

**ע"פ 3445/19 - חמיסעראייש, ממدوח בכור, פאדי מחמוד סعيد בכור זגירה
נגד מדינת ישראל**

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

**ע"פ 3445/19
ע"פ 3123/20**

לפני:
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

המערערם ב-ע"פ 3445/19:
1. חמיסעראייש
2. ממدوח בכור
המערער ב-ע"פ 3123/20:
פאדי מחמוד סعيد בכור זגירה

נגד

המשיבה ב-ע"פ 3445/19 ו-ע"פ מדינת ישראל
:3123/20

ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי ב-באר
שבע ב-תפ"ח 16-09-2019 4633 מיום 4.4.2019
ו-2020 2.4.2020 שנitin על ידי כב' סגן הנשיאה נ' זלוט'ובר
והשופטים ש' פרידלנדר ו-ד' כהן

תאריך הישיבה:
(29.07.2020) ח' באב התש"ף

בשם המערער 1 ב-ע"פ
עו"ד צמל לאה :3445/19

בשם המערער 2 ב-ע"פ
עו"ד מוחמד ג'בארין :3445/20

עמוד 1

בשם המערער ב-ע"פ 3123/20: עו"ד עבד אבו עאמר

בשם המשיבה ב-ע"פ 3445/19: עו"ד חיים שוייצר
ו-ע"פ 3123/20:

מתרגמן: מר אשראף קרעין

פסק דין

השופט י' אלרון:

המעעררים, שלושה תושבי רצעת עזה, הורשו על פי הودאות במספר עבירות נשק בגין הברחת חומר נפץ רב על גבי שירותים מצרים לרצת עזה והחזקת נשק, ונגזרו עליהם עונשים של 8, 8 וחצי ו-13 שנות מאסר בפועל לצד ענישה נלוית.

הערעורים שלפנינו מופנים לפני חומרת העונשים שנגזרו עליהם.

רקע

1. כתוב האישום הוגש בתחילת נגד שלושת המערערים יחד, אולם במהלך審理 הופרד ההליך בעניינם: המערערים בע"פ 3445/19 (להלן: חמיסוממדוח) הודה בעבודות כתוב אישום מתוקן; ובשלב מאוחר יותר בהליך, המערער בע"פ 3123/20 (להלן: פאדי) הודה אף הוא במינויו לו במסגרת כתוב אישום מתוקן.

שלושת האישומים הראשונים שבשני כתבי האישום המתוקנים חופפים בעיקרם וمبוססים על אותם אירועים – ועל כן יתוארו יחד; ואילו האישום הרביעי בכתב האישום שהוגש נגד ממדוחוחמים מתייחס לאחרון בלבד.

2. על פי המתואר באישום הראשון לכתביו המתוקנים, במהלך השנים 2012-2013 פנה פאדי חמיסוממדוח בבקשתו כי יבריחו עימו חומר נפץ מצרים לרצת עזה. משנענו לבקשתו, יצאו עימו השניים בסירה לכיוון מצרים, הגיעו לנקודת מפגש בה סופקו להם שקים שהכילו בין היתר, למעלה מ-70 ק"ג חומר נפץ ועשרות ק"ג טבק. השלושה חזרו לרצת עזה, מסרו את השקים לאדם אחר וקיבלו תשלום 5,000 ש"ח אשר נמסרו לפאדי וחולקו בשווה בין השלושה.

3. באישום השני לכתביו המתוקנים נטען, כי במהלך שנת 2012 או בסמוך לכך תיאם פאדי הברחה נוספת מצרים לרצת עזה, ולצורך כך יצר קשר עם ממדוח ואחרים. פאדי, ממדוח ואדם נוסף נוספו לשיטתם לנקודת מפגש, בהפגשו באחרים שהעמיסו על הסירה 70-90 שקים, אשר חילקו טbak וחלקו הכלilo חומר נפץ.

משבו לרשות עזה נמסר להם שההברחה הتبיעה בגבי ארגון "חמאס", ושולם לכל אחד מהשלשה שכר של 1,800 דולר.

