|  |
| --- |
| בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים |

|  |
| --- |
| ע"פ 8538/18 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט נ' הנדל |
|  | כבוד השופט ע' גרוסקופף |
|  | כבוד השופט א' שטיין |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | אחמד פרוך |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום 01.11.2018 ב[ת"פ29650-01-18](http://www.nevo.co.il/case/23545792) [פורסם בנבו] שניתן על ידי כבוד השופט ר' כרמל |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | כ"ה בטבת התשע"ט | (02.01.2019) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד דכוור וסים |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה: | עו"ד אריה פטר |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם שירות המבחן: | גב' ברכה וייס |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [40ג.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c), [40יא.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja), [40יד.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jd)

מיני-רציו:

\* בימ"ש קמא קבע את מתחם העונש ההולם לעבירה שביצע המערער, ועשה מלאכתו נאמנה בקיום הוראת [סעיף](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".a) 40ג(א) לחוק העונשין. אולם בימ"ש קמא לא השלים את מלאכתו ולא דן בשאלה היכן יש למקם את המערער בתוך המתחם בשים לב לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בכך לא קיים את מצוות המחוקק [בסעיפים](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".b) 40ג(ב) ו-[40](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jd" \l ".2)יד(2) לחוק. ודוק, הקושי אינו טמון רק במחדל האמור, אלא בכך שבחינת השיקולים המנויים [בסעיף 40יא](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja) מלמדת שאין הצדקה למקם את המערער במחצית המתחם.

\* עונשין – ענישה – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה

\* עונשין – עבירות – ממניע גזעני

.

ערעור על חומרת העונש שנגזר על המערער בביהמ"ש המחוזי, בגדרו הוטלו עליו 20 חודשי מאסר בגין הרשעתו, ע"פ הודאתו, בתקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני (תקיפת נערים מהעדה החרדית).

.

ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור ברוב דעות השופטים גרוסקופף ושטיין וכנגד דעתו החולקת של השופט הנדל:

דעת הרוב –

[סעיף 40ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קובע כי בבואו לגזור את הדין על ביהמ"ש לעשות שתי פעולות: לקבוע את מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם, ולקבוע את מיקום הנאשם בתוך המתחם בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בימ"ש קמא קבע בענייננו את מתחם העונש ההולם לעבירה שביצע המערער, והעמידו על 30-12 חודשי מאסר. מתחם זה, למרות היותו מחמיר בהשוואה לפסיקה הנוהגת, הוא אכן מתחם העונש ההולם את מעשה העבירה המכוער והפוגעני בו הורשע המערער. מכאן שבימ"ש קמא עשה מלאכתו נאמנה בקיום הוראת [סעיף](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".a) 40ג(א). אולם, בימ"ש קמא לא השלים את מלאכתו ולא דן בשאלה היכן יש למקם את המערער בתוך המתחם שקבע בשים לב לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בכך לא קיים את מצוות המחוקק [בסעיפים](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".b) 40ג(ב) ו- [40](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jd" \l ".2)יד(2) לחוק.

ודוק, הקושי בענייננו אינו טמון רק במחדל של בימ"ש קמא מלהבהיר מהם השיקולים שהביאו אותו למקם את המערער באזור אמצע המתחם, אלא בכך שבחינת השיקולים המנויים [בסעיף 40יא](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja) מלמדת שאין כל הצדקה למקם את המערער במחצית המתחם. יש להביא בחשבון כי: מדובר במערער צעיר; נעדר עבר פלילי; הוא הודה במיוחס לו בתחילת המשפט; נטל אחריות על מעשיו והביע חרטה; עונש מאסר פוגע קשות במסלול חייו; שירות המבחן התרשם שהעבירות אינן מאפיינות את התנהלותו הכללית וכי מדובר בבחור בעל שאיפות לניהול אורח חיים נורמטיבי. כנגד אלו הזכירה המשיבה רק את הימנעות המערער מלהסגיר את שותפו, אולם שיקול זה לבדו אינו יכול להצדיק מיקום המערער במחצית המתחם, אלא לכל היותר יש בו כדי להביא למיקומו מעט מעל לרף התחתון של המתחם.

לאור האמור, יופחת עונשו של המערער ל-15 חודשי מאסר בפועל.

