

עפ"ג 26975/04/22 - מדינת ישראל נגד אחמד שמוך,

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 26975-04-22 מדינת ישראל נ' שמוך(עצור/אסיר בפיקוח)

לפני הרכב השופטים:

כבוד השופט אבי לוי [אב"ד]

כבוד השופט ערן קוטון

כבוד השופטת עידית וינברגר

המערערת מדינת ישראל

נגד

המשיב אחמד שמוך, (עצור בפיקוח)

ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת טל תדמור-זמיר, סגנית נשיאה) מיום 1/3/2022, שניתן בת"פ 9827-09-21.

פסק דין

זהו ערעור המדינה על גזר-דינו של בית-משפט השלום בחיפה (להלן: "בית משפט קמא") שניתן ביום 1.3.22 במסגרת ת"פ 9827-09-21 על-ידי סגנית הנשיאה, כב' השופטת טל תדמור-זמיר, בעניינו של המשיב, אחמד שמוך.

המשיב הורשע, על-סמך הודאתו, בעבירות שיוחסו לו במסגרת כתב-אישום מתוקן ואשר עניין - **התפרעות**, בניגוד לסעיף 152 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**" או "**החוק**");

והפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 275א ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

על המשיב הוטלו בערכאה הראשונה **7 חודשי מאסר לריצוי בפועל**, 6 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים, שלא יעבור עבירה שבגינה הורשע וקנס בסך 3,000 ₪.

הערעור הופנה כלפי **קולת העונש** שנגזר למשיב. במסגרתו, התבקשנו להחמיר בעונשו של המשיב כך שייגזר עליו **מאסר בפועל לתקופה משמעותית**.

כתב האישום

כעולה מעובדות כתב האישום המתוקן שבהן הודה המשיב, בחודש מאי 2021 התקיימה מערכה צבאית בין מדינת ישראל לבין ארגון החמא"ס ברצועת עזה אשר כונתה מבצע "שומר החומות". בימים שקדמו לאירועים מושא ההליך נתונה היתה האוכלוסייה האזרחית במדינה תחת מתקפה של אלפי רקטות. בה בעת התעורר גל הפרות סדר והתפרעויות אלימות ברחבי הארץ על רקע לאומני-גזעני, שכלל תקיפות כלפי כוחות המשטרה וביטחון, וכלפי אזרחים

עמוד 1

יהודים וערבים. במסגרת גל ההתפרעויות התרחשו בעיר עכו התפרעויות אלימות שבמהלכן בוצעו מעשי אלימות כלפי אזרחים וכוחות משטרה, ובכלל זה ידוי אבנים, ירי זיקוקים, השלכת בקבוקי תבערה. במסגרת ההתפרעויות הועלו באש עשרות מבנים, סירות ורכוש נוסף בבעלות יהודית, כל זאת על רקע לאומני-גזעני.

בתאריך 11.5.21 החל מהשעה 21:00 לערך ועד לשעה 02:30 בתאריך 12.5.21, בתקופה בה התנהל מבצע "שומר החומות", השתתף המשיב בהתפרעות אלימה בעיר עכו.

המשיב נטל חלק בהתפרעות באזור מסגד אל-ג'זאר (להלן: "המסגד"), במסגרתה ידה אבנים לעבר שוטרים שהגיעו למקום על מנת לפזר התפרעות אלימה, בכוונה להפריע להם כשהם ממלאים תפקידם כחוק או להכשילם בו. בהתפרעות שבה השתתף המשיב נזרקו אבנים נוספות על שוטרים.

בלילה שבין 12.5.21 ל- 13.5.21 סמוך לשעה 22:00 שב המשיב ונטל חלק בהתקהלות אסורה בעכו, במסגרתה חסמו רעולי פנים כבישים באמצעות פחי אשפה וחפצים אחרים, יידו אבנים ובקבוקי תבערה, ירו זיקוקים וגרמו לנזק לרכוש. המשיב הגיע למקום כשבידיו שני בקבוקי זכוכית ויידה אותם לכיוון השוטרים, שעמדו במרחק של מספר מטרים ממנו, בעוד מתפרעים אחרים ששהו בסמוך אליו, זורקים אבנים, בקבוקי זכוכית, ויורים זיקוקים לעבר השוטרים.

ביום 26.12.21 לאחר שתוקן כתב האישום במסגרת הסכמה שגובשה בין הצדדים, הודה המשיב במיוחס לו. ב"כ המשיב ביקש תחילה להפנותו לקבלת תסקיר, אך חזר בו מבקשתו זו, באומרו כי הוא נמצא בתנאים מגבילים קשים ומבקש לסיים את ההליך מוקדם ככל האפשר.

ביום 27.1.22 טענו הצדדים לעניין העונש, וביום 1.3.22 ניתן גזר דינו של בית משפט קמא.

גזר דינו של בית משפט קמא

בגזר הדין קבע בית המשפט קמא כי עסקינן באירוע אחד, שבגיננו יש לקבוע מתחם עונש הולם אחד, תוך שציין כי ייתן דעתו לכך שמדובר בשני "מעשים".

בגזר הדין סקר בית משפט קמא באופן מפורט את מדיניות הענישה הנהוגה, והתייחס לע"פ 901/22 **מדינת ישראל נ' אסווד** (24.2.22), לע"פ 3253/19 **אבו חומוס נ' מדינת ישראל** (24.6.20), לעפ"ג (מחוזי י-ם) 33417-02-16 **מדינת ישראל נ' אבו רגב** (20.3.16), לעפ"ג (מחוזי י-ם) 21523-08-15 **מדינת ישראל נ' ענאתי** (14.10.15), לעפ"ג (מחוזי י-ם) 33871-01-15 **מדינת ישראל נ' עזאיזה** (19.4.15), לת"פ (מחוזי חיפה) 51186-09-14 **מדינת ישראל נ' אלעל** (29.11.15), לת"פ (מחוזי י-ם) 24623-08-13 **מדינת ישראל נ' זגל** (24.10.13), לת"פ (שלום י-ם) 34888-07-14 **מדינת ישראל נ' אבו טיר** (12.1.15), לת"פ (חי') 43409-05-21 **מ"י נ' בלאל** (30.11.21), לת"פ (שלום חיפה) 18472-06-21 **מדינת ישראל נ' מאדי** (27.1.22) שני האחרונים ניתנו על ידי בית המשפט קמא.

בית המשפט קמא קבע מתחם עונש הולם הנע בין מספר חודשי מאסר ובין 16 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים.

לזכות המשיב שקל בית המשפט את הודאתו, ואת נסיבותיו האישיות כפי שנשמעו מפי סנגורו, ולחובתו שקל את עברו הפלילי הכולל 3 הרשעות קודמות בעבירות רכוש, אלימות וסמים, הראשונה בהן בבית משפט לנוער.

בסופו של דבר הטיל בית משפט קמא על המשיב את רכיבי הענישה שלהלן:

7 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו - מיום 16.8.21 עד יום 25.11.21; ; ששה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירה שבה הורשע; קנס בסך 3,000 ₪ או 10 ימי מאסר תמורתו שיסולם בששה תשלומים חודשיים שווים ורצופים החל מיום 1.6.22.

טענות הצדדים בערעור

בהודעת הערעור, כמו גם בטיעוניה בעל-פה, טענה המערערת כי העונש אשר הטיל בית משפט קמא מקל עם המשיב יתר על המידה ויש הצדקה להתערב בו.

לטענת המערערת בית משפט קמא קבע מתחם עונש הולם שאינו מתיישב עם עיקרון ההלימה ויש בו התעלמות מחומרת מעשי המשיב בנסיבותיהם, ממידת האקטיביות של המשיב, מהתקופה בה בוצעו המעשים, מהאווירה אותה יצרו, ומהצורך בהרתעת הרבים.

לטענת המערערת, לא ניתן משקל מספיק לפוטנציאל הנזק הגלום במעשי המשיב, לתכנון שקדם להם, לסיבות שהביאו את המשיב לביצועם, ולעוצמת הפגיעה בערכים המוגנים שהסבו מעשיו של המשיב.

נטען כי בית משפט קמא היה ער לחומרת המעשים, על רקע ביצועם, אך לא נתן לכך ביטוי בעונשו של המשיב, נמנע מליישם את הרטוריקה המחמירה בה נקט, בבואו לגזור את עונשו של המשיב, ובפועל הטיל עליו ענישה מקלה שאינה משקפת את חומרת המעשים.

למעלה מזאת, לא ניתן כל משקל לחשיבות ההרתעה ולסכנה הטמונה בעבירות שבביצוען הודה המשיב. לטענת המערערת, יש להכביד על המשיב ועל שכמותו את יד הענישה, ולהורות על מאסר בפועל לתקופה ממשית וארוכה יותר מזו שעליה הורה בית משפט קמא.

בדיון נטען כי יש משמעות רבה לעובדה שהמשיב חזר למחרת היום למוקד אחר בעכו, ויידה בקבוקי זכוכית אל עבר השוטרים. עוד נטען כי אירועי מבצע "שומר החומות" הם אירועים חריגים, ובהתאם לכך גם הענישה אמורה להיות ייחודית ורלוונטית לתקופה הסוערת המדוברת. הודגש כי עסקינן באירוע ארוך ומתמשך, ובמשיב שהשתתף, כאמור, בשתי התפרעויות במועדים שונים, ובשני מוקדים בעיר עכו.

עוד נטען, כי לא ניתן משקל מספיק לעברו הפלילי של המשיב.

ב"כ המשיב טען כי יש לדחות את הערעור ולהותיר את גזר דינו של בית משפט קמא על כנו.

נטען כי הערכאה הדיונית לא טעתה, וכי מתחם העונש ההולם שנקבע ומיקומו של המשיב בתוך המתחם מתיישבים עם

מדיניות הענישה הנהוגה במקרים רבים כמו זה בו עסקינן, מקרים אותם סקר בית המשפט קמא בגזר הדין, ואליהם הפנה ב"כ המשיב בדיון.

ב"כ המשיב הפנה לת"פ 43409-05-21 **מדינת ישראל נ' בלאל** (30.11.21) שניתן ע"י אותו מותב בעניינו של מי שהורשע בעבירות חמורות יותר, ונגזרו עליו 6 חודשי מאסר, ובאותו מקרה לא הוגש ערעור על קולת העונש. כמו כן הפנה לת"פ (מחוזי חי') 1734-07-21 **מדינת ישראל נ' אחמד עכאוי ואח'** (7.3.22) שם נגזרו על הנאשם 1, בגין עבירת התפרעות והפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות 6 חודשי מאסר בפועל, ובעניינם של נאשמים אחרים שם 8 חודשים. גם שם לא הוגש ערעור מטעם המאשימה.

עוד טען ב"כ המשיב, כי יש ליתן משקל משמעותי להודאת המשיב, וציין כי המשיב בחר להודות, בין היתר בהסתמך על כך שידע מהי הענישה הנהוגה במקרים אלה.

נטען כי יש משמעות אמנם להרתעת הרבים, אך בסופו של דבר הענישה צריכה להיות אינדיבידואלית. עוד טען ב"כ המשיב בדיון, כי הרתעת הרבים הושגה והיא כבר מורגשת בשטח, מעצם העובדה ששירות הביטחון הכללי היה מעורב בחקירת המעורבים באירועי "שומר חומות", וכי גם המשיב עצמו היה עצור במתקן השב"כ כחודש ימים, ומנוע מפגש עם עו"ד במשך 10 ימים.

ב"כ המשיב הלן על כך שהערעור הוגש מקץ 43 יום לאחר מתן גזר הדין, ולתחושתו הוא הוגש רק משום שהמערערת הגישה שתי הודעות ערעור נוספות שעניינן ערעורי המדינה על קולת העונש שנגזר על נאשמים שונים שהשתתפו בהתפרעויות בתקופת מבצע "שומר החומות". עסקינן בעפ"ג 26998-04-22 **מדינת ישראל נ' אבו היג'א** (להלן: "עניין אבו היג'א") ובעפ"ג 26952-04-22 **מדינת ישראל נ' אנטקלי**, (להלן: "אנטקלי") אשר אף הם הובאו לפתחינו.