4. באישום השלישי לכתבי האישום המתוκניםתוואר, כי במהלך חודש אפריל 2016, או בסמוך לכך, פנה פאדי חחמייס בבקשתו כי יבריח עימו חומר נפץ מסוג TNT ממצרים לרשות עזה. השניים הגיעו בשני רעלוי פנים שמסרו להם מכשיר טלפון נייד, שבאמצעותו היה עליהם ליצור קשר עם אדם מצרי לצורך ביצוע ההברחה. לאחר שתיאמו את ההברחה עם האדם המצרי, הגיעו לנקודת מפגש בה המתינו להם 8 אנשים רעלוי פנים אשר החלו להעמיק על סיורם שקי חומר נפץ, אשר כל אחד מהם שקל כ-15 ק"ג.

ה dwóch החלו בהפלגה חוזרת לרשות עזה, ועדכנו על כך איש קשר שהמתין להם באזורי החוף של רשות עזה. אולם, בעודם מפליגים בדרך חזרה, סירת חיל הים פגשה בהם, וביצעה ירי לכיוון מגע סיורם של פאדי חחמייס. השניים הגיעו לים והגיעו בשחיה לחוף לאחר שהסירה פוצצה על ידי כוחות צה"ל.

5. על פי האישום הרביעי לכתב האישום שהוגש נגד חמיסוממדוח, המתיחס כאמור לחמים בלבד, בשנת 2014 גמל הלה בלבו לבצע פגוע התאבדות במטרה לגרום למותם של ישראלים ולפגוע בביטחון המדינה. לצורך כך, ביצעה מסתציפות לעבר אזור הגבול עם ישראל אשר נעו בו ג'יפים ישראלים, והציגו דבשני רימוני יד.

אולם לבסוף, במהלך מבצע "צוק איתן", הבחן חמיס כי מיקום הפגוע המתוכנן נחשף על ידי כוחות צה"ל, והחליט שלא לבצע את הפגוע.

6. בגין מעשים אלו, הורשו כל אחד מהמערערים, על פי הודאותיהם, בעבירות של הובלה והעברת חזקה בנסיבות סעיף 144(ב2) סיפא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובעבירה של החזקת נשק לפי סעיף 144(א) רישא לחוק זה.

גזר הדין בעניינים של חמיסוממדוח

7. ביום 4.4.2019 ניתן גזר הדין בעניין חמיסוממדוח.

בית המשפט המחוזי בבאר שבע (сан הנשייה נ' זלצובר והשופטים ש' פרידלנדר וד' כהן)קבע מתחם ענישה כולל לאירועי ההברחה של חמיס; מתחם נפרד להחזקתו ברימוני יד לצורך ביצוע פגוע התאבדות בישראל; ומתחם ענישה כולל לאירועי ההברחה שבהם היה מעורב ממדוח.

8. בקביעת מתחמי הענישה בגין אירועי ההברחה, הדגיש בית המשפט המחוזי את הפגיעה החמורה שגרמו השנים לביטחון המדינה ולשלום אזרחיה, ואת הסיכון הגלום בהברחת חומר נפץ המשמשים לפגוע טרור נגד חילים ואזרחים ישראלים.

משמעות מדיניות הענישה הנהוגת בגין הברחת נשק לרשות עזה ועל נסיבות ביצוע המעשים, ובכלל תפקידם המשני באירועים ביחס לזה של פאדי, שיזם את ההברחות ונטל חלק בכלל,קבע בית המשפט המחוזי את מתחם העונש ההולם בגין מעשיי ההברחה שבhan היה מעורב חמיס בין 9 ל-14 שנות מאסר בפועל; ואת מתחם העונש ההולם בגין הברחה בהן היה מעורב ממדוח בין 7 ל-12 שנות מאסר בפועל.

אשר להחזקת רימוני היד על ידי חמיס לצורך ביצוע פגוע התאבדות בשטח ישראל, תוך ביצוע תוכנית לשטח

הארץ לתוכנן הפיגוע, הודגשה חומרת המעשים; ונקבע כי מתחם העונש ההולם מעשים אלו הוא בין 4 ל-6 שנות מאסר בפועל.