דעת המיעוט –

העונש אכן חמור, אך בהינתן הנסיבות אין הצדקה להתערב בו. מהעובדות בהן הודה המערער עולה תמונה קשה. המחוקק הביע עמדתו ביחס לעבירה בה הורשע המערער, כך שקיימות שתי נסיבות המאפשרות להכפיל את העונש בגינה: מספר המבצעים ומניע גזעני. בחברה מתוקנת ושוחרת שלום יש לנקוט יד קשה בגזירת העונש, מתוך מגמה שאירועים כאלה לא יחזרו על עצמם. ערך כבוד האדם כוחו אינו רק בשאיפתו הנשגבת, אלא גם בזרקור המושם על הפגיעה הקשה באדם אותו משפילים.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור על חומרת העונש שנגזר על המערער בבית המשפט המחוזי, בגדרו הוטלו עליו עשרים חודשי מאסר לריצוי בפועל. המערער הורשע על פי הודאתו בתקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני.

העבירה שביצע המערער חמורה היא. אף הסניגור אינו חולק על כך. ככלל, יש צורך בהטלת עונשי מאסר בפועל במקרים כאלה, גם כדי להרתיע מפני ביצועם. כך אף לגבי נאשם כגון המערער, צעיר הנעדר הרשעות קודמות. אשר לאורך תקופת המאסר, הגישה האינדיבידואלית הנהוגה בשיטת המשפט הישראלית חשובה. היא תואמת את עקרון ההלימה, שבוחן את נסיבות העבירה ומקומו של המקרה על פני ציר החומרה, לצד מקרים חמורים יותר או פחות.

2. ומהכללים המחייבים לבחינת המקרה. העונש אכן חמור, אך בהינתן הנסיבות – אינני סבור כי יש הצדקה משפטית להתערב בו. מהעובדות בהן הודה המערער עולה כי היו שני שלבים למקרה, שבמהלכם תקפו הוא ומעורב אחר שני נערים מהעדה החרדית. תחילה הכה האחר בראשו של אחד מהם, ובשלב שני – כעבור כמחצית השעה – חסמו הנאשם והאחר את דרכם של הנערים מלפנים ומאחור. האחר קשר את פאותיהם של הנערים אלה לאלה חרף תחנוניהם והסבריהם כי מדובר ביום השבת, שבו מלאכת התרת קשרים אסורה, ואילץ אותם לחזור על דבריו בגנות מדינת ישראל וגופיה. לאחר מכן אילץ אותם לחזור על שבחים לארגון החמאס. המערער אמר לנערים כי בכוונתם לחטוף אותם, והחל לגרור אחד מהם במורד הרחוב. כן אילצו המערער וחברו את הנערים לחזור על הצהרת האמונה האיסלאמית, בעוד האחר חובט באגרופו בחזה אחד הנערים. המערער, מצידו, תפס את הנער השני בצווארו ואילץ אותו לנשק את ידי המעורב האחר ואת רגליו. במהלך כל הסיטואציה בעט המערער בנערים, תוך שהוא מתעד את הדברים במכשיר הטלפון שלו.

קריאת התיאור מציירת תמונה קשה ומטרידה. המחוקק הביע עמדתו ביחס לעבירה שבה הורשע המערער, כך שקיימות שתי נסיבות המאפשרות להכפיל את העונש בגינה. האחת, מספר המבצעים. השנייה, מניע גזעני. בחברה מתוקנת, השוחרת שלום בתוכה, יש לנקוט יד קשה בגזירת העונש, מתוך מגמה שאירועים כאלה לא יחזרו על עצמם. כבוד האדם הוא ערך שעומד בליבת חוק היסוד הקרוי על שמו. כוחו אינו רק בשאיפתו הנשגבת, אלא גם בזרקור המושם על הפגיעה הקשה באדם אותו משפילים. יש הסבורים כי ההשפלה היא האנטי-תזה של כבוד האדם. ונדגיש שוב כי מדובר בשני אירועים שונים, נגד שני קורבנות שונים, שנעשו בצוותא. נתון נוסף הוא הפחד שאירועים כאלה יוצרים בלב הקרבן. הוא – אולי בניגוד לנאשם – אינו יודע כיצד האירוע עשוי להסתיים. פחד כזה אמיתי ועמוק. כבוד האדם נרמס בעת פגיעה על רקע גזעני, דתי או לאומני, ובענייננו – הרקע אינו נשען על מרכיב אחד שהוזכר, אלא על הצטברותם של מספר מרכיבים.

3. סוף דבר, אף אם התקופה אינה קצרה, יש בה לשקלל את הנימוקים לקולא ולחומרא. לשון אחר, בית המשפט שקל את ההיבטים הרלוונטיים של המקרה והעונש אינו מצדיק התערבות. הייתי מציע לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. לצערי אין באפשרותי להסכים במקרה זה לעמדתו של חברי, השופט **ניל הנדל**.

לדידי שגה בית המשפט קמא, ולא פעל בהתאם למצוות המחוקק בבואו לגזור את דינו של המערער. לפיכך קיימת הצדקה להתערב בגזר הדין, ולהקל במידה מסוימת בעונש המאסר שנגזר על המערער. אסביר בקצרה את עמדתי.

1. [סעיף 40ג.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז- 1977 קובע כי בבואו לגזור את הדין על בית המשפט לעשות שתי פעולות שונות: לקבוע את מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם ולקבוע את מיקומו של הנאשם בתוך המתחם בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. וזו לשון הסעיף:

(א) בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה.

(וראו גם [סעיף 40יד.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jd) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) המורה כי בגזר הדין יפרט וינמק בית המשפט את קביעת מתחם העונש ואת גזירת העונש המתאים לנאשם).

1. בית המשפט קמא קבע בענייננו את מתחם העונש ההולם לעבירה שביצע המערער, והעמידו על 30-12 חודשי מאסר. בשים לב לאמור בפסק דינו של חברי, מקובל עלי כי מתחם זה, למרות היותו מחמיר בהשוואה לפסיקה הנוהגת, הוא אכן מתחם העונש ההולם את מעשה העבירה המכוער והפוגעני בו הורשע המערער. מכאן שבית המשפט קמא עשה מלאכתו נאמנה בקיום הוראת [סעיף](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".a) 40ג.(א) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).
2. ואולם, בית המשפט קמא לא השלים את מלאכתו, ולא דן בשאלה היכן יש למקם את המערער בתוך המתחם שקבע בשים לב לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בכך לא קיים בית המשפט קמא את מצוות המחוקק [בסעיפים](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c" \l ".b) 40ג.(ב) ו- [40](http://www.nevo.co.il/law/70301/40jd" \l ".2)יד.(2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). הפוך והפוך בפסק דינו הקצר, ולא תמצא בו כל דיון של ממש בשאלה מהן הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה בהן התחשב בית המשפט קמא, בהגיעו למסקנה כי עונשו של המערער צריך להיות באזור אמצע המתחם (20 חודשי מאסר). ודוק, בית המשפט קמא ציין לזכותו של המערער את "**הודאתו שבאה בתחילת ההליך, גילו הצעיר והעדר עבר פלילי**", ואולם כנגדם לא ציין ולו שיקול אחד שאינו קשור בביצוע העבירה היכול להצדיק מיקומו בסמוך למחצית המתחם.
3. ויובהר, הקושי בענייננו אינו טמון אך ורק במחדל של בית המשפט קמא מלהבהיר מהם השיקולים שהביאו אותו למקם את המערער שלפנינו באזור אמצע המתחם, אלא בכך שבחינת השיקולים המנויים [בסעיף 40יא.](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מלמדת, שאין כל הצדקה למקם את המערער במחצית המתחם. לעניין זה יש מקום להביא בחשבון את השיקולים הבאים: מדובר במערער צעיר; נעדר עבר פלילי; לא נרשמה לחובתו כל הסתבכות נוספת עם החוק; הוא הודה במיוחס לו בתחילת המשפט; נטל אחריות על מעשיו והביע עליהם חרטה; עונש מאסר פוגע קשות במסלול חייו; שירות המבחן ציין לגביו כי "**אנו מתרשמים כי העבירות אינן מאפיינות את התנהלותו הכללית וכי מדובר בבחור בעל שאיפות לניהול אורח חיים נורמטיבי**". כנגד השיקולים הללו הזכיר בא כוח המשיבה רק את הימנעותו של המערער מלהסגיר את שותפו למעשה עבירה, ואולם פשיטא כי שיקול זה לבדו אינו יכול להצדיק מיקום המערער במחצית המתחם, אלא לכל היותר יש בו כדי להביא למיקומו מעט מעל לרף התחתון של המתחם.
4. לאור האמור לעיל, סבורני כי חובתנו להשלים את שהחסירה הערכאה קמא, ולהורות כי עונשו של המערער יופחת במידת מה, באופן שימקמו במיקום הראוי לו במתחם שקבע בית המשפט קמא. על כן, אם תשמע דעתי, יופחת עונשו של המערער, ויועמד על 15 חודשי מאסר לריצוי בפועל. יתר רכיבי העונש יוותרו בעינם.

ש ו פ ט

**השופט א' שטיין:**

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט **ע' גרוסקופף**.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט **ע' גרוסקופף** אליה הצטרף השופט **א' שטיין** כנגד דעתו החולקת של השופט **נ' הנדל**.

על המערער להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בבימ"ר ניצן ביום 3.2.2019, לא יאוחר מהשעה 9:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

5129371

54678313 ניתן היום, ‏א' בשבט התשע"ט (‏7.1.2019).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

18085380\_Z04.docx מא

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [http://supreme.court.gov.i](http://supreme.court.gov.il/)l

נ' הנדל 54678313-8538/18

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)