

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או
עודד פלר ו/או שרון אברהם-וייס ו/או גיל גן-מור
ו/או נסרין עליאן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין
ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצייו ו/או רגד
גיראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או שדא
עאמר ו/או אורי סבח

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-7050734; פקס: 03-5608165

apinchuk@acri.org.il

בעניין שבין:

המערער:

ברק כהן, עו"ד

ע"י ב"כ עוה"ד אבי אודיז
משד' שאול המלך 39, תל אביב 64928
טלפון: 03-6958010 פקס: 03-6958030

- נ ג ד -

ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין, מחוז תל אביב יפו

המשיבה:

בקשה להצטרף לדיון במעמד ידידת בית המשפט

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף במעמד של ידידת בית המשפט לדיון בערעור שבכותרת.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. בתיק זה מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטתו של כב' בית הדין קמא, להשעות באופן זמני את עיסוקו של המערער במקצוע עריכת הדין לאור כתב האישום שהוגש נגדו ונגד פעילים חברתיים נוספים בגין פעולות מחאה.

2. בית המשפט המחוזי, שדן בהיבט מסוים של התיק הפלילי, ציין שהוא "מעורר את המתח – במלוא עוזו – שבין חופש הביטוי לבין גבולותיו; הוא מעורר את השאלה – במלוא כובד משקלה – של לגיטימיות הנקיטה בצעדים פליליים נגד מי שנטען כלפיהם כי חצו את הקווים האדומים הסביב סביב מחאה חברתית." (עמ"ת (ת"א) 54472-02-17 [חיים ברק כהן נ' פרקליטות מחוז תל אביב פלילי](#), פס' 1 (5.4.2017) (להלן: "החלטת השופט גונסובניק").

3. בדומה לזה, בית הדין הנכבד דכאן מתבקש להכריע בשאלת הלגיטימיות של פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות - לרבות חופש הביטוי והמחאה, חופש העיסוק והזכות לכבוד - של פעיל מחאה חברתית שנטען כלפיו שחצה את גבולות המחאה הלגיטימיים.

צירוף המבקשת כ"ידידת בית המשפט"

4. לפני כעשרים שנה, בהלכת קוזלי, הכיר בית המשפט העליון בקיומו של מוסד "ידיד בית המשפט" והתווה את מערך השיקולים והמבחנים שבהתקיימם ראוי לצרף במעמד זה גוף ציבורי כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו (הערה: כל ההדגשות במובאות לעיל ולהלן אינן במקור אלא אם צויין אחרת):

"בצד הכלל העקרוני לפיו בפני בית המשפט מצויים בעלי הדין הנוגעים בסכסוך הספציפי... מצווה על בית המשפט הדין בסכסוך ליתן דעתו – במקרים המתאימים לכך – גם להיבטים כוללניים יותר של הסכסוך שבפניו... מקום בו ישנו גוף ציבורי – שאמנם אינו צד ישיר להליך – אך יש לו אינטרס רחב בפתרון ההליך והיכרות עם המטריה הנדונה, הרי שיינתן לאותו הגוף להשמיע עמדתו בנדון... בכך, יינתן ביטוי לאותם הגורמים המייצגים והמומחים, שיש להם עניין בנושא הדיון ויש בידיהם, בה בעת, לסייע לבית המשפט בגיבוש עמדה והלכה המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפניו". (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529, 554 (1999)).

5. השיקולים שהנחו את בית המשפט העליון בקביעת הבסיס המשפטי לצרוף "ידיד", יפים ורלבנטיים גם לערכאות ולטריבונאלים אחרים. בהתאם לזאת צורפו גורמים ציבוריים דוגמת המבקשת בדיונים גם בבתי הדין לעבודה ובבתי המשפט האזרחיים (ראו למשל: ע"ע 1233/01 אוריאל - עיריית הרצליה, פד"ע לז 508 (2001) 513; מפנה בה"ש 18 אל: ע"ע 1415/01 לשכת עורכי הדין – הורן נ' המוסד לביטוח לאומי (2001); בש"א (ת"א) 3415/00 נעמת נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (11.9.2001); ע"ע 1233/01 אוריאל נ' עיריית הרצליה, פד"ע לז 508 (2001) 519; ע"ע 1415/01 לשכת עורכי הדין – הורן, פד"ע לז 508 (2001); ע"ב (ת"א) 3616/03 הסתדרות רופאי ישראל נ' ד"ר ריינר (16.3.2005); ב"ש (ת"א) 90130/08 ליברמן נ' מדינת ישראל (27.3.2008). בש"א (ים) 8031/07 עמותת ידיד נ' כונס הנכסים הרשמי (16.1.2008)).

6. המבחנים שנקבעו בפסיקה בעניין זה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצרוף המבקשת לדיון דנן. המבקשת היא עמותה רשומה, הפועלת מזה כארבעים וחמש שנים לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, הסברה, השתתפות בדיוני ועדות הכנסת, דיאלוג עם המנהל הציבורי, טיפול בפניות הציבור ובאמצעות התדיינות משפטית. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה.

7. המבקשת משמשת פעמים רבות כעותרת ציבורית "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" - לעיתים אפילו אם בעל העניין הישיר בעניין נמנע מפנייה לערכאות (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד תז (2) 62, 69 (2003)). בין היתר ניהלה המבקשת התדיינות עקרונית בעניין הצנזורה על מחזות, הגבלות על שידורי רדיו וטלוויזיה בתקופת מערכת הבחירות, התערבות שר החינוך בתכנים של שידורי

הטלוויזיה ובעניין תקנות העיון בתיקי בתי המשפט (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (5.2.1987); בג"ץ 931/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מנכ"ל רשות השידור (2.4.1992), פ"ד מו(2) 692; בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט והאגודה לזכויות האזרח נ' שר החינוך, פ"ד נא(5) 822 (21.9.1997); בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (8.10.2009)).

בעשרים השנים האחרונות ניהלה המבקשת התדיינות משפטיות, שהאחרונה שבהן הסתיימה בימים אלה בביטול פקודת העיתונות, 1933 (בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (30.6.1998); בג"ץ 2459/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (25.10.2004); בג"ץ 6175/14 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים (11.6.2017)).

8. המבקשת מצורפת כ"ידיד בית משפט" לדיונים בעתירות ובתביעות בערכאות שונות. כך, למשל, היא צורפה לדיונים בבית המשפט העליון בעתירה בעניין ביטוחים רפואיים משלימים, בעתירה בנושא סמכותו של שר הפנים לשלול מעמד של תושב, ולאחרונה בנושא תביעתו של חה"כ יהודה גליק לפיצוי בשל הגבלה מנהלית חסרת הצדקה על כניסתו להר הבית (בג"ץ 73/08 ח"כ הרב יצחק לוי נ' הכנסת (2008); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (25.12.2006); בג"ץ 155/97 גליק נ' משטרת ישראל (19.1.2017)).

בית הדין הארצי לעבודה צרף את המבקשת לדיונים בעניין פרטיות עובדים בתיבת הדוא"ל ובעניין שעון נוכחות ביומטרי במקום העבודה (ע"ע (ארצי) 90/08 איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011); בר"ע (ארצי) 44667-05-13 שחר – עיריית שדרות (שי ורדה וירט-לבנה, 23.6.2013)).

בית המשפט המחוזי בתל-אביב צרף את המבקשת לדיון בערעור על החלטה שלא לאסור פרסום שמה של תובעת בנזיקין, ובעניין מבחני מיון אסורים בבתי ספר ממלכתיים (ע"א (תא) 2319/08 פלוני נ' פלונית (1.6.2011); עת"מ (מנהליים - ת"א) 43253-01-16 מועצת ההורים של בה"ס לטבע נ' משרד החינוך (19.3.2017)), ובית המשפט המחוזי בירושלים צרף אותה לדיון בערעור על הרשעה בעבירה של העלבת עובד ציבור באמרו:

"סברנו כי בהליך המעורר סוגיות הכרוכות באחת מזכויות האזרח המובהקות, הלא היא חופש הביטוי, מן הראוי לאפשר לאגודה לזכויות האזרח להשמיע את קולה" (ע"פ (מחוזי י-ם) 2696-03-13 אליצור סגל נ' מדינת ישראל (2.6.2013)).

9. המבקשת מנהלת פרויקט מיוחד להגנה על חופש המחאה בישראל, ובמסגרתו היא מקיימת קשר עם פעילות ופעילים חברתיים ועם קבוצות מחאה מכל קצוות החברה הישראלית, ומספקת הדרכה וייעוץ בתחום. הפעילות השוטפת מאפשרת למבקשת, בין היתר, לעקוב אחר התנהלות רשויות אכיפת החוק כלפי המחאה ולהתריע מפני מדיניות ופרקטיקות נפסדות, ופגיעה בלתי ראויה בחופש המחאה.

10. כל אלה מקנים למבקשת את המומחיות, הניסיון ואת הייצוג, שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל (4.4.2005)), ולסייע לו בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפנינו" (עניין קחלי, עמ' 554). מומחיות זו נדרשת בעניין שלפנינו, בשים לב למרכזיות של חופש הביטוי במסכת השיקולים שצריכים להילקח בחשבון, בדומה לצירוף של הלשכה כ"ידיד בית משפט" על מנת שיינתן משקל ראוי לאינטרסים שהיא מייצגת, כמו, למשל להבטיח את ייחוד המקצוע (ר' למשל: בש"א (מחוזי - ת"א) 22050/03 לשכת עורכי הדין בישראל - ועד מחוז ת"א נ' ארנונה ניהול נכסים ויעוץ 1965 בע"מ (19.2.2004)).

