ידי הנאשמים, לאחר השלמת סבב כתבי הטענות בבקשה הראשונה.

התייחסות לטענות הפרקליטות לעניין הראיות לעמידה בנטל לקבלת המידע מהבקשה דנא:

לעניין האינדיקציה השלישית:

הנאשמים טענו כי כתב האישום מבוסס בין היתר על "מדיניות" חדשה נטענת - החמרה והוספת העבירה של קבלת דבר במרמה, החל ממאי 2018. הנאשמים הסבירו כי בהתאם לדין, העובדה כי העמדתם לדין מבוססת, על פי הטענה, על עבירה חדשה מחזקת את זכאותם לקבל מידע לעניין האכיפה.

טענת המאשימה לפיה כתבי האישום שצורפו לתגובה מוכיחים את מדיניותה האמורה מוכיחה ההפך, שכן כתבי האישום היחידים הכוללת את עבירת הקבלת דבר במרמה הוגשו לאחר הגשת כתב האישום כנגד הנאשמים ובעיקר כשנה וחצי-



שנתיים לאחר שכביכול המדיניות נכנסה לתוקף.

ועדיין, חלק מהנאשמים לא הואשמו בעבירת קבלת דבר במרמה, לפיכך הדבר מחזק יותר את החשש לכך שלא מדובר במדיניות כללית אלא בניסיון להצדיק את ההחמרה והעמדתם לדין של הנאשמים.

לענין האינדיקציה הרביעית:

המאשימה מודה כי אין נוהל מסודר, עובדה המחזקת את האינטרס בהוכחת המדיניות גופה, באמצעות המידע שהתבקש.

לענין האינדיקציה החמישית:

המאשימה מודה כי כל המידע מצוי בתחנת משטרה אחת ומוכיחה בעצם העלאת טענה זו היעדר הכבדה.

בשולי תשובתם מוסיפים הנאשמים וטוענים כי בקשה זו עוסקת בבקשה לקבלת מידע, וזאת כבקשה מקדימה לקראת הגשת בקשה לאכיפה בררנית גופה.

אין בבקשה זו כדי למצות טענת הנאשמים לעניין טענת אכיפה בררנית גופה, שתועלה לאחר שכל המידע הרלוונטי יהיה בידהם.

דין והכרעה:

החלטה זו עניינה בשתי בקשות מקדמיות שהוגשו על ידי הנאשמים, האחת בקשה מקדמית לביטול כתב אישום על פי סעיפים 149(3) ו- 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב 1982 (להלן: "**החסד"פ**") שעניינה ביטול כתב אישום מחמת שיקולים זרים בבסיס הגשתו. השנייה, בקשה לפי סעיף 149(10) וסעיף 108 לחסד"פ שעניינה קבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית.

יוער כי ביום 24/5/20, התקיים דיון ממושך במעמד הצדדים, במסגרתו שבו הצדדים על טענותיהם כפי שעלו בבקשה, לאחריהם אף הוגשה תגובה מנומקת מטעם המאשימה ואף הוגשה תשובת הנאשמים. חלק מהטענות כפי שהועלו בדיון פורטו בהרחבה במסגרת טיעוני הצדדים ולחלקם ינתן משקל במסגרת הכרעתי כשתובא לעיל.

בראשית דבריי, אני מוצאת להדגיש כי בין הצדדים קמה מחלוקת בין היתר בנוגע לשאלה, האם יש לראות בהחלטתי הראשונה מיום 19/7/19 כהחלטה מחייבת לעניין הדיון בבקשה זו, או שמא יש לראות זאת כבקשה חדשה.

על החלטה זו כאמור הוגש בג"צ 4922/19 **נווה ואח' נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 9/12/19), במסגרתו נקבע בין היתר כי הרף הנדרש להנחת תשתית לצורך טענת של אכיפה בררנית הינו נמוך מהרף הנדרש לצורך סתירת חזקת התקינות המנהלית והוכחת האכיפה הבררנית עצמה.

בתי המשפט אינם כבולים להחלטותיהם הקודמות ורשאים הם לעיין בהן מחדש, בין היתר לצורך קידום היעילות המשפטית ועל מנת שלא ייפגעו זכויות הנאשמים. לפיכך, אף אם קביעותי הקודמות מונחות בפני בעת כתיבת החלטה זו ואף אם אני מוצאת אותן נכונות גם לעת הזו, בכוונתי, במסגרת החלטה זו לדון בטענות הצדדים לגופן, כפי שהן עומדות בפני בית המשפט בשלב זה של כתיבת ההחלטה, ואחזור על קביעותי מקום בו אסבור כי הן רלוונטיות גם לשלב זה של ההליך.

בקשה מקדמית לביטול כתב האישום על פי סעיפים 149 (3) ו- 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב 1982:

כאמור לעיל וכפי שפורט בהרחבה בטיעוני הצדדים, לטענת הנאשמים, כתב האישום כנגד הנאשמים הוגש בין היתר בשל מעמדו הציבורי הרם והמוכר של הנאשם 1, בתחום המשפט, בעת האירוע.



כעולה מתגובת הנאשמים, במועד הגשת כתב האישום, שימש הנאשם 1, כיו"ר לשכת עורכי הדין וחבר מרכזי בועדה לבחירת שופטים. לטענת הנאשמים, המאשימה ציינה בתגובתה כי ההחלטה להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים, הייתה בין היתר בשל מעמדו הציבורי של הנאשם 1, שהיה מצופה לסטנדרט מוגבר, ושנתפס בעיני הציבור כבעל כוח, שררה השפעה וקרבה ל"צלחת המשפטית".

בנסיבות אלה, לשיטת המאשימה, החלטה לאכוף את הדין, כפי שהתקבלה, משמעותה חיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק. נוכח עצמאותה, יחסה השווה לכולם בפני החוק, ועמידתה על סטנדרט התנהגות המוגבר הנאות.

לטענת הנאשמים, עמדה זו של המאשימה, כמוה כהודאה מפורשת כי כתב האישום הוגש נוכח שני שיקולים מכריעים, העובדה כי הנאשם 1 הוא דמות ציבורית והעובדה כי הפרשה זכתה לתהודה ציבורית, ולכן אי העמדה לדין "תשדר מסר" בעייתי לציבור.

מדובר באכיפה בררנית, הנובעת משיקולים זרים שיש בהם כדי להורות על ביטול כתב האישום.

המאשימה בתגובתה טוענת כי דין הבקשה להידחות, שני השיקולים עליהם מלינים הנאשמים, הם שיקולים מקצועיים-משפטיים-ענייניים רלוונטיים במסגרת החלטת התביעה במישור "העניין לציבור", ושני השיקולים נשקלו בשולי הדברים ומעבר לנדרש.

עוד הדגישה המאשימה במסגרת תגובתה, כי על פי הפסיקה מעמד ציבורי בכיר הגורר פומביות ופרסום ציבוריים, הם שיקולים מקצועיים משפטיים ענייניים ורלוונטיים במסגרת שיקול דעת התביעה אם להגיש כתב אישום.

בתשובתם מציינים הנאשמים, כי אין כל קשר בין תפקידו הציבורי של הנאשם 1 למעשה המיוחס לו והעבירה בה נאשם, שכן אין מדובר בעבירה מתחום טוהר המידות ואין כל הצדקה לשיקול זאת לחובתו, קל וחומר לטובת הנאשמת 2.

עוד מציינים הנאשמים כי המאשימה שוכחת לציין כי כתב האישום כנגד הנאשמים הוא כתב האישום הראשון אי פעם שהוגש ובו יוחסו לאזרחים ישראלים שאין מגבלה ליציאתם וכניסתם מישראל עבירה של קבלת דבר במרמה. ומדיניות חדשה שהחלה "לכבודו" של הנאשם 1, אינה יכולה להצדיק את העמדה לדין.

היקף הביקורת השיפוטית על ההחלטה להורות על העמדה לדין

מושכלות יסוד הן כי ההחלטה להורות על הגשת כתב אישום כנגד נחקר נתונה לשיקול דעתן של רשויות אכיפת החוק (סעיפים 59 ו- 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982 (להלן: "**חוק סדר הדין הפלילי**")), ובשל השלכות הרוות גורל שיש להחלטות אלה, מבחינת המתלונן ומבחינת הציבור בכללו, הן כפופות לביקורת פרקליט המחוז, פרקליט המדינה או היועץ המשפטי לממשלה (ראו למשל: בג"צ 10665/05 **עו"ד חיים שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה** [פורסם בנבו (ניתן ביום 16/7/06)]).

על החלטה להורות על פתיחת חקירה ובהמשך העמדה לדין הנוגעת לאדם בעל מעמד ציבורי מיוחד, נדרשת זהירות יתר והקפדה מיוחדת, ועל מנת להבטיח את הדבר, קבע המחוקק כי מקרים מעין אלו יטופלו באופן אישי על ידי היועץ המשפטי לממשלה והחלטות אלה לא יתקבלו אלא בהסכמתו.

תנאי ראשון והכרחי להעמדה לדין הינו החלטת התובע כי ישנן די ראיות בתיק, מטילה על התובע אחריות ציבורית רבה.

בבג"צ 2534/97 **ח"כ יהב ואח' נ' פרקליטות המדינה ואח'**, פ"ד נא(3) 1 (1997) (להלן: "**עניין יהב**") עמד בית המשפט על המבחנים האפשריים שיכול לנקוט תובע בהכנת התיק למשפט, ופסק כי על אף היותה של שיטתו המשפטית שיטה אדוורסרית, לתובע תפקיד ציבורי בנוסף להיותו צד להליך.

לפיכך, אל לו להסתפק בהימצאות ראיות כלשהן בידיו ולהותיר לבית המשפט את הקביעה באשר למשקלן, אלא עליו



לשקול, בגין היתר, גם שיקולים אחרים, שיש בהם להניאו מהעמדה לדין, באם אין הוא סבור כי יש סיכוי סביר להרשעה.

בית המשפט בוחן האם מתוך מכלול חומר החקירה, ניתן יהיה בסוף ההליך המשפטי, לשלוף תשתית עובדתית מרשיעה. בחינה זו יפה הן לשועי ארץ והן לפשוטי עם.

נקודת המוצא העקרונית היא שכל האזרחים שווים בפני החוק.

בבג"צ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 1 (1996): נקבע:

"[...] הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו, קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי."

וכב' הנשיא שמגר הוסיף:

"[...]הסמכות להחליט על היעדר עניין לציבור צריכה להיות מופעלת על-פי עקרונות פעולה, המביאים בחשבון את האינטרס הכללי, שתקום מדיניות סבירה והוגנת בלי העדפות או הפלות לרעה. על המדיניות האמורה לנטוע בלבו של הציבור אמון בכך -

(א) שכולם שווים בפני החוק;

...תחושה של היעדר שוויון בהפעלת החוק חותרת תחת האמון שהציבור רוחש לרשויות המשפט."

ודוק: אי-שוויון בפני החוק אין משמעו רק הפליה לטובה, והפליה לרעה אף היא במשמע, ומובן הוא כי השוויון נפגע גם כשמופעל כנגד אישי ציבור קריטריון מחמיר יותר בבדיקת קיומן של ראיות מספיקות לאישום. כדבריו של פרופ' קרמניצר:

"ראוי לדעת שהציבור נוטה לחשוד שאין נוהגים בחשודים שהם בני-מעלה או בני-טובים כפי שנוהגים בסתם חשודים של 'עמך'. אמון הציבור במערכת אכיפת החוק הוא נכס חשוב שלה. עם זאת, אין להפלות לרעה בני-מעלה בשל השיקול של 'מה יגידו'. אך יש להקפיד הקפדה יתרה שאכן לא יופלו לטובה (לאו דווקא מתוך רצון להפלותם, אלא כתוצאה לא-מכוונת של הטיפול המערכתי) ושאמת-המידה השוויונית הנוהגת בפועל תוצג לעיני כל באורח ברור ומשכנע"

הכלל הבסיסי הוא כי התערבות בשיקול הדעת של התביעה בעניינים הקשורים לקבלת החלטות הנוגעות להעמדת חשוד לדין תעשה במשורה ובמקרים חריגים בלבד (בג"צ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 30/12/12). ידוע, כי בית המשפט אינו ממיר את שיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו, אין בית המשפט פועל כ'יועץ על' ובית המשפט לא יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי אלא אם נמצא שזו לוקה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי.

חזקה היא כי החלטה להורות על הגשת כתב אישום כנגד נחקר, מתקבלת לאחר בדיקה מעמיקה ועניינית של כל חומר הראיות ואגב עימות בין הודעות העדים השונים, הערכת מהימנותן הלכאורית ומשקלן היחסי, האם קיים חומר ראיות לכאורה להגשת כתב אישום.

המקרה דנן אינו אחד מאותם מקרים חריגים שבהם נגועה ההחלטה בחוסר סבירות קיצוני שיש בו כדי לחייב התערבות



בשיקול דעתה של המשיבה.

ההחלטה להורות על הגשת כתב אישום כנגד הנאשמים, ובפרט הנאשם 1, לא הייתה רק בשל מעמדו הציבורי של הנאשם. לו היה זה השיקול היחיד בלתו אין, יכול היה שהייתה מתעוררת תחושת אי נוחות באשר לנסיבות הגשת כתב אישום. אלא, שכפי הצהרת המאשימה, שיקולים אלה, אף אם באו בחשבון במסגרת שיקוליה, לא היו שיקולים מכריעים בהחלטתה. במסגרת החלטתה להורות על הגשת כתב אישום, בוחנת תחילה המאשימה את התנאי "החיובי" לפיו לדעת התובע בידו ראיות מספיקות לאישום, ותנאי שני- "שלילי" לפיו התובע אינו סבור שאין בקיום המשפט הפלילי עניין לציבור. בעניין גנור שהובא לעיל נקבע בין היתר כי:

"[...] משמעות הביטוי "עניין לציבור" הינה הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית כתוצאה מהעמדה לדין, לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו, כתוצאה מאי העמדה לדין... מן הדין לשקול במסגרת הכרעה ערכית זו שיקולים, הכוללים התחשבות במהות העבירה, במעמדו של החשוד בביצועה ובצורך לוודא שאמון הציבור בטוהר המידות של מנהיגיו, ובפעולתה ההוגנת, היעילה והשוויונית של המערכת המשפטית לא יתערער.

לטענת המאשימה, בידה די ראיות כדי להוכיח מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשמים ביצעו את העבירה המיוחסת להם בכתב האישום, בכך, עברה המאשימה את המסוכה הראשונה, שעניינה בחינת התנאי הראשון להגשת כתב אישום. שנית, סבורה המאשימה, בין היתר בשל מעמדו הציבורי, כי בקיום המשפט עניין לציבור.

לא מצאתי כי השיקולים אותם בחנה המאשימה נשקלו ממניעים זרים או במזיד ויש בהם משום תוצאה מפלה שיש בה כדי להורות על ביטול כתב האישום.

אינני מקבלת את טענת הנאשמים שלפיה העובדה כי העבירות שבוצעו, לכאורה, על ידי הנאשמים, אינן קשורות למעמדו הציבורי של נאשם 1, יש בהם כדי למוטט את השיקול השני שעל המאשימה לשקול בבואה להכריע האם יש להורות על הגשת כתב אישום כנגד הנאשמים.

האינטרס הציבורי הינו אחד מהשיקולים אותם מחויבת המאשימה לשקול בבואה להחליט האם להורות על הגשת כתב אישום.

ראשוניות העבירה

הנאשמים טוענים כי כתב האישום כנגד הנאשמים הוא כתב האישום הראשון אי פעם שהוגש ובו מיוחסים לאזרחים ישראלים שאין מגבלה ליציאתם וכניסתם מישראל עבירה של קבלת דבר במרמה ושינוי המדיניות הוא אך לכבודו של הנאשם 1.

בניגוד לעולה מטענות הנאשמים, שינוי במדיניות האכיפה והגברתה אינם מהווים אכיפה בררנית; ולראיה, לאחר שהוגש כתב האישום כנגד הנאשמים בעבירות מרמה, הוגשו כתבי אישום נוספים ואלו אף הוצגו לתיק בית משפט.

אין לי אלא לשוב על קביעותיי במסגרת החלטתי הקודמת שלפיה, לא ניתן למצוא כתבי אישום זהים, ויכול שמקרים קודמים לא כללו יסודות של עבירות מרמה. מקום שיסודותיה של עבירת המרמה, שהיא עבירה עצמאית, מתגבשים, יש מקום להגיש כתב אישום אף בעניין עבירות אלה.

עוד ובעניין זה יצוין, כי גם לו היו בידי ב"כ הנאשמים ראיות ו/או היו מוצגים חומרי החקירה, לפיהם גם בתיקים קודמים, לא הייתי מוצאת לנכון למצוא כי בענייננו חלה אכיפה בררנית, שהרי כפי שהובא לעיל, שינוי במדיניות האכיפה אין בו כדי להעלות לכדי אכיפה בררנית.



העובדה, כי המאשימה בחרה לשנות מדיניותה במהלך חודש מאי 2018, אין בה כדי להביא לפסלותה של המדיניות, לפסלותם של כתבי האישום המוגשים מכוחה. לעיתים, אין מקום להגדרות צרות ונוקשות, שעלולות להביא להכללת יתר, מחד גיסא, או להכללת חסר, מאידך גיסא.

הנאשמים, כך על פי הנטען, ביצעו את העבירה לכאורה, לאחר שינוי הנורמה, לו הייתה מתבצעת העבירה לכאורית, קודם לכן, יכול היה מקום להעלות את הטענה בדבר "ראשוניות העבירה".

מושכלות יסוד הן כי נורמה פלילית צופה פני עתיד וחלה על כל אירוע פלילי שנתרחש החל ממועד כניסתה לתוקף (תחולה פרוספקטיבית - ע"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"מ מו(2) 765, 778), לכלל זה חריג, ולפיו נורמה מקלה תחול גם למפרע. הרציונל העומד מאחורי החריג הוא ההנחה שהנורמה המאוחרת בזמן הולמת יותר את צרכי החברה על רקע שינויי העיתים ומשקפת יותר את התודעה המשפטית של הציבור.

ניתן להקיש מעניין זה לענייננו, נכון אמנם כי אין כל שינוי תחיקתי ויסודות העבירה של קבלת דבר במרמה, השתרשו זה מכבר בדיני העונשין של מדינת ישראל, ואולם, אין בכך, כדי לגרוע מזכותה של המאשימה לשנות את מדיניותה, לבחון את אופן הגשת כתבי האישום, לבחון את יסודות העבירה המתגבשים ולנסח את כתבי האישום. ברי כי אלה יצטרכו לעמוד במבחן ההוכחה, במהלך שמיעת הראיות, כדי להוכיח אשמתם של נאשמים, מעבר לכל ספק סביר.

עוד ובעניין זה, יודגש, רשות מנהלית ורשויות התביעה הן בגדר רשות מנהלית רשאית לשנות את מדיניותה בכל עת ואין לפרט זכות המוקנית כי מדיניות מסוימת תמשך (בג"צ 594/78 **אומן נ' שר התעשייה והמסחר והתיירות**, פ"ד לב (3) 469; בג"צ 198/82 **מוניץ נ' בנק ישראל**, פ"ד לו(3) 466).

מדיניות אכיפה מנהלית הנוגעת למדיניות האכיפה של אותו חיקוק, עשויה להשתנות מעת לעת על פי מציאות החיים המשתנה, צרכי השעה והזמן, ושיקולים של עלות-תועלת.

בעניין זה יפים הדברים שנכתבו ברע"פ 4561/11 **אברהם מוחתסב נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 7/3/13) (להלן: "**עניין מוחתסב**"):

[...] מדיניות התביעה נתונה לשינויים מעת לעת על פי המציאות המשתנה, ולענייננו יפה דווקא ההיקש שלסעיף 6 לחוק העונשין, שעניינו ב"עבירות שהזמן גרמן", ולפיו אין להחיל למפרע נורמה מקלה. על עבירה לפי חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן". על הרציונאל השולל את התחולה הרטרואקטיבית של נורמה מקלה בחיקוקים מסוג זה עמד המלומד ש"ז פלר:

"הנורמה הפלילית הארעית היא, כאמור, נורמה של שעת חירום, המכתיבה בשל נסיבות ותנאים חריגים, הסדרים ואיסורים מיוחדים לזמן מוגבל. החברה מעוניינת באופן מיוחד, שהציבור יכבד בקפדנות את האיסורים שבחיקוק הארעי. לשם כך, מתבקש שגם הענישה תהיה בטוחה, ללא כל סיכוי להתחמק ממנה על סמך פקיעת תקפה של הנורמה ... בדרך זו מוזהר האדם לבל יפר את הציוויים שהזמן גרמם, תוך תקווה שצליח להתחמק ממתן הדין על עבירתו עד לתום תקופת תקופה של הנורמה הארעית..." (פלר, כרך א בעמ' 232, וכן ראו בכרך ג בעמ' 52-54)."

מאחר שאלו הם פני הדברים, לא מצאתי לקבל את טענת הנאשמים, שלפיה שינוי המדיניות נעשה "לכבודו" של נאשם 1 ו/או כי יש בשינוי מדיניות זה כדי לקבוע כי ההחלטה על שינוי מדיניות כשלעצמה בלתי סבירה, שרירותית ומפלה. זאת, מאחר שלמועד ההנחיה ושינוי במדיניות האכיפה אין קשר למועד בו נעברה העבירה לכאורה על ידי הנאשמים, כחצי שנה מאוחר



יותר.

הלכה היא כי בית המשפט לא ימיר שיקול דעתו בשיקול דעת הרשות, מקום בו בחרה הרשות לפעול בצורה סבירה, כך על דרך הכלל וכך במיוחד, כפי שהובא לעיל, נוכח הביקורת השיפוטית המצומצמת על מדיניות ההעמדה לדין של התביעה.

בנסיבות העניין, הבקשה לביטול כתב אישום בטענה על פי סעיפים 149(3) ו-149(10) על כל רכיביה נדחת.

הבקשה לפי סעיף 149 (10) וסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי :

טענת האכיפה הבררנית או האכיפה הסלקטיבית, נמצאת בגדרה של טענת הגנה מן הצדק, בסעיף 149 (10) לחסד"פ, לפיה רשויות אינן רשאיות להבחין, לצרכי העמדה לדין בין בני אדם דומים או מצבים דומים על יסוד שיקולים זרים שלא מטעמים ענייניים.

הבסיס הרעיוני לכלל זה הינו עקרון השוויון, חשיבותו, והפגיעה הקשה שבסטייה ממנו. בבג"צ גנור, שהובא לעיל, קבע כב' הנשיא אהרון ברק (כתארו אז):

"בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה... הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי"

בבג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג (3) 289 (להלן: "עניין זקין") נדונה לראשונה עילה זו על מרכיביה. שם נקבע כי אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך האכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר על יסוד שרירותי גרידא.

בעניין זקין, נקבע על ידי כב' השופט זמיר כי:

"טענה של אכיפה בררנית היא טענה של פגיעה בשוויון. כל רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון. כך גם תובע במשפט פלילי... מכאן, כפי שמקובל לגבי טענה של פגיעה בשוויון, אם לכאורה יש יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית, מתערערת החזקה בדבר חוקיות 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..."

בעניין ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ, נט (6) 776 (להלן: "בורוביץ") נטענה טענה של הפליה בהעמדה לדין, ונבחנה השאלה, האם די בהוכחת הפליה, שאין שיקולים ענייניים להצדקה, דהיינו, האם די בהוכחת רשלנות מצד התביעה או שעל הנאשם להראות לענין הגנה מן הצדק, כי התביעה פעלה ממניעים פסולים.



נקבע כי ככלל, קשה יהיה להוכיח אכיפה בררנית, מבלי לעמוד על שיקולי התביעה:

"[...] ההכרעה בשאלה, אם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת או שמא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה ... בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה ... לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא ... יסודו של כלל זה בהיגיון: כפי שכבר ציינו, החלטת בית-המשפט לבטל כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שההחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט. כאשר הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת וזדונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות הוא לכאורה גלוי וברור, בעוד שדבר קיומה של פגיעה כזאת הוא פחות מובן מאליו מקום שהרשות פעלה בתום-לב."

יחד עם זאת, לא נסגרה הדלת לחלוטין מפני מקרים בהם יבוטל כתב אישום מטעם זה, גם אם לא יוכחו מניעי התביעה:

"[...] עם זאת איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים.... עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהוגש - מטעמי הגנה מן הצדק - אם אכן שוכנע כי בנסיבותיו של המקרה הנתון ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממתחם הסבירות."

סעיף 149(10), שעניינו הגנה מן הצדק, קובע: "סתירה מהותית לעקרונות של צד ושל הגינות משפטית". בעקבות זאת, אומץ בפסיקה מבחן התוצאה ולא מבחן התנהלות התביעה, האפליה עצמה נבחנת על פי מבחנים אובייקטיביים. לעניין זה יפים הדברים שנקבעו בע"פ 5975/14 אברהם דרויש אגבריה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 31/12/15) (עניין אגבריה):

"[...] בשיטתנו נבחנת שאלת ההפליה גם על פי מבחן אובייקטיבי, קרי מבחן התוצאה. החלטה המובילה לתוצאה מפלה תיפסל אף אם בבסיסה מניע טהור ואף אם מדובר בהפליה לא מודעת."

יודגש, כי בכל הנוגע לפגיעה בשוויון בעניינים אחרים, הדגש תמיד הינו על התוצאה ולאן דווקא על המניע (עניין מוחתסב). ברור מאליו שהמניע ומידת הפגיעה בשוויון עודם מהווים שיקולים מרכזיים באיזון בין השוויון לבין ערכים אחרים. עוד נערכת הבחינה האם מדובר בפגיעה בשוויון במסגרת טענת הגנה מן הצדק. בנוסף, מידת תום הלב, ושיקולי הרשות, גם כאשר התוצאה היא פגיעה בשוויון יבחנו במסגרת השאלה איזה סעד, אם בכלל, יוענק לנאשם.

מושכלות יסוד, כפי שנקבע בעניין בורוביץ, הן כי התנאים לתחולת ההגנה, עניינים במבחן תלת שלבי, לפיו בית המשפט יפעל לזיהוי הפגמים שהתקיימו בעניינו של הנאשם ועצמם, זאת במנותק משאלות של אשמה או חפות. לאחר מכן, בשלב השני, יש לבחון האם ניהול ההליך נגד הנאשם חרף אותם פגמים יפגע בתחושת הצדק וההגינות. לבסוף, בית המשפט יעניק סעד הולם, המאזן בין הפגמים שהתגלו לאינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי.

במסגרת השיקולים שיילקחו בחשבון יבחנו בין היתר, חומרת העבירה, נסיבות המקרה וכן שיקולים של גמול והרתעה. על בית המשפט יהא לאזן במכלול השיקולים גם את האינטרס הציבורי בקיום המשפט, במיצוי הדין עם עבריינים, שמירה על בטחון הציבור כמו גם שמירה על זכויותיהם של נפגעי העבירה. מנגד יובאו בחשבון זכויות הנאשם, טוהר ההליך הפלילי, השאיפה להביא לפסילת מהלכים נפסדים של התביעה ושמירה על אמון הציבור במערכת בתי המשפט (ראו עניין אגבריה שהובא לעיל).

בע"פ 8551/11 יצחק כהן סלכני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 12/8/12) נקבע:



"[...] באופן עקרוני, את טענת האכיפה הבררנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית.... השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו. כך למשל, אי-בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות השוויון. כמו כן, גם כאשר ניתן לקבוע שאנשים שונים נמנים על אותה קבוצת שוויון, הבדלים מסוימים בנסיבותיהם יכולים להשפיע על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה במסגרת השלב השני של הבדיקה. הכרעה המתקבלת ביחס לאחת מהשאלות עשויה אפוא להשפיע על המשך הדיון."

על הטוען אכיפה בררנית להראות כי ניתן להצביע על הבדלים באכיפה בתוך קבוצת השוויון עמה נמנה הנאשם; שנית, עליו להראות כי מדובר באכיפה בררנית, להבדיל מאכיפה חלקית לגיטימית ולבסוף, עליו לעמוד על תשתית ראייתית לכאורית לטענת האכיפה הבררנית.

סעיף 108 לחסד"פ:

במסגרת הבקשה לביטול כתב אישום על פי סעיף 149 (10) עתרו הנאשמים גם בבקשה מכוח הוראות סעיף 108 לחסד"פהקובע:

"צו להמצאת מסמכים ומוצגים"

108. בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו."

פסיקת בתי המשפט, קבעה קריטריונים להיעתר לבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ, הנוגעת למידע ונתונים, האמורים לאפשר לנאשם, לבסס הגנה מן הצדק בטענה של אכיפה בררנית.

הטעמים שמצדיקים הענקת זכות עיון להגנה בחורים שאינם קשורים במישרין לבירור האשמה ואשר דרושים לה לצורך גיבוש טענת אכיפה בררנית במסגרת הדיונית של סעיף 108 לחסד"פ, הם כדלקמן: זכותם של הנאשמים להליך הוגן ומניעת עיוות דין; זכותם של הנאשמים לערוך את הגנתם ולהתגונן כראוי; גילוי האמת; צמצום פערי הכוחות שבין התביעה להגנה (בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר [פורסם בנבו] (ניתן ביום 23/1/14)) שם נמנו ארבעה טעמים אלה בהקשר להליכי גילוי לפי סעיף 74 לחסד"פ, אולם אלו יפים גם להליכי גילוי מכוח הוראות סעיף 108 לחסד"פ.

לכל אלה יש להוסיף גם טעמים של מניעת מהלכים נפסדים ובלתי הוגנים של הרשות וכן הבטח אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ובהליכים המשפטיים.

בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ קשורה קשר הדוק לחובה לאפשר לנאשם הליך הוגן, שכן הן מאפשרות לנאשם לפתח, לבסס ולנהל את הגנתו בהסתמך על חומרים שאינם מצויים בידו ואשר בית המשפט סבר שיש לאפשר את העיון בהם לתועלת הגנתו.



נטל השכנוע וההוכחה הנדרש לצורך הוכחת טענת הגנה מן הצדק בדמות אכיפה בררנית במסגרת ההליך הפלילי העיקרי מוטל על הנאשם (ע"פ 3205/07 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (04.08.2008); עפ"א (ארצי) 23777-02-19 מדינת ישראל נ' דוד ויוסף אוכל רחוב בע"מ ואח' [פורסם בנבו] (07.04.19)).

מטבע הדברים חלק מן המידע מצוי בידיעת ובשליטת המאשימה, ויש לבחון מהי מידת ההוכחה הנדרשת, אשר תעביר את נטל ההוכחה מן הנאשם אל המאשימה.

בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ [פורסם בנבו] (10.09.2013) (להלן: "עניין פרץ") נקבע כי אין להסתפק במספר דוגמאות בודדות של סטייה ממדיניות התביעה על מנת להעביר את נטל הראיה להוכחת תקינות פעילותה אל כתפיה.

בקשת הנאשמים שלפניי, עוסקת בין היתר בשאלה, האם יש להורות למאשימה, להמציא לנאשמים מסמכים ונתונים על מנת לאפשר להם לבסס הגנה זו.

בעפ"א (ארצי) 16393-12-13 מדינת ישראל - משרד הכלכלה נ' אלירן דואב [פורסם בנבו] (ניתן ביום 9/9/15), קבע בית הדין הרצי לעבודה כי כדי להענות לבקשה על פי סעיף 108 לחסד"פ, על הנאשם להוכיח תחילה תשתית ראיתית, ברמה שתספיק להעברת נטל הראיה אל כתפי המאשימה. עוד נקבע במסגרת עניין דואב, כי נכון אמנם כי אין להכביד על הנאשם בעניין זה בשל חוסר האיזון בין הצדדים, עם זאת, אין להביא לתוצאה של תמריץ להגשת בקשות כאלה.

על בית המשפט לבחון, האם הוכח ברמה הראשונית חשד לאכיפה בררנית שכזו, תוך שכללי הבחינה יהיו כאלה שלא יתמרצו נאשמים להעלות בקשות מסוג זה במקרי סרק, ולבסוף יש לאזן בין עוצמת החשד לאינטרסים נוספים שפורטו.

יש לתת את הדעת להיקף המשאבים הדרושים לשם הענות לבקשה ומידת ההכבדה על עבודת הרשות (ע"ח (מחוזי מרכז) 14473-10-15 זיפר נ' עיריית נתניה [פורסם בנבו] (ניתן ביום 7/2/16)).

נקבע, כי אין לאמץ כל בדל ראיה כבסיס להיעתרות לבקשה כגון זו, אלא לבחון באופן מעמיק יותר את הראיות שבידי הנאשם גם בשלב דיוני זה ורק לאחר מכן, תוך איזון מול אינטרסים נוספים, להכריע. יש לשקול גם מהו הנטל המוטל על המאשימה בהיעתרות לבקשה והאם הדבר יוצר הכבדה ממשית על הרשות במילוי משימתה העיקרית.

בהתייחס לטיבה של התשתית הראשונית הנדרשת לצורך עיון בחומרים לפי סעיף 108, נקבע בבג"צ נוה (שהובא לעיל) שהרף הנדרש להנחת תשתית זו נמוך מהרף הנדרש לצורך סתירת חזקת התקינות המנהלית והוכחת האכיפה הבררנית עצמה.

ובלשון בית המשפט נקבע כך:

"[...] הנטל להנחת תשתית ראיתית ראשונית לביסוס הדרישה לגילוי מידע ומסמכים בנוגע למדיניות האכיפה מוטל על הנאשם. בכגון דא, לא די בעצם העלאת טענה לאכיפה בררנית על מנת להורות לתביעה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ. טיבו של הנטל הראשוני המוטל על הנאשם ייבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו, אך מובהר כי הרף לצורך קבלת מידע ומסמכים נמוך מהרף שנדרש לצורך סתירת חזקת התקינות ולהוכחת האכיפה הבררנית עצמה"

הנמכת הרף הנדרש לשם עיון בחומרים מאזן בין הדרישה לעמוד בנטל של הנחת תשתית ראשונית לבין יתרון המאשימה בנגישות למידע ולחוסר האיזון שבין הצדדים להליך.



מן הכלל אל הפרט:

הנאשמים הגישו בקשה לקבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית, במסגרתה עותרים הנאשמים לזמן עדים, במטרה לבסס את התשתית העובדתית המוכחת כי הגשת כתב האישום עולה כדי אכיפה בררנית.

הנאשמים עותרים בין היתר לקבל לידיהם:

ג. כל כתבי האישום שהוגשו משנת 2011 ועד לחודש אוקטובר 2018 ובכלל בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל ובעבירה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, במקרים שבהם דובר בכניסה ו/או ביציאה לא מתועדת של אזרחים ישראלים, נושאי דרכון תקף, שלא הייתה מגבלה או מניעה משפטית או אחרת לכניסתם וליציאתם מן הארץ. לחלופין בלבד, כתבי אישום שהוגשו בשלוש השנים האחרונות כאמור מעלה. ביחס לכתבי האישום האמורים- תיקי החקירה המלאים בנושאים שבנדון.

ד. נתונים מלאים ביחס למקרים בהם התקיימה יציאה או כניסה לישראל ללא הצגת דרכון (של אזרח הנושא דרכון) ומה עלה בגורלם של מקרים אלה בשנים 2011-2018, קרי: כל ההחלטות שהתקבלו בנושא זה. לחלופין בלבד, ככל שלא הוגש כתב אישום, מסמך מסכם, הכולל "תיאור ההחלטה לסגור את התיק וליבת העובדות ששימשו בסיס להחלטת הסגירה". לחילופי חילופין, נתונים ביחס לשלוש השנים האחרונות כאמור מעלה.

במסגרת הבקשה, מצטטים הנאשמים, מדף מחשבון פייסבוק, של עו"ד אורנה סרויה, ששרתה כקצינת גבולות וקצינת חקירות במנהל ההגירה, כאשר על פי דבריה, כתב האישום כנגד הנאשם 1: **"הזוי ומופרך וכשאומרים אכיפה בררנית אני בהחלט מסכימה"** עוד טענה במסגרת אותו פרסום, כי לדעתה האישית ומתוך ניסיון הנאשם 1 לא זוכה ליחס שווה או הוגן ונראה שהוא יעד אדם.

לטענת הנאשמים, די בדבריה של עו"ד סרויה, כדי ללמד כי כתב האישום מנוגד למדיניות האכיפה. הנאשמים טוענים כי זהו כתב האישום הראשון שהוגש כנגד ישראלי, שלא הייתה מניעה לכניסתו לארץ.

הנאשמים פנו מספר רב של פעמים אל המאשימה לקבלת מידע ונדחו.

אדון בטענות הנאשמים, לפי כותרות הסעיפים בהן בחרו, לשם הנוחות בלבד ולא לצורך כל פרשנות שהיא:

ראיה ראשונה - אין אפשרות לאתר את המידע המצוי בידיעתה הבלעדית של המאשימה:

לטענת הנאשמים, המאשימה בבקשתה הראשונה, הצהירה בכתובים כי בחנה את מדיניותה ועדיין בחרה להגיש כתב אישום וכי מרבית ההליכים בתיקים דומים קודמים עודם מתנהלים באופן המקשה על איתורם במאגרי הפסיקה ולפיכך הוצגו לנאשמים, מקבץ של כתבי אישום רבים, ביחד לאירועים דומים בשנים האחרונות. דהיינו המאשימה הודתה כי קיים קושי לאתר "תיקים דומים קודמים".

המאשימה טוענת בעניין זה כי העבירה לבאי כוח הנאשמים דוגמאות שונות לכתבי אישום שהוגשו בעבירות שבענייננו. אמנם לא כל הדוגמאות הן בעלות נסיבות זהות. ההבדלים עליהם עומדים ב"כ הנאשמים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול.

מצאתי לדחות טיעון זה של הנאשמים, עינתי בכלל כתבי האישום שהוגשו לעיון הנאשמים, אלה שהוגשו עוד במסגרת הבקשה הקודמת ואלה שהוגשו לעיון לאחר מתן החלטתי מיום 19/7/19, לא מצאתי כי יהא בחומרים נוספים, ככל שיוגשו כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית.

דומה כי אין כל מחלוקת בין הצדדים, כי כתב האישום בעניינם של הנאשמים, הוא כתב האישום הראשון, אליו התווספה



עבירה של קבלת דבר במרמה, זאת לאחר ששונתה מדיניות התביעה במהלך חודש מאי 2018, עוד אין מחלוקת כי חלק מתיקי חקירה דומים נפתחו ונסגרו בעילה של העדר עניין לציבור.

ואולם, בעניין זה, אין לי אלא להפנות לפרק של "ראשוניות העבירה" כפי שפורט בהרחבה לעיל. גם אם נצא מנקודת הנחה, כי הנאשמים יוכיחו כי נעברו עבירות דומות על ידי אחרים, בעבר והתביעה בחרה שלא להגיש כנגדם כתב אישום, הרי שמששונתה מדיניות התביעה, אין רלבנטיות בהצגת כתבי אישום נוספים, לצורך הוכחת טענה של אכיפה בררנית שהרי העובדה, כי המאשימה בחרה להביא לשינוי מדיניות, אין בה כדי להביא לפסלותה של המדיניות, לפסלותם של כתבי האישום המוגשים מכוחה. לעולם, לאחר שינוי מדיניות, יהיו כתבי אישום שהם הראשונים ליישם מדיניות חדשה זו.

ראיה שניה - מדובר בעבירות נדירות

לטענת הנאשמים, נדירות העבירות וההעמדה לדין בגין מהווה ראיה חזקה לאכיפה בררנית. נדירותן של העבירות מחדדת את החשיבות במסירת המידע, ואת הקושי של הנאשמים לאתר מידע זה לטובת ביסוס הטענה ללא העברתו על ידי רשויות האכיפה. האינטרס הציבורי בגילוי מידע דוגמת זה שמתבקש, גוברת ככל שמדובר בעבירה "נדירה יחסית".

לטענת המאשימה, אף טענה זו הועלתה במסגרת הבקשה הקודמת ונמצא כי אין בה כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני לאכיפה בררנית כנגד הנאשמים.

נוכח התגברות התופעה הפלילית המדוברת, במהלך שנת 2018, נאלצה המערכת להחמיר את תפיסתה וגישתה כלפי עבירות אלה ובהתאם את מדיניות האכיפה עד יישומה באופן יציב החל מיולי 2018. לשיטת המאשימה, נתון זה כשלעצמו מלמד כי כלל אין מדובר ב"עבירות נדירות" אלא להיפך, עבירות נפוצות למדי שנאכפות כדבר שבשגרה.

בעניין זה, אין לי להפנות לקביעותי דלעיל, באשר לראשוניות העבירה. זאת ועוד, קבלת טענת הנאשמים, שאכיפתה של עבירה ראשונה, מובילה לכדי ביטול כתב אישום בשל טענה של אכיפה בררנית, עלולה להוביל למבוי סתום, שהרי לו תתקבל טענה מסוג זה, אזי לעולם לא תתאפשר אכיפתה של עבירה חדשה כלשהי ולעולם תועלה טענה של אכיפה בררנית.

וכאמור לעיל, אם אכן כל אימת שמאן-דהוא יואשם לראשונה בעבירה שהתווספה לספר החוקים, או שנאכפה לראשונה, צריך יהיה לזכותו או להורות על ביטול כתב האישום, אזי איש לעולם לא יואשם או יורשע בעבירה כזו והיא תישאר כאת מתה בספר החוקים.

ברי לכל כי אין להביא לתוצאה זו. תמיד יהיה מקרה ראשון בו החוק אמור להתפרש להיות מוחל, עצם ראשוניות אכיפת העבירה אין בה בהכרח כדי לפגוע בזכויות הנאשמים להליך הוגן ו/או לחובת המאשימה, כפי הנעשה בכל הליך, להוכיח את האשמה בהתאם לרף הנדרש בהליך הפלילי.

ראיה שלישית - כתב האישום מבוסס בעיקרו על עבירות חדשות ו/או טענה למדיניות חדשה בהעמדה לדין:

לטענת הנאשמים, כתב האישום מבוסס בין היתר על עבירה חדשה יחסית של יציאה מישראל, וכן על מדיניות חדשה ביחס לעבירה של קבלת דבר במרמה. המדיניות החדשה, כך נטען לפחות, נכנסה לתוקפה במהלך שנת 2018, עד יישומה באופן יציב בחודש יולי 2018 - כחצי שנה בלבד לפני האירועים הנטענים בכתב האישום. דהיינו, מרבית כתב האישום מבוסס אפוא, על עבירה חדשה ומדיניות אכיפה חדשה שנכנסו לתוקפן, כך טענה המאשימה, חצי שנה בלבד, לפני האירועים נושא כתב האישום. דהיינו, לטענת הנאשמים, שעה שמרבית כתבי האישום מבוסס על עבירה חדשה ועל מדיניות אכיפה חדשה (נטענת). ברי כי הלכה למעשה אין כל דרך לנאשמים לאתר בעצמם מקרים דומים שיהיה בהם כדי להוכיח אכיפה בררנית.

לטענת המאשימה, עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, המיוחסת לנאשמים, אינה עבירה חדשה כלל ועיקר ובעניינה



אין כל מדיניות חדשה. הוא הדין אף בנוגע לעבירה של קבלת דבר במרמה.

עבירה של יציאה מישראל שלא כחוק ועבירה של קבלת דבר במרמה, נכנסו לשימוש כחלק מאכיפת תחום זה מספר חודשים לפני המקרה של הנאשמים (יולי 2018). החל ממועד זה יוחסה באופן קבוע ויציב, כאשר האירוע כלל מצג פוזיטיבי בפני הבקר/הממכן, עבירה של קבלת דבר במרמה.

בעניין זה אין לי אלא להפנות את הצדדים, לקביעותי דלעיל באשר לראשונות העבירה, למשמעות טענת הנאשמים בכל הנוגע להוספת ראייה חדשה.

הנאשמים לא מצביעים על כל בעיה במדיניות האכיפה הנוהגת ובישומה, כמו גם לא מצביעים על כל ראייה שיש בה כדי להוכיח כי המדיניות עצמה איננה סבירה וכי יש בה לפגוע ביכולת הנאשמים להגן על עצמם.

אני שבה ומדגישה, העובדה כי אין בנמצא כתבי אישום זהים לכתבי האישום כנגד הנאשמים, כדי להרים את הנטל להוכיח קיומה של אכיפה בררנית ו/או להתיר לנאשמים את הפלטפורמה לטעון לקיומה של אכיפה בררנית בשל כך.

מטבע הדברים הנסיבות המפורטות בכתבי האישום שונות בין תיק לתיק ועבירה המיוחסת לנאשם אחד יכול שלא תהא מיוחסת לנאשם אחר באירוע אחר ואף באותו אירוע. ההבדלים עליהם עומדים הנאשמים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה.

רביעית - אי קיומו של נוהל:

לטענת הנאשמים, המאשימה לא הציגה כל נוהל לעניין מדיניותה הנוטענת בעניין. לפיכך, שעה שהמאשימה כשלה מלהציג ראייה כלשהי לאותה "מדיניות" נטענת על ידה בעוד שבידי הנאשמים מידע לפיו קיימת מדיניות הפוכה לחלוטין, של אי העמדה לדין של אזרחים ישראלים שאינם מנועי כניסה ואין נסיבה מחמירה בעניינם. עולה כדי הוכחה ברורה של אותו נטל ראשוני. בהיעדר הנחיה כתובה בדבר העמדה לדין, מתבקשת המסקנה כי המדיניות היא אחרת, ולכל הפחות שבמקרים מסוימים בחרו רשויות האכיפה שלא להעמיד לדין אזרחים ישראלים בנסיבות דומות לאלה של הנאשמים.

לטענת המאשימה, נכון אמנם כי אין נוהל כתוב המשקף את מדיניות האכיפה בתחום עבריות המעבר, כי אם מדובר בתרשומות פנימיות. עוד מוסיפה המאשימה בעניין זה כי כשם שאין נוהל המשקף מדיניות אכיפה בתחומי עבריות רגילים ופשוטים אחרים, בהם מדיניות האכיפה מתבססת ככלל בפשטות על ניתוח דיות הראיות להוכחת יסודות העבירה הרלוונטיות, כפי המדיניות העדכנית בענייננו.

בעניין זה אין לי אלא לקבל את טענת המאשימה, נקודת המוצא בהליך הפלילי, היא כי מקום בו קיימות ראיות מספיקות להוכחת עבירה, יש עניין לציבור באכיפתה וניתן להוסיפה לעובדות כתב האישום. זאת ועוד, ראייה להחמרת מדיניות האכיפה, הועברה לנאשמים במסגרת תשובת הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים מיום 26/2/20 והוצגה להם פרפרזה של התרשומות הפנימיות האמורות הקיימות ברשות המאשימה.

זאת ועוד, גם אלמלא מענה זה של המשיבה והממונה על חוק חופש המידע, הרי שכלל ידוע בפסיקה כי בגדר החריג לעקרון הגילוי, מופיעים חומרים מסוג תרשומות פנימיות של רשויות החקירה והתביעה. סיכומים מעין אלה לא ייחשבו כרגיל כ"חומר חקירה" ולא יהיו כפופים לחובת הגילוי ולזכות העיון, עניין זה יפה הן בבקשה מכוח הוראות סעיף 74 לחסד"פ והן מכוח הוראות סעיף 108 לחסד"פ.

הנאשמים טוענים, ובצדק, אין כל מחלוקת לגבי זה, כי בעבר לא הוגשו כתבי אישום בעבירות של קבלת דבר במרמה. עניין זה כאמור אינו במחלוקת והוא חלק משינוי מדיניות המוקנה לרשות המנהלית.

במסגרת ההליך העיקרי, יוכלו הנאשמים להעלות טענות הסותרות את קיומה של עבירה של קבלת דבר במרמה ולקבוע



כי לא היה מקום להגיש כתב אישום כנגד הנאשמים בעבירה זו או בכלל כי לא היה מקום להגיש את כתב האישום וכי יש לזכות את הנאשמים. ואולם, אין באמור כדי להצביע על תשתית לכאורית נמוכה ככל שתהיה לקיומה של אכיפה בררנית.

ראיה חמישית - גילוי המידע לא יכביד על רשויות אכיפת החוק:

במסגרת הבקשה מתבקש מידע משני כתבי אישום ותיקי חקירה דומים והחלטות סגירה שהתקבלו במקרים דומים. ביחס לראש הראשון, הרי שהמאשימה עצמה טענה כי איתרה את כתבי האישום המדוברים המצויים בחזקתה. קבלת כתבי האישום ללא תיקי החקירה אינה מאפשרת להבין את הרקע לדברים ואת הטעם להעמדה לדין. אי העברת החומר על ידי המאשימה, מלמד כי נסיבותיהם חמורות בהרבה מנסיבותיו הצנועות של מקרה זה.

אשר לראש השני, טוענים הנאשמים כי חומר זה נדרש, כדי לבסס טענה לאכיפה בררנית. כך, בעוד כתבי אישום מלמדים על העמדה לדין, הרי שהחלטות לסגור תיקים בנסיבות דומות, ילמדו היטב על מדיניות האכיפה. רק לאחר עיון בהחלטות אלה, ניתן יהיה לברר אם אמנם נהגו בנאשמים באורח שוויוני, או שמא העמדתם לדין, כפי עמדתם, מחמירה עמם שלא לצורך.

בתגובתה, המאשימה מציינת כי לא יכולה להיות כל נגיעה או קשר בין מידת ההכבדה בהעברת חומר מסוים, לבין קיומו או העדרו של חשד ראשוני לאכיפה בררנית. שאלת מידת ההכבדה על המערכת הופכת רלוונטית, רק אם נקבע שההגנה אכן עמדה בנטל הראשוני המוטל עליה, והציגה חשד ראשוני לאכיפה בררנית.

לטענת המאשימה, הגילוי יכביד באופן ממשי וקשה על מערכת האכיפה ואין אפשרות מבחינה טכנולוגית לבודד ולאחר התיקים המבוקשים.

מקום בו קבעתי לעיל כי על הנאשמים להבחין בין אכיפה בררנית ומפלה לבין אכיפה ראשונית בשל ראשוניות העבירה, הרי שאין כל משמעות לעתירת הנאשמים לקבל את כלל החומר המבוקש על ידם. ואבהיר - נצא מנקודת הנחה כי כתב האישום היחיד שהוגש בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק בצירוף של עבירה של קבלת דבר במרמה, הוא עד לחודש דצמבר 2018 (מועד הגשת כתב האישום כנגד הנאשמים), הרי שהוצגו בפניי כתבי אישום נוספים, לאחר מועד זה שכללו עבירות של קבלת דבר במרמה, שוב, כל תיק בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה ויכולת המאשימה להוכיח את האישום המיוחס בכל תיק ותיק.

די בכך, כדי לדחות את בקשת הנאשמים מבלי לדון בשאלת ההכבדה על המערכת ואולם, לא מן הנמנע יצוין כי אף פניית הנאשמים אל הסניגוריה הציבורית לקבלת מידע דומה, נדחתה בשל הסיבה כי מגבלות טכניות אינן מאפשרות להיעתר לבקשה.

ראיה שישית - כתבי האישום שהוצגו במהלך השימוע, והמסקנה הגלומה בעצם המצאתם לידי הנאשמים:

המאשימה מסרה לידי הנאשמים כתבי אישום אשר נחלקו ל- 3 קבוצות נפרדות:

ד. **קבוצה אחת** - שהוכתרה על ידי המאשימה "נאשמים שזהותם אינה ידועה, ולכן אין לדעת אם הייתה קיימת להם מניעה להיכנס לישראל".

ה. **קבוצה שנייה** - שהוכתרה על ידי המאשימה "נתינים זרים מנועים כניסה לישראל".

ו. **קבוצה שלישית** - שהוכתרה על ידי המאשימה "אזרחים/תושבים זרים שאין להם מניעה להיכנס לישראל".

לטענת הנאשמים, הקבוצה השלישית, היא לכאורה, הקבוצה היחידה שיכולה להיות לה, רלוונטיות כלשהי למקרה זה, ולכאורה - ממנה ניתן להסיק דבר מה ביחס לענייננו. אלא, שלטענת הנאשמים עיון בכתבי האישום מלמד כי במקרים



אלו, נמצאו בקבוצה אוכלוסיות שהייתה להם מניעה או מגבלה לצאת או להיכנס לישראל. בכל המקרים היה קיים חשש כי בעל הסמכות - פקיד ביקורת הגבולות לא יתיר את הכניסה או היציאה מן הארץ. כאשר לנאשמים לא היה חשש כאמור.

לטענת המאשימה, אין בטענה זו כדי לתרום להרמת הנטל הראשוני המוטל על ההגנה להציג חשד ראשוני לאכיפה ברינית כנגד הנאשמים. ההבדלים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול.

עינתי בכתבי האישום הקודמים כמו גם בכתבי האישום החדשים ולא מצאתי כי הצדק עם הנאשמים בעניין זה, אין לי אלא לחזור על קביעותי הקודמות, לפיהם, מטבע הדברים, כתבי אישום שונים, מכילים עבירות שונות, עובדות שונות ונסיבות שונות. העובדה כי פלוני לא ידע כי אין מניעה לכניסתו לישראל, אין בה כדי לקבוע כי לא ביצע את העבירה או כי עניינו לא דומה לענינים של הנאשמים, שאף הם לא היו מנועי כניסה לישראל.

זאת ועוד, עיון בת"פ 15384-10-17 **מדינת ישראל נ' נגורלי**, (כתב אישום אשר הוגש ביום 3/10/17) מלמד כי הנאשם נכנס אל גבולות המדינה, עם שימוש בכרטיס מעבר של אחר, ללא שעבר בדיקה כנדרש על פי דין.

עיון בעובדות כתב האישום מלמד, כי הנסיבות בגין ביצע את העבירה אינן ברורות ואינן ידועות. זאת ועוד, בענייננו, נטענו טענות שונות בענינים של הנאשמים, מדוע לכאורה מצאו לנכון לעבור במעבר הגבול כאשר כלל לא היו מנועי כניסה לישראל, אך גם אלו לא הובררו עד תום ובוודאי שאין בהם כדי להוות טענת הגנה.

ראיה שביעית - כתבי האישום שנשלחו בעקבות ההחלטה בבקשה הראשונה:

ראו קביעותי לעיל (בפרק "ראיה שישית").

ראיה שמינית - אי העמדה לדין בנסיבות חמורות יותר:

לטענת הנאשמים, ביום 12/1/20, פורסמה כתבה בחדשות "כאן", שכותרתה: **"מתחת לאף של המאבטחים: שיטת מבריה המסתננים הגיאורגיים לישראל"**. באותה כתבה נסקרה פרשה שביסודה טענה לרשת הברחה שפעלה בשנתיים האחרונות להברחת אזרחים גיאורגיים, מסורבי כניסה לישראל. במסגרת הכתבה רואינה עורכת דין המייצגת את אחד החשודים בפרשה וטענה כי יש אנשים, שבמצעים את ההברחות, כנגדם לא הוגש כתב אישום ולא ננקטו כנגדם הליכים. מדובר באנשים שמעורבים בשלושה, ארבעה ויותר מקרים.

דהיינו, הנאשמים מציגים ראיה נוספת לכך שבמקרים דומים, לא הוגשו כתבי אישום, אף במקרים חמורים יותר מהתיק נושא דיון זה.

לטענת המאשימה עניין זה נחקר וטרם הוחלט האם להגיש כתב אישום כנגד המעורבים הנוספים.

בנסיבות אלה, אינני מוצאת להתערב בעבודתה הפנימית של המשטרה ו/או של התביעה. החקירה נושא פרק זה הסתיימה, הוגש כתב אישום אחד כנגד בכיר וכנגד המעורבים הנוספים טרם התקבלה החלטה, ואולם הם זומנו להליך שימוע שלאחריו, יוחלט האם יש מקום להגיש כנגדם כתב אישום והאם קיימות ראיות מספיקות להוכחת האשמה.

ראיה תשיעית - העדים שזימונם מתבקש:

הנאשמים עותרים לזמן מספר עדים, מתוכן שתי חוקרות הנאשמים אשר מסרו לנאשמים בתום חקירתם כי "אין להם מה לדאוג" וכן את עו"ד אורנה סרויה, אשר שירתה בעבר כקצינת גבולות וקצינת חקירות אשר כתבה פוסט בפייסבוק במסגרתו נטען בין היתר כי כתב האישום כנגד הנאשם 1, הוגש אך בשל מעמדו.

לטענת המאשימה, ככלל, אין מניעה לזמן את העדים כבר בשלב זה של ההליך ואולם, היא סבורה כי על עדויות אלה



להישמע בשלב שמיעת הראיות.

אכן, אין כל מחלוקת כי גם בשלב המקדמי ניתן להורות על זימון של העדות לבית המשפט. ואולם, אני סבורה כי טענות אלה, אם בכלל, מקומן בשלב שמיעת ההליך העיקרי וטיעונים בנוגע למהות הטענות שיועלו על ידי העדות, כמו גם לנפקותן המשפטית, יכול שתהא הכרעה, אם בכלל, רק בסיום ההליך המשפטי ולא בשלב זה.

בנסיבות אלה, לא מצאתי כי יש בזימון העדות, יעידו אשר יעידו כדי לסייע להוכחת אכיפה בררנית, בוודאי שלא בשלב המקדמי של ההליך.

ראיה עשירית - העובדה כי המאשימה הגישה רק כתב אישום אחד בנסיבות בהן המעבר בוצע על ידי ישראלי ללא מניעה חוקית או מגבלה מעשית לבצע את המעבר - כתב האישום נגד הנאשמים:

הממונה על חוק חופש המידע, מסרה לנאשמים כי ככלל, מקרים אלה מטופלים על ידי התביעה המשטרתית, אלא שבמהלך שנת 2018, טיפלה הפרקליטות במקרה אחד כזה - המקרה של הנאשמים. לגישת ב"כ הנאשמים, נתון זה יש בו לעמוד "בקלות" בנטל המוטל עליהם. כפי שמסרה המאשימה, עניין הנאשמים טופל על ידי הפרקליטות באופן חריג, נוכח רגישותו, הנובעת ממעמדו הציבורי הרם של הנאשם, כמקובל בנסיבות מעין אלה. בית המשפט אף התייחס לעניין זה במסגרת החלטתו הקודמת. בין לבין התווספה פרשה נוספת בה מטפלת הפרקליטות (המחלקה הכלכלית) בתחום הפלילי הרלוונטי.

בעניין זה תמוהה בעיניי טענת הנאשמים, כתב האישום מוגש על ידי המאשימה - היא המדינה. במדינת ישראל, כתבי אישום מוגשים על ידי תובע מוסמך, שוטר, פרקליט או במקרים מסוימים אף עורך דין שהוסמך לכך (תובעים עירוניים ו/או תובעים של משרדים ממשלתיים לדוגמה).

כתב האישום מוגש על פי שיקול דעתו של התובע, המוסמך על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

במקרים מסוימים רגישים, בהם מעורבים בעלי תפקידים ציבוריים, החקירות מלוות מטבע הדברים, על ידי היועץ המשפטי לממשל או פרקליט המדינה או מי שהוסמך על ידו והוא אשר בוחר את הגורם המלווה והמטפל בתיק.

בנסיבות אלה, בייחוד בהתחשב במעמדו הציבורי של הנאשם 1, נכון למועד פתיחת החקירה, לא ברורה לי טרוניית הנאשמים, שלפיה התיק לווה וכתב האישום הוגש על ידי הפרקליטות ולא על ידי יחידת התביעות המשטרתית.

קבוצת השוויון:

עוד במסגרת בקשתם, טענו הנאשמים כי טענת המאשימה, בבקשה הקודמת לעניין קבוצת השוויון הרלוונטית בעניינם של הנאשמים: אכיפה בררנית היא פעולה בחוסר שוויון, קרי - נקיטה של יחס שונה לשווים.

לטענת הנאשמים, הם אזרחי ישראל ואין מחלוקת כי אם היו מעבירים את דרכונם במכונות מעבר הגבול, היו יכולים להיכנס ולצאת מישראל. נגד הנאשמים לא עומד צו עיכוב יציאה מהארץ והם אינם דרושים לחקירה ולכן שמם אינו מופיע בתחנה, ככאלה שיש לעכבם ביציאה או כניסה מישראל. הנאשמים נעדרי עבר פלילי.

לטענת הנאשמים, המאשימה "המציאה" קטגוריה של "עבריינות מעבר" ובכך מנסה לכלול בה כמה שיותר מקרים, לרבות מקרים חמורים עשרות מונים מן המקרה שלפנינו. לטענת הנאשמים, המאשימה מנסה להמציא מחדש את הדין הפלילי, על מנת לקשר באופן מלאכותי את עניינם של הנאשמים למקרים רבים אחרים, שבינם לבין המקרה אין דבר וחצי דבר.

הדין החל במדינת ישראל, מחייב את הפרקליט לשקול אלו הם התיקים בגינם יש להגיש כתב אישום. לא כל מקרה מצדיק העמדה לדין.



לטענת הנאשמים, העבירה המיוחסת להם אינה חמורה, ונסיבותיה הטו את הכף להימנע מהעמדה לדין, בין היתר בשל כך שהם לא ביקשו כי תצמח להם טובת הנאה במישורי ה"ציבורי", הנזק הוא נמוך, אם בכלל, בשים לב לנסיבותיהם האישיות של הנאשמים, הרי שהנאשם 1, עורך דין ותיק, כבן 50, אב לשישה, והנאשמת 2, אישה צעירה, בראשית דרכה האישית והמקצועית, שכבר ספגה פגיעה חריפה בגין הפרסומים הרבים עד כה. אין לחובת השניים כל עבר פלילי ולהליך עד כה - עוד קודם להגשת כתב האישום, הייתה השפעה קשה ביותר עליהם.

זאת ועוד, בענייננו לא נגרם כל נזק ואף אם היה כזה, הרי שהוא תוקן באופן מיידי. לטענתם, בניגוד לטענת המאשימה, הרי שאין לשקול שיקולים אלה, רק בשלב שלאחר ההרשעה.

לטענת המאשימה, זהות מבצע המעבר האסור בדרך הפלילית בה עסקין היא נסיבה אחת מיני מכלול נסיבות רבות הרלוונטיות לגיבוש חומרת האירוע. נבחנת שאלה של מעבר כפיות, האם המעבר הפלילי בוצע לבד או בשותפות המגדילה את התחכום.

בהתאם לכל אלה, יתכנו אירועים בהם המעבר הפלילי האסור בוצע על ידי זר, כך שנסיבה ספציפית זו אכן תימצא חמורה יותר, ונסיבות משמעותיות אחרות יימצאו קלות משמעותית מענייננו.

המאשימה סבורה כי החלטה שלא להגיש כתב אישום בשל היעדר עניין לציבור הייתה מייצרת "כאוס" אכיפתי ופוגעת באופן קשה ביכולת התביעה המשטרית להתמיד באכיפה.

אינני סבורה כי יש לבחון את השאלה האם מדובר בקבוצת שוויון. על פני הדברים, הנאשמים ביצעו את העבירה שלא כחלק מארגון עברייני, לא כל עבירה המיוחסת לנאשם יכולה להיבחן תחת הקטגוריה של קבוצת שוויון.

השאיפה, ככלל, היא להעמיד לדין את המעורבים בביצוע עבירות. יחד עם זאת, התביעה רשאית, במקרים חריגים ועל יסוד קריטריונים מוגדרים, ברורים ושוויוניים להחליט שלא להגיש כתב אישום כנגד אחרים. בגיבוש עמדתה, מוטל על התביעה להביא בחשבון מכלול של שיקולים ולייחס להם משקל ראוי, בהם מהות העבירה, נסיבות ביצוע, מספר מבצעי העבירה וחלקו המוחלט של כל אחד מהמעורבים.

בענייננו טוענים הנאשמים כי העבירה שבוצעה על ידם לכאורה היא זניחה, טענה זו מקומה להתברר לאחר הצגת ראיות ושמיעת עדויות ולא בשלב זה של ההליך.

פירוט יתר של כתב האישום:

לטענת הנאשמים, אינדיקציה נוספת לקיומה של אכיפה בררנית, או לקיומה של תשתית ראשונית לקיומה של אכיפה בררנית הוא פירוט יתר של עובדות כתב אישום. כאשר עיון במרבית כתבי האישום מלמד כי בעניינם של אחרים הוגשו כתבי אישום קצרים ביותר, בעוד שכתב האישום כנגד הנאשמים, אוחד מספר רב של עובדות ועומדים.

סעיף 85 לחסד"פ הוא אשר קובע את אשר על כתב האישום להכיל. לעניין העובדות קובע סעיף 85(4):

"[...] תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם."

על חשיבות פירוט כתב האישום עמדה הפסיקה מימים ימימה, עוד בע"פ 1/48 פרדריק וילאם סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א (5), 13, במסגרתו נקבע: **"את פרשת העבירה ואת פרטי העבירה צריך לקרוא יחדיו כחלקים בלתי נפרדים זה מזה של כתב-ההאשמה"**.

בע"פ 88/58 יהודה קייזר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב' 1628, 1634 (1958), נאמר לעניין זה כי:



"[...] המטרה העיקרית של גליון-אישום היא: מתן ידיעה ברורה לנאשם על ההאשמות בהן הואשם. מן הנמנע שהיועץ המשפטי יוכל בזמן המשפט להפתיע את הנאשם בהאשמות שלא הזכיר בגליון-האישום. על היועץ המשפטי לציין באופן מפורש ובפה מלא מהן פרטי ההאשמות בנוגע אליהן בדעתו להביא עדויות, ואין די ברמיזה בלבד. כל זה בא כדי לתת לנאשם אפשרות להכין את עדותו הנגדית. כלומר: מתוך קריאת גליון-האישום צריך להתברר לנאשם מה הן העובדות שבדעת היועץ המשפטי להוכיחן נגדו."

עוד ידוע כי אין להמעיט בחשיבותן של העובדות המפורטות בכתב האישום, כאילו המסגרת החיצונית היא העיקר ואילו התוכן חסר חשיבות. מערכת העובדות מהווה הן את המקור והן את הסיבה לחקירה ולהגשת כתב האישום; בתחומה מנהל המשפט את הגנתו, והיא משמשת בסיס לבניית הכרעת הדין. יש בעובדות כדי להכריע את הכף, לעיתים אף לחובת המאשימה (ע"פ 534/84 **אסתר אריה (פנחס) נ' מדינת ישראל**, מא (3) 561).

לאופן ניסוח כתב האישום, השפעה מהותית על יכולת הנאשם להתגונן מפני האישומים כנגדו (ע"פ 7150/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 26/6/08)).

זאת ועוד, לעיתים, ראוי לציין אף נסיבות שהן אינן חלק מהעבירה עצמה, שכן על הנאשם לדעת עם מה מצופה ממנו להתמודד.

ראו למשל רע"פ 9718/04 **מדינת ישראל נ' טאלב נואורה** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 25/11/07):

"[...] כשלעצמי רואה אני חשיבות רבה ומודגשת, כי הנאשם יידע ביום הגשת כתב האישום אל נכון את כל אשר עמו יהא עליו להתמודד, שהרי זו תמצית זכויותיו הדיוניות. ועוד, גם בית המשפט היושב לדין צריך שיידע מהי התמונה אליה עליו להידרש, במלואה."

היינו, ככל יש לפרט ככל הניתן את עובדות כתב האישום.

בנסיבות אלה, טענה זו של הנאשמים דינה להידחות. בענייננו, טוב עשתה המאשימה כי פירטה בהרחבה את כל העובדות אשר היו ידועות לה, אלה שרלבנטיות ואלה שלא.

אין לי אלא לשוב על ההלכה הידועה כי לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק בין מפני שבאיזון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין מפני שבידי בית המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהליכן של הרשויות.

ביטול ההליך הפלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר.

בידי הערכאה הדיונית מגוון אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בעת הכשת כתב אישום ובית המשפט יכול להשתמש בסעדים מתונים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב אישום (ראו לדוגמה בג"צ 9131/05 **ניער עם נ' משרד התעשייה המסחר והתעסוקה** [פורסם בנבו] (ניתן ביום 6/2/06)).

יכול שלאחר שמיעת הראיות בתיק, יהא מקום לדון בשנית באכיפה בדרגתית, אך זהו אינו השלב.



כפי שפורט בהרחבה לעיל, לא נעלמו מעיני טיעוני הנאשמים, הן בכתב והן בעל פה, כמו גם הניסיונות לערוך אבחנות כאלה ואחרות בין המקרים השונים. הניסיון לקבל נתונים בנוגע לתיקים מסוימים.

ואולם, לאור קביעותי דלעיל, לא מצאתי שיש מקום לחייב את המאשימה למסור את פרטי הפרטים המבוקשים, אני סבורה כי הדבר יביא להכבדה ניכרת על המשיבה שלא לצורך, בין היתר מן הטעם שספק רב עד כמה יהיה בנתונים אלו כדי לסייע לנאשמים בהוכחת טענת האכיפה הבררנית.

ניסיון הנאשמים לדחות מידע כזה או אחר בטענה לפגם היא בבחינת מסע דיג. לא די לנאשמים להעלות טענה לאכיפה בררנית, או להעלות טענה כי מתקיים הרף הראשוני שיכול להוות את הבסיס לטענת אכיפה בררנית, כדי להצדיק מתן רשות עיון.

אל לו לבית המשפט להתיר לסניגור להפליג למרחקים ולערוך 'מסע דיג' בלתי מסוים ובלתי ממוקד, מתוך תקווה, לא מבוססת שמא ימצא בחומר המבוקש דבר מה העשוי לסייע בהגנתו (בש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (ניתן ביום 11/5/16)).

הערה לפני סיום:

בתשובתם לתגובת המאשימה טענו הנאשמים, כי אין לראות בבקשתם כבקשה לביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית, וזאת אף שמלשון הבקשה מצוין באופן שאינו משתמע לשני פנים כי עניינה של הבקשה הוא קבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית.

עוד ציינו הנאשמים כי לאחר הכרעה בבקשה תוגש בקשה מפורטת לביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית.

במסגרת ההליכים המקדמיים בתיק זה הוגשו 3 בקשות מקדמיות, האחת בקשה לגילוי מסמכים, לגביה אף הוגש בג"צ נווה, ו- 2 בקשות נושא החלטה זו, במסגרתם עותרים הנאשמים, בין היתר להורות על ביטול כתב האישום בטענה של אכיפה בררנית, כאשר במסגרת הבקשה השנייה, עותרים הנאשמים בין היתר כי יימסרו לעיונם כתבי אישום ו/או חומרים שלטענתם יש בהם כדי לסייע להם בהגנתם.

טענות הנאשמים נבחנו אחת אחת וכן נבחנה הרלבנטיות שלהם להליך שבפניי.

מצאתי לדחות את טענות הנאשמים ועתירותיהם ואני סבורה כי אין במידע המבוקש על ידיהם כדי לבסס טענה של אכיפה בררנית.

"אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד יוכל לנצל את החומר הנמצא לפניו" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשל, פ"ד 429, 433, לכך הוסיף, שבתי המשפט נמנעים מלסגור את דלתותיהם של הבאים בפנים ודנים בכלל עתירותיהם וזאת בין היתר על מנת שלא תפגע הגנתם, ואולם בעניין זה יצוין, כי בית המשפט לא יתן יד להימשכות הליכים שלא לצורך והגשת בקשות שהיה מקום להגישן עוד בתחילה.

סוף דבר:

שתי הבקשות על כל רכיביהן נדחות.

נקבע ליום 18/7/21 בשעה 11.30

במועד זה יינתן מענה מפורט לכתב האישום.

המזכירות תשלח החלטה זו לצדדים.



ניתנה היום, י"ב תמוז תשפ"א, 22 יוני 2021, בהעדר הצדדים.