

המאשימה: מדינת ישראל
ע"י לשכת התביעות מחוז דרום

נגד

הנאשמים: 1. רן צורף
2. מוחמד אבו ראס

3. נור אבו עראר
נאשם 3 ע"י ב"כ עו"ד יאסר אבו ג'אמע
ת"ד 10509, באר שבע
טל': 08-6235002; פקס: 08-6235006

4. דאוד עפאן
5. סאמח אבו קוידר

הנאשמים 1-2 ו-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'ראיסי
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

תשובת הנאשמים 1-2 ו-4-5 לתגובת המאשימה לטענות המקדמיות

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 14.3.11 ומיום 17.4.11 מוגשת בזה תשובת הנאשמים לתגובה של המאשימה מיום 9.4.11 לטענות המקדמיות, שנמסרה לנאשמים (לאחר בקשות חוזרות ונשנות) ביום 27.4.11.

1. בסיכומי המאשימה עלתה לראשונה הטענה, כי העובדות שמגבשות את העבירה כביכול הן החשש, שמתנכלים להפגנה יפרו את השלום. לטיעון זה אין זכר בכתב האישום. הטענה היחידה שמופיעה בכתב האישום היא, שהמפגינים הפרו את השלום בכך שהם נשאו כרזות וקראו קריאות.

2. מוסיפה המאשימה וטוענת, כי החשש שמשמרת המחאה תגרום לאחרים להפר את השלום איננו בבחינת אמירה בעלמא, אלא שהמאשימה תציג במהלך המשפט ראיות לכך. דה עקא שלטענה זו אין זכר בחומר החקירה, ואלא אם המאשימה מסתירה ראיות שלא העבירה לידיעת הנאשמים – לא רק שאין לטענה זו ידיים ורגליים, אלא הראיות מצביעות על היפוכו של דבר.

3. חומר החקירה כולל שני סרטי וידיאו, שצולמו ע"י מחלקת הביטחון של אוניברסיטת בן-גוריון – האחד ממשמרות המחאה שהתקיימו ביום 28.12.08 והשני ממשמרת המחאה שהתקיימה ביום 29.12.08 (היא ההפגנה נשוא כתב האישום). משמרות המחאה הראשונות התקיימו במדרכות שלצד כביש הכניסה לאוניברסיטה (ולא ברחוב מרכזי כנטען בעלמא בתגובת המאשימה). על סף המדרכה משמאל נראים סטודנטים, שאוחזים שלטים נגד שפיכות הדמים בעזה וקוראים קריאות בעברית ובערבית. על סף המדרכה מימין עומדים סטודנטים עם דגלי ישראל וקוראים קריאות בעברית. האנשים היחידים שנראים על הכביש הם אנשי המשטרה. שתי משמרות המחאה מתנהלות בסדר מופתי, אך בשלב מסוים קצין משטרה מורה להן ללא שום סיבה נראית לעין להתפזר בתוך 10 דקות בטענה שמדובר בהפגנה בלתי חוקית. במשמרת המחאה למחרת השתתפו סטודנטים ספורים בלבד והיא התקיימה ברחבת הכניסה לאוניברסיטה. מספר סטודנטים החזיקו שלטים עם כתובות מחאה ומספר סטודנטים קראו קריאות. בשלב מסוים וללא סיבה נראית לעין קצין המשטרה כרז למפגינים, שמדובר בהפגנה בלתי חוקית וקצב להם 5 דקות להתפזר. נאשם 1 ואחרים שואלים במה היא לא חוקית, אך זוכים להתעלמות מצד השוטרים. לאחר מכן נראים המפגינים מקפלים את השלטים ומתחילים להתפזר, כשחלקם נשארים להתגודד בקרבת מקום. המצלמה עוברת לשער הכניסה לאוניברסיטה ונאשם 4 נראה עומד בתור לבדיקת התיקים. לפתע נשמעת מהומה, המצלמה חוזרת לרחבת הכניסה ושוטרים עם קסדות ומגנים נראים נערכים לקראת מבצע. בשלב הבא הנאשם 4 נראה יושב בתוך ניידת משטרה, והצלם נשמע אומר: "השמאלני הבן זונה נעצר" (הח"מ מעריך, שדברים אלה לא כוונו לנאשם 4 אלא לאחד מן הנאשמים האחרים).

4. משמע ביום 28.12.08 התקיימו זו מול זו שתי משמרות מחאה חוקיות, שהתקיימו בסדר מופתי ולא הפריעו לא לתנועת מכוניות ולא למעבר הולכי רגל. למחרת התקיימה רק משמרת מחאה חוקית אחת ומצומצמת הרבה יותר, וגם היא התנהלה בסדר מופתי וללא חשש כלשהו להפרת הסדר הציבורי – לא מצד המפגינים ולא מצד מתנגדים להפגנה, שלא נראים כלל בסרט הווידיאו.

5. המאשימה טוענת בעלמא, כי נושא ההפגנה היה רגיש וכאילו די בכך כדי להקים חשש להפרת הסדר מצד מתנגדים להפגנה. להלן נתייחס בקליפת אגוז למשמעות המשפטית של הטענה, לפיה ניתן להורות על פיזור מפגינים שומרי חוק בשל חשש להפרת השלום מצד המתנגדים להם.

6. כפי שהדגיש השופט (כתוארו אז) ברק: "אין לגרוע מחירותו של אדם רק בשל ההתנגדות האלימה לשימוש בחירות זו. מתפקידה של המשטרה הוא, במצב דברים זה, למנוע מהקהל העוין מלהפריע למפגינים, ולא למנוע מהמפגינים מלקיים את זכותם. ההתחשבות בעוינות הקהל, כמוה כהענקת המפתח לשימוש בזכות ההפגנה והתהלוכה בידי המתנגדים לה. דבר זה יש למנוע. אין לתת וטו לאספסוף ופרס לאלמות." (בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי, פ"ד לח (2) 393, 404 (1984); האסמכתות

והציטוטים הושמטו, ד' י'). עוד הוסיף השופט ברק, כי רק בנסיבות יוצאות דופן, בהן ההסתברות לחשש מפני המתנכלים למפגינים היא בדרגה של ודאות קרובה ומשאביה של המשטרה כה מצומצמים עד שאין ביכולתה לאבטח את המפגינים, ניתן לסרב לתת רישיון להפגנה. על הלכה זו חזר מאז בג"צ שוב ושוב. כך, למשל, נפסק בקשר להפגנה נגד סגירה בשבת של כביש בר-אילן בירושלים (בג"צ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ (2) 822, 829 (השופט אור), 832 (השופט דורנר) (1996)), כמו גם לגבי מצעד הגאווה בירושלים (בג"צ 8988/06 **משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים** (פס"ד מיום 27.12.06) (הנשיאה ביניש בפסקה 10)).

7. כיום מעוגנת הזכות להפגין בזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בג"צ 2481/93 **דין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח (2) 456, 468 (1994); רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נא (4) 625, 645 (1997); בג"צ **סיעת מרצ הנ"ל**, בעמ' 826; בג"צ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (פיסקה 13 סיפא) (פס"ד מיום 12.12.06).

8. לו סעיף 151 לחוק העונשין היה נחקק לאחר חקיקת חוק היסוד, היה מקום לתקוף את חוקיותה של העבירה ככל שהיא מטילה אחריות פלילית על מפגינים בשל חשש להפרת הסדר מצד מי שמתנכלים להם. כיוון שמדובר בעבירה משנת 1936, שנחקקה תחת שלטון לא דמוקרטי (ומקורותיה במאה ה-19) אפשרות זו אינה עומדת על הפרק, אך יש לעשות מאמץ פרשני כדי לשמור על הרמוניה בין היקף פרישת הזכות להפגין במשפט החוקתי לבין היקפה של העבירה.

9. וכך אמנם קבע ביהמ"ש המחוזי בירושלים, שבפס"ד מקיף ניתח את יסודות העבירה, ההיסטוריה החקיקתית שלה ופרשנותה הראויה:

לדידנו, על פי השקפת העולם הדמוקרטי, אין מנוס מן המסקנה, שבשל אי הנוחות הרבה שניתן לחוש בעת השימוש בסעיף עונשי זה (שניתן, אולי, לסברתנו, לשקול את ביטולו או לפחות את שינויו - והכוונה לסעיף 151 **סיפא**, ואם לא את שינויו, הרי דרושים חוכמת-לב, גמישות, רצון טוב ותבונת-מעשה **במידה מוגברת** בטרם יוחלט על העמדה לדין בסעיף עבירה זה), ועל אף היותנו ערים להלכה האחרונה שנקבעה ע"י ביהמ"ש העליון (בע"פ 6696/96 בנימין כהנא נ' מדינת ישראל - טרם פורסם), עלינו לדרוש בענייננו, בשל כל המכלול האמור, לפחות את קיום הדרישה ההסתברותית של **קרוב לוודאי** (הרף העליון) להפרת השלום, כזו המאזנת בין משקלו הסגולי של הערך החברתי המוגן (הפרת שלום הציבור) ובין משקלה הסגולי של החירות המוגבלת של ההתקהלות, וזאת על אף שבפס"ד "כהנא" הנ"ל התחבט ביהמ"ש בעניין החלת מבחן "**הודאות הקרובה**" וקבע בסופו של דבר מבחן מחמיר פחות ("**אפשרות סבירה**"), אך היה זה בעבירת המרדה, בעלת אופי מדיני (להבדיל מעבירה בעלת אופי חברתי), על פרשנויותיה הרחבות כפי שאלה הוצגו ונותחו בפסק-הדין הנ"ל, ולאחר שגם בפסק הדין הנ"ל נקבע (ע"י כב' השופט א. גולדברג), כי "**נקודת האיזון בין האינטרסים אינה "קפואה", והיא יכולה להשתנות עם שינוי העתים. כך מובטחת התאמתו של הדין הפלילי לצרכי החברה. גמישות זו מביאה לכך שהוראות הדין הפלילי יספקו את ההגנה הדרושה על פי צרכי החברה האקטואלית**" (עמ' 11 לפסה"ד הנ"ל, פיסקה 8). נוסחת האיזון המחמירה יותר בענייננו היא, לסברתנו, הראויה יותר במרדף בין הערכים המתחרים הנ"ל.

(ע"פ (י-ם) 1521/98 **עציון נ' מדינת ישראל** (פס"ד מיום 14.6.98) (דברי השופט סגל; וכך ראי הערותיו של השופט גל))
 כן ראי ת' פ' (י-ם) 108/98 **מדינת ישראל נ' אסקין**, פ"מ תשנ"ט (2) 289, 318-319 (1999);
 David Kretzmer *Demonstrations and the Law* 19 Isr. LR 129 (1984)

10. מכל האמור לעיל עולה, כי אין כל תשתית עובדתית או משפטית לטענה, כאילו הנאשמים עברו עבירה בשל החשש שמתנגדים להפגנה יפרו את השלום.

11. טענתה החלופית של המאשימה היא, שאף אם לא נעברה כל עבירה, חובה הייתה על משתתפי המשמרת להישמע להוראת הפיזור. הוראת הפיזור הייתה מחוסרת כל עילה ולכן הייתה בלתי חוקית. אזרח אינו חייב לציית להוראה בלתי חוקית מצד איש רשות. יתרה מזו – איש הרשות חייב לציין ביוזמתו את עילת הפיזור, ודאי שכך כשהמפגינים שאלו אותו מפורשות. מפגין זכאי לדעת מהי טענת המשטרה לגבי אי החוקיות שדבקה בהפגנה כדי שיוכל להחליט בצורה מושכלת אם יש בסיס להוראה או שהיא אינה חוקית. משסירב קצין המשטרה להשיב, הוראת הפיזור היא שרירותית והמפגינים היו רשאים לסרב לקיימה ולו מטעם זה בלבד. אם אזרח רשאי להפעיל כוח סביר כדי להשתחרר ממעצר לא חוקי, קל וחומר שהוא רשאי שלא לציית להוראת פיזור לא חוקית על דרך מחדל.

12. בכתב האישום נטען, כי נאשם 1 קרא לעבר קצין המשטרה "פשיסט, פשיסט, אתה פושע" בעת שהלה עצר אותו והפעיל כוח פיזי כדי להביאו לניידת המשטרה. בהודעתו השנייה במשטרה נשאל הוא אך זאת: "מדוע קראת לשוטר פאשיסט", ועל כך השיב: "ברגע שגררו אותי לרצפה אמרתי את זה". יחד עם זאת אף לו היה נחקר לגבי האמירה המיוחסת לו בכתב האישום, אם יבוטלו פרטי האישום שמתייחסים לעצם קיום משמרת המחאה ולסירוב להתפזר, הרי שאמירה זו שנאמרה בלהט האירוע היא בגדר "זוטי דברים", וברור כי לא היה מוגש כתב אישום רק בגין עניין זה.

1 במאי 2011

דן יקיר, עו"ד

ב"כ הנאשמים 1-2 ו-4-5