



ת"פ 20023/08/21 - מדינת ישראל נגד חיים ברק כהן

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 20023-08-21 מדינת ישראל נ' כהן

לפני כבוד השופט עלאא מסארווה
המאשימה:
נגד

הנאשמים:
ב"כ המאשימה:
ב"כ הנאשם:

חיים ברק כהן
עוה"ד צחי יונגר, עוה"ד דרור לוי
עוה"ד אבי חימי ועוה"ד משה וייס

החלטה

לפניי בקשה לביטול כתב האישום, בין השאר, משום שהעובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה, טענה נוספת לפגם או פסול בכתב האישום וכן טענה להגנה מן הצדק מסוג אכיפה בררנית.

כתב האישום

1. כתב האישום מייחס לנאשם עבירה של העלבת עובד ציבור [ריבוי עבירות] - עבירה לפי סעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "**החוק**"). על פי כתב האישום, הנאשם פרסם שיר בגנותו של המתלון אשר שימש בתקופה הרלוונטית כשוטר במשטרת ישראל. לטענת התביעה, מדובר בשיר פוגעני הנושא תוכן מעליב ומשפיל כלפי המתלון, הנוגע למילוי תפקידו. כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע השיר בהזדמנויות שונות, לרוב בהופעות חיות והצגת הסרטון ושיתופו ברשתות החברתיות.

2. **אלא שכתב האישום מפרט בתוכו, בהמשך, את דבר קיומו של הליך קודם שהתנהל נגד הנאשם בגין פרסומים פוגעניים, וביניהם השיר הפוגעני, בגנות המתלון.** כתב האישום מפרט את דבר הרשעתו באותו הליך, תוצאות הערעור לבית המשפט המחוזי וכן החלטת בית המשפט העליון בבקשת רשות הערעור שהגיש הנאשם נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי. הכרעת הדין, פסק הדין בערעור וההחלטה בבקשת רשות הערעור מושא ההרשעה הקודמת, כונו בכתב האישום "ההרשעה בתיק הקודם".

3. בהמשך לכתב האישום צוין כי חרף ההרשעה בתיק הקודם, המשיך הנאשם בביצוע הפרסומים הפוגעניים וביניהם פרסום השיר הפוגעני. כך גם בעובדות כתב האישום צוין פעם אחר פעם, כי המעשים נעשו "חרף הרשעתו בתיק הקודם" ואף תוך אזכור דבר ההרשעה בעובדות כתב האישום כחלק מהשתלשלות האירועים. למשל, עת צוטט



בכתב האישום משפט שמיוחס לנאשם שלפי הטענה שיתף את הקהל במהלך הופעה בהרשעתו הקודמת בגין השיר "תוך שהוסיף התבטאות כהאי לישנא: "בואו נפעיל את התנאי". לגבי אחד האירועים המוזכרים בכתב האישום, כתב האישום ציין בהרחבה ציטוטים מתוך דבריו של הנאשם בדברי הפתיחה לפני תחילת ההופעה. כך גם צוין בכתב האישום "מתוך פוסט שהעלה הנאשם ובו פירוט נוסף לגבי תוצאות המשפט שהתנהל נגד הנאשם".

4. עוד צוין בכתב האישום, מספר ה"לייקים" שקיבלו הפרסומים, ואף הוגשו הודעות ובקשות לתיקון כתב האישום במטרה לעדכן עליה במספר ה"לייקים" שהתקבלו מעת לעת ואשר צוינו בכתב האישום המקורי.

השתלשלות ההליך המשפטי:

5. הדיונים בתיק זה נשמעו בפני שופט מוקד. לאחר שהמשא ומתן בין הצדדים לא צלח, הנאשם כפר בעובדות כתב האישום והתיק נקבע לשמיעת ראיות לפני. אלא שעובר למועד ההוכחות, הוגשה על ידי ההגנה בקשה בכתב בה העלתה טענות מקדמיות שונות, כאמור בפתח הדברים.

