

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

16 דצמ 2015
4396-07-11

זיכוי ממרבית העבירות שבוצעו לכאורה כלפי שי ניצן - משנה לפרקליט
המדינה בעת ביצוע העבירות

הדסה נאור

השופטת

מדינת ישראל
ע"י עו"ד נורית פרחי

המאשימה

- נגד -

אלחנן גרונר
ע"י עו"ד איתמר בן גביר

הנאשם

הכרעת דין

בפתח הכרעת הדין אני מודיעה, כמצוות סיפת סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 על זיכוי הנאשם מהעבירה של איומים ומהעבירה של העלבת עובד ציבור, שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן.

להלן נימוקי:

1. על פי עובדות כתב האישום שלפניי, בתאריך 12.10.2009, בשעה 22:00 לערך, הסיג הנאשם גבול בביתו של המשנה לפרקליט המדינה דאז מר שי ניצן (להלן: "המתלונן"), ברחוב אבן שמואל 25 בירושלים (להלן: "הבית"), במטרה לעבור עבירה.

על פי הנטען, באותה תקופה כיהן המתלונן בתוקף תפקידו, בין היתר, כראש הצוות לאכיפת החוק על ישראלים בשטחי יהודה ושומרון.

על רקע תפקידו זה הגיעו הנאשם ורעייתו, במועד המצוין לעיל, אל ביתו של המתלונן, אשר שהה אותה עת בבית עם בני משפחתו.

הנאשם דפק על דלת הבית והמתלונן פתח את הדלת ובפניו ניצבו הנאשם ורעייתו. הנאשם החל לאיים על המתלונן ובני ביתו, במטרה להפחידם או להקניטם, באומרו לנאשם "עליך להתבייש בכך שאתה מגרש יהודים מבתיהם" ולשאלת המתלונן לשמם של הנאשם ורעייתו, הזדהה הנאשם בשמו.

המתלונן המשיך ושאל את הנאשם ורעייתו מדוע באו דווקא אליו והנאשם השיב: "כי בעבר גרמת להרחקת אחי אריאל גרונר מביתו שבאיו"ש ועכשיו גרמת גם להרחקתי מביתי, וכן להרחקת אחרים מביתם".

בהמשך לכך, פנה הנאשם באיום כלפי ילדיו הקטינים של המתלונן שהיו כבני 8 ו-10 ואמר להם "אתם צריכים להתבייש שיש לכם אבא כזה" והכל בכדי להפחידם או להקניטם.

בשלב זה ביקש המתלונן מהנאשם ורעייתו לעזוב את המקום ובירך אותם לשלום ובתגובה העליב הנאשם את המתלונן באומרו "אין שלום לרשעים".

בסיפת תיאור עובדות כתב האישום, תחמה המאשימה את מעשיו של הנאשם למסגרות המשפטיות העולות כדי עבירות פליליות וציינה כי במעשיו, כמתואר לעיל, הסיג הנאשם גבול והעליב עובד ציבור, כשהגעתו אל בית המתלונן בשעה מאוחרת ובאמירותיו, כלפי המתלונן וכלפי ילדיו, איים הנאשם על המתלונן וילדיו בכוונה להפחידם.

על כל אלה ייחסה המאשימה לנאשם בפרק הוראות החיקוק, שבכתב האישום המתוקן, את העבירות הבאות:

עבירה של הסגת גבול במטרה לעבור עבירה, על פי סעיף 447(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין");

עבירת איומים, על פי סעיף 192 לחוק העונשין;

עבירה של העלבת עובד ציבור, על פי סעיף 288 לחוק העונשין.

עם תום פרשת התביעה, ביקשה המאשימה, להזהיר את הנאשם, בהתאם לסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החוסד"פ"), שהוא עלול להיות מורשע גם בעבירה של פגיעה בפרטיות ובעבירה של הפרעה לעובד ציבור ובסיכומיה עתרה להרשעתו, גם בעבירה של פגיעה בפרטיות, על פי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק הגנת הפרטיות").

[במאמר מוסגר יצוין כי בסיכומיו תיאר ב"כ הנאשם את גלגולו של כתב האישום כשלטענתו, מלכתחילה, בכתב האישום המקורי טרם תיקונו, הואשם הנאשם רק בעבירות של הסגת גבול ואיומים ואילו העבירה של העלבת עובד ציבור הוספה רק בשלב מאוחר יותר.

בתיק בית המשפט לא מצוי כתב האישום אליו מתייחס ב"כ הנאשם וכתב האישום הראשון הסרוק בנט המשפט נושא את הכותרת "כתב אישום מתוקן", בו מיוחסות לנאשם כל שלושת העבירות, אולם ב"כ

הנאשם צרף לסיכומיו עותק של כתב אישום המקורי וגם בתיקיית "סעיפי האישום" בנט המשפט רשומים רק סעיפי החוק המתייחסים לעבירות של אימים ושל הסגת גבול].

2. בתשובתו לאישום, שנמסרה ע"י בא כוחו, הודה הנאשם שהגיע לביתו של הנאשם וכי היה במקום ובזמן הנטען בכתב האישום.

עם זאת כפר הנאשם בטענה לפיה הגיע במטרה להפחיד את המתלונן. לטענתו, השיחה הייתה נעימה ולא לוותה בהרמת קול.

ההגנה הוסיפה וטענה שהנאשם אינו זוכר את המילים המדויקות בהן השתמש במהלך האירוע, אך אישרה כי הדברים המיוחסים לנאשם בסעיפים 5-6 לעובדות כתב האישום הינם ברוח הדברים שאכן אמר.

בהתייחס לאמירה הנטענת בכתב האישום לפיה אמר הנאשם לילדי המתלונן שהם צריכים להתבייש שיש להם אבא כזה, לא שללה ההגנה שהדברים נאמרו, אך טענה שהנאשם אינו זוכר שהדבר נאמר על ידו והוסיפה וטענה כי "גם אם הוא אמר את זה – אין בכך עבירה".

אדון אחת לאחת בעבירות השונות בהן ביקשה המאשימה להרשיע את הנאשם.

3. אפתח בעבירה של פגיעה בפרטיות.

המאשימה לא ייחסה לנאשם, לא בכתב האישום המקורי ואף לא בכתב האישום המתוקן, ביצוע עבירה של פגיעה בפרטיות.

כאמור, רק לאחר סיום פרשת התביעה, בעבור למעלה מ-8 חודשים לאחר שהמתלונן סיים את עדותו ולאחר שנשמעו עוד 3 עדי תביעה ובטרם החלה פרשת ההגנה, הודיעה ב"כ המאשימה כי היא מבקשת להזהיר את הנאשם שהוא עלול להיות מורשע גם בעבירה של פגיעה בפרטיות.

נוכח שינוי החזית ביקש ב"כ הנאשם שהות על מנת להיערך לעדותו של הנאשם ושמיעת עדותו נדחתה.

בסיכומיה עתרה המאשימה להרשעת הנאשם אף בעבירת פגיעה בפרטיות, לפי סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, מבלי לפרט איזה מהחלופות של הסעיף יש להחיל בעניינו של הנאשם.

ההגנה העלתה 3 טענות, האחת פרוצדורלית ושתיים מהותיות:

טענה פרוצדורלית – בכתב הסיכומים לא ביקשה המאשימה מבית המשפט לעשות שימוש בסמכותו על פי סעיף 184 לחסד"פ.

טענה מהותית ראשונה – המאשימה לא ציינה בסיכומיה על פי איזו חלופה, מהחלופות המנויות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מתבקשת הרשעת הנאשם.

בהעדר חלופה, טוען ב"כ הנאשם, לא ברור כיצד יכולה המאשימה במשפט פלילי לבקש הרשעת הנאשם

תחת סעיף כללי, דבר הנוגד את עקרונות המשפט הפלילי.

טענה מהותית שנייה – השלב בו הודיעה המאשימה על כוונתה להרשיע את הנאשם גם בעבירה זו, לא אפשרה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן בפניה ולא ניתן לטעון כי הגנת הנאשם מתחילה ונגמרת בעדותו בבית המשפט ואם היה יודע שהוא נאשם בפגיעה בפרטיות היה פועל לאיסוף חומר לגבי סעיף זה.

אקדים ואומר שדין הטענה הפרוצדורלית להידחות.

סעיף 184 לחסד"פ שמכוחו קמה סמכותו של בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו בפניו, אף אם אלה לא נטענו בכתב האישום, אינה דורשת כתנאי מוקדם בקשה של המאשימה לעשות שימוש בסמכות זו והיא מוקנית לבית המשפט מכוחו של החוק הקובע כי רשאי בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה כזו.

ההתייחסות שונה, ככל שהיא נוגעת למשמעותן של הטענות המהותיות שהועלו על ידי ההגנה.

סעיף 85 לחסד"פ מפרט אלו פרטים יכיל כתב האישום וקובע כי עליו להכיל את תיאור העובדות המהוות את העבירה ואת הוראות החיקוק לפיהם מואשם הנאשם.

נפתח בתפקידו של כתב האישום כמסגרת התוחמת את תחומי הדיון, על דרך תיאור המעשים המיוחסים לנאשם והמהווים עבירה פלילית או עבירות פליליות, בפניהם צריך הנאשם להתגונן.

כדי שמעשה, כל מעשה, יהווה עבירה פלילית עליו למלא אחר 2 יסודות – היסוד הפיזי והיסוד הנפשי.

"בתיאור העובדות המהוות את העבירה על המאשימה לכלול בכתב האישום את "מכלול הנתונים העובדתיים המצביעים על כך כי נתקיימו יסודותיה של עבירה פלילית. סיפור העובדות חייב לשקף את כל מרכיבי העבירה המיוחסת לנאשם, הן הרכיבים המהווים את "היסוד הפיזי" והן רכיבים המהווים את "היסוד הנפשי" שבה. סיפור העובדות חייב להיות כזה, שאם הנאשם מודה בו – די בכך כדי לבסס את הרשעתו בעבירה המצוינת בהוראות החיקוק" [ראו י. קדמי, על סדר הדין הפלילי (חלק שני – הליכים שלאחר כתב אישום א), מהדורה מעודכנת, תשס"ט-2009].

ראו גם ע"פ 797/81 מ"י נ. רמדאן מצרי, פד"י לו(3), 43, בעמ' 45-46.

ומן הכלל אל הפרט:

כתב האישום המתוקן שלפניי מפרט את עובדות המעשה מבחינת היסוד הפיזי ואת היסוד הנפשי של העבירות שיוחסו לנאשם בפרק הוראות החיקוק שבכתב אישום זה.

יסוד נפשי של עבירה על חוק הגנת הפרטיות לא נכלל בעובדות כתב האישום שלפניי, על פי אף אחת מהחלופות המנויות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות הקובע את רשימת המעשים שבצועם מהווה פגיעה בפרטיות.

גם בסיכומיה לא הפנתה באת כוח המאשימה לתת הסעיף הרלוונטי, אף שניתן להניח, על פי תיאור היסוד הפיזי של העבירות כפי שתוארו בעובדות כתב האישום המתוקן ועל פי עדותו של המתלונן, כי הכוונה לס"ק 1 לחוק הגנת הפרטיות הקובע כך:

"פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

(1) בילוש או התחקות אחרי אדם, העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת

(2) – (11)..."

