

## עפ"ג 48515/02/14 - פאיז קאווס נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 48515-02-14  
22 יוני 2014

לפני: כב' השופט דוד חשין, נשיא  
כב' השופט משה דרורי, סגן נשיא  
כב' השופט עודד שחם

המערער:

פאיז קאווס

ע"י ב"כ עו"ד רמי עותמאן

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד אלונה נבות מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

**פסק דין**

**סגן הנשיא משה דרורי:**

**כללי**

1. בפנינו ערעור המערער על גזר דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת שרון לארי-בבלי) בת"פ 1220-03-13, מיום יא שבט תשע"ד (12.1.14), שבו, בעקבות הרשעה - על פי הודאה - בעבירות של התפרעות וניסיון תקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות, הוטל על המערער עונש מאסר של שישה חודשים בפועל, וכן מאסר על תנאי לשמונה חודשים, למשך שלוש שנים, בתנאי שלא יבצע את העבירות בהן הורשע.

**כתב האישום בבית משפט השלום**

2. נגד הנאשם ושלושה אחרים, הוגש, ביום כא אדר תשע"ג (3.3.13), כתב אישום, שבו המערער הינו נאשם 1.

3. המעשים המיוחסים לנאשם, הינם אלה:

א. ביום 22.2.13, בשעות הצהריים, לאחר סיום תפילת יום השישי, שהו הנאשמים ברחבת הר הבית בירושלים, סמוך לשער המוגרבים.

ב. הנאשמים, ביחד עם רבים אחרים - חלקם רעולי פנים - השתתפו בהתפרעות, שכללה ירי זיקוקים ויידוי אבנים לעבר כוחות המשטרה, שנכחו במקום, במטרה להשליט סדר.

ג. נאשם 1 זרק אבן לעבר כוחות המשטרה, במטרה לפגוע בשוטרים.

ד. במעשים אלה, השתתפו הנאשמים בהתקהלות אסורה, שהתחילו לבצע בה את מטרותם בהפרת השלום, שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור. בנוסף, ניסו הנאשמים לתקוף שוטרים

עמוד 1

בקשר למילוי תפקידם כחוק, בכוונה להכשילם בתפקידם, או למנוע או להפריע אותם מלמלאו, כשהם מזוינים בנשק קר ובצוותא של יותר משני אנשים.

4. הוראות החיקוק לפיהן הואשמו הנאשמים - ובהם המערער (נאשם 1 בתיק במ"ש השלום הנ"ל) - הן אלה:

א. התפרעות, בניגוד לסעיף 152 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 [שעונשה המירבי הוא שנתיים מאסר].

ב. ניסיון תקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות - עבירה לפי סעיף 1274(1), (2) ו-(3) לחוק, יחד עם סעיף 25 לחוק [העונש בגין עבירה זו הוא מאסר עד חמש שנים ולא פחות משלושה חודשים].

5. ביום ט אב תשע"ג (16.7.13), נכתב בפרוטוקול בית משפט השלום, בשם ב"כ נאשם 1 (הוא המערער שבפנינו) עו"ד רמי עותמאן (המייצגו גם בהליך הערעור), כדלקמן: **"הנאשם חוזר בו מכפירה ומודה במיוחס לו בכתב האישום"** (עמוד 7, שורה 19, לפרוטוקול בית משפט השלום).

בסעיף 2 בהודעת הערעור, מציג עו"ד עותמאן את הדברים, במילים אלה: **"ביום 16.7.13 הודה המערער במיוחס לו בכתב האישום, שלא במסגרת הסדר מקל, ומבלי שהובטח לו דבר על ידי המשיבה"**.

6. הנאשם - יחד עם שלושת האחרים - הורשע, על פי הודאתו האמורה, בהכרעת דין, מיום ט אב תשע"ג (16.7.13), במיוחס לו בכתב האישום האמור (עמוד 7, שורה 23 לפרוטוקול הנ"ל).

### תסקיר שירות המבחן

7. על פי הסכמת הצדדים, הוגש, ביום ד שבט תשע"ד (5.1.14), תסקיר שירות מבחן למבוגרים, בעניינו של המערער.

8. בתסקיר נאמר, כי המערער נמצא במעצר בית, בתנאים מגבילים, בבית סבו וסבתו, ובמשך היום עובד בחנות התכשיטים, השייכת למשפחתו.

9. שירות המבחן התרשם כי מדובר באדם צעיר, בעל קווי התנהגות ילדותיים, הנמנע מהתמודדות עם קשיים, ונעדר יכולת לראות את חלקו באופן בו מתנהלים חייו. הוא מתקשה בגילוי עצמאות, במיוחד במצבים הנחזים על ידו כמלחיצים. ניכרת נטייתו לרצות את סביבתו החברתית, מתוך תפיסה, כי כך יזכה להערכה רבה יותר מצדם.

10. המערער הינו בן בכור, למשפחה המונה זוג הורים, ושני ילדים. אביו, הוא בעל חנות מתנות לתכשיטים, והאם - עקרת בית.

יש למערער קשר חיובי עם משפחתו, והוריו מציבים לו גבולות ברורים. עם זאת, בולט פער בין האופן שבו מתאר המערער את יחסיו עם הוריו, לבין התנהלותו בפועל, כאשר הוא נמנע מלשתף אותם בהחלטותיו ובמעשיו, ומלקבל עצות שנותנים לו.

11. המערער עזב את לימודיו, בכיתה ט'; לדבריו, בשל קשיים לימודיים. הוא תיאר עצמו כמי שאינו יודע "קרוא וכתוב", והתקשה להסביר את הסיבה לכך.

בעבר, עבד המערער בעבודות מזדמנות, בתחום השיפוצים והאלומיניום. לפני מעצרו, עבד בחנות מתנות, בבעלות המשפחה. הוא מחפש אחר קידום אישי וחוויות הצלחה, בניסיון להעלות את דימויו העצמי. במסגרת זו, תיאר כי בן דודו הבטיח לו שיקדם אותו בעבודה בתחום הצורפות, ולימד אותו טכניקות לקידום העבודה.

12. בהתייחסותו לעבירה, מציין שירות המבחן, כי המערער מצמצם את אחריותו לאירוע. לדבריו, הלך עם בני דודיו לתפילה להר הבית, ולא ידע כי יתחילו שם מהומות. הוא מתאר כי פחד מן המהומות, שהיו שם, ולדבריו, הופעלו עליו לחצים לזרוק אבנים. המערער חשש מהאופן שבו יתייחסו אליו, אם לא ישתתף בזריקת האבנים, ולכן, זרק אבן.

13. שירות המבחן מעריך, כי בבסיס מעורבותו של המערער בעבירות שביצע, יש חיפוש אחר שייכות. לכך יש להוסיף את קווי אישיותו הילדותיים, ונטייתו להיגרר אחר סביבתו, כאשר הוא מתקשה בגיבוש אישיות עצמאית ולהחזיק בדעות משל עצמו. המערער מנסה להשליך את האחריות לקורה עמו על אחרים. ניכר קושי ביצירת נפרדות מסביבתו, תוך גילוי יכולות נמוכות, וקשיים בביטוי רגשי.

14. בסיום התסקיר, במסגרת ההמלצה, מציין שירות המבחן, כי, מחד גיסא, מדובר בעבירה יחידה של המערער, שמתפקד באופן תקין בדרך כלל; מאידך גיסא, ראה שירות המבחן את חומרת העבירה, והתייחסותו המצמצמת של המערער בנוגע אליה.

לאור זאת, המלצת שירות המבחן היא, להטיל על המערער עונש מוחשי של מאסר שירוצה בעבודות שירות, וכן מאסר על תנאי, כעונש מרתיע.

### **עיקרי הטיעונים לעונש בבית משפט השלום**

15. ב"כ המערער, בפתח הדיון בטיעונים לעונש, ביום יא שבט תשע"ד (12.1.14), ביקש לשלוח את מרשו לממונה על עבודות שירות, מבלי שיש בכך צפייה או התחייבות כלשהי של המאשימה, וזאת, על סמך המלצתו החד משמעית של שירות המבחן להטיל על המערער מאסר בעבודות שירות (עמ' 13, שורות 10-14, לפרוטוקול מיום 12.1.14).

16. המאשימה ענתה, כי עמדתה הינה למאסר בפועל. ב"כ המאשימה הזכירה את עונש המאסר של 9 חודשים, שנגזרו על נאשמים 3 ו-4 באותו תיק, וכן את החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (עפ"ג 45440-10-13), לפיה, בעבירות דומות, גם כאשר מדובר בבחורים צעירים ללא עבר, אין מקום לעבודות שירות, וכי מתחם הענישה הוא מאסר בפועל קצר עד שנת מאסר (עמ' 13, שורות 16-20 לפרוטוקול הנ"ל).

17. החלטת הביניים של בית משפט (כבוד השופטת שרון לארי-בבלי), בנושא האמור, הייתה זו (עמ' 14, שורות 4-6 לפרוטוקול הנ"ל):

**"אין מקום לשליחת הנאשמים לממונה על עבודות שירות, בהתאם לדברי בית משפט בעפ"ג 45440-10-13, שם נפסק כי מתחם הענישה ההולם נע בין מאסר קצר למאסר בן שנה ויותר, אולם אין מקום להסתפק במקרים מעין אלה, במאסר שירוצה בעבודות שירות.**

**הצדדים יטענו עתה לעונש".**

#### תמצית טיעוני המאשימה

18. ב"כ המאשימה, עו"ד שחר מלול, בטיעונו בעניין מתחם העונש ההולם, הזכיר את פסק הדין המחוזי הנ"ל, שקבע מתחם בין מאסר קצר לבין שנה ויותר. כמו כן, הפנה לפסקי דין של בית משפט השלום, שבהם נקבע מתחם ענישה של 3-18 חודשי מאסר בפועל, או 3-12 חודשי מאסר בפועל (עמ' 14, שורות 18-24, לפרוטוקול האמור).

