

## ע"פ 2648/18 - פלוני, פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 2648/18

ע"פ 2681/18

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט י' אלרון

המערער בע"פ 2648/18: פלוני

המערער בע"פ 2681/18: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט  
המחוזי ירושלים מתאריך 19.07.2017 ומתאריך  
12.02.2018 ב-תפ"ח 58199-03-14 שניתנו ע"י כב'  
הרכב השופטים: נועם סג"נ, ר' פרידמן-פלדמן-מ'  
בר-עם

תאריך הישיבה: ט"ז באייר התשע"ט (21.05.2019)

בשם המערער בע"פ 2648/18: עו"ד אלי לנדאו

בשם המערער בע"פ 2681/18: עו"ד יצחק במ

**פסק-דין**המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. לפנינו ערעורים על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים י' נועם- סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמון' בר-עם) ב-תפ"ח 58199-03-14 שניתנו בתאריכים 19.07.2017 ו-12.02.2018 (בהתאמה).

2. בגדרה של הכרעת הדין - המערער בע"פ 2648/18 (להלן: המערער 1) הורשע בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 379 בנסיבות סעיף 382(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובעבירה של פציעה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 334 בנסיבות סעיף 335(א)(1) ו-(2) לחוק העונשין. בגין הרשעתו נגזרו על המערער 1 ארבעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת אלימות מסוג פשע.

לגבי המערער בע"פ 2681/18 (להלן: המערער 2), שהיה קטין בעת ביצוע העבירות, נקבע כי עבר את העבירות הללו, וזאת בהתאם להוראות סעיף 21 לחוקהנוער (שפיטה, ענישהודרכיטיפול), תשל"א-1971(להלן: חוק הנוער). המערער 2 נדון למאסר על תנאי של 30 יום למשך שנה, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת אלימות מסוג פשע, וניתן לגביו צו מבחן למשך שישה חודשים.

3. להלן נביא את הנתונים הנדרשים להכרעה בערעורים ונתאר את ההתפתחויות שחלו במכלול.

## רקע והליכים קודמים

4. על פי הנתען בכתב האישום, במועד כלשהו עובר לתאריך 23.03.2014 המערערים החליטו להיכנס אל רמת מגרון ולתקוף פלסטינים תושבי המקום. בתאריך 23.03.2014, בשעה 12:00 לערך, המערערים התקרבו, יחד עם ארבעה אנשים נוספים, אל שטח בפאתי רמת מגרון, שבו עבדו באותה העת: יוסף אבו עלי(להלן: אבו עלי), עומר אל חאג' (להלן: אל חאג'), אחמד ציאם(להלן: ציאם) ונסיף אבדול ג'אבר(להלן: אבדול ג'אבר) (להלן יכוננו יחד: המתלוננים). לאחר מספר דקות בהן השקיפו המערערים וחבריהם על המתלוננים, נטען כי הם החלו ליידות אבנים לעברם ולאחר מכן להכותם במוטות ואלות שהוכנו מבעוד מועד. הם הפסיקו במעשיהם רק כאשר אזרח שעבר במקום הבחין במתרחש וצעק לעברם כי בכוונתו להזעיק את כוחות המשטרה.

בעקבות מעשיהם של המערערים, כך נטען, נגרמו לאבדול ג'אבר חבלה ושטף דם בכתפו השמאלית, לאל חאג' חתך בראש באורך 3 ס"מ וחבלה בזרוע, ולציאם חבלות בידו.

בגין המעשים המתוארים כתב האישום ייחס למערער 1 ולמערער 2, כמו גם לנאשם נוסף (להלן: הנאשם הנוסף), את העבירות הבאות: תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני לפי סעיף 380, בנסיבות סעיף 382(א) וסעיף 144ד1 לחוק העונשין, ופגיעה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני לפי סעיף 334, בנסיבות סעיף 335(א)(1-2) וסעיף 144ד1 לחוק העונשין.

5. בתאריך 19.07.2017 בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער 1 בעבירות המפורטות בפיסקה 1 שלעיל, וקבע כי המערער 2 עבר עבירות אלו, כאמור בהתאם להוראות סעיף 21 לחוקהנוער.

בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי הרקע לאירוע הנדון קשור בקיומו של שטח שנוי במחלוקת, באזור רמת מגרון, הגורר מפעם לפעם התנגשויות אלימות בין תושבים יהודים לבין תושבים פלסטינים. בעקבות התנגשויות אלו, היה נהוג בקרב התושבים היהודים להעביר ביניהם דיווחים על המתרחש בשטח, ולקרוא מעת לעת להפגין כאשר תושבים פלסטינים מתקרבים לאזור. בית המשפט המחוזי הנכבד פסק, בהקשר זה, כי הגעת המערערים למקום לא נבעה מתכנון מוקדם ומטרת בואם מלכתחילה לא הייתה מתוך כוונה לפגוע בתושבים הפלסטינים שעבדו שם, שכן לא ניתן לשלול את גרסת המערערים לפיה הם הגיעו למקום לאחר שנקראו לבוא ולסייע בהפגנת נוכחות, בסמוך לפני שהחלה ההתנגשות בין הצדדים. מטרת התייצבות זו לא הייתה להשתתף בהתנגשות אלימה דווקא, כי אם "החשש לפגיעה ברכוש הנמצא במקום ובבנות שהתגוררו שם, ולמצער - הפגנת נוכחות באיזור רגיש זה" (פיסקה 39 להכרעת הדין). בהמשך לכך, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי לאחר שהמערערים הגיעו למקום, הם שהו זמן מה בשטח השולט על המקום בו שהו המתלוננים, תוך שהם נערכים אל מולם, וזאת מבלי ליזום פעולה אלימה כלשהי (פיסקה 41 להכרעת הדין).

ביחס לשאלה איזה צד בעימות פתח ראשון בפעילות אלימה כלפי הצד השני, בית המשפט המחוזי הנכבד לא קבע כי המתלוננים הם שפתחו בעימות האלים, אך גם לא שלל את גרסת המערערים לפיה: "תחילתו של העימות האלים הייתה בפעילות של המתלוננים" (פיסקה 43 להכרעת הדין). על אף קיומו של ספק ביחס לגורם שהצית את האלימות, בית המשפט המחוזי הנכבד שוכנע, בין השאר על סמך עדויות המערערים עצמם, כי המערערים אכן תקפו את המתלוננים, וזאת גם אם בתגובה לתקיפה קודמת מצד האחרונים. בהקשר זה נפסק כי: "ניתן לקבוע כי המאשימה הוכיחה, מעבר לספק סביר, שהנאשמים תקפו את המתלוננים ופצעו אותם" (פיסקה 57 להכרעת הדין).

בית המשפט המחוזי הנכבד דחה בנוסף את טענת המשיבה לפיה פעולות המערערים נעשו ממניע גזעני כקבוע בסעיף 144 לחוק העונשין. כן נדחתה טענת בא-כוח המערער 2 כי הפעולות המיוחסות למערערים עולות, לכל היותר, כדי עבירת תגרה, הקבועה בסעיף 191 לחוק העונשין, וכן טענת המערערים להגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית.

מעבר לכך, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי בנסיבות העניין אין תחולה לסייג ההגנה העצמית הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, וזאת לאחר שמצא כי המערערים בחרו להישאר במקומם ולהתעמת עם המתלוננים, על אף שעמדה להם האפשרות לסגת מהמקום וכן להתקשר לצבא או למשטרה. על כן, נפסק כי בחירת המערערים "בהפעלת כח על פני נסיגה בטוחה והזעקת עזרה" מפקיעה מהם את טענת ההגנה בדבר "הגנה עצמית" (פיסקה 59 להכרעת הדין).

6. נוכח כל האמור לעיל - בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערערים בעבירות, שפורטו בפיסקה 1 שלעיל, תוך שנקבע כי המערערים, יחד עם הנאשם הנוסף, פעלו ב"שותפות ספונטנית" ומשך כל אחד מהם אחראי למעשיהם של האחרים מכוח היותם "מבצעים בצוותא" (פיסקה 63 להכרעת הדין).

7. בתאריך 12.02.2018, בית המשפט המחוזי הנכבד גזר את עונשם של המערערים. על המערער 1 נגזר כאמור מאסר על תנאי של ארבעה חודשים למשך שלוש שנים, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת אלימות מסוג פשע. המערער 2, שהיה קטין בעת ביצוע העבירות, הורשע בגין מעשיו כאמור, והוא נדון למאסר על תנאי של 30 ימים למשך שנה, כשהתנאי הוא שלא יעבור כל עבירת אלימות מסוג פשע, וכן ניתן בעניינו צו מבחן למשך שישה חודשים. במסגרת גזר דינו של המערער 2, בית המשפט התייחס לכך שעל אף היותו קטין בעת ביצוע העבירה, וחרף העובדה שאין לו כל עבר פלילי ולמרות השינוי שחל באורחות חייו - אין מקום לסיים את ההליכים באי הרשעה בשל השתתפותו בתקיפת המתלוננים.

8. פסק דין זה הוא מושא הערעורים שלפנינו. להלן אביא בתמצית את טענות הצדדים במכלול.

טענות הצדדים במסגרת הערעורים

9. המערער 1 טוען כי נפלו מספר שגיאות בפסק דינו של בית משפט המחוזי הנכבד, וכי יש בכל אחת מהן כדי לזכותו, הכל כמפורט להלן:

ראשית, המערער 1 טוען כי בית המשפט שגה בקביעתו כי לא חל בנסיבות סייג הגנה עצמית. לטענתו, יישום נכון של ההלכה הנוהגת מוביל להכרה בסייג לאחריות פלילית העומד למערערים, וזאת בהינתן כי הסהגיעו למקום במטרה להגן על אינטרס ראוי להגנה. לגישת המערער 1, כל עוד המערערים חשבו שיוכלו למלא מטרה מוצדקת זו - העובדה שלא ברחו ולא הזעיקו עזרה - אינה מבטלת את תחולת הסייג.

שנית, המערער 1 טוען שהקביעה כי העבירה בוצעה בצוותא - שגויה. לדבריו, בשלב בו תקפו הפלסטינים, התושבים היהודים כלל לא עמדו בצורה מקובצת, והתיגרה האלימה התקיימה בעיקר מול שניים מהם, בלא מעורבות ישירה של היתר. בהינתן כי העבירה לא בוצעה בצוותא - על המשיבה היה להוכיח מעבר לספק סביר את ביצוע העבירה על ידי המערער 1 - ומשלא עשתה זאת יש לזכותו.

שלישית, לגישת המערער 1 חלה עליו בנסיבות "הגנה מן הצדק", שכן המשיבה נקטה, לטענתו, במדיניות מפלה: המערערים, שהגיבו לתקיפה מוקדמת - הורשעו, בעוד שלגבי המתלוננים, שפתחו בהתקפה האלימה - כלל לא ננקטו הליכי חקירה ואכיפה כלשהם.

10. בא-כוח המערער 2 טוען אף הוא כי יש לזכות את מרשו, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, אף לטענתו בית המשפט המחוזי הנכבד טעה בקבעו שאפשרות הנסיגה שעמדה בפניו בעת העימות

האליים מפקיעה את סייג ההגנה העצמית העומד לו. בא-כוח המערער 2 מרחיב, בהקשר זה, בנוגע למאפייניה ולגבולותיה של "חובת הנסיגה", המוכרת כמרכיב בתנאי התחולה של הסייג הנ"ל.

שנית, הוא טוען כי קביעת בית המשפט המחוזי הנכבד לפיה עובדות המקרה אינן הולמות את נסיבות עבירת התגרה שגויה על רקע מכלול ממצאיו העובדתיים. עודגורס בא-כוח המערער 2 כי קביעת קיומה של "שותפות ספונטנית" דורשת אף את גיבושו של יסוד נפשי, ולא רק של יסוד עובדתי - וכי זה לא הוכח ביחס אליו במסגרת ההליך בפני בית המשפט המחוזי הנכבד.

לבסוף, ב"כהמערער 2 מוסיף וטוען כי היותו של המערער 2 קטין (בן כ-16) בעת ביצוע המעשים בגינם הורשע, העובדה כי מדובר בעבירה הראשונה והיחידה שביצע וכן המלצת שירות המבחן בעניינו, המתחשבת בשינויים שחלו בינתיים במצבו המשפחתי ובחיייו- ראוי שיובילו לאי הרשעה, וחלף ההרשעה - יש לקבוע עונש של ביצוע שירות לציבור.

11. המשיבה דוחה את טענות המערערים בשני הערעורים, תוך שהיא סומכת ידיה על עיקר פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. לשיטתה, אשמתם של המערערים בעבירות בהן הורשעו הוכחה מעבר לספק סביר בבית המשפט המחוזי, והעונש שניתן למערער 2 הולם את חומרת מעשיו, את האינטרס הציבורי ואת נסיבותיו האישיות.

המשיבה טוענת עוד כי סייג ה"הגנה העצמית" לא עומד בנסיבות למערערים, וזאת בשל אי-עמידתם בשני תתי-המבחנים שהותוו בפסיקה לעמידה בתנאי הנחיצות: הנחיצות האיכותית והנחיצות הכמותית. לגישת המשיבה דרישת "הנחיצות האיכותית" איננה מתקיימת בנסיבות, מפני שהמערערים וחבריהם בחרו שלא להזעיק את כוחות הביטחון למקום האירוע וחלף זאת החליטו לפעול בכוחות עצמם להדיפת התושבים הפלסטינים מהשטח. המשיבה גם סבורה כי דרישת "הנחיצות הכמותית" אף היא איננה מתקיימת בנסיבות, שכן פירוט הפציעות מהן סבלו המתלוננים והמערערים, והגרסאות שמסרו הצדדים בסמוך לקרות האירוע ובבית המשפט, מלמדים על כך שמעשי המערערים לא היו סבירים בנסיבות העניין לשם מניעת סכנת הפגיעה מצד המתלוננים, כדרישת סעיף 34טז לחוק העונשין.

לשיטת המשיבה, התמונה העולה מעדויות המערערים והמתלוננים על שהתרחש בקטטה האלימה אכן מצדיקה את הגדרת המערערים כ"מבצעים בצוותא". לטענתה, מעדויות שני המערערים וכן מעדויות הנאשם הנוסף בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, עולה כי ששת בני החבורה פעלו כקבוצה מעת שנערכו אל מול התושבים הפלסטינים שנכחו במקום האירוע. חיזוק לגרסה זו נעוץ בעדויות המתלוננים, לפיהן אף הפעולות האלימות שביצעו המערערים וחבריהם נעשו יחד, בצורה מתואמת ובאופן אחיד. לפיכך, המשיבה סבורה כי אף אם לשותפות המערערים לא קדם תכנון מוקדם - מדובר ב"שותפות ספונטנית", שהתגבשה בתגובה להתרחשויות בשטח "תוך מודעות של כל אחד מהם למעשיו של זולתו, שעה שהם פועלים למטרה משותפת" (עמ' 10 למסמך עיקרי הטיעון מטעם המשיבה) - שותפות שדי בה לעניין הגדרתם כ"מבצעים בצוותא".

המשיבה מוסיפה וטוענת לבסוף כי יש לדחות את טענות המערערים אף ביחס לסוגיית תחולת עבירת ה"תגרה" בעניינו. לדבריה, קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד מקימות את המסד הנדרש להחלת סעיפי העבירה של "תקיפה" ו"פגיעה" בנסיבות מחמירות, ומשכך, אין להחיל, בנסיבות, את עבירת ה"תגרה".

בסיום - המשיבה טוענת כי אין להתערב בעונש שהושת על המערער 2 וכי ממילא אין מקום להימנע מהרשעתו. לגישה, העונש שהשית בית המשפט המחוזי הנכבד עליו מאזן נכונה בין השיקולים השונים בעניינו, ובתוכם עובדת היותו קטין בעת ביצוע העבירה, ועל כן אין להתערב אף במרכיב זה.

דיון והכרעה

12. לאחר עיון במכלול החומר שהוגש על ידי הצדדים ובפסק הדין של בית המשפט המחוזי הנכבד, אני סבור כיכל הנוגע להכרעת דינם של המערערים, דין הערעורים -להידחות, ואולם, הנני סבור כי דין הערעור בנוגע לגזר הדין של המערער 2-להתקבל, כך שיושתו עליו 50 שעות שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה, וזאת חלף הרשעתו והעונש שהושת עליו, כפי שנקבעו על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד.

את נימוקי למסקנות אלו אציג מיד, תוך התייחסות לטענות המערערים על פי סדרן.

הערעור על הכרעת הדין

סייג ההגנה העצמית

13. טענתם הראשונה של המערערים נוגעת לתחולת סייג ה"הגנה העצמית". סייג זה קבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, אשר מורה כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

לעניין זה רלבנטי גם סעיף 34טז לחוק העונשין, אשר קובע כך:

"הוראות סעיפים 34, 34א-34ב לא יחולו כאשר המעשה הלא היתה הסבירה בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה".

14. לא מצאתי הצדקה להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי הנכבד שלפיה אין בנסיבות העניין תחולה לסייג ה"הגנה העצמית". לשיטתי, המערערים פעלו באופן החורג מגדרי הסבירות, ומשכך, סייג ה"הגנה העצמית" אינו יכול לעמוד להם. כעת אסביר מסקנתי זו.

15. בפסיקה נקבעו שישה תנאים מצטברים שבהם מותנית תחולת סייג ה"הגנה עצמית":

הראשון- קיומה של תקיפה שלא כדין.

עמוד 6

השני- הימצאות הנאשם בסכנה מוחשית, ולא ערטילאית "של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו, או ברכושו, שלו או של זולתו".

השלישי מחייב כי מעשה ההתגוננות היה "דרוש באופן מיידי" כדי להדוף את התקיפה.

התנאי הרביעי לתחולת הסייג, הקבוע מפורשות בסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין, הוא כי הטוען לו - לא נכנס למצב ב"התנהגות פסולה" "תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים".

החמישי- הוא תנאי הנחיצות. על פי תנאי זה סייג ההגנה העצמית יחול רק אם לא ניתן היה להדוף את התקיפה בדרך אחרת, שהיא פחות פוגענית כלפי התוקף. ניתן למצוא עיגון לתנאי זה בדרישה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין כי מעשה ההגנה יהיה "דרוש באופן מיידי" להדיפת התקיפה, וכן בדרישה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין האמור.

התנאי השישי והאחרון הוא תנאי המידתיות, הנגזר אף הוא מדרישת הסבירות הנזכרת בסעיף 34 לחוק העונשין. במסגרת בחינת תנאי זה יש לבחון את היחס בין הנזק הצפוי מפעולת המגן לבין הנזק הצפוי מהתקיפה (ראו: ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (25.10.2006) (להלן: עניין אלטגאוז); ע"פ 7712/12 פלוני נ' מדינת ישראל (23.05.2013) (להלן: עניין פלוני)).

די בכך שאחד מהתנאים הללו לא יתקיים כדי להביא למסקנה כי אין תחולה לסייג ה"הגנה העצמית" בנסיבות.

16. בענייננו מספר דרכים מובילות למסקנה לפיה סייג "ההגנה העצמית" איננו עומד למערערים. מכל מקום, המרכזית שבהן הינה אי-התקיימות תנאי הנחיצות. השאלה שעולה בבחינת תנאי הנחיצות היא האם ניתן היה, בנסיבות המקרה, לממש את האינטרס המוגן, קריהגנה על רכוש וביטחון תושבי המקום, בדרך פוגענית פחות מזו בה נעשה שימוש. הנימוק הבסיסי לדרישת תנאי זה הוא כי: "אדם הפועל לשם הדיפת זה שבא לתקוף אותו, ממלא למעשה את תפקידן של רשויות האכיפה, ועל-כן עליו להראות כי פנה לשימוש בכוח רק משנוכח כי לא היה ניתן להדוף את התוקף באמצעות שימוש בחלופות אחרות, פוגעניות פחות" (ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90 (2004)).

האם בפני המערערים עמדה אפשרות חלופית, פוגענית פחות, באמצעותה יכולים היו להבטיח את בטחון הרכוש והנפש המצויים במאחז? סבורני כי התשובה - לכך - חיובית, והפירוט יבוא מיד בסמוך.

17. מרבית טענות הצדדים בערעור עסקו בשאלת תחולתה של "דרישת הנסיגה" והחלתה על עובדות המקרה שלפנינו. על פי דרישה זו: "עובר לשימוש בכוח מגן, על הנתקף, למצות את הדרך של נסיגה בטוחה, המייתרת... את הצורך בכוח מגן" (ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (מהדורה שלישית) 800 (2014) (להלן: רבין וואקי)). השאלות: באלו מקרים חלה חובת נסיגה כאמור, ומהם גבולותיה בנסיבות כל מקרה, שנויות במחלוקת רחבות ועמוקות (ראו: בעז סנג'רוהגנה עצמית במשפט הפלילי 230-255 (2000) (להלן: סנג'רו)). מכל מקום, אני סבור שבנסיבות המקרה אין צורך להידרש לסוגיית מאפייניה וגבולותיה של "דרישת הנסיגה", במסגרת בחינת התקיימות התנאים לתחולת סייג ההגנה העצמית, וזאת נוכח האפשרות **שעמדה** בפני המערערים - להזעיק את כוחות הביטחון.

18. מחומר הראיות בתיק עולה כי מעת שהמערערים הגיעו לשטח המריבה ועד לרגע בו פרצה ההתנגשות הפיזית בין הקבוצות עבר משך זמן לא מבוטל. במסגרת עדותו של הנאשם הנוסף בבית המשפט המחוזי עלתה ההערכה כי מדובר היה בכחישעה (ראו: עמוד 503 לפרוטוקול). במהלך משך זמן זה קבוצת המערערים נערכה במקום מבלי ליזום מגע ישיר עם המתלוננים. בנסיבות הללו, אף אם מדובר היה במשך זמן קצר מחצי שעה, ברי כי למערערים היה די זמן כדי להזעיק את כוחות הביטחון, ובכך להפיג את הסכנה מפניה ביקשו להתגונן לדבריהם- פגיעה ברכוש או בחיי המתגוררים במקום. הנה כי כן -אף בקבלת ההנחות העובדתיות הנוטות לטובתם של המערערים - הן בנוגע למטרת הגעתם למקום והן בנוגע לצד שהחל בהתנגשות האלימה - עמדה בפני המערערים חלופה עדיפה שבאמצעותה ניתן היה לממש את האינטרס המוגן למענו פעלו.

ודוק, אין אנו עוסקים במקרה שבו קבוצת תוקפים עושה את דרכה לפגוע ברכוש או באנשי המאחז, והמתגוננים, השוהים במקום, נדרשים ליצור חוצץ באופן דחוף ומייד בין התוקפים לבין אלו בכדי למנוע פגיעות צפויות. במקרה דנן ניכר כי התנהלות הצדדים, אף אם לא נערכה על מי מנוחות - לא הייתה במהירות שבה קבלת ההחלטות נעשית בנסיבות של לחץ זמן ומרחב מצומצם באופן שבו ישנה "נחיצות" בנקיטה בדרך של כניסה לעימות ישיר ושל הפעלת כוח פיזי (השוו: ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל, פסקה 174 לפסק דינו של השופט נ' סולברג(18.02.2016) (להלן: עניין סומך)). ברור, לפיכך, כי בפני המערערים עמדה דרך פעולה חלופית, פוגענית פחות, שבה יכולים היו לבחור לשם הבטחת הסרת האיום.

19. זאת ועוד - אחרת. אף הגרסאות שמסרו המערער 1 והנאשם הנוסף בפני בית המשפט מחזקות את המסקנה כי אי-הזעקת כוחות הביטחון למקום האירוע - לא נבעה מחוסר יכולת לעשות זאת, כפי שנטען על ידי באי-כוח המערערים, כי אם מבחירה, הנעוצה בחוסר אמון באלו ובחשש מהם (ראו למשל: עמודים 464-465, 599 ו-600 לפרוטוקול). למותר לציין, בהקשר זה, שטעם זה איננו יכול לעמוד לטובתם של המערערים במסגרת בחינת החלופות האפשריות בגדרי תנאי הנחיצות (בנוגע לכלל לפיו יש לבחון את דרישת הנחיצות באופן אובייקטיבי, ולא בהתאם להשקפתו הסובייקטיבית של כל מגן, ראו: עניין סומך, פסקה 182 לפסק דינו של השופט נ' סולברג; עניין אלטגאוז, פסקה 18).

לפיכך, ככל שהמערערים אכן חששו מהתושבים הפלסטינים שהתקרבו לתחומי המאחז, ברי שעל רקע של האפשרות להזעיק את כוחות הביטחון שעמדה בפני המערערים (ראו: סנג'רו, עמ' 254-256 ו-368 ה"ש 1286) - לא ניתן לזהות את הפעולות האלימות בהן נקטו ככאלו שהיו "דרושות באופן מייד" להדיפת הסכנה.

20. משעה שקבעתי כי בפני המערערים עמדה אפשרות פעולה חלופית עדיפה, שהיה בה כדי להשיג את המטרה לשמה הם פעלו, וזאת בנקודת זמן המוקדמת לפרוץ התגרה - לא יכולה לעמוד לטובתם טענה לפיה: "משהחלה ההתקפה מצד הערבים, קריאה לכוחות הביטחון... הייתה בלתי אפשרית טכנית... וגם לא הייתה נותנת מענה מייד להתרחשויות המהירות בתוך הסיטואציה" (עמוד 6 להודעת הערעור מטעם המערער 1). למעשה, בא-כוח המערער 1 מבקש לבצע "מסגור" שונה מזה שעשה בית המשפט קמא בנפרד, ושאומצה כאן בניתוח דלעיל, לסדר התרחשות האירועים: בעוד שמיקום הדיון בנוגע להתקיימות דרישת הנחיצות במשך הזמן שקדם לפרוץ הקטטה, נובע מ"מסגור", שבו שרשרת האירועים הנבחנת מתחילה מהגעת המערערים לאזור המאחז; מיקומו בנקודת הזמן המצומצמת יותר של התרחשות הקטטה, נובע מ"מסגור" ממוקד יותר שבו האירועים הרלבנטיים לבחינת תנאי סייג ההגנה העצמית מסתכמים באלו הצמודים לחיכוך הפיזי בין הצדדים. בנסיבות העניין, אני סבור שאין בהצעה זו לשינוי "מסגור"



ההתרחשות נשוא הדיון כדי לשנות ממסקנתי האמורה.

21. על פי סעיף 34 סיפא לחוק העונשין (התנאי הרביעי במניין שהזכרתי בפיסקה 14 שלעיל), אף הוא אינו מתקיים כאן, שכן לפיו: "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". סייג זה מבוסס על הרציונאלשלפיו: "אין לדון בטענת הגנה עצמית במנותק מן האירועים שקדמו למעמד שבו נאלץ הנאשם לפעול לשם התגוננות" (ראו: ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624 (1972); ע"פ 8554/00 זרבאילוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 913 (2001) (להלן: עניין זרבאילוב)).

מקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד עולה כי המערערים בחרו להיכנס לתגרה על אף שעמדו בפניהם דרכי פעולה חלופיות (ראו: פיסקה 59 להכרעת הדיון). כך, אף אם התייצבות המערערים במקום נעשתה למען הגנה על אינטרס לגיטימי, החלטתם להתקרב לקבוצת המתלוננים מבלי להזעיק את כוחות הביטחון מהווה בנסיבות "התנהגות פסולה", במשמעות ההוראה המצוטטת לעיל. אף היסוד הנפשי הנדרש מתקיים בנסיבות המקרה, משום שעל פי חומר הראיות וקביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד ברי כי המערערים צפו את התפתחות הסיטואציה לכדי תגרה. מעידים על כך, בין היתר, הימצאותם של "כלי תקיפה" שונים ברשות המערערים וכן עדויותיהם לגבי התרשמותם מהיערכות ומפעולות המתלוננים במקום. כל אלו מובילים לתוצאה שלפיה המערערים, אשר היה ביכולתם לממש אינטרס (המוכר בחוק כמוגן) בדרך שאיננה אלימה - בחרו חרף זאת לפעול בדרך שהביאה אותם בסופו של דבר לבצע תקיפה, ולכן הם לא ייהנו מסייג ההגנה העצמית בנוגע לתקיפה זו (ראו והשוו: עניין זרבאילוב, פיסקה 5; עניין פלוני, פיסקה כ"א).

הנה כי כן, כפי שקבע בית המשפט המחוזי הנכבד בדיון - סייג "ההגנה העצמית" איננו עומד למערערים בנסיבות המקרה.

"מבצעים בצוותא"

22. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע במסגרת הכרעת הדיון כי על אף שאין בסיס לטענה לפיה הגעת המערערים למקום האירוע, כמו גם התקיפה הראשונה שביצעו, נעשו בצוותא חדא - בהמשך האירוע הם וחבריהם פעלו בכוח יחדיו, ב"שותפות ספונטנית", ומשכך ניתן להרשיעם כ"מבצעים בצוותא" מכוח סעיף 29(ב) לחוק העונשין. בית המשפט התבסס בקביעתו זו על עדויותיהם של הנאשם הנוסף ושל המערער 2, אשר מהן עולה כי המערערים וחבריהם פעלו כחבורה אחת, בתיאום - "כולם יחדיו להשיב מלחמה" (עמ' 49 להכרעת הדיון), כאשר הגיבו לפעולות הפלסטינים במקום.

גם בסוגיה זו אינני מוצא הצדקה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד.

23. סעיף 29(ב) לחוק העונשין קובע כך:

"... (ב) המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר".

הפסיקה עסקה בהרחבה בשאלת סיווג המעורבים בביצוע עבירה וההבחנה ביניהם. בין השאר, נקבע כי סיווג זה ייעשה על פי תפקיד השותפים השונים בביצוע הפעולה העבריינית, וזאת בהתייחס למידת קרבתם ל"גרעין הקשה" של ביצוע העבירה. במסגרת זו, נהוג להגדיר מבצע בצוותא כ"מי שפעל, יחד עם שאר המבצעים, כ'גוף אחד', במסגרת תכנית משותפת" (ראו: ע"פ 4205/14 בן יצחק נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (29.05.2016) (להלן: עניין בן יצחק); ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(2) 666, פסקה 22 (12.01.2011) (להלן: עניין ימיני); ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 401-402 (1997)). יחד עם זאת, הפסיקה הכירה בקיומם של מקרים שבהם ביצוע בצוותא נעשה ללא תכנון מראש, או היוועדות מוקדמת. במקרים כאלו, אף "שותפות ספונטנית" בביצוע העבירה תוביל להרשעת מספר מבצעים מכוח סעיף 29(ב) לחוק העונשין, כאשר הנאשם פועל בצוותא חדא עם המבצעים האחרים להגשמתה (ראו: ע"פ 259/97 סובחי נ' מדינת ישראל (28.04.1998) (להלן: עניין סובחי); עניין בן יצחק, בפסקה 61; עניין ימיני, בפסקה 22). כך, נפסק בעבר כי אף אדם שהצטרף לקטטה, אך לא היה שותף למעשה הפיזי שגרם לפגיעה המשמעותית בקרבן, ואפילו אם לא היה נוכח בזירה ברגע פגיעה זו - עלול להיחשב כמבצע בצוותא (ראו: עניין סובחי; עניין בן יצחק, בפסקה 61; ע"פ 2895/07 פרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (25.10.2007)). בהקשר זה אף נקבע כי: "ביצוע פיזי של יסוד מיסודות העבירה אינו תנאי הכרחי להרשעה כמבצע בצוותא, אלא די... בתרומה ה'פנימית' של המערער למשימה העבריינית" (עניין בן יצחק, פסקה 58, וההפניות המופיעות שם).

24. השאלה האם נאשם חייב כמבצע בצוותא, תלויה איפוא לא רק במעשיו, אלא אף ביחסו הנפשי לביצוע העבירה (ראו: עניין ימיני, פסקה 22). היחס בין המישור העובדתי לבין המישור הנפשי בבחינת מהות העשייה, תואר בפסיקה כמקבילית כוחות שבמסגרתה ככל שמתקיים יסוד נפשי חזק יותר ביחס לביצוע העבירה ניתן להסתפק ביסוד עובדתי חלש יותר, ולהיפך (עניין בן יצחק, בפסקה 57). מכל מקום, אף בנוגע להיבט זה נקבע כי אין צורך שהנאשם יהיה חלק מהתכנון המוקדם של המעשה העברייני, וכי די בקיום היסוד הנפשי הנדרש לעבירה הנדונה ובמודעותו לכך שהוא מצטרף למבצעים האחרים בביצועה בכדי להיחשב ל"מבצע בצוותא" (ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בביזאיב, פ"ד נו(5) 580 (2002), פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' טירקל (24.07.2002); רבין וואקי, 598-599).

25. יישום האמור לעיל - על נסיבות העניין שלפנינו, נוכח קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד, מורה כי המערערים אכן ביצעו את העבירה כ"מבצעים בצוותא". המערערים וחבריהם, גם אם לא הכירו זה את זה היכרות מוקדמת ולא תיאמו זה עם זה בצורה ישירה את הגעתם למקום - חברו יחד זמן מה טרם שפרצה התגרה (ראו: גרסתו של הנאשם הנוסף, בעמוד 23 להכרעת הדין). מגירת המערערים עצמם עולה כי התפרסותם במקום אל מול עובדי האדמה הפלסטינים נעשתה באופן מתואם, ועל פי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד. תיאום זה נמשך גם כשהחל העימות הפיזי, כאשר המערערים וחבריהם עומדים בטווח ראייה זה מזה (ראו: עמוד 606 לפרוטוקול). מוכן אני להניח, לצורך העניין, כי אופן פריסתם של המערערים בשטח אכן היה כזה שבמסגרתו כל זוג התמודד אך עם הפלסטינים שמולו, כאשר המרחק שבין זוג לזוג מנע מהם להבחין במדויק במתרחש בקרב הזוגות האחרים. מכל מקום, אף אם הנחה עובדתית זו אכן הולמת את שהתרחש במקום, מעת שהמערערים וחבריהם נערכו יחדיו, בחבורה אחת, לקראת המגע הפיזי, ובהינתן שגם כאשר החל העימות האלים - המערערים לא רק נשאו במקומם בתבנית בה נערכו, אלא אף פעלו במסגרתה, יש לראותם כמי שתרמו תרומה "פנימית" לפעולה העבריינית,

תוך שהם פועלים "כגוף אחד" בתקיפת המתלוננים, כמובהר להלן.

26. בנוגע למערער 1, מספר סממנים לדבר:

ראשית, כפי שהוזכר כבר, המערער 1 היה חלק מהחבורה בהיערכותה לקראת המגע עם התושבים הפלסטינים.

שנית, כאשר החלו להיזרק אבנים בין שתי הקבוצות, נשאר המערער 1 במקומו, ואף נטל לידיו מקל.

שלישית, מעדותו בבית המשפט המחוזי הנכבד עולה כי כאשר התרחשה הפוגה מסוימת בעימות הפיזי, והמתלוננים וחבריהם נסוגו מהמקום, המערער 1 לא נסוג ואף לא נשאר במקומו, אלא התקדם לכיוונם של הפלסטינים הנסוגים (ראו: עמודים 595-596, 608 לפרוטוקול).

27. בנוגע למערער 2 - מעבר להשתתפות בהיערכות בשטח, ולצד ההישארות במקום, כחלק מהמערך, אף כאשר החל החיכוך הפיזי, המערער 2 הודה בעדותו כי זרק אבנים כלפי התושבים הפלסטינים שהיו במקום (ראו: עמוד 649 לפרוטוקול).

28. המעשים הנ"ל של המערערים 1 ו-2, עולים, בנסיבות, לגישתי, כדי ביצוע בצוותא של עבירת התקיפה. היסוד העובדתי מתקיים שעה שהשניים היו חלק מהפעולה העבריינית, כמתואר. באשר למישור הנפשי, נוכח מעשיהם הנזכרים של המערערים, ועל רקע רצף האירועים - מעת שהם נקראו להגיע למקום ועד לביצוע היסודות העובדתיים של עבירת התקיפה, ברי כי הייתה למערערים 1 ו-2 מודעות ביחס ליסודות ביצוע עבירת התקיפה, כנדרש לשם הרשעה בעבירה זו. המערערים לא הגיעו למקום באקראי (ראו בהקשר זה: ע"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 756, 747 (1999)), ואפשר להניח שלא הופתעו מפרוץ התגרה האלימה, ומהאלימות שהופעלה במהלך תגרה זו. יעידו על כך חפצי התקיפה שהיו ברשותם, התקדמותם לעבר קבוצת הפלסטינים ואף מעשיהם בסמוך למגע הפיזי ובמהלכו, כפי שהוזכר לעיל. הנה כי כן - למערערים הייתה מודעות אף לכך שהם מצטרפים לאחרים בביצוע יסודות עבירת התקיפה, וזאת על אף שהיו בגדר "שותפים ספונטניים". משכך, אינני מוצא להתערב בפסיקתו של בית המשפט המחוזי הנכבד גם בנקודה זו.

עבירת התגרה

29. בית המשפט המחוזי הנכבד דן באפשרות של הרשעת המערערים בעבירת התגרה הקבועה בסעיף 191 לחוק העונשין, ודחה אותה. כאמור, המערערים משיגים על דחיה זו מטעמים שונים. בין השאר, נטען על ידם כי קביעת בית המשפט המחוזי הנכבד לפיה משום ש"אין מדובר במצב בו לא ניתן לקבוע מי התוקף ומי הקרבן" - עבירת התגרה איננה מתאימה - היא שגויה. זאת, מפני שלשיתתם היה על בית המשפט לקבוע כי המתלוננים וחבריהם הם שפתחו בהתקפה, או, לכל הפחות, להסתפק בכך שנוכח גישת בית המשפט המחוזי הנכבד כי לא ניתן לשלול את גירסת המערערים בשאלה מי הצד שפתח בהתקפה - מתעורר ספק פוטר.

30. אף בסוגיה זו אינני מוצא לנכון להתערב בתוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי הנכבד. אין צורך לקבוע בעניינינו מסמרות בשאלת פרשנות הסעיף בו קבועה עבירת התגרה ובשרטוט הגבולות שבינה לבין עבירת התקיפה, זאת מאחר ובנסיבות העניין - אין מקום להרשיע בעבירת התגרה, הקלה יותר, נוכח התקיימות יסודותיה של עבירת התקיפה, כמבואר מיד בהמשך.

31. סעיף 378 לחוק העונשין מגדיר "תקיפה מהי" כך:

"המכה אדם, נוגע בו, דוחפו או מפעיל על גופו כוח בדרך אחרת, במישרין או בעקיפין, בלא הסכמתו או בהסכמתו שהושגה בתרמית - הרי זו תקיפה; ולענין זה, הפעלת כוח - לרבות הפעלת חום, אור, חשמל, גאז, ריח או כל דבר או חומר אחר, אם הפעילו אותם במידה שיש בה כדי לגרום נזק או אי נוחות".

אכן, כפי שגורסים באי-כוח המערערים - עבירת התקיפה הינה עבירה התנהגותית ומשום כך החלטה איננה תלויה בתוצאה של פעולות המערערים. פציעותיהם של המתלוננים, בהצטרף לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי הנכבד בנוגע לפעולותיהם של המערערים וחבריהם, בין אם כמבצעים עיקריים ובין אם כמבצעים בצוותא - אינן מותרות איפוא מקום לספק בשאלת התקיימותם של יסודות העבירה. בהקשר זה, נכונים דברי בית המשפט המחוזי הנכבד לפיהם אין ספק בכך שבמסגרת הקטטה שהתקיימה בין הצדדים נעשו פעולות, אשר הציבו את המערערים כתוקפים, ואת המתלוננים כנפגעים מתקיפה זו - יש להם על מה להתבסס.

הגנה מן הצדק

32. דוקטרינת ההגנה מן הצדק, המעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, חלה, בין השאר, גם על מקרים בהם התרחשה הפליה פסולה בהעמדה לדין (לסקירה על תולדות התפתחותה של הדוקטרינה במשפט הישראלי ראו פסק דיני ב-רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 55-79 (31.10.2018) (להלן: עניין ורדי). עיינו גם: ישגב נקדימון/הגנה מן הצדק 391-400 (2009) (להלן: נקדימון); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ)).

לעניינינו רלבנטיים הדברים שכתבתי בעניין ורדי:

"פסיקת בית משפט זה בעשור החולף... שבה על עמדתה העקבית ולפיה דוקטרינת **ההגנה מן הצדק** ככלל, והטענה לאכיפה מפלה בפרט - אינן מוגבלות בקיומו של מניע פסול העומד בבסיס פעולת הרשות. ואכן, דומני כי טעמים נכבדים מצדיקים את תחולתה של דוקטרינת **ההגנה מן הצדק** גם למקרים של אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון" (פיסקה 79, שם).

הנה כי כן - ניתן להעניק סעד של ביטול כתב האישום מכוח "הגנה מן הצדק" אף כאשר לא הוכח קיומו של מניע פסול מטעם גורמי האכיפה והתביעה. טענה מקדמית מסוג "הגנה מן הצדק", במקרים בהם עולה חשש מפני הפליה בהעמדה לדין, תוכל להתקבל, אם כן, כאשר פעולות האכיפה נעשות רק כלפי חלק ממבצעי עבירה - כאשר אין טעם מוצדק להבחנה ביניהם לבין מבצעים (לכאורה) אחרים, וזאת אף כאשר הדבר נעשה בתום לב ו/או ברשלנות (ראו

גם: נקדימון, בעמ' 399).

33. יחד עם זאת - הרחבה זו של ההגנה מן הצדק איננה מבטלת את חזקת החוקיות העומדת לרשות העומדות בפני טענה כי פעלו כביכול "בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (ראו: נקדימון, 411, 482). בהמשך לכך, לשון החוק הדורשת סתירה מהותית, כאמור, מלמדת אף היא על הזהירות הנדרשת בעת קבלת טענה להגנה מן הצדק במקרים בהם לא הוכחה כוונת זדון בפעולות הרשות (ראו: עניין ורדי, פסקה 99 לפסק דיני). בנוסף, כפי שהוזכר לעיל, תנאי לקבלת טענה בדבר "הפליה בהעמדה לדין" כנ"ל הוא היעדרה של הבחנה רלבנטית בין הקבוצות, אשר נטען כי הרשות הפלתה ביניהן.

34. נוכח כל זאת, אני סבור כי המערערים לא עמדו בנטל הדרוש לביסוס טענתם, משורה של טעמים:

ראשית, כפי שקבע בית המשפט המחוזי הנכבד, ההחלטה להעמיד לדין בגין ההתנגשות האלימה את המערערים, ולא את המתלוננים-נבעה מחוסר שיתוף הפעולה של המערערים עם המשטרה, וכן מהגרסאות החסרות שמסרו וממחדליהם בהקשר זה. ברי כי הנימוק שנתנו המערערים לאופן התנהלותם - חוסר אמון שלהם במשטרה - איננו יכול לפעול לטובתם בסוגיה הנדונה.

שנית, אף בנוגע לפגמים שנטען כי נפלו ב"ניהול ההליך הפלילי" לאחר הגשת כתבי האישום - אין בידי לקבל את טענות המערערים. המתלונן, שעל פי הטענה הזכיר בפני בא-כוח המשיבה (המאשימה) את העובדה כי היכה באמצעות מסור את הנאשם הנוסף, נחקר בידי המשטרה בגין אמירה זו, וכן זומנו עדים נוספים כחלק מחקירת העניין. רק לאחר מיצוי החקירה הנ"ל, ועל רקע החומר שנאסף, הוחלט שלא לנקוט בהליכים נוספים בנוגע לתקרית. לא מצאתיאיפוא בטענות המערערים מסד מספק להפקעה של חזקת התקינות העומדת למשטרה בהקשר זה.

בנוסף, לא נעלמו מעיני ההבדלים בין חומרת פציעות המערערים וחבריהם לבין חומרת פציעות המתלוננים שנגרמו עקב הקטטה. מבלי לקבוע שבהבדלים אלו נעוצות החלטות רשויות האכיפה במסגרת הטיפול במקרה, ניתן לזהות אף אותם כיסוד מבדיל רלבנטי בין הקבוצות במסגרת התנהלות המשטרה בעניין.

35. לסיכום סוגיה זו - ראויים לציון הדברים שנכתבו בפסק הדין בעניין בורוביץ, בנוגע לעדות כבושה שעל תוכנה ביסס המערער את טענתו המאוחרת להגנה מן הצדק. בהקשר זה, נכתב שם ביחס למערער כי: "בכבישת טענותיו האמורות יש כדי לגרוע מעוצמת טענתו כי העמדתו לדין הייתה כשלעצמה בלתי מוצדקת, שכן על המבקש סעד מכוח הגנה מן הצדק חלה חובת ניקיון הכפיים" (עניין בורוביץ, בעמ' 823). אמנם, אינני מוצא לנכון לקבוע כלל שלפיו טענת הגנה מן הצדק תלויה תמיד בניקיון כפיו של המעלה את הטענה. ואולם, אי-ניקיון כפיים הכרוך בהיעדר שיתוף פעולה עם רשויות האכיפה ובמסירת גרסאות מוקדמות לא מדויקות - מגדיל, לגישתי, את הנטל המוטל על המבקש לעשות שימוש בטענת הגנה מן הצדק, וזאת בייחוד כאשר אי-ניקיון הכפיים משפיע, בכוח או בפועל, על התנהלות הרשות שכלפיה נטענת הטענה. כך, בנסיבות העניין, קשה לקבל את דרישת המערערים לסעד בשל התנהלות לא תקינה של רשויות האכיפה בחקירת התקרית הנדונה, שעה שהם עצמם, במעשיהם ובמחדליהם, הקשו על מלאכתן של הרשויות אלו בחקירה זו. משכך, בנסיבות העניין, גם טענת "הגנה מן הצדק" איננה עומדת למערערים.

משנדחה הערעור על קביעות הכרעת הדין ועל הרשעת המערער 1- אעבור לליבון ההשגות על חומרת העונש.

גזר הדין בע"פ 2681/18

36. הלכה היא כי ככלל ערכאת הערעור תתערב בגזר הדין של הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים שבהם נפלה בגזר הדין טעות מהותית, או במקרים שבהם העונש שנגזר סוטה סטייה של ממש מרמת הענישה הראויה או המקובלת לנסיבות (ראו: ע"פ 837/17 אמארה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (25.10.2017); ע"פ 6347/12 מדינת ישראל נ' מרה, פסקאות 16-17 (13.05.2013)). אינני סבור כי מקרה זה בא, כפשוטו, בגדרם של אותם מקרים חריגים, ולכן דין ערעורו של המערער 1 להידחות גם בהיבט זה. עם זאת, בהתחשב בהיותו של המערער 2 קטין (בן כ-16 שנים) בעת ביצוע העבירה, ונוכח תסקירי שירות המבחן החיוביים שהוגשו בעניינו, כמו גם היעדר כל עבר פלילי שלו - אני סבור כי יש מקום לקבל את הערעור ביחס לגזר דינו של המערער 2. להלן אסביר דבריי.

37. המערער 2 היה קטין בעת ביצוע המעשים שבגינם הורשע. הכרעה בהרשעתו של קטין בביצוע עבירה שונה מהכרעה בהרשעתו של בגיר בנסיבות דומות, בין השאר נוכח הוראת סעיף 24(2) לחוק הנוער, המקנה לבית המשפט סמכות שלא להרשיע קטין, אשר ביצע עבירה וחלף זאת לצוות על אמצעים ודרכי טיפול חלופיים הקבועים בסעיף 26 לחוק הנוער. כפי שנקבע בעבר, הנכונות להימנע מהרשעתם של קטינים רבה יותר מאשר בעניין בגירים, אשר לגביהם רק "נסיבות מיוחדות, חריגות ויוצאות דופן ביותר תצדקנה סטייה מחובת מיצוי הדין בדרך הרשעת העבריין" (ראו: ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685, 690 (2000)). במסגרת החלטה בדבר הרשעתו של קטין, בית המשפט יביא בחשבון את: גילו של הנאשם הקטין, את עברו הפלילי, את סיכויי שיקומו ואף את מהות העבירה ואת נסיבות ביצועה (ראו: ע"פ 9813/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (15.06.2017); ע"פ 8717/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (25.06.2017)).

בהמשך לכך, נקבע כיבשל החשיבות המוגברת שיש לייחס לאלמנט השיקום בכל הנוגע לנאשמים קטינים, יש לתת בעניינם: "משנה תוקף להמלצת שירות המבחן" וכן כי: "אל לו לבית המשפט לסטות מהמלצת שירות המבחן כאשר יש בנמצא אופק שיקומי, אלא מטעמים כבדי משקל" (ראו: ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד סג(1) 752, 767-768 (2009) (להלן: מדינת ישראל נ' פלוני); ע"פ 7113/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (15.12.2008)).

38. בתסקיר שירות המבחן העדכני בעניינו של המערער 2, שהתבסס על פגישות עימו ועל מקורות מידע שונים, הומלץ על אי הרשעת המערער 2 וחלף זאת על חיובו בביצוע 50 שעות שירות לתועלת הציבור. המלצה זו, בהמשך לתסקיר הראשון שנערך בעניינו של המערער 2, נשענת על השינויים המשמעותיים שחלו באורחות חייו, על העובדה שמדובר בפעם הראשונה והיחידה שבה הוא עמד לדין, על היעדר דפוסי עבריינות מובנית באישיותו, על הליך השיקום והטיפול שעבר ועל ההתרשמות כי הימנעותו מביצוע עבירות נוספות איננה תלויה עוד בהרתעה שתשיג ההרשעה הנדונה.

39. זה המקום לציין כי לא נעלמו מעיני ההערות המופיעות בתסקיר העדכני בנוגע לשיתוף הפעולה החלקי של המערער 2 עם שירות המבחן וביחס לעניינו המועט באפשרות של שינוי גזר הדין. כמו כן, כפי שתואר לעיל - אין לסטות מהקביעה שהמערער 2 נטל חלק בפעילות העבריינית הנדונה בתיק זה. חרף כל זאת, עובדת היותו של המערער 2 קטין

(בן כ-16 שנים) בעת ביצוע העבירה, היותו ללא עבר פלילי קודם, השינוי שחל במצבו המשפחתי ובאורח חייו וסיכויי שיקומו הגבוהים, כעולה מהתסקירה העדכנית- מובילים אותי למסקנה כי אין לסטות מהמלצת שירות המבחן בעניינו.

יפים לעניין זה דבריו של השופט י' דנציגר ב[מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 6-7 (08.03.2009)]:

"...מערכת השיקולים שיש להפעיל בעת גזירת עונשו של קטין היא שונה וייחודית מזו שיש להפעיל ביחס לעבריין בגיר, כאשר ההתייחסות השונה נגזרת מהוראותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן - חוק הנוער) [ראו למשל: ע"פ 7113/08 פלוני נ' מדינת ישראל (15.12.2008)]. כך, בעת גזירת עונשו של קטין, אף אם הורשע בעבירות קשות וחמורות במיוחד, שומה על בית המשפט ליתן משקל יתר לשיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לאותו הקטין ולאזן בין שיקולי השיקום לשיקולי ההרתעה [ע"פ 10715/05 הנ"ל].

שעה שבית המשפט עוסק במלאכת האיזון האמורה בין שיקולי השיקום וההרתעה, נדרש הוא ליתן משקל רב במיוחד לנסיבותיו האישיות של העבריין הקטין, לגילו ולסיכויי שיקומו. חוק הנוער מעניק לבית המשפט מגוון אפשרויות חילופיות לעונש המאסר, אשר יש בהן מרכיב טיפולי ושיקומי דומיננטי. בכך הביע המחוקק את עמדתו לפיה ענישת קטינים תכונן, ככל הניתן, לשיקומו של הקטין במטרה להחזירו לתפקוד נורמטיבי בחברה [ע"פ 4920/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 602 (2001)]. ביסוד תפיסה זו ניצב הרצון 'לאפשר לקטין שסרח לפתוח דף חדש ולנהל חיים נורמטיביים כאזרח מתפקד ושומר חוק, תחת שיעמיק את הידרדרותו אל לב המדמנה העבריינית".

40. לפיכך, ומבלי שיהיה בכך להקל ממידת החומרה של מעשי המערער 2 בעת שנעשו, במשמעות סעיף 21 לחוק הנוער - אני סבור כי יש לקבל את הערעור ביחס לגזר הדין ב-ע"פ 2681/18, כך שתאומץ המלצת שירות המבחן לגבי המערער 2. בהתאם לכך - חלף הרשעתו, המערער 2 יבצע שירות לתועלת הציבור בהיקף של 50 שעות, על פי סעיף 26(6) לחוק הנוער.

סוף דבר - אם תישמע דעתי, נורה כי הערעור ביחס למערער 1 ידחה על שני חלקיו, ואילו הערעור ביחס למערער 2 ידחה בכל הנוגע לקביעות הכרעת הדין, ויתקבל בנוגע לגזר הדין. המערער 2 יבצע 50 שעות שירות לתועלת הציבור, חלף הרשעתו, בהתאם לתכנית שתקבע על ידי שירות המבחן, לאחר שהמערער 2 יתאם הדבר עם שירות המבחן.

המשנה לנשיאה

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

1. אני מסכים לתוצאה המוצעת בידי חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, ולעיקרי נימוקיו.

אבקש להוסיף כמה הערות להבהרת עמדתי.

2. סיווג המערער 2 בתור מבצע בצוותא- סוגיית מעמדו של המערער 2, להבדיל מהמערער 1, בתור מבצע בצוותא עם אחרים הטרידה אותי במהלך הדיון, אולם לאחר עיון מעמיק בחומר הראיות הגעתי למסקנה כי בית המשפט המחוזי צדק בהכרעתו.

3. אפנה תחילה לעניין "השותפות הספונטנית" במקרה דנן. המערער 2 העיד כי הכיר מלכתחילה רק אדם אחד מאלו שבאו לעמוד מנגד לתושבים הפלסטינים, וכי אותם אנשים - והוא בתוכם - הסתדרו בשלושה זוגות לפני תחילת העימות בין שתי הקבוצות.

לטעמי, יצירת הזוגות מעידה על תיאום שבשתיקה בין המערער 2 והאחרים, בכך שכולם הבינו זה את זה ללא מילים והסכימו במעשיהם להקים מערך להתמודדות משותפת עם הפלסטינים שמולם. בין שמדובר ב"הפגנת נוכחות", בין שמדובר במגננה ובין שמדובר במתקפה, הנוכחים התייצבו יחדיו באופן שתפסו עמדות מספיקות להשגת מטרות המשותפת בהתחשב במספרם המצומצם. בנסיבות דנן, די בזאת כדי להקים הן את היסוד העובדתי, והן את היסוד הנפשי של הביצוע בצוותא.

4. בא כוח המערער 2 הדגיש כי זה אמר בעדותו: "נשארתיקצתמאחורה. הייתיכזה, לאהייתיממשבחיכוךעצמו, הייתימאחורהקצת. ... בכלהאירועאניהספקתיאולילהחזירכמהאבנים, לאפגעתיבכלוםבכלל, וזהו" (ע' 649, ש' 10-11, 24-25 לפרוטוקול), "אניבאמתהייתימאחורהקצתבצד.... אוליניסיתילזרוקכמהאבניםאבללאהייתיחלקמהתגרה" (ע' 665, ש' 11, ע' 666, ש' 6-7 לפרוטוקול).

אמירות אלו מצביעות לכאורה על הודיה במעורבות שולית באירועים, ויותר מכך - על פעולה אישית, שלא כחלק מקבוצה, קרי: שלא בביצוע בצוותא עם אחרים. אולם יש לקרוא אותן אמירות עם יתר דבריו של המערער 2 בעדותו.

לדבריו, הוא תפס את מקומו ב"מערך הזוגות" אשר מלמד, כאמור, על ביצוע בצוותא:

"ש. אוקיי. אזאתםרואיםאתהערבים. מההערביםעושיםאגב?

ת. עומדיםשם, כלמניכליעבודה, אחדעםמקל.

ש. אוקיי. מהאתם, מהאתםעשיתם?

עמוד 16



ת. נעמדנו מולם, ביניהם לבין רמת מגרון כאילו.

באיזה מרחק? כב' השופטי' נועם - סגן הנשיא:

ת. באיזה מרחק מהם? נראה לי 10-15 מטר.

לאהתקרבתם אומשהו? כב' השופטי' נועם - סגן הנשיא:

ת. בהתחלה עמדנו, עמדנו מולם והם עמדו מולנו.

ש. אוקיי. עמדתם בשורה? איך עמדתם?

ת. בשלושה זוגות כזה.

ש. אוקיי. עם מיהייתבזוג?

ת. עמדה הגעתי איתו" (ע' 648, ש' 14-26 לפרוטוקול).

"ש. ... כשאתם התפרסתם, אתה יכול לומר לי איפה היה ממוקם [המערער 1 - י' א'] ביחס אליך?

ת. אני חושב שהוא היה בזוג האמצעי, אני לא בטוח.

ש. הוא היה בזוג האמצעי.

ת. אני הייתי בזוג מימין.

ש. אתה היית,

ת. היה עוד שני זוגות משמאלי. הוא היה באחד מהם, לא יודע" (ע' 653, ש' 14-20 לפרוטוקול).

עוד תיאר המערער 2 את מעשי שתי הקבוצות ואת השתתפותו - במידה פחותה מאחרים - במעשי שותפיו, התקרבות לפלסטינים והשלכת אבנים:

"ש. אוקיי. ומהקורה אז?

ת. ואז מתחילים צעקות, קללות אחד לשני. הערבים מתחילים לזרוק אבנים, החבר'ה מתחילים להחזיר להם.

ש. רגע, לא הבנתי. מי מתחיל לזרוק אבנים?

ת. הערבים התחילו.

ש. אוקיי.

ת. ואזתוך כדי זריקת אבנים שתי הקבוצות מתקרבות אחת לשניה.

ש. מהאיתה עושה באותו שלב?

ת. אניהתקרבותי, אבלנשארתיקצתמאחורה. הייתיכזה, לאהייתיממשבחיכוךעצמו, הייתימאחורהקצת.

ש. אוקיי. ובמה החבר'ה היו מצוידים?

דובר: מיזה החבר'ה?

ש. החבר'ה שהיו איתך.

ת. לא יודע בדיוק. אחד היה לואיזה גזפלפללהגנה עצמית.

ש. אוקיי. עימות, מהקורה בעימות?

כב' השופטמ' בר-עם: עימותפיזי.

ת. חצידקהנראהלילהערכתשהתחילוהיחילו פימכותבין היהודים לערבים. אחריזה, זהו, ואזהגיע, עצרוכמהרכבים, מוניתגדולהלבנהאניזוכרעםאיזה 15 מקומות, מלאהכאילו, ירדוכולם, התחילו לרוץ אלינו, וברחנו.

ש. אוקיי. מהאיתהעשיתבזמן העימות?

ת. בכלהאירועאניסהפקתיאולילהחזירכמהאבנים, לאפגעתיבכלוםבכלל, וזהו. לאמעברלזה" (ע' 648, ש' 27-ע' 649, ש' 25).

בהקשר זה ראוי להדגיש שניים אלה:

ראשית, אומנם חלקו של המערער 2 במעשי האלימות קטן מחלקם של מבצעים אחרים, אולם לנוכח השתתפותו ביצירת הזוגות, התקרבותו לפלסטינים והמשך השלכת אבנים בידיו, יש לראותו בתור מי שקרוב במידה מספקת אל "הגרעין הקשה" של העבירות, ומשכך נחשב ל"מבצע בצוותא". יצוין כי משנכנס אדם למעגל המבצעים בצוותא, למידת מעורבותו והיקפה אין השפעה על אחריותו הפלילית המתקיימת בנסיבות העניין, אולם עשויה להיות לה השפעה בסוגיות הקשורות לענישה.

שנית, המשך השלכת האבנים מוכיח גם כי המערער 2 צפה במעשי שותפיו ולא ביקש להרחיק עצמו מהם על דרך של נטישת המקום, או לפחות צמצום מעורבותו באירוע. בכך הראה כי עודנו מסכים לתוכנית המשותפת וממשיך בביצועה.

יובהר עוד כי "תגרה", שהמערער 2 לא השתתף בה לשיטתו, היא "כמה אנשים... יותר [מ]אחד... שמרביצים אחד לשני" (ע' 667, ש' 18-22 לפרוטוקול). אולם לא נטען כי בעצמו היה חלק מקבוצת האנשים שהיכו זה את זה, ומכוח דיני המבצעים בצוותא ניתן לייחס לו את מעשי האחרים, ובהם אותה "תגרה", כלשונו (להבדיל מהעבירה שבסעיף 191 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)).

בנסיבות האמורות לעיל הוכח כי המערער 2 היה מבצע בצוותא של העבירות המיוחסות לו.

5. הימנעות מהזעקת הרשויות וכניסה למצב בהתנהגות פסולה- אני מסכים לקביעת חברי המשנה לנשיאה מלצר כי מאחר שהמערערים לא הזעיקו את הרשויות, לא התקיימה "דרישת הנחיצות", ועל כן אינם נהנים מסייג ההגנה העצמית. חברי מוסיף כי אי הזעקת הרשויות עולה כדי "כניסה למצב בהתנהגות פסולה", ומקביעה זו אבקש להסתייג.

סעיף 34 לחוק העונשין מורה בסופו כי

"אין אדם פועל לתורה הגנה עצמית מקום שהביאה התנהגותו הפסולה לתקיפת התורן שהוא צופה מראש את אפשרות הפתחת חות הדברים" (ההדגשות הוספו - י' א'. השוו לסעיף 34 לחוק העונשין, החל על סייגים אחרים לאחריות פלילית והנוקט לשון "העמיד את עצמו בהתנהגות נשלטת ופסולה באותו מצב" העלול לגרום לו להידרש לסייג).

יוצא אפוא כי סעיף 34 דורש כי התנהגות פסולה של העושה תגרום לתקיפה שלא כדין שהיא אחת מדרישות הסייג. ראשית, ניתן לטעון כי "התנהגות" היא מעשה, להבדיל ממחדל (השוו להגדרת "מעשה" בסעיף 18(ב) לחוק העונשין), וכי מטעם זה "הימנעות" מפנייה לרשויות אינה התנהגות שתבטל את תחולת סייג ההגנה העצמית. אולם אשאר סוגיה זו בצריך עיון, שכן גם אם "התנהגות" עלולה להיות במחדל, אי הזמנת הרשויות אינה נכנסת לגדר הסעיף.

שנית, כאמור, ההתנהגות של העושה אמורה ל"הביא" לתקיפה, כהגדרת הסעיף. במקרים רבים פנייה לרשויות האכיפה עשויה למנוע תקיפה, אולם ככלל אינה גורמת אותה. במונחים של סיבתיות ניתן לומר כי אי הזעקת הגורמים המוסמכים אינה חוליה בשרשרת הקשר הסיבתי, אף שהזעקתם הייתה יכולה לנתק את השרשרת.

שלישית, העדר פנייה למשטרה אולי אינה אחראית ואינה בגדר "אזרחות טובה", ומנגד אינה בהכרח התנהגות פסולה, כל עוד אין חובה עצמאית לפנות לרשויות. לטעמי, נדרש פגם ערכי בהתנהגות כדי שתיחשב ל"פסולה", ובכך שישנה חלופה מומלצת להתנהגות זו אין די כדי להטיל בה פסול.

הואיל והאפשרות להזעיק את הרשויות נבחנת כחלק מדרישת הנחיצות, דומה כי אין צורך "למתוח" את גבולות התנאי בדבר כניסה למצב בהתנהגות פסולה כדי לעגן אותה בשלבי בחינת סייג ההגנה העצמית. יובהר כי בפסקי הדין שצוינו לתמיכה בעמדה הנגדית דובר בנאשמים אשר הגיעו לזירת האירוע בעודם נושאים סכין, מה שעלול בבירור להיחשב לכניסה למצב בהתנהגות פסולה, ולא למותר לציין כי לא נאמר שם דבר על הימנעות מקריאה למשטרה.

6. התנהגות נאשם בחקירה והגנה מן הצדק- אני מצטרף למסקנת חברי, בהתבסס על הנימוקים בפסקה 34 לחוות דעתו, כי אין להעניק למערערים הגנה מן הצדק, בין מחמת אכיפה בררנית ובין בשל הטענות לפגמים בהליך

הפלילי. חברי מחזק תוצאה זו בכך שהמערערים נמנעו מלשתף פעולה עם החוקרים ומסרו "גרסאות מוקדמות לא מדויקות", ועל כן לגישתו מתגבר הנטל עליהם להוכיח את זכאותם להגנה מן הצדק.

בעיניי, ספק אם יש מקום לדרישת "ניקיון כפיים" בקשר להגנה מן הצדק, ודאי לגבי שיתוף פעולה של הנאשם עם רשויות החקירה.

המשפט הפלילי נועד לבחון את אחריות הנאשם לעבירה המיוחסת לו, ולא את התנהלותו בחקירה (אלא אם כן היא מגבשת עבירה עצמאית והוגש אישום בעניינה); וטענת הגנה מן הצדק מתמקדת בהתנהלות הרשות בקשר להליכי החקירה, ההעמדה לדין וניהול המשפט. אלו שני הצדדים ב"משוואה": המעשים המיוחסים לנאשם מול ההתנהלות המיוחסת לרשות. הרחבת חזית המחלוקת המשפטית, לכאן או לכאן, תיאלץ את בית המשפט להידרש לשיקולים חיצוניים לאלו ותסיט את ההליך ממסלולו המקורי.

ועוד, לטעמי אחד הטעמים החשובים שבבסיס טענת הגנה מן הצדק הוא הזכות להליך הוגן, שנתונה לנאשם בפלילים ונועדה להבטיח כי ינהגו בו כדין ובהוגנות הנדרשת, ללא קשר להתנהלותו. מול זכות זו אין מקום לשיקול שיקולים בדבר שיתוף פעולה שלו עם הרשויות, ודאי אם אין בהם כדי להשפיע על הוגנות ההליך.

יתר על כן, מהותו של "אי ניקיון הכפיים" המיוחס למערערים מביא לגישתי לאותה מסקנה.

כידוע, חשוד ונאשם אינם חייבים לשתף פעולה עם רשויות החקירה והתביעה, עומדת להם זכות השתיקה, וככלל אין מעמידים אותם לדין על עדות שקר אם מסרו בחקירתם במשטרה או בבית המשפט גרסה שאינה נכונה.

דרישה ל"ניקיון כפיים" בדמות שיתוף פעולה עם רשויות החקירה והתביעה חותרת תחת עקרונות יסוד אלו ועלולה לפגוע בהגנתם של חשודים ונאשמים, בהציבה לפנייהם ברירה קשה. מצד אחד, באפשרותם לעמוד על זכויותיהם ועל יכולתם לנהל את הגנתם כראוי וכרצונם; ומצד שני, אם יעשו זאת, אפשר שיפגעו ביכולתם – שכלל לא ברור אם תצא לפועל – לטעון לאחר מכן להגנה מן הצדק בשל פגם עתידי אפשרי בהתנהלות הרשויות.

יודגש כי אם התנהלות הנאשם במהלך חקירתו או משפטו תרמה ליצירת הפגם בפעולת הרשויות, למשל העלאת טענה עובדתית לא נכונה או לא מלאה אשר יש בה כדי להצדיק הבדל בהליכי אכיפה בינו למעורבים אחרים, יהיה בכך כדי להשפיע על הדיון בטענת הגנה מן הצדק. בנסיבות אלו התנהלות הנאשם משפיעה על בחינת הטענות בדבר התנהלות הרשות ואינה חיצונית לבחינה זו. אולם חשוב להדגיש כי הדבר תלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה, ובעיקר בקשר בין מעשי הנאשם לפגם הנטען שביסוד טענת ההגנה מן הצדק.

7. סוף דבר, אני מצטרף לתוצאה המוצעת בידי חברי המשנה לנשיאה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ג באדר התש"ף (19.03.2020).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה

---