



עפ"ג 76621/12/19 - איליה מרשק נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 76621-12-19 מרשק נ' פרקליטות מחוז תל אביב פלילי
ע"פ 74539-12-19 כהן נ' מדינת ישראל
עפ"ג 70793-12-19 פרקליטות מחוז תל אביב פלילי נ' כהן
בפני כבוד השופט אברהם הימן - אב"ד כב' השופטת לימור ביבי כב' השופט עודד מאור
המערער בעפ"ג 76621-12-19 איליה מרשק
ע"י ב"כ עו"ד אסף דרעי

נגד
המשיבה בעפ"ג 76621-12-19 מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד לילך כץ (פמת"א)

פסק - דין

לפנינו ערעור על גזר הדין שניתן ביום 17.11.19, בתיק פלילי 50883-12-16, על ידי בית משפט השלום בתל אביב- יפו (כב' השופט ש' מלמד), לפיו הושטו על המערער 5 חודשי מאסר על תנאי, קנס בסך של 2,000 ₪ וצו הרחקה למניעת הטרדה מאיימת למשך 6 חודשים.

רקע דיוני

המערער הורשע ביום 29.5.19, על סמך הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, בעבירה של פגיעה בפרטיות לפי סעיף 5 בנסיבות סעיפים (1)2 ו- (4)2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

יצוין כי כתב האישום המקורי כלל ארבעה אישומים שיוחסו לשבעה נאשמים בהרכבים שונים. במסגרת הסדר הטיעון הוגש כתב האישום המתוקן אשר ייחס אישום אחד לשלושה נאשמים, וביניהם המערער (הנאשם 2 בכתב האישום המתוקן).

ואלה עובדות כתב האישום המתוקן שביסוד הרשעת המערער, כפי שתוארו בגזר הדין:

"סמוך לחודש אוקטובר 2014 החליטו נאשם 1 ואחרים לפעול נגד מנכ"לית בנק לאומי, גב' רקפת עמינוח שהינה המתלוננת ובני משפחתה. (להלן: המתלוננת) בנסיבות אלו, הפעיל נאשם 1 דף אינטרנט ברשת החברתית "פייסבוק" וכן אתר ברשת האינטרנט בשם "באים לבנקאים", על מנת שאלו ישמשו כפלטפורמה ליצירת קשר עם פעילים אפשריים לצורך הוצאת המאבק אל הפועל.

בתקופה הרלוונטית לאישום, למדה בתה הבכורה של המתלוננת בבית הספר התיכון אלון שברחוב אוסישקין ברמת השרון. בתאריך 7.12.14 בשעה 21.30 לערך, הגיעו הנאשמים ואחרים שזהותם אינה ידועה למאשימה, סמוך לביתה של המתלוננת, באופן שהיה עלול להטריד את המתלוננת ובני משפחתה. סמוך לכך, פיזרו הנאשמים עשרות כרזות באזור - ברחובות, על גבי שמשות כלי רכב ובחצר בית הספר עם תמונתה של



המתלוננת והכיתוב "ד' לא אשמה שאמא פושעת", שנאשם 1 היה אחראי על הכנתן מבעוד מועד, ובנסיבות שבהן הפרסום עלול להשפיל או לבזות. לאחר האירוע, על רקע פנייה מטעם נציג הבנק לאביו של נאשם 1, בתאריך 2.1.15 או סמוך לכך, פרסם נאשם 1 ברשת האינטרנט סרטון וידאו הממוען לנאשמת ולראשי המערכת הבנקאית, ובו נראה ונשמע נאשם 1 כשהוא מבהיר, כי באם המערכת הבנקאית לא תחדל תוך 30 ימים מלנקוט בהליכי הוצאה לפועל נגד ילדיהם של חייבים שונים, ינצל הנאשם 1 מה שכינה "נקודות תורפה" כנגד הנאשמת במאבק אותו הוא מנהל.

בהמשך לאמור, ובחלוף כ-30 ימים, ומשפנייתו לבנק לא נענתה, התייצב נאשם 1 בתאריך 12.2.15 ביחד עם אחר שזהותו אינה ידועה למאשימה, ליד בית הספר, בשעה שהתקיימו במקום לימודים ובעת ש-ד' למדה בבית הספר. נאשם 1 החל לקרוא קריאות באמצעות מגפן בגנותה של המתלוננת, באופן שעלול להטריד את המתלוננת ו-ד', בעוד האחר תיעד האירוע באמצעות וידאו ובכך פגע בפרטיותו. בהמשך, פרסם נאשם 1 את תיעוד הווידאו באמצעות רשת האינטרנט, באופן שבו יש להטריד ולפגוע בפרטיותה של המתלוננת ומקורביה.

בהמשך לאמור ובמועדים שונים, התחקה הנאשם 1 אחר המתלוננת ומקורביה, באופן שעלול להטריד, באמצעות שיטות טלפוניות כמפורט להלן:

א. בסמוך לחודש יוני 2015, יצר נאשם 1 קשר טלפוני עם המתלוננת ותיעד את השיחה באמצעות צילום. במהלך הצילום נאשם 1 חשף את קוד הגישה שבו השתמשה המתלוננת לצורך סינון שיחות טלפון. בהמשך, פרסם נאשם 1 את תיעוד הווידאו באמצעות רשת האינטרנט, תוך פגיעה בפרטיותה של המתלוננת.

ב. במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, סמוך למחצית השנייה של שנת 2015, טלפן נאשם 1 למר ערן בן עזר, שהיה בעבר גיסה של המתלוננת. הנאשם 1 תיעד את עצמו בוויידאו כשהוא מבצע את השיחה האמורה במהלכה ביקש נאשם 1 מידע על המתלוננת מבן עזר. בהמשך לאמור פרסם נאשם 1 את תיעוד הווידאו באמצעות רשת האינטרנט תוך פגיעה בפרטיותה של המתלוננת.

ג. במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, טלפן הנאשם 1 לגברת רחל רוסק, אימה של המתלוננת, המתגוררת בבית אבות "עד 120" במהלך השיחה ביקשה ממנו רחל כי יעזוב אותה ויפסיק להטרידה ואמרה שאינה חשה בטוב. נאשם 1 תיעד עצמו בוויידאו כשהוא מבצע את השיחה האמורה, ובהמשך פרסם את תיעוד הווידאו באמצעות רשת האינטרנט. נאשם 1 העלה פוסט "רקפת למה את נוסעת לכנס אמא שלך לא מרגישה טוב" ואף הציע לרחל חברות בפייסבוק וזאת תוך פגיעה בפרטיותה של המתלוננת ואמה".

הסדר הטיעון כלל הסכמה למתן צו למניעת הטרדה מאיימת לפיו יאסר על הנאשמים להגיע לביתה של המתלוננת במרחק הפחות מ-500 מטרים למשך שנה וכן יאסר עליהם ליצור קשר ישיר או עקיף עם בני משפחתה בכל דרך. מעבר לכך, לא הושגה הסכמה לעניין העונש ולכלל צד עמדה האפשרות לטעון כרצונו.

יצוין כי בעניינו של נאשם 3 הושגה הסכמה עונשית, ובהתאם לאותה הסכמה הושטו עליו 5 חודשי מאסר על תנאי, קנס



בסך של 2,000 ₪ וצו הרחקה למניעת הטרדה מאיימת למשך 6 חודשים.

לאחר שניתנה הכרעת הדין, הורה בית משפט קמא על עריכת תסקיר בעניינו של המערער, אשר במסגרתו תיבחן, בין היתר, שאלת ההרשעה.

התסקיר הוגש. באשר לשאלת ביטול ההרשעה הודיע שירות המבחן כי הוא מתקשה להציג עמדה חד משמעית והמליץ על ענישה מוחשית חינוכית בדמות צו של"צ בהיקף של 300 שעות במרכז קהילתי ערבי-יהודי ביפו, שם יעביר המערער חוג בתחום קולנוע וצילום לבני נוער.

בית משפט קמא סבר כי אין מקום לביטול הרשעתו של המערער וגזר את עונשו כמפורט לעיל.

יצוין כי באותו גזר דין, נקבע עונשו של נאשם 1 והועמד על 6 חודשי מאסר על תנאי, קנס בסך של 20,000 ₪ וצו הרחקה למניעת הטרדה מאיימת מהמתלוננת ובני ביתה ואיסור יצירת קשר מכל סוג למשך חצי שנה.

המערער לא השלים עם גזר דינו והגיש את הערעור דנן, כנגד ההחלטה להותיר את הרשעתו על כנה.

יצוין כי ערעורים הוגשו גם מטעם המדינה בטענה לקולת עונשו של נאשם 1 ומטעם הנאשם 1 הן כנגד ההרשעה והן כנגד העונש. שני הערעורים נדחו בהסכמה.

בדיון שהתקיים לפנינו ביום 6.9.20 שמענו את טיעוני באי כוח הצדדים.

עיקרי גזר הדין

בית משפט קמא קבע כי יש להותיר את הרשעתו של המערער על כנה. בקביעתו התבסס על המבחנים המצטברים שנקבעו בע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל** (21.8.97) לבחינת שאלת ביטול הרשעה.

בתוך כך, ציין בית משפט קמא כי המערער הורשע בעבירה של פשע שלצידה עונש מאסר של 5 שנות מאסר, בשל מעורבותו באירוע בו פוזרו כרזות ברחובות הסמוכים לביתה של המתלוננת, על גבי שמשות כלי רכב ובחצר בית הספר, עם תמונות של המתלוננת וכתוב "ד' לא אשמה שאמא פושעת".

בית משפט קמא קבע כי העבירה הייתה מכוונת כלפי המתלוננת, אולם בפועל נעשתה כלפי בתה הקטינה ובכך יש להעיד על חומרת המעשים. בהקשר זה קבע בית משפט קמא: **"ההסתכלות על המעשים שנעשו והיו מכוונים לפגיעה בקטינה מעידה על חומרת המעשים. חשוב לזכור כי המחאה הייתה כנגד פעילותה העסקית של המתלוננת, כיצד זה הפגיעה עברה לבתה? כשהכרוזים פוזרו בבית ספרה של בתה של המתלוננת. עצם הכנסת מעורבותה של הקטינה ביזויה והשפלתה במרחב הציבורי, מעידה על חומרת המעשים"**.

בית משפט קמא ציין כי הקשיב בקשב רב לדברי המערער וכי זה התמקד בהליך השיקום הכלכלי ולא הביע אמפטיה כלפי הקטינה. בעניין זה נאמר: **"בית המשפט יציין כי אמפטיה לנפגע העבירה אינה חלק מהותי מסל השיקולים, כאשר בית המשפט שוקל האם לבטל הרשעה. אולם יש בו משקל מכריע לגבי כנות ההליך השיקומי, בית המשפט מתרשם כי הנאשם 2 אכן השתקם כלכלית ואולם מבחינת ההסתכלות על האחר היכולת לראות את מצוקת האחר, אין התייחסות בגישה הנאשם 2 ובכך קיים פגם מהותי בהבנת הפסול שבמעשיו וקיים חשש**



ממשי להיתכנות נוספת של פגיעה עתידית".

באשר לפגיעה בשיקום המערער, צוין בגזר הדין כי מכתב שהוצג לשירות המבחן ממעסיקו של המערער לגבי אפשרות פיטוריו, לא הוצג לפני בית משפט קמא ומשום כך לא ניתן להתייחס לשיקולים שבבסיס המכתב. יחד עם זאת, הוסיף בית משפט קמא וציין בהקשר זה כי ממילא צלם אינו מקצוע הדורש רישיון ומשכך לא ברור כיצד הרשעתו של המערער תפגע במקום עבודתו.

בית משפט קמא התייחס לדברי שירות המבחן בדבר התלבטותו בשאלת ההרשעה. ובעניין זה קבע כי הסיבה העיקרית להמלצתו של שירות המבחן לבטל את הרשעתו של המערער הוא המכתב הנזכר לעיל המבטא חשש לפיטורי המערער, אלא שבית המשפט קמא לא ראה לקבל טענה זו כטענה בודדת לאי הרשעה בהעדר הסבר המניח את הדעת לסיבה לפיטורים. עוד בהקשר זה ציין בית משפט קמא: **"בית המשפט יפנה למעסיקו של הנאשם 2 ויאמר כי במידה ואיכות עבודתו של הנאשם 2 מצדיקה המשך העסקתו אין בהרשעתו נסיבה המצדיקה זאת, שכן מדובר בעבירות מלפני 5 שנים ואין בהן כדי להוות מגבלה על המשך עבודתו"**.

בית משפט קמא קבע, אפוא, כי נוכח חומרת העבירה שביצע המערער ובהתייחס לפגיעה בשיקומו, ביטול ההרשעה אינו עומד במבחני הפסיקה. לפיכך, מצא כי ביטול ההרשעה יפגע בצורה קשה באינטרס הציבורי של היכולת של אדם לשמור על הפרטיות שלו מבלי שזו תבזזה או תושפל ומנגד הפגיעה בשיקומו של המערער ובעבודתו אינה ברורה ואין בה להוות שיקול יחידי המוביל לביטול ההרשעה.

טיעוני המערער

המערער טען כי טעה בית משפט קמא כאשר הותיר את הרשעתו על כנה ולא ביטלה, תוך שזקף לחובתו את מחדלו מלומר בדיון לטיעונים לעונש כי הוא מתחרט על המעשה שביצע ולא גילה בדבריו אמפתיה כלפי המתלוננת ובתה. המערער טען כי היה על בית משפט קמא להתחשב בכך שמדובר בעבירה שביצע בשנת 2014 וכי נטל אחריות על מעשיו והתחרט עליה חרטה כנה ואמיתית, אשר באה לידי ביטוי בשינוי דרכיו וביישום הלקחים בחייו, כפי התרשמותו החיובית של שירות המבחן, אף אם לא נאמרה מן הפה אל החוץ בדיון.

המערער טען כי בית משפט קמא טעה כאשר בחן את נסיבות ביצוע העבירה בהיבט של הפגיעה במתלוננת ולא התחשב בכך שמדובר במעידה חד פעמית שמעד המערער, בתוך מכלול של פעילויות מחאה לגיטימיות שהוא נוטל בהן חלק למען הציבור וללא תועלת אישית. המערער טוען כי הוא והאחרים, חברי קבוצת "באים לבנקאים", יצאו לרחוב במחאה כנגד העוולות הנגרמות למי שנקלעו לחובות על ידי הבנקים ושלוחיהם, באופן בלתי אלים ועל מנת לעזור לחלשים. כמו כן טען המערער כי במקרה הנדון אמנם חצתה המחאה את הגבול, אך זאת באופן חד פעמי, שאינו מצדיק יחס מחמיר ומיצוי הדין בדרך של הרשעה.

המערער טען כי בית משפט קמא לא נתן משקל לעובדה כי כתב האישום תוקן וצומצם באופן משמעותי, תוך שהושמטו טענות לקשירות קשר לפשע, ולא הבחין בין המערער לבין הנאשם 1 וההבדל המהותי ביניהם.



המערער טען כי על אף שקצינת המבחן התלבטה בהמלצתה, בסופו של דבר באה בהמלצה ברורה להימנע מהרשעתו, זאת לאחר שבחנה באופן מעמיק את כל ההיבטים הרלוונטיים. לטענת המערער, התלבטותה של קצינת המבחן באה משום שסברה בטעות כי העבירה המיוחסת לו היא חלק ממסכת ארוכה של פעילות בעייתית, בעוד שלא כך הוא מצב הדברים והמדובר בפעילות למען הציבור.

המערער טען כי בית משפט קמא טעה אף בעניין הפגיעה הפוטנציאלית בתעסוקתו, היות והרשעתו תפגע בעיסוקו של המערער בצילום עבור חברות העוסקות בתחום הקנאביס הרפואי.

טיעוני המשיבה

המשיבה טענה כי המערער לא עומד בקריטריונים לאי הרשעה ואין מקום להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא. לטענתה, קיומו של סיכוי כי המערער יפטר מעבודתו בעקבות ההרשעה אינו מספיק על מנת להצדיק ביטול הרשעה בנסיבות ביצוע עבירה של פגיעה בפרטיות כחלק ממהלך מתוכנן.

דין והכרעה

המערער, כיום כבן 36, הורשע, על יסוד הודאתו ובמסגרת הסדר טיעון, בעבירה של פגיעה בפרטיות.

על פי עובדות כתב האישום, ביום 7.12.14 בשעה 21:30 לערך, הגיע המערער יחד עם אחרים, אשר החליטו לפעול נגד המתלוננת, מנכל"ית בנק לאומי, ובני משפחתה, במסגרת מאבקם בבנקים, סמוך לביתה של המתלוננת ופיזרו כרזות על שמשות כלי רכב ובתוך חצר בית הספר בו לומדת בתה של המתלוננת עם תמונתה של המתלוננת וכיתוב "ד' לא אשמה שאמא פושעת". הכרזות הוכנו על ידי הנאשם 1 מבעוד מועד ובנסיבות שהפרסום שבהן נועד להשפיל או לבזות.

בית משפט קמא קבע כי לא מתקיימים התנאים המצטברים לביטול ההרשעה.

על קביעה זו משיג המערער בערעור דין.

בחננו החלטתו של בית משפט קמא ודרך הילוכו עד למסקנה כי אין הצדקה לביטול ההרשעה ולא מצאנו להתערב בה.

אשר לכך, הרי שכפי שציין בית משפט קמא, אמות המידה לבחינת האפשרות להימנעות מהרשעה נקבעו ב"הלכת כתב". על פי הלכה זו על מנת להימנע מהרשעתו של נאשם, עליו להוכיח כי מתקיימים בעניינו שני תנאים מצטברים: האחד, כי הרשעתו צפויה לפגוע פגיעה חמורה בשיקומו; והשני כי סוג העבירה, על רקע נסיבות המקרה, מאפשר לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי ביתר שיקולי הענישה.

במקרה זה, מצאנו כי בחינת שני תנאים אלה אין בה כדי להוביל לאי הרשעת המערער. זאת בהינתן שמקובלת עלינו קביעת בית משפט קמא כי נסיבות ביצוע העבירה של פגיעה בפרטיות בה הורשע המערער אינן עניין של מה בכך, וכי קיימת חומרה מיוחדת בכך שהכרזים שפוזרו על ידי המערער ואחרים בסמוך לביתה של המתלוננת ובבית ספרה של



בתה הקטינה נועדו לפגוע, לבזות ולהשפיל את הקטינה, ולפגוע באותה דרך גם במתלוננת שהיא אימה.

מעשיו של המערער פגעו בערך של הגנה על הפרטיות, תוך שימוש פסול, בוטה ומגונה בחופש הביטוי והמחאה על מנת לבזות ולהשפיל את המתלוננת כמושא המחאה באמצעות השפלת בתה הקטינה. אין חולק כי מדובר במחאה אשר חצתה את הקו האדום ואת גבולות זכויות היסוד שבבסיסה. איננו סבורים כי העובדה שמדובר במעידה חד פעמית של המערער במסגרת מחאה לטובת הציבור מפחיתה באופן משמעותי מחומרת מעשי העבירה, באשר מדובר בהשתתפות מתוכננת מראש, בצוותא, בפרסום כרוזים פוגעניים כנגד המתלוננת ובתה הקטינה. איננו סבורים גם כי חומרת מעשי העבירה מתרככת בהתחשב בהיקף תיקונו של כתב האישום. חומרת מעשה העבירה עומדת בפני עצמה גם לאחר תיקונו של כתב האישום. מקובלת עלינו, אפוא, קביעתו של בית משפט קמא לפיה חומרת העבירה בנסיבותיה אינה הולמת אפשרות של הימנעות מהרשעה.

באשר לתנאי המצטבר הנוסף הנסוב על מידת הפגיעה של ההרשעה בשיקומו, טען כאמור המערער כי בית משפט קמא טעה כאשר לא התחשב בחרטה הכנה שהביע בפני שירות המבחן ובהתנהגותו מאז ביצוע העבירה המביעה, כשלעצמה, מצוי ביטוי לחרטה ולשיקום וכאשר לא התחשב בפגיעה הצפויה של ההרשעה על המשך עיסוקו במתן שירותי צילום לחברה העוסקת בשיווק קנאביס רפואי.

אשר לכך, אכן בדבריו האחרונים לפני בית משפט קמא ועובר למתן גזר הדין, לא הזכיר המערער את חרטתו ולא התייחס במיוחד לקורבנות העבירה שביצע. בית משפט קמא מצא ללמוד מכך על פגם מהותי בהבנת המערער את הפסול במעשיו ועל קיומו של חשש ממשי להישנותם. אנו סבורים כי לא נפל כל פגם בקביעותו של בית משפט קמא בעניינים אלה. זאת הואיל ואנו סבורים כי דבריו של המערער בפני בית משפט קמא שיקפו את התייחסותו לעבירה שביצע, ורשאי היה בית משפט קמא להסיק מתוכנם מסקנה עניינית לעניין שיקומו.

באשר לנושא השיקום, הרי שאף בקביעה כי לא נמצאה פגיעה ממשית בשיקום, לא נפל פגם בהחלטתו של בית משפט קמא. על פי ההלכה הפסוקה, לא די בטענה לפגיעה בשיקום אלא שעל **"המבקש נדרש להצביע על פגיעה קשה וקונקרטית בסיכויי שיקומו ולבסס אותה באמצעות ראיות"** (רע"פ 6403/18 הרוש נ' **מדינת ישראל** (28.11.18)). בהקשר זה נקבע עוד כי **"החובה להצביע על קיומו של נזק קונקרטי, מתיישבת עם אופיו המצומצם של החריג שעניינו הימנעות מהרשעה, אשר נועד לחול אך במקרים מיוחדים בהם קיימים טעמים כבדי משקל הנוגעים לצורכי שיקומו של הנאשם"** (רע"פ 7224/14 פרנסקי נ' **מדינת ישראל** (10.11.14)).

בענייננו - הוברר כי המערער עובד כצלם בחברה המשווקת קנביס רפואי, אולם לא הוכח כי הרשעתו תפגע פגיעה קונקרטית בהמשך העסקתו ואין מקום להניח פגיעה שכזו ללא ראיה. המכתב שהוצג לפני שירות המבחן על אפשרות לפיטוריו של המערער לא הונח בפני בית משפט קמא, וממילא לא ניתן היה לבחון את תוכנו והקשר בינו לבין ההרשעה, או שמא קיימים שיקולים אחרים שאינם קשורים דווקא בהרשעה.

המערער סבור כי טעה בית המשפט כאשר לא אימץ את המלצתו החיובית של שירות המבחן להימנע מהרשעתו. אנו דוחים טענה זו, הן משום שאין מדובר בהמלצה חיובית מפורשת של שירות המבחן שהרי ציין כי הוא מתקשה לבוא בהמלצה חד משמעית לביטול הרשעה, והן משום שלא היה בית המשפט קמא כבול להמלצתו של שירות המבחן, ונכון עשה כאשר ייחס חשיבות בהחלטתו לתמונה המקצועית שהציג שירות המבחן, אך התחשב במכלול השיקולים



הרלוונטיים מעבר להיבטים המקצועיים של שירות המבחן. בתוך כך, נתן בית משפט קמא משקל לחומרת העבירה בנסיבות המיוחדות כפי שנותחו על ידו אל מול העדר נזק קונקרטי למערער כתוצאה מההרשעה, ומצא, בצדק, כי אין עניינו של המערער נופל לגדר המקרים החריגים המאפשרים ביטול הרשעה וכי האינטרס הציבורי מחייב מיצוי הדין עמו.

אשר על כן, בהעדר ראיות לקיומו של נזק קונקרטי, ולאור קביעת בית המשפט קמא - המקובלת עלינו - כי העבירה בה הורשע המערער, על נסיבותיה, אינה מאפשרת הימנעות מהרשעה, לא מצאנו להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא.

סוף דבר שהערעור נדחה.

ניתן והודע היום כ"ז כסלו תשפ"א, 13/12/2020 במעמד ב"כ המערער וב"כ המשיבה.

עודד מאור, שופט

לימור ביבי, שופטת

**אברהם הימן, שופט
[אב"ד]**