



ת"פ 25518/10/18 - מדינת ישראל, פרקליטות מחוז מרכז נגד שמעון חיון

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 25518-10-18 מדינת ישראל נ' חיון

בפני כבוד השופט, סגן הנשיאה מנחם מזרחי
המאשימה: מדינת ישראל פרקליטות מחוז מרכז באמצעות ב"כ עוה"ד
רועי רייס
נגד
הנאשם: שמעון חיון באמצעות ב"כ עוה"ד ציון סהראי

החלטה

בקשה לביטול כתב-האישום נוכח טענה לקיומה של הגנה מן הצדק לפי סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב - 1982.

א. כתב-האישום:

הנאשם מואשם בעבירת היזק בזדון לרכוש, לפי סעיף 452 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

בהתאם לעובדות כתב-האישום (לצורך טענה זו הסכים הנאשם כי הן נכונות - סעיף 4 לתשובתו) ביום 27.4.17, הגיע הנאשם לביתו של המתלון וריסס באמצעות תרסיס על שער הכניסה לבית באותיות גדולות ובולטות ת הכתובת: "חצרוני הזבל".

כתב-האישום תאר את הרקע למעשה:

המתלון, "פובליציסט (כותב דעות) אשר מוכר וידוע בחברה הישראלית בשל דעותיו השנויות במחלוקת".

ביום שקדם למועד ביצוע העבירה, לקראת יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, שהיה עתיד להתקיים ביום 1.5.17, פרסם המתלון בחשבון ה"פייסבוק" שלו "פרסום פרובוקטיבי ובוטה שעניינו תמיכה בהשתמטות מצה"ל".

הפרסום מתואר בכתב-האישום כ"לעג לחללי צה"ל אשר במקום להשתמט משירות צבאי מצאו את מותם".



לצד הפרסום הייתה תמונתו של המתלון כשהוא מצחקק על רקע קברי חללים בהר הרצל בירושלים.

ב. טענות הצדדים:

הנאשם הציג טענה מקדמית, שלפיה יש לבטל את כתב-האישום בשל כך שהגשתו או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

טענתו של הנאשם היא כי המאשימה אכפה את החוק באופן בררני, בכך שהיא לא מיצתה את ההליך החקירתי, הפלילי, עם המתלון, נוכח מעשהו המתואר בעובדות, שלפי טענת הנאשם, מקים יסודות של עבירות פליליות.

במהלך הדיון המקדמי, הגיש הנאשם כתבה מאתר www.srugim.co.il מיום 26.4.17 (במ/1), המצויה בתיק החקירה, ובה נראית תמונתו של המתלון על רקע קברי חללי צה"ל, מחייך חיוך רחב ומסמן באצבעותיו את האות V.

עוד נכתב בכתבה:

"לקראת יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ונפגעי פעולות האיבה שיחול ביום ראשון בערב, העלה חצרוני פוסט לעמוד הפייסבוק שלו בצירוף תמונה בה הוא נראה צוחק בבית העלמין הצבאי בהר הרצל. בצירוף לתמונה כתב חצרוני: "לכבוד יום הזיכרון המתקרב קפצתי להר הרצל לצלם סרטונים משעשעים על חללי צה"ל. בשנים קודמות צחקתי בעיקר על אהבלים שהתנדבו לצנחנים במקום ללכת לקב"ן להוריד פרופיל ל- 21 וגמרו בתוך ארון, כמו המתאבד המפורסם רועי קליין ז"ל שבמותו ציווה לאשתו את הרב לוינשטיין. השנה אתייחס גם לג'ובניקים, שהאמינו שאם הם ישרתו באפסנאות ולא בקרבי הם יישארו בחיים - אבל טעו... תוכלו לראות את הסרטונים כאן בימים הקרובים - בלי דמי מנוי ובלי פרסומות. יצא מצחיק אש, אז יש למה לחכות".

טענת הנאשם היא כי בפרסום הנ"ל, המתלון עבר עבירה לפי סעיף 172 לחוק העונשין התשל"ז - 1977, שזה לשונו:

"172. הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללווית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו - מאסר שלוש שנים".

כמו כן, טען הנאשם כי המתלון עבר עבירת המרדה, לפי סעיפים 133 + 136(3) לחוק הנ"ל.

המאשימה בתגובתה דחתה את טענות הנאשם.

לטענתה, טענת אכיפה בררנית צריכה להיטען במקרים בהם מדובר בשני אנשים שחשודים באותה עבירה ורק נגד אחד



מהם הוגש כתב-אישום בלא אבחנה רלוונטית ואין זה המקרה.

עוד צוין, כי נגד המתלונן הוגשו תלונות הן במשטרה והן תלונות שנשלחו אל היועץ המשפטי לממשלה, אלו נבחנו בצורה מקצועית ויסודית והוחלט ש"אין מקום לפתוח בחקירה נגד המתלונן בגין פרסומו זה".

בהסכמת הצדדים קיבלתי לעיוני את תיק החקירה.

ג. דין:

דוקטרינת ההגנה מן הצדק התפתחה במשפט הישראלי לאורך שנים רבות.

ההגנה מן הצדק הינה הגנה בעלת רקמה פתוחה, המהווה כלי משפטי שבאמצעותו יכול בית-המשפט לעכב הליך פלילי המתנהל בפניו, לבטלו או אף להביא לזיכוי הנאשם והכל אם נתקיימו טעמים שונים הקשורים להליך הפלילי ואשר המשותף לכולם הוא קיומו של פגם קשה, אשר נפל בהליך הפלילי ואשר הופך אותו להליך בלתי ראוי ואת הרשעת הנאשם או את המשך ההליך הפלילי נגדו לבלתי הוגנים ובלתי צודקים.

במשפט הישראלי, הוכרה ההגנה תחילה באמרות אגב (ע"פ 244/73 רבר נגד מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 798: ע"פ 450/77 בעל טכסא נגד מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 152).

לאחר מכן, בע"פ 2910/94 ארנסט יפת נגד מדינת ישראל, תק-על 96 (1) 199 נקבע המבחן הבא:

"קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק"...נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול דעת לעכב הליכים כשאין באפשרותו להעניק לנאשם משפטו הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו. המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא **מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו, התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות הנאשם...המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נכנעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו**. ברי כי טענה כזו תעלה במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי למקרים בהם התנהגות הרשות הייתה כה מקוממת עד כי אי אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה".

בהמשך נקבע בבג"צ 1563/96 עו"ד מרדכי כץ נגד היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 97 (2) 700, תוך הכרה ברורה בקיומה של הגנה מן הצדק:



"לנוכח דברים ברורים אלה, שוב אין מקום לוויכוח בדבר עצם קליטתה של הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" במשפט הפלילי הישראלי, מכוחה של ההלכה הפסוקה ושוב אין מחלוקת, כי בנסיבות חריגות, בהן מגעה התנהגות הרשות כדי **"התנהגות בלתי נסבלת"** במשמעות האמורה, רשאי בית המשפט, מכוח סמכותו הטבועה, לבטל את כתב האישום".

וכן:

"קביעת קיומה של "מניעות" כאמור בפניה לבג"צ - בשלב שלפני הגשת כתב אישום - מחייבת קיומה של תשתית עובדתית ברורה וחד משמעית, שאינה מצריכה הבאת ראיות והערכתן, ואשר **ממנה עולה כפורחת אותה מידה, קיצונית של "שערורייתיות" המצדיקה עשיית שימוש בסמכותו האמורה**. רק בנסיבות כאלה, יש מקום לבחינת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפני הגשת כתב האישום, כאשר ההוא דוחה בקשה להימנע מהגשתו בשל התנהגות "שערורייתית" של הרשות: כאשר בדרך כלל, תידון טענה של "הגנה-מן-הצדק" כטענת "הגנה" - להבדיל מבסיס ל"מניעות" - במהלכו של הדיון הפלילי בפני הערכאה הדיונית".

בהמשך, הוצג מבחן גמיש ורחב יותר בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נגד בורוביץ, פ"ד נט (6) 776, שבמסגרתו בוחנים קיומה של **"הפגיעה הממשית בתחושת הצדק וההגינות"**, תוך ביקורת מעשי המאשימה, אך תוך איזון בין מגוון ערכים אחרים.

נפסק, כי המבחן הוא תלת-שלבי: תחילה בוחנים את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם, אחר, את השאלה האם על אף הפגמים הללו, יש בהמשך ההליך הפלילי משום פגיעה בתחושת הצדק וההגינות ובשלב השלישי נערך איזון בין השיקולים העומדים ביסוד ההליך הפלילי לבין הפגמים שנפלו בהליך, נוכח מגוון רחב של שיקולים, ומתקבלת החלטה.

במסגרת הגנה זו, מבחינים במספר תתי עילות הבאות תחת כנפיה, כגון: השתק פלילי, הפרת הבטחה שלטונית, שיהוי ועינוי דין בלתי סבירים, אכיפה בררנית ופגמי צדק רבים נוספים (ראו: "הגנה מן הצדק" ישגב נקדימון: "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", בעז אוקון: "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" זאב סגל).

ברע"פ 1611/16 מדינת ישראל נגד יוסי יוסף ורדי (31.10.18) נקבע כי עקרון ההגנה מן הצדק חל גם על מקרים בהם האפליה היא פרי מעשה רשלנות או טעות בשיקול דעת מצד הרשות, כלומר מקרים של אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון או שרירות מכוונת ומתוך שיקולים זרים.

בית-המשפט קבע כי בטענת "אכיפה בררנית" אין הכרח לקיומו של רכיב רצוני-מכוון, או מניע פסול, לפעולתה של הרשות, וישנם מקרים שבהם הרשות מתוך שגיאה מפלה בין אנשים, אף שלא במכוון.

נקבע כי הפעלת העיקרון במקרים מעין אלו תעשה רק במקרים חריגים בהם האפליה היא משמעותית, הפוגעת בעקרונות צדק והגינות משפטית.



נקבע כי ניתן לראות במחדלי הרשות או במעשיה הרשלניים, ורק המהותיים שבהם, משום "פגם" שיש בו כדי לפתוח את שערי המבחן התלת-שלבי שנקבע בפרשת בורוביץ': "גם במצבים אלה יש לחלק במידת האחריות שיש לייחס לרשויות - בין מקרים בהם אי העמדה לדין נבעה מרשלנותן של הרשויות לבין מקרים בהם סדרי עדיפויות, שיקולי תקציב, או כוח אדם הם שהביאו לתוצאה המפלה, כמו גם מקרים בהם מאמציהן הכנים של הרשויות להביא לדין את הגורמים המעורבים לא נשאו פרי" (פסקה 65).

כלומר, אין זה מן ההכרח כי הפליה בהעמדה לדין תעשה כתולדה של כוונת מכוון, אלא לעיתים מחדלי הרשות, אף בתום לב, מביאים לכך שרק חלק מן המעורבים הועמדו לדין, ללא סיבה רלוונטית. לכן נקבע כי גם במצבים אלה, החריגים שבהם, יש לקבל טענה של "הגנה מן הצדק" ולהורות על סעד מתאים.

במקרו, איני מקבל את טענתה הכללית של המאשימה, שלפיה אכיפה בררנית או טענת אפליה כללית, הפוגעת בשוויון תתרחש רק כאשר אין ממצים את הדין בין שני שווים, ביחס לאותו מקרה עברייני.

אכן, בדרך כלל, מלבנת טענה של אכיפה בררנית מצב דברים שבמסגרתו התקבלו החלטות שונות ביחס לאנשים שווים, שביצעו את אותו מעשה, בלא יכולת לאבחנה רלוונטית בין ההחלטות השונות.

ואולם, בהחלט ניתן לקבל טענה של אכיפה בררנית גם כאשר במסגרת אותה חקירה צפים ועולים חשדות שונים נגד אנשים שונים והחקירה המשטרתית - אותה חקירה - נמנעת למצות את הדין עם כל המעורבים מנימוקים בלתי רלוונטיים או שאינם ניתנים להסבר כדין.

בבג"צ 6396/96 סימונה זקין נגד ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג (3) 289 נקבע:

"...אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי 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. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון, הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר".

בבש"פ 7148/12 עז אלדין כנאנה נגד מדינת ישראל, תק-על 2012(4), 553 נקבע בהקשר של דיני המעצרים:



"הקושי הולך ומתחדד כאשר עומדים על מרכיביה של טענת האכיפה הבררנית. על מנת להצליח בטענה של אכיפה בררנית, אין די להראות כי קיימים מקרים דומים אחרים שבהם לא הועמדו חשודים לדין. אכיפה היא בררנית, להבדיל מאכיפה סלקטיבית או חלקית, רק אם ההבחנה היא שרירותית וחסרת הצדקה...העלאת טענה של אכיפה בררנית, מחייבת את הנאשם להוכיח כי ההבחנה שערכה התביעה בינו לבין נאשמים או חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השוויון הינה שרירותית, מפלה או שביסודה שיקולים זרים. לא כל אכיפה חלקית הינה אכיפה בררנית, ויש בידי התביעה מתחם רב של שיקול דעת בקביעת סדרי העדיפות באכיפת הדין הפלילי". וכן, ראו בע"פ 8551/11 סלכגי נגד מדינת ישראל (12.8.12) (פסקה 14 והלאה).

אכן, בדרך כלל נדונה הטענה, כאשר מבקשים להשוות את האכיפה הפלילית, בין שניים או יותר ביחס לאותו אירוע עברייני.

ואולם, כאשר נקודת הכובד עברה, כך נראה, לפי ההלכה שנקבעה בעניין ורדי הנ"ל מהמניעים והכוונות של המאשימה בהתנהלותה, אל התוצאה הבלתי צודקת והמפלה, הרי שלטעמי המוקד עובר גם בעניין האכיפה הבררנית, או הטענה הכללית של פגיעה בשוויון אל התוצאה שהתקבלה בסופו של יום, אף אם מדובר במעשים שונים ונפרדים.

אזכיר, כי המאשימה היא שכרכה את שני המעשים - זה המיוחס לנאשם וזה המיוחס למתלונן - באותו כתב-אישום ובדרך זה הציבה את שני האירועים זה לנגד זה, כתמונת מראה, להשוואה ולבחינה ביקורתית במסגרת ההגנה הנטענת.

מעבר לכך, סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע מבחן כללי שאינו מגביל את עצמו בהכרח למבחן שאותו הציגה המאשימה, בלשוננו: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

וראו בעניין זה הפרשנות המרחיבה לסעיף זה בפסקה 88 (ב) לרע"פ 1611/16 מדינת ישראל נגד ורדי (31.10.18).

ואולם במקרנו, באתי אל המסקנה, כי לא התקיים המבחן שנקבע בפסיקה להתגבשותה של ההגנה מן הצדק מן הנימוקים הבאים:

ראשית, ראיתי כי המאשימה לא התעלמה מפניות שקיבלה לפתיחה בחקירה נגד המתלונן בעקבות מעשיו, אלא הפעילה את שיקול דעתה.

ממכתבים ששלח עו"ד שלומי אברמזון מפרקליטות המדינה - תפקידים מיוחדים, עולה כי העניין נבדק ונמצא כי על **דעת פרקליט המדינה** "אין מקום, לפחות בעת הזו, להורות על פתיחה בחקירה פלילית" והובאו שורת הנמקות לביסוס המסקנה, שאין לדחות אל מחוץ למתחם הסבירות.



בית-המשפט, במסגרת טענה להגנה מן הצדק, לא ישמש כ"תובע על" הבוחן את הקרביים של שיקול הדעת של הפרקליטות בהחלטתה ויש להחזיק את רשויות האכיפה בחזקת תקינות המעשה המנהלי.

שנית, אני מצטרף לדברים שנרשמו במכתבים הנ"ל, שלפיהם המתלונן התנהג לכאורה באופן "מקומם ומעורר שאט נפש..." וכי התנהגותו "ראויה לכל גינוי", אולם קיים מרחק בין התנהגות בזויה הראויה לכל גינוי ובין המשפט הפלילי, הדורש סיכוי סביר להרשעה, ביחס לעבירה שכל יסודותיה מתגבשים, כנדרש במשפט הפלילי.

שלישית, המאשימה בתגובתה הצהירה כי בבוא העת היא תציג עמדה מקלה ביחס לנאשם המביאה בחשבון את הפרסום הפרובוקטיבי והבוטה של המתלונן אשר הוביל אל המעשה.

ואכן בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נגד פולדי פרץ (10.9.13) נקבע: "בחלק מן המקרים תהא המסקנה כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על ידי טענת האכיפה הבררנית. להשקפתי, במצב כזה, אין להורות על ביטול כתב האישום. הסעד אותו ניתן לשיקול להושיט לנאשם - אם בכלל - יתבטא בהקלה מסוימת בעונש".

רביעית, במהלך הדיון שמעתי מפי נציג המאשימה, כי בטרם הוגש כתב-האישום ננקט מהלך למיצוי הדין עם הנאשם במישור חוץ פלילי (הסדר מותנה), המביא לידי ביטוי את הרקע למעשה, אך הנאשם דחה זאת.

מהלך זה מלמד, כי המאשימה פעלה בזהירות הראויה, תוך הפעלת שיקול דעת מקצועי ופעמיה לא אצו אל כתב-האישום.

חמישית, בבקשות שכאלה נדרש בית-המשפט לפעול תוך ריסון ואיפוק שיפוטיים, ואין לחוש ולתרגם את תחושות הלב השליליות כלפי התנהגותו של המתלונן למשמעות משפטית מעשית.

מדובר בהחלטה על פתיחה בחקירה או על הגשת כתב-אישום, שהן החלטות המצויות בליבת שיקול הדעת של המאשימה והתערבות בשיקול דעתה ראוי שיעשה במשורה, בזהירות ועל דרך הצמצום.

שישית, הנאשם מיקד את טענתו במישור אחד - קיומה של הגנה מן הצדק - ואני סבור שהמבחנים שנקבעו לאותה הגנה, אינם מתגבשים במקרה זה.

אמנם קיימות גישות שלפיהן ניתן לתקוף פגמים במישור הפלילי גם במסגרת הביקורת המנהלית/השיפוטית על שיקול הדעת של רשויות האכיפה, המעניקה לבית-המשפט מגוון רחב יותר של כלי ביקורת מעבר להגנה מן הצדק.



ויובהר כי קיימות גם דעות המסתייגות מכך. ראו בעניין זה הדיונים בבג"צ 9131/05 ניר עם נגד מדינת ישראל - 6.2.06: ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נגד פרץ (10.9.13): עניין ורדי הנ"ל, פסקה 91, בדבר הזהירות הנדרשת בעניין זה, וכן בפסקה 94 והקביעה בפסקה 98: "סבורני כי אין מקום להכיר בתחולה מקבילה של שתי אמות מידה לעריכת ביקורת שיפוטית על מעשה האכיפה וההעמדה לדין הפלילי".

מכל האמור לעיל, אני דוחה את הבקשה לביטול כתב-האישום מפאת קיומה של הגנה מן הצדק.

הנאשם ישיב לאשמה בדיון הקרוב.

ניתנה היום, ד' אדר א' תשע"ט, 09 פברואר 2019, בהעדר
הצדדים.