

## ת"פ 7577/05/12 - מדינת ישראל נגד מוחמד אבו שמלה

ת"פ 7577-05-12 מדינת ישראל נ' אבו  
שמלה  
28 מאי 2014

בית משפט השלום בטבריה  
בפני כב' השופט ניר מישורי לב טוב

בעניין:

המאשימה

מדינת ישראל

נגד

הנאשם

מוחמד אבו שמלה

נוכחים:

מטעם המאשימה עו"ד לני אלפורד

מטעם הנאשם בעצמו

### הכרעת דין

בפתח הדברים יצוין, כי הגעתי לכלל מסקנה שיש לזכות את הנאשם מחמת הספק ולחילופין שדין כתב האישום נשוא תיק זה להתבטל בהתאם להוראות סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: **החסד"פ**) וזאת, בשל קיומה של הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.

### האישום:

כנגד הנאשם הוגש ביום 3.5.12 כתב אישום בו נטען, כי ביום 14.2.12 בשעה 12.20, או בסמוך לכך, בשטח המצוי ליד קיבוץ גשר, עסק הנאשם בצוותא עם אישה אחרת בקטיף "עכובית הגלגל" (להלן: **עכובית** או **עכוב**) שהינו ערך טבע מוגן וזאת, ללא היתר.

עוד נטען, כי במקום נתפסו שני שקים ובהם עכובית במשקל כולל של 20 ק"ג.

על בסיס האמור לעיל, יוחסה לנאשם עבירה של פגיעה בערך טבע מוגן לפי סעיפים 33(ג) ו-57(א) לחוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998 (להלן: **החוק**), לפי סעיף 29 לחוק העונשין,

עמוד 1

התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**).

מעשהו של הנאשם, כך נטען, הינו בניגוד אף להוראות תקנה 2(א) לתקנות גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי לאום (איסור פגיעה בערכי טבע מוגנים), התשמ"ד-1983 (להלן: **התקנות**).

כמו כן, יוחסה לנאשם עבירה של החזקת ערך טבע מוגן, עבירה לפי סעיפים 33(ג) ו-57(א) לחוק.

### **ראיות המאשימה:**

להוכחת אשמתו של הנאשם, העיד מטעם המאשימה מר אלון לוי, אשר שימש בעת האירוע פקח מטעם הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (להלן: **הפקח**).

כמו כן, הוגש מטעם המאשימה טופס ברירת משפט מיום האירוע (**ת/1**) אשר נערך על ידי העד ותמונות אשר צולמו על ידו במהלך האירוע (**ת/2**).

### **ראיות הנאשם:**

להוכחת חפותו העיד הנאשם בעצמו. כמו כן, העידה מטעמו רעייתו, הגב' גאדה אבו שמלה.

### **גדר המחלוקת:**

בתוספת לאכרזת גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה (ערכי טבע מוגנים), התשס"ה-2005 (להלן: **האכרזה**), אשר העתק ממנה הוגש על ידי המאשימה במסגרת סיכומיה, נקבע כי הצמח "עכובית הגלגל" ובשמו המדעי *Gundelia tournefortii*, אשר בקטיפתו ובאחזקתו מואשם הנאשם, הינו ערך טבע מוגן.

לפיכך, ועל כך אין חולק, קטיפתו ואחזקתו של צמח זה מהווה עבירה על החוק.

הנאשם לא חלק על הטענה לפיה בשני השקים הנראים בתמונה 2 בת/2 מצויים צמחי עכובית הגלגל ולפיכך, ניתן לקבוע כבר בשלב זה כי עלה בידי המאשימה להוכיח כי במקום האירוע נתפסו שני שקים אשר בתוכם 20 ק"ג של צמח זה.

עם זאת, הנאשם ורעייתו מכחישים בכל תוקף כי עסקו בקטיף עכובית וכי השקים המתועדים בתמונה 2 בת/2 שייכים להם.

אין מחלוקת בין הצדדים, כי במועד הנזכר בכתב האישום היו הנאשם ורעייתו במקום ופגשו בפקח (ראה לעניין זה: דברי הנאשם בעמ' 4, שורות 11-12 וכן, דבריה של רעיית הנאשם בעמ' 12 שורות 15-16).

