



ת"פ 79660/01/19 - מדינת ישראל נגד מיכה אדרי

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 79660-01-19 מדינת ישראל נ' אדרי
בפני כב' השופט יוסי טורס, סגן הנשיא

המאשימה	מדינת ישראל	בעניין:
	נגד	
הנאשם	מיכה אדרי	

הכרעת דין

טענה בדבר אכיפה בררנית, היא העומדת במרכז של הכרעת דין זו.

כתב האישום ותשובת הנאשם

1. כתב האישום אשר הוגש נגד הנאשם מייחס לו כי ביום 6.9.2018 צלצל אל המתלוננת - אמה של ילדה הלומדת עם בתו - ואיים עליה בפגיעה שלא כדין בכך שאמר לה שיהרוג את בתה, אותה ואת בעלה, וכי בתה לא תלך יותר על הרגליים. בכתב האישום צוין כי איומים אלו הופנו אל המתלוננת על רקע שיחה שערכה האחרונה עם בתו של הנאשם בבית הספר ובה ביקשה ממנה שלא תפנה לבתה.

2. עוד צוין בכתב האישום כי במהלך הדברים ניתקה המתלוננת את השיחה, התקינה במכשיר הנייד יישומון מקליט שיחות, צלצלה אל הנאשם ושאלה אותו אם הוא מאיים עליה. בתגובה השיב לה הנאשם: "אני מאיים על אמא שלך, יא חתיכת שרמוטה תביאי את בעלך שאני אראה לך מה זה מאיים עלייך... אני עכשיו הולך לבית ספר אני אראה לך מי מאיים על מי... לך תביאי את בעלך אני באמת יראה לו מי אני, שרמוטה אתן רוסיות זונות שאני אראה לך מי מאיים על מי... בסדר הנה עוד דקה אני בבית הספר תתקשרי למנהלת תגידי לה עוד דקה אני נכנס".

בשל כך הואשם הנאשם בעבירה של איומים, לפי סעיף 192 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין).

3. בתשובתו לאישום כפר הנאשם בכל עובדות כתב האישום. עם זאת, אומר כבר עתה כי ניהול ההליך התמקד בטענה בדבר אכיפה בררנית ובסיכומים לא טען הנאשם כל טענה כנגד התקיימות יסודות העבירה, אלא לזיכוי בשל

עמוד 1



קיומם של מחדלי חקירה שהובילו לשיטתו לאכיפה בדרנית.

ראיות הצדדים

4. מטעם המאשימה העידו המתלוננת וכן חוקרת אשר גבתה את הודעת הנאשם. הנאשם העיד לטובתו וכן הביא לעדות את מנהלת בית הספר ואת בתו.

5. בהינתן שהנאשם אינו חולק על כך שהוכחו יסודות עבירת האיומים, אינני רואה להידרש לפירוט הראיות שהוגשו ולעדויות, ואעשה כן בהמשך לצורך הדיון בטענה בדבר הגנה מן הצדק. עם זאת, אציין כבר עתה שהראיה המרכזית בנושא זה היא הקלטה של השיחה בין הנאשם לבין המתלוננת, בה נשמעים הדברים המצוינים בסעיף 2 לכתב האישום. הנאשם לא חלק על כך שהוא הדובר בשיחה ואף במשטרה הודה בכך.

דין והכרעה

6. הגם שהנאשם לא טען בסיכומיו דבר בנושא, אדרש בקצרה לשאלה אם אכן הוכחו יסודות העבירה ומה בדיוק אמר הנאשם למתלוננת.

א. תוכנו המדויק של האיום

7. בכתב האישום מיוחסים לנאשם איומים בשתי שיחות נפרדות שהתקיימו בהפרש זמן קצר. השיחה השנייה הוקלטה (ת/1) והנאשם, כאמור, לא חלק על כך שהוא הדובר בה וכי ההקלטה משקפת נכונה את מהלך השיחה. משכך, העובדה שהנאשם אמר את הדברים מושא השיחה **השנייה** הוכחה כנדרש. המתלוננת העידה בדבר תוכנה של השיחה **הראשונה** וטענה כי הנאשם קילל אותה בקללות בוטות. המתלוננת לא פירטה בעדותה את תוכן השיחה בצורה ברורה אלא מסרה כי "הכי גרוע האיומים על הבת שלי שלא תצא על הרגליים, הוא יהרוג אותה. הייתי בשוק" (עמ' 9, בש' 12). בכתב האישום צוין כי שיחה זו כללה גם איום להרוג את המתלוננת ובעלה ואולם המתלוננת לא העידה כך בבית המשפט והמאשימה לא ביקשה לרענן את זיכרונה. אציין בעניין זה שההגנה הגישה את הודעת המתלוננת במשטרה (נ/1) ואולם היא הדגישה שהדבר נעשה לצורך הוכחת סתירות, ולא התבקשתי על ידי המאשימה לאמצה כהודעת חוץ. בנתונים אלו, מובן שאין אפשרות לעשות שימוש בהודעה זו לצורך קביעת ממצאים מרשיעים (ע"פ 5459/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל (30.7.2013); ע"פ 10121/09 פלוני נ' מדינת ישראל (3.4.2013); לדיון מקיף בסוגיה ראו ד"ר אלקנה ליסט, **להגיש (אמרת עד תביעה שנחקר בחקירה נגדית כדי להצביע על סתירות בין האמרה לעדות בבית המשפט) או לא להגיש. זוהי השאלה**, הסניגור 209).

8. הנאשם לא אישר בחקירתו בבית המשפט את האיומים שבשיחה הראשונה והחקירה הנגדית לא התמקדה בכך. עם זאת, על רקע האמור בשיחה השנייה (המוקלטת) ניתן להגיע למסקנה ברורה שגם השיחה הראשונה כללה איומים. נזכור שהמתלוננת ניתקה את השיחה הראשונה, התקינה בטלפון הנייד יישומון מקליט שיחות, התקשרה לנאשם



ופתחה את השיחה בשאלה "תגיד אתה מאיים עלי". הנאשם השיב "אני מאיים על אמא שלך יא חתיכת שרמוטה". (ת/5). תשובה זו מתיישבת היטב עם המסקנה שהשיחה הראשונה כללה איומים. השאלה היא מה תוכנו המדויק של האיום. כאמור, המתלוננת פירטה רק איום בדבר כך שהנאשם יהרוג את בתה אשר לא "תצא על הרגליים" ועדותה בעניין זה הייתה נאמנה עלי כמו גם, כאמור, שהתנהגותה לאחר שיחה זו והאופן בו נפתחה השיחה השנייה, מתיישבים עם העובדה ששיחה זו כללה איומים. בעניין זה אציין כי הגם שהמתלוננת לא פירטה בעדותה את כל האיומים הנזכרים בכתב האישום, הרי שהנאשם הודה באמירת הדברים בהודעתו במשטרה ("אמרתי הכול שאני אהרוג אותה את בעלה אקרע אותה ושהבת שלה לא תלך על הרגליים" (ת/3, בש' 13)). הנאשם לא טען טענות כנגד משקל אמירתו בחקירה, ולא טען שהיא אינה משקפת את האמת. די בכך, בשילוב יתר הראיות שפורטו לעיל (המהוות דבר מה נוסף ואף יותר), על מנת להגיע למסקנה לפיה תוכנה המלא של השיחה הראשונה הוכח אף הוא ברמה הנדרשת.

9. סיכומי של דבר. אני קובע שתוכן הדברים המיוחסים לנאשם **בשתי** השיחות, הוכח כנדרש, מעבר לספק סביר.

ב. על עבירת האיומים

10. האם דברים אלו מהווים איום? הגם שהנאשם לא חלק על כך בסיכומיו, אדרש לנושא בקצרה.

11. עבירת האיומים, בהתאם לסעיף 192 לחוק העונשין, היא עבירת התנהגות שאינה טעונה הוכחת תוצאה, אולם היא טעונה הוכחת יסוד נפשי מסוג מטרה. היסוד העובדתי אותו יש להוכיח הוא שהנאשם איים על אדם "בפגיעה שלא כדין בגופו, בחרותו, בנכסיו.... שלו או של אדם אחר". בפסיקה נקבע כי "יש לבחון את התקיימותו של האיום לפי אמת מידה אובייקטיבית, היינו, האם יש בדברים כדי להטיל אימה בלבו של אדם רגיל מן הישוב בנסיבותיו של האדם שנגדו הופנה האיום" (ע"פ 3779/99 **חמדני נ' מדינת ישראל** פ"ד(נב) 408(1) ומכאן "שלא רגישותו או אטימותו של מי שהדברים היו מכוונים כלפיו, הם שקובעים אם יש בדברים משום איום אם לאו, אלא הערכתו של האדם הסביר, כפי שהיא באה לידי ביטוי על רקע מכלול נסיבותיו של המקרה" (ע"פ 103/88 **ליכטמן נ' מדינת ישראל** פ"ד(מג) 373, בעמ' 378). יש עוד לזכור כי "עבירה זו מגבילה את חופש הביטוי. סיווגו של ביטוי כ"איום" מוציא את הביטוי אל מחוץ לתחום הביטוי המוגן. על כן, ככל שיינתן פירוש רחב יותר למושג האיום כך יתעצמו המגבלות על חופש הביטוי של הדובר" (רע"פ 8736/15 **זילפה צוברי בר נ' מדינת ישראל** (17.1.2018)). עם זאת, מטבע הדברים, כבכל איזון בין אינטרסים מוגנים מתנגשים "יהיו ביטויים שלא יזכו להגנה כלל או שההגנה עליהם תהיה חלשה ביותר נוכח טיבם של הביטויים מחד גיסא ומשקלם של הערכים והאינטרסים המתחרים מאידך גיסא" (רע"פ 2038/04 **שמואל לם נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(4)).

12. הנאשם עשה שימוש בשיחה הראשונה בביטויים קשים שיש בהם להטיל אימה בלבו של אדם רגיל מן הישוב. אמירה לאם על כך שבתה לא תוכל ללכת על הרגליים, קל וחומר שיהרגו אותה, היא איום ברור והדברים אינם מצריכים הסבר. אף הדברים בשיחה השנייה מקיימים את היסוד העובדתי שבעבירה. מהאזנה לשיחה עולה שטון הדברים בוטה וקשה. אף אם השיחה כוללת ברובה קללות או ביטויים כגון "אני אראה לך מי מאיים על מי" אשר יכולים להתפרש במספר אופנים, אזי הנאשם גם אמר למתלוננת "אני אראה לך מה זה מאיים עליך... לכי תביאי את בעלך אני באמת



יראה לו מי אני..." וזאת בתגובה לאמירתה "אם היד שלך נוגעת בבת שלי". אמירה זו מהווה איום ברור, שכן יש בה להטיל אימה בלבו של אדם מהישוב, בוודאי, כאמור, בנעליה של המתלוננת אותה עת ועל רקע טון הדיבור והקשרם הכולל של הדברים, לרבות השיחה הראשונה.

13. ביחס ליסוד הנפשי, מדובר כאמור בעבירה בעלת יסוד נפשי של כוונה מיוחדת מסוג מטרה, אותה יש לפרש כשאפיפה להשגת יעד והוא להפחיד או להקניט את מי שהאיום הופנה כלפיו (למשמעות הביטוי "בכוונה" ראו סעיף 90א' לחוק העונשין). משכך, אין די שמדובר במילים שיש בהם להטיל פחד בליבו של אדם סביר בנעליו של המתלונן (כפי שיש לבדוק לצורך התקיימות היסוד העובדתי), אלא יש להוכיח, ברמה הנדרשת בפלילים, כי הנאשם (המסוים) אמר את שאמר מתוך מטרה להשיג יעד זה, היינו להפחיד את השומע. הנאשם, כאמור, לא חלק בסיכומיו (וכן בעדותו) על התקיימות היסוד הנפשי ועל כן לא ארחיב, אלא אציין כי על רקע הדברים שנאמרו ונסיבות העניין הכוללות, קשה להלום שמטרתו (בשתי השיחות) לא הייתה להפחיד את המתלוננת והדבר הוכח לדעתי ברמה הנדרשת, היינו מעבר לספק סביר.

14. לסיכום נקודה זו, הוכחו יסודות העבירה.

ג. הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית

15. וכעת לשאלה העיקרית והיא האם בוצעה אכיפה בררנית כלפי הנאשם, המצדיקה את זיכוי. טענת הנאשם היא שדברי האיום שהשמיע כלפי המתלוננת היו תגובה לכך שהיא איימה זמן קצר קודם לכן על בתו, אך הדבר לא נחקר על ידי המשטרה ולא ננקטו נגדה כל הליכים. טענת הנאשם מצריכה חידוד: הנאשם אינו טוען שקיימת הגנה כלשהי בדין למעשיו, או שלא ראוי לאכוף את הדין במצב הדברים לו הוא טוען (מכוח טענת הגנה מן הצדק). טענתו היא אך שהופלה לרעה בכך שרק כלפיו נאכף הדין.

16. אקדים מסקנה לדין ואומר שאינני סבור שנסיבות המקרה מקימות בסיס איתן לטענת הגנה מן הצדק, בוודאי שלא כזו שהסעד הראוי בגינה הוא ביטול האישום. אנמק מסקנתי להלן.

17. כידוע, "אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית (selective enforcement) "ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ ואח'** (10.9.2013)). אכיפה בררנית יכולה להתקיים בשני מצבים עיקריים. האחד, כאשר טוען הטענה מצביע על מקרים אחרים בהם נקטה הרשות ביחס שונה כלפי חשודים בעלי נתונים זהים לשלו. השני, כאשר נאשם טוען שמעורבים אחרים באותה פרשה זכו ליחס שונה, למרות שאין שוני ענייני ביניהם. ודוק: "על הטוען להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית להראות 'בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום' ... השוויון הנדרש איננו שוויון טכני ושיקול הדעת הנתון לרשויות האכיפה בהפעלת סמכויותיהן הוא רחב" (ע"פ 3507/19 **עבד אלסמד בורקאן נ' מדינת ישראל** (3.12.2020)).

18. ענייננו נכנס לגדרי המקרה השני. לרוב נטענת טענה זו במצב בו שניים פעלו לשם ביצוע אותה עבירה



וננקטה בעניינם מדיניות אכיפה מפלה. במקרה בו אנו עוסקים מדובר בשניים שלשיטת ההגנה עברו עבירות דומות הקשורות בטבורן, האחד כנגד רעהו, ונקטה בעניינם מדיניות אכיפה שונה - הנאשם הועמד לדין בעוד שהמתלוננת לא נחקרה בגין האיומים שהשמיעה לטענתו כלפי בתו, וממילא שלא הוגש נגדה כתב אישום.

19. המבחן החולש על הנושא הוא המבחן המשולש הנוהג בבחינת טענה להגנה מן הצדק לפי סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - ה"חסד"פ). במסגרתו של מבחן זה על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. השלב השני עניינו בשאלה אם הגשת כתב האישום, או ניהול ההליך, עלולים להביא לפגיעה חריפה בתחושת הצדק. באם התשובה היא חיובית יש לשאול אם ניתן לרפא את הפגמים בדרך מתונה יותר מביטולו של כתב האישום, ובעניין זה מוסמך בית המשפט אף להסתפק בהקלה בענישה. למעשה, הסתפקות בסעדים מתונים יותר היא דרך המלך, וביטולו של כתב האישום הוא החריג, בו יש לנקוט רק כאשר סעד אחר אינו נותן מענה ראוי לקושי שמצא בית המשפט (לדיון בנושא ראו פסק דינה של השופטת ברק-ארז בע"פ 5975/14 **אברהים דרויש אנבריה נ' מדינת ישראל** (31.12.2015)).

20. במהלך המשפט עשה הנאשם מאמצים להשלים את שטען שהחסירה המשטרה, ולהוכיח כי המתלוננת אכן איימה על בתו. משכך, לצורך בחינת טענתו, יש לבחון את תמונת המצב הראייתית בשתי נקודות זמן שונות. הראשונה - עת הוחלט על הגשת כתב אישום נגדו. השנייה - כיום, לאחר שמלוא התמונה הראייתית, לה טוען הנאשם, נחשפה. עם זאת, מובן שהבדיקה השנייה רלוונטית רק אם יתברר שאין למצוא פגם בהתנהגות המאשימה עת החליטה על הגשת כתב האישום בהתאם לתמונת הראיות שעמדה בפניה אותה עת. אפנה אפוא לבחון אם יש לראות פגם בהגשת האישום נגד הנאשם בלבד.

21. נקודת המוצא היא שהנאשם, או כל אדם אחר, לא הגיש תלונה על איומים כלשהם שהופנו כלפי בתו. למעשה עד היום לא הוגשה תלונה כלשהי בנושא, ואף במהלך המשפט לא ראה לנכון הנאשם (הגם שהיה מיוצג וטען לאכיפה בררנית) לפנות למשטרה בבקשה שתחקור בנושא. כאשר נשאל הנאשם מדוע לא הגיש תלונה עד היום השיב כי החוקרת שחקרה אותו (בחשד לאיום על המתלוננת) אמרה לו שאין מדובר באיום (ולכך אתיחס בהמשך) וכן "שאני פותר את העניינים שלי לבד" (בעמ' 26, בש' 10). אכן, קיימת חשיבות לכך שלא הוגשה תלונה רשמית בנושא, ואולם חסר זה אינו רלוונטי לשאלה אם מדובר במחדל חקירתי אם לאו, שכן גם בהיעדר תלונה רשמית על המשטרה לחקור עבירה וזאת לאור הוראות סעיף 59 לחסד"פ הקובע כי "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה...". השאלה היא מתי ניתן לומר כי "נודע" למשטרה על ביצוע עבירה, באופן המצדיק פתיחה בחקירה (בג"צ 7516/03 **נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (12.2.2004)). התשובה לכך נגזרת מכמות וטיב הראיות שהיו בידי המשטרה ואולם "נקודת המוצא לדיון היא שמשטרת ישראל אינה מחויבת לפתוח בחקירה בכל תלונה שמוגשת לפתחה, והדבר נתון לשיקול דעתה המקצועי" (בג"ץ 3358/18 **ד"ר נמרוד בייר נ' משטרת ישראל** (7.5.2019)). בעניין זה נקבע עוד כי "אין פסול בכך, שאנשי המשטרה יפעלו על-פי השכל הישר ולא ימהרו בהחשדתו של אדם בביצוע פשע, אם אין לכך תשתית מספקת בעובדות המהותיות הנתענות בתלונה עצמה" (בג"ץ 11/89 **אברהם פריד נ' משטרת ישראל**, פ"ד מג(2) 769, 772).

22. ומהן הראיות שהיו בידי המשטרה הגם שלא הוגשה תלונה בנושא ? מעיון בחקירת הנאשם (ת/3) עולה כי על



אף שהיא נערכה שישה ימים לאחר האירועים מושא האישום, הוא היה נרגש מאוד, צעק ונקט לשון מתלהמת ובוטה ("מי שמתעסק עם הילדה שלי אני תולש לה את הראש מהמקום אני כמו דאעש... לא מפחיד אותי בית משפט או כתב אישום") ובהמשך אף ראתה החוקרת לציין כי הוא "צורח..מתחצף צורח ממש מתנהג בחוצפה" ולאחר מכן אף פרץ בבכי. לענייננו ראוי לציין כי בתחילה מסר הנאשם לחוקרת כי איים על המתלוננת "למה היא פונה לבת שלי" (ת/3, בש' 7) וגם בהמשך נקט לשון דומה, היינו שהמתלוננת פנתה לבת שלו (ראו בש' 12, 14). שינוי מסוים התרחש לאחר מכן כאשר טען שהמתלוננת "פונה לבת שלי ומאיימת עליה" (בש' 18; ההדגשה שלי - י.ט) ובשלב זה שאלה החוקרת (כנדרש) מה היה תוכן הפנייה לבתו והוא השיב "לא יודע הייתי עצבני אל תתעסקי עם הילדה שלי קללות ברוסית" (בש' 20). גם לאחר מכן המשיך הנאשם לטעון כי המתלוננת פנתה לבתו ולא פירט כל דבר איום.

23. לאחר כשלושה חודשים זומן הנאשם שוב לחקירה (ת/4 - במאמר מוסגר אציין כי לא ברור מדוע זומן הנאשם שוב וכיצד מסר עדות "פתוחה" שהרי היה עדין חשוד. עם זאת, לאור כך שאין בהודעה זו הודאה עליה בכוונתי להתבסס, אין לדבר חשיבות, אך הקושי קיים כאמור). בשלב זה פירט הנאשם את התנהגות בתה של המתלוננת כלפי בתו וגם כלפי בת אחרת הסובלת מבעיה רפואית שאין צורך להרחיב לגביה מפאת צנעת הפרט. לענייננו חשוב להדגיש שאף בשלב זה לא ראה הנאשם לנכון לטעון שהמתלוננת איימה על בתו.

24. סיכומו של דבר, הנאשם לא טען מעולם שהמתלוננת איימה על בתו. אמנם בחקירה הראשונה הזכיר בשלב מאוחר את המילה "מאיימת", אך כאשר נדרש לפרט את תוכן הדברים השיב שהמתלוננת אמרה לבתו "אל תתעסקי עם הילדה שלי וקללות ברוסית", דברים אשר אינם בבחינת איום בהכרח ובכל מקרה לא זה האיום לו הוא טוען כיום. כמו כן, מעולם לא הוגשה תלונה בנושא והנאשם לא ביקש שהמשטרה תגבה עדות מבתו בדבר איומים כלפיה. לא התעלמתי מכך שבדו"ח הפעולה של השוטר שהגיע לבית הספר לאחר תלונת המתלוננת נמסר כי הנאשם טען בפניו שהמתלוננת "פנתה לבת שלו ואיימה עליה" (ת/2), אך גם לשוטר זה לא נמסר תוכן האיום. בנתונים אלו, אין כל בסיס לטענה בדבר מחדל כלשהו של המשטרה אשר לא פתחה בחקירה פלילית על בסיס ראיות אלו. ממילא שגם אין בסיס למסקנה בדבר אכיפה בררנית, שהרי מובן שתמונת הראיות לא הצדיקה הגשת כתב אישום נגד המתלוננת, כך שאין מדובר בשניים המצויים באותה קבוצת שוויון.

25. אינני מקל ראש בתחושת הנאשם כאשר שמע שהמתלוננת פנתה לבתו בבית הספר ואמרה לה שלא "תתעסק" עם בתה (כפי שטען בחקירה במשטרה). דומה גם שקיים רקע בין הילדות אשר לא הובהר עד תום, והתרשמתי שהדבר גרם כאב רב לנאשם. בעניין זה פירט הוא בהודעתו במשטרה את כאבו על התנהגות בתה של המתלוננת כלפי בתו (כפי שהוא ראה את הדברים) ומשכך ניתן להבין את כעסו על כך שהמתלוננת פנתה לבתו בדברים אלו (ובכלל). ואולם, החשוב לענייננו הוא שלא הייתה בידי המשטרה כל טענה לביצוע עבירה פלילית על ידי המתלוננת ומשכך, אין לראות פגם כלשהו בכך שלא נפתחה חקירה פלילית נגדה, קל וחומר בכך שלא הוגש נגדה כתב אישום.

26. האם מהראיות שהוכחו במהלך המשפט מתבקשת מסקנה שונה ?

27. כפי שצוין לעיל, הנאשם לא ניהל את הגנתו להוכחת חפותו, אלא במטרה להוכיח שעומדת לו טענה להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית (לגישות השונות בדבר התגברות התופעה בהליך הפלילי, ראו לאחרונה: ע"פ 4039/19



דניאל נחמני נ' מדינת ישראל (17.3.2021); פסקה 102 לפסק דין של השופט עמית; פסק דין של השופט גרוסקופף; ולעמדה שונה, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). לצורך כך הוא העיד את בתו (שבמועד מסירת העדות טרם מלאו לה 12) וביקש להוכיח בכך שהמתלוננת אכן איימה עליה. ואכן, בתו של הנאשם העידה כי המתלוננת איימה עליה שאם תתקרב לבתה היא "תתן לה כאפה". לאור כך טען הוא לאכיפה בררנית בינו לבין המתלוננת.

28. טרם דיון בשאלה האם הטענה העובדתית הוכחה וככל שכן, מהו הסעד הנכון בנסיבות העניין, מתבקש דיון בשאלה מקדמית והיא האם ניתן לצאת מנקודת הנחה שאכן לא ינקטו כנגד המתלוננת הליכים כלשהם ולמצער שתפתח חקירה בנושא. שאלה זו רלוונטית, שהרי אם בעקבות הדברים שעלו בדיון תחליט המאשימה לפתוח בחקירה שבסיומה תועמד המתלוננת לדין (או שינקטו נגדה הליכים חלופיים אפשריים, למשל הסדר מותנה לפי סימן א1 לפרק ד' לחסד"פ) לא יהיה בסיס כמובן לטענה בדבר אכיפה שונה של הדין בין השניים. כך גם יהיה המצב אם בסיומה של חקירה תתקבל מסקנה בדבר סגירת התיק בשל חוסר ראיות, שהרי למאשימה שיקול דעת רחב בנושא העמדה לדין, במיוחד מקום בו מדובר בשיקולים ראיתיים. אי העמדה לדין במקרה כזה לא תיחשב, על פי רוב, כאכיפה בררנית, בשל כך שאין מדובר בשניים המצויים באותה קבוצת שוויון (ע"פ 4443/10 **שבתאי קחקוזאשווילי נ' מדינת ישראל** (20.12.2012)).

29. סבור אני שניתן לצורך הדיון לצאת מנקודת הנחה לפיה המאשימה לא תנקוט הליכים פליליים כלשהם נגד המתלוננת ואף לא תפתח בחקירה וזאת חרף עדותה של הבת. למסקנה זו אני מגיע לאור עמדת המאשימה בסיכומיה, אשר ביקשה שלא ליתן משקל לעדותה של הבת ואף טענה שהיא סותרת את עדות הנאשם. לאור עמדה זו (שניתנה על בסיס תמונת הראיות הידועה כיום), מתקשה אני לראות כאפשרות סבירה שהמאשימה תפעל בעתיד לפתיחת הליכים נגד המתלוננת. משכך, ככל שאמצא שהנאשם והמתלוננת מצויים באותה קבוצת שוויון, ניתן לצאת מנקודת הנחה שהדין לגביהם לא יאכף באופן שווה.

30. וכעת לשאלה האם הוכח שהמתלוננת אכן איימה על בתו של הנאשם. לצורך כך, עלינו להשיב תחילה באיזו רמת הוכחה על הנאשם לשכנע שהמתלוננת אכן איימה על בתו. ליתר דיוק, השאלה היא מהי רמת ההוכחה הנדרשת מהנאשם להראות שאף המתלוננת עברה עבירה פלילית כמוהו, אך לא הועמדה לדין. ברי שהנאשם אינו אמור להוכיח זאת ברמה של מעבר לספק סביר, שהרי אין מדובר בטענה המבקשת להביא להרשעת המתלוננת בביצוע עבירה פלילית, אלא מדובר בטענת הגנה. ואולם, הגם שמדובר בטענת הגנה, אינני סבור שדי בכך שהנאשם יוכיח שלא ניתן לשלול אפשרות זו (היינו רמת הוכחה של עובדה המאפשרת להביא למסקנה בדבר קיומו של ספק סביר בתזה המפלילה). הנאשם אינו מבקש לטענת ספק בתזה מפלילה כלשהי ומכאן שרמת הוכחה זו אינה ממין העניין. נדרשת לדעתי רמת הוכחה שונה התואמת את הטענה שהנאשם מבקש להוכיח. טענת הנאשם היא שהוא והמתלוננת מצויים באותה קבוצת שוויון, היינו שאף בעניינה קיימות ראיות המצדיקות לכל הפחות הגשת כתב אישום. משכך, עלינו לבדוק אם יש בראיות הקיימות (הגולמיות) כדי להצדיק **לכל הפחות מסקנה בדבר סיכוי סביר להרשעה**, היינו שתובע סביר היה מגיש כתב אישום על בסיס ראיות אלו (בג"ץ 5699/07 **פלונת (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה** (22.6.2008)).

31. לאחר שבחנתי את הראיות שהציג הנאשם, מסקנתי היא שאין די בראיות אלו לצורך גיבוש מסקנה כאמור,



ומשכך אין מדובר בשניים המצויים באותה קבוצת שוויון. אנמק מסקנתי להלן.

32. גרסתה של הבת נשמעה לראשונה כשנתיים וחצי לאחר האירוע והיא טענה שהמתלוננת אמרה שתיתן לה "כאפה" אם לא תתרחק מביתה. עד מועד זה לא נטען מעולם שזהו תוכנו של האיום. כאמור, הנאשם נחקר שישה ימים לאחר האירוע ולא ידע לומר מהו תוכנו של האיום. גם בישיבת יום 8.7.19, עת ניתנה התשובה לאישום טען הנאשם "אם היא לא היתה נכנסת לתחום בית ספר **וצועקת על הילדה ולא יודע מה היא אמרה לה**...". מכאן מתחייבת המסקנה שאף במועד זה, כשנה לאחר האירוע, עדין לא ידע הנאשם את תוכנו של האיום ואם היה כלל איום או שמא רק צעקות.

33. מדובר בקושי של ממש. קשה להלום שהנאשם לא שוחח עם בתו לאחר האירוע ולא למד ממנה על אודות דבר האיום המדויק. די לעיין בהודעתו במשטרה (ת/3) על מנת להבין את מידת השפעת האירוע עליו והדעת נותנת שהוא היה אמור לדעת בשלב זה את תוכנו של האירוע. אציין כי הבת העידה בבית המשפט כי התקשרה לאביה (הנאשם) מיד בסמוך ואמרה לו שהמתלוננת "באה לאיים עליי בבית הספר" (בעמ' 31, בש' 21) ומכאן מתחייבת מסקנה שהוא היה אמור לדעת את תוכן האיום.

34. יתרה מזו, הנאשם העיד את מנהלת בית הספר, אשר תיארה כי דיברה עם האם מיד לאחר האירוע וזאת בעקבות כך שהבת התקשרה לאם. לגרסת המנהלת, בשיחה זו נמסר לה שהמתלוננת "פנתה" אל הילדה (בעמ' 27, בש' 9; בעמ' 28, בש' 30). כן תיארה המנהלת שלאחר זמן קצר הנאשם התקשר אליה והלין על כך שהמתלוננת "דיברה" עם בתו (בעמ' 27, בש' 13).

35. הנה כי כן, בסמוך מאוד לאירוע (אך לאחר שיחה עם הבת) הנאשם (וכן אשתו) לא טענו בפני מנהלת בית הספר שהמתלוננת איימה על בתם, אלא שפנתה אליה בלבד. כך טען גם הנאשם בחקירתו לאחר שישה ימים, ובגרסה זו החזיק אף לאחר כשנה בבית המשפט. אינני מקל ראש בפניה על רקע סכסוך של אדם בוגר אל ילד שנמצא ללא הוריו, בוודאי בבית הספר שאמור להיות מקום מוגן עבור הילד. ואולם, החשוב לענייננו הוא שמראיות אלו עולה **שמעולם לא הוזכר דבר איום קונקרטי כלשהו**. על רקע זה, הקושי שבעדותה המאוחרת של הבת, ברור. לכך יש להוסיף את הצורך בחיזוק לאור גילה של הבת (סעיף 54(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971).

36. זאת ועוד, האם, אשר שוחחה עם הילדה זמן קצר מאוד לאחר האירוע, לא הובאה לעדות, וכך גם האח אשר נכח לפי הטענה במקום. אף חסר זה מחליש את היכולת להתבסס על ראיות ההגנה.

37. להשלמת התמונה אציין כי המתלוננת שללה מכל וכל איום כלשהו על הילדה וטענה כי "אין סיכוי שאשתמש במילה כזו, אני רחוקה מלהגיד דברים כאלה, אני בהלם ממה שאמרת וזה שקר וכזב, בחיים לא הייתי משתמשת במילה כזו בטח ובטח לא כלפי ילדה" (עמ' 11; בש' 10). המתלוננת עמדה על כך שכל שנאמר לילדה היה כי במידה ולא תחדל מלהציק לבתה, היא תפנה למנהלת בית הספר (עמ' 11; בש' 15). לא יכולה להיות מחלוקת שדברים אלו אינם איום (וההגנה לא טענה אחרת). בעניין זה עשתה הסנגורית ניסיון רב לשכנע שלא הגיוני שהמתלוננת הייתה עושה שימוש "באיום" שתפנה למנהלת, שכן אף לשיטתה הדברים לא סייעו בעבר, ומכאן שסביר יותר שהיא "עלתה מדרגה"



בחומרת האיום. ואולם, טענה זו אינה משכנעת ובכל מקרה אין בה להתגבר על החסר הראייתי הקיים להוכחת טענה זו כפי שפורט לעיל.

38. משמעות הדברים היא אפוא שלו היו מובאות ראיות אלו בפני תובע, סביר שלא היה בהן להביא למסקנה בדבר סיכוי סביר להרשעה המצדיק הגשת כתב אישום. מודע אני לכך שלו היו הדברים נחקרים בזמן אמת, אפשר ותמונת הראיות הייתה שונה, וזאת בשל עדיפותה של חקירה ממצה בזמן אמת על פני בירור בדיעבד בבית המשפט לאחר זמן. עם זאת, כאמור, אין מדובר במחדל שיש לזקוף לחובת המשטרה או המאשימה והוא רובץ כולו לפתחו של הנאשם אשר בחר שלא להגיש תלונה ולא חשף בפני המשטרה את דבר האיום הנטען כיום. משכך, טענת הסנגורית לפיה "זכותו המלאה של נאשם לנהל את ענייניו ולבחור את עיתוי הגשת התלונה" היא בבחינת שטר ושוברו בצידו. זו אכן זכותו, ואולם מחירה של הזכות הוא שהוא אינו יכול לטעון למחדלי חקירה כאשר הוא עצמו מנע את קיומה של החקירה.

39. סיכומי של דבר: אין לומר שהנאשם והמתלוננת מצויים באותה קבוצת שוויון ולכן אין בסיס לטענה בדבר אכיפה בררנית.

התוצאה

40. אני מרשיע את הנאשם בעבירה שיוחסה לו - איום, לפי סעיף 192 לחוק העונשין.

ניתנה היום, כ"ג ניסן תשפ"א, 05 אפריל 2021, במעמד הצדדים