



## ת"פ 73824/12/18 - מדינת ישראל נגד עמנואל לומבוי

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 73824-12-18 מדינת ישראל נ' לומבוי

לפני כבוד השופט איתן קורנהאוזר  
המאשימה:  
מדינת ישראל  
באמצעות ב"כ עו"ד אסף כרמונה  
נגד  
עמנואל לומבוי  
הנאשם:  
באמצעות ב"כ עו"ד נועה מישור

### החלטה

בקשה לביטול כתב אישום בשל טענת הגנה מן הצדק, לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב - 1982 (להלן: "חסד"פ").

### רקע וטיעוני הצדדים

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת גניבה בידי עובד לפי סעיף 391 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין").

בהתאם לעובדות כתב האישום, הנאשם עבד כעובד ניקיון במסעדה. בתאריך 29.07.2018 לקח הנאשם מעטפה בה סכום כסף מזומן בסך 15,900 ₪ אשר נשכחה על דלפק במקום, ועזב את המסעדה כשהמעטפה ברשותו. לבסוף,

עמוד 1

הושב הכסף למעביד באמצעות חברו של הנאשם.

2. ב"כ הנאשם טענה לאכיפה בררנית, ופירטה כי תיקים רבים שנסיבותיהם אף חמורות מהמקרה הנדון, הסתיימו בהליך של הסדר מותנה. בטיעוניה, הדגישה כי נסיבות המקרה אינן חמורות, כגון היעדר תכנון מוקדם, חוסר ידיעה לגבי סכום הכסף שבמעטפה והשבת כל הסכום במהלך היום בו נגנב. בנוסף, הפנתה לנסיבותיו האישיות של הנאשם, מבקש מקלט בישראל אשר, לטענתה, השפעת הליך פלילי עליו היא דרמטית ביחס לאזרח מהשורה. על מנת לבסס טיעון זה, צירפה ב"כ הנאשם את המסמכים הבאים:

- אישור לפיו הנאשם הגיש בקשה לקבלת מקלט בישראל ביום 18.6.2018, אשר עדיין נמצאת בטיפול. הסיבה לבקשת המקלט, כך טענה, היא רדיפת הנאשם בארץ מוצאו, אוגנדה, בשל נטייתו המינית.
- עותק החוק באוגנדה, לפיו העונש בגין קיום יחסי מין הומוסקסואליים הוא מאסר עולם וכן כתבה מהעיתונות לפיה בכוונת ראש ממשלת אוגנדה ליזום עונש מוות בגין יחסים הומוסקסואליים.
- העתק נוהל הוצאת צווי משמורת ברשות האוכלוסין וההגירה, המתייחס לנתין זר השוהה בישראל ברשיון ישיבה זמני ומעורב בפלילים. הנוהל קובע כי יש לבחון ביטול רשיון הישיבה תוך עריכת שימוע ולאחר שהתקבל כל החומר מהמשטרה בעניינו.

לטענת ב"כ הנאשם, די בכך שהצביעה על מקרים דומים ואף חמורים יותר, אשר הסתיימו בהליך של הסדר מותנה, על מנת לבסס את טענת האכיפה הבררנית.

3. ב"כ המאשימה טען כי על אף שהבקשה הוגדרה על ידי ב"כ הנאשם כטענת אכיפה בררנית, במהותה מדובר בתקיפת סבירות החלטת המאשימה. לעניין זה, טען כי בהתאם לרע"פ בעניינו של רותם אין מקום לעשות שימוש בכלי הביקורת כנגד סבירות החלטת המאשימה. אשר לטענת ההגנה מן הצדק, הפנה ב"כ המאשימה לכך שיוחסה לנאשם עבירת פשע אשר אינה נכללת במסגרת הליך ההסדר המותנה, ואף ככל שעלה בידי ב"כ הנאשם להציג מקרים הוחלט על הסדר מותנה - הרי שאלה אינם מאפיינים את מדיניות התביעה ומהווים "טיפה בים". לטענתו, עיון במקרים שהוצגו מעלה כי סכום הגניבה היה נמוך באופן משמעותי ביחס למקרה הנדון ואין להשוותו לאותם מקרים.

## דין והכרעה

4. ב"כ הנאשם טענה לאכיפה בררנית, נימקה את טענתה בהתאם, ולכן כך יש להתייחס לטענת ההגנה ולבחון אותה.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק, נקלטה במשפט הפלילי בישראל תחילה דרך פסיקת בית המשפט העליון, ובהמשך עוגנה בחקיקה בסעיף 149(10) לחסד"פ. אחת הטענות המצדיקות את קיומה של הגנה מן הצדק היא טענת אכיפה בררנית אשר הוגדרה באופן הבא: **"אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או**



בין מצבים דומים להשגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (בג"ץ 6396/96 סימונה זקין ואח' נ' ראש עיריית ב"ש ואח', נ"ג (3) 289 (1999)). התנאי הבסיסי לבחינת טענה זו הוא הצורך בקביעת קבוצת השווים עמן נמנה טוען הטענה, צורך שעלה שוב ושוב בפסיקה (ע"פ 8551/11 יצחק כהן סלכדי נ' מדינת ישראל (12.8.12); ע"פ 7659/15 הרוש נ' מדינת ישראל (20.4.16)). הפסיקה הכירה בקיומה של אכיפה בררנית פסולה, אף מבלי לעמוד על דרישת כוונה רעה או מניע פסול. לצד זאת, נקבע כי במקרים בהם אין מדובר בכוונת זדון או בהחלטות שהתקבלו מתוך מניעים פסולים, תופעל דוקטרינה זו רק במקרים חריגים ויוצאי דופן אשר עוסקים באפליה משמעותית הפוגעת בעקרונות של צדק והגינות משפטית (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' יוסף ורדי (31.10.18)). על מנת לבסס את טענת האכיפה הבררנית, על טוען הטענה לעמוד בנטל הוכחה ראשוני, בראיות, זאת נוכח חזקת התקינות המנהלית העומדת למאשימה (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (להלן: "ענין פרץ"), פסקה 38 בפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן (10.9.13)). אשר להיקף הראיות הנדרש, נקבע באותו עניין ברוב דעות (כבוד הנשיא גרוניס וכבוד השופט ג'ובראן), כי "על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (פסקה 4 בפסק דינו של כבוד הנשיא גרוניס). ככל שיעלה בידי טוען הטענה להרים את הנטל הראשוני הרובץ עליו, על ידי המצאת ראיות המבססות לכאורה את טענתו לאכיפה בררנית, יעבור הנטל אל כתפי המאשימה לסתור את הטענה.

5. בחינת המקרה הנדון, מעלה כי העבירה המיוחסת לנאשם אינה עומד בתנאי הוראות החוק לבחינת הסדר מותנה: אין מדובר בסוג עבירה בגינה רשאי תובע לסגור תיק בהסדר (סעיף 67א(ג) לחסד"פ), וכן עמדת התובע במקרה זה למאסר אינה מאפשרת זאת (סעיף 67א(ד)(1) לחסד"פ ועמדת המאשימה בכתב האישום).

6. ב"כ הנאשם הציגה טבלה (ט/1) המכילה תמצית של חמישה עשר מקרים אשר הסתיימו בהליך של הסדר מותנה. בכל אותם מקרים, מדובר בעבירות מסוג עוון ולא בעבירת הפשע שיוחסה לנאשם במקרה הנדון. ב"כ הנאשם טענה, כי ניתן ללמוד מתיאור עובדות אותם מקרים שהם מבססים את אותה עבירת פשע אשר יוחסה לנאשם, הן באופי היחסים של עובד-מעביד והן בשווי הגניבה העולה על 1,000 ₪ (הסכום הקבוע בהוראת סעיף 391 לחוק העונשין ומהווה תנאי מצטבר לגניבה בידי עובד ממעביד).

עיון בתיאור העובדות המפורטות בטבלה, מעלה כי בחלק מהמקרים כלל לא פורט שווי הגניבה, במקרים אחרים מדובר בסכום העולה על 1,000 ₪ במצטבר אך לא באירוע מסוים בו הגניבה עולה על סכום זה, ובמקרים אחרים קשה ללמוד על עבירת גניבה שבוצעה מ"מעביד". לא ניתן לקבל את טיעון ב"כ הנאשם, שאינו נסמך על דבר מלבד השערתה חסרת הביסוס, כי ניתן ללמוד על שווי הגניבה מגובה הפיצוי שנקבע בתנאי ההסדר. אף במקרים בהם צוינה גניבה ממעביד בסכום העולה על 1,000 ₪ במהלך אירוע מסוים, מדובר בנסיבות שאינן דומות לנסיבות המקרה שלפניי המתאפיינות בגניבת סכום כסף משמעותי. על מנת ללמוד על השווי בין מקרים אלה לבין המקרה הנדון, אפרט את כל אותם מקרים שהוצגו ובהם התייחסות לגניבה ממעביד בשווי העולה על 1,000 ₪ באירוע מסוים, לרבות מקרים המעלים קושי מסוים נוסף:

- בתיק 8122/15, מדובר היה בגניבת המחאה, חסרת כל שווי בעת הגניבה, ובניסיון קבלת דבר במרמה באמצעותה דרך זיוף ההמחאה לסכום של 5,146 ש"ח.

- בתיק 1/17, מדובר בשליח אשר גנב חבילה ובה אבני חן בשווי של כ- 5,000 ₪. הנאשם השיב



לבסוף את הרכוש למשטרה. מהמפורט בטבלה לא ברור קיומם של יחסי עובד מעביד בין הנאשם לבין בעל הרכוש או קבלת החזקה בחבילה על ידי מעבידו בטרם נגנבה על ידו.

- בתיק 32572/18, מדובר בגניבה בידי עובד של בשר בשווי של כ- 10,000 ₪.

- בתיק 416632/17, מדובר בשני מקרים של גניבת מוצרי מזון על ידי סייעת בגן ילדים בשווי כולל של כ- 2,500 ₪. במסגרת נימוקי ההסדר המותנה עלה מצב כלכלי קשה מאוד, מצב רפואי קשה של בן משפחה ומחסור במזון.

- בתיק 82830/18, מדובר בגניבת חלקי ציוד מעבדת מכשירים סלולאריים בשווי כולל של כ- 1,400 ₪.

- בתיק 130663/19, מדובר בגניבה בסך של כ- 1,500 ₪ על ידי עוזרת בפעוטון ממנהלת המקום.

בהתאם לאמור לעיל, הוצגו למעשה ארבעה מקרים בלבד (האחרונים שפורטו) בהם מדובר באופן ברור בגניבה ממעביד בשווי העולה על 1,000 ש"ח, אותם ניתן להשוות למקרה הנדון: שלושה מקרים בהם שווי הגניבה נע בין 1,000 ל- 2,000 ₪ ומקרה בו נגנב בשר בשווי של כ- 10,000 ₪. לא ברור מפרוט העובדות בטבלה שהוגשה, מדוע בחרה המאשימה לייחס בגין מקרים אלה עבירת גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין, עבירה מסוג עוון. יחד עם זאת, אף אם לא התעורר קושי ראיתי לגבי אחד מיסודות העבירה באותם מקרים, הרי שקשה להתייחס למקרים בהם שווי הגניבה לא עלה על 2,000 ₪ כאל המקרה הנדון בו מדובר בגניבת סכום כסף משמעותי של 15,900 ₪.

המקרה היחיד שהוצג, המתקרב בחומרת נסיבותיו למקרה הנדון מבחינת ערך הגניבה המהווה את אחד מיסודות העבירה, גניבת בשר בשווי של כ- 10,000 ₪, אינו מספק על מנת להעביר את הנטל אל המאשימה. מקרה זה אינו מבסס ברף הנדרש, הוכחה להתנהלות שונה מצד המאשימה לאורך זמן ובאופן שיטתי, בוודאי כאשר אין מדובר בעבירה יוצאת דופן הנדונה לעיתים נדירות בבתי המשפט.

7. לנוכח העובדה שלא עלה בידי ב"כ הנאשם לבסס את טיעוניה לאכיפה בדרגות הראיות, הרי שסוגיות השבת הסכום שנגנב וכן נסיבותיו האישיות של הנאשם אינן צריכות להיבחן במסגרת החלטה זו. נסיבות אלה אינן בעלות השפעה על טענת ההגנה מן הצדק, כאשר לא הוצגה תשתית ראיתית הנדרשת לביסוס קבוצת השוויון לגביה נהגה המאשימה, כך נטען, באופן שונה.

בבחינת למעלה מהצורך, אציין כי ב"כ הנאשם לא נימקה ולא ביססה את טענתה לגבי "סיכון מוגבר" להרחקת הנאשם מהארץ ככל שיוּרשע בדין פלילי, לעומת סיום עניינו בהליך של הסדר מותנה. כפי שציננה בטיעוניה, מדובר בהפעלת שיקול דעת במסגרת שימוע על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, הנוגעת לנתין זר "המעורב בפלילים". הפעלת שיקול הדעת מתבצעת רק לאחר קבלת כל החומר מהמשטרה וכן עריכת שימוע. לא ברור מדוע סבורה ב"כ הנאשם כי מקבל ההחלטה צפוי לתת משקל "דרמטי", כדבריה, לשאלה אם הנאשם הודה, באותן עובדות, במסגרת של הליך הסדר או במסגרת של הליך פלילי. עוד יוער, כי אף החלטה זו של מקבל ההחלטה, המצויה במתחם שיקול דעתו, נתונה לבחינה ולביקורת של ערכאות משפטיות.



לאור כל האמור לעיל, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, י"ז סיוון תש"פ, 09 יוני 2020, במעמד הצדדים.