

עפ"ג 10606/09/16 - דור אלוני, יאן צ'אק נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 10606-09-16 אלוני ואח' נ' מדינת ישראל

לפני: כבוד הנשיא אברהם טל - אב"ד

כבוד השופטת זהבה בוסתן

כבוד השופט ד"ר שמואל בורנשטיין

המערערים 1. דור אלוני

2. יאן צ'אק

נגד

המשיבה מדינת ישראל

פסק דין

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בכפר סבא מיום 18.7.2016, בת"פ 30032-02-14, לפיו לא בוטלה הרשעת המערערים, שהורשעו על יסוד הודאותיהם בעובדות כתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון ובתום הליך גישור, בעבירות של קשירת קשר לעוון ממניע של גזענות וסיוע להיזק בזדון ממניע של גזענות, ונגזרו עליהם העונשים הבאים:

א. 3 חודשי מאסר על תנאי, שבמשך 3 שנים לא יעברו עבירה בה הורשעו או כל עבירה ממניע גזעני.

ב. של"צ בהיקף של 80 שעות בהתאם לתוכניות שהכין שירות המבחן.

ג. פיצוי נפגע העבירה בסכום של 2,500 ₪ מכל מערער.

הערעור מכון כלפי הרשעת המערערים.

2. על פי עובדות כתב האישום, ביום 7.1.2014 בסביבות השעה 20:00 פגשו המערערים את ר', קטין יליד 1996, בקניון בקרני שומרון. השלושה ראו בטלוויזיה כתבה אודות תקרית בין יהודים לפלסטינים שהתרחשה באותו יום בכפר קוצרא. בכתבה נראה חברם של השלושה, א.ד., כשהוא חבול. המערערים ור' כעסו על כך שלשיטתם פלסטינים תקפו את א.ד., והחליטו לנקום.

ר' הציע למערערים שיסייעו לו לנסוע לכפרים פלסטינים הסמוכים למקום מגוריהם ולגרום נזק לכלי רכב פלסטינים, והם הסכימו. הם קשרו קשר לפגוע ברכב במזיד מתוך מניע של גזענות ולקידום מטרת הקשר לקח ר' מאופנוע שברשותו שרשרת ברזל, כדי לגרום באמצעותה נזק לכלי רכב בבעלות פלסטינים.

בחצות הלילה, או בסמוך לכך, נכנסו המערערים ור' לרכב מזדה 3 השייך לאביו של מערער 1 ויצאו מקרני שומרון לכיוון כפרים פלסטינים סמוכים, כדי לחפש כלי רכב ולפגוע בהם. מערער 1 נהג במזדה ומערער 2 ישב במושב האחורי. הם נסעו יחד לכפר פונדוק, שם ראו בצד הדרך רכב פיאת בעל לוחית זיהוי פלסטינית, השלושה התקרבו אליו ועצרו בסמוך. ר' יצא מהמזדה עם שרשרת הברזל, ניגש לרכב הפיאת ובאמצעות שרשרת הברזל ניפץ את החלון השמאלי האחורי והיכה בחוזקה על גג הרכב מעל דלת הנהג. כתוצאה ממעשיו של ר' נגרם לפיאת נזק שעלות תיקונו כ-1,100 ₪.

ביום 9.2.2014 בשעת בוקר, כאשר הגיעו שוטרים לערוך חיפוש בביתו של מערער 2, הוא שמע את שיחתם עם אביו, נכנס לחדר השירותים עם מכשיר הטלפון הנייד שלו, ומחק את כל הסרטונים שהיו במכשיר.

תסקיר שרות המבחן בעניינו של מערער 1

1. מערער 1 הוא בן 21, חייל בשירות סדיר המתגורר בבית הוריו. תחילה קיבל פטור משירות צבאי בשל מעורבותו בהליך הנוכחי, אך מאמצים שהשקיע בעניין זה הובילו לבסוף לגיוסו לצבא לפני כשנתיים, והוא משרת בתפקיד של טכנאי מערכות. הוא סיים 12 שנות לימוד ואובחן כסובל מבעיות קשב וריכוז, השתלב בגיל 16 בלימודים בישיבה בקדומים ועבד במקביל בעבודות מזדמנות.

2. מערער 1 שיתף בתחושות בושה ואשמה בגין חלקו באירוע ונטל אחריות מלאה למעשיו, אליהם נגרר חברתית. בפני שרות המבחן הוא שלל לגיטימציה לאלימות והבין את הפסול שבמעשיו. שירות המבחן לא התרשם מקיומם של דפוסים עברייניים אצלו והסיכון להתנהגות חוזרת הוערך כנמוך. להתרשמות שירות המבחן מדובר בבחור המתפקד באורח יציב ונורמטיבי, כשחווית המעצר היוותה גורם מרתיע עבורו.

3. על מנת לא לפגוע בהמשך תפקודו התקין המליץ שירות המבחן על ביטול הרשעתו. תחילה נמנע שירות המבחן מלהמליץ על של"צ נוכח שירותו הצבאי, אולם במשך ההליך המשפטי נמלך בדעתו והגיש תוכנית של"צ בהיקף של 80 שעות.

תסקיר שירות המבחן בעניינו של מערער 2

1. מערער 2 הוא בן 21, רווק, חייל בשירות סדיר ומתגורר בבית הוריו. הוא בעל תעודת בגרות מלאה ועם סיום לימודיו התיכוניים החל ללמוד במכינה הקדם צבאית של חיל האוויר, אולם לאחר כחצי שנה, העדיף להתגייס ולשרת שירות קרבי.

2. מערער 2 מסר לשרות המבחן כי הוא נגרר חברתית אחרי הקטין, לקח אחריות על המיוחס לו, הביע חרטה והבנה לחומרת ולהשלכות מעשיו ושלל לגיטימציה לאלימות.
 3. שירות המבחן התרשם מרמת סיכון נמוכה בלבד ומצעיר המתפקד ברמה גבוהה במישורי חייו השונים, שאינו מאופיין בדפוסים אלימים או עמדות גזעניות הדורשות שינוי משמעותי.
- שרות המבחן המליץ על ביטל ההרשעה והוכנה בעניינו תוכנית של"צ בהיקף של 80 שעות.

גזר הדין של בית משפט קמא

1. המחוקק תיקן בשנת 2004 את חוק העונשין, והוסיף את סעיף 144 לפיו יוכפל העונש המרבי הצמוד לעבירות אם הן בוצעו ממניעים גזעניים. התפיסה היא כי עבירה שבוצעה ממניע כזה, נושאת בחובה חומרה מיוחדת. בתי המשפט מפעילים מדיניות עונשית מחמירה בנוגע לעבירות שבוצעו ממניע גזעני וכן ביחס לעבירה של הסתה לגזענות.
 2. ניתן לשקול ביטול הרשעת בגיר בהתקיים שני תנאים מצטברים. בית משפט קמא מוכן לצאת מנקודת הנחה כי הרשעת המערערים צפויה לפגוע בשיקומם. הם אמנם לא הציגו פגיעה קונקרטית בעתידם, אולם בהתחשב בגילם ובעובדה שהם משרתים עדיין בשירות חובה בצה"ל, מותר להניח שאפשרויות ההתפתחות והתעסוקה שלהם ייפגעו כתוצאה מהרשעתם.
 3. יחד עם זאת, התנאי המצטבר השני אינו יכול להתקיים במקרה זה.
- עבירות שנעברות ממניע גזעני אינן יכולות לדור בכפיפה אחת עם "אי הרשעה". הן אינן מסוג העבירות שמאפשר לוותר על הרשעה פלילית מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים. לא ניתן להלום את חומרתן המופלגת של עבירות כאלה בדרך של אי הרשעה ולא ניתן להעביר מסר מחנך לציבור בדרך של אי הרשעה. עבירות המבוצעות ממניע גזעני הן מהסוג שיש להביע את סלידתה של החברה מהן בצורה שתרתיע את הרבים, ומסר ההוקעה הנדרש אינו מתיישב עם הסרת הסטיגמה הפלילית מהמעשה בדרך של ביטול הרשעה.
4. בקביעת מתחם עונש הולם בנוגע לעבירות ולמעשים שבצעו המערערים, הביא בית המשפט בחשבון את הערכים המוגנים העומדים ביסוד העבירות (הגנה על קניין הפרט וכן על החברה כולה מפני מעשים גזעניים), את נסיבות המעשה (פגיעות ברכוש ולא בגוף, העובדה שדווקא הקטין היה הרוח החיה בפרשה והמערערים היו מסייעים בלבד), את עקרון ההלימה בין המעשים לעונש, ואת רמת הענישה הנוהגת.

בהתחשב בכל האמור לעיל מתחם העונש ההולם את עניינם של המערערים נע בין עונש של של"צ, מאסר על תנאי ופיצוי לנפגע העבירה עד עונש מאסר קצר, שיכול שירוצה בעבודות שירות והעונש שייגזר יהיה בתחתית

המתחם.

5. מדובר בשני אנשים צעירים, שהיו נתונים במעצר כחודש ימים בגין המעשה הגזעני המכוער לו היו שותפים. הם הביעו חרטה על מעשיהם, למדו את לקחם ולא נותנים עוד לגיטימציה לאלימות. שירות המבחן תופס אותם כאנשים מועילים, שחרף הקשיים התגייסו לצבא והם משרתים את המדינה. הם גם הודו בהזדמנות הראשונה בעובדות כתב אישום מתוקן ולא ניהלו משפט.

נימוקי הערעור

1. בית משפט קמא שגה כשקבע שעבירות ממניע גזעני לא יכול/ראוי שיסתיימו ללא הרשעה, תוך שנתן משקל רב מדי לחומרת העבירה רק בשל היותה ממניע גזעני.

בית משפט קמא מנסה ליצור תקדים מסוכן ולתייג סוג קטגוריות עבירות ספציפי "החסום" בפני הימנעות מהרשעה. קביעה זו מנוגדת להגיון משפטי, הנתמך בחוק או בפסיקה הנוהגת.

2. מדובר בנסיבות ביצוע עבירה שנמצאות ברף התחתון של סוג עבירות זה לצד נתונים אישיים של המערערים, המחייבים ליתן משקל בכורה לשיקום במקרה זה.

3. בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי להיות המערערים "בגירים צעירים", דבר המחייב נקיטת משנה זהירות בגזירת הדין. המערערים הם נטולי עבר פלילי, הביעו חרטה כנה, נטלו אחריות על מעשיהם ועברו הליך שיקום שמצא ביטוי בגיוסם לצה"ל.

4. בית משפט קמא לא נתן משקל מספיק להמלצת שרות המבחן, למרות האמירות החיוביות בתסקירים, ויישם באופן שגוי את הלכת כתב והפסיקה הנוהגת.

5. בית משפט קמא התעלם מהעובדה שהמערערים התגייסו לצה"ל על אף התנגדות ראשונית לגיוסם, תוך התייחסות לעובדה שאופי שירותם חיובי ביותר.

6. בפתח הדיון בפנינו טען ב"כ המערערים שהאמירה לפיה העבירה שבוצעה ע"י המערערים לא ראויה לאי הרשעה בגלל שנעשתה ממניע גזעני מעוררת בעיה משפטית והיא אמירה גזענית. אין לגזור גזירה שווה מהמעשה נושא ההרשעה למעשים שנעשו ע"י הנאשמים בפסיקה עליה הסתמך בימ"ש קמא שמתייחסת למקרים חמורים יותר.

ב"כ המערערים הפנה לפסיקה של ביהמ"ש העליון ובימ"ש אחרים שלא הרשיעו נאשמים שבצעו עבירות חמורות יותר ממניעים אידיאולוגיים, לשירותם הצבאי הקרבי של המערערים, לתסקירים החיוביים ולכך שמדובר באירוע חד פעמי שקרה בעקבות החלטה של רגע.

תגובת המשיבה

1. בימ"ש קמא הניח לטובת המערערים שייגרם להם נזק קונקרטי, למרות שהדבר לא הוכח.
2. העבירות נושא הרשעת המערערים נושאות בחובן חומרה מיוחדת, בייחוד לאור ההחמרה בעונשים על עבירות שבוצעו ממניע גזעני כלפי ציבור מסוים.
3. לא ניתן לחנך את הציבור שלא לבצע עבירות ממניע גזעני ע"י חריגה מהכלל של הרשעה.
4. המערערים היו בני 19 בזמן ביצוע העבירות ולא הרשעה יש משמעות לאנשים ששוקלים לעבור עבירות ואינטרס הציבור גובר על שיקולי הפרט.

דין והכרעה

1. הכלל הידוע הוא כי התערבותה של ערכאת הערעור בגזר דינו של בית משפט קמא, שמורה למקרים חריגים, בהם ניכרת סטייה של ממש ממתחם הענישה ההולם, או למקרים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ראו למשל: ע"פ 2918/13 **דבס נ' מדינת ישראל** (18.7.2013)). ברי כי ערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את עונשו של מערער אלא בוחנת את סבירותו והתערבותה שמורה למקרים חריגים בלבד (ראו: ע"פ 1880/14 **עמאש נ' מדינת ישראל** (19.11.2014)).
 - בנסיבות העניין איננו סבורים כי ענינם של המערערים נופל בגדר מקרים חריגים אלה ולא מצאנו כי נפל פגם בהחלטת בית משפט קמא להרשיעם, שיש בו כדי להקים עילה להתערבותנו.
 - ראשית נבהיר כי אנו דוחים את טענת ב"כ המערערים לפיה בימ"ש קמא קבע קטגוריה של עבירות שלא ניתן לנקוט לגביהן הליך של אי הרשעה וכי יש בכך משום אמירה גזענית. נראה כי התהפכו להם היוצרות, ומעבירה שהמחוקק מצא לנכון להחמיר בה בשל המניע הגזעני העומד מאחוריה, אמירת בית המשפט לפיה לא ניתן להימנע מהרשעה לאור החומרה הרבה שבעבירה, היא שהפכה (בפי ב"כ המערערים) לאמירה גזענית.
2. ואכן, אנו רואים עין בעין עם בימ"ש קמא את התייחסותו המחמירה לעבירות שנעברו ע"י המערערים ממניע גזעני לאור ההחמרה שהחמיר המחוקק עם מבצעי עבירות כאלה, שהביאה לביטוי את עמדת הציבור הנורמטיבי כלפיהם.
 3. איננו מתעלמים מגילם הצעיר של המערערים בזמן ביצוע העבירות, מכך שהם נגררו אחרי הקטין ומכך

שלא נגרם נזק לגוף אלא נזק לא חמור לרכב אך מדובר בעבירות מתוכננות, שנעשו מתוך נקמה כלפי פלסטינים בכלל על מה שנראה למערערים ולקטין כתקיפה של חבר שלהם ע"י פלסטינים במהלך תקרית שהייתה באותו בוקר.

לא למותר לציין כי אין המדובר במקרה בודד של ביצוע עבירה על רקע אידיאולוגי שמבוצע על ידי צעירים בגירים ולעיתים אף על ידי קטינים ממש, ועל בית המשפט להעביר מסר ברור לגבי החומרה שיש לייחס לעבירות מסוג זה. עוד נציין שהמערערים והקטין נסעו ברכב של אביו של מערער 1 למקום האירוע, כשמערער 1 נוהג בו, וכשהגיע שוטר לביתו של מערער 2 לאחר האירוע הוא מחק מהטלפון הנייד שלו את הסרטון שתיעד אותו.

4. לאור נסיבות ביצוע העבירות נושא הערעור, שנעברו ממניע גזעני, והצורך להזקיקן ולהרתיע אחרים מביצוע עבירות ממניע זה, לא התקיים התנאי של חוסר הלימה בין חומרת העבירות לבין הנזק שייגרם למערערים כתוצאה מהרשעותיהם, גם אם מדובר בבגירים-צעירים.

5. אף אנו, כמו בימ"ש קמא, איננו מתעלמים מהודאותיהם של המערערים בביצוע העבירות, שבאה לאחר הליך גישור, שחסכו הליך משפטי של שמיעת ראיות ומנסיבותיהם האישיות, כפי שתוארו בתסקירי שירות המבחן, אך אין בכל אלה נימוקים לחרוג מהכלל לפיו יש להרשיע מי שעברו עבירה.

6. איננו מתעלמים גם מכך שהמערערים משרתים שירות חיובי בצה"ל, אליו גויסו למרות הרשעותיהם, אך גם אלמלא כך לא היה מקום לביטול הרשעותיהם (ראה רע"פ 2180/14 שמואלי נ' מדינת ישראל, מפי כב' השופט שהם).

7. עיון בפסיקת ביהמ"ש העליון ובתי משפט אחרים שהוצגה בפנינו לתמיכת בקשתם של המערערים מעלה שאינה מתייחסת למי שביצעו עבירות ממניע גזעני והיו קלות מאלה שבוצעו ע"י המערערים שבפנינו (ראה רע"פ 172/12 איראשי נ' מדינת ישראל ות"פ 3298-12-12 (בימ"ש השלום בירושלים)).

8. לאור האמור לעיל, אנו דוחים את הערעור.

ניתן היום, טז' אדר תשע"ז (14 במרץ 2017) במעמד ב"כ הצדדים.

שמואל בורנשטיין, שופט

זהבה בוסתן, שופטת

אברהם טל, נשיא
אב"ד