



ת"פ 2413/07/21 - מדינת ישראל נגד מוחמד כנעאנה

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 2413-07-21 מדינת ישראל נ' כנעאנה
תיק חיצוני: 2021\437541
בפני כבוד השופטת ג'ויה סקפה שפירא
המאשימה מדינת ישראל
נגד הנאשם מוחמד כנעאנה
ב"כ המאשימה: עו"ד אילן אקוקה
ב"כ הנאשם: עו"ד עדי מנסור
החלטה

כללי

1. הנאשם מואשם בעשרים עבירות של גילוי הזדהות עם ארגון טרור לפי ס' 24(א)(1) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: "החוק") ובארבע עבירות של הסתה לטרור לפי סעיף 24 (ב)(2) לחוק.

על פי הנטען בכתב האישום, הנאשם הינו מזכיר כללי של תנועת "בני הכפר", תנועה פוליטית ערבית, ונושא משרה בוועדת המעקב העליונה של ערביי ישראל. הנאשם אף נוהג להתראיין ולפרסם מאמרים בעיתון חדשות בערבית, המזוהה עם ארגון "החזית העממית לשחרור פלסטין".

במהלך תקופה שלא צוינה בכתב האישום, ונכתב כי היא אינה ידועה, ועד ליום הגשת כתב האישום, החזיק הנאשם בשלושה חשבונות ברשת החברתית "facebook". חשבון אחד הוא ציבורי ובו מוגדר הנאשם, על פי בחירתו, כפוליטיקאי, ולו 10,458 עוקבים ולמעלה מ-10,000 סימני חיבוב. שני חשבונות נוספים הם פרטיים, באחד מהם 3,159 חברים ובשני כ-300 חברים.

בחלק הכללי של כתב האישום מתוארים אירועים שאירעו בישראל לפני, במהלך ואחרי מבצע "שומר חומות". כן ישנה התייחסות לחמישה ארגונים שהוכרזו כארגוני טרור והאם החזית העממית לשחרור פלסטין, החזית העממית הדמוקרטית לשחרור פלסטין, ארגון החמא"ס, ארגון הג'יהאד האיסלאמי הפלסטיני וארגון החיזבאללה ועובדות המתייחסות לנאשם עצמו.

בפרק העובדות מתוארים עשרים ואחד פרסומים שפרסם הנאשם מיום 30.5.18 ועד יום 11.6.21, בחשבונות השונים ברשת החברתית, מידת החשיפה שלהם זכו ואירועים שאירעו סמוך למועד הפרסום של חלק מהפרסומים. על פי הנטען בכתב האישום, פרסומים אלה כוללים דברי הסתה לטרור או לאלימות וכן עידוד תמיכה והזדהות כלפי מעשי טרור, שבח, אהדה, תמיכה והזדהות עם ארגוני טרור.

2. ב"כ הנאשם העלה שלוש טענות מקדמיות שעל בסיסן הוא מבקש לבטל את כתב האישום או למצער, למחוק חלקים ממנו:



- א. פגם או פסול בכתב האישום עקב הכללת חלקים שאינם רלבנטיים בחלק הכללי;
- ב. הוראות החיקוק המיוחסות לנאשם לפי החוק למאבק בטרור אינן חוקתיות ויש לבטלן;
- ג. טענת הגנה מן הצדק-אכיפה בררנית.
3. המאשימה השיבה בכתב לטענות, ואף התקיים דיון במעמד הצדדים שבמהלכו השלים כל צד את טיעונו.
4. לנוכח השלב שבו נדרש בית המשפט להכריע בטענות המקדמיות, ההתייחסות אליהן תיעשה על בסיס העובדות המפורטות בכתב האישום, ומתוך הנחה כי יש בידי המאשימה ראיות המאפשרות הוכחת מלוא העובדות הנטענות בכתב האישום ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים. עם זאת מובן כי מדובר ב"הנחת עבודה" בלבד, וכי אין באמור בהחלטה זו כדי לקבוע שאיזה מהעובדות המפורטות בכתב האישום אמנם התרחשה.

דיון והכרעה

א. פגם או פסול בכתב האישום

5. טענת ההגנה בהקשר זה היא, כי האזכור המופיע בחלק הכללי של אירועים שאירעו בחודש מאי 2021 במהלך וסמוך למבצע "שומר חומות", קושר באופן פסול בין אירועים אלה לבין מעשיו של הנאשם, תוך בחירה בנרטיב פוליטי חלקי ומוטה ביחס לאירועים ולמעשים המיוחסים לנאשם. נטען, כי חלק לא מבוטל מן הפרסומים המיוחסים לנאשם פורסמו לפני חודש מאי 2018, וכי מכל מקום, תיאור האירועים בחלק הכללי אינו רלבנטי לאישום ומהווה השפעה בלתי הוגנת, הממסגרת את מעשיו של הנאשם ככאלה הנובעים מאירועי מבצע "שומר חומות".
- ב"כ הנאשם טען שיש לבטל את כתב האישום או, לכל הפחות, להורות על מחיקת הסעיפים 1-3 בחלק הכללי.
6. המאשימה ביקשה לדחות את הטענה, טענה כי נפלה טעות סופר בניסוחו של סעיף 14 לחלק הכללי, וכי הכוונה הייתה לכך שהחלק הכללי מהווה חלק בלתי נפרד מכתב האישום, כי האמור בחלק הכללי אינו מתייחס רק לאירועי חודש מאי 2021 אלא גם לאירועים שקדמו לו ולאלה שבאו לאחריו, וכי חלק מההתבטאויות שבגין עומד הנאשם לדין קשור באופן ישיר לאירועים המתוארים בחלק הכללי.
7. סעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי מפרט את הפרטים שעל המאשימה לכלול בכתב האישום ובכלל זה גם את תיאור העובדות המהוות את העבירה, כאמור בסעיף 85(4). בתיאור סיפור מעשה העבירה בכתב האישום, החוק אינו מגביל את התביעה רק לתיאור העובדות המקימות את יסודות העבירה, ומעניק לה שיקול דעת לכלול גם את הנסיבות שאפפו את ביצועה (ראו י' קדמי על סדר הדין בפלילים) (מהדורה מעודכנת, חלק שני כרך א') (בעמ' 915).



הדברים נכונים ביתר שאת לאחר תיקון 113 לחוק העונשין התשל"ז-1977, שקבע כי הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה הן רלבנטיות לצורך פרשת העונש, אף אם נסיבות אלה אינן יסוד מיסודות העבירה.

8. ניסוח כתב האישום נמצא, אם כן, בסמכותה של התביעה, שיקול הדעת שניתן לה בהקשר זה הוא רחב, ומאפשר לכלול בחלק הכללי גם נסיבות שאינן חלק מיסודות העבירה, אלא עובדות רקע ואפילו עבירות שהתיישנו (ראו ע"פ 4378/03 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 9.7.03)). בהתאם להלכה הפסוקה, התערבות בית המשפט באופן הניסוח תעשה רק במקרים חריגים. ראו למשל בג"ץ 199-18 בן טובים נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל (נבו 20.3.18) ותפ"ח (מרכז) 24905-02-18 מדינת ישראל נ' בן דוד (נבו 4.3.21).

9. אשר למתואר בסעיפים 1-3 לחלק הכללי, אמת היא כי רק מקצת העבירות המיוחסות לנאשם בפרק העובדות אירעו לאחר האירועים המתוארים בסעיפים אלה, ואולם המתואר בסעיפים אלה קשור באופן ישיר, כך על פי הנטען בעובדות כתב האישום, לאותם אירועים. כך למשל, הדברים המיוחסים לנאשם בסעיף 20 לפרק העובדות נוגעים באופן ישיר לאמור בסעיפים 1 ו-2 לחלק הכללי. כך גם הדברים המיוחסים לנאשם בסעיף 21 לפרק העובדות, מתייחסים באופן ישיר לאמור בסעיף 3 לחלק הכללי.

10. גם הנאשם עצמו אינו כופר בכך, שכאשר מדובר בעבירות המגבילות את חופש הביטוי, ישנה חשיבות להקשר שבו פורסמו הפרסומים והנסיבות שאפפו את הפרסום. הקשר זה, ביחס לחלק מן הפרסומים, מתואר בסעיפים 1-3 לחלק הכללי. אף אם ניתן היה לסבור כי המקום הנכון להזכיר נסיבות אלה הוא בפרק העובדות של כתב האישום, בסמוך לפרסומים שפורסמו לאחר חודש אפריל 2021, סברתי כי לנהוג גישה מעשית, השוקלת את העובדה כי הנסיבות שתוארו בחלק הכללי אינן רלבנטיות לכל עובדות כתב האישום, אלא רק לחלקן מבלי לחייב את המאשימה להעתיק את מקומן של פסקאות אלה לתוך פרק העובדות.

11. טענת הנאשם כי כתב האישום כופה נרטיב פוליטי על מעשיו של הנאשם אינה ברורה. כל כתב אישום, באשר הוא, מציג נרטיב מסוים, ובידי הנאשם המבקש להתגונן מפניו עומדת האפשרות להביא ראיות שיבססו נרטיב אחר. לא ניתן לחלוק על כך שהפרסומים שבגינם הועמד הנאשם לדין כפי שמפורטים בכתב האישום הם פרסומים בעלי אופי מדיני-פוליטי, ומשכך לא ראיתי פסול בתיאור האירועים שקדמו לפרסומים, בפרט כאשר הנאשם עצמו מתייחס בדבריו לאירועים אלה, כפי שנטען בעובדות כתב האישום.

12. סעיפים 4-8 בחלק הכללי כוללים אינפורמציה על ארגונים שהוצאו מחוץ לחוק, ותואר בהם מועד הוצאתם אל מחוץ לחוק. בחלק מהפרסומים המיוחסים לנאשם בפרק העובדות שבכתב האישום, ישנה התייחסות לארגונים אלה, ותיאור הארגונים ומעמדם וודאי רלבנטי לאישום. אציין כי דבר הוצאתם מחוץ לחוק של ארגונים אלה הוא בבחינת הוראת דין, ולא הייתה חובה לציין באופן מפורש בכתב האישום, ואולם אין באזכורן של הוראות הדין פגם המצדיק את הקביעה כי יש למחוק סעיפים אלה מכתב האישום.

13. סעיפים 9-13 מתארים באופן כללי את הנסיבות שאפפו את כל העבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום,



ובכלל זה את מעמדו, היקף החשיפה של פרסומיו ותיאור כללי של העבירות. כל אלה רלבנטיים הן ליסודות העובדתיים של מעשי העבירות, הן להוכחת יסוד המטרה הנדרש ביחס לעבירות לפי סעיף 24(א)(1) לחוק, הן ליסוד ההסתברותי הנדרש בעבירות לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק, ואשר מושפע, במידה רבה, מהיקף הפרסום וממעמדו של המפרסם.

14. בשולי הדברים יש לומר כי ברור מתוך הקשר הדברים, כי האמור בסעיף 14 לחלק הכללי, שלפיו "**החלק הכללי הינו חלק נפרד מעובדות כתב האישום**", הוא טעות סופר שניתן וצריך היה להימנע ממנה בדרך של עריכת הגהה לכתב האישום טרם הגשתו לבית המשפט. ברור כי כוונת המאשימה הייתה, כי החלק הכללי הוא חלק בלתי נפרד מעובדות כתב האישום.

15. לאור האמור הטענה בדבר קיומו של פגם או פסול בכתב האישום והבקשה למחוק את החלק הכללי או חלקים ממנו- נדחית.

ב. הטענה כי הוראות החיקוק המיוחסות לנאשם אינן חוקתיות ויש לבטלן

16. נטען כי הוראות סעיף 24 לחוק המאבק בטרור התשע"ו- 2016 ובפרט הוראות סעיף 24(א)(1) ו- 24(ב)(2) שבהן מואשם הנאשם, אינן חוקתיות בשל היותן נורמה אוסרת הלוקה בעמימות נורמטיבית ומרחיבה את האיסור הפלילי באופן שפוגע בחופש הביטוי מעבר לנדרש. נטען, כי הוראות החוק אינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ועל כן יש לבטלן, או, למצער, לפרשן באופן צר ומצומצם לאור הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין התשל"ז- 1977 ולאור חוק היסוד. הודגש כי הוראות אלה שנחקקו בשנת 2016 אינן חוסות תחת פסקת שמירת הדינים של חוק היסוד.

17. המאשימה טענה, כי בית המשפט אמנם מוסמך, בהתאם להוראות סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד- 1984 להכריע בדרך אגב בשאלות הדרושות לבירור העניין, אף אם השאלה מצויה בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר. עם זאת טענה המאשימה כי תקיפה ישירה של החוק עדיפה על פני תקיפתו בדרך עקיפה, בפרט כאשר הנושא מעורר שאלות נכבדות של מדיניות משפטית, כאשר ההכרעה היא בעלת השלכות רחב וכאשר קיים חשש מפני ריבוי הכרעות סותרות. המאשימה טענה עוד, כי טענת הנאשם במקרה דנן אינה אגבית, היא אינה מצריכה בירור עובדתי, אלא נוגעת בשאלות עקרוניות, ולפיכך, אין מקום להכריע בה בערכאה הדיונית. עוד נטען, כי הנאשם השתהה ונמנע מלהעמיד את טענותיו להכרעה בדרך המלך של תקיפה ישירה, ועל כן אין מקום להעניק לו את הסעד המבוקש בדרך של תקיפה עקיפה. המאשימה הוסיפה, כי כתב האישום שהוגש נגד הנאשם אינו ייחודי, כי הוגשו כתבי אישום רבים ובהם הואשמו נאשמים בעבירות דומות, ובאף אחד מהם לא התקבלה טענה שלפיה הוראת החיקוק אינה חוקתית או שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות.

18. לאחר ששאלתי את נימוקי הצדדים, מצאי כי יש לדחות גם טענה זו; בחינת חוקתיותם של חוקים נתונה לסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. אף אם ניתן לומר, בהיבט העקרוני, כי הוראת סעיף 76 לחוק בתי המשפט, מאפשר לערכאה הדיונית להכריע, בדרך אגב, בשאלת תוקפה של הוראת



חוק, ההלכה הפסוקה קובעת כי ראוי שדין בסוגיה שכזו יעשה על ידי הערכאה המוסמכת, בדרך של "תקיפה ישירה". ראו בג"ץ 7456/09 **מידברג נ' בית משפט השלום בראשון** לציון (נבו 21.1.10) והפסיקה הנזכרת שם.

19. אוסיף ואומר, כי אינני סבורה שערעור על מעמדה של הוראת חיקוק עונשית המיוחסת לנאשם בהליך פלילי היא שאלה אגבית, ומכל מקום מדובר בדין עקרוני, בעל השלכות רוחב משמעותיות, והערכה הדיונית - בית משפט השלום - אינו הפורום הנאות להכריע בה.

20. חוק המאבק בטרור נחקק בשנת 2016. כתב האישום נגד הנאשם הוגש בחודש יולי 2021, לפני כשנה ועשרה חודשים. ואף על פי כן, וחרף הזמן הרב שעמד לרשות הנאשם מאז הגשת כתב האישום נגדו, הוא לא פנה בעתירה לבג"ץ להורות על בטלות של ההוראות. שיהיו זה אין לו הסבר וגם הוא, כשלעצמו, מצדיק דחיית הטענה על הסף.

21. מעבר לצורך אומר, כי גם לגופו של עניין ראוייה היה לדחות את עתירתו של הנאשם להכריז על בטלות של הוראות החיקוק שבהן הוא מואשם. אין חולק כי העבירות המיוחסות לנאשם מגבילות את חופש הביטוי, שהוא זכות יסוד חוקתית. דא עקא, שחרף מעמדו החוקתי, חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת, והוא נסוג, על פי הכרעת המחוקק, מפני זכויות חוקתיות אחרות ובהן הזכות לחיים, לביטחון אישי ולשלמות הגוף. אלה מוגנות, בין היתר, באמצעות הוראות חוק המאבק בטרור. לא זו אף זו, המחוקק עצמו היה ער לפגיעה האפשרית של הוראות החוק בחופש הביטוי ובזכויות יסוד נוספות, וההסדרים שנקבעו בחוק נקבעו מתוך התחשבות בזכויות יסוד אלה, כפי שנכתב בדברי ההסבר **להצעת חוק המאבק בטרור התשע"ה- 2015** (ה"ח הממשלה 949 בעמ' 1067):

"בקביעת ההסדרים המוצעים נעשה מאמץ לאזן כראוי בין עוצמת הכלים בתחום המשפט הפלילי והציבורי, הנדרשים להתמודדות אפקטיבית עם הסיכונים החמורים שיש בפעילות טרור לשם שמירה על ביטחון הציבור והמדינה, לבין מחויבות המדינה לשמירה על ערכי הדמוקרטיה ועל זכויות האדם. המחויבות לזכויות האדם מגבילה את מידת הפגיעה האפשרית בהן כתוצאה מהתמודדות עם סיכוני הטרור, ומחייבת מציאת איזון נכון בין השאיפה למנוע טרור ולהביא לדין את מבצעיו, לבין החובה לשמור לעל זכויות הפרט ועל חירותו."

22. גם עיון בדברי ההסבר להוראות סעיף 24 (סעיף 27 להצעת החוק, שם בעמ' 1096-1097) מלמד על כך שהמחוקק נתן דעתו על הגבלת זכויות הפרט שיוצרים סעיפי העונשין, ומצא לקבוע הוראות עונשיות המעניקות משקל ממשי גם לזכויות הפרט ולחופש הביטוי, בדומה להוראות שנקבעו במדינות דמוקרטיות אחרות.

23. יתרה מכך, בית המשפט העליון נדרש לא פעם לדין בהליכים שבהם הועמדו נאשמים לדין לפי הוראות חוק



המאבק בטרור, ולא מצא להעלות ספק כלשהו בדבר חוקתיותו של הוראותיו. ראו למשל רע"פ 4419/19
מדינת ישראל נ' טאטור (נבו 25.4.19); בש"פ 8764/18 **רג'א אגבאריה נ' מדינת ישראל** (נבו 13.12.18);
בש"פ 5706/22 **מדינת ישראל נ' פלוני** (8.9.22); רע"פ 1161/20 **אבו סלים נ' מדינת ישראל** (24.3.20);
בש"פ 4535/19 **עטייה נ' מדינת ישראל** (נבו 6.8.19).

24. לפיכך, הבקשה לקבוע כי העבירות בגין הועמד הנאשם לדין אינן חוקתיות - נדחית.

ג. טענת ההגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית

25. טענת ההגנה בעניין זה היא, כי החוק נאכף כלפי הנאשם בצורה שרירותית ובדרך של אכיפה בררנית ופסולה. נטען כי הנאשם מופלה לרעה בשל מוצאו הלאומי. עוד נטען כי הוגשו עשרות כתבי אישום נגד ערבים בגין הסתה לטרור וגילויי הזדהות עם ארגון טרור, בעוד שעשרות תלונות שהוגשו נגד נילונים יהודים בגין ביצוע עבירות בנסיבות דומות ואף חמורות יותר לא זכו לטיפול, וממילא לא הניבו כתבי אישום נגדם. בשל כך עותר הנאשם לביטול כתב האישום.

ב"כ הנאשם מסתמך על נתונים שקיבל מן המאשימה במסגרת בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, וטען כי משנת 2018 ועד תחילת שנת 2022 נפתחו 73 תיקי חקירה בגין שתי העבירות שבהן מואשם הנאשם, ב- 67 מהתיקים החשודים הם ממוצא ערבי ושישה תיקים בלבד נפתחו נגד חשודים ממוצא יהודי, וגם זאת בעיקר במקרים בהם העבירות כללו יסוד כלשהו של אלימות, כאשר סעיפי ההזדהות עם טרור היו סעיפים נלווים ומשניים. ב"כ הנאשם הפנה לשלושה כתבי אישום בלבד שהוגשו נגד נאשמים יהודים, שאחד מהם נסגר לאחר חזרה של התביעה מכתב האישום, ותיק אחר הוגש רק לאחר מספר תלונות והגשת עתירות בעניין לבג"ץ בדרישה להעמיד את הנאשם לדין. ב"כ הנאשם הפנה למקרים שעל בסיסם התקבלה בקשתו לקלת מידע לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי. כן התייחס ב"כ הנאשם לשני מקרים שבהם הוגשו תלונות נגד נילונים ממוצא יהודי, בגין התבטאויות חמורות מאלה המיוחסות לנאשם, ואף על פי כן לא הוגש נגדם כתב אישום: עניינו של ברוך מרזל אשר פרסם פרסומים רבים המשבחים ומהללים את הרב מאיר כהנא ואת משנתו וקרא לפגיעה בערבים רק בשל מוצאם, ועניינה של איילת לאש, שפרסמה מספר רב של פרסומים ברשתות החברתיות, שבהם שיבחה את משנתו של הרב מאיר כהנא, קראה לפגוע בערבים ולגרשם מן הארץ. כן הפנתה ההגנה למפרסמים נוספים והם מאיר אטינגר, "הצל", אילי ולנסקי, מיכאל בן ארי, ענת גופשטיין ועוד, אשר על פי הנטען מובילים קווי הסתה וגזענות ברורים בפרסומיהם, מעודדים אלימות ולא מוגש נגדם כתב אישום.

26. המאשימה טענה מנגד, כי ביקורת שיפוטית של בית משפט על החלטות בדבר העמדה לדין היא חריג שבחריגים, כי טענות הנאשם אינן מבססות קיומו של פגם הצולח את המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה לקבלת טענת ההגנה מן הצדק, כי הוא אינו מצביע על קבוצת שוויון רלבנטית, שכן נתוני האישיים ייחודיים וספציפיים, וכי חלק מהמעשים המיוחסים לו התרחשו בתקופה ייחודית שהתאפיינה במתיחות גבוהה, מעבר לרגיל. עוד טענה המאשימה כי בניגוד לנילונים אחרים, היקף העבירות המיוחסות לנאשם הוא גדול, וכי הנילונים שאליהם הפנה הנאשם, ברוך מרזל ואיילת לאש, לא נחשדו בעבירות לפי חוק המאבק בטרור או הסתה לאלימות, אלא בהסתה לגזענות, השונה באופן מהותי מהעבירות שבהן מואשם הנאשם. המאשימה טענה עוד,



כי תלונות נוספות שהוגשו בעניין עבירות הסתה לאלימות טופלו על ידה במישור הראייתי, והעובדה כי לא הוגשו כתבי אישום אינה מלמדת על אכיפה בררנית.

27. אני שותפה לעמדת המאשימה, שלפיה גם פער משמעותי בין מספר כתבי האישום שהוגשו נגד נאשמים מקבוצה אחת למספר כתבי האישום שהוגשו נגד נאשמים מקבוצה אחרת בגין אותן עבירות אינו מהווה תשתית מספקת לביסוס טענת אכיפה בררנית, שכן אין במספרים המוחלטים כדי ללמד על הכמות הכללית של העבירות שבוצעו בפועל על ידי כל אחת מן הקבוצות.

28. עם זאת, קיומן של תלונות על מעשים דומים, שלא טופלו באותו האופן בקבוצות השונות, עשוי להקים את האינדיקציה הנדרשת. בהקשר זה אינני מקבלת את הטענה כי עבירות של הסתה לגזענות, בפרט כאשר מדובר במספר רב של פרסומים, אינן בנות השוואה לעבירות שבהן מואשם הנאשם. אמת, הערכים המוגנים באמצעות עבירות פרסום הסתה לגזענות הם רחבים מאלה המוגנים באמצעות חוק המאבק בטרור, ועוסקים גם בהגנה על כבודו של אדם ולא רק על חייו וגופו. ואולם, המשותף לשני סוגי העבירות רב על השונה, בפרט בכל הנוגע לעובדה שהן מקימות הגבלה משמעותית על חופש הביטוי שהוא זכות יסוד חוקתית ובכל הנוגע לזהירות המופלגת שבה נוהגות רשויות האכיפה טרם פתיחה בחקירה והעמדה לדין בגין עבירות אלה.

29. לפיכך, לצד המקרים שאליהם התייחסתי בסעיפים 10-11 להחלטתי מיום 27.10.22, גם הפרסומים שיוחסו לברוך מרזל ואיילת לאש, אשר המאשימה אינה חולקת על כך שכלל לא נחקרו, מבססים תשתית ראייתית מסוימת לטענת האכיפה הבררנית. לא אוכל לקבוע דברים דומים ביחס ליתר הדמויות הנזכרות בסעיף 56 לטענות המקדמיות, שכן מלבד ציון שמם של אותם אנשים (שחלקם מוכרים לי וחלקם - לא), לא צוין אף פרסום של מי מהם, המבסס חשד לעבירת גילוי הזדהות עם ארגון טרור, הסתה לאלימות או אפילו הסתה לגזענות.

30. מהאמור עולה, כי הגם שהנאשם העמיד תשתית ראייתית ראשונית לקיומה של טענת אכיפה בררנית, לא ניתן לקבוע, ברמת הוודאות הנדרשת לצורך קבלת טענת ההגנה ומתן סעד של ביטול האישום, כי המאשימה אמנם נקטה בעניינו באכיפה בררנית בשל מוצאו או השתייכותו הלאומית, בפרט כאשר ניתן למצוא גם כתבי אישום בעבירות הפוגעות בחופש הביטוי נגד נאשמים ממוצא יהודי, כפי שפרטה המאשימה בסעיף 72 לתגובתה, וראו גם עפ"ג (י-ם) 63642-06-22 **גבאי נ' מדינת ישראל** (2.4.23); רע"פ 4175/19 **מועלם נ' מדינת ישראל** (נבו) 22.7.19; עפ"ג (מרכז) 46281-01-18 **הס נ' מדינת ישראל** (22.4.18).

31. לנוכח האמור לעיל, התשתית הראייתית שהעמיד הנאשם ביחס להתנהלות התביעה תהווה שיקול בגזירת עונשו של הנאשם בהתאם להוראות סעיף 40א(9) לחוק העונשין התשל"ז-1977, אם הנאשם יורשע בסופו של יום, ואולם היא אינה מצדיקה את ביטול כתב האישום בשלב הנוכחי.



סוף דבר

32. סיכומם של דברים, הטענות המקדמיות נדחות, בכפוף לאמור בסעיף 31 לעיל.

33. נקבע דיון לצורך מתן תשובה לאישום ליום 21.5.23 בשעה 13:00.

34. המזכירות תודיע לצדדים. ב"כ הנאשם יודיע לנאשם.

ניתנה היום, י"ג אייר תשפ"ג, 04 מאי 2023, בהעדר הצדדים.