

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  
מראשינה  
נגד  
נאשימים  
מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז ירושלים  
שי שדה ע"י ב"כ עזה"ד ברק כהן

החלטה

בפני מונחת בקשה הנאשם למחיקת כתוב האישום שהוגש כנגדו בשל טענת הגנה מן הצדק בגין אכיפה ברורנית. כנגד הנאשם הוגש כתוב 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 לפકודת 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 למען ראש הממשלה ברוח' 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 הצעדים המשטרת הציבה מחסומי ברזל ברוח' הלל ובבית הקברות המוסלמי הסמוך לו.

לטענת המאשימה, הנאשם צעד בתהלוכה כשהוא מתעלם מהוראות השוטרים ומהמחסומים. כמו כן, הנאשם הנחה וסייע למפגנים נוספים לעקוף מחסומים שנתקרו בדרכם ולטפס מעליהם. באזרז בית הקברות המוסלמי, כשהמחסומים חסמו את המעבר בו צעד, הוא סילק את המchosומים הצדקה, על מנת לאפשר למפגנים המשיך בתהלוכה לעבר כיכר ציון. הנאשם גם קרא למפגנים המשיך לצעד לעבר כיכר ציון וכרכז באמצעות מגפון קריאות שונות.

בஹשי עבר הנאשם סמוֹר לשוטר פאדי חלבַי (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 ביצוע העבירה הבאה:

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

לטענת הנאשם, במצאי שבת 19.12.2020 בשעה 19:30 התקיימה תהלוכת מלחאה בלתי חוקית נגד ראש הממשלה שלא קיבל אישור מוקדם מהמשטרה. התהלוכה יצאה מגשר המיתרים בכניסה לעיר לכיוון כיכר צרפת הסמוך לבית ראש הממשלה.

לטענה, הנאשם הוביל את התהלוכת לפחות במקטע שבדרך יצחק רבין. הנאשם הלך בקדמת התהלוכת כשפניו מופנים אל הצועדים. הוא סימן בידו הוראות שונות לעבר הצועדים, החזיק בידו מגפון וקרא קריאות הקשורות למלחאה.

במהלך הצעידה ניגש לנואם השוטר ליאור בן שלום (להלן: "השוטר ליאור"), וביקש ממנו לעזרו והזair אותו שהוא משתתף בתהלוכת בלתי חוקית. הנאשם השיב לו "מה הקשר אני לא קשור לזה אח, אני משתתף בצעדה".

המאשימה מוסיפה שגם ביום 9.1.2021, שבועיים לאחר מכן, התקיימה תהלוכת מלחאה 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 שהשתתף באופן פעיל בתהלוכת זו גם כן, זאת, למרות האזהרה המוקדמת של השוטר ליאור אף היה בין מובילייה. לטענה, הוא הוביל את התהלוכת לפחות בקטע שבדרך שmagshar המיתרים דרך רחוב יפו ושלמה המלך ועד רחובות מאפו וקרן היסוד. הנאשם הלך בקדמת התהלוכת כשפניו מופנים אל הצועדים וקרא לעברם קריאות וסיסמות שונות. כן הוראה הנאשם למשתתפים הוראות שונות לפי הצורך: לעזרו, להתקדם, להתיישר, לעמוד מאחוריו הכרזה הגדולה.

לפי האישום השלישי מואשם הנאשם ביצוע העבירה הבאה:

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

לטענת הנאשם, במצאי שבת 30.1.2021, לאחר שהנאום נחקר בגין האירועים הקודמים בהם הוא מואשם בכתב אישום זה, ואף הוגש בಗינם כתב אישום ביום 26.1.2021, השתתף הנאשם בתהלוכת מלחאה בלתי חוקית נוספת שיצאה מגשר המיתרים ובערבה, בין היתר ברחובות יצחק רבין, חרל"פ, הפלמ"ח, הפורצים והגעה לבסוף לכיכר צרפת, בסמוך למשרץ ראש הממשלה.

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

גם כאן, לטענת המאשינה, הנאשם הוביל את התהلوכה לאורך רוחן ופחות עד רחוב הפורצים. לפרקם, הוא אף הלה בקדמת התהלוכה כשפנו מופנות אל הצדדים 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 ההגנה מן הצד בגין אכיפה בררנית.

לטענת הנאשם, לא כל תהלוכה צריכה את אישור המשטרה, הסעיף שצין בכתב האישום, סעיף 84 לפיקודת המשטרה, מתייחס למקרים בהם נדרש אישור המשטרה. אולם בפועל, במקרה דנן, המשטרה לא התייחסה אל התהلوקות שנערכו כדורות אישור. כתב האישום זה הוא הפעם הראשונה שהמשטרה מתייחסת לתהلوקות אלו כדורות אישור. הנאשם מוסיף שגם לא ניתן הוראת התפזרות בקשר לתהلوקות אלה אף שמנן מאות מפגינים כל אחת. בהתאם לסעיף 84 לפיקודת המשטרה, דרישים האישורים רק כשמתקיימים שלושה תנאים. במקרה דנן, המדינה הכרה, דה פאקטו, בכך שלא היו דרישים אישורים בזמןאמת, שכן בעת קיום התהלוכה היא לא טענה כלפי המפגינים שאון אישור. רק עתה, לאחר שנתיים, באה המאשינה וטעונת שלא היה אישור.

ה הנאשם מדגיש שעסוקין במלחמות כליליות שבהן היוי, לכל הפלחות, מאות משתתפים, ותויה מודיעו דווקא התנהגותו מצדיקה הגשת כתב אישום כנגדו ביחס לכל שאר המשתתפים. הוא מציין בעניין זה שהמאשינה מצינית בכתב האישום אך ורק את העובדה שה הנאשם "וביל" את התהלוכה. לא ברור מה הכוונה בהובלה זו בפועל. לדידו, אין בעובדות כתב האישום כל ביטוי להפעלת אלימות מצדיו, מלבד טענה של הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו באישום הראשוני.

הוא יוצא נגד גישת המאשינה לפיה יש להפעיל את הדין דווקא כלפי מי מפגין יותר ומשתתף יותר זו גישה הפוכה לחסיבות השמירה על האינטרסים. לדידו, המושג דמוקרטיה כולל את חופש הביטוי הפוליטי. דמוקרטיה צריכה לעודד את אזרחיה להפגין גם אם הדבר כולל הנפת שלטים וקול רועש וזאת מבלי שהוא ייחשב כעבירה. הנאשם סובר שבחירות המאשינה לראות באזורה ראוי, עבריין פלילי, היא מגמה שצעריך לעזרה בין היתר, באמצעות בית המשפט.

לטענתו, הוא פועל באופן זהה לשאר המפגינים המוזכרים בכתב האישום. لكن משלא הוגש נגד אף אחד אחר אלא רק כנגד כתב אישום אין למצות את הדין כנגדו ועומדת להגנתו טענת ההגנה מן הצד בשיל אכיפה בררנית. הנאשם אף מציין שקיימת פסיקה רבה לפיה בוטלו כתבי אישום במקרים דומים.

מעבר לאמור מציין הנאשם שאין הבחנה בחוק בין מי שהוביל תהלוכה לבין מי שהשתתף בה.

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

לטענת המאשינה בתגובהה, הנאשם היה דומיננטי בתהלוקות המצוינות בכתב האישום, הוא הנחה את המפגינים וסייע להם לעبور, חזק את המחסומים ופינה לאנשים בתהלוכה את הדרך.

באשר לטענת הנאשם בדבר חופש הביטוי, מצינית המאשינה 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.

המאשריה מוסיפה שהנחיית פרקליט המדינה 2.40, בעניין מדיניות העמדה לדין בתייקם שנפתחו על רקע הפגנות או אירועי מלחמה, מתווה את מדיניות האכיפה בנוגע לעבירות המתבצעות במהלך הפגנתה כדוגמת ההפגנה נשוא כתוב האישום דן. כתוב האישום דן הוגש לאחר פרסום הנחייה, והחלטה להגיש כתוב אישום בתיק דן נועתה תוך הקפדה על הוראות הנחייה. על כן, היא סוברת שיש לבחון את טענות ההגנה מול הנחייה ולהשוו את האירוע לאירועים מאוחרים לפרסומה.

הנחייה קובעת כי ככל לא יוגש כתוב אישום בעבירות התקלות אסורה לפי סעיף 151 לחוק העונשין-pencil עצמה, אלא אם נלווה לה עבירות נוספות או אם התקיימו נסיבות חמימות המובילות להנחייה.

במקרה דן סוברת המאשריה כי שתי הנסיבות התקיימו.

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

ב. התקיימו נסיבות חמימות בהן אופי הפגנה ונסיבותיה, היקפה ומשך הזמן בה נמשכה, קושי השוטרים להשתלט על המפגינים, מידת הפגיעה בסדרי התנועה, שלחוב הנוכחים למשעים חריגים ממחאה לגיטימית וחלקו של הנשם בארגון הפגנה.

לדידה, בהתאם לאמור בסעיף 84 לפקודת המשטרה, השתתפות בתהלוכה בלתי חוקית אינה מובילה באופן אוטומטי להגשת כתוב אישום בעבירה של "התקלות אסורה" ולכך נועדה הנחייה 2.40. במקרה דן מתקיימות הנסיבות חמימות ומשך הזמן נגדו כתוב האישום דן.

המאשריה הגישה את כתוב האישום נגד הנשם בגין מעשי הנוספים, שאותם לא ביצעו שאר המפגינים, בהם שלחוב האחרים, הפרעה אקטיבית, פגעה של ממש ביכולת של המשטרה לשומר על הסדר.

בעניין זה סוברת המאשריה, שהעובדות המפורטות בכתב האישום מורות על כך שהנשם נרגע לא כמפגין מן המניין, אלא בחר לנצל את זכות הביטוי שלו על מנת להוביל מפגינים אחרים מפעילות מלחאה מותרת ולגיטימית לפעלויות אסורה ובלתי חוקית שפוגעה בסדר הציבורי, סיכנה את המשתתפים בה וגרמה להפרעה קשה לשוטרים. היא מצינית שהנשם פעל להרחבת אזור ההפגנה, מעבר לאזור שהוגדר לה, אל ציר תנועה ראשיים ובכך הפר את הוראות השוטרים וגרם לסיכון נרחב לציבור כולם ובכלל זה למשתתפי הפגנה.

כל זאת אף לאחר שהזוהר שלא יזכור על מעשייו בתום התהלוכה שהוביל ביום 20.12.2020.

בשל האמור, מדגישה המאשריה, שאין, במקרה ברניתי כיוון שאין להשוו את התנהגות הנשם להתנהגות שאר אלף המפגינים שמייחסו את זכותם הדמוקרטיות כחוק. הנשם, לא הנית תשתיית עובדתית המתאימה כי בוצעה הבדיקה לא ראייה בין מי שנתרוניהם הרלוונטיים שוים. על כן לא הופרכה במקרה זה חזקת התקינות המנהלית.

לאור האמור סוברת המאשריה שיש לדחות את טענת האכיפה הברנית על הסוף.

דין והכרעה:

בשלוש האישומים שבכתב האישום מואשם הנשם בביצוע עבירה של "התקלות אסורה", בהתאם לסעיף 151 לחוק

העונשין, קובעת כי:

שלושה אנשים לפחות שנטקהלו לשם עבירה, או שנטקהלו למטרת משותפת, ואפילו כשרה, ומתנהגים באופן הנutan לאנשים שבשבבם יסוד סביר לחושש שהמתקהלים יעשו מעשה שייפר את השלום, או שבעצם התקהלותם יעוררו אנשים אחרים, ללא צורך ולא עילה מספקת, להפר את השלום, הרי זו התקהלות אסורה, והמשתתף בהתקהלות אסורה, דין - מאסר שנה אחת.

זאת יחד עם סעיף 89 לפקודת המשטרה הקובע כי:

פורסמה הודעה על ידי מפקד משטרת המחוذ לפי סעיף 84 ונתקיימה אסיפה או תהלוכה שההודעה חלה עלייה, בלי שניתן עלייה רשיון לפי סעיף 85 או בלי למלא אחריו תנאיו וסיגנו של רשיון שניתן לפי אותו סעיף, רואים את האסיפה או התהלוכה כהתקהלות בלתי חוקית, וכל המשתתף בה דין כדין משתתף בהתקהלות בלתי-חוקית לפי כל חיקוק בר תוקף אותה שעה.

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

העשה מעשה בכונה להפריע לשוטר כשהוא מלא תפקידו חוק או להכשילו בכך, או להפריע לאדם אחר או להכשילו מלווה לשוטר, דין - מאסר עד שלוש שנים ולא פחות מאשר ימים.

ה הנאשם סובר כי יש לבטל את כתוב האישום שהוגש כנגדו בשל טענה של הגנה מן הצדק בגין אכיפה בררנית.

טענת ההגנה 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 לטען טענות מקדמיות, ובهن -**

...

**(10) הגשת כתוב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתריה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.**

עוד לפני חקיקתו של החוק, קבעה הפסיקה שאין להעלות טענה של "הגנה מן הצדק" בעלמא אלא אף ורק במקרים חריגות בלבד. בע"פ 48855/02 מדינת ישראל נ' איתמר בורוביץ (ניתן על ידי השופטים מצא, גראוניס ולוי, ביום 31.3.2005 (להלן: "ע"פ בורוביץ")קבע בית המשפט העליון מספר מבחנים באמצעות נתן 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 עצמתם במנוגתק משאלת אשמו או חפותו של הנאשם.

**שלב שני** - על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי למרות הפגמים יש משום פגעה חריפה בתחומיות הצדק והגינות. זאת יעשה באמצעות איזון בין האינטרסים השונים בקיומו של ההליך הפלילי תוך שהוא נותן את דעתו

על נסיבותיו הקונקרטיות של היליך שבפניו. באיזון האינטרסים ייקח בית המשפט בחשבון את חומרת העבירה, עצמת הריאות, נסיבותו האישיות של הנאשם, מידת הפגיעה ביכולתו להtagונן, חומרת הפגיעה בזכותו ומידת האשם שרובצת על כתפי הרשות.

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

במקרה דנן, טוען הנאשם שהמאשימה נגנה כלפיו באופן של אכיפה בררנית, שכן מכל מאות משתתפי הפגנות והתהלוכות שלקחו חלק במחאה, ולא העמדו לדין דווקא נגדו הוחלט להגיש כתב אישום.

בע"פ בורוביץ' קבע בית המשפט כי ההכרעה בשאלת אם העמדתם לדין של חלק מהמעורבים בביצוע העבירה אינה בבחינת אכיפה בררנית פסולה תהא לרוב תלויה בבירור השאלה אם הרשות הבדיקה בין המעורבים על יסוד שיקולים עניינים או שמא פעולה מתר שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. בעניין זה נקבע בע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן על ידי השופט ג'ובראן, ביום 8.8.2008) כי:

החלטתה של הפרקליטות, רשות מנהלית, להעמיד אדם לדין אינה יכולה להיעשות בשירות הלב, ועליה לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מנהלית, כגון מבחנים של מטרת כשרה, שיקולים עניינים, סבירות ועוד ... עם זאת, יש לציין כי מדובר בהחלטה מורכבת, בעלת שני פנים - הערכת היכולת להוכיח את האישומים כנגד החשוד, והענין הציבורי שהעמדתו לדין...במסגרת אלו על הפרקליטות לשקל שיקולים רבים, תוך הענקת המשקל המתאים לכל שיקול, כך שתקילה עניינית של שני חשודים שעניינם דומים (אך לא זהים), לא תניב דווקא החלטה זהה. תוצאה זו אינה מהוות בהכרח אכיפה בררנית. כפי שנאמר בעניין זה בע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל..." הכלל הוא שככל עוד לא הסתבר שאי העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בפרשא פלונית נבעה מתוך שרירות או מתוך שיקולים פסולים, אין באכיפה חלקית צו אף שהיא פוגעת בעיקרון השווין כדי להצדיק ביקורת שיפוטית פולשנית בין בדרך של הוראה להעמיד לדין את יתר המעורבים ובין בדרך של השוואת מצבם של המעורבים שהעמדו לדין לאלה שלא העמדו לדין." משכך, לשם העלאת טענה בדבר "הגנה מן הצדק", הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבhana בין מי שהadmion ביןיהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהיה על הטוען להראות כי בסיס הבדיקה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותית, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חילאה שkeit שיקולים שאינם ראויים...הנטל להוכחים, שאינו פשטוט כלל, מוטל על הנאשם, אשר הפרקליטות, ככל רשות מנהלית, נהנית מהחזקת לפיה פעולותיה נעשות לדין.

פסק הדין עולה כי על מנת להוכיח טענה בדבר הגנה מן הצדק הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הנאשם להראות **שלב ראשון** כי מדובר בהבhana בין מי שהadmion ביןיהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשת כתב אישום. **שלב שני** היא עליו להראות כי בסיס הבדיקה ניצב מניע פסול.

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

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

ambilי 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 סובր, באשר לאישום זה, יש לדוחות את טענת האכיפה הברורנית.

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

עיוון בעובדות המפורטות בכתב האישום מעלה, לכואורה, שה הנאשם לא נגע במפגין מן המניין, אלא בחר לנצל את זכות הביטוי שלו על מנת להוביל את שאר המפגינים מפעילות מוחאה מותרת ולגיטימית לפעלויות אסורה ובלי חוקית שפוגעה בסדר הציבורי. הנאשם פעל להרחבת אזור ההפגנה, מעבר לאזור שהוגדר לה, אל צירי תנועה ראשיים, בין היתר, באמצעות חזית מחסומי משטרה, והובילת המפגנים בתווואו דרכיהם אחר מסלולה המוגדר של התהلكה, זאת, באמצעות קרייאות במגפון, ובכך הפך את הוראות השוטרים וגרם לסייע כולם ובכלל זה למשתתפי ההפגנה.

מעבר לאמר, צוין בכתב האישום שה הנאשם אף הוזהר על ידי שוטר ביום 19.12.2020, לחודל מעשייו ואף על פי כן המשיך בהם.

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

לאור האמור אני סובר שאין בסיס לטענת הנאשם בדבר אכיפה ברורנית שנעשתה לפני.ברי שהמאמינה לא נהגה כלפי הנאשם בזדון ואף לא ברשלנות רבתיה. בעניין זה אצין שהפסיקה מבחינה בין אכיפה חליקית לאכיפה ברורנית. אף במקרה שהוכחה שהמאמינה נקטה באכיפה חליקית לא די בכך כדי לבטל את כתב האישום בטענת הגנה מן הצדוק. לכל היותר, ניתן לראות בכתב האישום אכיפה חליקית אך לא פסולה. כפי שcottוב כב' השופט זמיר בגבג'ז 6396/96 סימונה זקין נ' ראש עיריית באר שבע (ניתן על ידי זמיר, שטרסברג-כהן ודורנר, ביום 99.6.8):

"**אכיפה ברורנית...אינה היפוך של אכיפה מלאה. ...אכיפה חליקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית.** שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק...לכן רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשותות אחירות יקבעו לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות, שיקבעו סדר עדיפות לאכיפת החוק. אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד במקרים המקובלים לגבי כל החלטה מנהלית, כגון, במקרים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במקרים מחייבים אלה, אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה זאת, אף שהיא אכיפה חליקית, אינה אכיפה ברורנית...מהי אכיפה כזאת? אפשר להגיד אכיפה ברורנית בדרכים שונות לצרכים שונים...אכיפה ברורנית היא אכיפה הפוגעת בשווון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצביים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זו או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה ברורנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאומי, או מותך יחס של עוניות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני...".

כמו כן, לפי המבחנים שהוצעו בע"פ בורוביץ הרי שבמקרה דין علينا לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי למרות הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחשות הצדק וההגינות, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו.

במקרה דין נראה שמדובר בכתב האישום טענת המאשימה שהנאשם פועל, באופן אקטיבי, להפיכת התהallocות לבלי חוקיות באמצעות פתיחת מחסומי משטרה ושינוי תוואי הדרך. נראה על כן שאין בכך פגיעה ממשית בתחשות הצדק וההגינות לפני הנאשם.

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

נראה על כן, שלאור חלקו, כפי שבא לידי ביטוי בהतסת המפגינים האחרים, ובoglobלת שאר המפגינים בנסיבות שלא היו במסלול התהallocה ובפתחות מחסומי משטרה למעבר שאר המפגינים, אני סוביר שהייתה ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין עניינית, סבירה וראויה, אף בהתחשב בכך כי לא כל המשתתפים בתהallocות הנטענות הוועדו לדין.

משכך אני סוביר שלא עומדת, במקרה דין, לנאשם טענת ההגנה המקדמית של הגנה מן הצדκ בשל אכיפה בררנית ויש להוותיר את כתב האישום שהוגש על כנו.

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