



## ת"פ 47824/11/17 - מדינת ישראל, המאשימה נגד יעקב מנחם קלר, הנאשם

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 47824-11-17 מדינת ישראל נ' קלר  
בפני כבוד השופט איתן כהן

בעניין: מדינת ישראל - המאשימה

נגד  
יעקב מנחם קלר - הנאשם

### הכרעת דין

בהתאם לסעיף 182 סיפא לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982, אני מודיע שהחלטתי לזכות את הנאשם מחמת הספק.

### כללי

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו התפרעות, עבירה לפי סעיף 152 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

### כתב האישום המתוקן

2. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, ביום 24.05.2017 בין השעות 17:15 ועד 19:30 נקטה משטרת ישראל בפעולה יזומה למניעת פגיעה בחיילים ברחוב מאה שערים בירושלים, וזאת על רקע מקרים רבים של תקיפות חיילים חרדים בשכונות החרדיות בירושלים. לצורך הפעילות התחפשו מספר שוטרים לחיילים וצעדו עם דגלי ישראל ברחוב מאה שערים. במהלך הפעילות, הקיפו את השוטרים המוחפשים מתפרעים רבים, אשר צעקו להם "נאצים, תעופו מפה" וזרקו לעברם חפצים שונים. הנאשם הלך בראש המתפרעים, הלהיב את ההמון בכך שעמד בקדמת המתפרעים וצעק לעבר השוטרים "נאצים תעופו מפה" מספר רב של פעמים. נוסף על הקריאות האמורות, הניף הנאשם את ידיו לעבר השוטרים, עודד והסית את המתפרעים הנוספים שהיו במקום.

הנאשם הואשם על שבמעשיו, השתתף בהתפרעות בכך שנטל חלק בהתקהלות אסורה שהחלו לבצע בה את מטרתה



בהפרת השלום שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור.

### תשובת הנאשם לאישום

3. הנאשם כפר באשמה וטען שהגיע לאירוע רק לקראת סופו. הכחיש שצעק "נאצים תעופו מפה" וטען שגם לא שמע את האחרים צועקים זאת. טען שהצטרף להמון שהתגודד בקרבת השוטרים, וצעק לעבר השוטרים "למה באתם להתגרות בנו, תלכו מפה". לאחר מכן נעצר. הנאשם כפר בכך שמדובר בהתפרעות וכפר בכך שהשתתף בהתפרעות.

### גדר המחלוקת

4. סלע המחלוקת שבין הצדדים נעוץ בזיהויו של הנאשם כמי שעבר את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום, קרי - כמי שהלך בראש המתפרעים ושלהב את ההמון תוך קריאות "נאצים, תעופו מפה", כשהוא מניף את ידיו אל עבר השוטרים ומעודד ומסית את המתפרעים.

לחלופין חלוקים הצדדים בשאלה, האם ניתן להרשיע את הנאשם בעבירת התפרעות על סמך גרסתו, שלפיה שהה במקום מספר דקות בלבד, וצעק לעבר השוטרים "למה באתם להתגרות בנו, תלכו מפה".

בהינתן שזו יריעת המחלוקת, אדון אפוא בשאלות הבאות:

- א. האם הוכח שהנאשם זוהה כמוביל ההתפרעות, מעבר לספק סביר?
- ב. האם ניתן להרשיע את הנאשם בעבירת התפרעות מעצם נוכחותו בזירה, על סמך גרסתו?

### דין והכרעה

אדון בשאלות כסדרן.

### זיהויו של הנאשם כמי שהלך בראש המתפרעים ושלהב את ההמון נגד השוטרים

5. לאחר שבחנתי את הראיות שהובאו במשפט, מצאתי שלא הוכח במידת הוודאות הנדרשת בפלילים שהנאשם הוא זה שהנהיג את ההתפרעות כמיוחס לו בכתב האישום. ביסוד החלטתי זו עומד חסר ממשי בראיות התביעה בנוגע לזיהויו של הנאשם כאותו אדם, חסר אשר לא מאפשר לקבוע במידת הוודאות הנדרשת בפלילים שהנאשם הוא החשוד המוזכר בכתב האישום.



6. מי שהיו אמורים לקשור את הנאשם לאישום הם השוטרים שנכחו בפעילות. אלה אמורים היו לתעד את האירוע בדוחות פעולה, בסרטונים או באמצעים אחרים, ובפרט כשמדובר בפעילות יזומה שמן הראוי היה שתצולם ותתועד. בפועל, רק שוטר אחד העיד במשפט וטען שזיהה את הנאשם כמוביל ההתפרעות - רס"ר גילי זקן. בעדות השוטר זקן התעוררו ספקות שבעטיין לא ניתן היה להסתמך עליה לצורך זיהוי הנאשם, לא כל שכן כשהיא עומדת לבדה כעדות יחידה ללא כל תימוכין מראיות אחרות.

7. **השוטר זקן** העיד שבמהלך הפעילות הסתובבו השוטרים כשהם לבושים במדי צה"ל ומניפים דגלי ישראל. כאשר הגיעו לאזור רחוב זוננפלד, החלו להתגודד סביבם אנשים ולקרוא לעברם קריאות כמו "נאצים". כשהגיעו למאה שערים האירוע גדל, והחלה התגודדות מאסיבית סביב השוטרים שכללה גם זריקות חפצים, קריאות וגידופים כמו "נאצים", "תעופו מפה", "חרד"קים" (פרוטוקול עמ' 8).

על זיהוי הנאשם כגורם המוביל בהתגודדות, העיד כך:

"זיהיתי בחור אחד שמסית שמה, צועק בראש החבורה והאנשים צועקים אחריו. מבחינתנו הוא הגורם הדומיננטי בהפגנה והוא הגורם הראשי לכל המהומה שנוצרה שם... ניגשתי לבחור שזוהה כדומיננטי כבר בהתחלה והוא היה לאורך הפעילות עצמה. הוא זוהה מספר פעמים. בהמשך הוא זוהה שוב. מה שהופך אותו לדומיננטי, הוא הולך ואנשים הולכים אחריו והוא לא מפסיק בקריאות כלפינו... והוא פשוט מלהיב את ההמון... הוחלט לבצע מעצר על אותו בחור שזוהה כדומיננטי בחבורה ושמוביל את ההפגנה. ניגשתי אליו, תפסתי לו בידיים ואמרתי לו שהוא עצור משטרה" (פרוטוקול עמ' 8).

כנשאל כיצד ידע שהנאשם הוא אותו אדם שהלהיב את המתפרעים, השיב:

"הוא לבש חליפה שחורה, משקפיים, זקן, קשר עין בפעילות הולך ובא מספר פעמים. אתה מזהה את מי שדומיננטי ורציני ויעמוד תמיד בראש. הוא לא הסתתר בתוך ההמון. אז ניתן היה לזהותו" (פרוטוקול עמ' 9).

בהמשך, כשעומת בחקירה נגדית עם האפשרות שטעה בזיהוי, עמד על כך שאין אפשרות כזו:

"ש. אנשים צועקים, מתלהמים. כולם לבושים אותו דבר... אז יכול להיות שטעית. שזה לא היה האדם שאתה רואה שוב ושוב.

ת. לא.

[...]

ש. לא אפשרי מה שאמרתי?

ת. לא. הנסיבות שצינת אמנם בעייתיות אבל לא טעיתי" (פרוטוקול עמ' 15).



בחקירתו החוזרת, כשנשאל מאיזה רגע ראה את הנאשם, השיב:

**"ת. למיטב זכרוני כשנכנסנו למאה שערים ברחוב עצמו. ראיתי את הנאשם פעם ראשונה. הקשר עין הלך ובא כמו שציינתי.**

**ש. מאיזה רגע היה לך קשר עין רציף?**

**ת. כשהוחלט לעצרו". (פרוטוקול עמ' 16).**

8. עדות השוטר זקן בנוגע לזיהוי הנאשם בתוך ההמון המתגודד, כשהיא עומדת בפני עצמה, לא הניחה את דעתי וזאת משני טעמים עיקריים.

ראשית, העד תיאר שקשר העין עם החשוד שהלהיב את ההמון "בא והלך", דהיינו לא היה רציף, והדבר פוגם בהכרח באיכות הזיהוי ופותח פתח רחב לטעות.

שנית, התיאור שנתן העד לאותו אדם היה כללי ונעדר סימנים ייחודיים. העד תיאר את החשוד כמי שהיה לבוש בחליפה שחורה, עטור בזקן ומרכיב משקפיים, תיאור המאפיין רבים מבני המגזר החרדי. העד לא טען שזיהה את תווי פניו של החשוד או שהחשוד היה בעל מאפיין חזותי ייחודי. אין חולק שהתיאור שמסר העד הוא הגיוני, ומסתמא שאותו מתפרע דומיננטי אכן ענה למאפייניו. ברם בהיעדר פרט זיהוי ייחודי ובהיעדר עדות מפורשת על זיהוי תווי פניו של החשוד, הרי שלא ניתן לקבוע בוודאות שמדובר בזיהוי חד משמעי ונקי מספקות.

9. כאמור, מלבד השוטר זקן לא העידו במשפט שוטרים נוספים שנכחו באירוע. כך גם לא הוגש כל חומר רלוונטי מתעד כגון דוחות פעולה של שוטרים אחרים, סרטונים וכיו"ב. כל שהוגש הוא שני דוחות פעולה של שוטרים נוספים (ת/3-ת/4), אשר אינם תורמים לבירור האשמה בשאלה שבמחלוקת, כדלקמן:

א. **דו"ח פעולה של השוטר ירדן דהן (ת/3).** השוטר מסר בדוח שסייע לשוטר זקן לאזוק את ידיו של הנאשם. השוטר דהן לא העיד במשפט ולא ידוע אם ראה את הנאשם עובר את העבירה המיוחסת לו בטרם אזק אותו. לפיכך, אין בדוח משום חיזוק כלשהו לגרסת השוטר זקן בשאלת הזיהוי.

ב. **דו"ח פעולה של השוטר בן קורנפלד, (ת/4).** השוטר מסר בדוח שהוא הוביל את הנאשם בניידת המשטרתית מרחוב מאה שערים אל מגרש הרוסים. גם בדוח זה, אין כדי לשפוך אור על זיהוי הנאשם כאותו חשוד שהוביל והסית.

10. יודגש ויוטעם שמשני הדוחות עולה שבאירוע נכחו חמישה שוטרים נוספים מלבד השוטר זקן: השוטרים דהן, קורנפלד, נוגריאן, מלכא ודנגור. דוחות הפעולה של השוטרים דהן וקורנפלד הוגשו כאמור לעיל. אולם גרסתם של



יתר השוטרים לא נשמעה לאחר שאיש מהם לא העיד במשפט. וכך נותרנו עם עדותו של השוטר זקן שעומדת לבדה כעדות יחידה לעניין הזיהוי על כל הבעייתיות הכרוכה בה.

11. מצאתי להוסיף ולהעיר שאף שמדובר היה בפעילות יזומה שאליה התכוננה המשטרה מראש, לא תועד האירוע בתיעוד חזותי והמשטרה בחרה לסמוך על עדות של שוטר אחד שעצר חשוד אחד מתוך המון מתגודד של מתפרעים, ללא קשר עין רציף ובלי יכולת לנקוב בפרטי זיהוי ייחודיים וכשאינן לעדותו כל תימוכין בראיות אחרות. טוב תעשה המשטרה אם תשקול בעתיד שילוב של אמצעי תיעוד בפעילויות מסוג זה.

12. מכל הטעמים דלעיל מצאתי כאמור שזיהוי הנאשם כחשוד המוביל והמסית בהתפרעות, אינו מניח את הדעת ועדות השוטר זקן חסרה את העוצמה הדרושה להרשעה על פי נטל ההוכחה הנדרש בפלילים.

עם זאת, אבהיר שאיני סבור שהשוטר זקן שיקר בעדותו. ההיפך, התרשמתי שהשוטר - עובד ציבור שפעל באירוע על פי דין - העיד באופן כן ואמיתי על אירוע אותנטי שאותו חווה באופן בלתי אמצעי. התרשמתי שהשוטר העיד עדות אובייקטיבית עד כמה שניתן ללא שהיו לו כוונות נסתרות או מניעים זרים. כל שקבעתי אפוא הוא שעל פי הנתונים שהובאו בעדותו, קיים ספק שמא טעה בזיהוי.

בע"פ 8415/16 אבו עסא נגד מדינת ישראל (03.06.2018) (להלן: "ע"פ אבו עסא") דן בית המשפט העליון (כב' השופט ע' גרוסקופף) בעניינו של נאשם באירוע הפרת סדר אלים בישוב תל שבע ובאופן נדיר התערב במסקנת הערכאה הדיונית וזיכה את הנאשם מחמת ספק בשל ספק בזיהוי. הנאשם הואשם בין היתר בעבירה של התפרעות שסופה נזק. בית המשפט קבע שניכר כי עדותו של השוטר בבית המשפט יוצרת אי וודאות בקשר לזיהוי של המערער כמי שנטל חלק בהתפרעות ודי באי בהירות זו כדי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של המערער, ולהצדיק התערבות בהכרעת הדין של בית המשפט קמא, על דרך זיכוי של המערער מחמת הספק. הדברים אמורים ללמדך עד כמה יש לדקדק בשאלה חשובה זו.

בפסק הדין נוסחו הדברים כך:

**" המקרה שלפנינו מעורר כאמור ספק סביר בשאלה עובדתית מרכזית להרשעתו של המערער - זיהוי של המערער על ידי השוטר כמי שנטל חלק בהתפרעות. ויובהר, ספק זה אינו מתעורר בשל כך שהשוטר הוא עד יחיד לעניין זה, ואף לא בשל בקיעים באמינותו של השוטר. הספק מתעורר לאור עדותו של השוטר עצמו בבית המשפט, עדות ממנה עולה כי קיים ספק בשאלה אם האדם שעצר (שהוא ללא ספק המערער) הוא אותו אדם עליו תצפת בעת שצפה בהתפרעות (שהוא ללא ספק עבריין).**

[...]

**המסקנה העולה מעדות השוטר, היא שסברתו כי המערער השתתף בהתפרעות לא נבעה מכך שזיהה אותו כאחד המשתתפים, ואף לא על כך ששמר קשר עין עם**



דמותו באופן שמאפשר לו לזהותו כמתפרע, אלא על בסיס הדמיון הכללי בין אחד ממשתתפי ההתפרעות לבין המערער. ואולם קווי הדמיון בהם מדובר הם קווי דמיון כלליים - "חולצה שחורה וג'ינס, קצת מלא" - היכולים להתאים לאנשים רבים. על כן גם אם המערער דומה למשתתף בהתפרעות עליו תצפת השוטר, קיים ספק ממשי אם המערער עצמו, ולא אחר בן דמותו, הוא זה שנטל חלק בהתפרעות"

משלא נמצא שניתן להרשיע את הנאשם בהסתמך על העדות העיקרית והיחידה שמסבכת אותו, די בכך כדי לזכותו. ברם העדויות שנשמעו בפרשת ההגנה - עדות הנאשם ועדויות חבריו - מעצימות את הספקות ביתר שאת.

13. אל מול עדות השוטר זקן ניצבת גרסת הנאשם אשר נתמכת בגרסת שלושה מחבריו שהעידו כעדי הגנה.

**הנאשם** העיד שהיה נוכח בשלוש הדקות האחרונות של האירוע. העיד שיצא אחרי השעה 18:30 מהכולל שבו הוא לומד והלך להתפלל מנחה. לאחר מכן, ראה התקהלות של אנשים ליד רחוב שפיצר. סיפר שכיוון שהוא סקרן מטבעו, התקרב למקום. תיאר שראה קבוצת חיילים במדים, אשר בדיעבד התברר שהם שוטרים, עומדים במקום ומניפים דגלים. לדבריו, צעק לעברם: "למה באתם להתגרות בנו. תעופו מפה", וחזר על הדברים פעמיים או שלוש. אז ניגש אליו השוטר זקן ועצר אותו (פרוטוקול עמ' 17).

בהמשך העיד שלא הספיק לקלוט אם היו צעקות, אך תיאר שהייתה מהומה במקום. סיפר שצעק כי הדבר עורר התגרות. לדבריו, לא ראה זריקת חפצים. (פרוטוקול עמ' 18-19).

14. בפרשת ההגנה העיד שלושה עדי הגנה, חבריו של הנאשם. אמנם מדובר בעדים מעוניינים, ועל כן יש לבחון את עדותם במשנה זהירות, אולם לאחר ששמעתי את גרסתם והתרשמתי מהם באופן בלתי אמצעי לא מצאתי שיש סיבה לפקפק בדבריהם. גרסתם מעצימה את הספק בנוגע לזיהוי הנאשם כאותו חשוד דומיננטי שהוביל את ההתפרעות.

כפי שיובהר להלן, משלוש עדויות ההגנה עולה שהנאשם היה במקום האירוע דקות ספורות בלבד ונתון זה אינו מתיישב עם הטענה שהוביל את ההתפרעות.

א. **העד נחום רוטמן** העיד שבאותו היום הלך ברחוב מאה שערים וראה את קבוצת החיילים מנופפים בדגלים. העיד שהלך אחריהם עד שנעצרו בסוף הרחוב והפסיקו ללכת. תיאר שעמד בצד, ואז ראה את הנאשם מגיע מכיוון מאה שערים. הנאשם ניגש אליו ואמר כמה משפטים כגון "צאו החוצה". לדבריו, מיד לאחר מכן "**ממש שנייה אחרי זה**", ניגש אל הנאשם אחד החיילים, הראה לו שהוא שוטר ולקח אותו לניידת. לדבריו הנאשם שהה במקום דקות ספורות בלבד בעוד שהוא עצמו שהה באירוע כעשרים דקות (פרוטוקול עמ' 20).



ב. **העד מרדכי רבינוביץ** העיד שבאותו יום עמד בצומת הרחובות מאה שערים - זוננפלד, וראה "פרובוקציה של חיילים הולכים" ואנשים שצעקו לעברם. בשלב מסוים ראה את הנאשם יורד באחת מהפניות של מאה שערים וצעק "תלכו מפה" כמו שצעקו כולם. טען שהנאשם שהה במקום בין דקה לחמש דקות עד שנעצר. פסל את האפשרות שהנאשם היה במקום קודם לכן, וטען שראה אותו מגיע (פרוטוקול עמ' 22-21).

ג. **העד אברהם קירשבסקי** העיד שהוא זוכר את היום שבו נעצר הנאשם, כיוון שבאותו היום היה יום ירושלים והייתה בחינה בכולל. סיפר שהבחינה הסתיימה בשעה 19:00 והנאשם סיים אותה לפני הזמן, בערך בשעה 18:40. זכר שקינא בנאשם שסיים את הבחינה לפניו. לדבריו, כעבור עשר דקות כבר שמע שעצרו את הנאשם ותמה כיצד אירע הדבר, ובלשונו: **"מאז ששמענו כולם בכולל היו מאוד מתפלאים איך יכול להיות שרק עכשיו יצא ועצרו אותו"** (פרוטוקול עמ' 24-23).

15. לסיכום חלק זה יאמר שמטבע הדברים צריכה עדות יחידה בדבר זיהוי של נאשם להיות חד משמעית, משכנעת ונקייה מספקות והדברים אמורים בפרט כשעסקין באירוע התפרעות שהיה דינמי ורב משתתפים ושבנו נכחו עשרות עד מאות מפגינים חרדים שלבושם וחזותם דומים.

לאחר ששמעתי את עדי התביעה ואת עדי ההגנה הגעתי לכלל מסקנה שבמקרה שלפניי אין פני הדברים כך, נוכח הקשיים הניכרים שעלו מעדות הזיהוי של השוטר זקן. הספקות התעוררו כבר בתום שמיעת עדותו של השוטר והתעצמו לאחר שנשמעה פרשת ההגנה. על כן, כאמור, לא מצאתי שהמאשימה עמדה בנטל ההוכחה בעניין הזיהוי ונותר בליבי ספק שממנו זכאי הנאשם ליהנות.

**האם ניתן להרשיע את הנאשם בעבירת התפרעות על סמך גרסתו, דהיינו, מעצם נוכחותו בזירת ההתפרעות וקריאותיו לעבר השוטרים?**

16. לאחר שבחנתי את הראיות שהובאו במשפט ואת טיעוני הצדדים בסוגיה זו, מצאתי שלא ניתן להרשיע את הנאשם בעבירת התפרעות על סמך גרסתו.

17. על פי גרסת הנאשם, הוא שהה בזירה דקות ספורות לקראת סוף ההתקהלות, וצעק לעבר השוטרים שנחזו לחיילים קריאות כגון: "למה באתם להתגרות בנו, תלכו, תעופו מפה".

18. המאשימה טענה בסיכומיה, שגם אם תתקבל גרסת הנאשם עדיין ניתן לייחס לו עבירה של התפרעות, כיוון שהנאשם הודה שנכח במקום וצעק לעבר הכוח, ובכך הפך את עצמו למשתתף אקטיבי. לשיטת המאשימה, צעקות הנאשם הופכות אותו ממי "שהתעכב קמעא מחמת סקרנות", למי שהכניס את עצמו לשותפות ספונטנית עם המתפרעים. לתמיכה בטיעוניה הפנתה המאשימה לפסיקה בעניין עבירת ההתפרעות.



19. מנגד, טענה ההגנה, שהתנהגות הנאשם על פי גרסתו אינה מהווה עבירה, שכן מדובר במחאה לגיטימית במסגרת גבולות חופש הביטוי. עוד נטען, שלנאשם עומדת טענה של הגנה מן הצדק - אכיפה בדרנית, שכן למרות שהיו במקום עוד רבים אחרים שצעקו, רק הנאשם נעצר.

20. מצאתי שאין להרשיע את הנאשם בהסתמך על גרסתו וזאת על יסוד הצטברותם של ארבעה נימוקים שונים, כדלקמן:

**א. הנאשם לא הוזר על האפשרות שהמאשימה תבקש להרשיעו על סמך גרסתו ועל כן נפגעה זכותו להתגונן.**

על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ה-1982 שכותרתו: "הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום", בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מהעובדות שהוכחו לפניו אף אם אלה לא נטענו בכתב האישום ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן.

המאשימה לא הצהירה בפתח המשפט או בשום שלב אחר במהלכו שבכוונתה לבקש את הרשעת הנאשם על פי המתווה העובדתי שעולה מהודעתו במשטרה ומגרסתו בעדותו, כך שנפגעה זכותו של הנאשם להתגונן מפני אפשרות זו.

אמנם העבירה שעולה לכאורה מגרסתו של הנאשם היא אותה עבירה שיוחסה לו במקור, אך אף על פי כן השוני בעובדות מוביל לפגיעה בהגנתו. הפגיעה מתבטאת בכך שהנאשם יכול היה לבקש לעיין בנתונים או בהחלטות שהתקבלו בתיקים דומים אחרים או לדרוש לעיין במדיניות ההעמדה לדין של המאשימה או להביא ראיות מטעמו כדי ולבסס טענה של אכיפה בדרנית, שכן מפגינים אחרים שעשו מעשים זהים למעשיו, לא הועמדו לדין, הן במקרה זה והן במקרים אחרים כפי שיובהר להלן בסעיף קטן ג'. משלא ידע הנאשם שבכוונת המאשימה לדרוש את הרשעתו על פי מתווה עובדתי חליפי, לא עשה כן ובכך נפגעה הגנתו.

**ב. תרומתו של הנאשם למטרה - אינה ממשית, שולית, חוסה תחת חופש הביטוי ואינה מצדיקה את הרשעתו.**

בע"פ אבו עסא עמד בית המשפט על האבחנה שבין משתתף בהתפרעות ובין אדם שנכח במקום באופן אקראי. בית המשפט ציטט בפסק דינו מע"פ 6202/95 פלוני נגד מדינת ישראל (01.02.1996) שם נאמרו הדברים כך:

**"הנוכחות, כשהיא לעצמה, אינה אלא עובדה ניטראלית; ונטל השכנוע לטענה, כי נוכחותו של הנאשם במקום ביצוע העבירה נועדה לסייע למבצע העבירה, רובץ על התביעה. ואולם בדבר טיב הראיות שהתביעה נדרשת**





להביא להוכחת מחשבתו הפלילית של הנאשם הנוכח, הבחינה הפסיקה בין שני סוגי מקרים: כאשר הנוכחות על פניה היא לכאורה סתמית ומקרית, יוטל על התביעה להביא ראיה המורה על שיתוף פעולה ממשי או על שיתוף מטרה ממשי בין הנאשם לבין מבצע העבירה. אך אם הנוכחות, כעולה מן הנסיבות האופפות אותה, איננה מקרית, היא גופה תהווה ראיה לכאורה לאשמת הנאשם. במקרה כגון זה יוטל על הנאשם לסתור את ההנחה הלכאורית המסתברת מן הנסיבות ושעל-פי ההיגיון וניסיון החיים מעידה היא עליו כי נוכחותו במקום ביצוע העבירה נבעה משותפותו לעבירתו של המבצע. אם הנאשם נכשל בכך, והנסיבות המפלילות הינן בעלות משקל ראוי לשמו, תימלא מכסת הראיה הנדרשת לביסוס אשמת הנאשם, ובית המשפט יהיה רשאי להרשיעו"

הנאשם לגרסתו נכח במקום ההתפרעות באקראי ומשך זמן קצר ביותר שלא אפשר לו להבחין בסממנים האלימים של ההתפרעות - כך על פי גרסתו. במהלך שהייתו שם קרא אל עבר השוטרים שנחזו להיות חיילים קריאה שאין בה אלימות או העלבה אלא הבעת דעה גרידא. המאשימה מבקשת לייחס לנאשם שותפות ספונטנית לנוכח שהייתו במקום ולנוכח ההתבטאות שנשמעה מפיו.

כידוע, יש להיזהר בהרשעות בעבירות ביטוי ויש לפרש את תחולתן בצמצום רב מחשש לפגיעה בחופש הביטוי אשר כידוע מהווה זכות יסוד חוקתית, זכות אדם בסיסית ואבן הראשה של חברה חופשית ודמוקרטית.

יש אפוא לערוך איזון בין הזכות לחופש ביטוי אל מול הצורך בהגנה על שלום הציבור ובטחונו. כך שמעשים אלימים ושלוחי רסן המסכנים את שלום הציבור, לא יחסו תחת כנפי הזכות וישכללו עבירה פלילית.

לאחר שהצבתי עקרונות אלה לנגד עיניי, הגעתי לכלל מסקנה שהשילוב שבין ההיקלעות האקראית למקום האירוע, זמן שהייה הקצר בו, ותוכן הדברים שנאמרו, מקשה לראות במעשים שיתוף פעולה ממשי או שיתוף מטרה ממשי עם המתפרעים כנדרש לצורך הרשעה בהתפרעות.

בהקשר זה שונה המקרה שלפנינו מהמקרה שנדון בע"פ(י-ם) **מדינת ישראל נגד שפירא ואח'** 1308-05-16 (08.09.2016) אשר עליו הסתמכה המאשימה בסיכומיה. שם דובר על מפגנים שהתייצבו להפגנה בכפר נבי-סאלח. מדובר בהפגנה שנערכת מדי יום שישי וכוללת יידוי אבנים אל עבר כוחות בטחון. המשיבים שם, התייצבו להפגנה למרות שהיו מודעים מלכתחילה לכך שההפגנה עתידה להפוך לאלימה. המשיבים שם, שהו בסמיכות רבה למייד האבנים באופן שניתן היה לראותם כחלק מאותה קבוצה ולא כקבוצה נפרדת. נוכחותם במקום הייתה חלק אינטגרלי מהאירוע כולו, בלי שעשו



דבר כדי להפסיקו ובלי שעזבו את המקום בעת שההפגנה הפכה אלימה. על כן ראה בית המשפט המחוזי את המשיבים כמי שנוכחותם במקום סייעה בידי עוברי העבירות בפועל ועודדה אותם, אף שהמשיבים עצמם לא נקטו באלימות כלשהי.

נתונים אלה אינם מתקיימים במקרה שלפנינו. שהרי על פי גרסת הנאשם שלאורה נבחנים מעשיו בפרק זה, הוא נקלע למקום באקראי, למשך זמן קצר ביותר, לא הבחין בסממנים האלימים של ההתפרעות והביע את דעתו בקריאות שלא כללו דברי הסתה או אלימות כלשהם ואשר חוסות תחת כנפי חופש הביטוי. מעשיו אלה אינם מהווים שיתוף פעולה ממשי או שיתוף מטרם ממשי עם מעשי המתפרעים ולא ניתן לראות בנאשם כמי שסייע בידם או עודד אותם, כך שהקו אשר תוחם את העבירה לא נחצה.

ג. **לכתחילה לא נעצרו ולא הועמדו לדין מתפרעים שחלקם דומה.** בהנחה שהמעשים שבהם הודה הנאשם היו מהווים עבירה, יש להניח שאילו היה חלקו של הנאשם מצומצם מלכתחילה למעשים שבהם הודה, הרי שלא היה נעצר ולא היה מוגש נגדו כתב אישום.

ראייה למסקנתי זו מצאתי בכך שלא נעצרו באירוע דנא מתפרעים אחרים באותן נסיבות. נוסף כל כך, בשורה ארוכה של כתבי אישום שהוגשו בנוגע לאירועים אחרים שבהם עשו נאשמים מעשים דומים למעשים שבהם הודה הנאשם ואף מעשים חמורים יותר, חזרה בה המאשימה מכתבי האישום לאחר שגיבשה מדיניות חדשה ואחידה להעמדה לדין בעבירות מסוג זה. חלק מכתבי אישום אלה היו קבועים לפניי ולא אלאה את הקורא ואפרטם כאן. כך שבלי לקבוע מסמרות, מסתמן שהאשמת הנאשם בעובדות מצומצמות אלה עלולה הייתה לעלות כדי אכיפה בררנית ומפלה.

#### ד. **לא ניתנה למתפרעים הוראת פיזור.**

על פי סעיף 153 לחוק העונשין - ממונה על מחוז, קצין מחוז או שופט שלום ובהיעדרם קצין משטרה בדרגת מפקח משנה ומעלה מוסמך ליתן הוראת התפזרות. התנאי המוקדם לעשיית שימוש בסמכות, הוא שהקצין ראה לנגד עיניו שלושה אנשים לפחות כשהם מתפרעים או שהוא חושש שיתפרעו.

על פי הסעיף, להוראת הפיזור שני שלבים.

הראשון - הודעה על נוכחותו של הקצין במקום אשר צריכה להימסר באופן בולט שיסב את תשומת ליבם של כל המתפרעים להודעה. בחוק מפורטים אמצעים שונים כגון: תקיעה בחצוצרה, שריקה במשרוקית ירי אור או ירי באקדח או בכל אמצעי אחר כיו"ב. הצד השווה בכולם, הוא שמדובר באמצעים שאמורים להישמע או להיראות ברבים.

השני - הוראה של הקצין למתפרעים שעליהם להתפזר בשקט.

בפסיקה נקבע שאם הזדמן אדם לזירת התפרעות באקראי, התבקש על ידי שוטרים להתפנות ובחר להישאר חרף דרישתם, ניתן יהיה לייחס לו השתתפות בהתפרעות (ת"פ 12872-03-16 (י-ם) **מדינת ישראל נגד אלקבץ** (05.11.2017)).



על פי סעיף 154 לחוק העונשין אם כעבור זמן סביר לאחר ההודעה וההוראה לפי סעיף 153 או אם מתן ההודעה נמנע בכוח, ושלושה אנשים לפחות מוסיפים להתפרע, רשאי הקצין או שוטר או כל אדם שמסייע בידם לכפות את הציות להוראת הפיזור תוך עשיית כל הדרוש כדי לפזר את אלה המוסיפים להתפרע או לתפסם. אם אחד המתפרעים מתנגד לתפיסה, רשאי שוטר להשתמש בכוח הדרוש באורח סביר כדי להתגבר על התנגדותו (בסיפא של הסעיף קבוע פטור מהליך פלילי או אזרחי למפזר ולתופס). דהיינו הסעיף מקנה לשוטר סמכות שימוש בכוח שאינה סמכות נלווית למעצר וכן סמכות מעצר ללא צו והכול בכפוף להתקיימותם של התנאים דלעיל.

י' קדמי בספרו עומד על התוצאות של שימוש בכוח בנסיבות שלא התמלאו התנאים דלעיל:

**"לא נתמלאו התנאים האמורים: המעשה שנעשה על ידי 'המפזר' או 'התופס' - ייראה כמעשה שנעשה שלא כדין. ההתנגדות לו תיראה כהתנגדות שבזכות. והפטור מכוח הסיפא - לא יעמוד למפר או לתופס" (י' קדמי "הדין בפלילים" (חלק רביעי) מהדורה מעודכנת תשס"ו-2006 בעמ' 2016).**

הנאשם לא קיבל הוראת פיזור ואף לא התבקש לעזוב את המקום וממילא לא ניתנה לו הזדמנות להתפנות מהמקום בשקט.

בהינתן שנשללה מעורבותו הדומיננטית של הנאשם כמוביל וכמסית מה שחייב אולי מעצר דחוף שלו, ובהינתן שכל שנותר הוא שהזדמן למקום באקראי, שהה בו זמן קצר וחלקו היה מזערי והתבטא בהשמעת הערות לא פוגעניות, הרי שאין הצדקה להרשיעו בעבירה כלשהי.

21. לפיכך מצאתי שכל אחד מארבעת הנימוקים כשלעצמו מצדיק שלא להרשיע את הנאשם בעבירה העולה לכאורה מגרסתו, ככל שאכן קיימת עבירה שכזו, וקל וחומר שמסקנה זו עולה ממשקלם המצרפי של ארבעתם.

## סוף דבר

22. התוצאה היא אפוא שהנאשם מזוכה מחמת הספק מהעבירה שיוחסה לו.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים בתוך 45 יום מהיום.

ניתנה היום, ט"ו אלול תשע"ט, 15 ספטמבר 2019, במעמד הצדדים.