

עדי 2599+2600/10

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני המשנה הנשיא: סא"ל נתנאל בנישו

בעניין:

התביעה הצבאית - המערער (באמצעות ב"כ סרן אודליה עמוס)

נגד

עבדאללה מחמוד מוחמד אבו רחמה, ת"ז xxxxxxxxxxxx - המשיב (באמצעות ב"כ עו"ד

גבי לסקי)

ובעניין:

עבדאללה מחמוד מוחמד אבו רחמה, ת"ז xxxxxxxxxxxx - המערער (באמצעות ב"כ עו"ד

גבי לסקי)

נגד

התביעה הצבאית - המשיבה (באמצעות ב"כ סרן אודליה עמוס)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופטת רס"ן אתי אדר)

בתיק מס' 5327/09 מיום 11.10.10

(ערעור הסנגוריה נדחה,

ערעור התביעה התקבל)

תאריך הישיבה: 18 בנובמבר 2010, י"א בכסלו התשע"א.

חקיקה שאוזכרה:

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

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)

פסק דין

רקע

נגד המערער (המשיב בעד"י 2599/10, להלן: המערער) הוגש כתב אישום מתוקן המייחס לו ארבע עבירות כמפורט להלן:

1. **הסתה** - בכך שבין אוגוסט 2005 ליוני 2009, שימש כחבר ב"ועדת הגדר" בבלעין. חברי הועדה היו אוספים את אנשי הכפר בעשרות רבות של מקרים ומובילים אותם בתהלוכות המוניות לכיוון מכשול התפר, מתוך מטרה להפר את הסדר. במהלך התהלוכות היו מסיתים את ההמון לפגוע בכוחות הביטחון וקוראים להם "תהדפו אותם", "תשליכו לעברם", "אל תיתנו להם לירות". הם אף היו מחלקים את ההמון לשתי קבוצות, שאחת מטרתה ליידות אבנים, והשנייה לחתוך את הגדרות. המערער אף הנחה את צעירי הכפר ליידות אבנים לעבר כוחות הביטחון כאשר המבוגרים עוזבים את המקום. בעקבות זאת, הצעירים החלו ליידות אבנים לעבר כוחות הביטחון באמצעות קלע דוד.

המערער אף הואשם בכך שהכין בקבוקים ובלונים מלאים בצואת תרנגולים, אותם השליכו המפגינים לעבר כוחות הביטחון.

2. **ארגון ונטילת חלק בתהלוכה ללא רישיון** - בכך שבנסיבות המפורטות לעיל, בעשרות הזדמנויות שונות, ארגן המערער ונטל חלק בהפגנות המוניות ללא רישיון, תוך שהוא אף מסית רבים אחרים לקיימן ומעודד אותן.

3. **יידוי אבנים** - בכך שבמחצית הראשונה של 2008 או בתקופה הסמוכה לכך, במסגרת הפרות סדר המוניות, יידה המערער אבנים לעבר כוחות הביטחון במטרה לפגוע בהם.

4. **החזקת אמל"ח** - בכך שבתקופה האמורה בפרט האישום הראשון החזיק, ביחד עם אחרים, כדורי M16 ורימוני גז והלם, בהם השתמשו לצורך תערוכה בה הראו מהם האמצעים שבשימוש כוחות הביטחון.

פסק דינו של בית משפט קמא

בית משפט קמא סקר ביסודיות ובטוב טעם את העדויות שנשמעו ואת הראיות שהוגשו לבית המשפט, קבע ממצאי מהימנות וקביעות עובדתיות.

בסופו של יום, הרשיע בית משפט קמא את המערער בעבירת הסתה ובעבירת ארגון ונטילת חלק בתהלוכה ללא רישיון תוך דחיית טענותיה של ההגנה. על אף ההרשעה בעבירת ההסתה, קבע בית המשפט כי לא היה ביסוס ראיתי מספיק לקביעה כי המערער הכין בקבוקים ובלונים מלאים בצואת תרנגולים על מנת שיושלכו לעבר כוחות הביטחון.

כמו כן, זוכה המערער מעבירות יידי אבנים והחזקת אמל"ח.

הזיכוי מעבירת יידי האבנים נומק על ידי בית משפט קמא בדחיית טענת התביעה לפיה יש מקום להעדיף את אמרתו המשטרית המפלילה של העד **עבד אלבסט אבו רחמה** (להלן: **עבד אלבסט**) על פני עדותו בבית המשפט.

על כך הוסיף בית המשפט כי גם אם היה מעדיף את האמרה המשטרית, לא היה בה כדי לבסס את ההרשעה מעבר לכל ספק סביר. לדעת בית משפט קמא, לא ניתן היה להגיע למסקנה מרשיעה על סמך הכללת שמו של המערער ברשימה ארוכה של שמות שנמסרו על ידי העד בתשובה לשאלה מי מיידה אבנים. זאת, מאחר שברשימה מופיע אף שמו של אחר אשר העד ציין לגביו במפורש שלא יידה אבנים. לאור זאת, ומשום שלאחר ציון שמו של המערער נכתב מפי העד כי הינו חבר ב"ועדת הגדר", קיים ספק שמא העד התייחס למערער על רקע זה בלבד.

בית המשפט זיכה את המערער מעבירת החזקת אמל"ח, לנוכח קביעתו כי גם על פי העדות המפלילה של העד **חליל יאסין** (להלן: **חליל**) המערער נטל חלק כלשהו בהצגת הכדורים והרימונים אך לא היה בעל השליטה בהם. למעלה מכך, הוסיף בית המשפט כי אף אם היה די באמרה כדי לבסס הרשעה בעבירה זו, היה טעם רב בטענת ההגנה בדבר "זוטי דברים".

לא זו אף זו, בית המשפט הדגיש בנוגע לשתי האמרות הנ"ל כי הואיל ומדובר באמרה מפלילה אחת בלבד בנוגע לכל עבירה ולאור טיב ההפללות, היה צורך בחיזוק ראיתי ממשי הנוגע לזירת המחלוקת. חיזוק מעין זה לא מצא בית משפט קמא.

לבסוף, דחה בית המשפט את טענות ההגנה מן הצדק שהועלו על ידי הסנגוריה.

בגין ההרשעה בעבירת הסתה ובעבירת ארגון ונטילת חלק בתהלוכות ללא רישיון הוטלו על המערער 12 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה וקנס על סך 5,000 ₪.

ערעורי הצדדים

הצדדים אינם משלימים עם קביעותיו של בית משפט קמא. אשר על כן, הניחו בפניי את ערעוריהם בהם הם תוקפים את הכרעת הדין ואת גזר הדין, כל אחד מטעמיו הוא.

ערעור הסנגוריה

לסנגורית ארבע טענות עיקריות נגד הכרעת הדין.

ראשית, לטענתה של הסנגורית טעה בית משפט קמא בבססו את ההכרעה בעבירת ההסתה על אמרותיהם של **חליל**, **כאמל חטיב** (להלן: **כאמל**), ו**חמודה יאסין** (להלן: **חמודה**). לדבריה, **חליל** ו**כאמל** לא יחסו למערער באמרותיהם פעילות או מעשים כלשהם מעבר לחברות ב"ועדת הגדר", **חמודה** לא מסר באמרתו ששמע את דברי המערער בעצמו והדברים אינם ברורים דיים.

שנית, טוענת הסנגורית כי טעה בית המשפט קמא בקובעו כי זיהוי המערער על ידי המפלילים השונים היה מספיק, וזאת לאור פרטים מוטעים שמסרו בנוגע למערער, והעדרם של תמונה או צילום כלשהם של המערער בהפגנות.

שלישית, לדידה של הסנגורית, היה על בית משפט קמא להפחית ממשקלן של אמרות המפלילים לאור הפגמים החמורים שנפלו בחקירת העדים. בנושא זה, הסנגורית כיוונה במיוחד את דבריה להפרת החובות המוטלות על המשטרה בחקירת קטינים כעדים המפלילים. בעניין זה הוסיפה הסנגורית כי חוסר היכולת לסמוך על האמרות עולה גם מהעובדה שהעד **חליל** טעה בזיהוי מעורב אחר.

לבסוף, סבורה הסנגורית כי כתב האישום שהוגש נגד המערער לוקה בחוסר מסוימות, לאור אי ציון מועדים ואירועים ספציפיים. לטענת הסנגורית, קביעתו של בית המשפט קמא כי לא ניתן היה לדלות מועדים ספציפיים לאור אופיין המתמשך של ההפגנות אינה יכולה לעמוד, הואיל והעדים כלל לא נשאלו בעניין זה כחלק מחקירתם הרשלנית.

בנוגע לגזר הדין, סבורה הסנגורית כי לא היה מקום להטיל עונש כה כבד על המערער, עונש אשר אינו הולם את רמת הענישה המקובלת, בייחוד לאור העדרן של עבירות אלימות כעת ואף בעברו של המערער.

בתשובתה, מבקשת התביעה לדחות את טענת הסנגוריה ולאחוז בפסק דינו של בית משפט קמא. לדעתה, כל טענותיה של הסנגורית זכו להתייחסות ראויה על ידי בית משפט קמא בהכרעת דינו ואין מקום להתערב בקביעותיו.

ערעור התביעה

מנגד, אף התביעה מערערת על פסק הדין. במסגרת ערעורה, מבקשת היא להרשיע את המערער בעבירה של יידוי אבנים, ממנה זוכה בבית משפט קמא, וכן להחמיר בעונשו.

בנוגע להכרעת הדין, טוענת התביעה כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי לא ניתן לבסס הרשעה ביידוי אבנים על אמרתו של העד **עבד אלבסט**. לטעמה, טעה בית המשפט במסקנתו לפיה העובדה כי שמו של המערער מופיע כחלק מרשימה ארוכה של מידי אבנים אין בה כשלעצמה כדי ללמד על כך שמערער אכן יידה אבנים, כמפורט לעיל. התביעה סבורה כי אין בכך כדי להעלות ספק סביר. אדרבא, העובדה כי לגבי אחר ציין העד במפורש כי לא יידה אבנים, מלמדת שכל שאר המופיעים ברשימה ביצעו את העבירה.

זאת ועוד, התביעה מבקשת להחמיר בעונש של המערער אף אם ערעורה נגד הכרעת הדין יידחה. לדידה, יש מקום להחמיר בעונשו של המערער אף יותר מזה שהוטל על מעורב אחר בעבירות דומות, **אדיב אבו רחמה**, אשר עונשו הועמד לאחרונה על ידי בית משפט זה על 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל ([עדי 1947/10 אבו רחמה נ' התוב"ץ](#) (פורסם בנבו)). התביעה סבורה כי לאור עברו הפלילי של המערער והשתרעות העבירות על פני תקופה ארוכה מזו של **אדיב**, יש מקום להחמרה כאמור. התביעה הדגישה כי המעשים אליהם הסית המערער גרמו נזק רב לגוף ולרכוש והם נעשו בתקופה בה היה משוחרר ממעצר בגין הליכים אחרים אשר התנהלו נגדו בזמן שאחד מתנאי שחרורו היה כי לא ישתתף בהפגנות נגד הגדר. לאור זאת, ולאור תפקידו כמחולל הפרות הסדר, ראוי המערער לעונש העולה בהרבה על העונשים שהוטלו על המשתתפים בהפגנות.

דין והכרעה

ייאמר מיד כי חלק נכבד מטיעוני הצדדים נדונו על ידי בהרחבה בעניינו של **אדיב אבו רחמה**, אשר אף הוא הורשע במעורבות בהסתה במסגרת ההפגנות בסמוך למכשול התפר בקרבת הכפר בילעין. אשר על כן, ככל שהדברים נוגעים לניתוח המשפטי התיאורטי של הסוגיות הרלוונטיות נפנה לפסק הדין הנ"ל. בפסק דיננו היום נתרכז, על כן, בטענות הספציפיות שהועלו על ידי הצדדים.

ערעור ההגנה

כאמור, טענתה הראשונה של הסנגורית מכוונת נגד ההרשעה בעבירת הסתה. לטעמה, אין באמרות העדים כדי לבסס הרשעה בעבירה זו.

לאחר עיון באמרות שלושת העדים הרלוונטיים הגעתי למסקנה כי דין טענה זו להידחות.

בית משפט קמא העדיף את אמרותיהם המשטריות של **חליל**, **כאמל וחמודה**. כפי שצוין בית המשפט ההפללה הברורה ביותר מצויה באמרתו של **חמודה** אשר אמר בחקירתו:

ש: מי מסית את הצעירים נגד הצבא?

ת: אדיב אבו רחמה ככה אני מכיר אותו...

ש: מה עושה בדיוק כדי להסית את הצעירים?

ת: אומר להם "תצטרפו אלינו, תתקפו אותם, תשליכו לעברם, תתקדמו"

ש: האם שמעת אותו בעצמך?

ת: כן.

ש: מי חוץ ממנו מסית את הצעירים?

ת: עבדאללה אבו רחמה שסיפרתי עליו שהוא חבר בועדת הגדר, אומר

לצעירים גם אותם דברים."

דברים ברורים אלה הינם ראיה עיקרית אליה מתווספות אמרותיהם של **חליל וכאמל**, המונים את המערער בין חברי ועדת הגדר המסיתים לביצוע הפרות סדר וזריקת אבנים. יצוין כי כלל העדים מונים את המערער בין חברי "ועדת הגדר".

אף לטעמי, המסקנה המתבקשת מראיות אלה הינה כי העובדות המתוארות בפרט האישום הראשון בהן הורשע המערער מבוססות כל צורכן, זאת בהסתייגות אשר תפורט בהמשך בנוגע לתדירות ומועדי הפעילות.

לפיכך, הנני דוחה טענה זו של הסנגוריה.

אינני מקבל אף את טענות הסנגוריה לפיהן העדויות אינן ברורות דיין ואינן מציינות מקור ידיעה. שלושת העדים מוסרים כי השתתפו בתהלוכות ובהפגנות ונטלו חלק בהפרות הסדר. רצף ואופן מסירת הדברים מעלה, אם כן, כי המדובר בידיעה אישית, על רקע השתתפותם בתהלוכות. זאת ועוד, יש לזכור כי מדובר במעשים פומביים, להם היו העדים שותפים כאמור, דבר המחזק את המסקנה בדבר מקור ידיעתם.

באופן דומה, מתבקשת המסקנה כי כאשר העד **חמודה** מתייחס לדברים אותם שמע באופן ישיר מאדיב אבו רחמה ובהמשך מתייחס למערער, הרי שמקור ידיעתו זהה. והכל כקביעת בית משפט קמא בעניין זה.

יש לדחות גם את טענת הסנגורית כי זיהויו של המערער על ידי העדים השונים לוקה בחסר.

חליל, כאמל וחמודה נקבו בשמו הפרטי ובשם משפחתו של המערער. אין ספק כי אין די בתיאור הנ"ל, זאת במיוחד לאור העובדה כי העדים הוסיפו פרטים שלא תמיד תאמו את המציאות או שלא אומתו.

אלא שלטעמי, סוגיית הזיהוי הוכרעה, לכל הפחות בנוגע לעדים **חליל וכאמל**, כאשר אלה הצביעו על תמונתו של המערער במהלך חקירתם ומסרו כי זהו **עבדאללה אבו רחמה** אליו התכוונו. על כך יש להוסיף כי העדים ידעו למסור לכל הפחות את שמו של אחד מאחיו של המערער. ואם לא די באמור, **חליל** אישר בעדותו בבית המשפט כי בחקירתו במשטרה הפליל את המערער. על כל אלה יש להוסיף כי אף אחד מהעדים לא טען בעדותו שהתכוון בהפללתו לאדם אחר ששמו **עבדאללה אבו רחמה**.

לאור האמור, אין באי דיוקים משניים בזיהוי המערער כדי לפגום בזיהויו כמי שהופלל.

עוד טענה הסנגורית כי העדרם של כל תמונה או צילום של המערער, בעוד שהפגנות אלו מצולמות לרוב, בין היתר על ידי הצבא, פוגם בראיות התביעה.

ראשית, יש להזכיר כי הוגשו לבית המשפט סרטים בהם מונצח המערער כשהוא משתתף בהפגנות בסמוך למכשול התפר. מכאן כי טרוניית הסנגורית מצטמצמת לתיעוד צבאי בלבד.

אלא שזה מכבר קבעתי בפסק הדין בעניין **אדיב אבו רחמה** לעיל כי בסוגיית השפעת מחדלי חקירה יש לבחון בראש ובראשונה את ה"יש" מתוך חומר הראיות, תוך הצבת השאלה האם די בראיות האמורות כדי לבסס את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר, ולא לתור אחר ראיה מכסימלית היפותטית (ראה גם ע"פ 5741/10 **עלי נ' מדינת ישראל** [פדאור (לא פורסם) 9 (8) 280]).

אשר על כן, גם אם הייתה תועלת בהגשת צילומים חזותיים נוספים של המערער משתתף בהפגנות ומסית במהלכן, אין בהעדרה של ראיה זו כדי להביא לזיכוי.

אף לא מצאתי לקבל את טענות הסנגורית בכל הנוגע לפגמים שנפלו, לדבריה, בחקירת העדים, ובייחוד לנסיבות מעצרים וגביית אמרותיהם של עדי התביעה הקטינים.

גם על עניין זה עמדתי בפסק הדין בעניין **אדיב אבו רחמה** :

"...יש 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 2912/10...). 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" (עניין אבו רחמה לעיל).

יצוין כי דברים אלו כוונו נגד חקירתם של העדים **חליל וחמודה** אשר העידו אף שם.

יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שאף אם לא הפרו החוקרים את הכללים שנקבעו בעניין חקירת קטינים, יתכן כי לאופי החקירה תהיה השפעה על משקל האמרה כפי שטענה הסנגורית (וראה לאחרונה [ע"מ 1676/10](#), 1677, 1678 **עיאד נ' התוב"ץ**). אלא שטענה זו נעדרת אחיזה של ממש בענייננו.

מעיון באמרות עולה כי למרות מעצרים הלילי, חקירות העדים התנהלו כולן בשעות היום כאשר החקירה המאוחרת ביותר החלה בשעה 19:40. גובי האמרות העידו כי לא היה כל אירוע יוצא דופן במהלך החקירה. עדויות אלה התקבלו על ידי בית משפט קמא. החקירות התנהלו והאמרות נרשמו בשפה הערבית המובנת לנחקרים והם לא העלו כל טענה ברוח זו בעדויותיהם. בנסיבות אלה, לא ראיתי לסטות מקביעתו של בית משפט קמא כי יש לייחס לאמרותיהם של **חליל, כאמל וחמודה** משקל מלא.

כאן המקום לציין כי טענת הסנגורית בדבר טעות של **חליל** בזיהוי מעורב אחר לא עלתה לפני בית משפט קמא ולא הוכחה כך שאין מקום להידרש אליה בשלב כה מאוחר של ההליכים.

בנוגע לטענת הסופית של הסנגורית כי כתב האישום לוקה בחוסר מסוימות, אציין כבר כעת כי לאחר שקילה מצאתי לדחות את הטענה.

סעיף 100 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], התש"ע - 2009 קובע בלשון תמציתית כי כתב האישום יכול פירוט של "מהות האישום ופרטיו". יחד עם זאת, בעניין היקף ואופי הפירוט המבוקש קיבלה הפסיקה את הדין הנוהג בישראל (זאת בנוגע לפרטים אותם יש לכלול בכתב האישום להבדיל מצורת כתב האישום).

בדומה קובע ס' 85(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984 קובע:

"כתב האישום יכיל-

...

(4) תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה

שאפשר לבררם".

מטרתן של ההוראות זהה על כן ועניינן לתת לצדדים כולם, ובראשם לבית המשפט, תמונה מלאה של הפרשה, אך יותר מכך לאפשר לנאשם להכין ולנהל את הגנתו כהוגן. לאור מטרות אלו קבע בית המשפט העליון לפני זמן רב כי חובת התביעה לפרט את מועדי ביצוע העבירות. אלא שקביעה כללית זו סויגה כך שחלה היא רק כאשר הדבר אפשרי (ע"פ 195/57 היועמ"ש נ' גושני, פ"ד יב(1) 255). זאת ועוד, כאשר מועד ביצוע העבירה אינו מצוי בידיעת המאשימה, השאלה אליה יידרש בית המשפט היא האם יש בהעדר מועד מדויק כדי לקפח את הגנת הנאשם (ראה גם רע"פ 5978/04 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(1), 2229, תיק (שומרון) 5036/99, 9350 התובע הצבאי נ' נעאלווה, פסד"ן יא 365).

סבורני כי בענייננו לא התעורר חשש ממשי לפגיעה בהגנת המערער.

ראשית, מניסוח כתב האישום וממהות הראיות נהיר היה כי על המערער להתמודד עם רצף של אירועים נטענים, שמועדם אינו ידוע אך תוחם בתקופה. ואכן, אופי הראיות שהוגשו על ידי התביעה לא העלה קושי מובנה להתמודד עם האישום, כך שאין לומר שהגנתו של המערער נפגעה. כך נהג אמנם המערער, החל מתחילת חקירתו כאשר התבקש להתייחס לפעילותו על פני רצף השנים, והן במהלך המשפט עצמו. נראה כי המערער בחר, על כן, בקו הגנה תואם כאשר ניסה לתקוף את מהימנות דבריהם של העדים.

כאן המקום לציין כי העדים מסרו כל אחד התייחסות מסוימת למועד פעילותם, דבר אשר אפשר למערער למקד טענות, אם חפץ בכך. ואכן, כפי שיובהר מיד יש מקום לקבל מקצת הטענות שהועלו באשר לצורך לצמצם את תקופת העבירות הנטענת בהתאם לחומר הראיות המצוי בפנינו.

בעניין זה טענה הסנגורית, בעקבות עדותו של המערער בבית המשפט, כי אין ראייה להשתתפותו בהפגנות לאחר שנת 2005. בית משפט קמא התייחס לטענה זו כאשר ציין את דבריהם של העדים השונים ועל פיהם הכריע כי תקופת הפעילות המיוחסת בכתב האישום הוכחה.

לא אוכל להסכים למסקנה אחרונה זו של בית המשפט, אם כי אומר מיד כי לא מצאתי אחיזה אף לטענת הסנגוריה.

כפי שהובהר, הראיות הרלוונטיות לעניין הינן אמרותיהם של **חליל**, **כאמל** ו**חמודה**.

העד **כאמל** מוסר כי השתתף בהפגנות בארבע השנים האחרונות, קרי בין 2005 ליוני 2009. העד מציין כי חברי וועדת הגדר וביניהם המערער הם המארגנים את התהלוכות והם המסיתים את הצעירים ליידות אבנים במהלכן. אלא שאין באמרתו כל אינדיקציה בנוגע למועדים ספציפיים בהם השתתף המערער בהפגנות או הסית כאמור. אשר על כן, נראה כי לא ניתן לבסס מועד פעילות מדויק של המערער על אמרה זו בלבד.

העד **חליל** מתייחס בצורה ספציפית יותר למועדי פעילותו. באמרתו מיום 23.6.09 מוסר כי השתתף בכ-20-30 תהלוכות אשר אורגנו על ידי חברי ועדת הגדר ביניהם המערער, וכי בארבע הזדמנויות יידה אבנים במהלך אותם תהלוכות כאשר חברי ועדת הגדר הם המסיתים לעשות כן. באמרתו המשלימה מיום 22.7.09 תחם את התהלוכות בהן השתתף לשנה וחצי עד שנתיים בערך ממעצרו, קרי עד אמצע שנת 2007. שוב, גם באמרה זו, לא נמצאה התייחסות למספר ההזדמנויות בהן המערער נטל חלק בתהלוכות או הסית כאמור. בעניין זה יצוין כי העד התבקש, ככל הנראה, לזהות את המופיעים בתמונות שצולמו בתאריכים 24.6.08 ובאחת התמונות זיהה את המערער. אלא שמסיבה שאינה ידועה לי אלבום התמונות הרלוונטי לא הוגש לבית המשפט כך שאין כאן ראייה לחובתו של המערער.

העד השלישי, **חמודה**, מוסר באמרתו כי השתתף בשבע תהלוכות שאורגנו והובלו על ידי חברי ועדת הגדר, וביניהם המערער. בעדותו בבית המשפט ציין העד כי התהלוכות הללו התרחשו במהלך שנת 2008. אלא שגם כאן אין כל אינדיקציה למספר התהלוכות בהן נטל המערער חלק.

על כל אלה יש להוסיף את אמרתו של **עימאד ברנאט**, צלם שצילם את האירועים הקשורים לאזור. בסרט שהוגש והוקרן בפני בית המשפט נצפה המערער כשהוא נוטל חלק בהפגנות. העד מסר באמרתו כי צילם וערך סרטים בנוגע לתהלוכות והפגנות שקרו החל משנת 2005 ועד למעצרו ביולי 2009. אלא שבעדותו בבית המשפט מסר כי הצילומים מתייחסים לתקופה שעד שנה וחצי לפני מתן העדות. מבלי להתעמק בסוגיה עובדתית אשר לא נדונה על ידי בית משפט קמא, נראה כי לא ניתן להתייחס לדברי העד באמרה כלשונם, מאחר שהסרטים שהוצגו בפניו הופצו על ידו במועד מוקדם לגביית אמרתו. על כורחך יש להניח שכוונת העד במונח "**היום**" בו השתמש הינה לתקופה מוקדמת אשר לא ניתן לתחום אותה באופן מדויק. הסרט אף אינו כולל מעשי הסתה ברורים של המערער, אלא השתתפות במספר הפגנות, אשר גם לגביהן אין מועד מדויק.

כאן המקום לציין כי החקירה לא מוצתה בכל הקשור לסוגיה זו של מועד ותדירות ביצוע העבירות. על אף שניכרים ניסיונות של החוקרים לבסס נקודות אלה בנוגע לעדים עצמם, לא נשאלו השאלות המתבקשות בנוגע למערער. כך, לדוגמה, לא נשאלו שאלות ישירות בנוגע לפעולותיו הוא עצמו כחבר ועדת הגדר והחוקרים הסתפקו בשאלות כלליות לגבי מעשיהם של חברי הועדה. על יסוד הדברים הכללים הנ"ל לא ניתן לבסס הרשעה של המערער בפעולות ספציפיות או לעגנן בזמן. התמיהה הנ"ל אף מתגברת לנוכח העובדה כי בידי הרשויות היו צילומים וסרטים של אירועים שונים אשר ניתן היה להציגם בפני העדים הרלוונטיים על מנת

לדלות פרטים נוספים. ועובדה היא כי בעניינם של מעורבים אחרים נעשו הפעולות הנ"ל (ראה עניין **אדיב אבו רחמה** הנ"ל).

אין ספק כי לו חפצת הרשויות בבירור האמת ובאכיפה אפקטיבית כלפי אלה העוברים על החוק ופוגעים בביטחון ובסדר הציבורי מן הראוי כי חקירות יבוצעו באופן יסודי יותר.

המסקנה המבקשת מניתוח הראיות הנ"ל הינה, על כן, כי, כפי שקבע בית משפט קמא, מצויות ראיות לכך שהמערער השתתף בהפגנות ללא רישיון ואף הסית לפגוע בסדר הציבורי.

עם זאת, על יסוד התשתית הראייתית לא ניתן לקבוע באלו מועדים פעל המערער כאמור. כל שניתן להסיק מחומר הראיות הוא כי המערער הסית להפרות הסדר במהלך השנים 2007-2008 (דברי העדים **חמודה וחליל**). כן ניתן לבסס הרשעה בכך שהמערער הוביל תהלוכות והשתתף בהן, זאת גם בשנת 2008 (**חמודה**) וגם במועדים אחרים שאינם ידועים, החל משנת 2005 ולאחריה. לא ניתן לקבוע בכמה הזדמנויות השתתף המערער באותן תהלוכות.

אשר על כן, יש לקבל את ערעור הסנגוריה במובן זה כי העובדות המתוארות בפרטי האישום 1 ו-2 יתוקנו בהתאם לקביעתי האחרונה.

ערעור התביעה

כמפורט לעיל, אף התביעה הניחה ערעורה נגד הכרעת הדין, בו היא מבקשת להרשיע את המערער בעבירת יידוי אבנים וזאת על סמך אמרתו של **עבד אלבסט**. זיכוי של המערער מעבירה זו בוססה בידי בית המשפט קמא על שני נימוקים. הראשון הוא כי אין להעדיף את אמרתו המשטרתית של **עבד אלבסט** על פני עדותו בבית המשפט, והשני כי אף אם היה מקום להעדיף את האמרה המשטרתית לא היה בה כדי לבסס את ההכרעה מעבר לכל ספק מהטעם שפורט לעיל.

ראשית, יצוין כי התביעה בערעורה התייחסה רק לטעם השני ולא לראשון. אין בנימוקי הערעור או בטעוניהם בעל פה כל התייחסות לשאלת העדפת האמרה על פני העדות.

אין צורך להכביר במילים בנוגע להלכה בדבר אי התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי מהימנות של הערכאה הדיונית ([עדי 4090/06 התוב"ץ נ' רימאוי](#), [פדאור (לא פורסם) 06 (32) 642]).

בית משפט קמא שמע את עדותו של **עבד אלבסט** והתרשם מהסברו באשר להפללת המערער. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט כי אין כל סתירה בין האמרה לעדות המצדיקה הגשת האמרה או העדפתה. לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעה זו המבוססת על ממצאי מהימנות השלובים בפרשנות של האמרה המשטרתית אשר לא ניתן לשלול אותה.

בהתאם לכך, יש לדחות את ערעור התביעה נגד הכרעת הדין.

הערעורים נגד גזר הדין

בפסק הדין בעניין **אדיב אבו רחמה** דלעיל עמדתי בהרחבה על שיקולי הענישה השונים הראויים להישקל בנוגע לעבירות מעין אלה בהן הורשע המערער. לאור הפירוט שם, לא ארחיב מילים במקרה זה.

יחד עם זאת, יש לשוב ולהדגיש כי אין בפנינו נאשם אשר ביקש לבטא את מחאתו נגד עוול אשר לטעמו נגרם לו, תוך הבעת עמדה או התנהגות המצויה בתחומי חופש הביטוי המקובל והראוי בכל חברה. גם אם המערער לא פעל בעצמו באלימות, הוא לא בחל בהסתת אחרים לעשות כן. במצב דברים זה, כאשר המערער עיצב את אופי המחאה, אל לו לרחוץ בניקיון כפיו ולטעון כי לא נטל חלק במעשי האלימות הקשים המלווים את ההפגנות בכפר בילעין מזה תקופה ארוכה.

אשר על כן, בענייננו עיקר הענישה צריכה להיות מופנית לעבירת ההסתה. ואכן, בדומה לאשר קבענו בענייננו של **אדיב**:

"...פעולותיו 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 מידי, 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".

על כך יש להוסיף מספר נסיבות לחומרה אשר באו לידי ביטוי גם בענייננו של **אדיב**. כאן כשם, המערער מילא תפקיד כחבר ב"ועדת הגדר". עמדנו על כך כי לנוכח תפקיד הועדה בארגון הפרות הסדר ועידוד ההשתתפות בהן, יש לראות בחברות זו נסיבה משמעותית לחומרה.

בענייני, המעמד האמור אינו שונה בהרבה מנשיאת משרה בהתאחדות בלתי מותרת, אם כי יש כמובן להתחשב במטרות השונות של ההתארגנויות.

בדומה, יש לתת את הדעת לעובדה כי מדובר בעבירות שבוצעו באופן מאורגן ולא בהתפרצות ספונטאנית של מחאה עממית, כפי שביקשו לציירה. ראינו כי המערער הוא בין אלה אשר חוללו בעבר את ההפגנות תוך השפעה על אחרים, ביניהם קטינים, ארגונים והכוונתם. מעמדו כאחד המנהיגים יוצר אבחנה ברורה בינו ובין יתר המשתתפים מן השורה. על רקע זה יש, אכן, לקבל את הטענה שמדיניות ענישה ראויה מחייבת שעונשו של המערער יעלה על עונשם של המוסתים על ידו, מידי האבנים והמתעמתים עם כוחות הביטחון.

מן הטעמים האמורים יש לשוב ולבחון בין המקרים אליהם הפנתה הסנגורית לבין ענייננו. אין ספק כי שונה ענייננו מזה של נאשמים אשר נתנו את הדין בספיחים של המחאה נגד ההתנתקות מרצועת עזה. עניין זה תם ונשלם לפני תקופה לא קצרה ואם בשעת מעשה היה הגיון להחמיר בענישה, כפי שאכן נעשה, כעת, כאשר סוגיה זו או סוגיות דומות אינן עומדות על הפרק עוצמת שיקולי ההרתעה פוחתת בהתאם. בשונה, בענייננו לא שמענו על הפסקה או ביטול המניע

לעבירות בהן הורשע המערער. יתכן כי אם כך אכן יקרה, וכפי שהסבירה הסנגורית בעקבות כוונת צה"ל להזיז את מכשול התפר יפסקו ההפגנות האלימות והפרות הסדר, יהיה מקום להתאים את הענישה למציאות החדשה. אלא שכאמור הדברים הללו הינם, בשלב זה, בגדר משאלת לב בלבד.

על רקע זה נחוץ לחזור להדגיש כי כאשר עסקינן בעבירות הסתה המכוונות לגרום לאחרים לפעול נגד החוק, יש לתת מקום של בכורה לשיקולי הרתעה אשר יהוו משקל נגד לפעילותו של הנאשם ולמהוויו הפסולים. לקביעה מהותית זו מצטרף הצורך לתת משקל אף לנפוצות העבירה. כאשר מדובר ב"מכת מדינה" של ממש וחדשות לבקרים פורצים עימותים מאורגנים בדומה לדפוס הפעולה אשר המערער היה בין מחולליו, יש מקום להחמרה בענישה לצורך מיגור התופעה. ניתן בעניין זה להפנות להצעת [חוק העונשין](#) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו - 2006:

140. (ה) הנסיבות המחמירות שאינן קשורות בביצוע העבירה הן אלה:

(2) הצורך בהרתעת עבריינים פוטנציאלים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, בשל מהות העבירה או שכיחותה.

זאת ועוד, בעניין אדיב כבר עמדנו על הנזק המצטבר הנגרם לשלטון החוק כתוצאה ממעשי המערער וחבריו. קבענו כי:

"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 ביטוייה באפיקים לגיטימיים או נסבלים, אלא בהפרות סדר המוניות שכללו אלימות, זריקת אבנים וחפצים שונים. המערער הינו דמות דומיננטית בפעילות זו".

יחד עם זאת, עניינו של המערער מובחן מזה של אדיב במספר מישורים.

ראשית, אדיב הורשע גם בעבירות אלימות, אשר גם להן ניתן משקל בעונשו הכולל, אם כי אין ספק שעיקר הענישה כוון כנגד עבירת ההסתה כאמור.

שנית, התביעה הצבאית מבקשת לאבחן בין עניינו של המערער לזה של אדיב בשתי עובדות. תחילה, טוענת התביעה כי לחובת המערער עבר קודם, לנוכח הרשעתו בשלושה תיקים קודמים בעבירות של פעילות נגד הסדר הציבורי, הסתה, הפרעה לחייל והפרת עוצר (תיקי יהודה 2775/05, 3206/05 ו-4022/05). טענה זו אינה יכולה להישמע. המערער הורשע, אמנם, על ידי ערכאה ראשונה אך הגיש ערעור ועניינו תלוי ועומד. משאין נגדו פסק דין חלוט לא ניתן לזקוף לחובתו עבר פלילי.

טענתה השניה של התביעה מתייחסת לעובדה כי המערער פעל כמתואר בכתב האישום על אף ששחרר באותם תיקים קודמים בתנאים מגבילים שכללו התחייבות שלא להשתתף בהפגנות. לנוכח המצב הראייתי אותו תיארנו לעיל נראה כי יש אחיזה בטענה זו.

קיימות אכן ראיות כי המערער השתתף בהפגנות גם לאחר שנת 2005, מועד בו שחרר בתנאים. אכן, יש בעובדה האמורה נסיבה מחמירה. כאשר המערער הראה נחישות להמשיך להפר את החוק, למרות האזהרה הטמונה בשחרור בתנאים, נראה כי יש מקום להדגשת שיקולי הרתעה. לא זו אף זו, בהפרת תנאי השחרור יש להראות זלזול בנורמות חוקיות בסיסיות, עובדה אשר גם אותה יש להציב בין שיקולי הענישה, ככל שהם משליכים על אופיו של המערער והסיכון כי יחזור לסורו.

הנה כי כן, נראה כי בפנינו אדם המונע מאידיאולוגיה בלתי מתפשרת אשר מעמידה בספק את האפשרות כי יזנח את דרכיו, ישתקם ויפנה את רצונו הלגיטימי למחאה לאפיקים מותרים על פי חוק.

מאידך, ציינו כבר בעבר כי יש מקום להתחשב בתקדימות הענישה כנסיבה מקילה. התחשבות זו ראויה אף במקרה דנן כאשר ההליכים בעניינו של **אדיב** ובעניינו של המערער התנהלו במקביל (אודות העיקרון הנ"ל ראה בעניינו של **אדיב** לעיל, וכן [עדי 1479/08 התוב"ץ נ' צבארנה](#) [פדאור (לא פורסם) 08 (8) 519]).

זאת ועוד, עם תום עיון מעמיק בראיות ובהתאם להכרעותיי דלעיל יש לקבוע כי לא הובאו בפני בית המשפט ראיות חותכות בדבר היקף מעשיו של המערער, זאת בשונה מעניינו של **אדיב אבו רחמה**. גם בנוגע למועדי הפעילות לוקה התשתית הראייתית בחוסר בהירות, ועל כן, יש להניח לטובת המערער כי עיקר מעשיו היו בשנים עברו. מכל מקום לא מצינו ראיה לפעילות עדכנית לאחר שנת 2008.

כל אלה, בצירוף לעובדה שהמערער לא נקט באלימות פיזית נגד החיילים, בניגוד ל**אדיב**, מצדיקות קביעת רף ענישה הנופל מזה שנקבע בעניינו של האחרון.

העולה מן המקובץ כי, לטעמי, העונש שהוטל על ידי בית משפט קמא אינו מאזן נכונה בין שיקולי הענישה הראויים ויש מקום להחמרה מסוימת בעונש, אם כי במידה מתונה.

אשר על כן, הנני מקבל את ערעור התביעה בנוגע לעונש ומעמידו על 16 חודשי מאסר לריצוי בפועל מיום מעצרו. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה שנקבעו על ידי בית משפט קמא.

אוסף, עם זאת, כי גם במקרה זה כבעניינו של **אדיב** לא מוצה הדין לנוכח מכלול השיקולים אותם מניתי לעיל.

סוף דבר

לנוכח מסקנותיי שפורטו דלעיל, יש לדחות את ערעור הסנגוריה בעיקרו, מלבד באשר לתיקון בעובדות פרטי האישום בכל הקשור למספר ההזדמנויות בהן בוצעו העבירות ולמועדן.

ערעור התביעה נגד הכרעת הדין אף הוא נדחה, בעוד הערעור נגד קולת העונש מתקבל כך שיהיה על המערער לרצות 16 חודשי מאסר לריצוי בפועל.

אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

ניתן היום, 11 בינואר 2010, ו' בשבט התשע"א, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק החלטה זו לידי הצדדים.

(-)

המשנה נתנאל בנישו 54678313

המשנה לנשיא

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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