ניכר כי המאשימה עצמה לא סברה, לא בעת הכנת כתב האישום, לא בעת תיקונו ואף לא עובר לעדותו של המתלונן, כי בעת ביצוע המעשים המיוחסים לנאשם, מבחינת יסודותיהם הפיזיים, התקיים אצלו גם היסוד הנפשי של עבירת הפגיעה בפרטיות ולא נטען כי מעשיו "עלולים היו להטריד" את המתלונן "או הטרידו".

כפי שציינה באת כוח המאשימה עצמה, כשהעלתה לראשונה את האפשרות להרשיע את הנאשם בעבירה של פגיעה פרטיות, אפשרות זו עלתה רק לאחר עדותו של המתלונן וכדבריה "אחרי עדותו של שי ניצן בישיבה הקודמת עלו עובדות מסוימות ואנחנו רוצים כבר עכשיו... להזהירו שהוא עלול להיות מורשע גם בעבירה של פגיעה בפרטיות".

משמעות דברי באת כוח המאשימה הינה כי מדובר לא רק בתיקון מפתיע אלא גם בעובדות מפתיעות שלא עלו מחומר החקירה ושלא היו בידיעת בא כוח הנאשם עובר לחקירתו את המתלונן ושל עדי התביעה האחרים שכן האזהרה באה, כאמור רק לאחר סיום כל פרשת התביעה.

ניתן להניח כי החלטת המאשימה על שינוי החזית באה בעקבות תיאור המתלונן את תחושותיו במהלך האירוע ולאחריו, בתשובה לשאלת באת כוח המאשימה ולפיו "התחושות של הילדים חשובות מבחינתי. בעקבות האירוע הם היו לחוצים. התחושה לא הייתה נעימה להם. גם לי התחושה לא הייתה נעימה, בעיקר בגלל שהאירוע קרה בנוכחות ילדים. זאת התנהגות בלתי נסבלת. יש כללים שצריך לכבד. זה הבית הפרטי שלי, שעת לילה מאוחרת, בנוכחות הילדים הקטנים שלי. גם אם לאשתו או לחבריהם יש טענות כלפיי זה בלתי נסבל לעשות את זה מול ילדים קטנים. חשתי ללא ספק מוטרד. זה אירוע מטריד, מציק ולא נעים".

אף שאין בליבי צל של ספק שאכן אלו היו תחושות המתלונן במהלך האירוע, אף שלא פרטן במהלך מסירת גרסתו בחקירה במשטרה עדיין מתעוררות שתי שאלות מטרידות.

האחת - האם ידעה באת כוח המאשימה מה תהא תשובתו של המתלונן לשאלתה ואם כן, היה עליה להעביר את תוכן תחושותיו להגנה על מנת שתיערך כראוי לחקירתו בעניין ולאסוף כל חומר שנראה בעיניה רלוונטי בעניין להגנת הנאשם.

השנייה – אם שמעה באת כוח המאשימה לראשונה בעת עדותו של המתלונן על היותו מוטריד כתוצאה ממעשי הנאשם, מדוע לא ביקשה מיד לאחר סיום חקירתו הראשית להזהיר את הנאשם בפני האפשרות להרשיעו בעבירה של פגיעה בפרטיות.

לכאורה, ניתן היה לטעון כי בקשת ב"כ הנאשם לדחות את שמיעת עדותו של הנאשם, לאחר שב"כ המאשימה העלתה את האפשרות לבקש להרשיע את הנאשם גם בעבירה של פגיעה בפרטיות, מצביעה על הסכמתו להרחבת החזית וכי די היה בקבלת בקשת הדחייה כדי לאפשר לנאשם להתגונן כראוי כנגד ההאשמה הנוספת, אך לא כן היא.

בנסיבות שנוצרו, כשבא כוח הנאשם לא היה מודע מראש לכך כי על הנאשם להתגונן גם בפני עבירה של פגיעה בפרטיות, עשה ככל שהיה לאל ידו, כדי לספק לנאשם את ההגנה המרבית.

עם זאת, לא ניתן לשלול את טענתו לפיה לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לבדוק את התנהלות המאשימה במקרים נוספים בהם הוטריד המתלונן, כדבריו, ולקבל את האינפורמציה לגבי העמדתם של המטרידים האחרים לדין, אינפורמציה שהייתה דרושה לו כדי להיערך כראוי לחקירת המתלונן.

אולם בכך לא סגי, גם לאחר עדותו של המתלונן ובמשך כ-8 חודשים, עד לסיום פרשת התביעה, לא מצאה המאשימה לנכון להודיע לנאשם על כוונתה לבקש מבית המשפט לעשות שימוש בסמכותו על פי סעיף 184 לחסד"פ.

לא ניתן אפוא לומר כי ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן, כדרישת החוק.

אין המדובר בדרישה בעלמא. זכות הנאשם להתגונן באופן סביר כנגד ההאשמה המיוחסת לו מהווה חלק אינטגרלי ובלתי נפרד מזכותו לניהול הליך משפטי הוגן.

זכות זו הוכרה בדין ובפסיקה כזכות להגנה מן הצדק וקנתה לה שביטה בסעיף 149(10) לחסד"פ הקובע כי עומדת לנאשם הגנה אם "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

בנסיבות כפי שתוארו לעיל, קבלת עתירת המאשימה להרשעת הנאשם בעבירה של פגיעה בפרטיות, בהתחשב בהתנהלותה, בהיעדר פירוט מדויק של רכיבי העבירה בפניהם צריך הנאשם להתגונן, בשיהוי באזהרתו לגבי האפשרות להרשיעו בעבירה זו, שפועל יוצא ממנה היא פגיעה ביכולתו הסבירה להתגונן מפניה, עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

אשר על כן, אני דוחה את עתירת המאשימה לעשות שימוש בסמכותי על פי סעיף 186 לחסד"פ ולהרשיע את הנאשם בעבירה של פגיעה בפרטיות.

"העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה, דינו מאסר שנתיים:

(1) נכנס לנכס או על פניו;

(2) "...".

חקיקתו של סעיף זה באה להגן על החזקה הממשית שיש לאדם פלוני ברכוש דלא נידי, כאשר מעשה הכניסה מלווה במטרה להשגת אחת התכליות שהחוק בא למנוע והמנויות בסעיף.

על מנת לקבוע האם הנאשם ביצע את העבירה של הסגת גבול כדי לעבור עבירה יש לבחון האם הוכח היסוד הפיזי של העבירה קרי: שהנאשם נכנס לנכס, שהוחזק על ידי המתלונן – עובדה שאינה שנויה במחלוקת - או על פניו.

בספרו, על הדין בפלילים [חלק שני, מהדורה מעודכנת, תשס"ו-2005, בעמ' 981] מבאר המלומד י' קדמי, מהי כניסה לתוך נכס ומונה בין היתר נקישה על פתח חיצוני, כגון: חלון או דלת של מבנה, עמידה בפתח מבנה וכניסה לחצרו של אדם.

בת"פ (נצרת) 1035/02 מדינת ישראל נ' טאלב בן יוסף בדארנה (פורסם בנבו 21.10.2002) נקבע כי די להוכחת היסוד הפיזי שבעבירה שהנאשם עמד בפתחו של הנכס: "הוכח על פי חומר הראיות שהונח כי הכבשים שנגנבו היו מוחזקות בתוך הדיר של המתלונן שהיה סגור ועל מנת לגנוב את הכבשים, היה צורך להיכנס לתוך הדיר או לפחות לעמוד בפתחו, פעולה זו מקימה את היסודות של עבירת הסגת הגבול לפי סעיף 447 לחוק העונשין, שקובע כי מי שנכנס לנכס או על פניו, כדי לעבור עבירה".

ב"כ הנאשם בסיכומיו אינו מתעלם מהפסיקה הקובעת כי אפילו נקישה על פתח חיצוני כגון חלון או דלת יכולים להיחשב ככניסה לנכס, אך מנסה לצמצם פרשנות זו בטענה לפיה "עיון בפסיקה מגלה כי מדובר במקרים בהם נאשם דפק עשרות פעמים על דלת בית של אחר ואילו במקרה שלנו, גם לשיטת המאשימה, הייתה דפיקה קצרה על הדלת, שיחה קצרה, הנאשם כלל לא נכנס ולא ביקש להיכנס לביתו של המתלונן ואילו כאשר המתלונן ביקש מהנאשם לעזוב את המקום הוא עשה כן".

עוד הוסיף בטיעונו לגבי הרכיב הפיזי את גרסת המתלונן עצמו שאישר שאין לביתו שער כניסה ואת החלטת קצין המשטרה שחקר את הנאשם שלא להחשיד את הנאשם בעבירה זו.

אף שלצורך קיומו של היסוד הפיזי שבעבירה אין נפקות לשאלה האם יש שער כניסה לביתו של המתלונן, כשהכוונה היא שאין שער כניסה לחצר ביתו, שכן אין מחלוקת שהנאשם נקש על דלת ביתו, ואף שאין חשיבות למספר הנקישות שנקש הנאשם עד לפתיחת הדלת על ידי המתלונן, אתייחס במספר מילים לטיעוניה אלה של ההגנה, תוך הפנייה לגרסת המתלונן לגבי דרך הגישה לביתו והתייחסותו לשלב הראשון באירוע שהחל בנקישה על דלת ביתו.

אכן, מעדות המתלונן עולה כי אין שער חיצוני לחצר המובילה לביתו, יחד עם זאת, תיאר המתלונן את דרך הגישה לביתו, באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי בסופה של הדרך נכנסים לחצרו הפרטי ומגיעים לביתו הפרטי: "יש מדרגות שתחומות בשני הצדדים בגדר. [...] משביל הגישה יש מדרגות שיורדות

לביתי. לאחר מספר מדרגות ניתן לפנות ימינה ושמאלה לבתי השכנים בהמשך המדרגות מובילות רק לביתי לפני דלת הכניסה לבית יש חצר כניסה מוקפת בקיר והדרך מובילה רק לביתי. אם אני יורד מהמדרגות אין שום שער ושום מחסום אבל הדרך כולה מגודרת בצדדים ובפתחים אין שער".

משתמע מתיאורו של המתלונן שהנאשם נכנס לחצר ביתו, הגיע עד פתח ביתו ונקש על דלתו, כאורח לא קרוא בשעת ערב מאוחרת ובשעת חשיכה - בין אם כגרסת המתלונן בסביבות השעה 22:00 ובין אם כגרסת הנאשם בערך בשעה 20:00.

על פי גרסת המתלונן, שלמעשה לא נסתרה בגרסת הנאשם, האירוע החל לאחר ששמע את הדפיקה על הדלת ופתח את הדלת בנוכחות שני ילדיו הקטינים, שהיו באותה עת כבני 8 ו-10. "בפתח עמד זוג, כאשר די הופתעתי מאחר שהם לא אמרו שלום וישר הטיחו בי מן אמירה 'באנו להגיד לך שאתה צריך להתבייש שאתה מגרש יהודים מבתיהם'".

כבר בעצם הכניסה לחצר ביתו של המתלונן מתקיים היסוד הפיזי של כניסה לנכס או על פניו כדרישת החוק בעבירה של הסגת גבול, וודאי שבהגעה בהפתעה לפתח ביתו, נקישה על דלת הבית ועמידה על מפתן ביתו של המתלונן מבלי שהוזמן או אושרה הגעתו.

לאחר שהגעתי למסקנה כי מעשיו של הנאשם מקיימים את היסוד הפיזי שבעבירה יש לבחון האם מתקיים היסוד הנפשי, קרי: "כי הכניסה לנכס נעשתה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה".

לטענת ההגנה, היסוד הנפשי לא מתקיים במקרה זה.

גם אם המתלונן חש אי נעימות מסוימת, השיחה בין השניים לא יכולה להוביל למסקנה כי הנאשם התכוון או ידע ברמה גבוהה כי התנהגותו תביא לתוצאה אסורה.

הנאשם הזדהה מיד כשנשאל על ידי המתלונן והגיע יחד עם רעייתו.

לדברי ב"כ הנאשם, מי שמתכוון או מודע ברמה גבוהה של הסתברות כי התנהגותו תביא לתוצאה אסורה לא מוסר את שמו למשנה לפרקליט המדינה ולא חושף את רעייתו בפני סיכון של מעצר.

כדי לקבוע את הלך נפשו של הנאשם ואת מטרת הגעתו לביתו של המתלונן לא די באמירה סתמית כי לא התכוון או לא ידע ברמה גבוהה של הסתברות כי התנהגותו תביא לתוצאה אסורה ואת הכוונה ניתן ללמוד מהנסיבות, שחלקן כבר הוצגו ושחלקן יפורט להלן.

הצגתי כבר את גרסת המתלונן לגבי השלב הראשון של האירוע. אם לא די בכך כדי ללמד על מטרת הנאשם להקניט את המתלונן על רקע תפקידו, בא המשך האירוע כפי שתואר על ידי המתלונן כדי לבסס דבעי את הראיות הנסיבתיות לגבי מטרת הגעת הנאשם למקום.

וכך תיאר המתלונן את מה שארע בהמשך "הם אמרו לי 'גירשת את אח שלי מהבית ועכשיו גם גירשת אותי ואנשים אחרים'... בשלב זה הם פנו לילדים שלי שעמדו והסתכלו מטבע הדברים באירוע. הם אמרו להם 'אתם צריכים להתבייש שיש לכם אבא כזה שמגרש יהודים. איזה מן אבא זה' וכל מיני ביטויים

דומים שרוחם דומה. הרעיון המרכזי שהם צריכים להתבייש שיש להם אבא כזה. חילופי הדברים בינם לביני ולילדים נמשכו מספר דקות. הילדים היו די מבוהלים. זה לא קורה לעיתים קרובות והורה יכול להבין את משמעות הדברים לילדים קטנים. אחרי מספר דקות אמרתי להם שאני מבקש שהם ילכו ואמרתי שלום. אז הם ענו לי את המשפט הלקוח מהמקורות 'אין שלום לרשעים'."

גרסתו לא נסתרה בחקירה נגדית. ב"כ הנאשם ניסה "לעדן" את האירוע ולשוות לו גוון מנומס ו"תרבותי", אך המתלונן העמיד אותו על טעותו ואמר "זה לא דיאלוג שמתנהל לשאלתך ולא שיחה בין חברים או אנשים. למיטב זכרוני לא היו צעקות אך הטון היה כועס, אנטיפטי זו המילה המדויקת [...] הטון היה מאד לא נעים, כועס ואנטיפטי".

כפי שצינתי לעיל, בתשובתו לאישום לא הכחיש הנאשם את אמירת הדברים המיוחסים לו בכתב האישום, עליהם חזר המתלונן בעדותו, ואף אישר כי האמירות המיוחסות לו הן ברוח הדברים שאמר, ורק טען כי אינו זוכר את המילים המדויקות בהן השתמש, כשלטענתו בכל מקרה אין באמירת הדברים משום עבירה פלילית.

בעדותו הראשית בבית המשפט התכחש הנאשם לאמירת המשפטים "אין שלום לרשעים" ואף הכחיש שאמר לילדים את הדברים המיוחסים לו, או שדיבר איתם בכלל.

לטענתו הגיע כדי למחות באזני המתלונן על הוצאת הצווים וביניהם צו כנגדו וכנגד אחיו, אך כל השיחה התנהלה "בדרך דיבור נעימה ושקטה" ללא הרמת קול, השמעת אימים או קללות וברגע שהמתלונן אמר לו לעזוב הלך מיד והיה עושה כן קודם לכן אם המתלונן היה מבקש ממנו לעזוב בשלב מוקדם יותר.

בחקירתו הנגדית כבר הכחיש שגם אמר למתלונן "תתבייש", אף שבחקירתו במשטרה כיום וחצי לאחר האירוע לא התכחש לאמירה זו, אף שטען כי אינו זוכר משפט שכזה, כשלצד זה מיהר והוסיף "אך חשוב לי להדגיש פעם נוספת כי כל הדברים היו בנועם".

האמנתי לגרסת המתלונן, שהייתה עקבית וקוהרנטית, הן לעניין תוכן האמירות שנאמרו על ידי הנאשם, שכאמור לא הוכחו על ידי הנאשם בתשובתו לאישום, והן באשר לאופן בו הם נאמרו, בטון לא נעים, כועס ואנטיפטי, בהתייבן עם הסיבות שהובילו את הנאשם להגיע לביתו של המתלונן שאישר, גם אם לא בקלות, כי כעס על המתלונן מאחר שחש כי הוא מתנכל לו ולאחיו.

התקשיתי לקבל את גרסת הנאשם, שמחד גיסא טען שאינו זוכר את המילים המדויקות בהן השתמש, אך אישר את רוח הדברים באמירות שיוחסו לו ומאידך גיסא טען כי זכור לו שחלק מהדברים בוודאות לא נאמרו.

אותן אמירות שנשללו על ידי הנאשם הן אלו שעל פי הנטען בעובדות כתב האישום מקימות את העבירות המיוחסות לו.

על העובדה שלא היה מדובר באמירות תמימות שנאמרו באווירה נינוחה, או כדברי הנאשם על כך שהשיחה התנהלה "בדרך דיבור נעימה ושקטה" ניתן ללמוד מתגובת הנאשם בחקירתו במשטרה לשאלה מי היה אתו באותו אירוע, כשסירב להשיב על כך ללא התייעצות עם עורך דין, מה שמלמד על תחושת אשמה וחשש ולא על אירוע תמים ושלו כפי שביקש לציירו בעדותו בבית המשפט.

האמירות שהופנו כלפי המתלונן וכלפיי ילדיו הינן למצער בעלות אופי מקנטר, וודאי כשהן נאמרו בשעת ערב מאוחרת, בביתו של המתלונן בנוכחות ילדיו, בין אם הופנו ישירות לילדים ובין אם בעקיפין - אף שכאמור גרסתו של המתלונן לפיה הדברים הוטחו בפני הילדים ישירות נמצאה אמינה על ידי – על רקע תחושת כעס על המתלונן, שלהבנת הנאשם מתנכל לו ולאחיו.

ניתן לקבוע ללא ספק כי בנסיבות הגעת הנאשם לביתו של המתלונן, איש ציבור המבלה בחיק משפחתו, בשעת ערב מאוחרת, לאחר רדת החשיכה, והטחת האשמות כלפיו, יש בה לכל הפחות כדי להקניטו וכי מי שנוהג כך ידע ברמה גבוהה של הסתברות כי התנהגותו תביא לתוצאה האסורה.

העובדה שהנאשם מסר את שמו למתלונן ושהגיע למקום בלוויית רעייתו, אין בה כשלעצמה כדי להוביל למסקנה שלא התכוון להקניטו או שלא ידע ברמה גבוהה של הסתברות שהתנהגותו עלולה להפחיד, להעליב או להקניט את המתלונן.

לאור כל האמור לעיל, בהתמלא כל יסודות העבירה, הפיזי והנפשי, אני קובעת כי המאשימה עמדה בנטל להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהנאשם נכנס לנכס, שבהחזקת המתלונן, או על פניו, במטרה להקניטו ובכך ביצע את העבירה של הסגת גבול כדי לעבור עבירה.

5. איומים

המסגרת הנורמטיבית קבועה בסעיף 192 לחוק העונשין הקובע:

"המאיים על אדם בכך דרך שהיא בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו שלו או של אדם אחר, בכוונה להפחיד את האדם או להקניטו..."

לטענת המאשימה, בהגעת הנאשם לבית המתלונן, בשעת לילה מאוחרת, תוך שהוא מטיח בו ובילדיו אמירות קשות ופוגעניות, הנאמרות בכעס, יש כדי להוות איום בהתנהגות (איום שיכול להתקיים אף כתוצאה מנעיצת מבט חודר, למשל). גם באמירה "אין שלום לרשעים" יש משום האיום וזאת מבלי להיכנס לפלפולים הלכתיים אודות משמעותה, שכן המבחן צריך לדון במשמעות המילולית, כפי שיבינה כל אדם סביר בסיטואציה זו.

ביקורו של הנאשם בבית המתלונן ומחאתו נשאו גוון פוליטי-אידיאולוגי ברור, כאשר הנאשם נושא כעס בלבד כלפי המתלונן וחש כי הוא מתנכל לו ולקרוביו. אמנם המתלונן השיב כי לא חש מאוים במהלך האירוע, אולם בהמשך תיאר תחושה קשה ולא נעימה, שלו ושל ילדיו, לאחר האירוע והוא אף מיהר לדווח לקצין הביטחון אודות האירוע.

לטענת ההגנה, לא היה בדבריו של הנאשם איום.

באמירה "אתה צריך להתבייש לך שאתה מגרש יהודים" אין איום. במשפט "גרמת להרחקת אחי אריאל ועכשיו גרמת גם להרחקתי מביתי" אין איום. אפילו אם נלך צעד נוסף ונסכים כי הנאשם פנה לילדיו של המתלונן ואמר להם "אתם צריכים להתבייש שיש לכם אבא כזה" ואף קינח באמירה "אין שלום לרשעים",

אין בכך משום איום.

השאלה האם הוכיחה המאשימה את כל רכיבי העבירה – היסוד העובדתי הכולל את הנסיבות של מאפייני האיום ואת היסוד הנפשי, של הכוונה, במשמעות של הצבת מטרה, להפחיד או להקניט.

אדון תחילה בקצרה בקיומו של היסוד הנפשי לגביו כבר נקבע כי המבחן לקיומו של רכיב זה הוא אובייקטיבי ועל כן "יש לבחון את השאלה אם הדברים שנאמרו על ידי הנאשם נשאו אופי של איום לפי המבחן של השפעתם האפשרית על האדם הרגיל ולא לפי הרגשתו הסובייקטיבית של האדם שאליו הם כוונו" [ראו י. קדמי, על הדין בפלילים, חלק רביעי, מהדורה מעודכנת, שתס"ו-2006, מצטט מע"פ 38/61, משה בן דוד יצחק נ. היועמ"ש, פד"י טז' 514].

אשר על כן אפילו לא היה באיום כדי להטיל מורא על המתלונן, עפ"י תחושתו, אפשר ויהא בו די כדי לבסס הרשעה בעבירה של איומים אם הוא עונה על המבחן האובייקטיבי של הטלת מורא על האדם הסביר ובהתקיים היסוד העובדתי של עבירת האיומים.

זה המקום לפנות ולבדוק האם במעשיו, בהתנהגותו ובאמירותיו של הנאשם יש כדי למלא אחר נסיבות היסוד העובדתי הדורשות כי האיום יהיה בפגיעה שלא כדין אחת מאלה: בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו שלו או של אדם אחר.

מדובר ברשימה סגורה של מאפייני האיום והערכים עליהם בא החוק להגן, כפי שהדברים באו לידי ביטוי בפסק הדין מפרי עטה של כב' השופטת (כתוארה אז) ד. בייניש בע"פ 3779/94 חמדני נ. מ"י (פורסם בבנו):

"הרכיב הראשון שביסוד העובדתי הטעון הוכחה בעבירת האיומים הינו ה"איום" עצמו. משנעשה האיום "בכל דרך שהיא" והוא איום בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב של האדם או בפרנסתו, נתמלאו דרישות היסוד העובדתי. האיום הינו הטלת פחד או אימה מפני רעה צפויה, שיש בה כדי לפגוע באחד הערכים המוגנים המפורטים בסעיף כאמור".

על קביעה זו שנתה כב' השופטת בייניש גם בהחלטה שניתנה על ידה ברע"פ 88/04, ורטהיימר נ. מ"י (פורסם בבנו)

"איום הינו הטלת אימה מפני רעה צפויה שיש בה כדי לפגוע באחד מהערכים המנויים בסעיף 192 לחוק כגון שלמות הגוף והחירות".

עיון באמירות הקשות שהטיח הנאשם בפני המתלונן, על פי עדותו של האחרון, על אף חומרתן וכיעורן, מלמד כי הן אינן נושאות אופי של פגיעה באחד הערכים המוגנים המפורטים בסעיף 192 לחוק העונשין, שפגיעה בהם מהווה חלק מהיסוד העובדתי של העבירה.

גם אם ניתן לקבוע, ברמה גבוהה של וודאות, שיש באמירות, בהן עשה הנאשם שימוש במהלך האירוע, כדי להטריד את המתלונן, להפריע את שלוות נפשם של שומעיהן, ואולי אף להקניטו, משלא ניתן לקבוע כי יש בתוכן כדי למלא אחר הנסיבות ביסוד העובדתי שבעבירת האיומים, לא הונחה התשתית להרשעת הנאשם בעבירה זו.

עבירה זו הוגדרה בסעיף 288 לחוק העונשין וזו לשונה:

"המעליב בתנועות, במילים או במעשים, עובד הציבור... כשהם ממלאים תפקידים או בנוגע למילוי תפקידם..."

בתי המשפט נדרשו לא אחת לפרשנות הוראת חוק זו על רקע התנגשותה עם הזכות החוקתית לחופש הביטוי.

בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ. מ"י נקבעה ההלכה הנוהגת כיום לפיה לצורך יישומה של עבירה זו יש להוכיח קיומם של שני מבחנים מצטברים, המסייעים לתחום גבולות עבירה זו – מבחן תוכני ומבחן הסתברותי.

המבחן הראשון – המבחן התוכני - עוסק ברכיב ה"העלבה". נקבע כי "העלבה" מתקיימת כאשר היא מכוונת כלפי ליבת כבודו האישי של העובד; אין די בביטוי של אלימות מילולית בוטה, אלא נדרשת פגיעה עמוקה בשמו הטוב של העובד שיש בה כדי לבזותו בעיני אחרים" (ר' פסקה 26 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

המבחן השני - עוסק בהחלת מבחן הסתברותי - שעניינו בחינת הסיכוי לגרימת פגיעה באינטרס הציבורי שהאיסור הפלילי ביקש למנוע. מבחן זה קובע כי עבירת העלבת עובד ציבור תתקיים מקום ש"קיימת ודאות קרובה כי הפגיעה הצפויה ממנה עלולה לא רק לפגוע בעובד הציבור כפרט, אלא גם לפגוע פגיעה ממשית וקשה באופן מילוי תפקידו הציבורי, ובכך לפגוע במערכת השירות הציבורי, ובאמון הציבור בה" (ר' פסקה 37).

וכך סיכמה כב' השופטת א. חיות, בפס"ד אונגרפלד, את המתווה לבחינת התקיימות יסודות העבירה ואת הרציונל שבמתן פרשנות מצמצמת ליישומה של עבירה זו, כפי שהוסכם על דעת חברי ההרכב שנדרשו לסוגיה זו בגלגולה לדין נוסף:

"כמו חברי" אף אני סבורה כי שני המבחנים אשר לפיהם יש לבחון את התקיימות יסודותיה של העבירה בדבר העלבת עובד ציבור הינם המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי, כמבחנים מצטברים. זאת משום שהשילוב בין שני מבחנים אלה אכן מאפשר איזון פרשני ראוי בין הערך המוגן בעבירה קרי: שמירה על כבודו ומעמדו של עובד הציבור ומעמד השירות הציבורי בכללו, ובין הזכות החוקתית לחופש הביטוי המתנגשת עימו".

המחלוקת נוגעת לשאלת יישומם של מבחנים אלה על מעשיו של הנאשם והאם הם מגיעים כדי פגיעה בערכים עליהם בא החוק להגן מבלי לפגוע בזכות החוקתית לחופש הביטוי.

לעמדת המאשימה, התנהלות הנאשם מול המתלונן, הנוגעת למילוי תפקידו, ובפרט כשנעשתה למול ילדיו וכללה אף פניה ישירה ופוגענית כלפיהם, עולה כדי עבירת העלבת עובד ציבור.

לטענתה, יישום המבחנים שנקבעו בפס"ד אונגרפלד מוביל למסקנה כי בנסיבות העניין, כאשר הנאשם הפנה את זעמו הן כלפי המתלונן והן כלפי ילדיו הקטינים, בביתם הפרטי, והטיח בילדים שעליהם "להתבייש שיש להם אבא כזה", ולאור ההשפעה הקשה, המטרידה ועוכרת השלווה שהייתה לאמירה זו על המתלונן וילדיו, מתקיימים יסודותיה של עבירת העלבת עובד ציבור.

לטענת ההגנה, הערך המוגן, על פי פסיקת בית המשפט בעניין אונגרפלד, הוא שמירת תקינותו ותפקודו של השירות הציבורי, אלא שהפרשנות חייבת להיות מצומצמת. להמחשת טענתו לפיה מעשיו של הנאשם אינם עומדים במבחנים שנקבעו בהלכת אונגרפלד העלה ב"כ הנאשם בסיכומיו את התהיות – האם האמירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום פוגעות בליבת תפקודו של המתלונן? האם המתלונן יושפע מאמירות בסגנון "אתה צריך להתבייש" והוא לא יוכל להמשיך בתפקידו נוכח הדברים הללו?

לחיזוק טענתו כי האמירות שהשמיע הנאשם, אף אליבא דגירסת המתלונן אינן מגיעות כדי העלבת עובד ציבור על פי המבחנים שנקבעו, היפנה לענ"פ (ת"א) 7379-07-11, פדרמן ואח' נ. מ"י [לא פורסם], שם השתמשו המערערים בביטויים כגון "רשע, מפלצת אדם, חסר לב ובוגד" כלפי איש הציבור. בית המשפט המחוזי, בקבלו את ערעור הנאשמים נגד הרשעתם בעבירה של העלבת עובד ציבור בשל השימוש בביטויים אלה קבע:

אין ספק כי מדובר במילים קשות ופוגעניות. מקובלת עלינו קביעתה של כבוד השופטת קמא, כי במילה מפלצת לא התכוונו המערערות לנקוט לשון חיבה... המילים רשע וחסר לב אינן טעונות פרשנות. המשמעות הבסיסית של מילים אלה היא התייחסות לתכונות נבזיות ומכוערות, המרכיבות את אישיותו של האדם. השימוש במילים אלה שגלום בהן רוע ואטימות נועד לפגוע ולהלום בבטן הרכה של מי שהן מכוונות, אדם באשר הוא אדם, כל אדם לאו דווקא עובד ציבור. חרף האמור, הן אינן עוברות את רף הסיבולת הגבוה הנדרש מעובד ציבור" (סעיף 40 לפסק דינה של הנשיאה כב' השופטת ברלינר).

עוד נקבע: "אפילו אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי המילים צולחות את השלב הראשון במבחן הדו שלבי שהוזכר לעיל, הן וודאי אינן עומדות בשלב השני. קשה להלום כי תפקודו של איש צבא בכיר יושפע ממילים מסוג זה שחרף הפוגענות בהן הן אינן ממוקדות ואינן נוגעות לליבת תפקידו שהיא גם שליחותו. הדעת נותנת כי אמירה מסוג רשע ומפלצת לא תניא את... מביצוע תפקידו גם בעתיד והוא יוכל להתעלם מהן ולהמשיך בדרכו" (סעיף 41).

במחלוקת שנפלה בין הצדדים לגבי דרך יישומה של ההלכה, דעתי כדעת ב"כ הנאשם.

באת כוח המאשימה ניסחה אמנם בבהירות את שני המבחנים המצטברים שנקבעו בהלכת אונגרפלד, אך בבואה ליישם על מעשיו של הנאשם לא התמודדה עם משמעותם של המבחנים והצורך לצמצם את גבולותיה של העבירה במטרה להשאיר מרחב לזכות החוקתית לחופש הביטוי.

נדמה כי במקרה שלפנינו, בדומה לעובדות פסק דין פדרמן, אפילו אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי המילים צולחות את השלב הראשון במבחן הדו שלבי האמור, ואיני קובעת כך, הן ודאי אינן עומדות בשלב השני. ברי כי בדברים שהוטחו על ידי הנאשם במתלונן בביתו, אף אם נאמרו באוזני ילדיו, לא היה כדי

לפגוע בתפקודו של המתלונן כעובד הציבור ולהניאו מביצוע תפקידו.

מכל האמור לעיל עולה המסקנה כי המאשימה לא עמדה בנטל להוכיח כי הנאשם עבר את העבירה של העלבת עובד ציבור.

משקבעתי כך, מתייטר הדיון בשאלה האם נקטה המאשימה אכיפה בררנית בהגשתה כתב אישום בגין העלבת עובד ציבור נגד הנאשם כשבמקרים אחרים תיקים בעבירה זו נסגרו, לטענת ההגנה, בשל "המדיניות המצומצמת של התביעה הכללית לפתוח בחקירה בנושאים הקשורים לחופש הביטוי, וסף הסיבולת הגבוהה שנדרש מעובד ציבור לעמוד מול הטענות הנשמעות כלפיו".

7. התוצאה מכל האמור לעיל היא כדלקמן:

- א. אני דוחה את בקשת המאשימה לעשות שימוש בסמכותי, על פי סעיף 184 לחסד"פ ולהורות על הרשעת הנאשם בעבירה של פגיעה בפרטיות;
- ב. אני מזכה את הנאשם מהעבירות של איומים, על פי סעיף 192 לחוק העונשין ושל העלבת עובד ציבור, על פי סעיף 288 לחוק העונשין, כאמור בפתח הכרעת הדין;
- ג. אני מרשיעה את הנאשם בעבירה של הסגת גבול במטרה לעבור עבירה, על פי סעיף 447(א) לחוק העונשין.

ניתנה היום, ד' טבת תשע"ו, 16 דצמבר 2015, במעמד הצדדים