עוד נטען כי המשיב כבר שוחרר ממאסרו, לאחר שלטענת סנגורו, נוכה שליש מתקופת מאסרו, על פי חוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א - 2001 ובנוסף, שוחרר עקב שחרור מנהלי. על כן, טען הסניגור, יש תחושה שהמדינה "מדברת בשני קולות", ביד אחת ניכתה לו המדינה שליש מתקופת מאסרו, וקיצרה את מאסרו קיצור מנהלי, ובשנייה הגישה ערעור על קולת העונש.

להשלמת התמונה יצוין כי הובהר שהמשיב היה עצור מיום 16.8.21 עד יום 25.11.21. לאחר מכן שוחרר בתנאים מגבילים.

את תקופת מאסרו צריך היה (בהתאם להחלטתה המקורית של סגנית הנשיאה קמא) להתחיל לשאת בתאריך 3.4.11, אך ביום 7.3.22 נעתר בית המשפט קמא לבקשתו להקדים את תחילת הנשיאה בעונש, ליום 13.3.22.

על כן, לאחר הפחתת שליש מתקופת מאסרו ושחרור מנהלי, שוחרר ביום 7.4.22.

כלומר, בסך הכל היה המשיב עצור תקופה של 13 שבועות, ולאחר מתן גזר הדין היה נתון במאסר תקופה נוספת של 3 שבועות וחצי.

לטענת המערערת, אנשיה כלל לא ידעו על בקשת המשיב להקדים את תחילת הנשיאה בעונש, משום שבקשתו לא הועברה לקבלת עמדתה, וגם על החלטת בית המשפט בנושא נודע לפרקליטות רק ביום הגשת הערעור.

דין והכרעה

לאחר שנתנו דעתנו לכלל הנתונים והנסיבות סבורים אנו כי אכן, כטענת המערערת, בית משפט קמא הקל עם המשיב יתר על המידה ויש מקום להתערב בגזר דינו, מתוך הכרה שההתערבות שמורה למקרים ייחודיים וחריגים, ותוך כיבוד הכלל שלפיו ערכאת הערעור, גם אם מתערבת בענישה, אינה ממצה את הדין.

כמו בית משפט קמא אף אנו סבורים כי מעשיו של המשיב חמורים הם מאוד. תמימי דעים אנו עם בית משפט קמא בקבעו "מדובר במעשים, שלא זו בלבד שיוצרים סיכון לשלומם של השוטרים, אלא שהם אף קוראים תיגר על ריבונותה של המדינה ושלטון החוק, וברי כי לא ניתן להשלים עמם". וכי "בתי המשפט עמדו לא אחת על החומרה הגלומה בעבירות התפרעויות המונים, שמציבות סכנה ישירה וממשית לחיי אדם, ואף עלולות להוביל לפגיעות רציניות בגוף וברכוש".

משכך, כקביעת בית משפט קמא "נקבע כי יש לנקוט במדיניות ענישה אשר תרתיע ותרסן התפרעויות שעלולות לסחוף המון רב ולצאת מגדר שליטה".

עוד נזכיר כי שעה שעסקינן בעבירות המבוצעות בידי המון מתפרע, אחריותו של היחיד אינה נקבעת רק לפי תרומתו הישירה לאירוע, אלא מתוך ראייה רחבה יותר המתייחסת אל מטרתו המשותפת של ההמון, אשר היחיד הוא חלק ממנו.

הסכנה לביטחון הציבור, לביטחון הנפש והרכוש, הפגיעה בסדרי השלטון והמשטר, ובאלו האמונים על השלטתם, במקרה דנן הן משמעותיות וממשיות ונמצאו במדרג חומרה גבוה.

כפי שהובהר, המשיב היה שותף בשתי התפרעויות המונים, לילה אחר לילה במסגרתם ידה אל עבר השוטרים שהגיעו למקום אבנים, ובאירוע השני אף זרק לעברם בקבוקי זכויות שהביא עמו מבעוד מועד.

המשיב הורשע בעבירת התפרעות, ובעבירה נוספת של הפרעה לשוטר בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 275א לחוק העונשין בצירוף סעיף 29.

בעניין **אנטקלי** הנ"ל התייחסנו לעבירה זו:

"עסקינן בעבירה שהוספה לחוק העונשין לפני מספר שנים והוגדרה בידי המחוקק כעבירת פשע שעונשה המרבי עומד על חמש שנות מאסר בפועל. תכליתה של העבירה היא להתמודד ישירות עם מעשים כדוגמת המעשים בהם כשל המשיב, ואך ברור הוא כי בתי המשפט אמורים לצקת תוכן לתכלית החקיקה.

בדברי ההסבר לתיקון החקיקה נכתב מפורשות: "אמנם יש עבירות נוספות בחוק שבהן הורשעו מידי אבנים על כלי תחבורה, ביניהן: עבירות של תקיפת שוטר (סעיף 274 לחוק), חבלה במזיד ברכב (סעיף 413 לחוק) או ניסיון לעבור אחת מעבירות אלה, אך אין בעבירות אלה כדי לתת ביטוי הולם לחומרת התופעה של ידוי

אבנים ולמאפייני הסיכון המיוחדים שהיא יוצרת". כן נרשם: "עבירה זו תהיה עבירה חמורה יותר מהעבירה של הפרעה לשוטר בשעת מילוי תפקידו לפי סעיף 275 לחוק, והעונש בצדה יהיה זהה לעונש המרבי הקבוע בצד העבירה של תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות לפי סעיף 274 לחוק" (ראו: דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 120) (יידוי או ירי של אבן או חפץ אחר), תשע"ה- 2014, ה"ח הממשלה 897, 122, 123).

בעניין אבו היג'א הנ"ל עמדנו על הצורך בהרתעת היחיד והרבים, בעבירות התפרעות המונים, לאור הסיכון הטמון בה, לחיי אדם ולשלטון אכיפת החוק במגינה דמוקרטית. הדברים יובאו להלן בהיותם רלוונטיים ונכונים גם לענייננו אנו:

"ערים אנו לכך, שמדיניות הענישה בכגון דא לא הייתה אחידה ולעיתים אף לא הייתה מחמירה די צרכה עד כה; כי נוצר פער מסוים בין הרטוריקה השיפוטית לבין התוצאות בפועל של הליכי העמדה לדין של פורעים למיניהם.

לצד האמור, אך לאחרונה, עמד בית המשפט העליון, במסגרתו של ע"פ 901/22 מדינת ישראל נ' אסווד (ניתן ביום 24.2.22), על החומרה הגלומה בעבירות התפרעויות המונים כשלעצמן, אשר מציבות סכנה ממשית וקרובה לחיי אדם ורכושו. לפיכך, נקבע כי "...יש לנקוט במדיניות ענישה אשר תרטיע ותרסן התפרעויות העלולות לסחוף המון רב ולצאת מגדר שליטה". עמד על כך בית משפט העליון במסגרת פרשה נוספת, בציינו כדלהלן - "התפרעויות של המונים בכלל ועל רקע לאומני בפרט, צריכות לזכות לתגובה עונשית קשה וכואבת, יהיה מוצאם של המתפרעים אשר יהיה. כך נוהגת מדינת חוק, וכך זכאים לצפות כל הבאים בשעריו של בית המשפט" (ע"פ 2285/05 מדינת ישראל נ' חמד, פסקה 7, 5.12.2005) (ההדגשות אינן במקור).

סבורים אנו, כי אכן באה שעתו של השינוי וכי עת לפעול להחמרת מדיניות הענישה, כך שזו תהלום את חומרת המעשים ואת פגיעתם הרעה; תטמון בחובה מניעה (המושגת על-ידי סילוק הפורעים מרחובות ישראל לתקופה ממושכת); ותביא להרתעה אמיתית, הן כלפי הפורע העומד לדין (יהיה מוצאו אשר יהיה), הן כלפי פורעים פוטנציאליים, וכאלה, למרבה הצער, רבים המה.

ערים אנו לכך, שהמונים השתתפו בהתפרעויות ההמוניות בתקופת מבצע "שומר החומות", מעטים מתוכם נעצרו; מעטים עוד יותר הובאו לדין בגין מעשיהם. הרתעת המוני המשתתפים (ואחרים העלולים בעתיד להשתתף) בהתפרעויות, צריך, אפוא, שתושג בין היתר, על-ידי החמרה ממשית בענישתם של אותם אלו שהובאו לדין.

על מערכת אכיפת החוק לסייע בשימור ערכי קדושת-החיים, שלמות הגוף והרכוש. עליה לסייע בשימור וביצירת תחושת-הביטחון בקרב חברי הציבור. עליה לתרום תרומתה לשימור ריבונות המדינה וערכי שלטון-החוק ולהגן על מי שעיסוקו הוא בביטחון הציבור ושמירה עליו.

הדרך לעשות כן היא על-ידי הטלת עונשים הולמים, עונשים אשר יש בהם כדי לשדר מסר ברור וחד; מסר של גיבוי והסתייגות תקיפה מהמעשה; עונשים, אשר יהא בהם כדי להרתיע הרתעת אמת.

מדינה חפצת-חיים חייבת להגן על ריבונותה, על סמלי שלטונה ועל כוחות אכיפת החוק שלה מפני פגיעה ומפני קריאת-תיגר אלימה. ככל שקריאת-התיגר היא נרחבת יותר ואלימה יותר, יש לראותה כמסוכנת יותר לאינטרסים החיוניים של המדינה. על קריאת-תיגר מסוכנת על מוסדות המשפט להגיב באמירות ברורות וחד-משמעיות של ענישה בלתי-מתפשרת.

[...]

על העונשים להיות כאלו שייצרו הרתעה אמיתית, כאלה אשר יעוררו פחד ויראה ואשר יהא בהם כדי להביא את השוקל "להיגרר", "להשתתף" או ליזום התפרעויות אלימות לשקול היטב את כדאיות המעשה. רק עונשים הנמדדים בתקופות מאסר ארוכות יוכלו לייצר הרתעה שכזו".

נוכח דברים אלה סבורים אנו כי מתחם העונש ההולם שקבע בית משפט קמא מקל יתר על המידה עם המשיב.

לזכות המשיב שקל בית משפט קמא, בצדק, את הודאתו. עם זאת, ככלל, על רקע אופי מעשיו המתוארים של המשיב וחומרתם, הרי שנסיבות אישיות, נסוגות בפני האינטרסים הציבוריים, שהם הדומיננטיים בכגון דא (ע"פ 3793/18 פלוני נ' מדינת ישראל (3.5.20)). משאלו הם פני הדברים, יש ליתן משקל מסוים, אך מוגבל, לכך שהמשיב הודה בעובדותיו של כתב האישום המתוקן.

משלא נערך תסקיר בעניינו של המשיב, אין בפנינו חוות דעת ממנה ניתן ללמוד על מידת מסוכנותו, והסיכון להישנות של התנהגות אלימה מצדו בעתיד, אך העדפתו שלא להעמיד עצמו לבחינת שירות המבחן, מטעמיו שלו, אינה יכולה להוות שיקול להקל עמו, בפרט משום שמסוכנותו משתקפת במעשיו המוכחים, ובעברו הפלילי, הכולל שתי הרשעות, בגין עבירות סמים וגניבה, בשנת 2019 ועבירות רכוש ואלימות (תקיפה כדי לגנוב) בהן הורשע בבית משפט לנוער.

לטעמנו, לא ניתן משקל הולם בגזירת העונש, למסוכנותו של המשיב, ולצורך בהרתעתו ובהרתעת הרבים.

כפי שציינו בעניין **אנטקלי הנ"ל**:

"מהומות מן הסוג האמור הופכות יחידים להמון מתלהם, איש גורר את רעהו ובאותה שעה נגרר אחריו. השתתפות הרבים במעשים, הצטרפות הרבים אל היחיד, הן הנותנות ליחיד את כוחו, וההתקהלות ההמונית משלהבת יצרים, מסירה חסמים, ובמסגרתה נותנים צעירים מסוגו של המשיב דרור ליצריהם האפלים תוך העמדת ביטחון הציבור, ביטחון רכושו, והעושים לביטחונו, בסיכון של ממש.

על רקע האמור ברי כי בעת קביעת העונש בגבולות מתחם העונש ההולם יש לתת משקל ממשי לשיקולי ההרתעה, הן הרתעת היחיד והן הרתעת הרבים העלולים לפעול כמותו. סבורים אנו כי שיקולים אלו לא קיבלו ביטוי בגזר דינו של בית משפט קמא."

נתנו דעתנו לכך שהמשיב סיים לשאת בעונש המאסר בפועל שהטיל עליו בית משפט קמא עוד ביום 7.4.22, ואנו סבורים כי במקרה שלפנינו המערערת אכן התמהמהה יתר על המידה, כאשר המתינה עם הגשת הערעור 43 יום ממועד גזר הדין.

עם זאת, אנו סבורים, כי חוסר ההלימה בין חומרת מעשיו של המשיב, בגינם הורשע, לבין העונש שנגזר עליו (בפרט בשים לב לתקופה, שאותה נשא בפועל מאחורי סורג ובריח), הינו כה משמעותי, עד שאין בהתמהמהות המערערת בהגשת הערעור כדי להוות שיקול מספיק שלא להחמיר בעונשו.

לכך יש להוסיף כי המערערת לא היתה מודעת לכניסתו של המשיב לבין כתלי בית האסורים קודם למועד שעליו הורה תחילה בית משפט קמא, ואף לא היתה מודעת לשחרורו קודם להגשת הערעור, שעה שסברה שבעת הגשת הערעור המשיב רק החל לשאת ביתרת תקופת המאסר.

נתנו דעתנו גם לטענת ב"כ המשיב, כי המדינה מדברת, לכאורה, "בשני קולות", מחד גיסא, מפחיתה מתקופת מאסרו

של המשיב שלישי, ומקצרת את מאסרו קיצור מנהלי, ומאיך גיסא, מגישה ערעור לאחר סיום מאסרו.

לטעמינו, בטענתו זו של הסנגור, למרות היותה שובת לב, אין ממש ובוודאי שאין בה כדי להכריע את דין הערעור. בית המשפט (ובית המשפט שלערעור בכלל זה) שוקל שיקולי הלימה, מניעה, הרתעה ושיקום. הוא גוזר את דינו של נאשם מתוך שקלול בין השיקולים הללו. ערכאת הערעור תפקידה לבקר את ההלימה וההתאמה בין מידת העונש שנגזר לבין חומרת המעשה. לעומת זאת, שחרור מוקדם מכח חוק שחרור על תנאי ממאסר תשס"א - 2001, נעשה בהתאם לשיקולים הקבועים בו, ושחרור מנהלי ממאסר הוא פעולה מנהלית שאין בינה לבין שיקולי ענישה דבר - שהרי זהו הכרח הנובע מתקן הכליאה הנקבע על ידי השר לביטחון פנים מדי שנה, והפרמטרים היחידים הנשקלים בו הם תקופת המאסר שנגזרה לאסיר ויתרת מאסרו (סעיפים 68ב-68ג לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] תשל"ב - 1971).

על כן, בבואנו לשקול אם יש מקום להתערב בעונש שנגזר על המשיב, ולהחמירו לאחר שמצאנו כי הוא חוטא לצרכי ההלימה וההרתעה ומשדר מסר סלחני ופשרני כלפי העבריינים, לא נכון יהיה להימנע מהחמרת העונש, אך ורק מהטעם שעונשו של המשיב קוצר על ידי ועדות בעלות אופי מנהלי, מטעמיהן.

בנוסף, ראוי להדגיש, כי הערעור אמנם הוגש 43 יום לאחר מתן גזר הדין, ביום 13.4.22, אך המשיב לא שוחרר ממאסרו עם מתן גזר הדין, שכן היה משוחרר באותו מועד, ולאחר שביקש להקדים את תחילת המאסר ליום 13.3.22, שוחרר ביום 7.4.22, היינו 6 ימים טרם הגשת הערעור.

בעניין **אבו היג'א** ובעניין **אנטקלי** הנ"ל התייחסנו לכך שקבלת הערעור משמעה החזרת המשיב למאסר והפננו לשיקולים, כפי שהובאו בפסיקה, הנכונים גם למקרה שלפנינו:

"נוהג הוא בבית המשפט כי אם הנאשם כבר סיים את ריצוי עונש המאסר שהושת עליו, או אף אם רק מתקרב לסיום תקופת המאסר שנגזרה לו, יש בכך כדי להשפיע, אם בהרבה ואם במעט, על שיקול דעתו של בית המשפט שלא להחמיר בעונש - על אף שמן הראוי היה לעשות כן - וזאת משום שהנאשם כבר הציץ וראה את אור החירות, ואין זה מן הראוי, בשלב כגון זה, לחזור ולשלול את חירותו" (בש"פ 1691/92 מדינת ישראל נ' ריבו, פ"ד מו(3) 332, 336-337 (1992)).

מכאן, כי ערכאת הערעור לא תמהר להשיב אדם שהשלים נשיאת עונשו אל מאחורי סורג ובריח; מקום בו הרשות השתתה ובכך גרמה לו, לאותו נדון, לתקוות-שווא, שעניינו הסתיים וכי אין הוא צפוי לענישה נוספת, רתיעת ערכאת הערעור להשיבו לריצוי מאסר תגבר עוד יותר.

עם זאת,

"...אכן, נאשם כזה לא עוד מציץ מן החרכים אלא כבר יצא לחופשי. יחד עם זאת, מבעד לחלון עומד גם האינטרס הציבורי. ייתכן שאינטרס זה יחייב החזרת האסיר שכבר השתחרר או הארכת מאסרו של האסיר העומד ערב שחרורו. זהו אמנם חריג, ברם טבעם של שיקולי ענישה הוא כי גם אם שיקול אחד בעל משקל רב

בדרך כלל, במקרה המיוחד שיקול אחר - בעל משקל רב יותר - ייקח את הבכורה. ואולם אף במצב כזה, אורכה של "תקופת ההחזרה" של אסיר ששחרר או של "תקופת ההארכה" לאסיר העומד לקראת שחרורו - יושפע מהעובדה שהאסיר כבר שוחרר או עתיד להשתחרר כשיקול לקולה. אמנם, רק בנסיבות מיוחדות יגדיל בית משפט שלערוור עונש מאסר, כשהגדלתו כרוכה בהחזרת העבריין לבית הסוהר ממנו השתחרר בינתיים. ואולם, אין מדובר בכלל גורף אלא בעניין המסור כאמור לשיקול דעתו של בית המשפט. כך, למשל, אין מקום ליישום כלל זה כאשר הערכאה הראשונה מטילה עונש קל עד כדי החטאת מטרת הענישה (ע"פ 4038/14 מדינת ישראל נ' אבו עאבד, פסקה 7, ניתן ביום 15.7.14) (ההדגשות אינן במקור).

כפי שפורט בהרחבה, מאחר ולטעמנו, העונש אשר הוטל בערכאה הראשונה אינו מתיישב עם צרכי הענישה, ההרתעה וההלימה, ברי כי לא ניתן יהיה להותירו על כנו, גם אם המשמעות תהא "החזרתו" של המשיב למאסר מאחורי סורג ובריה (ראו לעניין זה, בין היתר, רע"פ 8570/20 עאסי נ' מדינת ישראל ניתן ביום, 5.1.21).

ראו גם: רע"פ 6941/20 משי נ' מדינת ישראל (29.10.20).

הפער בין העונש הראוי לבין זה שהוטל, והעובדה שהעונש שהוטל חוטא באורח משמעותי מאד לצורכי ההרתעה וההלימה, מצדיקים להורות על הענשת המשיב באורח מחמיר הרבה יותר מזה שקבע בית המשפט קמא, אף בהינתן העובדה שהמשיב סיים לשאת בעונש המאסר בפועל שהטיל עליו בית משפט קמא.

סוף דבר

בהתחשב בכל האמור אנו מעמידים את תקופת המאסר בפועל שהוטלה על המשיב על שניים עשר (12) חודשים, **בניכוי תקופת מאסרו עד כה וימי המעצר.**

יתר חלקי גזר דינו של בית משפט קמא יוותרו על כנם.

ניתן היום, י"א אייר תשפ"ב, 12 מאי 2022, במעמד הצדדים.

ע' וינברגר, שופטת

ע' קוטון, שופט

א' לוי, שופט
[אב"ד]