חופש הביטוי - הבריה התיכון שאבד

11. הדיון בעניין שלפנינו אינו יכול להתקיים בלא שניתן את דעתנו למחאה החברתית, שבמסגרתה התרחשו האירועים שבעטיים הוגש כתב אישום נגד המערער ונגד שורה של פעילים חברתיים נוספים.
12. דומה שאין צורך להכביר במילים בדבר רוממותו של חופש הביטוי, זכות יסוד חוקתית, הנגזרת מכבוד האדם ומעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. "מבין סוגי הביטויים השונים ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי – שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי – היא רחבה במיוחד" (רע"פ 9818/01 [ביטון נ' סולטן](#), פ"ד נס(6) 620 (31.3.2005); בג"ץ 6226/01 [אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים](#), פ"ד נז(2) 157, 164 (2.2.2003).
13. מעבר לחשיבות היתרה שיש לחופש הביטוי הפוליטי "כיסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי", נקבע בפסיקה זה מכבר, כי הוא "ראוי להגנה מרבית ... משום שהוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון" (בג"ץ 6396/96 [זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע](#), פ"ד נג(3) 289 (8.6.1999)). הגנה זו באה לידי ביטוי באופן שבו מפרשים בתי המשפט כל דבר חקיקה, ובדרך שבה הם בוחנים כל דבר שיש בו כדי לסכן את חירות הביטוי.
14. כך היה גם בפרשה שלפנינו שעה שהגיע לפתחו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב. כבי' השופט ד"ר גונטובניק הציב את חופש הביטוי במרכז הדיון, שבהחלטה מנומקת ומפורטת הציב נדבכים חשובים, שרלבנטיים גם לדיון דכאן: "נקודת הפתיחה המתבקשת היא באפיון פעולתם של העוררים. ... זוהי שאלה חשובה, **המקרינה על בסיס הניתוח שיבוא בהמשך**" (החלטת השופט גונטובניק, פס' 13).
15. כבי' השופט גונטובניק בחן את חומר הראיות שהיה מונח לפניו, ובהתבסס עליו דחה מכול וכל את הנרטיב שהציגה פרקליטות המדינה בכתב האישום, כאילו המחאה החברתית הייתה רק אמתלה בפי המערער:
- "מגיע אני למסקנה כי אין מקום לאפיין את פעילות העוררים כאמתלה. חומר החקירה משקף תמונה ברורה של מחאה ציבורית אותנטית. אכן, מדובר במחאה שקיימות טענות כבדות משקל שחצתה קווים אדומים, אך עדיין התרשמתי שסיווגה כאמתלה הוא מרחיק לכת.
- על רקע זה אמשיך את הניתוח על בסיס התובנה, שהעוררים יצאו למאבק ציבורי נגד הליכי הגבייה של הבנקים. היה זה מאבק ציבורי, ולא אמתלה כזו או אחרת של מאבק ציבורי. מכאן נובעת מסקנה חשובה. קיומו של מאבק ציבורי מכניס לתמונת השיקולים הרלוונטיים את זכות היסוד לחופש הביטוי, על כל כובד משקלה." ([החלטת השופט גונטובניק](#), פס' 14).
16. ההחלטה של כבי' השופט גונטובניק עמדה בפני בית הדין קמא, אך דעת הרוב נקטה בגישה שונה מהיסוד. בית הדין הנכבד הטיל ספק במניעיו של המערער ומכל מקום מיאן לייחס להם חשיבות או רלבנטיות לדיון: "ביני לביני" אומר כבי' אב בית הדין, "ספק באם פרשה זו הייתה מתגלגלת לאן שהתגלגלה לולא חובו של המשיב לבנק לאומי... ברם המניע לביצוע העבירות, כמניע חברתי פוליטי או מניע אישי דינו להתברר במהלך ניהול ההליך בתיק הפלילי" (פסקה 60 להחלטה).
17. בדומה לזה ציינה כבי' חב"ד רבינוביץ:

"איני קובעת מסמרות בשאלה האם הפעילות הפוליטית - חברתית אכן החלה ממניעים אישיים או הינם בגדר אמתלה גרידא. אני ערה לקביעתו של כב' השופט גונטובניק... אולם לטעמי, טיעוני המשיב בסוגיה זו אינם חפים מסדקים ופרכות. כך או אחרת, אופי הפעילות הפוליטית-חברתית אינו מעלה או מוריד לעניין" (פסקה 113 להחלטה).

18. בכל הכבוד לא ברור כיצד הגיע בית הדין הנכבד למסקנות אלו. אכן, החלטתו של כב' השופט ד"ר גונטובניק אינה בבחינת תקדים שמחייב את בית הדין הנכבד. ועדיין, בשים לב ליריעה הרחבה שנפרשה בהחלטה, ההנמקות המפורטות ושלה ההפניות והאסמכתאות שבה, ואולי גם בשל הכבוד ההדדי שנהוג בין הערכאות, ניתן היה לצפות לכל הפחות, שבית הדין הנכבד יתייחס לניתוח המפורט של בית המשפט המחוזי ולמסקנותיו.

19. מכל מקום, כפי שנראה מייד, הזהירות המופלגת שבה מצווה כל ערכאה שיפוטית בכל הנוגע להגבלות וסנקציות המוטלות על חופש הביטוי צריכה לבוא לידי ביטוי בכל אחד משלבי הדיון בסוגיית השעייתו הזמנית של עורך דין שהוגש נגדו כתב אישום.

