



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

בפני כב' הנשיאה ברלינר – אב"ד
כב' השופט קרא
כב' השופטת סוקולוב

המערערת: מדינת ישראל,
ע"י עו"ד הדס פורר מפרקליטות מחוז ת"א (פלילי)

נגד

המשיבים:
1. מורן אבני
2. יהונתן פולק
3. נמרוד רונן
4. איתי לוינסקי
5. דוד מישר
6. אמנון קרן
המשיבים 2-3-5-6 ע"י ב"כ עו"ד גבי לסקי

פסק דין

השופט ג'ורג' קרא

ערעור המדינה על פסק-דינו של בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, כב' השופטת הדסה נאור, **בת"פ 1404/09** מיום 15.2.2012, לפיו זוכו המשיבים מחמת הספק מביצוע עבירה של התקהלות אסורה, לפי **סעיף 151 לחוק העונשין, תשל"ז-1977** (להלן: "החוק").

ההליך בבית-משפט קמא

1. לבית-משפט קמא הוגש נגד המשיבים כתב אישום שייחס להם עבירה של התקהלות אסורה, לפי סעיף 151 לחוק הנ"ל. נסיבות ביצוע העבירה תוארו בכתב האישום כך:

"בתאריך 28.2.08 בשעה 19:50 במתחם רחובות קינג ג'ורג', כיכר מסריק, כיכר רבין בתל אביב, התקהלו הנאשמים לשם ביצוע עבירה ולשם הבעת מחאה נגד הכיבוש כלשונם, תוך שחלקם רוכבים על אופניים ומצוידים בכלי הקשה ובתופים, חסמו הנאשמים כבישים, הפריעו לקיומו של הסדר הציבורי בכך שהיוו הפרעה לתנועה, גם לאחר שנתבקשו על ידי השוטרים לעלות על המדרכה לא עשו כן, בהתנהגותם ניכר קיומו של יסוד סביר להניח כי במעשיהם יש משום הפרת השלום."



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

2. המשיבים כפרו במיחוס להם וטענו, כי השתתפותם בתהלוכה שהתקיימה, כמתואר בכתב האישום (להלן: "התהלוכה"), אינה עולה כדי עבירה של השתתפות בהתקהלות אסורה, התהלוכה התנהלה במתכונת של מסה קריטית "שמשמעה, רכיבה על אופניים ברחובות העיר במטרה לזכות בתשומת לב הציבור... כשלכל אורך הדרך כל קבוצת רוכבי האופניים היתה בתנועה, באופן שלא חסמו את התנועה...".

3. לאחר שבית-משפט קמא סקר את ראיות המדינה, שכללו את עדויות השוטרים אשר ליוו את תנועת המשיבים בתהלוכה הנ"ל והיו מעורבים במעצרים, וצפה בדיסק שתיעד את התהלוכה והתנהגותם של המשתתפים בה (להלן: "הדיסק"), ולאחר שהעדיף את שראו עיניו בדיסק הנ"ל על פני עדות השוטרים, החליט לזכות המשיבים מן העבירה המיוחסת להם בכתב האישום.

4. להלן יפורטו ממצאי העובדה של בית-משפט קמא ביחס להתנהגותם של המשיבים בתהלוכה הנ"ל:

(א) בעמ' 9 להכרעת-הדין: "ממצאי הצפיה אינם תומכים בגרסת הנאשמים, לפיה לאורך כל הדרך הקפידו לרכב בטור לימין הדרך ובצמוד למדרכה... יחד עם זאת, ניתן להבחין שלאורך הדרך בה התנהלה התהלוכה לא נחסמו צירי התנועה על ידי המפגינים. כלי רכב רבים, בהם רכבי משטרה כלי רכב פרטי ואף אוטובוסים עקפו את שיירת המפגינים משמאלה והמשיכו בדרכם. אם כי לא ניתן לטעון שהתנועה במקום לא הופרעה, כשהתנועה בדרך הואטה ואף נגרמו עומסי תנועה מסוימים לאורך הרחובות בהם עברה שיירת רוכבי האופניים על הכביש" (הדגשות הוספו - ג"ק).

(ב) עמ' 10: "ניתן לקבוע... כי אכן המפגינים הפריעו בשלבים שונים של התהלוכה להתנהלות התקינה של התנועה... כשמדי פעם אף סטו למרכז הכביש וגרמו במעשיהם להאטת התנועה. אולם בשום שלב לא נצפה שהמפגינים גרמו בהתנהלותם לחסימה טוטאלית של צירי התנועה... לא עצרו את רכיבתם באמצע הכביש, לא נסעו באיטיות לאורך זמן במרכז הכביש ובשום שלב לא התפרעו או נהגו באלימות".
וכן: "לא ניתן לראות בסרט הווידאו התנהגות חריגה או מתסיסה מצדם עובר למעצרים".

(ג) עמ' 15: "עדיין ניתן להתרשם כי מדובר בתהלוכה שרובה ככולה התנהלה בשקט ללא עימותים עם המשטרה עד כי בשום שלב לא ניתנה על ידי



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

השוטרים המלווים הוראת פיזור והם רק התבקשו לשמור על ימין הדרך ו/או עלות למדרכה... התהלכה לא לוותה בהתפרעות או התלהמות ודאי לא באלימות".

5. בהתבסס על ממצאי העובדה שלעיל, החליט בית-משפט קמא לזכות המשיבים מביצוע עבירת התקהלות אסורה על-פי החלופה השנייה שבסעיף 151 לחוק. קרי- קיומו של יסוד סביר לחשש שהמתקבלים יעשו מעשה שיפר את השלום, וזאת תוך עשיית איזונים בין הזכות לחופש התנועה- מחד, והזכות לחופש הביטוי הכוללת בחובה את חופש התהלכה- מאידך, והעדפת הזכות לחופש הביטוי לאור קביעתו כי ההפגנה התנהלה "ללא גילויי התפרעות או אלימות ומשלא גרמה לחסימת צירי תנועה אלא להפרעה מסוימת ומידתית לתנועה בדרך, להאטתה ולא נוחות נסבלת לנוהגים בלבד".

מביצוע עבירות ההתקהלות האסורה לפי החלופה הראשונה שבסעיף 151: "שלושה אנשים לפחות שנתקהלו לשם עבירה." זוכו המשיבים משלא הוכחו יסודותיה של חלופה זו.

6. טענות המדינה בערעור

(א) כתב האישום ייחס למשיבים ביצוע עבירת התקהלות אסורה, לפי החלופה השנייה שבסעיף 151 לחוק- התקהלות של שלושה או יותר למטרה משותפת כשהמתקבלים מתנהגים באופן הנותן יסוד סביר לחשש שהם יפרו את השלום. בית-משפט קמא נתפס לכל טעות, עת סבר כי המדינה ייחסה למשיבים ביצוע עבירת התקהלות אסורה לפי החלופה הראשונה- התקהלות של שלושה או יותר לשם ביצוע עבירה.

(ב) ממצאי העובדה שקבע בית-משפט קמא, ועליהם אין היא חולקת, חייבו את הרשעת המשיבים בעבירת התקהלות אסורה לפי החלופה השניה. לגישתה, גם אם מדובר רק בהפרעה להתנהלות התקינה של התנועה, שהתבטאה בהאטת התנועה וגרימת עומסים מסוימים לאורך התיב, בו צעדה התהלכה ואף שלא הביאה לחסימה טוטאלית, די בכך כדי לשכלל את העבירה שכן המשיבים התנהגו באופן שנתן יסוד סביר לחשש שהם יפרו את השלום. וכדבריה בעמ' 3 שו' 5: "לטעמי, העובדה שהיתה הפרעה לתנועה בעיני זה הפרעה לשלום הציבור." וכן: "בג"צ סער אומר בצורה חד משמעית שפגיעה בסדרי התנועה = סדר ציבורי. על זה אין מחלוקת".



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

עפ"ג 55610-01-12 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

ג) קביעתו של בית-משפט קמא לזכות המשיבים תוך עריכת איזונים בין האינטרס הציבורי בשמירת חופש המחאה, לבין האינטרס של שמירת הסדר הציבורי, בטעות יסודה. המבחן להתקיימות העבירה הוא בשאלה אם בהתנהגות המשיבים יש יסוד סביר לחשש שהם יפרו את השלום, "אמרתי ואני חוזרת, איננו דנים באיזון...".

7. טענות המשיבים

באת-כוח המשיבים ביקשה לדחות את ערעור המדינה. לטענתה, הערעור מכוון כנגד "האיזון שערך בית המשפט קמא בין הזכות לחופש הביטוי וחירות ההפגנה... לבין אינטרס השמירה על הסדר הציבורי". אופי ההפגנה, היעדר כל גילוי של אלימות במהלכה, עיתויה שלא בשעות העומס ואי הנוחות הנסבלת שנגרמה למשתמשים בדרך כתוצאה מהאטת התנועה, להבדיל מחסימה טוטאלית והתפרעות משתתפי התהלכה, הצדיקו את האיזון שערך בית-משפט קמא והתוצאה שאליה הגיע בסופו של יום. זיכויים של המשיבים, הינו תוצאה הגיונית, מתבקשת ומתיישבת עם המגמה העולה מהפסיקה שלא להרחיב את גדר תחולתה של עבירה זו, על חשבון חופש הביטוי, הפנתה לרע"פ 4760/98 נדיה מטר נ' מדינת ישראל: "כל עוד סעיף 151 לחוק העונשין... לא בוטל אין כל דרך למחקו מספר החוקים על דרך פסיקה. מקובל עלי שיש לפרש סעיף זה על דרך הצמצום....".

8. דיון

אלו הן השאלות הניצבות להכרעה:

א) האם הנורמה הפלילית- זו המעוגנת בסעיף 151 לחוק העונשין, פוגעת בזכות יסוד של האדם- חופש האסיפה והתהלכה- ברחובה של עיר.

ב) האם הנורמה הפלילית כפופה לכללי האיזון החוקתי בהתאם לפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג) בהנחה והתשובה לשאלה השניה תיענה בחיוב, השאלה שמצריכה מענה הינה- האם התנהגות המשיבים בתהלכה, עמדה במבחן האיזון החוקתי? במלים אחרות, האם התנהלות המשיבים בתהלכה שלא לוותה בגילויי אלימות והתפרעות והתמצתה בהאטה מסויימת ואי-נוחות נסבלת לנהגים, כקביעת בית-



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

עפ"ג 12-01-55610-01 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

משפט קמא, באה בגדר התנהלות הנותנת יסוד סביר לחשש שהמשיבים יפרו את השלום.

נעסוק בשאלות כסדרן:

9. נפתח במושכלות היסוד:

(א) הזכות לקיים אסיפה ותהלוכה ברחובה של עיר היא זכות יסוד של האדם, הנמנית על חירויות היסוד וכפי שבאו הדברים בבג"צ 148/79 צבי סער נ' שר הפנים (להלן: "בג"צ סער"), "... משפטה של מדינת ישראל מכיר בחירויות היסוד של האדם כפי שהן מקובלות במדינות נאורות. בין חירויות אלה נמנות אף חירות האסיפה... והתהלוכה... בין אם נראה בחירויות אלה כחירויות העומדות בפני עצמן, ובין אם נראה בהן ביטוי לחופש הביטוי... קיומה של אסיפה ותהלוכה הוא אחד האמצעים העומדים לרשות בני הציבור כדי להביע את השקפותיהם בענייניה של המדינה, ואמצעי שהוא לעתים יעיל יותר וממשי יותר מאמצי הביטוי האחרים...." בבג"צ 5317/08 ברוך מרזל ואח' נ' מפקדת משטרת מחוז ירושלים (להלן: "בג"צ מרזל"), ראתה כב' השופטת פרוקצ'יה את הזכות לקיום אסיפה ותהלוכה כזכות הנגזרת מחופש הביטוי: "קיום אסיפה ותהלוכה ברחובה של עיר הם אמצעים מקובלים וטבעיים למימוש הזכות החוקתית של חופש הביטוי המצויה ברף העליון של זכויות האדם... היקפה הרחב של הזכות לחופש ביטוי ממנה נגזרת הזכות לקיים מצעד...".

(ב) חרף מעמדה הרם של זכות היסוד של חופש הביטוי "...אין פירושה שההגנה הניתנת לזכות זו היא מוחלטת, וחופפת בהכרח את מלוא היקף פרישתה של הזכות" (בג"צ מרזל, שם). ראה גם דברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ סער הנ"ל: "... עם זאת חירות האסיפה וחירות התהלוכה אינן בלתי מוגבלות. אלה הן חירויות יחסיות ולא מוחלטות... אף כאן יש לאזן בין רצונו של היחיד ורצונו של יחידים להביע השקפותיהם בדרך של אסיפה ותהלוכה לבין רצונו של היחיד לשמור על שלומו ורכושו, ורצונו של הציבור לשמור על הסדר והביטחון הציבורי. בלא סדר אין חירות. חופש האסיפה אין פירושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלוכה אין פירושו חופש ההתפרעות... ההגבלות



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

המוטלות על חירות האסיפה, וחירות התהלכה... באות להגן על הסדר וביטחון הציבור מזה... ההגבלות על חופש האסיפה והתהלכה אינן באות רק מנקודת מבטו של פרט זה או אחר שנפגע. ההגבלות באות גם מנקודת מבטו של האינטרס הציבורי אשר משתקף, בין השאר, במספר הוראות של החוק הפלילי הבאות להגן על הציבור (ראה למשל, [סעיפים 151, 152 לחוק העונשין, תשל"ז-1977](#)).

10. כעולה מן האמור לעיל, לא יכולה להיות מחלוקת על כך כי הנורמה הפלילית המעוגנת [בסעיף 151 לחוק העונשין](#), פוגעת בזכות יסוד של האדם, חופש האסיפה, חופש התהלכה שנגזרת מחופש הביטוי, שהינו כאמור "מוכר מקדמת דנא כזכות יסוד של האדם, הניצבת במדרג גבוה בין מכלול הזכויות החוקתיות הנתונות לפרט" (פיסקה 7 לפסק-דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה [בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד](#) (להלן: "דנ"פ אונגרפלד").

11. השאלה האם יש לנקוט איזונים בהחלת הנורמה הפלילית (בעניינינו הוראת סע' 151), הוכרעה בפסיקת בית המשפט, וכך באו הדברים לידי ביטוי בדנ"פ אונגרפלד הנ"ל (פסקה 21 לפסק-דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה):

"הנורמה הפלילית כפופה לכללי האיזון החוקתי, ובפרשנות תכליתית יש לעמוד על הערך המוגן שהנורמה מבקשת להגשים, ולתחום את מרחב התפרשותו בשים לב לערכים מוגנים אחרים. מקום שהערך המוגן באיסור הפלילי פוגע בזכות יסוד של האדם, יש להבטיח כי האיסור הפלילי יגשים את תכליתו כך עד למידה ולהיקף ההכרחיים, כדי שהזכות או האינטרס הנוגדים לא ייפגעו מעבר לנדרש... פסקת ההגבלה [בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) אוצלת ומקרינה על צרכי האיזון בין הערכים הנוגדים, גם ביחס למעשה חקיקה ישן שקדם לחקיקת חוק היסוד, וכפי שהדבר בעניינינו".

ראה גם דברי כב' השופט ס' גיזבראן בדנ"פ אונגרפלד בהתייחסו לנורמה הפלילית של איסור העלבת עובד ציבור שבסעיף 288, פסקה 6 לפסק הדין:

"אמנם לא ניתן לבחון את חוקתיותה של הוראה פלילית זו, שכן היא מוגנת באמצעות סעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך יש לפרשה ברוח חוקי היסוד ובהשראתם... לפיכך, במסגרת פרשנות זו, יש להיעזר במבחניה של פסקת ההגבלה ובראשם



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

עיקרון המידתיות, כפי שציינתי בדנ"א 1892/11 היועמ"ש נ' פלונית
[פורסם בבנו], 22.5.11 בפסקה 10 לפסק דיני....".

הדברים הינם מקל וחומר כאשר הנורמה הפלילית, נשוא דיונונו, הינה הוראת חוק
מנדטורית, סעיף 151 לחנ"ש, ש"יובאה" מפקודת החוק הפלילי 1936 (להלן: "הפ.ח.פ.") סעיף 79
ל- הפ.ח.פ. (למקורות הפ.ח.פ. ראה מאמרו של יורם שחר, מקורותיה של פקודת החוק הפלילי
1936, עיוני משפט ז', 1979; 75, 80).

12. בטרם עריכת האיזון החוקתי המתבקש, נדרש בית-משפט לזהות את **הערך המוגן**
שבנורמה הפלילית, כאשר "יש לאתר את נקודת האיזון הפרשנית הראויה אשר תגדיר את
תכלית הנורמה הפלילית, תוך פגיעה מינימלית בזכות החוקתית לחופש הביטוי, שהיא מיסודות
השיטה: נקודת איזון זו מקרינה על פרשנות יסודותיה של הנורמה הפלילית ותחומי
התפרשותה; היא הקובעת את דרכי יישומה של העבירה הלכה למעשה" (כבי' השופטת פרוקציה,
פסקה 8 לפסק הדין בדנ"פ אונגרפלד).

13. בע"פ 1521/98 (י-ם) **עציון נ' מדינת ישראל** (להלן: **ע"פ עציון**), התייחס בית המשפט
המחוזי (כבי' השופט צ' סגל), לערך המוגן בנורמה הפלילית המעוגנת בסעיף 151 לחוק, תוך
התחקות וסקירה היסטורית, כך:

**"עינינו הרואות, נקודת המוצא של המשפט המקובל האנגלי בכל
הקשור לעבירה של התקהלות אסורה היא התקהלות של שלושה
אנשים, כשהדגש הוא על פחד מפני אלימות".**

ובמקום אחר ב-ע"פ עציון:

**"לשון אחרת, בחוק המקובל תכלית העבירה של התקהלות אסורה
היתה כנגד הפרה של הסדר הציבורי, ובהסתמך על דברים של Lord
Halisham LC, הרי החוק המודרני קובע כי רק אם התקהלותם של
שלושה אנשים מלווה באלימות, המולה ושאון- (tumult), תיחשב
התקהלותם לאסורה. הדגש הושם אפוא על גורם (factor) התקהלות
הכולל אלימות או המולה ושאון... מכאן אנו למדים כי בחוק האנגלי
הנוכחי... ברור כי הפחד עתה חייב לנבוע כתוצאה מאלימות... ואין**



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

יותר מקום לשימוש במושג הכללי והבלתי נהיר דיו של הפרת שלום הציבור" (ההדגשות הוספו- ג"ק).

בבג"צ 148/79 סער הנ"ל, אף שבית המשפט לא התייחס במפורש להגדרת המושג 'הפרת השלום' שבסעיף 151 לחוק העונשין, ובהתייחסו לשיקולים שעל שר הפנים לשקול בבואו להעניק רישיון להפגנה, אמר את הדברים הבאים: "השיקול העיקרי שעמד ביסוד החלטתו של המשיב מס' 2 היה החשש כי ההפגנה תגרום להפרת הסדר הציבורי, להפרת השלום, לפעולות שאינן חוקיות...". ובמקום אחר בפסק הדין: "... אין זכות זו קיימת, אם לדעת הממונה יהיה בקיום האסיפה משום פגיעה בביטחון או הסדר הציבורי."

ניתן לסכם כי הערך המוגן הוא, אפוא, שמירת הסדר, השלום והביטחון של בני הציבור המשתמשים ברחובות העיר בעת קיומה של התקהלות אנשים שמעל לשלושה אנשים.

14. נוסחת האיזון

בבג"צ 2482/93 דיין נ' נציב יהודה וילק (להלן: "בג"צ דיין"), התייחס כב' השופט ברק לנוסחת האיזון:

"אכן, נוסחאות האיזון המשתנות על פי הערכים המתחרים ובמסגרתם של ערכים נתונים, על פי המטרות החברתיות ותפיסות היסוד החוקתיות. על כן אנו מבחינים בין "איזון אנכי" לבין "איזון אופקי". באיזון "האנכי" ידו של ערך אחד- המתנגש עם ערך אחר, על העליונה. עם זאת עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לענין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה. כך למשל, האינטרס הציבורי, בשלום הציבור והסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת "ודאות קרובה" כי ייגרם נזק ממשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל."

בדנ"פ אונגרפלד הנ"ל, חזר בית המשפט על הדברים המתייחסים לנוסחת האיזון בהתייחסו להתנגשות בין ערך חופש הביטוי לבין הנורמה הפלילית של העלבת עובד ציבור, שיפים ונכונים גם לענייננו:

"מבחן "הוודאות הקרובה" שימש לאורך שנים נוסחת איזון חוקתית לצורך פתרון התנגשויות בין זכויות חוקתיות לערכים נוגדים (בג"צ)



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

[73/53](#) חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 892 (1953),
[14/86](#) בג"צ לאור נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד מא(1) 421, 435
(1987).

מבחן זה נדון גם בהקשר הפלילי, מקום שנדרש איזון בין ערך חוקתי לבין ערך נוגד במסגרת הנורמה הפלילית בנסיבות של פגיעה בחופש הביטוי כתוצאה ממסר מילולי ופוגעני, כשמנגד ניצבים אינטרסים של שלום הציבור והסדר הציבורי, נטה בית המשפט לאמץ מבחן הסתברותי ברמה גבוהה- הוא מבחן הוודאות הקרובה- ולא הסתפק במבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר שעניינו קיום אפשרות סבירה וממשית להתממשות הסיכון....

ההיזקקות למבחן ההסתברותי ברמה של "וודאות קרובה" מצר, אפוא את תחום התפרשותה של העבירה, ומותיר את החלטה למקרים קיצוניים".

וכן:

"גישה זו מתיישבת עם מעמד העל שניתן לחופש הביטוי בשיטתנו, היא אינה מייתרת את הערך המוגן בעבירה ולא מגבילה את תחולתו למצבים קיצוניים של העלבה בעלת אופי מחמיר שאליה מתלווה וודאות קרובה כי מעשה ההעלבה יפגע בתפקודו של איש הציבור... עקרון של מבחן זה ביצירת מימד מיוחד מחמיר להחלטה של העבירה מבחינת עוצמת הסיכון הקיים לפגיעה עקב הפרתו של הערך המוגן. הערכה זו נגזרת מכלל נסיבות הענין כפי שהוכחו, ועל דרך הסקת מסקנות מהן."

15. מן הכלל אל הפרט

בית-משפט קמא קבע כממצא שבעובדה, עליו אין חולק, כי מעשי המשיבים בעת התהלכה גרמו להאטה מסויימת בזרימת התנועה שגרמה לעומסי תנועה, שלא עלו כדי חסימת נתיב תחבורה, התנהגות אותה כינה בית המשפט "הפרעה מסוימת ומידתית לתנועה בדרך, להאטתה ולאי נוחות נסבלת לנוהגים בלבד.", כאשר התהלכה לא לוותה בכל גילוי של אלימות, התפרעות או התלהמות מצד המשיבים, עד כי לא נזקקה המשטרה שלוותה את התהלכה למתן הוראה לפיזור.



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

בחינת התנהלות המשיבים לאור ממצאי בית-משפט קמא, כנזכר לעיל, על-פי נוסחת האיזון – שפורטה לעיל, מביאה אותי לאותה מסקנה אליה הגיע בית-משפט קמא. אנמק:

אכן היה בהתנהלות המשיבים מימד של הפרעה מסוימת לתנועה, אך זו היתה נסבלת ולתקופת זמן קצרה בלבד. אינני רואה עין בעין עם המאשימה כי כל הפרעה לתנועה, גם כזו שמוגדרת נסבלת, הגורמת לאי-נוחות בלבד, כפגיעה בסדרי התנועה, שנותנת יסוד סביר לחשש כי המשיבים יפרו את השלום. על כך נאמר בבג"צ סער הנ"ל:

"השיקול התעבורתי- דהיינו פגיעה בסדרי התנועה- הוא שיקול שמן הראוי שיילקח בחשבון על ידי המשיב מס' 2 בטרם יגבש עמדתו למתן היתר לקיום אסיפה או תהלוכה או לשלילתו. זהו שיקול הנכנס בוודאי למסגרת "הסדר הציבורי", אך בהפעלתו של השיקול "התעבורתי", יש לאזן תמיד בין האינטרסים של האזרחים שזכות המעבר שלהם נפגעה.. תושביה של עיר מחויבים ליטול על עצמם את אי הנוחות הנגרמת מאירועים ממלכתיים וציבוריים ואין באלה כדי להגביל את זכותו של האזרח להפגין, בחייה המאורגנים של חברה אין "הכל או לא כלום". יש "תן וקח" ואיזון בין האינטרסים השונים... עצם העובדה שאסיפה או תהלוכה משבשת במידה מסוימת את התעבורה בדרכים, אינה נימוק שלא לאפשר כלל אסיפה או תהלוכה...".