19. ב"כ המאשימה עמד על כך שמדובר בביצוע עבירה בהר הבית, מקום רגיש, ביום שישי, שהאירוע כלל יידיי אבנים רבות על ידי רעולי פנים, על רקע אידיאולוגי. כל הרכיבים הללו מלמדים על חומרה יתרה (שם, שורות 25-26).

20. לאור נתונים אלה והנחישות לפגוע בשוטרים (במיוחד נאשם 2 שיידה חמש אבנים, לעומת נאשם 1 שיידה אבן אחת) ופוטנציאל הנזק, מתחם העונש ההולם, אשר אליו טענה המאשימה, הוא בין חמישה לבין 15 חודשי מאסר בפועל (עמ' 15, שורות 1-2).

21. לעניין משקל תסקיר שירות המבחן, הדגיש ב"כ המאשימה, כי נאשם 1 (הוא המערער שבפנינו) **"מצמצם אחריותו לאירוע... הוא בעל מוקד שליטה חיצוני, ונוטה להשליך אחריות על אחרים"** (עמ' 15, שורות 3-4, לפרוטוקול הנ"ל).

22. ב"כ המאשימה טען שאין מקום לקבל את המלצת שירות המבחן לעבודות שירות, לאור הפסיקה, ולנוכח העובדה שנאשם 1 היה רעול פנים, בעת שיידה את האבן.

ב"כ המדינה עתר לעונש של שבעה חודשי מאסר (עמ' 15, שורות 7-10; לגבי נאשם 2, שיידה חמש אבנים, העתירה הייתה לעונש של 10 חודשי מאסר; שם, שורות 10-11).

### תמצית טיעוני הנאשם לעונש

23. ב"כ המערער (נאשם 1 בבית משפט קמא), טען כי אין עקביות בגזרי הדין של בית משפט השלום בעבירות דומות של ידוי אבנים כלפי שוטרים. הוא הזכיר עונש של מאסר בעבודות שירות, שעליו לא הגישה המדינה ערעור (שם, עמ' 15, שורות 16-19).

24. לטענת הסנגור, כל תיק לגופו, ואף הוסיף ואמר: **"ויש גם עניין של מזל"** (שם, שורה 19).

25. בהתייחסו לעונשים של נאשמים 3-4, שנידונו לתשעה חודשי מאסר, הסביר ב"כ המערער כי הפרקליטות הסתירה את עברם הפלילי, ולגבי אחד מהם יש מאסר על תנאי בר הפעלה (עמ' 15, שורה 23 - עמ' 16, שורה 6).

26. ככל שמדובר בנסיבותיו האישיות של מרשו, נאשם 1, מדגיש עו"ד עותמאן, נקודות אלה: הודאה בהזדמנות הראשונה; העדר יוזמה, אלא השתתפות בתפילה, שבה נסחף וזרק אבנים; כשנה חלפה מאז האירועים, ובמהלכה היה מרשו במעצר בית, שאת תנאיו לא הפר; העדר עבר פלילי; המלצת שירות המבחן; זריקת אבן אחת בלבד (עמ' 16, שורות 7-17).

27. עתירת הסנגור הייתה כי העונש שיוטל על המערער יהיה מאסר בעבודות שירות, ומאסר מותנה, בהתבסס על פסיקה שהביא, תוך שהוא מציין כי **"הכל נוטה לכך, במיוחד כשמדובר בבחור צעיר, ללא עבר פלילי, להבדיל מהנאשמים 3 ו-4"** (שם, שורות 23-24).

### גזר הדין של בית משפט קמא

28. מאחר ובטיעונים בפנינו, יש התייחסות לנאשמים האחרים, ראיתי לנכון להביא את הנוסח המלא של גזר הדין של בית משפט השלום (כב' השופטת שרון לארי-בבלי), מיום יא שבט תשע"ד (12.1.14), עמ' 17-18 לפרוטוקול:

**"הנאשמים שבפניי הורשעו על פי הודאותיהם בעבירות של התפרעות וניסיון תקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות.**

**הצדדים אינם חולקים על מתחם הענישה אשר נפסק בבירור בעפ"ג 13-10-45440.**

**למעשה, בתיק זה הורשעו שני שותפים נוספים ונגזר עליהם מאסר למשך 9 חודשים כל אחד. ב"כ המאשימה מאבחן בין נאשמים אלה לנאשמים הנוכחים וטוען כי על הנאשם הראשון, נוכח העדר**

עבר ונוכח זריקת אבן בודדת, יש להשית 7 חודשי מאסר ואילו על הנאשם השני, שהשליך 5 אבנים, יש להטיל 10 חודשי מאסר.

אינני שותפה למתימטיקה זו.

הנאשמים 3 ו-4 הם בעלי עבר רלוונטי, זהה וקרוב, ועל כן, העונש שהושת עליהם צריך להיות משמעותית כבד מזה המושת על הנאשמים שבפניי.

הנאשם 3 למעשה, זכה פעם נוספת כאשר הופעל עונש מאסר למשך 4 חודשים בחופף.

לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים ובשים לב לפסיקה הנהוגה, אני גוזרת על הנאשמים את העונשים הבאים:

1. הנאשם 1 ירצה עונש של מאסר למשך 6 חודשים מאחורי סורג ובריה (ולא בעבודות שרות). הנאשם יתייצב לריצוי המאסר ביום 2.3.14 בשעה 08:00 בבית המעצר במגרש הרוסים. במידה ויוגש ערעור, ידחה ריצוי המאסר עד להחלטה אחרת של ביהמ"ש המחוזי.

2. הנאשם 2 ירצה עונש מאסר למשך 7 חודשים. הנאשם יתייצב לריצוי המאסר ביום 2.3.14 בשעה 08:00 בבית המעצר במגרש הרוסים. במידה ויוגש ערעור, ידחה ריצוי המאסר עד להחלטה אחרת של ביהמ"ש המחוזי.

3. מאסר למשך 8 חודשים וזאת על תנאי למשך 3 שנים והתנאי שלא יבצעו את העבירות בהן הורשעו.

זכות ערעור לביהמ"ש המחוזי בתוך 45 ימים מהיום".

#### תמצית טיעוני המערער בפנינו

29. בכתב הערעור, שהוגש ביום 24.2.14, על ידי הסנגור המלומד, עו"ד ראמי עותמאן, מוצגים נושאים אלה:

"סטיה ניכרת ולא מוסברת מהמלצות שירות המבחן" (כותרת סעיף ב.2 לכתב הערעור), כאשר טיעוני המערער הם כי על בית משפט קמא היה לקבל את המלצות שירות המבחן, בהתחשב באישיותו של המערער, שעל פי פרשנותו של הסנגור, קיבל אחריות על מעשיו, על אף שהופעל עליו לחץ מסיבי להשתתף עם חברי באירוע (סעיף 13); אי התחשבות במאמציו של המערער לשיקום, וחזרה לדרך המלך (סעיף 14); לא ניתן משקל לכך שזו מעידתו הראשונה של הנאשם (סעיף 15); על אף שתסקיר הינו בגדר המלצה, עדיין, מאחר ומדובר בהמלצות המבוססות על כלים מקצועיים, היה צריך בית משפט קמא לאמצם (סעיפים 16-18).

30. לעניין קביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של המערער (פרק ב.3 לערעור), נטען כי בית משפט קמא להתעלם מהוראותיו תיקון 113, ולא קבע מתחם עונש הולם "למעשה העבירה, בשילוב

**נסיבות המקרה ונסיבותיו האישיות של המערער** (סעיף 22). לטענת הסנגור, בית משפט קמא התעלם מהודאתו של המערער, מעידתו החד פעמית ולא נתן משקל לעיקרון השיקום או למצב שיש **"סיכוי של ממש שהוא ישתקם"** (סעיף 27 סיפא).

31. לטענת המערער, יש להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא, כי בית משפט קמא לא הלך **"בדרך אשר הותוותה, הן על ידי החוק והן בפסיקה ענפה של בית המשפט העליון"** (סעיף 29 להודעת הערעור).

32. הסנגור מוסיף וטוען, כי גזר הדין מהווה **"סטייה מרף הענישה המקובל"** (כותרת פרק ב.4 של הודעת הערעור). הסנגור סבור כי עונש של שישה חודשי מאסר בפועל, **"בשים לב לנסיבות המקרה ונסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המערער מהווה 'מחיר' יקר שאינו שקול כנגד העבירות בהן הורשע"** (סעיף 30 להודעת הערעור).

33. לטענת הסנגור, נפגע עיקרון אחידות הענישה, בעונש שנגזר על מרשו.

34. הסנגור מפרט את התעלמות הערכאה הראשונה מנסיבות מקלות של המערער: גילו של המערער (19 שנים); מעידה ראשונה; היותו נורמטיבי עד האירוע; חלקו באירוע הינו קטן ביותר, ביחס למעורבים האחרים; מעצר בפועל של חודש ומעצר בית מלא תקופה ארוכה; המלצת שירות המבחן למאסר בעבודות שירות.

35. הסנגור מייחד דברים לעקרונות תורת הענישה, וטוען כי בגזר הדין ניתן ביטוי רק לגמול ולהרתעה (סעיף 46), בעוד שמוטל על בית המשפט לשלב שיטות ענישה שונות ולהתחשב בנסיבות העבירה והעברין, במטרה להגיע לעונש ראוי והולם. בהקשר זה, מאסר בעבודות שירות, הוא - לשיטת הסנגור - דרך השיקום הנאותה למערער.

36. בסיום הודעת הערעור יש לסנגור בקשה כפולה: המרת המאסר בפועל במאסר בדרך של עבודות שירות (סעיף 54), וחילופין, להמתיק את עונש המאסר בפועל, ולהפחיתו (סעיף 55).

37. בטיעונים בעל פה, בפנינו, הסביר הסנגור את ההבדל בין מרשו (הנאשם 2), לבין נאשמים 3-4, שעונשם נקבע לשמונה ותשעה חודשים, וטען כי טעה בית משפט קמא שראה בעונשם בסיס להשוואה אל המערער, בעוד שהם בעלי עבר פלילי וביחס לאחד מהם הופעל עונש מאסר על תנאי (עמ' 2, שורות 10-20 לפרוטוקול, מיום כה אייר תשע"ד (25.5.14), וכן עמ' 3-4 לפרוטוקול הנ"ל).

38. הסנגור אישר, שלא הציג מתחם עונש הולם אחר בערכאה הראשונה, ולא עתר שם לעונש של עבודות

שירות ומאסר מותנה (שם, שורות 25-29).

39. הסנגור הסביר, כי אין קשר בין הנאשמים, שלא פעלו יחד, ורק טכנית הם נכללו בכתב אישום אחד, ולכן, יש להתייחס אל המערער באופן בודד ומיוחד.

הסנגור מאשר כי אכן היה ירי של זיקוקים באותו אירוע (עמ' 4, שורות 30-31).

לעניין זריקת האבנים, יש להבחין בין מספר האבנים שזרק כל נאשם, כאשר המערער זרק אבן אחת בלבד (עמ' 5, שורות 1-2).

40. לעניין היות מרשו רעול פנים, אישר הסנגור כי אכן כך היה, אך המעיט בחשיבות נושא זה, בהסבירו כי **"לא מדובר בכיסוי שהוכן מראש, אלא בחולצה שלו, ששם אותו [אותה] על מנת שלא יזהו אותו"** (שם, שורות 7-8).

41. ב"כ המערער מתאר את המאסר בעבודות שירות כדרך חינוכית, כדי שהמערער לא יחזור על מעשיו, דבר המבדיל בינו לבין נאשמים 3-4, שהיה להם עבר פלילי, בעוד שלמערער זו עבירתו הראשונה (שם, שורות 20-22).

42. ב"כ המערער מסביר **"שעדיף לשלוח אותו לעבודות שירות ולא למאסר עם עבריינים, ושיחזור עם מחשבות שונות"** (שם, שורות 25-26).

43. ב"כ המערער הביא פסיקה של בית משפט השלום, שבה, במקרים דומים, העונש שהוטל היה מאסר בעבודות שירות, והמדינה לא ערערה על כך (שם, שורות 27-31).

44. בסיכום, עותר ב"כ המערער לכך שאם בית המשפט עדיין סבור שיש להטיל על מרשו מאסר בפועל, מבקש הוא כי יהיה זה לתקופה קצרה של שלושה חודשים ויום, כפי שנקבע במקרים אחרים, וזה הרף התחתון שניתן לקבוע בסוג זה של עבירות (עמ' 6, שורות 1-3).

#### תמצית טיעוני המשיבה בפנינו

45. ב"כ המשיבה, המדינה, עו"ד אלונה נבות, מבקשת כי הערעור יידחה, וכי גזר הדין של בית משפט קמא יישאר על כנו (עמ' 6, שורה 5), וזאת, בהתבסס על פסיקה קודמת של בית משפט המחוזי, שקבע כי הענישה צריכה להיות מאסר, ובמיוחד כאשר נסיבות המקרה הן חמורות (שם, שורות 6-8).

46. לעניין מתחם העונש ההולם, סבורה ב"כ המדינה כי יש להתייחס בחומרה מיוחדת לכך שהעבירות



בוצעו ברחבת הכותל או בהר הבית כאשר המבצעים הנם רעולי פנים שיידו אבנים וזיקוקים, דבר המהווה פוטנציאל נזק רב ומחייב ענישה משמעותית והולמת, שכן הדבר הפך למכת העיר (שם, שורות 19-26).

47. ככל שהדבר מתייחס למערער שבפנינו, מדגישה ב"כ המדינה כי הוא "מצמצם את האחריות לאירוע ונוטה להשליך את האירוע על אחרים" (שם, שורות 27-28; עמ' 7, שורה 4).

48. מאחר ובתסקיר אין בסיס למאמצי שיקום, אין הצדקה לשיקול לקולא בתוך המתחם, וממילא, אין מקום לקבלת הערעור במובן זה שיוטל על המערער עונש של עבודות שירות; העונש שהוטל - מתיישב עם הענישה הנוהגת (עמ' 7, שורות 6-8).

49. החריג שבו אושר עונש של מאסר בעבודות שירות היה כאשר מדובר באב לשמונה ילדים שמפרנס אותם בעוד המערער שבפנינו מתאים, כלשון ב"כ המדינה, אל "הפרופיל הקלאסי של זורקי האבנים בירושלים" שהם צעירים (עמ' 7 שורות 9 וכן בהמשך בשורות 10-11).

50. גם אם גזר הדין נוסח בצורה מצמצמת, לטענת ב"כ המדינה השיקולים והתסקירים היו מונחים בפני בית המשפט, ודי בכך מבחינת ההנמקה (שם, שורות 25-29).

## דין

### הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה

51. מאז תחילת תוקפו של תיקון 113, שומה על בית המשפט בגוזרו עונש, לפעול על פי המתווה האמור באותו תיקון, שעניינו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" (סעיפים 40א-40טו לחוק העונשין).

52. בית המשפט העליון באחד מפסקי הדין שבו הסביר את יישום התיקון האמור, ואף כלל בגוף פסק הדין "תרשים זרימה" של שלבי גזר הדין (פיסקה 29 לפסק דינו של כב' השופט נועם סולברג בע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל (2013)).

53. מאחר ובמקרה שבפנינו אין מחלוקת ששתי העבירות בהן הורשע המערער הן בגדר אירוע אחד, ועל כן על פי סעיף 40ג לחוק, יש לקבוע לגביהן מתחם עונש הולם וקביעת עונש מתאים, השלב הראשון או המקדמי כפי שתואר בפרשת סעד הנ"ל, כבר הוסכם, ולכן לא היה צורך לפרטו במסגרת גזר הדין של בית משפט קמא.

54. לא כן לגבי שני השלבים הבאים שהם מתחם העונש ההולם וקביעת העונש הראוי, אשר מקומם נפקד

### מתחם העונש ההולם

55. ערים אנו לכך שבית משפט השלום נמצא בעומס רב של תיקים; אולם, את מצוות המחוקק יש לקיים ולפחות לתאר בקצרה את מתחם העונש ההולם, את השיקולים לקובעו, ובעקבות זאת את גבולות המתחם בצורה מפורשת.
56. הזכרת מתחם ענישה בתיק אחר, גם אם הוא ערעור של בית המשפט המחוזי, אין בו די שכן הקורא אינו יכול לדעת מהו המתחם מבחינת גבולות הענישה, התחנות והעליון.
57. בית המשפט המחוזי (כב' השופט הבכיר אמנון כהן, כב' השופט משה יועד הכהן וכב' השופט עודד שחם) בעפ"ג 45440-10-13 מדינת ישראל נ' יעקב אבו מאדי (18.12.13), התייחס למתחם עונש הולם בעבירות של ידוי אבנים כאשר האירוע נשוא תיק זה היה ידוי אבנים לעבר עמדת אבטחה של בית הקברות בהר הזיתים בארועי "יום הנכבה".
- בית המשפט מזכיר שני פסקי דין שניתנו האחד בהרכבו זה ואחד בהרכב אחר לפיהם העונש הראוי בגין עבירות מסוג זה הוא מאסר בפועל, כאשר המתחם הנו, כלשון פסק הדין, "**בין מאסר קצר למאסר של שנה ויותר**".
58. מתחם זה נקבע בהתאם לנסיבות שתוארו לעיל.
59. ברם, סעיף 40ג(א) לחוק העונשין מחייב כי קביעת העונש ההולם תהיה בהתאם לעיקרון המנחה שהוא עיקרון ההלימה (המוזכר בסעיף 40ב), וכי לשם כך מוטלת חובה על בית המשפט להתחשב בגורמים אלה: "**בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט**".
60. אכן יש קווים משותפים בין האירועים נשוא עפ"ג 45440-10-13 הנ"ל, שהוזכר בגזר הדין נשוא ערעור זה (ראה: פסקה 28 לעיל). אולם חובה על בית המשפט לבדוק את הערך החברתי לביצוע העבירה הספציפית ומידת הפגיעה בו, בכל תיק או לפחות בכל קבוצת תיקים שבהם מדובר בעבירה זהה.
61. לטעמי, ידוי אבנים לעבר עמדת אבטחה בבית קברות בהר הזיתים ב"יום הנכבה" אינה זהה לידיוי אבנים על-ידי רעולי פנים ביום שישי בהר הבית מיד לאחר התפילה של המוסלמים).
62. קביעת מתחם העונש ההולם צריכה להביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות והמאפיינים של הנתונים

העובדתיים שבגינם מורשע הנאשם, אשר את דינו יש לגזור. אין צורך לחזור ולומר את הדברים הידועים לכל: התפרעות בתפילת יום שישי על ידי מוסלמים בהר הבית, אינה רק בגדר התפרעות גרידא, ואינה עבירה שגרתית של ניסיון לתקיפת שוטרים בנסיבות מחמירות. לאירועים כאלה, ובמיוחד לאור פרסומם בכלי התקשורת, יש השלכות מרחיקות לכת לא רק בעיר ירושלים (ולכן, התואר "מכת עיר" אינו ממצה את מלוא המשמעות), אלא משפיעים הם על רמת הביטחון והסדר הציבורי בארץ כולה, שלא לומר על ההדים שיש לכך במעמדה הבינלאומי של מדינת ישראל.

63. לפיכך, במסגרת מתחם העונש ההולם יש להדגיש כי הערך החברתי שנפגע מביצוע עבירה ומידת הפגיעה בו הם קשים וחמורים, הן מבחינת הסדר הציבורי כמוסבר לעיל והן מבחינת היחס אל השוטרים העושים מלאכתם כמייצגי הריבונות הישראלית, ויכולת התגובה שלהם מוגבלת, כידוע. חובת ההגנה על אנשי המרות המייצגים את מדינת ישראל, הוא ערך חברתי חשוב שנפגע על ידי אותם ידוויי אבנים כלפי שוטרים בהר הבית.

64. לעניין מדיניות הענישה הנוהגת, כבר הוזכרה הפסיקה הקובעת עונש מאסר בפועל עד שנת מאסר, כאשר, בעיקרון, המתחם כולל מאסר בפועל ולא עבודות שירות.

65. שיקול נוסף שיש להביאו בחשבון במסגרת מתחם העונש ההולם, כאמור בסיפא של סעיף 40ג(א), הוא התחשבות בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

66. על פי נסיבות תיק זה לא ניתן להצביע על כך שהנאשם עצמו היה שותף לתכנון שקדם לביצוע העבירה (הנסיבה האמורה בסעיף 40ט(א)(1)); חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה הייתה זריקת אבן אחת, ועל פי הנתונים העולים מתסקיר שירות המבחן (שהמדינה לא טענה כנגד מהימנותו), הנאשם זרק את האבן לאחר שהופעלו עליו לחצים (ראה: פסקה 12 לעיל) ועל כן ניתן לומר כי חלה הנסיבה האמורה בסעיף 40ט(2) סיפא בדבר "**מידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה**".

67. לעניין הנזק הצפוי להיגרם מביצוע העבירה (הנסיבה האמורה בסעיף 40ט(א)(3)) - כבר הסברתי לעיל כי הנזק אינו רק בסיכון של שוטר פלוני או אלמוני (מבלי לגרוע כמובן מחומרת מעשה זה כשלעצמו), אלא הנזק הוא נזק מערכתי עם השלכות לביטחון, לסדר הציבורי ולמעמדה הבינלאומי של מדינת ישראל.

68. תסקיר שירות המבחן מתייחס אל הגורם החמישי (סעיף 40ט(א)(5) לחוק), דהיינו "**הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה**", ותולה זאת באישיותו הילדותית ונטייתו להיגרר אחרי סביבתו, כאשר הוא מתקשה בגיבוש אישיות עצמאית ולהחזיק בדעות משל עצמו (ראה: פסקה 13 לעיל).

69. יתר הנסיבות האמורות בסעיף 40ט(א) - אינן רלוונטיות במקרה שלפנינו.

70. לאור האמור לעיל, מן הראוי היה כי בית המשפט בגזר הדין היה מתייחס לגורמים אלה וקובע את מתחם העונש ההולם במפורש ומעמידו על תקופת מאסר בפועל שתחילתה בחודשים ספורים וגבולה העליון הוא שנת מאסר.

### גזירת העונש המתאים

71. המחוקק מורה לבית המשפט להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כאמור בסעיף 40א ולקבוע את העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם, תוך התחשבות גם בגורמים נוספים, כפי שיפורטו להלן.

72. בית משפט קמא לא התמודד כלל עם האמור בסעיף 40א לחוק, לא הזכיר אותו ולא התייחס לטיעוני הצדדים ביחס לנסיבות האישיות של הנאשם, וזאת על אף שהוגש תסקיר שירות מבחן (ראה פסקאות 14-7 לעיל), שאף המליץ על עונש של מאסר בעבודות שירות, אשר בית המשפט ראה לסטות ממנו ולהטיל מאסר בפועל.

73. מבין הנתונים המפורטים בסעיף 40א לחוק, מן הראוי היה להזכיר כי לעניין "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב" (סעיף 40א(5)), עמדת שירות המבחן היא כי המערער מצמצם את אחריותו לאירוע ומשליך את האחריות על אחרים (ראה: פסקאות 14-13 לעיל), כאשר, מבחינת בית המשפט, ניתן להשתמש בנתון זה כדי להסביר את הסטייה - המוצדקת גם בעיניי - מהמלצת שירות המבחן.

74. גם אם נקבל את כל האמור בתסקיר של שירות המבחן, אשר משמש "שופר" לעמדתו הסובייקטיבית של הנאשם, לא ניתן לומר כי יש שיקול קולא כאמור בסעיף 40א(8) לחוק, שכן הרקע והילדות של הנאשם, אינם בגדר "נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה".

75. במסגרת קביעת העונש המתאים, מן הראוי היה כי בית המשפט היה מזכיר את השיקולים הבאים: הגנה על שלום הציבור כאמור בסעיף 40 לחוק, מאחר ו"יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשת כדי להגן על שלום הציבור". אכן, אין מדובר בנאשם בעל עבר פלילי משמעותי ולא הוצגה חוות דעת מקצועית כאמור בסיפא של אותו סעיף, ועל כן אין הצדקה לחרוג ממתחם העונש ההולם, אלא למצב את העונש בחלק העליון של אותו מתחם.

76. בהקשר זה יש תחולה להרתעה כפולה: הן הרתעה אישית של הנאשם, כאמור בסעיף 40א, ולא פחות מכך הרתעת הרבים, כאמור בסעיף 40ז, שני שיקולים המצדיקים החמרה בתוך מתחם העונש ההולם.

77. טיעוני המערער בפנינו כאילו יש תחולה לסעיף 40ד לחוק בדבר שיקום בשל העובדה שיש סיכוי שהנאשם ישתקם (ראה: פסקה 30 סיפא לעיל), אינה מתאימה לנוסח הסעיף. ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם או לקבוע עונש הנמצא בחלק התחתון של אותו מתחם אם הנאשם השתקם או יש סיכוי של ממש שישתקם. אין חולק כי הנאשם לא השתקם בפועל. לענין סיכויי השיקום, המחוקק דורש "**סיכוי של ממש**", ולכך אין ראיה לא בדברי הנאשם ולא בהמלצת שירות המבחן, כאשר הנאשם טרם הגיע לשלב קבלת האחריות המלאה, שהיא תנאי מוקדם לתחילת השיקום.

## **טיעונים נוספים**

78. ב"כ המערער התייחס לפסק דין אחר שאף הוא נדון בפנינו שבו הטיל בית משפט עונש של מאסר בעבודות שירות על מידיי אבנים, וביקש כי כך ינהג בית המשפט גם בעניינו של מרשו.

79. ברם, באותה פרשה (עפ"ג 40089-02-14 מדינת ישראל נ' סאמר מוחמד עלי (8.5.14)) הוסבר כי העונש הרגיל הוא מאסר בפועל, ובאותו תיק גם הוצבע על כך שנאשמים אחרים קיבלנו עונש מאסר של 3 חודשים ויום, וכך לכאורה היה מקום לנהוג גם בעניינו של אותו משיב (פיסקה 33 לפסק הדין).

אולם, באותו פסק דין, הוסברו חמישה שיקולים, לכיוון הקולא, שבגינם נדחה ערעור המדינה ונותר עונש מאסר של עבודות שירות של חמישה חודשים על כנם. ואלו הם הנימוקים (פיסקה 34 לפסק הדין): תסקיר שירות מבחן הקובע רמת מסוכנות נמוכה וחשש שמא יבצע פעולות אלימות נוספות נמוך אף הוא; המשיב היה במעצר תחת סורג ובריח 36 ימים ובמעצר בית כמעט שנה ללא הפרות: הנאשם מפרנס אישה ותשעה ילדים; שירות המבחן המליץ על של"צ או מאסר בעבודות שירות.

80. מאחר וענישה הנה אינדיבידואלית, אין מקום לאמץ את אשר פסקנו בפרשת סאמר מוחמד עלי הנ"ל, בעניינו, מהטעמים שפורטו לעיל. בנוסף לכך יש לומר כי באותה פרשה בית משפט קמא הוא זה שקבע עונש של מאסר בעבודות שירות של 5 חודשים (ולא מאסר בפועל), ואנו קבענו כי גזר דין זה מתאים לאותן נסיבות, וערעור המדינה נדחה. אין משמעות הדבר כי אם בית משפט השלום היה קובע, גם באותם נתונים עונש מאסר בפועל, כי אוטומאטית היה מתקבל ערעור הנאשם. לא הרי דחיית ערעור והותרת גזר הדין על כנו כהרי ביטולו והחלפתו בעונש חמור יותר או קל יותר על ידי ערכאת הערעור, דבר שנעשה רק כאשר מדובר בסטייה משמעותית ממדיניות ענישה, המצדיקה התערבות הערכאה הערעורית.

## **סיכום**

81. גם אם בית משפט קמא לא פירט בגזר דינו את נימוקיו, ולא פעל על פי תיקון 113 (ואנו מקווים כי מדובר במקרה חריג וכי להבא תפעל הערכאה המבררת על פי המדיניות שנקבע על ידי המחוקק), כפי שהוסבר לעיל, לגופו של עניין, צדק בית משפט השלום, ואין מקום לקבל את הערעור ולהמיר את עונש המאסר בפועל במאסר בעבודות שירות.

82. לא ראינו מקום להפחית את עונש המאסר בפועל, וזאת לאור רמת הענישה גם באותו תיק, כאשר לנאשמים האחרים נקבע עונש חמור יותר בשל עבר פלילי, כך שעונשו של הנאשם שבפנינו מתיישב גם עם עקרון "**אחידות הענישה**", תוך יישומה לשוני של המאפיינים המיוחדים של כל נאשם ונאשם.

83. סוף דבר: הערעור נדחה.

## **משה דרורי, שופט סגן נשיא**

### **הנשיא דוד חשין:**

אני מסכים.

### **דוד חשין, נשיא**

### **השופט עודד שחם:**

אני מסכים.

### **עודד שחם, שופט**

**הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט דרורי.**

**ניתן היום, כ"ד בסיוון תשע"ד (22.6.14), במעמד ב"כ המערער, המערער וב"כ המשיבה.**

עודד שחם, שופט

משה דרורי, סגן נשיא

דוד חשין, נשיא