20. לצד הנחת המוצא שהציב בית המשפט המחוזי, דהיינו - ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי, קיימת בעניינו הנחה בסיסית נוספת:

"השעיה זמנית פוגעת בזכות חוקתית מוגנת שכן, השעיה הינה מעין איזון בין הדאגה לטובת הציבור לבין שמירה על זכויות חוקתיות של המשיב, ועלינו להקפיד הקפדה יתרה שפגיעה במשיב, ככל שתהיה, תהיה מצומצמת ככל האפשר" (בד"א 38/10 [ועדת האתיקה של מחוז תל אביב נ' נאיל אלעובידי עו"ד](#) (18.10.2010)).

21. לאור זאת, קבע בית המשפט העליון שהחלטה על השעיה זמנית של עורך דין תינתן בנסיבות נדירות וחמורות במיוחד:

"בשלב זה נטל השכנוע הרובץ על הקובל הינו כבד מאוד עורך הדין הנאשם הינו עדיין בחזקת זכאי, ועל-כן ייעתר בית הדין לבקשה מסוג זה רק במקרים נדירים וחמורים במיוחד" (על"ע 19/88 [אייזמן נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין](#), ת"פ מב(4) 377, 380 (6.12.1988)).

22. בית הדין הנכבד לא שכח לציין את הנחת המוצא האמורה בפתח החלטתו, אבל היא לא באה לידי ביטוי בהמשך הדברים.

כתב האישום וסיכויי הרשעה בצילו של חופש הביטוי

23. הנדבך הראשון שהציב בית הדין הנכבד בדרך להשעיית המערער התבסס על החלטת הפרקליטות להגיש נגדו כתב אישום, שהמעט שניתן לומר עליו שהוא מציג תמונה תמוהה, בשים לב לאירועים המתוארים. בית הדין הנכבד המשיך וקבע, כי המערער "אינו כופר בביצוע המעשים אלא טוען לפרשנות אחרת" ומכאן הסיק, כי "דברים אלה מקימים לכאורה את יסודות העבירה הפלילית". (פסקה 79).

24. בכל הכבוד, מסקנה זו נשענת על אדנים רעועים, כיוון שהיא מתעלמת לחלוטין מההקשר של חופש הביטוי. כזכור, בית המשפט המחוזי שבחן את כתב האישום, דחה מכול וכול את האופן שבו הוצגו הדברים בכתב האישום, ובפרט את הצגת פעילות המערער במנותק מהתמונה המתחייבת מחומר החקירה, דהיינו, "תמונה ברורה של מחאה ציבורית אותנטית" (ד' פס' 15 לעיל).

25. מכאן שמי שנצמד לאופן שבו הוצגו העובדות בכתב האישום, מאבד מלכתחילה את היכולת להגיע למסקנות המשפטיות המתחייבות. התכלית האובייקטיבית של החוק משקפת ערכים ועקרונות אשר חוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית, וחופש הביטוי הוא, כאמור, אחד מאותם "ערכי היסוד הכלליים של הדמוקרטיה... המהווים את הימטריה הנורמטיבית... ומשמשים תכלית שעל פיו מתפרש דבר החקיקה". (בג"ץ 953/89 [אינדור נ' ראש עיריית ירושלים](#), פ"ד מה(4) 689 683 (11.3.1991); ר' עוד: אהרון ברק פרשנות תכליתית, 410).

26. אותו כלל חולש גם על פרשנות הדין הפלילי:

"פרשנות ראויה של האיסור הפלילי צריכה להבטיח... מכל משמר כי האיסור הפלילי יצומצם להכרחי ולחיוני כדי להגשים את התכלית הראויה, וכי הוא לא יפגע בחופש הביטוי מעבר לנדרש" (נ"פ 2831/95 [אלבה נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נ(5) 221, 294 (24.9.1996)).

27. קל וחומר, שהכלל הפרשני יחול גם על הדין המשמעותי:

"בשל חשיבותו המרכזית של עקרון חופש הביטוי במדינה דמוקרטית, ובשים לב לכך שלב-ליבו של העיסוק במקצוע עריכת דין קשור ביכולתו של עורך הדין להתבטא, אך מובן הוא כי תוכן התבטאותו של עורך דין לא ייחשב על נקלה כעבירה משמעותית אלא אך ורק במקרים מיוחדים וחריגים המתאימים לכך." (עמל"ע (י-11) 48233-08-11 [ועדת האתיקה המחחית של לשכת עורכי הדין, מחח ת"א נ' אליעד שרגא עו"ד](#) (15.2.2012); אושר בעליון: בר"ש 2260/12 [ועדת האתיקה המחחית של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד אליעד שרגא](#) (15.8.2012)).

