



ע"פ 3445/19 - חמיסעראישי, ממדוח בכר, פאדי מחמוד סעיד בכר זגרה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 3445/19

ע"פ 3123/20

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

המערערים ב-ע"פ 3445/19: 1. חמיסעראישי
2. ממדוח בכר

המערער ב-ע"פ 3123/20: פאדי מחמוד סעיד בכר זגרה

נגד

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

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

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

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

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

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:

מתורגמן: מר אשרף קרעין

פסק-דין

השופט י' אלרון:

המערערים, שלושה תושבי רצועת עזה, הורשעו על פי הודאתם במספר עבירות נשק בגין הברחת חומר נפץ רב על גבי סירות ממצרים לרצועת עזה והחזקת נשק, ונגזרו עליהם עונשים של 8, 8 וחצי ו-13 שנות מאסר בפועל לצד ענישה נלווית.

הערעורים שלפנינו מופנים כלפי חומרת העונשים שנגזרו עליהם.

רקע

1. כתב האישום הוגש בתחילה נגד שלושת המערערים יחד, אולם במהלך שמיעת הראיות הופרד ההליך בעניינם: המערערים בע"פ 3445/19 (להלן: *חמיסומדוח*) הודו בעובדות כתב אישום מתוקן; ובשלב מאוחר יותר בהליך, המערער בע"פ 3123/20 (להלן: *פאדי*) הודה אף הוא במיוחס לו במסגרת כתב אישום מתוקן. שלושת האישומים הראשונים שבשני כתבי האישום המתוקנים חופפים בעיקרם ומבוססים על אותם אירועים - ועל כן יתוארו יחד; ואילו האישום הרביעי בכתב האישום שהוגש נגד ממדוחחמיס מתייחס לאחרון בלבד.
2. על פי המתואר באישום הראשון לכתבי האישום המתוקנים, במהלך השנים 2012-2013 פנה פאדילחמיסומדוח בבקשה כי יבריחו עימו חומרי נפץ ממצרים לרצועת 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 לרצועת עזה, מסרו את השקים לאדם אחר וקיבלו תמורתם 5,000 ש"ח אשר נמסרו לפאדי וחולקו בשווה בין השלושה.
3. באישום השני לכתבי האישום המתוקנים נטען, כי במהלך שנת 2012 או בסמוך לכך תיאר פאדי הברחה נוספת ממצרים לרצועת עזה, ולצורך כך יצר קשר עם ממדוח ואחרים. פאדי, ממדוח ואדם נוסף השיטו את סירתם לנקודת מפגש, בה פגשו באחרים שהעמיסו על הסירה 70-90 שקים, אשר חלקם הכילו טבק וחלקם הכילו חומר נפץ.



מששבו לרצועת עזה נמסר להם שההברחה התבצעה בגיבוי ארגון "חמאס", ושולם לכל אחד מהשלושה שכר של 1,800 דולר.

4. באישום השלישי לכתבי האישום המתוקנים תואר, כי במהלך חודש אפריל 2016, או בסמוך לכך, פנה פאדילחמיס בבקשה כי יברח עימו חומר נפץ מסוג TNT ממצרים לרצועת עזה. השניים פגשו בשני רעולי 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 רעולי פנים אשר החלו להעמיק על סירתם שקי חומר נפץ, אשר כל אחד מהם שקל כ-15 ק"ג.

השניים החלו בהפלגה חזרה לרצועת עזה, ועדכנו על כך איש קשר שהמתין להם באזור החוף של רצועת עזה. אולם, בעודם מפליגים בדרכם חזרה, סירת חיל הים פגשה בהם, וביצעה ירי לכיוון מנוע סירתם של פאדילחמיס. השניים קפצו לים והגיעו בשחייה לחוף לאחר שהסירה פוצצה על ידי כוחות צה"ל.

5. על פי האישום הרביעי לכתב האישום שהוגש נגד חמיסוממדוח, המתייחס כאמור לחמיס בלבד, בשנת 2014 גמל הלה בליבו לבצע פיגוע התאבדות במטרה לגרום למותם של ישראלים ולפגוע בביטחון המדינה. לצורך כך, ביצע חמיס תצפיות לעבר אזור הגבול עם ישראל אשר נעו בו ג'יפים ישראלים, והצטייד בשני רימוני יד.

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

6. בגין מעשים אלו, הורשעו כל אחד מהמערערים, על פי הודאותיהם, בעבירות של הובלה והעברת חזקה בנשק לפי 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 בעניינם של חמיסוממדוח

7. ביום 4.4.2019 ניתן גזר הדין בעניין חמיסוממדוח.

בית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגן הנשיאה נ' זלוצובר והשופטים ש' פרידלנדר וד' כהן) קבע מתחם ענישה כולל לאירועי ההברחה של חמיס; מתחם נפרד להחזקתו ברימוני יד לצורך ביצוע פיגוע 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 השניים לביטחון המדינה ולשלום אזרחיה, ואת הסיכון הגלום בהברחת חומרי נפץ המשמשים לפיגועי טרור נגד חיילים ואזרחים ישראלים.

משעמד על מדיניות הענישה הנוהגת בגין הברחת נשק לרצועת עזה ועל נסיבות ביצוע המעשים, ובכללן תפקידם המשני באירועים ביחס לזה של פאדי, שיזם את ההברחות ונטל חלק בכולן, קבע בית המשפט המחוזי את מתחם העונש ההולם בגין מעשי ההברחה שבהן היה מעורב חמיס בין 9 ל-14 שנות מאסר בפועל; ואת מתחם העונש ההולם את אירועי ההברחה בהן היה מעורב ממדוח בין 7 ל-12 שנות מאסר בפועל.

אשר להחזקת רימוני היד על ידי חמיס לצורך ביצוע פיגוע התאבדות בשטח ישראל, תוך ביצוע תצפית לשטח



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

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

על ממדוח נגזרו עונשים של 8 שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו; 18 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור עבירת נשק או עבירה נגד ביטחון המדינה למשך 3 שנים מיום שחרורו; וקנס בסך 30,000 ש"ח או 6 חודשי מאסר תמורתו.

גזר הדין בעניינו של פאדי

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

בית המשפט המחוזי בבאר שבע שב והדגיש את הפגיעה החמורה שגרם פאדילבטחון המדינה ולשלום אזרחיה בהברחת חומרי הנפץ לרצועת עזה, ואת הסיכון הגלום בכך לתושבי המדינה ולחייל צה"ל.

11. משעמד על מדיניות הענישה הנוהגת, קבע בית המשפט המחוזי 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, שעמד על 6 עד 10 שנות מאסר בפועל, אולם "הכלל שלפיו בית המשפט לא יחמיר בעונשו של נאשם מעבר למה שהתביעה ביקשה יקוים בכך שהעונש ... לא יעלה על זה שהמאשימה עתרה לו". זאת, אף שלגישת בית המשפט המחוזי העונש לו עתרה המשיבה, אשר עמד על 8 וחצי שנות מאסר בפועל, מקל עם פאדי ואינו מבטא את חלקו הדומיננטי במעשים.

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

טענות הצדדים בערעורים

13. בערעורים שלפנינו נטען כי יש להקל בעונשיהם של המערערים, אשר חורגים לחומרא ממדיניות הענישה הנוהגת.

במסגרת זאת, נטען בין היתר כי אין כל ראייה לכך שהסחורה שהוברחה נועדה לשמש ארגון טרור, מלבד המתואר באישום השני בכתבי האישום שהוגשו נגד פאדיוממדוח; כי המערערים אינם חברים בארגון טרור ולא הבריחו את חומר הנפץ לתוך שטח ישראל; וכי נסיבות החיים הקשות ברצועת עזה מצדיקות אף הן התחשבות לקולא עם השלושה, מאחר שפעלו על רקע מצבם הכלכלי הקשה ובשל מוראם מהשלכות סירובם להברחת הנשק לרצועת עזה.



נוסף על כך, נטען כי לא ניתן משקל מספיק למצבם הכלכלי הקשה של המערערים. זאת, בפרט ביחס לחיובם בקנסות על סך 30,000 ש"ח, אשר אין ידם משגת לשלמם, ועל כן משמעותם היא החמרת עונשיהם בחצי שנת מאסר מאחורי סורג ובריח.

14. בהתייחס לפאדי, נטען גם כי יש להקל בעונשו לנוכח הימשכות ההליך בעניינו בשל סירוב המשיבה להגיע עימו להסדר בשלב מוקדם יותר; מעצרו הממושך בתנאים קשים; משך הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים ועד למתן גזר הדין והתיקון המשמעותי של כתב האישום שיוחס לו, בגדרו נמחקו עבירות ביטחוניות חמורות שיוחסו לו בתחילה.

עוד נטען כי עיקר עיסוקו בדייג ובהברחת סחורה "אזרחית" לרצועת 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 הכורח", באופן המצדיק הקלה בעונשו.

15. באשר לחמים, נטען כי חרף החומרה שיש לייחס לכוונתו לבצע פיגוע בשטח ישראל, הרי שמשחזר בו ונמנע מלעשות כן – היה מקום להקל עימו.

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

דיון והכרעה

17. לאחר שעינינו בטענות הצדדים ושמענו את טיעוניהם בדיון שהתקיים לפנינו, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעורים על חומרת עונשי המאסר בפועל שנגזרו על המערערים להידחות.

18. הלכה היא כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש, אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית ובולטת בגזר הדין, או כאשר העונש שנגזר על המערער חורג באופן קיצוני מהענישה הנוהגת בנסיבות דומות (ע"פ 72802/18 ג'ואמיס נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (26.7.2018)).

19. העבירות שבהן הורשעו המערערים חמורות ביותר.

כתוצאה ממעשיהם הוברחו לשטח רצועת עזה עשרות ק"ג של חומר נפץ העלולים לשמש לפגיעה בחיי אדם כחלק מהמאבק המזוין של ארגוני הטרור ברצועת עזה נגד מדינת ישראל, אזרחיה וחייליה; ולפחות במקרה אחד אף נאמר בפירוש לפאדיול ממדוח כי חומרי הנפץ ישמשו את ארגון הטרור הרצחני "חמאס" (השוו להערת חברתי השופטת ד' ברק-ארז בע"פ 723/16 מדינת ישראל נ' אלעמור (12.1.2017)).

התחמשותם של ארגוני הטרור ברצועת עזה מהווה איום של ממש על ביטחון אזרחי מדינת ישראל וחייליה. כוחות הביטחון עושים ימים כלילות במאבקם במסע התחמשות זה, אשר סופו בירי רקטות בלתי פוסק לעבר ישובי ישראל ובסיסי צה"ל בעוצמות ובהיקפים שונים מזה שנים רבות.

נסיבות חייהם הקשות של תושבי רצועת עזה אינן מצדיקות פעילות במסגרת ארגוני הטרור ולטובתם בתמורה כספית, המהווה למעשה מתן כתף ומשענת למאבקם המזוין של ארגוני הטרור נגד ישראל. בהתאם לכך, יש לנקוט באמצעי ענישה קשים כלפי אלו המעורבים בהברחת אמצעי לחימה לשטח הרצועה (ראו למשל ע"פ 1465/08 נג'אר נ')



מדינת ישראל (11.4.2011).

20. עונשי המאסר שנגזרו על המערערים בגין מעורבותם בהברחת חומרי נפץ לרצועת עזה תואמים מדיניות ענישה זו, ואינם חורגים באופן ניכר מאלו שנקבעו בנסיבות דומות (ראו למשל ע"פ 6491/08 ברדוויל נ' מדינת ישראל (16.3.2009), שם נגזרו 8 שנות מאסר בפועל בגין אירוע אחד שבמהלכו הוברחה כמות גדולה של חומרי נפץ לרצועת עזה).

ממילא איני מוצא ממש בטענות המערערים בעניין זה.

21. אף ההחמרה בעונשו של חמיס ביחס ליתר המערערים, בגין הצטיידותו בשני רימוני יד לצורך ביצוע פיגוע התאבדות בשטח ישראל, אינה מצדיקה את התערבותו.

כפי שהודגש לא אחת, עבירות החזקת הנשק עשויות להתבצע על רקע מנעד נסיבות רחב שבהן יש להתחשב בעת קביעת העונש על ביצוען (ראו למשל ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (5.6.2013); ע"פ 1332/04 מדינת ישראל נ' פס, פ"ד נח(5) 541, 544 (2004)). הצטיידות בנשק לצורך ביצוע פיגוע קונקרטי - אשר לקראתו אף נערכו תצפיות מקדימות לבחירת המועד והמיקום שיביא להרס מרבי - הינה וודאי בין הנסיבות החמורות שבעבירות החזקת הנשק.

אומנם, חמיס חזר בו לבסוף מכוונתו 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 חמיס מצדיק את התערבותו של בית משפט זה כערכאת ערעור.

22. אשר על כן, אנו דוחים את שלושת הערעורים המופנים כלפי עונשי המאסר בפועל שגזר בית המשפט המחוזי על המערערים.

עם זאת, ובשים לב לעמדת בא כוח המשיבה בדיון שהתקיים לפנינו כי יש מקום להקל בקנסות שנגזרו על המערערים, יופחתו הקנסות שנגזרו על המערערים, כך שהקנס שכל אחד מהם יחויב לשלם יהיה על סך 5,000 ש"ח או חודש מאסר בפועל תמורתו; ואילו יתר רכיבי הענישה יוותרו על כנם.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:



לא בלי התלבטות אני מסכימה לדחיית הערעורים על עונשי המאסר בפועל שהושתו במקרה זה, לצד הפחתת הקנסות שהושתו.

אין ספק שעבירות שעניינן הברחת חומרי נפץ לרצועת עזה הן חמורות וכרוכות בסיכון למדינת ישראל. בהתאמה, לא יכולה להיות מחלוקת על חשיבותה של ההרתעה מפניהן. לצד זאת, כתמיד, ישנה משמעות לא רק לחומרת הכללית של העבירות, כי אם גם למאפיינים הספציפיים של המעשים המיוחסים לנאשמים. בענייננו ישנה חשיבות לעובדה שלא יוחסו למערערים עבירות של חברות בארגון טרור או סיוע לו. מכתב האישום עולה מציאות חיים של דייגים העוסקים בפעילות הברחה בלתי חוקית. השאלה שבה יש להתמקד בענייננו אינה האם יש מקום להעמדה לדין ולענישה, אלא מהי הענישה המידתית והראויה בהתחשב במכלול הנסיבות (ראו והשוו: ע"פ 8638/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דיני (8.3.2015)).

לאחר דברים אלה, בהתאם לאמות המידה הנהוגות ביחס לתפקידה של ערכאת ערעור בגזירת הדין, הגעתי לכלל דעה כי רמת הענישה שנגזרה בענייננו אינה מחייבת התערבות, הגם שהיא עומדת על רף גבוה יחסית. כן נתתי דעתי לכך שבשים לב לעמדה שהציגה המדינה בדיון בפנינו הופחתו הקנסות שהושתו על המערערים, אשר עמדו ביחס בלתי הולם לטובות ההנאה שהפיקו מן העבירות שביצעו, ובמנותק מהדוחק הכלכלי שבו הם נתונים.

ש ו פ ט

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

ניתן היום, כ"ט באב התש"ף (19.8.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט