

עדי 1947+2114/10

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני המשנה לנשיא: סא"ל נתנאל בנישו

בעניין:

אדיב אחמד חסן אבו רחמה ת.ז. xxxxxxxxxxxxxx- המערער (באמצעות ב"כ עו"ד גבי לסקי)

נגד

התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות ב"כ רס"ן אורן ליבר וסרן חגי רוטשטיין)

ובעניין:

התביעה הצבאית - המערערת (באמצעות ב"כ רס"ן אורן ליבר וסרן חגי רוטשטיין)

נגד

אדיב אחמד חסן אבו רחמה ת.ז. xxxxxxxxxxxxxx- המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד גבי לסקי)

ערעורים על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופט רס"ן אריה דורני)

בתיק מס' 3336/09 מיום 7.7.10

(ערעור הסנגוריה נדחה,

ערעור התביעה התקבל)

תאריך הישיבה: 17 באוגוסט 2010, ז' באלול התש"ע.

חקיקה שאזכרה:

[חוק סדר הדין הפלילי \[נוסח משולב\], תשמ"ב-1982](#)[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009](#)[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945](#)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)

פסק דין

כללי

כתב האישום המתוקן שהוגש נגד המערער (המשיב [בעד"י 1947/10](#), להלן: המערער) מייחס לו שלוש עבירות:

הסתה – בכך שבהזדמנויות רבות, לכל הפחות החל מחודש דצמבר 2005 ועד יוני 2009, שימש חבר בוועדה של הכפר בילעין, המכונה "ועדת הגדר", יחד עם אחרים. במסגרת זו, בהזדמנויות רבות בימי שישי, חברי הוועדה וביניהם המערער אספו את אנשי הכפר, חילקו להם דגלים והובילו תהלוכות המוניות לכיוון גדר ההפרדה, במטרה להפר את הסדר במקום וליידות אבנים לעבר כוחות הביטחון. נטען כי חברי הוועדה הסיתו את ההמון לפגוע בכוחות הביטחון ושידלו אותם להפר את הסדר, תוך ארגון ההמון בשתי קבוצות, האחת העוסקת ביידוי אבנים, והשנייה הפועלת לחיתוך הגדרות שכוחות הביטחון הציבו במקום. עוד מתואר בכתב האישום כי המשיב בעצמו קרא לעבר ההמונים "**תצטרפו אלינו, תתקפו אותם, תשליכו לעברם, תתקדמו**".

בהפגנה מיום 10.7.09 אף החזיק המערער תמונת אדם מהכפר בילעין שנהרג במהלך ההפגנות וחתכת ברזל באורך שני מטרים שמטרתה למנוע התזת מים לעברו על ידי כוחות הביטחון.

פעילות נגד הסדר הציבורי – בכך שהשתתף בהפרות סדר סמוך לגדר המערכת ליד הכפר בילעין, התעמת עם כוחות הביטחון כאמור, ובהזדמנות אחת אף זרק לעברם בקבוק מים ודגל.

הפרת הוראה בדבר סגירת שטח – בכך שביום 10.7.09 במהלך הפגנה סמוך לגדר הנ"ל, נכנס לשטח שלגביו הוצא "צו הכרזה בדבר סגירת שטח (תפר בילעין)", ובכך הפר את הצו. במסגרת הפגנה רבת משתתפים אותה ארגנו המערער וחברי הוועדה, הגיעו לאזור שהוכרז כשטח סגור, ועל אף התראות חוזרות ונשנות של כוחות הביטחון אשר דרשו מהמפגינים לעזוב את המקום, פתח המערער את שער הגדר ונכנס לשטח תוך הפרת הצו.

בתום שמיעת הוכחות, הרשיע בית משפט קמא את המערער בכל שלושת העבירות המיוחסות לו והטיל עליו 12 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה וקנס בסך 6,000 ₪.

פסק דינו של בית משפט קמא

בפסק דין ארוך ומנומק הרשיע כאמור בית משפט קמא את המערער במיחוס לו בכתב האישום. ייאמר מיד כי לא מצאתי סמך לטענות הסנגוריה בדבר העדר הנמקה מספקת של פסק הדין. פסק הדין נכתב אמנם בסגנון ייחודי אשר לעיתים עלול להקשות על הקורא, אך קריאה מדוקדקת של פסק הדין מגלה כי השופט קמא התייחס באופן יסודי לטענות שהועלו בפניו ולסוגיות המשפטיות הנחוצות על מנת להכריע את הדין כאמור.

בית המשפט ביסס את הכרעתו על סרט וידיאו אשר צולם ונערך על ידי עד התביעה מס' 8, **עמאד ברנאט** ואשר הוגש באמצעותו, דיסק ובו סרט שהוגש באמצעות תצפיתנית צה"ל אשר אף העידה על שראתה, עדותם של עד התביעה מס' 5, **חליל יאסין**, ועד התביעה מס' 7, **חמודה יאסין**, אשר ייחסו למערער פעילות מאורגנת ומסיתה נגד הגדר. כמו כן העידו עד התביעה מס' 3, **ארנון שפיגל**, אשר העיד על הכרזה על השטח הסגור ואף עצר את המערער, ועד התביעה מס' 2, **גשש צה"ל יאסר סואעד**, אשר העיד אף הוא על התנהגות המערער בהפגנות. מטעם המערער העידו עד ההגנה מס' 2, **עודד ידעיה** והמערער עצמו.

בית משפט קמא סיכם את חומר הראיות תוך קביעת ממצאי מהימנות לגבי כל עד וראיה. כן התייחס בית המשפט לטענותיה השונות של הסנגוריה.

ראשית, התייחס בית משפט קמא לטענתו של המערער כי עומדת לו הגנה מן הצדק מפאת התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, אפליה אסורה וחקירה רשלנית. בית המשפט קבע כי מחאתו של אזרח אשר חש כי הרשות פגעה בזכויותיו הינה לגיטימית ביותר אף באזור. אולם, אין בכך כדי להצדיק שימוש באמצעים אלימים אשר אף הביאו בעבר לפגיעה בשלמות גופם של חיילים, שוטרים ואזרחים. על רקע זה הוסיף בית המשפט כי אין בהעמדתו לדין של מי שבנוסף לפעילותו העצמית האלימה אף הסית אחרים, כדי לפגוע בזכות הביטוי שלו.

בית המשפט אף דחה את טענת האפליה, תוך שציין כי רבים הם המקרים בהם הועמדו אחרים לדין בגין עבירות דומות או עבירות הקשורות למחאה נגד גדר ההפרדה, כל נאשם ונסיבותיו הוא. בית המשפט קבע כי מטבעה של הפגנה אשר התדרדרה לכדי פגיעה בחוק, שאין עוצרים ומעמידים לדין את כל מי שהשתתף בה, אלא את מי שבלטו בהתנהגותם האלימה או הפרועה. על כן, אין לומר כי רשויות אכיפת החוק נהגו במערער באופן מפלה. באופן דומה, דחה בית המשפט את הטענה כי המערער הופלה לרעה לעומת הישראלי, עליו העיד עד התביעה 2, כי עבר אף הוא את הגדר ונכנס לשטח האסור. לדידו של בית משפט קמא מדיניות האכיפה השונה מוצדקת גם במקרה זה הואיל ובשונה מהמערער, אותו ישראלי לא הסית ולא נהג באלימות.

באשר לטענות בנוגע לחקירה רשלנית, קבע בית משפט קמא כי אף אם היו מחדלי חקירה, אין הם עולים כדי פגיעה מהותית בהגנת המערער ואין בהם כדי לערער את הראיות שהוצגו בבית המשפט או כדי לעורר ספק סביר באשר לאשמתו של המערער.

באשר לסרט הוידאו אשר הוגש באמצעות עד התביעה 8, קבע בית המשפט כי הוא דוחה את גרסתו של העד בפניו, לפיה חלקים מהסרט לא צולמו על ידו. תחת זאת, אימץ בית המשפט את הודעת העד במשטרה בה מסר כי הוא צילם וערך את הסרט בעצמו.

בית המשפט אף דחה את הטענה כי עריכת הסרט, באופן שנגזרו ממנו קטעים, פוגעת במשקלו. זאת, הואיל והעריכה לא נעשתה על ידי התביעה, דבר העלול היה לעורר חשד באשר לנסיבותיה, אלא על ידי הצלם עצמו, לצרכים עיתונאיים. בנוסף, לאור קו ההגנה בה נקט המערער, לפיו אין הוא המצולם בסרט ולא הוא שביצע את המעשים הנצפים בו, אין לחשוש שמא בחלקים שלא הוצגו בפני בית המשפט יש משום חומר מזכה.

לאחר צפייה בסרט קבע בית המשפט כי אין ספק שהמצולם בו הינו המערער. בית המשפט הוסיף כי עדי תביעה שונים וכן עד ההגנה **ידעיה** זיהו אף הם את המערער כמי שצולם בסרט.

בית המשפט קבע, על כן, על בסיס סרט הוידאו כי המערער השתתף בהפנות סמוך לגדר ואף שלהב את הנוכחים והסית את המפגינים האחרים לפעול נגד הסדר הציבורי.

מן הסרט אף הסיק בית המשפט כי המערער השתתף בהפגנות האלימות והתנהג באופן אלים. כן קבע בית המשפט כי המערער יזם את ההתפרעות ולא פעל בתגובה להתנהגות אלימה של חיילים או מתוך הגנה עצמית, שאם כך היה הדבר בוודאי שהצלם היה מנציח זאת במצלמתו.

בית משפט קמא ביסס את ההרשעה אף על אמרתו של עד התביעה 5, **חליל יאסין**, אותה העדיף על פני עדותו בבית המשפט. באמרה זו מצא בית המשפט תימוכין לתיאור לפיו המערער היה חבר ב"ועדת הגדר" אשר חבריה מעודדים את המפגינים להדוף את החיילים ולהשליך לעברם חפצים. העד אף מסר כי חברי הוועדה מחלקים את המפגינים לשתי קבוצות, האחת מיידה אבנים והשנייה חותכת את הגדר.

אמירות דומות מצא בית המשפט באמרתו המשטרית של עד התביעה 7, אשר אף אותה ביכר על עדותו בפניו.

על יסוד האמור, הרשיע בית המשפט את המערער בשני פרטי האישום הראשונים.

בנוגע לעבירת הפרת הוראה בדבר סגירת שטח, ציין בית המשפט כי המערער בעדותו בבית המשפט הודה בכך שעבר את השער הצהוב התוחם את שטח מכשול התפר עם אחרים, למרות שלאחר מכן סתר את עצמו והרחיק עצמו מן העבירה. עוד ציין בית המשפט קמא כי אף אם לא עבר את השער, די בכך שגרם להפרעה לכוחות הביטחון לאכוף את הצו על מנת להשלים את העבירה. בית משפט קמא ביסס את ההרשעה בעבירה זו אף על עדותם של התצפיתנית ושל עד התביעה 2 שהעידו כי המערער חצה את האזור שהוכרז כסגור, זאת על אף עדותו של הגשש אשר לא הייתה בהירה דיה.

באשר ליסוד הנפשי קבע בית משפט קמא לגבי שלושת העבירות כי חזקה על המערער שהיה מודע לתוצאות מעשיו.

לאור האמור, הרשיע בית משפט קמא את המערער בשלושת העבירות שיוחסו לו וגזר עליו את העונש שפורט לעיל.

ערעור ההגנה

הסנגורית העלתה שורה של טענות נגד קביעותיו של בית משפט קמא. נעמוד על טענות אלה אחת לאחת.

ראשית, טענה כי בית משפט קמא לא בחן בנפרד כל אחת מהעבירות המיוחסות למערער והאם הוכחו היסודות העובדתיים לגבי כל עבירה בה הואשם המערער והיסודות הנפשיים השונים הנדרשים לצורך הרשעה בכל אחת מהן. לדעתה, בית המשפט הסתפק בניתוח הראיות מבלי לייחסן באופן ישיר לפרטי האישום. בהעדר נימוק מתאים להרשעה, לטענת הסנגורית, אין הכרעת דינו של בית משפט קמא עומדת בתנאי סעיף 189 [לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. זאת ועוד, לטענת הסנגורית טעה בית משפט קמא בקובעו כי המערער עצם עיניו מהתוצאות האפשריות של מעשיו, שעה שהעבירות בהן הורשע הינן התנהגותיות ולא תוצאתיות.

עוד טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא משדחה את הטענה בדבר הגנה מן הצדק, למרות קביעתו שיש טעם בחלק מההנמקה לתחולת הגנה זו. לטעמה, בית המשפט דחה את הטענות מן הטעם שהראיות נגד המערער היו חזקות דיו, ובכך התעלם מהמבחנים שנקבעו בפסיקה לתחולת ההגנה גם במצב בו קיימות די ראיות להרשעה. על כן, מבקשת הסנגורית כי התיק יוחזר לערכאה קמא ונורה לשוב ולבחון מחדש את טענות ההגנה מן הצדק.

שלישית, סבורה הסנגורית כי טעה בית משפט קמא עת דחה את טענות ההגנה הנוגעות למחדלי חקירה, ואף זאת, לדידה, ללא נימוק מספק. טענות ההגנה התמקדו בנסיבות חקירתם של העדים המפלילים, אשר הינם קטינים, ותוכן חקירתם אשר הייתה רשלנית, בכך שהחוקרים לא חקרו את המפלילים באשר למועד התרחשות האירועים ותוצאותיהם.

באותו עניין קובלת הסנגורית על כך שבית משפט קמא לא הפחית ממשקל אמרותיהם המשטרתיות של עדים אלו לאור נסיבות גביית האמרות.

באותו עניין הוסיפה הסנגורית וטענה כי טעה בית משפט קמא עת לא נתן משקל לעובדה כי צילומי וידאו צה"ליים, אשר עשויים היו להכיל חומר מזכה, "נמחקו" או "נעלמו" ולא נמסרו להגנה.

רביעית, קובלת הסנגורית על כך שבית המשפט בחר להרשיע את המערער בקובעו כי **"יתכן וניתן היה להגיע לתוצאה אחרת חלקית או מלאה..."**. לטענת הסנגורית, על פי כללי המשפט הפלילי, אם בית משפט קמא הגיע למסקנה כי ניתן היה לזכות את המערער, שומה היה עליו לעשות כן.

חמישית, טוענת הסנגורית כי טעה בית משפט קמא כאשר לא התייחס לטענתה כי כתב האישום והראיות אינם מפרטים מעשים ספציפיים של המערער, ועל כן, מן הצורך היה לפרשם על דרך הצמצום, ולייחס למערער השתתפות באירוע אחד בלבד.

שישית, לטענת הסנגורית המועדים המצויינים באמרותיהם המשטריות של עדי התביעה 5 ו-7 אינם תואמים את המועדים הנקובים בכתב האישום, ועל כן, לא ניתן היה לבסס את הרשעה על דבריהם.

עוד טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא בהתבססו על דבריו של עד התביעה 5 בנוגע לחברות המערער בועדת הגדר מאחר שאלו הינם עדות שמיעה.

שביעית, סבורה הסנגורית כי טעה בית משפט קמא בקבלו את סרט הוידאו כראיה קבילה, על אף שמקור הסרט אינו ידוע, אין שרשרת ראייתית לתפיסתו, הסרט לא הוקרן כולו לעד והעד הכחיש כי צילם את כולו. גם אם טענה זו לא תתקבל, סבורה הסנגורית כי שגה בית משפט קמא ביחסו משקל מלא לסרט הנ"ל. בהקשר לכך טענה הסנגורית כי בית משפט קמא לא יכול להתבסס על אמרתו המשטרית של עד התביעה 8, ולהעדיפה על פני דבריו מעל דוכן העדים, מאחר שהעד לא הוכרז כעד עוין ואמרתו לא הוגשה במהלך עדותו. לטענתה, הגשת האמרה על ידי התביעה לא הייתה בהסכמתה, ויש להתעלם ממנה.

שמינית, טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא עת הרשיע את המערער בעבירת פעילות נגד הסדר הציבורי, עליה לא נחקר או הוזהר כחוק, ובלא הנמקה ראויה. עוד טענה הסנגורית כי עבירה זו נבלעת בתוך עבירת ההסתה, ועל כן, לא היה מקום להרשיע בשתי עבירות נפרדות.

תשיעית, טוענת הסנגורית כי לא הוכח שמידי האבנים פעלו כתוצאה מהתבטאויותיו של המערער. לטובת המערער יש להניח כי מידי האבנים פעלו מרצונם החופשי. זאת בייחוד לאור עדותו של עד התביעה 6 אשר העיד כי ידוי האבנים היה בתגובה להריגתו של תושב הכפר.

לבסוף, טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא בהרשיעו את המערער בהפרת צו שטח צבאי סגור, וזאת בהתעלם מעדותו של עד התביעה 2 אשר העיד כי הוא אשר העביר את המערער מהצד הפלסטיני לצד הישראלי כאשר עצר אותו. עוד טוענת הסנגורית כי לא ניתן להרשיע את המערער בעבירה זו הואיל והתביעה לא הגישה במהלך ההוכחות את הצו אותו הפר לכאורה המערער. לטעמה, ניסיונה של התביעה לצרף את הצו לסיכומיה אינו תקין ואל לבית המשפט לקבלו.

באשר לגזר הדין טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא בהתבססו על חוות הדעת שהוגשה לעניין הנזק הנגרם מההפגנות בכפרים בילעין ונעלין, למרות שחוות הדעת נכתבה על ידי עד שאיננו מומחה, הנתונים המפורטים בה אינם מדויקים ואין בהם הפרדה בין האירועים בכפר בילעין לאלה שהתרחשו בכפר נעלין.

כמו כן, טוענת הסנגורית כי העונש אותו הטיל בית משפט קמא אינו תואם את רף הענישה המקובל בהרשעה בעבירות מעין אלו בהן הורשע המערער, אלא בעבירות חמורות יותר כגון זריקת אבנים.

לדעת ההגנה, לא רק שאין מדובר בעונש מקל אלא שהיה מקום להקלה נוספת, בניגוד לדעת התביעה, מאחר שבפנינו מקרה ראשון מסוגו שאינו מצדיק את מיצוי הדין. על כך הוסיפה

הסנגוריה כי יש ללמוד מהוראות הדין שמעשיו של המסית קלים יותר מאלה של המבצע ומכאן כי גם עונשו נדרש להיות מקל בהתאם.

לבסוף, מפנה הסנגורית לנסיבותיו האישיות של המערער, אדם בעל עבר נקי, אב לתשעה ילדים המבקש לממש את זכותו הלגיטימית למחות נגד מעשה פוגעני של הרשויות.

תשובת התביעה לערעור ההגנה

התביעה מבקשת לאחוז בהכרעת דינו של בית משפט קמא, אשר לדעתה הינה מנומקת דיה ובעלת הכרעות עובדתיות ברורות, לפיהן ממארג הראיות עולה בבירור כי המערער ביצע את שלושת העבירות שיוחסו לו.

לדעת התביעה, הסרט לא שימש כראיה מרכזית כפי שמתארת זאת ההגנה, אלא כמסמך נוסף המבסס גם הוא את ההרשעה.

באשר לעבירת הפרת צו שטח צבאי סגור, טוענת התביעה כי עד התביעה 2 העיד שהכריז על השטח הסגור, ועל אף זאת, ראה את המערער מגיע לשער הצהוב ופותח אותו. אף בדיסק של התצפיתנית נראה המערער עובר את השער. ראיות אלו מספיקות לדעת התביעה להרשעה בעבירה זו.

התביעה מבקשת לדחות את טענות ההגנה לפיהן התרשלו הרשויות באי הצגת תיעוד צבאי של האירועים. התביעה הסבירה כי מטרת הצילומים הינה מבצעית ולא לשם איסוף ראיות. ההקלטות נשמרות זמן מה ולאחר מכן נמחקות. בקשת הסנגורית לעיין בהקלטות הוגשה לאחר שאלו נמחקו.

ערעור התביעה

התביעה מבקשת להחמיר עם המערער ולהשית עליו עונש מאסר בפועל שלא יפחת משנתיים. לדידה, עניינו של המערער מצטיין בחומרתו לאור תפקיד ההנהגה אותו מילא והשפעתו על המשתתפים האחרים בהפגנות אותן ארגן. עוד טוענת התביעה כי טעה בית המשפט כשהקל עם המערער מן הטעם שהמדובר במקרה ראשון בו ייחסה התביעה למנהיגי ההפגנות בבילעין עבירת הסתה. לדעתה, דווקא מסיבה זו יש להחמיר בעונש על מנת להרתיע אחרים. לבסוף, מפנה התביעה לחוות הדעת שהוגשה, המתייחסת לנוק הביטחוני והכלכלי שנגרם מההפגנות התכופות בבילעין ובנעלין.

דין והכרעה

כמפורט לעיל, ההגנה לא הותירה אבן על אבן בטיעוניה. להלן אתייחס לטענות שהועלו לפי סידרן. אדגיש כי מקום בו מצאתי לשנות מקביעותיו של בית משפט קמא או להוסיף עליהן הרחבתי בהתייחסותי. מקום בו צירפתי דעתי לזו של בית משפט קמא קיצרתי כמתבקש.

1. טענתה הראשונה של ההגנה הייתה כי בית משפט קמא לא ייחס את הראיות באופן ישיר לפרטי האישום. כאמור לעיל, מקריאה מדוקדקת של הכרעת הדין עולה כי בית המשפט קבע קביעות עובדתיות ומשפטיות ברורות ביחס לכל אחד משלושת פרטי האישום.

על רקע קביעות ברורות אלו של בית משפט קמא לא מצאתי בסיס לטענות ההגנה בעניין זה.

יחד עם זאת, מצאתי להעיר שתי הערות. הראשונה, נוגעת לעובדה שבית משפט קמא דן בעבירות כמקשה אחת. אין פסול בדרך זו. ברם, נראה כי טוב היה עושה בית משפט קמא אם היה מתייחס באופן פרטני לכל עבירה. זו היא דרך המלך לעריכת הכרעת דין ממצה שלא תחסר בה התייחסות לאף רכיב חיוני. אגב כך אעיר עוד שדבריו של בית משפט קמא אודות עצימת עיניים היו מעבר לדרוש, שכן, כפי שיובהר להלן, העבירות בהן הורשע המערער הינן עבירות התנהגותיות שאינן דורשות צפיית תוצאה. עם זאת, אין להיתפס לאמירה זו או אחרת של בית המשפט, וכאמור בחינת הכרעת הדין מלמדת על כך שבית המשפט אכן התייחס לקיומו של יסוד עבודתי ויסוד נפשי לכל העבירות.

2. טענתה השנייה של התביעה נוגעת להגנה מן הצדק.

לאחרונה נדונה על ידינו באריכות שאלת תחולתה של ההגנה מן הצדק בבתי המשפט הצבאיים באזור, והמבחנים התקפים כיום בחוק ובפסיקה (ע' 1612/07 קאסם נ' התוב"ץ).

כפי שפורט שם, המבחן האחרון שנקבע בבית המשפט העליון בסוגיה זו היה בפסק הדין בעניין **בורוביץ (ע"פ 4855/02 מ"י נ' ד"ר איתמר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776)**. אמנם, מאז מתן פסק הדין תוקן **חוק סדר הדין הפלילי** באופן שההגנה מן הצדק הוכרה כטענה מקדמית (חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז – 2007, התקבל ביום 15/05/2007), אולם בית המשפט העליון קבע בעניין **טגר** כי **"נראה כי המחוקק לא התכוון להביא לשינוי דרמטי באופיה של ההגנה... לפיכך, ספק אם יש בכניסתו של התיקון לחוק משום מהפכה בהשוואה למצב הקיים מאז הלכת בורוביץ" (ע"פ 5672/05 טגר בע"מ ואח' נ' מ"י (פורסם בנבו))**. מכאן ניתן ללמוד כי אף עובר לתיקון היה על בתי המשפט לנקוט במבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק ובבחינה התלת שלבית שנקבעו בפרשת **בורוביץ** בעת בחינת תחולת ההגנה.

על פי מבחן זה, על בית המשפט לזהות בשלב הראשון את הפגמים שבהליך הפלילי ואת **עוצמתם**. בשלב השני, הוא שלב **הקבלת האינטרסים**, בית המשפט מכריע בדבר מידת השפעתם של הפגמים האמורים על תחושת ההגינות, הצדק והיושר שבהליך הפלילי. היה ושוכנע בית המשפט כי השפעתם של הפגמים האמורים עלתה לכדי פגיעה חריפה בטוהר ההליך השיפוטי, אזי שומה עליו להביע אומרו בבחינת השלב האחרון, דהיינו **מבחן האמצעי החלופי**. בשלב זה, בית המשפט מכריע האם התרופה לפגיעה החריפה תהיה ביטול כתב האישום או שמא קיימת חלופה מתונה יותר.

מבחינת התייחסותו של בית משפט קמא לטענות ההגנה בעניין זה עולה כי בית המשפט קבע למעשה כי למרות שאכן נפלו פגמים מסוימים בהעמדתו לדין של המערער, אין בהם להשפיע על **"תחושת הצדק והיושר שבהליך הפלילי"** ובוודאי שאלו לא עלו כדי **"פגיעה חריפה בטוהר**

ההליך הפלילי. בית משפט קמא קבע עוד כי עוצמת הפגמים כה מועטה עד כי אין מקום לנקוט באמצעים מתונים יותר מביטול כתב האישום.

עיננו הרואות כי בית המשפט לא התעלם מהטענות בדבר הגנה מן הצדק, בחן אותן ודחה אותן בהתאם לעקרונות המנחים בסוגיה זו.

אף לגופו של עניין, לא מצאתי עילה להתערב בקביעותו של בית משפט קמא. אין ספק כי יש בחלק מן הנושאים שהועלו על ידי הסנגוריה כדי לעורר מחשבות בדבר מידת המקצועיות והשקיפה שהיו מנת חלקן של הרשויות באיסוף הראיות ובהעמדה לדין של המערער. כשלעצמי, לא התרשמתי כי חלה אפליה כלשהי בענייניו. אכן, ענייניו של המערער נבדל ומובחן מזה של מעורבים אחרים בהפגנות. לא זו אף זו, כי כפי שציין בית משפט קמא ניכר שרשויות האכיפה פועלות כל העת להעמדה לדין של מעורבים בעבירות על רקע המחאה האלימה נגד מכשול התפר.

אולם, מהפן הנוסף של טיעון ההגנה אכן מתעוררות תמיהות. בהינתן שהרשויות ראו בהעמדתו לדין של העורר אינטרס חשוב, מצופה היה שיפעלו באופן אחר הן באיסוף סדור ורציף של תיעוד מעשי המערער והן בביצוע חקירה מעמיקה ומקיפה הרבה יותר. כך גם אם לא מצאתי בטענותיה של הסנגורית באשר לאי מיצוי חקירת העדים הקטינים עילה לפגום במשקל דבריהם, אין ספק כי מצופה היה שיישאלו שאלות הבהרה נוספות שימקדו ויבהירו בצורה יסודית יותר את הפעולות שבוצעו על ידי המערער.

יחד עם זאת, איני סבור כי בנושאים האמורים יש כדי לשנות מהמסקנה שבמקרה הנוכחי לא היה מקום להנות את המערער מהגנה מן הצדק או לקבל את הטענה כי יש במחדלי החקירה כדי לשלול את האפשרות להתבסס על דברי העדים (אודות דוקטרינת מחדלי החקירה ראה בהרחבה ע' 2798/07 **שאהין נ' התוב"ץ** [פדאור (לא פורסם) 08 (31) 854]).

הסנגורית התייחסה לחקירת העדים 5 ו-7. לטענתה, חקירה זו התבצעה בניגוד להוראות בדבר חקירת קטינים. אלא שיש לזכור בעניין זה כי הוראות החקיקה הקשורות לחקירת קטינים הקיימות במשפט הישראלי לא אומצו על ידי המחוקק באזור. אמת, בפסיקתנו קבענו כי ראוי ונכון יהיה לאמץ חלק מעקרונות ההוראות הישראליות (ראה החלטתו המקיפה של הנשיא בע"מ [2912/09 התוב"ץ נ' אבו רחמה](#) [פדאור (לא פורסם) 09 (28) 336] וע"מ [2763/09 עלאם נ' התוב"ץ](#) [פדאור (לא פורסם) 09 (26) 259]). יחד עם זאת, יש לזכור כי פסקי דין אלה ניתנו לאחר חקירת שני הקטינים בענייננו. משכך, אין לומר כי מדובר בהפרה של כללים אשר חייבו את השוטרים אז.

גם בהשמדת צילומי עמדות התצפית לא מצאתי עילה לביטול כתב האישום. אין מדובר בראיה שנוצרה לשם בירור החשדות נגד המערער, אלא בתיעוד מבצעי המבוצע אגב פעילות צבאית ואשר, ככל שהדברים הובהרו, אין חובה לשמרו. לא זו אף זו, כי נקבע לא אחת בסוגיית השפעת מחדלי חקירה כי יש לבחון בראש ובראשונה את "היש" מתוך חומר הראיות, תוך הצבת השאלה האם די בראיות האמורות כדי לבסס את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר, ולא לתור אחר ראיה מקסימאלית היפותטית:

”מכל מקום, במשפט פלילי השאלה שבפני בית המשפט היא, לא אם אפשר וראוי היה לעשות עוד צעדי חקירה אלה או אחרים, אלא אם יש די ראיות המוכיחות את האישום מעבר לספק סביר” (ע”פ 5741/98 עלי נ’ מדינת ישראל [פדאור (לא פורסם) 99 (8) 280]).

אשר על כן, גם אם ראוי היה שהחוקרים ינהגו אחרת בשתי הסוגיות האמורות, אין מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין והמצדיק מטעם זה בלבד ביטול כתב האישום או זיכוי המערער.

3. לטענות האחרונות של הסנגוריה עליהן עמדנו קיים פן נוסף, והוא השפעת המחדלים הנטענים על המסקנות הראייתיות אליהן הגיע בית המשפט. אין ספק כי העדר ראיה מהותית או פגם באופן ניהול חקירת עד עשויים להשליך על משקל הראיות, ובעניין זה טענה הסנגורית את טענתה השלישית.

אלא שעלינו לזכור כי ככל שהדברים נוגעים למשקל ולמהימנות הנובעים מהתרשמותו הבלתי אמצעית של בית משפט קמא, ניתנת לקביעותיו עדיפות ברורה וערכאת הערעור תימנע ככלל מהתערבות (עד”י 4090/06 התוב”ץ נ’ רימאוי [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642]).

אמירה זו נכונה בנוגע לקביעות המהימנות של בית משפט קמא במקרה דנן.

על כך יש להוסיף כי אף באשר לסוגיות משקל שאינן נובעות מהתרשמות ישירה, כגון אופן חקירת העדים והעדר ראיות אותן ניתן היה לאסוף, לא מצאתי טעם לסטות מקביעותיו של בית משפט קמא. מסקנתי זו מתבססת על העקרונות עליהם עמדנו לעיל בנוגע להגנה מן הצדק ולהשפעת מחדלי החקירה, כאשר גם לענייננו לא מצאתי בסיס לטענות כי יש להפחית ממשקל אמרותיהם של העדים 5 ו-7. שני העדים נחקרו בשעות היום, על ידי חוקר דובר ערבית, אשר רשם את הדברים בשפה זו לאחר שהזהירם כחוק. אמרותיהם מפורטות מאוד ומתייחסות באופן פרטני לחלקם של המעורבים השונים. מן הטעמים האמורים ומיתר קביעות של בית משפט קמא בסוגיה אין לי אלא לקבוע כי יש לדחות טענה זו של הסנגוריה.

4. טענתה הרביעית של ההגנה נגעה להתייחסותו של בית משפט קמא לכך שניתן היה להגיע לתוצאה אחרת מזו אליה הגיע.

סבורני כי הסנגורית הנכבדה מבקשת לקרוא לתוך דבריו של בית משפט קמא דברים אשר לא אליהם כיוון בית המשפט. בית משפט קמא אכן כתב כי **”ייתכן וניתן היה להגיע לתוצאה אחרת חלקית או מלאה על רקע טענות משפטיות ואו מקרו פליליות”**, אולם מיד בהמשכם של דברים הדגיש כי חומר הראיות שהוצג על ידי התביעה אינו מאפשר תוצאה אחרת מזו אליה הגיע: **”ואולם היום במסגרת המובא בפני ולאחר ששמעתי את העדים ונדרשתי לחקר האמת במה שענייני ראו בעדויות ובמה שהונח בפני לפי הדין לא יכולתי להגיע לתוצאה הקובעת כי הנאשם לא עשה את המעשים המיוחסים לו בכתב האישום...”**

אי לכך, אין להיתלות באמירה הנזכרת של בית המשפט, בהתעלם מהקונטקסט בו נכתבה. יש לדחות, על כן, את טענת ההגנה האמורה.

5. טענתה החמישית של ההגנה מתייחסת לאופן ניסוח כתב האישום ולצורך לפרשו בצמצום.

אין מחלוקת כי זמן התרחשות האירוע נשוא כתב האישום הינו פרט חיוני אשר צריך להופיע בתיאור העובדות המבססות את העבירה. ברם, כאשר אין מנוס מכך, הפסיקה לא פסלה הסתפקות בתיאור כללי של מועד הביצוע ואף העדר ציון זמן ההתרחשות (ראה י' קדמי על סדר **הדין בפלילים**, חלק שני (תשס"ג-2003), עמ' 666-665).

בנידון דידן, כתב האישום מתייחס אמנם לאירוע ספציפי שהתרחש ביום 10.7.09, אך נפרש גם על תקופות זמן שהוגדרו באופן כללי ביותר. אין ספק כי לעיתים עשוי העדר פירוט מועד ביצוע העבירה לפגוע באפשרות לנהל הגנה נאותה ומשכך להביא לקבלת טענה מקדמית לביטול כתב האישום. אף הסנגוריה לא סברה כי זהו המצב בענייננו. טענתה מופנית, על כן, לצורך לפרש את כתב האישום על דרך הצמצום ולראות בו כמתייחס לאירוע אחד בלבד, הוא האירוע המתואר כדלעיל.

לא אוכל להסכים עם הטענה האמורה. ראשית, ניסוח כתב האישום ברור כאמור. על כן, נהיר היה כי על המערער להתמודד הן עם האירוע לגביו ננקב תאריך והן עם האישומים הכלליים יותר. ואכן, כך נהג, החל מתחילת חקירתו כאשר התבקש להתייחס לפעילותו על פני רצף השנים, והן במהלך המשפט עצמו. לא זו אף זו, כי אופי הראיות שהוגשו על ידי התביעה לא העלה קושי מובנה להתמודד עם האישום כך שאין לומר שהגנתו של המערער נפגעה.

על כך יש להוסיף כי בקשת הסנגורית לראות את המתואר בכתב האישום כאירוע אחד בלבד אינה תואמת את חומר הראיות.

מהראיות עולה בבירור כי המערער השתתף ביותר מהפגנה אחת. כך עולה מעדות הגשש לפיה **"אני פה כבר 4-5 שנים, אני רואה אותו כל פעם מהראשים של הפגנה. הוא צועק ושר והוא עושה את כל ה... אני מכיר אותו אני מזהה את הפרצוף שלו"**. כך גם מהצילומים השונים שהוצגו לבית המשפט בהם מתועדים אירועים שונים, בהם המערער לבוש בבגדים שונים ומבצע מעשים מגוונים אשר בחלקם מהווים, ללא ספק, פעילות נגד הסדר הציבורי. על כך יש להוסיף כי העדים בני הכפר מתייחסים באמרותיהם לשורה של הפגנות, על פני רצף זמן, ומציינים כי במסגרת הפגנות אלה הסית המערער כאמור.

אשר על כן, גם אם הצדק עם הסנגוריה כי לא ניתן לנקוב במספר ההזדמנויות המדויק בהם בוצעו המעשים המתוארים בפרטי האישום 1 ו-2, יש לקבוע על בסיס הראיות כי המערער היה מעורב במספר לא מועט של אירועים כאמור. נקדים את המאוחר ונציין כי לחוסר הדיוק האמור יש כדי להשפיע על מידת העונש.

6. לא מצאתי בסיס לטענתה השישית של הסנגורית הנוגעת למועדים הנקובים באמרותיהם של עדי התביעה 5 ו-7 ולהתאמתם למתואר בכתב האישום. כפי שהובהר, דבריהם של העדים המעורבים הינם אך נדבך אחד בתשתית הראייתית עליה ביקשה התביעה להתבסס. העדים מתייחסים כל אחד לחלקו הוא, כאשר עד התביעה 5 מדבר על תהלוכות בהן השתתף כשנה וחצי

עד שנתיים לפי מעצרו, קרי בשנים 2007-2008 ועל תהלוכות עליהן צפה מבית דודו המצוי בקרבת מקום לזירת ההתרחשות וזאת עד כחודש לפני מעצרו. עד התביעה 7 אינו תוחם את התקופה בה השתתף בתהלוכות. יחד עם זאת, נזכיר כי עד התביעה 6 מתייחס אף הוא לתהלוכות שהתרחשו בשנת 2009 תוך שהוא מחזק את דברי עד התביעה 5. כל זאת מעבר לראיות הנוספות עליהן ראה בית משפט קמא לסמוך, דוגמת דבריו של עד התביעה 8 בדבר מועדי ההסרטה.

אגב כך, אציין כי לא מצאתי סמך לטענה כי דבריו של עד התביעה 5 הינם בבחינת עדות שמיעה.

7. טענתה השביעית של הסנגורית נוגעת לקבילותו של סרט הוידאו ולמשקל שייחס לו בית משפט קמא.

אך בטרם נדון בשאלות אלה, מן הראוי להתייחס לקבילות אמרת הצלם, עד התביעה 8, **עימאד בורנאט**. בערעור התרעמה הסנגורית על הסתמכות בית משפט קמא על אמרה זו. הגם שתחילה סברתי כי אכן יש דברים בגו, מסקנתי הסופית הינה כי גם בעניין זה לא נפל פגם בקביעותיו של בית משפט קמא.

האמרה המדוברת הוגשה לאחר מתן החלטה בעניין ביום 28.2.10. על פי החלטה, ולא שמענו שזו לא קוימה, התביעה הייתה צריכה להעביר את פירוט הראיות לסנגוריה. לא זו אף זו, כי התביעה חזרה וציינה את קיומה של הראיה בראש סיכומיה בטבלה ובה פירוט הראיות. בכל השלבים האלה לא מצאה לנכון הסנגוריה לטעון דבר נגד קבילות אמרה זו. ההפך הוא הנכון, במהלך עדותו של העד הוא נשאל שאלות רבות בנוגע לחקירתו המשטרית והתייחס אף לדברים שנרשמו בשמו באמרה. אין מדובר, על כן, במצב בו "הוגנבה" ראייה שלא בידיעת הצד השני, אלא בראיה שהסנגוריה ידעה כל העת על קיומה ועל הגשתה. בנסיבות אלה, הגם שמצופה היה שהראיה האמורה תוגש בדרך המלך, היינו מיד עם סיום עדותו של העד או לכל הפחות לאחר בקשה מפורשת של התביעה שהייתה מקבלת ביטוי ברור בפרוטוקול הדיון, נראה כי הראיה אכן הוגשה כדיון. ואכן, נראה כי כך סבר בית משפט קמא.

על יסוד האמור, אין להלין על החלטת בית משפט קמא להעדיף את הגרסה שנמסרה על ידי העד בחקירתו על פני זו שהציג בבית המשפט, החלטה אשר נומקה בהרחבה ובטוב טעם. זאת ועוד, בית המשפט קבע קביעות מהימנות שאינו מאמין לדברי העד כי השתמש בחומרים שצולמו על ידי אחרים. על יסוד האמור, אין לבטל את הכרעת בית משפט קמא כי העד הוא אשר צילם את הקטעים השונים ששובצו על ידו בסרט, קביעה העולה בקנה אחד עם העובדה כי בשתי הזדמנויות בסרטון הערוך מופיעה שקופית בה מצוין כי העד הוא אשר צילם וערך.

מכל מקום, גם אם נתעלם מקביעותיו של בית משפט קמא בדבר צילום הסרט על ידי העד ככל שאלה מבוססות על אמרתו המשטרית, ונדבוק בגרסתו בבית המשפט לפיה ערך את הסרט תוך שימוש בסרטים שצולמו בחלקם על ידי צלמים אחרים, אין בכך כדי לשלול את קבילות הראיה.

אין כל מניעה בדיון כי סרט ערוך יוגש לבית המשפט וזאת לאו דווקא על ידי מי שצילם אותו. כך נקבע עוד בעניין **חמיס** :

“אשר לעובדה, שסרט נע, אשר לבעל-דין היה ענין בהצגתו כראיה לטובתו, עבר עריכה - ועל עובדה כזאת מבוססת השגתו הנוכחית של הסניגור - קובעת הפסיקה בארצות-הברית שאין בה כדי לפסול את קבילותו של הסרט, כי אם היא יורדת אך לענין משקל העדות הטמונה בו, דבר התלוי בשאלה, אם ראיית סרט כזה על-ידי בית-המשפט היתה עשויה להטעותו. התשובה לשאלה זו תלויה בכך, אם הוכח שהסרט הינהו צילום נאמן של הדברים שהוא מתחזה לתארום” (ע"פ 382/75 חמיס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 729).

התנאים הינם, על כן, כי המדובר בצילום שלא "בושל" וכי על פניו הוא מציג בצורה אובייקטיבית את הנושא השנוי במחלוקת (ראה י' קדמי, **על הראיות**, חלק שני (תשס"ד) עמ' 1131). במקרה דנן, כאשר העד מסר שהסרט נערך על ידו תוך הדבקת קטעים שונים בלבד וללא התערבות נוספת בחומר המצולם. העד אף ציין כי פעל כעיתונאי, מתוך מטרה לשקף את המצב העובדתי ולצורכי פרנסה. בנסיבות אלה, יש לקבוע כי אכן התקיימו תנאי הקבילות.

אשר על כן, השאלה היחידה היכולה להתעורר נוגעת למשקל שיינתן לאותו סרט. בעניין זה קיימת חשיבות לגרסה הנמסרת על ידי העורך באשר למניפולציות אשר עלולות היו להיעשות על ידו בחומרים. במקרה דנן, העד לא טען ששינה את תוכן הסרטים בהם עשה שימוש, אלא כי "הדביק" קטעים שונים, אשר המצולם בהם התרחש בהפגנות בבילעין בלבד (ראה פרוטוקול מיום 15.11.09 עמ' 11 שו' 56). יש לזכור כי אין מדובר באדם אשר היה לו אינטרס להפלייל את המערער או להציג את המציאות באופן הנוח לרשויות האכיפה. על כן, הרציונאל העיקרי לחשש מפני הסתמכות על סרט ערוך אינו מתקיים במקרה הנוכחי. עם זאת, אין להתעלם ממגבלות הסרט אשר אינו מתעד אירועים מלאים ואף אינו נותן כל אינדיקציה בנוגע למועדים בהם צולם.

בהתאם, המערער לא טען כי הסרט מעוות את המציאות, אלא הכחיש טוטאלית כי הוא מצולם בסרט, טענה אשר נסתרה על ידי עד התביעה 8 ואף על ידי עד ההגנה. גם מצפייה בסרט בולטת טענה זו בחוסר כנותה.

אגב כך יש לדחות את טענת הסנגורית בנוגע לשאלת מקוריות הסרט. משזיהה העד את הסרט ומסר כי הוא ערך אותו אין מתעוררת כל שאלה בדבר מקוריות הראיה (ראה עניין **חמיס הנ"ל**). ארשה לעצמי לציין כי בעידן הדיגיטלי, כאשר אין בהעתקה כדי לפגוע באיכות הראיה, מצטמצם ההיגיון שמאחורי כלל הראיה הטובה ביותר (וראה בסוגיה זו **ע"א 6205/98 אונגר נ' עופר, פ"ד נה(5) 71, ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150**).

על כן, אין בטענה שלא כל הסרט צולם על ידי עד התביעה 8 ושהתביעה לא הצביעה על מקור הצילום כדי לפגום בקבילותו. זאת בעוד, נושא המשקל נתון כאמור להכרעתו של בית משפט קמא, כאשר אחזור ואציין שלא מצאתי עילה להתערב בקביעותו בעניין זה.

לאור כל המתואר לעיל, ולאור קביעת בית משפט קמא לפיה יש להעניק משקל מלא לסרט הוידאו, אין כל מניעה לראות בו הן ראיה מחזקת לאמרותיהם של עדי התביעה 5 ו-7 הנוגעות לעבירת ההסתה בה הואשם המערער, והן כראיה עצמאית לעבירת הפעילות נגד הסדר הציבורי.

בסרט נראה המערער בבירור משתתף במספר לא מועט של הפגנות. למרות שניכר כי הסרט עבר עריכה, ברי כי הוא מורכב מצילומים רבים ממועדים שונים ובעת הפגנות שונות. המערער מופיע בסרט שוב ושוב במהלך ההפגנות ואף ניתן לראות בבירור כיצד זורק מים ובקבוק, מכה באמצעות מוט ועליו דגל על רכב כוחות הביטחון ובהמשך משליך את המוט לעבר שוטר מג"ב, כפי שיוחס לו בכתב האישום.

8. שמינית, טוענת הסנגורית כי שגה בית משפט קמא עת הרשיע את המערער בעבירת פעילות נגד הסדר הציבורי, עליה לא נחקר או הוזהר כחוק, ובלא הנמקה ראויה.

אין לי אלא להביע תמיהה באשר לטענה האמורה. ביום 10.7.09 נחקר המערער באזהרה בגין הפרת הוראה חוקית. שלושה ימים לאחר מכן, ביום 13.7.09 נחקר אודות חשד שתומצת על ידי החוקר כך: **"פעילות הפס"ד בכך שהשתתפת התהלכות נגד הגדר והסתת צעירים לביצוע פעילות הפס"ד במהלכן וזה בניגוד לחוק"**.

הנה כי כן, המערער הוזהר על ידי החוקר בכל הנוגע לחשדות הרלוונטיים לכתב האישום. לא זו אף זו, כי המערער עומת עם החשד שהיה חבר בוועדת הגדר, עם עדויות לגבי אמירותיו אשר עודדו צעירים להשליך אבנים וכן הוצגו בפניו ראיות מצולמות הקושרות אותו לתהלכות נגד הגדר. למותר לציין כי האמרה נגבתה ותועדה בשפה הערבית ובמסגרתה המערער כפר באופן מוחלט במיוחס לו.

עוד טוענת הסנגורית כי עבירת הפרת הסדר הציבורי נבלעת בתוך עבירת ההסתה. אין לי אלא לדחות טענתה זו של הסנגורית. יסודותיה של עבירת ההסתה שונים בתכלית מיסודותיה של עבירת הפרת הסדר הציבורי. כשם שעבירת יידוי אבנים אינה נבלעת בעבירת הסתה ליידוי האבנים כך עבירת הפרת הסדר הציבורי אינה נבלעת בעבירת ההסתה.

זאת ועוד, פרט האישום השני מתייחס למעשים ספציפיים של המערער, זריקת בקבוק מים ודגל, אשר אכן מהווים עבירה של פעילות נגד הסדר הציבורי אך ספק רב אם נכללים בגד מעשי הסתה.

אשר על כן, הנני דוחה אף טענה זו.

9. טענתה התשיעית של הסנגורית נוגעת להעדר קשר סיבתי בין מעשיו של המערער ליידוי האבנים על ידי המפגינים.

סעיף 251(ב)(1) [לצו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\]](#), תש"ע – 2009 (אשר בא במקומו של סעיף 7(א) לצו בדבר איסור פעולות הסתה ותעמולה עוינת, תשכ"ז-1967) קובע כדלקמן:

"אדם אשר:

מנסה, בין בעל פה ובין באופן אחר, להשפיע על דעת הקהל באזור באופן העלול לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי"

נראה כי מקורו של הסעיף בתקנה 142 [לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945 אשר זהו ניסוחה :

142. תעמולה

(1) כל אדם, אשר -

(א) משתדל, בין בעל-פה ובין באופן אחר, להשפיע על דעת הקהל... באופן העלול להיות פוגע בשלומו של הציבור, בהגנה או בקיומו של הסדר הציבורי.

הסנגורית מבקשת לקרוא את סעיף 251(ב) הנ"ל ככולל דרישה לתוצאת פגיעה בשלום הציבור או בסדר הציבורי ולקשר סיבתי בין פעולת הנאשם לבין תוצאה זו. יש לדחות טענה זו.

מלשון סעיף 251 הנ"ל עולה בבירור כי מדובר בעבירה התנהגותית שאינה תלויה תוצאה. לשון הסעיף ברורה. המדובר בניסיון של אדם להשפיע על דעת הקהל. אין הכרח כי ניסיון זה יתממש. מעצם טיבו של הניסיון כי אינו מחייב את התרחשות התוצאה.

יחד עם זאת, מצאתי להוסיף על הדברים מספר הערות בנוגע ליסודות עבירת ההסתה באזור, ככל שאלה רלוונטיות לבחינת אשמתו של המערער.

לצורך כך אף מעניין להשוות את נוסחו של סעיף 251 עם הוראות דומות בחוק הישראלי, כאשר נקדים ונאמר כי אין קיימת בחוק הישראלי הוראה מקבילה. שלוש הן ההוראות הרלוונטיות לענייננו [בחוק העונשין](#), תשל"ז - 1977. המכנה המשותף לשלושתן הינו כי מדובר בעבירות המטילות הגבלה על חופש הביטוי מתוך מטרה למנוע מעשה אלימות למיניהם. שלושת הסעיפים מתייחסים לפרסום המרדה, לפרסום המסית לגזענות או לפרסום המסית לאלימות או לטרור. יחד עם זאת, לנוכח ההגדרה הרחבה של "פרסום" בסעיף 34 כד [לחוק העונשין](#), הכוללת אף התבטאויות בעל פה בציבור, אין לומר כי בכך טמון הבדל בין ההוראות הישראליות לבין עבירת ההסתה באזור.

ס' 134(א) לחוק קובע עבירה של פרסומי המרדה:

"המפרסם, מדפיס או משעתק פרסום ויש בו כדי להמריד, דינו - מאסר חמש שנים והפרסום יחולט"

ס' 144ב לחוק קובע איסור פרסום הסתה לגזענות:

(א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים.

(ב) לענין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

ואילו עניינו של ס' 2ד144, שהוסף [לחקק העונשין](#) בשנת 2002 והחליף את ס' 4 לפקודה למניעת טרור, בהסתה לאלימות או לטרור:

(א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה - פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו - מאסר חמש שנים.

נקל להבחין כי אף אחד מהסעיפים אינו זהה לסעיף 251 לצו בדבר הוראות ביטחון. עם זאת, אין ספק כי עיון בפסיקת בתי המשפט הישראליים באשר ליסודות העבירות הנ"ל ילמד על דמיון רב. כאן כשם, המדובר ברכיב התנהגותי אחד, בישראל של פרסום ובאזור של מעשה שלא הוגדר, וברכיבים נסיבתיים. בענייננו רכיבים אלה הם שניים, קיומו של קהל הניתן להשפעה ואפשרות הפגיעה בשלום הציבור.

בהתאם, דומני כי בהשוואת ההוראה באזור להוראות עליהן עמדנו ניתן אף להסיק אודות היסוד הנפשי הנדרש. בהעדר דרישה לכוונה מיוחדת, נראה כי די במחשבה פלילית על מנת להתחייב בעבירת הסתה. מסקנה זו מתחזקת לנוכח האבחנה הקיימת בפרשנות ההוראות הישראליות. באיסור פרסום הסתה לגזענות קיימת דרישת מטרה "**במטרה להסית לגזענות**", אשר פורשה כמלמדת על צורך בכוונה מיוחדת. לעומת זאת, בעבירות ההמרדה וההסתה לאלימות נעדרת דרישת המטרה, כאשר שם המדובר בפרסום ש"**יש בו כדי להמריד**" או ש"**יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות**", יסודות שפורשו כאינם מלמדים על צורך בכוונה.

בדומה, אצלנו ניתן ללמוד מהדרישה לכך שהפנייה תעשה "**באופן העלול לפגוע בשלום הציבור או בסדר הציבורי**" כמחייבת מחשבה פלילית בלבד. אשר על כן, יש לקבוע כי במישור הנפשי נדרש להוכיח שהתקיימה אצל הנאשם מודעות לטיב התנהגותו, ולרכיבים הנסיבתיים, ובכלל זה מודעות לכך שמעשהו עלול לפגוע כאמור.

שאלה נוספת נוגעת לצורך בבחינת הסתברות הפגיעה. יש לומר כי דרישת מבחן הסתברותי העסיקה לא מעט את הפסיקה הישראלית. בעוד בפסק הדין בעניין **אלבה** (ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ** 5) 221), שעניינו איסור פרסום הסתה לגזענות, נקבע בדעת רוב כי אין צורך ליישם מבחן זה, באשר לעבירת ההמרדה צידדו שופטי הרוב בצורך בקיום רכיב הסתברותי כאמור (דנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נ** 5) 145). בדומה, נקבע על ידי בית המשפט המחוזי בקשר לעבירת ההסתה לאלימות (ע"פ (י-ם) 4715/09 **מדינת ישראל נ' בן חורין** (פורסם בנבו)).

סבורני כי לנוכח לשון הסעיף באזור, מתחייבת המסקנה בדבר צורך בבחינת הסתברות הפגיעה. בדומה לעבירת ההמרדה ולהסתה לאלימות הקובעות רכיב נסיבתי של "**יש בו כדי להמריד**" או "**אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות**", גם במינוח שנקט באזור, קרי "**עלול לפגוע**" יש ללמד על צורך בהסתברות לפגיעה (ודוק, זאת בשונה מעבירת פרסום הסתה לגזענות המתייחד

בדרישה מחמירה של מטרה המוסיפה לרמת היסוד הנפשי כמשקל נגד למבחן ההסתברות בעבירות האחרות). ואכן, כך נקבע עוד בפרשת קול העם הידועה:

"אולם כתוב בסעיף 19(2)(א): "עלול לסכן". למה מתכוון המונח "עלול"? התשובה לשאלה זו תלויה בבחירה באחת משתי גישות אפשריות. לפי הגישה האחת, מספיק הוא - לשם קיום התנאי הנקוב בסעיף-החוק האמור שדברי הפרסום יגלו אך נטית - ואפילו נטיה קלה או רחוקה - בכיוון אחת התוצאות שכללנו במושג "סיכון שלום הציבור". ואילו לפי הגישה השנייה, חייב שר-הפנים להשתכנע מראש, שבין דברי הפרסום - בהתחשב במסיבות שבהן נתפרסמו - לבין האפשרות שתצמח אחת התוצאות הנ"ל נוצר קשר המחייב את המסקנה, שהאירוע של אותה תוצאה הוא קרוב לודאי במובן של "probable". הננו סבורים, כי הגישה השנייה היא המשקפת את כוונת המחוקק בסעיף 19(2)(א) הנ"ל" (בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פד"י ז(1) 871).

וכן ראה פסק הדין בעניין כהנא לעיל:

"כאשר עמד בית המשפט בפני פירוש תיבה המעידה על פי לשונה על קיום מבחן הסתברותי, כגון "עלול", או "שיש בו לפגוע", יצא בית המשפט מתוך הנחה בדבר קיומו של מבחן הסתברותי, ומיקד את דיונו בשקילת מידת ההסתברות הנדרשת להתרחשות הפגיעה בערך".

מכאן, כי נדרש להתקיים יסוד הסתברותי שמעשי הנאשם אכן עלולים להשפיע על דעת הקהל באופן העלול לפגוע. שאלה מעניינת נוספת נוגעת לרמת ההסתברות הנדרשת. ברבים מן המקרים אימצה הפסיקה את מבחן "הוודאות הקרובה" כאמת המידה לרמת ההסתברות. יחד עם זאת, שאלה זו הינה במידה רבה תלויה הערכים המתנגשים (ראה דברי השופט אור בפסק דין כהנא הנ"ל).

אלא שבמקרה דנן, סבורני כי אין כל צורך בהכרעה באשר לרמת ההסתברות. דעתי היא כי התנהגות המערער והתבטאויותיו מגבשות הסתברות לפגיעה בשלום הציבור ובסדר הציבורי ברמה הגבוהה ביותר. אין מחלוקת של ממש כי מעשי המערער נועדו להשפיע על דעת הקהל להשתתף בהפגנות במהלכן מופר הסדר הציבורי. המערער אף קרא ישירות להפרת הסדר ולפגיעה באנשי כוחות הביטחון. בית המשפט קיבל את אמרותיהם של מספר עדים שהבהירו כי המערער ארגן את הנוכחים, חילק אותם לקבוצות אשר אחת מהן נועדה ליידות אבנים, הסית את הנוכחים בהפגנות וקרא להם לתקוף את החיילים, להתקדם ולהשליך לעברם אבנים. נראה כי אין צורך להכביר מילים אודות הפוטנציאל לפגיעה בסדר הציבורי הטמון במעשים אלה. אשר על כן, בשונה מההתלבטויות שפורטו בחלק גדול מפסקי הדין המתייחסים לעבירות ההסתה ודומות להן, במקרה דנן, אין מדובר בקריאה כללית העלולה לעודד אלימות המופרחת לאוויר העולם ללא יעוד מוחשי, אלא במעשים ובאמירות קונקרטיים המכוונים לקהל יעד ברור המוכן לקלוט את המסר וליישמו באופן מיידי.

למעלה מן הצורך, בהקשר זה יש לדחות את טענת הסנגורית כי ייזוי האבנים היה אך כתגובה להריגתו של אחד המפגינים בתאריך 17.4.09. בעניין זה מבקשת הסנגורית לסמוך על דבריו של עד התביעה 6. אולם, קריאה לא מוטה של דברי העד תלמד כי אינו מתייחס למועד הריגת המפגין כמועד כללי לתחילת ייזוי האבנים ואף לא כסיבה למעשים דומים. הוא מתייחס באימרתו הן להפגנה שהתרחשה במועד האמור, ואשר בעקבות הריגת המפגין התדרדרה להפרות סדר שכללו ייזוי אבנים, והן להפגנות אחרות במהלכן יידו אבנים ללא קשר למות המפגין.

בנסיבות אלה, לא רק שיש לדחות את טענת הסנגורית, אלא שיש לקבוע כי במעשיו עבר המערער עבירה של הסתה כמתואר בכתב האישום.

10. טענתה האחרונה של הסנגורית בעניין הכרעת הדין נוגעת להתעלמות בית משפט קמא מעדות עד התביעה 2 לפיה, לכאורה, המערער נקרא להיכנס לשטח הצבאי הסגור על ידו, דבר הסותר את ההרשעה בעבירה של הפרת צו בדבר שטח צבאי סגור. כן טוענת הסנגורית כי הצו לא הוגש אלא במסגרת סיכומי התביעה.

ראשית, יש לומר כי אכן טוב היה אם הצו בדבר שטח צבאי סגור היה מוגש במהלך הדיון תוך מתן אפשרות לסנגוריה להתייחס אליו. אמת, הגדרת "תחיקת הביטחון" המופיעה בסעיף 1(39) לצו בדבר פרשנות, התשמ"ב - 1981 כוללת בתוכה אף הכרזה על שטח צבאי סגור דוגמת זו הקשורה לענייננו. אשר על כן, לכאורה המדובר בהוראה חוקית שאינה צריכה ראייה, ועל כן, אף פטורה הייתה תביעה מהצגתה. אלא שכבר עמדנו על הקושי שבהעדר מדרג נורמטיבי בין מכלול ההוראות, הצווים והמנשרים המהווים את תחיקת הביטחון ([עד"י 4869/07 התוב"ץ נ' הודלי](#) (פורסם בנבו)). בנסיבות אלה מצופה שהתביעה לא תסתמך על פרשנות פורמליסטית אלא תגיש הוראות פרטניות, דוגמת ההכרזה הנוכחית, בדרכים המקובלות במשפט פלילי.

אלא שגם אם כלל לא היה מוגש המסמך האמור, אין לומר כי יש בכך כדי להביא לבטלות ההרשעה. ההכרזה על שטח צבאי סגור מהווה עובדה אשר ניתן להוכיחה ככל עובדה במשפט הפלילי גם באמצעות ראיות נסיבתיות. ואכן, במקרה הנוכחי קיימות ראיות נסיבתיות למכביר, כפי שפורטו על ידי בית משפט קמא בהכרעת דינו. לא זו אף זו, כי בית המשפט סמך את ההרשעה בפרט האישום השלישי על מספר ראיות חד משמעיות לפיהן אכן נכנס המערער לשטח הצבאי הסגור.

הסנגורית ביקשה להיתלות בדבריו של עד התביעה 2 לפיהם הוא אשר הוביל את המערער אל "השטח הישראלי" כמוכיחים שהמערער לא הפר את ההכרזה על שטח צבאי סגור. טענה עובדתית זו של הסנגורית נטולת בסיס. עדותו של עד התביעה 2 מדברת בעד עצמה. לפיה, המערער נכנס לגבולות השטח שהוכרז כשטח צבאי סגור אך יצא ממנו לפני מעצרו. הציטוט אליו מתייחסת הסנגורית מתאר את שארע לאחר מכן, כאשר לאחר המעצר הועבר המערער לשטח בו שהו החיילים, בפיו של העד "השטח הכחול", המאובחן מהשטח הצבאי הסגור. הנה כי כן, דברי העד ברורים ומצטרפים ליתר הראיות לפיהן המערער אכן ביצע את העבירה.

על כך יש להוסיף כי מתוך עיון בראיות לא יכולה להיות כל מחלוקת כי עובדת ההכרזה על שטח צבאי סגור הייתה ידועה למערער. השטח המדובר מתוחם, קיימות עדויות שהוכרז מספר פעמים בשלוש שפות כולל בשפה הערבית כי המדובר בשטח צבאי סגור, כל זאת כאשר יש לזכור כי אין זו השתתפותו הראשונה של המערער בהפגנות באותו מקום.

סיכום ביניים

נוכח מסקנותיי אלה, ולאחר שהתרשמתי כי אכן קיימות ראיות חד משמעיות כי המערער ביצע את המיוחס לו כפי שהובהר בהכרעת דינו של בית משפט קמא, הנני קובע כי יש לדחות את ערעור הסנגוריה כנגד הכרעת הדין.

הערעורים כנגד גזר הדין

גדרי ענישה בעבירות הסתה

הדילמה המלווה את ענישתן של עבירות הסתה למיניהן מצויה בראש ובראשונה במתח המתמיד המתקיים בין הרצון להותיר חופש ביטוי מרבי גם באשר לאמירות ולמעשים המקוממים את רוב הציבור, לבין הצורך לשמור על שלומה וביטחונה של החברה.

אשר על כן, נקבע לא אחת כי על הענישה בעבירות אלה להיות מדודה.

אלא שניסיון המערער ובאי כוחו להכניס את מעשיו אל גדר חופש הביטוי והמחאה הלגיטימית נגד הקמת גדר אשר נתפסת בעיניהם כפסולה ודורסנית, נועד לכישלון מיסודו.

נקודת המוצא בקביעת עונשו של המערער רחוקה מאוד מלהימצא בדילמה הקבועה המתעוררת בין חופש הביטוי לצורכי הביטחון עליה עמדנו.

פעילות המערער, כפי שבאה לידי ביטוי בראיות כולן, ובכלל זה בתיעוד חזותי, אינה מצויה כלל בתחומי חופש הביטוי הלגיטימי, לא רק באזור המצוי תחת משטר צבאי, אלא אף בכל קנה מידה של מדינה דמוקרטית.

פעילות המערער גם אם אינה פעילות חבלנית כוללת רכיבים לא מבוטלים של הסתה ועידוד לאלימות אשר הדעת אינה סובלת כי יותרו. הסתה למעשי אלימות, לתקיפת שוטרים וחיילים ולידוויי אבנים וחפצים אחרים אינה מסוג המעשים אשר ניתן לכלול אותם בין תחומי חופש הביטוי הנסבל והבעה לגיטימית של עמדה (ראה בעניין זה פרשת **אלבה** הנ"ל). לא זו אף זו, כי המערער לא טמן ידו בצלחת ואף הוא היה שותף פעיל במעשים לא קלים נגד אנשי כוחות

הביטחון. הנה כי כן, המערער לא הוביל הפגנות שלום בלתי אלימות, כטענה אשר הושמעה, אלא הסית להתפרעויות של ממש.

זאת ועוד, עמדנו על כך שפעולותיו של המערער לא היו בבחינת הבעת עמדה תיאורטית או קריאה כללית המופרחת לאוויר העולם ללא יעוד מוחשי, ואשר עלולה בסיטואציה לא ידועה לעודד אלימות, אלא במעשים ובאמירות בעלי יעוד מוחשי המכוונים לקהל יעד ברור המוכן לקלוט את המסר וליישמו באופן מיידי, כפי שיוכחו תוצאותיו. בעניין זה יש להדגיש את מעורבותם של צעירים באותן התפרעויות בהנהגת המערער, תוך ציון כי יש לראות בהשפעה על צעירים, אשר מטבעם נתונים יותר להשפעה, נסיבה נוספת לחומרה.

מן הפן האמור יש לקבוע, על כן, באופן ברור כי אין בפנינו מקרה בו יוכל הנאשם לטעון למחאה לגיטימית החוסה תחת הזכות לחופש ביטוי. בעניין זה יצוין כי הסנגוריה הפנתה לפסיקת בג"ץ אשר קיבלה את טענות התושבים והורתה על הזזת הגדר, אשר על פי טענתה לא כובדה על ידי הרשויות. גם בעניין זה לא יהיה כדי להושיע את המערער. כשם שתושבי בילעין ידעו לפנות בדרכים לגיטימיות על מנת להציג את טענותיהם, יש לצפות שימשיכו בדרך זו, תוך שימוש בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותם, ובכלל זה לא הייתי פוסל, לו זה היה הנושא העומד על הפרק, הפגנה לא אלימה שנועדה לעורר דעת קהל. מהסרט נראה כי אכן היו פעולות שכאלה, אך אלה אינן עומדות לדיון בענייננו, אלא אותן הפגנות אלימות אשר המערער היה בין מוביליהן.

באבחנה האמורה בין הסתה מוכוונת מטרה, לפרסום בעל פוטנציאל הסתה, יש אף לאבחן בין התקדימים אליהם הפנתה הסנגורית לבין ענייננו אנו. מקרים בהם פורסמו ספרים העשויים להתפרש כהסתה (עניין **בן חורין הנ"ל**), סיסמאות גזעניות (**ת"פ (כפר סבא) 2110/03 מדינת ישראל נ' פנירי ואח'**, תק-של 2005 (2) 12397) או התבטאויות בתוכנית טלוויזיה (**ת"פ (י-ם) 1831/06 מדינת ישראל נ' פדרמן**, תק-של 20009 (3) 23716), אינם מתקרבים בחומרתם לקריאה ישירה לפגוע בחיילים. ואם בעבירות אלה ראה בית המשפט לגזור מאסר בפועל לא קצר, הרי שכך יש לנהוג במקרה דנן בבחינת קל וחומר.

תפקידו של המערער

עניינו של המערער נבדל משל אחרים גם על רקע תפקידו. עמדנו על כך שקיימת הבחנה ברורה בין מובילי ההפגנות האלימות ומנהיגיהן לבין המשתתפים מן השורה. כמו בעניינים רבים אחרים, עיקר מאמצי האכיפה צריכים להיות מופנים כלפי מחוללי העבירות, העומדים בראשן, בעלי ההשפעה וקובעי הטון.

אין ספק כי במעשיו מיקם עצמו המערער בין חברי קבוצה זו. המערער הינו אחד מחברי הועדה היוזמת והמארגנת את ההפגנות. הוא הורשע בכך שהסית את משתתפי ההפגנות לנהוג באלימות כלפי כוחות הביטחון, כאשר הסתה זו נשאה פרי. נשיאת משרה בקבוצה מאורגנת, אשר שמה לה למטרה לבצע עבירות גם אם לא מהחמורות עלי ספר החוקים, מוסיפה נופך חומרה למעשיו של המערער.

גם מן ההיבט האמור ראוי המערער לענישה מחמירה.

אופיין של העבירות

עמדנו בהרחבה על העבירות בהן הורשע המערער. חומרן היחסית ברורה. הכוונת עשרות מפגינים, דרבון חלקים מהם לנהוג באלימות ובכלל זה ביידוי חפצים כלפי אנשי כוחות הביטחון אינם מעשים של מה בכך. לא זו אף זו, כי המדובר בפעילות מתמשכת ומאורגנת, שתי נסיבות בעלות משקל משמעותי לבחינת העונש ההולם. ואכן, אינו דומה מעשה ספונטאני למעשה מחושב, מתוכנן ומאורגן דוגמת ביטויי האלימות אשר המערער היה בין יוזמיהם. הסתה מתמשכת של קהל רחב לפגוע בכוחות הביטחון מחייבת תגובה עונשית בלתי מתפשרת.

אשר על כן, לא רק מן ההיבט של מיקומו של המערער בעשייה העבריינית, אלא גם מהיבט זה הנוגע לאופיין של העבירות עולה הצורך בענישה משמעותית.

לצד האמור יש לסייג את הדברים ולציין כי אם נבחן את הפעולות הפיזיות אותן ביצע המערער במישרין, היינו זריקת בקבוק המים והכאה עם הדגל על גיף ובהמשך השלכת הדגל לעבר החיילים, יש לקבוע כי אלה אינם נמצאים ברובד העליון של האלימות והם מבטאים בעיקר התרסה. אלא שכאמור המדובר בהמשך ישיר לפועלו של המערער בהסתה.

נזקי העבירות

אין צורך להיות מצוי בהווה הביטחונית המיוחדת של האזור על מנת להבחין בפגיעה הקשה הנגרמת מפעילות המערער, שותפיו וההולכים לאורם, ברבדים שונים. בניגוד לרצון לצייר פעילות זו כהתקוממות עממית ספונטנית, ברי כי בפנינו עשייה מאורגנת, מדוברת היטב, אשר תוצאותיה פגיעה חוזרת ונשנית בסדר הציבורי ובכוחות הביטחון.

לטעמי, פגיעה זו אינה מתבטאת דווקא במספר הקורבנות בנפש או בפגיעה הכלכלית אשר פורטה בחוות הדעת שהוגשה לבית המשפט קמא, אלא בראש ובראשונה בשחיקת מעמדם של כוחות הביטחון וברמיסה שיטתית של החוק. נקל היה להבחין כי ההתרסה האמורה נגד ריבונות המפקד הצבאי היא העומדת על הפרק. אלא שכאמור התרסה זו לא מצאה את ביטויה באפיקים לגיטימיים או נסבלים, אלא בהפרות סדר המוניות שכללו אלימות, זריקת אבנים וחפצים שונים. המערער הינו דמות דומיננטית בפעילות זו.

עמדנו לא פעם על ייחודיות הפגיעה באנשי כוחות הביטחון על רקע המציאות המיוחדת באזור. כך קבענו בעניין אלאפנדי:

"עמדנו לא אחת על החומרה הטמונה בכל פגיעה בסממני שלטון החוק באזור, ובעיקר בחיילי צה"ל ובשוטרי משטרת ישראל העוסקים, יום-יום

ושעה-שעה באכיפת החוק ובשמירה על הסדר הציבורי, במציאות לא פשוטה. אשר על כן, אין ספק כי לא ניתן להשלים עם תופעות כגון זו שנתגלתה בתיק הנוכחי..." (ע"מ 4203/08 אלאפנדי נ' התוב"ץ [פדאור (לא פורסם) 08 (34) 360]).

ובאופן דומה:

"אין ספק כי עבירה של פגיעה בחייל הינה עבירה חמורה. חיילי צה"ל, כמו שאר כוחות הביטחון הפועלים בשטחי יהודה ושומרון, עושים ימים ולילות בשמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחון האיזור. לא קלה היא משימתם של חיילים אלה, ואין צריך לומר כי אין הם זוכים לאהדה ולתמיכת האוכלוסיה המקומית. פגיעה בחייל חמורה היא מפגיעה באדם מן היישוב, שכן מעבר לפגיעה הפיסית יש כאן אף פגיעה בשלטון החוק ובמי שנשלחו למלא משימתם ע"י מפקד האיזור" (עד"י 145/00 התוב"ץ נ' זייתון [פדאור (לא פורסם) 00 (10) 613], וכן עד"י 235/02 התוב"ץ נ' אלעבאסי [פדאור (לא פורסם) 02 (15) 437]).

אף בית המשפט העליון עמד על ייחודיות הפגיעה בשוטרים:

"מעשיהם של המערערים, שכללו איומים ותקיפה של שוטרים הממלאים תפקיד ציבורי על פי דין, הינם בבחינת התנהגות פלילית חמורה ושלוחת כל רסן אשר קוראת תיגר על אושיות שלטון החוק תוך התעלמות מופגנת מנורמות ההתנהגות הראויות שיש להקפיד עליהן" (ע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל [פדאור (לא פורסם) 09 (9) 458]).

על רקע זה לא מצאתי לנכון לייחס משמעות רבה לחוות הדעת שהוגשה על ידי התביעה. נראה כי אין צורך בחוות דעת על מנת לקבוע את הידוע לכול, כי בהפגנות על רקע בניית מכשול התפר נגרמו פגיעות בנפש וברכוש לכוחות הביטחון ולמפגינים עצמם. דומה כי אין צורך להכביר מילים אודות חריפות הפגיעות האמורות, אשר לצערנו הגיעו עד כדי מוות. כמי שהסית למעשי אלימות מצד המפגינים, אשר צפויים היו לגרום לתגובה של כוחות הביטחון, אין מנוס מן הקביעה כי המערער נושא אף הוא בנטל המוסרי לפגיעות בנפש שנגרמו לניצבים משני עברי המתרס.

לא זו אף זו, כי אין ספק כי הצבת כוח שיטורי בקנה מידה נרחב אל מול ההמון המוסת מהווה נטל כלכלי לא מבוטל ויש בו לפגוע בשמירת הביטחון במקומות אחרים.

אגב כך אציין כנסיבה נוספת שלא לתת משקל משמעותי לפרטים המופיעים בחוות הדעת את העובדה כי זו אינה מבחינה בין האירועים בבילעין ובנעליון. ניתן לגזור, על כן, מחוות הדעת מסקנות כלליות בדבר אופי הנזק הטמון באותן הפגנות אלימות, אך לא באשר להיקפו או למידתו, זאת במיוחד על רקע העובדה כי אין כל ראיה כי המערער השתתף בכלל ההפגנות. עם זאת, יש לדחות את טענת ההגנה נגד קבילות חוות הדעת אשר נערכה כדן.

יישום של שיקולי הענישה במקרה הנוכחי

מטרות הענישה מגוונות, מהן נגזרים השיקולים אשר על בית המשפט להציב לנגד עיניו בבואו לקבוע את גזר הדין. חלקם מכוונים לגמול לעבריין על פגיעתו בערכי החברה. חלקם נועדו להרתיעו ולהרתיע אחרים לבל יהינו לבצע מעשים אסורים דוגמת אלה בהם הורשע. לצד אלה נועד מקום מרכזי לשיקום העבריין ולמתן אפשרות נאותה להשתלבותו מחדש בחיים נורמטיביים.

עד כאן עמדנו על היבטי החומרה המצדיקים לתת משקל מרכזי לשיקולי הגמול וההרתעה. אין ספק כי נוכח מעשיו החוזרים ונשנים של המערער ולאור מעמדו יש מקום להכביד בענישה מתוך מטרה הרתעתית. הדברים נדרשים במיוחד על רקע מהות עבירת ההסתה.

לצד האמור, נשאלת השאלה באיזו מידה ניתן במקרה הנוכחי לבחון שיקולי שיקום. מחד גיסא, יש לציין כי זו הרשעתו הראשונה של המערער, כך שעל פי העקרונות הכלליים לפיהם אנו פועלים יש מקום לתת לו הזדמנות לשפר את דרכיו. ניתן היה אף לטעון כי לנוכח העובדה כי בפנינו הרשעה תקדימית במובנים רבים בנוגע לעבירת ההסתה שלא נקבעה לגביה רמת ענישה, לא ניתנה הזדמנות למערער לעמוד על חומרת מעשיו.

איני סבור כי יש ממש בטענות אלה. יש לזכור כי המערער אדם בוגר אשר לא רק שבחר להשתתף פעם אחר פעם בהפגנות אלימות אלא שהוביל אותן תוך הסתה לפגיעה בסדר הציבורי. לא שמענו מן המערער דברי חרטה או הפנמה. ההפך הוא הנכון, המערער הכחיש באופן גורף אף כאשר מולו הוקרנו תמונות שאינן מותירות ספק כי הוא הדמות המצולמת בהן.

הנה כי כן, נראה כי בפנינו אדם המונע מאידיאולוגיה בלתי מתפשרת אשר ספק אם ניתן לצפות שבהקלה בעונש יאמץ לעצמו דרכי התנהלות שונות.

העולה מן המקובץ, כי אין מנוס מהקביעה שבענייננו יש לתת את הבכורה לשיקולי הגמול וההרתעה.

ענישה תקדימית כנסיבה מקלה

כבר עמדנו על כך כי אין רמת ענישה סדורה בעבירת הסתה באזור. המדובר בעבירה אשר רשויות האכיפה אינן מרבות לעשות בה שימוש, ומצאנו רק פסיקה מועטה ובלתי רלוונטית לנסיבות העבירה (ראה לדוגמה תיק בל/1114/72 **התוב"ץ נ' שיינבוים**, פש"ם ג' 346, ובמידה פחותה תיק עז/417/67 **התוב"ץ נ' סיאם**, פש"ם א' 25). סבורני כי לעובדה האמורה יש חשיבות לעניין העונש. כבר קבענו באופן דומה:

"לכסוף, צדק רב מצאתי בקביעת ביהמ"ש קמא כי, בהיות המקרה תקדימי, אין למצות את הדין עם המשיבים. גישה זו הינה נחלת שיטות המשפט הנאורות, בבחינת "אין עונשין אלא אם כן מזהירים" ... וכך נהגו אף אנו

בתחומים בהם האכיפה החלה לאחר תקופות של העדר מעש" (עדי"י 1479/08

התוב"ץ נ' צבארנה [פדאור (לא פורסם) 08 (8) 519].

ואכן, נראה כי יש לתת ביטוי לעקרון האמור בקביעת עונשו של המערער.

החמרה בעבירה המהווה מכת מדינה

מן העבר השני, אין מנוס מהקביעה כי מהיבטים רבים מעשיו של המערער מהווים מעין "מכת מדינה". אכן, אין לומר כי רבים הועמדו לדין בגין הסתה בתחומי האזור. עם זאת, כאשר המדובר בהתנהלות חוזרת ונשנית של המערער ושל דמויות נוספות הפועלות כדוגמתו, התנהגות הגורמת להפרות סדר בקנה מידה לא מבוטל ואשר חוקו במוקדים אחרים, נראה כי בפנינו תופעה רחבת היקף. ככל תופעה עבריינית פושה יש מקום להחמיר בענישה על מנת לתרום למיגורה. כך נקבע לדוגמה בעניין **נואורה** :

"דוגמאות הממחישות את הרחבתם של גזרי שיקול הדעת לעת גזר הדין, עניינן – למשל – המשקל הניתן להיותה של העבירה "מכת מדינה" או שעה שמדובר בעבירות שיש צורך לגביהן בהרתעת הרבים. אף שמדובר במרכיבים שהם "חיצוניים" לנאשם המסוים שגורלו מונח בכף או לאירוע בו השתתף, נלקחים מרכיבים אלה בחשבון כאשר נגזר דינו" (רע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נואורה (פורסם בנבו)).

אשר על כן, מן הראוי שגם שיקול זה, אשר לו הגיון רב לאור נסיבות ביצוע העבירות בתיק הנוכחי, ינחה אותנו בבואנו לקבוע את עונשו של המערער.

נסיבותיו האישיות של המערער

אין ספק כי עומדות למערער נסיבות אישיות רלוונטיות לענישה. כבר עמדנו על כך שזו הרשעתו הראשונה של המערער. הוא בן 39 ואב ל-9 ילדים. אין אף להתעלם מטענת סנגוריתו כי משפחתו נפגעה קשה ממעצרו ולו מן הטעם כי הוא מפרנסה היחידי.

שקלול והכרעה

לאחר שפרשנו את השיקולים הרלוונטיים לענייננו, יש לגשת לבחינת העונש שנגזר על ידי בית משפט קמא ולהלימתו את העבירות בהן הורשע המערער.

יאמר מייד כי בית משפט קמא התייחס בגזר דינו המקיף לעיקר השיקולים הרלוונטיים. יחד עם זאת, הגעתי למסקנה כי גם אם אכן כך, העונש שנקבע בסופו של יום אינו מאזן נכונה בין כלל השיקולים עליהם עמדנו.

בראש ובראשונה, נראה לי כי, בשים לב למעשי המערער, אין מתקיים במקרה הנוכחי מנעד עונשי ראוי בין רמת הענישה הקבועה לעבירות יידוי האבנים למיניהן לבין העונש שהוטל עליו. כפי שהובהר, יש לראות חומרה מיוחדת במעשיהם של מחוללי הפרות הסדר דוגמת המערער.

ואכן, קבע בית משפט זה בעניין דומה במקצת:

”בצדק רב ציין התובע הצבאי כי מי שמשדל אחרים ליידות אבנים חמור ממי שמיידה אבנים בפועל. כפי שהובהר, בסוג זה של עבירות אין המעורבים בדבר נדרשים למעשי תכנון והכנה. האבנים - מצויות בכל מקום, ולהשלמת העבירה לא נדרשות אלא ידיים. לא פעם הכוח המניע, אשר הופך את האבן לתחמושת ואת הידיים לנשק, הוא מעשה הסתה, ולא סוד הוא כי המסיתים והיוזמים אינם בהכרח הקטינים אשר מיידים את האבנים בפועל. בעניינינו, חטא המשיב בשניים. ראשית, יידה אבנים בעצמו, משך תקופה ארוכה. שנית, הסית אחרים לנהוג כמוהו. אין, ולא יכולה להיות מחלוקת, כי מי שחטא ואף החטיא אחרים, חמור, ובמידה ניכרת, ממי שרק הוסיף לחטוא”
(עד”י 225/01 התוב”ץ נ’ סמחאן [פדאור (לא פורסם) 01 (8) 719], כאשר אציין שער אנוכי להבדל בין עבירת שידול לעבירת הסתה, כפי שנטען על ידי הסגורית).

לנוכח תפקידו ומהות מעשי ההסתה שבוצעו על ידו, ראוי המערער לעונש העולה באופן מובהק על זה של עושי דברו. ואכן, לטעמי, כאן טמון לוז הענישה במקרה הנוכחי. האינטרס הציבורי מחייב הטלת עונש מאסר ממושך ומרתיע, אשר יעביר מסר חד משמעי כי התנהגות דוגמת זו של המערער לא תזכה לסבלנות נוספת. כאשר בפנינו אדם אשר מזה שנים רבות עוסק בהסתת הרבים לפגיעה בסממנים של שלטון החוק ולשחיקת הריבונות, אין מנוס מהטלת עונש מאסר המצוי הרחק מזה של המוטל בשגרה על מפרי סדר או מידי אבנים מהשורה, לעיתים קרובות קטינים.

לנוכח מסקנותיי האמורות ולאחר ששקלתי את כל הנסיבות לקולא ולחומרה, ומבלי להתעלם מעובדה כי בפנינו מקרה תקדימי במידה רבה, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את ערעור התביעה ולהחמיר ברכיב המאסר בפועל שהוטל על המערער.

אשר על כן, תחת שנים עשר חודשי המאסר שהוטלו על המערער לריצוי בפועל יהיה עליו לרצות שמונה עשר חודשי מאסר מיום מעצרו. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה שנקבעו על ידי בית משפט קמא.

אחזור ואדגיש כי בכך אין כדי מיצוי הדין.

סוף דבר

בהתאם לקביעותיי דלעיל, נדחה ערעור ההגנה על שני חלקיו ומתקבל ערעור התביעה כאמור.

ניתן היום, 21 באוקטובר 2010, י”ג בחשוון התש”ע, בנוכחות הצדדים.

_____ (-) _____

נתנאל בנישו 54678313

המשנה לנשיא

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן