

## ע"פ 38588/03/22 - מדינת ישראל, ע"י המחלקה לחקירות שוטרים נגד נצ"מ שמעון מרציאנו

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 38588-03-22 מדינת ישראל נ' מרציאנו

כבוד השופט בר-עם	בפני
כבוד השופטת לומפ	
כבוד השופט נחלון	
מדינת ישראל	<u>מערערת</u>
ע"י המחלקה לחקירות שוטרים	
ב"כ עוה"ד רונן יצחק	
נצ"מ שמעון מרציאנו	נגד
ע"י ב"כ עוה"ד דב גלעד כהן ועו"ד עמיר ברטל	<u>משיב</u>

### פסק דין

#### השופט מ. בר-עם:

#### רקע

1. לפנינו ערעור המדינה על הכרעת-דינו של בית-משפט השלום בירושלים (כבוד השופטת ג'ויה סקפה-שפירא), בת"פ 1739-01-21, מיום 2.2.2022 (להלן - הכרעת הדין), בגדרה זוכה המשיב, נצ"מ שמעון מרציאנו, מפקד תחנת משטרת ישראל "לב-הבירה" בירושלים, משתי עבירות תקיפה, לפי סעיף 379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - החוק), כל אחת כלפי מתלונן אחר, אשר יוחסו לו בכתב-האישום.

בהכרעת-הדין, ובתמצית, קבע בית משפט קמא כי המשיב השתמש בכוח שלא כדין, בעניינו של א', קטין, במהלך הפגנות הזרם החרדי בירושלים נגד תקנות הקורונה, בכך שנתן לו סטירה שלא כדין במהלך מעצרו (להלן - הסטירה). עם זאת, נוכח הנחיית המשנה לפרקליט המדינה מס' 1.16, מיום 18.8.2020, בדבר "**מדיניות פתיחה בחקירה והעמדה לדין בתיקי שימוש בכוח שלא כדין על ידי שוטרים**" (להלן - ההנחיה/ הנחיה 1.16/ הנחיית המשנה לפרקליט המדינה), מצא בית-משפט קמא להתערב בשיקול דעת גורמי התביעה בהגשת כתב-האישום ולקבוע כי בעניינו של המשיב "**ראוי היה להסתפק באמצעים משמעתיים בלבד**". לצד זאת, נקבע כי ביתר המעשים פעל המשיב תוך שימוש בכוח כדין ועל כן, בהיעדר אשמה, זוכה מעבירת התקיפה השנייה שיוחסה לו. מטעמים אלו, משהוגש

כתב אישום כנגד המשיב, חלף אמצעים משמעתיים ובשים לב לשלב הדיוני של ההליך, לאחר שמיעת הראיות והגשת הסיכומים, קבע בית-משפט קמא כי יש **לזכות** את המשיב **מכל** העבירות שיוחסו לו בכתב האישום. המערערת לא השלימה עם פסק הדין והגישה ערעור.

2. הסוגיה העומדת בלב המחלוקת, בערעור דנן, עניינה בשיקול דעת המאשימה עובר להגשת כתב האישום ובשאלה - האם נהגה המערערת כדין בשעה שהחליטה לנקוט הליך פלילי כנגד המשיב, חלף הליך משמעת (בהתאם להנחיה), בשל המעשים שיוחסו לו בכתב האישום, והאם נכון נהג בית משפט קמא, לאחר שקבע אחריות חלקית, למשיב, בגין מעשה הסטירה, בלבד, אף שנהג שלא כדין, כלפי א', כאמור, ובראייה שבדיעבד, לקבוע כי היה מקום לנקוט בעניינו של המשיב, בהליך משמעת ומשלא נעשה כן, פועל יוצא הוא, שיש להורות על זיכוי המוחלט.

3. נקדים אחרית לראשית. לא נפל כל פגם בהחלטת המערערת להגיש כתב אישום בגין המעשים שיוחסו למשיב בכתב האישום, בגינם נמצאו ראיות לכאורה שהצדיקו את הגשתו וכי החלטתה לנהל הליך פלילי כנגד המשיב, הייתה סבירה בנסיבות, נוכח ריבוי המעשים של המשיב, בגינם הוגש כתב האישום. לשון אחר, לאור התשתית הראייתית הלכאורית אשר עמדה לפני המערערת, בצבר המעשים אשר יוחסו למשיב, וקטינות המתלוננים, בבואה לשקול באילו אמצעים יש לנקוט נגד המשיב, בהיבט הפלילי או בהיבט המשמעת - **לא נפל דופי בהגשת כתב-האישום ומשכך, לא היה מקום להתערב בשיקול-דעתה לעשות כן בגדרי הכרעת-הדין. בנסיבות אלה, משקבע בית המשפט, בדיעבד כי יש למשיב אחריות בגין מעשה הסטירה, נוכח הוכחת יסודות עבירת התקיפה, היה עליו להרשיע את המשיב, בעבירה שיוחסה לו, בשים לב לנסיבות ביצועה, כלפי קטין על ידי קצין בכיר בעל מעמד ודומה כי הדברים ברורים ואין צורך להכביר מילים.**

4. אכן, קביעותיו של בית-המשפט קמא, שנתן אמון בגרסת המשיב, אשר סבר שהמתלונן בגיר, כמו גם נסיבות מעשה הסטירה והשימוש בכוח שלא כדין, ומכלול נסיבותיו החריגות של האירוע, אלה - יקבלו את המשקל הראוי בעת קביעת העונש ההולם בשלב גזר הדין.

5. הרקע העובדתי. ביום 4.10.2020, בחג הסוכות, החל מהשעה 20:00 ועד לשעה 3:00 למחרת, ובמחאה על החלטת מדינת ישראל לאסור התקהלויות בסוכות ובבתי הכנסת, כחלק ממדיניות ההתמודדות עם התפשטות מגפת הקורונה בישראל, התקהלו מאות אנשים, בגירים וקטינים, מהמגזר החרדי, באזור רחוב שבטי ישראל בירושלים. המשיב פיקד על כוח משטרת אבטח את ההפגנה. בשלב מסוים, ההפגנה התפתחה להפרעות סדר ולהתפרעויות אלימות בעיקר של קטינים.

6. כתב-האישום המתוקן מייחס למשיב מעשים של שימוש בכוח שלא כדין בהפגנה זו, נגד שני מתלוננים, קטינים, כדלקמן:

במהלך ההפגנה, סמוך לחצות, ועל פי החשד, קבוצת מפגינים השליכו אבנים לעבר הכוח המשטרת, ביניהם א', קטין יליד 2008. המשיב רץ לעבר המפגינים, ואלו ברחו. המשיב רדף אחרי א', אחז בו ודחף אותו בחוזקה לעבר קיר אבן

שמצוי במקום. כתוצאה מכך, א' הוטח בקיר ונפל ארצה. המשיב רכן מעל א' ואליו הצטרפו שני שוטרים נוספים. א' ישב על הקרקע, ללא התנגדות, וצעק "לא עשיתי כלום". המשיב סטר לו על פניו, ללא כל סיבה והצדק. סמוך לאחר מכן, הובל א' על ידי שוטר לניידת המשטרה.

ב', קטיין יליד 2005, תיעד באמצעות טלפון הנייד את הובלתו של א'. המשיב הגיע למקום, אחז בצווארון חולצתו של ב', באזור העורף, הדף אותו בחוזקה והפילו ארצה, לעבר שיחים המצויים במקום. כתוצאה מכך, נגרמו לב' שפשופים בברכו הימנית.

7. בהכרעת-הדין, לאחר שמיעת הראיות, ועל יסוד הסרטונים בהם תועדו זוויות שונות של הפרות הסדר באירוע, לרבות על-ידי עיתונאים, ובעיקר סרטון שסומן ת/1, נקבע, כי למשיב היה יסוד סביר לחשד כי א' יידה אבנים לעבר השוטרים, אשר הצדיק את מרדפו אחרי א' ואת הניסיון לעצרו, לרבות שימוש בכוח סביר, עקב מנוסתו של א'. עוד נקבע, כי הדיפתו של א' לעבר הקיר במהלך מנוסתו, כדי לבצע את המעצר, מהווה שימוש בכוח סביר אשר בוצע במסגרת סמכויותיו של המשיב ואין בכך כדי לגבש עבירה פלילית. בסמוך, לאחר תפיסתו, סטר המשיב על פניו של א' באמצעות ידו הימנית. במעשהו, הפעיל המשיב כוח שלא כדין, המבסס את עבירת התקיפה. בעניינו של ב', נקבע כי במבט פנורמי על האירוע, ומנקודת מבטו של המשיב, הלה סבר באופן הגיוני, כי ב' הפריע להובלתו ולמעצרו של א', בכך שחסם את נתיב התקדמותם של השוטר וא' לעבר ניידת המשטרה. משכך, בדחיפת ב' ופניו נתיב ההולכה, פעל המשיב בסמכות ותוך שימוש בכוח כדין, מבלי שביצע עבירה פלילית.

8. בשלב זה, נוכח קביעותיו העובדתיות, ועל יסוד הנחיית המשנה לפרקליט המדינה, כאמור, תוך ניתוחה, קבע בית-משפט קמא כי, בנסיבות האירוע, לא היה מקום להעמיד את המשיב לדין פלילי בגין מעשה הסתירה לא' וראוי היה להסתפק באמצעים משמעותיים בלבד. בתוך כך נקבע, כי הסמכות לשימוש בכוח הסתיימה עם הפלתו של א' ארצה ותפיסתו. עם זאת, המעשה בוצע בעיצומו של אירוע רב-משתתפים, במקום המעצר, בסמיכות זמנים, תוך קריאות מתלהמות של ההמון בגין מעצרו של א', ללא שנגרמה לא' חבלה, וללא נסיבות מחמירות וללא שהמעשה נשא אופי מבזה ומשפיל. בהקשר זה, ניתן אמון בעדותו של המשיב כי סבר שא' בגיר, ונרשמה הערת בית-משפט קמא כי א' אכן נראה מבוגר מכפי גילו. מעבר לכך, נקבע כי קטינות א' אינה מהווה שיקול המטה את הכף לעבר הגשת כתב אישום, בנסיבות בהן נערים וילדים צעירים היו מעורבים בחלקים הקשים של האלימות כלפי השוטרים, ובכלל זה ידוי אבנים והשלכת עגלות אשפה בוערות לעבר הכביש. מעבר לכך, ונוכח נימוקי המדינה למיצוי הדין עם הנאשם במישור הפלילי, הבהיר בית-משפט קמא כי נתן אמון במשיב שלא ביקש להסתיר את מעשיו בדו"ח הפעולה, אלא שנתקל בקשיים טכניים במילוי הדו"ח במערכת דיגיטלית שאינו מורגל בה. בד בבד, נדחתה טענת ההגנה של המשיב להיעדר שליטה בשל מחסור אקוטי-כרוני בשינה בשל מילוי תפקידו במשטרה.

9. בסיכום הכרעת הדין, ובתמצית עיקריו, נקבע, כי "...מעשיו של הנאשם באירוע בוצעו בתנאי שטח קשים, כשהוא נאלץ להתמודד עם מאות מפגינים שהשליכו אבנים וחפצים וקראו קריאות נאצה קשות, לאחר עבודה מאומצת של שעות ארוכות ולאחר ששוטרים שהיו תחת פיקודו סירבו לחתור למגע עם המתפרעים והוא נאלץ לעשות זאת בעצמו. אין כל ספק כי מעשה האלימות שהפנה כלפי א' לאחר מעצרו היה אסור ומיותר, ואולם מכלול הנסיבות במקרה דנן חייבו את מיצוי הדין עם הנאשם במישור המשמעותי, וזאת בהתאם לתבחינים שנקבעו בהנחיה המקצועית המתווה את מדיניות האכיפה בעניין זה". משכך, הוסיף בית-משפט קמא, עומדת למשיב הגנה מן הצדק המחייבת את

ביטול כתב האישום בעניינו של א', ובשים לב לשלב הדיוני, זוכה המשיב מהמיוחס לו בכתב-האישום.

10. על הכרעת-הדין הוגש הערעור. עיקר השגותיה של המערערת בהיבט הנורמטיבי של הכרעת הדין- בהתערבות פסולה של בית-משפט קמא בשיקול הדעת של רשויות התביעה בהגשת כתבי אישום, ובזיכוי המערער בעניינו של א' מטעמים של הגנה מן הצדק.

11. בהקשר זה, ולגופו של עניין, הציגה המערערת את הנחיית המשנה לפרקליט המדינה בעניין העמדת שוטרים לדין בגין שימוש בכוח שלא כדין, לרבות הרקע לפרסומה, וטענה כי בית-משפט קמא שגה בפרשנות ההנחיה, אשר מעמידה מבחן רב שלבי בהבניית שיקול הדעת של רשות התביעה האם להעמיד שוטר לדין פלילי או משמעתי או לגנוז את התיק. לשיטת המדינה, המשיב הפעיל כוח באירועי כתב האישום ללא סמכות כדין, ומשכך, ובהתאם לסעיף 31(ב) להנחיה, וככלל, יש להעמידו לדין פלילי, אלא אם יימצא כי בנסיבות העניין השימוש בכוח אינו משמעותי. בשלב הבא, עוגנו בהנחיה נסיבות לחומרה אשר בהתקיימותן תגבר הנטייה להעמדת השוטר לדין פלילי, וביניהן- שימוש בכוח כלפי מתלונן קטין, שימוש בכוח בעל אופי מבזה או משפיל ושימוש בכוח כלפי מתלונן מנוטרל. בעניינו של א', לעמדת המדינה, מעמדו הבכיר של המשיב, מפקד תחנה בדרגת נצ"מ, הסוטר על פניו של קטין בן 12, היושב על הארץ, ללא הצדקה, כשבמעשה טמונה מעצם טיבו גם תחושת השפלה וביזוי- כל אלו, אלמנטים החוברים יחדיו ומצדיקים את העמדתו של המשיב לדין פלילי. לכך הצטרפה תקיפתו של ב' בידי המשיב באותו אירוע, אשר לשיטתה, מהווה שימוש בכוח שלא כדין, ומעצימה את חומרת מעשיו של המשיב ומטה את הכף לעבר הגשת כתב-אישום כנגדו. עוד נטען, כי המשיב ביקש לשוות למעשיו נופך תמים בכתיבת דו"ח הפעולה באירוע, והגם שהחליטה להימנע להעמידו לדין בגין עבירה של שיבוש מהלכי משפט, יש בכך כדי להוות שיקול רלוונטי בגיבוש החלטת רשות התביעה על נקיטת ההליך הפלילי. לאור האמור, השיגה על קביעת הערכאה הדיונית כי העמידה את המשיב לדין בניגוד להנחיה.

12. בהמשך, ובעיקרי טיעוניה, עמדה על שיקול-הדעת הרחב המוקנה לרשויות התביעה בקבלת ההחלטה האם להעמיד אדם לדין פלילי. במצב המשפטי הנוהג, ולנוכח קביעת בית המשפט העליון בדנ"פ 5387/20 רפי רותם נ' מדינת ישראל (15.12.2021) (להלן- דנ"פ רותם), גדר התערבות הערכאות המשפטיות בשיקול דעתן של רשויות התביעה בהגשת כתבי-אישום מצומצם למקרים חריגים בלבד, תוך שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, בנסיבות בהן ההחלטה עומדת בסתירה מהותית לעקרונות ההגיונות והצדק, וזאת- על פי כללי המשפט המנהלי ובהתאם למבחני הסבירות והמידתיות. ככלל, אין זה מתפקידו של בית-המשפט לשים עצמו בנעלי הרשות המנהלית ולהחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו. משכך, יישום ההנחיה והחלטת המדינה להגיש נגד המשיב כתב-אישום בהליך פלילי, מצויה בליבת שיקול דעתה, ויש להעמידה לביקורת מנהלית בנקודת מועד גיבושה, ולא כחוכמה שבדיעבד. בעניינו, כך נטען, ההחלטה להעמיד לדין פלילי את המשיב התקבלה באופן שקול, סביר, מידתי, מנומק, ובהתחשב בכך שיוחסו למשיב מעשי תקיפה כלפי שני קטינים. מעבר לכך, הוסיפה, כי בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, לא כל פגם בקבלת ההחלטה בהעמדה לדין, גם אם יש בו כדי לפגוע בתחושת הצדק וההגיונות, מצדיק את ביטול כתב-האישום. לטעמה, היה על בית-משפט קמא לבחון מה הסעד הראוי בנסיבות העניין, ולשקול להביא מזור באמצעות גזר הדין על דרך של ביטול הרשעה או ענישה מופחתת ולא בזיכוי. בסיכום הדברים, עמדה המערערת על המדיניות השיפוטית המקובלת בתיקי שימוש בכוח שלא כדין על ידי שוטרים, על האינטרס הציבורי, הבטחת נורמות ההתנהגות ראויות של שוטרים, על המסר היוצא מבין כותלי של בית-המשפט לציבור ואמון הציבור. אשר על כן, עתרה לבטל את הכרעת-הדין ולהורות על הרשעת המערער בעבירת התקיפה המיוחסת לו בעניינו של א'.

13. המשיב, באמצעות בא-כוחו, עתר לבית-משפט זה בבקשה, מחוץ לסדרי-הדין הנוהגים בהליך הפלילי, להתיר לו להגיש תשובה בכתב לערעור. בנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך, נעתרנו לבקשה. בתשובה מפורטת ומנומקת, סמך ידו המשיב על הכרעת-דינו של בית-המשפט קמא וביקש להצדיק את תוצאתה.

14. בתמצית, המשיב הקדים והציג את מעשיו ונסיבות האירוע ואת מסגרת הדינים המעגנת את שיקול דעתן של רשויות התביעה בהעמדה לדין. בתוך כך, עמד על חובתן של רשויות התביעה, ככלל, ובמערכות דינים שונות, בהינתן ראיות לכאורה המבססות אשמו של אדם, לבחון את מידתיות העמדתו לדין פלילי אל מול חלופות אכיפה שונות, ובכללן- הדין המשמעותי. המשיב הוסיף והרחיב על חיוניות התקנת הנחיות מנהליות להבניית שיקול דעתן של רשויות התביעה וחובתן של הרשויות לפעול על-פי עקרונות ואמות המידה המעוגנות בהנחיות אלו. בהקשר זה, ועל יסוד הנחיה 1.16, טען המשיב לאכיפה בררנית ומפלה, תוך שהציג מקרים שונים אשר התרחשו בסמוך, לפני ואחרי, פרסום הנחיה 1.16, כחודשיים לפני המעשים המיוחסים לו, והסתיימו בגניזת התיק או בנייתו לאפיק משמעותי. יוער, כבר עתה, כי טענה זו נדחתה על-ידי הערכאה הדיונית.

15. בהמשך, ובעיקרי הדברים, עמד המשיב על חיוניות הביקורת המנהלית של בתי-המשפט על החלטות רשויות התביעה בהעמדה לדין וביקש לבסס ולהצדיק את תוצאת הכרעת-הדין. בעניינו, תוך מענה נקודתי לכל אחת מטענות הערעור. לשיטתו, בית משפט קמא בהכרעת-דינו לא התערב בשיקול דעתה של הרשות בעצם ההעמדה לדין, אלא בחן את ניהולו של ההליך הפלילי, לאחר קביעת ממצאי עובדה ומהימנות, שאין מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן, בראי דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

16. המשיב הוסיף וגרס, כי עניינו נכנס לגדרו של סעיף 31(א) להנחיה, ולפיו שימוש בכוח שנעשה בסמיכות של זמן ומקום לפעילות משטרתית שטרם הסתיימה, ובלבד שהשימוש בכוח לא היה חמור בנסיבות העניין, ניתן יהיה לשקול להסתפק בהעמדה לדין משמעותי. מכל מקום, כך נטען, המערערת מתעלמת מהוראות ההנחיה להביא בגדרי שיקוליה את מידת המבצעיות של האירוע, מידת הלחץ בו נתון השוטר והאם השימוש בכוח נבע מפרובוקציה של המתלונן. מנגד, מעמדו ותפקידו של השוטר אינו נמנה על השיקולים הרלוונטיים המעוגנים בהנחיה בקבלת ההחלטה על דרכי האכיפה בכל מקרה קונקרטי. משכך, נטען, בית משפט קמא יישם את ההנחיה כלשוונה, ללא מתן פרשנות, והגיע לתוצאה ראויה. עוד הוסיף המשיב, כי יש להיזהר לנתח פעילות מבצעית בתנאי מעבדה של דרך קבלת ההחלטות בשטח ועניינו הולם אכיפה במישור המשמעותי.

17. מעבר לכך, הציג המשיב נימוקים נוספים שלא נכללו בהכרעת-דינו של בית-המשפט קמא ולמעשה לא התבררו בהליך הדיוני.

18. בסוף דבריו, נטל המשיב אחריות על מעשיו והביע חרטה. לדבריו, לאחר מתן הכרעת הדין ובעקבות זיכוי, יצר קשר עם ראש הקהילה אליה משתייכים א' ומשפחתו, ובתיווכו נפגש עם א' למען עשיית השלום.

19. למען השלמת התמונה, יצוין, כי המערערת עתרה לאיחוד הדיון בערעור דנן עם עפ"ג 60498-06-22,



בעניינו של רפ"ק משה אוחיון, אשר הועבר לטיפול מותב אחר בבית-משפט זה (הרכב השופט שחם). המדובר בערעור על זיכוי של המשיב מטעמים של הגנה מן הצדק מעבירת תקיפה, אשר יוחסה לו בכתב-האישום בכך שסטר לצלם, בשער שכם, במהלך פעילות שיטור לפיזור הפרות סדר בהר הבית ובעיר העתיקה. בהחלטה מיום 11.9.2022, לאחר שעיינו בבקשה ובתגובות המשיבים בשני ההליכים, בהינתן מארג ראיתי נפרד וייחודי בכל אחד מהתיקים, לא שוכנענו להורות על איחוד הדיון, ומשכך דחינו את הבקשה.

20. בדיון מיום 29.9.2022, חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם. המערערת התמקדה בטענתה להתערבות פסולה של הערכאה הדיונית בשיקול דעתה בהגשת כתב-האישום. לשיטתה, כתב-האישום הוגש במסגרת שיקול דעתה, ללא שנפל בו פגם המקים למשיב טענה של הגנה מן הצדק. בתוך כך, הציגה את פרשנותה לאופן יישום ההנחיה על-פי מבחן רב-שלבי, ועמדה על ביטול הכרעת-הדין והרשעתו של המשיב בעניינו של א'. המשיב, בהגנותו, הבהיר כי לא השיג על החלטת המערערת להגיש בעניינו כתב-אישום ולא היו בפיו טענות כלפי סבירות ההחלטה. עיקר הגנתו מתבססת על נסיבותיו החריגות של האירוע, בשים לב למהות המעשה והעושה, לרבות השלכות האכיפה הפלילית על המשך דרכו במשטרה, אשר מבססות לטעמו, ועל יסוד הנחיה, את זיכוי בהליך הפלילי מטעמים של הגנה מן הצדק.

21. בהמשך הדיון, ולשאלות בית-המשפט, הגם שנשמט מפרוטוקול הדיון, הבהירה המערערת כי איננה משגת על קביעותיו העובדתיות של בית-משפט קמא בהכרעת הדין, ומהותו של הערעור בהיבטיה הנורמטיביים של הכרעת הדין ובהתייחס לזיכוי המשיב מטעמים של הגנה מן הצדק, בהינתן הקביעה כי ביצע את המיוחס לו בעניינו של א'.

22. בתום הדיון, הועבר התיק לעיונו לצורך מתן פסק-דין.

## דיון והכרעה

23. מושכלת יסוד היא, כי החלטת המאשימה - המערערת, להגיש כתב-אישום נגד פלוני באה בגדרי סמכויותיה כרשות מנהלית, ועומדת היא לביקורת שיפוטית לפי כללי המשפט המנהלי (כפי שנקבע בדנ"פ רותם: "הרשות המנהלית בישראל מחויבת להפעיל את סמכויותיה ואת שיקול דעתה בהתאם לכללי המשפט המנהלי. עליה לפעול אך בדל"ת אמות הדין, לקיים הליך תקין, ולקבל החלטה בהתאם לכללי שיקול הדעת המנהלי" (שם, ס' 25). תכלית הביקורת השיפוטית להבטיח את שלטון החוק וכיבודו, כמו גם את הפעלת סמכויות לפי דין, משיקולים ענייניים, ועל פי כלי הסבירות והמידתיות (בג"ץ 223/88 יורם שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989); להלן - בג"צ שפטל)).

24. הביקורת השיפוטית המופעלת על החלטות רשויות התביעה מתוחמת להיבטיה המשפטיים בלבד, ועל פי עילות המשפט המנהלי, ואל לבית המשפט לבחון את תבונת החלטת הרשות (דנ"פ רותם וההפניות שם). הלכה מושרשת, התערבות בתי-המשפט בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש רשויות התביעה בישראל, מצומצמת ותבצע במקרים נדירים וחריגים מאוד, "...שכן מושתתת החלטתו הן על בחינת הראיות והערכת משקלן, הן על פירוש החוק והן על שקילת האינטרס הציבורי" (בג"ץ שפטל; בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי

לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008); בג"ץ 2534/97 חבר-הכנסת יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997). נקבע, כי "בית המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על" (בג"ץ 1843/93 רפאל פנחסי, סגן שר וחבר-כנסת נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995), עמ' 699), "ואינו קובע" מה היה עושה במקום הרשות המוסמכת אילו שיקול הדעת היה מופקד בידו ולא ממיר את שיקול דעתה בשיקול דעתו" (דנ"פ רותם, עמ' 25).

25. יפים לעניינינו, הדברים שנאמרו בבג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, 334 (1983), כדלקמן:

"בית המשפט לא יעשה עצמו ליועץ משפטי על. השאלה אותה יש להציב אינה אפוא אם בית המשפט היה נוהג כפי שנהג היועץ המשפטי לממשלה, אילו ההחלטה הייתה בידו של בית המשפט. בית המשפט אינו יושב במקומו של היועץ המשפטי לממשלה ואין הוא מחליף את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו. בית המשפט ישאל את עצמו, אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא החלטה, אשר יועץ משפטי לממשלה סביר יכול היה לקבלה בנסיבות העניין. גישה זו אין בה התערבות בלתי ראויה בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה".

26. מיקומן הגיאומטרי של טענות כלפי עצם הגשת כתב-האישום בגדרי ההליך הפלילי, ועל פי דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, טמון בטענת ההגנה מן הצדק, המעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (דנ"פ רותם). בסמכותו של בית-המשפט היושב בדין הפלילי להעמיד לביקורת שיפוטית את החלטת רשות התביעה להגיש כתב-אישום נגד הנאשם שלפניו ולהעניק לנאשם סעד של ביטול כתב-האישום ככל שנמצא כי יש בהגשתו, כלשון המחוקק, משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות".

27. מהכלל אל הפרט. לאחר שבחנתי את טענות המערערת, ועיינתי בהכרעת הדין ובחומר הראיות שהונח לפניי, כמו גם בתיק בית משפט קמא באמצעות מערכת נט-המשפט, שוכנעתי כי לא נפל פגם בהחלטת המערערת להגיש כתב-אישום נגד המשיב. המערערת ניהלה חקירה בעניינו של המשיב, בסיומה עמד לפני חומר ראיות לכאורי, הכולל תיעוד חזותי של האירועים, שקבילותו של התיעוד ואמיתות האירועים אינם מוטלים בספק. חומר החקירה בעניינם הקים תשתית ראייתית מספקת להעמדת המשיב לדין, בגין כל המעשים שיוחסו לו בכתב האישום. ודוקו - בית משפט קמא נפל לכלל טעות בשעה שבחן את שיקול הדעת של המערערת, **בדיעבד** ולאחר שמצא כי למשיב אחריות בגין מעשה הסתירה בלבד. נקודת הזמן הרלוונטית לבחינת התנהלות המערערת הינה עובר להגשת כתב האישום ולא בסיום הדיון. במועד האמור, לא נפל פגם אצל המערערת שכן היה לפני תשתית לכאורית, מספקת להגשת כתב האישום כנגד המשיב בגין המעשים שיוחסו לו בכתב האישום. בנסיבות אלה, המערערת הפעילה את סמכויותיה ושיקול דעתה, על פי אמות המידה המעוגנות בהנחיה 1.16, על פי כללי המשפט המנהלי, באופן ענייני, סביר ומידתי, והחלטתה על הגשת כתב-אישום נגד המשיב, בגין המעשים שיוחסו לו, חלף נקיטה באמצעי-משמעת, סבירה ולא נפל בה כל פגם. בית-המשפט אינו שם עצמו בנעלי המערערת ואינו מחליף את שיקול-דעתה המקצועי ולמוד הניסיון. החלטת הרשות המנהלית עומדת לביקורת שיפוטית בנקודת זמן קבלתה ואינה נתונה למבחן בדיעבד ועל פי מבחני הזמן ושינויו. משכך, בבואנו לעמוד במועד קבלת ההחלטה על-ידי המערערת, בצבר המעשים אשר יוחסו למשיב,

ובהינתן התשתית הראייתית הלכאורית שעמדה לחובתו, ועל פי כללי המשפט המנהלי, אין עילה בדין להתערב בהחלטתה להעמידו לדין פלילי.

28. אשר על כן, שוכנעתי כי בשלב קבלת ההחלטה בעניינו של המשיב, בהינתן התשתית הראייתית הלכאורית אשר עמדה לפני גורמי התביעה לביסוס אשמתו של המשיב, ובהתחשב במדיניות ההעמדה לדין של שוטרים, המעוגנת בהנחיה 1.16, פעלה המערערת כדין בהחלטה על הגשת כתב-אישום ומשכך, לא עומדת למשיב הגנה מן הצדק.

29. המשיב איננו חולק באמת על הממצאים העובדתיים המיוחסים לו בכתב-האישום, בגין מעשה הסטירה, המבססים את עבירת התקיפה.

30. בהקשר זה, וראוי להיאמר, כי בדיון לפנינו הבהירה המערערת שהיא נסוגה מטענותיה כלפי ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט, ומכל מקום, במצב המשפטי הנוהג, אין מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדה וממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית. במסד העובדתי שנקבע בהכרעת-הדין, זוכה המשיב ממעשיו כלפי ב' לאחר שנקבע כי בפעולותיו אלו עשה שימוש בכוח כדין.

31. לעניין אשמתו של המשיב במעשיו כלפי א'. בית-משפט קמא ישב על המדוכה, שמע את הראיות, והעביר בכור ההיתוך של המשפט הפלילי, וקבע את ממצאיו. בהכרעת הדין, נקבע, על יסוד תיעוד חזותי של האירוע, ולאחר שנשמעו העדים, כי המשיב סטר לא', על פניו, באמצעות ידו הימנית, ביושבו של הקרקע לאחר תפיסתו. משכך, קבע בית-המשפט כי "...סטירה זו היא הפעלת כוח שלא כדין, אשר הנאשם בעדותו הצטער עליה ואמר לא הייתה צריכה להתרחש". על כן, הוסיף וקבע, ובלשונו, כי "...משאין חולק, גם מצדו של הנאשם, כי היה עליו להימנע מלסטור לא', הרי שניתן לקבוע כי מדובר בשימוש בכוח שלא כדין מצד הנאשם, המבססת את עבירת התקיפה". יוטעם - בית משפט קמא קבע כי המשיב סטר לא', קטין, לאחר תפיסתו, בהיותו יושב על הקרקע, תוך שימוש בכוח שלא כדין, באופן המקיים את יסודות עבירת התקיפה, לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

32. במכלול האמור, מקום בו קבעה הערכאה הדיונית כי המשיב ביצע את המעשה המיוחס לו בכתב-האישום, באופן המבסס את אשמתו בעבירת התקיפה, הגם שמדובר במעשה בודד, ובהתחשב בקביעה לעיל כי לא עומדת למשיב הגנה מן הצדק- שוכנעתי, כי היה על בית-משפט קמא להרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו בגין מעשה הסטירה ובכך שקבע את חפותו בדין הפלילי והורה על זיכויו מהעבירה שיוחסה לו, חרף הוכחת יסודותיה במידה הדרושה, שגה -ויש להתערב בקביעתו.

33. כפי שפתחתי, מכלול נסיבות האירוע, העושה והמעשה יעמדו לזכות המשיב בשלב הענישה. מעשה התקיפה התרחש בעיצומה של הפגנה במגזר החרדי, על רקע תקנות הקורונה, בימים בהם המשיב ופקודיו נאלצו להתמודד עם הפגנות והפרות סדר רבות ואלימות ברחבי ירושלים, על רקע- תקנות הקורונה, המאבק הפוליטי נגד ראש ממשלת ישראל בזמנו, בנימין נתניהו, וממניעים לאומניים. ההפגנה התפתחה, כבר בראשיתה, להפרות סדר ולהתפרעויות אלימות בעיקר של קטינים, אשר סיכנו באופן ממשי את חיי השוטרים. אבנים וחפצים שונים יודו לעבר השוטרים, פחים



הובערו, וקללות ודברי נאצה נשמעו תוך איום פיזי על השוטרים. חלק מהשוטרים, ביניהם המשיב, נפצעו מידי האבנים. כפי שעלה מהכרעת-הדין, ובהתבסס על העדויות שנשמעו לפני בית-משפט קמא, המשיב ושוטריו פעלו באירוע "בידיים חשופות", ללא שניתן אישור על-ידי פיקוד המחוז להסתייע באמצעים לפיזור הפגנות והפרות סדר. מטעם זה, כוח יס"מ, שהוזעק לתגבר את האירוע, סירב להיכנס לשטח ולחתור למגע עם המתפרעים. משכך, צוות הפיקוד נאלץ לעזוב את עמדתו ולטפל בעצמו בהפרות הסדר. בנסיבות שנוצרו, כוח משטרה מצומצם פעל בגופו אל מול מאות מפרי סדר. זאת ועוד, הערכאה הדיונית התרשמה ממהימנותו של המשיב אשר שגה לסבור כי א' בגיר. ב"כ המערער, בדיון לפניו, פתח את דבריו בשבחיו של המשיב ותרומו למדינת ישראל והבטחת שלום אזרחיה, ותפקודו רם המעלה בתפקידי קצונה בכירים במשטרת ישראל. יש להניח כי כל אלה יעמדו לזכות המשיב בשלב גזירת-העונש, ובית משפט קמא ינהג כחוכמתו.

34. אשר על כן, ומכל הנימוקים לעיל, ואם תישמע דעתי, יש לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיב בעבירת תקיפה, לפי סעיף 379 לחוק העונשין ולהחזיר את התיק לבית-משפט השלום לשמיעת הטענות לעונש ולמתן גזר-הדין.

35. לאחר סיום. עיינתי בחוות-דעתו של חברי, השופט נחלון, אשר סבור כי יש בנסיבות המקרה יש להחיל את סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב, 1982, לדחות את הערעור ולהותיר את התוצאה האופרטיבית של פסק הדין על כנה, הגם שיש להורות על ביטול כתב האישום חלף ההחלטה על זיכוי המשיב. דעתי שונה.

36. אמת, המחוקק הקנה סמכות לבית-המשפט "...לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור שלא נגרם עיוות דין". אלא מאי? ולהלכה, אמת המידה לדחיית הערעור מכוחו של סעיף 215 דנא, נעוצה במבחן אובייקטיבי, "הבוחן אקייסחשסבירכיהפגיעהבזכויותהנאשםהשפיעהעלשוקל' הדעתהשיפוטיבמובןזה, שעקבהפגםגדלהסהבירותלהרשעתשווא. ...אכן, בעיקרופורשמבחןזהכמבחןהסתברותיתוצאתי הבוחןאתהיסביןהפגםלביןאפשרותשלינובתוצאתהמשפט" ( מ"ח 7929/96 אחמדקוזליני' מדינת ישראל, פ"ד נג' (1) 529, 563 (1999)).

37. ודוק. מעיון בפסיקה נלמד כי בתי-המשפט נהגו להפעיל את סמכותם מכוח הוראת הסעיף רק במקרה שבגדרו נפגעו זכויות הנאשם, למשל- על ידי ביסוס הרשעתו על ראייה פסולה ללא שהיה בכך כדי להביא לעיוות דין בהרשעתו (רע"פ 4759/22 רביעזנידנ' מדינת ישראל (26.7.2022); רע"פ 3017/20 עסאנעאמנהנ' מדינת ישראל (18.8.2020); ע"פ 5735/18 גודובסקין' מדינת ישראל (9.12.2019); ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' אמיר סנקר (12.7.2010); והשווה למשל- לע"פ 3853/17 מאירזנונ' מדינת ישראל (5.9.2021)). למעשה, ככל שנמצא כי ראייה פסולה הביאה להרשעת הנאשם ובלעדיה, ספק אם היה מורשע, הוחזר הדין לבית-משפט קמא להמשך בירור אשמתו (ראה למשל- דנ"פ 188-94 מדינת ישראל נ' אבוטבול (28.2.1996)).

38. הנה כי כן, תכלית הוראת החוק למנוע מקרים בו ייאלץ בית-המשפט לזכות נאשם בשל פגמים שנפלו עמוד 9

בהליכי הרשעתו ללא שהיה בכך כדי לעורר חשש להרשעת שווא.

39. כפועל יוצא. מוקשה בעיני להחיל את הוראת החוק במקרה בו עסקינן בהכרעת דין המזכה את הנאשם. הוראת הסעיף מתווה מבחן רב שלבי לדחיית הערעור ללא שנגרם עיוות דין. תחילה יש לבחון האם נפל פגם בהכרעת הדין, ולמשל- בהפרת זכויות הנאשם או בביסוס ההרשעה על ראיה פסולה. ככל שנקבע קיומו של פגם, יש לבחון את תוצאתו, תוך שהמחוקק הסמיך את בית-המשפט לא להתערב בתוצאת הכרעת-הדין כל עוד לא נגרם עיוות דין. בענייננו, וכפי שקבעתי לעיל, בית-משפט קמא התערב שלא כדין בשיקול דעתה של המערערת בהעמדתו לדין של המשיב, ואילולא התערבותו, ספק רב אם ניתן היה לזכות את המשיב לאחר שנקבע כי ביצע מעשה של שימוש בכוח שלא כדין המגבש את יסודות עבירת התקיפה.

40. משכך, סבורני כי דווקא תוצאה מזכה, המנקה את הנאשם מכל אחריות פלילית ומוסרית, יש בה כדי להביא לעיוות דין. יוטעם, כי חבריי הסתמכו בחוות-דעתם על אמרת אגב של השופט מלצר, בע"פ 523/13 דנשוילי נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (25.8.2015), הכולל בגדרי המונח "עיוות דין" את ההתחשבות באינטרס הציבור. אולם, ספק בעיני אם כוונתו הייתה להכשיר הכרעת דין מזכה במקרה בו ביצע הנאשם עבירה פלילית בתואנה כי יש בהרשעתו כדי לגרום לעיוות דין לציבור. מה גם, שיש לבחון את הגדרתו של המונח "עיוות דין" ועצימותו לצורך הכשרת תוצאת הכרעת-דין שנפל בה פגם. כך או כך, אין זה המקרה המתאים להכריע בדבר ויש להשאיר שאלות אלו בצריך עיון.

41. מעבר לכך, חבריי חששו לאינטרס הציבורי בהגנה מפני אפקט מצנן של רשויות אכיפת החוק. סבורני, כי מעמדו של המשיב ועיני הציבור הנושאות אל המקרה אינן נותנות את זיכויו בדין והסרת אחריות, פלילית ומוסרית, ממעשה הסטירה, לקטין על אף נסיבות האירוע המורכבות והחריגות, אשר יקבלו את המשקל הראוי בשלב גזר-הדין ובית-המשפט קמא ינהג כחוכמתו.

42. אחרית דבר, לו תתקבל דעתי, יש לקבל את הערעור, לבטל את הכרעת-הדין ולהרשיע את הנאשם בעבירת התקיפה המיוחסת לו בכתב-האישום בגין מעשה הסטירה, בענייניו של המתלונן א'.

**משה בר-עם,  
שופט**

**השופט א. נחלון :**

1. מכתם נפוץ הוא בקרב אנשי המשפט: "hard cases make bad law" (מקרים קשים יוצרים דין קשה). המקרה שלפנינו יוכיח.

2. המשיב הועמד לדין בגין מעשים קונקרטיים שביצע במהלך מה שכונה בכתב האישום "הפגנה" שהפכה לאלימה וכללה "הפרות סדר, לרבות הבערת פחי אשפה, יידוי אבנים לעבר השוטרים והשמעת קריאות גנאי וגידופים כלפיהם" (סעיף 3 לכתב האישום בנוסחו המעודכן).

3. הרקע למעשים תואר בפסק דינו של בית משפט קמא (פיסקאות 20-21):

"אין חולק על העובדה, כי ה'הפגנה' שאליה מתייחס כתב האישום למעשה הייתה אירוע הפרת סדר המוני, שבמהלכו נקטו המפגינים במעשי אלימות קשים ומכוערים, שכללו יידוי אבני וחפצים לעבר השוטרים, הבערת פחי אשפה והסטתם אל עבר נתיבי תחבורה.

עובדות אלה מצטרפות לידיעה השיפוטית, שלפיה באותם ימים נאלצה משטרת ישראל בכלל, ומשטרת מחוז ירושלים בפרט, להתמודד עם ריבוי הפגנות וכן עם ריבוי אירועי הפרות סדר שבוצעו הן על רקע לאומני, הן כהפגנה נגד המגבלות שהוטלו על ידי הממשלה במסגרת המאבק בנגיף הקורונה, הן הפגנות נגד ראש הממשלה דאז. ריבוי האירועים והמשימות הובילו לכך שהשוטרים עבדו במשך שעות רבות בכל יום, והדבר מקבל את ביטויו גם בגיליון הנוכחות של [המשיב]..."

4. בית המשפט הוסיף וקבע, כי "התיאור העובדתי של הפרת הסדר כפי שהוא מופיע בפתח כתב האישום המתוקן בשנית, דל וצר מלבטא את חומרתם האמיתית של האירועים שהתרחשו באותו הערב". בית המשפט אף הפנה אל עדותו של אחד העיתונאים שנכחו במקום, אשר ציין כי "יש שם אנשים מטורפים שאם יזהו אותי יחשבו שאני בלש אז יכולים לכלות בי את זעמם", ולדבריו של עיתונאי אחר "שתיאר את האירוע כהפגנה אלימה ולא שגרתית, שאם הייתה מתרחשת באזור אחר בארץ, או על ידי אוכלוסייה אחרת, סביר כי הייתה נענית באמצעים חמורים יותר לפיזור הפגנות" (שם). בית המשפט ציין, כי:

"דבריהם של העדים בעניין זה עולים בקנה אחד עם הנראה בסרטונים... הסרטונים מתעדים את חלקם של אירועי הפרות הסדר שעמם נאלצו השוטרים להתמודד ביום האירוע, וצפייה בהם מעוררת תחושות קשות, בלשון המעטה. בסרטונים נראים עשרות רבות, ולעיתים מאות של אנשים, ובהם גם נערים צעירים וילדים רכים שעומדים ליד הוריהם, כאשר חלקם של המפגינים אמנם מקיימים הפגנה כהלכתה, אך חלק אחר ולא מבוטל מהם מתפרעים ומיידיים אבנים וחפצים אחרים לעבר השוטרים. הלב מתכווץ למראה מספר מועט של שוטרים לבושי מדים ועליהם דגל ישראל, העומדים אל מול המון יהודים חובשי כיפות, מבוגרים וילדים, ולעיתים נשמע גם קולן של נשים, הקוראים לעברם שוב ושוב 'גרמנים' ו'נאצים', והשוטרים מגלים איפוק מעורר התפעלות, לרוב סופגים את העלבונות הצורבים המוטחים בהם, כמעט שאינם מגיבים למטר האבנים, הבקבוקים והאשפה שמושלך לעברם, ומנסים, ללא הצלחה, לבלום את ההתפרעות מלזלוג לעבר כביש מס' 1, עורק תחבורה מרכזי בירושלים, שבו, כפי שניתן לראות בסרטונים, יש תנועה לא מבוטלת של כלי רכב, גם בשעת הלילה המאוחרת שבה התרחשה ההתפרעות.

... המתפרעים חסמו את הכבישים באמצעות עגלות אשפה שחלקן הובערו, בדקו את זהותם של נהגי כלי הרכב שביקשו לעבור, ואם התברר כי מדובר בבן מיעוטים או בשוטר, רגמו את הרכב באבנים... חלק מהשוטרים שפעלו באירוע, ובכלל זה גם [המשיב] עצמו, נפגעו מיידוי האבנים לעברם.

אם בכך לא די... כוח המשטרה שפעל באירוע לא קיבל היתר להשתמש באיזה מהאמצעים לפיזור הפגנות העומדים לרשות המשטרה, והדרך היחידה שבה הותר לכוח לפעול היא באמצעות תפיסה ומעצר של המתפרעים. עובדה זו הובילה לכך שחלק מהשוטרים סירבו לחתור למגע עם המתפרעים ו[המשיב] נאלץ לעזוב את עמדת הפיקוד ולנסות לעצור את המתפרעים בעצמו."

5. על קביעות עובדתיות אלה לא הייתה למעשה כל מחלוקת, והן אינן עומדות לבחינה מחדש.

6. בבסיס כתב האישום נגד המשיב עצמו עמדו מעשיו הנקודתיים כלפי שני קטינים שנכחו באותה התפרעות: מרדף שביצע אחרי אחד מהם שבמהלכו הדף אותו לעבר קיר, וכאשר האחרון נפל ארצה מתן סטירה לפניו; וכן הדיפת קטין נוסף, שלאחר מעצרו של הקטין הראשון צילם את הובלתו על ידי שוטר, תוך הפלתו ארצה.

7. בית משפט קמא קבע, כי למשיב היה "יסוד סביר, ואף מבוסס" לחשוד בכך שהקטין הראשון השליך אבן לעבר השוטרים, ומשזה נמלט ממילא הייתה הצדקה לרדוף אחריו ולנסות לעצרו לרבות תוך שימוש בכוח סביר, כאשר ההדיפה אל הקיר הייתה כוח סביר כזה (פיסקאות 22-24 לפסק הדין). כמו כן קבע בית המשפט קמא, כי "היחלצותו [של המשיב] לעזרת [השוטר שהוביל את הקטין לאחר מעצרו] בניסיון לפנות את האנשים שסבבו אותו והפריעו להובלת העצור... גם היא פעולה סבירה במסגרת סמכותו". זאת, נוכח סברתו ה"הגיונית וסבירה" של המשיב, כי הקטין הנוסף הפריע להוביל את העצור (פיסקאות 26-31). ממילא נקבע כי יש לזכות את המשיב מאשמה בגין מעשים אלה.

קביעות עובדתיות אלה מבוססות בחומר הראיות ובהתרשמותו הישירה של בית משפט קמא, ולא נמצא מקום כלשהו להתערב בהן. לא בכדי המערערת עצמה נמנעה מלמקד בהן את ערעורה.

8. אשר לסטירה שנתן המשיב לקטין הראשון, הרי שנקבע כי "אין חולק עוד, כי סטירה זו היא הפעלת כוח שלא כדין, אשר גם [המשיב] בעדותו הצטער עליה ואמר כי לא הייתה צריכה להתרחש", ולפיכך "מדובר בשימוש בכוח שלא כדין מצד [המשיב], המבסס[ ] עבירת תקיפה" (פיסקה 25 לפסק הדין). עם זאת, גם בעניין זה מצא בית משפט קמא לציין, כי:

"בסרטונים ניתן לראות כי לאחר ש[הקטין] נפל על הרצפה הוא לא השתולל עם גופו, אך ניתן לשמוע כי הוא צעק, כפי שתיאר [המשיב], וכן ניתן לשמוע התגברות פתאומית ומשמעותית של קולות המתפרעים שהגיבו להפלתו של [הקטין], באופן שיש בו כדי להסביר מדוע [המשיב] חש באותו הרגע כי הפרת הסדר מתגברת, וחש כי נדרש לעשות שימוש בכוח כדי להשלים את המעצר" (שם).

9. חרף האמור, נמנע בית משפט קמא מלהרשיע את המשיב בעבירת התקיפה, וזאת משום שהעמדתו לדין בגין מעשה הסטירה נגדה לטעמו את הנחיית פרקליט המדינה מספר 1.16 - מדיניות פתיחה בחקירה והעמדה לדין בתיקי שימוש בכוח שלא כדין על ידי שוטרים.

בית המשפט קבע, כי "בחינת המדדים המנחים את ההחלטה, כפי שנקבעו בסעיפים 31-32 להנחיה 1.16 הנ"ל, מובילה למסקנה כי במקרה דנן ראוי היה להסתפק באמצעים משמעותיים בלבד". בהקשר זה ציין בית משפט קמא כי "מדובר במעשה שנעשה במהלך אירוע רב משתתפים שטרם הסתיים"; "בהתרחשות שארכה מתחילתה עד סופה שניות בודדות ושבמהלכה קמה [למשיב] סמכות לשימוש בכוח לצורך ביצוע משימת המעצר"; וכי ההתרחשות



עצמה "טרם הסתיימה, שכן עם מעצרו של [הקטין] קמה צעקה גדולה וקריאות מתלהמות של ההמון שסבב אותו". כמו כן, נקבע כי "השימוש בכוח לא היה חמור אלא היה מעשה רגעי וחד פעמי שלא גרם... לחבלה" ואף לא לכאב חריג (פיסקה 35 לפסק הדין). עוד התייחס בית המשפט לכך שהמשיב סטר למי שהוא קטין - נסיבה שעל פי ההנחיה מהווה שיקול לטובת נקיטת הליך פלילי - אולם קבע כי המשיב לא היה מודע לכך שמדובר בקטין, וכי בשים לב לחלקם של קטינים בהתפרעות "ובכלל זה השלכת אבנים ודחיפת עגלות אשפה בוערות לעבר הכביש", אין ליתן לשיקול זה משקל המצדיק נקיטת הליך פלילי ולא משמעת (פיסקאות 36-37 לפסק הדין). נוסף על כך התייחס בית משפט קמא לכך שאחד השיקולים שהצדיקו לדברי המשיבה להעמיד את המשיב לדין פלילי, שהוא המעשים שביצע כלפי שני קטינים, התברר כשגוי, בשים לב לקביעותיו כי לא נפל פגם ביתר מעשי המשיב שפורטו בכתב האישום.

10. בית המשפט התייחס לעניינים נוספים, ובסיכומו של דבר קבע כך:

"מעשיו של [המשיב] באירוע בוצעו בתנאי שטח קשים, כשהוא נאלץ להתמודד עם מאות מפגינים שהשליכו אבנים וחפצים וקראו קריאות נאצה קשות, לאחר עבודה מאומצת של שעות ארוכות ולאחר ששוטרים שהיו תחת פיקודו סירבו לחתור למגע עם המתפרעים והוא נאלץ לעשות זאת בעצמו. אין כל ספק כי מעשה האלימות שהפנה כלפי [הקטין] לאחר מעצרו היה אסור ומיותר, ואולם מכלול הנסיבות במקרה דנן חייבו את מיצוי הדין עם [המשיב] במישור המשמעותי, וזאת בהתאם לתבחינים שנקבעו בהנחיה המקצועית המתווה את מדיניות האכיפה בעניין זה" (פיסקה 41 לפסק הדין).

11. נוכח מסקנה זו, קבע בית משפט קמא כי קמה למשיב הגנה מן הצדק, המחייבת את ביטול האישום שנותר בעניין הסטירה, וכי "בשים לב לשלב הדינוי של הביטול, משמעות הדברים היא זיכויו של [המשיב]" (פיסקה 42 לפסק הדין).

12. חברי השופט מ' בר-עם סבור, כי הנמקתו של בית משפט קמא בעניין זה אינה יכולה לעמוד, ולפיכך יש להתערב בפסק הדין ולהרשיע את המשיב. על רקע נסיבותיו החריגות והייחודיות של המקרה שכאן, דעתי שונה.

13. אין לכחד כי קיים קושי מסוים בהנמקת בית משפט קמא.

ראשית, לטעמנו קיים כשל כרונולוגי במסקנה כי עובדות שהתבררו בדיעבד, לאחר ניהול ההליך (ובכלל זה העובדה שלא נפל פגם ביתר מעשי המשיב כלפי הקטינים), משליכות על אופן בחינת שיקול דעתם של גורמי האכיפה מלכתחילה. שיקול דעת זה אמור להיבחן בהתאם למצב שעמד לפני אותם גורמים בעת הפעלתו, ובכלל זה החשד שעמד לפניהם באותו שלב, כי המשיב עשה שימוש בכוח שלא כדין כלפי שני הקטינים. בית משפט קמא לא התייחס לשאלה האם לטעמו כבר מראש לא היה מקום להעמדה לדין חרף החשד הנזכר (פיסקה 39 לפסק הדין).

שנית, מסקנה זו משקפת התערבות בשיקול דעת גורמי האכיפה בהחלטה בדבר העמדה לדין פלילי או משמעותי, מקום שבו הנחיית פרקליט המדינה הנזכרת אינה נוקטת בקריטריונים ברורים וחדים בשאלת הבחירה בין מסלולים אלה. אדרבה, ההנחיה מתייחסת אל "מכלול נסיבות העניין של כל מקרה ומקרה", תוך פירוט "קווים מנחים" בלבד בנוגע לבחירה באיזה מן המסלולים לילך (ראו סעיף 31-33 להנחיה). ספק אם התערבות מעין זו עומדת בכללי ההתערבות הקבועים בהלכה הפסוקה, שעליהם עמד חברי בפסק דינו; וספק אם היא רצויה משיקולים מערכתיים (גם אם היא עשויה להשיג תוצאה צודקת יותר במקרה קונקרטי). בכך שונה המקרה שכאן מזה שעליו נסמך בית משפט קמא בע"פ 1094/17 מסיקה נ' מדינת ישראל, פיסקאות 43-51 לפסק דינה של כבוד השופטת י' וילנר

(30.1.2018), שכן שם מדובר היה בסטייה מהנחיה אחרת של פרקליט המדינה, שקבעה קריטריונים נוקשים יותר להעמדה לדין בעבירה מסוימת, אשר לא התקיימו באותו מקרה.

14. אלא שכידוע, סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 קובע כי "בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין" (לתכליתו ההיסטורית של הסעיף ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ג-1963, הצעות חוק חוברת 548 עמוד 201). כבר נקבע, כי בעניין זה נדרשת "התחשבות במכלול הנסיבות של ההפרה והתמקדות בשאלה מהו העוול שנגרם (לפרט הנוגע בדבר, או לציבור בכללותו) כתוצאה ממנה" (רע"פ 523/13 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (25.8.2015), ההדגשה הוספה). בית המשפט הכיר אפוא בכך שניתן לדחות ערעור לא רק מקום שבו הפגם פגע בפרט הנוגע בדבר (אך לא עיוות את דינו), אלא גם מקום שבו הפגם פגע בציבור, אך לא הביא ל"עיוות דין".

15. במקרה שכאן, לטעמי קשה לחלוק על כך שהממצאים העובדתיים הברורים שנקבעו על ידי בית משפט קמא בדיעבד, כפי שפורטו לעיל, לימדו כי עניינו של המשיב מתאים להתברר בדין משמעת, וזאת על פי הנחיית פרקליט המדינה עצמה. זאת ועוד: על רקע מכלול נסיבות העניין, כפי שפורטו פרט היטב בפסק דינו של בית משפט קמא, וכפי שצוינו על ידי חברי בפסקה 31 לחוות דעתו, ספק רב אם המשך ההליך בעניינו של המשיב יביא לתוצאה צודקת, הן מבחינתו והן מבחינת האינטרס הציבורי. כך בכלל, וכך בפרט על רקע העובדה שהמשיב מצוי בתום הליך פלילי מתמשך, כאשר הוא זוכה זיכוי מלא משניים משלושת המעשים שעמדו בבסיסו. נתנו דעתנו גם לדברי המשיב שלפיהם לאחר הכרעת הדין המזכה בעניינו, הוא יצר ביוזמתו קשר עם הקטין ועם בני משפחתו ונפגש עמם "על מנת להתבטא בפניהם בצורה ישירה ובלתי אמצעית" (סעיפים 95-96 לתשובה לערעור).

16. יש אמנם לגנות את התנהלותו הנקודתית של המשיב, והוא עצמו אכן הצטער עליה, כאמור. עם זאת, בשים לב למכלול הנסיבות ולתנאים הקשים שבהם היה שרוי המשיב, הרי שתוצאה של המשך ההליך הפלילי היא בעלת השלכות שאינן מידתיות לגביו. יש גם ליתן משקל של ממש להשלכות שעשויות להיות לכך על המוטיבציה של אנשי כוחות הביטחון לפעול בתנאים מורכבים ואף "לחתור למגע", בשל החשש מטעות שתחרוץ את גורלם. בעניין זה נפנה לקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא שהובאו לעיל, שלפיהן על רקע המגבלות שהוטלו על כוחות הביטחון בטיפול בהתפרעות מושא כתב האישום "חלק מהשוטרים סירבו לחתור למגע עם המתפרעים ו[המשיב] נאלץ לעזוב את עמדת הפיקוד ולנסות לעצור את המתפרעים בעצמו" (פסקה 21 לפסק הדין). לא בכדי במסגרת הדין בערעור הוצע לצדדים לשקול את האפשרות להגיע להסכמה בדבר סיום ההליך ללא הרשעה (ראו את התייחסות המשיב להצעה זו בעמוד 2-3 לפרוטוקול).

17. מטעמים אלה, הרי שבנסיבותיו הקונקרטיות והייחודיות של המקרה שכאן סבורני כי "העוול שנגרם לציבור בכללותו", המשתקף בפגם שנפל בהנמקה, אינו מגיע לכדי עיוות דין ואינו מצדיק להתערב בתוצאה שאליה הגיע בית משפט קמא, שלפיה ההליך בעניינו של המשיב לא יוסיף להתנהל ולא יסתיים בהרשעתו.

18. עם זאת, יוער כי דווקא נוכח ההנמקה, הרי שלא היה מקום לזכות את המשיב ביחס לסטירה, אלא לבטל את האישום נגדו בעניין זה (ראו: רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקה 15 ובאסמכתאות שם (31.10.2015)); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק, 429 (מהדורה שלישית, 2021)). תוצאה זו ראויה יותר גם במישור המהותי, נוכח הפגם שנפל במעשה זה של המשיב.

19. לפיכך, סבורני כי יש להורות על דחיית הערעור, בכפוף לתיקון שבפסקה 18 לעיל. יובהר, כי בראי ממצאי

העובדתיים של בית משפט קמא, זיכוי של המשיב בגין יתר המעשים שיוחסו לו יותר על כנו.

**אלעזר נחלון,  
שופט**

**השופטת ח. לומפ:**

מצטרפת לחוות דעתו של חברי, השופט נחלון, שיש להורות על ביטול כתב-האישום.

**חנה מרים לומפ,  
שופטת**

**אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות-דעתו של השופט נחלון, אליו הצטרפה השופטת לומפ, לדחות את הערעור ולהורות על ביטול כתב-האישום.**

ניתן היום, י"ז חשוון תשפ"ג, 11 נובמבר 2022, בהעדר הצדדים.

**אלעזר נחלון,  
שופט**

**חנה מרים לומפ,  
שופטת**

**משה בר-עם,  
שופט**