6. ביום 31.03.2021 ניתנה על ידי החלטת ביניים בה ביטלתי את מועד ההוכחות על מנת לאפשר שהות מספקת כדי לדון בטענות המקדמיות. **כבר אז ציינתי כי כתב האישום, באופן ניסוחו, ועוד טרם התייחסות לתוכנו, הוא ייחודי וחריג במובנים מסוימים.** סברתי שנוכח מהות האישום, רגישותו ומורכבותו, קיימת הצדקה לדון בטענות בשלב המקדמי ועוד בטרם שמיעת הראיות. בהמשך התקיים לפני דיון במעמד שני הצדדים בו העלו טענותיהם בהרחבה.

7. ביום 05.04.2022 ניתנה על ידי החלטה מפורטת יחסית, בה חזרתי ושיקפתי לצדדים שליטתי, מדובר בכתב אישום חריג, אשר מעורר קשיים משפטיים שמחייבים ליבון, תוך נקיטה במשנה זהירות לאור הרגישות בהעמדה לדיון בגין ביצוע חוזר של שיר.

8. כפי שהרחבתי בהחלטה, ציינתי שכתב האישום קושר בין ההרשעה הקודמת, על תוכנה, לבין מעשיו של הנאשם. כמו כן, כתב האישום מפרט, באופן חריג, נתונים רבים שמכוונים עצמם לראיות שבכוחם לבסס את יסודות העבירה (בפרט היסוד הנפשי).

לכן, ועל מנת לסייע לבית המשפט בהכרעתו, ביקשתי התייחסותה של התביעה, בכתב, לשאלות הבאות:

o בהינתן שהשיר היווה מרכיב אחד בתוך מכלול שלם, האם לשיטת המאשימה, די בפסיקת בית המשפט בתיק הקודם כדי לבסס את ההרשעה בתיק הנוכחי? והאם השיר, כשלעצמו, לפי ניסוחו, מגלם עבירה של העלבת ציבור, כשהוא נטול מרכיבים נוספים שהתלוו לו בתיק הקודם?



0 אם בית המשפט יסבור שלא די בהרשעה הקודמת כדי לקבוע שהשיר מהווה דבר עבירה, מהי ההצדקה לפירוט הרשעתו הקודמת של הנאשם בתוך כתב האישום **ועוד כחלק מרכזי ודומיננטי בו?**

0 מהי ההצדקה לפירוט עובדות אשר מהוות למעשה ראיות שעשויות לבסס את יסודות העבירה, וזאת בצל סעיף 13 להנחיית פרקליט המדינה מספר 3.1 - הכנה וניסוח כתב אישום (להלן: **"הנחיית פרקליט המדינה"**)- לפיו: "בכתב האישום לא יובאו ראיות- נוסח כתב האישום יתייחס רק לעובדות המקימות את יסודות העבירה ולא לראיות המבססות את אותן עובדות".

9. תגובת התביעה הוגשה בסופו של דבר ובמסגרתה חזרה על עמדתה לפיה השיר מושא כתב האישום, כשלעצמו או לבדו, בהיותו נושא תוכן פוגעני, מעליב ומשפיל כלפי המתלון, אכן מגלם את יסודות העבירות בכתב האישום גם אם הוא נטול רכיבים נוספים. על אחת כמה וכמה, כך נטען, מקום בו הנאשם מוסיף מלל והתבטאויות נוספות, לבד מחזרה על מילות השיר, כמפורט בכתב האישום. התביעה הפנתה בתגובתה לתוכן השיר עצמו וחזרה והדגישה שלישית, בפסק הדין שניתן במסגרת התיק הקודם (פסק דינו של בית משפט השלום), **"נקבע באופן פוזיטיבי, כי השיר עצמו לבדו, על שתי גרסאותיו, כל אחת בפני עצמה, מגלמים את יסודות העבירה של העלבת עובד ציבור"**. כמו כן, התביעה הגנה על החלטתה ובחירתה לציין את דבר ההליך הקודם וההרשעה הקודמת על גלגוליה השונים בתוך כתב האישום. התביעה טענה כי מדובר במקרה מובהק ומתאים ביותר לציין העבר הפלילי בשל רלוונטיות מיוחדת וכעובדה מחמירה, וזאת על מנת לבסס "מחשבה פלילית עבריינית" אשר כל תכליתה - העמקת העלבת המתלון בהיותו עובד ציבור. לטענת התביעה, אזכור הרשעתו הקודמת נדרש לצורך הוכחת היסוד הנפשי של הנאשם בעת ביצוע העבירות. עוד הוסיפה התביעה בתגובתה כי ציטוט דבריו של הנאשם בתוך כתב האישום עומד בהנחיית פרקליט המדינה, שכן דברי הנאשם, בנסיבות תיק זה, מהווים "עובדות רלוונטיות". התביעה אף טענה כי יש בכך כדי לשפר את יכולתה של ההגנה להתגונן באופן מיטבי מפני מלוא העובדות הרלוונטיות לתיק.

10. לבסוף, התביעה הוסיפה שלפי תיקון 113 לחוק, פירוט השתלשלות ההליכים נועד לביסוס העזות והחומרה שנלוו לביצוע העבירה. נטען כי הגם שמדובר בפרסומים ואמירות המבססות את היסוד הנפשי, מהווים פרסומים אלו נסיבות לחומרה על בסיסם תעתור המאשימה לקבוע מתחם הולם בנסיבות העניין.

דיון והכרעה

11. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים בעל פה ובכתב, ולאחר שחזרתי וקראתי את ההחלטות השיפוטיות השונות מושא ההרשעה הקודמת, הגעתי למסקנה שנפל פגם בכתב האישום שמחייב תיקונו.

12. לפי סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החשד"פ"), **"נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום"**.



13. כאמור, טענת ההגנה היא שעובדות כתב האישום לא מהוות עבירה שכן השמעת השיר, לבדה, איננה מגבשת עבירה פלילית. לטענת ההגנה, ביצוע שיר-מחאה במסגרת פסטיבל איננו יכול לגבש עבירה. אם תתקבל טענה זו, יש להורות על ביטול כתב האישום, לפי סעיף 149 לחסד"פ.

14. טענה נוספת אך שונה, היא שלא ניתן לקבל "קיצור דרך" בדמות הפניה להרשעה הקודמת, לצורך הרשעתו של הנאשם בביצוע חוזר של השיר. זאת על שום שההרשעה הקודמת התבססה על "מכלול רחב" של מרכיבים, כשהשיר הוא מרכיב אחד מיני רבים בתוכם. לטענת ההגנה, לא נקבע בשום מקום בהרשעה הקודמת שהנאשם עבר פלילית בעצם ביצוע השיר- כאירוע עצמאי ומובחן. לשיטתי, אם תתקבל טענה זו יש להורות על תיקון כתב האישום, לפי סעיף 150 לחסד"פ. קבלת "הטענה הנוספת", כדרך ביניים, מובילה לתיקון כתב האישום על דרך השמטת ההתייחסות להרשעה הקודמת, שכן התביעה תידרש להוכיח את כתב האישום "דה נובו"- קרי שהשמעת השיר, כאלמנט העומד בפני עצמו, לבדו, במנותק מהרכיבים האחרים שנדונו בהרשעה הקודמת, מגבש עבירה פלילית של העלבת עובד ציבור, וזאת מבלי כריכה בין ההליכים המשפטיים.

15. התביעה טוענת שפסק דינו של בית משפט השלום בהרשעה הקודמת קבע כי השיר כשלעצמו מהווה עבירה פלילית של העלבת עובד ציבור. עייתי שוב ושוב בהכרעת הדין של בית המשפט השלום, ולא מצאתי בקביעות השונות שניתנו על ידי כבוד השופט ד' אמיר, את מה שהתביעה מייחסת לה. מדובר בהכרעת דין המנוסחת תוך ברירת מילים מוקפדת, שעמדה במבחן הביקורת של ערכאת הערעור ואף בית המשפט העליון. ניכר מהכרעת הדין שבית המשפט ביקש לדייק הכרעתו, והדברים בפסק הדין מדברים בעדם. אך, חיזוק לפרשנותי מצאתי בקביעות של בית המשפט המחוזי הנכבד אשר אימץ לתוכו את הכרעת הדין של בית משפט השלום, וכך גם החלטת בית המשפט העליון שדחה בקשת רשות ערעור על פסק הדין.

16. אפנה לפסקה 41 להכרעת הדין (בית משפט השלום) (ת"פ 50825-01-15 **פרקליטות מחוז תל אביב נגד חיים ברק כהן** (11.7.2017)):

"הנאשם הואשם כאמור בביצוע עבירה של העלבת עובד ציבור ועבירה של הפרעה לשוטרי בעת מילוי תפקידו **בפרסום ושיתוף הפוסטים והשירים** המפורטים בכתב האישום. לאחר עיון בהם, סקירת הראיות ושמיעת טיעוני הצדדים, מסקנתי היא כי יש בהם כדי לפגוע פגיעה קשה בליבת כבודו של המתלונן ובקשר ובנוגע לתפקידו כשוטר המשמש כרכז מודיעין. באשר לוודאות הקרובה לפגיעה בתפקידו של השירות הציבורי - זו קיימת באופן ברור. ואבהיר, גם אם מאן דהו היה חושב שפרסום ספציפי כזה או אחר בדוחק, אינו נכנס לגדר ההגדרה, הרי שוודאי שכלל הפרסומים גם יחד, על פני תקופה ארוכה, **וכאן ההסתכלות היא על הפרסומים כמכלול**, מקיימים את שני המבחנים אשר נקבעו בדנ"פ אוגנרפלד".

ההתייחסות זו אל המרכיבים השונים **כמכלול** שלם שהביא להרשעתו של הנאשם בהליך הקודם עוברת כחוט השני בהכרעת הדין, כאשר בית המשפט חזר והשתמש בביטוי "**כלל הפרסומים**". עוד אציין שבית המשפט סקר את המרכיבים השונים בפסקאות 1-12 להכרעת הדין, שם צוינו שלל הפרסומים שהובילו להרשעתו של הנאשם, כאשר השיר הוא אך מרכיב בתוכם.



בהמשך, אף בגזר הדין חזר בית המשפט על ההתייחסות למכלול הפרסומים כבסיס להרשעה, בלשונו של בית המשפט:

"במקרה הנדון, כפי שפורט בהרחבה בהכרעת הדין, פעל הנאשם **באופן שיטתי. משך מעל לשנה, לפרסום ושיתוף פוסטים ושירים** שכתב בגנותו של המתלון בקשר לתפקידו כרכז מודיעין, תוך השפלתו וביזויו".

17. גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד (ע"פ (ת"א) 12781-03-18 **ברק כהן נגד מדינת ישראל** (5.6.2019)), נקבע כי:

"**אין המדובר בהתבטאות נקודתית, בגידוף חד פעמי, או בשיר בודד ומכפיש שפורסם ברשת חברתית, אלא במסע שיטתי של הכפשות ודברי בלע, כאשר כל התבטאות והתבטאות, עוטה לכאורה כסות ביקורתית**".

גם בית המשפט המחוזי, כבית המשפט השלום, התייחס שוב ושוב "לכלל התבטאויותיו" הנאשם כמקשה אחת.

כך למשל עת נפסק:

"בענייננו, אין המדובר רק בגידופים, אלא **בשילוב** שבין גידופים לבין אמירות ברורות, לפיהן המתלון הוא בודה ראיות, "עברין במדים", "שקרן המתנכל לבריות", "אדם מסוכן", ועוד כהנה וכהנה דוגמאות.

המערער לא הסתפק ב"שרטוט קווים" לאישיותו של המתלון, אלא טרח לעמוד גם על "תפקודו המקצועי" וישרו האישי (או לשיטתו - העדר יושרו האישי), ועשה כן, תוך שימוש בביטויים קשים ופוגעים, **ובתצורות שונות (פוסטים, שירים) ובדימויים מגוונים**, גם מתוך עולם החי (חולדה, נחש, כלב, יתוש).

ראיית המכלול מחייבת מסקנה כי **התכנים השונים** מהווים ביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי-ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו".

ובמקום אחר:

"לשיטתנו אפוא, ועל יסוד כלל הנימוקים שפורטו לעיל, **יש לראות את התבטאויותיו המגוונות של המערער**, ככאלה המקיימות את תנאי המבחן ההסתברותי, דהיינו - כי קיימת וודאות קרובה כי מעשה ההעלבה יביא לפגיעה קשה בעובד הציבור במילוי תפקידו, ומכאן גם בשירות הציבורי במובנו הרחב".

כך גם בפרק הסיכום נקבע:

"במקרה דנן, שוכנענו כי **רצף ההכפשות** בהן נקט המערער כנגד המתלון, העוטות, באופן מלאכותי, כסות של דברי



ביקורת עניינים, מצדיק קביעה בדבר תחולתו של האיסור הפלילי, ועל כן ראינו לדחות את ערעורו של המערער בגין הרשעתו בעבירת העלבת עובד ציבור".

18. ואם לא די בכל אלה, אפנה להחלטתו של בית המשפט העליון בבקשת רשות הערעור (רע"פ 4559/19 **ברק כהן נגד מדינת ישראל** (10.7.2019)):

"**במקרה דנן המבקש פעל באופן כמעט חסר תקדים תוך ששב וגידף את המתלון פעם אחר פעם בביטויים חריפים ופוגעניים במשך למעלה משנה, פגע בכבודו וביכולתו לפעול במסגרת תפקידו. כל זאת מבלי שהביע ביקורת של ממש החורגת מעצם פעילותו של המתלון כרכז מודיעין במשטרת ישראל**".

19. ההתייחסות למרכיבי הפרסום השונים ככאלה שיצרו מסה קריטית, או רצף שלם או מכלול אחד, שהובילו להרשעה, מתייחסת לכל אחד ואחד מהפרסומים כפיסות בתצרף. אין בפסקי הדין ובהחלטות בהליך הקודם קביעה פוזיטיבית מובחנת לגבי השיר כפרסום בודד, ככזה שיכול היה לבדו לבסס הרשעה. למען הדיוק והשלמת התמונה אוסיף שאין בהם גם קביעה נגטיבית הפוכה, קרי שהשיר לבדו איננו יכול בכל מקרה עבירה.

20. כלל מרכזי במשפט הפלילי שאין להתיר חשיפת דבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם לפני הכרעת הדין. אמנם לכלל זה נקבעו חריגים שונים, אך אין בחריגים כדי להמעט ערך בחשיבותו של הכלל שנועד להגן על חזקת החפות וטוהרו של ההליך הפלילי.

כפי שנקבע בהנחיית פרקליט המדינה, "ככלל תובע לא יכלול בכתב אישום התייחסות להרשעות או לעבירות קודמות שביצע הנאשם שהתביעה אינה מבקשת להרשיעו בגיןן במסגרת כתב האישום המוגש על ידה. זאת, על מנת שלא להטות את דעת בית המשפט לרעה לגביו".

הרציונל שעומד מאחורי הדברים הוא מניעת החשש שהצגת מידע עלולה להטות את המשפט כלפי הנאשם על-ידי הצבעה על נטייה עבריינית וחזרתיות (ראו: ע"פ 3954/08 **סלימאן אבו גודה נ' מדינת ישראל** (6.4.2009) וכן, ע"פ 409/74 **שאבי נ' מדינת ישראל** (1974)).

כאמור, לכלל זה נקבעו חריגים, ואולם בהקשר הרלוונטי לעניינו מדובר בחריגים, שעה שהנתון בעל רלוונטיות מיוחדת לשם הבנת ההקשר הכולל כשבתוך זה, יש לבחון האם הכללת ההרשעות הקודמות עשויה לסייע לצדדים למקד את המחלוקת ביניהם, והאם הדבר יכול סייע להגנה להתמודד כראוי עם האישום (ראו: פסקאות 57-60 להנחיית פרקליט המדינה הנ"ל).

כפי שצוין בהנחיית פרקליט המדינה:



"הכללת פרטים על אודות מעשה עבירה קודם כאמור תישקל במשנה זהירות ותעשה רק במקרים שבהם יש תשתית ראייתית מספקת להוכחת ביצועם של מעשים אלה ורק כאשר קמה הצדקה משמעותית לכך. במקרים אלה התובע יבהיר בגוף כתב האישום כי התביעה אינה מבקשת להרשיע את הנאשם בגין עובדות אלו והן גם לא תשמנה מסד לטיעונים לעונש".

21. לאור האמור, מצאתי ששילוב הכלל האמור עם הקביעות במקרה הקונקרטי שלפנינו, שומט את הקרקע מתחת להצדקה (החריגה) לציון דבר ההרשעה הקודמת ועוד כחלק דומיננטי בו.

22. לאור כל האמור לעיל, הגעתי למסקנה שמתחייב תיקון כתב האישום על דרך השמטת כל ההתייחסויות בכתב האישום לעניין ההליך המשפטי הקודם, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף. מנגד, הצד האחר של המטבע, קרי של המסקנה הנ"ל, שלא נקבע שהשיר, כשהוא לעצמו, איננו מהווה עבירה. לכן אין בידי, על בסיס הקיים בשלב הדיוני הנוכחי, לקבל את הטענה שיש לבטל את כתב האישום. זכותה של התביעה, אם תעמוד על המשך ניהול ההליכים, לנסות לשכנע כי השיר, הוא כשלעצמו, יכול או ראוי לבסס הרשעה בפלילים. לכן, אינני מקבל את הטענה לפי יש להורות על ביטול כתב האישום כבר כעת.

23. הערה לפני סיום:

אני ער לקושי בניהול משפט "נקי" ומנותק מההליך הקודם, בנסיבות המיוחדות של המקרה. קושי זה מתעצם לנוכח החלטתי לתקן את כתב האישום והיוודעותי, על כורחי, לפרטי הפרטים של ההליך הקודם. תיאמר האמת שהקושי היה מתקיים גם לו כתב האישום נוסח מלכתחילה אחרת (ברוח החלטתי זו), כל שכן לאור הדיון שקיימתי. ואולם, קושי זה מצריך, כך לשיטתי, חשיבה מאומצת ויצירתית מצד שני הצדדים, שעשויה לייתר את ההתדיינות בכלל, או למצער להגיע להסכמות דיוניות מיוחדות. חזקה על שני הצדדים שיפעלו במקצועיות לפי רוח ההחלטה. לא מן הנמנע שאם צלו של התיק הקודם "ירדוף" התיק הנוכחי ללא מנוח, אשוב ואדרש לטענת ההגנה לביטול כתב האישום כליל.

הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית

24. הטענה הנוספת של הנאשם בעניין "הגנה מן הצדק" לפי שמדובר באכיפה בררנית, מחייבת בירור עובדתי וראייתי, לגבי חלקיהם של האחרים ביחס לחלקו נאשם, לרבות התייחסות לשאלת הגרסאות השונות שנמסרו, אם בכלל, בהקשר זה, ולכן אין מנוס אלא "להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט" (סעיף 150 לחסד"פ).

סוף דבר



25. לאור האמור לעיל, אני מורה על תיקון כתב האישום על דרך השמטת כל החלקים המתייחסים להרשעה הקודמת, בין באופן עקיף ובין באופן ישיר, כך שהמעין בכתב האישום לא יוודע לקיומו של ההליך הקודם, כולל התייחסויות בכתב האישום לאמרות מפי הנאשם שנוגעות להליך הקודם או לעונש שהוטל עליו או הפעלתו כתוצאה מביצוע השיר.

מטעמי נוחות, התביעה תגיש כתב אישום מתוקן בהתאם לקווים ששורטטו לעיל.

נקבע לתזכורת במעמד הצדדים לרבות הנאשם לשם קביעת תכנית משפט וזאת ליום 3.1.23 שעה 8:30.

המזכירות תעביר החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, ט"ו חשוון תשפ"ג, 09 נובמבר 2022, בהעדר הצדדים.