



ע"פ 5432/17 - אלאא קשוע, עמאד נסאסרה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 5432/17

לפני:
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המערערים:
1. אלאא קשוע
2. עמאד נסאסרה

נגד

המשיבה:
מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
מיום 8.6.2017 בת"פ 52424-07-15 שניתן על ידי
כבוד השופטת ד' מרשק-מרום

תאריך הישיבה:
כ"ח בטבת התשע"ח (15.1.2018)

בשם המערערים:
עו"ד שאדי ה. נאטור

בשם המשיבה:
עו"ד עילית מידן

בשם שירות המבחן:
גב' ברכה וייס

פסק-דין



השופט נ' סולברג:

1. ערעורים על גזר הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת ד' מרשק מרום) בת"פ 52424-07-15 מיום 8.6.2017, בגדרו נגזר על המערערים עונש של 20 חודשי מאסר בפועל ומאסר על-תנאי. נגד המערער 2 (להלן: עמאד) הופעל גם מאסר על-תנאי למשך 12 חודשים; מחצית בחופף ומחצית במצטבר. בנוסף, חוייבו המערערים לשלם פיצוי כספי למתלונן (להלן: מחמד).

רקע ועיקרי כתב האישום

2. המערערים, בני זוג, קשרו יחד עם חמישה אחרים (4 הנאשמים הנוספים בכתב האישום ואחלאם עודה (להלן: אחלאם)) לשדוד בצוותא חדא את מכוניתו של מחמד - מכונית מסוג B.M.W X6 ששוויה כ-400 אלף ₪ (להלן: מכונית ה.ב.מ.וו). בהתאם לתכנית שרקמו, ביום 23.4.2015 יצרה המערערת 1 (להלן: אלאא) קשר טלפוני עם מחמד, ופיתתה אותו באמתלת שווא להיפגש עמה. ביום 25.4.2015 בשעה 21:00 לערך, נסעה אלאא במכוניתה של אחלאם (להלן: מכונית השברולט) לתחנת הדלק בצור נתן, שם קבעה להיפגש עם מחמד. אלאא השאירה את מכונית השברולט בתחנת הדלק, עברה למכוניתו של מחמד, ונהגה בה. במשך כשעתיים נסעו השניים למקומות שונים, עד שלבסוף הגיעו - בהתאם לתכנון המוקדם - לחורשה מבודדת סמוך ליישוב בורגתה. במקביל, הגיעו לחורשה ששת המעורבים הנוספים (בכללם עמאד) בשתי מכוניות נפרדות (מכונית השברולט ומכונית נוספת). הששה, יחד עם אחרים שזהותם אינה ידועה (להלן: האחרים), ירדו מכלי הרכב כשהם רעולי פנים וניגשו למכונית ה.ב.מ.וו. מחמד קרא לאלאא לברוח מן המקום, אולם זו פתחה את דלתות המכונית ואפשרה לרעולי הפנים להיכנס. אחד מרעולי הפנים הכה את מחמד בפניו באגרוף, ואחר הכה אותו באמצעות ידית אקדח בראשו, השניים משכו אותו מהרכב, כיסו את ראשו כך שלא יוכל לראות, והעבירו אותו למכונית השברולט; כמו כן נטלו מארנקו כ-2,000 ₪ במזומן, את תעודת הזהות, השעון, ומכשיר הטלפון הסלולרי שלו.

3. עמאד ואלאא נמלטו מן המקום במכונית ה.ב.מ.וו ונסעו לכפר איכתאבא שבשטחי הרשות הפלסטינית. אחלאם ואחד מן הנאשמים נסעו לביתה של אחלאם. האחרים הסיעו את מחמד - בעודו עם כיסוי ראש - לאתר הפסולת בקלנסוואה, שם הורידו אותו מהמכונית, פרמו את שרוכי נעליו וקשרו אותו עמם; הם הורו לו שלא לספר על אודות השוד, החזירו אותו למכונית, ולבסוף הורידו אותו סמוך לגשר המוביל לכביש 6. כתוצאה ממעשיהם של בני החבורה נגרמה למחמד חבלה של ממש והוא דימם בראשו. סמוך לחצות הלילה, אספה אחלאם את אלאא ועמאד מן המחסום סמוך לטול-כרם והסיעה אותם לביתה, שם המתינו להם יתר חברי הקבוצה. עמאד חילק לכל אחד מהשותפים סכום כסף, הם שברו את מכשירי הטלפון הניידים שלהם, השליכו אותם לפח האשפה, וסיכמו כי לא ישוחחו עוד על אשר אירע. לאחר האירוע, צבעה אלאא את שערה ושינתה את תסרוקתה - בהמלצת אחלאם - כדי להקשות על זיהויה; אחלאם ניקתה את מכוניתה מכתמי הדם של מחמד, ומכרה אותה.

4. ביום 10.1.2017 הודו אלאא ועמאד לפני בית המשפט המחוזי בעובדות כתב האישום המתוקן בהתאם להסדר טיעון, והורשעו בגין מעשים אלו בעבירת קשירת קשר לביצוע פשע (סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק)); תקיפה לשם גניבה בצוותא חדא (סעיף 381(ג) בצירוף סעיף 29 לחוק); שיבוש מהלכי משפט (סעיף 244 לחוק); וכליאת שווא בצוותא חדא (סעיף 377 רישא בצירוף סעיף 29 לחוק).

5. עניינה של אחלאם נדון בת"פ 52459-07-15, ונגזר עליה עונש של 18 חודשי מאסר בפועל, קנס כספי, וצו



פיקוח למשך שנה ממועד שחרורה. דינם של ארבעת הנאשמים הנוספים נגזר יחד עם דינם של שני המערערים. הדיון להלן מתמקד אפוא בערעוריהם של אלאא ועמאד בלבד.

תסקירי שירות המבחן

6. בתסקיר שהוגש לבית המשפט המחוזי צוין שאלאא, ילידת שנת 1990, גרושה ואם לילד בגיל 5 שנים, מתגוררת בדירה שכורה בטירה. אלאא תיארה לפני שירות המבחן את נסיבותיה המשפחתיות המורכבות, בכלל זה העובדה שסבלה מקשיי הסתגלות בתעסוקה, ומאלימות קשה, נידוי ודחייה מצד בני משפחתה. אלאא הביעה את רצונה להשתלב בהליך טיפולי פרטני, ומשכך המליץ שירות המבחן לדחות את הדיון בעניינה ולבחון את יכולתה להיתרם מאפיק זה. בית המשפט המחוזי קיבל המלצה זו והוגש תסקיר משלים, שבו צוין כי אלאא שיתפה פעולה באופן מלא עם ההליך הטיפולי, כי חלה התקדמות במצבה, וכי היא מסוגלת עתה לבחון באופן ביקורתי את אורח חייה וקשריה הבעייתיים. לפיכך, ובשל רצונה של אלאא להמשיך בהליך טיפולי ממושך, ועל מנת שלא תיגרם פגיעה בלתי-הפיכה לבנה ולקשר ביניהם, המליץ שירות המבחן להטיל עליה צו מבחן למשך שנה וחצי, מאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות, מאסר על-תנאי ופיצוי כספי. בתסקיר עדכני צוין, כי אלאא שילבה את בנה בטיפול פסיכולוגי שיכין אותו למאסרה, וכי עם המאסר הוא צפוי לעבור למשמורת אביו. שירות המבחן העריך כי חל צמצום ברמת הסיכון להישנות התנהגות אלימה מצדה של אלאא, והמליץ על הפחתה בתקופת המאסר שהוטלה עליה.

7. בתסקיר שהוגש לבית המשפט המחוזי צוין שעמאד, יליד שנת 1988, מתאר את ביצוע העבירות על רקע החלטה אימפולסיבית ופיתוי כספי. עמאד נטל אחריות חלקית ביותר, שלל מעורבות בתכנון העבירות, ותיאר את חלקו כמסיע בלבד. שירות המבחן העריך כי קיים סיכון גבוה להמשך מעורבותו באלימות, ומשכך המליץ להטיל עליו ענישה מוחשית שתבהיר לו את חומרת העבירות, ותציב לו גבולות ברורים. בתסקיר עדכני צוין כי לאחר מאסרו החל עמאד בהליך טיפולי בין כתלי בית הסוהר, הוא משתתף באופן פעיל בהליך זה, נתרם ממנו, ומומלץ לשלבו בקבוצות טיפול נוספות.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