28. כאמור בית הדין הנכבד התעלם מהעיקר ורק בשל כך החמיץ את המסקנות המתחייבות שאליהן הגיע בית המשפט המחוזי:

"כאשר בא בית המשפט לקבוע את גבולות העבירה ואת בחינתה, עליו לקחת בחשבון בפרשנותו גם את העובדה כי מדובר במחאה חברתית, ואת זכות היסוד לחופש הביטוי. אכן, מחאה חברתית אינה מהווה חסינות מפני אחריות פלילית, וטענה לחופש ביטוי אינה יכולה להדוף אותה במקום בו מוצדק להטילה. יחד עם זאת, כבר ראינו כיצד נשברו קולמוסים הרבה בניסיון לתת פרשנות ראויה למרכיבי העבירה שעה שעל הפרק עומדת הזכות לחופש הביטוי." (פסקה 24, החלטת השופט גונטובניק).

29. המטריה הנורמטיבית שבית הדין הנכבד התעלם ממנה, מעמידה באור אחר לחלוטין את הסיכוי שהמערער אכן יורשע, בסופו של דבר, בעבירות החמורות שמייחסים לו. אך מעבר לכך, אותה מטריה נורמטיבית מטילה ספק גם בשיקול הדעת שהוביל להגשת כתב האישום. ואכן, בעוד שבית הדין הנכבד התמקד אך ורק בשאלת גבולות חופש המחאה, בית המשפט המחוזי הציב לצידה גם את שאלת "הלגיטימיות של הנקיטה בצעדים פליליים" בנסיבות דוגמת הנסיבות שבענייננו. בהמשך אומר כב' השופט ד"ר גונטובניק:

"מה הדין בו המחאה החברתית חוצה את הגבולות הלגיטימיים? האם חציה זו הופכת אותה לפלילית? לא בהכרח. כאשר התנהגות חוצה קווים אדומים יכולות להיות לה משמעויות משפטיות שונות... אפיונה של מחאה ציבורית כפלילית צריכה להיות מוצא אחרון ולא ראשון." (פסקה 18 להחלטת השופט גונטובניק).

30. דברים אלה עולם בקנה אחד עם דבריהם של פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' אייל בנבנישתי:

"אין די בכך שהנורמה העונשית עומדת במבחן המידתיות. גם השימוש בה חייב לעמוד במבחן זה, ויהיו מקרים שהפגיעה בנחקר או בנאשם עולה בהם על התועלת החברתית שבהעמדה לדין, והיא, לכן, 'מעל לנדרש'... בעידן החוקתי החדש, שימוש מתון וזהיר בכוח של העמדה לדין עשוי להציל איסורים הסובלים מהיקף רחב וחלים, על פי לשונם, גם על מעשים שהטיפול העונשי אינו יאה להם." (מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" [פלילים ה](#) 185 173 2 (תשנ"ז)).

"נוצר פער משמעותי בין שיקול הדעת השיפוטי לזה המנהלי, כאשר דווקא האחרון מהווה את הבלם האפקטיבי נגד שימוש רחב מדי בסעיפים החוק רחבי היקף. בידו היועץ המשפטי לממשלה 'אקדח טעון': בהחליטו לפתוח בהליכים הוא למעשה חורץ את דין הדובר, שכן לבית המשפט מרווח שיקול דעת יותר צר משל היועץ" (אייל בנבנישתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" [משפטים ל'](#) 29, 65 (תשנ"ט)).

31. ניסיון העבר מלמד שרשויות אכיפת החוק אינן נוהגות בזהירות המתחייבת כאמור לעיל, ולעיתים הן מגלות חיפזון יתר בניסיון להפליל פעולות מחאה.

32. כך, למשל, עולה מהחלטתה של כב' השופטת ניצה מימון שעשוע, על ביטול כתב אישום נגד פעילים חברתיים, שהפגינו מול חוות הקופים:

"על המאשימה לנקוט זהירות בהעמדתם לדין של פעילים חברתיים, כאשר מדובר בעבירות שבוצעו במהלך פעילות לגיטימית של תחקיר או מחאה, **ולא למהר בהגשת כתבי אישום** על עבירות ברף הנמוך, כגון הסגת גבול למטרת צילום ותיעוד במקומות עבודה, שאין בה פגיעה בצנעת הפרט ואף לא גרימת נזק לאדם או לרכוש בזדון... אין חולק כי מדובר בנאשמת נעדרת עבר פלילי אשר **פעלה למען מטרה ערכית** של מניעת סבל מבעלי חיים חסרי ישע." (ר' למשל: ת"פ 33820-03-16 [מדינת ישראל נ' זמיר](#) (22.1.2017)).

33. דברים דומים אמר גם כב' השופט מינטקביץ:

"במדינה דמוקרטית יש חיוניות לשמר את זכות המחאה ולהקפיד שלא להפעיל את הדין הפלילי **בכל מקרה שפורמאלית נעברה עבירה במהלך הפגנה**. המתח בין חירות הביטוי והזכות להפגין לבין שמירת הסדר הציבורי והגנה על שלומו של הציבור, הוא

מתח המחייב, לעיתים, 'מתיחה' של הדין הפלילי" (תפ (י-ם) 24534-05-10 [מדינת ישראל נ' אשרמן](#) (17.3.2013)).

34. וכך גם כב' השופט בקר, שהתריע על "היד קלה מדי על הדק כתיב האישום בעניין הפגנות, תהלוכות וחופש הביטוי" ושאל "הייתכן כי בתביעה המשטרית לא חלחל די הצורך עקרון חופש הביטוי?" (ת"פ (שלום - ת"א) 42043-01-11 [מדינת ישראל נ' בר](#) (26.5.2014)).

35. הדברים שלעיל הם רק בבחינת דוגמאות (ראו, למשל, פנייה ליועץ המשפטי לממשלה [אתר האגודה לזכויות האזרח בישראל](#) (29.6.2014)), ולמותר לציין שאין בהם כדי לבסס מסקנות נחרצות בנוגע לטיבם של כתב האישום שבענייננו ושל העבירות הנכללות בו. אך בה בעת, יש בהם כדי ללמוד על הקושי שכרוך בנסיבות העניין שלפנינו בהסתמכות על כתב האישום כהצדקה להשעיית המערער מעיסוק במקצועו ולפגיעה החמורה בזכויות היסוד שלו.

קלון אוטומטי

36. המסקנה שלפיה המערער הפר את האיסורים הפלילים שבכתב האישום, שימשה את בית הדין הנכבד גם לצורך הקביעה שדבק במעשיו קלון: "עבירה על חוקי המדינה מעידה על זלזול וחוסר כבוד של עו"ד כלפי החוק הינה עבירה שיש עמה קלון" (פסקה 87 להחלטה). במילים אחרות, לשיטתו של בית הדין הנכבד, **כל עבירה שבה יורשע המערער היא עבירה שיש בה קלון.**

37. בכל הכבוד, דרך היסק זו אינה מתיישבת עם ההלכה הפסוקה, שלפיה "לא די בהרשעתו של אדם כדי לקבוע אם בנסיבות העניין היה בעבירה משום קלון" (על"ע 4/88 [הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני](#), פ"מ 11744/04 (3) 480 475 (6.9.1989)). כפי שהסביר כב' השופט (כתוארו אז) ברק:

"הדיבור 'עבירה שיש עמה קלון' הוא דיבור עמום... פשיטא שלא כל 'עבירה' יש בה קלון; יש עבירות שאין בהן קלון... מרכז הכובד של ההכרעה אינו טמון ביסודות הפורמאליים של העבירה אלא **בנסיבות בהן נעברה העבירה**". (בג"ץ 251/88 [ווג'יה עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה](#), מב (4) 837 '839 (20.2.1989)).

38. ובדומה לזה נקבע, כי:

"ככלל, מקובל כי עבירה שיש עמה קלון היא עבירה שדבק במבצעה פגם מוסרי חמור, כאשר על טיבו של הפגם יש לעמוד **בכל מקרה לגופו על פי הקשרם של הדברים** ושל המעשים". (על"ע 11744/04 [עו"ד מאיר זיו נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב](#), השופטת ארבל בפסקה 4 (8.8.2005)).

39. בית הדין הנכבד הפנה לקביעה זו של בית המשפט העליון אך לא יישם אותה. הדיון בסוגיית הקלון כולל ציטוטים רבים, ואמירות לגבי טיב העבירות שמייחסת הפרקליטות למערער, אבל אין בו התייחסות של ממש לנסיבות. כפי שראינו כבר בתחילת הדרך, בית הדין הנכבד כלל לא ייחס חשיבות לנסיבות של המעשים שיוחסו למערער בכתב האישום:

"במסגרת הליך זה, אין בכוונתי להיכנס לפרשנות שיש ליתן למעשים באם באים הם בגדר פעילות של מחאה חברתית או עבירה פלילית, עניין זה יתברר במסגרת ההליך הפלילי בבית המשפט השלום. **אין ספק** כי התנהלותו של המשיב פוגעת בכבוד המקצוע ובאמון אותו רוכש הציבור לעורכי הדין" (פס' 92 להחלטה).

40. הזהירות המופלגת שבה אנו חייבים בכל הנוגע להפללה של חופש הביטוי הפוליטי, רלבנטית לא פחות לקביעה הספקולטיבית בדבר שאלת הקלון. על הרגישות הגדולה ניתן ללמוד, למשל, מהאופן שבו נחלקו שופטות ושופטי בית המשפט העליון בעניין פייגלין (בג"ץ 11243/02 [פייגלין נ' יושב ראש ועדת הבחירות](#), פ"ד 74(4) 145). מועמדותו של העותר נפסלה על ידי ועדת הבחירות בשל הרשעה בפלילים. בפסק הדין המרשיע, נקבע שהעותר פעל "להכשיל את ביצועה של מדיניות הממשלה עד כדי יצירתה של סכנה לפגיעה ביציבות השלטון ובסדרי שלטון תקינים. לפיכך נקבע כי מעשיו של העותר חרגו מגבול המותר, באשר אין הם מחאה לגיטימית, ובעקבות כך הוא הורשע בעבירות של המרדה, פרסומי המרדה והתקהלות אסורה".

וועדת הבחירות פסלה את מועמדותו בשל פגמים פרוצדוראליים, אך הוסיפה וקבעה למעלה מן הצורך כי היה קלון בעבירות שבהן הוא הורשע. גם העתירה שהגיש לבית המשפט העליון נדחתה בשל הפגמים הפרוצדוראליים. יחד עם זאת, שמונה משופטות ושופטי ההרכב התייחסו לסוגית הקלון אף זאת למעלה מן הצורך, באופן שמחצית מצאה קלון במעשי העותר ומחצית הגיעה למסקנה ההפוכה. כבי' השופט לוי, שנתר בדעת מיעוט, אף ראה לנכון לציין, שהעבירות שביצע העותר היו "על רקע מה שהוגדר בפסק דינו של בית משפט השלום כ'תחושת חוסר האונים'... בתקופה הרלוונטית חיו הנאשמים, כמו רבים אחרים, בתחושה קשה שהממשלה שוגה במדיניותה והמשגה אף עלול לעלות בחיי אדם ולפגוע בביטחון המדינה". האופן שבו התפלגו הדעות בבית המשפט העליון לגבי עבירה שהעותר הורשע בה זה מכבר, והאופי הסובייקטיבי של העמדות השונות, מלמדים עד כמה מסוכן הוא הניסיון להכריע כבר עתה בשאלת הקלון שעלול לדבוק במעשי המערער אם בכלל יורשע בעטיים.

השעייתו של המערער מנוגדת לאינטרס הציבורי

41. גם אם ניתן היה לקבוע כבר בשלב מקדמי זה, שמדובר בעבירה שיש עמה קלון, עדיין שומה עלינו לבחון אם **האינטרס הציבורי** מחייב את השעייתו של מי שעדיין לא הורשע בפלילים. בית הדין הנכבד ענה בחיוב גם על שאלה זו וזאת מכמה טעמים.

42. ראשית, "**האינטרס הציבורי מחייב שעורך דין הנאשם בעבירות שיש עמן קלון לא יוכל להמשיך ולכהן כעורך דין**" (פסקה 99 להחלטה). בכל הכבוד הנמקה מסוג זה מסיימת את הדיון עוד בטרם החל: היא יוצרת משוואה שלפיה, אם יש קלון - אז גם יש אינטרס ציבורי להשעיה; זאת בדומה למשוואה הקודמת ושלפיה: אם יש עבירה (לכאורה) - אז יש גם קלון (ר' פס' 36 לעיל).

43. שנית, אומר בית הדין הנכבד, האינטרס הציבורי מחייב "שהציבור לא יוטעה ויזקק לשירותיו של עורך דין שאינו ראוי לטפל בענייני המשפטיים" (פסקה 99 להחלטה). שיקול זה יוחד בדרך כלל לאותם מקרים שבהם טיב העבירות, שבהן מואשם עורך הדין, מעורר חשש ממשי לגורלם של לקוחותיו העתידיים,

כלומר, "ככל ודבר העבירה בוצע במסגרת כובעו... כעורך דין ככל שנעשה שימוש באותו 'כוח' והוא זה שאפשר את ביצוע העבירה" (בד"מ 26/15 ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עוה"ד בתל אביב-יפו נ' חיים ארבל, פסקה 44 (3.8.2015)).

44. כך, היה למשל, בעניינו של עו"ד שהואשם בגניבה מלקוחותיו (על"ע 7/76 [בן חרוץ נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו](#) (7.2.1977)) או עו"ד שהואשם בתשעה מקרים שונים של מעשה מגונה בלקוחותיו (בד"מ 75/10 [ועדת האתיקה של לשכת עוה"ד ועדת מחוז ירושלים נ' עו"ד מנדל](#) (6.4.2011)); כך גם עולה מדברי ההסבר לתיקון שהוכנס לסעיף 68(ג) לחוק, במטרה למנוע מצב שבו "עורך דין שהואשם בבית המשפט בעבירה כגון מעילה בכספים... יהיה רשאי להמשיך ולפעול בפעולות של עריכת חוזים... לרבות קבלת פיקדונות בנאמנות" (הצ"ח לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 13), תשל"ט-1979 [הצעות חוק 1393](#), 142).

45. אפילו בדוגמא שעליה הסתמך בית הדין הנכבד בהקשר זה (בפסקה 99 להחלטה), היה מדובר בעבירות ש"קשורות קשר ישיר עם עבודתו של עורך הדין בבית המשפט", מה גם שדובר בהשעיה לאחר הרשעה לפי סעיף 78(ד), שלא כבענייננו, ומפסק הדין אף עולה שעוד לפני ההרשעה דרש הקובל השעיה לפי סעיף 78(ג) ובקשתו נדחתה (על"ע 19/88 [איזמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין](#), פ"ד מב(4) 377, 383 (6.12.1988)).

46. לעומת זאת, וכפי שנקבע בהקשר אחר: "ככל שאנו מתרחקים מה'גרעין הקשה' של מקצוע עריכת הדין והפעולות הכרוכות בו ובוחנים את אופן ההתבטאות של עורך הדין במישורים אחרים של חייו, כך המשקל היחסי של חופש הביטוי הולך ועולה". בהתאם לזאת הבחין בין המשפט בין התבטאויות שיש להן זיקה ישירה למקצוע - "בבית המשפט, מול חברו למקצוע או בהקשר לנוטלים חלק בהליך שיפוטי" - לבין התבטאות רחוקה מן ההקשר המקצועי שלגביה תהיה "ידו של חופש הביטוי על העליונה" (על"ע 1734/00 [הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד יורם שפסל](#), פסקה 29 (1.1.2002); וראו גם: בר"ש 2260/12 [ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד אליעד שרגא](#) (15.8.2012)).

47. הנה כי כן, אין בעבירות המיוחסות למערער שום קשר ליחסיו עם הלקוחות, ברור שהשעייתו אינה נדרשת כדי להגן על לקוחות ובלשונו של כב' חב"ד בן דוד, לא "קיימת סכנה ממשית שייגרם לציבור נזק כתוצאה מהמשך פעילותו" של המערער (פ"ס 126 להחלטה). מכאן פנתה דעת הרוב לאינטרס כללי יותר וקבעה שהשעייתו של המערער נדרשת כדי למנוע פגיעה בכבוד המקצוע:

"החובה לשמר את מעמד קהילת עורכי הדין, את כבוד המקצוע ואת האמון שרוחש הציבור לעורכי הדין, אמון שהוא מאבני היסוד לפעולתם" (פ"ס 117 להחלטה, ר' גם פ"ס 103).

48. אין חולק, שתדמית המקצוע ואמון הציבור הם "המאפיינים המכוננים את הפרופסיה... [1] תנאי להמשך קיומה" (לימוד זר גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" [המשפט יב](#) 231, 233 (2007)). אבל ספק רב אם דווקא השעיה חפוזה של המערער היא שתקדם ערכים אלה.

49. כפי שציין בית הדין הנכבד, עורך-דין מצווה "לנהוג באיפוק ובנימוס" ולא "ליתן ללשונו דרור ללא רסן" (פסקה 93). אבל גורם מרכזי לא פחות שמעיב על המקצוע נובע מטיב האינטרסים שזוכים לייצוג המשפטי המיטיבי. כפי שמסבירה פרופ' נטע זיו, "ביקורת שנשמעת תדיר נגד מקצוע עריכת הדין" היא ש"עורכי דין מייצגים לקוחות חזקים ועשירים הרומסים את זכויותיהם של החלשים הבלתי מיוצגים" (נטע זיו

“עריכת דין למטרה ציבורית - מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל” [משפט וממשל ר'](#) 129, 136 (תשס"א).

50. יתר על כן, "האמון שרוחש הציבור לעורכי הדין" אינו אחיד, כיוון שאנשים שחיים בעוני חווים את מערכת המשפט, ובכלל זה את מקצוע עריכת הדין בדרך שונה מזו של אוכלוסיות חזקות - לא "ככלי מעצים המהווה מקור לכוח או לזכויות אלא כמוסד המאיים 'לקחת' מהם דבר מה ולהטיל סנקציות" (נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני", [עלי משפט ד'](#) 17, 18 (2005); ר' עוד: יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" [עלי משפט ג'](#) 497 (תשס"ד)).

51. בדומה לזה מסבירה ד"ר לימור זר-גוטמן, שבמציאות של שוק חופשי "בו השירות ניתן לכל המרבה במחיר, מייצגים עורכי הדין, מטבע הדברים, את העשירים והחזקים", ומסיבה זו הם נתפשים "בעיני הציבור ככלי שרת בידי האינטרסים הכלכליים והתעשייתיים". כדי להביא לשיפור בתדמית המקצוע ובאמון הציבור נדרשת גם מחויבות גם לצדק חברתי ולטובת הציבור בכללותו (לימור זר גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" [המשפט יב'](#) 231, 241 (2007); ראו עוד: אמיר פז פוקס "משפט תחת מחאה: המשפטים והמחאה החברתית של קיץ 2011" [מעשי משפט ד'](#) 93, 97 (2011)).

52. מעבר לשיקול התדמית, ברור שקיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה, שעורכי דין יגלו מחויבות גם לערכים של צדק חברתי ולטובת הכלל, ושהיו גם עורכי דין שישתמשו במעמד ובכלים שמקנה להם המקצוע על מנת לתת פתרון פה גם למי שקולם אינו נשמע.

53. השעייתו של המערער בעניינו תשדר מסר הפוך, ותשרה אפקט מצנן מסוכן לעורכי דין ולציבור בכללותו - לכל מי שתוצאה להשתתף או להוביל מחאה חברתית. ולמותר לציין שהחשש מפני אפקט מצנן והרתעת יתר חמורים במיוחד, לנוכח אי הבהירות שאופף את הדילמות שנדונו גם בהחלטתו של כב' השופט ד"ר גונטובניק, דהיינו, הקושי לסמן מראש את גבולותיו המדויקים של חופש הביטוי ושל "לגיטימיות הנקיטה בצעדים פליליים נגד מי שנטען כלפיהם כי חצו את הקווים האדומים הסבים סביב מחאה חברתית".

אשר על כן מתבקש בית הדין הנכבד כאמור ברישא לבקשה.

6 ביולי 2017

אבנר פינצ'וק, עו"ד
מ"ר 15728