



ת"פ 13077/05/15 - מדינת ישראל - פמ"ד נגד עאמר עזאזמה

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 13077-05-15 מדינת ישראל נ' עזאזמה(עציר)

בפני כבוד השופט דניאל בן טולילה
מאשימה: מדינת ישראל - פמ"ד ע"י עו"ד שוורץ
נגד נאשם: עאמר עזאזמה (עציר) ע"י עו"ד טרבלסי

החלטה

בפני בקשה להורות על ביטול אישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

רקע והשתלשלות ההליך:

נגד הנאשם הוגש כתב אישום המכיל שלושה אישומים: האישום הראשון, מייחס לנאשם ביצוע עבירות של תיווך, לפי סעיף 14 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים**") וניסיון להספקת סם מסוכן, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים וסעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

האישום השני מייחס לנאשם עבירות של סחר בסם מסוכן, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים וקבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין. באישום השלישי, הוא הרלוונטי לעניינינו, נטען כי בעת מעשיו האמורים באישומים הראשון והשני שהה הנאשם בתחומי מדינת ישראל מבלי שהיה בידו היתר כניסה או שהייה כדן, ומשכך מיוחסת לנאשם עבירה אחת של כניסה ושהייה שלא כדן, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**").

במסגרת הסדר טיעון אליו הגיעו הצדדים, ביום 12.10.2015 הורשע הנאשם על יסוד הודאתו באישום הראשון והשני (בכתב האישום המתוקן). אשר לאישום השלישי, על אף שאין מחלוקת כי במועדים הרלוונטיים שהה הנאשם בתחומי מדינת ישראל מבלי שאחז בידו היתר כניסה או שהייה כדן, הלה טען באמצעות בא כוחו כי יש לבטל אישום זה, וזאת מטעמים של הגנה מן הצדק.

טיעוני הצדדים:



ב"כ הנאשם טען כי בעברו, גר הנאשם, בן השבט עזאזמה, בשטחי הרשות הפלסטינית באזור בקעת הירדן, ובשל סכנת חיים אשר היו נתונים בה באזור מגוריהם, הועבר יחד עם בני משפחתו המורחבת לתחומי מדינת ישראל, וזאת מבלי שהוסדר מעמדם החוקי בארץ, על אף שהיו ניסיונות לעשות כן מצד גורמים שונים (ר' מכתבו של מר יעקב סמנה - סומן 2/ס). עוד לטענת הסנגור, כיום כל בני משפחתו של הנאשם מתגוררים בתחומי הארץ, מבלי שיש בידם היתרי שהייה כדין, ואילו רשויות האכיפה "עוצמות עיניים" ולא אוכפות כלפיהם את חוק הכניסה לישראל.

ב"כ הנאשם הגיש לעיונו של בית המשפט החלטת בית משפט השלום בבאר שבע בת"פ 4338/09, שם ביטל בית המשפט כתב אישום אשר ייחס לנאשם, אף הוא בן שבט עזאזמה, עבירה של כניסה ושהייה בישראל שלא כדין, וזאת מטעמים של הגנה מן הצדק, תוך שנקבע כי התנהלות הרשות השלטונית, אשר מצד אחד מתעלמת מנוכחותם של בני השבט היושבים בישראל במשך מספר שנים, ומצד שני מגישה נגד חלקם כתבי אישום בטענה שמדובר בשוהים בלתי חוקיים, הינה התנהלות שערורייתית הפוגעת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגיונות. לא נעלמה מעינו של הסנגור העובדה כי בתיק שנדון בת"פ 4338-09 דובר בנאשם אשר הואשם בעבירת שב"ח בלבד, בעוד שבענייניו מדובר בנאשם המואשם גם בעבירות סמים וקבלת דבר במרמה. הגם כך, לטענתו יש לראות בעבירת השב"ח כעבירה "עצמאית", שונה ונפרדת מיתר העבירות המיוחסות לנאשם. לשון אחר, לטענת הסנגור, העובדה כי לנאשם מיוחסות עבירות נוספות, לא צריכה להעלות או להוריד בעניין מדיניות האכיפה (או אי-האכיפה) של עבירות השב"ח כלפי הנאשם ובני משפחתו המורחבת.

עוד טען הסנגור, כי הרשעתו של הנאשם בעבירת השב"ח, תביא הלכה למעשה למצב בו הלה "ישהה במאסר עד סוף ימיו". הדברים אמורים נוכח כך שעם שחרורו מהמאסר הוא יוחזר לשטחי הרשות הפלסטינית, אך בשל סכנת החיים בה הוא נתון שם, הוא יחזור במהרה לשטחי המדינה, מה שיוביל להגשת כתב אישום נוסף נגדו וחוזר חלילה. לאור האמור לעיל, ובהתאם למבחנים שנקבעו בעניין יפת ובעניין בורוביץ יש מקום להורות על ביטולו של אישום זה.

באת כוח המשיבה מנגד, טענה כי אין לקבל טענתו של הסנגור לפיה הרשות מתייחסת לאנשים שווים בצורה שונה, וזאת משום שבמקרה הנדון יש מקום לאבחן את עניינו של הנאשם מעניינם של יתר בני המשפחה. לטעמה של באת כוח המשיבה, עיקר האבחנה נעוץ בעובדה כי הנאשם הודה והורשע גם בעבירות סמים חמורות וקבלת דבר במרמה, ואין המדובר באדם שהועמד לדין בגין עבירות שב"ח בלבד. עוד טענה באת כוח המשיבה, כי אף אם ניתן לומר שהמדינה "עוצמת עיניים", הרי שאין לו לנאשם להלין אלא על עצמו, וזאת משום שבמשך 12 שנים בהם שהה הנאשם ובני משפחתו בארץ, לא נעשו מצדו או מצד בני משפחתו מאמצים להסדיר את מעמדו, למעט אותו מסמך שהוגש מטעם ההגנה (2/ס). בנוסף, טענה באת כוח המאשימה כי אין לה כל ידיעה אודות מדיניות אכיפה מוסדרת כלפי שבט עזאזמה, וכי אין היא יודעת אימתי מגיעים גורמי אכיפה כלשהם לשבט כדי לחקור ולעצור שוהים בלתי חוקיים.

כמו כן, באת כוח המשיבה הגישה את גיליון הרישום הפלילי של הנאשם (סומן 2/ת), הימנו עולה כי לאחרון הרשעות קודמות רבות, הן בעבירות שב"ח והן בעבירות אלימות, רכוש ושיבוש מהלכי משפט, בגין ריצה הנאשם תקופות מאסר ארוכות. אשר לעבירות השב"ח, מגיליון הרישום הפלילי עולה כי לנאשם **ארבע הרשעות קודמות** בעבירות של כניסה ושהייה שלא כדין (ובעבירה אחת של התחזות לאחר במטרה להונות, לפי סעיף 441 רישא לחוק העונשין). לא זו אף זו, אלא שבגין הרשעתו האחרונה מיום 10.12.2014, **עומד ותלוי נגד הנאשם מאסר מותנה** של חמישה חודשים שלא



יעבור כל עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל. לאור כל אלו, ובייחוד לאור הטענה כי אין המדובר במקרה דנן בהפליה של הנאשם, שכן יש מקום לאבחן את עניינו מעניינם של שאר בני המשפחה, עתרה באת כוח המשיבה לדחות את הבקשה להגנה מן הצדק.

המסגרת הנורמטיבית:

סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד"פ**") קובע כי:

"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

עוד קודם לעיגונה בחוק, אומצה דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" בפסיקתו של בית המשפט העליון בע"פ 2910/94 **יפת ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 (1996), ונקבע שם כי טענת ה"הגנה מן הצדק" תתקבל מקום בו יוכיח הנאשם כי התנהגות הרשות הינה **"התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם"**. בהמשך, אמת המידה המחמירה אשר נקבעה בעניין יפת רוככה במידת מה, ובע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: **"עניין בורוביץ"**), נקבע כי טענת ה"הגנה מן הצדק" עשויה להתקבל אף מקום בו **"לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות"**. כיום, קבועה בחוק אמת מידה שונה, ובית המשפט יהא רשאי להורות על ביטול כתב אישום אשר הגשתו או בירורו עומדים ב"**סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**.

טענת האכיפה הבררנית (Selective enforcement) אותה מעלה ב"כ הנאשם, חוסה אף היא תחת המטריה של הגנה מן הצדק הקבוע בסעיף 149(10) לחסד"פ (ר' למשל ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ**, (פורסם בנבו) 10.09.2013) (להלן: **"עניין פרץ"**). אציין, כי מאחר שטענה זו לא הועלתה על ידי הנאשם ואף לגופו של עניין לא ראיתי צורך בכך, לא מצאתי להיזקק לשאלה האם יש לבחון את ההחלטה להגיש כתב אישום נגד הנאשם גם באספקלריה של ההליך המנהלי, בהתאם להלכת ניר עם כהן (בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה**, (פורסם בנבו) 6.2.2006).

אכיפה בררנית היא למעשה אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגדו אחרים. ואכן, תחושתו של אדם כי הרשות נוהגת בו בחוסר שוויון ביחס לשווים לו, הינה תחושה קשה והרסנית. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט א' ברק:

"אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו**, פ"ד מב(2) 309 (1988)).



אולם, לא בכל מקרה בו החלטת הרשות לאכוף ולהעמיד לדין אך חלק מסוים ממבצעי העבירה, תהא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, ועל בית המשפט לבחון האם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד **שיקולים ענייניים** או שמא פעלה לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא (ר' **עניין בורוביץ**). בעניין זה נקבע בעניין בורוביץ כי:

"ככלל, יש לומר כי בבוא בית המשפט להחליט אם לבטל כתב אישום מחמת אכיפה בררנית, שלכאורה הוכחה לפניו, מוטל עליו ליתן את הדעת על טיב מניעיה של הרשות, שבהיעדר צידוק גלוי לעין להבחין בין שניים שביצעו אותה עבירה בחרה להעמיד לדין את פלוני וחדלה מלהעמיד לדין את אלמוני. הכלל הוא כי אכיפה חלקית עשויה להיות עניינית ומותרת בנסיבות מסוימות, אך היא עלולה להיחשב כאכיפה בררנית פסולה בנסיבות אחרות. וההכרעה בשאלה אם המדובר, במקרה נתון, באכיפה חלקית מותרת או באכיפה בררנית פסולה, עשויה בדרך-כלל להיגזר מבחינת מניעיה של התביעה... [ההדגשות אינן במקור - ד.ב.ט]."

על הצורך לבחון האם החלטת הרשות להעמיד לדין מאן דהוא פוגעת בערך השוויון או שמא ישנו בסיס לגיטימי לאבחנה בין הנאשם לבין היתר (שלא הועמדו לדין), עמד גם כב' השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 **סימונה זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999). כלשונו:

"ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא."

בחינה נוספת שעל בית המשפט לערוך עת עולה טענה של אכיפה בררנית, היא האם החלטת הרשות להעמיד את הנאשם לדין פוגעת באינטרס הציפייה וההסתמכות שלו על התנהלות גורמי האכיפה והאם הייתה לו דרך לדעת כי **חל שינוי במדיניות האכיפה הפלילית**. ר' בעניין זה דבריו של כב' השופט ע' פוגלמן בעניין פרץ:

"אכיפה בררנית פוגעת גם באינטרס ההסתמכות של הפרט על התנהלות גורמי האכיפה. במציאות חיינו, האזרח מכלכל את צעדיו לפי ציפיותיו הלגיטימיות, המתבססות באופן סביר על מנהגי האכיפה של הרשות... אכיפה בררנית משמעה כי ליחיד לא הייתה דרך לדעת כי חל שינוי במדיניות האכיפה הפלילית. שינוי כזה פוגע בציפיותיו הסבירות, ומטעם זה נפסק כי "אין זה דין ואין זה צדק שלפני נסטה מן הדרך שכך נכבשה".

עוד צויין בעניין פרץ, כי הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה בפרט, וברשויות השלטון בכלל. על כן, קבלת טענת "הגנה מן הצדק", מקום בו אכן נהגה התביעה איפה ואיפה בנאשם, תסייע לא רק לעשיית צדק אינדיבידואלי עם הנאשם הספציפי, אלא אף יהיה בכך משום הגשמתו של האינטרס הציבורי הרחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון.

לסיכום, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, לא בכל מקרה בו בחרו רשויות התביעה להעמיד לדין אדם פלוני



בעוד נגד מבצעי עבירה אחרים לא הוגשו כתבי אישום, יש לקבוע כי המדובר באכיפה בררנית פסולה. המבחן העיקרי לצורך הכרעה בשאלה זו, הינו האם היה מקום לאבחן בין הנאשם לבין היתר שלא הועמדו לדין, או שמא החלטת רשויות התביעה בהעמדתו לדין של אותו פלוני נובעת משיקולים זרים שיש בהם כדי לפגוע בערך השוויון. כמו כן, יש לבחון האם ההחלטה להגיש כתב אישום ולהעמיד לדין את הנאשם, פגעה באינטרס הציפייה וההסתמכות שלו על התנהלות גורמי האכיפה.

לצד אלה, אין לשכוח כי בהתאם לסעיף 149(10) לחסד"פ, יש לבדוק האם התנהלות הרשות אשר בחרה להעמיד לדין את הנאשם עולה כדי סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בהתאם לאמוד מידה אלה.

מן התם אל הכא:

בעניינינו, סבורני כי החלטת רשויות התביעה להעמיד את הנאשם לדין אינה שרירותית כלל ועיקר ולא התבססה על שיקולים זרים. כך גם, ההחלטה להעמיד לדין את הנאשם לא פוגעת בשום אופן בערך השוויון, וברי כי אין היא התקבלה לשם השגת מטרה פסולה. לדידי, אין עניינו של הנאשם דומה ובוודאי שאינו שווה לעניינים של יתר בני השבט והאבחנה בינו לביןם מתבקשת במקרה זה מעצמה. מסקנה זו מבוססת על העובדה כי ביחד עם עבירת השב"ח, הועמד הנאשם לדין גם בשל ביצוע עבירות סמים וקבלת דבר במרמה.

בהקשר לכך, לא מצאתי לקבל את טענתו של הסנגור לפיה יש לראות בעבירת השב"ח על רקע טענת ההגנה מן הצדק כעבירה "עצמאית" וכנגזרת מכך המצדיקה בחינת שיקולי העמדתו של הנאשם לדין בנפרד מיתר המעשים המיוחסים לו ועל בית המשפט לבדוק ולראות את התמונה בכללותה.

ישנו קושי לקבל את טרונתו של הנאשם כלפי רשויות התביעה על שהחליטו להעמידו לדין בגין ביצוע עבירת שב"ח "אך ורק" משום שהוא ביצע גם עבירת סמים שאין במדרג הנמוך יחד עם עבירה של קבלת דבר במרמה. במקרה כגון דא בו ביצע הנאשם מגוון עבירות, אין לו להלין אלא על עצמו.

בנסיבות אלו, הריני לקבוע כי האבחנה אשר ביצעו רשויות התביעה בין הנאשם לבין יתר בני משפחתו הינה אבחנה מותרת, לגיטימית ואף מתבקשת.

משכך, מתבקשת כאמור האבחנה בין עניינו של הנאשם לבין עניינו של הנאשם שעניינו נדון בת"פ 4338/09, אשר הוגש לעיוני של בית המשפט מטעם ההגנה. שכן, שם דובר בנאשם אשר הואשם בעבירת שב"ח בלבד, בעוד הנאשם, כאמור, מואשם בעבירות חמורות נוספות.

יתרה מכך, בעניינינו אף לא נפגע אינטרס הציפייה וההסתמכות של הנאשם על מדיניות האכיפה. זאת משום שכאמור, לנאשם עבר פלילי מכביד בשל ביצוע מגוון רחב של עבירות, ובין היתר בעברו **ארבע הרשעות קודמות** בעבירות שב"ח (ובעבירה אחת של התחזות לאחר במטרה להונות, לפי סעיף 441 רישא לחוק העונשין). לא זו אף זו, בגין הרשעתו האחרונה מיום 10.12.2014, **עומד ותלוי נגד הנאשם מאסר מותנה** של חמישה חודשים שלא יעבור כל עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל. הוזה אומר, כי הנאשם לא יכול להישמע בטענה כי הסתמך על מדיניות האכיפה של



הרשויות, לפיה עבירת השב"ח לא נאכפת כלפיו. ניתן היה לצפות מהנאשם כי לאחר הרשעתו פעם אחר פעם בעבירות השב"ח, הלה יפעל ביתר שאת להסדיר את מעמדו החוקי במדינת ישראל. אולם, נדמה כי הנאשם ישב בחיבוק ידיים, ולא עשה דבר לשם קידום מטרה זו (ומכל מקום, לא הוצגו לבית המשפט ראיות המלמדות על פעולות שביצע ביחס לכך).

אפילו בית משפט היה מקבל את מלוא טיעונו של הנאשם בנוגע לאכיפה בררנית (ואינני מקבלם) ספק האם בהתאם ללשון החוק ולפסיקה, שעה שנלוות לשהייה הבלתי חוקית עבירות סמים, יש בכך סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית המצדיקים ביטולו של כתב האישום. מסקנה זו מתחזקת גם נוכח העובדה כי הנאשם אשר נמצא בתחומי המדינה וחוסה בה תחת אותן נסיבות הומניטריות הנוגעות לשבט אליו הוא משתייך, מהין, ואגב כך מבצע עבירות סמים שאינן קלות כלל ועיקר.

בשולי הדברים אציין, כי החלטה זו נכתבה מתוך נקודת מוצא שאכן הנאשם נמנה על אותו שבט ואכן קיימת מאוימות וזאת לצד אותה מדיניות אכיפה נטענת, הגם שאלו לא הוכחו בפני בית המשפט. בשעה שאך לא אחד מהצדדים טען כלפי רעהו כי לא הוכיח את היסודות העובדתיים העומדים בבסיס הטענה המשפטית, אף בית המשפט לא מצא להידרש לכך.

לאור כל האמור, הריני לדחות את בקשתו של הנאשם לבטל את כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

ניתנה והודעה היום 25.11.2015 במעמד הנוכחים.

דניאל בן טולילה , שופט