



ת"פ 53264/01/21 - מדינת ישראל פרקליטות מחוז ירושלים נגד שי שדה

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 53264-01-21 מדינת ישראל נ' שדה
תיק חיצוני: 35438/2021

בפני	כבוד השופט דב פולוק
מאשימה	מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז ירושלים
נגד	
נאשמים	שי שדה ע"י ב"כ עוה"ד ברק כהן

החלטה

בפניי מונחת בקשת הנאשם למחיקת כתב האישום שהוגש כנגדו בשל טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.

כנגד הנאשם הוגש כתב אישום ובו שלושה אישומים שונים.

לפי האישום הראשון מואשם הנאשם בביצוע העבירות הבאות:

עבירה של התקהלות אסורה, עבירה לפי סעיף 151 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") בצירוף סעיף 89 לפקודת המשטרה [נוסח חדש] תשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה").

עבירה של הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, עבירה לפי סעיף 275 לחוק העונשין.

לטענת המאשימה, ביום 31.10.2020 התקיימה בסמוך למעון ראש הממשלה ברח' בלפור בירושלים הפגנה.

בשעה 22:00 לערך יצאה מהמקום תהלוכה לא חוקית של מאות מפגינים. הם צעדו מכיכר צרפת לכיוון כיכר ציון. לא התקבלו לצעידה האישורים המתאימים מהגורמים המוסמכים (להלן: "התהלוכה").

כדי לחסום את הצועדים המשטרה הציבה מחסומי ברזל ברח' הלל ובבית הקברות המוסלמי הסמוך לו.

לטענת המאשימה, הנאשם צעד בתהלוכה כשהוא מתעלם מהוראות השוטרים ומהמחסומים. כמו כן, הנאשם הנחה וסייע למפגינים נוספים לעקוף מחסומים שנקרו בדרכם ולטפס מעליהם. באזור בית הקברות המוסלמי, כשהמחסומים חסמו את המעבר בו צעד, הוא סילק את המחסומים הצידה, על מנת לאפשר למפגינים להמשיך בתהלוכה לעבר כיכר ציון. הנאשם גם קרא למפגינים להמשיך לצעוד לעבר כיכר ציון וכרז באמצעות מגפון קריאות שונות.



בהמשך עבר הנאשם סמוך לשוטר פאדי חלבי (להלן: "השוטר") שתיעד את האירוע במכשיר הטלפון שלו. הנאשם דחף את מכשיר הטלפון של השוטר על מנת למנוע ממנו לצלם את האירוע.

לפי האישום השני מואשם הנאשם בביצוע העבירה הבאה:

עבירה של התקהלות אסורה, עבירה לפי סעיף 151 לחוק העונשין, יחד עם סעיף 89 לפקודת המשטרה.

לטענת המאשימה, במוצאי שבת 19.12.2020 בשעה 19:30 התקיימה תהלוכת מחאה בלתי חוקית נגד ראש הממשלה שלא קיבלה אישור מוקדם מהמשטרה. התהלוכה יצאה מגשר המיתרים בכניסה לעיר לכיוון כיכר צרפת הסמוך לבית ראש הממשלה.

לטענתה, הנאשם הוביל את התהלוכה לפחות במקטע שבשדרות יצחק רבין. הנאשם הלך בקדמת התהלוכה כשפניו מופנים אל הצועדים. הוא סימן בידיו הוראות שונות לעבר הצועדים, החזיק בידו מגפון וקרא קריאות הקשורות למחאה.

במהלך הצעידה ניגש לנאשם השוטר ליאור בן שלום (להלן: "השוטר ליאור"), וביקש ממנו לעצור והזהיר אותו שהוא משתתף בתהלוכה בלתי חוקית. הנאשם השיב לו "מה הקשר אני לא קשור לזה אחי, אני משתתף בצעדה".

המאשימה מוסיפה שגם ביום 9.1.2021, שבועיים לאחר מכן, התקיימה תהלוכת מחאה בלתי חוקית נוספת של מפגינים אשר יצאה מגשר המיתרים והגיעה לכיכר צרפת בסמוך לבית ראש הממשלה. המפגינים צעדו הן על הכביש והן על פסי הרכבת הקלה וחסמו צירים וצמתים מרכזיים לתנועת כלי רכב למשך דקות ארוכות.

המאשימה מדגישה שהנאשם השתתף באופן פעיל בתהלוכה זו גם כן, זאת, למרות האזהרה המוקדמת של השוטר ליאור ואף היה בין מוביליה. לטענתה, הוא הוביל את התהלוכה לפחות במקטע שמגשר המיתרים דרך רחוב יפו ושלמה המלך ועד רחובות מאפו וקרן היסוד. הנאשם הלך בקדמת התהלוכה כשפניו מופנים אל הצועדים וקרא לעברם קריאות וסיסמאות שונות. כן הורה הנאשם למשתתפים הוראות שונות לפי הצורך כדוגמת: לעצור, להתקדם, להתיישר, לעמוד מאחורי הכרזה הגדולה.

לפי האישום השלישי מואשם הנאשם בביצוע העבירה הבאה:

עבירה של התקהלות אסורה, עבירה לפי סעיף 151 לחוק העונשין יחד עם סעיף 89 לפקודת המשטרה.

לטענת המאשימה, במוצאי שבת 30.1.2021, לאחר שהנאשם נחקר בגין האירועים הקודמים בהם הוא מואשם בכתב אישום זה, ואף הוגש בגינם כתב אישום ביום 26.1.2021, השתתף הנאשם בתהלוכת מחאה בלתי חוקית נוספת שיצאה מגשר המיתרים ועברה, בין היתר ברחובות: יצחק רבין, חרל"פ, הפלמ"ח, הפורצים והגיעה לבסוף לכיכר צרפת, בסמוך למעון ראש הממשלה.

המפגינים חסמו את צירי התנועה ליד גשר המיתרים בכניסה לעיר באופן בלתי חוקי וללא אישור מוקדם של המשטרה. הם קראו קריאות, הדליקו אבוקות והשתמשו בצופרים. המפגינים צעדו על הכבישים וחסמו בדרכם צירים ראשיים וצמתים מרכזיים לתנועת כלי רכב למשך דקות ארוכות.



גם כאן, לטענת המאשימה, הנאשם הוביל את התהלכה לאורך רוב הדרך ולפחות עד רחוב הפורצים. לפרקים, הוא אף הלך בקדמת התהלכה כשפניו מופנות אל הצועדים והוא קרא לעברם קריאות שונות ומורה להם הוראות שונות כגון, לעצור, להתקדם, ולפנות לכיוון מסוים.

לטענת הנאשם, יש למחוק את כתב האישום שהוגש כנגדו בשל טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.

לטענת הנאשם, לא כל תהלכה צורכת את אישור המשטרה, הסעיף שצוין בכתב האישום, סעיף 84 לפקודת המשטרה, מתייחס למקרים בהם דרוש אישור המשטרה. אולם בפועל, במקרה דנן, המשטרה לא התייחסה אל התהלכות שנערכו כדורשות אישור. כתב האישום זה הוא הפעם הראשונה שהמשטרה מתייחסת לתהלכות אלו כדורשות אישור. הנאשם מוסיף שגם לא ניתנה הוראת התפזרות בקשר לתהלכות אלה אף שזמן מאות מפגנים כל אחת. בהתאם לסעיף 84 לפקודת המשטרה, דרושים האישורים רק כשמתקיימים שלושה תנאים. במקרה דנן, המדינה הכירה, דה פאקטו, בכך שלא היו דרושים אישורים בזמן אמת, שכן בעת קיום התהלכה היא לא טענה כלפי המפגנים שאין אישור. רק כעת, לאחר שנתיים, באה המאשימה וטוענת שלא היה אישור.

הנאשם מדגיש שעסקינן במחאות כלליות שבהן היו, לכל הפחות, מאות משתתפים, ותוהה מדוע דווקא התנהגותו מצדיקה הגשת כתב אישום כנגדו ביחס לכל שאר המשתתפים. הוא מצוין בעניין זה שהמאשימה מציינת בכתב האישום אך ורק את העובדה שהנאשם "הוביל" את התהלכה. לא ברור מה הכוונה בהובלה זו בפועל. לדידו, אין בעובדות כתב האישום כל ביטוי להפעלת אלימות מצדו, מלבד טענה של הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו באישום הראשון.

הוא יוצא כנגד גישת המאשימה לפיה יש להפעיל את הדין דווקא כלפי מי שמפגין יותר ומשתתף יותר זו גישה הפוכה לחשיבות השמירה על האינטרס. לדידו, המושג דמוקרטיה כולל את חופש הביטוי הפוליטי. דמוקרטיה צריכה לעודד את אזרחיה להפגין גם אם הדבר כולל הנפת שלטים וקול רועש וזאת מבלי שזה ייחשב כעבירה. הנאשם סובר שבחירת המאשימה לראות באזרח ראוי, עבריין פלילי, היא מגמה שצריך לעצור בין היתר, באמצעות בית המשפט.

לטענתו, הוא פעל באופן זהה לשאר המפגינים באירועים המוזכרים בכתב האישום. לכן משלא הוגש נגד אף אחד אחר אלא רק נגדו כתב אישום אין למצות את הדין כנגדו ועומדת להגנתו טענת ההגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית. הנאשם אף מצוין שקיימת פסיקה רבה לפיה בוטלו כתבי אישום במקרים דומים.

מעבר לאמור מצוין הנאשם שאין הבחנה בחוק בין מי שהוביל תהלכה לבין מי שהשתתף בה.

לאור האמור, סובר הנאשם שיש לבטל את כתב האישום שהוגש כנגדו בשל טענה של הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.

לטענת המאשימה בתגובתה, הנאשם היה דומיננטי בתהלכות המצוינות בכתב האישום, הוא הנחה את המפגינים וסייע להם לעבור, הזיז את המחסומים ופינה לאנשים בתהלכה את הדרך.

באשר לטענת הנאשם בדבר חופש הביטוי, מציינת המאשימה שחופש הביטוי הינו אומנם זכות יסוד, אך לא אחת בוחר המחוקק להגביל אותה בשל אינטרסים אחרים עליהם יש להגן כמו השמירה על שלום וביטחון הציבור כבמקרה דנן.



המאשימה מוסיפה שהנחיית פרקליט המדינה 2.40, בעניין מדיניות העמדה לדין בתיקים שנפתחו על רקע הפגנות או אירועי מחאה, מתווה את מדיניות רשויות האכיפה בנוגע לעבירות המתבצעות במהלך הפגנות כדוגמת ההפגנה נשוא כתב האישום דנן. כתב האישום דנן הוגש לאחר פרסום ההנחיה, וההחלטה להגיש כתב אישום בתיק דנן נעשתה תוך הקפדה על הוראות ההנחיה. על כן, היא סוברת שיש לבחון את טענות ההגנה מול ההנחיה ולהשוות את האירוע לאירועים מאוחרים לפרסומה.

ההנחיה קובעת כי ככלל לא יוגשו כתבי אישום בעבירת התקהלות אסורה לפי סעיף 151 לחוק העונשין כשלעצמה, אלא אם נלוו לה עבירות נוספות או אם התקיימו נסיבות מחמירות המנויות בהנחיה.

במקרה דנן סוברת המאשימה כי שתי הנסיבות התקיימו.

א. הנאשם מואשם בביצוע עבירה נוספת של הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו

ב. התקיימו נסיבות מחמירות בהן אופי ההפגנה ונסיבותיה, היקפה ומשך הזמן בה נמשכה, קושי השוטרים להשתלט על המפגינים, מידת הפגיעה בסדרי התנועה, שלהוב הנוכחים למעשים חורגים ממחאה לגיטימית וחלקו של הנאשם בארגון ההפגנה.

לדידה, בהתאם לאמור בסעיף 84 לפקודת המשטרה, השתתפות בתהלוכה בלתי חוקית אינה מובילה באופן אוטומטי להגשת כתב אישום בעבירה של "התקהלות אסורה" ולכן נועדה הנחיה 2.40. במקרה דנן מתקיימות הנסיבות המחמירות ומשכך הוגש נגדו כתב האישום דנן.

המאשימה הגישה את כתב האישום נגד הנאשם בגין מעשיו הנוספים, שאותם לא ביצעו שאר המפגינים, בהם שלהוב האחרים, הפרעה אקטיבית, פגיעה של ממש ביכולת של המשטרה לשמור על הסדר.

בעניין זה סוברת המאשימה, שהעובדות המפורטות בכתב האישום מורות על כך שהנאשם נהג לא כמפגין מן המניין, אלא בחר לנצל את זכות הביטוי שלו על מנת להוביל מפגינים אחרים מפעילות מחאה מותרת ולגיטימית לפעילות אסורה ובלתי חוקית שפגעה בסדר הציבורי, סיכנה את המשתתפים בה וגרמה להפרעה קשה לשוטרים. היא מציינת שהנאשם פעל להרחבת אזור ההפגנה, מעבר לאזור שהוגדר לה, אל צירי תנועה ראשיים ובכך הפר את הוראות השוטרים וגרם לסיכון נרחב לציבור כולו ובכלל זה למשתתפי ההפגנה.

כל זאת אף לאחר שהוזהר שלא יחזור על מעשיו בתום התהלוכה שהוביל ביום 19.12.2020.

בשל האמור, מדגישה המאשימה, שאין, במקרה דנן, אכיפה בררנית כיוון שאין להשוות את התנהגות הנאשם להתנהגות שאר אלפי המפגינים שמימשו את זכותם הדמוקרטית כחוק. הנאשם, לא הניח תשתית עובדתית המתאימה כי בוצעה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים. על כן לא הופרכה במקרה זה חזקת התקינות המנהלית.

לאור האמור סוברת המאשימה שיש לדחות את טענת האכיפה הבררנית על הסף.

דיון והכרעה:

בשלושת האישומים שבכתב האישום מואשם הנאשם בביצוע עבירה של "התקהלות אסורה", בהתאם לסעיף 151 לחוק



העונשין, קובעת כי:

שלושה אנשים לפחות שנתקלו לשם עבירה, או שנתקלו למטרה משותפת, ואפילו כשרה, ומתנהגים באופן הנותן לאנשים שבסביבה יסוד סביר לחשוש שהמתקלים יעשו מעשה שיפר את השלום, או שבעצם התקלותם יעוררו אנשים אחרים, ללא צורך וללא עילה מספקת, להפר את השלום, הרי זו התקלות אסורה, והמשתתף בהתקלות אסורה, דינו - מאסר שנה אחת.

זאת יחד עם סעיף 89 לפקודת המשטרה הקובע כי:

פורסמה הודעה על ידי מפקד משטרת המחוז לפי סעיף 84 ונתקיימה אסיפה או תהלוכה שההודעה חלה עליה, בלי שניתן עליה רשיון לפי סעיף 85 או בלי למלא אחרי תנאיו וסיגיו של רשיון שניתן לפי אותו סעיף, רואים את האסיפה או התהלוכה כהתקלות בלתי חוקית, וכל המשתתף בה דינו כדין משתתף בהתקלות בלתי-חוקית לפי כל חיקוק בר תוקף אותה שעה.

כמו כן, באישום הראשון מואשם הנאשם גם בביצוע עבירה של "הפרעה לשוטרי בעת מילוי תפקידו", עבירה לפי סעיף 275 לחוק העונשין, לפיה:

העושה מעשה בכוונה להפריע לשוטר כשהוא ממלא תפקידו כחוק או להכשילו בכך, או להפריע לאדם אחר או להכשילו מלעזור לשוטר, דינו - מאסר עד שלוש שנים ולא פחות משבועיים ימים.

הנאשם סובר כי יש לבטל את כתב האישום שהוגש כנגדו בשל טענה של הגנה מן הצדק בגין אכיפה בדרנית.

טענת ה"הגנה מן הצדק" מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"), הקובע כי:

לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -

...

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

עוד לפני חקיקתו של החוק, קבעה הפסיקה שאין להעלות טענה של "הגנה מן הצדק" בעלמא אלא אך ורק בנסיבות חריגות בלבד. בע"פ 48855/02 **מדינת ישראל נ' איתמר בורוביץ** (ניתן על ידי השופטים מצא, גרוניס ולוי, ביום 31.3.2005) (להלן: "ע"פ בורוביץ") קבע בית המשפט העליון מספר מבחנים באמצעותם ניתן לקבוע האם להחיל על המקרה הנדון את טענת ההגנה מן הצדק:

שלב ראשון - על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך שמתנהל כנגד הנאשם, ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם.

שלב שני - על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי למרות הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. זאת יעשה באמצעות איזון בין האינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי תוך שהוא נותן את דעתו



על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. באיזון האינטרסים יקח בית המשפט בחשבון את חומרת העבירה, עוצמת הראיות, נסיבותיו האישיות של הנאשם, מידת הפגיעה ביכולתו להתגונן, חומרת הפגיעה בזכויותיו ומידת האשם שרובצת על כתפי הרשות.

שלב שלישי - על בית המשפט לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו בהליך באמצעים מתונים יותר מביטולו של כתב האישום.

במקרה דנן, טוען הנאשם שהמאשימה נהגה כלפיו באופן של אכיפה בררנית, שכן מכל מאות משתתפי ההפגנות והתהלוכות שלקחו חלק במחאה, ושלא הועמדו לדין דווקא נגדו הוחלט להגיש כתב אישום.

בע"פ בורוביץ' קבע בית המשפט כי ההכרעה בשאלה אם העמדתם לדין של חלק מהמעורבים בביצוע העבירה הינה בבחינת אכיפה בררנית פסולה תהא לרוב תלויה בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים עניינים או שמא פעלה מתוך שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. בעניין זה נקבע בע"פ 3215/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן על ידי השופט ג'ובראן, ביום 4.8.2008) כי:

החלטתה של הפרקליטות, כרשות מנהלית, להעמיד אדם לדין אינה יכולה להיעשות בשרירות הלב, ועליה לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מנהלית, כגון מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד... עם זאת, יש לזכור כי מדובר בהחלטה מורכבת, בעלת שני פנים - הערכת היכולת להוכיח את האישומים כנגד החשוד, והעניין הציבורי שבהעמדתו לדין... במסגרת אלו על הפרקליטות לשקול שיקולים רבים, תוך הענקת המשקל המתאים לכל שיקול, כך ששקילה עניינית של שני חשודים שענייניהם דומים (אך לא זהים), לא תניב דווקא החלטה זהה. תוצאה זו אינה מהווה בהכרח אכיפה בררנית. כפי שנאמר בעניין זה בע"פ 37/07 **פרג נ' מדינת ישראל... "הכלל הוא שכל עוד לא הסתבר שאי העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בפרשה פלונית נבעה מתוך שרירות או מתוך שיקולים פסולים, אין באכיפה חלקית כזו אף שהיא פוגעת בעיקרון השוויון כדי להצדיק ביקורת שיפוטית פולשנית בין בדרך של הוראה להעמיד לדין את יתר המעורבים ובין בדרך של השוואת מצבם של המעורבים שהועמדו לדין לאלה שלא הועמדו לדין." משכך, לשם העלאת טענה בדבר "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים... הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מנהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין.**

מפסק הדין עולה כי על מנת להוכיח טענה בדבר הגנה מן הצדק הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הנאשם להראות **בשלב ראשון** כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשת כתב אישום. **בשלב שני** יהא עליו להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול.

במקרה דנן, ישנם בכתב האישום שלושה אישומים שונים בהם מואשם הנאשם. באישום הראשון מואשם הנאשם, נוסף על עבירת ההתקהלות האסורה, גם בהפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, עבירה לפי סעיף 275 לחוק העונשין. מן



המתואר בכתב האישום עולה כי הנאשם דחף את הנייד של השוטר על מנת למנוע ממנו לצלם את האירוע.

מבלי להיכנס, בשלב זה של הדיון, לשאלה האם הנאשם ביצע את העבירה האמורה במקרה דנן, הרי שעצם טענת ביצועה מבדילה את הנאשם משאר משתתפי ההפגנה, ועל כן, אני סובר, באשר לאישום זה, יש לדחות את טענת האכיפה הבררנית.

באשר לנטען באישום השני והשלישי, לפי המתואר בכתב האישום, הנאשם עשה פעולות במהלך התהלכות האמורות אותן לא ביצעו שאר המשתתפים, בהם שלהוב האחרים, הפרעה אקטיבית, ופגיעה של ממש ביכולת של המשטרה לשמור על הסדר.

עיון בעובדות המפורטות בכתב האישום מעלה, לכאורה, שהנאשם לא נהג כמפגין מן המניין, אלא בחר לנצל את זכות הביטוי שלו על מנת להוביל את שאר המפגינים מפעילות מחאה מותרת ולגיטימית לפעילות אסורה ובלתי חוקית שפגעה בסדר הציבורי. הנאשם פעל להרחבת אזור ההפגנה, מעבר לאזור שהוגדר לה, אל צירי תנועה ראשיים, בין היתר, באמצעות הזזת מחסומי משטרה, והובלת המפגנים בתוואי דרכים אחר ממסלולה המוגדר של התהלכה, זאת, באמצעות קריאות במגפון, ובכך הפר את הוראות השוטרים וגרם לסיכון לציבור כולו ובכלל זה למשתתפי ההפגנה.

מעבר לאמור, צוין בכתב האישום שהנאשם אף הוזר על ידי שוטר ביום 19.12.2020, לחדול ממעשיו ואף על פי כן המשיך בהם.

נראה עם כן, שמעשים אלו אינם חלק אינטגרלי מפעולת ההפגנה ואינם נובעים ממנה במישרין. לאור זאת אני סובר שיש לבטל את כתב האישום שהוגש נגד הנאשם בגין עבירות אלה.

לאור האמור אני סובר שאין בסיס לטענת הנאשם בדבר אכיפה בררנית שנעשתה כלפיו. ברי שהמאשימה לא נהגה כלפי הנאשם בזדון ואף לא ברשלנות רבתי. בעניין זה אציין שהפסיקה מבחינה בין אכיפה חלקית לאכיפה בררנית. אף במקרה שהוכח שהמאשימה נקטה באכיפה חלקית לא די בכך כדי לבטל את כתב האישום בטענת הגנה מן הצדק. לכל היותר, ניתן לראות בכתב האישום אכיפה חלקית אך לא פסולה. כפי שכותב כב' השופט זמיר בבג"צ 6396/96 **סימונה זקין נ' ראש עיריית באר שבע** (ניתן על ידי זמיר, שטרסברג-כהן ודורנר, ביום 8.6.99):

"אכיפה בררנית...אינה היפוך של אכיפה מלאה. ...אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית. שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק...לכן רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות, שיקבעו סדר עדיפות לאכיפת החוק. אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מנהלית, כגון, מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במבחנים אלה, אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בררנית...מהי אכיפה כזאת? אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים...אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני...".



כמו כן, לפי המבחנים שהוצגו בע"פ בורוביץ הרי שבמקרה דנן עלינו לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי למרות הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפנינו.

במקרה דנן נראה שמרכז כתב האישום הוא טענת המאשימה שהנאשם פעל, באופן אקטיבי, להפיכת התהלכות לבלתי חוקיות באמצעות פתיחת מחסומי משטרה ושינוי תוואי הדרך. נראה על כן שאין בכך פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות כלפי הנאשם.

כמו כן, לפי המבחן השלישי שמציב ע"פ בורוביץ על בית המשפט לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו בהליך באמצעים מתונים יותר מביטולו של כתב האישום. במקרה דנן נראה שאם יוחלט בסופו של יום להרשיע את הנאשם, ניתן יהיה, אם ימצא לנכון, בשל העובדה שפעל כחלק ממאות מפגינים נוספים כנגדם לא הוגש כתב אישום, להקל בעונשו בהתאם לנסיבות.

נראה על כן, שלאור חלקו, כפי שבא לידי ביטוי בהתססת המפגינים האחרים, ובהובלת שאר המפגינים בצירים שלא היו במסלול התהלכה ובפתיחת מחסומי משטרה למעבר שאר המפגינים, אני סובר שהייתה ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין עניינית, סבירה וראויה, אף בהתחשב בכך כי לא כל המשתתפים בתהלכות הנטענות הועמדו לדין.

משכך אני סובר שלא עומדת, במקרה דנן, לנאשם טענת ההגנה המקדמית של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית ויש להותיר את כתב האישום שהוגש על כנו.

ניתנה היום, ה' אדר תשפ"ג, 26 פברואר 2023, במעמד עו"ד
חני שפירא ועו"ד ברק כהן.