8. בראשית דבריו עמד בית המשפט המחוזי על תסקירי שירות המבחן כמתואר לעיל, ועל עיקרי טענות ב"כ הצדדים לעונש. לאחר מכן, עמד בית המשפט המחוזי על חומרת העבירות; התכנון והמניע שקדם לביצוען; הערכים החברתיים שנפגעו; מדיניות הענישה הנוהגת; והנזק שנגרם למחמד – בכוח ובפועל. לצד זאת, עמד בית המשפט המחוזי על חלקם היחסי המשמעותי יותר של המערערים ביחס לשאר הנאשמים, הן בתכנון העבירות, הן בביצוען, וקבע להם מתחם ענישה שונה – מחמיר יותר – מזה שנקבע ליתר הנאשמים. יחד עם זאת, עמד בית המשפט המחוזי על העובדה שכתב האישום תוקן לקולה באופן משמעותי, כך שהאישום בעבירת שוד בנסיבות מחמירות הומר לאישום בעבירת תקיפה לשם גניבה, והאישום בעבירה של חטיפה תוקן לאישום בעבירת כליאת שווא. על יסוד האמור, ובהתחשב בגזר הדין שניתן בעניינה של אחלאא, קבע בית המשפט המחוזי לגבי המערערים מתחם ענישה שבין 15 ל-30 חודשי מאסר בפועל.

9. לשם קביעת העונש המתאים של אלאא בתוך מתחם הענישה, שקל בית המשפט המחוזי מחד גיסא את עברה



הפליי (הרשעה אחת בעבירות גניבה והונאה), ומאידך גיסא, נזקפה לזכותה העובדה שהודתה בכתב האישום המתוקן והסכימה לשלם למחמד פיצוי כספי ממשי. בית המשפט המחוזי עמד על המלצות שירות המבחן בעניינה (שאינן כוללות כאמור מאסר בפועל), וקבע כי "אין מקום לשקול" המלצות אלו, "שממילא אינן מצויות בהלימה לנסיבותיה ולמצבה המשפטי" של אלא (פסקה 30 לגזר הדין). אשר לקביעת עונשו של עמאד, שקל בית המשפט המחוזי לחומרה את האמור בתסקירי שירות המבחן; עברו הפליי; הסיכון הנשקף ממנו; והעובדה שביצע את העבירות כשתלוי ועומד נגד עונש מאסר על-תנאי בר-הפעלה. מנגד, שקל בית המשפט המחוזי לקולה את נסיבות חייו הקשות; העובדה שהודה בכתב האישום המתוקן, והסכים לשלם פיצוי כספי למחמד. לצד האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי עונש המאסר על-תנאי שתלוי ועומד נגדו הוא בר-הפעלה במקרה דנן; זאת, על יסוד ההלכה הפסוקה, לפיה המבחן להפעלת עונש מאסר על-תנאי הוא מבחן ענייני-מהותי ולא טכני-פורמלי.

10. סיכומו של דבר: בית המשפט המחוזי גזר על המערערים עונש של 20 חודשי מאסר בפועל ומאסר על-תנאי. נגד המערער 2 (להלן: עמאד) הופעל מאסר על-תנאי למשך 12 חודשים; מחצית מהתקופה בחופף ומחציתה במצטבר. בנוסף, חוייבו המערערים – על יסוד הסכמה בין ב"כ הצדדים – לשלם פיצוי כספי למחמד.

מכאן הערעור שלפנינו. ביצוע גזר הדין בעניינה של אלא עוכב עד להכרעה בערעור דנן; ביצוע גזר הדין בענייניו של עמאד עוכב באופן חלקי, כך שהיה עליו להתייב לריצוי עונשו ביום 5.9.2017 (החלטת השופט ח' מלצר מיום 16.7.2017).

עיקרי טענות הצדדים בערעור

11. לטענתם של המערערים, העונש שהוטל עליהם חורג באופן משמעותי ממדיניות הענישה הנוהגת. לדידם, אין הנדון דומה לראיה, שכן הפסיקה עליה הסתמך בית המשפט המחוזי עוסקת בעבירות ובעובדות שונות מהעניין דנן. עוד טוענים המערערים, על חוסר התאמה בין העונש שנגזר עליהם לבין העונש שהוטל על אחלאם ועל הנאשמים הנוספים. לשיטתם, היה מקום לגזור על כל אחד מהנאשמים עונש שונה, על-פי חלקו בביצוע העבירות בפועל. מכל מקום, טוענים המערערים כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע שחלקם היחסי בביצוע העבירות משמעותי יותר; זאת, לנוכח העובדה שלא תקפו את מחמד באלימות, לא הסיעו אותו לאתר הפסולת בקלנסוואה, לא קשרו אותו בשרוכי נעליו, ולא הורידו אותו לצד הדרך. זאת ועוד, טוענים המערערים, כי בית המשפט המחוזי לא נתן את המשקל הראוי לכך שהודו במעשיהם, ובכך חסכו זמן שיפוטי יקר.

12. לטענתה של אלא, בית המשפט המחוזי לא נתן את המשקל הראוי לנסיבותיה האישיות שאינן קשורות לביצוע העבירות, בכלל זה המניע לביצוען – מצוקה כלכלית כנה וקשה שלה ושל משפחתה; מחלת אביה; והפגיעה הצפויה בבנה כתוצאה ממאסרה. עוד טוענת אלא, כי שגה בית המשפט המחוזי כשדחה את המלצת שירות המבחן בעניינה, וכי מכל מקום לא ניתן בגזר הדין המשקל הראוי לשיקולי השיקום שלה. עמאד מצדו טוען, כי בית המשפט המחוזי לא נתן את המשקל הראוי לנסיבות חייו הקשות; לעברו הפליי; ולעובדה שמאז שאביו נפטר הוא דואג לפרנסת אמו החולה. עוד טוען עמאד, כי שגה בית המשפט המחוזי כשקבע שעונש המאסר על-תנאי שהיה תלוי ועומד לחובתו הוא בר-הפעלה, שכן נסיבותיו של העניין דנן אינן עומדות ב'מבחן המהותי המחמיר' שנקבע בפסיקה.

13. בדיון שנערך ביום 15.1.2018 טענה ב"כ המדינה כי יש לדחות את הערעור. לדידה, העונש שהוטל על עמאד



המערערים הולם את מעשיהם, שכן חלקם היחסי בביצוע העבירות משמעותי יותר מחלקם של יתר המערערים; הן בשל הדומיננטיות היתרה שלהם בביצוע העבירות, הן בשל העובדה שהם הורשעו - בניגוד ליתר המערערים - בעבירה נוספת - כליאת שווא. עוד טענה ב"כ המדינה, כי גם בהנחה שהמערערים לא נטלו חלק באלימות עצמה, הרי שמדובר בעבירות שבוצעו בצוותא חדא, על-פי תכנון מוקדם, ולפיכך יש ליתן משקל למכלול המעשים והעבירות. אשר לאלא טענה ב"כ המדינה, כי בית המשפט המחוזי היה מודע להליכי השיקום שהחלה בהם, נתן להם את המשקל הראוי, ולמרות זאת החליט שלא לאמץ את המלצת שירות המבחן. מכל מקום סבורה ב"כ המדינה, כי בשל מעורבותה המרכזית של אללא בביצוע העבירות לא ניתן להפחית מעונשה. אשר להפעלת עונש המאסר על-תנאי נגד עמאד, ב"כ המדינה טענה כי מעשיו - מבחינה מהותית - עולים כדי 'סיוע לגניבת רכב', ועל כן עונש מאסר זה בר-הפעלה במקרה דנן.

דיון והכרעה

14. נתתי דעתי על טענותיהם של ב"כ הצדדים, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, על רקע גזר הדין דנן, וגזרי דין אחרים בעניינים דומים, והגעתי לכלל מסקנה כי דינו של הערעור להידחות.

15. מושכלות יסוד הן כי ערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את דינו של מערער, ואינה נוטה להתערב בעונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית, זולת בנסיבות חריגות שבהן נפלה טעות בולטת בגזר הדין, או כאשר העונש חורג באופן קיצוני מהענישה המקובלת במקרים דומים (ע"פ 3091/18 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.1.2009); ע"פ 2684/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (26.10.2017); ע"פ 8095/16 עובדיה נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (30.3.2017)). הנדון דידן אינו בא בגדרם של אותם עניינים חריגים; העונשים הולמים את חומרת מעשיהם של המערערים.

16. טענתם העיקרית של המערערים נוגעת כאמור להבחנה שערך בית המשפט המחוזי בינם לבין שותפיהם לביצוע העבירות, הבחנה בגינה נקבע לגביהם מתחם ענישה מחמיר יותר מזה שנקבע ליתר בני החבורה. אין בידי לקבל טענה זו. המערערים רקמו - אמנם יחד עם מספר שותפים נוספים - תכנית מאורגנת וסדורה לשדוד את מכונית הב.מ.וו של מחמד; זאת, תוך שהם מסכנים את שלומם וביטחונם, פוגעים בכבודו, והכל למען בצע כסף. עובדות כתב האישום אכן מלמדות כי חלקם היחסי של המערערים בביצוע העבירות משמעותי יותר מחלקם של שותפיהם; הם נהגו את מכונית הב.מ.וו משטחי ישראל לשטחי הרשות הפלסטינית, והיו שותפים פעילים לאורך כל שלבי ביצוע העבירות. אלא היתה הדמות הדומיננטית והפעילה ביותר מבין השותפים, היא שימשה 'נערת הפיתוי'; יזמה את הקשר עם מחמד; נטעה בו את האמון בה; הובילה אותו במכוניתו למקום המפגש עם חבריה; פתחה את דלת המכונית ואפשרה לרעולי הפנים לתקוף אותו; היא גם צבעה את שערה ושינתה את תסרוקתה כדי להקשות על זיהויה. גם חלקו היחסי של עמאד גדול ביחס לאחרים, ניתן ללמוד זאת גם מהעובדה שהוא זה שחילק את השלל בין בני החבורה בסיומו של אותו ערב מר. אם לא די בכך, המערערים - בניגוד לחבריהם - הודו והורשעו בביצוע עבירה נוספת - כליאת שווא, עבירה חמורה כשלעצמה, שסופה אינו תמיד ברור בעת ביצועה. בנסיבות אלו, בדין קבע בית המשפט המחוזי מתחם ענישה שונה לגבי שני המערערים, מתחם שאינו חורג מרף הענישה המקובל (ראו למשל: ע"פ 2579/12 אידריס נ' מדינת ישראל (18.7.2012)).

17. אין בידי לקבל גם את טענותיהם של המערערים בנוגע למשקל שהעניק בית המשפט המחוזי לשיקולים השונים. גזר הדין מגלם כדבעי את האיזון הראוי בין כלל השיקולים הראויים. מכל מקום, אין די בהעלאת טענות בנוגע למשקל שניתן לשיקולים השונים - בכלל זה שיקולי שיקום - כדי להצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור בגזר הדין (ע"פ



6980/15 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (18.4.2016); ע"פ 7997/15 פאהום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (1.10.2017). עם זאת, אציין כי התסקירים שהוגשו אכן מצביעים על כך שאלא עושה מאמצים ועוברת תהליך משמעותי על מנת להשתקם ולשוב למוטב. יש לברך על כך, בתקווה שתמשיך לילך במסלול זה, ותנצל את תקופת המאסר על מנת ללמוד ולהשתקם - לטובתה, למען בנה ולתועלת החברה.

18. אשר להפעלת עונש המאסר על-תנאי נגד עמאד. הלכה ידועה היא, כי המבחן להפעלת מאסר על-תנאי הוא מבחן 'ענייני-מהותי' ואינו מבחן 'טכני-פורמלי'. העיקר אינו במילות החוק היבש, אלא בבחינת השאלה האם "התנהגותו הפלילית של נאשם שבעטייה הורשע, מקיימת הלכה למעשה ובאורח מהותי את יסודות עבירת התנאי" (ע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' גוטמן, פ"ד נד (3) 145, פסקה 4 (2000)). רוצה לומר: "עיקר הוא במעשה ולא בשם המעשה, בהתנהגות האסיר ולא בכינויה, בַּתוֹךְ ולא בקליפה" (בג"ץ 3315/04 שטרית נ' מדינת ישראל, פ"ד ס (2) 413, פסקה 19 (2005); וכן ראו: ע"פ 6420/10 סלסנר נ' מדינת ישראל, פסקה כ' (23.8.2011)). בענייננו, בת"פ 53934-07-10 נגזר על עמאד עונש מאסר על-תנאי למשך 12 חודשים, שיופעל אם וכאשר יעבור עבירות של "סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, גניבת רכב או סיוע לעבירה זו, או נהיגה בזמן פסילה" [ההדגשה הוספה - נ' ס']. יישום המבחן המהותי מצביע על כך שהתנהגותו הפלילית של עמאד במקרה דנן - בייחוד לנוכח התכנון המקדים לגנוב את רכבו של מחמד, ולנוכח חלקו המשמעותי בנהיגת הרכב אל מחוץ לשטחי ישראל - מקימה לבטח באופן מהותי את יסודותיה של עבירת 'סיוע לגניבת רכב', ולפיכך מדובר בתנאי בר-הפעלה.

19. סוף דבר: על סמך האמור, אציע לחבכי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט נ' סולברג.



אלאא תתייצב לריצוי עונשה ביום 1.3.2018 עד השעה 10:00, ביס"ר נווה תרצה, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר כשברשותה תעודת זהות או דרכון ועותק מפסק דין זה. על המערערת לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, טלפונים: 08-9787377 או 08-9787336.

ניתן היום, ח' בשבט התשע"ח (24.1.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט