

ת"פ 58959/12/18 - מדינת ישראל נגד אפרים נוה, בר כץ

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 58959-12-18 מדינת ישראל נ' נוה ואח'
תיק חיצוני: 436339/2018

בפני
מאשימה
נגד
נאשמים
כבוד השופטת - נשיאה עינת רון
מדינת ישראל
1. אפרים נוה
2. בר כץ

החלטה

רקע כללי

לפני בקשת הנאשמים ל"קבלת חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (להלן: "החסד"פ") ולחלופין, בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי".

נגד שני הנאשמים הוגש כתב אישום המייחס לכל אחד מהם שלוש עבירות:

יציאה מישראל שלא כחוק בצוותא, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל, יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

כניסה לישראל שלא כחוק בצוותא, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל, יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

קבלת דבר במרמה בצוותא, לפי סעיפים 415 רישא ו-29 לחוק העונשין.

תמצית העובדות הנטענות בכתב האישום הן כי הנאשם, שהיה פרוד מאשתו בתקופה הרלבנטית לכתב האישום, היה בן זוגה של הנאשמת. אותה תקופה, ניטש הליך גירושין בין הנאשם לבין פרודתו, אשר גלש אף להליך אזרחי בינה לבין הנאשמת.

הנאשמים החליטו לטוס לנופש משותף בתאילנד בין התאריכים 20/9/18-2/10/18.

עובר ליציאתם לתאילנד ועל רקע סכסוך הגירושים, ביקשו הנאשמים לפעול להסתרת שהותם המשותפת המתוכננת בחו"ל.

במסגרת זו החליטו השניים לפעול במרמה בצוותא חדא ליציאתה של הנאשמת מישראל ובהמשך לכניסתה לישראל, מבלי שהיא תתייצב בפני בקר הגבולות, או עמדה ממוכנת, כנדרש, ובכך לשבש את תיעוד יציאתה וכניסתה כאמור, באופן שתשוקף יציאת וכניסת הנאשם בלבד.

הכל בדרך, אותה הציע הנאשם, כלהלן.

ביום 20/9/18 בשעות הערב, הגיעו השניים אל אולם ביקורת הגבולות בשדה התעופה. הנאשם הזדהה בפני אחת העמדות הממוכנות וזו הנפיקה עבורו אישור מעבר ("גייטפאס") ואילו הנאשמת שלצידו, לא הזדהה כלל ועיקר בפני עמדה ממוכנת, או בפני בקר גבולות.

הנאשם מסר את אישור המעבר לשימושה של הנאשמת והנאשמת עברה בשער המעבר באמצעות אישור המעבר, אשר הונפק, כאמור לעיל, עבור הנאשם, תוך יצירת מצג כוזב, כי מדובר באישור שהונפק עבורה.

במקביל, נצמד הנאשם לגבה של נוסעת אחרת שעברה בשער המעבר, באמצעות אישור מעבר שהיה ברשותה, צעד מאחוריה בעקבותיה בזריזות וכך השתחל ועבר בשער המעבר יחד עימה, בו זמנית.

כך, הוסתרה והועלמה יציאתה של הנאשמת מישראל במועד זה ונמנע תעודה הרשמי בתיעוד המעברים.

ביום 2/10/18 שבו שני הנאשמים מתאילנד לישראל וסמוך לאחר הנחיתה, הגיעו לאולם ביקורת הגבולות וצעדו יחדיו לאחת העמדות הממוכנות.

פעם נוספת הזדהה הנאשם בדרכים הנדרשות בפני העמדה הממוכנת וזו הנפיקה עבורו אישור מעבר. הנאשמת לצידו, לא הזדהה, שוב, כלל ועיקר, בפני עמדה ממוכנת, או בפני בקר גבולות.

פעם נוספת, מסר הנאשם את אישור המעבר לידי ולשימוש הנאשמת והשניים צעדו יחדיו לעבר אזור שערי המעבר.

הנאשמת עברה בשעה מעבר באמצעות אישור המעבר, שהונפק, כאמור לעיל, עבור הנאשם, ובמקביל נצמד הנאשם אל גבה של הנאשמת, צעד מאחוריה ובזריזות, השתחל ועבר בשער המעבר יחד עימה, בו זמנית.

כך, הוסתרה והועלמה כניסתה של הנאשמת לישראל במועד זה, ונמנע תעודה הרשמי בתיעוד המעברים.

יחד עם זאת, בהזדמנות זו, בקרית הגבול ששהתה בסמוך לשער המעבר, הבחינה בהתנהלותם של הנאשמים, ניגשה אליהם ותשאלה אותם תשאל ראשוני בנושא.

במהלך תשאל זה, היתמם הנאשם ואף טען תחילה כי אינו מכיר את הנאשמת.

מאחר שחשדה של בקרית הגבול לא הוסר, היא עיכבה את שני הנאשמים וסוף דבר אף נפתחה החקירה, שהובילה להגשת כתב האישום כאמור.

כאמור, בעקבות הגשת כתב אישום זה, הוגשה על ידי ב"כ הנאשמים בקשה לקבלת חומר שעיקריו כדלקמן:

א. כל כתבי האישום שהוגשו בין השנים 2011 - אוקטובר 2018 בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל ובעבירה של קבלת דבר במרמה, במקרים בהם מדובר בכניסה ו/או ביציאה בלתי מתועדת של אזרחים ישראליים, נושאי דרכון תקף, שלא היתה מגבלה משפטית או מניעה משפטית או אחרת, לכניסתם וליציאתם מן הארץ. לחלופין, כתבי האישום שהוגשו בשלוש השנים האחרונות. וכן "ביחס לכתבי האישום האמורים - תיקי החקירה המלאים בנושאים שבנדון". (ההדגשה במקור - ע.ר.).

ב. נתונים מלאים ביחס לכל המקרים בהם התקיימה יציאה או כניסה לישראל ללא הצגת דרכון (של אזרח נושא דרכון) ומה עלה - אם עלה - בגורלם של מקרים אלה בשנים 2011-2018, קרי: כל ההחלטות שהתקבלו בנושא זה. לחלופין: "ככל שלא הוגש כתב אישום, מסמך מסכם הכולל "תיאור ההחלטה לסגור את התיק וליבת העובדות ששימשו בסיס להחלטת הסגירה". לחילופי חילופין, נתונים ביחס לשלוש השנים האחרונות.

לטעמם של ב"כ הנאשמים כתב אישום זה הוא "יוצא דופן בשדה המשפטי".

כפי שצינו בבקשה, הרי שעל פי בדיקתם שלהם, טרם הועמדו לדין, וממילא לא הורשעו, אזרחים ישראליים, אשר ביצעו מעשים דומים, בנסיבות הענין דנן.

ב"כ הנאשמים ערים לכך כי בעבר הועמדו לדין אזרחים ישראליים אשר יצאו את ישראל ללא תיעוד, אך זאת, לטענתם, כאשר יכולתם לצאת את ישראל ולהיכנס אליה, היתה, למצער, מוגבלת.

למיטב ידיעתם, לא ננקטו הליכים כלפי אזרחים ישראליים, שהגם שדרכונם לא הוחתם בעת כניסתם או יציאתם, אך לא היתה כל מניעה או מגבלה לכניסתם או ליציאתם.

על כן, לטענת ב"כ הנאשמים, עולה חשש לאכיפה בררנית בעניינם של הנאשמים.

בבקשה צויין כי עיון במאגרים המשפטיים לא העלה ולו מקרה אחד, הדומה בנסיבותיו למקרה בו עסקינן, קרי מקרה בו הורשעו, או זוכו, אזרחים ישראליים בעבירות הנטענות בכתב האישום, בנסיבות לעיל.

ב"כ הנאשמים מציינים כי הם אינם חשופים למקרים התלויים ועומדים בבתי המשפט ואינם חשופים למידע המצוי במשטרת נתב"ג באשר לאופן הטיפול במקרים קודמים וכי המידע מצוי, או אמור להמצא בידי המאשימה.

לפיכך, כך ציינו, פנו כבר בשלבי החקירה אל המאשימה בבקשה כי יומצא להם מידע זה ולא נענו ורק ערב עריכת השימוע בתיק זה, נענו על ידי המאשימה בשלילה.

למרות תשובה זו, ובמהלך השימוע עצמו, נמסרו לב"כ הנאשמים מספר מועט של כתבי אישום, אשר לתפיסת המאשימה דומים לנסיבות דנן. לטעם ב"כ הנאשמים - תפיסה זו שגויה.

ב"כ הנאשמים, פנו, על כן, בדרישה חוזרת לקבל חומר, כאמור לעיל, ולא נענו עד היום.

ב"כ הנאשמים ציינו כי כתבי האישום המועטים שנמסרו להם, חולקו "בגסות" לשלוש קבוצות:

האחת - נאשמים שזהותם אינה ידועה ועל כן, אין לדעת אם היתה להם מניעה להיכנס לישראל.

השניה - נתינים זרים המנועים להיכנס לישראל.

השלישית - אזרחים/תושבים זרים שאין להם מניעה להיכנס לישראל.

ברי, כך טענו ב"כ הנאשמים כי רק הקבוצה השלישית רלבנטית לענייננו.

אלא, שלאחר עיון בחומר שנמסר להם, מצאו כי אין בו כדי ללמד על מדיניות סדורה של העמדה לדין. לטענתם, ביחס לכל המקרים שנמצאו בקבוצה זו, היתה מניעה או מגבלה לצאת או להיכנס לישראל (שלושה מקרים). מקרה נוסף עסק בעובד ציבור שעשה שימוש בסמכותו השלטונית להכניס לישראל אזרחית זרה ומקרה נוסף עוסק במי שהיה לו עבר פלילי מכביד ועוד יש לשקול לחומרה את מדינת המקור ממנה הגיע (ירדן).

על כן, כך ציינו ב"כ הנאשמים, הם חזרו על דרישתם בהשלמת טיעונים לשימוע, כי יימסר להם כל חומר רלבנטי כמפורט לעיל.

ב"כ הנאשמים פרטו כי הגם שבקשתם לא נענתה הרי שבמקביל להגשת כתב האישום נגד הנאשמים נשלח אליהם מכתב ובו נאמר להם כי אין כל חובה להציג בפני סניגור כתבי אישום דומים לאלה שבכוונת התביעה להגיש נגד מרשו ועם זאת, צויין במכתב כי במהלך פגישת השימוע הוגש מקבץ של כתבי אישום רבים למדי שהוגשו בעניינים דומים בשנים האחרונות, אשר היה ברשות המאשימה אותו שלב, על בסיס בדיקה כללית שערכה.

בהמשך לפגישת השימוע, כך נאמר, הועמקה הבדיקה בנושא זה והמאשימה נחשפה לעשרות כתבי אישום שהוגשו ביחס לאירועים דומים בשנים האחרונות.

הנה כי כן, ציינו ב"כ הנאשמים, המאשימה אינה חולקת על כך שהחומר המבוקש מצוי ברשותה, אלא שהיא מסרבת להעבירו.

כן ציינו ב"כ הנאשמים את החומרה שבכך כי ההחלטה על הגשת כתב האישום נפלה על סמך הבדיקה הכללית בלבד ועוד טרם נעשתה הבדיקה המעמיקה.

ב"כ הנאשמים ציינו כי לאחר הדברים האלה, פנו שוב אל המאשימה בבקשה לקבל את החומר ונענו שוב בשלילה. על כן ובאין מנוס, פנו לבית המשפט.

ב"כ הנאשמים הדגישו כי חלה חובה על המאשימה למסור את החומר לידיהם וכי על פי חוק חופש המידע, זכות כזו עומדת לכל אזרח ובוודאי לנאשמים שלהם אינטרס אישי מובהק לעיון בחומר.

עוד הפנו לפסיקת ביהמ"ש העליון ולפיה חובה על המאשימה למסור לנאשמים מידע לצורך בירור טענות נגד התנהלותה, לרבות טענות של אכיפה בדרנית וטענות אחרות המועלות במסגרת הגנה מן הצדק.

ב"כ הנאשמים הסתמכו בעיקר, הן בטיעוניהם שבכתב והן באלה שבעל פה, על שתי הלכות של בית המשפט העליון:

ע"מ 2398/08 משרד המשפטים נ' סגל (להלן: "ענין סגל") ו- ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל- המשרד לבטחון פנים (להלן: "ענין ג'ולאני").

לענין סגל הדגישו ב"כ הנאשמים את הקווים המנחים שהתווה ביהמ"ש העליון והם זכות המשיב למידע אותה ניתן לעגן הן בזכות העיון הפרטית והן בזכות העיון הציבורית. נקבע כי לא היתה מחלוקת לענין זכות העיון הציבורית וכי לענין הזכות הפרטית, הרי שזכותו של הפרט לעיון במסמכים המוחזקים בידי הרשות המנהלית ואשר שימשו אותה להחלטה בעניינו, היא ממושכלות היסוד של השיטה הדמוקרטית.

עוד נקבע כי זכות זו ממשיכה לחול במקביל לחוק חופש המידע.

עוד הפנו ב"כ הנאשמים לאשר נאמר בהלכה זו לענין נדירותה של העבירה המיוחסת והקושי שיש לפרט לאתר מידע בכוחות עצמו וכאשר האינטרס האישי שלו באיתור מידע זה הוא רב, על מנת לבסס הגנה מן הצדק בהליך פלילי, בעבירה שהיא נדירה יחסית.

מכאן - למדים ב"כ הנאשמים, כי על המאשימה למסור להם את החומר המבוקש.

ב"כ הנאשמים הפנו, כאמור, גם לענין ג'ולאני בו נפסק כי גם במקרים בו חוק חופש המידע אינו חל, הרי שקיימת חובתה הבסיסית של הפרקליטות לאפשר עיון בתיקי חקירה- כאשר פונה מצביע על אינטרס לגיטימי והגילוי אינו כרוך בפגיעה באינטרסים לגיטימיים אחרים.

ב"כ הנאשמים הדגישו כי על פי הלכה זו הגישה לנאשם בהליך פלילי צריכה להיות רחבה ואוהדת.

ב"כ הנאשמים הוסיפו והביאו אף את ע"מ 2668/15 מדינת ישראל נ' הלל וייס, (להלן: "ענין וייס"), שם אומצו שתי ההחלטות האמורות לעיל.

עוד הסתמכו ב"כ הנאשמים על הנחיית פרקליט המדינה, אשר היא, לטעמם, מהווה מקור עצמאי המחייב את המאשימה למסור להם את החומר המבוקש. לטעמם, עניינם בא בגדרם של המקרים הנזכרים בהנחייה והמחייבים מסירת החומר וכך או כך, אין ההנחיה יכולה לגבור על הלכות בית המשפט העליון, כפי שציינו לעיל.

ב"כ הנאשמים הדגישו כי בכוונתם לטעון שבעניינם של הנאשמים נעשתה אכיפה בררנית ובכוונתם להוכיח, באמצעות המידע המבוקש, כי כענין שבמדיניות נהגה המאשימה לסגור ללא חקירה ולמצער, ללא הגשת כתבי אישום, אירועים דומים.

ב"כ הנאשמים ציטטו מהלכות ביהמ"ש העליון לענין הפסול שבאפליה שבהעמדה לדין ובנקיטת אכיפה בררנית.

ב"כ הנאשמים סבורים כי כעולה מכל האמור לעיל, הרי שהמסקנה היא שיש להורות על העברת החומר המבוקש לעיונם, וזאת, כאמור, בשל הטעמים הבאים:

לנאשמים אינטרס אישי ברור במידע המבוקש;

לא ניתן לאתר את המידע באופן עצמאי;

יש אינטרס ציבורי נכבד במידע המבוקש;

ואין במבוקש משום הכבדה על המשיבה, ודאי לא במידה המצדיקה דחיית הבקשה.

ב"כ הנאשמים הדגישו והבהירו כי אין כל קשר בין החומר המבוקש לבין ה"נטל" הדרוש לטענת אכיפה בררנית, וזאת במענה לטענת המאשימה, כי אין עליה חובה משפטית להמציא את החומר המבוקש נוכח הנטל המוטל על הנאשמים לטובת הוכחת טענה של אכיפה בררנית.

טענת ב"כ הנאשמים היא כי הנטל אינו נדרש לטובת קבלת המידע ואם ייטען כך, הרי שלא ניתן יהיה לקבל, מלבד במקרים חריגים ונדירים, מידע במסגרת הליך פלילי לטובת העלאת טענה כזו.

גם בענין זה הפנו ב"כ הנאשמים לענין סגל וג'ולאני.

בשלהי הבקשה דנו ב"כ הנאשמים בשאלה מהי המסגרת הדיונית הנכונה לבקשתם - האם לפי סעיף 74 לחסד"פ או שמא לפי סעיף 108 לחסד"פ.

לטעמם, המסגרת הראויה לבחינת שאלה זו מצוייה בסעיף 74 לחסד"פ העוסקת בגילוי חומר חקירה.

ב"כ הנאשמים ביקשו לפרש את המונח "חומר חקירה" באופן רחב והסתמכו על פסקי דין שונים של ביהמ"ש העליון. סעיף 108 לחסד"פ מתייחס לטעמם למידע שאינו מצוי ברשותה של הרשות החוקרת או הרשות המעמידה לדין.

בעיקר הפנו ל-בש"פ 8252/13 מ"י נ' שיינר (להלן: "ענין שיינר") ולאבחנות שנעשו שם בין שתי המסגרות הדיוניות השונות.

ב"כ הנאשמים הוסיפו והדגישו כי כל החומר המבוקש על ידיהם, כפי שפורט לעיל, מצוי אצל המאשימה, או אמור להימצא אצלה ועל כן, לטעמם, חל בענייננו סעיף 74 לחסד"פ ויתר על כן, מכוחו של סעיף זה, אף שמורה להם זכות הערעור ואין לשלול אותה מהם.

מטעמי זהירות ולחלופין בלבד, ביקשו לקבל את החומר מכוחו של סעיף 108 לחסד"פ.

טענות המאשימה

המאשימה התנגדה לבקשת ב"כ הנאשמים ועיקר תגובתה כי האכיפה בעניינם של הנאשמים תואמת את מדיניות האכיפה, נגזרת ממנה ומתחייבת ממנה. על כן, הנאשמים אינם יכולים לעמוד בנטל הפסיקתי הממשי המוטל עליהם לצורך קבלת נתונים מעין אלה - דהיינו להציג חשש מפני אכיפה בדרנית בעניינם.

לטעמה של המאשימה, טענת הנאשמים לחשש כזה מועלית בעלמא, ללא כל בסיס ואף בניגוד לנתונים שב"כ הנאשמים עצמם הגישו בבקשתם והשוללים באופן ברור כל חשש כאמור.

המאשימה סקרה בתגובתה את העבירות ואת תחום העבירות בהן עסקינן וציינה כי ישנן נסיבות שונות בהן מתבצעת עבירה כזו, שעניינה כניסה שלא כדין לישראל. נסקרו הנסיבות השונות והאופנים השונים לביצוע העבירה והרלבנטי לענייננו, כי לעיתים הנכנס/היוצא בדרך עבריינית הוא אזרח ישראלי שאינו מנוע יציאה או כניסה, אשר פעל בדרך העבריינית לצורך הסתרת/העלמת עצם ותיעוד הכניסה או היציאה ממניעיו שלו, אשר לעיתים מתגלים במהלך החקירה ולעיתים לאו.

המאשימה פרטה בתגובה דוגמאות אפשריות שונות, הן למניעים והן לאופן ביצוע העבירה והסתרת המעבר שלא כדין.

המאשימה הדגישה כי הבדלים כאלה ואחרים בנסיבות המפורטות והמודגמות בתגובתה, הן כאלה הקשורות באופן ביצוע העבירה והן כאלה הקשורות לעבריין שביצע את העבירה, משליכים על מידת החומרה של עבריינות המעבר שבוצעה, דהיינו על מתחם העונש ההולם ובהמשך העונש שייגזר בתוך מתחם זה, אך לא על עצם היותה עבריינות מעבר, האחריות הפלילית בגינה והצורך וההצדקה באכיפתה.

עוד הדגישה התביעה כי כך הוא כאשר כל יתר התנאים שווים:

- עבריינות מעבר המבוצעת פעמיים, בשני כיווני המעבר, כאשר בין היציאה לכניסה, או ההיפך, אין העבריינים מתעשתים ובוחרים לחזור על המעשה. עבריינות כזו חמורה יותר מכזו המבוצעת בכיוון אחד. עם זאת, כך צויין - הן זו והן זו מקימה אחריות פלילית, מהווה עבריינות מעבר, אשר כמדיניות יש צורך והצדקה באכיפתה.
 - עבריינות מעבר שמבוצעת תוך הצגת מצגי מרמה פוזיטיביים כלפי העמדה ממוכנת/המפקחים, חמורה יותר מכזו המבוצעת ללא מצגי מרמה. אך הן זו והן זו מהוות עבריינות מעבר, מקימות אחריות פלילית וכמדיניות יש צורך והצדקה באכיפתן.
 - עבריינות מעבר המבוצעת בהחלטה מוקדמת ומתוכננת מראש, חמורה יותר מזו המבוצעת בהחלטה רגעית, אך שתיהן מהוות עבריינות מעבר המקימה אחריות פלילית אשר כמדיניות יש צורך והצדקה באכיפתה.
 - עבריינות מעבר המבוצעת בצוותא חדא עם אחר, או בסיוע אחר, המתאפיינת בשל כך בתחכום מסויים, והמקלה בכך את יישומה והשלמתה, חמורה יותר מזו המבוצעת לבד, אך דינן של השתיים זהה, כאמור לעיל.
 - עבריינות מעבר המבוצעת לצורך עצם הכניסה/יציאה (נכנסים/יוצאים מנועי כניסה/יציאה) חמורה יותר מכזו המבוצעת לצורך העלמת/הסתרת עצם ותיעוד הכניסה (כניסה יציאה של מי שאינם מנועים). אך שתיהן מהוות עבריינות מעבר ודינן זהה, כאמור לעיל.
 - עבריינות מעבר המבוצעת על ידי בעלי הרשעות קודמות (במיוחד משמעותיות או רלבנטיות) חמורה יותר מזו המבוצעת על ידי נטולי הרשעות קודמות, אך שתיהן מהוות עבריינות מעבר ודינן זהה, כאמור לעיל.
- לטעמה של התביעה, הרי שמדיניות האכיפה בתחום עבריינות המעבר, לרבות החמרתה העניינית היא יציבה וקבועה, בכלל ובפרט מאז יולי 2018.
- תיקים של עבירות אלה, טופלו ככלל, לאורך השנים, על ידי התביעה המשטרית, בהתאם לחלוקת העבודה הקיימת, דרך כלל, בין הפרקליטות למשטרה.
- תיקים של הנאשמים מטופל על ידי הפרקליטות, נוכח רגישותו, הנובעת ממעמדו הציבורי של הנאשם וזאת כמקובל במקרים מעין אלה.
- במסגרת הטיפול בתיק זה, כך ציינה המאשימה, היא העמיקה במדיניות האכיפה שהנהיגה התביעה המשטרית באשר לעבריינות המעבר ומצאה אותה כמדיניות נכונה והולמת ויישמה אותה.

המאשימה סקרה את המדיניות שהיתה נוהגת עד תחילת שנת 2018 ועד לתיקונו של חוק הכניסה לישראל, במאי 2018 וציינה כי האכיפה מבוצעת ככלל, כלפי חשודים/נאשמים ישראלים (כלפי זרים מועדפת המדיניות של גירוש), בין כמבצעים עיקריים, בין כמסייעים, ובין כמבצעים בצוותא.

כאשר אזרח ישראלי נכנס/יוצא בדרך עבריינית ושלא בשל מניעה חוקית לעשות כן, אלא בשל צורך להעלמת/הסתרת תיעוד הכניסה/ היציאה הוא יואשם בכניסה או יציאה שלא כחוק, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל. באותם סעיפים יואשם גם ישראלי שיוצא מישראל בדרך עבריינית בשל מניעה חוקית לעשות כן. פועל בצוותא או מסייע יואשם בסעיפים האמורים ביחד עם סעיפים 29 או 31 לחוק העונשין.

מקום בו ישראלי קושר קשר ממשי לכניסה/יציאה של אחר, בין ישראלי ובין אחר, יואשם גם בקשירת קשר לעוון, לפי סעיף 499(א) לחוק העונשין.

המאשימה הדגישה כי בשום מקרה בנסיבות כאלה, לא הוחל ולא הוצע הסדר מותנה, הן בשל שיקולים הקשורים במהות העבירה והתופעה והן מאחר שהתביעה המשטרית לא היתה מוסמכת ממילא להחיל הסדר מותנה בעבירות הנזכרות לעיל, על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

בתחילת שנת 2018, כך צויין, זיהו גורמי האכיפה הרלבנטיים מגמה של עליה משמעותית בעבריינות המעבר ועל כן החלו לפעול להחמרת מדיניות האכיפה בתחום זה.

ההחמרה המרכזית היתה באשר להוספת השימוש בעבירה של קבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין, מקום בו יסודות עבירה זו מתקיימים. דהיינו, במקום בו העבריינות כוללת גם הצגת מצגי מרמה כוזבים פוזיטיביים בפני העמדה הממוכנת ו/או המפקחים, לצורך קבלת "דבר" עצם הכניסה/היציאה העבריינית או "דבר" הסתרת/העלמת עצם התיעוד של הכניסה/היציאה העבריינית.

החמרה זו קודמה בתיאום עם פרקליטות מחוז המרכז, שכן עליה היה להעניק אישור בכל מקרה פרטני לכרוך עבירה של קבלת דבר במרמה, שהינה, ככלל, בטיפול הפרקליטות, לעבירות האחרות, שהן, ככלל, בטיפול התביעה המשטרית.

על כן, הדגישה המאשימה, החל מחודש יולי 2018, ומטעמים ענייניים בלבד, נוספה עבירה קבלת הדבר במרמה לעבירות האחרות שיוחסו דרך כלל לעבריינות בתחום זה.

המאשימה ביקשה לדחות את טענות ב"כ הנאשמים שביקשו ללמדו גזירה שווה לענין הנאשמים מעניין מדיניות האכיפה הנוהגת ביחס לעבריינות שוהים בלתי חוקיים מהרשות הפלשתינאית ופרטו טעמיהם לכך וציינו כי נוהל פרקליטות המדינה אליו הפנו אינו בתוקף זה מכבר ופרטו, חלף זאת את המדיניות הנוהגת הן באשר לפלשתינאים הנכנסים לישראל שלא כחוק והן באשר לאזרחים ישראלים העוברים על חוק הכניסה לישראל (בהעסקת שוהים בלתי חוקיים, הלנתם או הסעתם).

לטעמה של המאשימה, הנתונים אותם מבקשים ב"כ הנאשמים, לצורך העלאת טענה של הגנה מן הצדק של

אכיפה בררנית, אינם מהווים חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, וניתן לבקשם לפי סעיף 108 לחסד"פ מן המותב הדין בתיק העיקרי. ב"כ המאשימה הפנה לפסיקה רלוונטית אשר לדידו, הינה המעודכנת יותר והמאוחרת להלכת ג'וליאני, סגל ומטר (עע"מ 2668/15 וייס; בש"פ 2242/16 מזרחי; בש"פ 2447/16 פלוני; עפ"א (ביה"ד הארצי לעבודה) 16393-12-13 דואב; ע"ח (מחוזי י"ם) 41223-11-15 ליפשיץ).

הנתונים המבוקשים על ידי הנאשמים אינם מהווים חומר חקירה ואין הם נוגעים לאישום הספציפי העומד בבסיס ההליך הפלילי. כן, אין מדובר בחומר מסווג אשר אמור להיות בשגרה בידי התביעה במעמד הגשת כתב האישום והעברת חומר החקירה לעיון הנאשמים, שהרי העלאת טענת אכיפה בררנית, נעשית רק לאחר הגשת כתב אישום והעתקת חומר החקירה, ועל בסיסו.

במקרה דנן, מפאת העובדה כי טענת האכיפה הבררנית הינה הטענה המרכזית שהועלתה על ידי ב"כ הנאשמים, עוד קודם הגשת כתב האישום וקודם ההליך השימוע, שהתקיים בעניינם של הנאשמים וכן, בשל העובדה כי תיקים אלו, דרך כלל, הינם בטיפול של התביעה המשטרתית ולא של הפרקליטות, השקיעה המאשימה בהיערכות, לימוד ואיסוף מידע פנימי בנושא. אולם, אין בכך כדי להפוך את הנתונים הללו ל"חומר חקירה", כהגדרתו. ובכל מקרה, ציין ב"כ המאשימה, כי מרבית החומר המבוקש אינו מצוי בידי המאשימה.

עוד ציין ב"כ המאשימה, כי הנחיית פרקליט המדינה מס' 14.8 שכותרתה "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה" אינה רלוונטית. שכן, ההנחייה נוגעת לעיון במידע שהוא מצוי בתיק החקירה ושימוש בו לצרכים שאינם חלק מן ההליך הפלילי עצמו. כך למשל, נפגעי עבירה אשר זקוקים לחומר זה לצורך הליכים אזרחיים או מנהליים מקבילים, לצורך שקילת הגשת ערר מקום בו התיק נסגר וכו'.

ב"כ המאשימה הדגיש כי הנחיה זו לא נקבעה בפסיקה העדכנית כמקור רלוונטי אפשרי להעברת חומר להגנה לצורך העלאת טענת הגנה מן הצדק.

עוד טען ב"כ המאשימה כי לרשות התביעה, ככל רשות מנהלית, עומדת חזקת התקינות המנהלית, לפיה היא מפעילה את שיקול דעתה וסמכויותיה כדין ובאופן ראוי, ענייני ושוויוני. בהתאם לכך ועל פי פסיקה רלוונטית, על מנת שבית המשפט ישקול להטיל על המאשימה העברת נתונים להגנה אודות מדיניות אכיפה והחלטותיה בתיקים קודמים, לשם ביסוס טענת הגנה מן הצדק, מוטל על ההגנה נטל ראשוני ממשי לסתור בנתונים מטעמה את חזקת התקינות המנהלית, באופן שיכול להצביע על אפשרות לאכיפה בררנית פסולה.

לדידה של המאשימה, סעיף 74 לחסד"פ אינו מתאים לשמש בסיס לבקשה לקבלת נתונים לצורך ביסוס טענת אכיפה בררנית. מתן צו לרשויות האכיפה על גילוי נתונים ומידע כמבוקש, צריך להינתן על ידי המותב הדין בתיק ועל יסוד התשתית הראייתית, כפי שהיא פרושה בפני המותב הדין באישום, בהתאם לקבוע בסעיף 108 לחסד"פ וכאמור, לאחר שההגנה הציגה תשתית ראייתית לכאורית שיש בה כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית.

זאת, על מנת למנוע מצב בו המאשימה נאלצת לפי דרישת כל נאשם, "להוכיח" את תקינות התנהלותה המנהלית. כן, יש בכך כדי להציף את המאשימה בקבלת בקשות בלתי מבוססות ולפגוע פגיעה של ממש בתפקודה הציבורי התקין.

ב"כ המאשימה הדגיש כי הנאשמים מואשמים בעבריינות מעבר מובהקת של אזרחית ישראלית, בנסיבות אשר כללו גם מצגי מרמה כוזבים פוזיטיביים הן בפני העמדה הממוכנת והן בפני בקרי הגבול, במועד שלאחר חודש יולי 2018.

לפיכך, בהתאם למדיניות האכיפה, יוחסה לנאשמים עבירה של כניסתה ויציאתה של הנאשמת שלא כחוק, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל וכן, עבירת קבלת דבר במרמה.

לטענת ב"כ המאשימה, הנאשמים לא הציגו בסיס כלשהו לנתונים, הסותרים לכאורה, את חזקת התקינות המנהלית, באופן המצביע על אפשרות לאכיפה בררנית - לא הוצגה כל ראיה המלמדת כי מדיניות האכיפה במקרים מעין אלו היא סגירת התיק בעילת חוסר עניין לציבור. וזאת, למרות קיומה של תשתית ראייתית מספקת להוכחת ביצוע העבירות הפליליות.

ב"כ המאשימה ציין כי ב"כ הנאשמים הפנה לפסיקה אשר עניינה בתחום עבריינות הביטוי ואין להקיש ממנו לענייננו. מדובר בתחום רגיש ומורכב ומדיניות האכיפה בעניין זה הינה מצמצמת, מרוסנת וזהירה. כן, נדרשים אישורים מגורמים שונים על מנת לפתוח בחקירה ולהגיש כתב אישום בגין עבירות אלו. לעומת זאת, עבריינות מעבר היא פשוטה, רגילה ואינה מצריכה כל אישור שהוא לפתיחה בחקירה ולהעמדה לדין. בהתאם לכך, נקודת המוצא הפשוטה, הרגילה היא משקיימת תשתית ראייתית מספקת לביצועה של עבירה פלילית, קיים עניין לציבור והצדקה לאכיפתה בהליך פלילי.

עובר לשיבת השימוע, סירבה המאשימה למסור לב"כ הנאשמים את הנתונים הרבים אותם ביקשו. עם זאת, במעמד השימוע ולצורך ייעול ההליך ועל מנת לסייע בידי ב"כ הנאשמים למקד טיעוניהם, הציגה המאשימה לב"כ הנאשמים דוגמאות עדכניות לאכיפה בעניין עבריינות מעבר (כ- 20 כתבי אישום שהוגשו) - לרבות בנסיבות בהן הנכנסים/יוצאים היו אזרחים ישראלים - ושהמחישו, לדברי ב"כ המאשימה, בצורה מספקת את מדיניות האכיפה והאופן בו האכיפה נגד הנאשמים תואמת מדיניות זו ומתחייבת ממנה.

ב"כ המאשימה התייחס לטענות ב"כ הנאשמים בכל הנוגע לכתבי האישום שהוצגו בפניהם וציין כי טענותיהם נוגעות למידת החומרה של אירועי עבריינות המעבר אשר אינה נוגעת כלל להיות האירוע עבריינות מעבר, האחריות הפלילית בגין עבריינות זו והצורך וההצדקה באכיפתה. מידת החומרה רלוונטית, לדברי ב"כ המאשימה, רק לשאלת העונש ההולם בגינה. עוד הדגיש כי ככלל סוג של עבריינות, אוכפות רשויות אכיפת החוק מגוון של אירועים בעלי חומרה משתנה, ובלבד שמדובר במעשים פליליים.

ב"כ המאשימה ציין כי למעלה מן הצורך יאמר כי גם אם משקללים את כלל הנסיבות הרלוונטיות לעניין בדוגמאות שהוצגו לב"כ הנאשמים, ניתן לראות כי אין מדובר באירועים חמורים יותר ואף ניתן לומר כי עניינם של הנאשמים הוא חמור יותר.

ב"כ המאשימה התייחס לנסיבות שהוזכרו על ידי ב"כ הנאשמים ככאלו שהן, לטעמם, היחידות הנוגעות לענייננו (הנכנסים/יוצאים לארץ וממנה בדרך העבריינית היו ישראלים אשר לא הייתה להם כל מניעה חוקית לבצע את המעבר וגם לא הייתה להם כל מגבלה מעשית לבצעו) וציין כי אכן קיימים כתבי אישום נוספים שהוגשו בגין עבריינות מעבר, בנסיבות אלו.

באם לא היה מוגש כתב אישום נגד הנאשמים בענייננו, היה חשש כבד לאכיפה בררנית נגד אחרים.

המאשימה תוכל להציג גם כתבי אישום אלו, אם בית המשפט יחליט להורות כך.

בשולי הדברים, ציין ב"כ המאשימה כי היענות לבקשת ב"כ הנאשמים להעברת הנתונים השונים, משמעותה מתן הוראה לתביעה להעברת נתונים כאלה לכל נאשם, בכל מקרה, לפי דרישתו, שיקוליו וצרכיו הטקטיים. הצפת התביעה, התשתה ו"העבדתה" עבור עבריינים לכאורה, תבוא על חשבון יכולת התביעה לספק לציבור את השירות החיוני האמיתי עליו היא אמונה ועל חשבון משאביו של הציבור. וזאת, תוך ביטול גורף של עקרון יסוד המושרש במשפט המנהלי - חזקת התקינות המנהלית. עוד ציין כי הדבר יגרום לבזבוז זמן שיפוטי יקר ויסרבל את ההליך הפלילי.

לדידו של ב"כ המאשימה, קבלת בקשת ב"כ הנאשמים, ולו חלקית, משמעותה המשפטית תהא קביעה כי קיים חשש לאכיפה בררנית נגד הנאשמים וקביעה כזו הינה חסרת בסיס.

עוד ציין ב"כ המאשימה כי במסגרת תגובת המאשימה היא לא נזקקה להתייחס לשני שיקולים מחמירים נוספים אשר ברור שהינם ענייניים ומשמעותיים במישור ההצדקה והצורך באכיפת הדין הפלילי הרלוונטי והם מעמדו הציבורי הרם והמוכר של הנאשם 1 בעת ביצוע המעשים וכן, הפומביות והפרסום להם זכו האירוע והעבריינות שננקטה בו. החלטה לאכוף את החוק, כפי שהתקבלה, משמעותה חיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק והעברת מסר מרתיע לפיו מדובר בהתנהלות פלילית אסורה.

דין

המחוקק ייחד שני סעיפים בסדר הדין הפלילי הנוגעים לחשיפת מסמכים במהלך ההליך - סעיף 74 וסעיף 108.

סעיף 74 מתייחס לזכות העיון בחומרי חקירה המצויים בידיה של הרשות החוקרת, וזו לשונו:

"עיון בחומר החקירה

74. (א) (1) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; בסעיף זה, "רשימת כל החומר" - לרבות ציון קיומו של חומר שנאסף או שנרשם בתיק שאינו חומר חקירה ושל חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין; היו בחומר כמה מסמכים מאותו סוג העוסקים באותו עניין, ניתן לפרטם יחד כקבוצה, תוך ציון מספר המסמכים הנכללים בקבוצה;

....

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

(ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום, ואולם בקשה לעיין בחומר מודיעין תידון לפני בית המשפט הדן באישום, שיהיה רשאי להעביר את הדיון בבקשה לשופט יחיד שאינו דן באישום, ואם היה בית המשפט הרכב - לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או שאינו דן באישום; נאסף או נרשם חומר המודיעין בידי רשות מודיעין שהיא מערך המודיעין של שירות הביטחון הכללי, של המוסד לתפקידים מיוחדים או של צבא ההגנה לישראל, תידון הבקשה בפני שופט של בית המשפט העליון.

(ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

...

(ה) על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלערעור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

סעיף 108 מתייחס לחומר ולמסמכים היכולים להימצא בידי כל אדם, וזו לשונו:

"צו להמצאת מסמכים ומוצגים

108. בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו.

ההבחנה בין הסעיפים הללו היא הבחנה מהותית, זאת בשל ההשלכות הנובעות מסיווג הבקשה לפי הסעיף הנכון. יש לבחון מהו המסמך הנדרש; את זהות הצד המתבקש להציג את המסמך או הנתון; מהו השלב שבו מוגשת הבקשה; מיהו הגורם שצריך להכריע בה; ומהו הסעד הנדרש היה ותקבל הבקשה. לאחר מכן ניתן יהיה להכריע מהו סוג הבקשה וההשלכות הנובעות מסיווג זה (ראה בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר [פורסם בנבו, 23.1.14] (להלן: "עניין שיינר")).

זכות העיון בחומר חקירה, בהתאם לסעיף 74 לחסד"פ, היא אחת מביטויי זכות היסוד המוקנית לנאשם למשפט הוגן ולהזדמנות ראויה להתמודד אל מול האישומים המיוחסים לו ובדרך זו, אף מקדמת את גילוי האמת במשפט (ראו בש"פ 4157/00 עופר נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 634-633).

המבחן לפיו מתפרש המונח "חומר חקירה" הוא מבחן הרלוונטיות של החומר לאישום, וכבר נאמר לא אחת כי מדובר במבחן רחב, אולם כזה שהוא בעל גבולות ברורים, וכך נפסק:

"כלל ידוע הוא כי כל חומר שיש לו זיקה ישירה או עקיפה לאישום בגינו הועמד

הנאשם לדין הוא בגדר 'חומר חקירה', ויש לקבוע זאת על-סמך בחינה פרטנית של טיב החומר המבוקש ומידת הקשר ... כדי לשמור על זכות הנאשם להליך הוגן, כמו גם על האינטרס הציבורי בבירור האמת, הפסיקה נוקטת בגישה מרחיבה באשר לסיווגם של חומרים כ'חומר חקירה'. ואולם, זכות זו אינה בלתי-מוגבלת, ועל הנאשם המבקש להגדיר חומר כזה או אחר כ'חומר חקירה' להראות 'יסוד של ממש להשערה או לתקווה ... כי החומר אכן ישפיע על בירור האישום נגדו' ... לפיכך, נתונים שזיקתם לאישום רחוקה, ומבוססת על השערות בלתי-ממוקדות באשר לקיומם של חומרים אשר קשורים לעניינו של הנאשם, לא ייחשבו 'חומר חקירה'" (בש"פ 6856/16 ביטון נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 15.11.16]).

עוד נקבע כי בית המשפט לא יתיר "מסע דיג" בלתי ממוקד אחר חומר, מתוך תקווה ספקולטיבית של ההגנה שמא אולי יימצא באותו חומר סיוע לנאשם (ראה בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124; בש"פ 1355/98 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1; בש"פ 9322/99 מסראווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376; בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625 (2003); בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177, 183-184).

בענייננו, ביקשה ההגנה חומר שעיקריו הם העתקי כתבי אישום שהוגשו בין השנים 2011 - אוקטובר 2018 בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל ובעבירה של קבלת דבר במרמה, בקריטריונים מסויימים, כפי שפורט לעיל וכן, נתונים הנוגעים לכל המקרים בהם התקיימה יציאה או כניסה לישראל של אזרח (נושא דרכון), ללא הצגת דרכון.

הבקשה הוגשה, כאמור, על פי סעיף 74 לחסד"פ, אך השימוש שבו מבקשת ההגנה לעשות הוא לצורך העלאת טענת אכיפה בדרנית. האם זו הדרך לדון בבקשה מעין זו?

בית המשפט אמר דברו בנושא וקבע כי הדרך לבקש העברת חומר שהנאשם טוען כי הוא נזקק לו לשם הגנתו, כגון נתונים סטטיסטיים לגבי מדיניות האכיפה, לשם ביסוס טענת אכיפה בדרנית, היא באמצעות סעיף 149(10) לחסד"פ עם סעיף 108 לחסד"פ (ראה עניין וייס; בש"פ 2447/16 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 10.8.16]).

אין החומר המבוקש יכול להיחשב כ"חומר חקירה" כאמור בסעיף 74 לחסד"פ - אין הוא קשור לתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום ואין הוא עומד במבחן הרלוונטיות (ראה גם עניין שיינר). עיקרי הבקשה הם לקבלת עותק כתבי אישום שהוגשו בנסיבות דומות לאלו שבענייננו ונתונים סטטיסטיים על חקירות שנפתחו ונסגרו בעבירות מעין אלה בשנים האחרונות. בנסיבות העניין, הדרך הדיונית אותה יש לנקוט לשם קבלת החומר המבוקש הינה בגדר ההליך העיקרי, במסגרת העלאת טענות מקדמיות, בהתאם לסעיף 149(10) לחסד"פ. זאת, באמצעות בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ (ראה בש"פ 2242/16 מדינת ישראל נ' מזרחי [פורסם בנבו, 31.03.16]).

על כן, יש לדון בבקשה ככזו שהוגשה לפי סעיף 108 לחסד"פ.

טענה לאכיפה בררנית חוסה תחת דוקטרינת הגנה מן הצדק, אשר, כאמור, מהווה טענה מקדמית, בהתאם לסעיף 149(10).

בבוא בית המשפט לעסוק בבקשה על פי סעיף 108 לחסד"פ, הנוגעת למידע ונתונים האמורים לאפשר לנאשם לבסס הגנה מן הצדק, בדגש על טענת אכיפה בררנית, קבעה הפסיקה קריטריונים הנוגעים לנסיבות היעדרות לבקשה שכזו.

יצוין כי חלק מן הפסיקה הרלוונטית לעניין הינה מלפני הכללת דוקטרינת ההגנה מן הצדק בחוק, בעת שהייתה זו הגנה פרי יצירת הפסיקה. אולם גם לאחר קביעתה של דוקטרינת הגנה זו בחוק, בסעיף 149(10) לחסד"פ, קבע בית המשפט העליון כך:

"ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ. הגנה מן הצדק, כך נראה, הייתה ונותרה טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד" (ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 21.10.2007]).

פעולתן של רשויות התביעה הינה פעולה שלטונית מנהלית אשר עומדת לה חזקת התקינות המנהלית והיקף ההתערבות של בתי המשפט בפעולה שלטונית ספציפית זו של החלטה האם להעמיד לדין, את מי להעמיד לדין ובאילו סעיפי עבירה יואשם הנאשם הינו מצומצם ביותר, כפי שקבע בית המשפט העליון בבג"צ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 30.12.2012] (להלן: "הלכת פלונית"):

12. ... רבות נכתב על היקפה המוגבל של הביקורת השיפוטית על החלטות שעניינן העמדה לדין פלילי. כפי שנפסק: "בית המשפט אינו ממיר את שיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו. אין בית המשפט פועל כ'יועץ משפטי על'. לפיכך לא יתערב בית המשפט בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, רק מכיוון שהוא היה מחליט אחרת. אך בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי אם נמצא שזו לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי" (6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573, 582 (1994) (להלן: עניין שפרן)).

13. ... הלכה היא שיישומה של עילת הסבירות בנסיבות מקרה ספציפי מושפע, בין היתר, מטיבה של הרשות ומטיב הסמכות המופעלת. בקובעו את מסגרת ההתערבות הראויה בהחלטות הרשות נותן בית המשפט את דעתו על מכלול של נסיבות. ... הדין מקנה לגורמי התביעה שיקול דעת רחב בהחלטות בנושא העמדה לדין, שהן החלטות שנמצאות בליבת שיקול דעתם המקצועי. כפועל יוצא מכך וממעמדה של התביעה ככלל, הכירה פסיקתנו בקיומו של מתחם סבירות רחב בהחלטות בדבר העמדה לדין, וכנגזר מכך נקבע שמדיניות ההתערבות בעילת חוסר סבירות בהחלטות מעין אלה היא מצומצמת (בג"ץ 5675/04 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 209-210 (2004) (להלן: עניין האי היווני); בג"ץ 5305/08 עמותה לקידום ממשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה,

פסקה 9 (לא פורסם, [פורסם בנבו], 24.11.2009)."

הקביעה האמורה נוגעת לפיקוח המנהלי על החלטות התביעה, אולם לקביעה זו גישה תואמת ומקבילה גם לענין ההליכים הפליליים והשאלה האם קמה טענת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בדרנית, המשקפת מחדל בתחום שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב אישום.

נטל השכנוע וההוכחה הנדרש לצורך הוכחת טענת הגנה מן הצדק בדמות אכיפה בדרנית במסגרת ההליך הפלילי העיקרי מוטל על הנאשם (ראה למשל ע"פ 3205/07 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 04.08.2008]; עפ"א (ארצי) 23777-02-19 מדינת ישראל נ' דוד ויוסף אוכל רחוב בע"מ ואח' [פורסם בנבו, 07.04.19]).

בשים לב לעובדה שחלק מן המידע מצוי בדיעת ובשליטת המאשימה, השאלה הנשאלת הינה מהי מידת ההוכחה הנדרשת אשר תעביר את נטל ההוכחה מן הנאשם אל המאשימה.

ענין זה נדון בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ [פורסם בנבו, 10.09.2013] (להלן: "הלכת פרץ"). שם נקבע, בדעת רוב, כי אין להסתפק במספר דוגמאות בודדות של סטייה ממדיניות התביעה על מנת להעביר את נטל הראיה להוכחת תקינות פעילותה אל כתפיה.

הלכת פרץ עסקה בשאלה של העברת נטל השכנוע ביחס לטענת אכיפה בדרנית מן הנאשם שעל כתפיו היא מונחת באופן בסיסי, אל כתפי המאשימה. אולם, הבקשה שבפני עוסקת בשאלה האם יש להורות למאשימה להמציא לב"כ הנאשמת מסמכים ונתונים על מנת לאפשר לבסס הגנה כזו.

בעפ"א (ארצי) 16393-12-13 מדינת ישראל משרד הכלכלה נ' אלירן דואב [פורסם בנבו, 09.09.2015], נדרש בית הדין הארצי לעבודה לשאלה זו וקבע כי לשם הענות לבקשה על פי סעיף 108 לחסד"פ, לענין המצאת מסמכים ונתונים שמבקש נאשם לשם הוכחת טענת אכיפה בדרנית, על הנאשם להוכיח תחילה תשתית ראייתית ברמה שתספיק להעברת נטל הראיה אל כתפי המאשימה. אז, תתקבל הבקשה. עוד נקבע כי אין להכביד על הנאשם בשל חוסר האיזון בין הצדדים. עם זאת, אין להביא לתוצאה של תמריץ להגשת בקשות כאלה.

בהתאם לנקבע בפסיקה, לאחר הקביעה העקרונית כי הנושא שלצורך הוכחתו מבקש הנאשם מסמכים ונתונים יכול להועיל להגנתו, כפי שהדבר נכון לגבי טענת אכיפה בדרנית, יש לבחון האם הוכח ברמה הראשונית חשד לאכיפה בדרנית שכזו, תוך שכללי הבחינה יהיו כאלה שלא יתמרצו נאשמים להעלות בקשות מסוג זה אך לא מכבידים מדי, ולבסוף יש לאזן בין עוצמת החשד לאינטרסים נוספים שפורטו.

חלק מן האינטרסים אשר ראוי ונכון, על פי ההחלטה האמורה, לשקול כמשקל נגד להערתות לבקשה הינם היקף המשאבים הדרושים לשם הענות לה ומידת ההכבדה על עבודת הרשות ואין מדובר ברשימה סגורה.

(ראה למשל ע"ח (מחוזי מרכז) 14473-1015 זיפר בע"מ נ' עיריית נתניה [פורסם בנבו, 07.02.2016]; ע"ח (מחוזי נצרת) 47827-04-15 מדינת ישראל נ' יהודה ברמי [פורסם בנבו, 14.06.2015]; ע"ח (מחוזי

ירושלים) 61900-01-17 נתן צבאח נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 26.02.2017].

נקבע כי אין לאמץ כל בדל ראיה כבסיס להיעתרות לבקשה זו אלא לבחון באופן מעמיק יותר את הראיות שבידי הנאשם גם בשלב דיוני זה ורק לאחר מכן, תוך איזון מול אינטרסים נוספים, להכריע. יש לשקול גם מהו הנטל המוטל על המאשימה בהיעתרות לבקשה והאם הדבר יוצר הכבדה ממשית על הרשות במילוי משימתה העיקרית.

במקרה דנן, המאשימה הציגה את מדיניות האכיפה אשר הייתה נהוגה בתחום עבריינות המעבר, עד תחילת שנת 2018, תוך התייחסות למגוון נסיבות אפשריות בהן בוצעו העבירות.

ככלל, באשר לאזרחים ישראלים אשר מבצעים עבירות אלה, מעמידים לדין, גם אם מדובר בעבירה ראשונה.

ב"כ המאשימה תיאר כי בתחילת שנת 2018, זיהו גורמי האכיפה הרלוונטיים מגמה של עלייה משמעותית בעבריינות המעבר. על רקע זה, הוחמרה מדיניות האכיפה ובאה לידי ביטוי, במהלך שנת 2018, בהוספת השימוש בעבירת קבלת דבר במרמה, מקום בו יסודות העבירה מתקיימים.

ב"כ המאשימה הסביר כי בענייננו, משום היותה של הנאשמת אזרחית ישראלית אשר נכנסה ויצאה למדינת ישראל וממנה בדרך עבריינית, הואשמו הנאשמים בכניסתה ויציאתה שלא כחוק, בהתאם לסעיף 7 עם סעיף 12(4) לחוק הכניסה לישראל. המעשים נעשו ונאכפו לאחר יולי 2018 וכללו גם מצגי מרמה כוזבים פוזיטיביים הן בפני העמדה הממוכנת והן בפני בקרי הגבול. על כן, יוחסה לנאשמים גם עבירה של קבלת דבר במרמה.

מאידך גיסא, ב"כ הנאשמים לא הצביעו על כל בעיה במדיניות האכיפה הנוהגת וביישומה. לא הוצגו דוגמאות ליישום בעייתי של המדיניות האמורה ו/או לכך שהמדיניות עצמה אינה סבירה. כן, ציינו ב"כ הנאשמים כי עיון במאגרי המידע המשפטיים לא העלה בידם ולו מקרה אחד הדומה בנסיבותיו למקרה שבפנינו.

ודוק, המאשימה העבירה לב"כ הנאשמים דוגמאות שונות לכתבי אישום שהוגשו בעבירות כבענייננו. אמנם, לא כל הדוגמאות שהובאו הן כאמור בעלות נסיבות זהות, אך עיון באלו אשר נסיבותיהם דומות מלמד כי החלטת המאשימה להעמיד לדין את הנאשמים בענייננו בעבירות כפי שיוחסו להן, אינה לא מידתית ולא סבירה והיא אכן תואמת את מדיניות האכיפה הנוהגת. ההבדלים עליהם עומדים ב"כ הנאשמים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול.

איני סבורה כי ההגנה ביססה תשתית ראייתית ראשונית לטענת האכיפה הבררנית. טענת ב"כ הנאשמים כי מן הדוגמאות שהוצגו להן לא ניתן ללמוד דבר, שכן אין מדובר בנסיבות זהות, הינה טענה ערטילאית וכללית. לכל תיק נסיבות שונות מעצם מיהות העושה, האופן בו התנהל וכו'. אין מקרה זהה למקרה אחר, שכן בכל

מקרה, לא יכולות להיות נסיבות זהות. כל תיק ותיק נבדק על פי נסיבותיו, על פי חומר הראיות שנאסף בו ועל פי נסיבותיו הספציפיות של הנאשם. משדן בית המשפט בעניינו של נאשם, אין הוא אמור לבחון האם נכונים היו שיקוליהם של העוסקים במלאכה בהחלטותיהם לנקוט בהליכים משפטיים או לאו ובאילו סעיפי עבירה יואשם הנאשם. למאשימה, פררוגטיבה להפעיל שיקול דעת בנוגע לכך. חזקה כי כל עוד לא הוכח אחרת, הופעלו שיקולים ענייניים בלבד. הביקורת השיפוטית על החלטה של המאשימה, על העמדה לדין הינה אך ורק במקרים חריגים, בהם נפלה ההחלטה מחוץ למתחם הסבירות באופן ניכר.

על כן, אני סבורה כי דין הבקשה להידחות.

בשולי הדברים יצוין כי ב"כ המאשימה ציין בתגובתו כי בידי המאשימה דוגמאות לכתבי אישום נוספים אשר הוגשו בגין עבריינות מעבר בנסיבות כפי שהן מתבקשות על ידי ב"כ הנאשמים. המאשימה הביעה נכונות להעבירם לידי ב"כ הנאשמים. לפיכך, מתבקשת המאשימה לעשות כן.

ההחלטה תועבר אל ב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ז' תמוז תשע"ט, 10 יולי 2019, בהעדר הצדדים.