9. בסופה של דבר, ולאחר שבchan את נסיבותיהם האישיות של חמיסוממדוח, ובכללן את מצבם הכלכלי הקשה, גזר בית המשפט המחויז על חמיס עונשים של 13 שנות מאסר בפועל בגין ימי מעצרו; 18 חודשים מאסר על תנאי לבל עברור עבירות נשק או עבירה נגד ביטחון המדינה למשך 3 שנים מיום שחרורו; וקנס כספי בסך 30,000 ש"ח או 6 חודשים מאסר תמורתו.

על מנת חמיס עונשים של 8 שנות מאסר בפועל בגין ימי מעצרו; 18 חודשים מאסר על תנאי לבל עברור עבירה נשק או עבירה נגד ביטחון המדינה למשך 3 שנים מיום שחרורו; וקנס בסך 30,000 ש"ח או 6 חודשים מאסר תמורתו.

גזר הדין בעניינו של פאדי

10. ביום 2.4.2020 ניתן גזר הדין בהתייחס לעניינו של פאדי.

בית המשפט המחויז בbaar שבע שב והציג את הפגיעה החמורה שגרם פאדי לבטחון המדינה ולשלום אזרחיה בהברחת חומרה הנפץ לרצעת עזה, ואת הסיכון הגלום בכך לתושבי המדינה ולהייל צה"ל.

11. משעמד על מדיניות העונשה הנוגגת, קבע בית המשפט המחויז כי מתחם ההולם את מעשיו הוא של 9 עד 14 שנות מאסר בפועל, בדומה לזה שנקבע בעניינו של חמיס.

הודגש, כי אומנם מתחם זה מחמיר מזה שהמשיבה טענה לו, שעד 6 עד 10 שנות מאסר בפועל, אולם "הכלל שלפני בית המשפט לא יחמיר בעונשו של נאשם מעבר למאה שהtabיעה בבקשתו וקיים בכך שהעונש ... לא עולה על זה שהמאמישה עתרה לו". זאת, אף שלגישת בית המשפט המחויז העונש לו עטרה המשיבה, אשר עמד על 8 וחצי שנות מאסר בפועל, מקל עם פאדי ואינו מבטא את חלקו הדומיננטי במעשים.

12. בשים לב לנסיבותו האישיות של פאדי, ובכלל זה היuder עבר פלילי לחובתו, הודהתו במינויו לו בכתב האישום המתוקן, ומצבו הכלכלי הקשה, נגזרו עליו עונשים של 8 וחצי שנות מאסר בפועל בגין ימי מעצרו; 18 חודשים מאסר על תנאי לבל עברור עבירות נשק או עבירה נגד ביטחון המדינה למשך 3 שנים מיום שחרורו; וקנס כספי בסך 30,000 ש"ח או 6 חודשים מאסר תמורתו.

טענות הצדדים בערעוריהם

13. בערעוריהם שלפנינו נטען כי יש להקל בעונשייהם של המערערים, אשר חריגים לחומרה מדיניות העונשה הנוגגת.

במסגרת זאת, נטען בין היתר כי אין כל ראייה לכך שהsthורה שהוברכה נועדה לשמש ארגון טרור, מלבד המתואר באישום השני בכתביו האישום שהוגשו נגד פאדיוממדוח; כי המערערים אינם חברים בארגון טרור ולא הבירחו את חומר הנפץ לטור שטח ישראל; וכי נסיבות החיים הקשות ברצעת עזה מצדיקות אף הן התחשבות לקולא עם השלושה, לאחר שפיעלו על רקע מצבם הכלכלי הקשה ובשל מוראות מהשלכות סירובם להברחת הנשק לרצעת עזה.

נוסף על כך, נטען כי לא ניתן משקל מספק למצבם הכלכלי הקשה של המערערים. זאת, בפרט ביחס לחובם בקנסות על סך 30,000 ש"ח, אשר אין ידם משותם לשלם, ועל כן משמעותם היא החמרת עונשיהם בחצי שנות מאסר מאוחשי סורג ובריח.

14. בהתייחס לפאדי, נטען גם כי יש להקל בעונשו לנוכח הימשכות ההליך בעניינו בשל סירוב המשיבה להגיע עמו להסדר בשלב מוקדם יותר; מעכrazו הממושך בתנאים קשים; משך הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים ועד למתן גזר הדין והתיקון המשמעותי של כתוב האישום שיוחס לו, בגין נמקה/עבירות ביחסוניות חמורות שיוחסו לו בתחילת.

עוד נטען כי עיקר עיסוקו בדיג ובהברחת סchorה "אזורית" לרצעת עזה, וכי לא הייתה לו אפשרות של ממש לסרב להברחת חומר הנפץ במקרים שתוארו בכתב האישום המתוקן שהוגש נגדו. על כן, נטען כי "מדובר בעבירות שבוצעו תוך קרבה של ממש לסייג הכוורת", באופן המצדיק הקללה בעונשו.

15. באשר לחרמיס, נטען כי חרף החומרה שיש לייחס לכונתו לבצע פיגוע בשטח ישראל, הרי שמשוחררו בו ונמנע מלעשות כן – היה מקום להקל עמו.

16. מנגד, בדיון לפנינו טען בא כוח המשיבה כי אף אם יש מקום להקל בגובה הקנסות שהמערערים חוויבו לשלם, הרי שעונשי המאסר בפועל שנגזר עליהם הולמים את חומרת מעשיהם ואין חורגים באופן ממדיניות הענישה הנוגגת.

דין והכרעה

17. לאחר שיעינו בטענות הצדדים וسمענו את טיעוניהם בדיון שהתקיים לפנינו, הגיעו לכלל מסקנה כי דין העורורים על חומרת עונשי המאסר בפועל שנגזר על המערערים להידחות.

18. הלכה היא כי אין זה מדרכה של ערכאת העורור להתערב בחומרת העונש, אלא במקרים חריגים שבהם נפלת טעות מהותית ובולתת בגורם הדין, או כאשר העונש שנגזר על המערער חריג באופן קיצוני מהענישה הנוגגת בנסיבות דומות (ע"פ 18/2802ג'אמיס נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (26.7.2018)).

19. העבירות שבhan הורשו המערערים חמורות ביתור.

כתוצאה ממעשיהם הובילו לשטח רצעת עזה عشرות ק"ג של חומר נפץ העולאים לשמש לפגיעה בח"י אדם חלק מהמאבק המזוין של ארגוני הטרור בrzcut עזה נגד מדינת ישראל, אזרחיה וחיליה; ולפחות במקרה אחד אף נאמר בפירוש לפאדי ולמדוח כי חומרי הנפץ יושמו את ארגון הטרור הרצחני "חמאס" (השו להעתה חברות השופטהן ברק-ארץ בע"פ 723/16 מדינת ישראל נ' אלעמור (12.1.2017)).

הת חמשותם של ארגוני הטרור בrzcut עזה מהוות איום של ממש על ביטחון אזרחי מדינת ישראל וחיליה. כוחות הביטחון עושים ימים כלילות במהלךם במסע הת חמשות זה, אשר סופו בירי רקטות בלתי פוסף לעבר יושבי ישראל ובבסיסי צה"ל בעוצמות ובהיקפים שונים מזה שנים רבות.

נסיבות חייהם הקשות של תושבי רצעת עזה אין מצדיקות פעלויות במסגרת ארגוני הטרור ולטובתם בתמורה כספית, מהוות למעשה מתן כתף ומשענת למאבק המזוין של ארגוני הטרור נגד ישראל. בהתאם לכך, יש לנקיוט באמצעות קשיים כלפי אלו המעורבים בהברחת אמצעי לחימה לשטח הרצעה (ראו למשל ע"פ 08/1465נן ג'אר נ').

מדינת ישראל (11.4.2011)).

20. עונשי המאסר שנגזרו על המערערים בגין מעורבותם בהברחת חומר נפץ לרצעת עזה תואמים מדיניות עונשה זו, ואינם חריגים באופן ניכר מallow שנקבעו בנסיבות דומות (ראו למשל ע"פ 6491/08 ברדוויל נ' מדינת ישראל (16.3.2009), שם נגזרו 8 שנות מאסר בפועל בגין איורע אחד שבמהלכו הוברכה כמות גדולה של חומר נפץ לרצעת עזה).

ممילא איני מוצא ממש בטענות המערערים בעניין זה.

21. אף ההחמרה בעונשו של חמים ביחס ליתר המערערים, בגין הצדידותם בשני רימוני יד לצורך ביצוע פיגוע התאבדות בשטח ישראל, אינה מצדיקה את התערבותנו.

כפי שהודגש לא אחת, עבירות החזקת הנשק עשויות להתבצע על רקע מוגע נסיבות רחבה שבהן יש להתחשב בעת קביעת העונש על ביצוען (ראו למשל ע"פ 13/13 חון נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (5.6.2013); ע"פ 1332/04 מדינת ישראל נ' פס, פ"ד נח(5) 541, 544 (2004)). הצדידות בנשק לצורך ביצוע פיגוע קונקרטי – אשר לקראתו אף נערכו ציפויות מקדיימות לבחירת המועד והמקום שבו שיביא להרס מרבי – הינה וודאי בין הנסיבות החשובות שבUberiorות החזק הנשק.

אומנם, חמים חזר בו לבסוף מכונתו לבצע את הפיגוע – אך הדבר לא נבע מהבנתו את חומרת המעשים; כי אם מהבנתו שמתווה הפיגוע אותו תכנן לבצע נחשף, ועל כן יתקשה להוציא לפועל את תכנית הפיגוע אותה תכנן.

בנסיבות אלו, איננו סבורים כי עונש המאסר בפועל שנגזר על חמים מצדיק את התערבותו של בית משפט זה כערצת ערעור.

22. אשר על כן, אנו דוחים את שלושת הערעורים המופיעים כלפי עונשי המאסר בפועל שנגזר בבית המשפט המחוזי על המערערים.

עם זאת, ובשים לב לעמדת בא כוח המשיבה בדיון שהתקיים לפני פנינו כי יש מקום להקל בנסיבות שנגזרו על המערערים, יופחתו הקנסות שנגזרו על המערערים, כך שהकנס שכל אחד מהם יחויב לשלם יהיה על סך 5,000 ש"ח או חודש מאסר בפועל תמורה; ואילו יתר רכיבי העונשה יוותרו על כולם.

ש | פ | ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכימים.

ש | פ | ט

השופטת ד' ברק-ארז:

לא בלי התלבטות אני מסכימה לדחית הערעורים על עוני המאסר בפועל שהושטו במקרה זה, לצד הפחתת הנסיבות שהוותו.

אין ספק שעבירות שענין הברחת חומר נפץ לרצעת עזה הן חמורות וכרכות בסיכון למדיינת ישראל. בהתאם לא יכולה להיות מחלוקת על חשיבותה של ההרתה מפניהן. לצד זאת, כאמור, ישנה משמעות לא רק לחומרתן הכלילית של העבירות, כי אם גם למאפיינים הספציפיים של המעשים המוחסמים לנאים. בעניינו ישנה חשיבות לעובדה שלא יוכסו למערערים עבירות של חברות בארגון טרור או סייע לו. מכתב האישום עולה מציאות חיים של דיברים העוסקים בפעולות הברחה בלתי חוקית. השאלה שבה יש להתמקד בעניינו אינה האם יש מקום להעמדה לדין ולענישה, אלא מהי הענישה המידנית והראوية בהתחשב מכלול הנסיבות (ראו והשוו: ע"פ 11/8638 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דין (8.3.2015)).

לאחר דברים אלה, בהתאם לאמות המידה הנוהגות ביחס לתקינה של ערכאת ערעור בגזרת הדין, הגעתו לכלל דעתה כי רמת הענישה שנגזרה בעניינו אינה מחייבת התרבות, הוגם שהיא עומדת על רף גבוהה יחסית. כן נתתי דעתן לכך שבשים לב לעמדת השגיצה המדינה בדיון בפנינו הופחתו הנסיבות שהוותו על המערערים, אשר עמדו ביחס בלתי הולם לטבות ההנאה שהפיקו מן העבירות שביבעו, ובמנוחת מהדוחק הכלכלי שבו הם נטוונים.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דין של כב' השופט י' אלרון.

נitan היום, כ"ט באב התש"ף (19.8.2020).

שופט

שופט

שופטת