ראה גם דברי כב' הנשיא לנדוי (כתוארו אז) בבג"צ סער הנ"ל:

"גם אני סבור שהשיקול "התעבורתי" אינו יכול לעמוד בפני זכות העותרים לקיים תהלוכה כדי להביא את תרעומתם לידיעת הציבור.... נראה לי שאילו אישרנו את הנימוק התעבורתי כנימוק כשר בנסיבות הענין שלפנינו, היינו למעשה שמים קץ לזכות להפגין ברחובות ירושלים, כי הפרעה לתחבורה ישנה בכל תהלוכה...." (ההדגשות הוספו – ג"ק).

בהתחשב, אפוא, בכך שההפרעה לתנועה היתה נסבלת וגרמה לאי-נוחות מינימלית למשתמשים בדרך, העובדה שהתהלוכה נערכה שלא בשעות העומס, הזמן הקצר יחסית בו התנהלה התהלוכה, כאשר המשיבים לא נהגו באלימות או בהתפרעות הרי שניתן לקבוע שהתנהלות המשיבים, במכלול הנסיבות המתוארות, לא הניחה את היסוד הסביר לחשש כי הם יפרו את השלום, גם לא ברמה של מבחן הסתברותי ברמה נמוכה, מקל וחומר לא היה בהתנהלות



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

המשיבים כדי לעמוד במבחן "הוודאות הקרובה", זה שאומץ על ידי הפסיקה כמבחן שיש להחילו בהתנגדות בין ערך חופש הביטוי כזכות יסוד לנורמה הפלילית.

מכל המקובץ, דעתי היא שאין מקום להתערב במסקנתו של בית-משפט קמא שהורה על זיכויים של המשיבים מהעבירה המיוחסת להם בכתב האישום.

ג'ורג' קרא, שופט
אב"ד

הנשיאה דבורה ברלינר:

אני מסכימה למסקנתו של חברי, ולפיה יש לדחות את הערעור וברצוני להוסיף הערות קצרות כדלקמן:

(א) בין היתר, מלינה המדינה בהודעת הערעור, על-כך ש"בית משפט קמא נתפס בהכרעת דינו לכלל טעות עת סבר כי התביעה ייחסה למשיבים עבירה לפי החלופה הראשונה, בעוד התביעה ייחסה למשיבים עבירה לפי החלופה השנייה" (סעיף 5 להודעת הערעור). נראה לי, כי החטא הקדמון בנושא החלופה הרלוונטית מונח דווקא לפיתחה של התביעה. [סעיף 151 לחוק העונשין](#) מונה אכן 3 חלופות, שהראשונה שבהן מצוייה ברישא של הסעיף: "שלושה אנשים לפחות שנתקלו לשם עבירה...". בעובדה מס' 1 לכתב האישום נאמר: "בתאריך... התקלו הנאשמים לשם ביצוע עבירה...". והרי לך "התרגום" העובדתי המדויק לעבירה המוגדרת בסעיף 151 [רישא](#): בתאריך הנטען התקלו הנאשמים, קרי- המשיבים שבפנינו, למטרה האסורה, דהיינו- ביצוע עבירה.

משזהו נוסח כתב האישום, אין תמה בכך שבית-משפט קמא התייחס לחלופה שברישא. אין ספק כי לחלופה הרלוונטית יש משקל ומשמעות לדרך בחינת העובדות. דא עקא, את הטענות שעניין הדרך בה נבחנו הראיות כפועל יוצא של החלופה הרלוונטית, אין לה לתביעה להפנות אלא אל עצמה, ושמא היה מקום לשיקול נוסף בענין הגשת הערעור, ולו מטעם זה. לשיטתי, כאשר מדובר באישום על-פי הוראת חיקוק ובה מספר חלופות, מן הראוי לציין במפורש לאיזו חלופה הכוונה (סעיף 151 רישא מציעא או סיפא), ובכך למנוע התדיינות מיותרת.

