

ת"פ 61688/01/12 - מדינת ישראל נגד בקר אלחנן יצחק, אליהו יהונתן

בית משפט השלום ברמלה
ת"פ 61688-01-12 בית המכס נתב"ג לוד נ' בקר אלחנן יצחק
ת"פ 61655-01-12 בית המכס נתב"ג לוד נ' אליהו יהונתן

בפני כבוד השופט הישארם אבו שחאדה
מדינת ישראל
באמצעות בית המכס נתב"ג לוד
ע"י ב"כ הגב' שרה כהן, מתמחה
נגד
1. בקר אלחנן יצחק
2. אליהו יהונתן
שניהם ע"י באת כוחם עוה"ד איה שריק
החלטה

1

1. בפני בקשה מטעם הנאשמים לבטל את כתבי האישום שהוגשו בעניינם מחמת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית. הנאשמים מוסיפים וטוענים כי דרך המלך לאכוף את העבירות המיוחסות להם בכתב האישום שעניינן הברחת סיגריות במסלול הירוק בנמל התעופה בן גוריון היא על ידי מתן קנס מנהלי ולא היה מקום להגיש כתב אישום נגדם.

א. כתבי האישום

2. בפני שני כתבי אישום נפרדים שהוגשו בשני תיקים שונים. בהחלטתי מיום 14.4.13 הוריתי על איחוד הדיון בשני התיקים וזאת מאחר ושני התיקים דנים באותו נושא ובאותן עבירות, שני הנאשמים מיוצגים על ידי אותה סנגורית, אשר טענה טענות משפטיות דומות בשני התיקים.

3. בשני התיקים מיוחסות לנאשמים העבירות הבאות: מעבר במסלול הירוק לפי סעיף 30א לפקודת המכס יחד עם תקנות 42, 30א, 30ג, 30ד, 30ה, 30ו לתקנות המכס התשכ"ו-1965 ;

הברחת טובין לפי סעיף 211(א)(1) לפקודת המכס; הטעיית פקיד מכס בפרט מסוים העלול לפגוע במילוי תפקידו לפי סעיף 212(א)(9) לפקודת המכס; עשיית מעשה כדי להתחמק מתשלום מס קניה לפי סעיף 22(א)(5) לחוק מס קניה (טובין ושירותים) התשי"ב - 1952 ; וכן מסירת ידיעה לא נכונה לפי סעיף 117(א)(3) לחוק מס ערך מוסף התשל"ו - 1976.

4. בת"פ 61655-01-12 בעניינו של הנאשם אליהו יהונתן (להלן: **אליהו**), בפרק העובדות לכתב האישום נאמר כי ביום 25.7.11 הנאשם יצא לחו"ל מישראל לצורך רכישת סיגריות בכמות מסחרית. ביום 27.7.11 או בסמוך לכך, הגיע אליהו מחו"ל לישראל דרך נמל התעופה בן גוריון כאשר הוא נושא עימו מטען לוואי. אליהו עבר במסלול הירוק עם מטען הלוואי שלו ובכך הצהיר כי אין הוא נושא עימו אלא טובין פטורי מיסים והינו פטור מהחובה לעבור במסלול האדום. הוא הוזמן לבדיקה על ידי פקיד המכס הניצב במסלול הירוק ובבדיקה נמצאו במטען הלוואי שלו 99 קרטונים של סיגריות מתוצרת חוץ ואשר מחייבים מעבר במסלול האדום, הצהרה על הטובין ותשלום מיסים. המטען שלו כלל 50 קרטונים מסוג "וינסטון", 25 קרטונים מסוג LM וכן 24 קרטונים מסוג "קמל". המיסים החלים על הטובין הם מס קניה בסך של 12,200 ₪, מס ערך מוסף בסך של 2,440 ₪.

5. בת"פ 61688-01-12 בעניינו של הנאשם בקר אלחנן יצחק (להלן: **בקר**), בפרק העובדות לכתב האישום נאמר כי ביום 13.11.11 הוא יצא לחו"ל מישראל לצורך רכישת סיגריות בכמות מסחרית. ביום 14.11.11 או בסמוך לכך, הוא הגיע מחו"ל לישראל דרך נמל התעופה בן גוריון שהוא נושא עימו מטען לוואי ועבר במסלול הירוק עם מטען הלוואי שלו ובכך הצהיר כי אין הוא נושא עימו אלא טובין פטורי מיסים והינו פטור מהחובה לעבור במסלול האדום. הוא הוזמן לבדיקה על ידי פקיד המכס הניצב במסלול הירוק ובבדיקה נמצאו במטען הלוואי שלו 100 קרטונים של סיגריות מתוצרת חוץ ואשר מחייבים מעבר במסלול האדום, הצהרה על הטובין ותשלום מיסים. המיסים החלים על הטובין הם מס קניה בסך של 9,500 ₪, מס ערך מוסף בסך של 1,776 ₪.

ב. הבקשות לקבלת חומר חקירה

6. אליהו ובקר הגישו בקשות לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982 (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**) ואשר לטענתם המידע המשלים שביקשו מטרתו לבסס את הטענה שאותה הם מעלים בדבר "אכיפה סלקטיבית" שיש בה לטענתם להביא לביטול כתבי האישום כנגדם. בהחלטתי מיום 14.4.13 נעתרתי לבקשה באופן חלקי והוריתי למאשימה למסור לידי באת כח הנאשמים את המידע שלהלן:

א. מספר התפיסות שהיו במהלך השנים 2010, 2011 ו- 2012 שעניינן העברת קרטונים של סיגריות במסלול הירוק, שלא כדיון, תוך התייחסות לכל שנה בנפרד ;

ב. מספר הקנסות המינהליים שהוטלו במהלך השנים הנ"ל בגין העברת קרטונים של סיגריות במסלול הירוק, תוך התייחסות למספר הקרטונים שנתפסו בכל תפיסה ;

ג. העתק של כל כתבי האישום שהוגשו לבית המשפט במהלך השנים הנ"ל בגין העברת קרטונים של סיגריות במסלול הירוק, כולל מספרי התיקים ;

ד. העתק מהנימוקים בכתב שמופיעים בתיקים שהוגשו בהם כתבי האישום, בגין ביצוע עבירות של העברת קרטונים של סיגריות במסלול הירוק, במהלך השנים הנ"ל, ואשר מבהירים מדוע הוחלט על הגשת כתב האישום ולא על נקיטה בהליך של קנס מינהלי ;

ה. ככל שקיימים נהלי עבודה ו/או הנחיות מינהליות המפרטות אימתי יוטל קנס מינהלי ואימתי יוגש כתב אישום בגין מעבר במסלול הירוק בניגוד לתקנה 42 לתקנות המכס, יש למוסרם לידי באת כח הנאשמים.

7. הדיון נדחה מעת לעת על מנת לאפשר למאשימה לאסוף את המידע האמור לעיל ולמוסרו לידי ההגנה. המאשימה טענה שקיים קושי למסור את מלוא המידע מאחר ומידע זה אינו זמין ועל מנת להביאו במלואו הדבר כרוך בהקצאת משאבים בצורה בלתי סבירה ויש בכך

כדי להכביד על עבודתה השוטפת של המאשימה. בסופו של יום, המאשימה מסרה מידע מסוים שאעמוד עליו בהרחבה בהמשך.

ג. טענות הצדדים

8. הנאשמים טוענים כדלקמן:

א. העבירה של הברחת טובין במסלול הירוק היא עבירה מנהלית ודרך המלך היא להטיל קנס מנהלי ובעוד

שהגשת כתב אישום הינה בגדר החריג. על כן, לא היה מקום להגיש את כתבי האישום כנגדם ולכן יש לבטלם.

ב. אין אצל המאשימה מדיניות אכיפה ברורה אימתי יוגש כתב אישום ואימתי ניתן להסתפק בקנס מינהלי, דבר שיוצר תוצאות אכיפה בלתי שוויוניות בין מבצעים שונים של עבירת ההברחה של סיגריות במסלול הירוק.

ג. בעניינם של נאשמים אחרים שהוגש כנגדם כתב אישום, יוחסה להם עבירה רק לפי סעיף 42 לתקנות המכס שהעונש המקסימאלי בגינה הוא 6 חודשי מאסר או קנס של 500 לירות. לעומת זאת, לגבי שני הנאשמים שבפני, כתב האישום כולל הוראות חיקוק נוספות, ולא רק עבירה לפי תקנה 42 לתקנות המכס. הוראות החיקוק הנוספות יש בהן בכדי לתת נופך גדול יותר של חומרה לאירועים המתוארים בכתבי האישום, וייתכן והדבר עלול להשליך על גובה העונש שיושת על הנאשמים במידה ויורשעו.

ג. בתיקי החקירה בעניינם שני הנאשמים ישנו מזכר בעל נוסח דומה ואשר הוכן על ידי באת כוח המאשימה, ולפיו ההחלטה להגיש כתב אישום נעוצה, בין השאר, בכך שמדובר בנאשמים שהינם בחורי ישיבות שיש להרתיעם מלהמשיך לבצע עבירות כגון אלה המופיעות בכתבי האישום. לטענת הנאשמים ההתייחסות למגזר החברתי שעליו הם נמנים כשיקול להגשת כתב אישום וכן הרצון להרתיע נאשמים פוטנציאליים אחרים הנמנים על אותו מגזר חברתי, הינם שיקולים זרים ופסולים.

ד. כתבי האישום דינם בטלות בין מכוח דוקטרינת הביקורת השיפוטית המינהלית על ההחלטה להגישם ובין מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית.

9. המאשימה משיבה לטענות אלה כדלקמן:

א. כמות הקרטונים של הסיגריות שהנאשמים ניסו להבריח במסלול הירוק בנמל התעופה הינה כמות מסחרית, דבר שמטה את הכף לעבר הגשת כתבי אישום ולכן אין מקום להסתפק בקנס מנהלי.

ב. האכיפה של האיסור להבריח סיגריות במסלול הירוק נעשית בצורה שוויונית ומנימוקים עניינים גרידא.

ג. באופן כללי, מרבית ההברחות של סיגריות בכמות מסחרית בנמל התעופה נעברו על ידי ציבור "בחורי ישיבות". אולם, נתון זה לא היה השיקול המכריע להגשת כתב האישום כנגד הנאשמים.

ד. התופעה של הברחת סיגריות במסלול הירוק תוך השתמטות מתשלום המיסים החלים עליהם, הפכה ל-"מכת מדינה".

ה. אין כל חובה לקבוע מדיניות אכיפה בכל עבירה ועבירה ובכל מקרה ומקרה. עניינם של הנאשמים אין בו משום שינוי במדיניות האכיפה של המאשימה ולא מדובר באכיפה סלקטיבית כטענת הנאשמים.

ו. בכל מקרה, גם אם יקבע כי המאשימה שגתה באחד הנימוקים שרשמה להעדפת המסלול של הגשת כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי, קרי, שיש להרתיע "בחורי ישיבות", עדיין אין בכך בכדי להביא לבטלותה של ההחלטה המנהלית להגיש את כתב האישום, מאחר ויש לראות את התמונה הכוללת שמתבטאת בתופעה של "מכת מדינה" והאינטרס הציבורי באכיפת החוק.

