

## ת"פ 23869/04/14 - מדינת ישראל נגד מאיר כהן

בית המשפט המחוזי בירושלים  
בפני סגן הנשיא, כב' השופט משה דרורי

30 ספטמבר 2014

ת"פ 23869-04-14 מדינת ישראל נ' כהן

המאשימה	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד מירה מטאנס מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)
נגד הנאשם	מאיר כהן (עציר) ע"י ב"כ עו"ד יאיר גולן

### החלטה

#### כללי

1. בפניי בקשה של הנאשם, העוסקת בטענה מקדמית, בהתאם לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, בנימוק שהגשת כתב האישום, בעבירה של הצתה - עבירה לפי סעיף 448(א) רישא לחוק העונשין - עומדת בסתירה לעקרונות צדק וההגינות משפטית.
2. בכתב האישום, הואשם הנאשם בעבירות אלה: התפרעות, מעשה פזיזות ורשלנות, ובעבירת ההצתה. בעבירות אלו הואשם הנאשם, משום, שעל פי טענת המאשימה, הוא הצית את תכולת פח האשפה, בסמוך לצומת בר אילן, בירושלים, במהלך הפגנת מחאה נגד גיוס בחורי ישיבות לצבא.
3. בקשת הנאשם, לביטול עבירת ההצתה מכתב האישום, נתמכת בשני נדבכים: האחד, ייחוס עבירת ההצתה לנאשם מהווה אכיפה בררנית פסולה, שכן המדיניות הנהוגה בהעמדה לדין של עבירות כגון אלו, הינה של ענישה פחותה. הנדבך השני הוא, כי הגשת כתב האישום בעבירה של הצתה בתיק זה מנוגדת לתכלית העבירה, ואינה הולמת את עובדות המקרה.
4. המאשימה, מצידה, מבקשת לדחות את טענותיו המקדמיות של הנאשם, ומטעימה, כי על פי הפסיקה, מוקנה לה שיקול דעת נרחב בבחירת סעיפי האישום האפשריים, וכי מידת התערבותו של בית המשפט בשיקול דעת זה, מוגבלת ומסויגת רק למקרים חריגים, אשר בהם הוכח כי החלטתו של התובע התקבלה ממניעים זרים

או בחוסר תום לב. לטענת המאשימה, אין זה המקרה שבפינו.

5. נראה, כי הנאשם והמאשימה, במקרה דנן, לא עסקו באותה המטריה המשפטית. בעוד הנאשם טען להגנה מן הצדק משום אכיפה בררנית, טענה אשר הועלתה עוד בפסק דינו של כב' השופט - כתוארו אז - אהרן ברק, בבג"צ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991), המאשימה ענתה לו בציטוטים הרלבנטיים למידת שיקול הדעת של התובע, בבואו לנסח את כתב האישום ולבחור את האישומים המתאימים.

6. מדובר אומנם בסוגיות דומות, אך לא זהות.

אשר על כן, מצאתי לנכון להבהיר סוגיות אלו, וכך יוצג "מקומה הגאומטרי" של כל אחת מטענות הצדדים. לאחר מכן, תתבהר התמונה המשפטית בכללותה.

### טענת הנאשם - אכיפה בררנית

7. ראשיתה של ההכרה המפורשת בטענת האכיפה הבררנית במשפט הפלילי הייתה בבג"צ 6396/96 סימונה זקין נ' ראש עיריית באר - שבע, פ"ד נג (3) 289 (1999), אותו הזכיר ב"כ הנאשם, עו"ד יאיר גולן. בפסק הדין בעניין זקין הכיר כב' השופט פרופ' יצחק זמיר בטענת האכיפה הבררנית, והבחין בין אכיפה חלקית (על בסיס של סדרי עדיפויות) לבין אכיפה בררנית, שהוגדרה על ידו כאכיפה הפוגעת בשוויון, במובן זה שהיא מבדילה לצורך האכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים, לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר, או מתוך שרירות גרידא.

8. נושא זה הובהר יפה במאמרה של השופטת פרופ' דפנה ברק-ארז, "אכיפה בררנית: מן זכות לסעד", הסניגור, חוברת 200 (נובמבר 2013), עמודים 15-16:

**"פסק הדין התקדימי הראשון שעסק בהעלאתה של טענת אכיפה בררנית במתכונת של הגנה מן הצדק ניתן בעניין בורוביץ [ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776 (2005)]. במקרה זה, פסק הדין נסב על כתבי אישום שהוגשו בין עבירות של עשיית הסדר כובל בענף הביטוח ... בית המשפט העליון הכיר באפשרות להעלות טענה של אכיפה בררנית כהגנה במשפט הפלילי, אך התווה רף לקבלתה:**

**'החלטת בית-המשפט לבטל כתב - אישום מטעמי הגנה מן הצדק מותנית בכך שהחלטה להגישו פוגעת באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות של בית-המשפט. כאשר**

הסיבה להפליה נעוצה בהתנהגות מכוונת וזדונית של הרשות, דבר קיומה של פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות הוא לכאורה גלוי וברור, בעוד שדבר קיומה של פגיעה כזאת הוא פחות מובן מאליו מקום שהרשות פעלה בתום-לב. עם זאת, איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולא דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים'

...

כיצד נבחנת טענה של אכיפה בררנית? כפי שכבר הובהר בעניין זקין, אכיפה בררנית אינה אכיפה חלקית המבוססת על סדרי עדיפויות. כמו כן, היא אינה מצב שבו הרשות מחליטה להתחיל באכיפה של נורמות שבעבר לא נאכפו. אם כן, ככלל, אכיפה בררנית מתקיימת כאשר מקרים דומים זוכים ליחס אכיפתי שונה - באותה תקופת זמן - וללא הצדקה.

...

שלבי הבחינה של טענת אכיפה בררנית התוו בעניין כהן סלכני [ע"פ 8551/11 יצחק כהן סלכני נ' מדינת ישראל (2012)] במקרה זה שבו נסב כתב האישום על פעילות עבריינית של פרסום והפצה של תרופות מזויפות, הטענה נסבה על השוואה לגורמים אחרים שלכאורה קיימו פעילות דומה אך לא הועמדו לדין. בפסק דיני בעניין זה הבחנתי בין שלוש שאלות, או שלושה שלבים, בתהליך הבחינה של אכיפה בררנית:

'השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית ...

השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדר עדיפויות.

השאלה השלישית היא מהו הנטל הראיתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט הפילי בפרט".

9. יישום חלק זה של המאמר על הנסיבות העובדתיות שבענייננו, מוביל לתוצאות הבאות: לגבי השאלה הראשונה, נראה כי קבוצת השוויון של הנאשם, גם לפי טענתו הוא, היא קבוצה של נאשמים אשר הציתו רכוש ציבורי, במטרה להפריע לסדר הציבורי, תוך כדי הפגנה או מאבק כלשהו, בניסיון להסב את תשומת לב הרשויות או כל אדם אחר, למאבקם.

השאלה השנייה היא, כיצד יש לאבחן מצב של אכיפה בררנית ממצב של אכיפה חלקית, מטעמים של מגבלת משאבים וסדר עדיפויות. שאלה זו נבחנה בעניין זקין לעיל, על ידי כב' השופט זמיר, אשר הסביר כי לעיתים קרובות לא יכולה להיות אכיפה מלאה של החוק או של התקנות, וכי אכיפה חלקית או אכיפה מדגמית, אינה בהכרח אכיפה פסולה, שהרי המדינה יכולה להקצות רק משאבים מוגבלים לאכיפת החוק.

בבג"ץ 1161/06 תנועת "אנחנו על המפה" נ' שר הביטחון (2007) (אשר צוטט בהערת שוליים מס' 21 למאמרה של פרופ' דפנה ברק - ארז), הסבירה השופטת פרוקצ'ה כדלקמן (פיסקה 10 לפסק הדין):

**"הלכה מושרשת היא כי בית המשפט לא יתערב על נקלה בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת באשר לסדרי העדיפויות שהיא קובעת לעצמה באכיפת החוק. ההתערבות בסדרי עדיפויות במדיניות האכיפה של רשות מוסמכת עשויה להתרחש מקום בו הוכחה התנערות מלאה או הימנעות בלתי סבירה מאכיפת החוק, או כאשר סדרי העדיפויות שגיבשה רשות לצורך אכיפה נגועים בפגם של אי סבירות קיצוני, או בפגם אחר הפוגע בחוקיותם".**

השאלה השלישית היא עוצמת הנטל הראייתי המונח על כתפי הרוצה להוכיח כי אכן התקיימה, במקרה ספציפי, אכיפה בררנית. גישות השופטים לגבי נטל זה הובאו בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (2013). בעוד שכב' השופט עוזי פוגלמן סבר כי גם הצבעה על מקרה בודד בו הרשות נהגה אחרת, מאפשר להפריך את חזקת התקינות של הרשות, הרי שדעת הרוב (הנשיא, כב' השופט ד"ר אשר גורניס וכב' השופט סלים ג'ובראן) הייתה כי על הנאשם להראות כי לאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מזו אשר התקבלה במקרה הספציפי.

10. משמעות התנאים הללו היא, כי אם יוכיח הנאשם שלאורך זמן לא היה נהוג להאשים בעבירת ההצתה, במקרים של הצתה המהווה חלק מהפגנה, הרי שאז תעמוד לו הטענה של אכיפה בררנית, בגין ההחלטה להאשימו בסעיף זה דווקא.

11. יצוין, כי במקרה של קיום אכיפה בררנית, לא יהיה על הנאשם לאמוד את דעתה או את כוונותיה של הרשות

באותה אכיפה בררנית, שכן טענה זו מוכרעת לפי תוצאות מעשיה של הרשות, ולא לפי היסוד הנפשי או הכוונה המיוחסת לה.

כך נכתב במאמרה של פרופ' דפנה ברק-ארז (חלק ג, עמ' 16):

**"...הובהר כבר בתחילת דרכה של הפסיקה כי קבלת הטענה אינה מחייבת הוכחת 'מניע זדוני' או 'שיקולים פסולים'. כמו בהקשרים אחרים במשפט הישראלי המבחן לקיומה של הפליה הוא תוצאתי, ולא קשור בשאלת מצבו הנפשי של מקבל החלטה".**

12. אם יוכיח הנאשם, ביחס לעצמו, תוצאות המהוות אפליה, הרי שתשובתה של המאשימה אמורה להיות לקוחה מן השדה המשפטי של סוגיית האכיפה הבררנית, ולא מן השדה המשפטי הנוגע לשיקול דעת המוקנה לרשות התובעת, בניסוח סעיפי האישום.

13. אם לא יוכיח זאת הנאשם, הרי שלא תעמוד לו טענת ההגנה מן הצדק, בשל אכיפה בררנית, ואנו נחזור לשדה המשפטי המוכר, של בחינת שיקול הדעת המוקנה לתובע, בבואו לבחור את האישומים שבכתב האישום.

#### **בחינת האסמכתאות שהובאו מטעם הצדדים**

14. ברשימת פסקי הדין שהובאה מטעם הסנגור נימנו פסקי דין רבים בהם הואשמו הנאשמים, בגין מעשים דומים, בעבירות של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה.

בכתבי אישום אלו, מובן כי לא הואשמו הנאשמים גם בהצתה, משום העבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, היא החמורה יותר, ועל פי הנוהג והפרקטיקה, אין זה מן הראוי להאשים בשתי העבירות, כאשר העבירה החמורה והמורכבת יותר מכילה, מבחינת יסודותיה, את העבירה הקלה יותר (ראה: תפ"ח (ת"א) 14663-08-11 מדינת ישראל נ' גדי לומלסקי, וגם רות קנאי, "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד", מחקרי משפט, כרך ג (תשמ"ד) 247, 277). כך גם הובהר בסעיף 7 לתגובת המאשימה לטענות המקדמיות.

15. מעבר לכך, הובאו על ידי הנאשם פסקי דין נוספים, המתייחסים למקרים בהם הוצתו פחי אשפה במהלך הפגנות, אך המעורבים לא הואשמו בעבירת ההצתה. כל כתבי האישום ברשימת פסקי הדין, הוגשו, לכל המאוחר, בשנת 2011.

16. ברשימת פסקי הדין שהביאה המאשימה, מאידך גיסא, פסקי דין, מהעת האחרונה (השנים 2013-2014), בהם הואשמו הנאשמים בגין מעשים דומים, בעבירת ההצתה. כך, לדוגמא, כתב האישום שהוגש בת"פ

39744-11-13 - שם ניסה קטיין להצית פח אשפה שעמד על הכביש באמצעות הבערה של קרטון, או ת"פ  
24256-07-14 - שם הציתו חלק מהנאשמים צמיגים וזרקו אותם לעבר כיכר ביישוב רהט, וייחסה להם עבירת  
ההצתה, לפי סעיף 448 סיפא לחוק העונשין, שהוא החלופה המחמירה של הסעיף - אשר לצידה עונש מירבי  
של 20 שנות מאסר.

17. משמעות הדברים היא כי אישום בהצתה בנסיבות דומות, הינו דבר מקובל, לפחות בשנים האחרונות, ובכל  
מקרה לא ניתן לומר כי הנוהג "הומצא" למענו של הנאשם.

מכיוון שכך, לא הוכחה טענת האכיפה הבררנית, ולא קמה לנאשם כל "הגנה מן הצדק", כזעקתו.

### **ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת של רשויות התביעה**

18. משירדה מעל הפרק טענת ההגנה מן הצדק, הרי שהמישור המשפטי הנכון לביקורת על שיקול הדעת של  
הרשות בבירור האישומים כנגד הנאשם, הוא המישור הידוע של בחינת שיקול הדעת של הרשות. ההלכה  
במקרה זה נקבעה בבג"צ 724/83 מדינת ישראל נ' כב' השופט י' זפט, שופט בית משפט השלום בנתניה, פ"ד  
לח(3) 701. שם אמר הנשיא, כב' השופט מאיר שמגר, את הדברים הבאים (פיסקה 7 סיפא; ההדגשה  
הוספה):

**"עוד הפנתה המדינה לבג"צ 606/75 - לא פורסם. במקרה זה הלין העותר על כך, שהתביעה הכללית  
נהגה באיפה ואיפה והאשימה אותו בפשע, בו בזמן שהאשימה את מאן דהוא אחר, אשר היה לו ריב  
עמו, בעבירה שהיא עוון. בית-משפט זה, מפי הנשיא אגרנט, דחה את העתירה וציין, כי אינו מגלה  
עילה להתערבותו. לפי סעיף 9 לחוק סדר הדין הפלילי, המאשים במשפט פלילי הוא המדינה, ולפי  
סעיף 10(א) נציגי המדינה לעניין זה הם היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו הנזכרים שם. היוצא  
מזה, כי הסמכות להחליט, לפי איזה סעיף של החוק הפלילי יוגש כתב-אישום לגבי אדם פלוני, נתונה  
בידי היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו, ובית-משפט זה לא יתערב בסמכות זו, אלא אם נהגו  
בנדון שלא בתום-לב או בנסיבות הגובלות עם חוסר תום-לב".**

19. כלומר: סמכות ההתערבות הקיימת לבית משפט זה בשרטוט העבירות בהן יואשם הנאשם, הינה מוגבלת  
מאוד, והיא תעשה רק בנסיבות בהן התנהלות התביעה גובלת בחוסר תום לה. כך גם פסקתי, לאחר דיון מקיף,  
בפסק דיני בת"פ (י-ם) 2003/06 מדינת ישראל נ' פלוני (2008) (בפיסקאות 103-115). אך, האם זה המצב  
שבפניי כעת?

20. מצירוף הדוגמאות של מקרים דומים, אשר הובאו על ידי הצדדים, לא נראה כי התוצאה המעשית של פעולת התביעה הייתה אפליה כלפי הנאשם. מאידך גיסא, טענה של פעולה בחוסר תום לב, אף לא נטענה על ידי הנאשם.

אשר על כן, לא הוכיח המבקש עילה להתערבותי, לא מחמת הגנה מן הצדק ולא מחמת התנהגות הגובלת בחוסר תום לב.

### **האם עבירת ההצתה היא תוצאתית**

21. אוסיף ואתייחס אל הטעם השני לבקשה שהוגשה, הוא, כי - לדעת הנאשם - מבחינה עובדתית, לא תואם המקרה את יסודות עבירת ההצתה: הנאשם ביצע פעולה של חסימת כביש בירושלים, באמצעות פח אשפה אשר עלה ממנו עשן, הכניס גפרור והדליק מזרן בתוך הפח.

אך, לא תוארה אש שעלתה בעקבות פעולה זו.

22. טענתו של הנאשם, בנקודה זו, היא, כי עבירת ההצתה היא עבירה תוצאתית, אשר מחייבת את מציאותה של אש בוערת, כתנאי לתחולתה.

המאשימה, לעומת זאת, סבורה כי עבירת ההצתה איננה עבירה תוצאתית, ועל כן, היא רשאית להאשים את הנאשם גם בעבירה זו, ללא קשר לשאלה העובדתית, האם התלקחה אש, כתוצאה ממעשיו של הנאשם (סעיף 10 לתגובת המאשימה לטענה המקדמית).

23. דעתי בעניין זה היא כי שאלה זו איננה טענה מקדמית, ובוודאי שאין בה "כוח" למחוק את האישום הספציפי בעבירת ההצתה.

במסגרת בחינת הטענות של כל אחד מן הצדדים - לאחר שמיעת הראיות ובמסגרת הסיכומים - אתמודד עם השאלה בדבר הוכחת יסודות העבירה, ותיוחס חשיבות, מטבע הדברים, גם לשאלה מה הם יסודות אלו, והאם הם קוימו במקרה הנדון.

או אז, תידון טענה זו - כמו יתר הטענות.

24. סוף דבר, הבקשה, על כל נימוקיה, נדחית.

25. הנאשם יגיש תשובה בכתב לכתב האישום עד ליום רביעי כח תשרי תשע"ה (22.10.14).

26. במקביל, יגישו באי כוח הצדדים עד למועד זה רשימת תאריכים נוחים להם, בחודש 11/12, לצורך קביעת דיון לפי סעיף 144 לחסד"פ, מבלי לגרוע מצפייתי כי הם ייפגשו ביניהם וינסו להגיע להסכמות המירביות האפשריות בעניין בראיות.

27. המזכירות תשלח העתק החלטה זו לצדדים.

ניתנה היום, ו' תשרי תשע"ה, 30 ספטמבר 2014, בהעדר הצדדים.