

עפ"ג 51369/12/16 - איתמר שפירא נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים
לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן וא' אברבנאל

עפ"ג 51369-12-16 איתמר שפירא נ' מדינת ישראל

איתמר שפירא

על-ידי ב"כ עו"ד גבי לסקי

המערער

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

פסק-דין

השופט א' אברבנאל:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט ד"ר א' גורדון) בת"פ (שלום י-ם) 13-04-30427, שבו הורשע המערער בעבירה של התפרעות - לפי סעיף 152 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: החוק), והוטל עליו עונש של 30 ימי מאסר על תנאי. הערעור מופנה כנגד עצם ההרשעה.

העובדות הרלוונטיות

2. כנגד המערער ושלושה אחרים הוגש כתב אישום אשר ייחס להם עבירה של התפרעות. להלן עובדות כתב האישום במלואן:

"ביום 3.8.12 בשעה 14:30 או בסמוך לכך, במסגרת ההפגנות הקבועות שנערכות מדי יום שישי בכפר נבי צלאח, השתתפו הנאשמים יחד עם כ-80 אחרים, שזהותם שאינה ידועה למאשימה, בהתקהלות שהחלו לבצע בה את מטרתה בהפרת השלום שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור (להלן: ההתפרעות). במהלך ההתפרעות האמורה, יודו אבנים לעבר כח מג"ב וחייילים שהגיעו למקום, כאשר חלק מן האבנים פגעו בשוטרים ובחייילים".

עניינה של הנאשמת 1 הסתיים בהסדר טיעון וצירוף תיק זה לתיק אחר שהתנהל בעניינה, ואילו בעניינם של המערער ושניים נוספים התנהלו הוכחות, בסיומן, ביום 18.3.2016, זיכה בית המשפט קמא את השלושה.

3. כנגד פסק הדין הוגש ערעור בתיק ע"פ (מחוזי י-ם) 16-05-13807. ביום 28.9.2016 התקבל הערעור, המערער ושני הנאשמים האחרים הורשעו בעבירת ההתפרעות, ועניינם הוחזר לבית המשפט קמא לצורך שמיעת הטענות לעונש ומתן גזר הדין.

בפסק הדין בערעור, קבע בית-המשפט המחוזי (כב' השופטים נ' בן-אור, ר' וינוגרד וא' דראל) כי התנהגותם של השלשה, בעצם נוכחותם במקום, מגבשת את יסודות העבירה. בית המשפט המחוזי סיכם את עובדות האירוע כלהלן:

"... בית המשפט קמא קבע כי בכפר הנדון התקיימו הפגנות מדי יום ו'; במהלך ההפגנות היו הפרות סדר שבאו לידי ביטוי ביידוי אבנים לעבר חיילים ושוטרים; שהמשיבים היו מודעים לכך ועל כן, כאשר הגיעו להשתתף בהפגנה נשוא כתב האישום, ידעו שהיא תכלול גם יידוי אבנים. עוד קבע בית המשפט כי המשיבים השתתפו בהפגנה ביחד עם תושבים מקומיים ואחרים שהגיעו למקום; כי המפגינים יצאו מן הכפר וצעדו לעבר גבעה סמוכה המשקיפה אל הכביש; המפגינים התמקמו על הגבעה תוך שהם מתכנסים סביב עץ וכי עיקר המפגינים ובכללם המשיבים התמקדו במחאה שקטה ופסיבית שהתבטאה בנוכחות סביב העץ. עם זאת, חלק מן המפגינים, צעירים בעיקר, החל ליידות אבנים לעבר חיילים ושוטרים שנצבו למרגלות הגבעה. החיילים והשוטרים החלו לנוע מעלה לעבר המפגינים. יידוי האבנים נמשך לאורך פרק זמן והמיידיים נצבו בסמוך למשיבים וליתר המפגינים ובמורד הגבעה. המשיבים וחבריהם ראו את הדבר ונתרו במקום, חלקם אף צילם את מידי האבנים בפעולה.

לאחר שניתח את הסוגיות המשפטיות הנוגעות להתקיימות יסודות העבירה, חזר בית המשפט על קביעתו לפיה המשיבים לא נטלו חלק בגילויי האלימות, הגיעו להפגנה על מנת למחות ועשו זאת בצורה שקטה ופסיבית. בית המשפט אף האמין להם כי אינם מעוניינים באלימות ואינם תומכים בה. עם זאת, בהגיעם להפגנה ידעו 'כי היא תכלול ככל הנראה גם יידוי אבנים כפי שכללו הפגנות קודמות במקום' (פסקה 25 להכרעת הדין). בהקשר זה הוסיף בית המשפט כי אחד מן המשיבים כמו גם מפגינים אחרים, נערך מראש לחיכוך עם המשטרה בכך שכיסה את פניו בכאפייה. על פי קביעתו של בית המשפט, יידוי האבנים לא הפתיע את המשיבים והם המשיכו במעשיהם מבלי לבטא הסתייגות מכך בין בדרך של עזיבת ההפגנה, בין בניסיון להפסיקו ובין בדרך אחרת "מכאן, שבחרו במודע ליטול חלק באירוע ובו היבט אלים".

על יסוד הקביעות העובדתיות לעיל, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי הגם שמעשי המשיבים 'נושקים להשתתפות' אין הם באים בגדרי המונח של 'השתתפות בהתפרעות' לפי סעיף 152 לחוק העונשין. את מסקנתו נימק בכך שהם עצמם, כאמור לעיל, לא נטלו חלק בגילויי האלימות ואף לא קראו קריאות; שההפגנה לא התמקדה באלימות כעולה מסרטון שצילם סטודנט לתקשורת שהזדמן למקום; שרוב המפגינים עסקו במחאה שקטה ורק חלק, צעירים בעיקר, יידו אבנים. בית המשפט היה ער לאפשרות שמיידי האבנים שאבו עידוד מעצם נוכחותם של המשיבים ושל מפגינים אחרים במקום, אולם מצא כי אפשרות זו לא הוכחה ברמה הנדרשת במשפט פלילי. בית המשפט תאר במקום זה את התנהלותם של המפגינים הפאסיביים והמשיבים בכללם כמי שישבו מתחת לעץ ושוחחו ביניהם במהלך יידוי האבנים על ידי הצעירים, מה שנראה היה בעיניו כמרחיק עוד יותר את האפשרות שהמשיבים וחבריהם עודדו בעצם נוכחותם את מידי האבנים.

בית משפט קמא קבע כי הוכח שהייתה התפרעות במהלך ההפגנה (על קביעה זו לא היה חולק) אלא שהמחלוקת התבטאה בסוגיית השתתפותם של המשיבים בהתפרעות זו. בעוד שהמערכת סברה כי די בנוכחותם במקום מתוך מודעות שתרחש התפרעות כזו כדי לבסס את אחריותם בעבירה שיוחסה להם בעוד

שהמשיבים טענו כי למעשה מדובר בשני אירועים שונים: הם עצמם נטלו חלק בהפגנה לגיטימית, שקטה ופסיבית ואילו מידי האבנים לעצמם אכן התפרעו אולם ללא כל קשר להפגנה השקטה שהתקיימה בסמיכות מקום.

במחלוקת בין הצדדים מצא בית משפט קמא לקבוע כי לא הוכחה 'השתתפותם' של המשיבים בהתפרעות ועל כן הורה על זיכויים.

בית משפט קמא הטעים כי על אף המידה הניכרת של 'פגם מוסרי' במעשי המשיבים, המתבטא בנכונות להגיע להפגנה בידיעה שתכלול גילויי אלימות והמשך נוכחותם בה תוך צפייה ממרחק קרוב באחרים המנסים לפגוע בגופם של חיילים ושוטרים מבלי לנקוף אצבע, הגבול התוחם את העבירה הפלילית לא נחצה. כל כך משום שרכיב 'ההשתתפות' בהתפרעות מחייב 'ביסוסו של קשר ענייני בין חלקם של הנאשמים באירוע ובין מעשי הפרת השלום שהתבצעו בו'.

4. בית המשפט המחוזי, לאחר שעמד על הזהירות שבה יש לנקוט בעניין של עבירות הנוגעות לחופש ההפגנה, קבע כי נוכחות שאינה אקראית בהתרחשות כאמור "מטילה על הנוכח נטל לסתור את ההנחה המסתברת מן הנסיבות, לפיה נוכחותו נובעת משותפותו לעבירה".

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע בעניין זה:

"אשר לטיבה של ההשתתפות הנדרשת לצורך הרשעה בשותפות לעבירה כגון דא, נקבע בע"פ 807/99 **מדינת ישראל נ' עזיזאן**, פ"ד נג(5) 747 (1999) ש'ב'עבירת המונים', כפי שהייתה במקרה הזה, נוכחותו של כל אחד מההמון מסייעת בידי אלו שמבצעים את העבירות בפועל" (עמ' 758).

ישום עקרונות אלה לענייננו מביא למסקנה כי יש לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיבים בעבירה שיוחסה להם. נזכיר כי בית משפט קמא קבע כקביעה עובדתית שאינה שנויה במחלוקת כי המשיבים היו מודעים מלכתחילה לכך שההפגנה עתידה להיפך אלימה, כפי שקרה בכל אחת מן ההפגנות שקדמו לה, ותכלול ידוי אבנים. אחד המשיבים אף הצטייד בכאפייה על מנת להגן על עצמו מפני גז מדמיע, שצפה כי יעשה בו שימוש כנגד מידי האבנים. יתירה מזאת, לאחר שצפינו בסרט המתעד את האירוע, נעלה מכל ספק כי המשיבים היו בסמיכות רבה מאוד למידי האבנים באופן שבו לא ניתן לראותם אלא כחלק מאותה קבוצה ולא כקבוצה נפרדת, כפי שגם עולה מקביעתו של בית משפט קמא, לפיה המשיבים הגיעו יחד עם כלל המפגינים שיצאו מן הכפר וצעדו לעבר הגבעה. הסרט מעלה כי נוכחות המשיבים וחבריהם הייתה חלק אינטגרלי מהאירוע כולו, מבלי שעשו דבר כדי להפסיקו, ואף לא עזבו את המקום. המסקנה היא כי הוכח ברמה הנדרשת במשפט פלילי כי היה בנוכחותם כדי לעודד את מידי האבנים במעשיהם. בנסיבות אלה, טענת המשיבים כי הם עצמם מתנגדים לאלומות אינה מאיינת את תרומתם לאירוע, וכתוצאה מכך את המסקנה כי השתתפו בהתפרעות".

5. בין לבין נפטר הנאשם 4 וההליכים בעניינו הופסקו.

6. ביום 9.11.2016, עם התחדשות הדיון בבית המשפט קמא לצורך קביעת עונשם של המערער ושל נאשם 3, טענה המשיבה לעונש של מאסר על תנאי וקנס בלבד, זאת בשל העובדה "שאינן חולק על כך שהנאשמים לא היו בין מידי האבנים" ומאחר שה "מעשיהם התמקדו במחאה שקטה ופסיבית". המשיבה התנגדה לבקשתם של המערער ונאשם 3 לבטל את הרשעתם וציינה את השתתפותם החוזרת בהפגנות אלה, וכן טענה כי לא הוכחה פגיעה בשניים כתוצאה מהרשעה "מעבר למידה הדרושה או מעבר לכל נאשם אחר שנכנס בין כותלי המשפט".

ב"כ המערער והנאשם 3 עמדה על חדשנותו של פסק הדין המרשיע ועל כך ש"למעשה אנחנו נמצאים בסיטואציה של מערכת נורמטיבית חדשה שלא היתה ידועה קודם לכן. דהיינו, הפרשנות החדשה שנתן בית המשפט לסוג כזה של אירועים". היא ביקשה להורות על הזמנת תסקיר משירות המבחן בעניינם של השניים כדי לבחון את האפשרות של אי הרשעתם. בעניינו של המערער היא ציינה כי הוא עובד כמורה-דרך עם גופים ממשלתיים, כי הוא "מבקש לעבוד גם עם בתי ספר ומחנות של אירגוני נוער", וכי כצעיר כבן 36, ככוונתו "לחפש את עתידו בחו"ל" והוא עלול "להיתקל במחסום רציני ואמיתי בשל ההרשעה". המערער הוסיף כי בת זוגו מתגוררת בארה"ב וכי בדעתו להצטרף אליה.

7. בגזר דינו קבע בית המשפט קמא הנכבד כלהלן:

"הימנעות או ביטול הרשעה מהווים קביעה חריגה, שנועדה למקרים לא שגרתיים בהם אין יחס סביר בין חומרת העבירה בנסיבותיה והאינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם החוטאים בביצועה, ובין עניינו של הנאשם שעלול להיפגע בצורה בלתי מידתית מן ההרשעה... מאזן שיקולים מעין זה לא הוצג בפני. ההגנה, שהתבקשה להציג את המסמכים התומכים בטענותיה, הציגה אך תעודת מורה דרך של הנאשם 2. בכך אין לתמוך בטענתה לפיה עיסוקיהם של הנאשמים, האחד כמורה דרך והשני כמרצה, ייפגעו כתוצאה מהרשעתם בעבירה הנדונה. אין בפני כל אמירה מבוססת, למשל של הגוף הנותן רישיונות למורי דרך, כי הרשעה מעין זו לא תאפשר לנאשמים לעסוק בעיסוקם. עוד אין בפני הוכחה כי ההרשעה תמנע מן הנאשם 2 להגר אל מחוץ לישראל אם יחפוץ בכך".

8. באשר לבקשתו של המערער להורות לשירות המבחן להכין תסקיר בעניינו לצורך בחינת שאלת ההרשעה, קבע בית המשפט קמא כי "לצורך זה ישנו הכרח להראות ולו ביסוס ראשוני לטענות, והדבר לא נעשה".

9. בהודעת הערעור ציינה ב"כ המערער כי "המשיבה לא התנגדה כלל לעריכת תסקיר בעניינו של המערער לצורך בחינת האפשרות של אי הרשעה". לטענתה שגה בית המשפט קמא בדחותו את הבקשה להזמין תסקיר בעניינו של המערער ובקובעו, כי המערער נכשל בביסוס ראשוני של טענתו לפגיעתה הצפויה של ההרשעה בו, בכך שלא הגיש בשלב הטיעונים לעונש ראיות המצביעות על כך. לטענתה "הערכת נסיבותיו האישיות של הנאשם את מידת הפגיעה הצפויה לו, נעשית ככלל בעזרת שירות מבחן הנותן את המלצתו בנושא. שירות המבחן עם כליו המקצועיים מראיין את הנאשם אוסף ממנו ומסביבתו הקרובה את מלוא הנתונים הרלוונטיים לעורך חוות דעת נשואת ההמלצה לעניין העונש

הראוי".

ב"כ המערער עתרה בהודעת הערעור להזמנת תסקיר לצורך הדיון בערעור "על מנת להכריע כראוי בשאלה המרכזית העולה מן הערעור" ועל מנת שלא ייפגע ההליך ההוגן בדרך של "חסימת דרכו של המערער להציג בפני בית המשפט את כל נסיבותיו האישיות באמצעות תסקיר...". לטענתה יש להורות על כך בשל רף החומרה הנמוך במיוחד שבמעשיו של המערער שבמהלך האירוע "ישב תחת עץ כשהוא אינו לוקח חלק פעיל בהתרחשויות...". ומאחר שהיה "חלק מקבוצת המפגינים אשר לא ביקשה ולא ניסתה לפעול באלימות, אלא להביע מחאה שקטה בלבד כנגד גזלת אדמות הכפר... כחלק מרצונו למחות דהיינו כחלק מזכותו לחופש ביטוי...".

בנוסף ציינה ב"כ המערער את הפגיעה הצפויה למערער כתוצאה מהרשעתו בדיון כ"אדם צעיר הפועל הן כמורה דרך והן כמדריך נוער במקומות שונים. כמורה דרך שותף המערער בחברת תיירות... במסגרת עבודתו של המערער לשהות בארה"ב לתקופות קצובות, שהייה הדורשת אשרה לארה"ב מחייבת הצגת הרישום הפלילי של המבקש והופעתה של הרשעה בעבירת התפרעות ברישום עשויה להקשות מאד על קבלת האשרה וכך לפגוע בצורה קשה ביכולתו להמשיך את פעילותו...".

10. ממכתבו של מנהל תכניות ב"בית ספר השלום", שהוגש על ידי המערער, עולה כי בית הספר המקדם "מפגשים בין יהודים לערבים והינו הארגון הוותיק והמקצועי ביותר בתחום זה", מקיים סדנאות בנות שלושה ימים בהן נפגשים בני נוער ערבים ויהודים. לדבריו המערער "הוא עובד נוער מעולה, בעל יכולת ליצור קשר ולהעצים בני נוער...". והוא "אחד מיחידי הסגולה שביכולתם להשפיע ולקדם שינוי אמיתי בחייהם של בני נוער ומצוקותיהם". לדבריו "מדאיגה... העובדה כי מתנהל כנגדו הליך פלילי ויתכן כי יורשע בסופו. הרשעה פלילית לא תאפשר לבית הספר לשלום להעסיקו כמנחה העובד עם בני נוער כי המוניטין של בית הספר לשלום יפגע מכך".

11. רכזת תוכניות עמותת "סדאקה רעות" הפועלת "לבנייתו של עתיד חדש ומשותף לשני העמים ולמיעוטים נוספים החיים בארץ" מסרה כי התוודעה למערער ו"בשל כישוריו החינוכיים הבולטים, הנני סבורה כי איתמר... ראוי ביותר להיות מחנך בארגון ואני סבורה כי ימלא את התפקיד בצורה יוצאת מן הכלל על הצד הטוב ביותר". לעניין סוגיית ההרשעה היא הוסיפה "לצערי הרב, הרשעה בפלילים תפגע מאד ביכולתו של איתמר למלא את התפקיד ותקשה על העמותה להעסיקו. וזאת שכן העסקת חונך שהורשע בעבודה עם בני נוער עלולה להרתיע הורים, חונכים, מחנכים ואף תורמים ובכך לפגוע פגיעה חמורה בפעילות העמותה ובמוניטין שלה. אני סבורה כי כל מסגרת חינוכית דומה תגיע למסקנה זו, כך שהרשעה כאמור תפגע ללא ספק באפשרות של איתמר לעסוק בתחום החינוך...".

12. נציג חברת "גרין אוליב טורס", שגם מכתבו הוגש מטעם המערער, מסר כי המערער עובד בחברה זה שמונה שנים וכי הוא מיועד להצבה בחברה אמריקאית שמטרתה לפתח טיולים מאורגנים בארה"ב וכן להביא תיירות לישראל. הוא הוסיף:

To the best of my knowledge, a conviction of an offence can be an enormous and"

potentially insurmountable obstacle for obtaining a working permit and a stay permit in ".the US, for which itamar of course will have to apply

13. בנוסף, הגיש המערער חוות דעת מומחה מאת עו"ד אמריקאי, העוסק בענייני הגירה לארה"ב ובשאלות המתעוררות בנוגע לישראלים הבאים במגע עם שגרירות ארה"ב בת"א או עם הקונסוליה האמריקאית בירושלים. בחוות הדעת נטען כי ישראלי המבקש ויזה לצורכי הגירה או לצורך אחר נדרש להציג "תעודת מידע פלילי" שמועברת ישירות ממשטרת ישראל לשגרירות או לקונסוליה. עוד נטען כי כל מידע על הרשעה פלילית עשוי להוביל לבירורים נוספים וכי על פי מיטב ניסיונו יש בכך ככל הנראה להוביל להחלטה שלילית בבקשה לווזיה.

14. ב"כ המשיבה התנגדה להגשת ראיות חדשות אלה בשלב הערעור, היא טענה כי לא הוכח כי יש בהרשעתו של המערער כדי להוביל לפיטוריו כמורה דרך או למנוע בהכרח את העסקתו בשירות המדינה וכי כוונתו לעבוד בחו"ל הינה ערטילאית. היא הוסיפה כי בבדיקה שהיא עשתה בעצמה באתר שגרירות ארה"ב בישראל עלה "שלמעשה אין הבדל בין הודאה בעבירה, בהודאה ביסודות העבירה לבין הרשעה".

דין והכרעה

15. המערער הורשע בעבירה של התפרעות - עבירה מסוג עוון שעונשה המרבי שנתיים מאסר. לעבירה זו נלוות בדרך כלל עבירות אלימות ומעטים הם המקרים שבהם עומדים נאשמים לדין בגין עבירה זו בלבד. מעטים עוד יותר המקרים, אם בכלל, שבהם נאשמים עומדים לדין בגין עבירת התפרעות "פסיבית", בדרך של "מחאה שקטה" בלבד, כשהם נמנעים מליטול חלק במעשי אלימות, בהשמעת קריאות, בחסימת כבישים וכיוצא בזה.

נסיבות הרשעתו של המערער מלמדות כי הוא נהג להופיע במקום ביחד עם חבריו, שבוע אחר שבוע לאורך זמן, בידועו מניסיון העבר, כי סופה של ההפגנה השקטה שבה ביקש ליטול חלק, הוא בהתפרעות שבמהלכה מיידיים צעירים אבנים לעבר אנשי כוחות הביטחון ואף גורמים לא פעם לפציעתם. בשל נסיבות אלה, שמהן ניתן להסיק כי המערער וחבריו צפו כי האירוע יסתיים בהתפרעות, נקבע בפסק הדין בערעור כי יסודות עבירת ההתפרעות התגבשו בהתנהגותם, זאת מאחר שלא היה בידיהם להרים את הנטל לסתור את הטענה כי בנוכחותם הם חזקו את ידיהם של המתפרעים.

עם זאת, יודגש כי המערער וחבריו לא הועמדו לדין, וממילא גם לא הורשעו, בשותפות לעבירה של תקיפת שוטרים או בשותפות לעבירת אלימות אחרת, אף לא בדרך של חיזוק ידיים.

בית משפט קמא קבע כי הוא מאמין למערער ולחבריו כי הם מתנגדים לאלימות ואינם רוצים בה וכי שהו במקום, כחלק מקבוצת מפגינים שביקשה להביע מחאה בלבד. עוד נקבע כי בפועל "ההפגנה לא התמקדה באלימות" וכי "רוב המפגינים עסקו במחאה שקטה".

בנסיבות חריגות אלה, כשחלקו של המערער באירוע הוא בחיזוק ידיהם של מתפרעים, שלמעשיהם הוא התנגד, וכשלהתנהגותו לא נלוו מעשי אלימות או הפרת סדר, יש טעם לבחון את טענת בא-כוחו כי המדובר בהתנהגות שברף החומרה הנמוך, ואף אם נכון לקבוע כי בעצם נוכחותו במקום עבר המערער עבירה, עדיין אין בכך כדי לחסום אותו מלהעלות טענה לאי הרשעתו. העונש המתון שהוטל על המערער, בהסכמת המשיבה, מעיד אף הוא על מידת החומרה הלא גבוהה שבמעשה.

יש להבחין בין החומרה הרבה שבה יש לראות את מעשיהם של מידי האבנים במקום לבין החומרה הפחותה שבה יש לראות את התנהגותם של המפגינים, אשר הגיעו למקום כדי להשמיע את מחאתם.

16. המערער כבן 37, אדם נורמטיבי העוסק בחינוך ובקירוב לבבות בין חלקי אוכלוסיה, מתנדב בקהילה, שעברו, עד לאירוע זה, נקי. חמש שנים חלפו מאז האירוע ולא נטען כי מאז עבר עבירה נוספת.

17. השאלה שלפנינו היא האם להיעתר לבקשתה של ב"כ המערער להורות על הכנת תסקיר בעניינו לבחינת שאלת ההרשעה. בית משפט קמא דחה את הבקשה, לא בשל חומרת העבירה, אלא בשל תשתית חסרה לביסוס הטענה בדבר פגיעה בלתי מידתית של ההרשעה במערער. בית המשפט קבע כי הפניית המערער להכנת תסקיר מותנית ב"ביסוס ראשוני לטענות" בדבר אותה פגיעה נטענת - נטל שלשיטתו לא הורם במקרה שלפנינו.

18. בנסיבות העניין אין להקפיד עם המערער על כך שלא הגיש את מלוא ראיותיו לעניין ההרשעה, בשלב שבו ביקש לדחות את הטיעונים לעונש לצורך הכנת תסקיר משירות המבחן. המערער טען בדיון האמור (שהתקיים בבית משפט קמא לאחר שערעור המדינה בעניינו התקבל) את עיקר טיעונו ואף הגיש חלק מראיותיו. הוא סבר כי יוכל להשלים את הצגת ראיותיו בעניין זה בשלב הכנת התסקיר ובדיון שיתקיים לאחריו כמקובל. באת-כוחו טענה כי מניסיונה הרב, מוכרת לה הפרקטיקה המאפשרת הגשת ראיות אלה בשלב הכנת התסקיר וכי כך מאפשרת הערכאה הדיונית דרך שגרה. היא הוסיפה כי אם היא שגתה בכך "אני לוקחת על עצמי אחריות. לא יתכן שבגלל ששגיתי שלא תינתן למרשי הזדמנות לבדוק את נסיבותיו הייחודיות".

19. כאמור, חזרתו של המערער שבוע אחר שבוע להפגנה המסתיימת בהתפרעות שבמהלכה מיידים חלק מהמפגינים אבנים לעבר כוחות הביטחון, הביאה את בית המשפט המחוזי בערעור בשלב הקודם לקבוע כי יסודות עבירת ההתפרעות מתגבשים בעניינו. אין בכך כדי לחסום עתה את הדרך לבחון את נסיבותיו ולשקול את האפשרות להימנע מהרשעתו, על מנת שחלף עונש המאסר על תנאי, יוטל עליו שירות לתועלת הציבור בהיקף רחב.

20. לפיכך אני מציע לחברי להיעתר לבקשתה של ב"כ המערער ולהורות לשירות המבחן להכין תסקיר בעניינו, שיבחן את שאלת ביטול ההרשעה והטלת שירות לתועלת הציבור עליו.

אלי אברבנאל, שופט

השופטת רבקה פרידמן-פלדמן:

1. דעתי שונה מדעתו של חברי השופט אברבנאל.

2. כאמור, המערער ממקד את טיעונו בשאלת ההרשעה.

על הנסיבות החריגות שבהן ניתן להסתפק בסיום הליך פלילי ללא הרשעה בדין, עמד בית המשפט במספר פסקי-דין (ראו למשל: ע"פ 51284-01-15 מדינת ישראל נ' אלעזר אברגל (29.4.15)), ואין לי אלא לחזור פעם נוספת על הדברים. הכללים בסוגיית ההימנעות מהרשעה הוטו בפסיקת בית-המשפט העליון. נפסק, כי ניתן להגיע בגזר-דין לתוצאה של אי-הרשעה "רק בנסיבות יוצאות דופן, בהן אין יחס סביר בין הנזק הצפוי מן ההרשעה בדין לבין חומרתה של העבירה" (ר"ע 432/85 גדעון רומנו נ' מדינת ישראל (21.8.85)). ההלכה הפסוקה מורה, כי הימנעות מהרשעה אפשרית בהתקיים שני גורמים מצטברים: "ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים..." (ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337, 342 (1997)). בשורה ארוכה של פסקי-דין נקבע, כי הימנעות מהרשעה של מי שאשמתו הוכחה, הנה בגדר "חריג שבחריגים" והיא "תיעשה אך במקרים יוצאי דופן" (ראו למשל: ע"פ 8528/12 אלירן ציפורה נ' מדינת ישראל (3.3.13), והאסמכתאות המפורטות שם; ורע"פ 1949/15 תקרורי נ' מדינת ישראל (2.4.15)). באשר לשאלה, האם עצם ההרשעה עלולה לפגוע "פגיעה חמורה" בשיקומו או בעתידו של הנאשם, נפסק כי על בית-המשפט להשתכנע, כי "הפגיעה הקשה שתיגרם לנאשם בעטיה של הרשעה, אינה שקולה כלל ועיקר לתועלת הציבורית המועטה שזו תניב" (ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' ביטון (23.7.09)). עוד נפסק, כי בבוא בית-המשפט לבחון את הנזק העלול להיגרם לנאשם "יש להתייחס לנזק מוחשי-קונקרטי, ואין להידרש לאפשרויות תיאורטיות, על פיהן עלול להיגרם לנאשם נזק כלשהו בעתיד" (ע"פ 8528/12 בעניין אלירן צפורה לעיל; וכן ראו ע"פ 2862/12 מילמן נ' מדינת ישראל (24.1.13)); וכי על הנאשם העותר לאי-הרשעתו, להציג "חשש ממשי כי הטלת אחריות בפלילים תחבל בסיכויי שיקומו... ובחזרתו לדרך הישר" (רע"פ 7720/12 פלוני נ' מדינת ישראל (12.11.12); וכן ראו: רע"פ 3589/14 שרון לוזון נ' מדינת ישראל (10.6.14)). כן הודגש, כי את הטענות בדבר פגיעה קשה וקונקרטיית בסיכויי השיקום, יש לבסס בתשתית ראייתית מתאימה (רע"פ 7224/14 משה פרנסקי נ' מדינת ישראל (10.11.14)).

3. הבסיס לגזרת הדין בעניינו של המערער, לרבות בשאלת ההרשעה, נעוץ בקביעות בית המשפט המחוזי בפסק הדין שניתן בערעור על הכרעת הדין.

בקטע שצוטט בחוות דעתו של השופט אברבנאל, קובע בית המשפט המחוזי, בפסק הדין בו הרשיע את המערער בעבירת התפרעות, מספר קביעות עובדתיות:

א. אין מחלוקת כי המשיבים היו מודעים מלכתחילה לכך שהפגנה עתידה להיות אלימה, כפי שקרה בכל אחת מן ההפגנות שקדמו לה.

ב. אחד המשתתפים אף הצטייד בכאפייה להגן על עצמו מפני גז מדמיע, שצפה כי יעשה בו שימוש כנגד מידי האבנים.

מעדות המערער (עמ' 37 לפרוטוקול הדיון בבית-משפט קמא) עולה כי הוא זה שכיסה ראשו ופניו בכאפייה, לדבריו מאחר שהשוטרים יורים גז.

ג. בניגוד לטענת המערער בעדותו בבית-משפט קמא, לפיה היה מרוחק ממידי האבנים (עמ' 35-36), נקבע בערעור כי המערער והנאשמים האחרים הגיעו למקום יחד עם כלל המפגינים וכי הם היו "בסמיכות רבה מאוד למידי האבנים באופן שבו לא ניתן לראותם אלא כחלק מאותה קבוצה ולא כקבוצה נפרדת". עוד נקבע כי "נוכחות המשיבים וחבריהם הייתה חלק אינטגרלי מהאירוע כולו... היה בנוכחותם כדי לעודד את מידי האבנים במעשיהם".

4. מדובר, אם כן, במי שידע, מניסיונו האישי, כי האירוע בו הוא משתתף צפוי להיות אירוע אליים. הצהרותיו של המערער בדבר היותו "מחזיק בדעות לא אלימות" וכי מדובר ב"הפגנות שנמשכות שנים ארוכות בימי שישי, הפגנות של אי אלימות" (פרוטוקול בית-משפט קמא עמ' 35-36), אינן מתיישבות עם המציאות אליה התייחס בית המשפט המחוזי, כאשר הרשיע את המערער, ולפיה מדובר בהפגנות שהינן "הפרות סדר שבאו לידי ביטוי ביידי אבנים לעבר חיילים ושוטרים", וכי המערער והאחרים "היו מודעים לכך ועל כן, כאשר הגיעו להשתתף בהפגנה נשוא כתב האישום, ידעו שהיא תכלול גם ידווי אבנים".

המערער היה מודע לכך שהוא מגיע להשתתף בהפגנה, במהלכה מיידים המפגינים אבנים לעבר שוטרים, ובנוכחותו במקום תמך בנקיטה בפעולות אלימות כלפי שוטרים וחזיק את ידיהם של מידי האבנים.

בנסיבות אלה, כאשר מדובר באדם בוגר, המגיע להשתתף בהפגנות אלימות, אף אם הוא עצמו יושב בצד ואינו מיידה אבנים בשוטרים במו ידיו - ראוי כי ההליך הפלילי יסתיים בהרשעה.

5. למעלה מן הצורך, אציין כי הראיות החדשות שביקש המערער להגיש במהלך הערעור, עליהן הוא מסתמך בטענתו בדבר הנזק שייגרם לו כתוצאה מהרשעה - לא די בהן כדי להצדיק חריגה מהכלל לפיו מי שעבר עבירה פלילית יורשע, אלא בנסיבות חריגות.

לא הוכח כי סיום ההליך באי הרשעה אך תוך קביעת אשמה, תהייה בו פגיעה פחותה מאשר סיום בהרשעה, במה שנוגע לעבודתו של המערער ולקשריו בחו"ל.

6. כלל הוא, כי ערכאת הערעור לא גוזרת מחדש את העונש, אלא בוחנת את סבירות גזר-הדין של הערכאה הדיונית; וכי התערבותה בעונשים שנגזרו על-ידי הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים בלבד שבהם נפלה טעות מהותית, או שהעונש שנגזר סוטה באופן קיצוני מרמת הענישה הראויה (ראו למשל: ע"פ 1880/14 עמעש נ' מדינת ישראל (19.11.14); ע"פ 448/14 מדינת ישראל נ' אזולאי (24.11.14); וע"פ 4235/14 ראדאד חאטיב (3.2.15)). נפסק, כי גדרי ההתערבות האמורים נותרו על כנם גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין (ע"פ 7430/13 שחרוך טוחסונוב נ' מדינת ישראל (3.3.14); וכן ראו: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (5.8.13); וע"פ 3151/13 עבדאללה נ' מדינת ישראל (24.4.14), בפסקה 10). עיקרון זה חל גם על מתחם ההתערבות בשאלה, האם יש להרשיע נאשם בדיון, או שמא להסתפק בהטלת אמצעי ענישה או טיפול ללא הרשעה בדיון.

לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי לא עומד לפנינו מקרה חריג שבו נפלה טעות מהותית בגזר-הדין, וכי בית משפט קמא לקח בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטים בהחלטתו להשאיר את הרשעתו של המערער על כנה, תוך גזירת עונשו של המערער על הצד המקל.

לפיכך, דעתי היא כי יש לדחות את הערעור.

רבקה פרידמן-פלדמן, שופטת

סגן הנשיא, י' נועם:

1. אני מצטרף לתוצאת פסק-הדין של חברתי, השופטת ר' פרידמן-פלדמן, לפיה דין הערעור להידחות, אך טעמי שונים במעט.

2. כפי שנסקר בהרחבה לעיל, הימנעות מהרשעה אפשרית בהתקיים שני תנאים מצטברים: הראשון - סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על הרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים; והשני - נזק קונקרטי ומוחשי שתסב ההרשעה לנאשם.

3. בית-משפט קמא דחה את בקשת המערער לסיים ההליך ללא הרשעה בדין, מבלי שדן והכריע בשאלת קיומו של התנאי הראשון האמור; זאת משקבע כי לא הוכח התנאי השני, בזיקה לטענתו של המערער לפיה הרשעה בדין תפגע בעיסוקו כמורה דרך ותמנע ממנו לעבוד מחוץ לישראל אם יחפוץ בכך. בהקשר זה ציין בית-משפט קמא בגזר-דינו, כי לא הובאה תשתית ראייתית כלשהי לביסוס הטענות האמורות, ואין אף מחלוקת על כך.

את התשתית הראייתית ביקשה ב"כ המערער להביא, לראשונה, במהלך הערעור, עת עתרה בגדרו של הערעור להגיש אסופה של מסמכים לתימוכין בטענותיה בדבר הנזק שיוסב למערער כתוצאה מהרשעתו. ב"כ המשיבה התנגדה להגשת הראיות בערעור, וממילא לא הסכימה לאמור בראיות אלה.

4. חברי, השופט א' אברבנאל, גורס כי בעניינו של המערער חל לכאורה התנאי הראשון מבין שני התנאים המצטברים לצורך בחינת אי-הרשעה, וסבר כי יש מקום להורות לשירות המבחן להכין בגדרו של הערעור תסקיר, שיבחן את שאלת ביטול ההרשעה והטלת שירות לתועלת הציבור; זאת מבלי להכריע בבקשה להבאת ראיות בערעור. למותר לציין, כי כאשר אין הסכמה להגשת מסמכים שלא באמצעות עדים, ושעה שתוכן המסמכים שנוי במחלוקת, הדרך הדיונית היחידה העומדת למערער להוכחת טענתו בדבר הפגיעה שעשויה להיגרם לו כתוצאה מהרשעתו, היא השמעת עדויותיהם של מי שערכו את המסמכים. תסקיר של שירות מבחן אינו יכול להשלים חסר ראייתי זה, בפרט כאשר העניין שנוי במחלוקת. במצב דברים זה, לטעמי, אין תוחלת בהזמנת תסקיר משירות המבחן; ולכן לא אוכל להצטרף לחוות

דעתו של חברי בדבר הזמנת תסקיר במסגרת הערעור.

5. חברתי, השופטת ר' פרידמן-פלדמן, סבורה, כאמור, כי לא חלים הן התנאי הראשון והן התנאי השני, הנדרשים, בהצטברותם, לבחינת אפשרות של אי-הרשעה בדין. לדידי, ניתן לדחות את הערעור ולו מן הטעם שלא הוכח התנאי השני, מבלי להידרש לשאלת קיומו של התנאי הראשון.

6. סבורני, כי אין מקום להתערב בהחלטתו של בית-משפט קמא, לפיה נדחתה הבקשה לסיים ההליך ללא הרשעה בדין, ולו בשל אי-הוכחת התנאי השני בעניין הפגיעה המוחשית הקונקרטית שתגרם למערער, על-פי טענתו, אם תיוותר הרשעתו על כנה. צדק בית-המשפט קמא בקבעו, כי על המערער היה להציג ביסוס ראשוני לטענות בדבר הפגיעה המוחשית הקונקרטית הנתענת, וכי בהימנעו מעשות זאת, לא היה מקום לסיים ההליך ללא הרשעה בדין. בנסיבות העניין, אין הצדקה לאפשר את פתיחת פרשת גזר-הדין מחדש במהלך הערעור. כפי שצוין, בהיעדר הסכמה, מסמכים אינם תחליף לעדויות; ועל-כן, היענות לבקשת המערער להבאת ראיות בערעור, משמעה ביטול גזר-הדין, החזרת התיק לערכאה הדיונית לשם שמיעת עדויותיהם של עורכי המסמכים שצורפו להודעת הערעור, ומתן גזר-דין מחדש על-יסוד העדויות, בין אם תתלווה לכך הוראה על הזמנת תסקיר ובין אם לאו. הגשת ראיות בערעור מוסדרת בסעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, המורה: "בית המשפט רשאי, אם היה סבור כי הדבר דרוש לעשיית צדק, לגבות ראיות או להורות לערכאה הקודמת לגבות ראיות שיורה". על העקרונות לבחינתה של בקשה להבאת ראיות בשלב הערעור, עמדה הפסיקה: "השיקולים שבהם על בית-המשפט הדין בערעור להתחשב בבואו לדון בשאלה אם יש להתיר קבלתן של ראיות נוספות הם, בעיקר, שלושה אלה: ראשית, אם היה באפשרותו של המבקש להשיג את הראיות הנוספות במהלך הדין בערכאה הקודמת; שנית, האינטרס בדבר השמירה על עקרון סופיות הדין; שלישית, טיבן של הראיות הנוספות והסיכוי שהגשתן תביא לשינוי התוצאה שאליה הגיעה הערכאה הקודמת" (ע"פ 1742/91 עמי פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289). עניינו של המערער אינו עומד במבחנים אלו, ועל-כן אין מקום להיעתר לבקשתו להחזרת התיק לבית-משפט קמא לשמיעת עדויותיהם של עורכי המסמכים. מטעם זה, אין הצדקה להזמין תסקיר במסגרת הערעור, כפי שהציע חברי, השופט א' אברבנאל; שכן בהיעדר ראיות כלשהן המבססות את הטיעון העובדתי בדבר קיומו של התנאי השני של פגיעה מוחשית וקונקרטית בעיסוקו של המערער, לא תהיה כל תוחלת בהזמנת התסקיר.

7. סיכומם של דברים: משלא הוכח קיומו של התנאי השני, מבין שני התנאים המצטברים המאפשרים אי-הרשעה בדין, ומשלא קמה הצדקה לקבל בשלב זה ראיות בערעור ולהורות על ביטול גזר-הדין ושמיעת עדויות בבית-משפט קמא בשאלת הפגיעה המוחשית והקונקרטית שתסב ההרשעה למערער - דין הערעור להידחות, אף מבלי להכריע בשאלה אם הוכח התנאי הראשון מבין שני התנאים. על-כן, לא מצאתי עילה להתערב בגזר-דינו של בית-משפט קמא, ומצטרף אני לתוצאת פסק-דינה של השופטת ר' פרידמן-פלדמן לפיה יש לדחות את הערעור.

יורם נועם, סגן נשיא

הוחלט, ברוב דעות, לדחות את הערעור.

ניתן היום, ט' בחשוון התשע"ח, 29 באוקטובר 2017, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).

אלי אברבנאל, שופט

**רבקה פרידמן-
פלדמן, שופטת**

יורם נועם, סגן נשיא