



ת"פ 38958/04/19 - מדינת ישראל נגד אמיר זעטרה

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 38958-04-19 מדינת ישראל נ' זעטרה
בפני כבוד השופטת הבכירה שרון לארי-בבלי

בעניין: מדינת ישראל באמצעות הגב' אלונה דרורי,
מתמחה

המאשימה

נגד

אמיר זעטרה באמצעות ב"כ עו"ד וסים
דכוואר

הנאשם

הכרעת דין

כתב האישום:

נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירת תקיפה מתוך מניע גזעני, לפי סעיף 379 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - **חוק העונשין**) בצירוף סעיף 144 לחוק העונשין.

בכתב האישום נטען כי ביום 15.02.18 עמד הנאשם בקרב קבוצת אנשים בצומת השווקים בעיר העתיקה. בשעות הערב המוקדמות זיהה הנאשם אדם בעל חזות יהודית (להלן - **המתלונן**), הרוכב על אופניו ומרכיב עליהם את בנו, יליד שנת 2011 (להלן - **הקטין**) כשהוא ישוב על מושב מאחורי המתלונן. המתלונן ביקש מן הנוכחים במקום לפנות לו את הדרך על מנת שיוכל לעבור, ואלה פינו לו את הדרך. בעוד המתלונן מפלס את דרכו בין הנוכחים, נעמד הנאשם מאחורי אופניו של המתלונן ובעט במתלונן ובקטין פעמיים, כשהוא פוגע במתלונן באזור הירך, כמו גם באזור הצלעות של הקטין.

תשובת הנאשם לאישום ניתנה בדיון מיום 24.09.19, בגדרה נמסר כי הנאשם עמד בקרב קבוצת אנשים, שאז עבר המתלונן רכוב על אופניו, והנאשם סבר כי מדובר באדם אותו הוא מכיר. אז הושיט הנאשם את רגלו לעברו שכן החזיק דבר מה בידו. הנאשם מודה כי הרגל פגעה בירך שמאל של המתלונן, אולם הכחיש מכל וכל פגיעה בקטין. עוד שלל קיומו של מניע גזעני במעשיו. לשיטתו, ככל שבית המשפט לא יראה במעשה זה משום זוטי דברים, הרי שיש לקבוע כי מדובר בביצוע עבירת תקיפה סתם בלבד.



ביום 06.01.2020 התקיימה ישיבת הוכחות בתיק. מטעם המאשימה העיד המתלון. מטעם ההגנה העיד הנאשם עצמו.

ראיות התביעה

התביעה סומכת ידה על הסרטון המתעד את האירוע נשוא כתב האישום (ת/2) וכן על עדות המתלון;

סרטון ת/2, כאמור, מתעד את אירוע התקיפה שנמשך שניות מספר. בראשית הסרטון נראית התקהלות אנשים אשר עומדים בצפיפות, בעוד חלקם מתעדים דבר מה, אשר אינו נחזה בסרטון, באמצעות מצלמות מכשירי הנייד שלהם. במונה 00:14 נצפה המתלון לראשונה, כשהוא מזוקן, חבוש כיפה שחורה, חולצה לבנה מכופתרת ומעליה בגד שחור. המתלון נצפה כשהוא רכוב על אופניו, אולם רגליו על הקרקע. בחלקם האחורי של האופניים מושב תחתון המותאם עבור הסעת ילדים, ובאותה העת ישב שם בו הקטין. במונה 00:16 נצפה המתלון כשהוא עוצר, ומסמן בידיו לאחר המגיע מולו לעבור. במונה 00:19 ממשיך המתלון בדרכו דרך ההתקהלות. במונה 00:20 נצפה הנאשם לראשונה כשהוא חבוש כובע מצחייה לבן, ושנייה לאחר מכן, במונה 00:21, נצפה בועט בפעם הראשונה לכיוון המתלון. במונה 00:23 נצפה הנאשם כשהוא בועט בשנית אל עבר המתלון והקטין. שניה לאחר מכן, במונה 00:24, נצפה הנאשם כשהוא פונה ימינה ונעמד כיתר המתקהלים ומצלם במצלמת מכשירו הנייד.

המתלון מסר בעדותו כי ביום האירוע רכב על האופניים, כאשר בנו הקטין מורכב מאחוריו, בעיר העתיקה מכיוון הרובע היהודי לכיוון שער שכם. בשלב מסוים, הגיעו השניים לפינת רחובות, שם הבחין המתלון בקבוצת אנשים מתקהלים ומולהבים, כך לדידו, מדבריו של אדם אחר "היתה שם קבוצה די גדולה של אנשים, היה איש אחד שעמד גבוה ודיבר בהתלהבות" (עמ' 7 לפרוט', ש' 20-21). המתלון תיאר כי בשלב זה היה עליו לפלס דרכו בין הקבוצה, שאז כבר לא רכב על האופניים אלא החזיק אותם בשתי ידיו. בעודו עובר בין האנשים, לקראת יציאתו מן הקבוצה הרגיש פגיעה בירך שאז "הסתכלתי אחורה, היו שם הרבה פרצופים ולא יכולתי לדעת מי עשה את זה" (שם, ש' 25). המתלון ניסה לברר את זהות הפוגע, אולם הנוכחים במקום לא שיתפו עמו פעולה ואף קראו לו לעזוב את המקום. בשלב זה, בנו הקטין החל לחשוש וביקש מן המתלון כי ישובו לביתם. המתלון אישר כי במסגרת בירוריו את זהות הפוגע, נמסר לו על ידי אחד הנוכחים במקום כי הפגיעה בו נעשתה בטעות "היה מישהו שאמר, 'זה היה בטעות'. חטפתי בעיטה בעוצמה בירך שלא קורית בטעות" (עמ' 8 לפרוט', ש' 28). המתלון התרחק מן המקום ודיווח על אשר אירע למשטרה. באשר לפגיעה בקטין, עולה מעדותו של המתלון כי עם שובם לביתם, דיברו על האירוע והקטין מסר לו כי חטף פגיעה באזור הצלעות. עוד עלה מעדותו הראשית כי המתלון אינו מכיר את הנאשם, וכי מלבד תחושת הכאב נוכח הפגיעה בירך, שחלפה כעבור כיומיים, תיאר את החרדה שאחזה בבנו הקטין לאחר האירוע.

במסגרת חקירתו הנגדית, הובהר על ידי המתלון כי הוא עצמו הרגיש על בשרו אך את הפגיעה בירך, אולם לא הבחין בפגיעה בקטין, ועל זו נודע לו רק לאחר שהגיעו השניים לביתם ובנו סיפר לו על כך (עמ' 9 לפרוט' ש' 31-33). עוד הוברר כי בנו של המתלון לא עשה שימוש במילה "צלעות", אלא תיאר בפני המתלון את מקום הפגיעה באמצעות הצבעה על צלעותיו (עמ' 10 לפרוט', ש' 23). באשר לחרדות מהן סובל בנו הקטין, הובהר בחקירה הנגדית כי הקטין סבל מחרדות עוד לפני האירוע נשוא כתב האישום בעקבות אירוע שהתרחש בהיותו בן 4, ואשר בגינו טופל על ידי פסיכולוג למשך כחצי שנה (עמ' 12-13 לפרוט').



ראיות ההגנה

הודעת הנאשם (ת/6) ותמלולה (ת/7) הוגשו חלף חקירתו הראשית;

בחקירתו במשטרה מסר הנאשם כי לא הכה את המתלונן, אלא רק שלח את רגלו לכיוונו כי היה בטוח שהוא מכיר אותו "אני קראתי לו, קראתי וקראתי לו יותר מפעם אחת, גם עברתי מבין האנשים כדי לדבר איתו, במיוחד בשבילו, אז בסוף התגלה שזה לא הוא שאני מכיר" (ת/7, עמ' 3, ש' 11-14). בהמשך מסר כי התנצל בפני המתלונן. לאחר מכן, המתלונן סובב את ראשו אחורה לראות מי פגע בו, שאז ביקש הנאשם מאדם אחר שיסביר למתלונן שהוא, היינו הנאשם, חשב שמדובר במכר שלו. עוד מסר הנאשם כי לאחר שהוסבר למתלונן כי הראשון טעה בזיהוי חברו, הדבר הניח את דעתו של המתלונן וזה המשיך הלאה "כשהוא חזר אני אמרתי לאדם אחד להסביר לו....'הוא חשב שאתה חבר שלו והוא מתנצל'. אז הוא (המתלונן- ש.ל.ב) אמר 'בסדר' והוא המשיך בדרכו" (ת/7, עמ' 7, ש' 5-10). לאורך חקירתו במשטרה שב וחזר הנאשם על גרסתו, ולפיה סבר שהוא מכיר את המתלונן ונגע בו ברגלו כדי להסב את תשומת לבו. הנאשם הכחיש מכל וכל כי הכה את המתלונן במכוון.

דין

כאמור לעיל, הנאשם מודה כי פגע במתלונן בירך השמאלית, אולם מכחיש מכל וכל כי פגע בבנו הקטין בצלעות. אעיר כבר עתה כי באשר למחלוקת נקודתית זו בדבר הפגיעה בקטין, אני סבורה כי לא ניתן לקבוע כממצא כי הנאשם פגע בבנו הקטין של המתלונן. כזכור, האינדיקציה היחידה שיש בה כדי ללמד על פגיעה בקטין נבעה מעדותו של המתלונן, אביו. במסגרת עדותו, סיפר כי עם הגעת השניים לביתם לאחר האירוע, סיפר לו הקטין כי נפגע באזור הצלעות. דא עקא, שמדובר בעדות מובהקת מפי השמועה, ומבלי שהובאה כל ראיה שיש בה כדי ללמדנו על פגיעה כאמור. יתר על כן, לא ברור שהקטין נפגע דווקא על ידי הנאשם, ולא תוך נסיעה בקרב ההמון.

לצד זאת יצוין כי צפייה בסרטון מלמדת באופן מפורש על כך שהנאשם בעט לכיוון המתלונן פעמיים, כאשר אחת מן הבעיטות פגעה בירך השמאלית של המתלונן (כפי שאף הודה). באשר לבעיטה הנוספת, לא ניתן ללמוד מהצפייה בסרטון האם זו פגעה בבנו הקטין של המתלונן, אם לאו.

משאלה פני הדברים, הרי שהמחלוקת היחידה והמרכזית בין הצדדים הינה בקיומה של הנסיבה המחמירה המיוחסת למעשי הנאשם והיא קיומו של מניע גזעני. בטרם אכריע בשאלה זו, אפרוס את המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לפרשנות סעיף 144 אשר על פיה יבחן עניינו של הנאשם.

מניע גזעני

סעיף 144 לחוק העונשין קובע:



144. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו - כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) בסעיף זה, "עבירה" - עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של אימים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' ו"א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה.

"גזענות" הוגדרה על ידי המחוקק בסעיף 144א לחוק העונשין:

"גזענות" - רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני;

כלל ידוע הוא כי מניע אינו מהווה יסוד הדרוש הוכחה במסגרת הוכחת יסודות העבירה הפלילית, אולם במצבים מסוימים יהיה בהוכחת המניע כדי לחזק את ראיות התביעה נגד הנאשם (ראו למשל ב- ע"פ 3263/13 **בן שטרית נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.03.17), בפס' 81 לפסק דינו של השופט זילברטל). שונה הוא המצב כאשר המניע מהווה נסיבה מחמירה, שאז מוטלת על המאשימה החובה להוכחת קיומו. כך הוא הדבר בכל הנוגע לסעיף 144 שעניינו ביצוע עבירה מתוך מניע גזעני.

גלגולו הקודם של סעיף 144 מצוי בסעיף 144ד לחוק העונשין שהוסף אל ספר החוקים במסגרת ניסיון המחוקק לבלום את התפשטותה של תופעת הגזענות, ולאחר חקיקת עבירת איסור פרסום הסתה לגזענות ועבירת איסור החזקת פרסום גזעני (עוד על הרקע החקיקתי ראו ב-ע"פ 2831/95 **עידו אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221, 242 (1996)). במסגרת חקיקת הנסיבה המחמירה שעניינה, כאמור, במעשה שנעשה מתוך מניע גזעני, הובהר הצורך בחקיקתו בכך ש"הסימן אינו מתייחס למעשי גזענות אחרים, שלא על דרך של פרסום. מעשים אלה מהווים, בדרך כלל, עבירות פליליות בפני עצמן, כגון עבירות נגד הגוף ועבירות שעניינן פגיעה ברכוש, אולם אין החוק הקיים מחמיר בעונשו של מבצע העבירה ממניעים גזעניים" (ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 42) (מעשה גזענות), תשנ"ד-1994; הדגשות אינן במקור- ש.ל.ב.).

בפסיקה הובהר כי הוראת הסעיף אינה מהווה עבירה לכשעצמה כי אם "הוראת סל", הנוגעת לשורה ארוכה של עבירות המפורטת בה, וכן כי מדובר בהוראה שנועדה לקבוע יסוד נפשי מחמיר, קרי: מעשה שנעשה מתוך מניע גזעני (ע"פ 697/98 **סוסצקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 289, 311-312 (1998) (להלן- **עניין סוסצקין**)). יודגש, כאמור לעיל, כי סעיף 144ד בוטל, ותחתיו נחקק סעיף 144ו כנוסחו כיום תחת סימן 2א שכותרתו "עבירות שנאה". עד אותה עת הוחל סעיף 144ד על מעשה גזעני בשל השתייכות לגזע, לצבע או למוצא לאומי אתני בלבד. במסגרת תיקון הסעיף וחקיקת סעיף 144ו הורחבה הוראת הסעיף כך שתוחל כלפי מעשי גזענות שכוונו כלפי קבוצות אחרות באוכלוסייה: "קשה להצדיק הבחנה בחומרה בין מעשה עבירה שנעשה כנגד אדם בשל השתייכות לגזע, לצבע או למוצא לאומי אתני לבין מעשה עבירה שנעשה כנגד אדם בשל השתייכות או נטייה מינית, השתייכות דתית או השתייכות לציבור מסוים אחר"



(הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 82) (עבירה בשל השתייכות לקבוצה), תשס"ד-2004). מבחינה אופרטיבית נדמה כי לא חל כל שינוי. באם הוכח ביצוע עבירה מתוך מניע גזעני, הרי שאז יושת כפל העונש לאותה עבירה, או מאסר 10 שנים, לפי המקל.

כפי שיובא להלן, דומה כי הפסיקה בעניין פרשנותו של סעיף 144 בכלל, ובעניין המבחנים להוכחת קיומו של מניע גזעני בפרט, הינה דלה. יש להניח כי מיעוט הפסיקה בעניין זה נעוץ בעובדה כי השימוש בנסיבה מחמירה זו נעשה אך במסגרת עבירות שהעונש הצמוד להן אינו עולה על עשר שנים (ראו סעיף 144(ב)), במובן זה שאין להחילה במסגרת עבירות אלימות ברף חומרה גבוה.

הוכחת קיומו של מניע גזעני- אימתי?

עיון בפסיקה מעלה כי השאלה אימתי ייחשב אדם כפועל מתוך מניע גזעני טרם נדונה בפסיקת בית המשפט העליון. ניתן אמנם למצוא מספר אמרות אגב, אולם אלה הובאו מבלי שהתקיים דיון ממצה בסוגיה. חרף האמור, מפסיקת הערכאות המבררות עולה כי אומצו מספר עקרונות מנחים, וזאת בהסתמך על שני פסקי דין מרכזיים שהתייחסו לעניין זה.

פסק הדין הראשון הוא פסק הדין בעניין ע"פ 9026/11 **יצחק שוחט נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 06.12.12) (להלן- **עניין שוחט**). המדובר בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי להכריז על המערער בר הסגרה לארצות הברית, בגין מספר עבירות תקיפה מתוך מניע גזעני. אין הכרח להרחיב בדבר העובדות שם, אלא רק לציין שבסופו של יום דחה בית המשפט את הערעור והורה על הסגרתו של המערער. לענייננו, חשובים דבריה של השופטת ברק-ארז באשר לרף ההוכחה הנדרש לצורך הוכחת קיומו של מניע גזעני. מפאת חשיבות הדברים, יובאו אלה במלואם:

לשיטתי, יש קושי בהיסק של מניע גזעני רק מנסיבות חיצוניות שעניינן אווירה של חשדנות ומתח השוררת בין קהילות, לפי המתואר. מושכלת יסוד בסיסית בתחום המשפט הפלילי היא שאחריות פלילית נקבעת על-בסיס אינדיבידואלי. לא ניתן לייחס לאדם מניע גזעני, אך בשל השתייכותו לקבוצת אוכלוסייה מסוימת או בשל כך שהוא חי בסביבה אנושית וגיאוגרפית הרוויה בחשדנות בין-גזעית. התחושה הלא-נוחה שעולה מן הטענות שהוצגו בהליך ההסגרה היא שעמדת הרשויות נגועה במעין תיוג גזעי הפוך, היינו: לא ניתן להעלות על הדעת עבירה של יהודי חרדי כנגד שחור בשכונה אלא בפשע שנאה, בהעדר נסיבות מיוחדות אחרות" (**עניין שוחט**, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

החשש המובא בדברים אלה ברור ואין להקל בו ראש. הרשעתו של אדם בביצוע עבירה מתוך מניע גזעני אך בשל נסיבות חיצוניות שעניינן אווירה של מתח וחשדנות בין קהילות תוביל מניה וביה לטשטוש הגבול שבין ביצוע עבירה פלילית- הדורשת גינוי לכשעצמה- לבין ביצוע עבירה פלילית מתוך מניע גזעני. ברי כי ההבדל בין השניים משמעותי. מעבר לעובדה שהעונש הצמוד לעבירה פלילית שבוצעה מתוך מניע גזעני הוא כפל העונש של העבירה "הרגילה", הרי שמתלווה לה גם כתם מוסרי גדול יותר. מכל מקום, בעניין שוחט סיכמה השופטת ברק-ארז את דבריה בכך: "השאלה היא



רק האם ניתן לומר שהמניע להתנהגותו היה גזעני, ולחלופין האם מניע זה היה המניע הדומיננטי? (עניין שוחט, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). נדמה כי בחלוף הזמן הפכו דברים אלה לכדי "מבחן המניע הדומיננטי".

פסק הדין השני ניתן בעניין ת"פ (מח'ים) 44379-05-13 **מדינת ישראל נ' אבו אלחלאווה** (פורסם בנבו, 29.03.15) (להלן- **עניין אלחלאווה**). שם, דובר בנאשם שיוחסו לו מספר עבירות אלימות מתוך מניע גזעני, בגין תקיפה שביצע עם אחרים נגד קבוצה של יהודים חרדים. בית המשפט קבע כי לצורך הוכחת קיומו של מניע גזעני, אין די בהוכחה כי הנאשם לקח חלק באירועי "יום הנכבה", ומן הצד השני קבע כי אין הכרח להוכיח תכנון מוקדם של המעשים. נפסק כי "כאשר תקיפה מופנית באופן מובהק, ללא התגרות, כלפי קבוצת אנשים שחזותה מלמדת על השתייכותה הלאומי הדתית או האתנית ורק כלפיה, ולא עולה מהנסיבות או מראיות נוספות כל מניע אחר, די בכך כדי להוכיח קיומו של מניע גזעני. זאת, גם אם מדובר בתקיפה ספונטנית ולא מתוכננת מראש" (שם, פס' 31). בהמשך הדברים, ולאחר שדן בית המשפט בפסיקה (המעטה), ובפרט בצורך להוכיח המניע באמצעות ראיות פוזיטיביות, קבע כי "בהעדר ראיות לסתור, ובהתקיים נסיבות חיצוניות מתאימות, מוחזק המבצע, כמי שמתקיימת בו הכוונה - לענייננו, הרצון לפעולה מתוך מניע גזעני. כאמור, בענייננו, הנסיבות כולן מלמדות על כך, שהתקיפה בוצעה ממניעים גזעניים ולא ממניעים אחרים" (שם, פס' 44).

כאמור לעיל, דומה כי בחלוף הזמן אימצו הערכאות המברורות את המבחנים שהוצעו בפסקי הדין לעיל. כך למשל, ב- ת"פ (מח'ים) 18158-01-14 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 25.05.16) אימץ בית המשפט את המבחן שהוצע **בעניין אלחלאווה** (ראו בפס' 170-211). במקרים אחרים, אומץ מבחן המניע הדומיננטי המתבסס על הדברים שהובאו **בעניין שוחט** (וידגש כי הדברים שהובאו שם הם אמרות אגב מובהקות, תוך שהובהר כי השאלות דרושות התייחסות מעמיקה): ת"פ (מח'ים) 42769-06-16 **מדינת ישראל נ' ארוש** (פורסם בנבו, 09.04.17), בפס' 19; תפ"ח 58199-03-14 **מדינת ישראל נ' יוסף וינברגר ואח'** (פורסם בנבו, 19.07.17) בפס' 66; ע"פ (מרכז) 13198-03-18 **בועז אלברט נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.12.18), בפס' 57.

לצד האמור לעיל, יודגש המובן מאליו והוא כי הנטל להוכחת קיומו של מניע גזעני רובץ על כתפי המאשימה. הובהר בפסיקה כי לשם הוכחה כאמור נדרשת המאשימה להצטייד בראיות פוזיטיביות ואל לה להסתפק בהשערות או הנחות (ראו ב"ש (ם-) 4509/03 **מדינת ישראל נ' מנחם לבני** (פורסם בנבו, 15.06.2003), בפס' 6).

נוסף על כך, מצאתי להתייחס גם לטענת הצדדים בדבר אופן הוכחת המניע הגזעני;

עיון בסיכומיה של המאשימה בדבר הוכחת המניע הגזעני, מעלה כי יש לבחון קיומו של המניע הגזעני באמצעות העקרונות הפסיקטיים שהובאו לעיל. ברם, בהמשך סיכומיה טענה כי יש להחיל את המבחן התלת שלבי לבחינת ראיות נסיבתיות. טענה זו לא הובררה די הצורך, וסבורני כי ספק אם נדרש להחיל מבחן זה בנסיבות המקרה דנן. ובמה דברים אמורים?

ראיה נסיבתית שונה מראיה ישירה בכך שהיא אינה מוכיחה את הנטען בכתב האישום באופן ישיר, אלא מוכיחה קיומן של



עובדות אחרות, אשר על בסיסן ניתן להסיק את המסקנה המרשיעה (ראו למשל, מבין רבים, ב-ע"פ 8328/17 ג'בר נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.07.19), בפס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל). בענייננו, דומה כי התנהגותו של הנאשם הוכחה באמצעות ראיות ישירות: האחת והמרכזית היא הסרטון ת/2, המעיד על כך שהנאשם בעט פעמיים במתלון (ואזכיר כי לא הוכחה פגיעה בבנו הקטין של המתלון). בנוסף, המתלון אף הוא העיד על הפגיעה שספג. מעל הכל, הרי שהנאשם עצמו מודה כי בעט במתלון ופגע בירך שמאל שלו.

באשר לבחינת היסוד הנפשי במעשיו של הנאשם; כזכור, הוראת סעיף 144 נועדה לקבוע יסוד נפשי מחמיר, דהיינו: ביצוע עבירה מתוך מניע גזעני (ראו **בעניין סוסצקין**, בעמ' 311-312). יוצא איפא כי על המאשימה להוכיח, בנוסף להוכחת המחשבה הפלילית בסעיף 20 לחוק העונשין, גם קיומו של מניע גזעני במעשיו של הנאשם. לעניין עבירות מסוג זה ראו דבריו של כב' השופט רובינשטיין:

עבירות שונות בחוק העונשין דורשות, נוסף על הוכחת המחשבה הפלילית הנדרשת לפי סעיף 20 לחוק, הוכחת מטרה או מניע. עבירות אלו מכונות עבירות מסוג של כוונה מיוחדת או עבירות מטרה. בספרות נאמר, ש"הכוונה המיוחדת מביעה את רצונו של המתנהג, כי המניע להתנהגות אכן יבוא על סיפוקו או כי מטרת ההתנהגות אכן תושלם" (ג' הלוי תורת דיני העונשין - כרך ב' (2009) 199) (ראו רע"פ 6382/11 **קאדריה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 09.06.13), בפס' עט').

בענייננו ניתן לסכם את אופן הוכחת קיומו של מניע גזעני כך; אדם יורשע בביצוע עבירה מתוך מניע גזעני מקום בו נסיבות ביצוע העבירה אינן מלמדות על מניע אחר, מלבד המניע הגזעני. הוכחת ביצוע עבירה מתוך מניע גזעני איננה יכולה להישען אך על זהות הצדדים המעורבים באירוע, או על קיומו של אזור בעל אווירה מתוחה בין קבוצות אוכלוסייה. נטל ההוכחה שרובץ על המאשימה מתבטא בכך שעליה להראות כי ברקע לביצוע העבירה לא עמד לנאשם מניע אחר מלבד המניע הגזעני, במובן הזה שהוא המניע הדומיננטי. מטבע הדברים, ולאור הקושי בהוכחת צפונות לבו של אדם, טיב הראיות ישתנה ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה ויתר הראיות, אשר מהן ניתן ללמוד האם מניע גזעני עמד בבסיס ביצוע העבירות, אם לאו. ככלל, ככל שמעשה אלימות הופנה כלפי אדם המשתייך לקבוצה שחזותה מלמדת על השתייכות קבוצתית מסוימת, ללא התגרות, מבלי שעולה מניע אחר בבסיס המעשה, שאז יראו בו כמי שתקף מתוך מניע גזעני.

עם זאת, אינני סבורה כי יש להחיל את דוקטרינת הראיות הנסיבתיות, ובפרט את השלב השלישי במבחן התלת שלבי, בגדרו על בית המשפט לבחון מיוזמתו את כלל התרחישים הרלבנטיים העשויים להוביל למסקנה אחרת מן המסקנה המרשיעה. אכן, במסגרת בחינת קיומו של מניע גזעני, בית המשפט ישמע את הסבריו של הנאשם לביצוע העבירה הנטענת, ואף יתרה מכך- אם נסיבות ביצוע העבירה מלמדות על קיומו של מניע אחר, ברי שאז בית המשפט יקבע כי לא הוכח המניע הגזעני. ואולם מקום בו הסבריו של הנאשם נמצאו שקריים, ונסיבות ביצוע העבירה לא מלמדות על קיומו של מניע אחר בבסיס מעשיו, הרי שאז יורשע כדין בביצוע עבירה מתוך מניע גזעני.

מן הכלל אל הפרט



בשים לב למסגרת הנורמטיבית שנפרסה לעיל, לאחר ששמעתי את עדויות המעורבים, וכן עיינתי ביתר הראיות, ובפרט לאחר שצפיתי בסרטון ת/2 המתעד את האירוע כולו, אני סבורה כי המאשימה עמדה בנטל הנדרש והוכיחה כי תקיפת הנאשם את המתלונן בוצעה מתוך מניע גזעני. קביעתי זו נשענת על התייעוד החזותי וכן על עדותו השקרית של הנאשם, אשר אין בה כדי ללמד על מניע אחר מלבד רצון להכות את המתלונן נוכח השתייכותו הדתית.

ראשית, דומה כי גרסת הנאשם, לפיה סבר שהמתלונן הוא מכר אחר שלו ומשכך פנה אליו בשליחת רגל- אין לה על מה להישען. כך, הנאשם מסר כי סבר שהמתלונן הוא חברו היהודי בשם "חוסני" אותו הוא פוגש מפעם לפעם בעיר העתיקה, והשניים מחליפים שלומות (עמ' 18 לפרוט', ש' 31). אכן, אין לשלול על הסף אפשרות לפיה השם חוסני יתאר גם אחרים ממוצא יהודי, אולם הדבר מעורר אי אילו תהיות. תהיות אלה מתגברות לאור העובדה כי לאורך חקירתו במשטרה כלל לא טרח למסור את שמו או פרטים הקשורים לאותו חוסני. בחקירתו הנגדית מסר הנאשם כי לא מסר את שמו של החבר (חוסני) כי "לא שאלו אותי" (עמ' 19 לפרוט', ש' 9), אולם לאור מספר הפעמים הרב בהן מסר הנאשם בהודעתו במשטרה כי סבר שמדובר בחברו חוסני, קשה שלא לתהות מדוע לא טרח, ולו פעם אחת, לחזק את גרסתו ולמסור למשטרה פרטים אודות אותו חבר.

כמו כן, יש לתהות בדבר הצורך של הנאשם להכות את אותו חוסני. צפייה בסרטון מלמדת כי בשלב האירוע עבר המתלונן כשהוא על אופניו במהירות איטית עם רגליו על הקרקע, תוך שהוא מפלס את דרכו בתוך ההמון. דומה איפא כי הנאשם יכול היה בנקל לפנות אליו בדרכים המקובלות, מבלי לבעוט בו. הנאשם תירץ התנהלותו זו בכך ש"היו הרבה אנשים, היה צפוף ורציתי לקרוא לו אז נתתי לו בעיטה" (עמ' 28 לפרוט', ש' 9) וכן "שוב אני אומר שהתבדחתי איתו, חברים מתבדחים הושטת יד ורגל" (שם, ש' 18). קשה להלום התנהלות מעין זו, ולו בגלל האפשרות שעמדה לנאשם לפנות את המתלונן- מי שסבר שהוא חברו חוסני- באופן פשוט וקל, מבלי שיצטרך לבעוט בו.

במאמר מוסגר אבהיר כי איני סבורה כי יש לזקוף לחובתו של הנאשם את העובדה כי לא הביא את חוסני לעדות בבית המשפט, כטענת המאשימה. הנאשם עצמו מסר כי אין המדובר בחבר קרוב, או במישהו איתו קיים קשר קבוע, כי אם מכר בו נתקל מפעם לפעם בעיר העתיקה והשניים מחליפים שלומות.

נתון נוסף שיש בו כדי למוטט את גרסת הנאשם הוא התנהגותו מיד לאחר שבעט במתלונן. כך, הנאשם נצפה כשהוא פונה מיד ימינה בהתקהלות ונעמד לצלם את אשר התרחש. לדברי הנאשם, מסר לאדם אחר שהיה במקום שיתנצל בפני המתלונן בשמו "אמרתי לחבר שלי 'תגיד לו שאנחנו מתנצלים'" (עמ' 30 לפרוט', ש' 8). עוד מסר בחקירתו הנגדית כי הוא הופתע נוכח הגילוי כי אין מדובר בחברו חוסני, ומשכך ברח "הופתעתי שזה לא הוא אז ברחתי" (עמ' 30 לפרוט', ש' 10). אני סבורה כי גרסה זו של הנאשם אינה עולה בקנה אחד עם המתועד בסרטון;

צפייה בסרטון מעלה כי הנאשם כלל לא המתין לגלות שמא מדובר בחברו חוסני, אם לאו, ומיד פנה ימינה ועשה שימוש במצלמתו, כמנסה להרחיק עצמו מן העבירה. ברי כי באותו השלב יכול היה הנאשם לפנות אל המתלונן ולהתנצל על הטעות שביצע, אולם צפייה בסרטון מעלה כי התנהגותו של הנאשם מלמדת על רצון להתחמק מאחריות. כזכור המתלונן פנה מספר פעמים לנוכחים במקום בשאלה מי מהם פגע בו, מבלי שזכה לכל מענה. יש לתהות איפא מדוע, אם מדובר היה בטעות תמימה, לא בחר הנאשם לפנות אל הנאשם ולהתנצל. אדגיש עוד כי במסגרת חקירתו הנגדית



מסר הנאשם כי במסגרת עבודתו בקניון בעיר מודיעין הוא נאלץ לפעמים לפנות ללקוחות הקניון באומרו להם "סליחה גברת, סליחה אדוני" (עמ' 16 לפרוט', ש' 19), ומשכך ברי כי לא יכולה לעמוד לנאשם הטענה לפיה לא ידע כיצד להתנצל בעברית. יתר על כן, צודקת ב"כ המאשימה כי אף שפת גופו של הנאשם בסרטון אינה עולה בקנה אחד עם רצונו להתנצל על מעשיו, שכן ניכר בסרטון שהנאשם מנסה להיטמע כאחד האדם המצלם את המתרחש במסגרת ההתקהלות.

בשים לב לאמור לעיל, נטען על ידי המאשימה, תוך שימוש במבחנים הפסיקטיים שהובאו לעיל, כי מעשיו של הנאשם מלמדים על קיומו של מניע דומיננטי אחד בלבד- הוא המניע הגזעני, ובפרט לאור העובדה כי האירוע לא כלל התגרות או קשר בין הנאשם למתלונן; ההגנה מצדה טענה כי גם אם יש סתירות או פערים בגרסת הנאשם, הרי שאין בהם כדי לחזק את האין. נוסף על כך, טענה בסיכומיה טענות בעלמא בדבר מניע אחר, מבלי שהובאו ראיות קונקרטיות להוכיחו או הפניות מסודרות.

במחלוקת בין הצדדים אני סבורה כי הדין עם המאשימה;

אין חולק כי המתלונן הינו אדם חרדי, וצפייה בסרטון מלמדת על מאפיינים ברורים שיש בהם כדי ללמד על מודעותו של הנאשם להיותו של המתלונן משתייך לקבוצה דתית מסוימת. כך, המתלונן נצפה בסרטון כשהוא מזוקן וחובש כיפה שחורה. חזותו החיצונית והברורה של המתלונן מקבלת משנה תוקף בעודו עובר בצומת השווקים בעיר העתיקה, וחזותו בולטת עוד יותר ברגעים המתועדים בסרטון כשהוא מפלס דרכו בהתקהלות.

דומה כי שני הצדדים מסכימים כי האירוע האמור לא התרחש בעקבות התגרות או קשר קודם בין המתלונן לנאשם. בשים לב לגרסתו השקרת של הנאשם לפיה חשב כי המתלונן הוא חברו ולכן פנה אליו בבעיטות- הרי שלא הוכח קיומו של מניע אחר העומד בבסיס מעשיו של הנאשם. המאשימה סבורה כי בהינתן האמור, ולאור הקביעות בפסיקה, יש לראות במעשיו של הנאשם ככאלה שבוצעו מתוך מניע גזעני.

ישאל השואל האם בנסיבות דנן עמדה המאשימה בנטל ההוכחה תוך הצגת ראיות פוזיטיביות המלמדות על קיומו של מניע גזעני. אני סבורה כי יש להשיב על השאלה בחיוב. את עיקר מאמציה של המאשימה, הפנתה לחקירתו הנגדית של הנאשם, שנועדה, בעיקרה, למוטט את גרסתו לפיה סבר שהמתלונן הוא מכר שלו. ואכן, התרשמתי כי גרסה זו הינה גרסה שקרית בעיקרה, ואין לה על מה להישען. נוסף על כך, הצטיידה המאשימה בסרטון המתעד את האירוע, וכן בעדות המתלונן שהעיד כי אינו מכיר את הנאשם, ולא היה ביניהם שום קשר קודם. כלל האמור לעיל, יש בו כדי ללמד, לדידי, על תקיפה המתלונן אך בשל חזותו החיצונית המלמדת על השתייכותו הדתית.

אעיר בהקשר זה כי אני סבורה שיש להעניק משקל גבוה לתיעוד החזותי. סרטון ת/2 מלמד באופן ברור על אלימות נקודתית שהופעלה כלפי המתלונן, כמו גם על התנהלות הנאשם באירוע שאינה עולה בקנה אחד עם גרסתו. כידוע, הלכה פסוקה היא כי מראה עיניו של בית המשפט הוא אחד מכלי העבודה החשובים העומדים לרשותו, ומשמש באופן טבעי כלי חשוב ומרכזי בקביעת מהימנות עדים ובבחינת ראיות חפציות, תוך שעליו לעשות זאת בזהירות יתרה מן הטעם



שהתרשמותו איננה עומדת במבחן של חקירה שכנגד (ראו והשו ע"פ 4204/07 סוויסה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.10.08); ע"פ 6244/12 עדנאן סבאענה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.15)). בנסיבות המקרה דנן, אני סבורה כי הסרטון מדבר בעד עצמו, ומלמד על תקיפת המתלונן אך בשל חזותו החיצונית והשתייכותו הדתית. המתלונן פילס את דרכו בהתקהלות האמורה, והגם שמדובר היה בכמות גדולה של אנשים, בחר הנאשם להכות את המתלונן בלבד.

בהינתן האמור לעיל, ולאור העובדה כי לא הוכח קיומו של מניע אחר להתנהגות זו של הנאשם, אני סבורה כי יש לראות בו כמי שפעל באלימות מתוך מניע גזעני.

זוטי דברים

במסגרת תשובתו לאישום, נטען על ידי הנאשם כי מעשיו מהווים זוטי דברים, ומשכך אבחן האם יש להחיל הסייג בנסיבות המקרה דנן.

סעיף 34ז לחוק העונשין מורה כדלקמן:

34ז. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם,
לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס
הציבורי, המעשה הוא קל ערך.

החיקוק האמור הוכנס אל ספר החוקים הישראלי במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39)(חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן: **תיקון 39**). עיון בדברי ההסבר להצעת החוק הנוגעת להגנת זוטי דברים מעלה כי "עיקרו בהנחה כי השתבצותו הפורמלית של מעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כלשעצמה, אינה מוכיחה בהכרח שיש באותו מעשה לפחות מינימום של אנטי חברתיות האופיינית לעבירה פלילית" ובהמשך "אין זה ראוי שדווקא בית המשפט יהיה חייב להטיל עונש 'סימלי' רק משום שהוא נטול סמכות למתוח את קו הגבול המינימלי הקונקרטי, לפי נסיבות העניין, בין התחום הפורמלי של האיסור הפלילי ובין מה שאינו מגיע עד כדי פלילות". רוצה לומר, שהמחוקק העניק לבית המשפט את הסמכות, במקרים חריגים, להימנע מהרשעתו של אדם, הגם שמבחינה טכנית עבר את פרטי העבירה, מקום בו, בנסיבות העניין, המדובר במעשה קל ערך. בעשותו כאמור, העניק המחוקק לבית המשפט סמכות אשר נתונה הייתה זה מכבר בידי רשויות התביעה לסגור תיקים בשל חוסר עניין לציבור (ראו גם י. קדמי "על הדין בפלילים- חוק העונשין", חלק ראשון, בעמ' 555 (להלן: **קדמי**)).

בספרות המשפטית נטען כי סייג זוטי הדברים מהווה ביטוי למבחן המידתיות בתחום ההסדרה העונשית, שכן יסודו של סעיף זה הוא בהשקפה כי הענשתו של אדם, שהתנהגותו אינה מוכיחה מינימום נדרש של אנטי-חברתיות האופיינית לעבירה פלילית, היא מידה העולה על הנדרש בתחום ההסדרה של החוק הפלילי (יהודית קרפ "**המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם**" הפרקליט, כרך מב, חוברת א, בעמ' 116).



ארבעה תנאים מצטברים ליישומם של הסייג: טיבו של המעשה; נסיבותיו; תוצאותיו; והאינטרס הציבורי. מלבד העובדה שהמדובר בארבעה תנאים מצטברים, הרי שהמחוקק לא הבהיר מהו המשקל שיש להעניק לכל אחד מן התנאים האמורים, אולם הובהר בפסיקה כי הדעה הרווחת מעניקה את מירב המשקל לתנאי שעניינו האינטרס הציבורי (ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ**, פ"ד ס(2) 120 (2005)(להלן: **עניין אריאל**); **קדמי** בעמ' 556). בהקשר זה יצוין כי נטען שבין התנאים האמורים קיימים קשרי גומלין, כאשר כל אחד מהם יכול להשפיע לקולא או לחומרא, וכי לעיתים ייתכן, בנסיבות מקרה מסוים, כי אחד התנאים יקבל משקל מכריע (איתן מגן **"זוטי דברים" - אך לאו מילתא דזוטרתא** הפרקליט, כך מג, חוברות א-ב, בעמ' 49).

בעניין אריאל נפסק כי חרף העובדה שסייג זוטי דברים אינו מונה רשימה של מקרים הבאים בגדרו, הרי שהמגמה בפסיקה היא שיש להחילו בזירות יתרה תוך בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה ועל פי הנסיבות העולות ממנו, תוך שעל בית המשפט לשאול האם מעשה העבירה הצמיח מידה מזערית של סכנה לציבור. הובהר עוד כי מענה שלילי לשאלה האמורה יוביל למסקנה כי לא ראוי להרשיע את מבצע העבירה בנסיבות אלה. ראוי להדגיש ולחדד כי הסיכון החברתי איננו נגזר מן הנזק שנגרם בפועל, כי אם "במובן זה, סיכון חברתי גבוה הוא סיכון אשר טומן בחובו נזק חברתי גבוה בכוח (אף אם לא נגרם כזה בפועל)" (ע"פ (ח'') 25887-08-17 **חי ליבני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 04.01.18)).

אני סבורה שעל בית המשפט לבחון את הסייג האמור במשנה זהירות, וזאת נוכח העובדה כי הבחינה הראשונית במסגרתה נבדק רכיב האינטרס הציבורי נעשית על ידי רשויות התביעה, אשר מחליטות האם קיים אינטרס ציבורי בהעמדתו לדין של מבצע עבירה באופן המצדיק הגשת כתב אישום נגדו. שימוש פזיז בסייג והחלתו יתר על המידה עלול להוביל איפא לפגיעה בשיקול הדעת של רשויות האכיפה בהחלטות שעניינן העמדה לדין ולנגיסה בסמכות שניתנה להן כדין במסגרת תפקידן. לפיכך, ראוי לו לבית המשפט לזכור כי כתב האישום נגד הנאשם הוגש לאחר סינון ובחינה כאמור של רשויות האכיפה, ועל כן רק במקרים חריגים יחיל בית המשפט את הסייג.

יישום העקרונות הפסיקטיים שהובאו לעיל בנסיבות המקרה דנן מוביל למסקנה ברורה לפיה אין מקום להחיל את הסייג במקרה שלפנינו. הכרה באלימות שהופעלה מתוך מניע גזעני כעניין קל ערך המצדיק החלת הסייג וזיכויו של הנאשם, יש בה כדי לפגוע בניסיונות הרשויות להילחם בתופעת הגזענות, ולכך אין להסכים. גזענות הינה תופעה רעה ומכוערת, והשפעותיה על הסביבה רבות. המחוקק הכיר בכך שעבירות אלימות המבוצעות על רקע מניע גזעני ראויות לכל גינוי והוקעה, ועל בסיס הכרה זו נחקק הסעיף, כמו גם הורחבה החלתו גם על קבוצות אוכלוסייה שונות. משאלה פני הדברים, הרי שאין זה ראוי, לדידי, להחיל את סייג זוטי דברים בעבירות המבוצעות על רקע גזעני, שכן יש בכך משום חתירה תחת הצורך להילחם בתופעה על צורותיה השונות.

אכן, לא יכול להיות חולק כי האלימות שהפעיל הנאשם כלפי המתלונן אינה ברף חומרה גבוה כלל ועיקר. עם זאת, חומרת המעשה מתעצמת נוכח הנסיבה המחמירה שעניינה במניע הגזעני, וברי כי לא ניתן לראות בהתנהגות זו של הנאשם כקלת ערך או בעלת סכנה נמוכה לציבור.



אני מרשיעה את הנאשם בביצוע עבירת תקיפה סתם מתוך מניע גזעני, לפי סעיף 379 בשילוב סעיף 144 לחוק העונשין.

ניתנה היום, א' אדר תש"פ, 26 פברואר 2020, במעמד הצדדים.