



ת"פ 23464/07/17 - המחלקה לחקירות שוטרים - המאשימה נגד ארז תבור, טל בן קיקי, הנאשמים

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 23464-07-17 מחלקה לחקירות שוטרים - מח"ש נ' תבור ואח'
בפני כבוד השופטת ג'ויה סקפה שפירא

בעניין: המחלקה לחקירות שוטרים - המאשימה

נגד

1. ארז תבור

2. טל בן קיקי - הנאשמים

ב"כ המאשימה: עו"ד הילה אדלמן, עו"ד נעמה לזמי, עו"ד חן הררי

ב"כ הנאשם 1: עו"ד גדי טל

ב"כ הנאשם 2: עו"ד איציק כהן

הכרעת דין

כללי

1. הנאשמים, שוטרים במשטרת ישראל, מואשמים בעבירת תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין התשל"ז-1977. הנאשם 1 שירת במועד הרלבנטי לאישום כמפקד תחנת "לב הבירה" בדרגת סגן ניצב והנאשם 2 שירת כקצין יחידה במרחב דוד.

2. על פי המיוחס להם בכתב האישום, ביום 26.6.16, מימיו האחרונים של חודש הרמאדן, התקיימו הפרות סדר בהר הבית על רקע פתיחת המקום לכניסת יהודים ותיירים. הנאשמים שהו במקום במסגרת תפקידם, במטרה לשמור על הסדר הציבורי. במסגרת הפרות הסדר, יצא אחסאן ג'ראר (להלן: "אחסאן") מהר הבית וקרא קריאות "תכביר" שמשמעותן, על פי הנטען על ידי המאשימה, היא כי יש למנוע ממתפללים יהודים ומתיירים לעלות להר הבית ויש להילחם בכיבוש ובכוחות המשטרה. בעקבות קריאותיו, יצאו ממסגד אל אקצה עשרות רעולי פנים וצעירים, אשר ניסו למנוע פיזית כניסת מתפללים יהודים ותיירים למקום, וכן יידו חפצים על כוחות המשטרה. לנוכח האמור, ביקשו נאשם 2 ושני שוטרים נוספים לעצור את אחסאן ולאזוק אותו. אחסאן התנגד למעצרו והשתולל. לפיכך, נאלצו הנאשם 2 והשוטרים לשאת אותו עד לשער המוגרבים, שם הניחו אותו על הקרקע במטרה לכבול אותו. בעוד אחסאן שרוע על הקרקע, רכנו הנאשם 2 ושני שוטרים נוספים מעליו וניסו לכבול אותו. אדם שזהותו

עמוד 1



אינה ידועה למאשימה קרב אל זירת האירוע, אולם נאשם 1 שהגיע למקום הדף אותו בעודו לופת אותו בצווארו. בשלב זה, בעוד הנאשם 2 ושני שוטרים נוספים עדיין רכונים מעל אחסאן, הפשיל הנאשם 1 את שולי הגלביה שלבש אחסאן ובעט בו בפלג גופו התחתון. מיד לאחר מכן הרחיק הנאשם 1 ספסל שהיה מוצב מאחוריו, וזו לאחר ושב ובעט בפלג גופו התחתון של אחסאן, ולאחר מכן הלך מהמקום. לאחר האירועים המתוארים הצליחו השוטרים, וביניהם הנאשם 2, לאזוק את אחסאן. לאחר איזוקו, בעוד אחסאן שוכב על בטנו כשידיו אזוקות לאחור, הניח הנאשם 2 את כף רגלו על גבו של אחסאן, לאחר מכן הוריד נאשם 2 את רגלו וברגלו השנייה בעט בפלג גופו העליון של אחסאן האזוק, כך שגופו של אחסאן היטלטל. לאחר מכן לקחו שני שוטרים את אחסאן מהמקום.

3. בתשובתו לאישום טען הנאשם 1 כי האירוע המדובר היה אירוע הפרת סדר קשה ומסוכנת שכלל ידיו של חפצים ואבנים לעבר השוטרים, שחלקם נפצעו, וחייב שימוש ברימוני הלם וכדורי ספוג, וכי כל מעשיו במסגרת אותו אירוע היו חלק מהפעלת שיקול הדעת המקצועי שלו ולא נבעו מתוך כעס או תסכול או מטרה להכאיב או לפגוע באחסאן. נטען כי חלקו של אחסאן היה גדול מהמתואר בכתב האישום, וכלל קריאות מסיתות נוספות, הלהטת ההמון ושלל ובהתגרות בקצינים הבכירים ביותר שנכחו באירוע. עוד נטען, כי האירוע היה אינטנסיבי מאד וחייב קבלת החלטות מהירה תוך שברירי שניות, כי אחסאן המשיך להתנגד למעצרו גם כשהנאשם 2 ושוטרים אחרים ניסו לעצור ולאזוק אותו וגם כשהיה שרוע על הקרקע, כי הנאשם 1 נטל חלק פעיל בניסיון להשתלט על אחסאן. הנאשם 1 לא כפר בכך שבעט באחסאן, והוסיף כי בזמן זה הוא עדיין לא היה אזוק וזאת למרות ניסיונותיהם של מספר שוטרים לאזוקו. הנאשם 1 הודה כי בעט שתי בעיטות באחסאן וטען כי כוונתו הייתה לנטרל את התנגדותו כדי לאפשר את כבילתו. לטענתו, הוא התבונן מהצד במשך מספר שניות בנעשה וסבר שהתערבות "כירורגית", בדרך של שתי בעיטות, תסייע בכבילת העצור וסיום האירוע. לטענת הנאשם 1, אף אם מדובר בפעולה שחרגה מן הראוי, לא היה בה כדי לחצות את הרף הפלילי והיא לכל היותר הצדיקה העמדתו לדין משמעת.

4. הנאשם 2 הודה במרבית הנטען בכתב האישום וטען כי למעצרו של אחסאן קדמה התרחשות שבה תקף אותו אחסאן באמצעות מכת אגרוף בצווארו וכי בעת המעצר ובזמן הניסיון לכבול אותו, אחסאן השתולל וניסה למנוע את כבילתו תוך שהמשיך בקריאות לעבר ההמון. בעקבות קריאותיו החלה השתוללות מצד ההמון שכללה ניסיונות לפגוע בשוטרים וידיו אבנים וכסאות לעברם. השוטרים נאלצו להשתמש באמצעים לפיזור הפגנות, שכללו ירי כדורי ספוג וגומי. הנאשם 2 טען, כי לאחר שהצליחו השוטרים לאזוק את אחסאן, הוא המשיך בקריאות הסתה ושלל, עד כדי כך שבזמן זה הנאשם ניסה לקבל שידורים בגל המבצעי ולא הצליח. הנאשם 2 הודה כי הניח את רגלו על גבו של אחסאן ובעט בגופו, וטען כי הכל נעשה מתוך ניסיון למנוע ממנו להמשיך ולקרוא קריאות הסתה ושלל. לבסוף נטען, כי אחסאן נלקח מהמקום בהוראת הנאשם 2 לאחר שלא ניתן היה להשתיקו. הנאשם 2 טען כי מעשיו לא חצו את הרף הפלילי.

5. מטעם המאשימה העידו חוקרי מח"ש משה עובדיה, גיא גומא וסלימאן אטרש והוגשו הודעותיהם של שני הנאשמים, הודעה שמסר הנאשם 2 במשטרה לאחר האירוע, תקליטור ועליו שלושה סרטונים שנצרכו ממערכת מב"ט 2000 ומתעדים חלקים שונים של האירוע, מזכרים שערכו חוקרי מח"ש אייל בנימין ומשה עובדיה והודעה שמסר במשטרה השוטר עלא עליאן. מטעם ההגנה העידו הנאשמים עצמם, סנ"צ ניסו גואטה, שדו"ח הפעולה שערך בעקבות האירוע הוגש גם הוא, רס"ר טל ברוקלין, שדו"ח הפעולה וההודעה שמסר במשטרה הוגשו אף הם, חוקר מח"ש עמיאל ארבץ, והוגשו הודעתו ודו"ח הפעולה של השוטר ג'ואן איוב ביחס לאירוע, הודעותיהם של



השוטרים רועי בן יעקב, פחרי סלאמה ותמיר הזימה, דו"חות הפעולה שערכו רס"ר אביב ראובן ורס"ר ראם בן חיים ביחס לאירוע, זיכרונות דברים שערכו החוקרים סלימאן אטרש וטארק אבו טהה, מסמכים מתוך תיק מח"ש ודו"ח המעצר של אחסאן. עוד הוגשו מטעם הנאשם 2 מסמכים רפואיים וצבאיים המתארים את פציעתו בעקבות היתקלות עם מחבלים במהלך שירותו הצבאי במלחמת לבנון השנייה, מסמכים רפואיים המתעדים את הטיפול בנאשם 2 בעקבות אירוע מוחי שעבר, וזיכרון דברים שערך הנאשם 2 בעקבות היתקלות עם מחבלים במהלך פיגוע ירי שבוצע בשטח הר הבית בחודש יולי 2017, תוך כדי שירותו במשטרה.

קבילות סרטוני מב"ט 2000

6. הראיה המרכזית שהגישה התביעה היא תקליטור סרטוני מב"ט 2000, אשר ב"כ הנאשמים חלקו על קבילותו. בהחלטתי מיום 27.3.18 קבעתי כי התקליטור קביל, ולהלן יובאו הנימוקים.

7. טענות ההגנה בנוגע לקבילות הסרטונים נוגעות למידת כישוריו המקצועיים של שוטר מב"ט 2000 שצרב את התקליטונים שנמסרו לחוקר, ולחוסר וודאות בשאלות האופן שבו נצרכו התקליטונים, כיצד נבחרו הקטעים שנצרכו, על כמה מצלמות מבוסס הצילום, העדר מידע בדבר אופן פעילותה של מערכת מב"ט 2000, טענות כי ייתכן שהמערכת עובדת בדרך של עריכת הצילום והעדרו של פס קול. עוד על פי הנטען, המאשימה ביקשה להגיש את התקליטור שלא באמצעות מי שיצר אותו או היה עד ליצירתו ויכול להעיד על תקינות מכשיר ההקלטה, על דרך הפעלתו, על העדר אפשרות לתקלות או עריכות של הסרטון ועל העדרו של פער בין מה שנקלט במקור במצלמות המערכת לבין הסרטון שנצרב על התקליטור. בנוסף נטען, כי התקליטור שמבקשת ההגנה להגיש לבית המשפט אינו המקור אלא העתק, וכי אין לקבלו בשל כלל הראיה הטובה ביותר, המטיל על התביעה נטל להוכיח כי אין בידה שום דרך להגיש את הראייה המקורית.

8. קבילותה של הקלטה נבחנת על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך כך: מבחן הקבילות הטכני ומבחן הקבילות המהותי. ראו ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל (פ"ד לח(4), 169). מבחנים אלה מבוססים על העיקרון לפיו קבילות ההקלטה קשורה לשאלה האם היא משקפת בצורה נאמנה את שהתרחש במציאות.

9. ביחס לתנאי הקבילות הטכנית נקבע כי אלה:

...	נועדו להבטיח את אמינותו של סרטון ההקלטה:	ראשית-	מפני	'עיוות'
השיחה המוקלטת בשלישימושב מכשור לא תקין,	חוסר מיומנות של המקליט,			
סרטון הקלטה הפגום או תקלה בתהליך ההקלטה,	ושנית-			
מפניהת ערבות פסולת בהבטוחה המוקלטת בסרט	(בישול'	בעגה המקצועית).		
התפתחותה של ההלכה הפסוקה בנושא זה-				
ככל הנראה בעקבות התפתחותה הטכנולוגית בתחום ההקלטה	-	'ריכוז'		
אתהטענות כנגד קבילותה הטכנית של סרטון ההקלטה במסגרת	'טענת גג'	כוללת,		
המדברת בקיומו של חשש שסרטון ההקלטה אינו משקף נכונה את השיחה המוקלטת.				
מרכזה הוכרדו סטמן הפרטים הטכניים של תקינות ההקלטה-	המכשיר והסרטים-			



וממיומנותה המקליט, אל שלמות' ההקלטה, כאשר פגמים וליקויים הקוטעים את השיחה אינם פוסלים מלכתחילה את קבילות ההסרט, אלא אם כן מותירים הם חשש שמא ההקלטה אינה מציגה תמונה אמينة של השיחה. (ראו ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל (פ"ד נב(1) 791)).

10. מערכת מב"ט 2000 של משטרת ישראל היא מערכת בה נעשה שימוש נפוץ, בין היתר לצורכי חקירה, ותוצריה מוגשים לעיתים קרובות לבית המשפט, עד כי טיבה של המערכת ואופי פעילותה הם כמעט בבחינת "ידעיה שיפוטית".

11. מעבר לכך, מתוך מוצג ת/1 עולה כי חוקר מח"ש משה עובדיה, ניגש ליחידת מב"ט 2000 וקיבל מנציגת היחידה שני תקליטורים שסומנו בשמות שונים. זיכרון דברים שערך החוקר אייל בנימין (ת/4) יחד עם זיכרון דברים שערך החוקר סלימאן אל אטרש (נ/9), מלמדים כי החוקר בנימין ערך המרה של הסרטונים שנצרכו על שני התקליטורים לתקליטור אחד (ת/3).

12. רשימת עדי התביעה שבכתב האישום כללה את נציג מב"ט 2000 כעד תביעה 5. ב"כ הנאשמים ויתרו על שמיעתו של עד זה. אמנם העד לא ערך מסמך כתוב כלשהו, ואולם מעשיו תוארו בזיכרון הדברים ת/1, והמאשימה ביקשה להגיש באמצעותו העתק של תוצרי עבודתו. ככל שההגנה ביקשה להטיל ספק בבחינת אופן פעילות המערכת, תקינותה ומידת דיוקה, היה בידה לחקור את עד התביעה 5 ולשאלו שאלות אלה. משוויתרה ההגנה על זכותה לחקור את העד בחקירה נגדית, משמעות הדברים היא כי היא מסכימה להגשת המסמך שערך, ובמקרה דנן-הסרטונים שצרב מתוך המערכת, כראייה קבילה.

