

## ע"פ 577/22 - מדינת ישראל נגד פלוני

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 577/22

לפני: כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופטת י' וילנר  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: פלוני

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-  
יפו ב-תפ"ח 46801-05-21 מיום 5.1.2022 שניתן על  
ידי סג"נ ב' שגיא

תאריך הישיבה: כ"ג באדר א התשפ"ב (24.02.2022)

בשם המערערת: עו"ד אופיר טישלר

בשם המשיב: עו"ד יוסי סקה; עו"ד יוסי בכר

בשם שירות המבחן למבוגרים: עו"ס ברכה וייס

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגן הנשיא ב' שגיא) ב-תפ"ח 46801-05-21, מיום 5.1.2022. בגדרו השית על המשיב עונש של 12 חודשי מאסר בפועל לצד ענישה נלווית, וזאת בגין עבירות של הסתה לאלימות, הסתה לגזענות, התפרעות ממניע גזעני וחבלה במזיד ברכב ממניע גזעני. הערעור נסב על קולת העונש.

עיקרי כתב האישום המתוקן בשנית

2. ביום 12.5.2021, על רקע מבצע "שומר החומות" והמצב הביטחוני ששרר ברחבי המדינה באותה תקופה, החלה להתגבש ברשתות החברתיות "התארגנות" לפגוע באזרחים ערבים ובעסקים בבעלותם. באותו ערב, סביבות השעה 20:00, הגיעו עשרות אנשים לרחוב בן גוריון בבת-ים והחלו לנפץ חלונות של בתי עסק, ובכלל זה את חלונות מסעדת "שווארמה סהרה" (להלן: המסעדה) הנמצאת בבעלות אזרח ערבי.

המשיב למד על ההתקהלות האמורה מסרטונים שהועלו ברשתות החברתיות, והגיע בשעה 21:00 לערך למקום על מנת ליטול בה חלק. בשעה 21:20 או בסמוך לכך, הפורעים, וביניהם המשיב, נאספו מול המסעדה. המשיב ואחר עלו על דלפק מחוץ למסעדה וקראו באופן חוזר ונשנה - "מוות לערבים" לעבר הקהל. בחלוף מספר דקות המשיב ואחרים נכנסו למסעדה, שם הם נטלו פחיות ובקבוקי שתייה וחילקו אותם. בשלב זה נזרקו פחיות ובקבוקים אלו לעבר חלונות המסעדה וניפצו אותם, תוך שהנוכחים צועקים "מוות לערבים".

המשיב זרק בקבוקי שתייה וכיסאות לעבר חלונות המסעדה, ובשלב מסוים נטל לידו את דגל ישראל, ותוך שהוא אוחז בו עלה על דלפק וקרא פעם נוספת לעבר קהל הפורעים קריאות - "מוות לערבים".

בשעה 21:36 או בסמוך לכך, נקלע למקום סעיד מוסא (להלן: המתלונן) ברכבו. לאחר שעצר את רכבו בשל פקק תנועה, אחד הפורעים ניגש אליו ושאל האם הוא ערבי. משהמתלונן השיב לכך בחיוב, קרא אותו פורע "הנה הערבי, הנה ערבי". ניסיונו של המתלונן לברוח מהפורעים לא צלח - הוא הותקף על ידי עשרות מהנוכחים, אשר הוציאו אותו בכוח מרכבו, חשמלו אותו בשוקר, הפילו אותו לרצפה והיכו אותו באגרופים, בבעיטות ובאמצעות אלה טלסקופית. כמו כן הוטח בפניו קורקינט חשמלי. התקיפה הופסקה על ידי עוברי אורח אשר הגנו על המתלונן והרחיקו את התוקפים ממנו.

במקביל לאירוע תקיפה זה, המשיב חבל, יחד עם אחרים, ברכבו של המתלונן - הם ניפצו את שמשותיו, שברו את מראותיו, ניסו לעקור את דלתותיו. כמו כן היכו ברכב באלות ובבעיטות, זרקו עליו חפצים וגנבו רכוש מתוכו. המשיב זרק לעבר הרכב בקבוק וניפץ את השמשה השמאלית אחורית, ירק על המתלונן עת שכב פצוע על הקרקע, וגנב חפצים מרכבו.

כתוצאה מהמעשים המתוארים לעיל, נגרמו למתלונן חבלות חמורות בגופו - שבירי ריסוק באפו, שבירים בארובות העין, שבירים בשיניים, חתכים עמוקים בפניו ובראשו, חבלות וחתך בחזה ופגיעות נוספות.

לאחר התקיפה, בשעה 21:45 או בסמוך לכך, המשיב התראיין לכתב ערוץ "כאן 11" ובין היתר אמר את הדברים הבאים:

"אנחנו יצאנו היום לרחוב כדי לריב עם ערבים כדי שאנחנו נראה להם שהם לא יכולים לשלוח לפה טילים, אנחנו כבר לא ילדים אנחנו נזיין אותם, אנחנו נרביץ להם, אם צריך גם להרוג אותם ואם צריך גם נרצח אותם".

3. בגין מעשים אלו יוחסו למשיב עבירות של הסתה לאלימות, לפי סעיף 144ד2 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק); הסתה לגזענות, לפי סעיף 144ב לחוק (שתי עבירות); התפרעות שסופה נזק מתוך מניע גזעני, לפי סעיף 157 רישא בצירוף סעיף 144ו לחוק; וחבלה במזיד ברכב ממניע גזעני, לפי סעיף 413ה ביחד עם סעיף 29 וסעיף 144ו לחוק.

גזר הדין

4. המערער הורשע בעובדות כתב האישום המתוקן בשנית במסגרת הסדר טיעון, אשר לא כלל הסכמה לעניין העונש.

5. בגזר דינו, בית המשפט המחוזי עמד על החומרה היתרה שבעבירות המבוצעת על רקע אידאולוגי-לאומני, הסכנה הנשקפת לציבור מפניהן, וכן על כך שבמקרה שלפנינו העבירות התרחשו בעיצומו של מבצע "שומר החומות". בשים לב לכך, קבע כי עוצמת הפגיעה בערכים המוגנים היא משמעותית. עוד שקל את "תרומת" המשיב ל"שלהוב" הרוחות; הנזק שגרם בצוותא עם אחרים למסעדה ולרכבו של המתלונן; העובדה שהמשיב ירק לעבר המתלונן בהיותו פצוע על הקרקע וגנב חפצים מרכבו; וכן הדברים שהמשיב השמיע בראיון לכתב "כאן 11".

אל מול זאת, בית המשפט המחוזי התחשב בעובדה שהמשיב לא היה חלק מקבוצת ה"ווטסאפ" במסגרתה התגבשה ההתארגנות לאירוע, אלא הגיע לזירת ההתרחשות רק לאחר שכבר היו בה עשרות אנשים נוספים בעקבות צפייה בסרטונים ממקום האירוע. כן צוין, כי עליית המשיב על דלפק המסעדה והשמעת קריאות מסיתות וגזעניות היו בהמשך להתנהגות דומה של משתתפים אחרים באירוע.

בית המשפט המחוזי הוסיף ושקל את היותו של המשיב צעיר בן 20 "שחי בסמוך לשולי החברה" כלשונו, הרחוק מלהיות דמות מרכזית או משמעותית, וסבר שקיים ספק עד כמה תרם לשלהוב היצרים באירוע. הודגש, כי המשיב לא נטל חלק בתקיפתו הפיזית של המתלונן וכי הוא אינו אחראי לחבלות שנגרמו לו.

לאור נתונים אלו, ובהתחשב במדיניות הענישה הנוהגת, קבע בית המשפט המחוזי כי מתחם העונש ההולם

עמוד 3

בעניינו נע בין 12 ל-28 חודשי מאסר בפועל. לצרכי קביעת עונשו של המשיב בגדרי המתחם, בית המשפט המחוזי נתן דעתו להודאתו ולכך שהביע חרטה על מעשיו; לעברו הפלילי המונה רישום אחד ללא הרשעה מבית המשפט לנוער; לעובדה שמדובר בריצוי עונש מאסר ראשון, ולנתונו האישיים ה"קשים והמורכבים" כעולה מתסקיר שירות המבחן בעניינו.

לבסוף, בית המשפט המחוזי השית על המשיב עונשים כדלקמן: 12 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; 6 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור את אחת מבין העבירות בהן הורשע, למשך 3 שנים מיום שחרורו; ופיצוי לבעל המסעדה בסכום של 2,000 ש"ח.

#### תמצית טענות הצדדים

6. לטענת המדינה, העונש שהושת על המשיב אינו הולם את חומרת מעשיו. לשיטתה, שורת המעשים שביצע ממניע גזעני-לאומני מהווים מסכת עבריינית "חרیגה בחומרתה". הודגש, כי אין מדובר בפעולה רגעית, אלא התנהלות מתמשכת שכללה מעשים פיזיים לצד מעשים שנועדו לליבוי שנאה, שילהוב, ועידוד אחרים לפעול בעצמם.

המערערת הפנתה לפסיקת בית משפט זה לפיה יש להחמיר בענישה בגין עבירות הנובעות ממניע גזעני, ולשיטתה הדברים נכונים ביתר שאת היות שהעבירות בוצעו בעיצומה של תקופה מתוחה ונפיצה במיוחד. לטענתה, העונש המרבי בגין ביצוע העבירות בהן המשיב הורשע הוא 35 שנות מאסר, ומכאן שלא ניתן להשלים עם עונש בן פחות מ-3 אחוז מכך.

המערערת הוסיפה כי מחד גיסא לא ניתן משקל ראוי לאופן בו המשיב שלהב את ההמון תוך שימוש בדגל ישראל וביזויו ולדבריו בראיון שהתקיים בשידור חי בטלוויזיה; ומאידך גיסא בית המשפט המחוזי התחשב לקולה באופן מופרז בעובדה שהמשיב לא היה חלק מן ההתארגנות הראשונית לאירוע ולא נטל חלק בתקיפה הפיזית של המתלונן. כן נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא פסק פיצויים לטובת המתלונן.

7. מנגד, המשיב טען כי גזר דינו של בית המשפט המחוזי עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנהוגה, הולם את מעשיו, ומשקלל את נתונו האישיים כראוי. לשיטתו, מתחם הענישה לו טענה המשיבה בבית המשפט המחוזי חמור מן הראוי ואינו נתמך במדיניות הענישה המשתקפת בפסיקה. עוד הודגש שהמשיב מוגדר כעצור ביטחוני וכי הדבר משליך על תנאי מאסרו, וכן שהוא הודה בהזדמנות הראשונה וחסך בכך זמן שיפוטי.

8. לקראת הדיון בערעור, התקבל תסקיר שירות מבחן עדכני בעניינו של המשיב, בו פורטו נסיבות חייו. בתוך כך תואר כי: "... ככלל, התנהלותו משקפת ילדותיות, קושי בהפקת לקחים והיעדר למידה מסנקציות"; וצוין כי התנהלותו האלימה של המשיב נבעה בעיקר מתוך צרכי שייכות, אימפולסיביות, קושי בוויסות דחפים ובהצבת גבול לעצמו.

9. כלל ידוע הוא כי בית המשפט יטה שלא להתערב בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים שבהם ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, או כאשר נפלה על פני הדברים טעות מהותית ובולטת בגזר הדין (ע"פ 1831/21 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 14 (30.1.2022); ע"פ 375/22 מדינת ישראל נ' בסל, פסקה 10 (10.2.2022)).

לאחר שעמדות הצדדים הוצגו לפנינו, בכתב ובעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את הערעור, היות שהעונש שנגזר על המשיב סוטה לקולה באופן קיצוני ואינו מבטא באופן הולם את חומרת מעשיו.

למסקנה זו הגעתי הגם שבנסיבות העניין לא מצאתי להידרש לראיות או נתונים אשר לשיטת המערערת לא הוצגו לבית המשפט המחוזי בשל "שגגה".

10. האירוע בו המשיב נטל חלק הוא מביש ומקומם - בעיצומו של מבצע "שומר החומות" כאשר משאבי כוחות הביטחון מוקצים לצרכי הגנה על ביטחון המדינה ואזרחיה, התגבשה חבורת פורעים, ביניהם המשיב, על מנת לפגוע באזרחים תמימים, וזאת אך ורק על רקע היותם בני המגזר הערבי.

בעוד שמוכן כי אין להטיל את מלוא כובד משקלו של אירוע קשה זה על כתפי המשיב - מעשיו כשלעצמם מגלמים חומרה של ממש. המשיב ירק על המתלונן, ניפץ את השמשה האחורית של רכבו וגנב חפצים ממנו. חלקו המשמעותי במעשים שקדמו לאירוע התקיפה ודבריו עת שרואיין, מוספים אף הם לחומרת מעשיו, בין היתר, מאחר שהם מלמדים היטב על הלך רוחו בעת האירוע ועל שהניע אותו לבצעם.

המסר העונשי שיש להשמיע באופן חד וברור הוא כי מעשים מעין אלו, הנעשים על רקע גזעני, הם מן החמורים שבדין ויש להוקיעם מכל וכל - בין אם מדובר בקורבן מהמגזר היהודי, ובן אם הקורבן משתייך למגזר הערבי, כבעניינינו.

11. אכן, נסיבות חייו של המשיב מורכבות. לא ארחיב בתיאורן משיקולי צנעת הפרט. לשיקולים אלו יש משקל בעת גזירת עונשו, ואולם בית המשפט המחוזי הקנה להם משקל החורג מן הראוי בנסיבות המקרה. זאת בפרט מאחר שנפסק לא אחת, כי בעבירות המבוצעות על רקע גזעני, יש לנקוט במדיניות ענישה מחמירה לפיה נדחים ככלל שיקולי ענישה אחרים, ובהם נסיבות אישיות ושיקולי שיקום, מפני שיקולי ההגנה על שלום הציבור וביטחון ושיקולי הרתעת היחיד והרבים (ראו: ע"פ 3793/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 45 (3.5.2020) ואסמכתאות הכלולות בו).

בנסיבות המקרה דנן מתאימות גם קביעותיו של השופט ע' פוגלמן:

"...כאשר מדובר בעבירות אשר מבוצעות ממניע גזעני, באיזון בין שיקולים אלה לבין שיקולי הרתעה והגנה על שלום הציבור, יש לתת משקל מוגבר לשיקולים האחרונים. יש מקום ליתן משקל מתאים גם לפרק הזמן שבו נעברו העבירות, במהלכו הייתה האוכלוסיה האזרחית נתונה למתקפה של אלפי רקטות, כפי שמתואר בכתב האישום המתוקן, ובמקביל

התעורר גל של הפרות סדר והתפרעויות אלימות, שכלל תקיפת כוחות הביטחון, כמו גם תקיפת אזרחים יהודים וערבים. גם בכך יש להקרין גם על אפיוני החומרה של ההתפרעות והעבירות האחרות שבוצעו ממניע של גזענות" (ע"פ 901/22 מדינת ישראל נ' אסווד, פסקה 10 (24.2.2022) (עניין אסווד)).

במקרה שלפנינו, אין בנמצא שיקולי שיקום של ממש; הפגיעה בערכים המוגנים - מוחשית וברף הגבוה; הצורך בהרתעת היחיד והרבים - שריר וקיים; והפגיעה במתלונן ובכבודו כתוצאה ממעשיו של המשיב, היריקה עליו בעודו פצוע על הקרקע, גניבת חפציו, והפגיעה ברכבו - קשה עד מאוד. מדובר במעשה עבריינות לשמה, המחייב ענישה הולמת.

12. יוצא אפוא, כי בין אם נבחן את מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, ובין אם נתמקד בבחירתו של בית המשפט המחוזי למקם את עונשו של המשיב בתחתית המתחם שקבע, התוצאה העונשית אשר התקבלה מקלה עם המשיב באופן ניכר, ומצדיקה את התערבותו של בית משפט זה.

13. סיכומו של דבר - גם בהינתן הכלל לפיו ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם שנמצא חייב בדינו כאשר היא מחליטה לקבל את ערעור המדינה על קולת העונש, נסיבות ענייננו מחייבות החמרה משמעותית בעונשו של המשיב.

משבעניין אסווד, בשונה מנסיבות ההליך שלפנינו, מדובר היה במעורבות בשני אירועים נפרדים, ובהתחשב בכלל השיקולים לעיל, אציע לחברתי ולחברי לקבל את הערעור ולהחמיר בעונשו של המשיב באופן שתחת 12 חודשי מאסר בפועל, יהא עונשו 20 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו. עוד נוסף, כי משהמערערת לא עתרה לחיוב המשיב בפיצוי כספי לטובת המתלונן בבית המשפט קמא, אין מקום עתה לפסוק פיצוי שכזה.

יתר רכיבי גזר הדין קמא יוותרו בעינם.

בהעדר עילה לחסות את שמו של המשיב, כפי שהסכימו באי-כוח הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, שמו המלא יפורסם בפסק דין זה.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ג' באדר ב' התשפ"ב (6.3.2022).

שופט

שופטת

שופט

---