



ע"פ 53274/03/16 - מדינת ישראל נגד שי אחיקם ירד

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 53274-03-16 מדינת ישראל נ' ירד

לפני: כב' הנשיא אברהם טל - אב"ד

כב' השופטת זהבה בוסתן

כב' השופטת דנה מרשק מרום

המעוררת מדינת ישראל

נגד

המשיב שי אחיקם ירד

פסק דין

1. לפנינו ערעור המדינה על הכרעת-דינו של בית-משפט השלום בכפר-סבא בת.פ. 50994-06-11 מיום 9.2.16, לפיה זוכה המשיב מעבירה לפי סעיף 27(א)(2) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה - 2005 [להלן: "**חוק ההתנתקות**"] שיוחסה לו בשני האישומים בכתב האישום.
2. בית-משפט קמא לא קיבל את עמדת המשיב וקבע שביצע את המעשים המיוחסים לו והתקיימו יסודות העבירה בה הואשם, אך קיבל את טענתו בכל הנוגע ל"אכיפה בדרנית", ומטעם זה הורה על זיכוי.

ההליך לפני בית-משפט קמא

3. כתב-האישום שהוגש כנגד המשיב ביוני 2011 ייחס לו שהייה בימים 22.1.10 ו-9.9.10 ביישוב חומש, שמצוי בתחום השטח שפונה במסגרת תכנית ההתנתקות, ואשר הכניסה והשהייה בו נאסרה על-פי חוק ההתנתקות.
4. בחקירותיו המשטרה, המשיב סירב לענות לשאלות וטען כי מדובר ב"חקירה פוליטית".
5. ביום 7.2.12 הותלו ההליכים לצורך איתור המשיב, והם חודשו ב - 12.5.2012. המשיב סירב להיות מיוצג על-ידי עורכת-דין מהסניגוריה הציבורית, וביום 16.1.13 הודיע כי הוא מעונין לייצג את עצמו. בתשובה לכתב-האישום הבהיר המשיב כי הוא אינו מודה באמור בכתב-האישום, לא היה בחומש במועדים המפורטים בכתב-האישום והמקום בו נתפס על-ידי השוטרים אינו ביישוב חומש.



6. המשיב ייצג את עצמו במהלך שמיעת עדויות של 3 עדי תביעה (כאשר לישיבה אחת לא התייצב) ובתום הדיון ביום 17.2.14 ביקש המשיב ייצוג של הסניגוריה הציבורית.

7. ביום 12.10.14 הגיש המשיב, באמצעות בא-כוחו שמונה לו מטעם הסניגוריה הציבורית, בקשה לקבלת חומר חקירה, הכולל רשימת וכתבי האישום שהוגשו על-ידי התביעה נגד נאשמים אחרים בעבירה על פי חוק ההתנתקות בה הואשם המשיב בין השנים 2010 - 2014; רשימת התיקים שנסגרו לנאשמים בביצוע אותה עבירה; מדיניות התביעה הכללית באשר להעמדתם לדין של אזרחים ישראלים, ערבים ויהודים, בגין כניסה לשטחי A ברשות הפלסטינית, דהיינו, לא לפי חוק ההתנתקות, אלא לפי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום) [להלן: "תקנות ההגנה"], שעניינה "שטחים סגורים".

ביום 16.2.15 נעתר בית-משפט קמא לבקשת המשיב, הורה על העמדת החומר לעיונו וכן הורה על זימון היועץ המשפטי באיו"ש למתן עדות מטעם ההגנה. המדינה ערערה על החלטה זו, אך חזרה בה, ולמשיב הועברו הנתונים שביקש.

הכרעת-הדין של בית-משפט קמא

8. התקיימו במשיב היסודות העובדתיים והנפשיים בכל הנוגע למיוחס לו בכתב-האישום, שהוכחו מעבר לכל ספק סביר.

9. בית-משפט קמא לא נתן אמון בעדות המשיב, פירט את התנהלותו במהלך ביצוע העבירות ובחקירות וציין, כי הוא השתכנע שהמשיב, שהודה כי שהה בקרבת הישוב חומש, ידע היטב שהוא מצוי בתחום האסור בכניסה.

10. טענת המשיב התייחסה לאכיפה בררנית מפלה באופן עקרוני בין המשיב לערבים ישראלים הנכנסים לכלל האיזורים, הן השטח המפונה (המצוי בשטח C), והן שטח A ולאכיפה בררנית ביחס למתיישבים יהודים אחרים השוהים בחומש מזה כשלוש שנים, ולא הוגש נגדם כתב-אישום.

11. בכל הנוגע למדיניות אכיפת חוק, הסתמך בית-משפט קמא על עדויותיהם של עד התביעה רס"ב אלכס נוביקוב ועד ההגנה אל"מ דורון בן ברק, היועמ"ש באיזור יהודה ושומרון בפרקליטות הצבאית.

בית משפט קמא התייחס לריכוז הנתונים שהציגה המאשימה לגבי מספר התיקים שנסגרו בגין עבירה על חוק ההתנתקות וכתבי האישום שהוגשו, ובנוסף לתיקים שנפתחו בגין סעיף 27 לחוק ההתנתקות אל מול תקנה 125 לתקנות ההגנה.

12. מעדותו של רס"ב נוביקוב, שגבה את הודעות המשיב עולה, כי מושקעות פעולות אכיפה רבות בחומש



מצד כוחות הבטחון, אך מנסיונו - בסופו של יום התיקים נסגרים ולא מוגשים בהם כתבי-אישום.

13. בית-משפט התייחס לעדותו של היועמ"ש אל"מ דורון בן-ברק לפיה, אלוף פיקוד מרכז הוא הממלא את מקום הריבון באזור הנמצא בתפיסה צבאית. העד פירט את ההבדלים בין שטחי A - C, כאשר חומש נמצא באיזור C, וכן אמר כי בעקבות האינתיפאדה השניה הוחלט לאסור בצו של המפקד הצבאי על כניסה לשטח A אלא בהיתר.

בית-משפט קמא ציטט מדברי העד לפיהם, בשל המציאות הצבאית והבטחונית באיזורי A ו- C, הסיכון הנשקף לערביי ישראל הנכנס לשטח A נמוך משמעותית מהסיכון לישראלי יהודי, ועל כן קיים שוני באכיפת החוק בכל הנוגע לישראלים יהודים ולישראלים ערביים. קיים טעם ענייני ומוצדק באבחנה זו, שמוצא את ביטוי באכיפה מוגברת כלפי יהודים המפרים את איסורי הכניסה לשטחים אלו.

העד מנה טעמים נוספים לשוני במדיניות האכיפה, ובכללם את האינטרס הישראלי בשמירה על יציבות כלכלית בתחומי הרשות הפלסטינית באופן המצריך סיוע לסחר נוח בינם לבין ערביי ישראל, ביקורי משפחות, נישואין בין ערביי ישראל לאוכלוסייה הפלסטינית, והגנה על קניין הפרט - מקום בו הישוב חומש הוקם על אדמות פלסטיניות פרטיות מוסדרות, בצו תפיסה צבאי, בניגוד לישובים שהוקמו על אדמות מדינה או רכוש ממשלתי.

הגם שלא היו בידי העד נתונים רשמיים, הוא מסר כי כניסתם של ערביי ישראל ללא היתר לשטחי A נאמד במאות מדי יום, במקומות בהם אין בקרה מאוישת. לטענתו, גם אם היה במקום מחסום מאויש, היו ערביי ישראל זוכים בהיתרים בעוד שיהודים לא היו מקבלים היתרים.

העד התייחס, בנוסף, למדיניות האכיפה המשתנה בהתאם לזמן ולנסיבות, להעדר אכיפה כלפי קבוצות מסוימות בחומש, ולצורך למנוע הגעת ישראלים לשטח C.

14. בית-משפט קמא הגיע למסקנה כי "עולה בבירור כי מדובר באכיפה בררנית מובהקת מצד הרשות בכל הנוגע למדיניות הקבועה ליישום החוק" (עמ' 13 להכרעת-הדין, בסעיף ד'). צוין, כי החוק עצמו אינו מבחין בין תושביה הערבים לתושביה היהודים של המדינה, וכי שלטי האזהרה המפוזרים בכניסה לשטח A כוללים במפורש כיתוב בשפה העברית והערבית. חרף האמור, נציג רשות אכיפת החוק באיו"ש אשר בעדותו "בפה מלא" כי קיימת אבחנה באכיפה כלפי יהודים וערבים תושבי ישראל לעניין כניסה למקומות אסורים על-פי החוק (לשטח C ובבחינת קל וחומר לשטח A). חרף קיומו של מנגנון לפיו נדרשים היתרים להיכנס לשטח האסור, קיים "איון בפועל" של הצורך בקבלת היתרים על-ידי אזרחים ערבים, הנכנסים באורח חופשי ונטול בקרה, לעומת אזרחים יהודים, לגביהם קיים איסור גורף



בכניסה לשטחים האסורים אלא אם יצטיידו בהיתרים מתאימים.

לגישת בית-משפט קמא, "הבחנה זו היא בבחינת פגם במדיניות אכיפת אזורי הכניסה לאזורים הרלוונטיים - היא אינה ראויה, אינה מוצדקת ויש בה פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות" (עמ' 15).

השיקולים הביטחוניים והכלכליים אינם יכולים להצדיק קביעת רף שונה של העמדה לדין בין יהודי לערבי.

15. באשר לשאלה בדבר אכיפה בדרגות בין המשיב ליהודים אחרים קבע בית-משפט קמא, כי לא הובאו בפניו ראיות שדי בהן כדי להכריע בה.

16. בית-משפט קמא מסיים את הכרעת-הדין באמירה, כי מנגנון הפיקוח על הנכנסים לשטח האזור חייב להיות במתן היתרים למבקשים להיכנס, ולא בהבחנה פסולה הנסמכת על שיקולים של לאום או דת. "משכך, מדיניות אכיפה לא שוויונית שהביאה לאבחנה גורפת בין הנאשם היהודי לערביי ישראל והעמדתו לדין - הינה פסולה, מקוממת ומצדיקה את זיכוי הנאשם מהמיוחס לו בכתב האישום" (עמ' 17, בסוף הכרעת-הדין).

טענות ב"כ המערער

17. בפני בית-משפט קמא לא הובאה כל ראיה, ואף לא ראשית ראיה, בדבר "התנהגות שערורייתית" של התביעה, או ראיות לפעולת הרשות שלא בתום לב, שלא בסבירות ושלא בעקבות הפעלת שיקול-דעת. על כן, ברור שהמקרה דנן אינו מתאים להיכנס לד' אמותיה של טענת האכיפה הבררנית.

18. בית-משפט קמא לא נתן משקל לעובדה, שבניגוד לטענת ההגנה, הוכח כי בין השנים 2010 - 2014 הוגשו לפחות 25 כתבי-אישום בעבירה זוהי לפי חוק ההתנתקות.

19. ההגנה לא הציגה ולו בדל של ראיה לתמיכה בטענה לפיה, לו היה המשיב ערבי-ישראלי, לא היה מוגש נגדו כתב-אישום. לא נשמעה עדות אחת לפני בית-משפט קמא ממנה ניתן היה להסיק, כי אילו היה אזרח ערבי-ישראלי נכנס ושוהה בשטח מפונה, האסור לכניסה לפי חוק ההתנתקות, במיוחד לאחר שנחקר פעם אחת והוזהר - לא היה מוגש נגדו כתב-אישום. מטבע הדברים, הכניסה לשטחים שפזנו במסגרת ההתנתקות נעשית ככלל על-ידי אזרחים ישראלים-יהודים על רקע אידאולוגי. מציאות זו מוכיחה, כי אין כל אפליה מצד הרשות, אלא העובדה הפשוטה היא שלערכים ישראלים אין כל אינטרס להיכנס לשטחים אלה.

20. בית-משפט קמא שגה בכך שביקש להשוות בין עניינו של המשיב, המואשם לפי עבירה קונקרטית בחוק



ההתנתקות, לבין עניין אחר עליו חולשת מערכת נורמטיבית אחרת, כללית, בדמות תקנות ההגנה. בית-משפט קמא נתפס לכלל שגגה, כשביקש להשוות בין שתי הוראות חוק שונות.

זו הטעות המרכזית בהכרעת-הדין, אשר הובילה לקביעות לא מבוססות ולמסקנתו הסופית של בית-משפט קמא.

21. אחת ממטרות החוק היא פינוי המכוון כלפי ישובים יהודיים והצורך הקונקרטי באיסור פלילי על כניסה לשטחים אלו דווקא. בניגוד לחוק ההתנתקות, תקנות ההגנה אינן כוללות "סעיף מטרה" והמחוקק לא מצא לנכון להגדיר במסגרתן את השטחים האסורים.

תקנה 125 לתקנות ההגנה היא תקנה כללית, המפנה לסמכותו של "מפקד צבאי" להכריז בצו על מקום כ"שטח סגור", כאשר מי שנכנס לשטח הסגור המוגדר מבצע עבירה.

אין להשוות, לכן, בין סמכות הממשלה לבין סמכות המפקד הצבאי.

סעיף 27 לחוק ההתנתקות מתייחס לכניסת "אזרחים ישראלים", בעוד תקנה 125 לתקנות ההגנה מתייחסת ל"כל אדם".

22. בית-משפט קמא שגה בבסיס הכרעת-דינו, כשביקש להכריע בשאלה כיצד נוהגת הרשות באזרחים ערבים הנכנסים לשטח A, משום ששאלה זו לחלוטין אינה רלבנטית לעניינו של המשיב, המואשם בעבירה אחרת.

23. בית-משפט קמא לא נתן כל משקל לעובדה, כי בהתאם לנתונים שהציגה המאשימה, מוגשים כתבי-אישום גם בגין כניסה לשטח A. כמו-כן הוא שגה בפרשנות עדותו של יועמ"ש האזור, ממנה עלה כי בפועל אין כל אפליה בין יהודים וערבים בנושא הכניסה לשטח A. התופעה של אזרחים ערבים הנכנסים ללא היתר לשטח A אינה פרי מדיניות מכוונת, כי אם תוצאה של העדר איש רבים ממחסומי הכניסה לשטחי A.

24. מעדותו של אל"מ בן-ברק עולה, כי התביעה מפעילה שיקולים ענייניים במסגרת העניין הציבורי שבהעמדה לדין. שיקולים אלה כוללים את ההערכה שהסיכון הביטחוני הנשקף לערבים ישראלים הנכנסים לשטח A נמוך משמעותית מזה הנשקף לאזרחים ישראלים, איחוד משפחות ואינטרס בטחוני בשיתוף פעולה כלכלי בין ערבים ישראלים לפלסטינים. בכל מקרה בו קיים אינטרס ציבורי בהעמדה לדין, כמו במקרה בו חשוד מבצע עבירות נוספות, הרי שיוגש כתב-אישום גם נגד אזרחי ישראל ערבי.

25. בית-משפט קמא שגה בקביעתו כי קיים פגם במדיניות האכיפה באזורי הכניסה לשטח A, וכי יש איון בפועל של הצורך בקבלת היתרים על-ידי אזרחים ערבים.



לא היה מקום לבחון את מדיניות מתן ההיתרים לכניסה לשטח A במסגרת הליך פלילי, במיוחד בשעה שעסקין בעבירה של כניסה לשטח המפונה לפי חוק ההתנתקות, שלא רלוונטית לשטחי A. שאלת מתן ההיתרים, על כל הכרוך בה, מצויה הרחק מגבולות הדיון המשפטי הרלבנטי למשיב.

26. בית-משפט קמא לא נתן דעתו למשמעות מרחיקת הלכת של הכרעת-הדין, אשר למעשה מבטלת את הוראת סעיף 27 לחוק ההתנתקות. זיכוי של המשיב עלול לעודד את אותם גורמים אידאולוגיים המעוניינים לשוב לשטח המפונה בניגוד לקביעת המחוקק.

27. בית-משפט קמא לא התייחס לנסיבותיו של המשיב שדן בשאלת האכיפה הבררנית, כאשר עסקין במי שנתפס בשטח המפונה, נחקר תחת אזהרה ושב וביצע את העבירה. עוד הוברר, כי הוגש כנגד המשיב כתב-אישום נוסף בגין עבירה זהה.

28. בית-משפט קמא שגה גם בקביעתו, לפיה הסעד לו ראוי המשיב, אפילו בהנחה שמתקיימת אותה אכיפה בררנית, היא בזיכוי. הסעד המתבקש חייב להיות בהלימה לחומרת הפגם שהתגלה בהתנהלות הרשות, ובעניינו של המשיב עוצמתה נמוכה עד מאד. ראוי היה לשקול, אם בכלל, הקלה מסוימת בעונש אך כפי שעולה מהכרעת-הדין, בית-משפט קמא לא דן בשאלת הסעד הראוי.

טענות ב"כ המשיב

29. בית-משפט קמא ביסס את מסקנתו הנורמטיבית בעיקר על עדותו של היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, לפיה: א. חוק ההתנתקות אוסר על אזרחי המדינה להיכנס ללא היתר לאזור צפון השומרון, המוגדר על-פי הסכמי אוסלו כשטח C, ומצוי בשליטה מלאה של ישראל; ב. תקנות ההגנה אוסרות על אזרחי המדינה להיכנס ללא היתר לכל האזורים המוגדרים על-פי הסכמי אוסלו כשטח A, שהם שטחים המצויים בשליטה בטחונית ואזרחית מלאה של הרשות הפלסטינית; ג. בפועל, ערבים אזרחי ישראל נכנסים באורח חופשי וללא בקרה לשטחי A ו-C; ד. יהודים ישראלים עומדים לדין על כניסה לאזורים המצויים בשטחי A ו-C, אך הרשויות מתעלמות פעמים רבות מכניסת יהודים ישראלים לשטחי A, חרף העובדה שעברו עבירה; ה. ערבים ישראלים יעמדו לדין בגין הכניסה לאזורים האסורים אך ורק אם ביצעו עבירה נלווית.

30. בית-משפט קמא צדק בקביעותו מאחר והוכח, כי מדינת ישראל והרשויות אוכפות את האיסורים הרלבנטיים הקבועים בחוק ובתקנות ההגנה על יהודים בלבד, וגם זאת באופן סלקטיבי ושרירותי.

31. קיימת זיקה ברורה בין האיסור לכניסה לשטחי A לבין הכניסה לאזור צפון השומרון המצוי בשטח C, וקיים קושי מעשי לבצע את ההפרדה הגיאוגרפית בין השטחים.



32. הכניסה לחומש, אף אם היא בחוק אחר נאסרה, אינה בבחינת עבירת *mala in se*, ואינה מגלמת בחובה פסול מוסרי אינהרנטי.

הטעמים העומדים בבסיס הוראות חוק ההתנתקות ותקנות ההגנה זהים (כפי שעלה מהעדויות שהובאו לפני בית-משפט קמא), והם הצורך להגן על חייהם של אזרחים מצד פלסטינים, תלונות של תושבים פלסטינים על כך שיהודים שנכנסים לאזור מציקים להם והצורך הכללי בשמירה על החוק.

יתרה מכך, עבירה לפי סעיף 27 לחוק ההתנתקות היא עבירה קלה יותר, היות ומי שמבצע עבירה לפי תקנה 125 לתקנות ההגנה נכנס ללא היתר לשטח שאינו מצוי בשליטה ישראלית.

33. מהעדויות עולה באופן ברור, כי לו המשיב היה ערבי ישראלי, לא היה מוגש נגדו כתב-אישום. כך הם פני הדברים גם אם היה נכנס לשטח A, המסוכן בהרבה מאזור חומש עבור אזרח ישראלי.

34. העובדה שהוגשו כתבי-אישום כנגד אזרחים יהודים בגין כניסה לחומש אינה שוללת את הטענה כי הגשת כתב-האישום כנגד המשיב נעשתה בשרירותיות, שכן המציאות בשטח מלמדת כי רבים אחרים אינם עומדים לדין, ללא הסבר.

35. אזרחים יהודים רבים נכנסים לשטחי A ללא היתר מבלי שמוגש כנגדם כתב-אישום, בעוד שכנגד המשיב ננקט הליך בעבירה דומה עד מאד ולמעשה קלה יותר.

36. קיימת מדיניות של איפה ואיפה באופן מעשי בין יהודים וערבים ישראליים, נוכח שיקולים "פרקטיים" - בטחוניים וכלכליים - שאין להם מקום, ואין ליתן יד למדיניות זו, המהווה אכיפה סלקטיבית ברורה ושערורייתית.

37. הדרך היחידה להתגבר על אפלייתו של המשיב ועל העובדה שהועמד לדין אך משום שהוא יהודי היא באמצעות זיכוי, כפי שעשה בית-משפט קמא.

דין והכרעה

38. לאחר שעיינו בהכרעת-הדין של בית-משפט קמא, בעדויות שהובאו לפנינו ושמענו טיעוני ב"כ הצדדים שוכנענו, כי דין הערעור להתקבל.

חוק ההתנתקות לעומת תקנות ההגנה



39. כפי שנטען על-ידי ב"כ המערערת, נראה כי בית-משפט קמא נפל לכלל שגגה, כשבמרכז הכרעת-הדין מצויה השוואה בין שני דברי חקיקה, ולא ברור מדוע בית-משפט קמא נזקק להשוואה זו לצורך הכרעה בטענת אכיפה בררנית שהועלתה על-ידי ב"כ המשיב.

40. אמנם, שני מקורות החקיקה הרלבנטיים עניינם בעבירה שבבסיס היסוד העובדתי שלה עומדת "שהייה" של אדם בשטח שהכניסה אליו אסורה. אולם, בכך תם הדמיון בין השניים.

41. על-פי חוק ההתנתקות, השהייה בחומש, שהוא אחד הישובים שפונה במהלך תכנית ההתנתקות בשנת 2005, הוגבלה, ונקבעה הוראה עונשית לפיה מי שנכנס לחומש ללא היתר לפני הפינוי ולאחריו דינו מאסר שנתיים, בזו הלשון:

"27. (א) אלה דינם מאסר שנתיים -

(1) ישראלי הנכנס לשטח מפונה שהכניסה אליו הוגבלה בצו לפי סעיף 22(ב) או השווה בו בלא היתר או שלא בהתאם לתנאיו, בניגוד להוראות סעיף 23;

(2) ישראלי הנכנס לשטח מפונה אחרי יום הפינוי שנקבע בצו לפי סעיף 22(ב) או השווה בו בלא היתר או שלא בהתאם לתנאיו, בניגוד להוראות סעיף 24."

המשיב הועמד לדין בגין ביצוע עבירה לפי סעיף 27(א)(2) לחוק ההתנתקות, ובית-משפט קמא מצא שהמשיב ביצע עבירה של שהייה בישוב חומש ללא היתר, במהלך שנת 2010, בשתי הזדמנויות, כמפורט בכתב-האישום.

42. עיון בסעיף 1 לחוק ההתנתקות, שעניינו "מטרת החוק", וכן בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעות החוק - הממשלה 130, י"ב בחשון, התשס"ה, 27.10.2004, עמ' 2) מעלה, כי בהתאם להחלטת הממשלה שעניינה תכנית ההתנתקות (אשר התקבלה ביוני 2004), מטרת חוק ההתנתקות הן להסדיר בחקיקה את הפינוי של הישראלים ונכסיהם מחבל עזה ומשטח בצפון השומרון, לאחר שיוחלט על הפינוי, מתן פיצוי הוגן וראוי לזכאים, וכן סיוע לזכאים בתהליך הפינוי וההתארגנות להמשך חייהם מחוץ לשטח המפונה.

כחלק מההסדר החקיקתי נקבעו, בין השאר, עבירות מיוחדות לענין כניסה לשטח ושהייה בו, בניגוד להוראות החוק עד הפינוי ולאחריו, וכן השוואה בין תקיפת איש כוחות הבטחון או אדם אחר הפועל לפי החוק לתקיפת שוטר (ראו בעמ' 12 לדברי ההסבר).



43. ענייננו, אם כן, בחוק מיוחד, אשר קבע הסדרים מקיפים בפן האזרחי ובפן הפלילי, שתכליתו יישום החלטת הממשלה כדי להבטיח ביצוע של תכנית ההתנתקות, גם לאחר הפינוי של ישובים יהודים.

44. בניגוד למסגרת התחומה והברורה והמטרה הייחודית המצויות בחוק ההתנתקות, תקנות ההגנה הן תקנות כלליות, אשר הוצאו מכוח סעיף 6 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה) 1937, המשיכו לעמוד בתוקפן עם הקמת המדינה מכוח הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948, ונותרו בתוקפם גם אחרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סקירתו של הנשיא (כתוארו אז) ברק בבג"צ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי ואח' נגד ממשלת ישראל ואח', פ"ד נט(2) 876 [2005], בעמ' 884 - 885).

45. תקנה 125 לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להכריז על שטח כשטח צבאי סגור, וזו לשונה:

"מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על שטח או מקום כל-שהם, כי הם שטח מסוגר לצרכיהם של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך שטח או מקום כלשהם או יוצא מתוכם - במשך תקופה כל-שהיא, שבה עומד בתוקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם - ללא תעודת-היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או בשמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה."

46. תוקפן של תקנות ההגנה עומד בעינו, אך מובנן השתנה עם השנים. לא הרי פירושן של תקנות ההגנה בתקופת המנדט, כהרי פירושן היום, ועל כן נקבע כי תקנות ההגנה יפורשו על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית כפי התפתחותם במשך השנים (שם, בעמ' 885 בפסקה 9).

במרכז הערכים והתכליות המעצבים את פירושן של תקנות ההגנה עומדים שיקולים של בטחון המדינה והסדר הציבורי, ומטרות אלו מונחות גם ביסוד תקנה 125 (שם, בעמ' 886, פסקה 10). עוד יש לזכור, כי תקנות ההגנה מעניקות סמכות ושיקול-דעת למפקד הצבאי, אשר צריכים להיות מופעלים על-פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (שם, עמ' 889, פסקה 13).

47. לאור האמור לעיל, צודק ב"כ המערער בטענה, כי שגה בית-משפט קמא כאשר הוא ביקש להשוות בין שונים. אין דינה של הוראה כללית אודות סמכותו של מפקד צבאי שבבסיסה עומדים שיקולים של בטחון המדינה והסדר הציבורי כדי להורות על שטח סגור, המופנית כלפי "כל אדם", כדין הוראת חוק ספציפית שעניינה הבטחת פינוי שטח מפונה על-פי החלטת ממשלה המופנית ל"ישראלים" בלבד.

על כן, הסוגיה אליה נדרש בית-משפט קמא - כיצד נוהגת הרשות באזרחים ערבים הנכנסים לשטחי A על רקע ההסדר הקבוע בתקנה 125, היא סוגיה לא רלבנטית לענייניו של המשיב, המואשם בעבירה אחרת.



סוגיית האכיפה בראי העדויות

48. בחינת העדויות מחזקת את חוסר היכולת להשוות במדיניות האכיפה הנובעת משתי הוראות החיקוק השונות, ובכל מקרה אינה תומכת, ואף מפריכה, את טענת האכיפה הבררנית בחומש.

49. מירב עדותו של אל"מ דורון בן-ברק התייחסה למצב בשטח A (עמ' 30 - 36 לפרוטוקול).

באשר לחומש המצוי בשטח C- הסביר העד, כי מעבר לתכלית הקיימת בחוק ההתנתקות, הצורך ליישם את החלטת הממשלה, החובה למנוע כניסה לחומש נדרשת גם מהפן של הגנה על קניין הפרט. לדבריו, מירב הנסיונות החוזרים ונשנים לעלות לחומש מונעים מטעמים אידיאולוגיים, והצבא והמשטרה נאלצים להקצות משאבים כדי לפנות את אותם אנשים על רקע הצורך לאכוף את החוק וקיומה של סכנה קונקרטית לבטחונם של אנשים שנכנסים למקום (עמ' 37 - 38 לפרוטוקול ישיבת יום 9.11.15).

50. העד נשאל גם לגבי ציר 60, כשהסניגור העלה לפנינו טענה כי מדיניות האכיפה בציר זה ממחישה את המלאכותיות שבהפרדה בין שטחי A ו- C. העד, אשר הובא כעד הגנה, השיב כי אין לו הכרות עובדתית עם הציר שנמצא בחלק של צפון השומרון, הוא מכיר את ציר 60 כעורק המרכזי של אי"ש שנוסעים בו חופשי, בפרט בקטע בין צומת תפוח ועד חברון, והוא אינו מכיר כל מדיניות הנוגעת לציר זה (עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 25 - 30).

51. לא ברור מדוע בית-המשפט ראה לנכון לקבוע ממצאים בסוגיית האכיפה על סמך עדותו של רס"ב אלכס נוביקוב, שכל שידוע אודותיו הוא, כי גבה את הודעות הנאשם. בחקירה נגדית, הביע העד את התסכול האישי שלו מתת-האכיפה בחומש, כשלגישתו המשטרה משקיעה מאמצים בפינוי, ולדעתו כתבי-אישום אינם מוגשים או התיקים נסגרים (עמ' 16 לפרוטוקול).

52. מכל האמור לעיל עולה כי לא היה כל בסיס משפטי או עובדתי לקבל את הטענה של "אכיפה בררנית" בין אזרחים יהודים לבין אזרחים ערבים, ולקביעה כי קיימת אכיפה בררנית מובהקת מצד הרשות בכל הנוגע למדיניות הקבועה ליישום החוק.

העדר הנמקה לגבי הסעד הראוי

53. מעבר לצורך נציין עוד, כי אנו מקבלים את טענת ב"כ המערערת לפיה, בית-משפט קמא שגה גם בקביעתו, שהסעד לו ראוי המשיב, אפילו בהנחה ומתקיימת אותה אכיפה בררנית, הוא זיכוי. הסעד המתבקש חייב להיות בהלימה לחומרת הפגם שהתגלה בהתנהלות הרשות, וכפי שעולה מהכרעת-הדין, בית-משפט קמא כלל לא דן בשאלת הסעד הראוי.



54. מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק הפסיקית, בית-המשפט אכן רשאי לבטל כתב-אישום כאשר מדובר באכיפה בלתי שוויונית של הדין(ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נגד ד"ר איתמר בורוביץ', פ"ד נט(6) 776 [2005] (להלן: "פרשת בורוביץ"); ע"פ 8204/14 זלום נגד מדינת ישראל [15.4.15] - להלן: **פרשת זלום**, בפסקה 23 וכל פסקי-הדין המצוטטים שם, לרבות בג"צ 6396/96 זקין נגד ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 [1999]).

בפרשת בורוביץ' נקבעה בחינה תלת-שלבית להחלת הטענה של "הגנה מן הצדק":

בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים ועוצמתם;

בשלב השני עליו לבחון האם בקיום ההליך הפלילי יש משום פגיעה בתחושת הצדק וההגנות, כאשר זה השלב שבו בית-המשפט נדרש לאזן בין האינטרסים השונים, תוך נתינת הדעת לנסיבות הקונקרטיות של ההליך שבפניו, לרבות להתנהלות הנאשם:

"בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, לעוצמת הראיות...לנסיבותיהם האישיות של הנאשם וקורבן העבירה...; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי, כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות." (בהמשך סעיף 21 לפסק-הדין).

בשלב השלישי על בית-המשפט לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגיעה באמצעים מתונים או מידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום.

55. יתרה מכך - על כתפיו של הטוען לאכיפה בררנית מוטל נטל הוכחה משמעותי:

"לשם העלאת טענה בדבר 'הגנה מן הצדק', הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מנהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין..." (ע"פ 3215/07 פלוני נגד מדינת ישראל [4.8.08], בפסקה 37).



56. עיון בהכרעת הדין של בית-משפט קמא מעלה, כי לא קיימת ההנמקה הנדרשת בהתחשב במבחן התלת-שלבי ובנטל המוטל על הנאשם, הנמקה שהיא הכרחית במיוחד על רקע מורכבות הסוגיה כפי שעלתה באופן ראשוני בלבד בעדותו של היועמ"ש אל"מ בן-ברק, ומערך השיקולים אותם צריכה המדינה לשקול בהעמדה לדין בעבירות בהן עסקינן.

57. אנו מקבלים את טענת ב"כ המערערת לפיה השימוש בסעד הקיצוני של זיכוי הנאשם לא הוסבר או נומק על-ידי בית-משפט קמא.

גם אם מצליח הטוען לאכיפה בררנית להציג תשתית עובדתית מבוססת (מה שלא אירע בעניינו), הרי שהסעד המבוקש של ביטול כתב-האישום שמור למקרים חריגים מאד, בהם לא ניתן לרפא את הפגם באמצעים מתונים יותר (**ע"פ זלום**, בפסקה 23).

סוף דבר

58. לאור כל האמור לעיל, אנו מקבלים את הערעור.

אין בנתונים המתייחסים לתקנה 125 לתקנות ההגנה רלבנטיות לטענת "אכיפה בררנית" שהועלתה בעניינו של המשיב, אשר הועמד לדין בעבירה לפי חוק ההתנתקות. בנוסף, בית-המשפט לא נימק מדוע הוא נדרש לסעד הקיצוני של ביטול כתב-האישום.

59. בית-משפט קמא קבע, על-פי הראיות שהובאו לפניו, כי המשיב ביצע את המיוחס לו בכתב-האישום, וכפועל יוצא אנו מרשיעים אותו בביצוע שתי עבירות לפי סעיף 27(א)(2) לחוק יישום תכנית ההתקנות, תשס"ה-2005.

התיק יוחזר לבית-משפט קמא לצורך שמיעת טיעונים לעונש וגזירת-דינו של המשיב.

60. המזכירות תעביר את התיק מיידית לבית משפט השלום בכפר סבא על מנת שהמותב שדן בו יקבל ראיות לעונש, במידת בצורך, ישמע טיעונים לעונש ויגזור את דינו של המשיב.

ניתן היום, ט"ז שבט תשע"ז (12 פברואר 2017) במעמד ב"כ הצדדים והמשיב.

דנה מרשק מרום, שופטת

זהבה בוסתן, שופטת

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**