ז. קבלת טענתם של הנאשמים יש בה בכדי להעביר מסר סלחני כלפי מי שמבצע עבירות של הברחת סיגריות בכמויות מסחריות והדבר עלול לפגוע באינטרסים ציבוריים חשובים, לרבות הצורך במיגור התופעה של הברחת סיגריות ללא תשלום המיסים הרלוונטיים החלים עליהם.

ד. הברחת סיגריות ב-"מסלול הירוק": המסגרת הנורמטיבית

1. ד. הוראות הדין

10. סעיף 30א לפקודת המכס [נוסח חדש] מגדיר את סמכותו של שר האוצר לקבוע חובה על אדם למתן הצהרה לגבי טובין שיש ברשותו לצורכי מכס. שר האוצר התקין את תקנות המכס התשכ"ו-1965 (להלן: **תקנות המכס**) ובסעיפים 30ב - 30ה שבהן נקבע כדלקמן:

"30ב (א) בנמל תעופה, בנמלי ים ובמסופי מעבר יותקנו שני מסלולים לשם מעבר של נכנסים לצורך מתן הצהרה לעניין דיני המכס על טובין שהם נושאים עימם או שהם במטען הלוואי שלהם.

(ב) אחד המסלולים ייקרא "המסלול האדום", והשלט שבפתחו יהיה צבוע או מואר בצבע אדום ועליו כתוב "יש טובין להצהרה"; המסלול השני ייקרא "המסלול הירוק", והשלט שבפתחו יהיה צבוע או מואר בצבע ירוק ועליו כתוב "אין טובין להצהרה".

(ג) השלטים יהיו כתובים לפחות בשפות, עברית, אנגלית, צרפתית וערבית, באותיות הניתנות לקריאה בקלות.

30ג. כל נכנס יעבור באחד משני המסלולים זולת אם הורה המנהל אחרת.

30ד. נכנס שאינו נושא עימו, ואין במטען הלוואי שלו, אלא טובין פטורי מכס לפי פרט 7 לתוספת לפקודת תעריף המכס והפטורים, 1937, שפורטו בהודעה כאמור בתקנה 30, רשאי לעבור במסלול הירוק, ומשעשה כן, יראוהו כמי שהצהיר שאין הוא נושא עימו, ושאין במטען הלוואי שלו, אלא טובין שהם בגדר הפטור וההודעה האמורים.

30ה. נכנס הנושא עימו, או שיש במטען הלוואי שלו, טובין כלשהם שאינם בגדר הפטור וההודעה האמורים בתקנה 30ד, חייב לעבור במסלול האדום".

11. בסעיף 3(א) לפקודת תעריף המכס והפטורים 1937 נקבע כדלקמן:

"מכס יוטל על טובין שיובאו, בשיעורים שנקבעו בתוספת".

12. בסעיף 1(3) לצו תעריף המכס והפטורים ומס קניה על טובין (תיקון מס' 26 הוראת שעה) התשע"ב-2012 (ק"ת - שיעורי מק"ח 1668, י"ט בשב"ט התשע"ב, 12.2.12, עמ' 1038) נקבע כדלקמן:

"תיאור

מכס כללי

פטור

פטור".

לכל נכנס שגילו 18 שנה לפחות, סיגריות בכמות שאינה עולה על: 80 סיגריות אם שהה מחוץ לישראל פחות מחמישה ימים. 200 סיגריות, אם שהה מחוץ לישראל 5 ימים או יותר

13. יוצא מכר, שמי שגילו מעל 18 שנים, ומגיע לנמל תעופה בן גוריון (או כל נקודת מעבר חוקית אחרת) רשאי לעבור במסלול הירוק אם יש ברשותו לא יותר מ-80 סיגריות (4 חפיסות), כאשר שהה מחוץ לישראל פחות מחמישה ימים. כמו כן, אם שהה מחוץ לישראל חמישה ימים או יותר, יהיה רשאי לעבור במסלול הירוק אם יש ברשותו לא יותר מ-200 סיגריות (10 חפיסות), היינו פקט אחד. הכמויות האמורות מזכות את הנוסע בפטור מתשלום מס על הסיגריות שברשותו. כל החזקה של כמות גדולה יותר של סיגריות, מחייבת מעבר במסלול האדום בהיותה חייבת במס ויש להצהיר עליה. ההוראה העונשית, בגין מעבר במסלול הירוק, כאשר היתה חובה לעבור במסלול האדום, מופיעה בתקנה 42 לתקנות המכס, ואשר מורה כדלקמן:

"העובר על הוראה מהוראות אלה, דינו - קנס 500 לירות או שישה חודשי מאסר".

ד.2. הברחת טובין במסלול הירוק כעבירה מנהלית

14. סעיף 1(א) לחוק העבירות המנהליות התשמ"ו - 1985, (להלן: **חוק העבירות המנהליות**) קובע כדלקמן:

"שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות כי עבירה על הוראה שנקבעה בחוק מהחוקים המנויים בתוספת הראשונה, או בתקנות שהותקנו לפיו, שאינה פשע, היא עבירה שבשלה ניתן להטיל קנס בדרך מנהלית (להלן - עבירה מנהלית); הקביעה יכול שתהיה דרך כלל, בתנאים או בסייגים"

15. העבירה של הברחת טובין במסלול הירוק לפי תקנה 42 לתקנות המכס, הוגדרה כעבירה מנהלית מכח התוספת לתקנות העבירות המנהליות (קנס מנהלי- חיקוקי מיסים) תשמ"ז - 1987.

16. בפסיקה נקבע כי המסלול של קנס מנהלי הינו בבחינת דרך המלך לטיפול בעבירות מנהליות והמסלול של הגשת כתב אישום הינו החריג לכלל. כמו כן, חוק העבירות המנהליות נוצר בכדי ליצור מסגרת אכיפה חלופית להליך הפלילי. הוא מאפשר הליך מנהלי שהסנקציה בצידו היא קנס כאמצעי עונשי מידתי ומתון יותר בגין הפרת הסדרים שיש אינטרס ציבורי באכיפתם אך הם לוקים בתת אכיפה בשל חומרתן הפחותה של ההפרות מזה והיקפי ביצוען המרחבי מזה, ונוכח מגבלות המשאבים של הרשויות. החוק מהווה סמן חשוב לתחימת גבולותיו של המשפט הפלילי ולהעתקת זירת האכיפה של התנהגויות שאינן פליליות במהותן אל המשפט המנהלי. חוק העבירות המנהליות נועד להבטיח הליך מהיר, יעיל וסמוך ככל הניתן למועד ביצוע העבירה, ביחס לעבירות שהן קלות יחסית, מבלי להכתים את מבצען בכתם של עבירה פלילית (בג"ץ 93/06 ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה [פורסם בנבו] (2.8.11), פסקאות 19 - 21 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל).

ד.3. הגשת כתב אישום בכפוף לקיומם של "טעמים שירשמו"

17. סעיף 15 לחוק העבירות המנהליות קובע כדלקמן:

"קביעת עבירה כעבירה מנהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת **מטעמי! שירשמו** ובלבד שטרם נמסרה הודעה על הטלת הקנס; סעיף זה אינו גורע מסמכותו של תובע להגיש כתב אישום אם ביקש מקבל ההודעה להישפט על העבירה".

עמוד 5

18. בפסיקה נקבע שהחובה שנקבעה בסעיף 15 לחוק העבירות המנהליות להעלות על הכתב את הנימוקים להגשתו של אישום פלילי ("מטעמים שירשמו") מלמדת מעצמה על החשיבות שהמחוקק מבקש לתת לאותם נימוקים שחובה לרושםם. עצם יצירתה של החובה לרשום נימוקים, מלמדת על אפשרות ביקורת חיצונית על מעשי התביעה (בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד** פ"ד מו (3) 501, 509 (1992)). כמו כן, על "הטעמים שירשמו" שבעטיים הוחלט לבכר את המסלול של הגשת כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי, להיות "**טעמי! בני משקל**", כלשון כבוד השופט חשין (כתוארו דאז), ואשר מלמדים על מידת הרצינות בהגשת כתב אישום כנגד אדם והחובה לביקורת עצמית ושקילות הדברים בכובד ראש קודם העלאתם על הכתב (**שם**, עמי 510). אעמוד בהרחבה בהמשך על השאלה אם הטעמים של המאשימה להגשת כתב אישום כנגד הנאשמים שבפני, הם "בני משקל", או לא.

19. חובת ההנמקה המופיעה בסעיף 15 לחוק העבירות המנהליות הינה חלק מחובת ההנמקה הכללית שחלה על רשות שלטונית בעת קבלת החלטה בעניינו של אזרח, בין לזכותו ובין לחובתו (לדין נרחב בחשיבותה של חובת ההנמקה שחלה על רשות מנהלית ראו: יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** (נבו הוצאה לאור בע"מ, התשע"א - 2011) כרך בי, עמי 1269 - 1292).

ד.4. הוראות החיקוק שיופיעו בכתב האישום

20. העבירה הבסיסית של הברחת טובין במסלול הירוק במטרה להשתמט מתשלום המס החל על טובין אלה מוגדרת בתקנה 42 לתקנות המכס. בעת שהמאשימה מחליטה להגיש כתב אישום לבית המשפט ושלא להסתפק בקנס מנהלי, נתונה בידיה הסמכות להחליט באיזה הוראות חיקוק להאשים את הנאשם. המאשימה יכולה לבחור באחד משני המסלולים הבאים:

א. להסתפק רק בעבירה לפי סעיף 42 לתקנות המכס. כך למשל נעשה בתיק שנדון בפני בת"פ (רמי) 30590-03-12 **בית המכס נתב"ג לוד נ' הירשל משה מרדכי** [פורסם בנבו] [7.5.13], ואשר בו היה מדובר בהברחה של 99 פקטים של סיגריות במסלול הירוק, כמות שדומה לכמות של אליהו ובקר במקרה שבפני.

ב. ניתן גם, כמו שנעשה במקרה שבפני בעניינם של אליהו ובקר, לכלול בכתב האישום גם עבירות נלוות בנוסף לעבירה לפי תקנה 42 לתקנות המכס (להלן: **העבירות הנלוות**). בכתבי האישום שבפני העבירות הנלוות הן כדלקמן: עבירה של הברחת טובין לפי סעיף 211(א)(1) לפקודת המכס ואשר העונש המקסימאלי בגינה הוא שלוש שנות מאסר וכן כפל הקנס האמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין תשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**) (שעומד על 226,000 ₪); עבירה של הטעיית פקיד מכס לפי סעיף 212(א)(9) ואשר העונש המקסימאלי בגינה הוא שנתיים מאסר וכן קנס 500 לירות או שני העונשים כאחד ולפי סעיף 61(א)(3) לחוק העונשין השיעור העדכני של הקנס הוא 75,300 ₪; עבירה של עשיית מעשה כדי להתחמק מתשלום מס קניה לפי סעיף 22(א)(5) לחוק מס קניה (טובין ושירותים) התשי"ב - 1952, כאשר העונש המקסימאלי בגינה הוא מאסר שנתיים או קנס של 100 לירות או פי שלושה משווי הטובין שבהם נעברה העבירה, הכל לפי הסכום הגדול יותר, או מאסר וקנס כאחד; לבסוף, ישנה גם עבירה של מסירת ידיעה לא נכונה לפי סעיף 117(א)(3) לחוק מס ערך מוסף התשל"ו - 1976, אשר העונש המקסימאלי בגינה הוא מאסר שנה.

21. בתיק אחר שנדון בפני הבעתי את עמדתי שמן הראוי שהמאשימה תאמץ הנחיות **כתובות** וברורות, אימתי תסתפק בעבירה לפי סעיף 42 לתקנות המכס (אשר העונש המקסימאלי בגינה הוא מאסר עד שישה חודשים או קנס בסך 500 לירות) ואימתי תוסיף את העבירות הנלוות שפורטו לעיל (ת"פ (רמי) 61679-01-12 **בית המכס נתב"ג לוד**

נ' **וינר** [פורסם בנבו] (11.11.13), בפסקאות 21 - 23 לגזר הדין).

ד. 5. ביקורת שיפוטית מנהלית למול דוקטרינת ההגנה מן הצדק

22. במקרה שבפני, החלטתה של המאשימה להגיש כנגד הנאשמים כתב אישום ולא להסתפק בקנס מנהלי נתונה לביקורת שיפוטית. בית המשפט רשאי לבחון את "סבירות" ההחלטה המאשימה להגיש כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי וזאת ע"י בחינה אם נימוקי המאשימה להגשת כתב האישום הינם "בני משקל". כלל ידוע הוא כי החלטה על הגשת כתב אישום צריך שתעמוד באמות המידה של המשפט המנהלי, שכן שיקול דעתו של תובע הוא שיקול דעת מנהלי (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרא** & [פורסם בנבו] (10.9.13) פסקאות 27 - 31 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן) (להלן - **פסק דין פרא**). בפסיקה נקבע כי בעת שנאשם מבקש לתקוף את שיקול הדעת המנהלי שהופעל בעת קבלת ההחלטה להגיש כנגדו כתב אישום, יש לעשות זאת בפני הערכאה הדיונית שבפניה הוגש כתב האישום (בג"ץ 9131/05 **ניר ע!** **כהן יעקב אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה** [פורסם בנבו] (6.2.06); בג"ץ 5824/12 **בן יעקב נ' וועדת הכופר שליד רשות המיסים** [פורסם בנבו] (13.11.12); בג"ץ 6887/13 **קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה** [פורסם בנבו] (12.1.14) פסקאות 6 ו-7 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן; ראו גם רענ ג די "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ - הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים", שפורסם בשני חלקים: חלק אי **הסנגור** 190 (2013) עמי 5-9 וחלק בי **הסנגור** 202 (2014) עמי 4 - 11).

23. כמו כן, הטענה של הגנה מן הצדק שמוגדרת בסעיף 149 (10) **לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב - 1982** (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**) טומנת בחובה מימד של משפט מינהלי. בבוא רשויות אכיפת החוק למסור הודעת קנס לאזרח או להגיש נגדו כתב אישום שומה עליהן לפעול בהתאם לכללי המשפט המינהלי והפרה של כללים אלה עשויה להוביל לקיומה של טענת הגנה מן הצדק שיש בה כדי להביא לבטלותו של ההליך שננקט כנגד הפרט (ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** (נבו הוצאה לאור בע"מ, תשס"ט - 2009) עמי 139 - 166).

24. על פי המודל המינהלי של טענת ה"הגנה מן הצדק" הוקנתה לבית המשפט הפלילי הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על רשויות התביעה והחקירה, וזאת מקום שההליך המנהלי של קבלת ההחלטה להעמיד אדם לדין עומד בסתירה מהותית לעקרונות של "צדק והגינות משפטית" (כלשון סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). מקום שבו נטענת טענה של "הגנה מן הצדק" מן הראוי לבחון את מידת "נפסדותה" של התנהגות הרשות בנפרד משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם, שהרי גם אם אשמתו גלויה וברורה על פני הדברים, אין בכך כדי למנוע ממנו מלהנות מ-"הגנה מן הצדק", אם נתקיימו הנסיבות המיוחדות המצדיקות זאת (בג"צ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד נה (1) 529, 549 - 550). בהעלאת טענת הגנה מן הצדק יש מעין "תקיפה עקיפה" של ההחלטה להעמדה לדין (ע"פ 4855/02 **בורוביץ נ' מדינת ישראל** פ"ד נט (6) 776, 816).

25. במקרה שבפני, השאלה אם ההחלטה של המאשימה להגשת כתב אישום כנגד שני הנאשמים ושלא להסתפק בקנס מנהלי, עומדת במבחן הסבירות על פי המשפט המנהלי, שלושה ושזורה בשאלת האכיפה הבררנית שאותה מעלים הנאשמים ואשר מכוחה לטענתם יש להורות על ביטול כתב האישום משיקולים של צדק. מבחינה עיונית שתי השאלות האמורות, הן לכאורה שתי שאלות חופפות הנושאות כותרות שונות. עם זאת, אדון בכל אחת מהשאלות בנפרד, וזאת בניסיון לעמוד על ההיבטים הייחודיים של כל אחת מהן. בפרק הבא תיעשה ביקורת שיפוטית להחלטות של המאשימה להגיש כתבי אישום כנגד הנאשמים לפי עקרונות המשפט המנהלי. בפרק שלאחריו אדון בנפרד בטענה של אכיפה בררנית.

ה. ביקורת שיפוטית מנהלית על ההחלטות להגיש כתבי אישום

ה.1. נימוקי המאשימה להגשת כתבי האישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי

26. בפרק הנוכחי נבחן את נימוקי המאשימה להגשת כתבי האישום כנגד הנאשמים בניסיון לבדוק אם מדובר בטעמים "בני משקל". ככל שנמצא שמדובר בטעמים "בני משקל", הרי שהדבר עשוי להוביל לדחיית טענת הנאשמים שיש לבטל את כתבי האישום כנגדם. על אותו משקל, ככל שנמצא שמדובר בנימוקים שאינם בני משקל, יהיה צורך לדון בסוג הסעד שיש להושיט לנאשמים במסגרת המשפט המנהלי.

27. בתיק החקירה בעניינו של אליהו מופיע מזכר שנרשם על ידי באת כוח המאשימה ביום 3.10.11 ואשר בו פורטו הנימוקים להגשת כתב האישום נגדו (להלן: **המזכר לגבי אליהו**). במזכר נאמר כדלקמן:

"לאחר שעיינתי בתיק התפיסה הפעלתי את שיקול דעתי כתובעת ונציגת היועץ המשפטי לממשלה ומצאתי שבמקרה זה יש אינטרס ציבורי בהגשת כתב אישום למרות שמדובר גם בעבירת קנס מנהלי של מעבר ב"מסלול הירוק" וזאת מהטעמים המפורטים להלן:

1. מדובר בכמות מסחרית של כ-100 קרטונים סיגריות כאשר הנוסע ידע שאסור לו לעבור במסלול הזה וידע מראש כי עליו להצהיר על הסיגריות. 2. הנוסע הטעה את פקיד המכס וענה לו כי יש לו רק בגדים בתיק כי לא רצה להיתפס.

3. הנוסע יצא למוסקבה ל-24 שעות למטרת רכישת הסיגריות ומכירתם ולשם עשיית רווח.

4. קיים אינטרס ציבורי לצורך הרתעת הנוסע ובחורי ישיבה אחרים שהעונש יהיה פומבי ומרתיע ויכלול רכיב מאסר. לפיכך, יש מקום להגשת כתב אישום בגין הפרשה ואין להסתפק בהטלת קנס מנהלי.

28. בעניינו של בקר, קיים מזכר מיום 18.12.11 (להלן: **המזכר לגבי בקר**) מטעם באת כוח המאשימה ואשר נאמר בו כדלקמן:

"לאחר שעיינתי בתיק התפיסה שבנדון הפעלתי את שיקול דעתי כתובעת ונציגת היועץ המשפטי לממשלה ומצאתי שבמקרה זה יש אינטרס ציבורי בהגשת כתב אישום למרות שמדובר גם בעבירת קנס מנהלי של מעבר ב"מסלול הירוק" וזאת מהטעמים המפורטים להלן:

1. מדובר בכמות מסחרית של 100 קרטונים סיגריות כאשר הנוסע מודע לחובת ההצהרה.

2. הנוסע נסע ליממה אחת למטרת רכישת הסיגריות ולצורך מכירתן ולעשיית רווח.

3. מדובר בתופעה שהפכה להיות מכת מדינה - יציאת בחורי ישיבה לחו"ל לצורך רכישת סיגריות, טובין עתירי מס, והעברתם במסלול הירוק לשם מכירתם. קיים אינטרס ציבורי לצורך הרתעת הנוסע ובחורי ישיבה אחרים שהעונש יהיה פומבי ומרתיע ויכלול רכיב מאסר. לפיכך, יש מקום להגיש כתב אישום בגין הפרשה ואין להסתפק בהטלת קנס מינהלי.

29. עיינו הרואות כי נימוקי המאשימה להגשת כתבי האישום כנגד אליהו ובקר ושלא להסתפק בקנס מנהלי מבוססים על שלושה אדנים מרכזיים:

א. קיומו של אינטרס ציבורי להרתיע "בחורי ישיבה" בכלל, ואת אליהו ובקר בפרט, מהמשך ביצוען של עבירות של הברחת סיגריות תוך השתמטות מתשלום המיסים שחלים עליהם.

ב. התופעה הפסולה של הברחת סיגריות תוך השתמטות מתשלום המיסים שחלים עליהם הפכה ל-"מכת מדינה". מובהר בזאת כי הנימוק של "מכת מדינה" נאמר ברחל בתך הקטנה במזכר לגבי בקר, אך לא צוין במפורש במזכר לגבי אליהו. מכל מקום, מאחר ושניהם הוגדרו כבחורי ישיבה במזכרים שנרשמו בעניינם וניסו להבריח כמות זהה של סיגריות, אתייחס לנימוק זה כחל על שניהם.

ג. מדובר בכמות מסחרית של קרטונים של סיגריות והדבר מצדיק הגשת כתב אישום ומוציא את בקר ואליהו מהתחום של הקנס המנהלי.

30. נעמוד להלן על כל אחד מהטעמים שהובאו על ידי המאשימה על מנת לבחון אם מדובר בטעמים "בני משקל", שעומדים באמות המידה של המשפט המנהלי.

ה. 2. היעד של הרתעת "בחורי ישיבה"

31. הדעה המקובלת היא שרשות מנהלית אמורה לקבל את החלטותיה לאור ערכי היסוד של השיטה המשפטית, לרבות החובה לשמור על עיקרון השיוויון, אשר הינו הצד השני של המטבע בדבר איסור הפליה. בעת שרשות מנהלית לוקחת בחשבון שיקול שלכאורה מנוגד לערכי היסוד של השיטה המשפטית, הדבר מעלה "חשד" שמדובר בשיקול זר, אשר יש בו בכדי ללמד על חוסר סבירות בקבלת ההחלטה (ראו: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התש"ע - 2010) כרך ב, עמי 641 - 643). שיקולים "חשודים" כוללים בתוכם שיקולים שיש בהם בכדי להעדיף קבוצה חברתית מסוימת על פני קבוצה אחרת, כגון העדפה על בסיס השתייכות מגדרית (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד (2) 309 (1988)) או העדפה על בסיס השתייכות אתנית לאומית (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד (1) 258 (2000)).

32. היעד של הרתעת "בחורי ישיבה", מעצם היותם כאלה, כשיקול להעדיף את המסלול של כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי, הינו נגוע ב-"חשד" שמדובר בשיקול זר. המאשימה טוענת כי קיים אינטרס ציבורי להרתיע בחורי ישיבות מביצוע עבירות של הברחת סיגריות בכמויות מסחריות במסלול הירוק וזאת לאור כך שרובן של עבירות אלו, מבוצעות על ידי "בחורי ישיבה", תופעה שהפכה ל-"מכת מדינה". יאמר כבר עתה, כפי שאבהיר בהרחבה בהמשך, שלא הוכח בפני שרוב רובן של עבירות אלה אכן מבוצעות על ידי בחורי ישיבה וגם לא הוכח שמדובר במכת מדינה. מעבר לכך, הלכה פסוקה היא שההליך הפלילי צריך שיעשה על פי עקרונות כלליים שחלים באופן שוויוני על כלל האוכלוסייה ואין לנקוט במדיניות של אכיפה וענישה שתיצור הפליה בין קבוצות אוכלוסייה שונות. ב-ע"פ 5535/12 **כאברי ני מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (1.5.13), בפסקה 17 בפסק דינו של כבוד השופט דנציגר נקבע כדלקמן:

"יתר על כן, **גזירת עונש בהתאם למוצאו של אדם, מינו, העדתו או דתו כמוה כשקילת שיקולים זרים**. לא זאת אף זאת, מדיניות ענישה המביאה בחשבון את מוצאו האתני של אדם, או השתייכותו החברתית עלולה לגרור השלכות חברתיות קשות כגון תיוג שלילי והכתמה של הקבוצה הרלבנטית. בעניין זה הדגישה השופטת א' חיות בע"פ 3683/12 **צוקי ני מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.12.12) (להלן: **עניין צוקי**) כי יש להימנע בנדון "מהכללות שאין להן מקום".

(ההדגשה במקור)

הדברים הנ"ל שנאמרו לגבי החובה לנהוג בשוויון בעת גזירת הדין, עם כל רבדי האוכלוסייה, במנותק מהשתייכותם הקבוצתית, הם טובים ונכונים גם לגבי החובה לנהוג בשוויון **בדרכי האכיפה** של נורמות מהמשפט הפלילי על קבוצות חברתיות שונות.

33. כמו כן, בפסיקה נקבע שאין מקום לעשות הפליה לטובה של בחורי ישיבה ש-"תורתם אומנותם" בהשוואה לסטודנטים בהשכרת דיור מסובסד (בג"ץ 1/98 **כבל נ' ראש ממשלת ישראל** פ"ד נג (2) 241 (1999)). בנוסף, נקבע שאין להפלות לטובה בחורי ישיבה ש-"תורתם אומנותם" בענייני הנחות מארנונה לעומת סטודנטים (בג"ץ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפני!** פ"ד נה (3) עמי 673 (2001)). הבסיס לביטול הטבות יתר שניתנות לבחורי ישיבות במקרים שציינתי הוא, בין השאר, היעדר קיומה של **זיקה עניינית** בין אותה הטבת יתר לבין עובדת היותם בחורי ישיבה, ואשר תצדיק הפלייתם לטובה ביחס לקבוצות אחרות באוכלוסייה (כגון סטודנטים). על אותו משקל, כפי שאין להפלות **לטובת!** של בחורי ישיבות בקבלת זכויות אזרחיות כאלה ואחרות, בהיעדר בסיס מוצדק לכך, כך גם אין להפלות **לרעת!** בכל הנוגע לדרך אכיפתן של נורמות מהמשפט הפלילי, וזאת בהיעדר קיומה של זיקה עניינית בין עובדת היותם בחורי ישיבה לבין דרך האכיפה שיש לנקוט בה בעניינם.

34. לסיכום, הנני קובע כי הנימוק שנעשה בו שימוש במזכר לגבי אליהו ובמזכר לגבי בקר, שיש להרתיע בחורי ישיבות בכלל ואת אליהו ובקר בפרט, על מנת להצדיק הגשת כתב אישום ואי הסתפקות בקנס מנהלי, הינו **נימוק פסול הנוגע בשיקול זר**. יתר על כן, מן הראוי לציין שנימוק זה חזר על עצמו גם בתיקים אחרים שנדונו בפני ואשר בהם הוחלט על הגשת כתבי אישום כנגד בחורי ישיבה ושלא להסתפק בקנס מנהלי בעניינם (ראו למשל: ת"פ 61679/01/12 **בית המכס נתב"ג לוד נ' יויר** [פורסם בנבו] [11.11.13]). כאמור, המאשימה טענה שרוב התיקים שיש בהם הברחות של קרטוני סיגריות בכמויות מסחריות במסלול הירוק, מבצעי העבירות הינם בחורי ישיבות. מן הראוי לציין שאיסוף נתונים על מבצעי עבירות, תוך התייחסות להשתייכותו הקבוצתית של מבצעה של אותה עבירה, וזאת על מנת לגבש מדיניות אכיפה ייחודית כלפי אותה קבוצה ספציפית, **הוא פסול כשלעצמו**.

ה. 3. מכת מדינה

35. המאשימה טענה כי התופעה של הברחת סיגריות בכמויות מסחריות, לרבות על ידי בחורי ישיבה, הפכה ל-"מכת מדינה". הלכה פסוקה היא שלערכאה דיונית הנחשפת למספר גדול של כתבי אישום בתיקים דומים, מרווח שיקול דעת וגמישות להסיק מסקנות אודות

התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים, אף אם לא הובאה בפניה נתונים עובדתיים חד משמעיים. עם זאת, בטרם יתייחס השופט היושב לדין לתופעה עבריינית כאל "מכת מדינה", שיקול שעשוי להצדיק החמרה ברף הענישה, ינקוט הוא בזהירות המתחייבת כאשר טוב יעשה אם יעלה בידו להסתמך על **נתונים אמפיריים** או אחרים שיש בהם כדי לעגן את מסקנתו (ע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] [1.5.13] פסקאות 13 ו-14 לדעתו של כבוד השופט דנצינגר, פסקה אי לדעתו של כבוד השופט רובינשטיין וכן פסקה אי לדעתו של כבוד השופט שוהם).

36. במקרה שבפני, המאשימה הביאה נתונים שונים לגבי העבירה של הברחת סיגריות במסלול הירוק בנמל התעופה. נתונים אלה הובאו בעקבות הוראה שנתתי למסור מידע לנאשמים עקב בקשה לקבלת חומר חקירה שהוגשה על ידם על מנת לנסות לבסס את הטענה בדבר אכיפה בררנית שאותה הם מעלים. המאשימה הביאה נתונים כלליים לגבי מספר התפיסות של הברחות של סיגריות במסלול הירוק במהלך השנים 2010, 2011 ו-2012. להלן סיכום הנתונים:

שנה	ס, כל התפיסות	התפלגות תפיסות לפי כמות קרטונים	התפלגות תפיסות בין בחורי ישיבה לבין מי שאינם בחורי ישיבה
2010	1,429	לא ידוע	לא ידוע
2011	1,350	לא ידוע	לא ידוע
2012	1,157	לא ידוע	לא ידוע

37. מתוך הנתונים הנ"ל עולה שמשנת 2010 ועד 2012 ישנה **ירידה** בכמות התפיסות משנה לשנה. בנוסף לכך, המאשימה לא הביאה נתונים לגבי אופן התפלגות התפיסות השונות לפי כמות הקרטונים, קרי כמה תפיסות היו בכמויות מסחריות וכמה היו בכמויות שאינן מסחריות. יתר על כן, המאשימה גם לא הביאה נתונים סטטיסטיים לגבי אופן התפלגות התפיסות בין מי שזוהו כבחורי ישיבה לבין אלה שלא זוהו כבחורי ישיבה. הדבר נכון בכל אחת מהשנים 2010, 2011 ו-2012. היעדר קיומן של נתונים סטטיסטיים או אמפיריים מקשה על קבלת הטענה בדבר קיומה של "מכת מדינה" של הברחת סיגריות, בין בכלל על ידי הציבור הרחב ובין בפרט על ידי בחורי ישיבה.

38. יתר על כן, המאשימה טענה כי הבאת מסד נתונים מלא שיש בו בכדי להסביר את המידע החסר מהטבלה שהבאתי לעיל, יש בו בכדי להכביד על עבודתה השוטפת של המאשימה לאור ריבוי התיקים. המאשימה הסתפקה בהבאת **מדגם** של תיקים, אשר נבדקו על ידה לצורך ההליך שבפני וזאת לגבי שלוש השנים 2010, 2011 ו-2012. מסד הנתונים מבוסס על מדגם של 15 קנסות מנהליים לכל שלוש השנים וכן מדגם של 34 כתבי אישום שהוגשו במהלך שלוש השנים.

39. לדעתי אין במדגם זה בכדי להניח בפני בית משפט תשתית ראייתית מספקת לצורך הסקת מסקנה בדבר קיומה של "מכת מדינה" של הברחות של כמויות מסחריות של קרטוני סיגריות במסלול הירוק, לרבות על ידי בחורי ישיבה, וזאת לאור האחוז המזערי של התיקים שהובאו במדגם: 51 מקרים (15+34), מתוך הכמות הכוללת של התפיסות שעומדת על 3,936 תפיסות. במילים אחרות, המדגם שהובא נוגע רק ל- 1.3% מסך העבירות של הברחת סיגריות במסלול הירוק במהלך השנים 2010, 2011 ו-2012, כאשר בית המשפט נותר ללא מידע לגבי 98.7% מהתיקים. על כן, ישאל השואל, היכן מכת המדינה?

40. ואם לא די במה שנאמר עד כה, מתוך 34 התיקים המדגמיים שבהם הוגש כתב אישום, ישנם עשרה מקרים שהנימוק להגשת כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי היה "בקשה להישפט" על ידי הנוסע, היינו מקרים מובהקים שלא היה מדובר בהפעלה של שיקול דעת על ידי הרשות השלטונית בהגשת כתב אישום אלא מיצוי זכות דיונית על ידי הנוסע עצמו. יוצא מכך, שהחלק במדגם שעניינו כתבי אישום שהוגשו, מצטמצם מ-34 ל-24 תיקים, וזאת לאחר ניכוי אלה שביקשו להישפט.

41. לסיכום, הנני קובע כי טענת המאשימה שקיימת "מכת מדינה" שלפיה בחורי ישיבות מבצעים הברחות בכמויות מסחריות של קרטונים של סיגריות בנמל תעופה, איננה טעם "בן משקל" לצורך העדפת המסלול של כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי. הבסיס לקביעה זו הוא בכך שהמאשימה לא הביאה נתונים אמפיריים מתאימים על מנת להוכיח קיומה של מכת מדינה.

ה.4 הכמות שהוברחה היא "כמות מסחרית"

42. הנימוק השלישי שהביאה המאשימה להצדקת הגשת כתבי האישום כנגד בקר ואליהו הוא שכל אחד מהם

הבריה כמות מסחרית של קרטונים של סיגריות (100 קרטונים ו-99 קרטונים, בהתאמה), וזאת כנימוק משמעותי שמצדיק העדפת המסלול של הגשת כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי. מקובלת עליי טענת המאשימה שה- "כמות" של הקרטונים שהוברחו הינה בגדר שיקול מנחה אם להגיש כתב אישום או להסתפק בקנס מנהלי. אלמנט הכמות יש בו בכדי לתת המחשה של "מידת הנזק" שנגרם מביצוע העבירה (ראו בעניין זה בהרחבה גזר דין שנתי בעניין ת"פ (רמי) 61679-01-12 **בית המכס נתב"ג לוד נ' וינר** [פורסם בנבו] (11.11.13), פסקאות 42 - 52).

43. אלמנט **הכמות** הוכר בפסיקה כשיקול משמעותי ביותר לצורך מידת הנזק שנגרם מביצועה של עבירה מסוימת. נביא מספר דוגמאות לכך: עבירות סמים (קרי, כמות הסם שאותה נאשם החזיק, סחר או יבא, הוא שיקול מנחה בעת קביעת סוג ומידת העונש שיוטל עליו) (ע"פ 5741/11 **סוארכה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.1.13) פסקה 3 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל); עבירות נשק (קרי, כמות הנשק שנאשם החזיק או סחר בו) (ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.6.13) פסקה 10 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל); עבירות חורג שלא כדין) (רע"פ 8701/08 **וונש נ' המועצה המקומית לתכנון ובניה לודי!** [פורסם בנבו] (3.6.09); עבירות מס לגבי היקף ההכנסות שהועלמו (קרי, "כמות" ההכנסה שהועלמה) (רע"פ 4684/12 **נחלי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (14.6.12); רע"פ 7790/13 **חייל נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.11.13); וכן השוו עם הוראות סעיף 220 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש) התשכ"א - 1961). ככל "שהכמות" גדולה יותר גובר השיקול להעמיד את מבצע העבירה לדין וכן גובר הצורך להחמיר בענישה.

44. על כן, ברי כי השיקול של כמות קרטוני הסיגריות שהוברחו הינו שיקול לגיטימי וראוי שעל המאשימה לקחתו בחשבון בבואה להחליט אם להגיש כתב אישום או שמא להסתפק בקנס מנהלי. לדעתי, שיקול זה יש בו בכדי להשפיע גם על השאלה איזה עבירות יכללו בכתב האישום: האם להסתפק בעבירה היחסית מינורית לפי תקנה 42 לתקנות המכס או שמא להוסיף עבירות נלוות נוספות כפי שנעשה במקרה שבפני ואשר יש בהן בכדי לתת נופך גדול יותר של חומרה לעבירות שבוצעו.

45. מקובלת עליי טענת המאשימה כי כמות של כ-100 קרטונים של סיגריות הינה כמות משמעותית שיש בה בכדי להצדיק הגשת כתב אישום. אולם, הדבר הוא נכון כל עוד קיימת אצל המאשימה מדיניות אכיפה **עקבית** שחלה על כלל הציבור והסטייה ממדיניות זו תהיה רק במקרים חריגים ומיוחדים. מתוך בדיקת הנתונים המדגמיים שהובאו על ידי המאשימה (בהתחשב גם בקושי שעמדתי עליו לעיל להסתמך על נתונים מדגמיים אלה), קשה להשתחרר מהרושם שיש העדר עקביות אצל המאשימה באופן יישום השיקול של כמות הקרטונים כשיקול מנחה ועיקרי אם להגיש כתב אישום או להסתפק בקנס מנהלי.

46. המאשימה הביאה מדגם של 15 דוגמאות של מקרים מהשנים 2010, 2011 ו-2012, שבהם היה מדובר בהברחה של קרטונים של סיגריות בטווח כמויות שנע בין 82 ועד 150 קרטונים, ואשר בהם בחרה להסתפק בקנס מנהלי. במקרה אחד, היה מדובר בנוסעת שסבלה מבעיות פסיכיאטריות. במקרה שני, היה מדובר בנוסע שהיה חולה סרטן. במקרה שלישי, היה מדובר בנוסע קטין. בשלושת המקרים האמורים, מקובל עליי שמדובר בנסיבות חריגות שמצדיקות הפעלת שיקול דעת מיוחד שלא להגיש כתב אישום ולהסתפק בקנס מנהלי, על אף שמדובר בכמות מסחרית. לגבי **12 המקרים הנותרים**, לא ניתן כל הסבר על ידי המאשימה מדוע בחרה את המסלול של קנס מנהלי ולא הגישה נגד אותם נוסעים כתב אישום. 12 המקרים הנותרים כוללים בתוכם ארבעה בחורי ישיבה, ארבעה נוסעים שאינם בחורי ישיבה והארבעה הנותרים הוגדרו כ-"לא ידוע".

47. המדגם שהמאשימה בחרה להביא בנוגע למקרים שבהם בחרה להסתפק בקנסות מנהליים ולא להגיש כתב אישום, יש בו בכדי ללמד על הפלייה בשלושה מישורים: הפליה בין הנאשמים לבין בחורי ישיבה אחרים (ארבעה מקרים); הפליה בינם לבין מי שאינם בחורי ישיבה (ארבעה מקרים); הפליה בינם לבין כל אלה שהוגדרו כ-"לא ידוע" (ארבעה מקרים).

48. במקרה שבפני, בכל הנוגע לנתון המרכזי שעל פיו יש להכריע את השאלה אם יש מקום להגיש כתב אישום או להסתפק בקנס מנהלי, והוא הנתון של **כמות** הסיגריות שמוברחות במסלול הירוק, המאשימה לא הבהירה מה היא מדיניות האכיפה הנהוגה במשרדיה, בכל העניינים שלהלן:

א. בעת שמדובר בהברחה של קרטוני סיגריות במסלול הירוק, מה היא הכמות שתיראה על ידה ככמות "מסחרית", שתצדיק הגשת כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי. בעת שיהיו הנחיות מנהליות ברורות במשרדי המאשימה, לגבי ההגדרה של "כמות מסחרית" שתצדיק הגשת כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי, הדבר ימנע קיומם של מקרים בלתי מוסברים שבהם הוחלט להסתפק בקנס מנהלי על אף הכמות המסחרית.

ב. מה הכמות של קרטוני הסיגריות שהוברחו שממנה ומעלה יוגש כתב אישום שיכלול רק את הוראת החיקוק של תקנה 42 לתקנות המכס, ומה הכמות שממנה ומעלה יוגש כתב אישום שיכלול גם את העבירות הנלוות המחמירות יותר.

49. בפועל, לא ידוע מה היא **מדיניות** האכיפה הנהוגת אצל המאשימה בכל הנוגע לעבירות של הברחת סיגריות במסלול הירוק לגבי שני היבטיו של נושא "הכמות" כפי שציינתי לעיל. על כן, הכלל במשפט המנהלי שלפיו המאשימה רשאית לסטות ממדיניות האכיפה הקיימת אם מצאה אותה שגויה או בלתי מתאימה או שקיימות נסיבות חדשות שמצדיקות סטייה ממנה, איננו ישים במקרה שלפני מהטעם הפשוט שלא ידוע מה היא המדיניות הנהוגה.

50. העדר פרסום של הנחיות מנהליות שמשמשות רשות שלטונית בבואה להפעיל את שיקול דעתה אין בה לא סבירות ולא היגיון ונוגדת מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי (בג"ץ 5537/91 **אפרתי נ' אוסטפלד** פ"ד מו (3) 501, 514 (1992)). במצבים שבהם אין הנחיות מנהליות ברורות שמתוות מדיניות אכיפה הדבר עלול להוביל לחשש ששיקול הדעת המנהלי מופעל בצורה לא שוויונית ואף שרירותית (פסק דין **פר&**, פסקה 34 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן). על מנת שהמאשימה תבטל חשש זה, עליה לפרסם הנחיות מנהליות ברורות לגבי מדיניות האכיפה בעבירות של הברחת סיגריות במסלול הירוק, תוך התייחסות לנתון

האובייקטיבי והשוויוני של "**כמות הברחה**". בהנחיות אמורה להיות התייחסות לדרגות שונות של כמויות (או למתחמי כמויות). ניתן לחשוב על שלוש דרגות שונות של כמויות:

א. כמות בדרגה נמוכה: דרגה זו לא תצדיק הגשת כתב אישום ויש להסתפק לגביה רק בקנס מינהלי. במסגרת דרגה זו ניתן להוסיף גם הנחיות שנוגעות לעבריינים חוזרים, כך שהישנות ביצוען של הברחות של סיגריות על ידי אותו אדם בכמויות שאינן מסחריות עשויה להצדיק הגשת כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מינהלי. הדבר עולה בקנה אחד גם עם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שכאשר מדובר בעבריינים חוזרים יש להעדיף את המסלול של כתב אישום על פני המסלול של קנס מינהלי (ראו: סעיף 5.2.6 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שמספרה 4.3041 (60.004) ועניינה "**נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המנהליות תשמ"ו - 1985**"; ראו גם גיורא עמיר **עבירות מס ועבירות הלבנת הון** (הוצאת סדן, 2008), בעמ' 102).

ב. כמות בדרגת ביניים: דרגה זו תצדיק הגשת כתב אישום אך רק בעבירה לפי תקנה 42 לתקנות המכס, ללא העבירות הנלוות המחמירות;

ג. כמות בדרגה גבוהה: דרגה זו תצדיק הגשת כתב אישום שיקלול הן את העבירה לפי תקנה 42 לתקנות המכס והן את העבירות הנלוות המחמירות.

51. עריכתם של הנחיות מעין אלה יש בה בכדי לחסוך העלאת טענות של אכיפה בררנית, שמאריכות את ההתנהלות הדיונית. הנחיות אלה, גם יתנו כלים בידי בית המשפט לבדיקת אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי אם להגיש כתב אישום או לא. קבלת טענת אכיפה בררנית עשויה לסייע לא רק לעשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשם קונקרטי, אלא יש בה אף משום הגשמה של האינטרס הציבורי הרחב בפעולה תקינה של רשויות השלטון, ע"י עידוד גיבוש מדיניות אכיפה ברורה והנחיות מנהליות מתאימות (**פסק דין פרץ**, פסקה 26 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

52. מן הראוי לתת את הדעת לשני פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון שבהם היה

מדובר ברשות שלטונית שפעלה שלא על פי הנחיות מנהליות ברורות:

א. רע"פ 3676/08 **זנו נ' מדינת ישראל** [פורסם בנוב] (27.7.09). במקרה זה היה מדובר באופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי על ידי רשות הרישוי בבואה לפסול נהגים מלהחזיק רישיון נהיגה מכח סעיף 56 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] התשכ"א - 1961, ואשר מסמיך את רשות הרישוי לפסול את רישיונו של נהג אם הובאו בפניה ראיות כי נהיגתו מהווה סכנה לעוברי דרך או שהוא פרוע או מופרע. במקרה זה, רשות הרישוי פעלה ללא הנחיות מנהליות בשלילת רישיונם של נהגים שונים, דבר שגרם לחוסר אחידות בתקופות הפסילה שהוטלו על נהגים שונים וכן חוסר עקביות בשקילתם של שיקולים שונים והמשקל שיש לייחס לכל שיקול ושיקול. בית המשפט קבע שכאשר רשות הרישוי פועלת ללא אמות מידה וכללים ברורים, החלטותיה חוטאות בחוסר שוויון ולעיתים בשרירותיות מעצם טיבן ונוגדות את כללי המנהל התקין. בהעדר קיומן של הנחיות מנהליות ברורות, רשות הרישוי לא יכולה להיכנס ב-די אמותיו של סעיף 56 לפקודת התעבורה ולעשות שימוש בשיקול דעתה וכי רק לאחר שיקבעו כללים אובייקטיביים, עניינים וברורים, תוכל לממש את סמכותה ולהפעיל את שיקול דעתה שהותווה לה על ידי המחוקק (ראו פסקאות 36 ו-37 לפסק דינו של כבוד השופט גיבוראן). בעקבות כך, החלטות רשות הרישוי בדבר פסילת רישיונם של נהגים שונים שעניינם נדון באותו ערעור, בוטלו.

ב. בג"ץ 1719/11 **פונדקי נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב יפו** [פורסם בנוב] (19.11.13). במקרה זה, היה מדובר בעובד מדינה שהורשע בבית משפט בביצוע עבירה של מעשה מגונה. בנסיבות אלה, על פי חוק שירות המדינה (משמעת) התשכ"ג - 1963, קיימות שתי דרכים לפיטוריו של עובד שהורשע בעבירה שיש עימה קלון: **מסלול משמעת** - שעניינו הגשת קובלנה לבית הדין למשמעת וביורר העניין בפני בית הדין, ו**מסלול מנהלי** - פיטורי העובד מכח החלטה מנהלית וזאת בשל עצם הרשעתו בעבירה שיש עימה קלון. על מנת לתת לעובדי מדינה את יומם, המסלול העדיף הוא המסלול המשמעת. באותו מקרה, הוחלט להשתמש במסלול המנהלי. בית המשפט העליון קבע שהחלטה לעשות שימוש במסלול המנהלי היתה שגויה ונתן את דעתו לכך **שלא קיים נוהל מסודר או מדיניות ברורה** בכל הנוגע לשאלה מתי יש לבחור בהליך פיטורין במסלול המנהלי ומתי יש לבחור בהעמדה לדין במסלול המשמעת. בנסיבות אלה שבהן לא היו הנחיות מנהליות ברורות אימתי יש לבחור במסלול המנהלי ואימתי יש לבחור במסלול המשמעת, כבוד השופט דפנה ברק ארז שנתנה את דעת הרוב, קבעה שיש להשיב את העותר לעבודתו ולבטל את החלטה המנהלית לפטרו (פסקאות 5 ו-6 לפסק דינה). כבוד השופט דנציגר הצטרף לדעתה. כבוד השופט הנדל היה בדעת מיעוט.

53. סיכומו של דבר, לאור העובדה שמהנתונים המדגמיים שהובאו על ידי המאשימה עולה שישנם 12 מקרים במהלך השנים 2010, 2011 ו-2012 של אי הגשת כתב אישום והסתפקות בקנס מנהלי (מתוך מדגם של 15 מקרים), ובהעדר קיומן של הנחיות מנהליות ברורות מה הכמות הרלוונטית שתוביל להגשת כתב אישום - הרי שנחלשת טענתה של המאשימה שהינה פועלת בצורה שוויונית לגבי כלל האוכלוסייה. חולשה זו יוצרת קושי לקבוע שהטעם של "כמות"

הקרטונים שהבריוח הנאשמים הוא טעם "בן משקל" שמצדיק הגשת כתב אישום כנגדם ושלא להסתפק בקנס מנהלי.

ה.5 סיכום ביניים

54. במקרה שבפני, מדובר בסיטואציה של "**שיקולים מעורבים**" בקבלת ההחלטה להגשת כתבי האישום כנגד בקר ואליהו ושלא להסתפק בקנס מנהלי. שיקולים מעורבים אלה כוללים: שיקול **פסול** של הרתעת בחורי ישיבות; שיקול **לא מוכח** של מכת מדינה; וכן שיקול **לגיטימי** של הכמות המסחרית של קרטוני הסיגריות שהוברחו. הגישה המקובלת היא שכאשר מדובר בשיקולים מעורבים (שחלקם זרים וחלקם לגיטימיים), על בית המשפט לנסות לבחון מה הוא השיקול **הדומיננטי** שהשפיע על קבלת החלטת הרשות (דפנה ברק ארז **משפט מנהלי** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין התש"ע - 2010) כרך בי עמי 667 - 669).

55. בנוסף, בפסיקה נהוגה הדוקטרינה של "**בטלות יחסית**" בכל הנוגע לסוג **הסעד** שלו יזכה מי שנפגע מהחלטה בלתי סבירה של רשות שלטונית (פסק דין **פרץ**, פסקאות 33 ו-34 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן). במסגרת הדוקטרינה של "בטלות יחסית" על בית המשפט לבחון אם מי שנפגע מההחלטה המנהלית הפסולה, היה זכאי לסעד גם אילו לא ההחלטה הפסולה. אם ממילא הוא לא היה זכאי לסעד, הרי שאין נפקות מעשית לפגם שנפל בהחלטת הרשות ועקב כך ההחלטה תמשיך לעמוד בעינה ולא תבוטל. בית המשפט רשאי גם להעביר "עיפרון כחול" על אותם שיקולים פסולים שנבחנו ע"י הרשות בעת קבלת החלטתה ולבחון אם השיקולים הנותרים הלגיטימיים הם מספיק כבדי משקל כדי להצדיק שלא לבטל את ההחלטה המנהלית. בכל מקרה, דוקטרינת "הבטלות היחסית" עדיין יכולה להוביל לביטול ההחלטה המנהלית במקרים המתאימים (דפנה ברק ארז, **משפט מנהלי** (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין התש"ע - 2010) כרך בי, עמי 807, 834 - 839).

56. ישנם שני טעמים שבאופן ברור אינם "בני משקל" לצורך העדפת המסלול של הגשת כתב אישום על פני המסלול של קנס מנהלי: היותם של בקר ואליהו בחורי ישיבות והעובדה שהטענה בדבר "מכת מדינה" לא הוכחה. אין ספק ששני טעמים אלה העיבו על תהליך קבלת ההחלטה בהגשת כתב האישום. טעמים אלה חזרו על עצמם גם בהגשת כתבי אישום כנגד נאשמים אחרים וזאת כפי שעולה מהנימוקים שצורפו למדגם של 34 תיקים, כפי המידע שהובא על ידי המאשימה. ריבוי המקרים שהוצגו בפני ואשר נעשה בהם שימוש בשני הטעמים האמורים מלמד שנימוקים אלה הינם מרכזיים באופן הפעלת שיקול דעתה של המאשימה בהגשת כתבי אישום.

57. שני הטעמים שקבעתי שבאופן ברור אינם "בני משקל", ניתן היה להעביר עליהם "עיפרון כחול" ולהתעלם מהם ולקבוע כי ההחלטה להגשת כתבי האישום כנגד בקר ואליהו היא ראויה, אילו הטעם הלגיטימי של הכמות המסחרית היה יכול לעמוד לבדו. בפועל, אין הדבר כך. כאמור, אין מדיניות אכיפה עקבית לגבי אופן יישום השיקול של "כמות" הקרטונים המוברחים, דבר המוליד מקרים בלתי מוסברים שבהם לא הוגש כתב אישום והמאשימה הסתפקה בקנס מנהלי, חרף קיומה של כמות מסחרית. חוסר העקביות נובע בעיקר מכך שאין הנחיות מנהליות ברורות בעניין.

58. על כן, הנני קובע כי ההחלטה המנהלית של המאשימה בהגשת כתבי אישום כנגד אליהו ובקר היא החלטה שעומדת בניגוד לעקרונות הסבירות במשפט המנהלי, מאחר ואיננה מבוססת על טעמים "בני משקל".

59. הקביעה שההחלטה המנהלית שהתקבלה בעניינם של אליהו ובקר להגיש נגדם כתב אישום, מנוגדת לעיקרון הסבירות במשפט המנהלי, מאחר והטעמים להגשת כתב האישום אינם "**בני משקל**", משמעה שנפל **פגם**

בכתבי האישום שהוגשו בעניינם כאמור בסעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי. התוצאה המעשית של קיומו של פגם בכתב האישום, הוא ביטול כתב האישום, כאמור בסעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי, וזאת להבדיל מזיכוי.

60. במקרה שבפני, ביטול ההחלטה של המאשימה להגיש כתבי אישום כנגד אליהו ובקר, איננה מובילה למסקנה שייצאו פטורים בלא כלום. **התוצאה המעשית היא שהנאשמים עוברים למסלול של קנס מנהלי.** ככל שלא ישלמו קנס זה, יש לנקוט כנגדם באפיקי הגביה המקובלים. ודוק, לא היתה כל טענה מטעם הנאשמים בדבר הפליה בינם לבין מבצעי עבירות אחרים בכך שכנגד מבצעי עבירות אחרים לא היתה אכיפה כלל, היינו לא הוגש כתב אישום וגם לא הוטל קנס מנהלי.

61. ניתן לסיים את הדיון כבר כעת, מאחר וממילא החלטתי להורות על ביטול כתבי האישום והחזרת שני הנאשמים למסלול של קנס מנהלי מכח הביקורת השיפוטית המנהלית על החלטות המאשימה בהגשת כתבי האישום. אף על פי כן, למען השלמת התמונה, אתייחס גם לטענה בדבר אכיפה בדרנית שאותה העלו הנאשמים.

ו. הטענה בדבר אכיפה בדרנית

62. הטענה בדבר אכיפה בדרנית שאותה מעלים הנאשמים מבוססת על שני רבדים: ראשית, הפליה בין הנאשמים לבין מבצעי עבירות אחרים (בחורי ישיבות למול מי שאינם בחורי ישיבות) עת שהוחלט להגיש נגדם כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי; שנית, כתב האישום בעניינם כולל בתוכו הן את העבירה המינורית של הברחת טובין במסלול הירוק

לפי תקנה 42 לתקנות המכס והן את העבירות הנלוות המחמירות שיש בהן בכדי לתת לכתב האישום נופך גדול יותר של חומרה.

63. ב-ע"פ 8551/11 **סלכני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (12.8.12) (פסקאות 14 - 22 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז) (להלן: **פסק דין סלכני**) נקבע שאת טענת האכיפה הדרנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות:

א. קבוצת השוויון: מה היא קבוצת השוויון שעימה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הדרנית;

ב. אכיפה בדרנית או אכיפה חלקית לגיטימית: באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה באותה קבוצת שוויון, כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בדרנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות;

ג. התשתית הראייתית: מה הוא הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בדרנית, באופן כללי, ובמשפט הפלילי בפרט.

נדון להלן בשלוש השאלות הללו כסדרן.

1. קבוצת השוויון שעליה נמנים הנאשמים

64. בפרק הקודם הבהרתי כי השיקול של המאשימה בהגשת כתב האישום כנגד הנאשמים במקום להסתפק בקנס מנהלי, בשל הצורך בהרתעת הקבוצה החברתית שעליה נמנים הנאשמים (בחורי ישיבות), הוא שיקול זר ופסול.

על כן, עובדת היותם של הנאשמים בחורי ישיבה, איננה רלוונטית לעניין הטענה בדבר אכיפה בררנית, מאחר וזו לא קבוצת השוויון הרלוונטית. במילים אחרות, קבוצת השוויון שעליה נמנים הנאשמים, צריכה להימדד על פי קריטריון אובייקטיבי שאמור לחול באופן שוויוני על כלל הנאשמים, תהא השתייכותם הקבוצתית אשר תהא. קריטריון אובייקטיבי ושוויוני זה הוא בעיני **"כמות הקרטוני"**

שהוברחו". כל אחד מהנאשמים שבפני הבריה כ-100 קרטונים של סיגריות במסלול הירוק במטרה להשתמט מתשלום המיסים החלים עליו. על כן, יש להשוות בין הנאשמים לבין מבצעי אותן עבירות **בכמות דומה** ולבחון האם הוגש נגדם כתב אישום, או שמא המאשימה הסתפקה לגביהם בקנס מנהלי.

2.1 אכיפה בררנית או אכיפה חלקית לגיטימית

65. על פי רוב, כאשר מועלית טענה של אכיפה בררנית, הדבר נעשה בנסיבות שבהן הטוען מצביע על מקרים רבים שבהם לא נעשתה אכיפה כלפי אחרים. במקרים מסוג זה, שבהם הטוען הוא במעמד של "שעיר לעזאזל" לכאורה, יש בסיס איתן לטענת אכיפה בררנית. עדיין, חשוב להוסיף ולברר האם האכיפה החלקית נעשית כחלק מקביעת סדרי העדיפויות והקצאת משאבים מוגבלים (**סלכאגי**, פסקה 19 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז). היכולת להצביע על מקרה בודד שבו לא ננקטו צעדים משפטיים, אינו מלמד על מצב של "שעירות לעזאזל". לעומת זאת, בהנחה שקיימים שני מקרים שנסיבותיהם דומות, נחלש לכאורה טיעון שיכולה להעלות הרשות לפיו מטבע הדברים אינה יכולה לנקוט באכיפה כלפי כולם (**שם**).

66. במקרה שבפני, בכל מקרה קיימת אכיפה של העבירות שעניין הברחת סיגריות במסלול הירוק והסיטואציה של העדר אכיפה בכלל לא מתעוררת. האכיפה יכולה ללוש אחת משתי צורות: האחת, קנס מנהלי והשניה, הגשת כתב אישום. מבצעה של העבירה של הברחת סיגריות במסלול הירוק, לא יוצא פטור בלא כלום ובכל מקרה הנאשמים גם לא טוענים שקיימת תופעה של העדר אכיפה באופן מוחלט כנגד מבצעי עבירה כלשהם. במילים אחרות, אין זה מסוג המקרים שבהם הרשות יכולה לטעון שמחמת משאבים מוגבלים היא מבצעת רק אכיפה חלקית לגיטימית. המחלוקת בין הצדדים, כאמור, נוגעת לשני עניינים עיקריים: הראשון, טענת הפלייה עקב הסתפקות בקנס מנהלי בעניינם של מבצעי עבירה אחרים שנמנים על אותה קבוצת שוויון, קרי הבריה **כמות דומה** של סיגריות במסלול הירוק; השני, טענת הפלייה למול אלה שהוגש נגדם כתב אישום שהבריה כמות דומה של סיגריות במסלול הירוק אך המאשימה בחרה להסתפק בעניינם רק בעבירה הקלה יותר לפי תקנה 42 לתקנות המכס ללא העבירות הנלוות החמורות יותר.

67. בנסיבות אלה, שבהן לא מדובר באכיפה **חלקית לגיטימית**, הטענה בדבר אכיפה בררנית בולטת ומזדקרת לעין ודורשת בחינה מעמיקה יותר של טענות הנאשמים, דבר שמוביל אותנו לשאלה השלישית שעניינה התשתית הראייתית.

3.1 התשתית הראייתית

68. הלכה פסוקה היא שטענה של אכיפה בררנית היא בבסיסה טענה עובדתית שהנטל על הנאשם להוכיח על ידי הנחת תשתית עובדתית מבוססת. רשות מנהלית, נהנית מחזקת תקינות המנהל, קרי, שחזקה על הרשות המנהלית שהחלטותיה נתקבלו כדין על פי אמות המידה הנהוגות במשפט המנהלי ועל מי שטוען אחרת הנטל להפריך את החזקה (**סלכאגי**, פסקה 20 ; בג"ץ 6396/96 **זקין נ' עיריית באר שבע** פ"ד נג (3) 289, 307 (1999)).

69. לענייננו, על מנת לקבל מידע שיש בו בכדי לבסס את הטענה בדבר אכיפה בררנית, הנאשמים הגישו בקשה לקבלת מידע לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, בהיותו חומר חקירה. בהחלטתי מיום 14.4.13 נעתרתי לבקשה זו ולא מצאתי צורך להפנות את הנאשמים להגשת עתירה מנהלית לבית המשפט המחוזי לפי חוק חופש המידע התשנ"ח - 1998.

70. המאשימה טענה שלאור כמות התפישות בשנים 2010, 2011 ו-2012 (שהן השנים הרלוונטיות שלגביהן הוריתי על מתן מידע) אין בידי המאשימה את היכולת, עקב הכבדה על עבודתה ומחסור בכח אדם, כדי לעבד את כל הנתונים ולהביא את כל ההתפלגויות של התפישות שנעשו בנמל התעופה בשל הברחת סיגריות במסלול הירוק. משפסלתי את השיקול של ההשתייכות הקבוצתית של מבצעי עבירות, כשיקול רלוונטי לעניין השאלה אם להגיש כתב אישום או להסתפק בקנס מנהלי, הרי אין כל משמעות להתפלגות הנתונים של מבצעייהן של עבירות אלה על פי השתייכות קבוצתית (בחורי ישיבה לעומת מי שאינם בחורי ישיבה). הנתון **המרכזי** שרלוונטי לענייננו, הוא אופן התפלגות הנתונים של מבצעי העבירות לפי **כמות** הקרטונים של סיגריות שהבריחו במסלול הירוק: מה מספר המקרים בכל שנה שבהם הוחלט על הגשת כתב אישום תוך הפעלת שיקול דעת מנהלי (להבדיל מבקשה להישפט שמגיש חשוד מסוים על פי יוזמתו); מה מספר המקרים שבהם הוחלט שלא להגיש כתב אישום ולהסתפק בקנס מנהלי; ובכל מקרה, יש להבהיר את אופן התפלגות הכמויות של קרטוני הסיגריות שהוברחו וכיצד הדבר השפיע על ההחלטה להגיש כתב אישום ולהסתפק בקנס מנהלי.

71. בית משפט העליון גילה הבנה שמשולבת בהסתייגות מהטיעון של רשויות המדינה שטענה של אכיפה בררנית יש בה בכדי להכביד על התביעה בבואם לעבד נתונים רבים שמצויים בידיה ואשר עליה למוסרם לנאשמים המעלים טענה זו. ב-ע"מ 1786/12 **גיולאני ני מדינת ישראל - המשרד לביטחון פנים** [פורסם בנוב' (20.11.13)] כבוד השופט ברק ארז ציינה את הדברים הבאים (פסקה 33):

"במבט הצופה פני העתיד, ניתן להוסיף, כי ככל שמערכות המחשוב של המשטרה והפרקליטות תשתכללנה וירבה בהם השימוש, כן תקטן, בהדרגה, ההכבדה הכרוכה בהפקת מידע מהמערכת. מבחינה זו, לא לעד תוכלנה הרשויות להישמע בטענה כי המידע שברשותן אינו ממוחשב, ומטעם זה, קשה להפיקו ולהציגו בפני מי שנדרשים לו. יצוין בהקשר זה כי טענת המשיבים לפיה היענות לבקשת המערערים יוצרת הכבדה משמעותית עקב כך שלא ניתן "לשלוף" מידע על כתבי אישום שעניינם עבירה קונקרטיה ממאגריהם, **מעוררת אי נחת**. זאת, שכן כבר בעניין **סגל (שם)**, בפסקה 42) שניתן לפני למעלה משנתיים, ציין בית משפט זה כי יש להניח שאף המשיבים יתרמו ממערכת מחשוב שתאפשר חיפוש מידע המתייחס לעבירות ספציפיות, ומכל מקום, עליהם לחתור לקידום חופש המידע באמצעות שימוש במערכות מחשוב מתאימות (ראו גם: דפנה ברק ארז "המשפט המנהלי בעידן המדינה האלקטרונית" **המשפט** יג 121 (2008))."

(ההדגשה לא במקור)

72. כפי שראינו לעיל, המאשימה הביאה מדגם של 15 תיקים, שנוגעים לשנים 2010, 2011 ו-2012, ואשר בהם היה מדובר בהברחה של סיגריות במסלול הירוק ואשר הוחלט להסתפק לגביהם בקנס מנהלי. בכל המקרים היה מדובר בכמויות מסחריות של קרטונים שהוברחו במסלול הירוק ואשר נעים בין 82 ועד ל-150 קרטונים. בשלושה מקרים הוחלט שלא להגיש כתב אישום ולהסתפק בקנס מנהלי, מסיבות שהן לכאורה לגיטימיות (מבצע עבירה קטין, מבצע עבירה חולה סרטן ומבצע עבירה עם רקע פסיכיאטרי). בשניים עשר המקרים הנותרים, היה מדובר בכמויות מסחריות, כאשר ארבעה ממבצעי העבירות היו בחורי ישיבות, ארבעה לא בחורי ישיבות וארבעה "לא ידוע". **בשניים עשר המקרים האמורים, לא היה כל הסבר בפי המאשימה מה מאבחן אותם משני הנאשמים שבפני**. מכאן גם הטענה המוצדקת של הנאשמים בדבר הפלייה פסולה.

73. בנסיבות אלה, הנני קובע כי הנאשמים עמדו בנטל להניח תשתית ראייתית ראויה בדבר קיומה של אכיפה בררנית בכל הנוגע להגשת כתבי אישום כנגדם ואי הסתפקות בקנס מנהלי. קביעה זו מובילה אותנו לפרק הבא שעניינו העברת נטל ההוכחה למאשימה להפריך את הטענה בדבר אכיפה בררנית.

4.1 העברת נטל ההוכחה למאשימה להפרכת הטענה בדבר אכיפה בררנית

74. בעת שנאשם מציג בסיס ראייתי לטענתו כי בוצעה לכאורה אבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים, מתערערת חזקת התקינות והנטל עובר אל כתפי הרשות המנהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית בררנית על פני הדברים - התבססה על שיקולים עניינים בלבד (פסק דין **פרץ**, פסקה 38 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

75. בפסק דין **פרץ** כבוד השופט פוגלמן היה בדעה שדי בהצבעה על מקרים ספורים, ובמקרים מסוימים אף על מקרה אחד, לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות (**פרץ**, פסקה 38). לעומת זאת, כבוד הנשיא גרוניס היה בדעה שאין במקרה זהה אחד ויחיד בו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב אישום במקרה דומה אחר. לדעתו של כבוד הנשיא גרוניס, על הנאשם להראות כי **לאור, זמן ובאופן שיטתי** (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו. כמו כן, הזכיר את הכלל במשפט המנהלי לפיו רשאית רשות מנהלית לשנות מדרכה ולסטות מהחלטות קודמות, או מהנחיות פנימיות בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת (**פרץ**, פסקה 4 לדברי כבוד הנשיא גרוניס). כבוד השופט גובראן הסכים עם דבריו של כבוד הנשיא גרוניס לפיהם על הנאשם להצביע על מדיניות שיטתית וממושכת של אי אכיפה, ולא על מקרים בודדים בלבד, על מנת להעביר את נטל ההוכחה לרשות להראות שאין אכיפה בררנית (**פרץ**, פסקה 4 לדברי כבוד השופט גובראן).

76. במקרה שבפני, במדגם שהביאה המאשימה היו שניים עשר מקרים אשר בהם לא הוגש כתב אישום והוחלט להסתפק בקנס מינהלי, וזאת מבלי שתצביע על קריטריון לגיטימי מאבחן בין אותם מקרים לבין הנאשמים שבפני. מקרים אלה אינם בגדר "מקרה בודד" של הפליה שאינו מצדיק התערבות שיפוטית בהחלטתה של המאשימה להגיש כתב אישום (כפי שהיה בפסק דין **פרץ**) אלא כמות נכבדה בהתחשב בסך המקרים שהמאשימה החליטה להביא "כמדגם מייצג", על פי שיטתה, ואשר משתרעים על פני פרק זמן של **שלוש שנים!**

77. לסיכום, במקרה שבפני המשקל **המצטבר** של כל הנתונים שלהלן מובילני למסקנה שהנטל חוזר למאשימה להוכיח שאיננה נוקטת בדרך של אכיפה בררנית בכל הנוגע לקבלת ההחלטה אם להגיש כתב אישום או להסתפק בקנס מנהלי לעניין העבירה של הברחת סיגריות במסלול הירוק:

- א. הנאשמים הניחו תשתית ראייתית ראשונית לפיה ב- 12 מקרים שונים שבהם היה מדובר בכמות מסחרית של הברחת קרטונים של סיגריות במסלול הירוק, המאשימה הסתפקה בקנס מינהלי מבלי להצביע על נתון רלבנטי שיש בו בכדי לאבחן את הנאשמים מעניינים של מבצעי העבירות באותם מקרים;
- ב. המידע של אופן התפלגות הנתונים לפי כמויות הקרטונים שהוברחו מצוי באופן **בלעדי** בשליטת המאשימה, וכל שנותר הוא רק לעבדו;

ג. למאשימה אין נתונים ברורים בכמה מקרים מתוך סך התפיסות שהיו בשנים 2010, 2011 ו-2012, הוחלט להגיש כתב אישום ובכמה מקרים הוחלט להסתפק בקנס מנהלי, עם דגש על הכמות שהוברחה בכל פעם;

ד. למאשימה אין הנחיות מנהליות ברורות אימתי יוגש כתב אישום ואימתי יש להסתפק בקנס מנהלי, לפי הקריטריון האוביקטיבי - שוויוני, בדבר כמות ההברחה. היעדר קיומן של הנחיות מנהליות יכול לשמש כנימוק בלעדי לביטול ההחלטה המנהלית, דבר שמייתר את הצורך לבחון את התשתית הראייתית שהביא נאשם להוכחת טענתו בדבר אכיפה בררנית (דפנה ברק ארז "אכיפה בררנית: מהזכות לסעד" **הסנגור** 200 (2013) עמי 14, 19);

ה. למאשימה אין הנחיות מנהליות כיצד כמות הקרטונים שהוברחו משפיעה על הוראות החיקוק שיופיעו בכתב האישום, היינו, אימתי יש להסתפק בעבירה לפי תקנה 42 לתקנות המכס ואימתי יש לצרף את העבירות הנלוות המחמירות.

78. משעבר נטל הראיה למאשימה, הנני קובע שהמאשימה לא הוכיחה שהגשת כתבי אישום נגד שני הנאשמים שבפני איננה בבחינת אכיפה בררנית לעומת מבצעי עבירות במקרים אחרים עם כמות הברחה דומה ואשר בעניינם הוחלט להסתפק בקנס מנהלי. קבלת הטענה בדבר אכיפה בררנית, יש בה משום ביסוס של טענת ההגנה מן הצדק שאותה העלו הנאשמים לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ואשר מובילה לביטול שני כתבי האישום כנגדם על פי סעיף 150 לחוק זה.

ז. סיכום ומסקנות

79. העולה מכל המקובץ הוא כדלקמן:

- א. דרך המלך בעת שמדובר בעבירה מנהלית, כגון הברחת סיגריות במסלול הירוק לפי תקנה 42 לתקנות המכס, היא הטלת קנס מנהלי ולא הגשת כתב אישום;
- ב. על המאשימה הנטל להוכיח שטעמיה להגיש כתב אישום ולא להסתפק בקנס מנהלי הינם בגדר טעמים "בני משקל";
- ג. בית המשפט רשאי לבצע ביקורת שיפוטית מנהלית על ההחלטה של המאשימה להגיש כתב אישום ולבחון אם הטעמים של המאשימה הינם "בני משקל", או לא;
- ד. הטעם הראשון שהביאה המאשימה בדבר הרתעת "בחורי ישיבה" בכלל, והנאשמים שנמנים על קבוצה זו בפרט, כנימוק להגשת כתבי האישום ולא להסתפק בקנס מנהלי, הוא בגדר שיקול זר ופסול;
- ה. הטעם השני שהביאה המאשימה שקיימת "מכת מדינה" של הברחת סיגריות בכמות מסחרית במסלול הירוק ע"י בחורי ישיבה, לא הוכח. על כן, ברי שאנו לא ניצבים בפני טעם שנמנה על הטעמים הלגיטימיים שמוגדרים כ- "בני משקל";
- ו. הטעם השלישי שהביאה המאשימה שהכמות המסחרית של קרטוני הסיגריות שהבריחו הנאשמים מצדיק הגשת כתב אישום, הוא טעם לגיטימי ונכון. עם זאת, טעם זה לא יכול לעמוד על שתי רגליו בהעדר קיומן של הנחיות מנהליות ברורות בנוגע לשאלה מה יחשב לכמות מסחרית ומה לא;
- ז. חובה על המאשימה לנסח הנחיות מנהליות ברורות בנוגע לאלמנט הכמות, שהינו נתון אוביקטיבי ושוויוני להבחנה בין מקרים שונים;
- ח. בהעדר טעמים "בני משקל", ההחלטה של המאשימה בהגשת כתבי אישום כנגד שני הנאשמים ושלא להסתפק בקנס מנהלי, היא החלטה בלתי סבירה;

ט. הקביעה שהחלטה של המאשימה להגשת כתב אישום כנגד הנאשמים ושלא להסתפק בקנס מנהלי איננה מבוססת על טעמים "בני משקל", כמוה כקביעה שנפל "פגם" בכתב האישום לפי סעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, ואשר מוביל למסקנה שיש לבטל את כתבי האישום לפי סעיף 150 לחוק זה, וכך אני מורה;

י. הנאשמים הצליחו להניח תשתית ראייתית ראויה שבמקרים דומים שבהם היה מדובר בכמות הברחה שדומה לכמות שאותה הבריחו, המאשימה בחרה במסלול של קנס מנהלי. על כן, עובר נטל ההוכחה למאשימה להפריך את הטענה בדבר אכיפה בררנית;

יא. המאשימה לא הצליחה להפריך את הטענה בדבר אכיפה בררנית;

יב. קבלת הטענה בדבר אכיפה בררנית משמעה קבלת הטענה בדבר הגנה מן הצדק שהעלו הנאשמים לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ואשר מובילה למסקנה שיש לבטל את כתבי האישום לפי סעיף 150 לחוק זה, וכך אני מורה;

יג. ביטול שני כתבי האישום שבפני אין משמעו ששני הנאשמים יוצאים פטורים ללא כלום. המשמעות של ביטול כתבי האישום היא ששני הנאשמים חוזרים למסלול של קנס מנהלי, וככל שקנס זה לא ישולם יש לנקוט כנגדם בהליכי גבייה בדרכים המקובלות.

80. מן הראוי להוסיף מספר דברים לגבי תיקים עתידיים שיבואו בפני בתי המשפט:

א. כלל ידוע הוא שבית המשפט איננו בא בנעליה של המאשימה בקביעת אמות המידה שיופיעו בהנחיות המנהליות שעליה לנסח, וזאת: בין לעניין הגדרת הכמות שתיחשב ככמות מסחרית ושתצדיק הגשת כתב אישום ושלא להסתפק בקנס מנהלי; ובין לעניין הגדרת הכמות שממנה ומעלה יוגשו כתבי אישום לפי סעיף 42 לתקנות המכס בלבד; ובין לעניין הגדרת הכמות שממנה ומעלה יוגשו כתבי אישום עם העבירות הנלוות המחמירות.

ב. בכל מקרה, אין בעובדה שהוריתי על ביטול שני כתבי האישום במקרה שבפני בכדי למנוע מהמאשימה להמשיך להגיש כתבי אישום במקרים אחרים שבהם מדובר בהברחה של כמות **דומה** של קרטונים של סיגריות. עם זאת, כפי שהבהרתי לעיל, מן הראוי שהדבר יעשה לאחר ניסוח הנחיות מנהליות ברורות שיפורסמו ויובאו לידיעת כלל הציבור לגבי אופן יישומו של שיקול "הכמות" של הסיגריות שהוברחו במקרים שונים.

ג. למאשימה גם נתון שיקול דעת לקבוע ולהגדיר מקרים חריגים ומיוחדים שבהם תהיה רשאית לסטות מהמדיניות שתתווה באותן הנחיות.

זכות ערעור כדין לבית המשפט המחוזי במחוז מרכז.

ניתנה היום, ל' אדר תשע"ד, 02 מרץ 2014, בהעדר הצדדים.