13. אשר לעובדה כי לא הוגשו הסרטונים שנצרכו מתוך המערכת אלא העתקיהם, פסיקת בתי המשפט העליון הכירה לאורן השנים בחריגים המאפשרים קבילות ראיות שהן העתק של הראייה המקורית, אם בתי המשפט השתכנעו כי ההעתק משקף נאמנה את המקור, כמאמרו של כב' השופט חשין בע"א 6205/98 אונגר ואח' נ' עופר ואח' (פ"ד נה(5) 71):

"החריגים וחריגי-

החריגים שנערמו עליהם היתשואת כוחו של הכלל לזכיון מוכרה ואילו כלל המציץ אינו מבין חרכי החריגים. אכן, ישיסוד לסברה כי כיון מספק עצמו הכלל בדרישה כי בעל-דין יתן טעם ראוי לאי-הצגתו של המסמך המקורי".

14. במקרה דנן, זיכרון הדברים ת/4 הוגש בהסכמה, המגלמת בתוכה העדר מחלוקת על כך שההמרה של הסרטונים לא שינתה את תוכנם. דרישה להבאת המסמך המקורי, ובמקרה זה- הסרטון המקורי, משמעותה דרישה להבאת מערכת מב"ט 2000 אל תיק בית המשפט, והיא בלתי סבירה.



15. בשולי הדברים מצאתי להעיר, כי משטרת ישראל מבקשת, חדשות לבקרים, מבית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים על בסיס סרטוני מצלמות מב"ט 2000 המוגשים כהעתיקים על גבי תקליטורים במסגרת תיקים פלייט שונים. העובדה שהנאשם 1, קצין משטרה בכיר, אשר במהלך שנות שירותו הרבות שירת, בין היתר גם בתפקידי פיקוד במרחב שבו פועלת יחידת מב"ט 2000, טוען טענות המטילות ספק במהימנותה ומידת דיוקה של המערכת, גם כאשר הוא נלחם על חפותו, מעוררת תחושת חוסר נוחות, וזאת בלשון המעטה.

משקלם של הסרטונים

16. על התקליטור ת/3 צרובים שלושה סרטונים.

סרטון ששמו "שער המוגרבים" באורך 2:31 דקות מתעד את הובלתו של אדם, ככל הנראה אחסאן, על ידי שוטרים, אל מחוץ לשער. מתוך השעון המופיע בתחתית המסך ניתן ללמוד כי המתועד בסרטון זה, קדם במספר שניות לאירוע שאליו מתייחס כתב האישום.

בשני הסרטונים הנוספים ממצלמה 301 שאורכו 13 דקות, וממצלמה 311, שאורכו 14 דקות, נראה האירוע כמתואר בכתב האישום.

17. כל הסרטונים כוללים צילום וידאו בלבד ואין בהם שמע. דומה שאין חולק כי העדרה של הקלטת שמע הוא ממאפייניה של מערכת מב"ט 2000 המתעדת תיעוד חזותי בלבד, ואולם היא זכתה להתייחסות רחבה מצד ב"כ הנאשמים.

18. אין חולק כי במועד האירוע התחוללו הפרות סדר קשות בשטח הר הבית, ועל פס הקול שליווה את האירוע ניתן ללמוד מתוך עדויותיהם והודעותיהם של הנאשמים וכן מתוך זיכרונות הדברים ההודעות והעדויות של השוטרים האחרים שנכחו במקום. אעיר כי ככלל, איש מהצדדים לא העלה טענות בנוגע למהימנות השוטרים שהעידו, וחלק לא מבוטל מהודעותיהם והדו"חות שערכו אף הוגשו בהסכמה.

19. כך למשל סנ"צ ניסו גואטה שתיאר בעדותו את הרגישות הרבה ששררה במקום, את היערכות המשטרה בכוחות מתגברים לטיפול בהתארגנות צפויה להפרות סדר שהתקבל לגביה מידע, תיאר את האירוע:

"קריאות מטורפות, רעש עצום, נעליים שנזרקות כיסאות חפצים ברמה של כל מה שבא ליד, אבנים, מטבע הדברים השימוש באמצעים, קולות נפץ, גם רימוני הלם גם וגם ספוג שיש לזה רעש מאד מסוים..." (עמ' 23 שורות 15-18).

סנ"צ טל ברוקלין תיאר בזיכרון הדברים שכתב ביום האירוע (נ/4):

"הבחנתי בכח משטרה מול עשרות מקומיים ורעולי פנים אשר קוראים קריאות עלה עקבר (כך במקור) מצד המוסלמים חלקם רעולי פנים.... במהלך ההדיפה של



המתפרעים נזרקו חפצים לעבר הכוחות המשטוריים שהיו במקום רעולי הפנים נכנסו למסגד אל אקצה ביחד עם מתפרעים נוספים והמשיכו לזרוק אבנים כסאות וחפצים שונים לעבר הצוות... מקומיים רבים עמדו ליד המזרקה תוך שהם צועקים..."

השוטרועי בן יעקב תיאר בהודעתו (נ/6):

"הצעירים שוב יצאו מפתח אל אקצא כשהם רעולי פנים קוראים קריאות 'אללה הוא אכבר' ומיידים אבנים כסאות ירקות נעליים לעבר הכוחות אשר אבטחו את הביקור. בשלב זה התקבלה החלטת דרגי הפיקוד להשתמש באמצעי 'אל הרג' לפיזור המון..."

הנאשם 1 תיאר בעדותו:

"הפס"ד בהר הבית מלווה בהמון רעש של פיצוצים של רימוני ההלם, צעקות של אותם מפגינים, מכשיר קשר והנחיות שניתנו שם ורעש של שוטרים שמבצעים מעצרים, קשה מאוד לתאר את זה. בסרט לא שומעים את זה לצערי. זה רעש של מלחמה." (עמ' 43 שוות 30-32).

רס"ר אביב ראובן תיאר בדו"ח הפעולה שערך (נ/7) כי במהלך ההתפרעות קיבל אישור וירה שבעה כדורי ספוג כלפי המתפרעים. רס"ר ראם בן חיים תיאר בדו"ח הפעולה שערך (נ/8) כי במהלך ההתפרעות נעשה שימוש ברימון הלם כדי לפזר את המתפרעים. דברים דומים עולים גם מהודעתו של השוטר תמיר הזימה (נ/16).

20. על התנהגותו של אחסאן עצמו במהלך האירוע ניתן ללמוד מתוך העדות של סנ"צ גואטה:

"... שניים שעמדו שם והיו מאד דומיננטיים, הם שילהבו את כל ההמון... ההמון עמד מאחורה הם מקדימה הלכו ימינה שמאלה הסתכלו על כולם עם תנועות ידיים מול המפקדים שעמדו שם... אני בא מניח את הידיים שלי על הבחור הזה הוא מיד מסתובב, טל שבא מאחוריו ישר תפס אותו הוא נתן שם לטל מכה אגרופ, ממש היה קשה מאוד להשתלט עליו... הוא היה באדרנלין מטורף היה קשה להשתלט עליו, היינו צריכים ארבעה חמישה אנשים כדי לנתק אותו..." (עמ' 22 שורה 7 - עמ' 23 שורה 1).

סנ"צ גואטה תיאר כי גם לאחר מעצרו אחסאן המשיך להשתולל ולקרוא קריאות(עמ' 23 שורה 21).

בהודעתו של עלא עליאן (ת/6 שורות 17-24) נכתב לגבי אחסאן:

"טל עם שני שוטרים נוספים שמנסים להשתלט ולעצור אותו והוא מנגד מתנגד



ומתפרע...החשוד ניסה להתחמק ולהשתחרר והתנגד לאורך כל המעצר אך לבסוף הצלחנו להשתלט עליו והוא הובל על ידי השוטרים האחרים לכיוון שער המוגרבים... הוא היה דומיננטי והלהיט את האחרים תוך כדי אמירות כנגד היהודים תוך שהוא מתעמת עם השוטרים ומניף את ידו לעבור השוטרים ולעבר המצלמה שאני תיעדתי אותו."

השוטר תמיר הזימה אמר בהודעתו (נ/16 שורות 29-50):

"הסתכלתי שמאלה וראיתי את אדהם גאנם וטל בן קיקי מחזיקים את הבחור הזה...הם ניסו למשוך אותו ולא הצליחו למשוך אותו. הלכתי לכיוון שלהם, הרמנו אותו ביחד והגענו לכיוון שער המוגרבים, כדי להצטרף לליוויים. שמה לא היה עליו אזיקים. אני שמתי עליו אזיקים, השתמשתי בכוח, ישבתי עליו ממש ושמתי עליו אזיקים.... הוא התחיל להתפרע ממש חזק והחזקתי אותו מאחורה... אזקנו אותו והרמנו אותו, אני וטל ואולי עוד מישהו, שמנו אותו על הספסל...בזמן שאזקנו אותו האא'ל סיתאוי נתן לו בעיטה בראש כי הוא התפרע. הוא התחיל לצעוק ולהתפרע ומישהו אמר להאא'ל תשתיקו אותו כבר מה הוא צועק ככה..."

21. הנאשם 2 אמר בחקירתו במח"ש (ת/2 עמ'2):

"במוגרבים כשהוא שוכב על הבטן הוא ממשיך עם קריאות "תכביר" ומסרב להביא ידו על מנת לאזק אותו... כשהוא סירב להביא את היד אני שמתי לו ברך על הגב ומשכתי לו את היד על מנת לאזק אותו, מאחר וראיתי שהוא מתנגד."

בהמשך, בעמ' 4 להודעה הוסיף כי אחסאן המשיך בצעקות ובקריאות לאחר שנאזק. כשנשאל הנאשם 2 מדוע בעט באחסאן בעת שהיה אזוק השיב: "אין סיבה, הוא צעק קריאות תכביר ואללה ואכבר".

22. גם הנאשמים וגם שוטרים אחרים מסרו גרסאות מפורטות ביחס לאירוע. עדויותיהם של העדים והנאשמים עצמם ביחס לפס- הקול שליווה את ההתרחשות ולקולות שהשמיע אחסאן בעת מעצרו ולאחריו מתקבלות, ומהוות השלמה לתיעוד החזותי. בנוסף, תקליטור שהוגש על ידי הנאשם 1 המתעד את הרעש הנשמע במהלך אירוע התפרעות אחר, מהווה דוגמא המאפשרת לבית המשפט להתרשם מהאווירה השוררת במהלך אירוע התפרעות שכזה.

23. יתרה מכך, כאשר הוצגו הסרטונים לנאשמים בעת חקירתם במח"ש, איש מהם לא טען כי הנראה בסרטון אינו מדויק או מנותק מהקשרו הנכון בשל העדרו של פס קול או מסיבה אחרת.

24. עם זאת, העדרו של פס קול הוא בעל משקל מסוים הנובע מהעובדה שלא ניתן לשמוע את דבריהם של השוטרים



עצמם במהלך האירוע, בפרט על רקע העובדה כי חקירת מח"ש את הנאשמים ואת השוטרים האחרים, אשר מעורבים תדיר באירועי התפרעות בהר הבית, נערכה כחצי שנה לאחר האירוע. מקובלת עלי הטענה, כי פער הזמנים וריבוי האירועים הדומים, לא אפשר לנאשמים לזכור באופן מדויק דברים שאמרו תוך כדי האירוע ועשויים היו להיות בעלי משמעות.

25. סיכומם של דברים בעניין זה- משקלם של הסרטונים בתוך כלל הראיות הוא רב, ואולם העובדה שלא נשמעים דברי השוטרים פוגמת במעט במשקלה של ראיה זו.

בחינת מעשיו של הנאשם 1

26. כל האזכורים שיובאו בהמשך הכרעת דין ביחס לנראה בסרטונים, מתייחסים לסרטון ממצלמה 301, אלא אם ייאמר במפורש אחרת.

27. בסרטון נראה הנאשם 1 מתהלך ליד שלושת השוטרים הרוכנים מעל אחסאן, השוכב על הרצפה עם פניו לקרקע. שלושת השוטרים מנסים לאזוק את ידיו של אחסאן מאחורי גבו. במונה 2:23 נראה הנאשם 1 כשהוא מסתובב לעבר אדם שעמד וצפה באירוע אוחז בו עם יד שמאל בעורפו ויד ימין בקדמת גופו ודוחף אותו בכח אל מחוץ לטווח הקליטה של המצלמה. המאשימה אינה מייחסת עבירה לנאשם בשל מעשים אלה, אשר נועדו, על פי הנטען, להבהיר את הלך רוחו של הנאשם 1 באותה עת.

28. יש ממש בדברי ב"כ הנאשם 1 לפיהם לא ניתן לראות בסרטון כי ידו הימנית של הנאשם 1 בעת הדחיפה של אותו אדם מונחת על צווארו בתנועה של חניקה, אך צפייה חוזרת ונשנית בסרטון מאפשרת להסיק עובדה זו במידת הוודאות הנדרשת, מה גם שהנאשם 1 הודה במהלך חקירתו במח"ש כי אחז בגרונו של אותו אדם כדי להרחיקו (5/ שורות 243-226).

29. מקובלת עלי הטענה, כי הגם שהאדם שהורחק לא הפריע באופן פיזי למעצר, ייתכן שאמר דברים שהפריעו לשוטרים לבצע את תפקידם, ולכן לא מצאתי בכך תרומה להוכחת הטענה, כי הנאשם 1 בעט באחסאן על מנת לפרוק את כעסו.

30. טענת הנאשם 1 היא כי בעט באחסאן תוך שכיוון לידי על מנת לנטרל את התנגדותו לניסיונות לאזוק אותו. על פי הנטען, שתי הבעיטות נעשו בצורה מחושבת ומתוכננת, שכונתה על ידי בא- כוחו "פעולה כירורגית", שכל תכליתה לנטרל את ההתנגדות.

31. יש לומר כי כבר בראשית חקירתו במח"ש הודה הנאשם 1 כי בעט באחסאן, על פי הנטען, בידיו, כדי לנטרל את התנגדותו לאיזוק (5/ שורה 11), עובדה שיש בה כדי להוסיף נופך של מהימנות לטענתו בדבר הטעם לבעיטות. בשל חלופ הזמן בין החקירה לאירוע, לא אזקוף לחובתו את העובדה כי טען בחקירה שמדובר היה בבעיטה אחת



בלבד, בעוד שאין חולק כיום כי מדובר בשתי בעיטות.

32. עם זאת, טענותיו של הנאשם 1 בדבר אופן הבעיטות והמיקום שאליו כוונו, אינן עולות בקנה אחד עם הנראה בסרטון ואף עם דברים שאמר בהודעתו.

33. ראשית יש לומר, כי בסרטון ניתן לראות שכאשר השוטרים מנסים לאזוק את אחסאן הוא שוכב על הבטן עם פניו לכיוון הרצפה ורגליו מונחות על הרצפה ללא תנועה. התנגדותו של אחסאן לאיזוק באותו שלב אינה בדרך של "השתוללות", אלא התנגדות פסיבית כפי שעולה גם מתוך הודעת הנאשם עצמו:

"... כל זה במטרה להשתלט עליו כדי שירגע וכדי שנשחרר את הידיים שלו כי הוא כיווץ את הידיים" (ת/5 שורה 12).

וכן:

"הוא שכב על הרצפה והוא היה מכווץ וידיו היו מכווצות." (ת/5 שורה 190).

34. שנית, במונה 2:33, טרם הבעיטה הראשונה נראה הנאשם 1 מפשיל את הגלבייה שלו בש אחסאן. בהקשר זה אני מתקשה לקבל את טענת הנאשם 1 כי לא הפשיל את הגלבייה אלא הזיז אותה במטרה לעזור לשוטרים לאזוק את ידיו של אחסאן. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם הנראה בסרטון וגם אין בה היגיון. הסטת הגלבייה לעבר הידיים של החשוד המתנגד לאיזוקו אינה יכולה לסייע לשוטרים אלא רק להפריע להם, שכן בד הגלבייה עשוי להסתבך בידי של החשוד ובידיהם של השוטרים.

35. שלישית, הגם שבעת האיזוק השוטרים רוכנים מעל אחסאן וקשה להבחין היכן בדיוק נמצאות ידיו, מהתנוחה בה שוכב ניתן להסיק, במידת הוודאות הנדרשת, עד להיכן מגיעות ידיו כשהן משוכות לאחור. המקום שאליו נראה בועט הנאשם 1 בשתי ההזדמנויות אינו קרוב למקום שבו נמצאות ידיו של אחסאן. יתרה מכך, בין הבעיטה הראשונה לשנייה, במונה 2:35 הנאשם 1 נראה משנה את זווית העמידה שלו. הוא הזיז ספסל שהפריע, נעמד במקום הקרוב יותר לרגליו של אחסאן ובוטט בו בין הרגלים, במקום שבו אין אפשרות פיזית כי נמצאו באותה עת ידיו של אחסאן.

36. משכך, אני קובעת כי שתי הבעיטות שבעט הנאשם 1 באחסאן כונו אל רגליו של אחסאן, השניה - אל בין רגליו, ושתיהן לאחר שהנאשם 1 הפשיל את הגלבייה שעטה אחסאן.

37. למרבה הפלא, אחסאן עצמו - נפגע העבירה - לא הוזמן לעדות מטעם המאשימה. הימנעות מהעדתו של עד רלבנטי היא בעלת משמעות ראיתית לחובת הצד שנמנע מזימונו, ראו ע"א 1100/09 **סופרגז חברה ישראל להפצת גז בע"מ נ' עזבון המנוח איתן מימון ז"ל** (פורסם בנבו 20.3.11). האירוע במקרה דנן אמנם מתועד בסרטון, המקרה את עוצמת חסרונה של עדות זו, ואולם אינו מבטל אותה לחלוטין, שכן ראוי היה שתובאנה ראיות בנוגע לאופן התרחשות האירוע כפי שנחווה על ידי נפגע העבירה עצמו.



38. החוקר סולימאין אל אטרש, שגבה את הודעתו של אחסאן במח"ש נשאל בעדותו על הטענות של אחסאן ביחס לאלימות שהופנתה כלפיו בעת מעצרו, תוך שהוקראו לו חלקים מהודעתו של אחסאן. עד זה אישר שאחסאן אמר בחקירתו שמישהו הרביץ לו מאחורי גבו (עמ' 29 שורות 24-29), טענה שאין בה כדי לסתור את הנראה בסרטון, ואולם אין בכך כדי לרפא לחלוטין את הפגם שבאי העדתו של אחסאן.

39. התבוננות בסרטונים תוך התייחסות לגרסאות הנאשמים והשוטרים האחרים שנכחו בחלקים אחרים של האירוע, על רקע הימנעות התביעה מהזמנתו של אחסאן לעדות, מבססת את המסקנה לפיה מעשיו של הנאשם 1 בוצעו במסגרת הניסיונות לאזוק את אחסאן ולהפסיק את התנגדותו למעצרו, אשר דומה כי אין חולק שהיה לגיטימי ונחוץ בנסיבות העניין. טרם הבעיטות שבעט הנאשם 1 באחסאן, במונה 2:11, הוא נראה מתכופף אליו יחד עם שלושת השוטרים הנוספים ומנסה לסייע להם באיזוקו. לאחר מכן הוא קם ומאפשר לשוטרים האחרים לנסות ולהשתלט על אחסאן ובעודו עומד, תוך כדי ניסיונות האיזוק, בועט בו. אין מדובר במעשים שנועדו אך לשם התעללות או פגיעה באחסאן. אין מדובר במעשה נקמה או פורקן של כעס או תסכול.

40. לצד האמור, אף אם הבעיטות לכיוון רגליו של אחסאן נועדו לנטרל את ההתנגדות לאיזוק, משעה שהתנגדותו של אחסאן לאיזוק הייתה פאסיבית, בדרך של כיוץ הידיים, בעיטות לכיוון אזור רגיש בגוף היו שימוש בכח מעבר לנדרש לצורך המעצר. כפי שאמר אף הנאשם 1 עצמו בהודעתו:

"יש מדרגים שונים לשימוש בכח. זה אמור להיות מדרגה אחת מעל ההתנגדות של העצור. אם הוא פסיבי אז מותר לתפוס אותו. אם הוא תוקף ומשתולל אז צריך להפעיל טיפה יותר כוח, לתפוס לו ידיים, לעקם לו יד. (ת/5 שורות 33-31).

אדגיש, כי בניגוד לנאמר על ידי הנאשמים, אין ראייה לכך שבשעת ניסיון האיזוק אחסאן בעט לכיוון השוטרים עם רגליו, אלא שרגליו היו פרושות על הקרקע.

41. עם זאת, יש לבחון את מעשיו של הנאשם 1 על רקע האירוע שבמהלכו בוצעו; שטח הר הבית הוא אזור טעון ונפיץ מטבעו גם בשגרה, טעון עוד יותר בחודש הרמדאן, ובפרט בימיו האחרונים. התקופה שבה אירע האירוע התאפיינה בשורה של פיגועים ואירועי טרור שהעלו עוד יותר את רמת הרגישות, וזו הגיעה לשיאה על רקע החלטת הדרג המדיני לאפשר כניסת מבקרים יהודים לשטח ההר בימיו האחרונים של הרמדאן, בניגוד לנוהג בשנים קודמות. כל אלה הפכו את עבודתם הקשה ממילא של שוטרי משטרת ישראל במקום לקשה ומסובכת עוד יותר באירוע נשוא כתב האישום.

42. אני מקבלת את עדויות השוטרים ביחס למעשיו של אחסאן טרם מעצרו ולהיותו גורם מרכזי שהתסיס את הקהל ובדבר הצורך לעוצרו ולהוציאו מהר ככל הניתן מהמקום. שקלתי גם את הנסיבות שבהן פעלו הנאשמים, רעשי הרקע המבהילים שאפפו את האירוע, תחושות הלחץ והסכנה שתוארו על ידי השוטרים שהעידו ואמרותיהם הוגשו. כל אלה מחייבים גילוי גמישות מסוימת בבחינת שיקול הדעת של הנאשם 1.



43. בחינה שכלתנית של האירוע בדיעבד, בישיבה נינוחה בחדר ממוזג, לאחר צפיות חוזרות ונשנות בסרטון, מביאה למסקנה ששתי הבעיטות שבעט הנאשם 1 באחסאן היו מיותרות ולא היו מחויבות לצורך ביצוע המעצר. עם זאת, כאשר מנתחים את האירוע בשים לב לכך שמדובר במעצר מוצדק של אדם שהשתתף בהתפרעות, מעצר שבוצע בנסיבות קשות תחת לחץ של המון משתולל אשר סיכן את השוטרים, ניתן לקבל כי מעשיו של הנאשם 1 נבעו מתוך טעות בשיקול הדעת. בנסיבות העניין, וגם לאחר שנתתי דעתי לממד החומרה הנובע מהיות הנאשם 1 קצין בכיר, המשמש דוגמא ליתר השוטרים הפועלים בשטח, חריגתו של הנאשם 1 ממידת הכח שהייתה מחויבת לצורך מילוי תפקידו הייתה מועטה ולא חצתה את הרף הפלילי.

44. על כן, אני מזכה את הנאשם 1 מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

בחינת מעשיו של הנאשם 2

45. במונה 3:02 לסרטון נראה הנאשם 2 מניח את רגלו הימנית על גבו של אחסאן האזוק. בסרטון ניתן לראות כי קודם להנחת הרגל, הנאשם 2 ושני השוטרים האחרים הצליחו לאזוק את אחסאן בידיו מאחורי גבו, ומשך שניות ארוכות הוא נראה שוכב עם פניו לכיוון הרצפה, אזוק בידיו ולא זז. כמה שניות לאחר מכן הנאשם 2 נראה מוריד את רגלו מגבו של אחסאן ובוועט בו עם רגלו השמאלית, כפי שמתואר בכתב האישום.

46. לטענת הנאשם 2 בעדותו במשפט הוא הניח את רגלו על אחסאן באופן טבעי כפי שהיה מניח עליו את ידו לו היה אחסאן עומד לידו. בנוסף טען הנאשם 2 כי גם לאחר שאחסאן נאזק הוא המשיך בקריאות ההסתה וההתלהמות, והוא בעט בו כדי להשתיק אותו על מנת שיפסיק את קריאות ההסתה, כל זאת לאחר שאחסאן לא שעה לבקשותיו של הנאשם 2 להפסיק את הקריאות (עמ' 52 שורה 19- עמ' 53 שורה 7). הנאשם 2 הסביר, כי כוונתו הייתה לגרום לאחסאן להפסיק את הקריאות המסיתות, לפנותו כמה שיותר מהר מהמקום ולחזור ולסייע לשוטרים הנלחמים בתוך הר הבית.

47. אני מתקשה לקבל את טענת הנאשם 2 בעניין זה. על פי עדויות הנאשמים עצמם, אזור האירוע היה אפוף קריאות של המתפרעים, קולות השלכת חפצים, ירי כדורי ספוג ורימוני הלם. על רקע זה, אף אם אחסאן הוסיף לצעוק ולקרוא קריאות מסיתות, הוא עשה זאת בשכיבה תוך שפניו מופנות לקרקע, כך שיכולתו להשפיע בצעקותיו (להבדיל מעצם נוכחותו במקום) על המתפרעים הייתה מוגבלת ביותר. זאת ועוד, לו הפריעו צעקותיו של אחסאן לנאשם 2 לשמוע את ההוראות בקשר, היה בידו להתרחק קמעא מאחסאן האזוק או למהר ולפנותו מן המקום.

48. הדברים שנכתבו בסעיפים 41-42 לעיל ביחס לנאשם 1 ולנסיבות שאפפו את האירוע, יפים גם לעניינו של הנאשם 2. אוסיף כי במהלך ניסיונות השוטרים לעצור את אחסאן, הוא נתן מכת אגרוף לנאשם 2. עובדה זו עולה מתוך עדותו של סני"צ גואטה (עמ' 22 שורות 30-31) ומתוך

עדויות של הנאשם 2 עצמו (עמ' 51 שורה 17), ולא הייתה לגביה מחלוקת.



49. על אף האמור, לא ניתן להתייחס אל מעשיו של הנאשם 2 בשום דרך כאל מעשה מוצדק, שהנאשם 2 היה מוסמך או חייב לעשותו לעשות מכח תפקידו. משעה שהשוטרים השתלטו על אחסאן והצליחו לאוזקו, לא היה הנאשם 2 רשאי להוסיף ולהשתמש בכח בדרך כלשהי כלפי אחסאן, יהיו המעשים אשר קדמו למעצרו אשר יהיו, ואף בהינתן העובדה שאחסאן הוסיף לקרוא קריאות מסיתות לאחר שנאזק ונותר שכוב עם פניו לקרקע. דברים אלה ניתן לקבוע אף ללא עדותו של אחסאן.

50. מעשיו של הנאשם 2 אינם פעוטי ערך ואינם בגדר "זוטי דברים". הגם שמדובר במעשה שאורכו שניות ספורות, לא זו בלבד שמדובר בשוטר - איש מרות - שביצע מעשה אלימות כלפי אדם מנוטרל, אלא שהנאשם 2 שירת באותה עת כקצין אשר אמור לשמש דוגמא ומופת בהתנהגותו לפקודיו הנושאים אליו את עיניהם. האינטרס הציבורי במניעת התנהגות מסוג זה הוא כבד משקל ואינו מאפשר להתייחס למעשיו של הנאשם 2 כאל מעשים קלי-ערך.

51. לפיכך, אני קובעת כי הנאשם 2 ביצע עבירת תקיפה.

הגנה מן הצדק

52. טענת ההגנה מן הצדק נטענה על ידי שני הנאשמים, ואולם לנוכח קביעתי ביחס לנאשם 1, תיבחן הטענה רק ביחס לנאשם 2.

53. טענת ההגנה מן הצדק של הנאשם 2 כוללת שלושה ראשים, שמתייחסים, כולם, לאכיפה בררנית:

א. שוטרים אחרים שנהגו באלימות כלפי אחסאן במהלך אותו אירוע לא הועמדו לדין פלילי ואף לא לדין משמעתי.

ב. אחסאן עצמו, אשר הכה את הנאשם 2 במכת אגרוף בצווארו שניות ספורות לפני שנעצר, לא הועמד לדין כלל.

ג. במקרים דומים נוהגת המאשימה להעמיד שוטרים לדין משמעתי ולא לדין פלילי.

54. אשר לטענה לפיה שוטרים אחרים שנטען לגביהם כי נהגו באלימות באותו אירוע לא הועמדו לדין, אני מקבלת את טענת המאשימה בנוגע לפערים בין התשתית הראייתית שנאספה בעניינם של הנאשמים לבין התשתית הראייתית שנאספה בעניינם של שוטרים אחרים. הגם שישנן עדויות של שוטרים בדבר אלימות שהפעילו שוטרים אחרים במהלך האירוע, לא תמיד עדויות אלה עולות בקנה אחד זו עם זו או עם ראיות אחרות, באופן שניתן לקבוע כי קמה לגבי השוטרים האחרים תשתית ראייתית המקימה סיכוי סביר להרשעה בעבירה. כך לדוגמה, טענותיו של השוטר פחרי סלאמה ביחס למעשיהם של שני שוטרים נוספים (נ/15 שורות 32-36) אינן עולות בקנה אחד עם הנראה בסרטוני



מצלמות האבטחה.

55. אמנם, סרטוני וידאו המתעדים את האירוע אינם הכרחיים לצורך גיבוש תשתית ראייתית להגשת כתב אישום, אך אני מקבלת את הטענה, לפיה קיומם של סרטוני מצלמות המתעדים חלק מהאירועים, יוצר פער איכותי בעוצמת הראיות. מידת הזהירות שבה נקטה המאשימה בבחינת הראיות והחלטה על הגשת כתב אישום רק ביחס למי שאלימות שבה נקט תועדה בסרטון סבירה ואינה מהווה אכיפה בררנית פסולה.

56. אשר לטענה לפיה אחסאן עצמו לא הועמד כלל לדין, מצאתי כי יש בה כדי לבסס, במידת מה, טענת הגנה מן הצדק ביחס לנאשם.

הטענה כי אחסאן הכה את הנאשם 2 במכת אגרוף שניות ספורות לפני מעצרו מבוססת על דברי הנאשם עצמו בעדותו בבית המשפט ובחקירתו במח"ש, וזוכה לחיזוק בהודעתו של סנ"צ גואטה (עמ' 22 שורה 30). מובן שאין במעשה זה של אחסאן כדי להצדיק מעשה אלימות מצדו של הנאשם 2. עם זאת, כשם שלא ניתן להקל ראש בפגיעת מעשה האלימות של הנאשם 2 בשלטון החוק, כך אין מקום להקל ראש בפגיעת מעשיו של אחסאן בשלטון החוק. למכת האגרוף שהכה אסחאן את הנאשם 2 משמעות מעבר לפגיעה הפיזית בנאשם 2. מדובר במכה שהופנתה כלפי שוטר שביצע את תפקידו הקשה והמורכב בשמירה על הסדר הציבורי מצד מי שהווה גורם מתסיס דומיננטי באירוע התפרעות רב משתתפים. כשם שמעשיו של הנאשם 2 היה בהם כדי להוות דוגמא לשוטרים שהשתתפו עמו בביצוע המשימה, כך מעשיו של אחסאן היוו דוגמא למתפרעים שהשתוללו בהר הבית, ונקיטת אלימות מצדו כלפי שוטר היה בה כדי ללבות את ההתפרעות ולעודד אחרים לפעול באלימות כלפי כוחות המשטרה.

57. המאשימה לא הציגה כל נימוק לאי העמדתו של אחסאן לדין בגין תקיפת השוטר, שהיא עבירה חמורה מזו שביצע הנאשם 2, וממילא לא נימוק המניח את הדעת להבחנה בין השניים. יתרה מכך, תוך כדי שמיעת הראיות התברר, כי נציגי המאשימה בבית המשפט כלל לא ידעו מה עלה בגורל התיק של אחסאן, ורק בסיכומי המאשימה נאמר באופן סתמי, כי לאחר בדיקה נמצא שהתיק נגדו נסגר מחוסר ראיות. ב"כ המאשימה לא הסבירה מה היו הקשיים הראייתיים להעמדתו לדין של מי ששני שוטרים שנכחו באירוע תיארו אותו, באופן דומה, כמי שתוקף את הנאשם 2 ולא הוצגה ראיה אחרת אשר סתרה את דבריהם בעניין זה. מתוך סיכומי נציגת המאשימה, ניתן היה להבין, שהיא כלל אינה מכירה את חומר הראיות שעמד בבסיס ההחלטה לסגור את התיק נגד אחסאן.

אני ערה לכך שההחלטה בעניינו של אחסאן התקבלה על ידי פרקליטות המחוז ולא על ידי המחלקה לחקירות שוטרים, ואולם בסופו של יום, מדובר במחלקות שונות של רשות תביעה אחת, הכפופות שתיהן לפרקליט המדינה. קשה לקבל את העובדה, כי המחלקה שהגישה את כתב האישום נגד הנאשם 2 לא התעניינה בשאלה מה עלה בגורלו של נפגע העבירה, שנחשד בעצמו בביצוע מעשה אלימות חמור יותר קודם לפגיעה בו. ההחלטה להעמיד את הנאשם 2 לדין פלילי על רקע ההחלטה שלא להעמיד את אחסאן לדין ללא כל נימוק המניח את הדעת, נראית שרירותית ויש בה כדי לפגוע בתחושת הצדק.

58. אשר לטענה כי במקרים דומים נוהגת המאשימה להעמיד שוטרים לדין משמעתי ולא לדין פלילי, בולטת העובדה לפיה אין למאשימה הנחיות מנהליות מסודרות הנוגעות לשאלה מתי יועמד שוטר שעשה שימוש בכח בלתי סביר לדין



פלילי, ומתי יועמד לדין משמעת. בסיכומיה לפני, המאשימה לא טענה לקיומם של קווים מנחים כלשהם, אלא לפרקטיקה הנשענת על "תורה שבעל פה". עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה החלטות הנוגעות להתייחסות המאשימה לקיומם של כללים מנחים שכאלה, ובהם, בין היתר, גם שאלת קיומה של סמכות לשימוש בכח, מידת החרیגה ממנה, מידת השימוש בכח שנעשה, השתלשלות האירוע, מידת תרומתו של המתלונן לאירוע, התנהגות השוטר בחקירה, נטילת אחריות, תוצאות האירוע ועוד (ראו למשל החלטת בית"פ 46143-04-17 מח"ש נ' עבדי ואח' (פורסם בנבו 2.12.17), שם נטען על ידי המאשימה, כי הכללים המנחים לפיהם היא פועלת אף פורסמו בדו"ח מבקר המדינה).

59. בחינת המקרה דנן על רקע כללים אלה מלמדת, כי הוא דווקא הולם את העמדתו של הנאשם 2 לדין משמעת: אמנם לאחר כבילתו של אחסאן לא עמדה עוד לנאשם 2 סמכות לשימוש בכח, ואולם, הגם שמעשה האלימות שביצע כלפי אחסאן הוא מכוער, אין הוא מצוי ברף הגבוה של האלימות והוא בוצע זמן קצר מאד לאחר שאחסאן התנגד למעצרו ואף הכה את הנאשם 2; מידת תרומתו של אחסאן לאופן השתלשלות האירוע הייתה משמעותית; לא נטען כי לאחסאן נגרמה פגיעה פיזית כלשהי כתוצאה ממעשיו של הנאשם 2; גם בחקירתו במח"ש וגם בבית המשפט הודה הנאשם 2 כי בבחינת הדברים בדיעבד הוא מבין שבדרך בה נהג פסולה והיה עליו לנקוט בדרך אחרת (ת/2 עמ' 5; פרוטוקול הדין עמ' 55 שורה 16).

60. יתרה מכך, עיון בפסקי הדין הרבים שהוגשו על ידי ב"כ הנאשמים מלמד, כי במקרים רבים של אלימות של שוטרים, שאינם נופלים בחומרתם מחומרת מעשיו של הנאשם 2, ולעיתים אף עולים עליה, החליטה המאשימה להעמיד את השוטרים שביצעו את מעשי האלימות לדין משמעת ולא לדין פלילי, גם במקרים בהם לשוטרים שהועמדו לדין משמעת היה עבר משמעת קודם.

כך, חלק מפסקי הדין המשמעתיים שהוגשו, מתייחסים גם לעבירות אלימות שבוצעו כלפי נפגעים שהיו אזוקים ומנוטרלים, ולא קמה לשוטרים כל סמכות לשימוש בכח כלפיהם. ראו למשל תיק בי"ד למשמעת 89/10 (פורסם בנבו 27.7.11); תיק בי"ד למשמעת 10/12 (פורסם בנבו 12.2.12); תיק בי"ד למשמעת 54/12 (פורסם בנבו); תיק בי"ד למשמעת 80/12 (פורסם בנבו 12.3.13); תיק בי"ד למשמעת 11/13 (פורסם בנבו 26.8.13); תיק בי"ד למשמעת 2/14 (לא פורסם 11.3.14), תיק בי"ד למשמעת 23/14 (לא פורסם 15.6.14), תיק בי"ד למשמעת 75/15 (לא פורסם 10.4.16); תיק בי"ד למשמעת 19/16 (לא פורסם 25.7.16); תיק בי"ד למשמעת 41/17 (לא פורסם 16.8.17); תיק בי"ד למשמעת 62/10 (פורסם בנבו 11.7.10); תיק בי"ד למשמעת 50/09 (פורסם בנבו 12.9.10).

כך, חלק מפסקי הדין המשמעתיים שהוגשו, מתייחסים לעבירות אלימות שבוצעו תוך שימוש בנשק קר- אלות, גז פלפל, מקל או אקדח טייזר. ראו למשל תיק בי"ד למשמעת 51/11 (פורסם בנבו 8.8.12); תיק בי"ד למשמעת 61/11 (פורסם בנבו 26.1.12); תיק בי"ד למשמעת 3/12 (פורסם בנבו 11.3.12); תיק בי"ד למשמעת 23/12 (פורסם בנבו 31.12.12); תיק בי"ד למשמעת 54/12 (פורסם בנבו); תיק בי"ד למשמעת 11/13 (פורסם בנבו 26.8.13); תיק בי"ד למשמעת 66/13 (לא פורסם 5.12.13); תיק בי"ד למשמעת 26/14 (לא פורסם 6.8.14); תיק בי"ד למשמעת 61/15 (לא פורסם 27.10.15). וראו גם את פסקי הדין המשמעתיים הבאים, העוסקים בעבירות אלימות שאינן נופלות בחומרתן ממעשיו של הנאשם 2 והוחלט להעמיד בגינם לדין משמעת: תיק בי"ד למשמעת 13/11 (פורסם בנבו 21.9.11); תיק בי"ד למשמעת 24/11 (פורסם בנבו 7.8.11); תיק בי"ד למשמעת 27/11 (פורסם בנבו 4.9.11); תיק בי"ד למשמעת 71/12 (פורסם בנבו 3.1.13); תיק בי"ד למשמעת 76/12 (פורסם בנבו 29.11.12); תיק בי"ד למשמעת 89/12 (פורסם בנבו 7.4.13); תיק בי"ד למשמעת 47/14 (לא פורסם 19.1.15); תיק בי"ד למשמעת



30/15 (לא פורסם 9.7.15).

אמנם, ניתן למצוא גם מקרים שבהם הועמדו שוטרים שתקפו אדם אזוק לדין פלילי ולא לדין משמעתי (ראו למשל ת"פ (שלום ירושלים) 4801-05-17 **חתואלי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם 8.11.17); ע"פ (תל-אביב) 22421-06-12 **מדינת ישראל נ' כהן** (פורסם בנבו 1.11.12); עפ"ג (תל-אביב) 1100/03 **דנטה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 23.6.10)) וקיומם של אלה דווקא מוסיף משקל לטענת השרירות הנובעת מהעדרם של כללים סדורים להבחנה בין דין משמעתי לדין פלילי.

61. ככלל, קבלת טענה של אכיפה בררנית המבססת הגנה מן הצדק, טענה הוכחתם של מניעים זדוניים או שיקולים זרים מובהקים. עם זאת, בית המשפט העליון הכיר באפשרות, לבסס, במקרים המתאימים, טענה לפגיעה בשוויון מבלי שהוכחו קיומו של שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום לב של הרשות (ראו ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (פורסם בנבו 10.9.13 בפסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)).

במקרה דנן לא ניתן לבסס שיקול זר בהעמדתו של הנאשם 2 לדין פלילי, ואולם מצבור ההחלטות שהוגשו מטעם ההגנה מלמד כי לאורך שנים נהגה המאשימה, לרוב, להעמיד שוטרים בגין מעשים דומים לדין משמעתי בלבד. השוואת עניינו של הנאשם 2 לאותם פסקי דין מעוררת תחושה קשה של אי צדק הנובע משרירות בהעמדה לדין (ראו שם, וכן בג"ץ 6396/96 **זקין ואח' נ' ראש עיריית באר שבע ואח'** (פ"ד נג(3) 289)).

62. סיכומם של דברים בעניין זה- ישנה הצטברות של טענות שהתקבלו בנוגע לאכיפה בררנית כלפי הנאשם 2, הן ביחס לנפגע העבירה עצמו שהתיק בעניינו נסגר ללא הסבר, הן ביחס למקרים אחרים בהם ביצעו שוטרים עבירות דומות והועמדו לדין משמעתי בלבד. הצטברות זו מעצימה את תחושת חוסר הצדק שבניהול הליך פלילי נגד הנאשם 2 ומקימה לו הגנה מן הצדק.

63. כידוע, קבלת טענת הגנה מן הצדק אין תוצאתה בהכרח זיכוי או ביטול כתב האישום, ובידי בית המשפט עומדות, ככלל, אפשרויות שונות שבאמצעותן ניתן לרפא את הפגם שנפל (לסעדים האפשריים בקבלת טענת הגנה מן הצדק ראו ע"פ 4855/02 **בורוביץ' נ' מדינת ישראל** (פ"ד נב(6) 776, בעמ' 808)).

עם זאת, במקרה דנן, כל תוצאה אחרת מלבד ביטול האישום נגד הנאשם 2, שמשמעותה בשלב זה של ההליך היא זיכוי, לא תוכל לרפא את הפגם שנפל בעניינו.

סוף דבר

64. לנוכח האמור לעיל, אני מזכה את הנאשמים מהעבירה שיוחסה להם בכתב האישום. הנאשם 1 מזוכה מחמת שמעשיו לא חצו את הרף הפלילי. הנאשם 2 מזוכה מחמת הגנה מן הצדק.

65. זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים בתוך 45 ימים מהיום.



ניתנה היום, ט"ו סיוון תשע"ח, 29 מאי 2018, במעמד הצדדים