(ב) הדגש בדבריה של באת-כוח התביעה בפנינו היה, כי הסוגייה המרכזית אינה סוגיית האיזון (הכוונה לאיזון שבין הזכות לחופש הביטוי וחירות ההגנה לבין אינטרס השמירה



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

על הסדר הציבורי). חברי עמד על-כך, שלא ניתן "לברוח" מסוגייה זו, ונראה לי שהדין עימו. התביעה לא חלקה על ממצאיו העובדתיים של בית-משפט קמא, ולפיהם "מדובר בהפרעה מסויימת ומידתית לתנועה שבדרך", ולא מעבר לכך. כיוון שכך, מצטמצמת הסוגייה המשפטית לשאלה: האם כל הפרעה, ולו גם הפרעה קלה לתנועה, די בה כדי לבסס את רכיב החשש להפרת השלום שבחלופה השנייה לסעיף 151. לענין זה אמרה הפסיקה, שצוטטה בהרחבה על-ידי חברי, את דברה, ודרישת האיזון-מכתיבה את התוצאה, במיוחד כך כאשר ההשקפה שנתקבעה בפסיקה היא כי את סעיף 151 יש לפרש על דרך הצמצום (רע"פ 4760/98 מטר, שהוזכרה בדברי חברי). בדבריה בפנינו הדגישה באת-כוח התובעת את ההיבט שעניינו התעלמותם של המשיבים מהוראות השוטרים, שניתנה בכריזה ודרשו מהמשיבים לעלות על המדרכה (ראה עמ' 2 שורות 10-26 לפרוטוקול הדיון בפנינו).

ככל שהדגש הוא על-כך שהמשיבים לא צייתו להוראות השוטרים (שמטרתן היתה מניעת הפרעה לתנועה), עמדה בפני התביעה האפשרות להעמיד את המשיבים לדין בעבירה על-פי סעיף 23(א)2(2) לתקנות התעבורה, המחייבות עובר דרך לציית להוראות שנותן שוטר במדים (או, לחילופין, הוראת סעיף 8)62(8) לפקודת התעבורה), ושמא, יש בכך גם הפרעה לשוטר במילוי תפקידו (עבירה על סעיף 275 לחוק העונשין).

אלא, שכל האפשרויות האלה לא נטענו וממילא לא נבחנו ואינן מונחות לפתחנו. משכך-היבט זה אינו יכול להכתיב את התוצאה וחזרנו לסוגיית האיזון.

(ג) בשולי הדברים ובבחינת למעלה מן הנדרש:

הגם שלא היתה מחלוקת על-כך שלמשיבים לא היה רישיון לעריכת ההפגנה, לא יוחסה להם כל עבירה שעניינה היעדר הרישיון, ככל הנראה משום שלא היה נתון וודאי באשר למספר המשתתפים בהפגנה. בית-משפט קמא קבע, כי קיים ספק באשר למספר המפגינים שפועל לטובת המשיבים: "התוצאה היא, שיש לקבוע שבתהלוכה השתתפו פחות מ- 50 מפגינים וכפועל יוצא מכך היא לא נדרשה לקבל רישיון המשטרה לשם קיומה."

הספק נותר בעינו, וכמוהו גם החלטת בית המשפט ביחס אליו. עדיין, ראינו לנכון לשאול את הסניגורית בדיון בפנינו, מדוע לא להוציא רישיון במקרה מעין זה, כאשר ברור שבתהלוכה ישתתף מספר רב של אנשים, גם אם אין וודאות שציבור המשתתפים יגיע ל-50. התשובה שקיבלנו היתה, כי: "אני לא אייעץ לאדם לבקש רישיון כשהחוק לא מחייב אותו". בהצדקתה של נקודת מוצא זו- ניתן להטיל ספק. דרך המלך צריכה להיות,



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

עפ"ג 12-01-55610 מדינת ישראל נ' אבני ואח'

לשיטתי, בקשת רישיון, מקום שברור כי יהיו כמה עשרות אנשים. בקשת הרישיון תאפשר למשטרה להיערך מראש להפרעה בתנועה ותצמצם את נזקי הציבור כתוצאה מכך. אם בדיעבד יסתבר כי המספר קטן יותר- לא ייגרם כל נזק לבעלי הרישיון.

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד

השופטת מרים סוקולוב:

מסכימה לדברי חברי להרכב.

מרים סוקולוב, שופטת

אשר על-כן, אין מקום להתערב במסקנתו של בית-משפט קמא שהורה על זיכויים של המשיבים מהעבירה המיוחסת להם בכתב האישום.

ניתן והודע היום ח' בחשון, תשע"ג (24.10.12) בנוכחות הצדדים ובאי-כוחם.

ברלינר, קרא, סוקולוב

מרים סוקולוב, שופטת

ג'ורג' קרא, שופט

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד