

ת"פ 345/09
קבוע ליום 14.3.11
בפני השופט אדם

בבית משפט השלום
בבאר שבע

המאשימה: מדינת ישראל
ע"י לשכת התביעות מחוז דרום

נגד

הנאשמים: 1. רן צורף
2. מוחמד אבו ראס
3. נור אבו עראר
4. דאוד עפאן
5. סאמח אבו קוידר

הנאשמים 4-5 ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא
ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או עודד פלר
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או קרן צפריר
ו/או נסרין עליאן ו/או ראוייה אבורביעה
ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראסי
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

טענות מקדמיות מטעם הנאשמים 4-5

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את כתב האישום לפי סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - החסד"פ) על בסיס אחת משלוש טענות מיקדמיות אלה:

1. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;
2. הופרו חובות היידוע והשימוע הקבועות בסעיף 60 לחסד"פ;
3. אכיפה בררנית ואפליה פסולה.

מבוא

על פי הנטען בכתב האישום ביום 29.12.08, במהלך המבצע הצבאי ברצועת עזה, השתתפו הנאשמים ועוד כמה עשרות במשמרת מחאה בכניסה לאוניברסיטת בן גוריון. המשתתפים, לא יותר מ-50 במספר, מרביתם סטודנטים באוניברסיטת בן גוריון, נשאו שלטים וחלקם קראו קריאות. המפגינים ניצבו על המדרכה, ללא כל הפרעה לתנועה תוך שהם מממשים את זכותם להפגין, כחלק מזכותם החוקתית לחופש הביטוי. כ-10 קצינים ושוטרים הגיעו למקום וללא עילה חוקית הודיעו, כי על המפגינים לפזר את משמרת המחאה, ומשאלו החלו לעשות כן, עוכבו הנאשמים, הובלו לתחנת המשטרה, נחקרו ונעצרו.

כעבור שבוע ימים בלבד הוגש נגד המפגינים שנעצרו כתב האישום בשל שורה של עבירות, ובהן לפי סעיפים 151 ו-155 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין).

כתב האישום הוגש ללא שניתנה לנאשמים ההזדמנות לשימוע, וזאת "בשל המצב הבטחוני" (החלטת מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות מחוז דרום מצ"ב).

העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה

1. **משמרת המחאה לא הייתה טעונה כל רישיון.** סעיפים 83-84 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - **פקודת המשטרה**) מפרטים את המקרים, בהם נדרש רישיון לצורך קיומה של הפגנה. עצרת מחאה, יהיה מספר המשתתפים בה כאשר יהא, אינה נמנית על מקרים אלו.

2. דבר זה עולה בבירור גם מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 3.1200 'חירות ההפגנה'. בסעיף 8 להנחיה דן היועמ"ש בסעיפי פקודת המשטרה וקובע באופן ברור, כי משמרת מחאה כמו זו שהשתתף בה הנאשם **אינה** דורשת רישיון:

"... מכאן משתמע... שלפי פקודת המשטרה אין צורך ברישיון בכל אחד מן המקרים הבאים:

(ד) משמרת מחאה או הפגנה תחת כיפת השמיים, אף אם משתתפים בה יותר מחמישים איש, כאשר המשתתפים עומדים ומחזיקים כרזות, שמטרתן לבטא דעה בנושא מסויים, ואין בה נאום או הרצאה על נושא מדיני או דיון בנושא כזה".

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2B7C11D9-0EF9-4463-A7F0-8683CB8A47B0/0/31200.pdf>

3. לאור זאת הוראת הפיזור אשר ניתנה למפגינים הייתה בלתי חוקית.

4. ויודגש, כי אין בעצם העובדה כי חלק מן המפגינים קרא בקול סיסמאות כדי להוציא את ההפגנה מגדר משמרת מחאה:

"כידוע הזכות לאסיפה, להפגנה, לתהלוכה ולהבעת דעה הן זכויות יסוד. בין אם זכויות העומדות בפני עצמן ובין אם זכויות הנובעות מהזכות לחופש הביטוי. כל צמצום של זכות כזו (וכמובן ככל זכות יסוד גם זכויות אלה אינן בלתי מוגבלות) צריך להיעשות על דרך הצמצום ותוך מתן פרשנות מצמצמת ודווקנית להוראות שמטרתן לצמצם זכויות אלה. הוראות סעיף 83 לפקודת המשטרה ברורות ומהן עולה כי התקהלות של 50 איש ומעלה אסורה רק ואך ורק אם מטרת התקהלות היא לשימוע נאום או הרצאה על נושא בעל עניין מדיני או כדי לדון בנושא כזה. ככל שמטרת ההתכנסות אינה כזו לא דרוש רישיון כדי לקיימה. העובדה שהמתקבלים או חוזים בשלטים או אף כורזים סיסמאות בין אם הכרזה נעשית באמצעות מגפון ובין אם לאו אינה טעונה רישיון. התקהלות שכזו, אם היא לא מהווה עבירה לפי הוראת חוק אחרת לא מהווה עבירה רק בשל כך שהיא נעשית ללא רישיון".

ב"ש (שלום י-ם) 3781/10 **מדינת ישראל נ' ברק** (החלטה מיום 28.1.10) (פורסם בנבו)

5. אף אם יטען הטוען, כי הסיסמאות שקראו מי מהמפגינים על פי הנטען בכתב האישום הוציאו את ההפגנה מגדר משמרת מחאה, לגדר אסיפה כדי לשימוע נאום על נושא מדיני

הטעונה רישיון לא נכנסה היא, שכן בענייננו בכל מקרה דובר על פחות מ-50 מפגינים, ולכן גם אסיפה שכזו לא הייתה טעונה רישיון.

6. על מנת לקבוע כי מדובר בהתקהלות אסורה, יש לבחון את יסודות העבירה שבסעיף 151 לחוק העונשין, אולם כתב האישום אינו מכיל את תיאור העובדות, המהוות את העבירה כנדרש בסעיף 85 לחסד"פ, ואינו מבסס ולו יסוד אחד מאלו הנדרשים לצורך הוכחתה של העבירה, שכן הוא אינו מגלה במה הייתה ההתקהלות שלא כדין כנדרש לצורך מתן ההוראה על פיזור ולצורך ביצוע המעצר. בכתב האישום לא נטען ולא בוסס: יסוד ההתקהלות **על מנת** לבצע עבירה, או יסוד התנהגות הנאשמים באופן המעלה חשש סביר, כי הם, או אחרים, יפרו את השלום. כל שעולה מכתב האישום הוא, כי הנאשמים ואחרים עמדו כשהם מחזיקים בידם שלטים "בגנות המבצע הצה"לי בעזה" ותוך קריאת סיסמאות. כן נטען, כי "... בכך", דהיינו בעצם החזקת השלטים ובקריאת הקריאות, "... הפרו את השלום במקום", הא ותו לא.

7. רמת ההוכחה על מנת לקבוע, כי בהתקהלות הנאשמים יש בכדי להפר את השלום, היא **הוכחת יסוד סביר** לחשש זה. לשונו של סעיף 151 מבהירה, כי אין מדובר בחשש סובייקטיבי של אדם כלשהו באזור ההפגנה, אלא יש **להוכיח** כי התנהגות המפגינים, או אחרים בסביבתם, העלתה יסוד סביר לחשש להפרת השלום אצל נציג המשטרה שהורה על פיזור ההתקהלות.

8. כתב האישום או חומר הראיות אינם מקימים תשתית לחשש כלשהו לא כל שכן לחשש ברמה של וודאות קרובה כנדרש כשעסקינן בהגבלת חופש הביטוי.

ת"פ (שלום ב"ש) 229-09 **מדינת ישראל נ' צורף** (פס"ד מיום 3.10.10)

9. לסיכום, העובדות המנויות בכתב האישום אינן מהוות עבירה. עצרת המחאה בה השתתפו הנאשמים כנטען הייתה כחוק ולא דרשה כל רישוי. גם מהלכה של המשמרת לא היה בו כדי לעורר חשש כלשהו, כל שכן כזה ברמה של וודאות קרובה, כי יופר השלום על ידי המפגינים או כל אדם אחר, ולפיכך הוראת ההתפזרות שנתנה המשטרה הייתה בלתי חוקית והנאשמים לא היו חייבים לציית לה. לאור כך גם לעבירה לפי סעיף 155 לחוק העונשין, עבירת ההשתתפות בהתפרעות לאחר הוראת פיזור (שדי בסירוב להתפזר כדי למלא אחר יסודותיה), אין ידיים ורגליים, וכן לעבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, לפי סעיף 275 לחוק העונשין. הטענה היחידה בכתב האישום נגד הנאשמים בעניין זה היא, שהם עמדו ולא זזו לאחר הודעת הפיזור, ואף בחומר החקירה מודגש, שהנאשמים התנגדו התנגדות פסיבית בלבד. משמע הם לא נקטו באלימות כלשהי כלפי השוטרים, אם כי מחומר החקירה עולה, כי הופעל נגדם כוח לא מבוטל, שגרם לחלקם לחבלות.

אם יראה בית המשפט הנכבד לנכון ולמועיל הנאשמים מסכימים, כי יעיין בתיק החקירה לצורך ההכרעה בטענות המקדמיות שהעלו – ולצורך זה בלבד.

הופרו חובות היידוע והשימוע

10. הנאשמים לא יודעו בדבר הגשת כתב האישום, ולפיכך גם לא ניתנה להם ההזדמנות לממש את זכות השימוע עובר להגשתו. את ההחלטה להגיש את כתב האישום תוך הפרת חובות אלו קיבל מנהל המחלקה הפלילית בפרקליטות מחוז דרום, בנמקו אותה "בשל המצב הבטחוני" – סתם ולא פירש.

11. חובת היידוע לגבי הגשת כתב אישום בעבירות מסוג פשע קבועה בסעיף 60א לחסד"פ, ומטרתה לאפשר לחשוד לבקש שימוע בטרם הגשת כתב האישום. חובת היידוע וחובת מתן שימוע הן חלק מהותי מזכותו של נאשם להליך הוגן. שלילת שימוע בטרם הגשת כתב אישום היא בעלת נפקות חמורה עבור נאשם בהיותה בעלת פוטנציאל לפגיעה קשה בשמו הטוב ופגיעה בזכותו להליך הוגן.

12. סעיף 60א(ה) לחסד"פ מסמיך את פרקליט המחוז להגיש כתב אישום לאחר מילוי חובת היידוע ועוד בטרם חלפו 30 הימים, בהם רשאי החשוד לבקש שימוע. החסד"פ לא פירט מהן העילות למתן הפטור ומה השיקולים שעל התביעה לשקול, אלא אך קבע שזה ייעשה אם הנסיבות מצדיקות זאת ומטעמים שיירשמו. יחד עם זאת ברור, כי החוק אינו מעניק סמכות לפטור אף מחובת היידוע – חובה שהופרה בענייננו. יתרה מזו, על ההחלטה לעמוד בקריטריונים, שהמשפט המינהלי קובע לכל החלטת רשות. היתלות סתמית ובלתי מנומקת במצב הבטחוני מבלי להסביר מה בינו לבין שלילת זכות השימוע היא החלטה בלתי סבירה בעליל.

13. מנהל המחלקה הפלילית ציין, כי ניתן יהיה לקיים שימוע לאחר הגשת כתב האישום, אך לעולם יש להעדיף מתן זכות טיעון לפני קבלת ההחלטה ולא לאחריה. במקרה זה האינטרס הציבורי אינו מחייב את השארת כתב האישום על כנו אלא את ביטולו, כדי שהתביעה תשקול בנפש חפצה ובלב פתוח את טענות הנאשמים בשימוע מבלי להיות כבולה לכתב אישום תלוי ועומד.

פ 333/09 מ"י נ' בן זכי (החלטה מיום 5.1.10)

פ"ח (ת"א) 1026/09 מ"י נ' הררי (ניתן ביום 28.6.09)

ת"פ (מרכז) 2631-04-09 מ"י נ' קאסם (החלטה מיום 13.10.09)

פ 4081/07 מ"י נ' דנינו (החלטה מיום 23.9.07)

פ 1107/07 מ"י נ' מלול (החלטה מיום 22.7.07)

ת"פ (בי"ש) 2181/07 מ"י נ' כשכאש (ניתן ביום 6.6.07)

ת"פ (בי"ש) 2056/06 מ"י נ' פטלחה (ניתן ביום 12.5.08)

פ 3251/05 מ"י נ' חברת תותי בע"מ (החלטה מיום 7.9.05)

תפ"ח (ת"א) 1199/05 מ"י נ' פולנסקי (ניתן ביום 3.1.07)

תפ"ח (ת"א) 1138/05 מ"י נ' ארד (ניתן ביום 8.2.07)

לדעה נוגדת: ע"פ (י-ם) 30545/06 מ"י נ' י' ב' (קטין) (החלטה מיום 13.11.06).

אפליה פסולה

14. בבג"צ 6393/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999) (להלן - **עניין זקין**) נדונה תופעת האכיפה הבררנית כתופעה העומדת בפני עצמה במובחן מאכיפה חלקית או אכיפה מדגמית ונפסק מפורשות, כי אכיפה בררנית אינה חוקית. השופט זמיר הגדיר אכיפה בררנית ככזו "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. דוגמא 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".

15. בע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776 (2005) (להלן - **עניין בורוביץ**) הוגמש המבחן הנוקשה של "התנהלות שערורייתית" של רשויות האכיפה, אשר נקבע לעניין תחולת ההגנה מן הצדק **בעניין יפת**, ונקבע בין השאר, כי ההכרעה בשאלת תחולתה בנוגע להעמדה סלקטיבית לדין "... תהא לרוב תלויה בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים או שמא פעלה 'לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא'...." (**עניין בורוביץ**, בעמ' 806, ההדגשות הוספו, ד' י').

כן ראה זאב סגל, אברהם זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" **הפרקליט** מז (2003) 42.

16. עילת האפליה נעוצה בחוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010. חוק זה חל על הליכים פליליים בעבירות שקשורות להתנגדות לתוכנית ההתנתקות, ובין היתר לעבירות שקשורות להפגנות. סעיף 4(ב) לחוק מקנה לנאשם זכות לעיכוב הליכים ודי לשם כך בבקשה של נאשם מהתובע ללא כל שיקול דעת.

17. חופש הביטוי והזכות להפגין הם זכויות יסוד חוקתיות, הראויות להגנה רחבה. כחברה דמוקרטית, אנחנו רוצים לעודד מחאה והתארגנות פוליטית, ולהגביל זכויות חשובות אלו רק כאשר הדבר נדרש באופן הכרחי. בהתאם לכך, על המדינה להפעיל במשורה, ובמשנה זהירות, את סמכותה להעמיד לדין אנשים, המבצעים עבירות במסגרת מחאה. משמעות הדבר, כי ראוי ללא ספק שהתביעה תאמץ באופן כללי מדיניות מקלה בטיפול בעבירות ביטוי, ותימנע מעשיית שימוש מופרז בסנקציה הפלילית.

18. אולם דווקא מפאת חשיבותן של זכויות יסוד אלו, חיוני כי יישמר עקרון השוויון באכיפת החוקים, המסדירים את גבולותיהן. החוק הנוכחי פוגע באופן חמור בעקרון השוויון בפני החוק, שכן הוא קובע הסדר פלילי פרטי, אשר חל באופן מיוחד על קבוצה מסוימת של אנשים על סמך השקפתם האידיאולוגית. יתרה מזו, הוא חותר תחת העיקרון, כי על רשויות אכיפת החוק לבחון חוקיותן של פעולות מחאה באופן ניטרלי, ללא קשר לתוכן או לעמדות הפוליטיות הספציפיות, העומדות ביסודן. ניטרליות זו מהווה תנאי מוקדם לשמירה על חופש הביטוי והמחאה. המסר שחוק זה מעביר הוא, כי מידת ההגנה במדינת ישראל על חופש הביטוי והמחאה אינה תלויה בראש ובראשונה באיזונים חוקתיים או עקרוניים, אלא במידת הכוח הפוליטי, הנתון לקבוצה זו או אחרת. זהו תקדים מסוכן לפוליטיזציה של מערכת אכיפת החוק, ולפגיעה באמינות מערכת המשפט ובשלטון החוק במדינת ישראל.

19. בג"צ הוציא ביום 15.7.10 צו על תנאי, המחייב את המדינה לנמק מדוע לא ייקבע, כי חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 אינו חוקתי בשל פגיעתו בעיקרון השוויון, וביום 3.3.11 קבעה הנשיאה ביניש, כי העתירה תידון בפני 9 שופטים (בג"צ 1213/10).

20. אמת נכון הדבר – במקרה שלנו אין המדובר בהתנהגות שערורייתית של רשויות האכיפה או התביעה. יחד עם זאת הגנה מן הצדק אינה מוגבלת לפעולה מצידן של רשויות אלה. המאשימה היא מדינת ישראל, ומדינה זו פוגעת קשות בתחושת ההגינות של הנאשם ביחודה את זכות היתר לעיכוב הליכים לאנשים בעלי השקפה פוליטית אחת ולא אחרת.

ראה ת"פ (שלום חד"י) 7570-02-09 מדינת ישראל נ' גבארין (החלטה מיום 5.12.10) (מצ"ב)

מכל הטעמים האמורים לעיל - כל אחד מהם לחוד, קל וחומר במשקלם המצטבר גם יחד - מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את כתב האישום.

10 במרץ 2011

דן יקיר, עו"ד

ב"כ הנאשמים 5-4