

ע"פ 5579/19 - מדינת ישראל נגד מוחמד מלחם

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעוורים פליליים

ע"פ 5579/19

לפני:
כבוד השופט י' עמיהת
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שטיין

המערערת:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב:

מוחמד מלחם

ערעור על גזר הדין שניתן ביום 25.6.2019 על ידי בית
המשפט המחויז חיפה (השופט א' אליקים, ס"נ) בת"פ
39155-11-16

תאריך הישיבה:

ח' בשבט התש"ף (03.02.2020)

בשם המערערת:

עו"ד רחל זוארץ-לו'

בשם המשיב:

עו"דعادל ביראת
עו"ס הגר איבב

בשם שרות מבחן למבוגרים:

פסק דין

עמוד 1

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין - verdicts.co.il

העובדות ופסק הדין קמא

1. בשנת 2016 נפתחה בפיגוע חבלני רצחני. ביום הראשן של אותה שנה, בסביבות השעה 14:40, הגיע נשאד מלוחם (להלן: המחבר) לרחוב דיזנגוף בתל אביב, בסמוך לפаб "סימטה", כשבתו כוראן וכל' ירי מסוג פלקון (להלן: הנשך). המחבר ירה מושך זה למעלה מ-20 כדורים לעבר יושבי הפאב, גרם למותם של אלון בקל, ז"ל, ושמען רויימי, ז"ל, וכן לפציעתם של אנשים נוספים, ונמלט מהמקום. במהלך בריחתו, עלה המחבר למונית וביקש מנהגה, מטהו אל קריינאי, ז"ל, להסייעו לצפון העיר. סמוך למילון "מנדרין", חشد המחבר כי נהג המונית עשוי להסגירו למשטרת וועל כן הוא ירה בו באמצעות הנשך והרגו. לאחר מכן, מצא המחבר את דרכו אל גג בניין ברמת אביב, שם הוא תלה שתי יריעות بد, על אחת מהן נרשם השם "דعاש" ועל השניה נכתב, בשפה הערבית, "אין אלהים מלבד אלה ומוחמד שליח האל". שם נסע המחבר למקום מסטור בכפר ערערה. בחולף שבוע, כוחות הביטחון איתרו את המחבר בבית נתוש וביקשו לעצרו, והלה פתח בירוי לעברם. הכוחות השיבו בירוי והרגו.

2. המשיב נכנס לתמונה עגומה זו ביום 3.1.2016 כאשרפגש את המחבר במקומו המסתור. המחבר אחז בנשקו ומספר למשיב כי ביצע את הפיגוע הרצחני. לבקשת המחבר, רכש המשיב עבورو מכשיר טלפון סלולרי חדש ומסר לידי את המכשיר. בשל כך, הורשע המשיב, על פי הודהתו במסגרת הסדר טיעון, בסיווע לאחר-מעשה-פשע - עבירה לפי סעיפים 260 ו-261(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), שעונשה המרבי הוא שלוש שנים מאסר, בגדרו של ת"פ 39155-11-16 אשר נדון בבית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' אליקים, ס"נ). לאחר שהרשיע את המשיב כאמור ולאחר ש核实 את הריאות לעונש, אשר כללו, בין היתר, שבעה תסקרי שירות המבחן וחווות דעת של המmonoה על עבודות שירות, גזר עליו בית משפט קמא, ביום 19.5.2019, ששה חדשים מאסר על תנאי לבסוף תוך שנתיים עבירה לפי סעיף 260 לחוק העונשין; צו מב奸 למשך שישה חודשים וכן עבודות שירות בהיקף של 300 שעות (להלן: גזר הדין או גזר הדין קמא).

הערעור

3. המדינה מערערת כתע על גזר הדין קמא, שלשיתתה מקל עם המשיב באופן קיצוני ולא נותן ביטוי לכך שהסיווע שהמשיב הושיט למחבר חמוץ אחרי הפיגוע הרצחני סיקן את ביטחונם של המדינה ושל אזרחיה. המדינה מוסיפה וטענת כי מדובר בסיווע שלא רק אפשר למחבר ליצור קשר עם תומכיו ולהגדיל את סיכון ההימלטות שלו מזרועות הביטחון - דבר החמור כשלעצמם - אלא גם הפך את המחבר למסוכן עוד יותר, כמו שעלול היה לבצע פיגוע נוספת. המדינה ביקשה מأتנו אפוא כי נשנה את גזר הדין קמא ונחמיר בעונשו של המשיב "באופן ניכר, אשר ישקף את החומרה היתירה הגלומה במעשי, ואשר יהיה בו כדי להרתיע ולהעביר מסר ברור וחד משמי, כי המבצעים עבירות מסווג זה צפויים לעונש ממשי".

טענות הצדדים

4. במהלך הדיון שהתקיים לנוינו, חזרה המדינה על טענות אלו ופירטה אותן אחת לאחר. מנגד, המשיב טען כי בית משפט קמא הטיל עליו עונש הולם בהתחשב בנסיבותיו וביקש מأتנו לא להתעורר בעונש זה. לטענת המשיב, הוא נטל אחריות למעשי, הביע חרטה עליהם, וכן הודה בהם בפני בית משפט קמא ועל ידי כך חסך מזמןו וזמןנה של

התביעה. כמו כן הצבע המשיב על גילו הצעיר יחסית בזמן ביצוע העבירה (22); על כך שאין לו הרשות קודמות; על כך שהוא כבר בילה כחודשים במעצר בגין סורג ובריח; על כניסה והיררכיותו לתפקיד שיקום משמעותי; על המליצה בדבר צו מבנן ושירות לתועלת הציבור, שניתנה לגבי עלי ידי שירות המבחן; וכן על כך שהוא כבר הספיק לרצות יותר ממחצית השירות לתועלת הציבור אשר הושת עלי בגין הדין קמא. במסמך זה, הופנינו לאמור בגין הדין שניית בת"פ (ח'') 67504-11-17 מדינת ישראל נ' יוסף (12.4.2018), אשר השיטת שישה חודשי עבודה שירות עונשים נלוים על שני נאשמים צעירים, נתלו עבר פלילי, שהושיטו סיוע לאחר-מעשה למפגע שירות בשני עותרי אורח רק בשל היותם יהודים וגרם למותו של אחד מהם (להלן: עניין יוסף). בא-כוח המשיב הדגיש בהקשר זה כי לאור האמור בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, علينا להעדי במקורה דן את שיקול השיקום על פני שיקולי העונשה אחרים, כפי שעשה בית משפט קמא בהסתמכו על המלצה שירות המבחן, וכפי שנעשה בעניין יוסף.

דין והכרעה

5. סבורני כי דין הערעור להתקבל וכי علينا להחמיר באופן ממשוני את עונשו של המשיב; וכן אציג לחבריו לעשרות.

6. פשיטה הוא, כי בהשווואה לכלל העבירות של סייע לאחר-מעשה-פשע, אשר נופלות בגדרי סעיפים 260 ו-261(1) לחוק העונשין, העבירה שביצע המשיב חצתה את הרף העליון של חומרה. המשיב סיפק טלפון סלולרי למוחלט חמוץ שרכש שלושה אנשים ופצע אנשים נוספים, בהיותו נחש בדעתו לרצוח יהודים באשר הם יהודים. המשיב פעל בידיעון כדי לסייע למוחלט אחראי הפיגוע. סייע זה נועד להקל על המוחלט מזרועות הביטחון, והוא אף הגביר את מסוכנות המוחלט כדי שעלול היה לבצע פיגוע רציני נוספת. בנסיבות אלו, הרף העליון של מתחם העונשה אמרור היה להיות קרוב לעונש המקסימום של שלוש سنوات מאסר, כשהארך התחثان מוקם לא הרחק מכך (ראו והשוו: ע"פ 2352/19 דנילוב נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (15.10.2019); ע"פ 4344/18 גابر נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (16.8.2019); ע"פ 5855/15 לוגסי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דין של השופט א' שחם (5.6.2016); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (29.5.2014); ע"פ 03/2014 7075/10 ליאון נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (2.8.2006); ע"פ 4272/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נת(6) 175, 189 (2005); ע"פ 02/2004 מדינת ישראל נ' רעד, פסקה 3 (16.2.2003); ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל, נו(1) 609, 614-613 (2001); ע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מת(3) (1995); וכן ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) (1979)).

7. בית משפט קמאקבע בגין הדין מתחם אשר נע בין 15 ל-24 חודשים מאסר בפועל, כפי שביקשה התביעה. לטעמי, מתחם זה הקל עם המשיב. לא זו אף זאת: בית משפט קמא ראה לנכון לסתות לקוala מהמתחם שקבע בשל נסיבותיו הייחודיות של המקרה שלפי דבריו מצדיקות חריגה "מתחם העונש ההולם משיקולי שיקום" אשר חלים בעניינו של המשיב - זאת מאחר שיש סיכוי של ממש שישתתקם". בקבעו כך, ובהתילו על המשיב צו מבנן, עבודה שירות ומאסר על תנאי, כהמלצתו של שירות המבחן, נסמן בית משפט קמא על האמור בסעיף 40 לחוק העונשין.

8. עם קביעה זו, בכל הבוד, אין בידי להסכים. סעיף 40, עליו ביסס בית משפט קמא את העונש המקל שראה להטייל על המשיב, מרכיב שני חלקים. חלקו הראשון, סעיף-משנה (א), קובע כי בית המשפט רשאי לסתות לקוala מתחם העונש ההולם אם "מצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתתקם". דא עקא, סמכות זו

סוייגה בחלקן השני של הסעיף, סעיף-משנה (ב), אשר קובע לאמור:

"הו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות וויצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין".

9. דומני כי לא ניתן לחלק על כך שבמקרה העבירה שביצע המשיב ובמידת אשמו יש חומרה יתרה. במצב המשפטי דהיום, נאשם דוגמת המשיב היה נושא באחריות בגין עבירה לפי סעיף 25 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: "חוק המאבק בטרור"), שעונשה המרבי הוא חמיש שנות מאסר. המשיב ביצע את העבירה בה רושע לפניו כניסה של חוק המאבק בטרור לתקוף ועל כן חוק זה אינו חל עביננו. ואולם, התפיסה הערכית הבסיסית אשר עומדת מאחוריו נטעה שורשים במשפטנו מקדמת דנא; ולפי תפיסה זו, סיוע למוחל רצחני נופל בגדר עבירה בעלת חומרה יתרה גם כשמדבר בסיוע לאחר-מעשה אשר מסווג כעoon. משכך הוא, לא ניתן היה להפעיל את הוראת סעיף 40(ד) לחוק העונשין לטובת המשיב באין "נסיבות מיוחדות וויצאות דופן", כפי שמורה סעיף 40(ד)(ב) לחוק. עבini זה, חשוב להזכיר כי "נסיבות מיוחדות וויצאות דופן" אשר נדרש כאן באמצעותו על עצם קיומו של שיקום שעלה יפה וכי תוספת זו חייבת להיות מהותית ביותר - בכגן דא לא נוכל להסתפק בפחות מהפרק מוכח באישיותו, בתפיסותיו ובhalbתו של העבריין (ראו למשל: ע"פ 2125 דוד נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (18.12.2018); ע"פ 205/18 מדינת ישראל נ' אבראהים, פסקה 12 (25.4.2018); ע"פ 14/18 ג'רבי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.7.2015)); וכן את דבריו של השופט י' אלרון בפסקה 8 לפסק דין בע"פ 17/17 6637 דן קרנדל נ' מדינת ישראל (18.4.2018) בדבר הצורך בהקפה יתרה על קיומן של "נסיבות מיוחדות וויצאות דופן" בהפעלתו של סעיף 40(ד) לחוק).

10. בית משפט קמא לא ציין בגזר דיןו מהן אותן "נסיבות מיוחדות וויצאות דופן" שהובילו להעדיף את שיקול השיקום על פני המתחם, שלוודי נטה לקולא מעיקרו. תחת זאת, קבע בית המשפט כי "יש לראות בנסיבותיו המיוחדות של תיק זה, הлик שיקומי מתקדם וומצלה ועונש בין כתלי בית הסוהר יbia לפגיעה בו". כפי שכבר הסברתי, קביעה כאמור מספיק רק לעבini של סעיף 40(ד)(א) לחוק העונשין, אך לא לצרכיו של סעיף 40(ד)(ב). סבורני אפוא כי בית משפט קמא טעה. טעות זו זיכתה את המשיב בהקללה לאלו, שכן בריה הוא כי במרקחה דן אין, ומילא לא הוי, שום נסיבות מיוחדות וויצאות דופן אשר בעטיין ניתן היה להעדיף את שיקומו של המשיב על פני עיקרונו ההלימה אשר לפי שיטתו של בית משפט קמא תחם את העונש הראו בין 15 ל-24 חודשים מסר בפועל.

11. לצורך אוסף את האמור בתסקיריו המעודכן של שירות המבחן, אשר הוגש לעיונונו ביום 30.1.2020. תסקיר זה איננו חוזר על המלצותיו המקורי של השירות עליה הסתמך בית משפט קמא בגזר הדין. תחת זאת, כותב השירות בעבini של המשיב, כי "במצב המתוואר, לצד החרצה שהביע ושיתוף הפעולה שקיים עם שירות המבחן והשתתפותו בהליך טיפול [...] לצד חומרת העבירה והעובדה שגם יiams ולאחר שעבר הлик טיפול, ניכרת עמדה קרבנית ביחס למעשי ותוצאותיהם, אין בידינו לחזור על המלצה לביצוע צו שירות לתועלת הציבור". בריה הוא, אפוא, כי המשיב אינו יכול להוכיח את המהפר הנדרש לפי סעיף 40(ד)(ב) לחוק העונשין, ועל כן איננו זכאי להקללה בעונש.

12. לטעמי, בית משפט קמא נקלע לכלל טעות נוספת בהתעלמו לחייבון משיקולי הרתעה. בעניינים של שיקולים אלו, קובע סעיף 40(ז) לחוק העונשין כי אם "יש סיכוי של ממש שהחמורה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת

הרבים, רשי [בית המשפט] להתחשב [בכך] בבוואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יתרוג ממתח העונש הולם". בהטלה עונשים בגין הושתת סיוע לעברין העיקרי לפני מעשהו, בעת ביצועו ואחריו, יש לשיקולי הרתעה תפקוד מיוחד. עונשו של המסייע צריך שיהא חמוץ מסופיק כדי להניא אנשים במצבו מהושתת סיוע מכל סוג לעברין העיקרי ועל ידי כך לדלл את מאגר הסיענים. דילולו של מאגר הסייענים יגרום לכך שمبرצעי עבירות הזקוקים לסייענים לא יוכל להוציא את זממם מן הכוח אל הפועל וימנעו מלבצע את העבירות שתכננו לבצע (ראו, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 272 (9th ed. 2014)). במליפאחרות: החמרה בעונשת הסייענים מפחיתה את נוכנותם לשיער ועל ידי כך מעלת העבירה עבור העיקרי - דבר שעשוי להפוך את תכניתו לבליתי כдавית. ברו הוא, כי ציפייה כלכלית זו לא תמיד תתממש. עבריינים המונעים על ידי דחפים, אידאולוגיה ורגשי שנאה, שסיפוקם מניב להם תועלת מיוחדת, רגש או אחרית, לא ירתעו מהמאزن השלילי של תועלות-תועלות אשר עומדים נגד עינו של אדם רצינלי. ואולם, כפי שכבר הוזמן לי להעיר, להרתה כללית יש תועלת חברתיות גם כאשר היא מונעת עבירה אחת בלבד אשר יכולה לפגוע קשות בגוףו של אדם ולגרום למותו (ראו ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (29.1.2019)). אשר על כן, הנני מקבל את טענת המדינה כי מן הדין היה להטיל על המשיב עונש מרתייע.

13. אילו הייתה גוזר את עונשו של המשיב מבראשית, הייתה משית עליו לפחות מעשרים-וארבעה חודשים מסר בפועל - זאת, אף בהתחשב בגלוי הצעיר, בהודאות, בחרטה שהביע על מעשהו, בעברו הנקוי מפלילים, בחלוקת מהשירות לתועלת הציבור שהלה כבר ביצע, ובתהליך השיקום המוצלח שבו הוא נמצא כתע. מעשהו של המשיב איןנו ניתן למחילה, לסליחה ולהתחשבות מיוחדת. עיקנון ההלימה שמנחה אותנו בקביעת עונשים (כאומר בסעיף 40 בחוק העונשין) מחיב את מסרו לתקופה ממושכת.

14. ברם, איןנו גוזרים את עונשו של המשיב מבראשית. ידינו כבולות בהלכה מושרת אשר קובעת, מסיבות ידועות ומובנות, כי ערצתה הערעור אינה מצחה, בדרך כלל, את הדין עם המשיב כאשר היא מחייבת לקבל את ערעור המדינה בעניינו (ראו למשל: ע"פ 18/6767 מדינת ישראל נ' איה, פסקה 13 (7.10.2019); ע"פ 17/6928 מדינת ישראל נ' אסrf, פסקה 39 (16.8.2018); ע"פ 135/17 מדינת ישראל נ' בסל, פסקה 13 (8.3.2017); ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל (20.4.2016)). בהתבסס על הלכה זו, הנני סבור כי علينا להטיל על המשיב את מחיצת העונש הראו: שנת מסר בפועל, בגין ימי מעצרו לאחרי סוג ובריח. ער אני לכך שבעניין יוסף הסתפק בית המשפט המחויז חיפה בהטלת ששה חודשים עבודה שירות על נאים שהורשו בגין מעשים הדומים לזה של המשיב, אולם אין אני מוקן לדלות מגזר דין זה את אמות המידה הראוית להטלת עונשים במרקם כגון זה שלפניינו. סעיף 40 לחוק העונשין מחייב בידי בית המשפט סמכות רחבה לקבוע עונש שיקומי מיוחד שהוא מותאם אינדיווידואלית לכל נאשם ונאשם. ברם, אם נקבע אמצעי עונשה זה בכלל, נמצא את עצמנו הופכים את תיקון מס' 113 לחוק העונשין, שהעמידו לרשותנו, לקלוקול מס' 1.

סוף דבר

15. מכל הטעמים דלעיל, יצא לחבריו כי קיבל את ערעור המדינה, נבטל את גזר הדין קמא ונשית על המשיב מסר בפועל למשך שנה אחת בגין ימי מעצרו.

16. המשיב יתייצב לריצוי עונשו זה ביום 1.3.2020, שעה 10:00, בימ"ר קישון או במקום אחר על-פי החלטת שירות בתי הסוהר, כsharpתו תעודה זהות או דרכון ווותק מפסק דין זה. המשיב יתאמם את כניסה למסר, כולל

האפשרות למילוי מוקדם, עם ענף אבחון ומילוי של שירות בתיה הסוחר בטלפון 08-978-7377 או 08-978-7336 או 08-978-7336.

שפט

השופט י' עמית:

אני מסכימים.

שפט

השופט נ' סולברג:

אני מסכימים.

שפט

הוחלט כאמור בפסק דין של השופט א' שטיין.

.(9.2.2020 ניתן היום, י"ד בשבט התש"ף)

שפט

שפט

שפט