כמו כן, אין חולק כי בעת שניגש הפקח אל הנאשם ורעייתו, היו הם ישובים במקום (עמ' 8, שורות 9-10) וכי באותו המעמד הפקח האשימם בביצוע הקטיף (לעניין זה ראה דברי הנאשם בעמ' 4 שורה 12, ודברי רעייתו בעמ' 12 שורות 15-20).

בהקשר זה יצוין, כי הצדדים נחלקו בשאלה האם היו אנשים נוספים במקום. בעוד שלטענת הפקח רק הנאשם ורעייתו

היו במקום (עמ' 7, שורות 29-32) טען הנאשם כי במקום היו עוד אנשים רבים (עמ' 4, שורה 11).

מחלוקת נוספת אשר התגלעה בין הצדדים, הינה שאלת נוכחותו של אדם נוסף מכפר מצר אשר נהג לעבוד עם הפקח ואף נכח לטענת הנאשם ואשתו באירוע נשוא תיק זה.

הפקח הכחיש טענה זו וטען, כי במהלך הפעילות הוא היה לבדו במקום (עמ' 10, שורות 2-3).

## **דין והכרעה:**

### **ביטול כתב האישום כתוצאה מאכיפה בדרנית :**

הראיה המרכזית להוכחת אחריותו של הנאשם לביצוע העבירות אשר יוחסו לו במסגרת כתב האישום, הינה עדותו של הפקח וראיות נוספות אשר נערכו על ידו.

במסגרת ת/1, הודעת ברירת הקנס, תיאר הפקח את השתלשלות העניינים במועד הרלוונטי לכתב האישום.

כעולה מתיאורו זה, ביום קרות האירוע הוא הגיע עם רכבו לאזור קיבוץ גשר, אשר מניסיונו ידע כי זהו אזור בו גדל צמח עכובית הגלגל, וביצע תצפית אשר במהלכה זיהה שני אנשים, גבר ואישה, כאשר בידיהם שקי יוטה לבנים והם מבצעים קטיפה.

בעדותו הראשית, טען הפקח כי בשלב הראשוני של התצפית הבחין באישה כמי שביצעה את הקטיפה ואת הגבר נושא שק לבן (עמ' 6, שורות 19-20).

הפקח ציין כי לאחר שהתקרב למרחק של כ- 600 מטר, הוא צילם את תמונה 1 בת/2 ובה מתועדת אישה אשר לרגליה מה שנראה כשק לבן.

עוד עולה מעדות הפקח, כי במשך כל זמן ביצוע התצפית שארך בין 10 ל-20 דקות, לא עלה בידו לצלם את הנאשם מבצע קטיפה בפועל או אחוז באחד השקים (עמ' 9, שורות 7-12).

לאחר שצילם את תמונה 1 כאמור, הגיע הפקח לאזור בו היו הנאשם ורעייתו.

מן האמור עד כה עולה, כי הפקח הבחין לדבריו הן באישה המתועדת במסגרת תמונה 1 בת/2 והן בנאשם כמי שביצעו קטיפה של צמח העכובית והחזיקו בידם את השקים ובהם הצמחים שנקטפו.

ואולם, כפי שצוין לעיל, כתב האישום נשוא תיק זה הוגש כנגד הנאשם בלבד ואילו כנגד האישה, אשר כאמור תועדה על ידי הפקח בעת מעשה, לא הוגש כתב אישום.

יתרה מכך, בעדותו אישר הפקח כי כלל לא וידא את זהותה של האישה באמצעות דרישה להצגת תעודת זהות.

לדבריו, בשל כיבוד העדה הדרונית ורגישות העניין, נמנעים הפקחים מלבצע פעולות חקירה הנוגעות לנשים למעט מקרים חריגים וגם זאת, רק לאחר שמתבקשת התערבות משטרתית:

"...אני לא בדקתי את תעודת הזהות ומהסיבה הפשוטה, גם מזה שיש לי מספיק ניסיון וגם מזה שאנו באופן כללי מכבדים את העדה ואנו עם נשים שאין ברירה, מעדיפים לא להתעסק איתם, יש אירועים חריגים שרק נשים קוטפות וגם במקרים כאלה אנו לא נכנסים לאכיפה אם אין משטרה בשטח, בגלל רגישות העניין..."

(עמ' 8, שורות 19-22).

עוד ציין עד התביעה בפני כי נקט בהליך ברירת משפט כנגד הנאשם בשל היכרות מוקדמת מאירוע קטיף צמח העכוב על ידו, אירוע בו גם אשת הנאשם קטפה עכוב.

לאור העובדה כי הנאשם בחר שלא להיות מיוצג במסגרת הליך זה, הועלתה על ידי בית משפט זה טענה בדבר קיומה של אכיפה בררנית במקרה דנן.

(לענין סמכותו של בית המשפט להעלות טענה מקדמית לפי סעיף 149 לחסד"פ ראה: י' קדמי, "על סדר הדין בפלילים", חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום (א) בעמ' 1240 והמובאות שם).

בסיכומיה, אישרה ב"כ המאשימה כי המדיניות בה נקטה הרשות כלפי נשים בנות העדה הדרוזית אשר נתפסות מבצעות עבירה של פגיעה בערכי טבע מוגנים, אכן עלולה להביא לביטול כתבי אישום מחמת קיומה של אכיפה בררנית.

יחד עם זאת, כך לשיטתה, אין בפגם זה כדי להביא לזיכויו של הנאשם.

מן הטעמים עליהם אעמוד להלן, סבורני כי הימנעותה של המאשימה להגיש כתב אישום כנגד האישה המתועדת בתמונה 1 בת/2 הינה בבחינת אכיפה בררנית.

אולם, תחילה מצאתי לעמוד על המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לעניינו.

הגנה מן הצדק- המסגרת הנורמטיבית:

דוקטרינת ההגנה מן הצדק נקלטה במשפט הפלילי הישראלי במסגרת ע"פ 2910/94 **ארנסט יפת ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ' (2) 353.

במסגרת ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, הורחבה גבולותיה של דוקטרינה זו (להלן: **עניין בורוביץ**):

"...ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא

במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו, עם זאת אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא

להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל עיקר אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט

הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות..."

(שם, בעמ' 807).

כן יצוין, כי במסגרת עניין בורוביץ נקבע מבחן בן שלושה שלבים לבחינת החלטה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק על מקרה ספציפי:

"...שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות... בשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום..."

(שם, עמ' 807-808).

במהלך שנת 2007, עוגנה דוקטרינה זו במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ הקובע כדלקמן:

"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".**

אחד המקרים בהם מתעוררת פגיעה בתחושת הצדק וההגינות, הינו קיומה של "אכיפה בררנית" מצד רשויות האכיפה.

אכיפה בררנית- המסגרת הנורמטיבית:

על מהותה של האכיפה הבררנית, עמד כבוד השופט ע' פוגלמן במסגרת ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ ואח' (להלן: עניין פרץ) [פורסם במאגרים המשפטיים]:

"...אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית (selective enforcement). אכיפה בררנית יכולה לקבל ביטוי באחד משני מופעים: הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום... כך או כך, המשותף לשני פניה של הטענה הוא כי סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם. בלשונו של השופט י' זמיר: "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" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999) (להלן: עניין זקין))..."

(שם, פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

ודוק, לא הבחנה בין העמדתם לדין של אנשים מהווה אכיפה בררנית.

עמוד 5

לעניין זה, ראה גם דבריה של כבוד השופטת א' חיות במסגרת ע"פ 37/07 פרג נ' **מדינת ישראל** [פורסם במאגרים המשפטיים] (להלן: **עניין פרג**):

**"...הנה כי כן, הכלל הוא שכל עוד לא הסתבר שאי העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בפרשה פלונית נבעה מתוך שרירות או מתוך שיקולים פסולים, אין באכיפה חלקית כזו אף שהיא פוגעת בעיקרון השוויון כדי להצדיק ביקורת שיפוטית פולשנית בין בדרך של הוראה להעמיד לדין את יתר המעורבים ובין בדרך של השוואת מצבם של המעורבים שהועמדו לדין לאלה שלא הועמדו לדין..."**

(שם, בפסקה 6 לחוות דעתה של כבוד השופטת חיות).

במסגרת ע"פ 3215/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים המשפטיים] (להלן: **עניין פלוני**), עמד בית המשפט על שלבי הוכחת טענה בדבר קיומה של אכיפה בררנית:

**"...משכך, 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 מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין (ראו עניין זקין, בעמוד 307)..."**

(שם, עמ' 16-17).

זה המקום להעיר, כי במסגרת עניין פרץ דלעיל, ציין כבוד השופט פוגלמן כי לשיטתו יש מקום להרחיב את המקרים בהם ניתן יהיה לקבוע כי התבצעה אכיפה בררנית:

**"...לכך מבקש אני להוסיף כי במקרים מתאימים ניתן יהיה לבסס בגדרה של הדוקטרינה האמורה טענה לפגיעה בשוויון, גם בלא שתידרש בהכרח הוכחה בדבר שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום לב מצד הרשות (השוו: ע"פ 70095/08 (מחוזי ת"א) מדינת ישראל נ' אור, [פורסם בנוב] פסקה 12 (7.9.2009)..."**

(שם, בפסקה 23).

בהקשר זה, העיר כבוד הנשיא א' גרוניס בעניין פרץ כי לאור העובדה שתוצאת קבלת טענה בדבר קיומה של אכיפה בררנית הינה ביטול כתב האישום, אזי, על בית המשפט מחייבת התייחסות זהירה במיוחד מצד בית המשפט כאשר מועלית בפניו טענה זו (שם, בפסקה 3 לפסק דינו).

עוד ציין כבוד הנשיא, כי ספק בעיניו אם די בהוכחת מקרה דומה אחד בו לא הוגש כתב אישום כדי לבסס טענה בדבר קיומה של אכיפה בררנית:

"... כאמור, אחת הטענות שרשאי הנאשם להציג הינה זו של אכיפה בררנית. מסופקני אם ראוי לקבוע כי די במקרה זה אחד ויחיד בו פעלו הרשויות המינהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטולו של כתב אישום במקרה דומה אחר. נראה, כי על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו..."

(שם, בפסקה 4 לחוות דעתו של כבוד הנשיא).

ומן הכלל אל הפרט-

אין חולק, כי מארג הראיות אשר נפרש על ידי המאשימה במסגרת הליך זה, ואשר על בסיסו הוגש כתב האישום כנגד הנאשם, יכול לבסס הגשת כתב אישום בגין אותן עבירות אף כנגד אותה אישה המתועדת במסגרת תמונה 1 בת/2 לעבירות נשוא תיק זה.

יתרה מכך, כפי שצוין לעיל, בעוד שלא עלה בידי הפקח לתעד את הנאשם במקום האירוע הרי, שהאישה תועדה על ידו בעת ביצוע הקטיף כאשר שק לבן מונח לרגליה.

דומה, כי הדבר אף עמד לנגד עיני המאשימה עת בחרה להשתית את האישום כנגד הנאשם על הוראות סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **החוק**).

ודוק, בשים לב להערתו של כבוד הנשיא גרוניס במסגרת עניין פרץ דלעיל, הרי שהן מדברי הפקח והן מדברי ב"כ המאשימה עולה, כי אין המדובר במקרה יחיד אלא זו הייתה מדיניות בה נקטה המאשימה באופן שיטתי ולאורך זמן.

הפקח אישר כאמור, כי כל אימת שלא נוכח במקום כוח משטרה, אין המאשימה אוכפת את הוראות החוק על נשים בנות העדה הדרוזית.

מפי המאשימה לא נשמע הסבר מדוע לא נקטה בדרך של זימון משטרה באירועים אלה ובחרה חלף זאת, להימנע באופן גורף מביצוע פעולות אכיפה כנגד אותן נשים.

לפיכך, סבורני כי התנאי הראשון לקיומה של אכיפה בררנית, דהיינו, קיומה של הבחנה מופגנת במדיניות האכיפה בין הנאשם ובין האישה המתועדת בתמונה 1 ל-2/ת ובין יתר בנות העדה הדרוזית, מתקיימת בענייננו.

להלן, אפנה לבחון האם אף התנאי השני, דהיינו, היעדר טעם ראוי להבחנה בין הנאשם ובין קבוצת אוכלוסייה זו, מתקיים בענייננו.

הטעם היחיד אשר ניתן על ידי המאשימה להימנעותה מלהעמיד את נשות העדה הדרוזית בכלל ואת זו המתועדת בת/2, הינו הרצון לשמור על כבודן של הנשים המשתייכות לעדה הדרוזית.

ודוק, העובדה כי המאשימה כן בחרה לנקוט פעולות אכיפה כנגד אוכלוסייה זו רק בעת קיומה של נוכחות משטרתית, מביאה אותי למעשה למסקנה כי לא שמירה על כבוד בנות העדה היא זו אשר עמדה לנגד עיני המאשימה אלא חשש מפני תגובות מצד בני העדה.

בין כך ובין כך, סבורני, כי אין בטעם זה כדי להוות טעם ראוי לביצוע הבחנה על רקע מגדרי ועדתי בעבירות של פגיעה בערכי טבע מוגנים ואחזקתם ואנמק.

עקרון השוויון בפני החוק הינו עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית והינו חוצה עדות, מגדרים וגילאים.

במצב דברים בו סוברת המאשימה כי פעולות אכיפה מסוימות עלולות להביא לפגיעה ברגשות כאלה ואחרים, עליה לבחון דרכים למנוע או להפחית פגיעה זו.

מעיון בדברי הפקח עצמו עולה, כי ניתן היה להתגבר על הקושי הנובע מניסיון לשמור על כבוד נשות המגזר עם דרישת מעורבות מצד משטרת ישראל ואולם, הדבר לא נעשה באופן קבוע.

הימנעות מאכיפה באופן מוצהר וגורף, עם העדפה ברורה על רקע מגדר ושיוך עדתי איננה מקובלת כלל ועיקר ובצידה השלכות קשות על שלטון החוק.

במצב דברים בו לא מתבצעת אכיפה באופן מוצהר כלפי אוכלוסייה מסוימת, מהווה הדבר מתן היתר דה-פקטו לאותה אוכלוסייה להפר ברגל גסה את הוראות החוק.

יתרה מכך, והדברים כך נדמה משתקפים מנסיבות המקרה דנן, הימנעות מהעמדה לדין של נשים מן העדה הדרוזית עלולה להביא למצב של תת אכיפה ולניצול אוכלוסייה זו לביצוען של עבירות אלה על ידי אחרים מתוך הנחה כי הן חסינות מפני העמדה לדין. זאת ועוד, המצב המתואר גורם גם לאפליה כלפי מי שלא נמנה על הקבוצה הנהנית מהיעדר האכיפה.

אין באמור לעיל כדי להביא למסקנה כי אין מקום לפעול ברגישות המתבקשת במצבים בהם עלולות פעולות האכיפה לפגוע ברגשות של קבוצות מסוימות ואולם, ברי כי אין לקבל מצב בו רגישות זו או החשש מפני תגובות כאלה או אחרות, תרתיע את רשויות האכיפה מלבצע תפקידן על פי דין.

לאור האמור לעיל, סבורני כי השיקולים אשר עמדו בבסיס ההבחנה אשר ערכה המאשימה בין הנאשם ובין האישה הנזכרת בעדות הפקח ובין יתר הנשים הנמנות על העדה הדרוזית, הינם שיקולים שאינם ממין העניין.

חיזוק לקביעה זו אני מוצא אף בסיכומי ב"כ המאשימה המציינת בהגינותה :

**"לעניין האכיפה הבררנית, הרשות הגיע למסקנה שהמדיניות לפיה נותנים או מכבדים את הרגישות כלפי הנשים בעדה, יכולה בעצם להוביל לזיכויים בתיקים כאלה ואחרים מהטעם של אכיפה בררנית".**

לפיכך, מצאתי לקבוע כאמור, כי לנאשם עומדת הגנה מן הצדק על בסיס קיומה של אכיפה בררנית.

נפקות הקביעה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית:

בהתאם להוראות סעיף 150 לחסד"פ, בעת שבית המשפט מוצא לקבל טענה מקדמית רשאי הוא להורות על תיקון כתב האישום או לבטלו.

כבר נקבע לא אחת בפסיקה, כי במצב דברים בו מגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה



ממשית בתחושת הצדק וההגינות, כבמקרה דנן, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים אשר נפלו בהליך באמצעים מתונים מאשר ביטול כתב האישום.

(לעניין זה ראה דבריה של כבוד הנשיאה ד' בייניש במסגרת רע"פ 6091/11 פלוני נ' **התובע הצבאי הראשי** [פורסם במאגרים המשפטיים] והמובאות שם).

ריפוי הפגם אשר נפל בהליך דנן יכול ויתאפשר עם הגשת כתבי אישום כנגד אותם נשים אשר ביחס אליהן הופלה הנאשם דנן (ראה לעניין זה לדוג': בעת"מ (ת"א) 1349/06 - **שבו יצחק נ' עירית תל-אביב יפו** [פורסם במאגרים המשפטיים]).

אולם, מן הטעמים שלהלן, סבורני כי בנסיבות המקרה דנן לא ניתן לרפא את הפגם אשר נפל בהליך בדרך זו וכי יש להורות על ביטולו של כתב האישום.

ראשית, כפי שצוין לעיל, המאשימה אישרה כי הימנעותה מלהגיש כתבי אישום כנגד נשים דרוזיות נבעה ממדיניות בה נקטה לאורך זמן.

במצב דברים זה, הרי שריפוי הפגם אשר נפל בהליך זה באמצעות העמדתן לדין של יתר הנשים הדרוזיות, אשר ביצעו עבירות דומות לאלה אשר בוצעו על ידי הנאשם דנן, איננה אפשרית בשלב זה כלל ועיקר מטעמים מובנים.

שנית, אף ריפוי הפגם באמצעות הגשת כתב אישום כנגד האישה המתועדת בתמונה 1 לת/2 איננה אפשרית וזאת, מכיוון שזוהתה לא הוכחה ומאחר והפקח לא נקט בשטח בכל ניסיון לברר פרטיה ולנקוט כנגדה בהליכים כלשהם.

### **זיכוי הנאשם מחמת הספק :**

אולם, אף אם היה בידי המאשימה להעמיד לדין בשלב זה את כלל הנשים בנות העדה הדרוזית אשר ביצעו את העבירות אשר יוחסו לנאשם, לא היה בכך כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי ואנמק.

בחינת התשתית הראייתית אשר נפרשה על ידי המאשימה מעלה, כי אין בה כדי להביא להוכחת אשמתו של הנאשם במידת ההוכחה הנדרשת במסגרת הליך פלילי ובמה דברים אמורים?

### **הימנעות המאשימה מהבאת ראיות מהותיות:**

בעדותו בפניי טען הנאשם, כי במועד האירוע היה עם הפקח אדם נוסף דובר ערבית (עמ' 11, שורות 8-9 ו- 13-14).

עוד טען הנאשם כי אותו אדם אמר לאשתו בערבית שתגיד להם מי קטף העכוב שנמצא בשקים ולפיכך אותו פקח/מתנדב דובר ערבית ידע כי לא הם שקטפו את העכוב.

לאור המחלוקת אשר התעוררה בדבר זוהתה של האישה המתועדת במסגרת תמונה 2 בת/1, ולאחר שהתברר כי רעיית הנאשם ממתינה מחוץ לאולם, התבקשה רעיית הנאשם להיכנס לאולם ולמסור עדותה לעניין זה.

בעדותה בפניי, טענה אף רעיית הנאשם כי במועד קרות האירוע היה עם הפקח אדם נוסף מן הכפר מצר אשר הוא זה

אשר הלך להביא את השקים (עמ' 12, שורות 18-20).

זה המקום לציין, כי מרגע שהחל הנאשם למסור עדותו ועובר לעדותה של אשת הנאשם לא נוצר מצב בו יכלה היא לתאם גרסה עם הנאשם לעניין נוכחותו של אותו אדם במקום האירוע שכן, הנאשם נותר באולם עת נקראה רעייתו למסור עדותה.

הן הנאשם והן אשתו עמדו בנחישות על גירסתם כי המתנדב ממצר נכח באירוע נשוא אישום זה ואף איים עליהם כי אי שיתוף פעולה מצדם יגרור רישום קנס כנגדם.

יתרה מכך, בתשובה לשאלת בית המשפט אישר הפקח כי עבד עמו בחור העונה על התיאור אשר מסרו הנאשם ורעייתו לעיל ואולם, כך לטענתו, אותו אדם החל לעבוד עמו רק לאחר האירוע נשוא תיק זה ולא שיתף עימו פעולה כלשהי בפעילות כלשהי בה היו מעורבים הנאשם ואשתו.

לנוכח דברים אלה, הרי שלא די בעדות הפקח כדי להביא לדחיית טענתם של הנאשם ורעייתו, לעניין זה ולעניין בחינת מהימנות עדות הפקח.

משכך, זימונו של עד זה למתן עדות לצורך הזמת גרסתם של הנאשם ורעייתו, גרסה אותה לא יכולה היתה המאשימה לצפות עד העלאתה לראשונה בפני בית המשפט בדיון ההוכחות, פועל לטובת המאשימה ויכול היה לשמוט את הבסיס מתחת להגנת הנאשם.

אולם, מטעמים השמורים עמה, נמנעה המאשימה מלזמן לעדות אדם זה וזאת, חרף העובדה שפרטיו היו ידועים לה.

כידוע, הימנעותו של צד מלהגיש לבית המשפט ראיה שהיא לטובתו ללא הסבר סביר נזקפת לחובתו.

לעניין זה ראה דבריה של כבוד השופטת ה' בן-עתו במסגרת ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד ל"ה (1) עמ' 736:

**"...דרך זו שנקט אותה המחוקק מקורה בכלל הנקוט בידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראיה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראיה, הייתה פועלת נגדו. כלל זה מקובל ומושרש הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים, וככל שהראיה יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה..."**

(שם, בעמ' 760).

(לעניין יישום הלכה זו ראה לדוג': רע"פ 6723/05 ג'אבר באסם נ' מדינת ישראל - עיריית תל אביב-יפו [פורסם במאגרים המשפטיים]).

עדותו של אותו אדם הינה ראיה משמעותית אשר היה בכוחה, כאמור, לשמוט הבסיס מתחת לגרסת הנאשם.

משכך, הרי שהימנעותו של המאשימה מלזמן עד זה למתן עדות, די בה כדי להביא למסקנה כי אין די בראיות אשר הוצגו על ידה במסגרת הליך זה כדי להרים את נטל ההוכחה המונח על כתפיה.

הימנעותה של המאשימה מלזמן עד זה, מקבלת משנה תוקף לנוכח הקשיים הראייתיים אשר מתגלים בעת בחינת הראיות אשר הוגשו על ידה במסגרת הליך זה ואנמק.

עבירת הפגיעה בערך טבע מוגן:

סעיף 33 (ג) לחוק, אשר בהפרתו מואשם הנאשם, קובע כדלקמן:

### **"לא יפגע אדם בערך טבע מוגן, אלא בהיתר כללי או מיוחד מאת המנהל"**

מטעם המאשימה לא הוצגה ראיה ישירה המצביעה על ביצוע קטיף של צמח העכובית על ידי הנאשם ועדותו של הפקח לעניין זה לא הייתה חד משמעית (ראה לעניין זה: עמ' 6, שורות 19-21 וכן, עמ' 9 שורות 1-3).

לפיכך, הגעתי לכלל מסקנה כי הגם שעדותו של הפקח מהימנה על באופן כללי אין די בעדותו של הפקח להוכיח אחריותו של הנאשם לביצועה של עבירה זו. במקרה זה ובהמשך לדברים שנאמרו בכל הנוגע לפקח/המתנדב מכפר מצר הימנעות התביעה מהבאתו של עד ההזמה לעדות מותרת ספק בעיני שמא נכח עד זה באירוע ויכול היה לשפוך אור מהותי על גירסת הנאשם ואשתו.

מעיון בכתב האישום עולה, כי בכוונת המאשימה היה ככל הנראה לבסס את אחריותו של הנאשם על הוראות סעיף 29 לחוק.

אולם, אי ביצוע זיהוי של אותה אישה אשר נכחה במקום האירוע ואי קבלת גירסתה במעמד האירוע שומט את הבסיס מתחת לאפשרות זו.

עוד יצוין, כי אי ביצוע זיהוי כאמור מעורר ספק אף ביחס לטענת הפקח לפיה לא נצפו עוד אנשים נוספים במקום האירוע מלבד הנאשם ורעייתו אשר מכחישים כי אשת הנאשם היא האישה המצולמת בתמונה ת/2, ולכך השלכות אף לסוגיית שיוך השקים לנאשם ולרעייתו כפי שיפורט בהמשך.

עבירת החזקת ערך טבע מוגן:

תקנה 2 (א) לתקנות, אשר אף בהפרתה מואשם הנאשם, קובעת כי:

### **"לא יחזיק אדם בערך טבע מוגן, למעט ערכי טבע המפורטים בתוספת"**

מן הטעמים עליהם אעמוד להלן, סבורני כי אין די בתשתית הראייתית אשר נפרשה על ידי המאשימה כדי להוכיח את אחריותו של הנאשם לביצועה של עבירה זו במידת ההוכחה הנדרשת.

בעדותו, טען הפקח כי במהלך האירוע הבחין בנאשם נושא שק לבן ואולם, לא עלה בידו לתעד זאת (עמ' 6, שורות 20-21).

ודוק, ככל שהבחין הפקח בנאשם נושא את השק הרי שלא ברור כלל ועיקר מדוע לא עלה בידו לתעדו. תמיהה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי התצפית אותה ערך הפקח נמשכה פרק זמן שבין 10 ל- 20 דקות (עמ' 9, שורות

לנוכח דברים אלה, הרי שלא מצאתי כי די בעדותו של הפקח כדי לבסס את הרשעתו של הנאשם בעבירה זו.

במסגרת ת/1 צוין, כי במרחק של 50 מ' ממקום מושבם של הנאשם ורעייתו נמצאו שני שקים לבנים ובהם 20 ק"ג של צמחי עכובית (תמונה מספר 2 במסגרת ת/2).

בעדותו טען הפקח, כי השלכת השקים הינה דרך פעולה מוכרת בה נוקטים מי שמבצעים קטיף של צמחים מוגנים הסוברים כי העובדה שהשקים לא נתפסים בידיהם מונעת אפשרות לשייכם אליהם.

לטענת הפקח, הוא בטוח לחלוטין כי השק בו אחז הנאשם, הינו אחד משקים אלה (עמ' 9, שורה 23).

כפי שצוין לעיל, לאור העובדה שהפקח לא נקט בפעולות כלשהן לזיהוי האישה, הרי שיש בכך כדי לפגוע במשקל אותו ניתן לייחס לטענה בדבר מספר האנשים אשר נכחו במקום.

כפועל יוצא מכך, הרי ששיוך השקים לנאשם ולרעייתו רק על בסיס הטענה כי לא שהו במקום אנשים נוספים, אינה יכולה עוד להוות בסיס להרשעת הנאשם.

כן יצוין, כי טענת רעיית הנאשם לפיה האדם אשר היה עם הפקח הוא זה אשר הביא את השקים, לא נסתרה ואף בכך יש כדי להטיל ספק שמא האשמת הנאשם נעשתה ע"ס היקש לוגי יותר משנעשתה ע"ס עדות וראיה חד משמעית.

בשולי הדברים אעיר, כי לא נעלמה מעיני העובדה כי הנאשם בחר שלא להעלות את הטענות אשר נשמעו מפיו במסגרת הליך זה במעמד קבלת ברירת הקנס לידי וואלם, לא מצאתי כי יש בכך כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי ואנמק.

בתשובה לשאלת בית המשפט, טען הפקח כי הנאשם ורעייתו היו מוכרים לו מאירוע קודם שהתרחש באותה השנה (עמ' 10, שורה 1).

בעדותו, תיאר הנאשם חילופי דברים נוקבים בינו ובין הפקח ואותו אדם נוסף אשר נכח במקום (עמ' 11 שורות 8 ו-11).

במצב דברים זה, הרי שניתן להסביר הימנעותו של הנאשם מלמסור תגובתו לנוכח מורכבות הסיטואציה שנוצרה.

בעדותו הסביר הפקח כי נמנע מלחקור את הנאשם באזהרה לנוכח החשש מהתלהטות יצרים, הריחוק ממקום יישוב והעובדה כי הוא נמצא לבד בשטח (עמ' 6 שורות 24-27 ועמ' 7 שורה 1).

סבורני, כי בנסיבות המקרה דן אף המשקל אותו ניתן לייחס לטענה זו אינו גבוה וזאת, לנוכח הספק בדבר הימצאותו של אותו אדם נוסף במהלך האירוע.

סיכומי של דבר אני קובע כי מחדלה של התביעה באי הבאת עד ההזמה לעדות הנאשם ואשתו בשעה שפרטיו ידועים לתביעה והוא נגיש לתביעה ביחד עם התמיהות הנוספות יש בהם כדי לבסס ספק בגין אשמתו של הנאשם בדיון בגין המיוחס לו בכתב האישום.

## **סוף דבר:**

לאור כל האמור לעיל, הגעתי לכלל מסקנה כאמור כי יש לזכות הנאשם מחמת הספק ולחילופין להורות על ביטולו של כתב האישום במסגרת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב - 1982.

**ניתנה והודעה היום כ"ח אייר תשע"ד, 28/05/2014 במעמד הנוכחים.**

**ניר מישורי לב טוב, שופט**

הוקלד על ידי סתו ממן